

論Otfried Höffe的正義作為交換*

黃 忠 正**

要 目

壹、前 言	三、交換什麼
貳、Höffe的正義	(一)先驗利益
一、制度化之前的正義	(二)三組利益
(一)社會契約	四、如何交換
(二)社會契約的原初狀態	(一)分佈式交換
二、制度化的正義	(二)環狀式交換
(一)政治正義	(三)非同期交換
(二)政治正義的實現策略	肆、正義作為交換之應用
參、正義作為交換	一、證立人權
一、為何交換	(一)人權的普遍性
(一)沒有爭議	(二)以交換證立人權的普遍性
(二)無需道德	二、證立國家與法律
二、何為交換	(一)國家與法律的正當性
(一)予取等價	(二)以人權證立國家與法律的正當性
(二)相互承認	伍、結 論

DOI : 10.3966/102398202014030136001

* 本文承蒙二位匿名審查人惠賜寶貴意見，謹此特致謝忱。

** 清華大學科技法律研究所助理教授，德國海德堡大學法學博士。

投稿日期：一〇一年十一月十九日；接受刊登日期：一〇二年三月十四日

責任校對：林嘉瑛

摘 要

Otfried Höffe是當代德國最著名的法哲學家之一，他的理論被標誌為「正義作為交換」。Höffe的正義理論以社會契約的原初狀態為基礎，以政治正義的國家形式為目標。Höffe的正義作為交換之理論，交換的原因是交換沒有倫理上的爭議，而且交換無需公平交換以外的道德；交換的本質是給付與對待給付的予取等價，是人人相互承認生命、自由、財產；交換的客體是行為自由的可能性，是三組不同的利益；交換的方式最重要在追求每一個別之人的利益，而非集體的利益。Höffe應用正義作為交換之理論來證立人權的普遍性以及證立國家與法律的正當性：人權具有普遍性，因為人權是先驗利益的先驗交換；國家與法律具有正當性，只有當國家與法律保障人權。對Höffe思想的專門研究，可惜國內至今未見。本文研究Höffe的思想，本文一方面為Höffe的理論做辯護，另一方面也提出自己的批判與建議。

關鍵詞：Otfried Höffe、正義、交換正義、政治正義、證立人權、證立國家與法律

壹、前言

Otfried Höffe (赫費) 是當代德國最著名的法哲學家之一，他在一九四三年生於Leobschütz，大學時攻讀哲學、神學、歷史學和社會學。二十八歲（一九七一年）時以「實踐哲學：亞里斯多德的典型」之論文取得博士學位¹，三十一歲（一九七四年）時以「人道的策略：公共決定程序的倫理學」之論文取得正教授資格²。他曾任教於德國的杜伊斯堡大學以及瑞士的弗萊堡大學和蘇黎世聯邦理工大學，教授倫理學、社會哲學和法律哲學。之後，自一九九二年起至二〇一一年退休為止，將近二十年的時間，他在德國的杜賓根大學任哲學教授。他是德國國家科學院的院士，也是瑞士國家倫理委員會的主席。二〇一〇年聯合國科教文組織籌辦的世界哲學年會在伊朗舉行，Höffe受邀出席，但是他拒絕參加，因為會議有可能變成伊朗總統的宣傳活動，而Höffe拒絕為迫害人權的統治者背書³。

Höffe以其著作而出名，他有大量的著作研究倫理學、法律哲學、政治哲學和社會哲學，他尤其以研究倫理學、亞里斯多德和康德的著作聞名學界，他的許多著作被翻譯成多國語言。在學術界，Höffe得到很高的評價；在法律哲學的領域，Höffe幾十年來一直是當代德國最著名的法哲學家之一。

為了開展出自己的理論，Höffe上溯西方國家倫理與法律倫理的經典思想家，諸如柏拉圖、亞里斯多德、霍布斯、康德和羅爾

¹ Höffe, *Praktische Philosophie: das Modell des Aristoteles*, 1971.

² Höffe, *Strategien der Humanität: zur Ethik öffentlicher Entscheidungsprozesse*, 1975.

³ Höffe, *Ich werde nicht in Teheran sprechen*, FAZ, 16. Juli 2010.

斯⁴等人，並與之相互辯論⁵。Höffe將自己的理論視為是國家理論與法律理論的正義哲學，是國家與法律的倫理學，是可實際應用的國家與法律的道德觀⁶。經由論證正義的國家與法律應當如何形成，Höffe的哲學也重新復活了對國家和法律之正當性的討論。而且Höffe自稱其理論為「政治的基礎哲學」（politische Fundamentalphilosophie），因為他認為其辯論的徹底和極致應該得到基礎哲學的地位⁷。

Höffe的理論被標誌為「正義作為交換⁸」（Gerechtigkeit als

⁴ Höffe在開展自己理論的同時，與John Rawls（羅爾斯）熱烈辯論。其辯論見之：*Höffe*, Der Pluralist. Er hat alles vorgedacht: Der Philosoph John Rawls wird achtzig, FAZ, 21. Februar 2001; *Höffe*, Wer den Blutzoll gezahlt hat, ist deshalb noch nicht gerechtfertigt. Warum ein Krieg zum Ausbau der Weltmacht nicht zur Selbstverteidigung gehört: John Rawls' Oxford Vorlesung zum Völkerrecht, FAZ, 10. April 2003; *Höffe*, Was ich noch zu sagen hätte: John Rawls' Gerechtigkeitstheorie in letzter Fassung, FAZ, 23. Mai 2003; *Höffe* (Hrsg.), Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, 1977.

⁵ Höffe在開展自己的理論方法時與Kant及Rawls辯論。Höffe認為：Kant的法律倫理學有形上學而無人類學；反之，Rawls的正義理論則有人類學而無形上學。Höffe理論的論證模式因此是：人類學加上（作為實踐的形上學之）倫理學（Anthropologie plus Ethik）。人類學志在確定人之自然以及因此之國家統治的必要性，倫理學則志在澄清政治正義的道德立場以及因此之對國家統治的限制。以此方法，Höffe進入他的國家理論與法律理論。請參見*Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1995, S. 309; *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1. Aufl., 1987, S. 381.

⁶ *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, aaO., S. 28.

⁷ *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 28.

⁸ 「正義作為交換」同時是Höffe一篇文章的篇名，是Höffe一本小書的書名，也是一本專門討論Höffe之思想的論文集的集名。Höffe的該篇文章為「正義作為交換：法律與國家的證立」（Gerechtigkeit als Tausch: Zur Begründung von Recht und Staat, 2001）；Höffe的該本小書為「正義作為交換？當代的政治方案」（Gerechtigkeit als Tausch? - Zum politischen Projekt der Moderne,

Tausch)。當許多的思想家在分配正義中尋找原則的時候，Höffe走一條全新的路，他以交換作為解釋的方法。Höffe所理解的交換並不侷限在經濟上，而是寬廣地及於安全、權力、承認、自由、人權等等的領域⁹。以正義作為交換，Höffe不但嘗試證立人權的普遍性，而且嘗試為正當與不正當的國家和法律劃出界線¹⁰；以正義作為交換，Höffe在進行的事實上是一項巨大的工程：是由分配正義到交換正義的正義之論證模式的轉型，Höffe自己稱之為是典範的變遷（Paradigmawechsel¹¹）。

可惜的是，對於這樣一位當代德國著名的法哲學家，國內至今尚無專門研究其思想的學術著作。本文研究Höffe的「正義作為交換」。本文將依序討論：

- 一、Höffe的正義，
- 二、正義作為交換，
- 三、正義作為交換之應用。

就「Höffe的正義」，本文將討論Höffe所構思的「制度化之前的正義」以及「制度化的正義」。就「正義作為交換」，本文將分析「交換是什麼」和「交換什麼」以及「如何交換」和「為何交換」。就「正義作為交換之應用」，本文將研究Höffe如何應用其理論來「證立人權」以及「證立國家與法律」。在進行討論時，筆者將先分析概念，再澄清爭點，最後並就爭議和質疑提出筆者自己的批判與建議。

1991)；討論Höffe思想的該本論文集為「正義作為交換？與Höffe的政治哲學相辯論」（*Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997*）。

⁹ Höffe, *Gerechtigkeit als Tausch: Zur Begründung von Recht und Staat*, aaO., S. 4.

¹⁰ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 11.

¹¹ Höffe, *Gerechtigkeit als Tausch: Zur Begründung von Recht und Staat*, aaO. (Fn. 8), S. 11.

貳、Höffe的正義

法哲學的基本命題是正義；自古至今，許多法律以及哲學的大思想家都在處理正義。正義哲學起源於希臘，哲學上的第一次高潮見之於柏拉圖對話錄的「國家」(Der Staat)之「關於正義」(Über das bzw. den Gerechte[n])中¹²。就正義的本質，法哲學追問兩個問題：一為「正義之定義」，二為「正義之標準」。就正義之定義，簡單地說：對法律而言，正義為何？亦即：對法律而言，如何來定義正義？就正義之標準，進一步問：在立法者所立的法律之外，有無判斷法律是否正義的標準？亦即：在實證的法律之外，有無超越實證的法？如果有，它的標準應該是甚麼¹³？

作為杜賓根大學的法哲學教授，作為德國的法哲學家，Höffe處理正義的問題¹⁴，同時也重新評價對於正義問題的討論¹⁵。Höffe將其正義理論應用到各個領域¹⁶，他的正義理論在學界則得到熱烈迴響¹⁷。

如何理解Höffe的正義理論呢？要理解Höffe的正義理論，必須先理解Höffe的正義概念。Höffe的正義概念有四個特徵¹⁸：Höffe認為正義有關於人在社會上的共存(→)；且有助於評價人與人之間的關

¹² Höffe, *Gerechtigkeit: Eine philosophische Einführung*, 2001, S. 20.

¹³ Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., 2007, S. 1.

¹⁴ 在開展正義理論時，Höffe與許多法實證主義大師的理論交鋒，例如與Kelsen、Austin、Hart、Luhmann等等。Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 40.

¹⁵ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 11.

¹⁶ Höffe, *Gerechtigkeit als Tausch: Zur Begründung von Recht und Staat*, aaO. (Fn. 8), S. 9 ff.

¹⁷ 請參見Kersting, aaO. (Fn. 8).

¹⁸ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 50 ff.

係(二)；它體現道德的標準(三)；而證立有拘束力的權利與義務(四)。在這樣的概念之下，正義可能是相關於個人行為的個人正義（*personale Gerechtigkeit*），也可能是相關於社會秩序的政治正義（*politische Gerechtigkeit*¹⁹）。在社會秩序制度化之前的正義，Höffe稱此實證之前的正義為自然的正義（*natürliche Gerechtigkeit*²⁰），在自然的正義中，Höffe以社會契約作為其理論的基礎。在社會秩序制度化之後的正義，Höffe探討社會共存所需的制度規則，Höffe追問政治正義的國家形式²¹，這也是Höffe政治正義致力之所在。以下就此依序討論Höffe的「制度化之前的正義」與「制度化的正義」。

一、制度化之前的正義

(一)社會契約

「社會契約」意指在自然狀態中個別生存之人結合成一社會團體——尤其是結合成國家——的契約。Höffe採用社會契約作為其理論的論證模式²²。在此有兩個問題必須討論：

1. Höffe如何理解社會契約？

2. Höffe為何採用社會契約？

首先，Höffe如何理解社會契約呢？Höffe認為：在自然狀態中「不行使暴力」與「不被行使暴力」二者利益交換，社會契約的訂

¹⁹ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 58.

²⁰ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 382 ff.

²¹ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 428 ff.

²² Höffe採用社會契約作為其理論的論證模式，一如John Rawls。二人之同，不但在於都使用近代哲學中社會契約與原初狀態的概念來論述，而且在於都與其當時的主流思潮相辯論：Rawls與功利主義相辯論，Höffe則與法實證主義及無政府主義相辯論。

立因此無異於人與人相互間權利義務交換的行動²³。更明白地說，對Höffe而言，社會契約就是在虛構的自然狀態中進行交換的行動，經由此交換而產生人相互間的權利義務。其次，Höffe為何採用社會契約呢？社會契約中原初狀態的假設抽離自一切歷史的特殊性，是政治理論中早已熟知的假設，是沒有法律與沒有秩序的人類共存狀態的假設，這個共存狀態最能凸顯社會秩序的問題，Höffe因此以之來測試其交換理論的正義概念，Höffe意圖出自於斯來證立人權的普遍性以及國家強制的正當性。而如果要進一步瞭解Höffe的社會契約，就必須要進入其原初狀態。

(二)社會契約的原初狀態

Höffe區分原初狀態為二：初級的自然狀態（primärer Naturzustand）與次級的自然狀態（sekundärer Naturzustand）。初級的自然狀態是未有規範限制的人類共存狀態；由於未有規範限制，所以只要有能力，人人可以做所有他想做的。在這個自然狀態中，因為無社會規範，不受任何限制，因此可為目的不擇手段，而一切則取決於實力。這個狀態的結果是：人人可以侵害別人，人人也可能被別人侵害。這個狀態的結論是：有規則的共存狀態較好於無規則的共存狀態。出自這個結論，初級的自然狀態由此過渡到次級的自然狀態。在次級的自然狀態中，人人相對於他人而放棄自己殺人的自由與傷害的自由，放棄自由的結果是自己的生命不被殺害與自己的權利不被侵害，放棄自由的結果是得到權利。亦即：在次級的自然狀態中，自然的正義以未經法律實證的權利之形式出現，就出現在要求不受他人侵害的自由。這個次級的自然狀態是制度化之前的自

²³ Höffe, *Transzendentaler Tausch: Eine Legitimationsfigur für Menschenrechte?*, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, S. 29.

然狀態，雖然其中未有國家秩序與法律秩序，但是其中已有道德規範與自然權利²⁴。

Höffe這種自然狀態的理論構思上溯至Hobbes，但是不同於Hobbes。學者Peter Koller指出其不同有二²⁵：一、在Höffe的自然狀態中，人人實力不同；在Hobbes則人人實力相同。二、在Höffe的自然狀態中，人優先追求的是自由，尤其是行為的自由；在Hobbes則是生存和權力。就第一點，筆者以為，人人生來實力相同的說法不符現實而且難以理解，Höffe的構思應該更具有說服力，Koller也同意這一點。就第二點，Koller質疑Höffe的構思，認為Höffe的說法是否符合初級自然狀態頗為可疑²⁶。筆者則質疑Koller的質疑，因為：追求生存和追求權力以追求行為的自由為前提；亦即：Höffe的行為自由的可能性是Hobbes的追求生存和權力的前提；更明白地說：人優先追求生存和權力，但是人更優先追求使追求生存和權力為可能的自由。這是筆者為Höffe自然狀態的辯護。

自然狀態的正義Höffe稱之為自然的正義，它是制度化之前的正義。由「制度化之前的正義」Höffe過渡到「制度化的正義」。問題是：為什麼必須由「制度化之前的正義」過渡到「制度化的正義」呢？答案是：在自然正義中，既無國家秩序亦無法律秩序。因為未實證，權利的內容因此不確定；因為無強制，權利的實現因此不可能²⁷。如何確定權利與實現權利？經由實證與強制。如何實證與強制？經由制度化——制度化為國家和法律。而Höffe將其所開

²⁴ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 291 ff.

²⁵ Koller, Otfried Höffes Begründung der Menschenrechte und des Staates, in: Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997, S. 295.

²⁶ Koller, aaO., S. 296.

²⁷ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 407 ff.

展的國家理論與法律理論就稱之為政治正義理論。

二、制度化的正義

(一)政治正義

Höffe的國家哲學與法律哲學的核心在於開展政治正義理論²⁸，然後以之來為國家和法律的正当性奠定基礎，以之來批判現存的國家和現行的法律，Höffe因此表示其政治正義為可實際運用的國家與法律的道德觀點。Höffe的這一國家理論與法律理論的正義哲學之濃縮，就是其「政治正義²⁹」一書。此書是Höffe最重要的法哲學著作之一，它被翻譯成多國語言，而且在學界引起廣泛討論。

Höffe為什麼開展政治正義理論呢？在「政治正義」一書中，Höffe明白交代他理論的企圖，他說：「政治正義的哲學，其出自自由的原則來討論法律秩序與國家秩序的正当性以及限制，它接續當代的政治計畫，亦即：啟蒙的政治計畫³⁰。」Höffe這個「討論法律秩序與國家秩序的正当性」之意圖，清楚地表現在他對政治正義所下的定義中，在定義政治正義時Höffe上溯Kant的定言令式，Höffe說：「正義可稱之為對具有強制權能之社會關係而言的定言令式，而政治正義則為對法律秩序與國家秩序而言的定言令式，簡言之：定言的法律令式和國家令式（*kategorischer Rechts- und*

²⁸ Höffe將自己的理論稱為政治正義（*Politische Gerechtigkeit*），原因在於：他認為超實證的道德（*überpositive Sittlichkeit*）在西方傳統稱之為自然法，但是自然法和自然無關，其實更中立地應該稱之為：政治正義。Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 11; Höffe, aaO. (Fn. 12), S. 16.

²⁹ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5); 「政治正義」此書中所開立的原則，Höffe在其之後的著作中一再援用而未有重大變動。

³⁰ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 21.

Staatsimperativ³¹)。』這個定言的法律令式和國家令式就是Höffe用來判斷國家和法律是否正當的標準。現在要追問的問題是：這個判斷國家和法律是否正當的標準是什麼？Höffe的回答是：實證的國家秩序和法律秩序只有在輔助人權時是正當的³²。亦即：國家秩序和法律秩序必須擔保人權，必須擔保在自然狀態中已導出但未實證的權利。依Höffe，國家秩序和法律秩序的首要目標是保障人權，但是如何保證其保障人權呢？如何防範其侵害人權呢？對治之道是要有具體的實現策略。Höffe稱之為：政治正義的實現策略（Strategien politischer Gerechtigkeit）。

(二)政治正義的實現策略

政治正義的策略是形成政治正義之國家的策略，是使公權力盡可能受拘束於正義的方法。如何使公權力受拘束呢？Höffe的策略有二：一、實證化的策略（Positivierungsstrategien），二、評價的策略（Beurteilungsstrategien）。實證化的策略在於經由實證以具體化正義，實現的方法是：一方面保障人民權利，另一方面拘束國家權力。前者是經由承認人權為基本權來保障人民權利，後者是透過權力分立和憲法法院審判權來拘束國家權力。然而，因為社會不斷在變動，為了適應動態的社會，為了因應變化的世界，必須一再重新評價正義原則，評價的策略就有助於此而能相應地更新政治正義。筆者以為，拘束國家權力以保障人民權利，這是法治國的基礎理念，Höffe的實證化的策略事實上相應於法治國的原則。值得注意的是Höffe的評價的策略，在適用法治國原則時，評價的策略能否具體落實以更新正義？如果能，又要如何具體落實以更新正義？這

³¹ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 77.

³² Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 433 ff.

是一個有趣而可以進一步研究的問題。

實證化的策略和評價的策略一起形成Höffe政治正義的策略，它有助於形成政治正義的國家。接下來必須討論的是：甚麼樣的國家是Höffe心目中的「政治正義的國家」？

民主是正義的國家形式，民主是保障自由的最好的國家形式。Höffe認為，盧梭的這個命題證立在：如果議會由全民選出，立法就會保障人人平等的自由³³。但是，單單民主就能保障人權嗎？Höffe指出：美國是民主的國家，但是奴隸制度在美國曾經被接受³⁴。亦即：要保障人權，單單民主的國家形式尚有不足；要保障人權，尚需實證化人權的憲法國——權利被多次分立以保障人權的憲法國。Höffe說：「人權能實現，只有當任何一個人、任何一個機關或任何一個國家組織都不擁有不受限制的權力。而是國家權力被多次分立而組合成一個公權力相互監督的網絡³⁵。」接下來，這一個權力被多次分立的民主憲法國是功能只侷限在保護生命、自由、財產的最小國（或夜警國）嗎？Höffe不同意國家的正當性只有在最小國才能被證立的說法，Höffe認為正義的實證化應該成之於社會國，因為社會國才能實現作為民主國核心之民主共同參與權的條件³⁶。原因是：民主共同參與權有其經濟、社會、文化的框架條件。無此條件，民主的共同參與權無法實現；無此條件，基本的自由權不可能成真。而對此條件，團體負有共同責任，此即社會國的責任。社會國因此是民主憲法國的框架條件。最後，結論呼之欲出：Höffe政治正義的國家形式是民主與社會的憲法國³⁷。雖然Höffe

³³ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 458.

³⁴ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 460.

³⁵ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 468.

³⁶ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 471.

³⁷ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 471 f.

未明說，但是筆者以為，Höffe的這個結論正相應於德國的國家建構原則（*Strukturprinzipien des deutschen Staates*），也就是德國基本法第二十條所規定的民主國原則（*Demokratieprinzip*）、社會國原則（*Sozialstaatsprinzip*）與法治國原則（*Rechtsstaatsprinzip*）。Höffe的政治正義的國家形式和德國的國家建構原則的這一種相應是理論上的偶然嗎？筆者以為，這也是一個有趣而可以進一步研究的問題。

以上討論的是Höffe的正義，討論「Höffe的正義」只是在為討論「Höffe的正義作為交換」做基礎。以下討論Höffe的正義作為交換。

參、正義作為交換

一、為何交換

(一)沒有爭議

Höffe的思想被標誌為「正義作為交換」。因為：許多法哲學家的尋找行為原則是在「分配正義」之中，而Höffe則在「交換正義」中。為什麼不在分配正義中呢？Höffe認為：「分配時如何始為正義」始終很有問題，因為每個分配正義的原則都有爭議³⁸。例如：人人得到一樣多的分配原則，有可能被評價為正義；但是人人得到他所需要的那麼多的分配原則，也有可能被評價為正義。何者才是分配正義的唯一確定的標準呢？就分配正義而言，唯一確定的原則不可得。這也是分配正義的原則常常只能適用於特定社會而不能適用於所有社會的原因。簡單地說，分配正義的普遍性很可

³⁸ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 42.

疑³⁹。反之，Höffe強調可以有無人爭議其正義的行為原則。Höffe說：「交換正義有並無爭議的原則。交換正義在平均正義的範圍內，自亞里斯多德的重要研究——即：尼各馬可倫理學〔第五卷〕的正義一章——起，在西方的正義討論中，平均正義就並列於分配正義而說明著正義理念的應用領域。就交換正義，雖然在個案中很難確定待交換之商品或服務究何價值，但是依予取等價原則所為的交換即為正當，對此則無爭議⁴⁰。」

Höffe的哲學在前提上追求普遍同意的可能性，依Höffe，哲學有基礎學科的性質，哲學的陳述必須是普遍可能的⁴¹。因此，他認為：在論證上無爭議的交換正義優於有爭議的分配正義；也因此，他確信：在原初狀態中交換正義是正義的基本形式⁴²。而藉交換之助，Höffe抽離分配正義的爭議；也藉交換之助，Höffe從事社會批判⁴³。交換正義的沒有爭議解釋了Höffe之所以主張正義作為交換的一個原因。另一個原因是它無需道德。

(二) 無需道德

在交換正義之下，以放棄自己殺人的自由來交換自己生命的不被殺，所需要的只是聰明。Höffe說：「因為相當的放棄自由對人

³⁹ Gosepath和Lohmann也質疑想要普遍應用分配正義的企圖有可能成為「普遍主義的過度延伸」(universalistische Überdehnung)。Lohmann/Gosepath, Einleitung, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 17.

⁴⁰ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 42 f.

⁴¹ Höffe, Aristoteles, Die Nikomachische Ethik, 1995, S. 37.

⁴² M. Mauss也認為，交換的思想及相互性的原則自來即有，它並非當代的產物而是自有人就有。Mauss, Die Gabe: Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften, 1990, S. 164.

⁴³ Höffe, Menschenrechte und Tauschgerechtigkeit, in: Fischer (Hrsg.), Freiheit oder Gerechtigkeit: Perspektiven politischer Philosophie, 1995, S. 32.

人都有利，它就止於聰明的誡命（Gebote der Klugheit）而無須要求出之於斯的道德性（Moralität⁴⁴）。」也就是說：Höffe不要求超出聰明的道德性，Höffe不以超出聰明的道德性為其理論的前提。這裡要注意的是：Höffe有意讓他理論的前提保持簡單樸素，因為理論預設的前提更少所以理論更好⁴⁵。就Höffe的這個理論前提，筆者要為Höffe辯護的是：交換並非無需道德，因為公平的交換本身就是道德，予取等價本身就是道德。所謂的無需道德，指的是無需公平交換以外的道德，而非如許多批評者所誤解的無需一切道德。而要討論這些批評者的批評，必須先瞭解Höffe理論中的其他概念，因此筆者將於分析Höffe的其他相關概念之後，再對批評者的批評加以回應。以上分析的是Höffe為什麼交換。但是，甚麼是交換？

二、何為交換

（一）予取等價

交換是一種社會行為，在其中參與者同意自己取得特定給付時，也讓別人取得特定給付。亦即：給付與對待給付的相互交換，予與取的互換。對Höffe來說，一方面，予取的互換不取決於個人的外表或其他因素，而只取決於交換之物的是否等價，予取等價原則因此能被解釋為公正的原則⁴⁶。另一方面，「人有權利要求，只有當別人欠他⁴⁷。」而只有給付的人，才有權利要求。也就是：一方能要求，即他方負責任；一方有權利，即他方有義務。這裡導

⁴⁴ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 402.

⁴⁵ 請參見Koller, aaO. (Fn. 25), S. 289.

⁴⁶ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 43 f.

⁴⁷ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 399.

出了相互性——相互承認的相互性。

(二)相互承認

交換是一種相互性，相互交換是相互承認權利。Höffe說：「身體和生命的權利、財產的權利、良好聲譽的權利、宗教自由的權利等等，能重建之為一種交換，一種每一個人和一切人而非只和一些人的交換。自己能成為使用暴力的加害者的這種能力和不成為他人暴力下的犧牲者的這種利益的交換⁴⁸。」因為，為了共存，每一個人都必須放棄他部分的自由（例如殺人的自由），以便得到他被保障的自由（例如不被殺的自由）。「限制自由因此被交換以保障自由，而放棄自由則被回報以能要求自由⁴⁹。」

再進一步分析交換：個人生命的自由只有經由他人的放棄殺人才有可能，亦即自由並非經由自己的積極作為就可得，而是必須經由他人的消極不作為才可得（如消極地不殺人）。由此可以歸納出兩點：第一，自由只有經由交換；第二，自由只有經由消極交換——交換消極的不作為。也就是：生命、宗教、名譽、財產等等，沒有相互的承認，沒有消極的交換，根本不可能實現；也就是：人的存在根本是以消極交換為前提。接下來，必須討論的問題是：消極交換到底交換甚麼？

三、交換什麼

(一)先驗利益

消極交換所交換的是先驗利益（*transzendente Interessen*）。甚麼是先驗利益呢？依Höffe，先驗哲學（*Transzendentalphiloso-*

⁴⁸ Höffe, aaO. (Fn. 23), S. 29.

⁴⁹ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 384.

phie) 出自康德，研究經驗之可能性的先天條件 (die Bedingungen a priori der Möglichkeit von Erfahrung)，先驗倫理學 (transzendente Ethik) 則研究倫理經驗之可能性的先天條件 (die Bedingungen a priori der Möglichkeit von sittlicher Erfahrung⁵⁰)。由於先驗是先於經驗而使經驗為可能的條件，先驗利益因此是這樣的利益，它是人追求一般利益的條件⁵¹。換句話說，Höffe所理解的先驗利益是這樣的利益，它是使追求通常之利益為可能的條件，它是使行使追求之行為為可能的條件，它是使行為人依其所欲而為為可能的條件。

舉例而言，生命和身體的利益是先驗利益，因為它們使人追求人所渴望的事物成為可能。在此要注意的是：Höffe所著重的，不在於其為生命和身體上的權利，而在於其具行為可能性的本質 (ein handlungsfähiges Wesen zu sein⁵²)。再者，人要不被殺，必須他人放棄殺人；人要擁有生命和身體的先驗利益，必須人人相互地交換放棄殺人和傷害人的自由；因此先驗利益只有在相互交換中才可能實現，也因此Höffe視先驗交換為極為自然的行為。

學者Peter Koller批判Höffe交換的前提，筆者以下為Höffe辯護。Koller說：交換的前提是交換者有權交換，而有沒有權利，是分配的問題。亦即交換關係以最初的權利分配為前提，而最初的權利分配事實上出自分配正義的原則，而非出自交換正義的原則。因此並非如Höffe所言的交換正義優先於分配正義，而是分配正義優先於交換正義⁵³。筆者以為，Koller的批判出自Koller對交換對象的

⁵⁰ Höffe, Lexikon der Ethik, 3. Aufl., 1986, S. 168.

⁵¹ Höffe, aaO. (Fn. 23), S. 38 f.

⁵² Höffe, Ein transzendentaler Tausch: Zur Anthropologie der Menschenrechte, Philosophisches Jahrbuch 99, 1. Halbband, 1992, S. 22.

⁵³ Koller, aaO. (Fn. 25), S. 298.

誤解，因為，在Höffe的體系中，Höffe所交換的是先驗利益，是使行為成為可能的條件，是行為自由的可能性，而行為自由的可能性原則上是人人都有而無須分配的。

(二)三組利益

消極交換所交換的是先驗利益。哪些是先驗利益呢？Höffe認為人類學上不可拋棄的利益有三類，他因此區分先驗利益為三組⁵⁴：首先，人作為生命之物，人對生命和身體的利益是先驗的。其次，人作為語言和理性之物，人對於行使語言能力和思考能力的利益是先驗的，人因此需要言論自由。再其次，人作為依存於社會之物，人對於形成認同的社會關係的利益是先驗的。

學者Matthias Kettner批評Höffe的先驗利益。Kettner指出Höffe使用的是不確定的多數，Kettner批評Höffe並沒有具體回答：究竟有哪些以及到底有多少先驗利益必須被接受或是可以被接受⁵⁵？對Kettner的批評，筆者的看法是：Höffe的先驗利益本來就不是一個封閉性的概念，而是一個開放性的概念，就像人權是一個開放性的概念一般。人權可以分為第一代人權、第二代人權、第三代人權；可以分為消極自由權、積極自由權、社會享有權。可以分的是人權有幾組，無法問的是人權有幾個。因為人權本來就不是一個封閉性的概念，而是一個開放性的概念，是一個持續在開展的概念。Höffe的先驗利益在Höffe的理論體系中亦然。先驗利益是交換的客體，接下來必須追問的是：對交換的客體如何交換？

⁵⁴ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 402; Höffe, aaO. (Fn. 52), S. 24. 也參見Kettner, Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997, S. 255.

⁵⁵ Kettner, aaO., S. 254 f.

四、如何交換

(一)分佈式交換

Höffe的交換是個人的交換，而不是集體的交換⁵⁶；是分佈式的交換，而不是集中式的交換。分佈式的交換，交換分佈在每一個別之人；分佈式的交換，交換的是分佈在每一個別之人的分佈式的利益（*distributiver Vorteil*）。Höffe認為：分佈式利益體現出政治正義的最高原則，國家強制和法律強制必須符合這個原則，才能聲稱其為正當⁵⁷。Höffe政治正義的基礎核心，就以分佈式利益為標準；Höffe政治正義的基本原則，就是分佈式利益之下的自由的共存⁵⁸。

如何更進一步來理解Höffe的分佈式利益？Höffe分佈式利益的前提預設是正當性⁵⁹，Höffe以分佈式利益為國家強制和法律強制是否正當的標準。因為：強限制了每一個別之人的自由，對被強制的每一個別之人而言，強制要正當，必須強制能被每一個別之人所同意，而強制要能被每一個別之人所同意，必須強制對每一個別之人都有利，必須強制對每一個別之人而言有利大於不利⁶⁰，必須強制所確保的自由狀態對每一個別之人而言優於未強制的自由狀態。換句話說：國家秩序和法律秩序要正當，它就必須滿足分佈式利益的原則，它就必須以對每一個別之人都有利的方式來形成自由的限制，它就必須擔保分佈式利益之下的自由的共存。也因為

⁵⁶ Reese-Schäfer, *Grenzgötter der Moral: Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politischen Ethik*, 2007, S. 184 f.

⁵⁷ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 77 ff.

⁵⁸ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 382.

⁵⁹ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 81 ff.

⁶⁰ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 76.

Höffe認為：強制要正當，必須是它對每一個別之人都有利，而非只對於全體有利⁶¹；也因此Höffe表示：強制在道德上是正當的，「唯有它對每一個別的相關之人而言有利大於不利，這個標準稱為分佈式的利益，而非集體式的利益⁶²。」

是分佈式的利益而非集體式的利益。這裡必須加以討論的是：Höffe反對功利主義。Höffe的分佈式利益主張個別之人的利益，Höffe反對功利主義的集體利益。功利主義強調最大多數人的最大幸福，而以獲利的最大化作為其理論的基礎。依功利主義，為了全體的利益，可以由個人來承擔損失；為了全體的利益，可以犧牲個人的權利。在功利主義之下，對不利者而言，強制的社會秩序無異於只是一種社會強制⁶³，Höffe不認為它可以被正當化。對Höffe來說，最大多數人的最大幸福不是正當性的理由。

Höffe反對功利主義，John Rawls也反對功利主義。Höffe的反對功利主義出自交換正義的原則，John Rawls的反對功利主義出自分配正義的原則。依Rawls分配正義的原則：「除非不平等的分配對每一個人都有利，否則所有的社會價值——自由、機會、收入、財富及自我尊重的社會基礎——都平等分配⁶⁴。」這裡明顯看出：Höffe和Rawls的正義原則之同，在於都要求對每一個人有利。學者Peter Koller認為二人之不同在於：Rawls除了要求對每一個人有利之外，還考慮到平等，因為Rawls的原則以不偏不倚的公正性（Unparteilichkeit）為前提，因此Rawls的原則更好⁶⁵。筆者在此要為Höffe辯護。Koller認為Rawls的原則比Höffe的好，原因在於

61 Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 398.

62 Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 76.

63 Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 75 f.

64 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 83.

65 Koller, aaO. (Fn. 25), S. 291.

Koller認為Rawls的前提包含公正性而Höffe的沒有。然而，Höffe的前提沒有公正性嗎？筆者在本文（「為何交換：無需道德」）中曾經指出：「公平的交換本身就是道德，予取等價本身就是道德。所謂的無需道德，指的是無需公平交換以外的道德，而非如許多批評者所誤解的無需一切道德。」現在要問的是：予取等價是不是平等的一種形式？公平交換是不是不偏不倚的公正的一種形式？筆者認為是。筆者認為Höffe的前提並非沒有平等與公正，筆者認為Koller對Höffe理論前提的理解有誤會。

分佈式利益是Höffe政治正義的最高原則，因此也是Höffe受到最多質疑的地方。學者W. Kersting、K. Günther、P. Koller、A. Tschentscher批評Höffe⁶⁶，說Höffe理論的前提與結論矛盾，說Höffe的理論陷入無解的兩難。筆者認為是批評者誤解Höffe的理論，筆者將為Höffe辯護。以下筆者將先分析批評者的批評，然後再批評批評者。

P. Koller舉了一個最鮮明的例子來說明對Höffe的批評⁶⁷：在世界的盡頭有一B島，一日，A船擱淺B島。B島資源豐富，A船人決

⁶⁶ Kersting, Herrschaftslegitimation, politische Gerechtigkeit und transzendentaler Tausch: Eine kritische Einführung in das politische Denken Otfried Höffes, in: Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997, S. 48 ff.; Günther, Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? Otfried Höffes Beitrag zum Neo-Naturrecht, in: Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997, S. 199 ff.; Koller, Zur ethischen Begründung von Recht und Staat: Otfried Höffes 'Politische Gerechtigkeit' und Franz Bydlinskis 'Fundamentale Rechtsgrundsätze', Juristische Blätter 1989, S. 480; Koller, aaO. (Fn. 25), S. 289 ff.; Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, 2000, S. 283.

⁶⁷ Koller, aaO. (Fn. 25), S. 289 f.

意定居。A船人與B島人武力懸殊，A船人可以或是殺光B島人，或是以B島人為奴。對A船人而言，以B島人為奴似乎更為有利；對B島人而言，由於武力懸殊，為了求活，同意為奴。統治關係於是成立，A船人以強制來確保B島人服從。如A、B雙方都處於原初狀態，亦即無道德規範的狀態，依分佈式利益的標準，此統治為正當。因為此統治秩序對雙方有利：A船人讓B島人活命，B島人則以勞役為對價。結果是：它符合分佈式利益，但是它違反公平正義。

批評者的批評是：此例出自Höffe的前提。Höffe的前提是：在原初狀態中，人有強有弱；在自然狀態中，人的交換實力不同。因為交換實力不同，弱者被強者強迫為奴，也可能對雙方有利，因為奴隸得到生存的權利，而奴隸主得到剝削奴隸的權利。但是對雙方有利的交換，不必然雙方權利平等⁶⁸。亦即：強者強暴弱者，弱者屈從此強暴，這樣的交換對人人有利，雖然它符合分佈式利益，但是它違反公平正義。亦即：分佈式利益無法保證公正性。分佈式利益若要保證公正性，必須在理論中假設原初狀態人人平等的前提，必須在理論中植入公正性之道德化的前提，而道德化的前提與Höffe去道德化的前提是相互矛盾的。因為Höffe去道德化的前提無法證立原初狀態的交換中如何得出權利平等，因此Höffe的理論陷入無解的兩難。

筆者以為：批評者的批評Höffe的理論，出自批評者的誤解Höffe的理論。首先，筆者要指出，Koller所舉的A船到B島的例子是一個錯誤的例子。在這個例子中，B島立於世界的偏遠之處（eine weltabgelegene Insel），舉例者有意阻絕C船的到B島以及D

⁶⁸ Koller, aaO. (Fn. 25), S. 289 f.; Nida-Rümelin, *Gerechtigkeit bei John Rawls und Otfried Höffe*, in: Kersting (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, 1997, S. 310 f.

船的到B島，舉例者有意封閉人人能進入交換的可能性。但是，交換正義的正確前提是事實上能交換，是事實上人人都能進入交換，它的情境是開放性的，而不是封閉性的。其次，在一個開放性的交換情境中，強者強暴弱者，更強者會強暴強者，對強者來說，最有利的�方法，就是相互不強暴，就是相互放棄強暴的自由，就是Höffe在論證由「初級自然狀態」過渡到「次級自然狀態」時所說明的：因為在初級自然狀態中人人可以侵害別人，人人也可能被別人侵害；因此過渡到次級自然狀態，即人人相對於他人而放棄自己殺人的自由與傷害的自由，放棄自由的結果是自己的生命不被殺害與自己的權利不被侵害，放棄自由的結果是得到權利。由放棄自由而得到權利，由予取等價而權利平等，由Höffe原初狀態的交換正義因此是可以得出權利平等的。Höffe理論的前提與結論並沒有矛盾，矛盾出自批評者的誤設前提以及誤解理論。再其次，Höffe的理論並非沒有公正性的前提，公平交換本身就是一種公正，予取等價本身就是一種平等；Höffe無需的是公平交換以外的道德，而非無需一切道德。對此，筆者在之前為Höffe所做的辯護中已經論及。以上則是筆者為Höffe的分佈式利益所做的辯護。而除了分佈式的交換之外，還如何交換呢？

(二)環狀式交換

除了分佈式的交換之外，還有環狀式交換。先舉兩個例子：A極端重視宗教，B極端不重視宗教。A極端重視宗教，他願意為宗教而死。對他而言，生命的價值並不在前；對他而言，放棄殺人以換取不被殺並無利益。他寧願被殺，也要殺死侵犯他的宗教的人；他寧願死，也要保護他的宗教。對A要如何交換呢？又B極端不重視宗教，B是無神論者。對他而言，宗教不存在任何利益；他不須以交換來保護自己宗教的利益。他連自己的宗教自由都可以放棄，

他為什麼要尊重別人的宗教自由？對B又要如何交換呢？

Höffe的解套方法是環狀式交換（Ringtausch⁶⁹）。甚麼是環狀式交換呢？對A，生命的價值並不重要，但是宗教的價值重要；就像對B，宗教的價值並不重要，但是其他的價值可能重要，例如生命、身體、財產、名譽等等的價值。這樣把人人所共同的利益網綁在一起的交易，就叫包裹交易（Paketgeschäft）。在包裹中，A以宗教利益交換B的生命利益，B以生命利益交換C的財產利益，這樣為解決價值差異而做的交換，就是環狀式交換。

筆者質疑Höffe的環狀式交換。以環狀式交換，Höffe意圖解決價值差異的問題，但是在包裹交易中，由於交換甚麼並不明確，所以是否等價無法衡量。而在Höffe的交換正義中，交換的是否正義就取決於交換的是否等價。筆者因此以為Höffe的解套方法並未解決問題，反而是引起了一個更大的問題。如何解套A、B的問題呢？筆者的看法是：A極端重視宗教，A的宗教自由應被他人尊重，就在A尊重他人的宗教自由之時，A和他人相互交換不侵害別人的宗教自由；對A，其實不生任何問題。對B而言，B極端不重視宗教，B是無神論者，筆者以為B對宗教其實並非沒有利益，不被強迫信仰任何宗教就是B宗教上的利益，就在B尊重他人的宗教自由之時，B不被強迫信仰宗教的自由也被他人尊重，B和他人相互交換不侵害別人信仰或不信仰宗教的自由；對B，其實也不生任何問題。筆者因此以為：經由解釋，Höffe的消極交換其實本來就能解決A與B的問題。

（三）非同期交換

除了分佈式交換與環狀式交換之外，還有非同期交換（dia-

⁶⁹ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 393.

chroner Tausch⁷⁰)。非同期交換意在解決交換正義另一個困難的問題：世代間交換的問題，也就是世代正義的問題。同一世代之間的相互放棄自由是雙向的，但是不同的世代之間呢？舉例而言，小孩的世代對於大人的世代來說並不生危害，並無威脅可能，由於小孩欠缺交換的利益，大人為何必須與其交換相互放棄暴力的利益呢？如此，則隨著世代推移，世代交換的利益最後將會完全無法實現⁷¹。如何解套這個困境呢？Höffe的解套方法是：非同期交換。Höffe認為：大人和小孩之間也在進行交換，只是交換並不在同一時期發生而已。更簡單地說：大人現在不對小孩施暴，等大人年老後也不被長大後的小孩施暴。雙方仍然交換，只是並非同期，就是非同期交換。

非同期交換、分佈式交換、環狀式交換，同為Höffe交換正義的構思。為什麼構思正義作為交換呢？Höffe志在證立人權以及證立國家與法律。

肆、正義作為交換之應用

一、證立人權

(一)人權的普遍性

以正義作為交換，Höffe志在證立人權。就此有兩個很根本的問題必須討論：

一、Höffe為何要證立人權？

二、Höffe如何來證立人權？

Höffe為何要證立人權呢？對Höffe而言，人權立於當代政治計

⁷⁰ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 393.

⁷¹ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 427.

畫的核心；對他來說，一部世界的歷史，就是一部承認人權以及實證化人權的歷史⁷²。人權的實證化，最早是經由以刑法⁷³來保障生命、自由、財產等基本自由，之後經由希臘的城邦共和以及經由猶太教和基督教而開展出人人平等的理念，又之後在美國獨立和法國革命中人權被實證化為法律原則，又之後在當代人權再被實證化為聯合國的世界人權宣言。Höffe認為當代之所以能被表彰為當代，就在於對人權的廣泛承認⁷⁴。人權在當代，不但成為廣泛有效的政治理念⁷⁵，而且成為民主法治國不可拋棄的框架條件。

人權被表彰為當代價值。而人權是甚麼呢？人權是作為個人的每個人都有權要求的先於國家的不可侵害的權利。這樣的人權概念卻遭受到質疑。質疑者大多來自侵害人權的國家，侵害人權的國家以人權是西方的價值為其侵害人權做辯解，侵害人權的國家辯解說：人權依於社會及歷史，人權普遍性的想法只限於西方文化。Höffe反對這樣的說辭。Höffe說：「為了證明權利是人作為人而應得的，必須在各種特殊團體的、特殊文化的、特殊時期的人的觀念——所謂的人的圖像——之外，開展一種獨立於文化而極具普遍

⁷² Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 464 f.

⁷³ 刑法在Höffe的理論中有重要的意義，Höffe有一本書的書名就叫「有跨越不同文化之間的刑法嗎？」（Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?）一方面，Höffe理解刑法為一種強制，刑法的強制則有助於形成相互的放棄（侵害他人的）自由。另一方面，「有跨越不同文化之間的刑法嗎？」與人權的問題有關，因為二者保護的法益部分相同（如生命權）。Höffe以先驗交換來回答這個問題，他認為某些共存的基本規則在所有的文化中都相同。Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 1999; Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 385, 429, 446.

⁷⁴ Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 21.

⁷⁵ Menke/Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, 2007, S. 9.

的人的概念⁷⁶。」Höffe為人權辯護⁷⁷，Höffe以證立人權來證明其理論為當代的政治計畫。Höffe的交換正義就在證立人權並非只限於西方而是普遍化可能的，Höffe的正義作為交換的核心就在證立人權的普遍性。而，Höffe如何來證立人權呢？

(二)以交換證立人權的普遍性

Höffe如何來證立人權呢？Höffe繁複綿密的證立，筆者以為，可以抽絲剝繭為兩層：

- 一、以先驗利益解釋人權。
- 二、以交換正義證立人權。

筆者嘗試依此來抽絲剝繭Höffe的人權證立。

以下先討論Höffe的以先驗利益來解釋人權。Höffe理解人權為每一個人之作為人在任何情況下應該得到而且可以請求的主體權利⁷⁸，人權擔保使人之作為人為可能的條件⁷⁹。對此，Höffe說：「人權的思維滿足於：使人作為人為可能的是甚麼；有意地以人類學的簡明，此思維專注在起始的條件，也就是在使人作為人為可能的要素⁸⁰。」因為唯有如此，人權才能被表彰為生來而有並且不可讓與的。又「因為它關係到人而有關於可能性的條件，因此可以使用自Kant以來所用的表達，而說是人類學的先驗要素，或是更簡明

⁷⁶ Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 21.

⁷⁷ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 397 f.

⁷⁸ Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 21.

⁷⁹ Höffe的人權的正當性交錯著人權的理念與Kant的定言令式。對Höffe而言，人權能被理解為普遍化可能的律則，它有Kant的定言令式的身影。Höffe, *Empirie und Apriori in Kants Rechtsethik*, in: *Eckensberger/Gähde* (Hrsg.), *Ethische Norm und empirische Hypothese*, 1993, S. 22.

⁸⁰ Höffe, aaO. (Fn. 23), S. 34.

地說是先驗利益⁸¹。」由此得出初步的結論：人權是先驗利益。

以下再討論Höffe的以交換正義來證立人權。「以先驗利益解釋人權」的結論得到了，但是到「以交換正義證立人權」之間，還少了一道渡橋，這道渡橋就是：

- 一、先驗利益不可拋棄，而且
- 二、不可拋棄的先驗利益只有經由交換才可能實現。

Höffe這樣建造這道渡橋：首先，人不得不追求利益（如生存的利益），先驗利益是使追求一般利益為可能的條件，先驗利益因此不可拋棄。其次，人要追求利益，就要滿足使追求利益為可能的其他必要條件，此必要條件的首要為：也給別人，別人所需要的條件。也就是說：「不可拋棄的利益只有在互換性中而且只有經由互換性才可能實現⁸²。」到這裡，筆者整理以上的論述如下：首先，因為人權是先驗利益，而先驗利益不可拋棄，因此人權不可拋棄。其次，因為先驗利益只有經由交換才可能實現，因此不可拋棄的人權只有經由交換才可能實現。結論是：人權成之於交換，人權出之於交換。

以下筆者再次說明這個結論。Höffe的前提是人自由的共存。人要生存，至少必須要求他人不使用暴力來妨害其生存。但是人為何有權要求他人呢？Höffe認為，答案應該證立在權利與義務的相互關聯上：「如果應該有人的權利，那麼首先就必須得到與其相應的人的義務⁸³。」也就是：要求不被他人施暴的自由必須以放棄對他人施暴的自由作為對價；也就是：自由的要求必須以自由的放棄

⁸¹ Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 24. 這裡可以看出，在論述人權時，Höffe試著調和哲學的人類學和先驗哲學。

⁸² Höffe, aaO. (Fn. 23), S. 37; Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 28; Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 402.

⁸³ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 400.

作為對價。人人相互放棄自由，人人相互得到人作為人應得的權利，相互的放棄自由在此有人權的性格⁸⁴。而相互的放棄自由在Höffe的理論中就屬於交換，對Höffe而言，人權就是在自然狀態下相互有利的交換過程。對這個交換過程，Höffe說：「道德的權利立於對給付的承認之上，在此給付只保留在有相應的對待給付這樣的前提下。因為人權意指權利，它並非贈品（……）。給予只發生在相對給予的條件下；人權自己證明是出自互換性，簡言之：出自交換。誰事實上要求他人給付，由於給付只在對待給付的條件下成立，當下就成立人的義務；反過來說，只要他真的給付，由於給付只在對待給付的條件下成立，他就擁有人的權利⁸⁵。」結論如前：人權出自交換，人權出自予取等價的交換正義。

以上的推論，至此得到的結論是：對Höffe來說，人權是先驗利益；對Höffe來說，人權出自交換正義。因為先驗利益的交換正義不取決於文化，因此人權具有普遍性。至於為何要以交換來證立人權呢？Höffe認為，以交換來證立人權，優點有二：「第一，它屬於欠債之人的道德，屬於法律的道德或者說正義；第二，它避免了倫理學中常見的爭議，因為它滿足於互換性的倫理或者說交換正義⁸⁶。」

學者Matthias Kettner批判Höffe的人權證立欠缺絕對性。Kettner引Höffe的原文：「誰事實上（*tatsächlich*）要求他人給付，由於給付只在對待給付的條件下成立，當下就成立人的義務」。Kettner說：Höffe的原則因此以「交換的人事實上為交換」作為條件，而「事實上為交換」是一種特定情況，既有特定情況，就不是

⁸⁴ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 399.

⁸⁵ Höffe, aaO. (Fn. 23), S. 37; Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 28.

⁸⁶ Höffe, aaO. (Fn. 23), S. 37; Höffe, aaO. (Fn. 43), S. 28.

在一切情況下都普遍有效。筆者以為Kettner的批評立不住腳，因為「對給付予以對待給付」是正當的，而「對給付予以對待給付」的正當並不需要以真實交換的特定情況為條件。筆者以為：Höffe的「事實上」（tatsächlich）正確應被理解為「當下的」而非「真實的」。

對於Höffe的人權證立，筆者有兩點批判：第一，筆者以為：交換可以解釋人權，但是不能解釋所有的人權。自由權是人權沒有錯，但人權不只是自由權。人權可以分類為消極的自由權、積極的自由權（即積極參與權）、社會享有權，其相應於自由權、參政權、受益權。Höffe的交換是消極交換，是相互的放棄自由，它可以解釋消極自由權（即自由權，如言論自由），它可以解釋積極的自由權（即參政權，如選舉權），但是它無法解釋社會享有權（即受益權，如工作權）。在國家資源有限的時候——而國家資源一般都是有限的——利益的給不給以及給多少，筆者以為它是分配的問題，而非交換的問題。舉例而言，在危險疫情蔓延的時候，100個人只有70支疫苗，最後誰能得到疫苗，它是分配的問題，而非交換的問題。第二，筆者以為：Höffe的交換理論無法解決基本人權衝突的問題。舉例而言，德國科隆法院在二〇一二年判決傳統以來父母因（猶太教以及回教的）宗教信仰而為小孩割除包皮的割禮行為侵害了小孩的身體不受傷害權，此案在德國引起了社會以及學界的廣泛討論。筆者以為，Höffe的交換理論可以證立宗教自由權，也可以證立身體不受傷害權，但是當宗教自由權與身體不受傷害權相衝突的時候，應該優先保護哪個權利，Höffe的交換理論則無法解決。因為要解決基本人權的衝突，必須為相衝突的基本人權排序位階，但是Höffe的理論致力於證立人權，Höffe的理論並非致力於為人權排序位階。歸結以上兩點，筆者以為：Höffe的交換理論能——而且只能——證立人權中的自由權，但是無法解決基本人

權的衝突。或許，Höffe本來就只志在證立人權以及證立國家與法律。以下討論Höffe的證立國家與法律。

二、證立國家與法律

(一)國家與法律的正當性

Höffe開展其國家理論與法律理論，一方面，他認為：哲學的復興之路，不能自外於國家理論與法律理論；另一方面，他認為：國家理論與法律理論作為一個制度理論，不能不討論其規範的前提，也就是倫理⁸⁷。他因此出自哲學的立場來理解國家與法律。

Höffe如何理解國家與法律呢？Höffe的國家概念與法律概念相連結，他認為法律是社會規範的體系，此體系的產生和執行需要公權力，國家則是此公權力的制度化體系。更進一步說：Höffe理解法律為人對人的強制秩序⁸⁸。因為法律是人對人的強制秩序，在法律之下結合的人群就導出Höffe的國家概念：國家是「制度化的公共的法律權力，其對正義而言不可或缺⁸⁹。」對Höffe而言，國家需要正義，國家需要正義以表彰其為國家而非強盜；對Höffe而言，法律也需要正義，如果缺少正義，社會秩序就只是外來的強制，而根本談不上是法律。Höffe贊成Augustinus的說法：「若無正

⁸⁷ Höffe在「政治正義」（1987）一書中，批判沒有倫理的制度理論以及沒有制度的言說理論。Habermas是當代言說理論的代表人物。對於Höffe及其他人對「言說理論沒有制度」——或說沒有法律理論以及國家理論——的質疑，Habermas已經在其1992年的Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats一書中做出了總回答。

⁸⁸ 對Höffe而言，法律是人對人的強制秩序，此強制秩序以外的其他要素就只是法律的基本功能而已。其例如法律的規則性格、權限的位階等等。Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 168 f.

⁸⁹ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 432.

義，法律秩序與國家秩序無異於只是大的強盜集團而已⁹⁰。」在此，正義確定了Höffe對國家與法律的理解⁹¹，正當性則形成了Höffe的國家哲學與法律哲學的主題。

Höffe的國家哲學與法律哲學致力於證立強制的正當性。對Höffe來說，國家的證立就是強制的證立，國家的哲學就是法律強制的哲學。Höffe以道德的觀點來討論強制的權能，亦即強制權能

⁹⁰ Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 170. Höffe的自然法傳統的一例，就是Augustinus的「強盜集團」(Räuberbanden)的概念貫串Höffe的著作。Augustinus認為：一個國家而無正義，就無異於一個大的強盜集團。Augustinus, *De Civitate Dei*, hrsg. von Christoph Horn, 1997, Liber IV, Coput IV.

⁹¹ Höffe的法律概念與國家概念都與正義關聯，他因此也與視法律與正義無必要關聯的法實證主義相辯論。一方面，他對立法實證主義與自然法，因為二者都可能找到好的論據，所以他視此二者為「法律理論上的二律背反」(Antinomie der Rechtstheorie)；另一方面，他又對立法實證主義與無政府主義，而視此二者為「政治上的二律背反」(Antinomie des Politischen)。以下依序說明二者。首先，Höffe剖析自然法與法實證主義之間的緊張關係，而將二者定位為「法律理論上的二律背反」。在二者之間，Höffe反駁法實證主義，而採取自然法的立場。為了反駁法實證主義，Höffe與法實證主義的思想家相辯論，例如與Hobbes的法律倫理的相對主義，與Kelsen的純粹法學，與Austin的分析法學，與Luhmann的系統理論。在批判法實證主義的同時，Höffe逐步說明自己的理論。Höffe的理論明白出自自然法，他認為自己的理論為自然法傳統的正當繼承人。其次，Höffe視法實證主義與無政府主義二者對立，而將二者定位為「政治上的二律背反」，並且認為此對立為每一政治之正義哲學的挑戰。對Höffe而言，法實證主義代表的是法律的獨斷論，無政府主義代表的則是法律的懷疑論。Höffe認為：法律秩序與國家秩序的動盪為一極端，法律秩序與國家秩序的壓迫為另一極端。法律秩序與國家秩序的動盪，例如政治上或宗教上的內戰，其將導致要求實證法與國家權力，最後導致法實證主義；反之，法律秩序與國家秩序的壓迫，例如侵犯基本人權，其將導致要求不受統治，最後導致無政府主義。而Höffe認為其理論的任務就在於超越此對立，他並因此而自我期許其理論為「當代的方案」(Projekt der Moderne)。Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, aaO. (Fn. 5), S. 3-4, 21-23, 40, 109, 122-123, 160; Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, 3. Aufl., 2002, S. 487.

的道德正當性⁹²。他思考：有沒有人必須承認的道德拘束力，而強制權能就因此道德拘束力的落實而正當？簡單地說：Höffe的哲學在於證立國家強制與法律強制。為什麼要證立國家強制與法律強制呢？因為，對Höffe來說，「強制的證立問題（……）是打開國家哲學與法律哲學之大門的鑰匙⁹³。」而，Höffe如何來證立國家和法律的強制呢？

(二)以人權證立國家與法律的正當性

Höffe如何來證立國家和法律呢？Höffe繁複綿密的證立，筆者以為可以抽絲剝繭為兩層：

- 一、國家與法律的強制不可避免。
- 二、國家與法律的強制必須正當。

筆者嘗試以此來抽絲剝繭Höffe的證立國家和法律。

以下先討論**國家與法律的強制不可避免**。依政治人類學，人類共存的基本模式有二：一為合作的模式，另一為衝突的模式。合作的模式認為：人類是合群的動物，人與人只有合作而無衝突，因此無須強制來擔保秩序。衝突的模式則認為：人類的共存衝突難免，強制的秩序因此必須⁹⁴。事實上是：人類的資源有限而慾望無窮，衝突在所難免⁹⁵。衝突之時，如果權力未受規範而只依叢林法則，則人人得恣意地對他人為殺盜搶騙，共存最後將不可能。結論是：對共存而言，權力的規範不可避免，強制不可避免。接著，為了確保對人人有利的自由之共存能夠存在而且持續存在，作為制度化之統治能力的國家和法律就因此必須。因為：正當的社會秩序需要人

⁹² Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 27.

⁹³ Kersting, aaO. (Fn. 66), S. 29.

⁹⁴ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 217 ff.

⁹⁵ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 222 ff.

人服從限制才有可能，要人人服從限制需要有強制力才有可能，要強制力能持續存在需要制度化的統治能力才有可能⁹⁶。結論是：對人人有利的自由之共存而言，國家與法律的強制不可避免。

以下再討論**國家與法律的強制必須正當**。國家與法律的強制在甚麼條件下才是正當的？國家與法律的強制要正當，唯有強制對每一受強制之人都有利⁹⁷。筆者在討論「分佈式利益」時已經論述過，「因為：強制限制了每一個別之人的自由，對被強制的每一個別之人而言，強制要正當，必須強制能被每一個別之人所同意，而強制要能被每一個別之人所同意，必須強制對每一個別之人都有利」；而強制要能對每一個別之人都有利，只有當它保障每一個別之人的基本自由⁹⁸，只有當它保障每一個別之人的基本人權。這裡必須注意的是：對Höffe來說，人權原初的授與來自人相互的放棄自由，而不是來自國家⁹⁹；因為人權不是國家所給予的，因此國家無權剝奪人權；國家與法律只是保障人權，國家與法律要正當也只有當它保障人權。

而要如何保障人權呢？保障人權的策略，就是Höffe的政治正義的策略，就是本文在最前面論述的實證化的策略以及評價的策略。它具體的實現方法，除了透過權力分立與憲法法院審判權來拘束國家權力之外，Höffe認為必須實證化人權為憲法上的基本權。對於人權與基本權，Höffe說：「人權是法律秩序應該服從的道德標準，基本權反之則是被現行法律秩序事實上所承認的人權¹⁰⁰。」筆者贊同Höffe所說的「人權是法律秩序應該服從的道德

⁹⁶ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 412 ff.

⁹⁷ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 403.

⁹⁸ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 434 f.

⁹⁹ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn. 5), S. 435.

¹⁰⁰ Höffe, Politische Gerechtigkeit, aaO. (Fn.5), S. 462.

標準」，因為筆者相信：人權的自然法理解是人性尊嚴，人權的實證法落實是基本權；人性尊嚴、人權、基本權不但是自然法的實證化，而且也是法律的正義內涵；不但是德國基本法第一條第一、二、三項的規定，而且也是全部法律秩序的總綱。簡言之：它是法律理念的所在。

伍、結 論

Höffe的「正義作為交換」出自交換來解決正義的問題。就「正義」而言，Höffe以制度化之前的自然正義為起點，以制度化之正義為終站；以社會契約的原初狀態為理論基礎，以政治正義的國家形式為理想目標。就「正義作為交換」而言，交換的原因是交換沒有倫理上的爭議，而且交換無需超出公平交換以外的道德；交換的本質是對於給付所為的對待給付，是予取等價，是相互承認彼此的生命、自由、財產；交換的客體是使追求一般利益為可能的條件，是使自由之共存為可能的行為自由之可能性，是三組不同的先驗利益；交換的方法有追求每一個別之人之利益的分佈式交換，有包裹交易的環狀式交換，有不同世代之間的非同期交換。就「正義作為交換之應用」而言，Höffe以交換正義來證立人權和證立國家與法律。首先，Höffe以先驗利益來解釋人權，以交換正義來證立人權；Höffe認為人權是具有世界性效力的權利，Höffe的理論是「人權的基本教義論」（*Menschenrechtsfundamentalismus*¹⁰¹）。其次，Höffe論述國家與法律的強制不可避免，論述國家與法律的強制必須正當——必須經由保障人權來正當。Höffe的國家與法律之概念

¹⁰¹ Brunkhorst, Die Kontingenz des Staates, in: Kersting (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, 1997, S. 226.

緊密結合人權的理念，Höffe的政治正義之國家具現為保障人權的民主與社會之法治國¹⁰²。

雖然Höffe的理論受到許多質疑，但是他的理論堅守國家哲學的傳統而復活對國家正當性的討論；雖然Höffe的理論有許多問題仍待解決，但是他的理論是二戰後德語世界政治哲學中令人興奮的開端¹⁰³，是僅次於言說倫理學的被國際重視的德國理論¹⁰⁴；雖然筆者認為Höffe的正義作為交換只能證立人權中的自由權，但是筆者認為其並無礙於以自由權為核心的人權作為判斷一個國家是否正當的標準。筆者也認為：Höffe的理論有許多地方值得在未來繼續研究，除了筆者在本文中已經指明的之外，還有例如Höffe如何以交換正義與Rawls的分配正義激烈辯論？例如Höffe如何進一步以正義作為交換之理論來證立全球化時代中的民主¹⁰⁵？例如Höffe的證立人權為何是用交換正義而不是用他以前常用的人性尊嚴¹⁰⁶？

文末，筆者嘗試說明「Höffe理論的應用可能」以及「Höffe理論對臺灣的意義」。

首先說明Höffe理論的應用可能。筆者以下舉德國聯邦憲法院的判決為例來說明，筆者將首先說明案情，其次澄清判決，再其次分析對於判決的正反意見，最後應用Höffe的理論來討論爭議的關鍵所在。在德國，公立的義務教育之學校，教室內自來懸掛十字

¹⁰² Kersting, aaO. (Fn. 66), S. 23.

¹⁰³ Koller, aaO. (Fn. 25), S. 305.

¹⁰⁴ Kersting, aaO. (Fn. 66), S. 8.

¹⁰⁵ 「全球化時代中的民主」為Höffe的名著之一，其出自哲學的立場來討論法律的全球化和法律的歐洲化的問題，Höffe在其中提出世界共和（Weltrepublik）為解決全球化問題的解方，他的構想在學界引起很多的注意和討論，而其理論的證立基礎一樣是本文中所論述的先驗交換理論（transzendentaler Tausch）。

Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999.

¹⁰⁶ Kettner, aaO. (Fn. 54), S. 249.

架，有不是教徒的學生，其家長反對基督信仰經由十字架來影響他的小孩，因此提起訴訟。德國聯邦憲法法院（BverfGE 93, 1）一九九五年五月十六日判決（Kruzifix-Urteil）：在公立的義務教育學校中懸掛十字架，違反了德國基本法第四條第一項所保障的信仰自由。亦即：學校可以教導學生十字架所象徵的基督教之意義、價值與規範，但是不可以在教室中懸掛十字架；亦即：學生可以學習關於十字架的一切，但是不可以被要求在十字架之下學習。此判決一出，得到許多的讚許，也招致許多的批評。讚許來自：此判決一方面清楚地區分國家與教會，另一方面則明確地保障信仰（與不信仰的）自由。批評來自：首先，聯邦憲法法院是否高估了十字架的傳教性格？其次，德國基本法的第一四〇條明白規定（一九一九年）威瑪憲法的第一三六條至第一三九條及第一四一條為此基本法的一部分，而威瑪憲法的這些條文則是基督信仰的傾向。再其次，德國的普通學校一直以來都與基督教緊密相關，而國家的宗教中立性其實並無礙於校園中的基督教文化或其他宗教的文化，例如在德國的校園中，回教徒的女學生包頭巾而且被允許可以不參加學校的體育課。批評者的結論因此是：必須以同樣的標準來衡量所有的宗教，必須以同樣的方式來規範所有的宗教；簡單地說：必須寬容（所有的宗教，當然包括基督教）。如何以Höffe的理論來檢視對於判決的正反意見呢？誠如N. Luhmann所說，所有的判決都是價值衝突的判決，在此案例中相衝突的價值，筆者以為可以區分為兩個層次：其一是國家強制與信仰自由，其二是信仰自由與寬容。先討論國家強制與信仰自由：筆者以為，依Höffe的理論，國家強制不可避免而且國家強制必須正當，而國家強制只有經由保障每一個別之人的基本人權才能正當，亦即國家強制在此只有經由保障信仰自由才能正當。結論是：信仰自由優先於國家強制。再討論信仰自由與寬容：筆者以為，Höffe以先驗利益來解釋人權，以交換正義來證立

人權；亦即：信仰自由是人的先驗利益，而信仰自由只有經由與他人相互交換不侵犯別人的信仰自由才可能實現；亦即：寬容他人的信仰自由是使自己的信仰自由得以實現的條件；亦即：寬容是使信仰自由的這種利益成為可能的條件，它是信仰自由的條件。結論是：作為信仰自由之條件的寬容優先於信仰自由。綜上所述，結論是：依Höffe的理論，寬容優先於信仰自由，信仰自由再優先於國家強制。以上說明的是Höffe的正義作為交換之理論的應用可能。

其次說明Höffe理論對臺灣的意義。在臺灣，政府無論藍綠，一律宣稱要以人權立國。但是，為什麼要以人權立國呢？為什麼要追求人權的價值呢？是因為歐美都在追求人權嗎？或是因為人權有它值得追求的價值？如果臺灣的追求人權並非只是一昧的盲從，那麼臺灣就有義務要說明為何人權的價值值得追求。因為人權並非人類歷史的理所當然：在過去的歷史，它不是；在未來，沒有人能保證它還會是——如果我們現在不積極地證立人權。這就是為何當代歐美一線的學者都積極致力於證立人權的原因，這也是臺灣學界至今仍有許多留白的地方。以下先說歐美，再說臺灣。先說歐美：在歐美，例如J. Habermas嘗試以人權和國民主權的互為條件來證立人權為正當的基本權；例如R. Alexy嘗試以正當的基本權上之自由權來證立人權；例如E. Tugendhat嘗試以人人的普遍的對等的尊重來證立人權為道德上的義務；例如G. Vlastos和R. Spaemann嘗試以人性尊嚴為絕對的價值之概念在自然法上和神學上證立人權。亦即：在歐美，當代一線的學者都積極致力於證立人權。再說臺灣：筆者以為，人權有兩個層次的問題，一是「為何人權」，一是「如何人權」。「如何人權」追問的是：如何以國際法、憲法、刑法來保護人權？它的前提是人權需要保護。但是人權為什麼需要保護呢？亦即「為何（保護）人權」？「如何保護人權」是法律釋義學的任務，「為何保護人權」是法律哲學的命題。「為何人權」是「如何

人權」的前提；亦即首先必須證立人權，其次才有如何保護被證立之人權的問題。而在臺灣，法學界對人權的討論見之於「如何保護人權」，對其前提的「為何保護人權」國內並不多見。綜上所述，結論是：如果臺灣要追求人權，臺灣就有義務要說明為何人權的價值值得追求，亦即有義務要證立人權；又如果臺灣要證立人權，Höffe以先驗交換來證立人權的理論就值得臺灣參考，就像它被德國學界參考以及被國際學界參考一樣。以上說明的是：Höffe以先驗交換來證立人權的理論對於臺灣的意義。

文末，如果允許筆者以幾句話來勾勒Höffe理論的全貌，筆者的勾勒是：Höffe的理論是正義的理論，是政治正義的理論，是國家與法律強制之正當性的理論，是以人權來證立國家與法律強制之正當性的理論，是在分佈式利益之原則下以先驗利益的先驗交換所證立之人權來證立國家與法律強制之正當性的理論¹⁰⁷。

最後，如果再允許筆者引用Höffe書中的一句話來表達他的理念，筆者想引用的是：民主的主權者一侵犯人權就喪失其正當性¹⁰⁸。

¹⁰⁷ 依Wolfgang Kersting的分析，Höffe論證其政治正義之理論時，最重要的三個概念就是：分佈式利益、先驗利益、交換正義。Kersting, aaO. (Fn. 66), S. 18.

¹⁰⁸ Höffe, Vernunft und Recht: Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, 1996, S. 158: Die „Menschenrechte (...), die auch ein demokratischer Souverän nur zum Preis eines Legitimitätsverlustes verletzen kann.“ 民主的主權者只有以喪失正當性為代價才能侵犯人權。此語原是Höffe在討論Habermas關於人權的命題時所為的引述。

參考文獻

1. *Augustinus, Aurelius*, De Civitate Dei, hrsg. von Christoph Horn, 1997.
2. *Brunkhorst, Hauke*, Die Kontingenz des Staates, in: *Kersting, Wolfgang* (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, 1997, S. 225 ff.
3. *Günther, Klaus*, Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? Otfried Höffes Beitrag zum Neo-Naturrecht, in: *Kersting, Wolfgang* (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, 1997, S. 186 ff.
4. *Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1. Aufl., 1992.
5. *Höffe, Otfried*, Praktische Philosophie: das Modell des Aristoteles, 1971.
6. *Höffe, Otfried*, Strategien der Humanität: zur Ethik öffentlicher Entscheidungsprozesse, 1975.
7. *Höffe, Otfried* (Hrsg.), Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, 1977.
8. *Höffe, Otfried*, Lexikon der Ethik, 3. Aufl., 1986.
9. *Höffe, Otfried*, Politische Gerechtigkeit, 1. Aufl., 1987.
10. *Höffe, Otfried*, Gerechtigkeit als Tausch? - Zum politischen Projekt der Moderne, 1991.
11. *Höffe, Otfried*, Ein transzendentaler Tausch: Zur Anthropologie der Menschenrechte, *Philosophisches Jahrbuch 99*, 1. Halbband, 1992, S. 1 ff.
12. *Höffe, Otfried*, Empirie und Apriori in Kants Rechtsethik, in: *Eckensberger, Lutz H./Gähde, Ulrich* (Hrsg.), *Ethische Norm und empirische Hypothese*, 1993, S. 21 ff.
13. *Höffe, Otfried*, Aristoteles, Die Nikomachische Ethik, 1995.
14. *Höffe, Otfried*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1995.
15. *Höffe, Otfried*, Menschenrechte und Tauschgerechtigkeit, in: *Fischer, Peter* (Hrsg.), *Freiheit oder Gerechtigkeit: Perspektiven politischer Philosophie*, 1995, S.

20 ff.

16. Höffe, Otfried, Vernunft und Recht: Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, 1996.
17. Höffe, Otfried, Transzendentaler Tausch: Eine Legitimationsfigur für Menschenrechte?, in: Gosepath, Stefan/Lohmann, Georg (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 29 ff.
18. Höffe, Otfried, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999.
19. Höffe, Otfried, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, 1999.
20. Höffe, Otfried, Der Pluralist. Er hat alles vorgedacht: Der Philosoph John Rawls wird achtzig, FAZ, 21. Februar 2001.
21. Höffe, Otfried, Gerechtigkeit: Eine philosophische Einführung, 2001.
22. Höffe, Otfried, Gerechtigkeit als Tausch: Zur Begründung von Recht und Staat, 2001.
23. Höffe, Otfried, Politische Gerechtigkeit, 3. Aufl., 2002.
24. Höffe, Otfried, Was ich noch zu sagen hätte: John Rawls' Gerechtigkeitstheorie in letzter Fassung, FAZ, 23. Mai 2003.
25. Höffe, Otfried, Wer den Blutzoll gezahlt hat, ist deshalb noch nicht gerechtfertigt. Warum ein Krieg zum Ausbau der Weltmacht nicht zur Selbstverteidigung gehört: John Rawls' Oxforder Vorlesung zum Völkerrecht, FAZ, 10. April 2003.
26. Höffe, Otfried, Ich werde nicht in Teheran sprechen, FAZ, 16. Juli 2010.
27. Kersting, Wolfgang (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997.
28. Kersting, Wolfgang, Herrschaftslegitimation, politische Gerechtigkeit und transzendentaler Tausch: Eine kritische Einführung in das politische Denken Otfried Höffes, in: Kersting, Wolfgang (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997, S. 11 ff.
29. Ketmer, Matthias, Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: Kersting, Wolfgang (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, 1997, S. 243 ff.

30. *Koller, Peter*, Zur ethischen Begründung von Recht und Staat: Otfried Höffes 'Politische Gerechtigkeit' und Franz Bydlinskis 'Fundamentale Rechtsgrundsätze', *Juristische Blätter* 1989, S. 477 ff., S. 563 ff.
31. *Koller, Peter*, Otfried Höffes Begründung der Menschenrechte und des Staates, in: *Kersting, Wolfgang* (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, 1997, S. 284 ff.
32. *Lohmann, Georg/Gosepath, Stefan*, Einleitung, in: *Gosepath, Stefan/Lohmann, Georg* (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, S. 7 ff.
33. *Mauss, Marcel*, *Die Gabe: Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften*, 1990.
34. *Menke, Christoph/Pollmann, Arnd*, *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, 2007.
35. *Nida-Rümelin, Julian*, Gerechtigkeit bei John Rawls und Otfried Höffe, in: *Kersting, Wolfgang* (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? - Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, 1997, S. 306 ff.
36. *Rawls, John*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975.
37. *Reese-Schäfer, Walter*, *Grenzgötter der Moral: Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politischen Ethik*, 2007.
38. *Seelmann, Kurt*, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., 2007.
39. *Tschentscher, Axel*, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht*, 2000.

Discussion of Otfried Höffe's Commutative Theory of Justice

Chung-Cheng Huang^{*}

Abstract

Otfried Höffe is one of the foremost German scholars today in the field of Philosophy of Law. His theories of justice are often labeled as “commutative”. Höffe has developed his theory of justice based on the original state of the social contract, which aims at the establishment of a nation in a form of political justice. According to his theory of justice, Höffe argues that Commutative Justice is less controversial in ethics, because the exchange does not require anything but fair exchange as the moral standard. The nature of the exchange is to recognize the equal value of “Give” and “Take” and to be aware of the equal value of every individual’s life, liberty, and property. The object of the exchange is the possibility of freedom of action with respect to the three groups of different interests. The best kind of exchange is one that pursues each individual’s interests, rather than the collective interests. Höffe applies the theory of Commutative Justice to justify the universality of Human Rights and the legitimacy of the State and Law. Human Rights are universal because they are the exchange of transcendental interests; State and Law are legitimate only when they protect Human Rights.

^{*} Assistant Professor, Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University; Ph.D. (University of Heidelberg, Germany).

Received: November 19, 2012; accepted: March 14, 2013

No research has been undertaken on Höffe's philosophy and theory of Justice in Taiwan.

The present research studies Höffe's theory of Justice. It aims to defend Höffe's theory on the one hand, and to raise criticism and suggestions on the other hand.

Keywords: Otfried Höffe, Justice, Commutative Justice, Political Justice, Justification of Human Rights, Justification of State and Law