

# 消逝的人—法律觀察之極限<sup>1</sup>

## 林聰賢\*

### 目次

- 壹、人已死亡
- 貳、向軀殼之演化
- 參、赤裸生命之回歸
- 肆、地平線外之他方—人之復活

關鍵字：觀察、本真的人、形構的人、批判的觀察、赤裸生命

投稿日期：九十四年五月二十三日；接受刊登日期：九十四年六月十六日

\* 英國倫敦大學柏克貝學院博士生，現任中原大學財經法律學系專任講師。

本文承蒙兩位匿名審查委員惠賜寶貴意見，特此致謝。

1 對於此議題之開展，本文係以一種後設之立場加以論析。亦即，本文係一種對觀察之觀察，但此並非謂本文即能跳脫本文即將提及之觀察之極限。因此，設若本文無從跳脫出觀察之界線，自然無從提出一種超然之觀點來解析並提出客觀之觀點及概念。是以對於本文之寫作，並非在企求一種明確觀念之提出（何謂明確，當論及明確時，明確又成了模糊之概念），甚至與讀者對話之可能，而是意在於觀察之疆界中，盡可能顯示出一種自我指涉式之觀察盲點。至於讀者有何種意見或評析，則皆係讀者本身之詮釋與觀察所得。所謂對話，並不存在於本文之寫作意圖中。因此嚴格而言，本文並非屬於哲學寫作，也無意於以哲學之立場來探析本文所關注之議題，或達到溝通說服之意圖。毋寧說，本文是一種在界限中的獨白。此外，於方法論上，本文認為對於論題之討論，論者必然跳脫不出觀察之界限，或所謂先見之束縛，而本文之先見或理論立場即為系統理論（而非構主義）於系統與環境之關係中，本文試圖呈現一種法律觀察之先天限制。此外於論題之選擇上，下文係以刑罰策略演變之開展，來顯示法律觀察之一般演變趨勢。此自然難脫以偏概全之嫌。但於人文或社會之觀察中，先見之存在早已劃定吾人觀察視野之界限，以偏概全早已是不可逃脫之宿命。以全概全，於本文之立場，僅是自我欺瞞於人對於所謂「完全」之掌握可能性。以偏不能概全，但以偏卻有可能顯示全。正是此種可能性，才能容許另類研究觀察之發展。

## 壹、人已死亡？

當尼采宣稱上帝已死時，他所摧毀的，是人類生活與思考所不可或缺之依恃。當上帝死亡時，人變成了地上被遺棄的孤兒，所有價值與道德之基礎皆因此而崩潰。所遺留者，僅有人自我之意志，且必須憑藉此意志在廢墟之中重新建立嶄新的價值觀。或許尼采的哲學在於不斷的超越，而在超越之中，所謂人才能真實的呈現。不論凡人抑或超人，尼采都抱持著對人的超越之無窮的冀望與關懷。或許在虛無主義之背後，如何成為一個真正的人，或將人之潛能發揮至極致，方為尼采哲學之重心所在。<sup>2</sup> 人的價值與人存在之意義，唯有在於肯認「人」這個概念之基礎上，方得有開展之可能。

相對於尼采之上帝已死，傅柯更進一步地宣稱人已死亡。<sup>3</sup> 在傅

---

<sup>2</sup> 事實上，所謂超人（overman）於尼采之哲學中並未占有太多之份量。但是比較尼采哲學之內容，無論是對希臘悲劇所隱含之生命力之探討，或是對價值重整與權力意志之強調，皆可發現尼采之觀點有一種破壞一切以回歸原點，並重建一切之傾向。正是於這種傾向之中，超人之重要性方被凸顯。一方面，超人代表一種於價值虛無之際，所殘餘之價值重建之原點；另一方面，超人又代表一種人類生存所必須努力達致之目標。亦即，超人不但作為一種起點，也是一種終點。於本文中，對於超人係以其原點之意義加以闡釋。亦即，當剝除人類之一切外衣時，所僅存之原點即為超人出現之地。而正是於此一切價值消失之際，所謂人的潛力或力量（權力意志），方才有完全展現之可能，超人方能因此而有展現之餘地。關於尼采之超人概念，see FRIEDRICH NIETZSCHE, *THUS SPOKE ZARATHUSTRA*, 9-25 (Walter Kaufmann trans.) (1978).

<sup>3</sup> 在傅柯眼中，人作為一種概念，並非一種本有的存在。亦即，人並非一切價值或思考的最終來源。相對於此，人的出現，係因深層的知識型態（episteme）所建構而產生。因此所謂人的能力及主動性，皆僅是此種知識型態所賦予人類之虛假意識。人作為一個創造者、一個主體，與一個知識上

柯眼中，人並非是一個實存的個體，反而是一種言說的建構。在此種建構過程中，所謂的反思或啟蒙，皆將僅是此種深層言說之反覆的自我建構，所謂人的超越或人之意義的追尋，永遠皆跳脫不出此種言說之魅影。人的概念將只能在言說所限定之範圍與形式裡自我盤旋，當人沾沾自喜於自我的突破與創新時，殊不知其僅是言說所操縱的傀儡，而非其自我所驚羨之理性啟蒙之存在。<sup>4</sup> 人已死，其不僅代表一種對啟蒙理性時代以來以人為中心之最大反動，也彰顯出對所有既存概念之徹底摧毀。尤其，在以人或所謂主體所建基之理論中，人的死亡無疑徹底衝擊其所賴以建立之基礎；更甚者，當人的概念成為一個

---

之客體，皆是深層知識型態之作用而已。儘管尼采之哲學對於傅柯之思想有深遠之影響，但就知識論而言，早期之傅柯卻較尼采有更深之懷疑論與虛無主義之色彩，也因此，縱然尼采提出超人之憧憬，傅柯仍深切地懷疑所謂的超人亦僅是一種被動式的建構，而非自我醒覺的超越。本文對於傅柯之詮釋，並非在於其考古學之方法，或對於權力/知識之探討，而係在於其觀察模式。亦即於法學研究中，法律觀察所形成之人的概念，是否即是一種為深層法學知識或符碼所建構之形象。而此種形象不但構成法律對於人之認識，更間接影響人於法律中之自我認識。關於傅科對於人之形塑的論述。See MICHEL FOUCAULT, THE ORDER OF THINGS 344-386 (1970).

<sup>4</sup> 人是否有可能跳脫其所有語言或概念之影響，而達致所謂完全自由或自主之理性人之境界？或者，所謂之啟蒙，僅不過由一種偏見跳躍至另一種偏見，縱令其已被啟蒙，但仍身陷於歷史的或社群的語言或思想之陰霾中而仍不自知？對於人所面臨此種無從跳脫以自我省思或批判之困境，Stanley Fish 以其獨特之文學理論家之角度出發，對法律中之自由或人之自我醒覺及反思有相當獨到之見解。See Stanley Fish, *There's No Such Thing As Free Speech, And It's A Good Thing, Too*, in THERE'S NO SUCH THING AS FREE SPEECH 102-120 (1994).

可供操弄之容器時，「人」又將以何種面貌呈現在後現代虛無主義之理論架構下，更是理論發展與觀察之焦點所在。<sup>5</sup>

比對尼采與傅柯關於上帝與人已死亡之論點，不難發現二者之觀點存在一種兩極化之差異。<sup>6</sup> 對尼采而言，當人類所能憑靠之上帝不

---

<sup>5</sup> 為何對於人之觀察在後現代法學中占有重要之地位？其理由為對於人之認識，由於大理論之欠缺，因此傳統關於人之形象已分崩離析。因此於法學研究中，如何重新定位何謂法律中之人便有必要。尤其在小型理論橫流之後現代，此種小型理論之極限何在，其究能將人之概念擴展至何種地步，尤其為後現代法學所必須究明。亦即，法律究竟對人能認識或不能認識什麼，其範圍似乎有加以釐清之必要，否則將陷入傳統現代法學中困境，即錯將有極限之觀察誤以為是一種普遍適用之觀察，而將小理論擴大而為大理論之地位而不自知。其次，牽涉到法律觀察之自我指涉之問題。此處之自我指涉意指當觀察者斷言於其觀察中，人係以何種面貌出現時，觀察者本身亦等同於其所觀察之對象。因此，當認知之主體與客體具同一性質時，對客體之限制亦將會對主體有相同之作用，則此時觀察者之觀察是否確能全然顯現人之全貌？後者係方法論之問題，前者係一種對人之觀察之後設討論。本文之探討重心將置於前者。對於後現代法學之發展趨勢與一般內容之介紹。See GARY MINDA, *POSTMODERN LEGAL MOVEMENT: LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTURY'S END* (1996); COSTAS DOUZINAS, RONNIE WARRINGTON, AND SHAUN MCVEIGH, *POSTMODERN JURISPRUDENCE: THE LAW OF THE TEXT IN THE TEXT OF THE LAW* (1993).

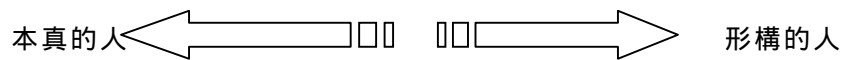
<sup>6</sup> 本文之所以以尼采及傅柯二人關於人之看法作為討論之起點，在於二人對於人之看法於表面上似乎背道而馳，但於深層之意義上，卻又可以顯示較不易為人所察覺之相似處，而此相似處正足以作為分析並反省法學觀察之基點。本文並非認為此二人之看法足以窮盡一切關於人之觀察角度與方法，而係藉由二人極端不同之立場，來凸顯下文將提及之二種法學觀察角度之相異與相似處。

復存在之時，唯一能支撐人類價值與思考之後盾便僅有人類自己。人必須挖掘並窮盡其身而為人之一切本能與意志，在此傳統價值徹底摧毀之際，唯有人類自己在不斷超越之過程中，世界與人類自己方足以得到再生。或許，對尼采而言，本真的人方才是其所關懷之重心所在。傳統依照基督教或西方文明所建立因襲之善惡是非，或人所應有之形象，皆僅是一種人類輕蔑自己，未能展現自身潛在力量之懦弱與奴性表現。<sup>7</sup> 而傅柯則更深入去挖掘所謂本真的人此一概念係如何被形構。在傅柯眼中，人並無本質，也無更深邃的真理存在於人之本身，或人之概念中。所謂人，於概念上，僅是一種被知識/權力所形構之觀念；而隨著知識/權力之內涵演變，人之概念內涵也可能隨之有異。<sup>8</sup> 另一方面，做為一活生生的人，對於自身的本性、本質抑或是能力之認識，亦皆是此種深層之知識/權力結構之產物。當倡言人有所謂衝創之意志，當人正意興風發於所謂理性征服並認識世界之無窮能力時，傅柯冷酷地宣告這一切皆僅是虛幻無誕的夢想。人並非人所自我認識之人，人亦並非擁有自我操控之意志與智慧；在深層知識/權力之結構中，人終將僅是一種自我欺瞞之傀儡。所謂主體或主體性在此觀點之下，皆僅是一種虛幻的被客體化之主體。在傅柯眼中，所謂人已死，

<sup>7</sup> See Friedrich Nietzsche, *On the Genealogy of Morals and Ecce Homo* ch.1 (1989).

<sup>8</sup> 傅柯所謂權力/知識之概念並非可簡單理解為一種對於知識之強迫灌輸或規制，而係一種對知識與權力之互生與互為糾結之複雜關係。尤其傅柯對於歷史之發展並非採取一種連續之觀點，因此對於各時代之知識/權力之作用應有不同之理解。人的概念亦因此呈現一種斷層式的發展。但此種斷層式之發展，卻未能阻斷發現其因應環境而演化之趨勢，詳見下文之討論。關於傅柯對於知識（真理）與權力之說明。See MICHEL FOUCAULT, *TRUTH AND POWER* 111-133 (2002).

毋寧可以理解為人不過是一種永遠無法逃離被形構之命運的流動概念而已。所謂人，並無本真的內容，因人總是被形構，而在這種形構中被催眠似地自我宣稱為擁有主體性的人。<sup>9</sup> 因此，尼采與傅柯對於人之觀察便可大致化約成一種兩極化的光譜：本真的人與形構的人。<sup>10</sup>



在這種兩極化的光譜中，正代表一種對於人所為之觀察的最大差異。一方面，將人作為一種原本的存在，保有其與生俱來之面目與所有本能，並蘊涵有無可估計之潛能與意志；但另一方面，在光譜之另一邊，人卻是一種永遠無法探知其本質之存在，只因欲對人加以認知之時，深層之知識/權力結構便會如影隨形地支配認知之角度與內容。因此，人總是作為一種形構而產生。對人之認識，亦將止於此種形構，而無從進一步探知此種形構之所由，或考掘此種形構下所可能隱藏之人確切為何。<sup>11</sup>

<sup>9</sup> 傅柯對於人之主體與客體化之生成及其與權力之關係。See MICHEL FOUCAULT, THE SUBJECT AND POWER 326-348 (2002).

<sup>10</sup> 此處本真的人與形構之人為本文所提出之概念，並非尼采或傅柯所明確提及，而係由二人之思想進路，所推論出之對於人所可能發展出之觀察結果或目標。所謂本真之人，即為人之最原始或最原本之狀態，其象徵了一種人之發展成長的起始點。而形構之人即為一種於觀察中所被建構出之人的形象。其與本真之人之差異在於前者是一種被建構的概念，而後者是一種本質（或人之真實）的呈現。

<sup>11</sup> 就此而言，尼采哲學與現象學有相當程度之類似，即於一切價值被還原或

尼采與傅柯由不同之面向，分別對人加以哲學上的觀察。對於本文而言，其觀察所得之結果並非關懷之重點，反而係尼采與傅柯於其觀察中所劃定之對於人此一概念之觀察極限之可能，方才是法學研究有可能得到啟發之所在。<sup>12</sup> 因就尼采與傅柯二人之觀察而言，其已將人之概念推展至二種不同方向之極端，而此二種極端，是否足以為法學研究或觀察之界限所在？<sup>13</sup>

以所謂法律之主體為例，法之主體性究竟意所何指，此課題早已

---

摧毁之後，一切認識或價值所依憑之原點方有出現之可能。而傅柯雖在啟蒙與理性之論述與康德背道而馳，但其對於認識人之本質之可能性的質疑，卻又與康德之物自身不可知有異曲同工之妙。因此對於尼采與傅柯之哲學的觀察，不應僅侷限一般所認為二人所持之主要立場，而應兼及二人哲學所可能隱含之與相對立哲學之相似性。對於不同立場之法學觀察亦應有尋找此種隱含相似性之必要。

<sup>12</sup> 亦即，法學研究是否有其界限？設若確有界限，其界線之範圍何在？於此，所謂界限於本文代表一種觀察所可能達致之最遠範圍。亦即，於各種觀察中，其能觀察或不能觀察之臨界點，即為觀察之界限。法理論對於人之論述多侷限於對人之實質內容或特性之探討，此固然對於法律之運作具有一定之實效。但法理論究係在何種範圍與條件之下推論出人之內涵？設若對此種預設未有深切之論析，則實無從有效檢驗所有法理論對於人之論述於理論上是否完備妥適。

<sup>13</sup> 本文對於法律觀察與法學研究係作一同義詞加以使用。亦即法學研究者即為對法律加以觀察之人，對法律之研究即為對法律之觀察。本文對於觀察之使用，係由系統理論出發，而認為觀察必然承載一定之預設與弔詭之盲點。此外，自我之觀察或他者之觀察亦會因盲點之影響，而有不同之結果與呈現。關於觀察之進一步說明，參閱林聰賢，黑色禮拜五—對自我、他者及法律之觀察，中原財經法學，第十二期，頁 121-160（2004）。

為向來之理論家所爭論不休。<sup>14</sup> 但於激烈之理論交鋒中，不難發現諸理論皆有一共通之處，此即為，各理論家皆在於以一種第三者之觀察立場來觀察所謂人與主體。因為所謂法律中之人或主體，無非係理論家（即觀察者）之觀察所得。而觀察者之視域與立足點便形構或限制了人或主體於其觀察中之呈現，因此無論何種理論上之人或主體，皆有可能受限於觀察之視域而有不同之呈現。<sup>15</sup> 然於此不同呈現之背後，卻隱藏一至為弔詭之問題：人是否有可能本真地被法學觀察所呈現？亦即，若觀察必然受限於觀察本身所依憑之不可辨認之盲點，則所謂人或主體無非係此一盲點之產物。<sup>16</sup> 不但被其形構，其所展現之

---

<sup>14</sup> 對於主體之理解，一般而言有兩種趨勢。一為自希臘哲學以降，對於人作為一種實踐之倫理主體之強調；一為自笛卡兒之後，人作為一種知識論上之主體。對於倫理之主體或認識之主體，各家理論皆有不同之詮釋。但無論何種主體，皆在於強調其自我主動並自主之探知或行動之能力。亦即，對於世界或他人，主體皆保有不受限制或束縛之自我特性，而於此特性中得以自我實踐或發展。縱令對於主體之內涵或特性有不同之理解或詮釋，但基本上皆不否認人存在主動行動及發展之可能性。

<sup>15</sup> 亦即，觀察必然承載一定之符碼，而因符碼之不同，便會得出不同之觀察結果。最明顯之例子即為盧曼於其生態溝通一書中，對各種系統所作之不同觀察。對於法律之觀察必然受限於合法/不合法之符碼，而因此對於觀察之結果有所限制。See NIKLAS LUHMANN, *ECOLOGICAL COMMUNICATION*, ch.11 (John Bednarz trans.) (1989). 然而，即使受限於二元符碼，但未必表示觀察者對於人之觀察亦僅限於合法/不合法之區分，由於環境之激擾，法律觀察者必然會設想一定之人類形象以應對此種激擾，因此隨激擾之種類或複雜性之不同，人之形象亦可能隨之而有所變化。

<sup>16</sup> 關於盲點而導致之觀察上的弔詭。See Niklas Luhmann, *Paradox of Observing Systems*, in *THEORIES AND DISTINCTIONS: RE-DESCRIBING THE*



形象亦必然受其制約，則人如何能在此種限制之下於法律中展現其本真之面目？法律是否可能將其觀察之極限推展至所有盲點之外，而能展現人之真實本質？

對此問題之研究，並非在於求取一種關於人之本質之認識，而係在於以一種後設之立場，對於法學觀察之極限加以解析。設若由此後設之觀點出發，則所謂法律之人或主體性皆將有重新加以省思之必要。因理論家所觀察之人或主體，無非係將觀察之客體加以論述成理論上之主體，因此所謂人或主體是否僅係一種理論觀察下之傀儡，而非事實上具有完全獨立之自我意識？此外，做為被觀察者所觀察之人，其本身是否能夠跳脫觀察者所侷限之理論或視域，而真切展現其本足具有之本質？<sup>17</sup> 亦即，所謂人或主體，究係一種理論上透過觀察之建構，抑或其即為人所生而具有？透過尼采與傅柯之二者對於人之差異觀察，適足以做為一探討之起點，以釐清於法學觀察中，人在此

---

DESCRIPTIONS OF MODERNITY 79-94 (2002).

<sup>17</sup> 例如，原住民於其特殊文化所型塑之特質是否能於一般法律程序中展現？或少年係一尚在發展成型中之個體，其是否能於對人已有確定認識之法律系統中呈現其不同之特質？亦即，於進入法律之領域後，一切人所原本具足之特性可能皆被遺忘或抹殺，而必須自我轉化而為法律所要求之人。縱使不論法律程序，於一般生活中，由於教育或文化之薰陶，人亦自我規訓為一具有理性，且必須守法之個體。但問題在於，此種形象是否確為人所本來具有，亦或是一種規訓下之虛假意識？法律是否以全面地入侵個人之自我型塑的領域，而完全地佔領人的生活與自我意識？對此問題，現象學之法理論有相當深刻之論析。See WILLIAM E. CONKLIN, *THE PHENOMENOLOGY OF MODERN LEGAL DISCOURSE: THE JURIDICAL PRODUCTION AND THE DISCOURSE OF SUFFERING* (1998).

二元光譜中究竟以何種面貌呈現？而觀察者之觀察，是否確能捕捉人之真實面貌？而做為被觀察之人，是否確與其他觀察者所觀察之結果相同，抑或人有可能超越此種他者之觀察，而自我觀察以致本真之人得以完全呈現？人是否已於法學觀察中死亡，抑或其有無復活之可能，此皆與法學研究或觀察之本質與發展息息相關。若謂傅柯所謂人已死是一種觀察發展之極致，則尼采關於本真之人的追求是否又提供了另一種不同之進路；但於此進路中，人究竟有無在法律觀察中復活之可能？設若人確實得到重生，則法律將會面臨何等之試鍊與轉變，方足以應對人之復活重生？

## 貳、向軀殼之演化

法律觀察之進展為何？究竟朝傅柯之形構的人前進，抑或是回歸至本真的人？對此問題，應有必要考察人之概念於法律觀察中之演變，方足以發掘法律觀察之演變。就人於法律中之呈現而言，如同生物學一般，其亦以一種類似以適應環境為前提而演化。但此種演化之過程，未必即代表人的本質有任何演變，而毋寧說是法律之觀察不斷地變換視角，而其所觀察之人亦因此隨之改變。是以，所謂人於法律中之演化，事實上即是法律觀察之轉換所導致。但問題在於，此種轉換有何趨勢可言？<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> 此處所謂環境係由系統理論之觀點出發，而認為法律係一自我再製之系統。因環境之複雜性，使得法律不得不對環境中所存在之複雜因素加以擇取並處理，否則法律必然無從面對複雜之環境，終將面臨法律無從存立之困境。正因環境之複雜性時有變化，而使法律系統之擇取內容與過程亦必須相對有

對於法律觀察之演變，以人在刑罰策略中之演變或許能提供一較為明顯之例。<sup>19</sup> 其原因在於刑罰之施加，往往最貼近人與生俱有之特質，如生命或者行動之可能性。也因刑罰之性質與此種人之生而俱有之特性最為接近，因此以刑罰對人之觀察的演變，適正足以突顯所謂形構與本真之人於人之演化中所可能衍生出之差異與趨勢。<sup>20</sup> 本文之目的並非在於對刑罰史學作一整體性之梳理，而係以刑罰觀察為出發

---

所改變，而此演變，正表現出一種演化之過程，及對於環境之激擾，可能顯示出一種以簡馭繁之趨勢。而此演化正如生物界一般，係必須因應環境所必須產生之改變。關於系統理論之演化觀點。See NIKLAS LUHMANN, SOCIAL SYSTEMS 433-436 (1995).

<sup>19</sup> 所謂刑罰策略 (strategy) 雖與刑事政策有相似之內涵，但其卻更強調國家對於犯罪或刑罰之有意識之操作。策略相異於政策之處，在於對政策之探討，往往侷限於國家所明示之政策方向與內容。但策略則更強調國家政策為何形成之深層理由，此種理由可能建立在國家亦無從察覺之知識型態或權力關係。因此所謂刑罰策略有相當程度係受到傅柯之理論影響，而試圖在可見之刑罰政策中，挖掘不可見之政策形成原因。See David Garland, *The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society*, VOL.36 NO.4 THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY 445, 445-471 (1996). 本文之所以採取策略之用語，意即在於藉由對刑罰策略之觀察，以發現於此種刑罰策略之後，所隱藏之觀察立場與內容。

<sup>20</sup> 此並不代表所有法律關於人之觀察即循刑罰策略之模式進行。事實上，不同之法領域對人有不同之觀察與詮釋。即使就刑罰或犯罪學而論，於同一時期對人亦有不同之理解。此處之所以以刑罰策略為討論之重點，固然在於其與人之生命之貼近，亦在於以人於刑罰策略中之變化，作為一種理解法律對人觀察之討論起點，而試圖由其中尋找出一種人的概念於法律中演變之趨勢。此種趨勢之發見，或許可以作為不同法律領域對於人之觀察之共通起點。

點，以推論法律對於人觀察之演變，因此以下論述之重點將僅集中於近數十年來之刑罰策略之演變與發展。

當代刑罰策略關於人之理解，一般而言大致有三種演化之階段：**原因的人、自主的人，與數位化的人。**<sup>21</sup> 就所謂原因的人而言，其對人觀察之重點在於，人是一種諸多原因之組合體。因此所謂人，並非在於其本身具有任何不變或自足之本質，而係在於人是一種為諸多原因所操控並影響之個體。在此種刑罰策略中，人並不具實質之內涵，所應關注之焦點反而係於何種原因之影響下，引發了外在的行為，並破壞了一般所肯認之行為模式。<sup>22</sup> 在此種刑罰策略之觀察下，若人有任何特性，此種特性即為引發行為之各種原因，此種原因可能內在（心理或精神）或外在於人（社會或經濟因素）。因此，在此種觀察下，人

<sup>21</sup> 須注意者，所謂人之演化的三階段並非截然可區分，事實上三者有同時存在之可能。之所以區分為三階段，一方面在於論述分類之便，另一方面則在於歷史發展上，於不同時期存在此三種不同之趨勢，而此不同之趨勢適正表現出各時期法律系統所面臨之不同之環境激擾。本文所強調者在於趨勢之發生，而非何種趨勢取得絕對之支配地位。事實上，無論由種角度觀之，皆無從斷定某種趨勢佔有主要之地位，而其他過往趨勢即完全消弭於無形。

<sup>22</sup> 對於原因的人之理解必須與傳統犯罪學之研究加以比對。傳統犯罪學研究與其說係針對犯罪或人之研究，毋寧說是犯罪之形成原因與人為何犯罪之問題為其研究之重心。因此對於犯罪之了解，首先便有正常與異常之二元劃分，而嘗試釐清為何會有異常之行為或行為人產生，而藉由對原因之究明，以使異常終究能回歸於正常。此種研究事實上深受自然科學之發展影響，而以究明犯罪之原因為其首要之任務。因此對人之理解亦勢必以人之形成原因為其首要之課題。關於犯罪學研究之內容演變。See DAVID GARLAND AND RICHARD SPARKS, CRIMINOLOGY, SOCIAL THEORY, AND THE CHALLENGE OF OUR TIMES 1-23 (2000).

是一種與內在及外在原因有密切關連之原因組合體。而之所以產生如此觀察之視角，即在於相對應於此觀察之環境刺激。一方面，於二十世紀初，自然或社會科學均已取得長足之進步，其中犯罪學及心理分析對於所謂犯罪者之研究更取得發言上之優勢地位。而其對罪犯所關注之焦點即在於犯罪行為被決定性與偏差性，亦即，由於人是一種諸多原因之組合體，因此人之行為絕對受到原因之操縱，是以若能將導致偏差行為之原因加以剔除或導正，則將原因重新組合或轉換之後，所謂的罪犯必然會成為一個全新且正常的人。由此立場出發，其所觀察之視域自然將人此一個體視為原因的結合。

此外，於一九三〇年後，社會福利之思潮正席捲西方諸國。在此種思潮之下，國家係以一種呵護者之面目出現，而人於此呵護者面前，自然呈現為一種可改善，且必須加以適度操控與矯正之個體。因國家一方面必須提供福利之服務，以促進人之發展；另一方面亦必須因福祉之提供，不但要顧及多數人之利益，更須兼顧偏差者本身之福祉，因此，所謂刑罰並不在於一種排除，反而係一種藉由矯正手段之容納。<sup>23</sup> 故而，人在這種福利思潮之環境下，係一種無本體的存在，亦即，內在與外在之原因完全取代了人可能會具有之主動與思考之能力。原

---

<sup>23</sup> 此種容納事實上僅是一種福利政策之表面呈現，於其開明政策之幕後，其實隱藏國家對人民操控之策略。國家一方面界定何謂正常，以全面化所有人民所應具備之形象與條件。而藉由復歸與改良之政策，使所謂偏差之人得以成為正常之人。於其開放容納政策之下，其實係一種細緻而精確之規制手段。因此，於此種福利政策之下，很難看出人有所謂之本體內涵存在，因何謂人（或正常人），其詮釋權並非在於人自身。關於福利國家之刑罰策略。See DAVID GARLAND, PUNISHMENT AND WELFARE: A HISTORY OF PENAL STRATEGIES (1985).

因的個人所彰顯的，固然是一種對環境之反應，但亦可以推論，在觀察者（理論家）與環境之交相錯結後，必然會導致如此之觀察結果。即人此一概念，並非具有實體上之意義，人作為一個概念空殼，其所填涵者，是由觀察者觀察所得而認為不可或缺之內在與外在原因。設若有所謂本真之人的存在，則於原因的個人此一階段中，人的本質可能已被掏空，而由觀察者所論斷之原因取代並形構人之概念。

然而原因的個人卻無法適應於七十年代之環境變動。一方面，福利思潮已為右派自由主義所取代，所謂國家必須提供福祉或照料之時代已經過去，人於此情形下已非原因之組合體，取而代之者為擁有自由意志之個體。<sup>24</sup> 亦即，相對於原因的個人階段係由原因主宰人之呈現，自由之意志象徵著自主的個人之演化完成。然而，自主之個人並非全然因政治思潮之轉變所致，前一階段關於矯正並控制原因之刑罰策略已被普遍認為對於控制犯罪毫無作用，因此對於人的觀察，便有必要加以調整，以因應對原本刑罰策略失敗所可能產生之影響。<sup>25</sup> 設若國家無能為力於犯罪或罪犯之控制或矯正，則較為有效之策略便是將此種責任轉歸於個人。藉由對自由意志之強調，以突顯犯罪係個人自由抉擇之結果，而非被諸多因素所決定。因此對於罪犯，國家無庸

---

<sup>24</sup> 此時英美係遂行柴契爾與雷根所奉行之右派路線，亦即強調國家之退卻與個人之自我決定。其不但於經濟政策上，甚至於刑罰策略中亦有顯著之影響。此即因個人之自主，不但於刑罰上必須對自我之行為負責，且亦必須承擔防止犯罪發生之任務，因國家不再擔任呵護照料之角色。關於由原因之個人至自主之個人演變之歷史背景。See DAVID GARLAND, THE CULTURE OF CRIME CONTROL ch.1 (2001).

<sup>25</sup> See *id.*, at ch.2.

再將多數資源投諸罪犯之矯正與回歸，反而係以較直接簡約之應報刑罰以處理犯罪之發生。<sup>26</sup> 故而，所謂自主的個人此一觀察之結果便應運而被加以形構。

然而，此一演化之結果除卻前述政治或社會等因素外，仍有一值得加以分析之處；此即對於人之形構的演化，表現出一種簡化的趨勢。若比較原因的個人與自主的個人，可以發現二者對於人之概念的掌握，已由多元之原因轉變至單一之自由意志。亦即，對於人之形構，其觀察之焦點及視域已逐漸縮小。此種朝向簡化之演化過程，其所隱含之意義是否足以代表法律觀察之可能趨向？

以原因的個人而論，其目的在於藉由此種形構之人，以確定並掌握犯罪發生之原因，而經由對原因之控制，以達致對犯罪之控制與罪犯之矯正。但其所面臨之問題在於，對於原因的人若以不同之視角觀察，便會產生不同之原因組合。<sup>27</sup> 而觀察之視角無窮，則所建構之原因亦必然無窮；於此情形下，則人雖為諸原因之組合，但因組合之內容無法確切掌握，必然無任何刑罰策略能確切掌握並控制此無限之原因，對於犯罪控制自然無法達致預期之成效。亦即，對於複雜之環境

---

<sup>26</sup> 此時之刑罰手段已逐漸擺脫前一時期之復歸或醫療手段，而以應報之刑罰之為其主軸。意即其目的在於以合乎比例且明確之刑罰取代不確定且容易限於官僚獨斷之醫療手段，且藉由刑罰之施加，而達到醫療手段所無法實現之控制犯罪之目標。See ANDREW VON HIRSCH, *DOING JUSTICE: THE CHOICE OF PUNISHMENTS* (1986).

<sup>27</sup> 此由犯罪學存在諸多學派即可見一端。對於犯罪或罪犯之觀察，設若以不同之角度觀察，必然會產生不同之刑罰手段，則究竟何種手段較有效果，似乎極難加以檢測得知。亦即，若採醫療復歸之策略，必然面臨原因過多而難以掌握之窘境。

或現象，極難以同等複雜之策略加以因應，因策略永遠無法追及日益複雜之環境。

因此，對於人之觀察便應運而有所調整。亦即，設若無法以複雜對應複雜，則必須以較為概括之觀察來涵攝絕大部份複雜之現象。而自主之個人除將觀察所得之因素降至最低外，更藉由對單一自由意志之強調，一方面以簡化人之概念作為因應複雜環境之策略；另一方面若縮減觀察之視域，亦較有可能確切掌握並操控於此觀察中所形構之個人。

由原因的個人到自主的個人，所呈現出之對於人的觀察特色在於由複雜到簡單的演化過程。但此種趨勢仍會隨著環境之演變而有更進一步演化之必要。如前所述，對於犯罪之刑罰策略，國家已由原本之保護角色演變至放任由個人自我負責，而國家僅於對抗犯罪之過程中立居於參與者之地位，以一種回應式之方法以達致犯罪控制之目的。<sup>28</sup>然而，此種基於自主的個人之觀察結果，卻仍有環境之因素加以激擾，而有繼續演化之可能。首先，所謂擁有自由意志之個人，於其本質上便有無限發展之可能性，因所有未來之行為皆取之於個人之自由抉擇，而其所抉擇之行為可能性對於國家而言將永遠無法猜測。是以此種無法猜測之後果，無疑使刑罰策略無法有效地控制複雜。因一方面，

---

<sup>28</sup> 此即犯罪預防，或保全業及社區警察興起之原因。固然由於右派政府之政策，使民眾亦須自行負擔控制犯罪之責任。但另一方面亦在於國家為了避免重蹈醫療手段失敗之覆轍，而將控制犯罪之責任加以卸除，其僅專責於較不易出錯之應報刑罰之實施即可。此由近三十年來犯罪預防理論與日常生活犯罪學之興起可見一斑。See GORDON HUGHES, UNDERSTANDING CRIME PREVENTION 12-25 (1998).



原本之刑罰策略僅能以事後的對應刑罰來處理犯罪；另一方面，設若僅對人予以自主性的理解，則雖然較原因之個人更為簡化，但其所潛藏之複雜因素卻可能更為繁雜。<sup>29</sup> 因此，所謂對於人之自主性觀察之結果，便有重新反思之必要。

此外，刑罰策略無從以無限之資源加以實施，且犯罪更為社會所關注之焦點，因此在有限之資源必須從事於眾所矚目之課題時，對於刑罰策略所能達致之效率便有加以重新審視之必要。<sup>30</sup> 而效率之能否達成或資源之是否妥善應用，便須取決於對於無從預測或掌握之因素能否加以控管，因此所謂自主的個人似已無法完全因應此種環境之變遷。

設若對於複雜因素必須有效地加以控管，則刑罰策略於此時便將由針對犯罪或罪犯之方針轉而為對所有存在於社會之個體加以操控之技術。因若人係一種自主的存在，則無論何人皆有犯罪之可能性，而

---

<sup>29</sup> 無論對犯罪或罪犯採取預防或應報之手段，皆無法排除人之行動之無限可能性。亦即，於自主之人所潛藏者，係無法預估之危險性。不但罪犯有再犯之危險，縱令一般人亦有犯罪之可能性存在。因此，自主的個人固然將人之概念作更簡約之形構，但亦相對地必須面對此一概念所可能引發之更複雜之後果。

<sup>30</sup> 此即對於刑事司法或刑罰策略之管理或行政性質之思考。亦即擺脫傳統刑罰策略或刑事司法之理想或價值性之思考（如實現正義），而強調刑罰策略著重在其可實踐性與對於犯罪控制之實效。因此對於危險之控制與預防，及資源之有效運用便成為此種刑罰策略之重心所在。See JOHN CLARK AND JANET E. NEWMAN, *MANAGERIAL STATE: POWER, POLITICS, AND IDEOLOGY IN THE REMAKING OF SOCIAL WELFARE* (1997); ANN JAMES AND JOHN RAINE, *THE NEW POLITICS OF CRIMINAL JUSTICE* (1998).

此種可能性若無法加以限縮或掌握，則對於犯罪之控制理論上將無法達致應有之成果。因此刑罰策略與其說是一種有效控管罪犯之方法，毋寧說已轉變為一種對所有人之控制技術。是以刑罰策略於此階段已轉型成為一種全方位的社會控制技術。其如同一張巨網，意欲圍繞於社會中所有生存之個體。在此網中，人之行動可能性皆能受到有效的管理與限制，所有複雜之因素皆為此張巨網所網羅，而無從逃逸。<sup>31</sup>

因此，對應於此種社會控制，對於人之觀察便有相對應之改變。自主之個人已無法適應日益複雜之環境，因自主之個人本身便會導致無從預測之複雜後果。因此，數位之個人便成為觀察之焦點所在。<sup>32</sup> 何

---

<sup>31</sup> 此即一種對社會全面的控制 (social control)。亦即刑罰之策略已經由對罪犯之控制，發展至對所有存在於社會中之人的操控。因只有對人行動之可能性有所預防及控制，方能達致對於效率之要求。而此種操控未必是有形之控管，其包含無形之規訓手段。關於社會之全面控制及其可見與不可見之型態，與其可能之發展。see STANLEY COHEN, VISIONS OF SOCIAL CONTROL: CRIME, PUNISHMENT AND CLASSIFICATION (1985).

<sup>32</sup> 數位化個人之概念係由德勒茲關於監控的社會中所提及之數位語言所轉化而來。於傅柯之規訓社會中，個人所受到之規制不但及於身體，更深入其心靈。且自我亦有自我規訓之可能。但在德勒茲眼中，傅柯之規訓的社會上不足以完全如實描述當代控制之社會。一方面，規訓之社會似乎仍在強調特定社會場所之規訓，如監獄、學校，及工廠等；另一方面，規訓之社會仍以個人作為最基本之單位。然而德勒茲認為，現代全面監控之社會已無場所之分，社會本身即為一監控之場所，而毫無遁形之處。此外，因以數位化監控，因此於監控之社會中，已經達致所謂去人化 (dehumanize)，而一切皆以數位資料呈現並加以超控，因此與其說所謂數位之個人為當代之人的概念，毋寧說人之概念已完全淹沒於數位化之資料中。例如對於保釋之罪犯戴上電子追蹤器，以隨時掌握其行蹤；或對於特定危險之族群，將其資料輸入電腦中加

謂數位之個人？相異於原因之個人與自主之個人，數位之個人在於將人之形象由原本所假設之具體存在轉換而成為一種數位資料之存在。藉由對個人所有可超控之因素予以數位化之處理，而進一步藉由對此種資料之掌控，已達致全面社會控制之目的。<sup>33</sup> 在數位化之個人的觀察下，人之意志與血肉皆已不復存在，所餘者僅係抽象之數位化資料。數位化資料顯示所有人之外在可觀察或可辨識之特質，藉由此資料而預測人之行動可能性並加以有效之控管。相較於原因之個人與自主之個人，此種數位之個人顯然更遠離一般所認為關於人之普遍特質，而將人更為抽象之簡化。人已不復是一種受到原因所決定並可加以改善矯正之個體，亦非能夠自我決定之行動者，人已演化成一種可被計算預測，並可及時加以控制之資料呈現而已。所謂人之概念，至此階段

---

以統計、比較，並控管。尤其對於 DNA、指紋，或其他身體資料之取得，皆以數位化管理，以達到監控罪犯即調查犯罪之效。此外，對於特殊場所或儀器之使用（如提款機或社區之進出），亦以數位化之密碼取代具體之個人。數位化已成為當代社會監控之基本語言，亦已逐漸取代具有血肉意識之個人，而成為人之完全替代品。See Gilles Deleuze, *Postscript on the Societies of Control*, in *NEGOTIATIONS:1972-1990* 177-183 (1995); Richard Jones, *Digital Rule*, VOL.2 No.1 PUNISHMENT AND SOCIETY 5-23 (2000).

<sup>33</sup> 如近日爭議頗鉅之換發身分證是否必須留取指紋以供建檔，即係一種對個人數位化之明顯例子。藉由所留取之個人數位化資料，而達到進一步監控個人之策略。縱令於政策面上係以調查或預防犯罪為其目標，但於策略面而言，個人之被數位化，所象徵者，係國家對個人之全面監控；更甚者，於國家之立場，個人已漸失其個別獨有之特性，而皆轉化成數位資料以利管理。此種趨勢不但象徵一種管理化策略已逐漸侵入政策之運作，亦隱含一種全面監控之社會的來臨。

已成為一種完全脫離本真之人而毫無內涵之軀殼。

設若刑罰策略所顯示之觀察可以呈現法律觀察之演變趨向，則為何在此觀察中，人係朝向一種由繁至簡之過程而演化？<sup>34</sup> 當代所謂風險社會或社會控制之論述，其無非係在強調社會環境之多元性與不可預測性，設若其顯現出一種複雜之社會面貌，則為何人之概念反而會朝向更為簡化之方向演化？<sup>35</sup> 誠如前述，對應於環境之複雜，若法律觀察相應於此種複雜性而如實加以描述，則法律觀察事實上並未做出任何觀察，因其僅是一種對複雜性之複製，此種複製將消弭法律觀察之獨特性及其存立之基礎，因此法律觀察必須以一種較為簡化之方法

---

<sup>34</sup> 如前所述，本文之所以以刑罰策略來推論法律觀察之演變，僅在於藉由對此種策略之分析，彰顯法律對應複雜環境所可能表現出之趨勢，未必即能武斷證明所有之法律觀察確實依此種趨勢而演變。但並非即謂無從由此種討論中，推論或顯示出法律演化之可能趨勢。此外，所謂由簡到繁之標準自然人言殊，莫衷一是。但於前文之討論中，應可顯示，人之演化係由多元之原因，而致具有發展可能之自由意志，最終致可完全操控之具體因素。與其說人有改變，毋寧說係於觀察之演變中，人因此於觀察中而有演化的可能。所謂由簡到繁，於本文之立場，即係在於所牽涉之因素是否多元或單一，係具體或抽象而定。

<sup>35</sup> 風險之意義應在於當有所行動或選擇時，其所可能引發之後果，而此種後果即有可能為行動時考慮之所及與未及。正因其不可預測性，因此產生所謂風險。於風險社會中，因所形成之人類行動或選擇之效應無從預測，因此勢必必須面對無窮之複雜性。問題在於，相對應於此種充滿複雜性之社會，為何法律觀察中之人之複雜度會隨之遞減，而有簡化之趨勢？關於風險之概念（尤其與危險之區分），see NIKLAS LUHMANN, RISK: A SOCIOLOGICAL THEORY ch.1 (2005).

對環境加以觀察，是以簡化係此種觀察之過程中在所難免之結果。<sup>36</sup>且相應於處理環境激擾之必要，於激擾更加多元化且更為複雜之時，法律觀察之視域亦必須更趨於簡化以因應日益難以處理之複雜性。於此情形下，人便成了一種複雜性之下的祭品。人若不從其本生之血肉與意識中脫離，則人將於此種複雜性中被永久消滅。因此，由血肉向軀殼之演化，不但是人於當代複雜社會中無從躲避之宿命，更是法律觀察所必須面對之趨勢。<sup>37</sup>當代對於複雜科學之發現，或風險社會之概念的提出，固然提供了世界如其所是之真貌，但為何在此種自然與社會科學不斷向複雜性發展之際，法律觀察卻反其道而行，而形構出益發簡化之人的概念？人於法學觀察中，究竟是否如傅柯所言，已經死亡；抑或如尼采之憧憬，終將能有回復本真之可能性？

---

<sup>36</sup> 例如對於刑法中之主觀意識之認定，若欲全面對人有所認識，而於審判中對人之意識、情感、理性、無意識、或社會背景，及其心理因素做全面性之調查，則能否對人之主觀意識有所認識固非無疑，惟以此種複雜之手段以應對複雜之主觀意識，則法律終無實踐之可能。因此，唯有以簡馭繁，以單一之理性因素來評價人之主觀意識，而排除其他可能之相關因素，法律方足以應付層出不窮之複雜案件。關於法律對應複雜環境之簡化過程，*see* NIKLAS LUHMANN, *LAW AS A SOCIAL SYSTEM* ch.6 (2004).

<sup>37</sup> 尤其於基因與複製人之發展，是否於下一階段將發展出可替代之人的概念。因為基因已經取代之之理性或其他特性，而成為人之所以為人之最基本元素，人因此形成可以於實驗室中任意操控之客體，甚至於複製人或器官再製發展之後，人已成為失去其獨特個性之存在，而成為隨時可以被取代之客體。於此階段，人之概念是否將全面消失？關於基因之哲學思考與探究，*see* GORDON GRAHAM, *GENES: A PHILOSOPHICAL INQUIRY* (2002).

### 參、赤裸生命之回歸

由刑罰策略中之對於人的觀察，可以推論於法律觀察，人已演化至僅餘軀殼之階段。然此種觀察是否即足以阻斷一切向本真之人回歸之冀望？針對人之不斷簡約的演化過程，是否可設想另一種觀察之進路，以圖回復人之本真狀態？

前述關於人之簡約演化之觀察，其特色在於將人之概念作為一種因應環境之變數。亦即，在環境之不斷演變中，唯有將人之概念做相對應之演化，方足以使人在此種複雜之環境中得以存立。但此種觀察所隱含之預設在於：

人是一種觀察中之客體。亦即於法律觀察中，人不過是一被注視之對象，所謂人僅是觀察者眼中所凝視之客體。因此，於觀察之中，人終將永遠僅是一種必須與環境相互配合之變項。於此情況下，人之概念將無法逃脫其工具性之宿命。人於觀察中，甚至於法律運作中，皆僅是一種工具性的存在，其存立之目的無非在於使法律系統能夠不為複雜之環境所摧毀。因此，若對於人不加以抽象之形構，則法律系統終將無從穩固地存在。

是以，在此種觀察中，人將無所謂主動或能動性。因人在法律觀察中，所呈現者僅有透過此觀察所過濾之餘燼而已。其他關於人之其他本來自足之特性皆為此觀察所摒棄。而於當代社會中，法律係一種人所無從逃脫之存有，因此人不但為法律觀察為一空幻之軀殼，更透過社會控制之力量，而使人自我規制並想像自己確為軀殼之存在。所謂人，不僅由法律觀察，甚至自我之觀察皆將僅是一種向簡約演化之

存在而已。<sup>38</sup> 若有所謂本真之人，其早已消弭於此種無所不在之法律觀察中。

因此，此種觀察視一種策略性及工具性之觀察。其並非在於求取任何永恆之本質或真理，反而係在於以一種實用之態度來形構人之概念，以因應環境之複雜性所產生巨大壓力。人於此種觀察中，其形構係非固定且可變動，因此此種法律對於人之演化勢將採取一種隨機變遷之觀察立場，縱令其有可能宣稱其所觀察之結果係一種真理之呈現。<sup>39</sup>

是以，於前述之法律觀察中，人係一種毫無主動性之客體，其宿命在於永遠對法律之無所不在之圍繞，永無呈現其本真面目之可能。然而對於此種觀察之反動並非不存在。正如尼采代表了一種與傅柯完全相反之進路，對於人之觀察亦可能存在完全相對於形構之人的方向，而企圖回復人之本真面目。

設若以刑罰之策略觀察為例，則此種觀察無異拒絕人之差異性之存在。以自主的人為例，其所隱含之預設即為於所謂自由意思之後，

<sup>38</sup> 關於法律作為一種在世存有而無從逃脫之宿命，以及觀察者與被觀察者於此在世存有中之困境，參閱前揭註 10 引文之對於在世存有之論述。

<sup>39</sup> 設若傳統法學即代表一般主流法學之立場，即對於人之認識或價值之探索皆假定有一最終極之答案存在，則透過對於觀察者（或理論家）之考察，似乎可以發現其所宣稱對於法律中終極價值或真理之探求或宣稱，似乎皆僅建立在一種對應環境複雜性之實用主義之立場。亦即，隨著環境複雜性之變化，法律中之概念或價值隨之而改變。因此，所謂對於終極真理或價值之發現，毋寧可認為是對此種概念或價值之建構，而此建構係建立於一種實用之策略。如此是否表示，傳統法律觀察對於真理或價值之追求是否建立在一種虛構之幻境中？

人人皆具有同等性質之理性以運作其意志。因理性人皆有之，故而於此種共同之基礎上，法律可輕易地以理性做為簡化複雜性之基礎而運作。但問題在於，此種經由法律觀察所形構出之自由意志或理性，是否僅是一種虛幻之存在？縱令其確實存在，但若將人僅簡化至此種毫無個人差異存在之形象，是否會將本真之人所具有之特質予以抹滅？尤其數位化之個人更甚於此，全然將人之形象徹底改變並簡化。對於此種形構且簡化之概念，是否確為法學觀察之必然方向，抑或人能有另一種面貌出限於法律觀察中，另類之觀察便針對此課題予以批判性之省思。<sup>40</sup>

對於經由形構所得出之人的概念，批判性觀察認為其完全掩沒了人的本真面目，人於法律之中完全受到法律觀察之扭曲，而使其本真之特性無從發揮。對於批判性觀察而言，傳統法律觀察犯了如下之謬誤：

其完全以因應環境為出發點，而忽略人本身方是法律觀察之重心所在。亦即，所有之觀察，應該以人為最基本之核心；環境應該由人所創造及操控，並非環境決定人之形構。

---

<sup>40</sup> 此處關於另類之觀察必須配合對於人之本真特質之展現一併討論。亦即，所謂另類之觀察，代表一種在傳統觀察之下所被壓抑之立場。例如，傳統法律觀察重視人之概念之同一性，及其理性計算之一面，但也因此抹滅了人與人之間所存在之差異性。因此為了透過凸顯差異性以彰顯人之獨特個性，另類觀察便採取不同之觀察進路，以求對於人之真實面得以重現於法律之中，例如：女性主義法學、批判法學，或酷兒理論法學，其皆是對於傳統法學之反動與對抗。以下本文關於批判觀察之論述，即是以此種另類理論觀察為分析之焦點所在。



傳統觀察中，過於重視策略及工具性之思考，以致於人僅能成為此種思考之下被犧牲之客體。人的形構，象徵了人被法律的奴役，也標示了本真之人的消失。因此如何在法律觀察中，重新建立人之主動性，應為一必須加以重新論析之課題。

人本身即為一具有複雜性之存在，設若犧牲人之複雜性，則法律之存立基礎即不復存在。<sup>41</sup> 因人方為法律所由建立之基石，設若法律觀察者僅以簡化之模式形構人之概念，則法律即有可能僅是一種權力運作之工具。因為人之複雜性的消滅，即代表一種同等簡化之標準的出現，而此種標準正適足以賦予法律一種獨斷決定之權威。

基於對傳統法律觀察之反動，批判性觀察之目的便在於透過另一種視角，於法律觀察中，呈現本真之人之面目。對於批判性觀察者而言，人之抽象簡化的形構，已完全淹滅人之複雜性，傳統之法律觀察為了對應環境之複雜而將人簡化，但批判之觀察卻認為唯有回復人之本真複雜面目方足以解決環境之複雜問題。在此種立場之下，迥異於傳統之法律觀察，批判之觀察對於人之概念徹底加以轉化，而朝向相背於形構之人之本真之人而開展其觀察之進路。

首先，批判性觀察由人與生具有之特性出發，除卻理性或數位之制約，而強調對人之觀察，必須兼顧其理性以外之特質，且於法律觀察中，必須摒棄對人之狹隘觀察，而必須凸顯人與人之間之差異性。

---

<sup>41</sup> 人之存在不但有其外在之形式，更有其無限發展之可能性。設若以法律概念限制人之發展或決定法律對人之認知，無疑係一種對此種潛在可能性之壓抑，例如女性主義法學中之父權主義對女性於法律上之自我認知與發展之限制，即使女性無從真正成為女性之自我。關於潛在可能性，see Giorgio Agamben, *On Potentiality*, in POTENTIALITY 177-185 (1999).

對於個人之觀察，批判的觀察以為，傳統法律觀察往往過度簡化人之形象，而此種以人為客體之觀察方式往往將其觀察之結果透過社會性之規制而使人具有自認為主體之虛假意識，因此，傳統之法律觀察無非是一種典型之偽意識之來源。其所形構之人的概念，已使人本身依此概念而築構自我之形象，而毫不自知其早已為法律觀察所牢牢操控。是以，批判之觀察即在於藉由另一種角度對人之觀察，來破除傳統觀察所形構之狹隘且毫無人之本真之空幻概念，藉由其觀察之所得，使人足以重新審視自我之形象，恢復人對於自我之認知與主動性，並重新思考如何於法律觀察中，重現人之本質。

其次，因對於人之本質之關懷，批判的觀察亦重視人與人之間所可能產生之關係。傳統法律觀察為縮減複雜性，因此對於人係將其形構為孤獨且自足之個體。做為一單獨之個體，法律對於人之審視僅止於某個個人本身即為已足，而毋需另加斟酌人於群體中所可能產生之複雜關係。<sup>42</sup> 然基於回歸本真之人之立場，批判之觀察強調對於人之觀察必須擴展其可能於群體所衍生諸之關係性。亦即，人並非一與世隔絕之個體，人必須透過交往方能實現並完成自我，設若法律觀察完全視此種關係性於不顧，則無疑係抹煞人最重要之特質。且若於觀察中將個人完全孤立，於法律運作上，勢必無從掌握人為何有所行動，及其行動之原因及目的為何。而此種對於人之片面認識，不但無從用

---

<sup>42</sup> 此涉及近代法律中對人之自主能力之強調。亦即，因人能夠自我決定，因而由此推論出人對其行為必將自我負責之結論。此種我決定與負責之觀念，固然與哲學上關於理性人之傳統有關，但亦與近代資本主義盛行有所關聯。正因為人作為一自我負責之個體，因此於評價人之行為時，無庸顧及其所可能牽涉之與他人相牽連之因素。

以縮減複雜，反而係有意躲避複雜性，而陷於以為簡化即足以處理複雜之自我欺騙<sup>43</sup> 唯有將人之本真--亦即其複雜性--完整於法律觀察中呈現，方足以應對環境所可能引發之複雜性問題。<sup>44</sup> 批判性之觀察認為，法律對於人之認識與評價，應由一孤立之個體轉換至具有關係性之個體，人之本質方足以於法律觀察中完全呈現，而法律亦方有可能在此基礎上，對人做出妥適之評價與判斷。<sup>45</sup>

此外，傳統法律觀察事實上不但主宰了人於法律中之形構，更甚而規制了人於法律中之自我認識。因此，於此種虛偽意識之制約下，所有關於人之交往或溝通，勢必皆無法逃脫此種意識之羅網。所有之法律觀察或運作，皆阻斷了人進一步發現自我或他人之可能，因在此

---

<sup>43</sup> 設若傳統法學係以簡化人之形象以作為縮減複雜性之策略，則其所視而不見之因素，未必因此而消弭，反而可能會因此而製造更多之複雜性，例如，當刑罰忽略人之社會背景，或婦女於父權壓制之下所不得不做出之違法行為，而一律以統一之標準加以處理，則社會中所存在之階級與男女差異，可能會因此而更加惡化。因此批判之觀察認為對於複雜性，只有於法律中加以揭露方足以妥善處理。

<sup>44</sup> 晚近所發展之回復性司法 (Restorative Justice) 於某程度即是一種複雜性於法律中展現之例證。於回復性司法程序之圓桌會議中，透過少年、法官、家長，即社區成員之共同參與，以了解少年之問題與真正需求所在，以求得對於少年最為妥適之處遇。較之傳統刑事程序，回復性司法顯然更能於法律中呈現人之本來面貌。關於回復性司法，參閱謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學，第一一八期，頁 41-51 (2005)。

<sup>45</sup> 對於康德式之獨我存在之批判，與人之關係性之重構，尤其關於刑事責任之批判，*see* Alan Norrie, *Punishment, Responsibility, and Justice: A Relational Critique* (2000).

種觀察中，人已經被形構或自我形構成一殘缺不全之建構體。因此在此種情形下，所有之交往或溝通皆將無從逃離法律觀察所限定之範圍。欲逃離此種意識或法律觀察所限定之牢籠的唯一途徑，似乎僅有人在恢復其關係性之後，共同對此種以視之為常之意識或制約加以省思，方足以有重新更進一步反思人之發展之可能性。因此，批判之觀察以為，為突破傳統法律觀察所建立之人的形構，唯有使人能夠真誠且無阻礙之溝通，舊有之意識或制約方有被打破之可能。亦即，透過一種語言遊戲或語境之創造，方能對舊有之語言遊戲相加抗衡病發現其矛盾或虛假之處。<sup>46</sup>

綜觀批判之立場對於人之觀察，不難推論其立足點在於摧毀傳統觀察對於人之虛幻建構。於批判觀察者眼中，傳統觀察者顯然過於簡化原本即承載複雜性之個人，而對人之概念不但無從如實地加以捕捉，更甚而獨斷地操弄法律中人之形構及其自我認知。因此批判之觀察以回復本真之人為出發點，首先肯認人之差異性與本質之存在，而由此衍生出對其關係性與溝通可能性之重視，希冀藉由溝通來破除一向為傳統法律觀察所操縱之人的概念，而將所謂人還諸於人自身之自

---

<sup>46</sup> 批判之觀察多認為大理論或終極價值已於當代社會喪失，所取代者為對於差異性之重視，而正因重視差異性之存在，於社會連結或發展上，勢必需要一存在於所有差異中之最大公約數以使社會行動或合作有所可能。是以所有社會個體之參與及真誠之溝通便成為一不可或缺之程序。於此程序中，差異性能夠獲得最大之尊重，而溝通之結論亦較能為所有個體所接受。批判之觀察往往必須求諸一種無障礙溝通之民主程序方能解決無限差異存在之問題，並防止權力之崛起與介入。See ROBERT UNGER, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME 1-23, 184-190 (1996).

我解放式地省思與展現。<sup>47</sup> 唯有人之自我醒覺，方足以展現（而非形構）其本來所具足之本質與獨特性，所謂本真之人即因此而得到回復。

然而批判之觀察所謂本真之人究所何指？即令尼采於宣告上帝死亡之後，已重新塑造一能於價值之廢墟中巍峨獨立之超人形象，但畢竟尼采詩意性之描寫僅能提供一種思考上的假想方向，於法律所著重之實際觀察與運用之層面，超人畢竟過於理想化且不切實際。因而所謂本真之人之內涵，確有必要予以重新省思。

設若觀察必然有其立基點，則所觀察之對象必定已為觀察之基點所加以過濾並擇取。亦即，於觀察對象時，觀察者之視角與視域必定已對於其觀察結果有所影響。若觀察對象之呈現因觀察之視角而異，則縱令批判的觀察意欲使本真之人於法律觀察中回復，但其觀察之基點是否亦將使所謂本真之人僅得以片面呈現？

設若依批判觀察之邏輯，所謂本真之人，應是擺脫一切觀察之原始存在。於此，應將焦點置於人被投射於世界之初所呈現之原始狀態。即人係以其生物性之存在為其所有思考與行動之根本。失卻此種原本具有之生物特質，則所有人之思索、交往或溝通皆將失其所本。而於此生物特質中，最為根本者即為人之生命。生命之所在，即為人之所在。因此若能窮盡語言之極限，而盡力對人作一毫無預設之現象學觀察，則人之最本真之特質即在於其對生命之擁有。<sup>48</sup> 此種生命必然在

---

<sup>47</sup> 意即批判之觀察在於求取一種解放，藉由對所有傳統法律觀察或意識之摒棄，以求得人之最原始本真之自我。此種解放之焦點即在於本真之人之再現。

<sup>48</sup> 此所謂生命，並非僅從生物學上之意義出發。所強調者，係生命所可能蘊藏之無限發展可能性。其尚未被任何價值或觀察所涵蓋，而有絕對之自由與發展空間。正因此種發展之空間與可能性，可知以下所謂赤裸之生命絕非一

毫無防備之情形下，成為所有觀察之對象與焦點；當其被觀察之際，此種生命即成為各觀察之客體而於各觀察中有不同之呈現。因此，設若棄絕一切觀察對此生命所附加之意義，則此種生命或可被視為一種赤裸的生命。<sup>49</sup> 此赤裸之生命即為前於所有觀察之人之最原初之狀態。所有關於人之情感、思想、行動與關係，皆源自於此赤裸之生命。尼采對於意志或超人之憧憬，亦無非建立於對此種赤裸原初之狀態的回復。藉由破除一切宗教或哲學對人之評價，而回歸至毫無任何意義賦加於其上之生命，藉由生命之原始力量，進而驅使進展，建立嶄新之思想與價值。因此，由尼采之觀察而得知本真之人，其真切之意義應在於一種赤裸生命之展現。而批判之觀察所邁進之方向，即為此種赤裸之生命之回歸。

因此，對於法律中關於人之觀察，向來即存在彼此背道而馳，且具有緊張拉扯之二種趨勢。傳統之法律觀察，導致人逐漸遠離其本生之赤裸生命，而逐漸被抽象及簡化地形構；另一方面，批判之觀察卻認為僅擁有軀殼之人，係法律觀察對人之刻意扭曲與操縱。簡化未必

---

簡化之概念，反而係代表一種無限複雜性之產生可能。

<sup>49</sup> 此處關於赤裸生命之概念，主要係由 Agamben 之 bare life 所發展而來。Agamben 將生命大致分成動物性之生命與政治性之生命，所謂政治性之生命往往由法律所涵蓋。亦即在法律之涵攝中，生命因此具有法律之意義與特質，然一旦此種法律性質完全消失，則生命之本真面目即因此呈現，而成為一種赤裸之生命。嚴格言之，赤裸之生命在 Agamben 眼中仍有政治上之意義，即其為一種排除性的包涵，因此種生命已喪失法律上之特質，而得以任意之操控。但就批判觀察之標準而言，此種赤裸之生命已足以為其所欲達致之觀察與解放之目標。See GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 1-15 (1998).

能應付複雜之環境，唯有回復人之本真特質，對於所謂複雜之環境方能有正確予以理解並控制之可能。因此，批判之觀察所關懷者，係人（即赤裸之生命）如何在法律觀察中重新得到肯認，並能以其為基礎，發展出更為正確之理解並觀察人之立場與模式。

此種對於赤裸生命之回歸，固然於理論上避免了人一步步向空幻之軀殼演化之可能。但問題在於，批判之觀察，是否確能如其所主張，將赤裸之生命展現於法律觀察之中？所謂批判之觀察，與傳統之法律觀察，其是否確實背道而馳，而有完全不同之發展方向；抑或二者皆落入對於人加以形構之窠臼，卻仍不自知？

#### 肆、地平線外之他方—人之復活

傳統與批判之觀察雖對於人有不同之展現，但其皆係以觀察來注視並描述此一概念。所謂觀察，必然由某種視角或立場出發，方足以有某種切入點而能理解或描述所觀察之對象。設若全然無任何預設之視角，則所觀察之對象雖能完全呈現於觀察者之注視中，然一旦觀察者開始思考、理解，並意欲描述觀察對象開始，所謂完全呈現之觀察對象便於此時開始以不完整之形象被展現。<sup>50</sup> 因一旦思考或言說，

---

<sup>50</sup> 批判之觀察設若欲達到對赤裸生命之完全展現，則其必然具有與現象學相當類似之觀察方法。但現象學一旦還原而欲對觀察對象加以描述，先占之語言必然取得支配之地位，而無從對觀察對象進行中立無色之描述。胡賽爾後之現象學家如海德格與伽達瑪之理論，即是對於所謂現象如實呈現之反動。

觀察者所位居之立場或語言遊戲圈，必然先占觀察對象於觀察中之完全呈現。因此，與其說觀察對象被片面地呈現，毋寧說是觀察者之立場或語言遊戲完全包覆了觀察對象，而使觀察對象根本毫無完全展現之可能。這是觀察者永遠無法逃避之宿命，因語言永遠先於觀察者而存在，任何觀察，一旦必須思考或發話，則語言之魅影終將無法逃避。唯有於語言之籠罩中選定某種特定之立足點，觀察者方有可能進行觀察。此為觀察者永遠無法躲避之在世存有性，觀察本身亦無從擺脫此種在世存有所形成之牢籠。

因此，不論批判或傳統之觀察，皆無從逃離此種立足點或語言之先占。就傳統之觀察而言，正因其對人之觀察有不同之切入點，是以方得出原因、自主，與數位之個人等觀察結果。此種關於人之概念無非係以觀察者之立足點出發，而形構出不同之人的概念。批判之觀察雖以回歸赤裸之生命為其終極關懷之焦點，然批判之觀察一旦以其迥異於傳統觀察之立足點而為觀察時，其無非亦在進行另一種對人之形構。亦即，所謂人之別於理性之特質、差異性、關係性，與人之溝通能力及其必要性，此無非係對人之另類片面理解。因批判之觀察必須立基於批判之觀點，否則其絕無可能進行與傳統觀點相異之觀察，然而一旦其選取某種觀點加以觀察、思考，與發話，人之完全形象（赤裸之生命）即於此過程中瞬間消弭。<sup>51</sup> 是以，於傳統之觀察，其係以

---

<sup>51</sup> 此即所謂觀察必然需要區分，而一旦有所區分，所謂如實之真相即瞬間消逝。如當批判法學指出傳統自由主義法學係以一種為中立之立場詮釋並理解法律，則批判法學於此時亦已擇取一不同於自由主義法學之立場而發話，其係以一種中立/不中立之符碼來觀察自由主義法學。但如以外在於批判法學之立場觀察批判法學，則可發現，所謂批判法學亦有所偏頗，此即其觀察所立



所形構之人偽裝為普遍之人的概念；而於批判之觀察中，其雖然以本真之人為觀察之進路，但事實上其仍無從擺脫人必然被建構之宿命。

故而，批判之觀察，與傳統之觀察縱有進路上之不同，但於本質上皆係一種對人之形構。除二者無從擺脫觀察立場或語言之牢籠外，更重要者，二者皆是一種法律之觀察。既為法律之觀察，則其自然不可避免於法律觀察所預設之二元符碼，於此種二元符碼及法律語言之限制下，對於人自然不可能有外於法律之理解。<sup>52</sup> 因此對於人之觀察必然侷限於法律所限定之範圍，所謂赤裸之生命絕無呈現於法律觀察內之可能。法律觀察所限定之疆界，即為傳統與批判觀察所能達致之最遠的地平線。二者皆無從超越此地平線之可能，而地平線外之赤裸之生命，亦無從因觀察者之觀察而越界於法律中呈現。

尼采與傅柯二人所提出之對人之觀察界限，事實上即展現了二人

---

基之二元符碼。因此透過所謂二度觀察，可以發現事實上，所有之觀察皆僅是一種立場之投射而已，其觀察所得皆無從有得到普遍真理之可能。See LUHMANN, *supra* note 16, at 94-113.

<sup>52</sup> 例如對於安樂死此一課題，無論係以病患之自決權，或法律對於生命權之保障，其所發生爭議之正反意見，皆係以法律之言語或意義而呈現。設若以病患一種原始之逃離痛苦之本性為論爭之重點，則必然無從獲致任何法律上有意義之結論。因此已涉及到後設於法律之問題，即人之生命為何須由法律干涉即開始與結束，人之對生命之掌控為何需由法律賦予權利方得為之？對於生命之探索，於法律中欲脫離法律而談論，似乎毫無可能。縱令病患之結束自我生命之行為被視為自殺而不罰，亦有可能是法律對這種行為之有意識之寬縱，其仍具有法律上之意義，此時此種生命之結束或許可是為一種法律之排除涵攝。因此，即使批判之觀察意欲回復本真之人，但於法律觀察中，此為一永無法達致之海市蜃樓。

之深層哲學立場。對傅柯而言，深層知識結構對認知之制約與權力關係之無所不在，已將人層層包圍以致其毫無出路可言。因此，對人之觀察，與人之自我觀察皆無從逃脫出此種知識/權力之束縛。人已死，對傅柯而言，是一種無從避免的黑暗前景，無論觀察者或被觀察之對象，皆無法逃離這幽暗的桎梏。因此，即令人可以被形構與談論，但本真之人或赤裸之生命皆將在此形構與談論之中永遠消逝而不復回。

另一方面，尼采深知於一切之價值與知識崩塌之際，人之真實力量與意志方才有呈現之可能。但人於上帝死亡之後，其依憑自我之意志所重新建立之價值與知識，是否會使人取代上帝之地位，而成為另一位凡間之上帝？而此由人轉變之上帝是否又會以其所建立之知識與價值統御他人及世界？正是於此，尼采與傅柯之觀察有所接軌。尼采提供了一種憧憬，於所有價值摧毀之際，尼采樂觀的認為此時人才能展現其超越之特質，但對超人之出現是否會引起任何變動，尼采從不提供承諾。傅柯承接尼采之憧憬，但卻發現冷酷之事實，即人自我超越之時，即為人死亡之時，因上帝所建立之牢籠如今已由人繼續打造並維持。人無法超越，人亦無法迴避上帝，人只不過是一個消逝中的概念，而在傅柯之冷眼中已被宣告死刑。

法律之觀察亦在尼采之憧憬與傅柯之現實間不斷游離掙扎。對人之簡化抽象之形構，代表了一種因應複雜環境之演化過程；但致力於回復本真之人之觀察卻未因此而失其地位。在與傳統觀察之爭戰中，批判的觀察事實上已盡其所能欲將赤裸之生命呈現於法律之中。但如前所述，其永遠無法邁出法律觀察之地平線，只因法律觀察有其極限，無論傳統或批判之觀察亦因此無從突破此種極限。尤其，若赤裸之生

命一旦拋卻其被形構之可能，而於法律中完全之呈現。則此種生命將毫無任何法律上之意義，而成為一可被任意操弄與宰殺之客體。<sup>53</sup> 是以，於觀察中，赤裸生命永無呈現之可能；縱令其能如實出現，在無法律意義之情形下，赤裸之生命中將是一對法律而言無關緊要之存在。赤裸之生命於法律之中，實無真實呈現之機會或可能。因此無論何種法學觀察，其皆無法碰觸之最真實之赤裸生命。亦即，對於此一概念，法學研究至多只能於其自身所建構之概念中予以有限度之分析與討論。人，於法學研究中，終無呈現之餘地。<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> 意即，於除卻一切法律意義之後，赤裸之生命與一般之動物生命並無差異，而成為一可任意宰殺而無違法之虞之客體。如二次大戰期間之納粹屠殺猶太人，即是在剝奪猶太人一切法律上權利之後，使其成為毫無法律意義之赤裸生命。因此，所謂本真之人之回復，其結果可能係使赤裸之生命成為法律所涵攝之無意義之生命，此種回復絕非批判觀察所欲達致之目標。因此，作為法律觀察之批判觀察，並無從使本真之人回復之可能。See UNGER, *supra* note 46, at 144-153. 此處並非謂對於猶太人之屠殺即可漠視當時可能存在之政經與社會因素，此處之討論係將此一屠殺置於較為上位之討論，而認為赤裸之生命一旦顯現，則其僅能是所有觀察或權力所施加之客體。

<sup>54</sup> 事實上，傳統之觀察與批判之觀察雖於表面上立場差異甚鉅，但於本質上二者卻有相當之相似性。傳統之法學為求人之本質卻陷入實用策略之困境，但批判法學為求批判實用策略卻使自身掉落入本質追求之窠臼（赤裸生命之呈現），二者所呈現者即為法學研究所必須面臨之困境。因在形構之不可避免之情況下，無論對於本質或實用策略之追求與規避，最終皆將陷入與其追求之目標所相背之途徑。是以，法學研究之困境即代表一種觀察之極限。在此極限中，觀察者永遠逃離不出此種極限，而僅能於極限中茫然失所。對觀察目標之堅持或排斥，即是使自身陷入二元區分之開始。是以對於法學研究之觀察及其困境之指出，似乎象徵著法學研究已到了必須對此極限予以突破之

若所有之法學研究皆無從展現赤裸之生命，則人是否能如實地為法律所感知，抑或於法律中呈現？於傅柯宣告人已死亡之後，人有無復活之可能？對此問題，尼采之憧憬或許為人之復活提供一最微妙之希望。亦即唯有在上帝已死，而超人尚未誕生之際，方才有赤裸生命，或本真之人呈現之可能。亦即，於脫離一切知識或語言之束縛，方才有一絲之空隙以供赤裸之生命現之可能。一旦新的知識或語言建立，赤裸之生命又將沈沒於其中。因此，尼采之意志或超人之觀點，便在於把握住這一煞那之空隙，於此空隙中展現而非論述人之特質。

是以，對於法律中之人的概念，應有兩條進路可供進一步思考。一為法律觀察，即將法律地平線內所有之對象作為觀察之對象，此係以法律之二元符碼或觀察者之立場為出發而對對象之形構。於法學觀察中，人僅係被形構之概念。但另一條進路即為摒棄法律觀察之預設，而以人之自我為基點所進行之實踐。於實踐中，法律所設定之合法 / 不合法之二元符碼並未生其影響力，因所有之實踐，皆出自於人本身之當下抉擇，而抉擇之際，正是法律所無法入侵之空隙，在此實踐中，

---

時刻。

所謂人方才有脫逸法律而自我呈現之可能。<sup>55</sup> 法學觀察之知識立場與法律實踐之倫理立場適成兩種明顯對比之人的呈現，對前者而言，人係一種被觀察與認知之建構概念；而於後者，人必須拋棄一切觀察之立場，無論係作為觀察之主體或客體，而以一種專注於實踐之立場來參與並實現法律。亦即，關於法學研究，無論是傳統之觀察或批判之觀察，皆已步入無可突破之困境。對於法學研究展望，或許由法律觀察之知識論立場，轉而為對法律之倫理實踐，或法律之美學認知，方是突破法學觀察之地平線之唯一途徑，而人也方能於此實踐中，得以於法律中重生復活。<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> 若極端地說，當殺人犯無視於法律之誡命而任意殺人時，當革命分子無視於法律對其所有權利之剝奪，而以推翻法律為職志時，於此可謂本真之人或許方有出現之可能。因於此際，法律之意義與束縛皆被視之為無物，而個人所與生具有之本能（完全之自由）方得以得到開展。設若以審判之法官為例，設若其於作判決之時，於某瞬間能將法律稍加存而不論，而以最原始之本能或直覺對所審理之案子以判斷，則於此瞬間，所謂法律之實踐方有可能凸顯。因法官已拋卻所有法律觀察與認知之限制，而對所審理之對象予以直接之判斷。亦即，實踐總存在於觀察之前。因一旦觀察，語言或法律之認知便將入侵。此種對於實踐先於法律觀察與認知之立場，雖然未必能達致現象學所謂完全之存而不論，但於實踐上，即是一種脫離法律有限觀察之嘗試。而於法理論上，亦是一種對於法律研究重心之轉移。亦即藉由對法律中實踐之倫理學的強調，來嘗試突破法律觀察之知識論上之侷限。

<sup>56</sup> 本文之主旨在於對法學研究及觀察之困境與極限加以論析，至於所謂實踐之法學或美學之法學，則為未來所討論之方向與重點，於此並未多加著墨。

## 參考文獻

### 書籍

- Alan Norrie, *Punishment, Responsibility, and Justice: A Relational Critique*, Oxford University Press (2000).
- Andrew Von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Northeastern University Press (1986).
- Ann James & John Raine, *The New Politics of Criminal Justice*, London: Longman (1998).
- Costas Douzinas, Ronnie Warrington, and Shaun Mcveigh, *Postmodern Jurisprudence: The Law of the Text in the Text of the Law*, Routledge (1993).
- David Garland, *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower Publishing (1985).
- David Garland, *The Culture of Crime Control*, Oxford University Press (2001).
- David Garland & Richard Sparks, *Criminology, Social Theory, and the Challenge of Our Times*, *Criminology and Social Theory*, ed. by David Garland & Richard Sparks, Oxford University Press (2000).
- Friedrich Nietzsche, *On the Genealogy of Morals and Ecce Homo*, New York: Vintage Books (1989).
- Friedrich Nietzsche, *Thus Spoke Zarathustra*, trans. Walter Kaufmann, Penguin (1978).
- Gary Minda, *Postmodern Legal Movement: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press (1996).
- Gilles Deleuze, *Postscript on the Societies of Control*, in *Negotiations: 1972-1990*,

- New York: Columbia University Press (1995).
- Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press (1998).
- Giorgio Agamben, *On Potentiality*, in *Potentiality*, Stanford University Press (1999).
- Gordon Graham, *Genes: A Philosophical Inquiry*, London: Routledge (2002).
- Gordon Hughes, *Understanding Crime Prevention*, Open University Press (1998).
- John Clark & Janet E. Newman, *Managerial State: Power, Politics, and Ideology in the Remaking of Social Welfare*, London: Sage (1997).
- Michel Foucault, *The Order of Things*, New York: Vintage Books (1970).
- Michel Foucault, *The Subject and Power*, in *Power*, ed. by Jame D. Faubion, Penguin (2002).
- Michel Foucault, *Truth and Power*, in *Power*, ed. by Jame D. Faubion, Penguin (2002).
- Niklas Luhmann, *Deconstruction as Second-Order Observing*, in *Theories and Distinctions: Re-describing the Descriptions of Modernity*, Stanford University Press (2002).
- Niklas Luhmann, *Ecological Communication*, trans. John Bednarz, University of Chicago Press (1989).
- Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press (2004).
- Niklas Luhmann, *Paradox of Observing Systems*, in *Theories and Distinctions: Re-describing the Descriptions of Modernity*, Stanford University Press (2002).
- Niklas Luhmann, *Risk: A Sociological Theory*, Aldine (2005).
- Niklas Luhmann, *Social Systems*, Stanford University Press (1995).

Robert Unger, *What Should Legal Analysis Become*, London: Verso (1996).

Stanley Cohen, *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Polity Press (1985).

Stanley Fish, *There's No Such Thing as Free Speech, and It's a Good Thing, Too*, in *There's No Such Thing as Free Speech*, Oxford University Press (1994).

Willaim E. Conklin, *The Phenomenology of Modern Legal Discourse: The Juridical Production and the Discourse of Suffering*, Ashgate Publishing (1998).

#### 期刊

林聰賢, 黑色禮拜五—對自我、他者及法律之觀察, 中原財經法學, 第十二期, 頁 121-160 (2004)。

謝如媛, 修復式司法的現狀與未來, 月旦法學, 第一一八期, 頁 41-51 (2005)。

David Garland, *The Limits of the Sovereign State :Strategies of Crime Control in Contemporary Society*, VOL.36 NO.4 THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY 445 (1996).

Richard Jones, *Digital Rule*, VOL.2 NO.1 PUNISHMENT AND SOCIETY (2000).



## 摘 要

本文以尼采與傅柯對於人之思考為出發點，試圖對於法律觀察予以後設性之分析與批判。亦即透過法律對於人之觀察，來釐清法律觀察是否有其界限存在。關於人之觀察，透過尼采與傅柯二人思想之啟發，可推論出存在兩種極端之觀察方向：本真之人與形構之人。而法學之觀察即徘徊於此二種方向之中。

經由對於刑罰策略之演變，本文論證人於傳統法律觀察中呈現出一種由繁至簡之演化趨勢，而此種趨勢正足以顯現人之概念已逐步邁向一種被極度建構之概念，而失卻人所可能擁有之真實本質。相對於此，批判之觀察力主對於人之觀察必須以回歸本真之人為其依歸，而與此立場批判傳統之法律觀察。本文於此試圖論證所謂對於本真之人的回歸即為一種對赤裸生命之憧憬，批判之法律觀察之終極目標即在於赤裸生命之呈現。

然而所謂觀察即是一種區分，一旦觀察，所謂本真之人或赤裸之生命即消弭於觀察之中。因此所謂傳統與批判之觀察最終皆將受限於形構之人之方向。亦即，法律觀察之界限即在於其觀察之盲點中，而無從予以逃避，而人亦終將無從於法律觀察中呈現其真實本有之特質。對於此種界限之突破，僅能藉由對法律之倫理或美學之理解，而非一種觀察之知識論途徑。

## **Fading Man—The Limits of Legal Observation**

**Tsong-Shyan Lin**

### **Abstract**

Can man be shown in legal observation? To answer this question, it is necessary in the first place to make clear how law observes and whether there exist limits in legal observation. Inspired by Nietzsche and Foucault, the article tries to argue that legal observation may have only two possible ends for observing man: one is authentic and the other constructive. No legal observations can possibly cross the boundary which is set up by these two ideas.

Starting from the discussion on the history of penal strategies, the article concludes that in traditional legal observation, man is getting more constructive. The nature of man has lost or unseen in legal observation. Opposing this way of observing, critical legal observation intends to reshow the authenticity of man in law, which, in its view, can be understood as to reshow bare life in law.

However, this article will argue that neither traditional nor critical legal observation can have any chance to escapes from the limits of observation, since nothing can be shown as what it is in observation, which has been limited by its blind spot beforehand. Man thus will be gradually

fading in legal observation. To go across the limits of legal observation for showing the authenticity of man is an ambition which will never be achieved by observing.

Key Words: observation, authentic, constructive, bare life.

中原財經法學