

激進，免驚！*

顏厥安**

1972年1月28日，當時西德總理Willy Brandt（社民黨）聯合西德各邦邦總理，共同做出了一個《曾參與極端組織之公職人員處理原則》（Grundsätze über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen）決議，2月時公布成為正式的行政規則，這就是有名的《激進人員處理準則》（Radikalerlaß）。國內學界應該還沒有人探討過這個「法規」，但是對這個法規的思想基礎，如「戰鬥民主」與「自由民主基本秩序」，則是耳熟能詳。雖然爭議很大，但是在法規被廢止前，聯邦憲法法院還是在1975年做出了個支持這個法規的判決¹。

這個判決的內容很精采，不但要求每個公職人員（廣義，包括在公營機構如鐵路、郵政服務的員工）要保證隨時都會為了自由民主基本秩

* 自從傅大為教授使用「基進」，而非激進〔傅大為，基進筆記（1990年）〕，來表達西文radical之後，學界、社運界、文化界等，漸次開始採用這個「翻譯」。〔亦請參考傅大為，基進2.0，收於：史書美、梅家玲、廖朝陽、陳東升編，台灣理論關鍵詞，頁205-217（2019年）〕。不過筆者2005年在總統府演講時，還是有人問筆者，為何使用「基進」，而非「激進」。如今已經有一些團體／政黨使用了「基進」的名稱，即使不談傅大為「領悟到，解嚴後的基進之路，前後不到十年，便已然挫敗」的看法，筆者覺得可能已經到了再度回頭使用「激進」的時候了。理由很多，先談一個筆者自己比較怪異的想法吧。筆者蠻喜歡一個德文Umwälzung，如果查德英字典，英文對此字的解釋就是radical change。筆者想問的是，當我們爭議radical如何以中文表述較佳時（或者把它列入關鍵詞），好像沒什麼人在問，那「改變」（change）是指什麼？要怎麼判斷呢？尤其是，「在臺灣」什麼才是改變哩？政黨輪替，民進黨全面執政？但是如果「資產階級的管理委員會」依舊存續呢？同性婚姻合法化？可是一百多年前，卡爾·馬克思（Karl Marx）與弗里德里希·恩格斯（Friedrich Engels）兩位不是已經激烈批判解構了婚姻體制了嗎？Um或wälzen，都有翻轉之義，象牙塔內少談行動，但至少思想上可能要嘗試更激烈的翻轉，um-denken，才有可能激進突破。

** 國立臺灣大學法律學院特聘教授；中央研究院法律學研究所出版委員會委員。

¹ 這就是有名的「極端主義者判決」（Extrimistenbeschluss），BVerfG，

Beschluss vom 22. Mai 1975, Az. 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334.

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/60228012.pdf>。



序奮鬥²，而且這種「忠誠」還不能只是形式上的，冷漠的，保持距離的，公職人員還必須認知並接受，國家與憲法是他的最高價值，值得為此價值奮鬥³。用法理學的術語，就是公職人員對基本法秩序不能只抱持拉茲（Raz, Joseph）所談的疏離態度（detached attitude）。

雖然距離德國之秋（Deutscher Herbst, 1977）還有好幾年，但是1970年代初的西德，已經因為六〇年代學運的激進化，瀰漫著一股要全面壓制打擊激進主義的氣氛。影響所及，連法蘭克福學派也遭殃。從1970年開始，接續有許多保守派學者出版書籍，批判左翼知識分子與學說，特別是法蘭克福學派，對自由民主秩序的危險性。1977年德國之秋一連串恐怖攻擊發生後，兩位政治人物更公開點名法蘭克福學派要為此負責。雖然制度表面上對激進分子的政治審查是不分左右派，但是就累積的經驗事實來看，前述的法規、判決與社會文化趨向主要就是要鬥爭壓制左派⁴。

筆者無力詳述這一段歷史故事，只是藉此思考，是不是該把「自由民主憲政秩序」、「戰鬥民主」等這些臺灣民主化法學理論支柱給翻一翻，看看它們的下面、後面、裡面，是不是藏了些奇怪的東西，尤其所謂「自由民主」基本秩序或憲政秩序，是否有意或無意蘊含了對左翼激進主義思想的壓制呢？

1993年6月，剛上任沒多久的比爾·柯林頓（Bill Clinton）總統，撤回了才不久前對Lani Guinier出任民權副檢察長（Assistant Attorney General for Civic Rights）的提名，並且在記者會上表示，他不同意Guinier女士的某些法律見解。柯林頓的作法與說詞受到不少批評，不過比較重要的是，反對此項人事提名的保守派曾指責Guinier「大力支持一

² der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.

³ Vom Beamten wird erwartet, daß er diesen Staat und seine Verfassung als einen hohen positiven Wert erkennt und anerkennt, für den einzutreten sich lohnt.

⁴ 後來雖然官方嘗試區分「極端」（extreme）與「激進」，但是這種表面說法的意義不大。因為真的要問的是：為何兩百年前支持奴隸制的；一百多年前主張女性沒有投票權的；20年前主張在反恐之下可以虐囚的；一直到如今，高舉財產權神聖，服務最富有1%的法學見解，最多被認為「保守」，卻從來不會被認為是「極端」的呢？

種稱為『批判種族論』（Critical Race Theory）的激進學派思想」⁵。這個法學界的基礎法學理論在當時並沒有因此大大出名，倒是快三十年後的2020年，保守派又開始展開新一波的攻訐，甚至在各州推動立法實質上要禁止中學以下學校教導批判種族論，這個在過去幾十年已經發展為法學院穩定教材內容之理論，才在公共輿論上獲得廣泛重視。就像麥卡錫主義並非始自1950年代參議員麥卡錫的作為，種族主義與白人至上本來也就是美國歷史、政治與法律／法學體系內固有的一環。即使先不談批判種族論以及體制對其的公然壓迫，臺灣法學界積極繼受頌揚的，尤其由華倫法庭／民權運動相關判決所代表的美國法學進步印象，有無可能僅是一種太過美化的表象呢？

在臺灣一般的英美法導論教科書或課程裡，奴隸制並不構成美國法體系一個重要的主題，但是司法違憲審查則被視是非常重要的美國法要素，也總是要推崇約翰·馬歇爾（John Marshall）大法官的崇高地位與影響力。然而近來的研究已經指出，馬歇爾不但是個種族主義者，擁有大量奴隸，甚至還販賣奴隸謀利⁶。馬歇爾也在許多判決當中曲解法律，

⁵ “championing a radical school of thought called ‘critical race theory.’ “，請參考Adam Harris, The GOP’s ‘Critical Race Theory’ Obsession, The Atlantic. May 7, 2021, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2021/05/gops-critical-race-theory-fixation-explained/618828/> (last visited Oct. 3, 2021).

⁶ See PAUL FINKELMAN, SUPREME INJUSTICE: SLAVERY IN THE NATION’S HIGHEST COURT (2018). 筆者在一篇會議論文中，也曾簡短提到這個主題，包括戰前法學的爭議，請參考顏厥安，民主與法治：當代的反省，殷海光誕生百年紀念國際研討會，財團法人紀念殷海光先生學術基金會主辦（2019年9月27日）。主要是因為殷海光先生極為尊敬的弗里德里希·海耶克（Friedrich von Hayek）教授，曾經在《自由的憲章》中以肯定的態度，引用討論這些大法官的法律見解，推崇為法治典範，但是完全不瞭解或避而不談內戰前那些支持奴隸制的判決。其中最令人震驚的是，以卓越法律論證來彰顯法治精神的判決，其實質內容卻是在支持奴隸制或拒絕給予非裔美國人自由，任令他們繼續處於奴隸地位。此等情形實在讓我們必須好好反省檢討這種法學思維是不是大有問題。美國的種族主義也不僅針對非裔，而是一種顯著的白人至上主義。要不是有後來堅定的民權運動等抗爭與一些「激進」法律人的努力，許多對女性、原住民、勞工、身障、左翼、同志等等的歧視與壓迫，都找的到立法、判決、學說來支持；亦即，在既有的法學思維架構中，都講得通，說得過去。這也難怪美國一直有一大群法學菁英，不斷致力於要在既有憲法架構下樹立保守派法學。例如過去用來保護奴隸制的州權（state right theory）理論，現在可以轉化為保障各州壓制投票權、禁止墮胎的體制。我們當然不需要完全拒斥美國法學，但是需要保持批判性、激進性的警醒態

不但從來沒有判決爭取自由之非裔美國人勝訴，也對違反販奴貿易禁令者輕輕放下⁷。美國南北戰爭之前的戰前法學（antebellum jurisprudence）通說與聯邦最高法院判決，也普遍認為美國憲法是支持奴隸制度的（當時還沒有第13增補條文），並且以正當法律程序等漂亮的增補條文來支持奴隸制⁸。

那麼美國內戰之後就一切解決了嗎？天差地遠，非裔美國人不但實質上沒有獲得平權，內戰後近百年都還需要民權法案的保護，這一世紀歲月中還可能隨時遭到私刑虐殺（Lynching），甚至集體屠殺，例如今年正好滿百年的土爾沙種族大屠殺（The Tulsa Race Massacre），一度是連美國自身教育都迴避不談的暗黑歷史⁹。

我在此並不想直接捲入那些「美國爭議」¹⁰，也沒能力沒資格去說英美法導論的課程該怎麼教授¹¹，接續著前面對西德法律史的一點反省，我想在這篇所慶文章提出的反思是：源自美國、德國等這些被臺灣法學界普遍推崇的「自由民主」典範法律／法學體系，是否多少都建築在一些結構壓迫基礎之上，甚至發展出一種智識層面的規訓力量，系統

-
- 度。如果沒有激進要素的持續努力，美國法與法學無法達致許多進步的成果。
- 7 請參考Paul Finkelman對此問題自己摘要的重點：Paul Finkelman, *Master John Marshall and the Problem of Slavery*, THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW ONLINE (Aug. 31, 2020), <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/08/31/marshall-slavery-pt1/>.
- 8 請參考，例如，A. Leon Higginbotham Jr., *The Ten Precepts of American Slavery Jurisprudence: Chief Justice Roger Taney's Defense and Justice Thurgood Marshall's Condemnation of the Precept of Black Inferiority*, 17 CARDOZO L. REV. 1695, 1695-1710 (1995).
- 9 請參考著名導演與影星，湯姆·漢克斯（Thomas Hanks）投書紐約時的說法，Thomas Hanks, *You Should Learn the Truth About the Tulsa Race Massacre*, NEW YORK TIMES (June 4, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/06/04/opinion/tom-hanks-tulsa-race-massacre-history.html?searchResultPosition=4>.
- 10 不過CRT理論已經國際化，澳洲也有類似立法禁止教導的爭議。請參考這篇報導，Leticia Anderson & Kathomi Gatwiri, *The Senate has voted to reject critical race theory from the national curriculum. What is it, and why does it matter?*, THE CONVERSATION, (June 22, 2021), <https://theconversation.com/the-senate-has-voted-to-reject-critical-race-theory-from-the-national-curriculum-what-is-it-and-why-does-it-matter-163102>.
- 11 雖然我確實認為，至少要有一週的進度或以其他適當方式，來說明種族主義、奴隸制、性別、階級、殖民主義等問題在英美法——是的，英國法當然也有——的重要性。

性地壓制任何激進化的可能呢？

這當然是個廣泛涉及基礎法學、實證法學以及許多相關領域的複雜問題，但是因為中央研究院是法定的全國學術研究最高機關，因此在中央研究院法律學研究所成立十週年所慶時提出這個問題，應該特別有意義。

也許不少法學界先進同儕看到這個提問，如果沒有嗤之以鼻，大概也會立刻覺得「法學怎麼能夠激進呢？」「激進主義是那些政治或社運狂熱份子的非理性行動，或其他一些不著邊際學科的時髦遊戲，法治／法學是理性的表現，可以追求自由平等進步，但是絕不能激進」。

我的看法相反！

理由很簡單：理性主義本來就是激進主義。理性主義本來就是對所有事物都追根究柢、翻轉挖掘的智識精神¹²。這當然也包括對理性主義自身開創之制度或知識成果的持續質疑與再度翻轉。如今大家熟悉的現代法學，主要就是18世紀理性主義激進化發展的產物成果。

歐洲思想史來看，激進主義本來是19世紀歐洲左翼自由主義延續啟蒙運動精神的政治路線（相對於保守主義與革命派），反對皇室、貴族、教會，主張共和主義，普遍選舉權，與政治社會改革。這些現在看起來一點都不激進的主張，當年已經非常激烈了，而且順著同樣理路，左翼自由派確實更傾向與社會主義結盟。

歷史的節點可能就在這裡，當自由憲政主義漸漸找出可以與固有權勢與新興資產利益集團合作的理性改革建制模式後，因為可以／有待落實的「技術工具理性」業務已經太多了，激進的精神就越來越被放到一邊，有空再說囉。這是否就是臺灣法律體系與法學發展目前的困境背景呢？

相較於混雜著藍色法西斯與紅色列寧的國民黨黨國體制，以19世紀自由憲政主義為典範的法律與法學之進步性已經綽綽有餘，也有太多改革在民主化後等著落實，哪有什麼閒工夫去談激進呢？

影響塑造臺灣好幾個世代的法學思想觀念與代表人物，主要都是19

¹² 代表性的文獻，就是康德所寫的〈何謂啟蒙？〉。

世紀的人物與產物¹³，這點其實也還好，因為即使是法學理論也仍舊有一定的時間韌性（endurance）¹⁴。但是19世紀自由憲政主義因應當年社會條件所內化的觀念與保守性，卻可能意外地卡住了21世紀的臺灣。

19世紀自由憲政主義，是資產階級與官僚合作打造的理性治理體制¹⁵。主要的價值觀是經濟成長、菁英治理與工具理性，法律是一種相當重要的統治／治理工具，法律人則是官僚集團與統治利益的工具人。法律人大多認為自己是某種專業知識精英，實際上法官與檢察官確實就是官僚體制的一環。成功的律師大多要從那1%、5%的富豪階層「收租」，不然也無法提升自己的社會地位。學者則必須頻繁到行政機關開會提供建言，成為統治機制運作的協力者。筆者無意否定這種因著歷史結構形成的法律專業工作型態，也知道有太多在各自工作崗位上奮鬥不懈的結構對抗者。此處主要要凸顯的，是我們這種「法學典範」所對話的他者：「理性官僚」+「統治利益」，是如此巨大強固又充滿誘惑，因此法學思維被箝制於特定框框，也有些在所難免。以下透過一個具體的問題：國家賠償法體制，來略作反省。

從臺鐵的連番重大事故可看到，國家賠償法體制應該在法釋義學之外好好翻轉檢討一下這個體制的運作機制與原理。先不論怎麼解釋條文，現在的狀況就是，人民用稅金養了一些不怎麼敬業的公職人員，因為他們長年怠惰疏忽而發生事故，不但人民死傷慘重，國家還可趕緊從國庫（也是人民繳的稅金）拿錢塞給受害者，迴避國家賠償法的發動，

¹³ 例如：弗里德里希·卡爾·薩維尼（Friedrich Carl von Savigny）、奧圖·梅耶（Otto Mayer）、魯道夫·耶林（Rudolf von Jhering）、法國民法典、德國民法典、物權無因性、法學上的發現積極侵害契約、憲法已逝／行政法長存、特別權力關係、為權利而奮鬥、相當因果關係……。

¹⁴ 有些體制可能一、兩百年之後仍舊存在，例如性騷擾法，但是其他如（以單偶制為基礎的）親屬法、債各、大部分的物權、勞動基準法等，則可能在未來幾十年內逐步消失。

¹⁵ 當時的主流政治價值裡並沒有民主這一項。越來越廣泛落實的民主，是後來一百多年激進派努力的成果。即使如此，在這套改稱為自由民主憲政秩序的價值建制裡，民主仍舊經常遭到懸置與壓制。背景緣由很多，一個重要的主觀因素是：除了要贏得選票，統治菁英並不真的關心民眾，遑論平等看待民眾。借用Ronald Dworkin的用語，「平等的關懷與尊重」在這個價值建制裡是非常缺乏的。臺灣與世界各國的歷史經驗，一次又一次的告訴我們這點。

過程中竟然還可以跟人民募款，再拿到一筆錢可以花用。

在現行體制下，除了用刑法追訴幾個包商移工，紙上作業懲處中低階人員，那些中高層的決策者執行者似乎完全沒有法律責任，形成了一個極度荒謬的「人民繳稅來自我傷害」體制。而一般學理上認為國賠難以成立的說法，如「因果關係遙遠」，「這是政治責任，不是法律問題」，……固然也是一番法學道理，也正好顯示了既有典範所造成的自我網綁。

如果想突破這些框限，可能可以從以下兩個層面來思考。第一，我們是否認為，損害賠償的責任課予以及金額，是個可以有效提升注意程度、降低風險，避免事故發生的重要制度手段（同時當然也帶有懲罰譴責的意義）？如果是（很難想像不是），我們當然要從相關「金流」怎麼流來分析。以普悠瑪到太魯閣事故來看，因為沒有任何的國賠代位，自然也不會有何事後的内部求償。因此整個金流就是：

人民繳稅→稅金養公務員→公務員過失造成人民傷亡→公務員從人民稅金提款，賠（補）償給人民→有過失者繼續領薪水／退休俸，甚至還可升遷。

在這個金流過程中，行政體系竟然沒有任何人有財務上的賠償責任。等於人民付錢買罪受，出事了要自己出錢賠償自己，還繼續付錢養這些公務員。或者也可以說：國庫對於公務人員的過失要負擔「無限責任」。

這種制度不正義，無效率，更不會有促進行為改變，體系改革的作用。這個事故，因為根本沒進入程序，也不會成為國賠法學的討論案例。民事的途徑大約也是走不通，因此這麼大的事故，等於有過失的一方（政府），用人民的錢去卸責，時間拖一拖（也不用很久），社會輿論就淡忘了。至於制度改革與法學學理討論，就繼續一片留白¹⁶。

¹⁶ 此處無法特別討論「法解釋論vs.立法論」這組可以很有趣（例如透過德國基本法對「法權」（Recht）與「實定法」（Gesetz）的分別），在臺灣卻常拿來掩護保守觀點解釋方法的區分。如果民法第184條第1項的侵權行為主體都可擴張至法人（這種解釋其實相當激進），德國法學教育改革也呼籲重視法形成論（Rechtsgestaltung），這種靜態二分法的界線早已模糊。一個可以自我檢驗的題目：「是否可以不透過修憲，就讓滿18歲的公民可以行使投票權？」我認為透過解釋就可以，但是不清楚法學界的

第二，新的法學典範固然要因應複雜風險社會，系統功能／失靈等問題。但是系統功能觀點並不意味著要忽視摒除一切「個人行為／責任」的考察。相反的，反而是要尋找新的適當觀點，來擴張個人責任的範圍。簡單說，現代社會其實是大大提升了個人透過體制系統來達致目標的行動能力。行動能力提升，責任範圍當然也該擴大。最近德國聯邦憲法法院針對「氣候保護法」（Klimaschutzgesetz）的部分違憲判決¹⁷，等於宣示，現在的立法作為對遙遠未來是有法律責任的。雖然沒有課予立法者／國家賠償責任，但是要求要立法／修法，課予（例如）大廠商更高的「減少排放責任」，等於肯定，氣候變遷造成的後果，客觀可歸責給這些廠商。德國國會通過的「供應鏈法」（Lieferkettengesetz），雖然還沒到達「供應鏈『責任』法」的層次，但是也課予廠商對其商品生產過程是否涉及使用「血汗勞動」有注意義務。

如果責任體制都已經往系統化的因果客觀歸責方向發展以回應複雜社會，那透過行政組織所造就的有認識過失——明知有可改善的諸多風險卻懈怠未積極進行；遑論還有份報告——早就是既有責任觀念就可以處理的問題。現有的國賠法下如果無法成立國賠責任，那這部法律與相關法釋義學問題就太大了。如果是因為缺少適當的發動途徑，就該修法創設例如專責國賠的公益檢察官或授權可由民間團體來發動內部求償。這類公部門疏忽草率造成的人民損害，從水災、土石流、氣爆、停電、斷橋、火災、屋倒，到交通事故，已經不知道發生多少次，造成多少生命財產的損失，往往都是由人民的稅金提款來補償撫慰受害者，「政治／輿論」上打發了事¹⁸。即使走上國賠訴訟（例如小林村），整個體制／法學好像都以保護官僚體制優先，人民告不贏還要負擔訴訟費用。

至於官僚要服務保護的統治利益，則更是另外一個遠超過國賠體制之上的法學禁忌了。「統治利益」不是個清楚的概念，不過歷史已給予我們大量材料可供指引。當年美國的戰前法學固然保護了奴隸制，但是

「通說」是否也同意。

¹⁷ 判決請參考：BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 -, Rn. 1-270, http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html.

¹⁸ 僅僅在本文排版校對期間，就又發生「學習歷程檔案」大規模遺失事件，以目前狀況來看，大概又是船過水無痕，人民只能自認倒楣。

不分南北方的立憲者自始即知道，奴隸產品的出口也對北方州帶來巨大利益¹⁹。內戰後好像充滿進步精神的廢奴第13增補條文，卻也明文允許受刑人的強迫勞動，打造了日後「監獄／產業複合體制」（Prison-Industrial Complex）的憲法規範基礎²⁰。往往遭到學界忽略的法蘭克福學派批判理論法學家Otto Kirchheimer，在其年輕時（威瑪時代）的著作裡就曾指出，自由主義只是把憲法當作武器²¹。當時所稱的自由主義，主要就是資本家利益集團的意識型態。把憲法當作武器，當然不是用來保護自由民主，而是維護工業與土地貴族的利益，壓制反對者²²。

通過這些思考想先指出三點：第一，19世紀自由憲政主義的法學架構「可容許」的範圍實在太大了（參考前舉議題），因此每個問題、概念與理論（包括統治利益）的意涵與運用，都必須回到具體的政治社會脈絡中考察、分析與論證。不然再漂亮的法學學理都可以轉為惡行的辯辭。

第二，與統治利益相對的就是「民主利益」，也可以直稱為人民利益，因為民主原意就是人民主治。然而這又是一個不清楚的概念嗎？其實同樣透過檢視分析歷史經驗案例即可開始摸索出輪廓。以臺灣本地來考察，從RCA、林肯大郡、高雄氣爆、食用油事件、大規模區段徵收、

¹⁹ 這是美國首位非裔大法官Thurgood Marshall的說法，請參考Thurgood Marshall, *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, 101 HARV. L. REV. 1 (1987).

²⁰ 每個規範之規範性（normativity）最重要性質之一，就是它的規範縫隙（normative gap），亦即邏輯上並不必然導出某種結論，實踐上並不必然促成某種後果，因此去脈絡地說，美國憲法第13增補條文並不必然與監獄產業複合體制有關。但是一旦放回歷史社會脈絡裡，這個關連性就會相當清晰地浮現。結合著反毒戰爭與大量監禁，這個複合體制已經成為半個世紀以來美國社會極為嚴重的問題，且美國的民主黨建制派／自由派，也參與打造了這個複合體制，其中最主要「貢獻」就是柯林頓總統剛上任就推動的幾個法案，以及某些自由派法學也相當贊成的「公私部門」合作，包括獄所由大企業經營。

²¹ Otto Kirchheimer, *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, in: Buchstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer — Gesammelte Schriften*, Bd. 1: *Recht und Politik in der Weimarer Republik*, 2017, S. 132 (132).

²² 亦請參考顏厥安，對法治與民主的威瑪反思——由克實海默爾早期著作幾個線索著手，民主與現代性的政治反思：蔡英文教授紀念研討會，中研院人社中心政治思想研究專題中心主辦（2020年9月24、25日）。

建商炒房炒地還要容積獎勵，一直到檸檬車法、廠商進大學設租界、國產疫苗快速通關……，統治利益vs.民主利益的結構輪廓並不模糊，所缺的也許是法釋義學外，理論與經驗並重的法理研究（Legal Studies）²³。

第三，德國在威瑪共和解體前的法學發展典範，一度也很強調「脈絡中的法」（Law in Context）。可惜這個方法取徑在遭受納粹壓制後，在冷戰對峙下的西德法學界也無法提振。這個狀況在歐洲整合加速落實後有了一些改變。例如1995年創刊的*European Law Journal*，其副標題就是*Review of European Law in Context*²⁴。該刊於2015年一篇專門討論Hermann Heller專號文章中，作者Agustín José Menéndez就指出，Heller可以說是「脈絡中的法」之奠基者之一，總是將法釋義學、社會學、規範視角等結合在著作裡²⁵。

所謂法學的「激進化」，在某個層次上，也只不過是重拾「脈絡中的法」之方法視角來「認真看待脈絡」（Taking Context Seriously），並結合對統治利益的批判以及對民主利益的捍衛。這種方法一點都不極端（extreme），反而是最實事求是的途徑。唯一一個不方便之處（inconveniency）是：這種研究分析往往會揭露統治／官僚集團如何透過法律／法學來維護自身的利益，以及如何掠奪剝削人民的權益²⁶。

例如前述對太魯閣號事故／國賠體制的討論，條文解釋一下，很容

²³ 德國19世紀的法學，對美國法學有深遠而複雜的影響，請參考Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 B.C. L. REV. 837 (1990). 19世紀的Rechtswissenschaft也包含了一些Legal Studies的因子，對此複雜問題，也許可以先參考Llewellyn與德國法學的互動關係，Michael Ansaldi, *The German Llewellyn*, 58 BROOK. L. REV. 705 (1992).

²⁴ <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/14680386>。在該期刊的網頁說明其目標與範圍時，就指出：“The *European Law Journal* stands for the advancement of research on European integration through law in its multifaceted context, be it political, economic, historical, philosophical, social or cultural. It relies on a post-critical approach which aims to shed an original light on some puzzling issues while also providing an innovative conceptual framework in which to rethink problems and find new solutions.”

²⁵ Agustín José Menéndez, *Hermann Heller NOW*, 21 EUR. L.J. 285, 285 (2015).

²⁶ 臺灣現在的政治／建商關係體制（例如容積移轉獎勵、捷運／街道配合建案），實質上等於不斷地透過法制把財富送給建商，把受薪階級，尤其是年輕人，推向貧窮。臺灣已經一步步走向財經巨富聯合政治部門的寡頭政治結構，許多法制都在共同打造這條道路，迫切需要檢討。

易就可以「合理」得出難以成立國賠的結論，將來也不會成為實務案例。但是脈絡法學卻會指出，這種體制其實是系統性地用人民的稅金來遮掩自身的決策過失，即使沒有鼓勵，實際上是縱容了官僚體系的輕率、怠惰、無所謂。

比較法上，德國聯邦憲法法院基於競合立法權限，聯邦對「民法」事項已經行使立法權為理由，宣告柏林的租金上限管制立法違憲無效，這個看起來清楚明白的權限（而非實體）判決，當然也不是毫無爭議。如果避免本能地尊崇德國憲法法院，客觀地看，把租金管制解釋為「民法」事項，實在也有些牽強，不同意這個判決見解的德國學者也不少。在柏林聯合執政的是社民黨、左翼黨與綠黨，支持租金管制，當然也認為沒有違憲。提出憲法訴願的，是基民黨與自由民主黨，除了認為牴觸聯邦立法權限，這兩個右派親資方的政黨，也認為租金管制有礙市場機制、財產權，反而不利住房供給，導致房租上漲。這些說法都是在臺灣也常聽到的論點，不是嗎？

至於前引有關氣候保護法的判決，左翼進步派朝向把氣候保護定位為一種基本權，右翼保守親資方的論述則開始強調民主程序、財產權干預界限等古典自由主義論點，與美國保守派法學經常強調的層面類似。Kirchheimer近百年前指出，自由主義／資方利益把憲法當作武器的分析，看來仍舊適用。

此處要強調的是，法學研究的激進化與脈絡法學，固然要參考整合許多其他領域的研究來發展法理研究，但是這些研究終究還是要以某種方式有助於現行法的解釋適用。由前述簡略討論可以看出，我確實認為「民主利益」是在處理高爭議問題時得以完成法學融貫解釋的重要價值指引。此一評價觀點也不外乎是拉丁法諺*salus populi suprema lex esto*的現代版，也是國民主權原則必然內涵的要素²⁷。

另外也相當重要的一點是：世界已經激進地改變了，冷戰結束初期還可以勉力維繫的自由憲政法學思想架構，即使還沒有傾頹，也已是強弩之末。臺灣現在已經有71萬移工，以各種因素來推估，這個數字未來

²⁷ 在個別問題中當然還需要仔細分析論述，無法單靠這個原則完成論證。

十年內會不會快速增加，甚至翻倍呢？即使只增加到110萬²⁸，這也意味著漸漸有8~10%的臺灣青壯人口，是只提供勞動而沒有公民權的次等人。這是一個宣稱自由民主憲政秩序的國家所能接受的狀況嗎？

冷戰結束初期，伊曼紐·華勒斯坦（Immanuel Wallerstein）就曾評估預測，到2030年時北方國家內的南方人口會大幅增加，屆時這些富裕國家會回到類似1830年英國與法國的狀況，亦即提供勞務卻不享有平等公民權與社會權的人口比例會非常高²⁹。如今這個議題的複雜性與嚴重性可能還超過華勒斯坦當年的預估，不然美國副總統也不會連喊兩次“DO NOT COME”。回到臺灣，我們可以永遠只接受定期移工，而拒絕她們入籍成為公民嗎？這種「只能做工，不能做人」的政策真的對臺灣比較好嗎？臺灣難道不會漸漸出現自己的批判種族論嗎³⁰？

除了疫情、AI、自動車、貧富差距等議題，臺灣恐怕一定要真誠面對氣候變遷問題了。這已不是民主化以來談的汙染排放等「環境法」議題，氣候變遷已經挑戰了19世紀承襲下來法權體制的基礎，即使所謂先進國家也不大有把握制度該怎麼調整，產生不少爭議。不過在歐洲，領先中央政府提前實施碳中和的綠色城鎮已經越來越多。臺灣如果能克服萬難，率先實施綠色新政模式，必能贏得全球民主國家政界與民間的高度肯定，其支持作用恐怕超過矽長城與美國航母艦隊。若欲實踐綠色新政，當然也需要法律人的辛勤研究與規劃³¹。

臺灣所有法學院系所都躲不開國考補教陰影，唯中研院法律所享有了法學前沿研究的獨特地位，其歷來成果也確實令人敬佩景仰，因此對其未來也不免有更多的期待。藉創所十週年所慶時刻多書寫了些想法，文長累贅之處還請讀者與所方包容見諒。

²⁸ 臺灣現在60~69歲人口約312萬，10~19歲的僅約212萬，亦即未來10年粗估會淨減少100萬勞動人口，因此所需增加的移工數量恐怕會多於此處保守估計的40萬。

²⁹ IMMANUEL WALLERSTEIN, AFTER LIBERALISM 34-35 (1995).

³⁰ 也許現在就需要了，因為臺灣實際上已經在系統性地歧視移工。其實筆者在2005年就曾建議當時的民進黨政府授與外籍工作者政治參與權。可惜後續似乎沒有任何進展。請參考總統府公報，6653號，頁16（2005年）。

³¹ 前引德國聯邦憲法法院對氣候保護法的判決，包含了許多重要也有待更多發展的觀念／概念，例如„die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung“，呈現了跨世代的基本權的保護義務與世代正義。

快三十年前法律組萌芽之時，我即與學組際會因緣。雖然沒有成為夥伴，多年來仍受到許多師長朋友的照顧協助，銘感在心，不一一誌謝。緣淺不言深，唯贈「激進」一詞誌慶，畢竟不激進即無深刻學術。最後藉由古斯塔夫·賴德布魯赫（Gustav Radbruch）的著作，轉引弗里德里希·席勒（Friedrich von Schiller）的一段話結尾：

席勒在他學院就職演說曾精采地指出，「為什麼法學者很容易為他的法學感到苦惱」，緣由是「他感受到自我從事物的脈絡中被剪斷撕裂，因為他未能將自己投身的活動與世界整體大局聯繫起來」³²。

Schon Schiller hat ja in seiner akademischen Antrittsrede unübertrefflich ausgesprochen, warum so leicht „dem Rechtsgelehrten seine Rechtswissenschaft entleidet“; „Er fühlt sich abgeschnitten, herausgerissen aus dem Zusammenhange der Dinge, weil er unterlassen hat, seine Tätigkeit an das große Ganze der Welt anzuschließen.“³³

³² Gustav Radbruch著，王怡蘋、林宏濤譯，法學導論，頁172（2000年）。翻譯略微調整。也感謝林信宏先生提醒我這一段文字。

³³ Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft 7./8. Aufl. 1929, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1: Rechtsphilosophie I, 1990, S. 211 (329). 賴德布魯赫此處引用的，是席勒1789年就任耶拿大學教職的就職演講《普遍歷史的性質與研究目的》，請參考Friedrich Schiller, Was heisst und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte? Eine akademische Antrittsrede, in: Thalheim et al. (Hrsg.), Friedrich Schiller: Sämtliche Werke in zehn Bänden: Berliner Ausgabe, Bd. X, 2005, S. 275 (275-278) .

參考文獻

一、中文部分

- Gustav Radbruch著，王怡蘋、林宏濤譯（2000），法學導論，臺北：商周。[Radbruch, Gustav (1980), Einführung in die Rechts-wissenschaft. Konrad Zweigert (Hrsg.), 13. durchgearbeitete Aufl., Stuggart: Koehler.]
- 傅大為（1990），基進筆記，臺北：桂冠。
- （2019），基進2.0，收於：史書美、梅家玲、廖朝陽、陳東升編，台灣理論關鍵詞，頁205-217，臺北：聯經。
- 顏厥安（2019），民主與法治：當代的反省，殷海光誕生百年紀念國際研討會，財團法人紀念殷海光先生學術基金會主辦，2019年9月27日。
- （2020），對法治與民主的威瑪反思——由克實海默爾早期著作幾個線索著手，民主與現代性的政治反思：蔡英文教授紀念研討會，中研院人社中心政治思想研究專題中心主辦，2020年9月24、25日。

二、外文部分

- Anderson, Leticia, and Kathomi Gatwiri. 2021. The Senate has voted to reject critical race theory from the national curriculum. What is it, and why does it matter?. In *The Conversation*, <https://theconversation.com/the-senate-has-voted-to-reject-critical-race-theory-from-the-national-curriculum-what-is-it-and-why-does-it-matter-163102>.
- Ansaldi, Michael. 1992. The German Llewellyn. *Brooklyn Law Review* 58:705-778.
- Finkelman, Paul. 2018. *Supreme Injustice: Slavery in the Nation's Highest Court*. New York, NY: Harvard University Press.
- . 2020. Master John Marshall and the Problem of Slavery. In *The University of Chicago Law Review Online*, <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/08/31/marshall-slavery-pt1/>.
- Higginbotham, A. Leon, Jr. 1995. The Ten Precepts of American Slavery Jurisprudence: Chief Justice Roger Taney's Defense and Justice Thurgood

- Marshall's Condemnation of the Precept of Black Inferiority. *Cardozo Law Review* 17:1695-1710.
- Marshall, Thurgood. 1987. Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution. *Harvard Law Review* 101:1-5.
- Menéndez, Agustín José. 2015. Hermann Heller NOW. *European Law Journal* 21: 285-294.
- Reimann, Mathias. 1990. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review* 31:837-900.
- Wallerstein, Immanuel. 1995. *After Liberalism*. New York, NY: The New Press.
- Kirchheimer, Otto (2017), Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, in: Buchstein (Hrsg.), Otto Kirchheimer — Gesammelte Schriften, Bd. 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden: Nomos, S. 132-151.
- Radbruch, Gustav (1990), Einführung in die Rechtswissenschaft 7./8. Aufl. 1929, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1: Rechtsphilosophie I, Heidelberg: C. F. Müller, S. 211-406.
- Schiller, Friedrich (2005), Was heisst und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte? Eine akademische Antrittsrede (1789), in: Thalheim et al. (Hrsg.), Friedrich Schiller: Sämtliche Werke in zehn Bänden: Berliner Ausgabe, Bd. X, Berlin: Aufbau, S.275-293.

