

再訪 Hart 的承認規則

莊世同*

目 次

壹、前言

貳、承認規則與《法律的概念》

一、二次規則

二、效力規則

參、承認規則與「後記」

一、規則的實踐理論與社會成規

二、柔性承認規則與道德的爭議性

肆、承認規則的規範性

一、內在觀點、內在面向、與內在陳述

二、成規主義與義務的觀念

伍、結語

* 輔仁大學法律學系助理教授

壹、前言

林文雄教授在「探討自然法的意義」這篇文章裡^①，主張柔軟的、柔性的^②、或者包容的法實證主義^③（soft or inclusive legal positivism），是以科學方法探討法的內在理念（即正義的理念）的一種折衷的法實證主義理論，並且強調無論在法學理論或者司法審判上，法學者和法官都不應放棄對於正義的追求，因為「追求正義正是人的生存條件，也是人成為人的必要條件」^④。我們從林教授的論述當中可以推斷，他似乎認為柔性法實證主義的法理論，能夠與自然法的理念相互調和而不生齟齬。這的確是相當有洞見的看法，因為就筆者個人所知，柔性法實證主義論者向來主張，法律有效性的鑑別標準，並不

① 林文雄，〈探討自然法的意義〉，載：《月旦法學雜誌》第六十四期（2000年9月），48-54頁。

② 就筆者所知，顏厥安教授是國內第一位將soft legal positivism翻譯為柔性法實證主義，並且對該理論作有系統分析與討論的法理學者。請參考氏著，〈再訪法實證主義〉，收錄於《法理學論叢—紀念楊日然教授》（台北：元照出版公司，1997年），539-642頁，參見619-621頁；以及〈基礎規則與法律詮釋——一個理論與實務的綜合檢討〉，收錄於《固有法制與當代民事法學——戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集》（台北：三民書局，1997年8月），629-666頁，參見640-641頁。

③ 近一兩年來，英美法哲學界對於如何稱呼這種主張承認規則可以包含道德效力判準的法實證主義理論，已逐漸產生共識。目前多數的法理學家，無論他（她）們是否支持這項論點，大多稱它為「包容的法實證主義」（inclusive legal positivism），以有別於主張法效力判準不可涉及任何道德因素的排他的法實證主義（exclusive legal positivism），亦即剛性的法實證主義理論。不過，在本文中，筆者依然沿用柔性法實證主義的稱謂，一來是因為這是國內學者比較常用的名稱，二來則是因為Hart在「後記」裡明白主張他的法實證主義理論，乃是一種柔性的法實證主義。

④ 林文雄，前揭文，53頁。

只限於形式的系譜判準，有時還可包含實質的道德原則^⑤。從這個觀點來看，自然法論者所標榜的實質道德理念，在柔性法實證主義的理論架構下，確實能夠做為判斷法律內容是否有效的依據，也因此，在某種程度上，似乎可以化解法實證主義與自然法論在法與道德是否絕對分離這項傳統議題上的嚴重對立。

柔性法實證主義的修正理論，乃是奠立在對於 Hart 法理論的重新詮釋上，其最核心的主張，莫過於致力建構一套柔性、包容的承認規則理論（a soft, inclusive theory of the rule of recognition）。然而，在此同時，柔性論者也面臨來自 Ronald Dworkin 法理論的嚴峻挑戰。Dworkin 直接訴諸法體系不存在任何承認規則的說法，主張法律乃形式上符合整體司法制度，內容上展現最佳政治道德原則的詮釋性概念^⑥。關於 Dworkin 與柔性法實證主義之間的論戰，筆者曾經為文評析^⑦，不過由於該文並未針對承認規則做有系統的評論，所以，在本文中，筆者將試圖根據以下三個論述主軸，徹底檢討 Hart 的承認規則理論。首先，第一個論述主軸將重新建構 Hart 在《法律的概念》一書中對承認規則所持的基本看法，並且反省這些看法所衍生出來的法哲學爭議。其次，第二個論述主軸則以 Hart「後記」作為主要討論對象，除了深入檢視其柔性承認規則理論的實質內涵外，並指出 Hart 忽略了一個重要的爭議問題，亦即有關如何證立承認規則規範性的問題。最後，本文的第三個論述主軸將藉由分析規則接受態度的構成要素以及「後記」的成規主義轉向，指出 Hart 需要在其規則實踐理論之外，另

⑤ 筆者在本文中所談到的柔性法實證主義，僅及於現今英美法哲學界支持此種看法的法理論述，並未觸及若干歐陸柔性法實證主義學者的論點。有關歐陸法哲學在這方面的貢獻，可參考②顏厥安教授所寫的兩篇文章，針對 Alexy 法論證理論與 Sieckmann 規範法實證主義理論所做的評析。

⑥ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana Press, 1986), chs. 6, 7.

⑦ 莊世同，〈Ronald Dworkin 與柔性法實證主義〉，載：《月旦法學雜誌》第六十四期（2000年9月），54-69頁。

外建構一套精緻的成規主義（conventionalism）學說，如此才能妥當證立承認規則的規範可能性。

貳、承認規則與《法律的概念》^⑧

承認規則是 Hart 法實證主義理論的核心概念。它的出現是為了補救以原初規則為骨幹的前法律社會（pre-legal society），在面臨無法明確辨別法律規範的情況下所產生的不確定性（uncertainty）弊病，是以，在性質與定位上，承認規則是不同於原初規則的二次規則（secondary rule）。而在功能與作用上，承認規則旨在提供法體系一套鑑別法律規範的基礎效力判準，故可說是一種效力規則（validity rule）。整體而言，承認規則在 Hart 的法理論扮演最重要的關鍵角色。一方面，它是判斷法律體系是否存在、法律如何與其他非法律規範（尤其是道德規範）相互區別的樞紐規則；另一方面，承認規則本身也是法律規則，對於法體系的參與者，特別是有權鑑別法律規範的公職人員，應該具有強大的規範拘束力，否則將難以達成明確辨識法律的功能。然而，在《法律的概念》這本書的正文裡，Hart 並未清楚說明承認規則的規範性內涵以及它的規範性基礎（或來源），所以，在接下來的討論裡，我們將會發現 Hart 的承認規則理論，事實上潛藏不少值得深思的問題。

⑧ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., with a Postscript edited by P. A. Bulloch & J. Raz (Oxford: Clarendon Press, 1994)，以下皆簡稱為 Hart, *CL*。

一、二次規則

Hart 對法哲學理論最主要的貢獻在於，提出法體系為結合原初規則與二次規則之體系的原創看法。原初規則為課以義務的規則（duty-imposing rules），其目的在要求法體系成員有義務（being obligated）做或不做特定行為；二次規則為授與權力的規則（power-conferring rules），旨在賦予個人創設有效法律行為的權力，以及授與公權力機關創造、變更、和解釋原初法律規則的權限。Hart 認為一個成熟的法體系需要三種二次規則，分別是承認規則、變更規則（rules of change）、與裁判規則（rules of adjudication），如此才能避免該體系產生不確定、停滯、與無效率的弊病^⑨。由此可見，Hart 法概念論中的二次規則，實為法體系的二階（second-order）規則，它們的存在勢必預設（presuppose）了一階（first-order）原初規則的存在^⑩。而在所有二次規則當中，承認規則無疑位居關鍵地位，因為它是鑑別原初義務規則的決定性規則，同時也是法效力這個觀念的起源^⑪。

在《法律的概念》正文中，Hart 不只一次強調承認規則的主要功能是鑑別原初義務規則^⑫，可是照理說，既然其他二次規則同樣是法

⑨ Ibid., pp91-9.

⑩ 這也是為何筆者未依國內學界一般的譯法，將 primary rules 與 secondary rules 翻譯為初級規則與次級規則的主要原因。筆者認為在 Hart 的法理論中，primary rules 與 secondary rules 同為構成法體系的必備要素，兩者的差異不在於重要性有別，而在於它們各有不同的社會功能。primary rules 主要是規範社會成員的行為，secondary rules 則是有關於 primary rules 的規則。因此，在邏輯位階上，primary rules 是一階的基本規則，secondary rules 是二階的後設規則（meta-rules）。在發生順序上，primary rules 是社會中最先形成的原初規則，secondary rules 則是為了補充原初規則之不足而產生的二次規則。

⑪ Hart, *CL*, p95.

⑫ Ibid., p95, p100.

體系的有效法律規則，它們也應該通過承認規則之法效力判準的檢驗，才能具備有效法律的地位。所以，承認規則的功能不應當只是鑑別原初法律規則而已，它同時也是鑑別其他二次規則的基礎規則。就這一點來看，Hart 的法體系理論應該稍做修正，亦即：二次規則是關於原初規則的二階規則，承認規則則是關於所有原初規則與二次規則的基礎效力規則^⑬。

同樣地，Hart 在書中也多次提到，二次規則乃有別於原初義務規則的「授權」規則。變更規則與裁判規則無疑是授權規則，因為前者除了賦予私人創設契約、婚姻、遺囑等有效法律行為的權力外，還賦予公權力機關制定、修正、與變更原初規則的職權，後者則授與司法機關合法仲裁爭端和解釋原初規則的權限。然而，承認規則做為法體系之終極效力判準（ultimate criteria of validity）的基礎規則，是否同樣也是一種授權規則？這個問題的弔詭性就在於，授權規則是一種許可的、有選擇餘地的（permissible, optional）規則，被授權者有權決定是否按照規則所授權的內容來行為，而一旦承認規則被定位為一種授權規則，那些被賦予權力辨識有效法律規範的公職人員，基於授權規則的任意性與可選擇性，自然有權決定是否根據承認規則的法效力判準來鑑別法律。如此一來，承認規則不僅毫無規範拘束力可言，更遑論是法體系的終極、至高無上（ultimate and supreme）的二次規則^⑭。

關於這個問題，Hart 並未表達明確看法，不過根據書中的某些論述內容來推敲，他似乎傾向認為承認規則不是授與權力的規則。我們從他強調承認規則無有效與否的效力判斷問題，只有存在與否的事實認定問題這一點來看，即可看出端倪。他認為承認規則的存在事實具

⑬ Hart 自己似乎也發現到這個問題，因此後來在書中許多地方的行文上，他都不再提及「承認規則旨在鑑別原初規則」的說法，而改採類似「承認規則是鑑別有效法律規則之規則」的講法。

⑭ Hart, *CL*, pp105-7.

體表現在官員們遵守（follow）或遵從（comply）的實際踐行上，進而顯示這些官員基於內在觀點（internal point of view）接受（accept）承認規則是法效力的共同標準（public and common standards of legal validity）¹⁵。也就是說，承認規則具有相當強的「行為」拘束力，而其證立基礎則來自法律官員們接受承認規則約束的內在規範性態度。據此，我們可以合理推斷，Hart並不認為承認規則是法律官員「有權」決定遵從與否的授權規則。

二、效力規則

做為法體系的二次規則，承認規則的主要任務是明確鑑別法體系中的有效法律規範，所以，從功能論的角度來看，承認規則是一種效力規則，其作用是提供一套鑑別有效法律的判準。不過，Hart也提醒我們必須注意到，經由承認規則法效力系統肯認的有效法律規範，不一定都會被社會成員所遵守，換句話說，法的效力並不等於法的實效（legal efficacy）¹⁶。此外，有效法律規範的內容也不當然需要符合正義或道德原則的要求，有時某些法律規定甚至會被認為是道德上不義的（morally iniquitous）法律。申言之，Hart認為有效的法律和好的法律是兩個不同概念，不能混為一談，否則非但無助於我們對法律的認識，反倒會妨礙我們從道德批判觀點去抗拒不義法律，以謀求改善既有法體系的可能性¹⁷。

既然承認規則的主要任務是建立法效力的鑑別判準，對於這套判準的內容是否應該加以限制？也就是說，承認規則的法效力判準是否僅限於形式的社會事實判準？（例如「稱法律者，謂立法機關制定通

過之法案或司法機關終局確定之判決」的形式規定）或者亦可包括實質的道德原則標準？（例如「稱法律者，謂一切符合公平正義之規範」的實質效力規定）Ronald Dworkin 在「規則模式 I」這篇文章中¹⁸，特別針對這個問題對Hart的法理論提出嚴厲批評。他根據Hart法實證主義主張的三個基本信條（亦即：法律是一種社會規則、法官可運用司法裁量審判困難案件、以及法律義務不等於道德義務），將承認規則解讀成是一套提供系譜測準（pedigree test）的宗師規則（master rule），也就是一套排斥實質道德判準的形式效力規則。基於這項論證前提，Dworkin批評Hart的系譜承認規則理論只能鑑別形式的法律規則，但無法辨識在法律實務（legal practice）中對法官有實質規範拘束力的法律原則¹⁹。

然而，無論在《法律的概念》或者「後記」裡，Hart都不曾主張所謂的系譜承認規則理論，相反地，他認為承認規則除了可從系譜來源鑑別有效法律規則之外，還可安置（incorporate）實質的道德效力標準，作為辨識有效法律原則的法源依據²⁰。可見，Dworkin對於Hart承認規則理論的解讀並不正確，它並不是一套僵化的剛性系譜規則，而是一套可以包容實質道德原則的柔性效力規則²¹。

¹⁸ 這篇文章最早發表在1967年第35卷的芝加哥大學法學評論上，原來的標題是「規則模式」（The Model of Rules），後來收錄在Dworkin的*Taking Rights Seriously*（London: Duckworth, 1978）〔以下簡稱Dworkin, *TRS*〕這本書的第二章，才改名稱為「規則模式 I」（The Model of Rules I）。

¹⁹ Dworkin, *TRS*, pp14-45.

²⁰ Hart, *CL*, p72, p204, p247, p250.

²¹ 筆者在另外一篇探討法律原則之效力地位的文章中曾經指出，Dworkin對於Hart法理論的認識是正確的，亦即認同Hart是依循「規則—系譜——裁量」的思維模式，來建構他的社會規則法理論。請參見，莊世同，〈論法律原則的地位：為消極的法律原則理論而辯〉，載：《輔仁法學》第十九期（2000年6月），1-66頁，7-8頁。筆者現在坦承這部分的想法應該加以修正，並且轉向主張Hart的法理論乃建立在「規則—效力—裁量」的推理模式上。不過即便如此，也不因此影響筆者在該文中主張法律原則並非有效法律規範的基本立場。

¹⁵ Ibid., pp115-6.

¹⁶ Ibid., pp103-4.

¹⁷ Ibid., pp207-12.

儘管 Dworkin 對 Hart 的承認規則理論有所誤解，但並不表示他對承認規則的批判即完全不具說服力。事實上，除了主張系譜承認規則無法辨識有效法律原則之外，Dworkin 更進一步指出柔性承認規則理論是一種自相矛盾的法理論。他認為倘若允許具高度爭議的道德原則作為承認規則的法效力判準，將很容易造成每一個人對該道德原則在具體案件的適用有不同見解，進而導致分歧的法效力判斷結果。如此一來，柔性承認規則便不可能是 Hart 所說的社會承認規則（social rule of recognition），亦即不是大部分社會成員，或者至少絕大多數法律公職人員，從內在觀點「共同接受」的社會實踐規則，因為在道德觀點嚴重分歧的情況下，柔性承認規則無異變成每個人心目中所各自認同的某種評價性的規範規則（normative rules），其存在基礎乃是建立在實質的政治道德論述上，而非建立在客觀的社會實踐事實上²²。所以，即便 Hart 的承認規則理論是一種柔性的效力規則理論，從 Dworkin 的眼光來看，它無疑是一種自我擊潰（self-defeating）的理論，因為柔性承認規則本質上的道德分歧性（moral diversity），適足以崩解 Hart 一再強調承認規則是一種社會規則的基本立場。面對這種兩難困境，Dworkin 認為以 Hart 為首的法實證主義理論只能選擇兩條路，不是選擇放棄承認規則理論，就是認同該理論不啻為某種政治道德論述的化身，可是不管法實證主義論者在這兩個選項之間如何取捨，在 Dworkin 看來，他們都無法繼續堅持法與道德無必然關連的基本信念。

參、承認規則與「後記」

「後記」是 Hart 生前對 Dworkin 法理論所做的最後回應，其中涉

²² Dworkin, *TRS*, pp48-68.

及承認規則的部分，至少佔一半以上的篇幅²³。在這篇「後記」裡，Hart 分別就承認規則的性質以及適用柔性承認規則所產生的道德爭議性問題，提出他的看法。首先，他站在規則實踐理論的修正立場，主張承認規則是一種司法實踐的社會成規規則；其次，他更嚴詞反駁 Dworkin 道德爭議性論證的質疑，強調柔性承認規則不因包容具有爭議性的道德原則判準，而失去其存在的意義與價值，同時柔性承認規則的支持者（即柔性法實證主義者），也不需要支持某種道德客觀性理論，才能客觀地鑑別法律規範。

一、規則的實踐理論與社會成規

除了提出原初規則與二次規則相互結合的原創性見解外，Hart 法理論的另一項重要貢獻是，指出法律與命令的不同以及法律與規則的相似之處。他認為遵守命令是被迫服從的習慣行為，人們並不因此產生當為或者負有義務遵守的觀念；相反地，守法行為則類似遵從社會規則的行為，人們會以必須（must）、應該（should）、應當（ought to）、對的（right）、錯的（wrong）或有義務的（obligatory）這些規範性詞彙，來嚴厲譴責不守法與違背規則的偏差行為。依照 Hart 的看法，區別法律與命令、規則與習慣的關鍵因素就在於，法律與規則具有所謂內在面向（internal aspect），這是一種從參與者觀點（participant's point of view）接受法律與規則做為共同行為標準的反思批判態度（reflective critical attitude）²⁴。

在「後記」中，Hart 延續規則內在面向的看法，把它正式稱為規

²³ 除了在「後記」第四節專門討論原則與承認規則的問題外，事實上從第二節的(iii)『柔性實證主義』開始，一直到第五節論『法與道德』為止，承認規則幾乎是這些論述的最主要焦點。

²⁴ Hart, *CL*, p57.

則的實踐理論 (the practice theory of rules)，這個理論主張：

團體的社會規則是由某種形式的社會實踐所構成的，此社會實踐包含了以下二部份，即大部份團體成員規律地遵從的行為模式，以及對於此種行為模式的一種特殊的規範性態度，此種態度我稱為「接受」。所謂「接受」的態度表現於團體成員長期的一種心態，此種心態將該種行為模式作為他們自己未來之行為的導引，並且也將該行為模式作為批判標準，以正當化成員對其他人需加以遵守的要求和各種促使人們遵守的壓力形式。社會規則的外在觀點就是團體成員之實踐的觀察者之觀點；而內在觀點是此種實踐之參與者的觀點，他接受規則為行為的導引和批判的標準。²⁵

這段話充分顯示 Hart 對於社會規則與社會實踐的看法。他認為社會規則的存在，必定建立在某種形式的社會實踐之上，而社會實踐的形成，又必然包括兩個要素：社會成員的規律行為模式以及他們對此規律行為模式所產生的特殊規範性態度。所以，簡單的說，有關社會規則的理論，就是有關社會實踐的理論，而有關社會實踐的理論，就是有關社會成員之規律行為模式與規範性態度的實踐理論。有了這樣的認識之後，便不難理解 Hart 為何將社會規則理論稱為規則的實踐理論。

既然規則的實踐理論強調社會規則的存在取決於社會實踐的存在，社會實踐的存在取決於成員之行為模式與規範態度的互動關係上，那麼，我們不禁要問，社會成員的行為模式與他們規範態度之間的互動關係，到底是一種什麼樣的關係？是成員的規律行為模式引發他們的規範性態度？還是先有某種規範性態度之後，才形成規律的行為模式？這個問題，不但是說明社會規則之存在可能性的關鍵問題，

²⁵ Hart, *CL*, p255。本段翻譯乃參照《法律的概念》中譯本，許家馨、李冠宜譯（台北：商周出版社，2000年7月），319頁。以下簡稱《法律的概念》中譯本。

同時也是證立社會規則之規範可能性的核心問題。現在讓我們以 Hart 經常舉的「男士進教堂應該脫帽」的規則為例，來說明這個問題的爭議所在。

根據 Hart 的規則實踐理論，英國社會確實存在男士進教堂脫帽的社會規則，因為：1.英國社會已經形成男士進教堂脫帽的普遍社會實踐；2.這個社會實踐是由男士們進教堂通常會馬上脫帽的規律行為模式，以及社會成員對此行為模式產生某種特殊規範性態度所構成；3.這種特殊的規範態度，是對進教堂脫帽之行為模式的一種批判反思態度，它展現在社會成員對於遵從該行為模式的要求、偏離行為 (deviation) 的批判、和承認 (acknowledgement) 這種批判與要求的正當性上²⁶。然而，Hart 並未清楚說明社會實踐規則的外部行為模式與內在規範態度之間，究竟是一種什麼樣的互動關係。有時他似乎認為社會規則是由外在規律行為引發內在接受態度的一種社會實踐關係，譬如當他談到立法權威的社會實踐基礎時，就強調立法權威的形成，通常是先有成員對立法者 (雷克斯) 的普遍服從習慣事實，再逐漸產生普遍的接受態度，而類似進教堂脫帽這種簡單直接的慣例規則 (customary rules)，也是基於這種「行為→態度」的社會實踐關係所構成²⁷。不過有時候，Hart 似乎又傾向支持內在規範態度產生外部遵從行為的看法，例如在區別外在觀點與內在觀點時，他以交通號誌的紅綠燈為例，巧妙地比較兩者的不同。他指出，當同樣遇到紅燈亮的情況時，採取外在觀點的觀察者會把紅燈當作交通極可能停止的徵兆 (sign)，就好像烏雲是即將要下雨的徵兆一樣。反過來說，採取內在觀點的參與者則會把紅燈視為要求人們停下來的訊號 (signal)，因為這個訊號提供他們停下來的理由 (reason for stopping)²⁸。也就是說，在一般

²⁶ Hart, *CL*, pp55-7.

²⁷ Ibid., p58.

²⁸ Ibid., p90.

情況下，類似交通號誌這種社會規則，大多是社會成員先有「紅燈亮時應該停下來」的規範態度，接著才會形成遵守的規律行為。總之，以上這兩個例子清楚地顯示Hart在《法律的概念》裡，對外部規律行為模式與內在規範態度之間的互動關係，並未提出明確一致的看法。

Dworkin 敏銳地觀察到這個盲點，所以在另一篇文章「規則模式II」中，批評Hart的社會規則理論忽略了社會中有某一些規則，的確只是主張特定規範事態存在，卻毋需外部規律行為加以配合的規範規則（normative rules）。這些規範規則的存在基礎，不是來自社會成員共同主張某些規則的共識行為事實，而是來自他們共同接受規則背後的道德證立理由，足以對他們產生當為或義務的拘束力。此外，Dworkin 也指出，主張以外在行為事實作為規則存在的理由，是一種成規道德（conventional morality）的看法，它比較接近Hart所主張的社會規則法理論，而以內在規範判斷作為主張規則存在的證立理由，則是一種協同道德（concurrent morality）的看法，它才是真正能夠證立法律與司法義務的規範性法理論^④。所以，依照Dworkin的看法，內在的道德規範態度，才是規則存在的必要條件，而外在的行為模式，只不過是證立規則存在的其中一個薄弱的行動理由而已，它尚不足以提供好的立據（good ground），讓我們主張「有義務」或「必須」做規則所要求的行為。以男士進教堂脫帽的規則為例，Dworkin會說，人們之所以接受有這個社會規則存在，並不是因為其他人都這樣做的行為模式所致，而是因為有更好、更具說服力的內在道德理由，譬如對於神的崇敬，足以作為我們主張男士進教堂必須或有義務脫帽的規則存在條件。

④ Dworkin, *TRS*, pp48-58. 有關Dworkin對Hart社會規則理論的批評，筆者曾在〈Ronald Dworkin 與柔性法實證主義〉一文中做過詳細分析（見該文，57-58頁），故在此不擬再做深入討論。

持平而論，Dworkin把對Hart社會規則理論的批評重點，放在社會實踐無法證立義務觀念這個問題上，多少有誤導之嫌。Hart並不認為所有社會實踐規則都能產生義務的觀念，有一些規則，例如禮貌規則（rules of etiquette）或正確言談（correct speech）的規則，大多以「你應該脫帽」或者「說'you was'是錯的」這類不具義務評價的規範詞彙，來批評自己與他人的行為^⑤。不過，Dworkin的批評也並非毫無道理，至少在社會義務規則這部分，他的攻擊是一針見血的。Hart確實主張任何義務陳述背後必然存在一個社會規則^⑥，並且如同Dworkin所言，Hart傾向以社會實踐的事實作為義務觀念的存在條件。這個社會實踐的事實包括：堅持遵守規則的要求、制裁偏離行為的強大社會壓力、人們相信這些義務規則對於維持社會生活的重要性、以及在面臨義務與利益衝突時願意犧牲或放棄個人利益的特性^⑦。

Hart的義務理論，仍然沒有針對外部行為實踐與內在規範態度之間的互動關係，提出明確的說明。換句話說，他並未解釋義務觀念的產生，是由於堅持遵守之要求與強大社會制裁壓力所共同形成的規律行為模式，導致人們有理由相信這種行為模式不僅有利於社會生活的維持，同時更讓他們認為有義務犧牲個人利益來換取這種義務規則的持續存在；還是反過來說，是由於人們先有獨立的道德理由，相信他們有義務犧牲個人利益去成就某些事情，因此才主張某些規則存在，進而造成要求遵守規則的強大社會壓力與服從的行為模式。Dworkin顯然支持第二種看法，所以他認為社會實踐是規則的存在條件。反觀Hart，其原本的立場並不甚清楚，一直到了「後記」，他才有比較明確的表示^⑧：

⑤ Hart, *CL*, pp85-6.

⑥ *Ibid.*, p85.

⑦ *Ibid.*, pp86-7.

⑧ 這段「後記」的引述（Hart, *CL*, pp255-6），絕大部份是根據《法律的概念》中譯

Dworkin 對於我最初對社會規則的說明提出的某些批判，對理解法律而言，確實是正確而重要的。因此以下我將指出我現在所認為的，對我最初的說明所必須做出的重要修正。

1. Dworkin 認為，我的說明忽略了以下二者的重要差異：在團體的成規性規則中所展現出來的成規性共識（consensus of convention），以及在團體個別成員之主動一致的實踐中所展現出來的獨立信念的共識（consensus of independent conviction）。如果團體對規則的普遍遵守，是其個別成員接受規則的部份理由的話，此規則就是成規性的社會實踐；相對地，向團體共享的道德那樣的主動一致的實踐，不是由成規所構成，而是由團體成員普遍地持有相同但獨立的理由，且大家都基於這樣的理由來行動。

2. Dworkin 也正確地主張，我對於社會規則的說明，只能適用於在上述意義下的成規規則。這大大地限縮了我的實踐理論的範圍，而且我現在並不認為它對道德（不論是個人道德或社會道德）的說明是健全的。但儘管如此，這個理論對成規性社會規則的說明仍是可信的。這些社會規則，除了一般的社會成規（這些社會成規可能被認為具備或不具備法律強制力）之外，也包括了包含承認規則在內的某些重要的法律規則，而承認規則事實上就是一種司法上的成規規則，只有在法院加以接受並加以實踐，用以鑑別法律和適用法律時，它才能夠存在。相反地，被制定出來的法律規則能夠被承認規則所提供的判準鑑別為有效的法律規則，它們可以從被制定出來的那一刻起，而在真正被人們實踐出來之前，就以法律規則的姿態存在，從而實踐理論不能適用於它們。

這兩段話透露了幾個重要訊息：第一，規則的實踐理論是有關成

本的翻譯內容（320-321頁），不過筆者在兩個地方稍做修改。第一個地方是保留 Dworkin 的姓氏原文（中譯本譯為德沃金），第二個地方則是將 convention 翻譯為「成規」，而不是中譯本所譯的「慣習」。

規性規則，也就是社會成規的理論；第二，成規性規則的理論是主張，以普遍遵從的行為模式，作為團體成員接受社會成規規則存在的主要理由；第三，承認規則是一種司法實踐的社會成規規則，它的存在事實展現於，法院以鑑別法律和適用法律的實踐行為，作為接受承認規則存在的主要理由。

初步來看，Hart 在「後記」中對於規則的存在條件，的確做出比較清楚的宣示。他承認有些社會規則，正如 Dworkin 所批評的，並不以社會實踐的事實作為它們的存在條件，所以他在《法律的概念》裡所發展出來的社會規則理論，應該侷限在以社會實踐作為存在條件的社會成規規則。這種成規性的社會規則理論強調，外在實踐行為乃是促成社會成員接受成規規則存在的必要條件。換言之，在外部行為模式與內在規範態度的互動關係上，Hart 認為多數社會規則，都是由行為產生態度的成規性規則，而法體系的承認規則，同樣也是由司法實踐行為證立法院之規範接受態度的成規性規則⁴¹。

然而筆者認為，Hart 的「成規主義轉向」（conventionalistic turn）只解決了部份社會成規規則的存在證立問題，並未解決某些重要社會成規（例如承認規則）的存在證立問題。規律的行為模式，或許足以證立我們主張「買票應該排隊」、「男士進教堂應該脫帽」、「吃喜酒應該包紅包」、「在捷運電扶梯上應該靠右站立」等一般社會成規的存在，可是似乎還無法合理說明承認規則的存在可能性以及妥當證立它的規範可能性。儘管我們大多會同意，當排隊買票、進教堂脫帽、或吃喜酒包紅包的行為，逐漸不為人們所遵從時，這些成規規則自然不復存在，但是像承認規則這麼重要的基礎效力規則，如果多數法律公職人員不根據它的效力判準來鑑別法律，是不是表示承認規則「真的」不存在，或者它的存在是「有爭議的」？我想很多人都不會

⁴¹ Hart, CL, p267.

同意法律公職人員「有權」不依承認規則的判準來鑑別法律。這意味著，承認規則與一般社會成規有所不同，但問題就在於，兩者之間到底有何區別？是不是它的規範性基礎與一般成規規則有所不同？如果答案是肯定的，承認規則與其他成規最主要的差異是否在於，它是一種「課以司法義務」的成規規則？如果是，那麼純粹的司法實踐行為，是否足以作為法院「有義務」接受承認規則拘束的主要證立理由？Hart的規則實踐理論雖然能夠說明一般社會成規的存在條件，並且證立它們的規範性基礎，可是卻無法合理說明成規性的承認規則，是不是一種義務規則的重要關鍵問題³⁵。

³⁵ 可能有人會站在為Hart辯解的立場，提出這樣的反駁：不論在《法律的概念》本文或者「後記」裡，Hart都再三強調，人們可以基於任何動機或理由遵守社會規則的規範要求，而不必然需要某種強而有力的道德理由，來支持他們的服從行為與規範態度（CL, p114, p203, p257）。筆者基於以下幾點理由認為，這是一種似是而非的辯駁，並不具說服力。第一，Hart在這些相關脈絡中所指的是，多數社會成員可以基於各種不同理由，包括害怕被處罰的審慎理由（prudential reason），來遵守「一般的」社會成規規則，但其中並不包括承認規則在內。相反地，他倒是明白表示，法律官員對於承認規則的普遍接受態度，也就是基於內在觀點接受承認規則作為基礎效力規則的批判反思態度，乃是維繫法體系持續存在的必要條件。（CL, p116）第二，如果法律官員可以基於任何理由，包括害怕被批評或制裁的審慎理由在內，而根據承認規則來鑑別有效法律規範，那麼我們很難想像，承認規則對他們（特別是法官）能夠產生相當程度的「當為」拘束力，更遑論可以課予他們一定的司法義務（judicial duty）。第三，雖然官員們接受承認規則的規範性態度，不需要是一種道德上的接受態度，可是以外在司法實踐行為作為官員接受承認規則拘束的主要理由，相對來說，是過於薄弱的論點，它即使足以證立承認規則的當為主張，亦即能夠妥當證立「法官應該依承認規則R的效力判準V來辨識法律規範N」的當為判斷，也不足以充分證立法院「有義務」遵循承認規則的效力測準，來鑑別有效的法律規範。

二、柔性承認規則與道德的爭議性

「後記」除了修正社會規則理論之外，還針對承認規則能否包含道德效力判準的問題，提出進一步回應。Hart坦承他在《法律的概念》裡對於法律原則的問題著墨太少，但否認承認規則理論是一種剛性的系譜理論³⁶。他站在「柔性法實證主義」（soft positivism）的立場，明白宣示這樣的看法：『承認規則可以將道德原則或實質價值包括進來，作為法效力的判準；所以我的理論是屬於所謂的「柔性法實證主義」，而不是Dworkin版的「單純事實」之法實證主義（'plain-fact' positivism）。』³⁷另外，他也針對Dworkin道德爭議性論證所提出的兩項重要批評，分別加以反駁。

Dworkin的第一項批評指出，柔性法實證主義容許承認規則安置具有爭議性的道德原則判準，不但與法實證主義理論所描繪的法律圖像（picture of law）——亦即建構可靠而明確之公共行為標準的圖像——不相一致，同時也違背了承認規則為補救法體系之不確定性弊病而存在的主要功能³⁸。對此，Hart提出以下反駁：

在我看來，（Dworkin）對柔性實證主義的這個批判似乎誇大了以下二點，即一個想要維持自身主張一致性的法實證主義者，對法律標準之確定性所須要求的程度，以及如果法效力判準包含特定道德原則或價值，所導致的不確定性。當然，承認規則的重要功能確實是要提昇我們探求法律時的確定性。……但是，不計任何代價犧牲其他價值來排除所有的不確定性並不是我對承認規則所設想的目標。我在這本

³⁶ Hart, CL, pp258-9.

³⁷ Ibid., p250；《法律的概念》中譯本，313頁。

³⁸ Dworkin, 'A Reply by Ronald Dworkin', in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Marshall Cohen, ed. (London: Duckworth, 1984), p248.

書中曾明白地表示，或者我至少希望明白地表示，承認規則本身以及其所鑑別出來之特定法律規則，可以有可爭辯之不確定的「陰影地帶」(penumbra) ③。

Hart 毋寧是強調，承認規則和其他法律規範一樣，在適用上都有所謂「開放文絡」(open texture) 的模糊地帶，因此不是每一件案子都能形成確定無爭議的判決結果④。他指出，承認規則的解釋與適用，難免會產生某種程度的不確定性，但只要在可容忍的範圍之內，不論剛性或者柔性承認規則，依然可以善盡明確鑑別法律規範的重要職責。再者，雖然法官們對於柔性承認規則的道德效力判準，極可能因為各自不同的解讀，而形成見解不一的情況，然而就此道德效力判準本身，是否是一種司法成規事實的問題來看，他們的意見可能是一致的⑤。由此可見，Hart 和其他柔性法實證論者同樣認為，柔性承認規則是否存在，跟對它的解釋適用是否有爭議，分屬兩個不同層次的問題，不可混為一談⑥。

③ Hart, *CL*, p251; 《法律的概念》中譯本，314-315 頁。

④ Hart, *CL*, pp124-36; pp147-54.

⑤ Ibid., pp258-9.

⑥ 在柔性法實證主義的支持者當中，Jules Coleman 可說是在這個問題上著力最深的法哲學家。他認為 Dworkin 的詮釋理論混淆了規則本身與規則適用這兩個不同層次的法哲學議題，前者是有關規則是什麼的存在認識問題，後者才是有關在規則底下是什麼的詮釋問題，參見 Coleman, 'Authority and Reason', in Robert George, ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford University Press, 1996), pp294-6; 'Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis', 4 *Legal Theory* (1998), pp381-425, at p410; *The Practice of Principle: In Defence of Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press, 2001), pp116-7。另外，Matthew Kramer 也提出類似的主張，參見 Kramer, 'Coming to Grips with the Law: In Defence of Positive Legal Positivism', 5 *Legal Theory* (1999), pp171-200, at pp178-84 (強調法官對於承認規則效力判準的分歧看法，必須建立在他們對於這個最主要判準是什麼有一致共識的前提背景上，否則就會形成一種「無法無天」(lawlessness) 的狀況。)

Dworkin 的第二項批評，則指向道德客觀性的問題。他認為柔性承認規則理論，已經明顯違背法實證主義所主張的分離命題論旨，因為柔性論者承認『法律命題的真，有系統地取決於道德命題的真之上，前者的真包含在，或者部份地包含在後者的真上面。所以法與道德的本體上分離是失敗的，為了認定在這樣一個體系中（筆者按：指包括道德效力判準的法體系），具有法律上的事實(legal facts)，勢必也同樣要認定具有道德上的事實(moral facts)。』⑦ Dworkin 的言下之意是說，柔性法實證主義論者將鑑定法律命題真偽的條件，全部或者部份建立在道德命題為真的前提上，與他們堅稱法律和道德之間無必然關連的論旨是自相矛盾的。對於這項質疑，Hart 的回應是：

我仍舊認為，法理論應該避免牽涉到探討道德判斷之一般地位的具爭議性之哲學理論，並且……應該使下述之一般問題保持開放：道德判斷是否具有 Dworkin 所稱之「客觀的基礎」？因為無論對這個哲學問題的答案是什麼，法官的義務都是相同的，那就是，對任何他可能必須做出決定的道德議題，做出最佳的道德判斷⑧。

這段回應充分印證了 Joseph Raz 最近對 Hart「後記」所做的一段評述是正確的。Raz 認為 Hart 在處理有關法與道德之關係的問題時，一向秉持兩個哲學上的信念，一個是對倫理學以及所有評價判斷存疑的信念，另一個則是對法律客觀性的信念⑨。不過話又說回來，倘若 Hart 堅持道德是否有客觀基礎的問題，是一個開放性問題的話，那麼他又如何能合理說明柔性承認規則的道德判準，在「一定程度」內，依然可以明確鑑別有效的法律規範？面對這個問題，Hart 的立場就顯得搖擺不定，因為他接著說：

⑦ Dworkin, *TRS*, pp348-9.

⑧ Hart, *CL*, pp253-4; 《法律的概念》中譯本，317-318 頁。

⑨ Joseph Raz, 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison', 4 *Legal Theory* (1998), p253.

如果法理論對道德判斷之客觀基礎的問題保持開放，……那麼以下的問題也必須保持開放，即就主張與道德原則或價值的一致，可以成為對既存法律的測試判準的「柔性法實證主義」來說，這種判準是否真能發揮測試法律的效果？或相反地，它只能夠為法院指出方向，要求法院以符合道德的方式來創造法律？⁴⁶

就這個問題而言，Hart 的回答似乎語帶保留，因為他並不排除以下的可能性：亦即當柔性論者對於道德客觀基礎抱持開放態度時，承認規則的道德效力判準，有可能搖身一變，成為法院「創造」法律的道德指引，而非「測試」法律的判準。這是否意味著，Hart 對於他先前所認同的柔性法實證主義理論，開始產生懷疑？也就是說，如果柔性法實證主義的法理論，無法在一定範圍內或某種程度上，證立客觀道德共識是可能的話，那麼法院以道德判準檢驗所謂有效法律規範，其實本質上就是一種司法造法（judicial law-making）的行為。

在此，可能會浮現一種說法為 Hart 的柔性論立場辯護。這種說法大致是這樣的：既然柔性承認規則的存在與其解釋適用的道德分歧性，分屬不同層次的問題，就算柔性論者對於道德客觀性問題，抱持懷疑甚至否定的態度，仍舊不會損及他們主張柔性承認規則的客觀存在事實，能夠辨別法律命題真偽的基本立場。筆者認為，這是將道德適用爭議性和道德無客觀性這兩個不同性質的問題，混為一談的過於簡化的看法。Hart 強調柔性承認規則的法效力判準，不論是實質的道德判準或形式的系譜判準，都有所謂「開放文絡」⁴⁷，也就是存在具爭議性的陰影部份以及不具爭議性的「核心意義」（core meaning）部份。所以，即使道德判準本身，也有一個固定、不受爭議的意義存在，假設連這個最底線（bottom-line）的道德共識都加以揚棄，Hart 又

⁴⁶ Hart, *CL*, p254；《法律的概念》中譯本，318 頁。

⁴⁷ Hart, *CL*, p252.

如何能合理主張，柔性承認規則在「一定容許範圍」內，可以明確鑑別某些法律規範？有鑑於此，筆者比較傾向同意 Matthew Kramer 的看法，認為如果 Hart 想要繼續堅持柔性法實證主義的立場，不但沒有必要消極地迴避道德客觀性的問題，使得他的法理論陷入取捨兩難（ambivalent）的困境，反而應該積極地主張許多道德命題都有真偽可辨的正確答案，如此，一來可以化解法律客觀性與道德客觀性難以相容的質疑，二來也不會抵觸法與道德在概念上無必然關連的分離命題論旨，因為畢竟，柔性承認規則的道德效力判準，並不是每一個法體系都必須具備的合法性條件⁴⁸。

綜觀「後記」對承認規則理論所做的修正，Hart 留下兩個重要的爭議問題。首先是承認規則具何種規範效力的問題，其次是柔性承認規則理論是否應該支持道德客觀性論證的問題。這兩個問題都和承認規則的規範性證立基礎有關，前者涉及承認規則的規範效力，是否只能產生提供行動理由的當為效力？還是能夠形成具有排他性的義務拘束力？後者則牽涉到，如果柔性法實證主義支持道德效力判準具有一定客觀基礎，它能否繼續堅持法與道德無必然關連的基本立場？針對第二個問題，Hart 明白表示反對立場，認為柔性法實證主義沒有必要支持某種道德客觀性理論。這種對道德客觀基礎的開放態度，雖然最後迫使他不得不對柔性法實證主義也抱持開放、懷疑的態度，可是誠

⁴⁸ Matthew Kramer, *supra* n. 41, pp190-200. Jules Coleman 與 Brian Leiter 也持類似看法，並且主張所謂「溫和的客觀性」（modest objectivity）觀點，強調法律的客觀性可以——但並不必然——建立在某種溫和的道德客觀性基礎之上，參見 Coleman and Leiter, 'Democracy, Objectivity, and Authority', in Andrei Marmor, ed., *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* (Oxford University Press, 1995), pp203-78, at pp265-74. 但也有學者指出，Hart 對道德客觀性問題保持開放態度，並不表示他完全否認某種道德客觀論的存在可能性，故不影響其柔性法實證主義的貫通立場，參見 Kenneth Einar Himma, 'Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms', 5 *Legal Theory* (1999), pp415-34, at pp425-9.

如剛才所言，即使 Hart 爲了要繼續堅持柔性法實證主義與柔性承認規則的法理論，而主張道德具有某種客觀基礎，也不因此動搖法與道德無必然關連的基本立場。至於第一個問題，筆者認爲才是有關承認規則規範性的核心問題，因爲它涉及到承認規則具有何種規範效力以及如何妥當證立該種規範效力的爭議。

肆、承認規則的規範性

Hart 的規則實踐理論強調，法律公職人員的外部行爲模式與內在接受態度，是承認規則作爲一種社會成規規則的必要存在條件，而由外部成規行爲產生內在規範態度的社會實踐關係，則是承認規則規範性的證立基礎。這樣的看法，在英美法哲學界分別引發反對與支持的聲浪。持反對立場的法哲學家，譬如 Ronald Dworkin，認爲以行爲爲實踐證立規範態度的社會成規理論，無法妥善證成司法義務的觀念，故難以對法官形成強大的拘束力。支持 Hart 見解的法哲學家，例如 Jules Coleman、Andrei Marmor 等法實證主義學者則認爲，承認規則作爲一種司法實踐的社會成規規則，是一種課與義務的成規規則⁴⁹。

雙方的爭執焦點，簡單地說，是有關外在行爲能否證立內在義務觀念的關鍵問題。對此，Hart 只是一再強調，社會成員的外部規律行爲模式，是他們內心接受成規規則作爲其行爲指引的主要證立理由，而他們對成規規則的接受態度，則是由內在觀點、內在面向、以及內在陳述所共同形成的一種特殊的規範性態度，至於這種態度如何才能進一步產生義務的觀念，Hart 事實上並未提出確切的看法。是以，在

⁴⁹ Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press, 2001), pp84-100; Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford University Press, 2001), pp28-34.

本文的最後這一部份，筆者將藉由探討內在規範態度的形成因素與成規行爲能否證立規則接受態度的問題，檢視 Hart 對於承認規則規範性的主張，是否具有理論上的貫通性。

一、內在觀點、內在面向、與內在陳述

對 Hart 來說，內在觀點是形成內在規範態度的必要條件。從採取內在觀點之主體的角度來看，它是接受和運用社會規則作爲其行爲指引的一種參與者（participant）觀點⁵⁰；從內在觀點所評價之對象的角度來看，它是反省與批評自己或其他人之偏離行爲的一種反思批判（reflective critical）觀點⁵¹；而從內在觀點之具體內容的角度來看，它是社會成員根據各式各樣的行動理由（reasons for action），指導他們從事社會生活行爲的一種賦予理由的（reason-giving）觀點⁵²。所以，整體來說，內在觀點是從內部參與者的立場，基於各種行動理由的考量，將團體成員之規律行爲模式視爲反思批判的行爲標準，以作爲指導自己和他人行爲之準繩的一種規範性觀點。就拿男士進教堂脫帽的行爲模式爲例，它之所以與週末上戲院看電影的一般行爲習慣有所不同，其中的主要差異就在於，進教堂脫帽的行爲模式蘊含了行爲人的內在觀點，社會上大多數人都會從進入教堂者的立場，提出各式各樣的理由，接受脫帽行爲是要求他們遵從與作爲正當批判標準的行爲指引。反觀週末看電影的行爲習慣，由於欠缺這種內在觀點的支持，所以無法成爲具有參與性、反思批判性、和賦予理由性的社會規則。

筆者認爲，在參與者、批判反思標準、和提供行動理由這三種內

⁵⁰ Hart, *CL*, p89; p255.

⁵¹ *Ibid.*, pp56-7.

⁵² *Ibid.*, p90; p256.

在觀點的構成要素當中，前兩者是所謂「規則內在面向」（the internal aspect of rules）的認知性條件（cognitive condition），也就是區別規則行為與習慣行為的基本認識條件；至於提供行動理由的要素，則是規則內在面向的實踐條件（practical condition），亦即促使規則行為實際上被遵守，以及持續被當作制裁偏離行為之正當理由的動機性條件（motivational condition）。於是，內在觀點和內在面向構成互為表裡的關係，行為人的內在觀點反映了規則的內在面向，規則的內在面向則凸顯出行為人的內在觀點，兩者緊密地結合在一起，透過「應該/不應該這樣做」、「必須/不得那樣做」、「這是對的」、「那是錯的」、「這是有效法律」等規範語句所組成的內在陳述（internal statement），共同表達「接受」某種行為模式為社會生活之共同標準的特殊規範態度⁵³。可見，規範性態度作為判斷社會實踐與社會規則是否存在的其中一項必要條件（另一項條件是規律行為模式的事實），其本身係結合行為人的內在觀點、規則的內在面向、以及規範性的內在陳述這三個基本要素，所整體展現出來的一種規則接受態度。

有不少人認為，在Hart所使用的語彙中，內在觀點、內在面向、和內在陳述是大同小異的觀念，這樣的看法即使不是完全錯誤，至少也不全都是正確的。雖然它們是形成某種圓滿的規範接受態度的必要條件，不過在概念上，三者是可以清楚區分的。內在觀點是行為人個人對自己或其他人的某些固定行為模式，所採取的一種反思批判的實踐觀點。在每一個人的心中，或多或少對某些事情都存有這樣的內在

⁵³ 這個特殊規範態度，可以從Hart以下的這段論述中，窺其全貌：「人們接受特定的規則……所必要的條件是，對於特定行為模式被視為共同標準，應持有反思批判的態度，而這個態度應在評論中（包括自我批判）表現出來，以及對遵從的要求，和承認這樣的批判與要求是正當的；而所有這些我們在以下規範性術語之中，找到其獨特之表達，即「應當」（ought）、「必須」（must）與「應該」（should），「對的」（right）和「錯的」（wrong）。」（Hart, CL, p57；《法律的概念》中譯本：77頁）

觀點，例如有些人認為吃素是利人利己的良好飲食習慣，所以把它視為自己和其他人應該身體力行的行為標準，就是一種典型的內在觀點。然而，有內在觀點並不表示必然有相對應的規則存在，因為內在觀點只是單純從「一位」參與者的立場，對於某些個人或團體成員的規律行為，採取一種個別的（individual）批判反思觀點。這種個別的內在觀點，需要進一步獲得多數社會成員的認同，才有可能形成團體（group）的內在觀點⁵⁴。而這種集體的、共同參與的內在觀點，倘若再配合多數成員身體力行的行為實踐，才有可能形成Hart所說的社會成規規則，進而彰顯出規則的「內在面向」。所以，簡單地說，規則的內在面向乃是社會成員集體的內在觀點投射於規律行為模式之上，所反映出來的一種特殊規範面向。

所謂的內在陳述，從Hart的行文脈絡中可以看出，是指那些使用規範語句的判斷性陳述（judgmental statement）。它同樣可以進一步區分為個人的與非個人的（impersonal）內在陳述。個人的內在陳述是根據個別內在觀點所表達出來的規範性陳述，它通常與陳述者本人的價值觀、欲望、或私人偏好有關，例如「為了健康著想，我應該經常運動」的陳述便是，所以基本上，個人的內在陳述不涉及規則陳述的問題。相對地，非個人的內在陳述則往往與公領域（public domain）的生活有關，並且需要相當程度之團體內在觀點的支持，才能形成具有規範拘束力的內在陳述。非個人的內在陳述可以是針對道德議題的道德陳述（比方「墮胎在道德上是不對的」、「子女應該孝順父母」、「做人應該有誠信」），也可以是針對法律規定的法律陳述（例如「酒醉駕車是違法行為」、「結婚應有公開儀式、兩人以上證人」、「法律行為，有背公共秩序或善良風俗者，無效」），更可以是針對規則的規則陳述（譬如「買票應該排隊」、「喝喜酒應該包紅包」、

⁵⁴ Neil MacCormick, *H. L. A. Hart* (Stanford University Press, 1981), p35.

「男士進教堂應當脫帽」、「三次好球必須被判出局」)。這些不同性質的內在陳述之所以全都屬於非關個人的規範性陳述,除了因為它們普遍與公領域生活有關之外,更重要的一點是,在它們背後都存在著某種支持其規範判斷的基礎(foundation)。道德陳述的背後,通常有一個或一組道德原則作為這些陳述的道德基礎(moral foundation);法律陳述的背後,往往以法律規定或司法判決作為判斷的法律基礎(legal foundation);而規則內在陳述的背後,則經常以社會實踐作為它的社會基礎(social foundation)⁵⁵。換句話說,內在陳述並非社會規則特有的陳述,社會規則所表現出來的內在陳述,只是眾多非關個人之內在陳述中的其中一種陳述而已,其背後的支持基礎,是由社會參與者的內在觀點、規則的內在面向、以及社會成員的規律行為模式所共同形成的社會實踐基礎。

總之,Hart對於規則內在接受態度的看法,是從內在觀點、內在面向、以及內在陳述這三方面著手。三者之間的關係雖然密切,但在概念上依然可以清楚區別。內在觀點是行為人個人如何看待規律行為模式的一種實踐觀點,它必須獲得大多數社會成員的認同,形成某種集體的社會參與者觀點(social participants' point of view)之後,才能進一步投射在成員的行為模式之上,反映出規則的內在面向;而根據內在觀點與內在面向所主張的內在規範陳述,則是規則接受態度的具體展現。

二、成規主義與義務的觀念

根據以上的分析,Hart的規則接受態度是由社會參與者的集體內

⁵⁵ 在此,為了區別上的方便,筆者特意將Dworkin所主張的規範規則,排除在以社會實踐為基礎的規則之外,因為筆者相信,Dworkin會認為規範規則的支持基礎,是一種道德原則的基礎。

在觀點、規則的內在面向、以及規範性的內在陳述所組成,它與社會成員的規律行為模式共同形成社會實踐的事實,進而驗證成規性規則的存在可能性。此外,Hart也主張成規規則的規範可能性(normative possibility),係建立在外部行為證立內在接受態度的社會基礎上,亦即認為社會成員的行為規律事實,乃構成內在規範態度的重要理由。由此可見,Hart在「後記」裡,已明顯轉向支持所謂「成規規範性」(conventional normativity)的主張,也就是認同「成規性即規範性」(conventionality as normativity)的看法⁵⁶。

筆者認為,Hart的成規主義轉向,除了是為回應Dworkin規範規則理論的批評⁵⁷之外,同時也希望藉此明白宣示他對於社會規則規範

⁵⁶ Gerald Postema在最近一篇文章中指出,Hart對於法律與規則之規範性的說明,是一種失敗的「社會規範性」(social normativity)觀點,因為他認為一個真正的(genuine)規範性概念,必定是一種賦予理由的規範性(reason-giving normativity)概念。據此,Postema強調,Hart的社會規範性主張缺乏提出任何一個「特定的」理由,來妥適說明法律與社會規則的規範性格。所以他認為,Hart的社會規範性命題,充其量只不過是對於社會規則之实效性條件(the conditions of effectiveness of a social rule)的正確說明而已,並非針對社會規則規範性所做的一種賦予理由的有力主張。參見,Gerald Postema, 'Norms, Reasons, and Law', in M. D. A. Freeman, ed., *Current Legal Problems 1998: Legal Theory at the End of the Millennium* (Oxford University Press, 1998), pp151-9。基本上,Postema就規範性這個概念所提出的看法是正確的,規範性的概念,誠如接下來在本文論述中即將提到的,的確是一種關係性、賦予理由性的概念,因此,如欲解釋或者證立某種規範命題的規範性基礎,勢必得提出一定的理由,才有可能建構一套完善的規範性論證。然而,筆者認為Postema對於Hart,或者至少對後期的Hart所做的批評,是有失公允的。我同意在《法律的概念》裡,Hart確實如Postema所言,主張所謂社會規範性的觀點,可是到了「後記」,他已明確主張外部成規行為是證立社會規則規範性的主要理由。因此,持平而論,Hart對於法律與社會規則規範性的看法,乃是從社會規範性的模糊立場,轉向所謂「成規規範性」的明確態度。至於這種成規規範性的看法,是否真能妥當證立成規規則的規範性格,則是另外一個問題。

⁵⁷ 依照Dworkin的看法,社會中所存在的規則,至少包括規範規則與Hart所說的社會規則,規範規則的存在可能性與規範可能性,完全取決於一定規範事態的發生,

性的看法。蓋在《法律的概念》裡，Hart 未對如何證立社會規則之規範效力的問題，提出確切的看法，以致於有很多人認為，內在觀點就是社會規則的規範性基礎。這是一種過度簡化、似是而非的看法，因為它對於規範性的意義，缺乏通盤的認識與理解。所謂的規範性，是指建立在關係與理由之上的（relation- and reason-based）一種屬性，這樣的屬性告訴我們是否應該或者有義務去做或不做一定行為。因此，從形式的認知意義來看，規範性具有確認關係、提供理由、與做出當為判斷的屬性⁵⁸。表面上看起來，內在觀點確實符合這種形式意義的規範性說明，因為它是建立在參與者關係之上，提出理由作為反思批判依據的當為觀點。可是另一方面，誠如 Raz ⁵⁹所指出，有關規範性的證立問題，就是有關理由證立的問題，而規範性的說明，最終不外乎是為了說明「什麼是一種理由」（what it is to be a reason），以及說明「與理由相關的令人困惑的問題」（related puzzles about reasons）⁶⁰。這個與理由相關的「令人困惑的問題」是指，究竟是實質的理由

因此不必有相對應的行為實踐確實存在；相對地，社會規則的存在可能性與規範可能性，則取決於一定事實事態（規律的行為模式）的發生，因此必須以社會實踐作為它的存在條件與規範性基礎。參見 Dworkin, *TRS*, p51。

⁵⁸ Jonathan Dancy, ed., *Normativity* (Blackwell, 2000), "Editor's Introduction", vii - ix.

⁵⁹ Raz 的研究取向，一直與規範性的證立問題有密切關連。他早期的研究興趣集中在法律規範性的議題上，從第一本著作 *The Concept of A Legal System* (Oxford University Press, 2nd ed., 1980) 開始，Raz 便主張所謂超然觀點（detached point of view）來解釋法律的規範性格。隨後，在另外兩本著作 *The Authority of Law* (Oxford University Press, 1979) 和 *Practical Reason and Norms* (Princeton University Press, 1991) 中，他更提出法律權威是一種排他性實踐理由（exclusionary practical reason）的觀點，從此奠定他在法哲學界的重要地位。最近幾年來，Raz 開始研究最核心的規範哲學理論，嘗試探索有關價值、理由、與行動背後的規範性證立問題，並於 1999 年出版了 *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press, 1999) 這本書。

⁶⁰ See Joseph Raz, 'Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason', in Dancy, supra. n.57, p35, also in Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press, 1999), p67。

還是形式的理由，比較能夠融貫地說明與證立規範性的意義⁶¹。然而，不管基於形式或者實質的理由，我們總是得要提出「某種」理由，才能做為規則、權威、或道德之規範性的證立依據⁶²。

Hart 的內在觀點理論，對於是否應該提出某種理由來說明法律和社會規則的規範性基礎，一直保持開放的態度。他認為人們可能基於許多不同考量，包括長期利益的計算、對他人無私的關懷、不經反省的習慣或傳統的態度，或者只是想要跟著別人走等各式各樣的理由，來表現他們對法體系的忠誠（allegiance）⁶³。這種對法律規範性之證立理由保持中立的立場，固然有利於 Hart 一貫主張道德理由並非人們接受法律權威之必要理由的看法，可是相對來說，也削弱了內在觀點的說服力。這其中的主要原因就在於，Hart 自始自終都未曾說明，他所列舉的這些理由與考量，何以能夠形成當為性或義務性的內在陳述。雖然他後來轉向認為，規律行為模式乃證立成規規則規範性的主要理由，可是，假設他認為「跟著別人走」或「跟著別人一起做」這個理由，是形成內在觀點與內在陳述的最低限度理由（minimum reason），他需要另外提出一套言之成理的說詞，來說服人們相信為何這個最低限度的理由，足以讓他們接受法律和社會規則的當為規範判斷。因為一般而言，在直觀上，我們通常不會基於別人都這樣做的理由，就認為自己和其他人「應該」或者「有義務」這樣做，除非在這種直觀的一階行動理由（first-order reason for action）背後，存在某種二階的（second-order）當為實踐理由，足以讓我們相信，跟著別人做是「對的」、「應該的」、「有必要的」、或是「好的」。Hart 的內

⁶¹ Raz 駁斥實質理由的理論，認為以此證立規範性問題，終究會導致無貫通性（incoherence）的結果，因此，他個人主張以帶有工具價值性格的形式理由原則，來解釋與證立各種規範現象。參見：Dancy, *ibid.*, pp49-58, or Raz, *ibid.*, pp81-8。

⁶² Dancy, *ibid.*, p34, or Raz, *ibid.*, p67.

⁶³ Hart, *CL*, p203；《法律的概念》中譯本，257 頁。

在觀點論證與規則實踐理論，正是欠缺一套二階的後設理論，來做為成規規則的規範性證立理論。

同樣地，有關官員們接受承認規則作為共同效力標準的內在規範態度，Hart 也迴避它的後設證立問題，甚至還提出外在陳述的論點，企圖掩飾這個難題所帶給他的困擾。他說：

主張承認規則存在的說法，只能是一種外部的事實陳述。儘管當體系內其他從屬於承認規則的規則，可以在被人們普遍漠視時繼續有效，或說繼續「存在」，只因它單單符合承認規則之判準，承認規則存在的型態，卻必須是法院、政府官員和一般人民，在援引其所含判準以鑑別法律時，所為之複雜但通常是一致的實踐活動本身。承認規則的存在是事實問題⁶⁴。

的確，承認規則是否真正存在，是一個事實認定的問題。任何人，包括法官或政府官員這些參與者，都可從觀察者（observer）的角度，來描述一個法體系的承認規則，是否被它的法律官員有實效地（effectively）遵守著。可是，我們如果想要從外在觀點描述承認規則的存在可能性，其基本前提是，我們必須能夠先從內在觀點證立它的規範可能性。換句話說，Hart 需要提出「某種」內在觀點理由，說服官員們認同他們「應該」或「有義務」遵守承認規則的效力判準來鑑別法律，如此才有「立據」（ground）讓過去承認規則所形成的司法實踐，於當下以及未來的時空中繼續存在。

儘管 Hart 後來在「後記」裡面強調，承認規則係建立在「司法部門內成規性共識」（conventional form of judicial consensus）的基礎上，並且認為司法同僚以及司法前輩們過去都這麼做的事實，乃是法官繼續適用承認規則識別法律的其中一個理由⁶⁵。然而，這種主張成

規行為證立承認規則規範性的看法，誠如筆者先前所言，是非常薄弱的論點。如果 Hart 認為承認規則的規範性格，本質上是一種成規的規範性，他需要在這個主張之上，建構一套具有說服力的成規主義（conventionalism）理論，如此，才能合理說明承認規則的規範可能性。否則，單純的司法成規行為，不僅難以妥當證立承認規則的當為性格，更遑論能進一步主張承認規則是一種課予義務的成規性社會規則。

伍、結語

最後，總結本文對於 Hart 承認規則理論所做的分析與檢討，筆者簡單歸納出以下幾點結論：

1. 在 Hart 的法概念論中，承認規則是補救法體系不確定性弊病的二次效力規則，其主要任務是鑑別包括原初義務規則與其他二次授權規則在內的有效法律規範。做為法體系鑑別有效法律的最高終極規則，承認規則不是授與權力的規則，亦即並非法律公職人員有權決定遵守與否的任意性規則，而是官員們從內在觀點接受它作為辨識有效法律之共同標準的成規性規則。此外，承認規則的法效力判準，除形式的系譜判準之外，還可包括實質的道德原則判準。如此一來，法律公職人員不僅能透過系譜判準鑑別有效法律規則，同時也可根據實質道德判準鑑別有效法律原則。

2. Hart 的承認規則理論是一種柔性的、包容的（inclusive）承認規則理論，它強調在某一些法律體系，道德原則可以做為判斷法律命題（propositions of law）是否為真的合法性條件（conditions of legality）。這種柔性法實證主義的立場，在面對 Dworkin 道德分歧性論證的嚴峻挑戰時，必須提出有力的反駁論點，才能貫徹其學說的融貫性。對此，Hart 於「後記」中特別從兩方面來回應 Dworkin 的批評：

⁶⁴ Hart, CL, p110；《法律的概念》中譯本，143 頁。

⁶⁵ Hart, CL, p267。

首先他指出，當法官適用承認規則的道德效力判準發生爭議時，非但不表示承認規則不存在，反倒更加印證承認規則是奠立在司法共識行為事實之上的社會成規規則；其次，Hart認為柔性法實證主義不需要支持某種道德客觀性的學說，這個看法雖然迫使他不得不對柔性實證主義的理論貫通性開始有所質疑，可是誠如先前所言，即便Hart主張道德具有一定的客觀基礎，也不因此影響他堅持法與道德無必然關連的分離命題立場。

3. 將承認規則視為司法成規規則的規則實踐理論，儘管能夠合理說明承認規則的存在可能性，但是以法律官員的外部成規行為模式，作為形成他們內在規則接受態度的主要理由，尚不足以妥當證立承認規則的規範可能性。筆者以為，在Hart的法理論中，規則的接受態度乃是內在觀點、內在面向、以及內在陳述的共同產物，其中，內在觀點為形成社會成員之特殊規範性態度的前提要件，它不僅是一種社會參與者的批判反思觀點，更是提供某種「當為」或者「義務」理由的實踐觀點。而單純以「別人這樣做」的成規行為事實，作為規則接受態度的證立理由，在一般直覺上，都已經很難妥當證成「因為別人這麼做，所以大家應該這樣做」的內在當為陳述，更遑論能夠產生「因此所有人都有義務這樣做」的義務拘束效果。職是之故，Hart需要提出一套類似 Jules Coleman 或 Andrei Marmor 所主張的成規主義理論⁶⁶，作為其社會成規理論的二階後設學說，如此才能在外在成規行為的事實基礎上，妥善證立承認規則的規範效力。

⁶⁶ 無論 Coleman 或者 Marmor 都強調，承認規則是一種課與義務的成規規則。同時他們也認為，承認規則所產生的司法義務，並非如 Dworkin 所言，是一種政治道德義務。不過兩人對於承認規則的司法義務性質，卻有相當不同的看法。Coleman 主張它是為協調司法實踐活動所必須的協調性義務 (coordination duty) (Coleman, supra. n.48, pp92-6)，Marmor 則認為它是為說明承認規則是一種構成性成規 (constitutive convention) 所必須的構成性義務。(Marmor, supra. n.48, pp30-3)

參考文獻

中文文獻

- 林文雄，〈探討自然法的意義〉，載：《月旦法學雜誌》第六十四期（2000年9月），48-54頁。
- 哈特，〈《法律的概念》中譯本，許家馨、李冠宜譯（台北：商周出版社，2000年7月）。〉
- 莊世同，〈Ronald Dworkin 與柔性法實證主義〉，載：《月旦法學雜誌》第六十四期（2000年9月），54-69頁。
- 莊世同，〈論法律原則的地位：為消極的法律原則理論而辯〉，載：《輔仁法學》第十九期（2000年6月），1-66頁。
- 顏厥安，〈再訪法實證主義〉，收錄於《法理學論叢—紀念楊日然教授》（台北：元照出版公司，1997年），539-642頁。
- 顏厥安，〈基礎規則與法律詮釋——一個理論與實務的綜合檢討〉，收錄於《固有法制與當代民事法學—戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集》（台北：三民書局，1997年8月），629-666頁。

英文文獻

- Cohen, Marshall
1984 ed., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth,)
Coleman, Jules

- 1996 'Authority and Reason', in Robert George, ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford University Press), pp287-319.
- 1998 'Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis', 4 *Legal Theory*, pp381-425.
- 2001 *The Practice of Principle: In Defence of Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press)
- Coleman, Jules and Leiter, Brian
- 1995 'Democracy, Objectivity, and Authority', in Andrei Marmor, ed., *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* (Oxford University Press), pp203-78.
- Dancy, Jonathan
- 2000 *Normativity* (Oxford: Blackwell).
- Dworkin, Ronald
- 1978 *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth)
- 1986 *Law's Empire* (London: Fontana Press)
- Hart, H. L. A.
- 1994 *The Concept of Law*, 2nd ed., with a Postscript edited by P. A. Bulloch & J. Raz (Oxford University Press, 1994)
- Himma, Kenneth Einar
- 1999 'Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms', 5 *Legal Theory*, pp415-34
- Kramer, Matthew
- 1999 'Coming to Grips with the Law: In Defense of Positive Legal Positivism', 5 *Legal Theory* (1999), pp171-200.
- MacCormick, Neil
- 1981 *H. L. A. Hart* (Stanford University Press)

Marmor, Andrei

2001 *Positive Law and Objective Values* (Oxford University Press)

Postema, Gerald

1998 'Norms, Reasons, and Law', in M. D. A. Freeman, ed., *Current Legal Problems 1998: Legal Theory at the End of the Millennium* (Oxford University Press, 1998), pp149-79.

Raz, Joseph

1998 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison', 4 *Legal Theory*, pp249-82.

1999 *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press)