

規範、行動與法體系——規範理論研究（摘要）*

顏厥安**

壹、序論

本文是一篇對法規制理論（legal regulation theory; Theorie der Rechtsregulierung）的研究之作。本文認為，由於幾乎所有的規制政策都需要法律制度，因此對於法律制度之一般性理論研究，也構成研究規制問題的重要部分。而且一切的法律規定都可以看作是某種規制體系之作用，因此法學研究之主軸，不僅限於法律規範之解釋適用，它根本上就是一種法規制理論之研究。

而本文運用之理論背景主要來自於制度法實證主義。制度法實證主義(Institutionalistischer Rechtspositivismus)是由奧國學者 Ota Weinberger 與英國學者 Neil MacCormick 基於共同之理念所發展出來之法理論學派。因為引進了「制度」這個嶄新而獨立之概念進入法理論之研究。制度法實證主義除了研究制度與規範的問題外，另一個重點在於行動理論，主要是由 Weinberger 所提出之形式／目的之行動理論(formal-finalistische Handlungstheorie)。本文除了對制度法實證主義相關主題之鋪陳闡述外，筆者更嘗試在其基礎上，以禁止規範為核心檢討規範、制度與行動的關聯，並以代理孕母的禁止問題為例做一反省檢視。

貳、單純事實與制度性事實

首先本文檢討「制度性事實」的理論，Weinberger 提出了另一項對制度理論相當有意義的見解，那就是制度除了是由規則與名稱所組成外，它也同時表達了一種行動(行為)之結構(Handlungsstrukturen)，也就是說制度總是與某些行為形式相關聯，它提供了特定行為種類之可能性，也同時在這些領域發揮了規範的作用。

參、法律作為一種制度性事實

至於 MacCormick 有關法律及制度的理論指出，通常我們在法律當中都一定會使用各式各樣的法律概念(legal concepts)，不過這些概念並不僅只是一些語言使用上的辭彙而已，而是我們在分析了解法律規範體系時不可或缺之中介。MacCormick 指出了三種任何制度都擁有的規則：第一種是(個例)產生規則(institutive rules)；第二種規則稱之為效果規則(consequential rules)；第三種規則是終結規則(terminative rules)。

* 本文為國科會補助研究計畫「規範、行動與法體系——規範理論研究」成果摘要，計畫編號 NSC-87-2414-H-002-020；完整之研究報告，以〈規範、行動與制度——由制度法實證主義初探制度與行動之關聯〉為題，發表於中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，「政治制度：理論與現實」學術研討會（1998 年 6 月 26 日），並感謝評論人陳顯武教授之指正。

** 台大法律系副教授。

在上述的理論解析之後，MacCormick 進一步指出了幾個值得注意之點。首先 MacCormick 認為，我們必須以這種方式來了解法律制度乃至法律體系。其次，MacCormick 認為一個制度的存在，與該制度的一個個例的存在，是非常不同的兩件事。

肆、制度的性質與規範概念

當 MacCormick 進一步在說明制度之性質時，卻又主要是以三種規則來加以定位。制度與制度規則之間的差異與關係在 MacCormick 的分析中其實已呼之欲出，但是卻未能清楚點明，以下將討論兩點：

(1)Weinberger 對制度性質的幾點檢討：Weinberger 認為每個制度都擁有理念性之核心 (ideeller Kern)，但這些理念性之核心並不儘限於指導理念，而更及於與制度之運作相關之規範、目的、價值、偏好等等；另外制度是個人行動與社會生活之匯集點。至於第三點，制度是一種複合之對象 (komplexe Entitäten)；第四點：制度除了理念性之核心外，還包含有人以及物之基底 (要素)。第五點，我們可以，甚至必須清楚地區分何為單純事實，何為制度性事實。第六點，制度擁有其自身之生命 (Eigenleben)。至於第七點，組織代表了一種人員與事物要素之結合，兩種要素之間存在有功能性之關係。因此組織亦可視為一種制度性之事實，而最後一點，個人與社會的關係通常有兩種理解模式，但新制度論則兩者都不贊成。因為新制度論認為，制度塑造著個體，而個體之行動方針又絕不僅限於個我利益或效用之追求。

(2)Weinberger 的規範概念：Weinberger 發展出一種新的規範概念，一般稱之為語意學之規範概念 (semantischer Normbegriff)。不過 Weinberger 的規範概念，依筆者之見應比單純之語意學規範概念更為廣泛。關鍵在於，Weinberger 除了認為規範更帶有現實此在的層面。在這種想法下，規範既不是主權者之命令 (Austin 的理論)，也不是意志行為之客觀意義 (Kelsen 的理論)，規範的意義也是詮釋者在不同之世界觀與社會結構背景下透過言說行動所建構。

伍、Weinberger 的形式／目的行動理論

Weinberger 將他的行動理論稱之為另類之行動理論 (alternative Handlungstheorie)，主要是因為他強調了資訊處理在行動理論中之重要性，他認為「行動是透過資訊所決定之舉止，行動的概念必須以分析呈現資訊處理之結構來加以說明。」Weinberger 的形式／目的之行動理論的重點如下：(1)建構 (Konstruktion) 而非描述；(2)主體之預設；(3)行動是一種資訊處理之結果。不過由於此處所關心之行動與規範的問題密切相關，因此筆者認為又有以下的幾點應予注意：第一，應然的命題雖然在邏輯上無法從實然的命題導出，但是行動者之應然決定 (他應該去做什麼)，卻必須奠立在他所處之事實條件基礎之上。第二，手段的問題雖然屬於認知資訊的判斷問題，但是在任何情況下，所可能採取之手段都受到了既有之價值體系與規範體系的限制。第三，認知資訊雖然提供的是有關於事實層面的問題，因此隨著目的、規則與詮釋角度之差異，對同一事態可能出現差異相當大的事實認知。

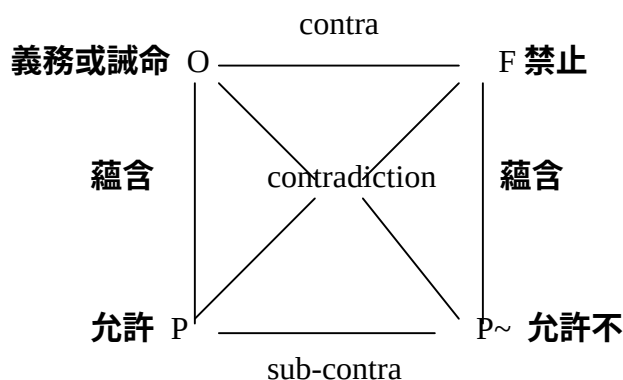
此外，對 Weinberger 來說，任何的行動者都處於某種之實踐體系（praktisches System）之中。所謂的實踐體系包括了一批目的、偏好、價值標準與規範。這其中又有一些值得注意之點：第一，行動者之目的體系（Zwecksystem; system of goals）並不需是內在完全一致無矛盾的一組目的。第二，如果有兩個目的可供選擇，那麼行動者選擇 G1 而不選 G2，並不必然表示 G1 對行動者比較好，因為有可能 G1 與 G2 一樣好，因此行動者只是隨機地選擇了 G1。但是可以確定的是，對該行動者而言 G1 絕對不比 G2 差。第三，評價之標準可以經由量化而得到較為精確之評價結果，但是對行動者而言，卻只需要有相對評價（ordinale Wertung）即可。所以對任何一個行動我們都可以運用某種價值標準來判斷其對錯好壞。

陸、對制度與行動關係之幾點初步考察

在上述之理論討論下，筆者認為有以下幾點值得我們在進行立法政策與制度規劃時多加考量：(1)制度形成行動之誘因結構：但誘因改變之方向並不一定是制度之設計者原先所期望之方向，因為制度也只是影響行為趨向的其中一個因素而已。(2)行動者之自我證立：行動者會對自己的行動提出自我證立。(3)制度相關事實具有高爭議性：在規劃某個具體制度時，對於制度將如何影響人們的行動，產生如何的社會結果，卻可能有著極為分歧的看法。(4)對制度的理念核心的了解方式或詮釋不同。

柒、作為制度基本要素之禁止規範

所有的制度都包含有理念核心，理念核心中又包含有規範。其中一種經常出現的規範形式就是禁止，以下即以討論禁止規範為重點，首先討論的是：(1)禁止的意義與邏輯地位：禁止是一種應然助辭，與允許、誡命(要求)、授權，同屬最基本的應然助辭（deontic operator）。禁止的邏輯上的相反（contradiction）為允許，而非誡命(或稱義務)。後者的邏輯上的相反為「允許不做」。但是禁止與義務仍可互相界定。因為禁止做某行為，即等於有義務不做某行為。這幾個應然助辭的邏輯關係可以圖示如下：



另外，本文還檢討了以下的幾點，分別是：(2)禁止規範的內容為社會可能的行為；(3)禁止規範與社會（行動）環境相關的考量；(4)制裁的正當性問題；(5)制裁實效性的問題。(6)禁止的制度連帶效果（交易之地下化、黑社會之形成等等）(7)對禁止規範的證立問題。

經過以上述點的檢討後，本文認為，對於國家禁止規範的討論，不能只停留在自

由／自主性與傳統／社群規範兩種論據的無休止對抗中打轉，而最優先的仍是傷害原則。但是一旦有社群價值論據時，我們優先考量禁止牴觸該價值的行為。所以對權利之論證方式有一個重要預設：即不認為任何基本權之內容與範圍是原本就先驗地、本質地存在那裡，反而認為，法律權利的具體內容，是在制度性之論證管道中，逐漸塑造、變動的。因此其正當性，並不單在於內容層次，而在於內容、制度與社會條件的相互支持所產生的合理可接受性。

捌、禁止代理孕母的制度分析

完成了前面的分析，接下來就可討論在台灣社會中引起廣泛注意的一個具體問題：禁止不孕婦女使用代理孕母為己懷孕是否合理？這是否為一種權利？本文嘗試列出下列數種認為代理孕母應禁止的理由，並一一加以討論，包括：(1)子宮工具化、商品化，尤其弱勢婦女更容易受剝削；(2)助長傳宗接代之男權體制；(3)可用收養；(4)親子法律關係複雜；(5)委託代孕之法律關係複雜；(6)善意父權；(7)不符合一般倫常觀念；(8)身體漸次物化與倫常觀念漸漸崩解之滑坡論據。

檢討了一些反對開放的主張後，本文考察禁止代理孕母將產生之制度性效果。包括：(1)禁止不等於不會發生；(2)由於禁令將導致實施成本增高，但是潛在當事人之意願不一定減弱；(3)對代理孕母的規制相當困難，監控之成本高，成功檢測的成效低，自始實施制裁的正當性就很低，我們也找不到在合憲性方面較無問題的制裁方式；(4)法律關係仍複雜，當事人更無保障；(5)父權體制在黑箱下更增神秘色彩，更不受節制；(6)禁止代理孕母不符適當性原則，即國家禁止婦女使用代理孕母，既缺乏清楚之合憲性目的，又不符合適合性原則，所以是一種對其行動自由基本權不合憲之侵害。

玖、檢討：民主、正義與另類法(理)學之任務

在此提出代理孕母的問題作為一個案例來思考，主要是想指出，雖然我們都能贊成基本權之制度及其指導理念，但是一種普遍之共識恐怕仍然難以達成，持各種反對意見者仍將繼續堅持他們的看法是對的。針對這方面的問題，Weinberger 曾討論民主與正義兩個概念。Weinberger 認為，民主不僅是對多數之爭取，它更是諮議、討論與批判(Weinberger, 1992: 266)。民主一方面是一種政治制度上之設計，因此要處理權力、權力之分配與限制，以及權力之控制，這是任何民主制度永遠要面對的難題。另一方面，如果僅以多數決原則運作，民主制下將可能會出現許多反對民主之決定，因此民主之指導理念中也包含有一些重要的實質原則，其中最主要的有：

1. 對人權系譜及一切開放社會所需原則之保障；
2. 多元價值主義之保障；
3. 對基本生活條件之保障；
4. 對機會平等之保障；
5. 對生活條件改善前景可能性之保障；

Weinberger 對民主與正義的討論闡述雖然相當廣泛，但是並無特別超出我們既有了解之處。之所以仍然點出這兩個理念，是因為筆者認為當代社會的各個具體制度規

劃問題之糾葛，主要仍繫於「民主／多數決」與「正義／人權」的兩環，或者也可說是民主原則與法治國原則的內在衝突問題。由於在精神上承襲了 Hans Kelsen 倫理學不可知論之立場，使得 Weinberger 的理論偏向於形式分析，而不涉及於實質價值與規範問題之討論，也因此對民主／正義兩大理念在具體制度中應如何解決著力不多。

面對此一局面，法規制理論、法理論或法哲學，或者更廣泛地說，一種新或另類法(理)學(New or Alternative Jurisprudence)所能做的，首先仍是形式分析的工作，其次則是對具體歷史文化脈絡下之意識型態與支配關係之研究。最後也是最困難的，則是對某種另類社會理想(alternative social ideal)之批判／反思的建構。這種努力可能產生柏拉圖式的理想國，康德式的規約理念，也可能如 Habermas 所建構的一種在並未脫離真實條件的基礎上透過言說理論所理解之民主法治國理念，或者如 Unger 所主張的一種反決定論的社會理論(Unger, 1987: 52-61)。當然，也可能努力一場卻一無所獲。但是我認為這種努力是不可或缺的，因為透過前述第一層次的分析我們只獲得了概念與邏輯的澄清，透過第二層次的研究則讓我們了解所面對的具體處境，但唯有第三層次的探討才讓我們真正進入實踐的場域，使思維與對象之接觸能以對哲學意義之真實以及對另類可能性的論述加以表達。

主要參考文獻：

顏厥安

- 1997 〈自由與倫理——由代理孕母合法化問題談價值命題的論證〉，科技發展與法律系列專題討論會（二），Apr. 13, 1996，政治大學第二會議室。載：政大法學評論，Vol.57(1997,6),225-239。

Kelsen, Hans

- 1960(1983) *Reine Rechtslehre*, 2.Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1983.

MacCormick, Donald Neil

- 1986 (with Weinberger, Ota) *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht etc.: D.Reidel 1985.

Searle, John

- 1969 *Speech Act. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press 1969.

Weinberger, Christian / Ota

- 1979 *Logik, Semantik, Hermeneutik*, München 1979.

Weinberger, Ota

- 1981 *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*. Berlin 1981.
 1985 (mit MacCormick, Donald Neil) *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985.
 1988 *Norm und Institution*. Wien 1988.
 1989 *Rechtslogik*. 2. Aufl. Berlin 1989.
 1992 *Moral und Vernunft. Beiträge zu Ethik, Gerechtigkeitstheorie und Normenlogik*. Wien/Köln/Weimar 1992.

- 1996 *Alternative Handlungstheorie*. Wien/Köln/Weimar 1996.
- von Wright, Georg Henrik
- 1963 *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul 1963
- 1971 *Explanation and Understanding*. Ithaca: Cornell University Press. 1971
- 1993 *The Tree of Knowledge and other Essays*. Leiden/ New York/ Köln 1993.

(附表) 禁止規範檢查表*

項目	檢查重點
a	a 已經出現或可能出現 (社會可能行為)
Ca	Ca 中對 a 之誘因與動機
CFa	Fa 所造成的壓力及所改變之誘因結構
Fa	Fa 的正當性
SFa	SFa 的正當性
Fa 的目的	1.直接：a 為本質上惡的行為(嗎?) (→a 完全消失或減少數量、減緩趨勢、降低意願) 2.間接：透過 Fa 達成其它目的
Fa 的實效性	1.pS 2.對 a 的監控與檢測之能力與成本
Fa 的制度連帶效果	法律行為無效；交易地下化；權利保障非國家化
對 Fa 的證立	1.自由優先原則(傷害原則)：由限制自由的一方負舉證責任 2.行為本身、行為結果(results)、行為後果(consequences) 3.傷害(harm)、危害(endanger)、冒犯(serious offense) 4.傳統／社群論據的 prima-facie 地位 5.Fa 的目的是否合憲 6.比例原則

a=禁止規範的內容；某種行為，Ca=會產生 a 的社會環境，
Fa= 對 a 的禁止規範，CFa=禁止 a 後的社會環境，S=制裁，
SFa=對違反 Fa 之制裁，pS=制裁實施的可能性

*本表並未完備，尚待更多的研究與思考補充修正之。