

第三章 反思法理論

第一節 反思法理論之起源

西方有諺語稱：「有社會即有法律，有法律斯有社會。」(Ubi societas ibi jus, Ubi jus ibi societas)，但這只是一個籠統的說法，它所描述的，僅僅是法律產生之後的社會狀態。事實上，法不是自始就已存在的，也不是一開始就具有完全成熟的形態，它經歷了一個長期漸進的形成和發展過程，從總體上看，這一過程包括「法的起源」和「法的發展」兩大階段：法的起源，是法從無到有的演進過程；法的發展，是法在產生之後由低級形態向高級形態、由簡單形態到複雜形態的演進過程⁴³。

法律不是超越社會、孤立自在的本體，法律的發展與社會、經濟、政治、文化和自然條件是不可分的，故法律體系與社會變遷長居於互動關係，誠如美國法社會學家傅利曼 (Lawrence Friedman) 所言：「法律體系並非全然主動、獨立於社會之外，法律無從與社會生活分離。」社會力創造法律制度，而法律制度終將成為社會生活的一部分，發揮其對社會、甚至對人類生活、思考方式的影響力。因此，法律與社會的互動關係是「法律追隨並適應社會變遷，法律亦形成並引導社會變遷，而在社會中扮演重要的角色。」⁴⁴法律制度不可能不變，因為法律不可能不回應社會狀況的改變，而我們的社會實際上正在快速轉變⁴⁵，本章將從法律進化的概念切入，藉此鋪陳反思法理論產生的時空背景及其源流，再以德國學者屠布涅 1983 年發表的力作「現代法律的實質性與反思性要素」⁴⁶為本，就他對法律演進的三個類型，

⁴³ 舒國滢，〈法的演進：過程、式樣和趨勢〉，吉林大學理論法學研究中心，法律思想網，<http://law-thinker.com>。

⁴⁴ Lawrence M. Friedman, *American Law*, 1948, p254-257；轉引自陳聰富，〈法律作為社會變遷工具的社會基礎〉，1997，頁 18。

⁴⁵ Nicholas L. Georgakopoulos, *Predictability and Legal Evolution*, P478-479(1997)。

⁴⁶ Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, P239-285(1983)。

即形式法、實質法和反思法加以敘述，說明反思法理論的實質內涵與其後續的發展，俾便對此理論有完整性的認識與瞭解，並據以檢視我國現有不動產交易活動與紛爭處理規範是否也有該理論所論述的法律進化過程中所產生的現象。

第一項 法律的進化

日本法學者穗積陳重認為，法律就是一種社會力，其本身如其他社會力一般，有靜態與動態之別。法律之靜態者，係指法律作為「行為規範」所表現出之一種社會力的現象。而法律之動態者，則指法律作為「行為規範」之社會力的實質或形體，因時之經過，而生之變化。前者在觀察法現象之靜態而求其原理，後者在觀察法現象之動態而論述其變遷之理由。法律進化論屬於法律動態學，其目的在從法現象的時間觀察，以明瞭法律之發生與發展之原理與法則⁴⁷。

一、法律進化的表現

最原始的法律並非現今社會所見之成文法，而是存在於日常生活中的習慣，道德等外在的制約人類社會的各種非自然因素。隨著社會的發展，人類的社會變得無比的豐富，簡單的習慣並不能適應社會發展的需要，於是才有成文法的出現。

穗積陳重即指出，法律的進化是一個從無形法朝向成形法（有形法）發展的過程。無形法包括「潛勢法」、「規範法」和「記憶法」，成形法包括「繪畫法」和「文字法」。其中，文字法又分三期：第一期為「私文書時代」，第二期為「公文書時代」，第三期為「成文法

⁴⁷ 穗積陳重認為，社會為一有機體，其自身組織會因成員之生產、死亡、移住而變動不息，法律既為社會力之一種，無不隨社會之狀態推移而獨歸靜止之理，故法規隨社會之變遷，時間之經過，也會改變其形態。縱使法規形體一時不成變遷之跡，其實質必隨社會之變遷而與之俱變，經時既久，與社會實狀，必為一致。法現象隨社會之變遷，絕非無秩序偶然的事件之連續，變遷之中必有普遍之通常要素存在，法律進化論，旨在闡明此普遍的通常要素，換言之，即以闡明法現象隨時間的推移之原因與理由。參閱氏著，黃尊三譯，《法律進化論》，1929，頁2-3。

時代」。這幾個時代的發展，是與文字的普及、文化的進步、民權的發達、法的社會力之自覺程度等因素分不開的⁴⁸，成文法的出現，可說是法律進化表現最明顯的形式。

法律進化並沒有因為成文法的出現而停止，因為成文法並不意味著法律已臻完善，其內部的結構、制度的安排等仍有待改善。就現今保有的古代法典而言，無論從其內部的結構以及內容的繁簡觀察，均無法與現代法律相比。此外，法律進化不僅是法律內容、形式的變換，也體現在法律的種類不斷的增多。從初期諸法合體至現今法律的體系化，亦展現了法律進化的成果。

二、法律進化的動力

法律進化的動力來自於人類本身，人類不僅是社會各種制度的設計者，也是推動各種制度變革、進步最具有決定性的力量。而影響法律進化動力的主要因素就是社會的變遷，依學者之見，影響法律進化的社會變遷條件有下列幾點⁴⁹：

- (一) 社會生活型態與社會規範之逐漸轉變形成的壓力，該轉變將擴大社會生活與法律的落差，而迫使法律轉變。
- (二) 具有高瞻遠矚的個人或少數團體發起及追求法律改革。惟此項改革必須得到大眾的最小限度支持，方可有成。
- (三) 戰爭或國家面臨重大變故。
- (四) 科學技術的發展。

三、法律進化的形式

從歷史上看，法律進化表現為三種形式⁵⁰：

⁴⁸ 從「法之認識」的進化角度看，法律的發展大體又可分為4個時期：(一) 民眾絕對不知法的知識之潛勢法時代；(二) 禁止民眾知法的秘密法時代；(三) 對於國家機關命其知法，對於民眾許其知法的頒佈法時代；(四) 民眾要求知法的公佈法時代。參閱穗積陳重，同註47。

⁴⁹ Edwin M. Schur, *Law and Society, A Sociological View*, P30 (1968)；轉引自陳聰富，同註44，頁18。

⁵⁰ 楊建軍，〈法律進化論〉，<http://blog.daqi.com/article/9938.html>。

(一) 外力推動型進化。

這種法律進化論是在外來力量的推動下開啟並發展的。常常表現為一國法律對另一國法律的征服。通常情況下，這種完全的外來推動需要依靠政治、軍事等強制的手段才能得到效果。

(二) 內發型進化。

這種進化論的誘因在於一國社會的內部，是社會自身因素不斷生長的結果。例如：古羅馬、古希臘等法律文化、中國古代的法律文化等。通常情形下，這種法律進化論都帶有民族的特色。

(三) 內外結合型進化。

這種法律進化論是在外來因素和內在因素相互作用的結果。表現為外在因素對內在因素的激勵作用下，內在因素生成並吸取外來因素的能量。這種法律進化論的關鍵是如何使二者有機的結合起來。

第二項 新的法律進化論

在現代生活中，社會快速的變遷是一明顯的事實，而變遷影響了社會的每個面向，包括了法律、政府、以及組成社會網絡的每個體系，國家的結構與過去的社會相比較也有明顯的不同，20 世紀以來國家特有的形式，通常稱之為「福利國家」(welfare state)⁵¹或更廣泛的說，「福利管制國家」(welfare—regulatory state)。基本上，它是一個積極干預 (active、interventionist) 的國家，無論是對於財稅、金融、軍隊、交通與經濟等各方面的控制，政府是無所不在的，

⁵¹ 福利國家的概念，形成於第二次世界大戰之後，不同的國家、政治、經濟、歷史與文化都會影響國家介入社會福利的發展，在探討福利國家的不同型式，往往也代表了探討不同的政府對社會福利政策規劃的模式。在福利國家的探討上，這些差異被類化為不同的福利國家模式。簡單來說，福利國家大約區分為以下三種型式：(一) 俾斯麥模型 (Bismarck Model)：德國的社會福利模式，保守的、非全面性的、以社會保險為主的福利制度規劃。(二) 貝佛里奇模型 (Beveridge Model)：英國的社會福利模式，普及式、社會保險式，強調最低生活的保障。(三) 瑞典模式：社會民主模式的代表，強調市場體系，也強調大量的分配政策。參閱林萬億，《福利國家-歷史比較的分析》，1994，頁 107-116。

它是一個製造與應用法律的龐大機器，藉由法律來進行社會的控制，因此，在這些福利國家的社會生活有逐漸「司法化」(juridification)的現象，而這些法律管制激烈的成長，已經被形容為「法律的爆炸」(legal explosion)或「規範的氾濫」(flood of norms)⁵²。然而，國家的干預是否真有能力來提供社會的正義，也就是說，一個福利國家會衍生出何種形式的法律體系？其所扮演的角色與在其他不同的社會中所扮演的角色有何差異？它又是如何被改進？在福利國家中，法律以及正義的未來又是什麼？這些問題都是相當重要而需要去深入探究的⁵³。

一、法律形式理性的溶解⁵⁴

回溯至半個多世紀以前，韋伯(Max Weber)即對於「形式理性」(formal rationality)的法律系統以及法律「重新物質化」(rematerialization)可能性等議題提出描述與型塑。韋氏從社會學的角度追溯法律行動的決定因素，發現該因素已由物質的屬性⁵⁵轉移至形式的屬性⁵⁶。他認為理性係由一套確保法律體系一致性與連貫性之方法論上的規則所維繫⁵⁷，並提出了「形式與實質」、「理性與非理性」法律的各種不同類型⁵⁸。可是，他也指出現代法律發展中出現

⁵² Gunther Teubner, *The Transformation of Law in the Welfare State*, G.Teubner(ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, P3 (1985)。

⁵³ Lawrence M. Friedman, *Legal Culture and the Welfare State*, G.Teubner(ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, P13-14 (1985)。

⁵⁴ Teubner, *supra* note 50, P242-243。

⁵⁵ 例如：倫理決定論(ethically determined)、幸福論(eudaemonistic)、功利主義(utilitarian)。

⁵⁶ 例如：抽象性的概念(conceptually abstract)、精確性的定義(precisely defined)以及程序為主的(procedural)。

⁵⁷ 例如：三段論法(legal syllogism)、法律解釋規則(rules of legal interpretation)等。

⁵⁸ 韋伯的法律理論，著重於描述法律的「理念類型」(ideal type)與其演進的趨勢，他以理念類型將法律分為形式與實質、理性與非理性等二大類。就前者而言，「形式」(formality)係指使用於法律體系內部的決斷標準，這類規範完全符合法律體系的要求，內在於法律體系本身，而非求助於法律之外的社會需求(道德要求、宗教需要、政治命令、經濟利益的考量等等)；就後者而言，「理性」則是指遵守能夠應用到的所有同質或類似案例的決定標準，也就是法律規範能夠普遍地與廣泛地應用到涉及的人與事物之程度。此二大類組合可獲得四種不同的法律類型，即(一)形式的非理性之法律。(二)實質的非理性之法律。(三)實質的理性之法律。(四)實質的非理性之法律。參閱洪鎌德，同註13，頁186-188；Vago Stenven, *Law and Society*, 47-48 (2000)；林端，〈韋伯法律社會學的兩大面向〉，2006，頁163。

了一些反「形式」的趨勢⁵⁹，這是由於「倫理的必要性、功利主義以及其他權宜的規定及政令」等社會因素重新注入法律之中，對法律的形式理性產生了威脅。不過他認為這些趨勢是邊緣的，因為法律的主要進化過程仍是朝向形式的理性化邁進。

19世紀以來，西方世界承繼了韋伯（Max Weber）所強調之「形式理性」的古典國家與法律模型，其法律體系使用一套普遍性的規則，並依賴一群法律專業人士，使用特有的法律論證方式以解決特定的衝突問題，但隨著福利管制國家的來臨，現今社會似乎開始對於所信奉之目的性法律（purposive law）以及與其相關之官僚的與法律的結構進行重新評估，因為國家管制和干預的範圍日益擴大，單靠「形式理性」的法律已無法滿足社會的需求，於是法律便由形式轉向了實質，開始強調「實質理性」的法律（substantively rational law），即法律是用以作為目的性（purposive）、目標取向（goal-oriented）的工具。因為「實質理性」的法律係被設計用於達成具體情況下的特定目標，故比傳統的形式法律更具有一般與開放（open-ended）的性質，但就法律所欲規範的事物與對象而言，就明顯帶有特殊與個別性的色彩，歐洲學者稱此一遠離形式化的趨勢為法律的「重新物質化」，他們將這種趨勢視為福利管制國家計畫的一個內在部分，並以此發展而導致法律「形式理性」的溶解（dissolution）。

有部分學者憂心法律的實質化會威脅到社會的重要價值以及弱化了形式法律對於個人的保護，而使官僚體制的干預擴大到原屬地方的或私人的事務領域（像家庭、鄰里、學校等），反對人士則批評法制化（legalization）並無法處理現代衝突的複雜性與特殊性，提出法律的可替代（alternative）理由。然而，卻有另外一些人認為「去法制化」（delegalization）以及「非形式主義」（informalism）只會更增強不對稱的權力關係⁶⁰。面對當前法律陷於如此一個「危機」

⁵⁹ 例如：在契約法「漸增的特別化」（increasing particularization）以及立法與司法部門對於契約的實質內容控制逐漸增加。

⁶⁰ Teubner, *supra* note 46, P241。

的情勢，最主要的乃是缺乏一個宏觀的社會理論作為法律發展的基礎，為了描繪法律與社會進化所造成的危機與解決途徑之輪廓，以及採用更完整性的社會理論來說明「法制化/去法制化」和「形式化/實質化」的現象，德國法蘭克福大學法學教授屠布涅（Gunther Teubner，以下簡稱屠氏）提出一個「新的進化論」(neo-evolutionary) 概念⁶¹。

二、新的法律進化理論與特徵⁶²

屠氏認為近代歐、美間以新進化理論方法來探求法律而獲得到最完整成果的，有美國的學者諾內特與塞爾茲尼克（Philippe Nonet and Philip Selznick，以下簡稱諾、塞氏），以及德國的學者哈伯瑪斯（Jürgen Habermas，以下簡稱哈氏）與盧曼（Niklas Luhmann，以下簡稱盧氏）。

他們嘗試界定不同的法律類型(types)，以及解釋法律如何從一個類型演進到另一個類型的轉變過程。此三種理論某個程度上有其共同的問題意識 (problematic)，即他們均關心「形式理性」危機的問題，認為「形式理性」是現代法律的主要特徵，而法律的「重新物質化」卻是危機的顯現，因此尋求去解釋此一情況⁶³，但他們對問題切入的方式與理論基礎卻彼此不同，諾、塞氏提出「壓迫性」(repressive)、「自主性」(autonomous) 與「呼應性」(responsive) 法律等三個法律進化階段的模型，而呼應性法律的出現，乃是法律「形式理性」危機下所產生的一種結合了目的性 (purposiveness) 和參與性 (participation) 的新法律類型⁶⁴，而從自主性法律轉變為呼應性法律的過程中，由於自主性法律內部的發展，溶解了法律「形式理

⁶¹ 早期的法律社會學曾經採用進化論的研究途徑或模型，其後才逐漸放棄而使進化論一度衰微，但自從 1970 年代以來，以進化的眼光討論法律與社會之變遷逐漸又為歐美學界所矚目，參閱洪謙德，〈福科法律觀的簡介〉，哲學論集，34，頁 73-120。

⁶² Teubner, supra note 46, P258。

⁶³ Teubner, supra note 46, P242。

⁶⁴ Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law*, P 78-95(1978)。

性」的趨勢。

盧氏與哈氏則將他們的分析植基於探討社會結構的進化，以及法律與社會共變(covariation)過程的理論上。盧曼延續涂爾幹與帕森思(Parsonian-Durkheimian)的傳統而成為德國系統理論(systems theory) 帶領者，他使用(一)部門的(segmented)、(二)層化的(stratified)、(三)功能分化的(functionally differentiated)社會等三階段的進化組合⁶⁵，並對每一個社會類型配置一個相對應的法律秩序類型。他認為現今法律的危機是由層化的社會轉變為功能分化的社會⁶⁶時所產生的，因為社會型態的轉變要求法律秩序也跟著轉變，而現今普遍所認同的實證法體系(system of positive law)對於已轉變為功能分化的社會型態之複雜性並非適當的(inadequacies)，即它已無法滿足當今社會的需求，因此真正需要的並非諾、塞氏所建議的增加法律之目的性和參與性，而是一個具有更抽象性、功能性以及「自我反思」(self-reflection)的法律體系⁶⁷。

哈氏，身為一個「批判理論」(critical theory)的代表性人物，以不同的觀點來處理相同的議題。他與盧氏一樣先界定了社會進化的不同階段，以及這些階段與道德以及法律發展的關係，進而從社會勞

⁶⁵ 「部門的」社會是指社會分化為相互平等的次系統，不平等僅僅出現於環境條件偶然的差異。「層化的」社會指將社會分化為多個不平等的次系統，系統間存在著各種各樣的不平等分配。隨著溝通互動的密集，演化的壓力最終會有可能對階層分化原則進行革命性地改造，這代表了區域性高度文明朝向著現代社會發展的契機。「功能分化的」社會以特定功能為中心，將溝通過程與行動意義組織起來，從此改變系統與系統、系統與環境之間的平等或不平等關係，建立起平等的系統與環境的對應關係。現代社會功能分化成多個次系統。在社會系統之下，各個功能分化的組織，就以自己特有的二元符碼，對所有社會系統中的溝通，進行區分及運作，分辨出各自的界限，成為各自獨立自主的諸次系統，並且繼續對內進行自我觀察及自我指涉，成就其獨立性。去除了先前不平等的指涉，是比前兩種更為高級的社會演化。參閱柯青雲，《法律系統的形成、運作及特色—盧曼系統理論取向》，台灣大學國家發展研究碩士論文，2006，頁48-49。

⁶⁶ 「分化」通常指稱一個體系或單位分解成兩個或更多個功能單位；並且，分化的結果仍然可以經由整合，來維持社會體系的一般均衡。盧曼對於分化的見解，與一般學者不同。盧曼認為分化不應僅止於如此靜態的描述，而更必須理解為體系內對於與其環境間差異的複製。換句話說，分化是一種反省性和循環性的系統確立形式，它重複相同的機制，來強化自身的運作成果。並且，分化也牽涉到系統本身的自我再生，也就是系統與環境關係的重行建構，參閱Arthur J. Jacobson, *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*, P1662-1670(1989)。

⁶⁷ Teubner, *supra* note 46, P243-244。

動結構與溝通互動的相互影響中發展出「社會的組織原則」(organizational principles of society)的階段模型。在他的模型中，法律是經由理性結構(rationality structures)而依照先公約的(preconventional)、公約的(conventional)、後公約的⁶⁸(post-conventional)歷史順序，以制度性具體化的方式呈現，而「形式法律」是包含於公約的理性結構內，惟目前的情勢牽涉到社會與法律的理性變遷到一個非常不同的類型⁶⁹。

屠氏認為諾、塞氏為了解釋法律的變化，大力依賴法律體系的內部(internal)變數，強調的是「法律變化的內部動力」(internal dynamics of legal change)，但其所主張的「呼應性法律」，一方面朝向更大的「實質理性」邁進，另一方面卻又湧現了「反思理性」，產生同時包括了兩種迥然不同的法律理性，另人懷疑呼應性法律是否為法律進化的穩定階段？還是邁向另一階段的過渡時期？這個問題難以回答，原因是該二人所採用的進化模型，只限於法律內在的變化，而未涉及到法律之外的社會變遷。在這種情況下，盧氏與哈氏所提出社會與法律共變的進化原則，強調法律與社會其它結構間的外部(external)關係，剛好可以同時處理法律與社會進化的問題。依據哈氏「社會的組織原則」的概念，組織原則是由社會中道德與社會領域進化過程的相互作用而出現，基本的法律規範體現了社會的組織原

⁶⁸ 美國社會心理學家塔帕(J. Tapp)，在認識發展理論家皮亞傑(T. Piaget)和柯爾柏格(L. Kohlberg)的研究基礎上，提出了人類個體從童年開始對法律規則的態度的發展階段。柯爾柏格進一步闡述了與個人認識能力的成熟和社會經驗相關的道德發展的六個階段。把這一研究與塔帕關於法律態度的資料相結合，可以得出個人對法律態度發展方向有順序的幾個階段和層次。第一層次稱為「前公約(慣例)的」，包括遵守法律只是為了避免懲罰的階段和遵守法律以獲得利益的「快樂主義」階段(Hedonistic stage)；第二層次稱為「公約(慣例)的」，遵守法律規則，只因為它們是規則而已。最初表現出為了討好他人，隨之是為了「履行自己的義務」或者是對權力的尊重；第三層次稱為「後公約(慣例)的」，是對道德之準則的支持，與來自權力的任何要求無關，在它的「社會契約」階段，涉及到擁護立憲主義和保證社會穩定及變遷有秩序進行變革階段；它的最終階段(大多數人無法達到此一階段)是只有當法律完全反映道德標準，人們才自覺地遵守法律的階段。所謂「公約」是藉由傳統思想(慣例、常規)予以正當化的道德觀(規範)，而「後公約」的正當化則是來自所有參與者的利益，參閱 Roger Cotterrell 著，結構編輯群譯，《法律社會學導論》，1984，頁 83-184；Andrew Edgar, *Habermas: The Key Concepts*, 109-110(2006)。

⁶⁹ Teubner, *supra* note 46, P244。

則，也因此確認了一個既定社會的學習水準。而盧氏的「社會的適度複雜性」(socially adequate complexity) 概念，則指出法律秩序必須擁有適當的機制，以應付後現代社會中功能分殊且半自主的 (semi-autonomous) 各次級體系之複雜環境。將上述兩概念應用於後現代社會所面臨的問題，可導出一個結論：後現代的法律秩序是朝向一個「不同的社會次級體系間自我反思的過程」。

屠氏嘗試將上述三個具有衝突性質之理論的元素加以分解，再以不同的方式予以重建成一個整合式的法律進化理論，他在法律與社會共變(covariation)的模型下結合內部與外部的變數，也就是同時關切現今法律體系內部發展的潛在力量 (諾、塞氏模型)，以及逐漸出現的後現代社會之侷限性與必要性 (哈、盧式模型)，特別是解釋法律發展的內部動力，怎樣在社會轉型的環境下發揮其作用，他將此一新興的法律結構類型，稱之為「反思性法律」(reflexive law)，簡稱為「反思法」⁷⁰。

茲就上述三種進化理論與屠氏新進化理論特徵彙整如表 3-1，在正式闡述屠氏「反思法」理論之前，先就其所整合的諾、塞氏「法律變化的內部動力」、哈氏「社會的組織原則」以及盧氏「社會的適度複雜性」概念的內涵予以說明。

⁷⁰ Teubner, *supra* note 46, P245-246, 另有學者翻譯為「自發性法律」，參閱蘇永欽，同註 26，頁 23。

表 3-1 當代法律進化學說之類型與特徵

提出者	概念	進化階段
諾內特、 塞爾茲尼克	法律變化的內部動力	壓迫性法律—自主性法律—呼應性法律
哈伯瑪斯	社會的組織原則	先公約法律—公約法律—後公約法律
盧曼	社會的適度複雜性	部門的法律—層化的法律—功能分殊的法律
屠布涅	內部的反思與審議式民主	形式的法律—實質的法律—反思的法律

資料來源：Teubner, *supra* note 46, P246, 278-281；參考洪謙德，同註13，頁401，本文略做編修。

第三項 呼應性法律及其內部變化的動力

對諾、塞氏而言，強調目的取向與參與（立法過程）取向的呼應性法律，比韋伯所指稱的形式理性之「自主性法律」的法律進化階段更為先進。為了界定與解釋這個法律新階段的出現，諾、塞氏運用非傳統法律哲學與法律社會學之「社會科學」策略的研究途徑，重建法律的進化學說，要瞭解此一理論的性質與限制，必須先理解他們如何分析法律進化的過程。

一、法律發展的自主性⁷¹

諾、塞氏從現代社會科學的立場思考整個法理學範疇的議題，以實證而非分析的方法研究法律，並將法律定義為多面向而非單一面向

⁷¹ Teubner, *supra* note 46, P247-250。

的，他們將法律的社會、政治和制度面向視為倚靠於社會脈絡下的變數，並將這些面向設想為一個體系內某些相互關連的要素，而這些要素只是法律進化結構中一個有限的部分，由此而產生的呼應性法律理論，超越了傳統法理學的論述範圍，他們認為法律的發展不能獨自僅由規範、原則和法律基本概念展開與呈現而界定，相反的，它是由社會力量、制度的限制、組織結構以及概念性的潛在力量之間動態的交互作用而決定。

諾、塞氏運用這種社會科學類型的策略，旨在避免犯著社會學化約論 (sociological reductionism) 之謬誤。對諾、塞氏而言，法律既不是掩飾更基本的經濟矛盾之附屬現象 (epiphenomenon)，也不是實證主義者所說權力關係影響下，組織性結構、專業角色等等所做的決定。法律乃是具有自主性的社會制度，其發展有賴其本身內部的動力。簡而言之，這兩位美國學者提供一個法律體系內，制度性的限制與呼應之理論，主要重點為「一個確定的改變傾向可以回溯至在某一階段發動的體系力量，而這個力量在另一個階段產生了獨特的結果」⁷²。例如，法律進化的三個階段中第一個階段「壓迫性法律」提供了正當性的權力，但正是這個功能在「壓迫性法律」體系裡產生了壓力，逐漸破壞其特定的結構而導致了新的類型—「自主性法律」的出現。同樣的，「自主性法律」發展了內部論證 (reasoning) 的模式和參與的概念，打破了「形式的」思考之界線，並產生了轉變成一個更具呼應性法律類型的壓力。

法律秩序的「制度性邏輯」(institutional logic) 概念，是諾、塞氏新進化論的核心，為哈氏與盧氏兩位理論家所贊同與支持。哈氏將經濟決定論的基礎和上部結構的說法轉變為更為抽象的勞動和社會互動關係，並提供了規範性結構的「自主性發展邏輯」，在他的理論中，道德與法律意識的進化是依據其自有的自主性型態，不能淪為

⁷² 原文為「a determinate disposition to change is traced such that systematic forces set in motion at one stage are said to produce characteristic outcomes at another」；Nonet and Selznick, supra note 64, P20。

僅是基本社會與經濟結構內「發展動力」(developmental dynamics)的一種反射。其主要論點之一是「生活界」(life-world)的理性化，在生活界中道德與法律的發展開始發生，而在經濟與政治體系中日漸增加複雜性之傾向的過程是不可減少的⁷³。

盧氏則將法律進化的自主性定義為法律體系內部不同的進化機制間的相互影響。他認為法律的規範性結構提供這些變化，其程序的制度滿足了選擇的功能，而其概念的抽象化則代表了穩定的機制⁷⁴。因此，儘管四位學者提出的模型有實質上的差異，但對於法律進化自主性的看法卻是一致的。

如果以自主的進化來型塑法律變遷的理論有何意義？法律體系內「制度性邏輯」想法的發展是否可以做為此三個進化論分析方法的核心部分？在強調法律的自主性時是否揚棄了法律社會學的重要洞察，那就是法律對於社會諸因素的依賴，以及法理學與社會科學的分工？上述的疑慮僅存在於概念上將法律體系視為一個封閉的體系，自我滿足以及獨立於一個廣泛的社會環境變遷中。對新的進化論者而言，法律的自主性表示法律的改變是對法律本身的脈動之反應，因為法律秩序—規範、學說、制度、組織—是自我再製的 (reproduces itself)

⁷³ 有關哈氏生活界與體系界的兩界說之重點，就是認為道德與法律屬於生活界，而經濟與政治屬於體系界。體系界固然企圖殖民生活界，但生活界在擺脫體系界的殖民之餘，無意將這一生生活界化約為經濟體系與政治體系之日漸複雜的情況，參閱洪鎌德，〈法律、道德、民主和法治國家的發展—哈伯瑪斯法律觀的析評〉(上)與(下)，2001，頁100-111，206-208，213-215；陳弘毅，〈從哈伯瑪斯的哲學看現代性與現代法治〉，2006，頁248-250。

⁷⁴ 盧曼的系統理論，以演化的動態觀點，分析社會的演化及多元分化過程。他以變異、選擇和穩定的不同功能，解釋複雜性、分化及秩序的形成。這些觀點也可以應用在法律體系的發展過程中，說明法律體系如何吸收社會環境的訊息，加以符碼化運作，進行體系內的變異及選擇，最後形塑成適應這個社會總體的獨立法律體系。「變異」(variation)，是就體系元素而言。「選擇」(selection)，則是指體系結構的選擇。「穩定」(stabilization)，則是體系運作自我再製的整合過程，也指再穩定。當環境輸入體系，無法以既有的體系結構辨識訊息時，就發生元素的變異。當這個變異的溝通元素，無法被體系結構區分運作時，體系會做出選擇、或建立其他的結構，供給體系運作再製。體系做出對變異元素的結構選擇之後，會在自我指涉及自我再製的過程中，整合發生的歧異，將體系的元素及結構，再度穩定下來，完成體系的演化過程。在這其中，造成體系演化的決定性因素是：「不符合規範期待的溝通」。當體系中出現了違反規範期待的溝通時，體系就面臨了元素的「變異」，而需要進行結構的轉變及「選擇」，來因應及處理這種突發狀況。並且，體系必須在體系內容的自我再製程序中，再度「整合」及重新製造元素，使得體系能繼續循環、再度穩定。參閱柯青雲，同註65，頁45-46。

⁷⁵，但在自我再製的過程中並非與其周遭環境隔絕。是故新進化論的關鍵思想乃是「法律結構的自我指涉」(self-referentiality)⁷⁶。這樣理解下的法律結構會自我重新解釋(reinterpret)，不過此一解釋是依據外部的需要與需求而進行的。這意思是說外部環境的變化不是置之不理，也不是像「刺激與反應」(stimulus-response)那樣直接的反射，而是外部環境的變化對法律所產生的需要與需求，經過選擇與過濾後才進入法律結構內，與規範的發展相適應地變化。即使是最強烈的社會壓力，也只有在它第一次塑造「社會真實性的法律建構」(legal constitution of social reality)的範圍內，才會影響法律的發展。因此，在法律按照其發展的邏輯而變遷過程中，廣泛的社會發展提供了「調節」(modulate)的作用。

法律體系的自我指涉(self-reference)概念是新進化思想的一個重要觀點。它把法律體系既看成「封閉的」同時也是「開放的」體系⁷⁷。這種看法可以避免把法律變遷當成純粹是內部的及獨立的變化，或者是外在變化之結果。因此，對新進化論者而言，法律與社會

⁷⁵ 又稱之為「法律的自我再生」，指法律體系的運作，是以一個「合法」與「非合法」的二元符碼為基礎，當環境投入一個訊息時，法律會透過這個二元符碼對訊息進行分辨，當訊息符合法律要件時，則產生法律效力，即以一種條件程式的形式在邏輯上進行自我生產，法律產生法律、法律決定法律，並且以自我生產呈現系統一體性的功能，法律體系進行自我再生的基本方式有兩種，分別是自我描述(self-description)及法律規範的變動。參閱柯青雲，同註65，頁59-64。

⁷⁶ 自我指涉(reference; referential; referentiality)，又稱自我參照(觀照、觀察、描述、修正)，「指涉」是一種區別與標示的運作，藉由一個區別動作便能以其中一邊來指認出一個自我，而更確認了背後那個區別存在之必要性，例如：A/-A。這樣一個經由指涉它物，再回過頭來指涉自己存在的必然性，就是一種自我指涉，盧曼認為自我指涉概念，有三個層次的意義：(一)在系統內的元素關係中，系統透過意義概念來選擇元素，並進一步產生下一個元素，這是為第一層次的自我觀察。(二)針對既有選擇的選擇，是一種再引入的、反身性的自我指涉。這是一種對系統內自我生產過程的操控，也產生了系統內部的一體性，可稱之為第二層次的自我指涉。(三)系統藉由自我觀察(self-observation)及自我描述(self-description)的運作，區分屬於自己、或是不屬於自己的元素，並且將系統與環境的區分再度引入系統中，作為系統一體性的依據，可稱之為反思。參見魯貴顯譯，《盧曼社會系統理論導引》，1998。

⁷⁷ 法律體系既然是自我指涉、自我關照的體系，則其溝通也是限於體系內的成員、元素、變相之間的溝通，而不可能與體系之外的外在環境溝通。這種循環式的自我溝通，使法律成唯一個封閉自足的體系。因此，盧曼稱法律為規範性自我封閉的體系(a normatively closed system)，另一方面，在選擇訊息時法律體系對外界卻是開放的作法，因為法律的元素與元素在生產中，要隨時注意條件的變化，也依賴事實的情況，一旦事實有所變化，情勢發生變遷，法律體系的規劃也會做適當的條整，所以，法律可說是規範上封閉的體系，但在認知上卻是開放的體系。參閱，洪鏗德，同註13，頁365-368。

的變遷是相互關聯但又有分辨的過程。法律變遷反射了內部的動態，卻是受到外部刺激的影響，但最終影響了外部的環境。

法律結構自我指涉 (self-referential) 概念使我們能夠說明特定可規範的現象之「可分辨的法律」(distinctively legal) 特徵，同時不失掉廣泛的社會科學之觀點⁷⁸。就社會學的觀點而言，我們能夠認識與分析法律學說與科學理論之不同，也可以分辨真實性的法律建構與社會科學理論建構之不同、學說的法學研究與社會學實證研究之不同、特定的司法理性型態與其他社會次級體系理性型態之不同。

最重要的是，自我指涉的法律發展概念提供社會與法律共同進化觀點的基礎，使我們能夠更完整的理解現今的危機。藉由聚焦於這個面向，我們能夠對「法律重新物質化」之爭辯所衍生的議題得到新的深刻理解，以及怎樣一個新的理性形式可能會出現。在此之前，我們必須先理解諾、塞氏呼應性法律的概念，實際上混合了兩個不同形態的法律理性，然後，我們必須超越他們純粹法律進化的內部動態說法。

二、呼應性法律兩個面向：實質理性與反思理性⁷⁹

諾、塞氏對呼應性法律出現的觀點與歐洲學者論述「形式法律的重新物質化」有許多相似之處。但他們發展成一個更融貫體系的自主性法律變遷模型以顯示這個轉變的結果。他們主張法律的形式主義正走向危機之際，從此危機中一個新的、以目的為首要的 (sovereignty of purpose) 實質取向出現了，這個目的性的興起把向來僵硬的規範性結構做了基本的改變，而成為「開放—特徵顯著的」(open-textured) 標準以及「結果取向」(result-oriented) 的規則。這個新的、以目的為取向的法律思潮影響了法律學說的基本概念，如「義務與民事的」(obligation and civility)，以及社會真實性的法律建構、「政治性典範」(political paradigm)。在這種發

⁷⁸ Trubek, David M., *Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the challenge of Critical Social Thought about Law*, P540(1977)。

⁷⁹ Teubner, supra note 46, P250-251。

展趨勢下，傳統法律的方法變成了「社會政策分析」的方法，這種變化與法律參與的模式之改變攜手共進，也就是說「法律多元主義」⁸⁰（legal pluralism）觀念的抬頭。此外，法律的物質化完全對應了新的制度與組織的結構，藉由「非層級體系、後官僚主義的組織」（non-hierarchical、post-bureaucratic organizations）來實現「管制，但不要裁判」（regulation, not adjudication）的需求。

在法律體系外，重新界定法律與政治、社會環境方面的界限。實質理性所要求的是「法律與道德判斷以及法律與政治參與的整合」⁸¹。

諾、塞氏以及許多歐洲學者的觀點，都認為自主性法律進化到呼應性法律，使法律秩序已經從形式理性移轉為實質（目的）理性的模型。但諾、塞氏與其它學者之不同處，主要為呼應性法律不僅包括了實質理性的要素，也包含了基於不同原則下的其它種類要素，如：「制度設計」與「法律政治化」兩要素，以對照自主性法律著重的「程序公平」⁸²，我們可以在更貼近的分析上察覺兩者間明顯的不同取向。的確，「制度設計」與「法律政治化」暗示一個新的法律理性類型的萌生。

首先，思考「制度設計」與「制度診斷」（institutional diagnosis），法律專注於社會制度的創設、型塑、修正、重新設計，使其成為自我管制的社會體制。法律規範應該在制度和社會的結構間製造「和諧的合適」（harmonious fit），而不是影響社會本身的結構。法律規範不在提供具體的行為指引，而是指向組織、過程（程序）和權限等方面；也不在為具體的社會結果負責，而是為了自我管制而對結構的機制設限，如：協商、去中心化、計畫以及組織的衝突。然而實

⁸⁰ 多元主義將社會視為競爭的個人與群體所構成，每一群體都在追求其特殊的利益之實現，在韋伯的社會學中，對權力的競爭是發生在社會中各種不同的階層之上，他視社會的階層擁有三個不同的面向，也是三個權力來源。每一個人所擁有的權利，視其在不同面向的地位而決定，例如：決定社會階級的是經濟秩序，決定個人社會地位的是社會秩序，決定個人所屬政黨的是政治秩序。由於權力來源是多面向的，不能看作只受單方面影響，故自由多元主義者，認為應以多種因果分析的途徑理解權力的差別之泉源。參閱洪謙德，同註 13，頁 577。

⁸¹ Nonet and Selznick, supra note 64, P104, 108, 110。

⁸² 更早期壓迫性法律之主要精神為「國家存在的理由」（raison d'etat）。

質理性要求全面的管制，其「制度設計」是以「賦予及促進」(enablement and facilitation)為目的⁸³。

呼應性法律的「法律政治化」的特色也是如此，例如提議以新的政治參與模式(社會性辯護制度之建立、階級與集體的行動、群體利益的代表性等等)注入於不同類型的社會衝突，並且將不同的利益整合於法律程序中，但實際上卻不去掌握實質理性所要求的特定結果。

由此可知諾、塞氏對自主性法律轉變成呼應性法律的描述，實際上是形式理性移向了二個混合的不同類型的法律理性，即實質理性的結果以及反思理性以程序為取向的制度性結構以及參與的組織化(process-oriented structuring of institution and organizing of participation)。這就涉及了法律理性的三分化、三種不同的類型，亦即形式的、實質的和反思的三種理性。

三、新的法律理性進化模型⁸⁴

為了要界定形式的、實質的和反思的三種不同類型之法律，有必要先把理性分解為不同的面向。這方面可以運用哈伯瑪斯對現代形式法律之分析，而擴充到實質與反思的法律上。哈伯瑪斯擴張了韋伯對理性的概念，將法律理性視為內部的特徵，即一般的概念類型之建構和法律學說之體系化。對哈氏而言，這些特徵只標示著法律理性的一個面向而已。內部理性尚包含其它兩個方面：「體系理性」和「規範理性」。體系理性指涉法律外部的社會功能，它標示出法律秩序對於控制社會整體問題的能力，相對的，規範理性涉及基本原則用以證明法律控制人群行動之特殊方式的正當性。現在，我們先略去這些不同理性體系上的關聯性，而僅思考如何用這個組合來描述現代與後現代法律的不同類型，將這個形式的模型運用到我們的分析上，可以得到下列三個面向：

⁸³ Nonet and Selznick, supra note 64, P111。

⁸⁴ Teubner, supra note 46, P251-252。

- (一) 法律的正當化 (justification of law) — 規範理性 (norm rationality)。
- (二) 法律的外部功能 (external functions of law) — 體系理性 (system rationality)。
- (三) 法律的內部結構 (internal structure of law) — 內部理性 (internal rationality)。

現代法律的形式理性便是由上述三個面向在歷史上特定的組構而成：

- (一) 形式法律的正當性在於對個人主義與自主性有所貢獻，並依據這個價值使其持續有效。這樣的貢獻之所以發生，是因為形式法律在界定個人自主地追求其私人利益的抽象範圍上，作了自我的限制，並藉此保障了私人行為所做的實質價值判斷的範圍。「形式」(formalities) 促進了私人的秩序，因此，形式法律的必然的要素為：慣例 (習俗) (conventionality)、法制 (legalism)、形式 (formality)。
- (二) 形式法律在此一取向下發揮了特定的外部社會功能。形式法律藉由建立私人自主性活動的領域和私人行為的固定界限而發展其本身的體系，進而促成自然資源的調動與分配，發展成為市場經濟。另一方面，從個人權利體系化中出現的「去集中化」語義，就功能分化的自主性經濟體系而言，是一個適當的法律形式，並且成為資本主義社會中政治體系合法的權威基礎。
- (三) 經由「體系理性」和「規範理性」交互作用後，我們能夠解釋形式法律的內部性結構，其內部結構是依據分析的概念性 (analytical conceptuality)、演繹的嚴謹性 (deductive stringency)、規則取向的論證 (rule-oriented reasoning) 等標準而建構的，在規範中以規則為取向高度發展的結果，其

法律的推論依賴對於事實情況的精確定義，「專業化」是一個增加的要素：因為法律專家精通其外界難以理解的整體性法律知識，並因所受訓練而對法律有統一的解釋與適用方式。

上述哈氏所提三種理性不僅運用於現代形式的法律，還可以擴大到實質與反思的法律上，實質理性是在國家管制日益增加的過程中出現，這與福利國家的擴大、國家干涉的增強和市場結構的複雜有關，在這些情況增加後，法律便逐漸喪失了其形式上的特徵：

- (一) 實質法律的焦點從個人自主轉向國家管制，從而影響規範理性，逐漸從形式而變成實質的法律，其理由為經濟與社會的活動愈來愈需要集體的管制，以補強市場機制之缺陷與不當，法律不在壓縮私人的空間，而是以實質的規定直接管制社會的行為，因此，法律日益增加其社會角色與地位的取向。
- (二) 規範理性隨著法律所能實現的功能改變而產生變化，實質法律以其提供福利國家政治上干預的功能而顯現其「體系理性」，一旦政治體系擔負起界定目標、選擇規範手段、規定具體行動和實施政策計畫的責任，實質法律扮演的角色也日益繁重，它成為了國家變更市場決定的行為形態與結構的主要工具。
- (三) 一旦實質的法律接受這個功能並發展它管制的正當性，那麼它內部的結構也會發生變化，於是向來以法條、規則為取向的形式法律，必須改由目的、目標來取代。實質的法律藉目的性的綱領來實現，也就是靠管制、標準、目的來落實法意。邁向呼應性的法律產生嚴重的後果，影響了教條式法律體系的建構。

反思理性為西方社會近期出現的新現象，也就是福利國引發的危機之後的法律社會學界的新思考。這是一個尚未成形，也未充分界定的趨勢。這是對實質法律重新形式化的嚐試，是一種朝後 (regressive)，而非趨前 (progressive) 的發展趨勢。它與實質法律相同，在法律的範圍內企圖干預社會的過程，但又不肯對實質的結果

負起完全的責任。

- (一) 反思性法律的正當性既不在自主性的完善，也不在個人行為的集體控制中獲得，它的正當性來自於其具有反覆地協調決定社會合作形式的有利條件。就規範理性而言，反思性法律類似自由與新自由的法律角色的概念。在很大程度內，它支持了社會的自主性，也依靠看不見的手（市場）的機制。但反思性法律並不僅僅是適應或支持「自然的社會秩序」，相反地，它要尋求「管制的自主性」（regulated autonomy），也就是透過組織與程序的規範來設計自我管制的社會體系。與形式性法律不同的，它不接受「自然的」（天賦的）主體之權利，而是藉由重新界定與分配財產的權利來引導人群的行動。
- (二) 反思性法律的外部社會功能與實質性法律不同，它的角色是藉由塑造內部的論述（internal discourse）程序以及與其他社會體系協調的方法，以組織或重新組織一個半自主性（semi-autonomous）的社會體系。因此，就其促進功能分化的社會整合的過程範圍而言，反思性法律展現「體系理性」的要素。值得注意的是，它並不是以威權式規定的方式或手段去促進社會的整合，而是利用在自主的社會次級體系內提供整合的機制，來為一個「去中心化」（decentralized）的社會整合，創造結構上有利的條件。
- (三) 反思性法律的「內部理性」既不是一套精確定義的形式規則體系，也不是將目的取向注入於實質的標準中，反之，它傾向於依賴程序的規範來管制程序、組織、以及權利與權限的分配（distribution of rights and competencies）。而反思性法律這一個新的程序取向的特徵，可由不同的法律領域內新興而非傳統的形式與實質理性中觀察到。在反思性法律運作下，社會行動的法律控制是間接而抽象的，因為法律只決定未來行動

的組織與程序的先決條件而已。

形式性、實質性、和反思性法律的特徵可顯示如表 3-2，另以一具體實例來體會此三種法律類型特徵的意義，舉契約法為例，對於契約義務的爭議，形式性法律只探討形式的、一般的、客觀的要件是否相符，也就是意思的一致（meeting of minds），契約當事人就其契約所將產生的社會結果，對形式法律而言是不重要的。相反地，實質性法律則關心契約所產生的結果，並以立法和司法的直接干預方式設定或改變契約的內容。反思性法律處理契約關係的方式是非常不同的，它尋求建構協議（bargining）的關係，俾使協議雙方的力量獲得均等，並嘗試將契約雙方當事人設限於「公共責任」（public responsibility）機制原則之下，以確保協議的過程能夠考量多變的外部性（various externalities）。而在已經結構化的協議場域限制內，當事人可以自由地達成其所想要的協議，反思性法律並不以決定所要達成的協議而對實質的結果產生影響，與形式性法律不同的，它不就已知的事實情況優先予以分配當事人之義務，也不同於實質性法律，它也沒有掌握確定想要的契約之結果。

表 3-2 現代法律理性的類型與面向

類型 面向	形式理性 (自主法)	實質理性 (管制法)	反思理性 (反思法)
法律的正當理由 (規範理性)	實現個人主義 與自主性，保 障私人活動的 空間。	管制經濟與社 會活動，彌補 市場的缺陷。	控制自我管制 的機制，反覆地 調整社會合作 的形式。
法律的外部功能 (體系理性)	已發展的市場 社會中資源的 動員與配置的 結構性前提， 以及政治體系 的正當性。	修正市場決定 的行為模式與 結構的工具。	建構與重建各 體系內部論述 與外部協調的 方式。
法律的內部結構 (內部理性)	規則取向：以 演繹邏輯運用 概念組成的規 則。	目的取向：有 目的的行動規 劃，經由規 定、標準與原 則實行。	程序取向：關係 為導向的制度 性結構與決策 程序。

資料來源：Teubner, *supra* note 46, P257，本文整理。

第四項 法律與社會結構的共變⁸⁵

一、沒有社會的法律

法律是一種與其他社會制度無法分離的社會機制，同時也是一種獨立變項，法律既會引起社會變遷，也會受社會變遷所影響，兩者之間關係密切。因此，探討法律進化或發展的理論，不能僅說明特定類

⁸⁵ Teubner, *supra* note 46, P257-259。

型的法律與社會、經濟、政治組織間共同產生的變化，更要進一步解釋法律與社會結構之間的關係，以瞭解它們的變化是如何發生的。

諾、塞氏將分析法律變遷過程的重點放在法律系統的「內部動力」上。法律內部的變化促動某些的力量而改變了其自身特有的結構態樣（configuration）。例如：自主性法律是以一般（普遍）性原則（universalism）的法學思想為其主要特徵，必然地發展出目的性的論證模式，而這樣的發展最終帶來了法律的義務性質和原先倡導的法律模式之改變。

諾、塞氏的進化論模型並非全然忽視外部社會的力量，他們承認這些力量的因素在法律發展中扮演了一定的角色，只是這部分在他們的理論屬於邊緣性的（marginal），並未詳加探討。其實，外部的環境不僅會造成法律的改變，更是體現法律內部動力所產生的潛能之主要阻力或助力。廣泛的社會結構可以鼓勵或是阻礙法律潛能的實現（actualization），決定進化階段的穩定性，以及是進步或退步的可能性。法律體系是由內部動力獲得發展的潛能，而這潛能單獨決定了體系成長或衰敗的型式，在這樣的觀點下，我們似乎擁有一個沒有社會的法律。屠氏認為諾、塞氏對外部社會力量所扮演角色的限制是不適當的，要更完整的說明自主性法律演進與廣大的社會發展間的相互關係，必須將法律與社會視為全部體系中之兩個彼此分開又相互倚賴部分，也就是採取法律與社會共變的模型。

此外，諾、塞氏指出壓迫性和自主性的法律都存在特定的內部危機，一方面是法律結構沒有提供維繫整個社會體系所需的概念性與行動的資源（resources），也就是法律沒有能力回應「體系整合」（system integration）的需要，另一方面壓迫性與呼應性法律均被斷定有正當性危機，但因為他們不欲分辨社會和體系整合之不同，因此，所謂的法律危機究竟是理性危機（法律無法發揮社會工程師的作用和展現社會改造的能力），還是正當性危機（社會規範的失效、社會認同的

失落所引起對體系的不信任)就無法定論。因此,屠氏認為把爭論的重點從法律內部動力的理論轉換到社會與法律共變(socio-legal covariation)的理論,不但沒有犧牲諾、塞氏的灼見,更有可能對於法律與社會的分析達到更充分的理解。在這方面哈氏「社會的組織原則」和盧氏「社會適度的複雜性」的法學理論有補充諾、塞氏不足之處,值得引用。哈、盧兩人均認同法律體系中規範發展的自主性質,並且體系化的檢視法律和其社會脈絡的關係,茲就該二者點略述之。

二、哈柏瑪斯:「社會的組織原則」⁸⁶

哈氏認為達爾文後的社會進化理論,如僅依賴進化機制的交互作用「蛻變(variation)」、「選擇(selection)」、「穩定化(stabilization)」,無法解釋社會的進化階段之特徵,或者是歷史經驗中學習的潛在力量,只能藉「社會意識」(social consciousness)來加以解析。為了確認規範性結構(道德與法律的意識)自主性發展的邏輯,他借用了皮亞傑(Jean Piaget)與寇爾貝(Lawrence Kohlberg)傳統理論中有關「個人道德發展」的模型(models of individual moral development)⁸⁷。他指稱「社會的組織原則」是從「結構的整體」之邏輯順序中發生的。這些結構的整體之共同特徵為具有無法逆

⁸⁶ Teubner, supra note 46, P260-262。

⁸⁷ 瑞士心理學家皮亞傑認為人類經歷不同的階段去發展認知的能力:再嬰兒出生至一歲半時期,不知分辨自我、自己的行動與外物,其智慧僅限於感覺而已。從二至七歲為掌握語言的時期,只認識具體事物,而對抽象的因果、數量、重量的瞭解有限。七至十一、二歲孩子開始懂得分門別類,也會扮演別人的角色,以及瞭解因果關係。只有到十二歲以後,少年與少女才會懂得創造自己的分類系統,而達到形式的和抽象的思想,也開始把一般規則應用到特殊例子之上,以邏輯的方式思考,以概念和理論來思想。並非所有的成年人都無困難地達致形式活動階段。抽象的思維倚靠社會環境,這種環境迫使個人走向形式的認知、推理。心靈內在的過程隨社會互動而發展。美國心理學家寇爾貝提出兒童道德標準發展的階段。他認為兒童道德標準經歷三個發展階段,而形成三個不同的道德層次。在早期兒童行為的指引為處罰與服從,當時的道德標準在於避免遭受懲罰而保持快樂。其後兒童視道德標準在於獲得別人的讚可,這時兒童懂得接受權威的指令,是故此時的道德標準在於對權威的正面評價,而不再是害怕遭受懲罰。到了第三階段,也就是第三層次,寇氏說開始成年的人視道德原則為對別人盡義務,也就是對自己良心負責的看法與做法。是故要正當化道德的標準,就是要避免受罰、避免被別人所奚落、指責、避免自責。這種演變的過程,可以說伴隨了害怕被傷害、擔心被拒絕,到拒斥罪惡感或排除自我墮落的過程。參閱洪鎌德,同前註,頁412; James Gordon Finlayson, *Habermas: A Very Short Introduction*, P69-71(2005)。

轉性 (irreversibility)、結構化的層級制度 (structured hierarchy) 以及進化的方向性 (evolutionary directionality)。

在他的進化論中，這些高度抽象的社會組織原則（包括法律制度），標示了一個既定社會的學習水準 (learning level)，而學習水準限制了有關社會整合（社會認同，價值的一致性）和體系整合（對社會控制的能力）的類型變化的可能性。

組織原則的出現是雙重學習過程的結果，而這樣的學習過程可以結合兩個模型而加以解釋。這些原則就是社會處理它的特徵問題之型態 (patterning)。這些處理體系問題的能力通常是存在於功能上之分析的。可是在危機的情境下，哈氏所稱的另一種分析模式—「理性的重建」(rational reconstruction) 是需要的。哈氏認為當社會領域的發展使得組織原則無法滿足體系的需求時就會發生危機，在這種情況下，社會學習的新形式就會經由非功能性邏輯的內部程序出現在文化的領域，這些發展導致一個遵守特定發展邏輯的規範之進化，而發展的邏輯是類似皮亞傑和寇爾貝所確認的道德進化的邏輯。這一發展邏輯可經由「理性的重建」(rational reconstruction) 來加以解釋。這些結構類型描述一個固有的文化傳統和制度變遷中的發展邏輯。這一邏輯並不在論述發展的機制，而是論述某一既定的社會組織水準上，文化價值、道德表述、規範以及其它等能夠被改變或能夠發現不同的歷史上表達之變化的幅度。而其發展動力中，規範性結構的改變仍須視來自於尚未解決的、經濟條件的體系問題以及回應這些問題的學習過程等進化的挑戰而定。

規範發展的邏輯與動力之間的交互作用，可由下列依順序的解釋中看出：

(一) 初始的狀態 (Initial State)

在特定歷史時期的組織原則必須有能力解決社會和體系整合的問題。例如：中世紀封建社會的政治階級結構就非常適合當

時的農業生產以及市鎮的工藝製造。

(二) 進化的挑戰 (Evolutionary Challenge)

當社會既存的組織原則有所限制時，其結構的改變所創造的體系問題會超過該社會適應與學習的能力。例如：中世紀政治結構的組織原則無法應付新興的經濟（國際貿易與金融經濟）問題。

(三) 實驗 (Experimentation)

在文化領域中自主地發展的認知潛力，依據內部的邏輯以實驗的方式應用到社會組織之上。在此種情形下，規範的概念逐漸制度化以作為行動策略的模型。例如：市場的概念和合理的官僚組織一一出現與被試驗。

(四) 穩定化 (Stabilization)

這些實驗一旦成功，新的組織性原則就在整個社會中制度化而結合於基礎的法律結構中。例如：經濟的關係、國家課稅的權力、現代行政管理的出現、與此相輔相成的契約、財產、租稅與行政法的體系也一一建立。

上述「組織原則」的概念在於說明法律與社會結構之關係是有用的，就制度層次而言，結合了組織原則的基礎法律結構，可藉由規範性結構與廣泛的社會結構之間的相互作用加以解釋。這個模型與諾、塞兩氏所提出的自主性法律的發展是一致的，因它假定規範結構所以發展是根據自主的進化邏輯，而這個進化邏輯可以用「理性的重建」分析而得，也將理性的重建加之諾、塞氏之體系/環境的模型理論中，可以顯示出社會進化動力的影響，其結果就是一個更為完整的社會法律共變模型。這個模型說明社會進化過程中更高層次的整合之所以可以建立，乃是因為包含了(更高層次)道德意識的法律制度出現之故。哈氏以此觀點找到了諾、塞氏理論中問題的解答，藉由這兩個不同模型的結合，使哈氏能夠以法律的自主性與社會的依賴性兩項因素來分

析法律的發展。

在哈氏的綜合與分析中得到三個面向的法律理性概念（即本章第一節所述的規範理性、體系理性與內部理性），我們現在可以更完整的理解區別法律理性之規範的、社會的和認知的三個面向的基礎。哈氏「理性的重建」之想法導出了「規範理性」的概念，此概念決定了在某一特定的道德與法律秩序中可能出現的規範與價值。他的「功能性」的或者說是「體系/環境」的模型，以「體系理性」的概念補充了內部性的看法，也就是「體系理性」具有決定法律秩序的能力，俾便應付社會控制的問題。最後，規範理性和體系理性一起決定了法律體系內部概念的（conceptual）、程序的（procedural）和組織的（organizational）結構之限制（constraints），從而確立了「內部理性」的法律概念

三、盧曼：「社會適度的複雜性」⁸⁸

哈氏對社會的組織原則怎樣轉化為法律結構，並沒有進一步的說明，同樣的，他期待於社會與法律的組織原則之間發現共變，但卻未說明是如何產生這一致的結果，在此方面盧氏之法律體系的「社會適度的複雜性」給予了一些補充。

盧曼於1980年代初，受兩名神經生物學家馬圖拉納和瓦列拉的影響，將「自我複製」（autopoiesis）概念引入他的體系論和法律觀點之中。「自我複製」是一種關於自我指涉（self-referential）體系的理論。該體系透過其內在自我觀察、自我描述、自我修正的能力，以回應外在環境漸趨複雜的傾向與風險的變化，因此如果將社會本身視為一個體系，當社會發展日趨複雜化時，它就「功能性地分化」形成了科學、宗教、家庭生活、教育、政治、法律等截然不同面向的次級體系。而次級體系的「自主性」是其存續與否的必備屬性。法律體系也從社會其他體系中獨立出來，提供人群規範性的共識，並經由

⁸⁸ Teubner, supra note 46, P262-264。

迴圈式的自我溝通成為一個對認知方面資訊開放，卻在規範上封閉自足的體系。法律體系作為自生性社會體系的次級秩序，會構成自主的溝通單元，產生出自己的要素、結構、程式和界限⁸⁹。

盧氏反對古典進化論中直線發展性 (unilinearity)、必然性 (necessity) 以及進步性 (progress) 的概念，他提出了一個極為簡要 (minimalist) 之進化的模型，並將模型建立在有關體系進化動力 (dynamics)、機制 (mechanisms)、方向 (directionality) 三個假設上。進化的動力主要得自於體系與環境之間複雜性的差異⁹⁰。他認為一個社會體系與其環境間複雜性的差異使社會體系產生了改變，社會體系要能夠適應新的情勢，有賴於特定的進化機制的發展，這些機制包括蛻變、選擇和穩定化。

在法律體系而言，他認為生產過剩的可能性主要源自於「規範性」，亦即「時間的面向」(temporal dimension)。制度化的機制提供了選擇的因素，也就與第三者 (third parties) 可被推測 (presumed) 的期待達成一致的選擇。靠著將可移轉意義的語言上定義，變成法律的概念性結構並保存之，以達成法律體系的穩定。

根據盧氏社會—法律進化的特徵，是法律體系「內生的」(endogenous) 進化機制與整個社會「外生的」(exogenous) 進化相互作用的結果。法律依循其內部進化的邏輯，必須適應特定程度上的社會差異性。

盧氏指出有三種組織原則在不同的時期主宰社會：「部門化」(segmentation)、「階層化」(stratification)、「功能分化」(functional differentiation)。每一原則創造了法律體系不同的樣貌 (configurations)，每一原則也導致了法律進化特殊的「瓶頸」

⁸⁹ Luhmann, Niklas, *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, G. Teubner(ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, P111-115(1985)。

⁹⁰ 盧氏認為進化的先決條件為關於結構有選擇地維持系統之可能性產生過度的情形，在此一先決條件之下，它 (可能性產生過度的情形) 使得本來不可能的秩序之系統變成可能。進化的脈動和規定乃是系統與環境複雜性之差異之結果。

(bottlenecks)。

在一個部門化社會中，其特徵為可替代性（選擇性）的貧乏（poverty of alternatives），太古（古舊）的法律（archaic law）就其所面對的問題與困境，無法提供一個適度變化的規範性結構。而在階層化的社會中，其特徵為具有等級制度（hierarchical）的組織，經由產生一個更具多樣性的規範解決上述部門化社會的問題，發展成為現代之前高度文化的法律。但此規範裁決的程序仍存有爭議，最後，進入功能分化的現代社會，規範大量的生產過度，而相應的「實證法」（positive law）之特徵為精緻的選擇機制（主要靠立法的技巧），由於法律的穩定化機制仍限於傳統的學說（doctrinal）概念，在面臨社會的功能分化時並未有所發展，致造成實證法的危機出現。現代實證法僵固的規範性質阻礙了社會上適度且「具學習性質」（learning）的法律出現。依盧氏的說法，目前欠缺的是「以社會政策為導向」概念的體系，此一體系可以讓人們比較不同的問題解決方式所產生的結果、累積批判的經驗以及從不同的領域來比較不同的經驗，簡而言之就是具有「學習」（to learn）概念的體系。

四、法律進化階段的重新闡釋

在略敘哈氏「社會的組織原則」與盧氏「社會適度的複雜性」兩個概念之後，屠氏嘗試把這些概念整合於諾、塞氏所主張法律體系的「內部動力」概念中，以詳細說明法律每個進化階段的成果。由於重點在於現代的法律理性，故僅簡略敘述壓迫性與自主性法律。

諾、塞兩氏的理論，法律發展的初始階段為壓迫性法律，法律秩序的主要功能在為萌生的政治秩序提供正當性基礎。對哈氏與盧氏而言，壓迫性法律代表相當現代的一種法律秩序類型，它反映了一個進步的「政治社會」（political society）之社會組織原則。這表示對諾、塞氏法律類型的介紹有必要延伸至現代化之前的法律秩序類型——「太古法」（archaic law）。太古法反映出「部門的」社會組織原則

的特徵，在社會中具有主宰地位的是親屬關係 (kinship) 而非類如國家的結構。報復與互惠 (retribution and reciprocity) 是太古法主要的原則，經由神聖 (宗教, sacred) 法的形式發展出具體而僵固的法條、帶有儀式的程序、強調表述的而非工具性的功能。太古法所以會演變成壓迫法是由於體系出現了問題，因為親屬關係的組織原則喪失了控制能力而導致獨特的政治組織或國家之發展。

由於新的社會組織原則 (盧氏：階級化；哈氏：政治階級的宰制) 的出現，法律結構隨之改變其特徵。在這方面諾、塞兩氏對於政治權力體系的建構與壓迫性法律出現的密切關係有詳細分析，他們的說明呼應了盧氏的「高度文化的法律」(high cultural law) 的說法，其結構反應了階級化社會中政治秩序的優勢以及與相應之等級制度 (hierarchical) 的宰制形式。在這一轉變中，盧氏強調適度的法律複雜性藉由法庭程序的制度化而達成，該程序可以妥善應付在階級化社會中所發生之更高程度的社會衝突。哈氏的階級化社會組織原則的分析聚焦於政治階級宰制下社會整合的特定形態，經由法庭程序的制度化、一個基於行為應該依據業已存在的規則的理念之公約道德 (conventional morality) 取代了先公約的原有型態 (preconventional predecessor)⁹¹。

在階層化的社會出現的壓迫性法律，當法律與社會改變時，會經歷「正當性危機」和「體系危機」，因而轉變為自主性法律。自主性法律符合韋伯所述的「法律與政治的分離」、「法律專業化」、「以嚴守規則為導向」、「普遍性與精確性」、「人為的論證」以及「程序正義」之形式理性。自主性法律也遵循一個特定的「體系理性」與「規範理性」。它的合乎慣例 (習俗) (conventionality)、法制 (legalism)、

⁹¹ 哈氏認為，法官不再是爭執的雙方臨時權力競賽場的裁判，而是援引法條、遵循先例，不以懲罰犯罪、恢復原狀為急務，而是以法律是否遭破壞為辦案的考量，參閱洪鑣德，同註 13，頁 417。

⁹¹ 盧氏則認為自主性法律發展適當複雜性，也就是發展其功能分化的原則，在於法律的實證性 (positivity) 以及司法與立法過程的分開，參閱洪鑣德，同註 13，頁 418。

形式 (formality)。使它對於調動與分配自然資源有所貢獻，而成為已發展的市場社會之規範性無上命令 (normative imperative)。就在同時，由其普遍性原則的要素 (universalist elements) 法律開始制度化成後法制 (post-conventional) 的規範理性，規範須經由普遍性原則的論證而取得正當性。要解釋現代自主性法律所以會引發危機，乃是因為回應有關法律複雜性不夠適當與回應主導組織原則的緊急危機需求增加，造成內部動力的壓力增高。

把壓迫性法律與自主性法律的改變，看做是舊的進化論模型，把「社會的組織原則」(哈氏)與「社會適度的複雜性」(盧氏)加以綜合，而形成「法律與社會處於過渡時期」的理論，則為新進化論的模型。屠氏運用哈氏與盧氏的法律與社會共變說，來修正與補充諾、塞氏法律內在動力說，最終形成新的程序論 (a new proceduralism)，也就是型塑其反思性法律 (reflexive law) 之新理論。

社會結構、國家角色與法律形式的共同進化過程可以表 3-3 彙整表示之。

表 3-3 社會結構、國家角色與法律形式的共同進化

社會結構	國家角色	法律形式	理性類型
部門化	---	太古法、宗教法	巫術的 報復的
階層化	專制國家	習慣法、自然法	物質的 實質的
功能化	自由國家	世俗法、實證法	形式的 程序的
組織化	福利國家	反思法	體系的 論述的

資料來源：Helmut Willke, *Three Type of Legal Structure : The Conditional, the Purposive and the Relational Program*, G. Teubner(ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, P286(1985)，本文整理。

第二節 反思法：新程序論

現代社會中，高度分化的社會次級體系間 (subsystems)，由於理性的差異所產生的衝突無所不在，規範的整合已成為當務之急。哈氏與盧氏循著法律進化的脈絡處理這個問題的努力，具有互相補充修正的作用。哈氏有關組織化資本主義 (organized capitalism) 中危機趨勢的分析，描述政治、經濟和文化的次級體系間的內在衝突，符合系統論的一般架構。另一方面，盧氏所提出之高度分化社會的整合機制，有助於理解哈氏的理論。這些代表了哈氏所言體系整合機制需要盧氏所主張的社會整合機制來補充。因此，哈氏與盧氏關於批判理論和新功能論的理念可以用來評估呼應性法律是否有實現的機會。

第一項 實質的法律理性和干預主義國家的危機⁹²

哈氏在討論現代組織化資本主義社會之正當性問題時，已把正當性問題與呼應性法律的概念連繫起來。他的論點為組織化資本主義社會之特徵是社會次級體系間產生的一連串連續危機，屬於經濟的危機已因國家的干涉而獲得部分的解決，不過經濟的危機卻引發政治體系的危機，也就是政治體制正當性的危機。正當性的問題最終導致文化體系的政治化並隨之引發了文化危機。要解決文化危機，規範結構必須徹底的改變。在這一架構之下，形式法律理性的危機緊密地與外頭的現象連結在一起，也就是現代國家干涉主義的出現。與此同時我們看出諾、塞氏所述之市場經濟、形式私法系統、國家課稅，和官僚行政交互作用下的自主性法律的體系理性，隨著政治體系接手修正市場缺陷、全球經濟政策以及補貼的社會政策漸增加而破壞，其必然結果就是法律領域中形式法律的「重新物質化」，發展成為一個具有特殊主義 (particularism)、以結果為取向 (result-orientation)、工

⁹² Teubner, supra note 46, P267-270。

具主義⁹³的社會政策途徑（instrumentalist social policy approach）等特徵的實質理性，以及之前自主性社會過程逐漸增加的法制化。

哈氏分析資本主義中國家角色的改變，有助於瞭解造成法律重新物質化的力量，以及法律中實質理性的崛起。可是走向法律實質化之路並不平順，實質法律理性也未能全然實現。相反地，在朝實質性法律變遷的趨勢上遭遇明顯的限制，法律也不可能完全是目的性的，這些限制由上述三個相互關聯的危機中出現，大大地限制了法政實質理性的潛在能力。

首先是國家干預的計畫遭遇了「理性危機」的發生，這是由於社會經濟過程的複雜性、經濟危機處理的矛盾與政治法律控制機制認知上的限制。社會的進程與經濟的安排太過密集與複雜，而這一類的干預主義控制機制，也適度地說明了法律機構和政府機構無法把一種可以充分有效處理經濟管理危機的社會真實模式整合起來的潛在矛盾，這個理性的危機後最終威脅到體系的整合，也危及到社會的整合，從而限制了法律與政治走向實質理性的可能性。

與之有關的是組織化資本主義的正當性危機。這是由於獨占力量的成長和政府管理經濟角色的逐漸加重，致使原對於「自然」分配之結果具有正當理由的市場機制，失去其作為正當手段的力量，在某個程度上，國家的干預已承擔起替代與補強市場機制之責任。政治體系漸漸依賴人民對其政治經濟決策的支持與忠誠。但規範結構的抵抗使得這政治性的產物—「正當化的意識形態」受到了限制。因此，文化體系內在的發展邏輯遂創造第三種的問題—「動機危機」(motivation crisis)，對於福利國家實質理性起了實際的限制。

依哈氏的觀點，只有在規範的領域內自主性法律的進化過程中所

⁹³ 屠氏指出，對於法律工具主義的批評主要有下列四個重點：（一）無效性（Ineffectiveness）。（二）殖民地化（Colonialization）。（三）過度擴張（Overstrain）。（四）體制衝突（systems conflict）。Teubner, supra note 52, P6。

湧現的「論述 (discursive) 理性」，才能解決當前國家正當性的問題。這樣的觀點是植基於規範領域中政治的正當性理論之必然的發展趨勢，即當今的正當性原則必須是程序上的 (procedural)。

隨之而來的是制度化的問題，即什麼樣的組織結構以及討論與決定的機制能夠產生程序上的正當性結果，必須視具體的社會與政治條件、支配 (disposition) 的範圍以及資訊的充分與否而決定，哈氏自己提出之制度化的程序正當性包括：工會、公眾的協會、功能性菁英分子等之「組織的民主」(organizational democracy) 概念、教育與文化等社會不同次級體系之參與性以及有關科學、政治和公共領域間制度化合作之「實用性對話模式」(pragmatistic dialogue model)。

上述哈氏所提之社會次級體系民主化的想法與諾、塞氏的呼應性法律之廣泛的政治性參與制度化的重新設計以確保社會核心組織中不同利益的適當代表性概念非常相似，不過其相似之處也僅限於呼應性法律中涉及反思理性的部分。在此固然可以接受哈氏的分析，不過呼應性法律處理後現代社會的正當性問題的能力卻依其處境而有不同的表現。

由於呼應性法律立基於實質理性的擴充之上，它也會遭遇到理性、正當性以及動機危機所設的限制，而這些限制使其無法實現實質的或目的性的目標。但一如前述，呼應性法律之最重要處在於其構成因素之一的反思理性，因為法律的反思理性遵守了程序正當性的邏輯，而這樣的取向，反映於逐漸興起的後現代社會之組織原則上。哈氏在 1981 年出版的著作中⁹⁴，將法律當作是一種「媒介」與當作是一種「制度」的不同做了一個重要的區別，作為「媒介」的法律是一個獨立的社會科技性 (socio-technological) 決定過程，它取代了既存於社會次級體系中「生活界」(life-world) 的溝通結構，並依其

⁹⁴ Jürgen Habermas, *Law as Medium and Law as Institution*, G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, P203-220(1985)。

自有的標準分派商品 (goods)；而作為「制度」的法律，其功能僅僅是社會化、社會整合和文化再生產等諸社會領域之「外部性建構」(external constitution)。法律作為一種制度，在於促進而非威脅溝通和學習自我管制的過程。由於法律這個促進的角色與溝通理性出現的形式相符合，故以過程為取向的反思法，似乎是非常適合解決後現代社會的正當性問題。

第二項 功能分化社會中的反思性法律理性⁹⁵

截至目前為止，是以哈氏「批判理論」(critical theory)的脈絡來檢視呼應性法律。另外，盧氏繼承涂爾幹和帕森思傳統的「新功能體系理論」(neo-functionalist system theory)，以更抽象、更為整合的觀點來探討相同的問題，該理論將資本主義的危機趨勢解釋為一般現象中之特殊案例。盧氏指出由於社會功能性的分化，導致高度特殊化的次級體系發展各自特別的理性，不可避免地造成了體系間激烈的衝突。在盧氏心目中，哈氏所說的國家干預與文化發展兩項邏輯之間的基本矛盾—動機危機，在同樣地基礎的變化或者更功能性的衝突中，只是偶見而已，更大的衝突發生在普遍的社會結構(經濟、科技)以及政治與法律結構(特別是與領土或疆界有關)之間、科學計畫和經濟生產控制之間、社會的相互依賴的短暫要求與教育與制度化緩慢發展過程之間，最後，從形式的法律理性危機中湧現對於呼應性法律的追求已成為重大的問題，即法律體系如何參與和回應社會的功能性分化過程。

在這種觀點之下，韋伯把現代法律描述為「形式理性」似乎是誤導的，因為在比較傳統與現代法律時，形式與實質的概念是彼此可以互換的。反之，諾、塞兩氏自主性法律的概念足以點出了社會功能分化的重大改變。所謂自主性法律在於說明法律體系漸增的自主性，它

⁹⁵ Teubner, *supra* note 46, P270-273。

與道德和科學的結構分開，也從政治過程相對地獨立出來。就在這些發展中，法律的形式主義出現，包括了嚴格地遵守法條、專業的論證以及程序的興起。自主性法律的危機產生自該法律概念上的結構未能適應高度分化的社會之迫切需要（exigencies）。法律學說仍舊死守著古典的法律模型，將法律視為藉由司法裁判而實行的規則體。法律秩序缺乏了概念性的機構（conceptual apparatus）能滿足各個特殊的社會次級體系互動中所出現對於計畫與社會政策的要求。

韋伯在使用「實質的法律理性」一詞時，可能是想要解決法律重新物質化和政治化的危機。但這種觀點顯現出退化的趨勢。現在如果不以新的法律理性取代實質的法律理性，想要把法律與科學、道德和政治領域重新融合，就會破壞了司法的合理性。因此經由法律的重新物質化必然會導致政治法律體系的理性危機，因為在功能分化的社會中，不同的次級體系已發展出高度的內部複雜性，不論是政治、科學、經濟、道德或是法律，以單獨或者結合的方式，都無法發展控制社會秩序的能力。是故呼應性法律的實質理性面向一旦成為現代法律秩序的主宰力量，其結果將會是一個退化而非分化的社會，而不是社會的重新整合。

依據盧氏的說法，在極度功能分化的條件下要達成整合，不同的社會次級體系必須相互扶助⁹⁶，因此，功能分化的社會，需要一個次級體系的整合機制來取代一個社會的整合機制。一個去中心化（decentralized）的整合模式是無可避免的，因為使一個次級體系的理性極大化就會在其它功能性體系中製造無法解決的問題。為了避免這種毛病，他主張在每一個功能性的次級體系之反思結構中，植入一些相對應的限制，只要這些限制不是從與其環境的進行關係中直接產生。是故「反思」結構變成了呼應性法律在功能分化的社會中扮演良好角色的關鍵。

⁹⁶ 盧氏認為社會次級體系不僅適當的發揮了自己的功能，還要與這些共同形成環境的其它體系，在功能與結構上處於有意義的相容關係。

- 在盧氏的理論中，每一個次級體系中有三個取向必須是開放的：
- (一) 在「功能」(function) 方面，對於整個社會體系是開放的。
 - (二) 在輸入與產出的「績效」(performances) 方面，對於其他社會的次級體系是開放的。
 - (三) 在「反思」(reflexion) 方面，對於自己是開放的。

這些取向彼此間是無法相容與取代的，它們無法置於共同目標之下。例如：在政治體系中，有一內在緊張關係存在於社會功能（有拘束力決策的形成與執行）與績效（權力資源的保衛與正當性的提升）之間，只能藉由政治反思（聚焦於何謂政治以及如何自我設限去做該做之事，使決策能夠適當、正確、有利，而又能保有權力）以解決功能與績效間的衝突，並使其能夠適切的作為其它次級體系的環境構成因素。

所以盧氏認為反思性必須在績效與功能之間扮演媒介的角色，因為對次級體系而言，整個社會代表了包攝（各種次級體系）的大體系以及（各種次級體系）的社會環境，藉著調和績效與功能間的緊張關係，社會次級體系內的反思結構變成了功能分化社會中主要的整合機制。從此一理論上的觀點，如果呼應性法律要作為社會整合的機制，必須發展其反思的面向。

第三項 聚合點：社會次級體系的內部反思與論述民主⁹⁷

理論上的探討至此，所關注的聚合點就在於呼應性法律的反思面向。將呼應性法律轉化為新功能論和批判理論的論述，已經引導我們重新評估在當今的條件下實質法律理性存在的可能性。同時，我們對於諾、塞氏理論的闡釋，也使我們確認了哈氏「程序的正當性概念」與盧氏「內部的體系反思」理論的重要關聯。將這些不同的要素結合起來，屠氏提出之論點如下：

⁹⁷ Teubner, *supra* note 46, P273-275。

(一) 社會次級體系中反思只有在民主化的過程為該體系創造了論述的結構時才有可能。

(二) 次級體系民主化的主要功能不在於增加人民的參與性，也不在於中立化權力的結構，而是在於內部反思性的社會認同性。

在討論反思性法律如何面對其他次級體系之前，先來思考反思的角色和它對法律體系內所加諸的限制，這可由功能、績效和反思三項類型如何應用到法律體系來看出。法律的功能可以被定義為它能提供整個社會所期待的一致普遍性（congruent generalization of expectations）的能力。法律的績效在於解決發生在其他社會次級體系裡而無法由其本身的運作來處理的衝突。上述兩種取向既有重疊也有衝突。規範的一致普遍性的產生不一定可以提供解決具體衝突的規則，而法律體系經由解決衝突的過程所產生的規範未必具有一致的普遍性。於是法律反思的角色便在藉由賦予法律體系能力的內部限制以調和功能與績效之間的內在的緊張關係。

屠氏的論點是指調合法律體系內在緊張關係的最佳方式是在其績效的面向加以限制。反思性法律不在綜合地規定實質的法律理性，而是限制法律績效使其成為更間接的與更抽象的社會控制之形式。最重要的是法律規範與社會次級體系結構上的回應（structural correspondence）與機會，實質的法律理性對這個必要的回應並未充分說明，它嘗試用法律規範去管制社會結構，但這些社會結構有時並不容易接受法律的規定，屠氏以現代教育體系與福利體系為例，對當前法制化的批評一再顯示，實質的法律計畫雖然遵守功能性的邏輯以及依循理性的標準與組織類型，但卻不適用於被管制之生活領域的內部社會結構。其結果，作為福利國家媒介的法律不是變得效果不彰，不然就是付出破壞社會生活的傳統之型態的代價。一個反思的取向並不意味法律必須回應社會問題。反之，它在尋求如何確認法律解決社會問題而避免破壞社會生活的價值模式之結構。

至此我們不免要提出一個問題，自主性的反思如何為合法性的範圍設限？以及在面對其他社會次級體系時，如何界定法律的角色？現今流行的一種可能答案為採取解除管制（deregulation）的政策，或者是實質法律的重新形式化（reformalization）。另一個可能的答案是程序化的政策，法律體系在其他社會次級體系裡頭提供自我管制的結構要件，目的在保障其他次及社會體系之自主性，也達成哈氏所主張「社會次級體系的民主化」，藉由其所強調的程序正當性指出反思性法律的發展方向。

回顧哈氏將法律當作是一種「媒介」與當作是一種「制度」的區別。雖然法律作為社會指導的「媒介」有可能威脅社會生活的合法領域之溝通機制，但法律作為一個根源於既定社會之核心道德的「制度」，經由確保一個具有可溝通性結構之社會領域的「外部建構」（external constitution），可以促進溝通的過程。法律當作「外部建構」可以提升「論述的決定過程和以合意為取向（consensus-oriented）的協商與決策程序」。依哈氏的論點，法律藉由提供程序、組織和權限的規範去協助其他社會體系達成民主的自我組織與自我管制，這就是程序正當性的中心要點。換言之，反思性法律既不以權威性方式決定其他次級體系的社會功能，也不管制它們投入與產出的績效，而是採用一些機制促進社會次級體系內反思結構系統化的進一步發展。

然而，面對功能分化的社會，已無法期待建立普遍的的正當性結構，或是而可普遍應用的論述道德、或是反思的共同程序。舉例來說，經濟與政治體系對於反思過程所必要的法律條件，與教育體系就有很大的不同，因此，法律只有在次級體系的層次中建立、修正和重新定義民主的自我管制機制。就組織、程序與權限而論，法律的角色在於為未來的判決（決議）訂定判決（決議）、管制的規定和建立結構性的前提。在其它次級體系的特定結果會受到法律所設立的決策參考因素所影響，但那並非是法律命令，因為法律並沒有決定決策的結果。

這樣的法律秩序可以一句話言之：「法律以提供其他社會次級體系反思性過程所需之結構性要件，來實現它自己的反思性取向，換言之，反思性法律只注意到社會次級體系的民主決斷之程序，並不涉及民主的實質性的問題。這就是當代呼應性法律的整合性功能。」

第四項 新的法律自制⁹⁸

屠氏一方面借用了呼應性法律學說之內部變數(項)，另一方面借用了批判理論與新功能論的外部變數(項)，進而建立社會與法律互動的模型，已達成呼應性法律發展其反思的法律理性以回應後現代社會的挑戰之主張，這個模型是立基於推測的理論假定上，其有效性仍待經驗事實的驗證。然而，我們可藉由最近的法律趨勢中認識反思性法律結構的輪廓，並以此得到實證上支持。

以契約法的發展為例，在立法的定義上與司法的判決均對契約的實質內容作出更明確的界定，顯示契約法有朝實質的法律理性發展的趨勢。假使這個發展趨勢在於矯正契約形式的浮濫，那麼它將遭遇到對法律體系的能力加以限制之情況，這種限制部分情況現在已經顯現出來。相較之下，勞動法在涉及集體磋商(bargaining)的規定，具有更為抽象的控制技術之特徵，顯示出反思的潛在能力。集體磋商運作的法律規定，在於形成集體磋商的機關、界定磋商過程的規範、限制或擴大集體行動者之權限，法律主要在於平衡磋商的權力，僅間接地控制特定的結果。

同樣的努力在建構對抗的權力體系上，特別是消費者保護法(consumer protection law)方面，進展得並不順利，然而，創設功能上類似的自主性、半官方的制度(autonomous semi-public institutions)提供消費者資訊以及非組織化的社會利益代表。國家的法律也不再是作實質的規定，而是在於「自主的」社會過程之程序

⁹⁸ Teubner, supra note 46, P276-278。

與組織的結構化規定，培養為消費者發聲的組織。法律不再權威的建構消費者的利益，它的權限僅在於確定為消費者利益的發聲以及確保其代表性。法律的體系的任務不在是發展目的性的綱領，也不再相互競爭的政策做一目標上的定奪，它只在保證協調過程的順暢，同時也對爭議的雙方強制其達致協議。從這些觀查可知法律經由跨部門的仲裁要求或設定問題的範圍去解決體系間的衝突。

也許消費者保護法所提供的是一個不穩固的例子，因為它是一個所謂「外部的去中心化」(external decentralization) 限制策略的例子，如果社會權力與資訊的不對稱能夠與制度上公平化的企圖相抗衡，該項策略必然是失敗的，解決的方式是法律本身發展其反思性的結構以彌補權利與資訊的不對稱的不公平情形，因此，經由補償的法律邏輯提供去中心化體系的運作，學說中就有可能將某些一般條款 (general clauses) 或標準的發展解釋為一種反思性邏輯的例證，即使如此，像「誠信」(good faith)、「公共政策」(public policy) 這類的標準常被當作是實質的司法干涉主義的工具，但它們也可以當作「契約社會化」而不是傳統上國家干預的手段。如果法律體系本身能夠激發社會自我管制的過程，那麼把「誠信」和「公共政策」等標準用來補償社會的不公平，不管是契約合夥人間具體互動的層面，或者是市場與組織間、以及社會的層面，有著政治、經濟、文化與法律間的交互作用，就是一種反思的安排，例如：契約當事人間互動不足的情形下，客觀的目的和義務之釐清是藉由法律規定；或者在市場有缺陷之下，商業的習慣被司法上所定義的市場行為規則所取代；以及在政治有缺陷下，司法的程序界定公共政策的標準，內部刺激的邏輯性是這些例子的共通點。次級社會體系自我管制機制被認為是有實際缺陷的，「誠信」(good faith)、「公共政策」(public policy) 這類的一般條款 (general clauses) 或標準被解釋為法律體系自我管制過程的命令，模擬到那些非法律的次級體系的內部中，明顯的如此之模擬有其缺限，因為它容易被曲解為一種全然道德性的訴求，在認知

上與程序上的適當性是不清楚的。

私人組織的法律也提供了一個反思的例子。今日對於協會、團體組織行為的司法的控制和國家的管制能力已達極限。只有在各個協會、團體的組織中加強其反思機制的法律結構才能解決當前體系的各種缺陷。換言之，把協會加以「憲法化」，也許可使其「組織的良知」(organizational conscience) 能夠運作，促成該組織將外部的衝突「內化」於其決策結構之中。在這種脈絡上，社會制度的民主化之傳統性意義跟著也改變了。主要的目的不在贏取勢均力敵的權力平等，也不是增加個人的參與（強調「參與的民主」之概念）。反之，它是組織性結構的設計，也就是使公司行號、半官方的協會、媒體與教育社團等等制度對於它們企圖極大化內部控制所造成的外部影響更為敏感的，其主要的功能是以有效的內部控制結構取代外在的干涉性控制。

第五項 社會真實性的法律建構⁹⁹

上述的例子在於說明法律結構如何朝向一個反思的理性。我們進一步要檢討一個反思的法律體系之「認知的能力」(cognitive competence)，這是呼應性法律理論中重要的議題。法律反思過程的貢獻在於調合了法律體系中功能與績效表現，進而促進了社會的整合。是故法律反思之結構性條件的認知面具有關鍵的重要性。這些條件中又以「真實的內部模型」(internal models of reality) 扮演重大的角色。這類模型（包含了描述性與規範性的要素）指引決策過程的適切性，在決策與法律理論上已逐漸獲得承認。例如：德沃金 (Ronald Dworkin) 曾經提出法官辦理「棘手案件」(hard cases) 時，會在規範和原則的互動中有意或無意地以「政治理論」證明其判決之正當性的論點¹⁰⁰。人們更可以從法律規範、法院意見、學說見解

⁹⁹ Teubner, supra note 46, P278-281。

¹⁰⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, P81-90(1977)。

來建構社會真實性的理論，這些理論最終成了一種背景資訊，或是詮釋學（hermeneutical phrase）上所稱的「前理解」（preunderstanding）。舉例而言，契約、協會、國家與社會的關係這類概念是深植於社會真實性的法律感知中，這種感知與我們從日常中所理解的這些現象，以及從社會學或經濟學的理解有很大的不同。法律體系會發展出某一特殊的「真實性的社會建構」（social construction of reality）以便於在法律規範指引下來判別社會的衝突。從囿於解決衝突之急迫性的觀點，法律創設其自有的真實性，法律體系製造出具有高度抽象以及選擇性之世界的模型，也因此忽視了許多與政治、經濟、社會有關聯的因素。

顯然的，這些模型隨著法律發展也在特徵上起了變化。而法律模型的建構和法律理性的類型存在著共變的關係，因此，「重新物質化」如何迫使形式法律改變其對社會真實性的看法仍然存有疑問，所以我們必須界定反思的法律理性需要建立起何種的法律模型。

「社會學法理學」（sociological jurisprudence）以及其法律理論中的相關運動（如自由法學派，Freirechtshule, Interessenjurisprudenz）可被解釋為形式法律再度物質化在方法學上的必然結果。它們攻擊法律形式主義論（legal formalism），不僅因為其將概念當成事實的概念論（conceptualism），也是由於其將概念建構成社會實在的緣故。形式的法律理性與社會學的法理學基礎上不相容的，因為前者把法律行動者自世界予以抽離，並堅稱社會的、經濟的、政治的諸面向的考量並非從事法律工作者之職責。

實質法律理性要求以「重新科學化」（rescientification）的方法精確地認知法律的真實性的觀念，也正是社會學法理學方法論主要關懷之處。就如本文前面新功能論與批判理論所指陳的，這種類型的社會學法理學朝實質法律理性的危機方向研究。嚴格言之，這類的法理學需要一個整合了社會科學理論的真實模型，才能使法律負起整合

性規劃程序的責任。在這種情形下，法律的分析傾向於轉化成羽翼豐滿的社會政策分析。這種分析要求對真實情況適當的描繪、對問題有深入的認知、對目標有清晰的界定、對法律規範有正確的選用，以及在真實社會中落實規範的實行。很明顯地，上述模型所欲達成目的之複雜並非既有的法律體系的認知能力所能辦得到的，就算他們的基礎是建立在科際整合的分析之上。

就像決策理論一樣，社會學法理學似乎也需要發展一個「拘束理性」(bounded rationality)的概念，以便建構可行的模型(對真實性的認知)，如此才能實際使用於法律判決的過程。法律體系中新增反思過程的角色，最主要是在建構社會真實性的模型脈絡之下界定法律的自我限制。

反思的法律理性要求法律體系將自己視為環境中的體系，以及瞭解於管制其它社會次級體系的功能與績效時自身能力的限制，故它與社會科學知識的關係既非全部接受，也非全然分開。相反地，其關係涉及到依據確信的「轉譯規則」(translation rules)，由一個社會脈絡轉譯成其它的社會脈絡之社會知識，亦即「轉譯規則」涉及到特定的法律標準的選擇 (legal criteria of selectivity)，如果法律能夠藉由在其他社會次級體系中的反思過程實現它的整合性功能，則法律體系所要求的社會知識是非常特定的，對於模型建構的需要也比作為一個全盤性規劃的法律體系 (comprehensive planning law) 更有限制，法律所需要利用與發展的，是在不同脈絡下對於自我管制過程的控制所需要的知識，無所不包的社會政策模型將被一個如何結合對社會與法律分析的洞察與解決社會問題的動態互動過程之模型所取代，假使屠氏上述的分析是正確的，那麼反思法模型的產生將會是法律進化的發展中重要的下一步。

第三節 小結

20 世紀後半葉，西方法律的發展與舊的（古典的）法律進化模型有相當大的落差，在此情況下，歐美的法學者開始為當代福利國家之法律進化進行分析、歸類與預測，其中成績最為卓越且引起最廣泛討論的，應屬屠布涅。

屠氏認為美國諾、塞氏所提出之法律從壓迫性法律發展為自主性法律，再演進至呼應性法律之進化理論，其力量並非全然來自於法律體系內部的動力，而是受到體系外的社會影響，而法律的理性也因制度的設計與法律政治化的衝擊，由形式理性轉向了實質理性。但法律除了具有形式與實質理性外，尚有第三種之反思理性，他以哈氏就韋伯形式理性推廣至法律內的理性（包括體系理性與規範理性）、以及「社會的組織原則」（哈氏）與「社會適度的複雜性」（盧氏）來加以補充，並將上述四位學者之理論整合，重新詮釋法律的進化階段，最終形成新的程序論，也就是反思性法律之新理論¹⁰¹。

屠氏認為，法律的形式理性特徵為強調個人主義與自主性的完善，以及私人活動領域的確立，是屬於規則取向的，以分析的概念體系、嚴密的演繹和規則取向的論證來建構法律。但隨著福利國家的成長和政府管制的興起，法律有「重新物質化」的傾向，強調國家進行「目的性」、「目標取向」干預之實質理性，著重於通過實質性的規則和標準來實現預設目標。但隨著社會結構日益複雜，實質理性已不能滿足功能分化的社會之需求，這時就產生了「干涉主義國家的危機」。首先，由於社會的複雜和功能性分化，國家試圖通過頒佈更多法令來干預乃至改造社會，也就是於自主性社會的歷程中不斷增加法制規範，屠氏稱之為「司法化」（juridification）¹⁰²。其次，由於法律只是一個社會的次級體系，它並不能整合社會其他的所有次級體系，法律機構和政府機構無法把一種可以充分有效處理經濟管理危機的社會現實模式整合起來，法律並不能處理所有社會問題。其次，隨

¹⁰¹ 洪鎌德，同註 13，頁 444-445。

¹⁰² Gunther Teubner, *Juridification-Concepts, aspects, Limits, Solutions*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, P3-6(1987)。

著各類實質性法律的繁衍，立法者逐漸不能勝任調整某一法令以及協調各種法令，這就常常會導致在執行或者解釋法律時，執法者將會具有更大的裁量權或者是更無所適從。

為了回應「干涉主義國家的危機」，反思性法律應運而生。反思法藉由創設「管制的自主性」(regulated autonomy)，採取了一個介於形式性法律和實質性法律間的中間立場。「自主性」象徵了自我立法對自由和自制的理解，而管制則代表了國家促進功能分化的社會整合。一方面讓個人自主決定自己的事項。另一方面，反思性法律透過建立引導個人行為的程序機制來干預社會運作過程。其角色為「藉由塑造內部的論述程序以及與其他社會體系協調的方法，以組織或重新組織一個半自主性的社會體系」。

反思法的主要功能在於，運用有效的內部控制結構，來取代外在的干涉控制。在功能分化的社會中，法律體系作為一個自我指涉、自我複製的社會次級體系，它並不是傾向於直接介入其他的次級體系，並予以直接的約束，而是通過提供程序上、組織上以及權限上的規範，促成其他社會體系達成民主的自我組織和自我管制。在解決社會問題的同時，避免破壞社會生活原有價值的模式。

此外，屠氏也以工業國家為例提出了不少的佐證，類似反思性法律這一個新的程序取向的特徵，可由勞工¹⁰³、經濟¹⁰⁴，社會¹⁰⁵等不同的法律領域內新興而非傳統的形式與實質理性中觀察到，它們都是由私人自主到國家管制，然後再轉變成社會自律的發展，另有學者認為反思性法律的理念也可以用來處理相鄰關係¹⁰⁶的議題。綜而言之，就法律的進化過程，法律的結構可分為下列三種類型：

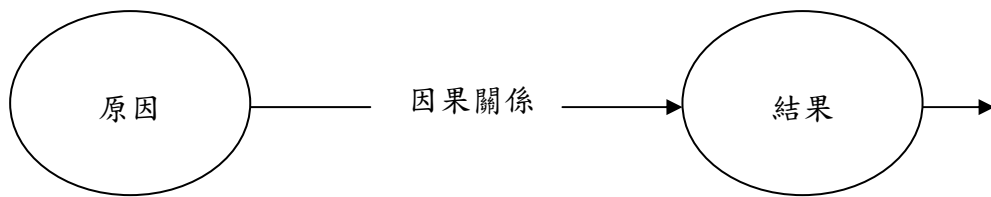
¹⁰³ Spiros Simitis, *Juridification of Labor Relations*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, P113-161(1987)。

¹⁰⁴ Pichard Markovits, Austin, Texas, *Antitrust: Alternatives to Delegalization*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, P333-369(1987)。

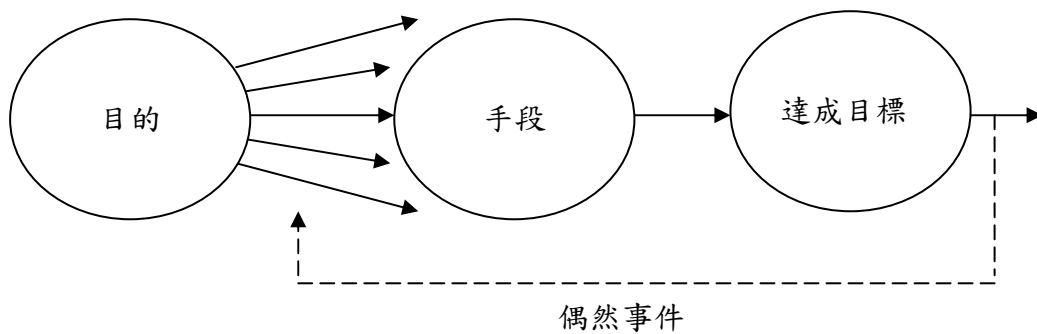
¹⁰⁵ Martin Partington, London, *The Juridification of Social Welfare in Britain*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, P419-442(1987)。

¹⁰⁶ 蘇永欽，同註 26，頁 23-25。

一、條件式綱領—因果性指導



二、目的式綱領—工具性指導



三、關係式綱領—呼應性指導

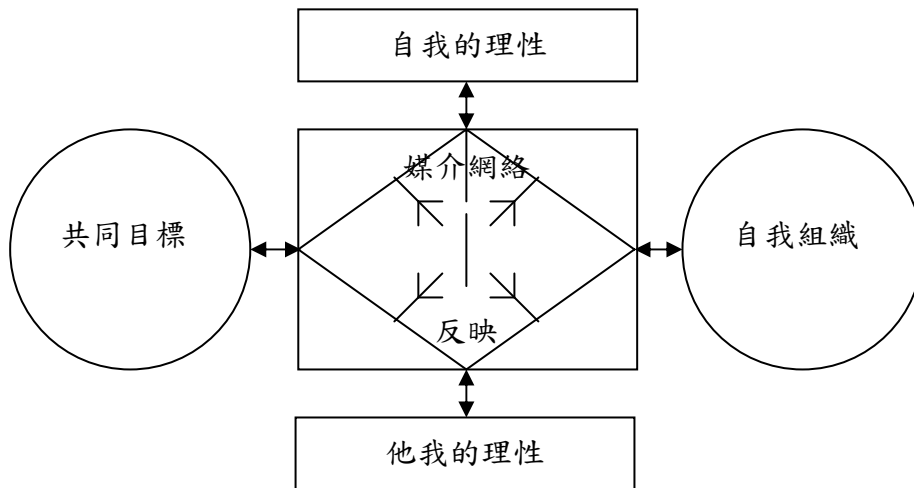


圖 3-1 法律進化過程中法律結構的三種類型

資料來源：Helmut Willke, *Three Type of Legal Structure : The Conditional, the Purposive and the Relational Program*, G. Teubner(ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, P291(1985)，本文整理。