

政治與社會哲學評論

第 1 期 2002 年 6 月 頁 43-84

SOCIETAS: A Journal for Philosophical Study of Public Affairs

No. 1, June 2002, pp. 43-84

法律的規範性與法律的接受 *

莊世同

The Normativity of Law and the Acceptance of Law

by

Shih-Tung Chuang

* 本文原以〈法律規範性的初步反省：論規則與法律的內在接受態度〉為題，發表於「第一屆台灣法理學學術研討會：台灣法理學之承傳與展望」會議中（台北，台灣法理學學會、台灣大學法律學院法律與社會中心主辦，台灣本土法學雜誌社協辦，2002 年 1 月 12 日）。感謝研討會上多位與會學者以及兩位匿名審稿人對本文提出寶貴的批評與指正，使筆者獲益良多，除了得以進一步釐清文中若干未盡清楚的論點之外，並因此修改了本文的篇名。當然，任何錯誤與疏漏之處，概由作者自負其責。

收稿日期：2002 年 3 月 19 日；通過日期：2002 年 4 月 25 日。

摘 要

法哲學的核心爭議是回答關於「法律是什麼」的法概念論爭議，而法概念論最關心的一個主要議題，是有關法律規範性的證立問題。在法哲學的論述中，法哲學家對於法律規範性的證立基礎有相當分歧的看法。大致來說，主要有三種不同論證，分別是道德論證、實效論證、與身分論證。針對這三種法律規範性論證，英國法哲學家 H. L. A. Hart 提出「接受」的主張分別予以反駁。他認為法律是一種規則，而法律規則的規範效力來自兩種接受：一般人民對法律身份的普遍接受，以及法律官員對鑑別有效法律規則之基礎承認規則的官方接受。此外，他更進一步主張，對法律規則的接受不必然是一種道德上的接受。本文除了嘗試檢討潛藏於 Hart 接受論證中的四個重要問題外，同時亦試圖提出與其主張完全不同的結論，那就是：對於法律規則的接受，不可能不是一種道德上的接受。

關鍵詞：法律規範性、法律規則、接受、承認規則、內容獨立的理據、絕斷的理據



一、三種法律規範性的論證

法哲學的核心爭議是關於**法律是什麼**的問題，也就是關於**法律的概念是什麼**的法概念論爭議。而環繞著法概念論爭議的其中一個最主要問題，莫過於是「**法律為什麼具有禁止（prohibit）或准許（permit）人們做或不做特定行為之規範效力（normative force）**」的問題，也就是有關**法律規範性（the normativity of law）**的問題。

當我們說某某法律規定在某種情況下行為人應該或有義務如何行為的時候，我們除了指出有這樣的法律規定存在外，往往也同時認為這個法律是有規範效力的。在這個意義之下，法概念論無非是以法律規範性做為核心研究主題的法哲學理論。因為無論從分析／描述法學（analytical/descriptive jurisprudence）或者批判／評價法學（censorial/evaluative jurisprudence）的立場，來檢討法律的概念是什麼的問題時，法哲學家們都無可避免地必須面對並且處理法律何以具有某種規範效力的關鍵問題。

在法哲學的論述中，法哲學家對於法律規範性的證立基礎有相當分歧的看法。大致上來說，主要有三種不同論證。第一種論證認為法律規範性來自法律內容的道德妥當性（moral soundness），支持它的最典型代表是自然法理論（natural law theory）。¹ 第二種論證認為法律規範性是建立在某種法律實效（legal efficacy）的事實基礎之上，

¹ 關於自然法理論，在當代最重要的一本經典著作是 John Finnis 所寫的 *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1980)。至於國內文獻部份，則請參考馬漢寶〈自然法之現代的意義〉（1970: 109-194），以及林文雄〈探討自然法的意義〉（2000: 48-54）。

其中又以 Jeremy Bentham 與 John Austin 的法律命令論 (command theory of law) 以及美國法唯實主義 (American legal realism) 的論點最具代表性。² 唯兩者對於法律實效的事實基礎有不同觀察。命令論強調服從習慣 (habit of obedience) 與實施制裁 (enforcement of sanction) 的事實，乃觀察法律命令是否有規範拘束力的必要條件。法唯實主義則以法院的實際判決內容以及對案件之終局裁判結果的預測，作為法律規範效力的存在條件。第三種論證認為法律規範性不外乎是指法律身分的有效授權 (valid authorization of legal membership)，也就是說，在法體系裡，凡是經由垂直的效力系譜 (pedigree of validity) 授與法律身分者，必定是具有規範效力的法律規範。支持此種說法的代表性人物，首推 Hans Kelsen。³

上述這三種論證，分別根據不同的證立基礎來說明法律的規範性格。第一種論證是奠立在道德之上的論證 (morality-based argument)，姑且稱之為道德論證。第二種論證毋寧是奠立在實效之上的論證 (efficacy-based argument)，或可稱為實效論證。第三種看法則是奠立在身分之上的論證 (membership-based argument)，簡稱

² 法律命令說的最重要一本著作，莫過於 John Austin 的 *The Province of Jurisprudence Determined* (1995)，國內文獻部份則可參考戴森雄〈奧斯丁法律與道德論之研究〉(1997: 643-713)。至於被視為美國法唯實主義之代表性論述，則首推 Oliver Wendell Holmes 的 'The Path of the Law' 一文 (1897: 457)。國內文獻介紹，請參考楊日然，〈美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討 (一)、(二)〉(1997: 119-242)。

³ 關於 Kelsen 的法理論，可參考他的兩本主要著作 *General Theory of Law and State* (1945) 以及 *Pure Theory of Law* (1967)。另外一本非常值得參考的著作是由 Stanley Paulson 與 Bonnie Paulson 所編的 *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (1998)。至於國內文獻部份，請參考林文雄〈凱爾生的純粹法學〉與〈凱爾生對自然法論的批判〉(1982: 181-264)。

身分論證。同一法律規範，在不同的法律規範性論證的解讀下，會呈現出極為不同的規範特性。以「騎機車應該／有義務戴安全帽」的法律規定為例，道德論證的支持者會主張：這項法律規定之所以對我們有規範拘束力，是因為它所要求遵守的行為，也就是騎機車戴安全帽的行為，是道德上對的、正確的行為，所以在法律上也理所當然有規範效力。

反觀實效論證的觀點，如果是一位法律命令論者會主張，當我們指出某某規定是法律時，不外乎是「描述」(describe)以下的事實狀態：在社會中事實上存在一位或一群不受拘束的主權者 (the sovereign)，它的確下達了騎機車必須戴安全帽的指令 (command)，而社會上大多數人也確實遵守這道命令，因而形成騎機車戴安全帽的服從行為習慣；在此同時，如果有人違抗它，馬上就會受到制裁。相對的，如果是一位法唯實主義者會說：真正對騎機車戴安全帽之行為具有拘束力的法律命題，是那些具體的司法判決結果，因為唯有法官實際做出的最後權威決定，才能終局確定地 (conclusively) 確認當事人在法律上的權利義務關係。

相形之下，以法律身分的有效授權作為法律規範性證立基礎的身分論證，對於法律規範性有截然不同的看法。它強調：騎機車戴安全帽這條法律規定的規範效力，是從它在法體系中被有效授與法律身分的那一剎那起就具備了。所以，法律的規範效力既與其內容的道德妥當性無關，也和它實際上能否被貫徹施行的實效性高低程度無必然關連。法律規範，依照 Kelsen 的講法，毋寧是對法律官員傳達應然指示 (prescription) 的實證法規範。

以上三種論證，誠如先前所言，分別代表不同的法概念論立場。道德論證無疑是各種形式之自然法學說對於法律規範性的共同看法。

至於實效論證，一方面可能支持以制裁為中心（sanction-centered）的法律命令說立場，另一方面也有可能是支持以判決為中心（decision-centered）的法唯實主義理論。而支持身分論證的法概念理論，則以 Kelsen 的純粹法學為典型代表。

這些法概念論以及它們所各自發展出來的法律規範性論述，對於法哲學理論的研究與發展，確實有相當重要的貢獻。然而，不可諱言的，它們本身也存在某些論證上的缺陷或盲點，因而引發其他法哲學家從不同的角度與觀點，對這幾種法律規範性論證提出批判。其中，英國法哲學家 H. L. A. Hart 的法理論，便精確地指出其問題所在。

二、Hart 論法律規則的接受

Hart 從「規則」（rules）的角度切入，主張法律是一種規則，並且認為法律規範性的證立基礎，與一般規則所具有之「內在面向」（internal aspect）一樣，都是建立在某種接受（acceptance）的態度上（Hart, 1994: 56）。按照他的說法，對規則與法律規則的接受態度，是一種反思批判的態度（reflective critical attitude）：

人們接受特定規則〔……〕所需要的必要條件是，對於特定行為模式被視為共同標準，應持有一種反思批判的態度。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）、「應該」（should），「對的」（right）和「錯的」

(wrong)。(Hart, 1994: 57)

根據這項主張，Hart 分別批評前述三種法律規範性論證。首先，他認為對法律規則的接受不必然是一種道德上的接受 (moral acceptance)。因為非但遭受法律強制的人不認為法律具有道德約束力，即使那些自願接受法體系約束的人們，也未必會認為法律義務就是他們的道德義務。這些接受法體系權威的人，依然可以審視自己的良知，認為在道德上不應該接受這體系，可是基於其他許多理由的考慮，還是決定繼續接受它的拘束 (Hart, 1994: 203)。換言之，Hart 認為根據道德理由而接受法律規則，只不過是眾多接受理由之中的其中一個理由罷了，道德上的接受絕非證立法律規範性之唯一且必要的條件。因此，道德論證的主張是站不住腳的。

其次，針對實效論證的說法，Hart 從區別外在觀點與內在觀點以及外部陳述與內部陳述的角度來加以反駁。簡單地說，他認為對法律規則的接受態度，乃是一種抱持內在觀點與形成內部陳述的參與者 (participant) 態度。⁴ 據此，實效論證不外乎是根據外在觀點做出外部陳述的觀察者 (observer) 論證。站在觀察者的立場，他本身不需要接受法律規則，只需單純地記錄 (record) 服從行為的規律性以及伴隨偏離行為 (deviation) 而來之敵對反應、譴責、或懲罰的規律性即為已足；或者，他可以更進一步地，在相當程度上成功地對可能的行為結果以及可能遭受懲罰的機會做出預測，甚至「斷言」(assert) 某群體從內在觀點接受特定法律規則存在的事實 (Hart, 1994: 89)。

⁴ 所謂參與者的態度是一種全然接受的態度，它確實是哈特對於內在接受態度的核心看法。不過在本文第三節的討論中，我們也會看到 Hart 的接受論證，並不完全排除一種較弱的準參與者的接受態度。

法律命令論與法唯實主義都是一種外在觀點的法理論。命令論以為法律強制命令的拘束力，乃是建立在服從習慣與實施制裁之規律性的實效事實上，法唯實主義則從司法裁判行為所表現出來的具體事實來加以考察。在這個意義之下，這兩種實效論證也可說是把法律規範效力還原為外部事實來觀察的還原論證（reductionist argument）。Hart 認為這種嚴守外在觀點而對法律規範性做出外部陳述的還原論證，無法合理說明法律本質上是透過「義務」、「責任」、「這是有效法律」等規範性語言，來表達其規範效力的一種內部陳述或規範性陳述（normative statement）（Hart, 1994: 102; MacCormick, 1981: 39）。

最後，針對 Kelsen 主張「法律規範性即法律有效性」的身分論證，Hart 對法律有效性之終極來源的規範性證立問題，與 Kelsen 有不同看法。Kelsen 提出所謂純粹法學（pure theory of law）的一般性法理論，其目的乃是為了與自然法學說以及社會法學或法社會學的研究相互區別。大致上來說，純粹法學是以現實存在之實證法作為研究對象的規範科學（normative science），而實證法又是規定「人們應當如何行為」的當為規範。所以，實證法規範本身就已預設了某種規範關係，而實證法規範的存在，又取決於它的有效性（validity）。是故，他表示：「一個規範〔……〕是『有效的』，表示它是有拘束力的——也就是一個人應該依據規範所決定的方式來行為。」（“a norm [...] is ‘valid’ means that it is binding — that an individual ought to behave in the manner determined by the norm.”）（Kelsen, 1967: p193）。換句話說，法律的規範拘束力與它作為有效法規範的身分是密不可分的。至於如何認識一個規範是有效法規範的問題，Kelsen 提出「法位階」（hierarchy of law）理論來加以說明。他指出，一個法規範的有效性，只能來自法體系其他更高位階之有效法規範的授權，如此不斷往

上回溯，直到溯及最高位階的授權規範，亦即基本規範（Grundnorm, Basic Norm）為止。可是，作為最高授權規範的基本規範，其本身的效力基礎從何而來？Kelsen 明確表示基本規範必須被預設（be presupposed）是有效的，而不是由另一個更高規範或權威所創設（Kelsen, 1967: 194-95）。

Hart 對於如何認定有效法律規範的問題，與 Kelsen 的看法相當接近。他認為法律有效性既不是建立在「這個體系是普遍具有實效」的基礎上（Hart, 1994: 104），也「不必然複製或滿足道德的要求」（Hart, 1994: 185-186）。法律是在結合原初規則與二次規則的現代法體系中，根據各種不同形式的權威性判準（authoritative criteria）或法源（sources of law）所鑑別出來的規則（Hart, 1994: 100-101）。借用 Joseph Raz 的說法，無論 Hart 或 Kelsen，兩人都共同支持所謂來源命題（sources thesis）（Raz, 1979: 47）。同時，兩人也都支持法體系只存在一個終極且至高無上之法效力來源（one ultimate and supreme source of legal validity）的主張，Kelsen 稱它為基本規範，Hart 則稱之為承認規則（rule of recognition）。

然而，針對法律規範性的證立基礎，兩人的看法卻有所不同。Kelsen 認為法律之規範性即為法律之有效性，而法律之有效性，從法體系作為層級分明之效力授權體系的法位階論觀點來看，不外乎是建立在假設基本規範為有效規範的邏輯前提上。Hart 雖然同樣認為法律身分的有效性，乃是說明法律規範性的存在條件（existence condition），可是他並不採取 Kelsen 的「效力預設」（presupposition of validity）說法。他毋寧是從內在接受態度的觀點，主張法律規範性是指一般人對法律身分的「效力接受」（acceptance of validity）。當然，社會大眾對於某些規則是不是法律，可能無法像法律官員一樣清

楚。不過 Hart 認為，這並不妨礙我們對大多數法體系之重要特性的認識，主要仍然是建立在人們對法律規則之普遍接受的社會實踐事實上。他強調：

一般公民的接受則大體上表現在，對於這些官方運作結果的默認（acquiescence）。他們遵守著以這種方式制定和鑑別出來的法律，並且也提出請求和運用由法律所授與的權力。但是他們可能對法律的源頭或其制定者所知甚少：關於眾多的法律（the laws），某些人可能只知道它們是「法律」（the law），此外就一無所知了。（Hart, 1994: 61）

換言之，雖然一般人對法律大多只是一知半解，可是實際上，大部份的人總是默默遵守法體系官員運用法律的官方行動，這些行動包括立法者的立法行為，法院適用（同時也鑑別）法律的裁判行為，以及執法者依據法律所做的執法行為等等。所以，Hart 似乎認為，法體系成員對於經由官方行動所肯認之具有法律身分的規則，經常會表現出某種「普遍接受」的態度。更進一步說，社會大眾之所以會普遍接受某些規則的有效法律身分，其實不外乎來自對承認規則的接受（acceptance of the rule of recognition）：

在一個成熟的法體系中，包含著一條承認規則，任何規則都要透過符合該承認規則所提供的判準，才能成為法體系的一員。如此一來，「存在」這個字就有了新用法。「一條（法律）規則存在」這項陳述〔……〕是一項內部陳述，運用著被人們接受但未被明確道出的承認規則，因此粗略地說，這句陳述意味著「在符合法

體系的效力判準之下，是有效的」。(Hart, 1994: 110)

然而 Hart 也明白，一般人未必清楚瞭解承認規則的法效力判準如何規定，有些人甚至不知道有承認規則存在。因此，所謂「被人們接受但未被明確道出的承認規則」，最主要是指官員的接受 (officials' acceptance)，也就是指承認規則「被政府官員實在地接受作為衡量他們行為之共同的、公共的標準」(Hart, 1994: 116)。至於這個被官員接受的承認規則本身，是否仍然有效力認定的問題，Hart 的回答是否定的。他認為承認規則既非有效也非無效，它的存在只是單純的社會事實，也就是法官、政府官員、或其他人「使用」承認規則的社會實踐 (social practice) 事實 (Hart, 1994: 109-110)。

從以上的分析，我們大致可以瞭解 Hart 對於法律規範性之證立基礎的看法是：法律規範性來自人們普遍接受法律身分的有效性，而法律身分的普遍接受，則建立在政府官員接受承認規則的社會實踐之上。所以，簡單地說，法律規範性來自對法律身分的普遍接受以及對承認規則的官方接受 (The normativity of law is derived from the general acceptance of legal membership and the official acceptance of the rule of recognition)。

三、接受的四個問題

對法律規則的接受態度，是 Hart 法概念論的核心命題。它既是每一個人審視自己以及其他人行為的反思批判態度，也是多數人將法律規則視為社會群體所必須共同遵守之行為指引的實踐態度

(practical attitude)，更是人們在實踐行動中以規範性語言來表達其獨特約束力的規範性態度 (normative attitude)。根據這項命題，Hart 分別批判了以道德妥當性、法律實效性、以及法律效力預設為證立基礎的三種法律規範性論證，並且主張對法律身分的普遍接受以及對承認規則的官方接受，才是法律規範性的證立基礎。

在《法律的概念》這本書中，Hart 對於「接受」做了相當多的闡釋。除了以上所說的幾種態度表徵 (representation) 外，每當談到法律規則之接受的時候，他往往也會論及內在觀點、內在面向、以及內部陳述這幾個概念。這些概念的確與內在接受態度有重要關連。⁵ 不過在這裡，筆者倒想從美國法哲學家 Gerald Postema 最近的一篇文章中 (Postema, 1998: 149-179)，針對「接受」這個概念所提出的四個問題點切入，來檢討 Hart 的接受論證。

Postema 認為 Hart 的法律規範性理論，乃是一種「社會規範性」(social normativity) 理論，其目的無非是為了避免陷入 Bentham、Holmes 之事實還原論證以及自然法學之道德論證的泥淖中 (Postema, 1998: 151)。Postema 承認 Hart 的社會規範性理論相當細緻 (subtle)，不過他認為 Hart 有關「法律規則之接受」的主張，必須進一步檢討四個相關問題後，才能真正獲得釐清。這四個問題分別是：

- (一) 什麼被接受 (What is accepted) ?
- (二) 誰的接受 (Who accepts it) ?
- (三) 如何被接受 (How is it accepted) ?
- (四) 為何被接受 (Why is it accepted) ?

⁵ 有關內在觀點、內在面向、與內在陳述之間的關連，可參考莊世同，2001: 97-100。

接下來，筆者將依據這四個問題，逐一檢討 Hart 接受論證所衍生出來的重要爭議問題。⁶

（一）什麼被接受？

首先，我們先從規則的接受對象談起。

Hart 認為社會規則的存在，表現在某種社會實踐的事實上。他把這個說法稱為「規則的實踐理論」(the practice theory of rules)：

我對這些規則所做的說明以所謂規則的「實踐理論」而為人所知，因為它認為團體的社會規則是由某種形式的社會實踐所構成。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」。(Hart, 1994: 255)

所以，規則的接受對象是「規律行為模式」(the model of regular behaviour)。而規律行為模式與內在接受態度的相互結合，則進一步形成一般的社會規則實踐。Hart 顯然認為團體成員的遵從行為事實，乃是規則之接受態度所以能夠形成的必要條件。也就是說，凡是有某一規則的接受態度 A，必然同時存在一個相對應的團體規律行為模式 B。可是反過來說，有 B 並不表示必定有 A，因為 B 可能只是團體成員無意識的習慣行為之聚合 (convergence of habitual behaviour) 而已，也就是 B 有可能只是某種不具規範性的社會習慣

⁶ 在此，筆者只是借用 Postema 所提出的這四個問題，作為第三節的論證架構，並非以介紹 Postema 的論點為主旨。

(social habit)。⁷

這種「規則即實踐」的看法，並非毫無爭議。Ronald Dworkin 就曾經指出，有一些規則，例如「不應該說謊」或「不應該為了進食而殺害動物」的規則，並不是因為有不說謊或不殺害動物的行為慣例 (convention) 存在，才被接受為規則，而是因為人們預先接受某種協同一致的道德理由 (concurrent moral reason)，才會主張這些規則存在 (Dworkin, 1978: 52-53)。Hart 坦承這項批評是有道理的，社會上確實有一些 Dworkin 所說的規範性規則 (normative rules) (Dworkin, 1978: 51)，是以協同一致的道德確信 (moral conviction) 作為這些規則的接受對象。所以他進一步把規則實踐理論的範圍，限縮到所謂「慣例規則的實踐理論」(the practice theory of conventional rules)，也就是以團體規律行為模式所形成的慣例實踐，作為規則的接受對象 (Hart, 1994: 255-56)。⁸

然而，從規則之接受對象為「遵守規則之行為慣例」這個論點，可否直接導出法律規則之接受對象是「遵守法律規則之行為慣例」的結論呢？Hart 的法律規範性論證，誠如筆者先前所言，乃是建立在雙重接受的基礎上。第一層接受是指一般人對法律身分的普遍接受，第二層接受是指法律官員對承認規則的官方接受。然而，如果法律規

⁷ 正因為習慣與規則之間存在是否具有內在接受態度的重要差異，Hart 才會在《法律的概念》一開始，使用了幾乎三章的篇幅（第二至第四章），來說明服從習慣與社會規則之間的不同。其目的主要是為了駁斥 Austin「法律即主權者強制命令」的說法，因為 Austin 是從臣民的服從習慣行為，推論出法律的概念不外乎是以制裁為中心的強制命令，而法律義務不外乎是指主權者的強制制裁得以被貫徹實施的蓋然性 (probability)。

⁸ 關於 Dworkin 區別慣例規則與規範規則之不同，進而批判哈特社會規則法理論之論證缺陷的相關論述，可參考莊世同，2000: 54-69。

則的接受對象是所謂守法行為慣例的話，那麼這兩種不同層次的法律接受，其各自所接受之守法行為慣例的樣態，是否也有所不同？關於這個問題，Postema 認為 Hart 的答案非常明確，所謂法律接受態度的對象就是「承認規則被接受以及經由它所鑑別出來的規則體系」（the rule of recognition is accepted, and through it the system of rules it identifies）（Postema, 1998: 153）。他的言下之意是說，根據 Hart 的理論，法律規則之接受等於對承認規則之慣例實踐的官方接受。所以他認為，「法律規則之規範性來自於社會承認規則之規範性，而它（筆者按：指承認規則之規範性）則包含在官員適用法律之實踐的社會事實上」（Postema, 1998: 152）。⁹的確，如果從法律身分有效性來源的角度來看，法律接受態度的對象，主要是指法律官員運用承認規則所形成的實踐慣例。在這個狹義解讀之下，法律官員對承認規則之權威（the authority of the rule of recognition）的接受，無異於對法體系權威的接受，也因此構成法律規範性的證立基礎。至於法律對一般公民的規範性權威，往往不是來自承認規則，而是來自其他來源，其中最主要的來源是道德以及對制裁的畏懼。所以，Postema 進而指出，從一般公民的觀點來看，法律是規範上空洞的（law is normatively empty）（Postema, 1998: 160）。

筆者並不完全同意 Postema 對於 Hart 法律規範性理論所提出的狹義解讀，因為這種狹隘的法律接受觀點，只能片面地證立承認規則這個基礎效力規則的規範性，卻無法周延地證立承認規則以外之其他法律規則的規範性。試想：倘若我們在理論上將一個法體系的規範性

⁹ 這句話的原文如下：Thus, the normativity of legal rules is derived from the normativity of the social rule of recognition, and it consists in the social facts of the practice of law-applying officials.

權威，完全建構在政府官員對於某一基礎承認規則的接受慣例上，其他大多數公民不是憑藉道德上的理由接受它的統治，就是基於避免被制裁的自利（self-interest）考慮而被迫服從，這樣的法體系會是一個什麼樣的法體系呢？首先，如果大部份公民都是基於法律內容的道德妥當性而接受法律的話，在這種情況下，借用 Hart 的比喻，既然大家都像天使一般不會傷害他人，那麼根本就不需要有任何要求人們自制的法律規則存在（Hart, 1994: 196）。此時，主張法律規範性基礎來自對承認規則的官方接受態度，就顯得沒有太大意義，因為不論官員是否接受承認規則的規範效力，社會上大多數人都會主動自發地遵守他們認為合乎道德要求的法律。因此，與其說大家遵守並接受法律，還不如說他們實際上接受某種道德的約束。在此情形下，法律與道德在概念上是合而為一的，即便人們遵照法律的規定來行事，法律規範與道德規範在行為實踐上，並無任何「實踐上的差異」（practical difference）（Shapiro, 1998: 37）。

反過來說，如果絕大多數人是基於「避害」的心態而被迫遵守法律，那麼表示這個法體系的許多法律規則「不得人心」，必須仰賴強制的威嚇手段才能維持其權威性。像這樣的法體系，即使社會上有一群所謂法律官員的菁英階層，忠誠地接受、運用、與執行承認規則所肯認的有效法律規則，終究難保不會有朝一日，由於法律制裁手段對社會大眾的潛在威嚇不斷提高，而造成法秩序崩解的後果。Hart 自己也意識到這個問題，所以他雖然主張一個法體系的存在，「至少」必須具備社會成員普遍服從（注意：不是普遍接受）有效法律規則以及政府官員忠實接受二次規則這兩項基本條件（Hart, 1994: 116）。可是在這種極端的法律社會裡，儘管我們沒有理由相信這一種社會不可能存在，也沒有理由拒絕承認應該賦予它「法體系」之名，然而這樣

的法體系卻有如待宰羔羊般地脆弱，終究難逃進入屠宰場的命運（Hart, 1994: 117）。我想 Hart 的意思是說，這種近乎依賴武力統治的極端法體系，不可能形成一個穩定的規範體系。所以，即便有一批官員接受並且積極維護這個法體系權威的存在正當性，它還是需要社會中有「某一些人」，不管他們是基於自願的接受或者勉強同意的接受，把法律規則視為既定的行為標準，而不只是預期執法者對於犯罪行為的可能制裁而已。

總之，Hart 的法律規範性論證，除了建立在對承認規則的官方接受態度上之外，也同時建立在某些公民對日常法律實踐慣例的非官方接受態度（non-official attitude of acceptance）之上。至於社會上有「哪一些人」會持這種非官方的法律接受態度，則是接下來所要探討的第二個重要問題。

（二）誰的接受？

法律接受的對象既然是遵守法律規則之團體成員的行為實踐，那麼「誰」會是採取這種接受態度的主體呢？Hart 給我們一個相當籠統的答案：「參與者」（participant）。他說：「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。」（Hart, 1994: 255，黑體部份為筆者所加）可是在其他地方，他也曾經使用「局內人」（或稱內在者）（insider）的內在觀點，來說明描述性法理論（descriptive legal theory）的可能性（Hart, 1994: 242-43）。¹⁰ 如此說來，參與者的接受態度是否就等於局內人的接受態度？這一點是很有爭議的。以一場棒球賽為例，參加比賽的雙方球員與教練、擔任球賽

裁判工作的主審與線審、以及負責計分的計分人員，他們毫無疑問是這場球賽的參與者。而在比賽現場看球與加油的球迷，在電視機前收看轉播的觀眾，在收音機旁邊收聽廣播的聽眾，或者在電腦網路上查探比賽進行結果的網友們，這些人雖然不是這場球賽的參與者，可是我們會說他們是棒球運動的圈內人或局內人，因為他們可能是熱愛棒球、對棒球運動有興趣的球迷，也有可能是基於其他因素（例如簽賭或報導球賽）而關心球賽的人。這些局內人通常會把球賽看作與自己行為有關的行動理據（reason for action），所以才會有跑到比賽現場或者透過其他方式關心球賽的舉動發生。然而他們之中有些人，譬如球賽簽賭者或體育記者，未必會如參與者或其他局內人一樣，視球賽中的棒球規則為自己與其他人都必須遵守的共同行為指引與批判標準。換句話說，從概念的外延（extension）來看，局內人的外延包含參與者，可是參與者卻無法窮盡所有局內人的外延。

在一個法體系中，參與者和局內人的區別更加明顯。如果根據Hart區辨內在與外在法律觀點的說法，法體系的參與者，無疑是指那些從內在觀點全然接受（full-blooded acceptance）法律權威的人。他們包括立法者、法官、執法等法律官員，同時也可能包括若干不具官方身分的律師、當事人、以及奉公守法的公民。這些人之所以是全

¹⁰ 這種描述觀點，簡單地說，是為了「理解什麼是採取內在觀點〔……〕將自己擺在局內人的位置上；但是這樣做並無須接受法律，或共享局內人的內在觀點，或為其背書，或者以任何其他方式放棄其描述的立場」（Hart, 1994: 242）。Raz稱這種觀點為「法律的觀點」（the legal point of view）（Raz, 1990: 170）或者「超然的法律陳述」（detached legal statement）（Raz, 1979: 153）。MacCormick則稱它為「認知地內在觀點」（cognitively internal point of view）（MacCormick, 1978: 289-92）或者「詮釋學的觀點」（the hermeneutic point of view）（MacCormick, 1981: 38）。

然接受法律的參與者，乃是因為他們通常會把法律視為團體成員的共同行為指引，同時據以做為批判自己或他人之違法行為的**正當理據**（legitimate reason）（Hart, 1994: 56）。可是另一方面，如果就法體系之局內人的範圍來說，他們未必是採取全然接受態度的法律參與者，而可能是哈特所說的「感到困惑的人」（puzzled man）或「無知的人」（ignorant man）（Hart, 1994: 40）。這些人通常只要被告知法律是什麼就會跟著做，然而他們與參與者最大的差別就在於，他們並非全然地接受法律，而是在「懵懂無知」或者「不全然清楚」的狀況下接受法律。或許我們可以稱這種人是所謂的**準參與者**（quasi-participant）。此外，局內人也有可能是基於避免被制裁的審慎理由（prudential reason）而服從法律的人。Austin 筆下被主權者強制服從的「臣民」（subject），或者 Holmes 所描述的「壞人」（bad man），都可說是衡量自身利害而服從法律的**審慎之人**（prudential man）。因此，粗略來說，法體系的局內人至少包括三種人：第一種是全然接受法律的參與者，第二種是不全然接受的準參與者，第三種則是為了避免制裁而服從法律的審慎之人。

美國法理學者 Stephen Perry 在最近的一篇文章中，進一步將內在觀點區分為「社會化的」內在觀點（“socialized” point of view）以及「審慎的」內在觀點（“prudential” point of view）（Perry, 2000: 165）。前者是以接受社會規則做為行動理據的內在觀點，後者則是以規避制裁為其行動理據的內在觀點。Perry 認為 Holmes 所主張的壞人法律觀（the bad man’s perspective of law），正是屬於第二種審慎的內在觀點。他指出，壞人同樣也會涉入實踐推理的過程，因為「在審慎考量的意義之下，為了避免遭受罰金、拘役、或其他法律上不愉快之制裁形式的處罰，他（壞人）會決定應該做什麼」（Perry, 2000:

164)。如是，按照 Perry 的說法，即使壞人是根據審慎自利的理據來決定其行動，他與那些根據社會理據（social reasons）而決定接受規則拘束的人一樣，都是在面對規則所形成之社會實踐的時候，提出某種行動理據來合理化自己的行為。兩者唯一的不同只是在於，壞人是基於審慎理據服從法律規則，其他社會成員則根據社會理據接受法律規則的約束。然而不管如何，壞人終究是社會中的一員，他絕不是局外人，更不可能是中立的外在觀察者（external observer）。因此，儘管從壞人的立場，他無法將法律規則的實踐「內化」（internalize）成為接受法律規則的社會理據，可是仍然是把法律規則當作其個人的審慎理據而有所行為的實踐基礎。Perry 強調，這種提出實踐理據（無論是社會理據或審慎理據）的特性，正是 Hart 內在觀點的主要特徵（Perry, 2000: 166）。

基本上，筆者同意 Perry 把壞人視為法體系之局內人的主張，同時也同意壞人的觀點是一種審慎的觀點，而這種審慎觀點毋寧是一種提出理據的實踐觀點（a reason-giving practical point of view）。然而，筆者認為，壞人的審慎實踐觀點並不是一種內在觀點。Hart 所說的內在觀點，乃是一種從參與者的角度，將規則與法律的社會實踐視為反省與批評自己以及他人行為之共同標準，進而形成某種內在規範陳述的觀點。在這個意義之下，壞人的審慎觀點是難以被歸類為某種內在觀點的，因為它既無法表現反思批判的態度，也不能妥當地導出規範性的內在陳述。雖然 Perry 強調，基於審慎的考量，每一個壞人都會決定他應該做什麼（what he ought to do）（Perry, 2000: 164），可是筆者並不認為 Perry 在這裡所說的「應該」具有任何規範性的意義。就算他認為壞人在實踐推理過程中所使用的應然語彙，具有某種規範性意義，我個人也以為這是不合常理的論斷（implausible assertion）。

因為在一般日常語言的使用上，如果一個人是基於自利或審慎的理由來做某件事，他通常會用「最好或最好不要」(had better or had better not) 的助詞，來表達他的實踐態度。因此，在所有促使人們行動的實踐理據當中，至少有一種行動理據在語言的使用上，無法形成規範性的內在陳述，那就是根據審慎理由所為的行動。這也正是為什麼Hart 會將基於審慎觀點而服從法律的行為，排除於內在觀點之外，而把它歸類為外在觀點之行為的主要理由。

回到誰的接受這個問題上來看，採取審慎觀點的壞人或者其他審慎之人，¹¹ 雖然他們是法體系的局內人，但顯然不會是內在接受態度的主體。相對來說，參與者由於全然接受法律規則的社會實踐，所以無疑是內在接受態度的主體。可見，思考誰是接受者這個問題的關鍵爭議，並不在於如何區別審慎之人與參與者的問題，而是在於回答對法律無知或感到困惑的準參與者，是否也是法律接受者的問題。這就涉及接下來有關法律規則如何被接受的問題。

(三) 如何被接受？

關於無知、感到困惑的準參與者是否為法律接受者的問題，事實上已觸及 Hart 之接受論證的另一核心爭議，那就是如何解讀接受態度之性質 (nature) 的爭議。Hart 就此問題並未提出明確看法，因此為我們預留了相當充分的論辯空間。在真正進入這個爭議的實質討論之前，讓我們再次檢視他如何闡釋接受的意義：

¹¹ 除了汲汲於自身利害計算的壞人之外，Hart 認為罪犯 (malefactor) 與無助的受害者 (helpless victim)，同樣也是採取外在審慎觀點服從法律之人 (Hart, 1994: 201-2)

人們接受特定規則〔……〕所需要的必要條件是，對於特定行為模式被視為共同標準，應持有一種**反思批判**的態度。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, 1994: 57，黑體部份為筆者所加）

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做為批判標準，以**正當化**成員對其他人須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與批判的標準。（Hart, 1994: 255，黑體部份為筆者所加）

這兩段話可以說是針對參與者之接受態度所做的詮釋。更進一步分析，所謂參與者的接受態度，是一種「全然的」、「共同的」、「**反思批判**的」、以及「**正當的**」接受態度。

可是在另外兩段話中，Hart 卻隱約透露出對法律規則的接受，也可包含某種不全然接受的內在觀點：

法體系的存在是個社會現象，它總是表現為兩個面向，務實的我們必須兼顧這兩個面向。他包括**自願接受**規則時所採取的態度與行為，以及僅僅是服從和默認（acquiescence）時比較單純的態

度和行為。(Hart, 1994: 201, 黑體部份為筆者所加)

許多遭受法律強制的人們不僅不認為它具有道德約束力，甚至那些自願接受體系的人，也不一定認為這是他們的道德義務，雖然這樣的體系會十分穩定。事實上，他們對於體系的忠誠可能基於許多不同的考量：長期利益的計算 (calculations of long-term interest)；對他人無私的關懷 (disinterested interest in others)；未經反省之承襲的或傳統的態度 (unreflecting inherited or traditional attitude)；或者只是想要跟著別人走 (the mere wish to do as others do)。當然，那些接受體系權威的人，可以審視他們的良知，雖然在道德上他們不能接受這體系，但是為了許多理由，還是決定繼續這麼做。(Hart, 1994: 203, 黑體部份為筆者所加)

後面這兩段話除了指出，在自願接受與被迫服從這兩種極端態度之間，尚有所謂默認的中間態度之外，Hart 還進一步提出兩項主張。第一，自願接受不必然是一種道德上的接受，它可以是基於長期利益之計算、不經反省之傳統態度、或是只想跟著別人走等這些非道德理由 (non-moral reasons)，所形成的接受觀點。第二，在道德上無法接受法體系權威的人，可以基於其他理由繼續自願地接受該體系。可是在這裡，筆者不禁對於 Hart 的說法產生兩點疑惑：

1. 默認是不是也是一種接受？
2. 如果一個人無法在道德上接受某一法體系，他又如何可以同時宣稱自己基於其他非道德理由「自願」接受它的拘束呢？難道支持自願接受背後的意願 (volition) 要素，本身就不是一種

道德理由嗎？

關於第一個疑惑，我們接著馬上就要討論。至於第二個疑惑，則留待在第四節時再詳加探討。

Hart 似乎認為默認是一種接受態度，因為他說：「一般公民的接受則大體上表現在，對於這些官方運作結果的默認」（Hart, 1994: 61）。由此，我們似乎可以合理推測，Hart 將法律規則的接受區分為兩種型態，第一種是全然或自願的接受，第二種是不全然或默認的接受。這個看法也獲得其他法理學者的認同。Raz 與 MacCormick 就曾分別提出類似主張，不過他們二人的區分方式並不盡然相同。Raz 把接受分為「完全的接受」（full acceptance）與「微弱的接受」（weak acceptance）。前者是指一個人完全認同一項規則，並且相信大家都應該遵守它；後者是指一個人相信他自己本身應該遵守某一項規則（Raz, 1979: 155, n. 13）。反觀 MacCormick 則把接受區分為「有意願的接受」（willing acceptance）以及「不熱中的或勉強的接受」（unenthusiastical or reluctant acceptance）。有意願接受非但是指一個人具有遵守規則的偏好態度，同時也包括他認為其他人也有這種共享（shared）或共同（common）的規則偏好態度在內。相對地，勉強接受則是指某些人基於避免被批評和不願自己之遵守行為被佔便宜的心態，而希望所有人都應該遵守規則的一種不情願的接受態度（MacCormick, 1981: 35）。

無論 Raz 或 MacCormick 都同意，對法律規則的最主要接受態度，是所謂完全或有意願的接受態度，也就是 Hart 筆下的參與者接受態度。可是兩人對於第二種接受態度，卻各自有不同解讀。Raz 所主張的微弱接受，偏向於個人的接受，只要行動者相信自己應該遵守

規則或法律即為已足，無須其他人也同樣抱持相同態度。相對而論，MacCormick 所主張的勉強接受，其涵蓋層面就顯得比較廣泛。它雖然不完全認同法律規則對於團體行為的規範正當性，可是卻不否認在某些理由的考量下，可以勉強接受它們是團體成員應該遵守的行為標準。換句話說，Raz 是從個人 (individual) 的角度來詮釋第二種意義的接受，MacCormick 則從團體 (group) 的角度來加以說明。

從「一般公民的接受〔……〕表現在〔……〕對於這些官方運作結果的默認。」這句話當中 (Hart, 1994: 61)，我們雖然無法直接看出 Hart 所說的默認行為，究竟是指個體意義或者團體意義的非自願接受行為，不過從他對社會規則與承認規則之存在特徵的論述脈絡中，我們倒是可以推斷他應該傾向同意 MacCormick 的說法。Hart 認為社會規則的存在，至少必須要有某些人將特定規律行為模式，視為「整個群體所必須遵從的普遍標準」(Hart, 1994: 56)；承認規則的存在，則端賴法官是否將它視為「正確司法裁判所應適用的公共的、共同的標準，而不是每一個法官僅僅就其個人而言所應服從的規則」(Hart, 1994: 116)。由此可見，即使是透過默認行為所表現出來的勉強接受態度，也必須是以團體行為做為接受的對象，否則便只能算是一種個人規則的接受，而不是所謂社會規則與法律規則的接受了 (Postema, 1998: 154)。

(四) 為何被接受？

到目前為止，綜合前面三個問題的討論，我們可以對 Hart 的接受論證，描繪出一個比較清晰的圖象：法律規則的接受，指的是對群體之規律行為模式的接受。會採取這種接受態度的人，通常是一個團

體或一個法體系裡的參與者，他們往往將法律規則視為約束彼此行動之共同的、公共的行為指引，並且把它們當作批判偏離行為的正當標準。然而，除此之外，社會上還是存在一些對法律無知或者感到困惑的人，他們既不像社會參與者一樣，會自願地接受法律規則的約束，也不像壞人、罪犯、或者無助之受害者一樣，僅僅只是為了規避制裁而被迫服從。然而無論如何，這些準參與者仍然會基於某些理由的考量，用默認的方式表達他們勉強接受法律規則的態度。

接下來所面對的另一個重要問題是：「為什麼或者根據什麼樣的理據，法律會被這些人如此接受？」Hart 給了我們一個類似這樣的回答：除了基於規避制裁而被迫服從的審慎理據之外，任何理據，無論是道德或者非道德的理據，都可以成為接受態度的理據（Hart, 1994: 203, 257）。這無非意味著，形成接受態度背後的證立理據是開放的，而且不必然是一種道德上的理據。針對這項說法，Postema 批評 Hart 只是告訴我們法律與社會規則的**存在條件**（existence conditions），但並未真正說明法律與社會規則的**規範特性**。他強調規範性不是一種經驗事實，也不是隱含在接受這個事實裡的某一種理由，它勿寧是關於一個人的許諾（commitment）、一個人所採取的態度、以及一個人所站的立場的問題。所有這些規範性的事態（normative state of affairs），都會表現在**第一人稱**（the first-person）之行動者的表達上，而不是表現在**第三人稱**（the third-person）之觀察者的陳述上（Postema, 1998: 158）。所以，Postema 認為 Hart 的社會規範性理論是失敗的，因為規範性的主張是一種實踐哲學（practical philosophy）的主張。而從實踐哲學的層次來分析，就只有一種規範性的概念，那就是「**為自我主導之理性行動者提供理據的概念**」（the concept of offering reasons for self-directing rational agents）（Postema, 1998: 168）。

Postema 的批評，的確一針見血地指出 Hart 接受論證的問題所在。對於法律規則的接受，如果純粹只是從旁觀者的角度來敘述「接受的對象是什麼」、「哪些人是接受者」、以及「這些人以何種方式表達他們的接受態度」等問題的話，充其量只不過是在說明（explain）具有規範效力的法律規則的存在條件而已，而非尋求證立（justify）法律規則的規範性。這兩種立場之間最重要的差別就在於，前者站在第三人稱的觀察者立場，只在乎是否做到忠實的陳述。而後者站在第一人稱的行動者立場，則關心為什麼獲得證立的問題。

規範性是一種確認關係、提出理據、與做出當為判斷的概念，其中最重要的概念特徵就是：必須提出某種證立的理據。¹² 換句話說，規範性是為某物提出某種理據的概念，而不是說明某物存在的概念（Normativity is a concept of offering some reason for something, not a concept of accounting for its existence）。說得更明白一點，探討規範性的概念所必須回答的最重要問題不是「對誰、對於什麼、以及透過何種方式有規範性」，而是「為什麼有規範性」。

有此認識之後，便不難理解討論「為什麼被接受」這個問題的重要性了。Hart 所說的接受，是一種從內在觀點形成內部陳述的態度。觀點（point of view）涉及到確定接受對象（對什麼的觀點？）以及接受主體（誰的觀點？）的問題，陳述（statement）則牽涉到如何表達接受的問題。¹³ 從因果關係的角度來看，內在觀點是形成接

¹² 莊世同，2000: 102。

¹³ 內部陳述的表達，並不僅限於透過規範性語句所顯現出來之語意上的表達（linguistic expression），還可以包含使用手勢、行動、或其他肢體動作所表現出來之身體上的表達（physical expression），以及不表示反對也不有所作為的默示表達（tacit expression）。

受態度的原因，內部陳述則是接受態度的表現結果。兩者結合在一起就能夠顯現出某種接受的事實。對 Hart 而言，這個事實可能表現為一種全然的自願接受，也可能是一種不全然的勉強接受。然而，如果從證立關係的角度來看，在內在觀點與內部陳述之間，需要有某種內在理據（internal reason）的連結，才能周延說明接受不單單只是一個事實而已，它還是一種規範性態度（normative attitude）。Hart 並未忽略這個問題，只不過他告訴我們，這個連結內在觀點與內在陳述的內在理據是開放且多元的，並不以道德理據為限。這樣的說法，在描述意義上是穩當的，可是在證立意義上卻是毫無建樹。因為接受既然在證立意義上是一種表達規範性陳述的態度，接受者自然要在實踐論證的過程中，提出某種理據來為自己所接受的規範性陳述辯護，如此才能證立法律規則對接受者而言是有規範性的（Postema, 1998: 158）。因此，單純只是列舉出一些可能的接受理據，是無法回答「為什麼要接受」這個關鍵問題。

除了未明確提出某種法律規範性的證立理據之外，Hart 的接受論證還面臨另一棘手問題。這個問題與先前筆者所提出的第二點疑惑有關：「如果一個人無法在道德上接受某個法體系，他又如何可以同時宣稱自己基於其他非道德理由自願接受它的拘束？難道支持自願接受背後的意願（volition）要素，本身就不是一種道德理由嗎？」這個問題的核心爭議就在於，對於法律的接受是否不必然是一種道德上的接受。Hart 自始至終都主張，法律的接受不必然是一種道德上的接受。他之所以如此堅持這個看法，其背後的主要論據來自法實證主義的另一項重要主張：法律是一種獨立於內容的絕斷理據（law is a content-independent peremptory reason）。

四、法律作為獨立於內容的絕斷理據與道德上的接受

當代法實證主義共同的一項主張是：法律與道德之間無必然關連的分離命題。這個命題表面上看起來簡單明瞭，可是實際上卻涵蓋三種意義：

1. 法律的內容不必然具有道德的內容。
2. 法律有效性的判斷標準不必然包含道德價值。
3. 對法律的接受不必然是一種道德上的接受。

並非所有法實證主義論者都完全接受這三種分離命題的意義。例如 Raz 就只贊同第一種意義的分離命題主張，對於其餘兩種則分別予以反駁。¹⁴ Coleman 的柔性法實證主義理論支持前兩種意義的分離命題，但反對第三種意義的分離命題。¹⁵ Hart 對上述三種分離命題主張，則全部予以支持。在此，筆者不擬討論法實證主義內部對於前兩種分離命題的爭執，而只把焦點鎖定在第三種分離命題意義的爭

¹⁴ 針對第二種說法，Raz 主張法律有效性的判斷並非不必然包含道德價值，而是必然不會包含道德價值。他把這項論點稱為來源命題（the sources thesis）（Raz, 1979: 47; 1994: 215）。至於第三種說法，他也同樣加以反駁。他認為接受法律論述（legal discourse）的內在陳述本身，無論怎麼說，都是與其他人之權利以及義務有關的主張，因此也必然是某種道德主張（moral claim）（Raz, 1998: 249）。

¹⁵ Coleman 認為承認規則是一個不斷尋求共同合作活動（shared cooperative activity）的協調慣例（coordination convention），而在相互磋商、協調的過程裡，勢必會涉及到對於承認規則這個慣例實踐之意旨（point）所採取的道德或政治論證（Coleman, 2001: 100）。

議上，也就是關於「對法律之接受是否不必然是一種道德上之接受」的問題。

在論〈命令與權威法律理據〉這篇文章裡，Hart 提出「獨立於內容之絕斷理據」的命題，作為支持法律與道德在概念上相互分離的主要論據（Hart, 1982: 243-68）。在該文中，他一方面批評 Bentham 的法律命令理論無法周延說明諸如法律義務、立法權力、受法律限制之政府、以及法效力等這些法律的特徵（features of law），可是另外一方面他也發現到，將法律視為命令者對受命者下達強制指令的論點，與他主張法律是一種權威法律理據（authoritative legal reason）¹⁶ 的看法，兩者對於法律的特性都有一個共同而且正確的認識，那就是承認法律是一種「內容獨立與絕斷」（content independent and peremptory）的行動理據（Hart, 1982: 243）。在他看來，命令與法律的第一個共通特性是，它們都是一種絕斷性的理據。這個觀點可上溯到霍布斯（Thomas Hobbes）對命令所下的一段定義：「命令是當一個人說做或不做這個的時候，除了期待遵照他所說的意志之外，並不期待任何其他的理據」（Command is when a man saith do this or do not do this yet without expecting any other reason than the will of him that saith it.）（*Leviathan*, XXV，這句話引述自 Hart, 1982: 253）。由此可以看出，命令的本質特性是，當命令者下達命令時，他的意思是要受命者排除（preclude）或截斷（cut off）任何與該命令內容之利害得失有關的獨立考量，也就是以一種絕斷的言說形式（peremptory form

¹⁶ 「法律是一種權威法律理據」的論點，最早出現在 Hart 另一篇探討法律責任與義務（Legal Duty and Obligation）的文章裡，其主要目的是為了說明法律義務的陳述不是一種道德義務的陳述，而是一種超然的陳述（detached statement）（Hart, 1982: 160）。

of address)，斷絕其他理據的適用。基於這個絕斷的特性，進一步產生命令與法律的第二個共通特性，亦即「獨立於內容」的特性。它的意思是指，命令者可能對相同或者不同的人下達過許多不同命令，然而不管這些命令的內容多麼不相同，卻具有一個共同點，那就是命令者想要他所表達的意思（intention），被當作一個獨立於命令所想要完成之行動的理據來對待（to be treated as a reason independent of the action to which the command intends it to be done）。換言之，命令與法律的存在事實本身，就構成一個與其內容完全無關的理據（Hart, 1982: 254）。

根據絕斷性與內容獨立性這兩項命題，Hart 轉而提到對於命令以及法律權威的接受，有可能基於道德上的理由而接受，但也有可能基於其他非道德上的理由而接受。典型的非道德上的理由例如：遵照傳統、想要跟著別人做、僅僅希望既有的司法實踐繼續持續下去、已經立誓要擔任與維護法官的職務、或者默示同意法官的職位等等理由（Hart, 1982: 256, 265）。據此，Hart 反駁 Raz 主張接受立法權威即等於接受其道德正當性（moral legitimacy）的說法。他同意法官確實有可能根據道德上的理由，相信法律的存在本身，不管它的內容如何規定，都是值得遵守的行動理據。可是他並不同意法官必定（must be）會如此認為，或者基於其所處職位之考慮，會假裝這樣做（pretend to do so）。Hart 強調對立法權威的接受態度中，除了全然接受之外，還可同時存在一種被制度化之「逐漸減弱的」接受型態（institutionalized ‘whittled down’ form of acceptance）。因此，他依然堅持對法律規則與法律權威的接受，¹⁷ 不必然需要有道德正當性的信

¹⁷ 在 Hart 的論述脈絡裡，對法律規則以及對法律權威的接受態度，是同一或者不同的接受態度？Hart 對此問題並未做清楚說明。不過筆者認為從他宣

念，或是需要假裝表現出有這種信念（Hart, 1982: 264-68）。

如果我們把 Hart 的「法律是獨立於內容之絕斷理據」的主張，與他的「法律是團體成員所共同接受之行為導引」（Hart, 1994: 255, 257）的主張相互結合來看，便不難發現法律的存在事實，對於行動者之所以構成獨立的行動理據，其最主要同時也是最低限度的理由是：法律作為獨立理據的存在，至少能夠發揮導引行為（guidance of behavior）的功能。換句話說，Hart 還是必須承認獨立絕斷理據的主張，無法避免涉入對於法律規則之存在「目的」（purpose）、存在「意旨」（point）、或者存在「功能」（function）的價值接受問題。如此一來，剩下來唯一的爭辯就是，行為導引的價值是不是一種道德價值的問題。

在探討這個問題之前，讓我們先來看看顏厥安針對法律作為獨立於內容之理據所做的深入討論。藉由他的分析，將有助於我們進一步思考道德接受與獨立理據之間的關係。

對法律作為獨立理據的主張，顏厥安有以下這段評論：

法律所擁有的獨立論據特性，可以說明前述 R.pf 原則在法律推理過程中的特殊性。更精確地說，R.pf 原則是「獨立於內容」

稱法律規則是一種獨立權威理據的論點來看，他應該會傾向主張對法律規則之接受就是指對法律權威之接受。蓋對任何接受者而言，不論是出於全然或者勉強的接受態度，只要接受某一規則是「法律上的」規則，無異表示接受者視法律規則的存在事實對他（她）而言構成一種獨立於內容的權威行動理據，也就是表示他（她）接受承認規則作為法效力辨識規則的權威性地位。因此，我們似乎可以進一步這樣說：對法律規則的接受，無疑是對法律作為權威理據的接受，也就是對承認規則具有鑑別有效法律身分之權威地位的接受。在此感謝第一位匿名審稿人提出這個問題，讓筆者有機會就法律規則與法律權威之接受在概念上是否同一的爭議，做更深入的反省與詳細的說明。

此一特性的看守者。當一個規範是法律規範時，「它是法律規範」這個事實就直接構成了一個我們應該遵守它的理據，而不必過問它的內容。但是這並不表示我們不能質疑其內容，而是當我們想要質疑其內容時，就必須通過 R.pf 這一關，就必須論證為何犧牲掉 R.pf 是值得的或應該的。（顏厥安，2002: 19）

所謂 R.pf 原則，筆者把它稱為「規則的形式證立原則」，也就是顏厥安所說的「權威機關所創設之法律規則的安定性原則」，其作用是「保護既有規範不被輕易推翻」（顏厥安，2002: 17）。這個意思是說，當法官想要藉助某項原則 P，為一法律規則 R 創設另一例外法律規則 R' 時，他所要論證的，不單單只是 P 要有強過 R.p（規則的實質證立原則）的強度，P 還必須要強過 R.pf。也就是說：「基於某一原則而要為一規則新設一個例外時，此一原則所提供的理由，其強度必須強到足以排除支持此規則的形式原則，尤其是確定性與權威性，而且在這種情況下，必須由主張例外的一方，也就是主張原則的一方，負舉證（論證）的責任」（顏厥安，2002: 17）。

這段分析，主要是針對國會與釋憲機關這兩大憲政權威機關之權威性相互對抗的時候，其實是兩個法律上獨立理據的對抗。此時，如果想要藉由釋憲方式來削弱國會立法的權威性，釋憲機關所應該考慮的，並不僅只是判決結果對於當事人是否合理、合法的問題而已，還必須考量到「為何以及如何以某種合理的幅度來挑戰創造出法律之獨立理據的權威」，也就是「它必須要找出依附於內容的理據，來對抗之所以使得法律成為獨立理據的理據」（顏厥安，2002: 19）。

顏厥安的看法，是從法律官員，特別是法官的觀點，支持法律權威具有推定接受（prima facie acceptance）特質的一種（政治）道德

主張，因為它是根據法安定性價值較為優位的政治道德原則，論證國會所創設之法律規則應該具有較強的權威推定性質。所以，他認為一般審判機關（即普通法院與行政法院），應負有受法律規則拘束之裁判義務，而憲政司法機關（大法官會議），則應承擔保障人民基本權利不受國會立法之不公平對待的憲政責任。也就是普通法院必須認真看待法律規則，憲政司法機關必須認真看待基本人權（顏厥安，2002: 38, 47）。

同樣地，筆者認為一般公民對於法律規則的接受態度，在絕大多數的情形下，也都是奠立在法安定性原則具有支持法律規範約束力之形式推定效力的政治道德主張之上。換言之，一般人對於法律規則的接受態度，即使是一種視法律為獨立理據的接受態度，接受者至少也要根據法安定性的形式證立原則，作為「推定」接受法律規則這種獨立理據的立據（ground）。而法安定性的形式證立原則，必然是一種道德理據，否則便難以說服我們為什麼法律規則這個獨立理據的存在事實，是值得大家普遍接受的。

現在讓我們再回頭檢視 Hart 非道德接受的說法，在形式證立原則的立場上是否仍然能站得住腳。他強調一般人可以基於「長期利益的考量」、「傳統的態度」、或者「只想跟著別人走」的心態來接受法律規則的拘束，並且認為這些都不是道德上的理由。因此，接受不必然是一種道德上的接受（Hart, 1994: 203）。可是當這些 Hart 所說的非道德上的接受理由，面對某一道德原則挑戰其所支持的法律規則時，如果無法在實踐推理的過程中，說服其他自願接受者或者那些被迫服從的人相信，這些非道德理由同樣也可以普遍地成為他們主張接受法律規則的理據，那麼就會變成 Raz 所說的微弱接受（Raz, 1979: 155），此時充其量只能說是對法律的一種「個人」接受態度，而非視

法律為社會規則的「社會」接受態度。反過來說，如果想要主張長期利益考量、尊重傳統、以及跟著別人走這些理據，具有社會接受的法律規範性意義，那麼無非是主張它們可以作為批判接受者自己以及他人之違法行為的社會行動理據，也就是認為它們具有「社會上所有人都應該這樣做」之可普遍化（universalizability）的特性。試問，有哪些可被普遍化的行動理據可以不是道德上的理據？¹⁸

事實上，Hart 非道德上接受的主張，不僅曾被 Dworkin 大力抨擊過（Dworkin, 1978: 57, 61），同時也遭到其他同屬法實證主義陣營之法理學者的批評（Raz, 1998: 249; Postema: 1998: 162; MacCormick, 1987: 111-13）。在這種情況下，哈特之所以仍然堅持這個立場，主要就是從「獨立於內容之絕斷理據」的論點，找到進一步的理論根據。然而，筆者並不認為提出獨立理據的主張，便足以化解道德接受論證的挑戰，它反而更加突顯出對法律規則之接受，不論是出於自願或者

¹⁸ 所謂「道德」，筆者傾向支持美國倫理學家 Louis P. Pojman 的分析，採取較為廣義的看法。Pojman 認為道德是指人類文化中的某些特定習慣（customs）、戒律（precepts）與實踐（practices），亦即所謂「實然道德」（positive morality）。社會實然道德的核心，不外是由眾多道德原則所構成。據此，Pojman 進一步分析道德原則具有指導性（prescriptivity）、可普遍化（universalizability）、凌駕性（overridingness）、公開性（publicity）、以及可行性（practicability）等五項特徵（Pojman, 1999: 1-9）。在這些特徵當中，除了道德原則在實踐推理上是否永遠凌駕其他非道德考量的凌駕性特徵，在倫理學界仍然有不同看法外，其餘四項特徵大體上並無爭議。其中，筆者認為可普遍化的特徵，乃是辨識某一規範性陳述是否為一道德原則陳述的關鍵要素。換句話說，在實踐推理的論證過程中，凡是能夠被證立為普遍性主張的陳述，不論其背後的證立基準是所謂個人自主、權利、利益、效益、或者德行，都可說是一種道德原則的陳述。感謝第一位匿名審稿人建議筆者針對「何謂道德」的問題再加以論述，因而促使我就道德之意義以及道德原則之特徵做出以上的補充說明。

勉強接受，都是一種道德上的接受態度。因為筆者認為，如果是自願接受，表示一般公民與法律官員完全接納法律規則的形式與實質證立原則，這當然是一種道德上的全然接受態度。如果是勉強接受，則表示雖然有某一道德原則可以強過支持法律規範內容的實質證立原則，但卻仍然無法突破形式證立原則這道最後防線。這無非意味著，法律的形式證立原則在這些勉強接受者的實踐推理過程中，被認為比與法律實質證立原則相互對抗之道德原則，具有更強的道德強度 (moral weight)，所以才能促使這些勉強接受者選擇繼續接受法律規則的拘束。然而無論如何，根據法律的形式證立原則，也就是法安定性原則，接受法律規則乃是一種權威獨立理據的選擇，必然是在道德論證 (moral reasoning) 的場域中，所做出來的道德抉擇。因此，對法律規則的接受，不可能不是一種道德上的接受。

五、結語

這篇文章只能算是對於法律規範性問題所做的初步反省而已。筆者之所以選擇 Hart 的接受論證作為研究主題，主要的理由在於，這項論證除了對其他法律規範性主張提出有力批評外，在某種程度上也確實掌握到法律規範性這個問題的核心論旨，也就是：**法律規範性是一種對於法律的觀點或態度**。Hart 看到了接受態度是探究此一問題本質的關鍵鎖鑰，並且嘗試根據它以及法律作為獨立絕斷理據的主張，進一步鞏固自己的法實證主義立場，亦即堅持對法律的接受不必然是一種道德接受的分離命題立場。不過，筆者個人對這項說法卻持批判態度。我認為即使承認法律是一種獨立於內容的絕斷理據，一般

公民與法律官員對於這個獨立理據的接受，不論是出於自願接受或者勉強接受的態度，都不可能不是一種道德上的接受態度。我相信導引出這項批判性結論的論證過程中，仍有許多不甚清楚或有待補充的地方。所以，衷心希望藉由本文能獲得許多寶貴的批評與指教，讓我有機會進一步反省與檢討自己的想法。¹⁹

¹⁹ 最後，感謝另一位匿名審稿人的指正意見，筆者擬在此嘗試回應。審稿人提出以下三個問題，希望筆者再加以說明與澄清：

1. Hart 對於法律規範性的看法，是想要回答某一法律命題對我們有規範約束力「是什麼意思」的問題？還是要回答「是什麼因素促使或證成」這項法律命題確實對我們有規範約束力的問題？還是兩者他都想要回答？
2. Hart 的接受論證除了試圖說明具有規範效力之法律規則的存在條件之外，他是否有野心想要證立：「為什麼法律規則這個獨立理據的存在事實，是值得大家普遍接受」？
3. 在理論上是否可能所有人皆出於非道德理由去接受法律規則，而這些法律規則在內容上剛好與道德吻合，所以也從來沒有受到道德的挑戰？

首先，就問題 1 來說，筆者認為 Hart 想要同時回答審稿人所講的兩個問題，或者應該說，這兩個問題對 Hart 而言其實是相同的問題。因為一方面，當我們認為「騎機車有義務戴安全帽」這項命題，對我們是有法律規範拘束力時，筆者認為對 Hart 而言，它的意思是說：「我們接受這項命題的法律身分，所以在法律上我們有義務戴安全帽。」另一方面，這句話的意思同時也隱含我們接受使得這項命題對我們產生法律規範拘束力之意思的證立因素，也就是接受承認規則這個法效力辨識規則的證立因素。否則，我們又如何能產生「騎機車戴安全帽是法律上有義務做之行為」的內在接受態度。

其次，筆者相信 Hart 提出接受論證的初衷，的確只是想要說明具有規範效力之法律規則的存在條件而已。然而這種描述性的法理論立場，並不意味其論證結果實際上未觸及法律規範性的實質證立問題。Hart 雖然很謹慎地希望避免捲入實質問題的討論，可是當他在《法律的概念》一開始區別法律與強制命令之不同，以及進一步提出法律是一種社會規則的主張時，其實已經對法律這個社會事實現象所表現出來的概念意義，做過一番取捨與選擇。否

參考文獻

林文雄

1982 《法實證主義》，增訂 3 版，台北：自版。

2000 〈探討自然法的意義〉，《月旦法學雜誌》，第六十四期，頁 48-54。

馬漢寶

1970 《西洋法律思想論集》，台北：漢林。

則何以同樣是服從法律之規律行為模式的純粹事實，Austin 會主張法律是一種主權者強制命令的概念，而 Hart 卻認為是兼具內外在面向的社會規則概念。換句話說，筆者同意 Dworkin 的說法，認為 Hart 的法理論並非如同他自己所宣稱，是一種描述法學或描述社會學 (Hart, 1994: preface)。其性質無非是一種詮釋的法理論 (interpretive theory of law)，也就是解釋法律這個重要概念的法理論。更深入地說，Hart 並非站在所謂觀察者的立場，來說明法律這個概念所表現出來的事實因果關係，他毋寧是從詮釋者的角度，企圖解釋法律這個概念所顯現出來的事實現象，為什麼不應該被解讀為是一種主權者命令的形式，而應該被解讀為一種社會規則的樣態。所以，儘管他再三強調對規則與法律的接受，可以是一種非道德的接受，可是在這之前，他已經為我們預設了一個接受法律是一種規則模式的實質理由，也就是法律與其他社會規則一樣，其存在這個事實本身，具有導引行為的「價值」、「目的」或「功能」，如此才有可能進一步論證我們對於法律與規則具有某種批判反思的內在接受態度，而把它們視為「應該」約束社會成員行為的獨立理據。筆者不排除 Hart 原本並無野心要去說明：「為什麼法律規則這個獨立理據的存在事實，是值得大家普遍接受的」，可是其法理論最終卻強烈地表現出「證立」法律規範拘束力的論述結果。

最後，針對第三個問題，筆者認為如果所有的法律皆合乎道德要求，那麼在理論上就不會有基於非道德理由接受法律拘束的情形發生，因為當我們都認為法律規則的內容符合每一個人的道德信念時，我們接受這些道德信念的同時，雖然也接受了它們是法律，可是在這種情況下，是不是法律以及法律對我們是不是有拘束力的問題，似乎就沒有太大的論證意義，因為真正促使我們接受拘束的是道德信念本身，並非披在道德信念身上的法律外衣。

楊日然

- 1997 〈美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討（一）、（二）〉，收入《法理學論文集》，台北：月旦，頁 119-242。

莊世同

- 2000 〈Ronald Dworkin 與柔性法實證主義〉，《月旦法學雜誌》，第六十四期，頁 54-69。
- 2001 〈再訪 Hart 的承認規則〉，收入《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，台北：學林，頁 73-109。

戴森雄

- 1997 〈奧斯丁法律與道德論之研究〉，收入《法理學論叢：紀念楊日然教授》，台北：月旦，頁 643-713。

顏厥安

- 2002 〈規則、理性與法治〉，《國立臺灣大學法學論叢》，31 卷 2 期，頁 1-58。

Austin, John

- 1995 Wilfrid E. Rumble, ed., *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press.

Coleman, Jules

- 2001 *The Practice of Principle: In Defence of Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, Ronald

- 1978 *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

Hart, H. L. A.

- 1982 *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.
- 1994 *The Concept of Law*, 2nd ed., with a Postscript edited by P. A.

Bulloch & J. Raz. Oxford: Oxford University Press.

2000 《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，台北：商周。

Kelsen, Hans

1945 *General Theory of Law and State*, trans. by Anders Wedberg.
Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

1967 *Pure Theory of Law*, trans. by Max Knight. Berkeley,
California: University of California Press.

MacCormick, Neil

1978 *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford
University Press.

1981 *H. L. A. Hart*. Stanford, California: Stanford University Press.

1987 "Comment," in Ruth Gavison, ed., *Issues in Contemporary
Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 105-
13.

Pojman, Louis P.

1999 *Ethics: Discovering Right and Wrong*, New York: Wadsworth
Publishing Company.

Stephen R. Perry,

2000 "Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory," in
Steven J. Burton, ed., *The Path of the Law and Its Influence:
The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge:
Cambridge University Press, pp. 158-95.

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: Oxford University Press, pp. 149-79.

Raz, Joseph

1979 *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

1990 *Practical Reason and Norms*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

1998 "The Purity of the Pure Theory," in Stanley Paulson & Bonnie Paulson, eds., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Oxford University Press, pp. 237-52.

Shapiro, Scott

1998 "The Difference That Rules Make," in Brian Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 33-62.



Abstract

The core issue of legal philosophy that lies at the center of the very theory of the concept of law is to answer the question about what the law is. And one of the main themes a theory of the concept of law concerns is to justify the normative character of law. In the discourse of legal philosophy, legal philosophers have quite diverse versions as to the justification of law's normativity. There are, roughly speaking, three different arguments: the moral argument, the efficacy argument, and the membership argument. H. L. A. Hart, the British legal philosopher, proposes the 'acceptance' argument to refute these versions of legal normativity. He argues that law is a matter of rules and that the normative force of legal rules depends on the ordinary citizens' general acceptance of law's membership and the legal officials' acceptance of a fundamental rule of recognition as the master test to identify valid legal rules. In addition, He also claims that the acceptance of legal rules is not necessarily a moral acceptance. This essay not only tries to review four important questions immanent in Hart's acceptance thesis, but also intends to argue a different conclusion. That is, it is impossible for the acceptance of legal rules not to be a moral acceptance.

Keywords: the normativity of law, legal rules, acceptance, the rule of recognition, content-independent reason, peremptory reason