

【一般論文】

# 法律的根據與法律義務的性質\*

王鵬翔

中央研究院法律學研究所

## The Grounds of Law and the Nature of Legal Obligation

by

Peng-Hsiang Wang

Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica

philaw@sinica.edu.tw

---

\* 本文初稿曾先後發表於謝世民教授主持的「法律與道德工作坊」以及 2017 台灣法理學會年度學術研討會，感謝與會者，尤其是薛熙平和陳弘儒的評論與提問。同時感謝兩位審查人的寶貴意見，讓我得以補充修正本文的不足之處。本文部分內容為科技部研究計畫「法律中的因果性與規範性——一個基於差異製造的理論」(MOST 104-2410-H-001-028-MY3) 的研究成果。

收稿日期：2018 年 5 月 10 日；通過日期：2018 年 6 月 10 日

## 摘 要

法律實證論與非實證論的傳統爭論，近來常被視為關於法律根據的爭議。本文指出，這個爭議的來源之一是雙方關於法律義務的性質有不同的看法。實證論者認為，法律義務是一種特定觀點下的義務，它只具有擬似而非真正的規範性；非實證論者則認為法律義務是一種真正的義務，它乃是一種來自於法律實踐的道德義務。本文試圖辯護非實證論的法律義務觀，並說明何以構成法律實踐的社會事實或制度行動具有影響或改變道德義務的規範重要性：它們透過改變相關事實或情境，來影響我們所擁有的規範理由，並以此形塑了道德義務的內容。

關鍵詞：法律實證論／非實證論、法律與道德、法律的根據、義務、規範性、理由

## 一、法律的根據

自哈特 (H.L.A. Hart) 於 1958 年發表《實證論以及法律與道德的分離》(*Positivism and the Separation of Law and Morality*) (1983: 40-87) 這篇著名論文以來,「分離命題」(the separation thesis) 就成了法律實證論的標誌特徵。法律與道德是否可能分離抑或具有某種必然聯結,也被認為是實證論與非實證論之間的核心爭議。<sup>1</sup>

不過,「法律與道德的分離」或者「法律與道德之間不具有必然聯結」其實是個粗糙含混的主張。正如拉茲 (Raz, 2009a: 166-181) 指出,法律與道德之間可以有許多不同的聯結方式;實證論者並不否認,在某些層面,法律與道德不僅可能,甚至具有必然關聯(例如,法律必然能夠成為道德評價的對象、法律必然會宣稱其具有道德正當性等等)。因此,逐漸有部分實證論者不再將分離命題視為區分法律實證論與非實證論的標準 (Green, 2008; Coleman, 2011)。

近來的理論發展,傾向於將實證論與非實證論的傳統爭論視為關於**法律根據**(the grounds of law)的爭議 (Dworkin, 1986; Greenberg, 2004; Shapiro, 2011; Plunkett, 2013; Murphy, 2014; Stavropoulos 2014; Hershovitz, 2015)。<sup>2</sup>我們將關於法律的內容——亦即法律要求、禁止、允許某個行為——的主張或陳述稱為「**法律命題**」(propositions of law),例如「法律禁止在室內公共場所吸菸」或者「法律要求高速公路行車時速低於 110 公里」等等。為真的法律命題陳述了**法律事實**

<sup>1</sup> 例如 Alexy (2002: 3-4)。

<sup>2</sup> 最早使用「法律根據」這個術語的可能是德沃金 (Dworkin, 1986)。但不是所有的學者都採用這個術語,例如 Greenberg (2004; 2014) 就將其稱為「法律內容的決定因素」(determinants of legal content),但涵義相同。

(legal facts)。在台灣法律禁止在室內公共場所吸菸、高速公路行車速度不得超過時速 110 公里等等，這些都是法律事實。

但法律事實並非終極或根本的事實；一項法律事實之所以成立，必定是由於某些其它的事實使然 (Greenberg, 2004: 158; Shapiro, 2011: 26)。例如，「台灣法律禁止在室內公共場所吸菸」這項法律事實之所以成立，乃是基於以下的事實：2007 年立法院三讀通過、總統公布菸害防制法第 15 條修正條文，並自 2009 年 1 月 11 日起開始實施。所謂「法律的根據」，就是使得法律命題為真或法律事實成立的其它事實 (Dworkin, 1986: 4; Shapiro, 2007: 34)。<sup>3</sup>

如此一來，法律實證論與非實證論的爭論，即轉化為關於法律根據的問題：究竟是何種事實使得法律命題為真或法律事實成立？實證論者主張，法律的根據終究只由社會事實所構成，亦即關於某個人或某群人的行動、信念或態度的事實，它們基本上都可以用不涉及道德評價的語彙來描述。非實證論者則認為，法律的根據除了社會事實之外，還必然包含了某些道德事實，這些事實涉及了行為的對錯好壞或者制度之正義或良善與否。

然而，將實證論與非實證論的分歧轉化為關於法律根據的爭議，除了解消某些不具理論價值的問題之外（例如，在這個框架下，「道德原則是否能被安置成為法律規範體系的一部分？」就是個不值得

---

<sup>3</sup> 非常粗略地說，某項或某類事實的成立依賴於另一項或另一類事實的成立，後者即為前者的根據 (grounds)。在此不深入討論根據的形上學議題，有興趣的讀者可參考 Correia and Schneider (2012); Gideon Rosen (2010) (他們都曾以法律事實的根據為例說明)。除此之外，法律的根據是事實 (facts)、事件 (events) 或事態 (states)，則是另一個技術性問題。在此也不作區分，而將法律的根據概括視為某種事實。

討論的議題<sup>4</sup>)，對於實質議題的討論似乎沒有多大的推進 (Coleman, 2011: 61-64)。有越來越多的論者指出，這個爭議——以當代最著名的「哈特—德沃金之爭」(the Hart-Dworkin Debate) 為代表——似乎看不到盡頭出口，儘管雙方陣營的理論不斷推陳出新，仍未有能令彼此信服的解決之道 (Murphy, 2014: 73-109; Herskovitz, 2015: 1163-1174)。

或許這個爭議總有一天能找到解答，但本文旨不在此。本文認為，爭議無解的可能原因在於，法律實證論者對於法律義務的性質所採取的看法：實證論者大都將法律義務視為一種特殊的義務：它乃是特定觀點下的義務而非真正的義務。法律義務若要轉化為具有真正規範性的道德義務，取決於某些非屬法律根據的外在條件是否滿足。在這樣的前提下，法律的根據僅由社會事實所構成，就只能是理所當然的結論。

在提出這個診斷之後，本文認為，非實證論的可能出路在於提出一個真正有別於實證論的一階段法律觀：所謂「法律義務」並非獨特的義務種類，而是道德義務的一個分支；法律義務與一般道德義務的不同之處，不在於它具有某種特殊的規範性，而在於它乃是由特定的社會事實所引發或改變的義務。非實證論面臨的關鍵問題並非法律命題或法律事實之成立與否，而是要說明何以這些社會事實具有影響道德義務的規範性意涵，以及它們如何發揮此種影響力，而這個說明終究必須訴諸某些道德價值並涉及道德論證。

本文的結構如下：以下第二節先剖析實證論的法律義務觀，第三

---

<sup>4</sup> 德沃金本人 (Dworkin, 2006: 232-240) 即認為如此；法律實證論者如 Shapiro (2007: 24-35) 與 Raz (2009a: 182-202) 也認為這個議題不值得實證論者特別關注。中文文獻可參考王鵬翔 (2010)。

節論證這種義務觀只能導出法律義務具有擬似或表面的規範性。第四節指出，實證論的問題在於其預設了一種兩階段的法律觀，本文則提出有別於實證論的一階段取消論（eliminativism）法律觀：我們毋需關注法律事實成立的問題，即可直接追問法律實踐對於道德義務的影響力為何。第五節論證，所謂「法律義務」乃是一種來自於法律實踐的道德義務；第六節進一步論述，那些原本作為法律根據的社會事實，如何影響或改變我們所負的道德義務。第七節簡短比較非實證論的法律義務觀與傳統的守法義務論以及德沃金晚期的法律義務論，第八節則是結論。

## 二、實證論的法律義務觀

讓我們先從實證論與非實證論的兩點共識出發。首先，實證論者與絕大部分的非實證論者都同意，法律的根據包含了社會事實。如前所述，雙方的爭議點在於，法律根據是否還包含了某些道德事實。關於這個爭議，實證論者又分為兩派。排它的法律實證論（exclusive legal positivism）認為，法律的根據只由社會事實所構成，不可能包含任何道德事實；包容的法律實證論（inclusive legal positivism）則認為，法律的根據雖不必然、但仍可能包含某些道德事實，而這取決於相關的社會實踐是否會納入某些道德事實以決定法律的內容。但無論如何，這兩種法律實證論都主張：法律根據最終只由社會事實所構成。

其次，有別於法律現實論（legal realism），大部分的實證論與非實證論者都同意，法律事實是一種**規範性事實**（normative facts），更

確切地說，為真的法律命題所陳述的是與義務相關的事實。如果「法律禁止在室內公共場所吸菸」為真，那麼我們就有義務不在室內公共場所吸菸。法律要求在高速公路行車時速不得超過每小時 110 公里，那麼行駛高速公路的用路人就有遵守這項速限的義務。法律允許袋地所有人通行鄰地，因此他沒有義務要繞道而行，或者說，鄰地所有人有義務容忍其通行自己之土地。換言之，實證論與非實證論的另一個共識是：法律的要求賦予我們某種義務，這種義務可稱為「法律義務」(legal obligations)。

由此可將「法律根據」重新界定為：**使得法律義務成立的事實** (Stavropoulos, 2014; Greenberg, 2014: 1295)，<sup>5</sup> 從而法律實證論的核心主張可表述為：法律義務的成立最終只取決於特定的社會事實。這個主張稱為「**社會事實命題**」(the social fact thesis)。但如此一來，法律實證論將面臨所謂的休謨難題 (Hume's Problem)：法律命題乃是關於我們有義務去做或不做某件事的規範性陳述，但關於某個（些）人說了或做了什麼的社會事實是描述性的，從描述性的陳述如何能夠推導出規範性的結論？這難道不會犯了從實然導出應然的謬誤嗎？(Shapiro, 2011: 45-48; Coleman, 2011: 77-78)

面對休謨難題，法律實證論若要堅持社會事實命題，<sup>6</sup> 有兩種可

<sup>5</sup> 嚴格說來，是使得法律權利——包括許可 (privilege)、權力 (power)、豁免 (immunity) 等霍式要素 (Hohfeldian incidents)——與法律義務成立的事實。但為了簡化討論，本文只聚焦於義務的方面。

<sup>6</sup> 凱爾森 (Hans Kelsen) 可能是個例外，他是極少數主張法律的根據最終仍不能化約為社會事實，而必須訴諸某種規範性要素的法律實證論者。按照凱爾森 (Kelsen, 1934; 1960) 的看法，若要認識或說明何以某些社會事實具有使得法律義務成立的規範性意涵，最終仍必須預設他所稱的「基本規範」(Grundnorm)。凱爾森的理論固然不會碰到休謨難題，但這種非化約論或規範論式的法律實證論 (nonreductive or normativistic legal positivism) 是否能

能回應方式：第一種方式是拆卸休謨的斷頭臺，試圖論證規範性陳述如何能夠從描述性陳述推導而出；或至少指出，雖然法律事實的成立取決於特定的社會事實，但這兩種事實之間的根據或依賴關係，是一種非因果性的構成性說明（noncausal constitutive explanation）或形上學的決定（metaphysical determination）關係（Greenberg, 2004: 163-165），<sup>7</sup>而非邏輯蘊含或推論關係。

但大部分實證論者採取的是另一種回應方式，他們不直接挑戰休謨難題，而是強調法律義務的特殊性（Hershovitz, 2015: 1164-1168）。有些實證論者認為，法律義務構成了一個獨特的法律規範性領域（a distinct domain of legal normativity），它有別於道德或明智的要求等其它規範性領域。例如，哈特（Hart, 1982: 146-147）就認為，「法律義務」雖然是個規範性概念，但它沒有任何道德意涵，「義務」這個詞在法律和道德脈絡下雖然有某些共同特徵，但在兩個脈絡下卻各自有不同的意義，法律義務乃是獨特種類的義務而非只是道德義務的一種。

然而，哈特並未詳加說明法律義務有別於其它種類義務——尤其是道德義務——的獨特性何在，他只強調：當我們說某個人負有法律義務去做特定的行為時，這意謂著可以根據某項法律規則適當地要求這個人去做這個行為，而這項賦予義務的規則是由法律社群的承認規則所鑑別的（Hart, 1994: 82-91; 1982: 160-161）。或許對哈特而言，法律義務與道德義務的區別就像西洋棋規則和象棋規則的區別一樣，它們乃是由兩個不同的社會實踐所構成的規範系統各自提出的行為要

---

夠成功，仍有疑問。對此可參見 Paulson（1992）與 Marmor（2011: 12-34）。

<sup>7</sup> 但 Greenberg（2004: 159-160）仍強調，要充分說明或理解法律事實及其根據事實之間的這種決定關係，仍然必須訴諸價值事實。

求。<sup>8</sup>

關於法律義務的獨特性，晚近的實證論者提出兩種可能的解讀方式。第一種解讀認為：當我們談論道德義務時，是在表達關於應該做什麼事情的判斷，但談論法律義務時，基本上只是在描述一種特殊的社會現實；如前所述，「A 有法律義務去做  $\phi$ 」所描述的事實無非就是：有一條滿足承認規則鑑別判準的規則要求 A 做  $\phi$ ，換言之，法律命題本質上是描述性的 (Finlay and Plunkett, 2017: 6-8)。<sup>9</sup> 因此，哈特式的法律實證論對於法律規範性採取一種化約論的看法：法律義務的存在只依賴於某項規則存在這樣的社會事實 (Marmor, 2011: 71)。

第二種解讀則主張：法律義務的特殊性在於，它是一種特定觀點下的道德義務。法律表達了關於我們有義務去做何種行為的看法，這稱為「法律觀點」；所謂「法律義務」，乃是法律觀點下的道德義務 (moral obligations from the legal point of view) (Raz, 1999: 170-177; Marmor, 2011: 25-28; Shapiro, 2011: 184-188; Coleman, 2011: 21-28; Essert, 2016)。以下將指出，這兩種解讀相輔相成並不衝突，它們共同構成了實證論法律義務觀的核心論點。

實證論者或許並不反對，道德義務是具有真正規範性的義務 (Raz, 2009a: 186; Marmor, 2011: 71)；例如，當我們說一個人負有不在室內公共場吸菸的道德義務，就表示他的確有義務（或有決定性

<sup>8</sup> 同樣的看法可見 Stavropoulos (2013: 130-131)。雖然哈特在《法律的概念》第八章談到道德規則有別於法律規則的四個特徵——重要性、免於有計畫的改變、道德違犯的自願性、道德壓力的形式 (Hart, 1994: 173-180)，但這只是社群道德義務的實質特性，並非區辨一條規則是否為法律規則的判準。

<sup>9</sup> Finlay and Plunkett (2017) 將此稱為「規則關聯的語意理論」(rule-relational semantics)，按照這個理論，法律命題的語意本質上是描述性的，行動指引或評價等規範功能只是法律命題的語用特徵。

的理由)不要這麼做。<sup>10</sup>然而,實證論主張法律義務是法律觀點下的道德義務,並非認為法律義務就是真正的道德義務。說「A有法律義務去做 $\phi$ 」的意思只是「從法律的觀點來看,A有義務去做 $\phi$ 」,但這並不表示A就真的有義務去做 $\phi$ (Raz, 1999: 172-176; Marmor, 2011: 5-6; Shapiro, 2011: 185)。要了解這一點,容先說明何謂「法律觀點」。

實證論者認為,法律表達了關於我們應該做或不做哪些事情的一套看法。任何人或任何規範系統,對於我們有道德義務去做或不做哪些事情,都可以有一套獨特的看法,這些看法往往也不盡相同。例如,不同的宗教或倫理觀對於是否應該吃素,就有不同的看法。各個規範系統關於負有何種道德義務的看法,各自構成了不同的規範觀點,法律只是其中一種觀點(Raz, 2009a: 188-189)。<sup>11</sup>因此,重點不在於法律是否構成了一個獨特的義務種類,而是法律對於我們負有何種道德義務,表達了一種獨特的看法,這個看法就是所謂「法律觀點」。<sup>12</sup>

<sup>10</sup> 以下「三」還會再回頭說明義務和規範性之間的關聯。

<sup>11</sup> 這種觀點相對論的規範性與義務觀,可以追溯到凱爾森,參見Raz (2009b: 137-139); Marmor (2011: 25-27)。

<sup>12</sup> 按照拉茲(Raz, 2009a: 184-186)的看法,所謂「規範觀點」(normative point of view or normative perspective)有兩種不同解讀方式。第一種方式是假設某個規範系統具有提供有效理由的規範性,但對這個假設是否為真存而不論,也未必相信這個規範系統就真的提供了有效的理由,例如「從天主教的觀點來看,不應墮胎」,這並不蘊含婦女就的確應該或真的有理由不能墮胎。第二種方式則是指出規範問題的不同考慮面向,例如「從經濟觀點來看,大學應該關閉哲學系,因為哲學系校友很少賺大錢回饋母校;但從學術觀點來看,則不應關閉哲學系」,換言之,第二種方式是指出有效理由的實際來源。拉茲與其他實證論者都認為,所謂「法律觀點」乃是第一種解讀方式下的規範觀點(對此參見以下「三」);但若是談到「道德觀點」則

進一步而言，「法律觀點」其實是法律對其規範或要求所表達的一種態度：法律宣稱或認為，它對於我們所提出的行為要求是道德上正當的，或是我們有義務去遵守的；法律甚至會宣稱其具有正當權威，認為其要求本身就構成或提供了我們去做某件事情的行動理由（Coleman, 2011: 21-23; Shapiro, 2011: 186; Raz, 1994: 215-220）。

當然，法律不是具體的個人（person），要探求法律觀點不像探求個人觀點那麼容易。這個困難展現在於：相關的社會事實有許多不同的面向——例如立法者明白表述的語言文字、或是立法者的意圖、還是立法者想要追求的目的等等，究竟哪個面向才表達了法律對於我們負有何種義務的看法？或者，這些不同的面向要如何組合，才能產生法律觀點？<sup>13</sup>

為了解決這個困難，實證論者多半採取一種葛林柏（Greenberg, 2011）稱之為「標準圖像」（the Standard Picture）的法律觀：法律的內容主要是由權威文本的語意（或心理）內容所決定。<sup>14</sup>至於誰是法律權威，每個法律社群自有一套約定俗成的判斷標準（Marmor, 2011: 60-83）；關鍵只在於，權威表述的語言內容表達了法律觀點，亦即法律對於我們應該做或不做什麼事情的看法。例如：菸害防制法

---

只能是第二種解讀方式，依拉茲（Raz, 2009a: 186）之見，「道德」只能用來指涉為真或有效的規範考量（“‘Morality’ is used to refer only to true or valid considerations.”）。

<sup>13</sup> 正如葛林柏（Greenberg, 2004: 176-178）指出的，通常被認為可以決定法律內容的法律實踐（legal practices），例如立法者頒布制定法、行政機關發布行政命令或行政處分、司法判決等等，總是可以和許多組不同的可能法律要求相容，如果沒有獨立於法律實踐以外的標準，其實無法僅憑社會事實本身來確定法律觀點。

<sup>14</sup> 標準圖像的法律觀不是法律實證論的專利，某些非實證論者其實也預設了這種法律觀。見 Greenberg（2011: 60-66）。

第 15 條第 1 項的條文內容，就傳達了法律認為我們不應該在室內公共場所吸菸的看法。

我們可以暫且擱置實證論者要如何探求法律觀點的問題。重點在於，實證論者認為，法律義務只是一種特定觀點下的道德義務。說「A 有法律義務去做  $\varphi$ 」的意思，其實只是「法律（或某個法律權威）認為 A 有義務去做  $\varphi$ 」。這樣的陳述就像「儒家的信奉者認為中小學生有義務讀四書」或者「素食主義者相信我們都有義務不吃肉」一樣，都只是描述性的陳述：它們只是在描述某些人表達了關於我們應該做什麼事或負有何種義務的看法，這種特定觀點下的規範陳述並不具有真正的規範性。儒家信奉者認為中小學生有義務讀四書，不表示中小學生就真的有義務讀四書；素食主義者認為人人都應該吃素，不代表我們（包括素食主義者自己）的確有吃素的義務。同樣地，從法律觀點來看一個人有義務做某件事（有做這件事的法律義務），也不蘊含這個人就有做這件事的義務（Hershovitz, 2015: 1169）。

根據實證論的法律義務觀，法律命題雖然運用了「義務」這個規範性詞彙，但它們並非真正的規範性陳述，而只是描述性的；法律命題只是在陳述：**法律認為**我們有義務去做哪些行為，而非我們的確有義務去做這些行為（Shapiro, 2011: 188; Essert, 2016: 252）。套用赫蕭維茨（Hershovitz, 2015: 1165）的術語，這種關於法律義務的陳述只具有**擬似的規範性**（quasi-normativity）：它們表面看似是規範性的，但其實不是。因此，法律事實也不是真正的規範性事實，而是關於某個法律權威表達了某種態度或看法的描述性事實。<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> 凱爾森在純粹法學第二版（Kelsen, 1960: 73-78）也有類似的看法。他認為法律規範（Rechtsnorm）是（某個法律權威的）意志行為的客觀意義，但法律命題（他稱為“Rechtssatz”）只是在描述某條法律規範有效這樣的事

如此一來，法律實證論不僅迴避了休謨難題，也自然地導向社會事實命題：「A 有法律義務去做  $\varphi$ 」這樣的陳述是否成立，只取決於某個特定主體 X（法律權威）的信念、態度或行動，亦即 X 是否命令 A 做  $\varphi$  或者表達了要 A 做  $\varphi$  的意思。

### 三、法律規範性的問題

實證論者將法律義務視為一種特定觀點下的義務，固然同時辯護了社會事實命題並迴避了休謨難題；但伴隨而來的，則是對於法律規範性的否定、懷疑或不可知論的看法。

所謂「規範性」是個歧義的概念。<sup>16</sup> 其中一種意義是涉及規則的規範性（normative in the rule-involving sense）：每一個規範系統都提出了行為之正確或准許與否的標準。按照法律系統，合乎法律要求

---

實。因此，凱爾森認為「應該」（Sollen）這個辭彙有規定性與描述性的雙重涵義，在法律命題中出現的「應該」只具有描述性而不具有規範性的意義。類似的看法亦可見 von Wright（1963: 104-106）區分「規範」（norms）與陳述某項規範存在的「規範命題」（norm-propositions）。

<sup>16</sup> 以下討論之涉及規則與蘊含理由意義的規範性，分別對應於 Finlay and Plunkett（2017: 22）區分的「形式規範性」（formal normativity）與「強韌規範性」（robust normativity）。除了這兩種規範性之外，Parfit（2011b: 274-276）另外還區分了涉及動機（motivation）、態度（attitudes）、命令（imperative）等三種意義的規範性。這幾種意義的規範性彼此互有關聯，在此不進一步贅述。至於 Finlay and Plunkett（2017）的準表達論（quasi-expressivism）可視為一種動機或態度意義下的法律規範性：在特定的語用情境下，做出法律陳述的說話者會將法律規則的要求聯結於其對承認規則所表達的接受態度，或對特定目的所表達的類似欲望態度（non-cognitive desire-like attitude），這種非認知性的態度才說明了何以說話者會有動機遵守法律要求，或可用來預測其會向聽者表達何種要求。

的行為是正確或合法的，違反法律要求的行為則是不正確或不合法的。當哈特在《法律的概念》(*The Concept of Law*) (Hart, 1994: 85) 中說：「使得某類行為成為標準的規則，其存在乃是陳述某人負有義務的通常背景或適當脈絡……關於某個人負有義務的陳述就蘊含了一條規則的存在」，就是以蘊含規則的意義來理解法律義務的規範性。<sup>17</sup>然而，由於任何規範系統都具有此種意義下的規範性 (Broome, 2013: 26-27; Finlay and Plunkett, 2017: 22)，法律具有涉及規則的規範性並不是個值得深究的議題。

值得討論的是法律是否具有**蘊含理由意義的規範性** (normative in the reason-implying sense)。如果法律具有真正的規範性，那麼一個人有法律義務去做某件事，意謂著他應該做這件事。按照蘊含理由意義的規範性，一個人應該做的事情，就是他有決定性的理由 (decisive or conclusive reason) 去做的事情，亦即他做這件事的理由強過或排除了反對他去做這件事的理由 (Parfit, 2011a: 33; Raz, 1999: 28-32)。換言之，如果法律具有蘊含理由的規範性，則一個人有法律義務去做某件事，就蘊含了他有理由去做這件事。<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> “the existence of such rules, making certain types of behavior as a standard, is the normal, though unstated, background or proper context for such a statement [that a person has an obligation]; .... The statement that someone has or is under an obligation does indeed imply the existence of a rule.” 不過哈特指出，規則的存在只是義務陳述成立的必要條件，規則要能賦予義務的充分條件還包括人們會持續強烈地要求遵從規則，以及對於違反規則者會施予強大的社會壓力等等，詳見 Hart (1994: 86-87)。

<sup>18</sup> 以理由的概念來理解法律規範性的代表者是拉茲 (Raz, 2009a: 6-9)，關於義務和理由的關係亦請參見 Essert (2016)，但值得注意的是，Essert (2016: 256-260) 認為「A 有法律義務去做  $\phi$ 」這個事實本身並非 A 做  $\phi$  的理由，而是「從法律觀點來看，A 做  $\phi$  的理由強過不做  $\phi$  的理由」所得到的結論。

哈特在某些地方似乎反對以蘊含理由意義的規範性來理解法律義務的規

如果沒有特別說明，本文以下所稱的「規範性」都是蘊含理由意義的規範性。然而，按照實證論的法律義務觀，法律命題只具有擬似的規範性：陳述某個人宣稱或認為我們有法律義務去做某件事，並不蘊含我們就應該或有理由去做這件事。為了進一步說明這一點，讓我們再回到法律觀點的議題。

如前所述，所謂「法律觀點」指的是：法律（法律權威）對於受其管轄的行動者應該做什麼事情所表達的看法。但行動者可以選擇是否要贊同或認可這個看法。如果行動者（不論是公民或官員）對於法律觀點表達了贊同或認可的態度，可以說：他採取了法律觀點（endorsing the legal point of view）（Coleman, 2011: 23-24）。這種特殊的態度哈特（Hart, 1994）稱之為「接受」（acceptance），而表達此種態度的行動者對法律持有內在觀點（the internal point of view）。<sup>19</sup>

在此毋需深究法律觀點與內在觀點在細節上的異同，這不影響以下的討論。<sup>20</sup>對於以哈特為代表的實證論者而言，大部分的官員採取法律觀點，只是法律系統存在的必要條件之一（Hart, 1994: 112-117）；實證論者無意以此來論證法律具有蘊含理由意義的規

---

範性（Hart, 1982: 157），但在此必須強調，哈特反對的是「法律義務的陳述蘊含了負有義務者有客觀的道德理由去做遵守法律的行為」，但他在許多段落中仍然認為，接受規則的行動者通常會將賦予義務的規則當作是某種獨特的行動理由，即使這種理由並非道德理由，對此可見Hart（1994: 90; 1982: 256-258）。

<sup>19</sup> 這種對於哈特的表達論（expressivist）解讀方式，可溯自Raz（2009b: 307-308），詳盡的討論見Toh（2005）；Finlay and Plunkett（2017: 26-37）。

<sup>20</sup> 關於這兩者的異同，可見Coleman（2011: 24-28）。簡單說，Coleman認為，採取法律觀點必須是一種基於道德理由的接受，但哈特的內在觀點可以是出於任何理由的接受。但以下將指出，對於法律規範性的問題這是個無關緊要的議題，因為無論如何，單憑接受的態度都無法「證成」法律具有蘊含理由意義下的規範性。

範性。有些論者（例如莊世同，2013）認為接受的態度足以成為法律規範性的來源，其實是個嚴重的誤解。<sup>21</sup> 以下我將借用柯拉尼（Kolodny, 2005）關於理性之規範性的一些論點來說明，何以一個人採取法律觀點並不蘊含他就有理由去遵守法律的要求；<sup>22</sup> 這有助於了解，為什麼從實證論的義務觀只能得出法律具有擬似的規範性。

採取法律觀點或內在觀點的行動者，會將法律的要求當做是自己的行動理由，也會以其作為對違法行為採取批評或責難態度的理由（Hart, 1994: 56-57, 90）。為了簡化討論，本文只關注個人行動理由的部分。不論採取法律觀點所表達的是何種態度，重點在於：採取法律觀點的人會認為自己應該遵守法律的要求，並且相信自己之所以應該這麼做的理由就來自於法律本身，甚至相信法律規則就構成了他應該這麼做的理由。簡言之，採取法律觀點的行動者持有某種理由信念：他相信自己有決定性的理由去做法律所要求的行為，不去做法律所禁止的行為（Hart, 1982: 156, 264; Raz, 1999: 170-171; Perry, 2006）。

然而，如果要從採取法律觀點或接受的態度來論證法律具有規範性，似乎需要藉助以下這項理性要求：

（C）如果一個人相信自己有決定性的理由去做  $\phi$ ，那麼他就應該去做  $\phi$ （或至少形成做  $\phi$  的意圖）。

一般認為，此處的「應該」是一種理性的應該（ought of rationality）：理性要求一個人的態度保持一致或融貫；如果一個人相信自己有決定性的理由去做某件事，卻沒有去做這件事或缺乏做這件事的意圖，那

<sup>21</sup> 對此的批評可見王鵬翔（2014）。

<sup>22</sup> 類似的取向可參考 Essert（2016: 248-253）；王鵬翔（2014，頁 394-399）。

麼他的理由信念和行動意圖是不融貫的，因此是不理性的（Kolodny, 2005; Broome, 2013）。<sup>23</sup> 將（C）這項要求適用於採取法律觀點的行動者，可以得出「他（理性上）應該遵守法律的要求」的結論。

問題在於：理性要求是否具有蘊含理由意義的規範性？如果是——亦即（C）的「應該」是蘊含理由意義下的應該，那麼從採取法律觀點或接受的態度就能導出法律具有蘊含理由意義的規範性。但答案是否定的：如果（C）的「應該」是蘊含理由意義下的應該，將會犯了「理由信念創造理由」的自我證成（bootstrapping）謬誤（Kolodny, 2005: 514-515）：「一個人相信自己有決定性的理由去做  $\phi$ ，那麼他就有理由去做  $\phi$ 」，這顯然是荒謬的。一個人相信自己有理由吃素，並不表示他因此就的確有理由去吃素。即便他真的吃素的理由，也是來自於相關的事實（例如素食有益健康），而非來自於他的信念。

儘管如此，實證論者認為，我們仍然可以從採取法律觀點之行動者的角度，去陳述他應該做何種行為，但這種應然陳述本質上仍然只是一種描述性的陳述，而非關於行動者實際上有理由去做某個行為的規範性陳述。這種貌似規範性的陳述，其為真或成立的根據仍然是某種心理或社會事實，亦即採取法律觀點者所會持有的理由信念或態度。

以素食者為例。假設我和一位虔誠的素食者朋友共進晚餐，這位朋友因為缺乏動物性蛋白質而營養不良，但餐桌上來了一道肉類料理。這時我可以對他提出兩種建議。第一種建議是「你應該吃這道

---

<sup>23</sup> Broome (2013: 22-25) 將（C）這項理性要求稱為“Enkrasia”（或可譯為「意志堅定」）。關於以態度融貫為核心的理性要求及其規範性問題，請參考謝世民（2015）。

菜，因為它含有豐富的動物性蛋白質」，提出這個忠告是在告訴這位朋友，他實際上**有理由**去做的事情是什麼，但這顯然不是出自素食者觀點的建議。

不過，即便我本人是個非素食主義者（我不認為有良好或決定性理由吃素），我仍然可以從素食者的觀點，對這位朋友提出另一種建議：「你應該別碰這道菜，因為它含有肉類成分」。我提出這個建議，並不是在告知或提供他不吃這道菜的**理由**（事實上，他最有理由去做的事情其實是把這道菜吃個精光），而這裡的「應該」也不是什麼「理性的應該」。我只是在告訴這位素食朋友，**從他的觀點（素食者的觀點）**來看，他有決定性的理由不吃這道菜。但這個理由只是**表象的理由**（*seeming reason*），亦即素食朋友認為他自己所擁有的理由（他把「食物含有肉類成分」當作是不該吃它的理由），我的建議只是提醒他注意到他相信自己有理由不吃這道菜，而不是在告訴他**實際上有理由**去做什麼事，更不表示我自己也認為有吃素的理由。換言之，在他看來有理由不吃這道菜，不代表他實際上就有理由該這麼做。因此，當我從素食者觀點建議他應該別吃肉類料理時，這裡的「應該」只具有**表象的規範力**（*apparent normativity*），而不具有蘊含理由的真正規範性（Kolodny, 2005: 557-558）。

同樣地，我們也可以從法律觀點對於一個人提出「應該如何如何」的建議，亦即從法律觀點來看，這個人有決定性的理由去做什麼事情。在提出這種建議時，我們並非宣稱這個人的確有理由去做法律所要求的行為，而只是告訴他：「倘若你採取法律觀點（將法律要求當作是行動的決定性理由，或者相信有決定性理由去遵守法律義務），那麼現在法律要求做  $\phi$ ，在你看來就應該做  $\phi$ 。」這裡的「應該」，如同素食者觀點下的應該，也只是特定觀點——即法律觀點

——下的應該（可簡稱為「法律的應該」）；換言之，這只是在陳述採取法律觀點的人會認為他自己有決定性的理由去做什麼事情。

重點是，當我們提出「法律上應該如何如何（從法律觀點來看，有理由做什麼事情）」的建議時，未必會持有與採取法律觀點者相同的理由信念：我們不必認為法律的要求就構成或提供了行動理由，也不必相信一個人總是有決定性的理由去遵守法律的要求。作出特定觀點下的規範陳述，未必需要持有相應的理由信念。再以素食者為例：當素食主義者說：「我應該不吃肉，但我不相信有理由這麼做」，這顯然是自我矛盾；但當我說：「從素食的觀點來看，你應該不吃肉（或者我們都不應該吃肉），但我不相信有理由這麼做」，這並未自我矛盾。

這正是理解實證論關於法律規範性看法的關鍵：就像我不是素食主義者，仍可從素食者觀點去建議我的朋友應該別吃含肉料理一樣。我們毋需採納法律觀點，即可宣稱「從法律觀點來看，一個人應該如何如何」，在做出這種陳述時，我們不必對法律觀點表達任何贊同或認可的態度。用拉茲（Raz, 2009b: 153-157）的話來說，這種特定觀點下的規範性宣稱只是一種**超然的規範陳述**（detached normative statements）。<sup>24</sup>

運用了「應該」的超然陳述雖然看似規範性陳述，實質上卻是描述性的：對法律表接受態度或採取法律觀點的人，會相信自己應該（或至少有理由）去遵守法律的要求；而作出超然陳述，只是在**模擬**（simulate）採取接受態度或法律觀點的人在判斷是否應該做某種行為時所會做出的規範陳述，但陳述者本身不需要表達同樣的態度或持

<sup>24</sup> 超然規範陳述的想法同樣可追溯自凱爾森，見 Raz（2009b: 140-143, 303-305）；Marmor（2011: 26）。

有相同的理由信念，他只是**假裝採取法律觀點**而已。<sup>25</sup> 這就如同我雖然不認同素食主義，但仍可以假裝成素食者（= 站在素食者的觀點）作出「你不應該吃肉類料理」的判斷一樣。超然的規範陳述不具有蘊含理由意義的規範性，它依然只是在陳述某種心理事實：採取特定規範觀點的人會認為自己或他人應該去做什麼事情、在他眼裡看來有決定性的理由採取何種行為。

對實證論者而言，陳述法律義務的法律命題，如果不是報導法律觀點的描述性陳述，頂多也只是一種超然的規範性陳述，不論何種陳述，都只是在描述某種社會或心理事實，亦即若非「有某個法律權威認為應該做某個行為或表達了要求做某件事的意圖」，就是「採取接受態度或法律觀點的行動者，會認為自己或他人有理由去做何種行為」。

因此，按照實證論的法律義務觀，法律命題只具有表面的規範性：即便其為真或成立，也只是告訴我們：從法律觀點來看，我們有決定性的理由做什麼事情，但這並不蘊含我們實際上就有理由去做法律所要求的事情。換言之，實證論者關於法律根據的看法，並未論及我們是否的確有理由去遵守法律義務（Murphy, 2014: 28）。馬默（Marmor, 2011: 6）將此扼要地表述為一句話：「『一個人負有法律義務  $\phi$ 』的事實，並未回答他道德上或全盤考慮後是否應該做  $\phi$  的問

---

<sup>25</sup> 這也就是為什麼拉茲（Raz, 2009b: 158-159）認為超然陳述的意義寄生於哈特所謂的「內在陳述」之上。進一步而言，採取接受態度或法律觀點的說話者，在提出第二或第三人稱的法律陳述或建議（「你／他應該遵守某項法律要求」）時，也假設了他人共享其態度或觀點，即便這個假設可能顯然錯誤（因為聽者實際上未必也採取接受態度或法律觀點），對此詳見 Finlay and Plunkett (2017: 14-16)。關於超然規範陳述只是一種模擬或假裝表達接受態度的陳述，亦可見 Toh (2007) 的詳細分析與批評。

題。」<sup>26</sup>

到此為止，可將法律實證論關於法律根據與法律義務的看法總結如下：法律義務成立的根據是特定的社會事實，但法律義務不具有真正的規範性，所以法律根據本身也不具有規範性意涵。正如狄珂蓀（Dickson, 2012: 58）所言：

如果沒有加入額外的前提，法律的存在不能決定任何人應該做什麼，特別是不能決定，法律官員以及／或者那些受法律所管轄的人是否以及在何種條件下應該遵守法律。……法律實證論對於法律的本質採取特定的看法，但它所傳達的真理本身並不給予任何人行動理由。法律具有基本的社會性質，以及法律的存在與內容最終是訴諸社會事實來決定的，這些都是關於法律本質的事實，而不是關於任何人應該做任何事情的提議。<sup>27</sup>

法律實證論並不反對，在滿足某些道德或規範性條件的情況下，我們將確有理由或應該遵守法律，甚至會負有遵守法律的道德義務。這些條件就是前述狄珂蓀說的「額外的前提」，它們包括像

---

<sup>26</sup> “The fact that one has a legal obligation to  $\phi$  leaves it open to question whether one ought to  $\phi$ , morally speaking, or all things considered.”

<sup>27</sup> “[L]aw’s existence does not, without the addition of further premises, determine what anyone ought to do, and, in particular, does not determine whether and under what circumstances legal officials and/or those subject to law ought to follow it.... Legal Positivism is committed to certain views about the nature of law. But the truths it communicates do not, in themselves, give anyone reasons for action. That law has a fundamentally social nature, and that its existence and content are determined, ultimately, by reference to social facts, are facts about the nature of law, not recommendations that anyone ought to do anything.”

是產生守法義務的一般條件，例如同意論、公平論、支持正義體制的自然義務等等；或是關於正當權威的條件，例如拉茲（Raz, 1994: 211-215）的服務權威觀（the service conception of authority）主張：法律權威具有正當性的通常條件在於，比起行動者自行權衡相關理由，遵從權威的指令更能幫助他去做到自己原本有理由去做的事情，或避免做出他其實有理由不去做的事情。<sup>28</sup>

在此無法也不必一一討論關於正當權威或守法義務的各種理論。對實證論者而言，即便滿足上述這些條件能夠使得法律義務轉化為真正的道德義務，但重點在於：法律並不必然滿足這些條件，換言之，這些規範性或道德條件並非法律根據的一部分，法律事實之成立與否，並不依賴於這些條件的滿足。法律義務的存在或成立是一回事（它只取決於相關的社會事實是否出現），有沒有遵守法律要求的道德義務則是另一回事（它取決於某些規範性或道德條件是否滿足）。按照實證論的看法，前者才是關於法律本質的法理學問題，後者則是關於服從義務的道德或政治哲學問題，兩者必須互相區分（Marmor, 2011: 58, 82）。

就此而言，如果仍要將分離命題視為法律實證論的核心主張，則可將其重新表述為關於法律根據與法律義務的兩個主張之組合：**法律的根據不必然包含道德事實；法律義務也未必是一種道德義務。**

---

<sup>28</sup> 下文「七」還會再指出，傳統的守法義務論往往已經預設了實證論的法律觀，這也是造成一般性的守法義務難以成立的原因之一。

## 四、新的起點：一階段的法律觀

實證論的問題或許不在於法律根據與法律義務的兩個分離命題，而在於它採取一種兩階段的法律觀，<sup>29</sup> 圖示如下：

社會事實（法律根據） → 法律義務（法律事實） - - -> 道德義務

第一階段是確定法律事實，亦即某項法律義務是否成立。如前所述，這依賴於特定社會事實的出現（例如有某個權威發布了應該採取何種行動的指令）。但法律義務只具有表面或擬似的規範性，一個人負有法律義務去做某件事，並不等於或蘊含他就真的有義務去做這件事；所以第二階段的工作才是確定法律義務是否具有真正的規範力（我們是否負有道德義務去遵守法律的要求），這取決於某些外在於法律的道德或規範條件，由於這些條件未必總是被滿足，因此我們也不必然負有應該遵守法律的義務。<sup>30</sup>

在這種兩階段法律觀的刻板框架下，實證論與非實證論的爭議往往被視為第一階段的爭論，亦即本文開頭所述，非實證論的主張常被表述為：法律的根據除了社會事實之外，也必然包含了某些道德事實。雙方的差別只在於，非實證論對第一階段採取如下的看法：

社會事實 + 道德事實（法律根據） → 法律義務（法律事實）

在這樣的框架下，非實證論的主要議題只在於說明，何時需要訴諸道

<sup>29</sup> 「兩階段」的用語來自沃尊（Waldron, 2013）與孔豪瑟（Kornhauser, 2015），但本文所批評的兩階段法律觀比較接近沃尊的批評對象，而與孔豪瑟討論的不盡相同。

<sup>30</sup> 由於法律義務未必總是能夠轉化為道德義務，故第二階段的關係以虛線表示。

德事實以決定法律命題是否為真。

不少非實證論者認為，道德事實扮演的只是補充或限制的角色：當欠缺權威的表述或權威表述的意義不確定時，才援引道德原則作為法律的根據；當權威制定的規範其內容極端不正義時，才訴諸道德來否定此項法律事實的成立。典型代表就是阿列西（Alexy, 2002: 68-82）填補實證法開放結構的原則論證（the argument from principles），以及由賴德布魯赫（Radbruch, 1999/1945）提出，阿列西進一步發展的賴德布魯赫公式（Radbruch's Formula）：「極端不正義即非法律」（“Extreme injustice is not law,” Alexy, 2002: 40-67）。但這類非實證論者很少追問何以社會事實必然構成（雖非窮盡）了法律根據，更罕見其討論這些社會事實具有何種規範性意涵。<sup>31</sup>

迥異於這類非實證論，也是當代實證論最有力的批評者德沃金（Ronald Dworkin），在其代表作《法律帝國》（*Law's Empire*）也採取了類似的兩階段法律觀。他認為完整的法理論包含兩個部分：法律的根據與法律的力量（the force of law），前者處理法律命題為真或成立的條件，後者涉及為真法律命題的規範力，亦即服從法律的道德義務問題（Dworkin, 1986: 110-111）。<sup>32</sup> 儘管德沃金強調這兩部分相互支持，要回答其中一個議題不能不涉及另一個議題的解決，法理學必

<sup>31</sup> 以阿列西為例，他在其代表作《法概念與法效力》（*Begriff und Geltung des Rechts*, Alexy, 2002）中似乎就認為，法律根據包含了社會事實是個概念上的必然：法概念必然包含了權威制定與社會實效這兩種社會事實要素。對此的批評可見王鵬翔（2010: 193-199）。

<sup>32</sup> 德沃金有時將「法律的力量」看作是正當化國家強制力運用的議題，但他認為，這和服從義務的問題緊密關聯。服從法律義務的存在是國家強制力運用具有正當性的必要條件之一，如果法律義務不具有真正的規範力，那麼國家動用強制力迫使我們遵守法律，將很難具有正當性（Dworkin, 1986: 191）。

須像解複雜的聯立方程式一樣，同時為這兩部分的問題找到解答；但這仍無礙於在理論層面將其區分為兩階段的議題。

然而，不論是實證論或非實證論陣營，都鮮少仔細辯護，何以非得採取兩階段的法律觀不可。不過，有越來越多的論者——包括晚年的德沃金——認為，我們未必要採取這種兩階段的法律觀（Dworkin, 2011; Waldron, 2013; Greenberg, 2014; Stavropoulos, 2012; Hershovitz, 2015; Kornhauser, 2015）。沿著這條進路，本文試圖提出一種真正有別於實證論的一階段法律觀。

按照一階段的法律觀，法律義務的獨特性不在於它是一種特定觀點下的義務，更確切地說，它根本否認有獨特的法律規範性領域；所謂「法律義務」不過就是道德義務的一個分支或部分。法律義務有別於其它一般的道德義務之處，並非它具有某種獨特的規範性，而在於它乃是由特定的制度事實——亦即原本在兩階段法律觀中作為法律根據的社會事實——所引發或改變的義務（Greenberg, 2014: 1290; Hershovitz, 2015: 1187-1188）。這個想法可以圖示如下：

[社會事實] → [道德義務]

這是一種**取消論**（eliminativism）的一階段法律觀：我們毋需過問法律命題或法律義務成立與否的問題，甚至在形上學層面可以取消法律事實，而只需要關注特定的社會事實——例如立法者的制定、行政機關的決定、司法判決等等——如何影響道德義務的內容，換言之，我們可以直接關注這些事實的道德或規範性意涵，毋需再透過某個中間階段。這些能夠引發或改變道德義務的制度行動或社會事實，可稱為「**法律實踐**」（legal practices）。<sup>33</sup>

<sup>33</sup> 此處使用的「法律實踐」這個術語遵循葛林柏（Greenberg, 2004: 162-163）

為了辯護一階段的法律觀，以下先藉由幾個例子來說明，何以法律實踐能夠影響道德義務的內容。

有些讀者看到「社會事實能夠引發或改變道德義務」這項主張，可能會感到相當訝異。的確，大部分的核心道德義務，例如不准殺人、不應說謊、不得偷竊等等，都不是來自有意的制度性決定。但這無礙於有某些道德義務可以來自於社會事實，或是被其所影響。典型的例子就是承諾這種社會實踐。假設張三答應某位鄰居幫他搬家。在做出這個承諾之前，他沒有義務這麼做，但承諾之後，他就有幫鄰居搬家的義務。換言之，張三幫忙鄰居搬家的義務，來自於他對後者所做的承諾；他做出承諾的這個事實，引發了一個他之前所沒有的義務。

雖然做出承諾表達了某種意圖或態度，但我們不會說：「張三有義務幫鄰居搬家」這個陳述，只是在描述「張三認為（或張三的鄰居相信）他有義務幫忙搬家」，或是「從承諾的觀點來看，張三有義務幫他鄰居搬家」這種超然陳述。我們更不會認為，由承諾的行動所產生的是一種獨特的「承諾義務」，然後再去思考要滿足什麼樣的額外條件，「承諾義務」才會轉化為真正的道德義務。一旦承諾的事實出現，我們就可以直接追問這個事實的規範影響力（是否改變了義務內容或提供理由），而毋需先去考查承諾是否具有獨特或擬似的規範性

---

的用法，它其實就是德沃金常說的「過去政治決定」(past political decision)，也類似於孔豪瑟 (Kornhauser, 2015) 所稱的「法律素材」(legal materials)。Hershovitz (2015: 1199-1201) 認為，是否要像葛林柏 (Greenberg, 2011; 2015) 一樣，將法律實踐所引發或改變的道德義務貼上「法律」的標籤，是個無關緊要的問題。但下文將指出，將此種義務稱為「法律義務」，仍能顯示出其有別於一般道德義務的特徵，亦即其乃是一種來自於過去政治決定的道德義務。

(Hershovitz, 2015: 1180-1181; Waldron, 2013: 9-16)。

再考慮另外一個例子。你旅行渡假住進一間民宿，看到一張「民宿公約」，上面寫了幾項規定：「一、全棟禁菸；二、除了附贈的礦泉水及餅乾，請勿帶走寢具、家具、毛巾及其它物品，違者照價賠償；三、離開時請將垃圾帶走丟到後門回收筒；四、退房時間為上午 11 時，延後退房請事先告知，否則將收取一晚之住宿費用。」<sup>34</sup> 假定這張公約是民宿主人所張貼，他有權力作出這些規定（不論這個權力是來自於所有人的地位，或來自於租賃契約，這不影響以下的討論），而你也覺得自己應該遵守這些規定（這是相當正常的經驗）。現在要問的是：這些規定是否構成了一種叫做「民宿義務」的獨特規範領域？或者這些規定其實只具有擬似的規範性，它們都只是一種「民宿觀點下的義務」？

以禁菸的規定為例。毋需否認，這條規定表達了民宿主人不想要住客在室內吸菸的態度。當然，不論是否有公約第一條，你都有理由不要抽菸，因為這樣會傷害自己與他人。但或許你一個人包下整棟民宿，也不關心自己的健康。儘管如此，這條規定還是會引發其它規範性後果。比方說：你在民宿裡抽菸可能會惹惱民宿主人，而跟他發生衝突對你不利（你可能下次就再也住不到這間民宿）；或者，民宿主人之所以不希望客人抽菸，是因為留下菸味會增加他清潔上的負擔，也不尊重在你之後入住的客人。

其它的規定也有類似的規範性後果。雖然我們本來就負有不應侵占他人所有物的義務，公約第二條則將這項義務明確化，它告訴住客哪些東西可以帶走，哪些不准帶走（儘管它還有解釋的空間，例如茶

<sup>34</sup> 這個例子來自於 Hershovitz (2015: 1174-1179)，但以下的討論經過大幅簡化。

包或牙膏是否屬於「其它物品」)。第三條則賦予住客一項新的義務，如果沒有這項規定，或許你只需將垃圾打包放在房間留待民宿的房務人員去處理就可以。

無論是以什麼樣的方式來引發可能的規範後果，從上面的例子可以看出，民宿公約存在的這個事實，可以影響你所負的義務。以禁菸條款為例。這項規定給予你明智的理由（避免惹火主人）與道德的理由（不要增加他人額外負擔、尊重後來的住客）不在民宿裡面抽菸。我們毋需認為，它先產生一項獨特的「禁菸的民宿義務」或是「從民宿的觀點來看，住客有不在裡面抽菸的道德義務」；同樣地，我們也不會說，其它規定只是表述了「不帶走房間物品的民宿義務」、「離開時帶走垃圾丟到回收筒的民宿義務」；然後再去追問這些「民宿義務」要如何轉化為真正的義務。

本文並不否認可以用帶有規範性的語詞去「描述」上述的規範性現象。我們當然可以說「民宿主人認為你不應該在民宿裡面吸菸」或是「在民宿主人和你看來，你都有理由把垃圾帶到回收筒丟棄」。但我們感興趣的——特別是對於住客而言真正重要的——是民宿公約能否賦予住客相應的義務去做民宿主人所要求的事情，而不是那些表面或擬似規範性的陳述是否成立。如果民宿公約能夠改變或影響住客所負的義務內容，那麼值得討論的，不是它是否構成了獨特種類的義務或某種特定觀點下的義務，而是它為何能夠以及如何影響或改變義務的內容。

我們還可以舉出更多更複雜的例子，<sup>35</sup> 但到此為止已經可以觀察到：不論是承諾或是民宿公約，其目的都是在形塑我們彼此應如何

---

<sup>35</sup> Hershovitz (2015: 1181-1186) 還舉了更類似於法律活動的國際西洋棋聯合會規則為例，在此不贅述。

對待的規範與義務。但這些活動本身並沒有創造一個獨特的規範性領域，也不是只有表面或擬似的規範性。它們毋寧是透過改變相關的事實環境（做出承諾、張貼公約），來引發某些理由，並以此影響我們所負的義務內容（Hershovitz, 2015: 1181）。這種能夠影響理由或義務的事實，可稱為「具有規範性意涵（或規範重要性）的事實」（normatively significant facts）。

如前所述，一階段的法律觀認為，法律實踐乃是由某些具有規範性意涵的社會事實所構成，但這些事實之所以具有規範重要性，並非自明之理。一階段的法律觀還必須回答兩個問題：

- 第一、為什麼這些社會事實——例如立法者制定規範、行政機關的命令和處分、司法判決等等——會具有規範重要性？
- 第二、這些社會事實如何改變或影響道德義務的內容？它們是以什麼樣的方式來發揮其規範影響力？

非實證論者認為，我們必須訴諸某些道德原則，才能說明法律實踐何以具有其規範重要性。但在進一步闡述這個論點之前，讓我們再次診斷二階段法律觀的一些問題。

## 五、法律義務的性質——來自於法律實踐的道德義務

綜上所述，所謂「法律義務」其實是道德義務的一個分支或種類。本文並不反對使用「法律義務」這個詞來指稱這種義務，但我們之所以常會在這種義務之前加上「法律」（legal）這個形容詞，並非

表示它只是一種特定觀點下的義務，而是在表明它的來源——它乃是來自於法律實踐的道德義務（Hershovitz, 2015: 1187）。<sup>36</sup> 就像我們有來自於承諾的道德義務、來自於契約的道德義務、來自於友誼的道德義務、來自於家庭關係的道德義務，法律也是道德義務的來源之一。

事實上，兩階段論者——不論是實證論或非實證論——也不否認，法律實踐可以或甚至經常產生道德義務；即便實證論者也承認，只要某些外在條件滿足，法律義務將可能轉化為真正的道德義務。倘若如此，為什麼還要在法律實踐與道德義務之間加入一個中間階段，並且認為法律義務是有別於道德義務的獨特種類？

一個可能的解釋是，這些論者認為，倘若法律義務就是一種道德義務，將忽視法律義務與真正的道德義務之間可能存在的落差：法律的內容未必完全符合道德的要求，將法律義務視為道德義務，我們將無法對法律進行道德批評；法律義務不僅可能與道德義務相衝突，法律有時甚至會要求我們去做違反道德乃至道德上極端錯誤的行為，我們很難接受這種內容不道德的法律實踐能夠產生任何道德義務。<sup>37</sup>

首先針對道德落差的問題。考慮以下的例子：假設我們都負有捐出一定數額的金錢來救濟貧困同胞的道德義務，為此立法者針對一定收入以上的納稅人開徵某項特別稅，其用途即在於成立一筆專門救濟貧困的基金；再假設，比起個人偶然自發的善心捐款，立法者更清楚哪些人是需要救助的對象，成立這筆基金更能集結眾人之力達到目

---

<sup>36</sup> 夏皮羅（Shapiro, 2011: 184-186）也指出，「法律義務」有兩種解讀方式，一種是觀點式（perspective）的解讀，亦即將此處的「法律」理解為法律觀點，另一種是形容式（adjective）的解讀，「法律」是在表明道德義務的種類。

<sup>37</sup> 實證論關於法律的道德批評以及法律與道德義務衝突的經典看法，可見 Hart（1994: 205-211）。

的。但不幸的是這項特別稅的稅額太低，因此所課到的稅金並不足以支應救濟貧困所需的金錢；換言之，繳納這項稅額的法律義務並沒有完全符合道德義務的要求。<sup>38</sup>

儘管如此，在這樣的情況下，我們仍然負有繳納這筆稅額的義務，而且這是一項來自於法律實踐的道德義務（因此可稱為「繳納此項特別稅的法律義務」）；雖然這項義務沒有完全達到救濟貧困的道德要求——比起法律所要求的，我們在道德上有義務做得更多，但正因為有這樣的落差，我們可以對這項法律要求提出道德批評：立法者其實可以做得更好，我們有理由要求提高這項特別稅的稅額。換言之，正由於法律義務可能只是一種不完善的道德義務，因此我們可以對法律進行道德批評。

再檢視義務衝突的問題。道德義務的衝突——不論是同種來源或不同來源的義務之間發生衝突，並非罕見，也非完全沒有解決之道。例如：張三承諾幫鄰居搬家，但他先前也承諾在當天帶女朋友去看電影。假定張三不可能同時幫鄰居搬家又帶女友去看電影，但這個衝突並非毫無解決之道。張三可以安排履行的先後順序（例如先幫鄰居搬完家再帶女友去看電影），或者按照某種標準決定要履行哪個承諾（例如按照答應的先後次序），並對無法履行的承諾提出補償之道（另外找人來幫鄰居搬家，或向女友道歉答應改為明天帶她去吃大餐）。

不同來源的道德義務衝突，則例如：張三承諾幫鄰居搬家，但到了搬家那一天，張三的母親突然患了急病需要張三送她就醫。在這個情境下，來自於承諾的義務與來自於家庭關係的義務互相衝突，但這也非全無解決的可能。常見的作法就是衡量事情的輕重緩急（例如送

<sup>38</sup> 這個例子來自於 Hershovitz (2015: 1188-1189)。

母親救醫比幫鄰居搬家來得重要)，來決定要履行哪一個義務。重點在於：這兩個義務都是真實的道德義務，否則它們如何可能互相衝突？也正因為如此，當為了送母救醫而不得不違反對鄰居的承諾時，張三在事後有補償或道歉的必要。

法律義務與道德義務可能相衝突，反而間接證明了法律義務是一種真正的道德義務，否則兩者之間不會有衝突可言。此外，某些表面看來像是道德義務衝突的情況，也可能透過解釋來調整修正。用一個簡單的例子來說明：考慮前述民宿公約第四條「退房時間為上午 11 時，延後退房請事先告知，否則將收取一晚之住宿費用」。假定民宿主人雇了一位門房來執行這些規定，在房客退房時確定其是否延遲並計算結清一切費用。再假設你退房時延遲了幾分鐘，到 11 點 10 分才把鑰匙交還給門房。

在這個情況下，或許不僅是你，連門房都覺得，要執行前條規定向你收取多一晚住宿費，相當不近人情。他可能會感到兩難：一方面應該執行職務，另一方面又覺得向你收錢不太公平，應該可以對你通融一下。或許他很無奈地說：「對不起，雖然只不過晚了幾分鐘，但我還是得向你多收一晚的錢，因為規定就是如此。」或是「只不過晚了幾分鐘，我就象徵性地收你一百元，這麼做也是在我的權限範圍」。但他也可能說：「這項規定的用意其實是怕客人太晚退房，會讓我們沒有足夠的時間清掃整理房間給下一位入住的客人使用。但您現在只不過晚了十分鐘，並沒有造成我們的不方便，接下來也沒有客人入住，所以就不跟您收取額外的費用了。」

但無論採取哪種做法，他都不必認為先有一項「民宿義務」，然後再去思考這項義務是否能轉化為道德義務，或者去思考「民宿義務」和道德義務的衝突如何解決。相反地，我們毋需額外的中間步

驟，就可以從延遲退房的規定出發，考量相關的事實與情境（退房的時間、加收費用的用意、門房的權限與職責），經過一定的道德論證，來推論出在此情況下住客負有什麼樣的義務。

再考慮「邪惡法律」的問題。取消論的一階段法律觀不必像賴德布魯赫公式一樣，執著於內容極端不正義的制定法是否仍為「法律」的問題，更不需要認為在此有法律義務與道德義務的衝突，而只需要關注做出邪惡要求的法律實踐是否能產生道德義務的問題。

還是以承諾來類比。假設張三不是承諾鄰居幫忙搬家，而是答應幫他殺掉仇家。在這個情況下，我們不會說「從承諾的觀點來看，張三有殺人的義務」，也不會認為張三因此負有一項特殊的「承諾義務」去殺人；然後再去討論，這項「承諾義務」是否因為內容太邪惡所以道德上無法遵守，或是這項「承諾義務」與道德義務相衝突而必須被後者所凌駕。即便張三是個職業殺手，他相信自己答應客戶接案之後就負有職業義務去殺人，我們也會認為他的規範信念有誤。在做出這個承諾之前，張三固然沒有義務幫他鄰居殺掉仇家，就算在做出這個承諾之後，張三也還是沒有任何義務去幫鄰居殺人。如果這個承諾會引發任何義務的話，那也是在實施前趕緊放棄或中止殺人計畫的義務，而不會是殺人的義務。

當然，我們毋需否認張三所做的仍然是個承諾，但可以說：這是個有瑕疵的承諾；其瑕疵在於它無法像正常的承諾一樣產生相應的義務，這未必只由於承諾的內容是個不道德的行為。一個人可能被迫承諾去做某件道德上完全正當或值得嘉許的行為，例如有人拿槍威脅某位富豪答應將一半的財產捐給貧困同胞，他也承諾照辦。但由於這是在脅迫的情境下所做的承諾，即便其所承諾的行為是道德上正確的，它同樣無法產生相應的義務，換言之，雖然這項承諾的內容是符合

道德的，但它仍然是有瑕疵的承諾。<sup>39</sup> 同樣地，我們毋需爭執「邪惡的法律是否仍是法律」，也毋需認為它會賦予一項違反道德的法律義務，重點在於：它無法像正常的法律實踐一樣，引發遵守的義務。

這正如德沃金早在《規則的模式 II》一文所說的：

社會規則理論失敗的原因在於，它堅持社會實踐必須和以其為名義所斷定的規則具有相同的內容。但如果我們單純認為實踐可以證立規則，那麼由此所證立的規則未必會和實踐有相同的內容，前者可能不符合後者，或超越後者。如果我們這樣看待社會實踐和規範主張之間的關係，我們就可以輕易地說明社會規則理論要大費周章解釋的問題。如果有人認為某個社會實踐是無意義、不明理、或侮辱性的，他就會相信這個實踐基本上根本無法證立任何有關義務或規範性行為規則的宣稱，在這個情況下，他不會說這個社會實踐賦予一項他所反對的義務，而會說——不論別人是怎麼認為的——它根本不賦予任何義務。(Dworkin, 1978: 58)

從德沃金這段話以及上面兩個例子可以看出，取消論的一階段法律觀與實證論的兩階段法律觀的另一個重要不同之處。按照實證論的看法，法律義務的內容是由權威的意圖或其表述的意義所決定：權威表達了要 A 去做  $\varphi$  的意思或想法，這首先將直接構成一項以「A 應該做  $\varphi$ 」為內容的法律義務（「A 有法律義務去做  $\varphi$ 」成立），接下來才考慮這項法律義務是否能轉化為具有相同內容的道德義務（「A 有做  $\varphi$  的道德義務」）。

非實證論的一階段法律觀雖不否認，規範性的社會實踐大部分是

<sup>39</sup> 類似的說明可見 Waldron (2013: 9-12); Hershovitz (2015: 1179-1181)。

由制度性行動——承諾、制定規則、權威決定等等——所組成，但它並不認為，這些行動的意圖或其文本的意義，就直接決定了相應的道德義務內容。固然，做出承諾、制定規則、或權威決定會改變我們所處的規範情境，但最後所產生的道德義務為何，還仰賴於相關的事實情況（例如退房的時間、是否被脅迫作出承諾）、被規範的行為性質（例如是幫忙搬家還是殺人）與結果（例如吸菸會惹惱主人、晚十分鐘退房是否會影響清理）、以及道德推理（僅僅晚十分鐘退房就要加收一晚住宿費用是否太不公平）等等其它因素；換言之，會引發何種內容的義務，並非承諾者、規則制定者或法律權威的意圖與其表述的意義所能完全操控（Greenberg, 2011: 56-60; Stavropoulos, 2012: 81-82; Waldron, 2013: 11; Hershovitz, 2015: 1180）。

由此我們回到了前述第二個關鍵議題：法律實踐是以何種方式來影響我們的道德義務或規範理由？但在討論這個問題之前，容先回到上述第一個問題：為什麼某些制度性行動——亦即構成法律實踐的社會事實——會具有改變或影響道德義務的規範重要性？

舉例來說，「立法院三讀通過，總統公布菸害防制法第 15 條修正條文」這個社會事實，會讓我們負有不在室內公共場所吸菸的道德義務。<sup>40</sup> 但我們可以追問，為什麼不是個別選民（例如反菸人士）的偏好、利益團體（菸商或董氏基金會）的意見、或是執政黨的健康政策，而是立法者的決定具有影響道德義務的規範重要性？

關於這個問題，非實證論認為，特定的社會事實何以具有規範重要性，最終仍需訴諸某些政治道德原則來說明。例如，立法者的決定

---

<sup>40</sup> 或許我們本來就有某些理由不在室內公共場所吸菸，但這些理由並沒有強到成為義務的地步，法律實踐如何影響理由的分量或引發新的理由，將於下「六」說明之。

之所以能夠影響我們所負的義務，乃是基於民主原則（制定法是民選代表的集體決定）、程序公平原則（制定法是由各方公平參與的程序所得到的結果）或法安定性原則（透過制定法比較能夠明確且有效率地解決社會爭議）等等。

進一步而言，這些道德原則決定了制度性行動的哪些面向具有相關的規範重要性（Stavropoulos, 2014; Greenberg, 2018: 275-276）。例如，從程序公平或法安定性原則來看，由於日常語言的意義通常具有較高的可預見性或確定性，因此制定法條文的文義對於我們負有何種內容的義務具有關鍵的影響力；但如果考量到制定法代表了民主的集體意志決定，立法者的意圖也應該具有相當程度的重要性。

由此也可看出，法律義務作為道德義務的一個分支，其有別於一般道德義務之處何在。一般的（政治）道德義務是展望未來的（forward-looking），它並不關注過去的政治決定或社會實踐：如果按照某個平等觀或正義觀，採取某項行動——例如捐錢救濟貧困——能夠改進現有的道德缺陷，達到更良善的狀況（例如更能實現分配正義或改善不平等的境遇），通常我們就有道德義務去採取這項措施或行動，但我們不會將這項道德義務稱為「法律」義務。

如前所述，法律義務不同於一般道德義務之處在於，它是一種來自於法律實踐的道德義務，其成立與否依賴於某些過去的政治決定或制度行動。更確切地說，一項道德義務之所以可被稱為「法律」義務，就在於它是由過去政治決定所引發或改變的結果，這個特性可稱為「法律性」或「合法性」（legality）（Dworkin, 2006: 183; Stavropoulos, 2012: 88-89; Waldron, 2013: 8-10）。按照非實證論的一階段法律觀，制度行動的某個面向為何具有規範重要性，從而由其所引發或改變的道德義務具有合法性，終究仍必須訴諸某些政治道德價值

來說明，此種價值可稱為「合法性價值」或「法治的價值」(values of legality)。

到此為止，法律性或合法性所立基的道德價值只能夠說明，何以過去政治決定的某些面向——例如語言表述的意義或者行動者的意圖——對於道德義務具有影響力，亦即它們為何有資格成為法律實踐。但如同之前所強調，單憑權威文本的意義或其作者的意圖，並不能直接決定我們負有何種內容的義務，因此，需要進一步回答的是上述第二個議題：法律實踐是以何種方式來影響我們所負的道德義務？對此，本文的主張是：法律實踐乃是以改變相關事實或情境的方式，來改變或影響我們所擁有的理由，進而形塑了道德義務的內容。

## 六、法律實踐如何影響道德義務

再次以承諾作為例子。假設幫鄰居搬家原本是個道德上中性的行為，亦即在一般的情境下張三沒有理由幫鄰居搬家，也沒有理由不幫他搬家。然而一旦張三答應鄰居幫忙搬家，他所處的情境就會有所改變，而使得搬家這個行為具有某種道德意涵：張三做出承諾會讓鄰居相信他會去做他所答應去做的行為，鄰居甚至會基於這樣的信賴去做一些後續的規劃（例如就沒有租車也沒找搬家公司）。違背承諾將導致鄰居的信賴落空。一般而言，若沒有合理的辯解，引發別人信賴自己會去做某個行為卻沒有做到，這是道德上錯誤的。<sup>41</sup>

因此，在張三承諾幫鄰居搬家的情境下，搬家這個行為會造成某

<sup>41</sup> 當然，這是對於說明承諾拘束力之道德原則的簡化說法。關於承諾之道德原則的詳細說明，請見 Scanlon (1998: 296-309)。

種道德差異：不搬家會導致鄰居的信賴或期待落空的結果，而這個結果是在張三未做出承諾的情況下不會有的，這正是由張三的承諾所引發的理由：為了避免這樣的結果發生，所以張三應該幫鄰居搬家。抽象地說，承諾會改變相關的情境，在這個情境下，被承諾的行為會導致某種結果而具有之前所沒有的道德意涵，從而透過承諾能夠引發一個新的理由去做所承諾的行為，並進而產生相應的道德義務。

一個人是否有某個規範理由去做某件事，或者某個事實是否為去做某個行為的理由，往往仰賴於某些背景環境條件（Scanlon, 2014: 30-32）。法律實踐正是透過改變相關的背景環境來引發或改變我們所擁有的理由，從而影響了道德義務的內容。<sup>42</sup>事實上，由於情境的改變而改變行動者所擁有的理由，在日常生活中是相當常見的現象。

例如，在油價上漲之前，或許你並沒有理由坐捷運上班，或者支持你坐捷運上班的理由相當薄弱（只是省錢而已但很不方便）。油價上漲之後，開車大幅增加了你的油費開銷，為了省錢，你就有理由少開車改搭捷運上班。但如果你開的是電動車，那麼你就沒有這個反對開車上班的理由。在此，「油價上漲」與「以汽車為代步工具」是相關的情境條件。當然，在油價沒有上漲前，或許你仍然有基於省錢的理由不開車搭捷運上班，但油價上漲會更增強這個理由的分量。

又例如，在張三被毒蛇咬的情況下，注射血清能救他一命是為他施打血清的理由；但若他沒被蛇咬，或者他事先已服用了某種抗蛇毒藥物，則再幫他打血清就沒有同樣的效果，只是讓他白受扎針之痛而已。當然，在事先已服用抗毒藥物的情境下，或許打血清仍有雙保險的效果（萬一事先服用的抗毒藥物沒有發揮預期效果），但在這樣的

---

<sup>42</sup> 同樣的見解可見 Stavropoulos (2012) 及 Greenberg (2014)，但他們並未詳加說明法律實踐改變或影響理由的具體方式。

情境下，施打血清的理由至少被減弱了。

我們可將這種影響理由成立與否的背景事實或環境條件稱為「促成者」(enabler) (例如油價上漲，開汽車代步，被毒蛇咬、承諾) 與「妨礙者」(disabler) (例如開電動車、已服抗蛇毒藥物)，將影響理由強度的事實因素稱為「增強者」(intensifier) 與「減弱者」(attenuator)。<sup>43</sup> 構成法律實踐之社會事實，其規範重要性就在於它們經常扮演了理由的促成者、妨礙者、增強者或減弱者的角色。

以立法者頒布禁菸規定為例。或許我們本來就有不在室內公共場所吸菸的理由，比方說，這麼做會影響室內空氣品質，二手菸傷害他人健康等等。但我們未必會賦予這些理由高度的重要性，它們在理由的衡量中未必總是勝出。然而，在立法者制定菸害防制法相關規定的情況下，這些理由的分量就被大幅增強，甚至可以壓倒所有的反對理由（或即便沒有增強，但反對理由被大幅削弱），從而使得我們有決定性的理由不在室內公共場所吸菸。

法律實踐也可以促成新的理由產生。在立法者尚未制定菸害防制法的相關規定之前，在室內公共場所吸菸雖然會危害他人健康，但不會受到處罰。但在制定這項規定之後，這麼做就可能導致被處罰的結果，這引發了一個明智的理由 (prudential reason)：為了避免被罰，所以不應該在室內公共場所吸菸。當然，禁菸規定能否成功地引發這個理由，還取決於其它相關的背景環境，例如：在室內公共場所吸菸的行為會被發現檢舉、有官員會去執行開罰等等。因此，立法制定附

---

<sup>43</sup> 這些術語來自於 Dancy (2004)。事實條件如何誘發規範理由，詳見 Enoch (2011) 關於法律如何提供理由的討論，以及 Wang and Wang (2015) 關於理由以及提供理由的事實 (reason-giving facts) 的區分。限於篇幅，在此不討論兩種看法的異同。

有罰則的禁菸規定只是引發這個理由的必要促成者之一而已。

法律實踐能夠影響或改變道德義務內容的另一典型例子是解決協調問題。以用路的協調問題為例，用路人都有明智的理由或道德的義務採取一致的行為選項，例如：都靠同一邊走、讓某個方向的來車優先通行，因為若非如此極可能導致交通大亂、車禍發生等損人不利己的結果。雖然要選擇靠右或靠左走、右方或左方來車有優先通行權，並沒有任何道德上的差異；但究竟要採取哪一個解決方案，很難透過用路人每次反覆自行協商決定。

然而，一旦立法者決定「大家一律靠右走」或「十字路口的右方來車優先通行」，在這個情況下，「靠右走」與「右方來車優先」的行為選項就具有之前所沒有的道德意涵：這是立法者採取的解決方案，大家遵守這個方案一律靠右走、禮讓右方來車，才能達成一致的用路行為。或許也可以說，在立法者做出決定之前，支持兩個行為選項的理由分量是相同的，但一旦立法者做出決定之後，就增強了支持靠右走這個選項的理由分量。由此產生了一項新的義務：「用路人都應該靠右走，在十字路口應該禮讓右方來車」。倘若立法者沒有做出這項決定或採取不同的解決方案（例如：大家都靠左走），用路人所負的義務就會有所不同。

類似的例子是某些抽象的道德義務經常可以、或甚至必須透過法律實踐來具體化或明確化其內容。例如，或許我們都負有一般性的道德義務去促進公共利益或彼此幫助，從這項最抽象的義務可以導出一個次抽象的義務，亦即每個人都應分擔興建交通設施或救濟貧困所需的金錢。但這項道德義務依然沒有告訴我們，所需的金錢要如何分擔。在此同樣可能有多種不同的分擔方案，只要能達成促進公益或互助的目的，要選擇哪一種方案並沒有道德上的差別，重點只在於必須

採取一套方案來達成目的。如果立法者決定了一套稅制方案，要求每人按照其收入條件繳交一定數量的金額，那麼我們就負有繳交規定稅額的道德義務。這項具體的道德義務固然根源於更一般性的道德義務，但它卻是由法律實踐所影響促成的；倘若立法者採取另一種分擔方案，就會有不同內容的納稅義務。

除此之外，法律實踐也可能發揮妨礙者的作用來確保某些道德義務的履行。在上述分擔的例子當中，個人可能有自利的理由去搭便車：讓別人去分擔所需的金額，自己只享受利益不出錢，才是最有利的作法。但立法者可以訂立罰則處罰不繳稅的人，來阻礙或減弱自利理由的分量。

當然還有更多例子可以用來說明，法律實踐如何透過改變相關的事實與環境，來影響我們的規範理由與道德義務。<sup>44</sup> 法律實踐發揮規範影響力的機制也相當多樣化（促成、阻礙、增強、減弱）而沒有統一的說明方式。重點仍然在於：單憑法律實踐的文本意義或權威意圖，無法直接決定法律義務——如前所述，這指的是來自於法律實踐的道德義務——的內容，法律實踐會產生何種內容的道德義務，仍需經過一定的道德推理才能確定。如前所述，法律實踐為何以及如何發揮其規範影響力，仍需訴諸某些道德考量來說明。

以室內禁菸規定的增強作用為例。立法者制定菸害防制法的規定，之所以能增強反對在室內抽菸的理由，一個可能的說明是：立法者的決定代表了民主多數決的結果，當有不同的理由支持與反對某個行為選項時，民主原則的加持可以成為影響理由分量的決定因素（Greenberg, 2014: 1313-1314）。理由的相對強度，正如史侃冷（Scanlon, 2014: 112）所說，「乃是由賦予某種考量在決定該做什麼

<sup>44</sup> 可參考 Greenberg（2014: 1310-1319）。

與正當化行動時扮演一定角色的一般原則所決定」。<sup>45</sup>

在促成理由的情形也是如此。立法者透過菸害防制法的處罰規定表達了禁止在室內公共場所吸菸的意圖，這本身並不構成不在室內公共場所吸菸的理由。制定這項處罰規定，只是改變了相關的背景條件：我們原本就有某些理由不去做對自己不利的事情，但在處罰室內吸菸的情況下，抽菸除了傷身，還會導致受罰的不利後果，為了避免這個結果發生，所以不該在室內公共場所吸菸。在此訴諸了明智原則，來說明何以禁菸規定能誘發另一個不在室內公共場所吸菸的理由。

同樣地，我們之所以負有靠右行駛的法律義務，不單純是由於立法者要求用路人一律靠右行駛，也取決於這項決定所引發的規範結果：在立法者選擇靠右行駛這個解決方案的情況下，大家都遵循立法者的指示將能夠解決反覆出現的協調問題。這背後依然是某種道德或明智考量：在用路問題方面，我們有明智的理由或道德義務採取一致的行為選項，而立法者的決定只是提供（或改變）了能達成一致行為的環境條件而已。

繳稅的例子也相類似。立法者的規定之所以能促成繳納一定稅額的具體道德義務，是由於按照規定繳稅將能促進公益與達成互助的目的。但立法者所選擇的稅制方案並非達成目標的唯一可能方式，它的

---

<sup>45</sup> “general principles about the roles properly given to certain considerations in deciding what to do and in justifying one’s actions.” 由此或許可以回應一位審查人的問題：上一節所謂的「合法性或法治價值」本身可能未必是理由，因為抽象的政治道德原則本身無法發揮理由所必須具備的行動指引功能（指出去做或不做某件事會導致某個良善或可欲的結果），但它可以是影響理由成立或分量的一般原則。這涉及理由論的一些基本議題，因與本文主旨無直接關係，故不在此詳論，有興趣的讀者可參考 Wang and Wang (2015)。

決定只是突顯這項方案的重要性：例如，當我們對於採取何種方案彼此缺乏共識時，則遵循立法者的決定將是達成上述目標之比較有效，或甚至是唯一有效的方式。在這樣的情況下，由於我們原本就有抽象的道德義務去分擔所需的金錢，立法者所採取的解決方案才具有特殊的道德意涵，這說明了為什麼我們所負擔的繳稅義務會有如此的具體內容（繳交規定的稅額而不是其它可能的額度）。

因此，如同其它類型的規範性社會實踐，構成法律實踐的制度性行動改變了相關的環境條件，在這個環境下採取某個行為選項會引發特定的後果，從而影響了我們所擁有的規範理由。但它們最終會產生何種內容的道德義務，仍需依賴於其它相關的事實與規範背景，尤其是某些道德原則，而非制度性行動的意圖或其文本的意義所能單獨決定。法律實踐的規範重要性在於它們能夠藉由影響理由的成立或分量，來形塑或改變道德義務的內容，但正如沃尊（Waldron, 2013: 12）所言：「其道德作用必須在某種道德背景下透過道德論證來評估。」<sup>46</sup>

## 七、理論比較

本文最後再度說明上述非實證論的法律義務觀何以有別於實證論觀點下的守法義務論，並簡短比較其與德沃金晚期的法律義務觀之間的差異。

由前兩節的論述可以看出，法律實踐雖然透過改變相關的事實與

---

<sup>46</sup> “[Their] moral impact has to be assessed by moral reasoning against a moral background.”

環境，來影響規範理由的成立或其分量，但這並不表示任何法律實踐的運作都總是能夠產生相應的道德義務。例如，民主立法者的決定，固然能夠增強支持遵守其決定的行為理由，但這並未蘊含了，我們負有一般性的道德義務去遵守民主立法者所做的任何決定（Greenberg, 2014: 1313-1314）；如同前述不道德承諾的例子，倘若立法者的決定要求我們去做極端不道德的行為，則我們並沒有相應的道德義務去遵守。<sup>47</sup>再者，類似於延遲退房的例子，考量到某些道德情境因素，立法決定所引發的義務內容，也未必就等於決定本身的文義內容。

乍看之下，這樣的結論似乎與實證論並無多大差異；絕大多數的實證論者也認為，我們並不負有服從法律的一般道德義務（通常簡稱為「守法義務」）。但以下將指出，這個看法誤解了本文提出的非實證論與一般實證論的一些重要區別。

首先，「我們是否負有服從法律的一般道德義務？」這個提問本身，其實往往預設了前述標準圖像的實證論法律觀：它先入為主地認為所謂「法律」就是由權威指令所構成的系統（更確切地說，權威指令的文義或其意圖就直接構成了法律規範的內容），然後再去追問我們是否有道德義務去遵守這些權威的指令。<sup>48</sup>換言之，守法義務這個傳統問題，經常都是在兩階段法律觀的脈絡下提出的。

---

47 這正如拉茲（Raz, 2009a: 175）所指出，民主或公正的政府體制並不足以建立一般性的服從義務，因為公正或民主是法律的系統性質（systematic properties），民主或公正的政府仍可能制定不正義、不合理或極端不道德的個別規範，但我們仍然沒有服從這些法律規範的義務，即便制定這些規範的政府大體而言是民主或公正的。本文雖然同意拉茲關於服從義務的看法，但正如以下即將指出的，傳統的守法義務論經常預設了實證論的法律觀，關於作為服從對象的「法律」是什麼，往往欠缺反思，就直接討論是否有服從法律之道德義務，從而引發了不少理論困難。

48 參見上文「二」，對此亦可參考 Greenberg（2011: 96-102）。

不過，單憑權威發布指令這個事實，其實很難創造相應的服從義務（何以某個人命令另一個人去做某件事，後者就有義務去遵守？這也就是為什麼實證論者會認為，由權威指令所構成的法律義務只具有表象而非真正的規範力），因此，守法義務論往往聚焦於「在何種條件下權威會具有正當性？」的問題。<sup>49</sup> 不同的守法義務論提出了不同的正當性條件，傳統上常見的如同意論、公平論、支持正義體制的自然義務，或是像拉茲的服務權威觀等等。但這些理論不但都難以成功證明存在服從法律的一般道德義務，實際上也鮮有滿足這些正當性條件的政治權威，<sup>50</sup> 正因如此，實證論者通常不認為我們負有一般性的守法義務（Greenberg, 2011: 99-100）。

然而，傳統的守法義務論並沒有說明，為什麼非得將「法律」視為由權威指令所構成的系統？如前所述，這其實已經預設了實證論的法律義務觀：權威指令的語言意義或意圖就直接決定了法律義務的內容，然後再去討論法律義務在何種條件下能轉化為相同內容的道德義務（即遵守法律的道德義務）。但這個轉化條件——亦即權威的正當性條件——並不總是被滿足，也與法律義務的成立與否無關（法律的根據不必然包含這些正當性條件），所以實證論者得出的結論是：既沒有一般性的守法義務；法律實踐或法律根據也不具有規範性意涵。

但本文一再強調，這種兩階段的法律觀並非理所當然。或許可以

---

<sup>49</sup> 這個問題預設了「如果權威具有正當性，則我們就義務服從其指令」，這當然是個有爭議的命題，在此不進一步贅述。

<sup>50</sup> 關於傳統守法義務論的問題，詳見 Knowles (2010: 94-170)。拉茲 (Raz, 1986: 73-80) 也認為，儘管國家必然宣稱其具有統治的正當權威，但國家未必在所有的事務領域，都比任何人更能判斷有理由去做或不做什麼事。國家的正當權威是有限的，甚至是因人而異的，只有在特定的事務領域，國家有可能具有凌駕於某些人之上的正當權威。

說，非實證論與實證論者同樣都關注法律義務的規範性，但非實證論的一階段法律觀採取了不同的說明方式（更確切地說：是對法律義務性質的不同看法）：法律實踐透過上一節的各種規範機制（促成或阻礙理由的成立，增強或減弱理由的分量）來影響或改變道德義務的內容，這種經由法律實踐的影響作用所產生的道德義務，就是具有真正規範性的法律義務。

如同承諾一樣，並非任何承諾都能產生相應的義務，但這並不妨礙承諾作為一種規範性的社會實踐，我們也不會因此說「我們就不負有遵守承諾的道德義務」；事實上，只要承諾能夠成功地產生相應的義務，它就是具有真正規範性的義務。同樣地，雖然並非任何法律實踐的運作都保證能夠產生相應的道德義務，但這並不妨礙法律實踐仍是一種具有規範重要性的社會事實，只要它能夠成功地引發道德義務或改變其內容，那麼這種透過法律實踐的影響力所產生的義務（= 法律義務）就具有真正的規範性。<sup>51</sup> 非實證論一階段法律觀的優點就在於，即便傳統意義下的一般守法義務（遵守權威指令的一般道德義務）不成立，它仍然可以說明法律實踐如何能夠產生具有真正規範性的義務（Greenberg, 2014: 1314）。

接下來簡短比較一階段法律觀與德沃金晚期的非實證論在法律義務性質看法上的差異。德沃金在其最後鉅著《刺蝟的正義》（*Justice for Hedgehogs*, Dworkin, 2011: 400-415）提出了非常類似於一階段法律觀的看法，他認為：法律乃是政治道德的一部分，法律義務因而也是政治道德義務的一個分支，關於法律義務是否成立的論證，終究仍

---

<sup>51</sup> 比照瑕疵的承諾，我們可以說，未能成功引發道德義務的法律實踐，是有缺陷的法律實踐，換言之，「引發或產生道德義務」乃是法律本身內建的成功或無瑕疵標準，進一步的討論可參見 Greenberg（2011: 84-95）。

是訴諸合法性價值的政治道德論證。不過，法律只是德沃金價值一體論（the unity of value）的環節之一，在此不可能討論德沃金的全面性哲學計畫，只能針對其關於法律義務的看法提出一些初步的批評。

德沃金同樣認為，法律義務是一種道德義務，但按照德沃金的看法，法律義務有別於一般道德義務之處在於，它可以要求司法機關直接執行貫徹；換言之，法律義務乃是一種具有司法可執行性的道德義務（Dworkin, 2011: 404-405）。這個看法可稱為「司法執行的法律義務論」(Judicial Enforcement Theory of Legal Obligations)。<sup>52</sup>

不過，以司法可執行性來界定的法律義務觀，至少有以下兩個缺陷：

首先，並非所有的法律義務都可以透過司法機關執行貫徹。典型的例子是民法上消滅時效的規定，一項罹於時效的法律義務，其相對人就無法再訴請法院要求負義務者履行，這項法律義務依然成立，只是欠缺司法可執行性，但我們並不會因此否定其法律性質。此外，有些法律義務可能更適合，或甚至只能由司法以外的政治機關以其它手段去執行。例如，雖然大法官宣告憲法保障同性婚姻的權利，從而立法者負有義務去修正現有的民法規定，但在權力分立架構下，這項憲法上的法律義務顯然無法也不適合由司法機關去強制立法或行政機關履行。

其次是法律義務的成立與司法可執行性之間的說明順序問題。當我們追問，為什麼法院應該執行某項義務時，合理的回答是：「因為

---

<sup>52</sup> 這個稱呼來自 Greenberg (2018: 283)。必須注意，德沃金本人強調法律權利乃是一種可由司法執行並透過國家強制力予以貫徹的政治道德權利，不過，對德沃金而言，政治道德權利與義務是互通或相應的，因此他對於法律權利的界定同樣可以適用至法律義務之上。

這是一項法律義務，所以可由司法機關執行貫徹。」例如，不得說謊的道德義務之所以無法訴諸法院執行，因為它只是一項單純的道德義務而非法律義務。但按照德沃金晚期的法律義務觀，某項道德義務之所以是法律義務，乃是因為它可由司法機關執行，欠缺司法可執行性的義務就不是法律義務。如此一來，當我們追問為什麼法院不能執行不得說謊這項道德義務時，回答將只能是「因為它不能被法院執行」，這顯然犯了以問答問的謬誤（Greenberg, 2018: 185）。

司法執行的法律義務論，其最大的缺陷在於混淆了義務的法律性質與司法可執行性，在說明的順序上，前者優先於後者。一項道德義務之所以可由法院貫徹執行，是因為它具有法律性質（合法性），而非由於它可被法院執行，所以才成為法律義務。如前所述，一項道德義務之所以可稱為「法律義務」，就在於它乃是透過制度行動等過去政治決定的規範影響力所產生的義務。不得說謊或者捐錢救助貧困等單純的道德義務，之所以無法直接透過法院貫徹執行，乃是因為其成立與否並非基於過去政治決定的影響力。當然，這些抽象道德義務的具體內容可以成為法律義務，例如禁止詐欺或繳稅的義務，但這些具體的義務之所以具有法律性質，仍然取決於制度行動的規範作用，而非僅依據其是否可被法院所執行。

法律義務作為來自於法律實踐的道德義務，這其實更符合德沃金長年以來關於「法治」或「合法性」的看法。當德沃金主張法律義務是一種可由司法機關執行的義務，其用意在於強調，這種義務可透過司法判決來正當化國家動用強制力以確保其貫徹執行（典型的例子就是民事和行政強制執行以及刑事處罰）。德沃金一貫的論旨是：國家強制力的運用必須依據源自於過去政治決定的個人權利或義務，這個主張表達了最抽象的法治或合法性要求。德沃金說：

法律實踐最根本抽象的要旨在於用以下的方式引導並限制政府的權力：法律堅持，不論所要追求之目的多麼有用，也不論這些目的是多麼有益或高貴，強制力的行使與否，都必須依據源自過去政治決定之個人權利與責任的許可或要求，這些政治決定告訴我們，集體力量何時行使方為正當。(Dworkin, 1986: 93)

在此無法進一步深論合法性價值與強制力正當化之間的複雜關係，但由此已可看出，將法律義務視為來自於法律實踐的道德義務，並著眼於制度行動的規範影響力，來刻畫此種義務何以具有別於一般道德義務的法律性質，這個做法其實與德沃金的取向若合符節：一項義務是經由法律實踐所產生的道德義務，因此它才是可透過司法機關執行的法律義務。

## 八、結論

「法律與道德」這個議題的傳統討論方式，往往將法律與道德當成兩個不同的規範系統，然後再去追問這兩個規範系統彼此之間有何種關聯。法理學往往站在法律系統的角度，去討論道德會對法律有何影響，例如：法律命題之為真與否是否必然涉及道德考量，要滿足何種道德條件我們才負有服從法律的一般道德義務等等。

但德沃金晚年指出，將法律與道德視為分離但有關聯的兩個不同規範系統，這種看法具有致命的缺陷，實證論與非實證論長年徒勞的爭論，往往源自於此。但我們未必要採取這種看法，而可代之以某種單一系統的圖像 (one-system picture)，依德沃金之見，法律乃是政

治道德的一個部分或分支 (Dworkin: 2011: 400-415)。

本文試圖沿著德沃金晚年這條進路，提出一個類似的一階段法律觀，它主張所謂「法律義務」乃是透過法律實踐的規範影響力所產生的道德義務。這個一階段法律觀否認有某種獨特的法律義務存在，在傳統兩階段法律觀中被視為法律根據的社會事實，其規範重要性在於，它們能夠以不同的方式去引發或改變我們所負的道德義務。因此，真正重要的議題，不再是道德會對法律有何影響，或者法律根據是否包含道德事實，而是法律實踐如何影響道德義務的內容。

## 參考文獻

### 中文部分

王鵬翔

- 2010 〈反對安置命題〉，《中研院法學期刊》，7期，頁141-208。
- 2014 〈接受的態度能夠證成法律的規範性嗎？評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉〉，《中研院法學期刊》，14期，頁387-405。

Wang, Peng-Hsiang

- 2010 “Against the Incorporation Thesis,” *Academia Sinica Law Journal* 7: 141-208.
- 2014 “Can the Attitude of Acceptance Justify the Normativity of Law? Comment on Shih-Tung Chuang’s ‘The Concept of Law and the Sources of Legal Normativity: Hart’s Acceptance Argument Reconsidered,’” *Academia Sinica Law Journal* 14: 387-405.

莊世同

- 2013 〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，《中研院法學期刊》，13期，頁1-36。

Chuang, Shih-Tung

- 2013 “The Concept of Law and the Sources of Legal Normativity: Hart’s Acceptance Argument Reconsidered,” *Academia Sinica Law Journal* 13: 1-36.

謝世民

- 2015 〈理性之規範性〉，收錄於謝世主編，《理由轉向》。台北：

臺大出版中心，頁 141-166。

Shei, Ser-Min

- 2015 “The Normativity of Rationality,” in Ser-Min Shei ed., *Turning to Reasons*. Taipei: National Taiwan University Press, pp. 141-166.

### 外文部分

Alexy, Robert

- 2002 *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press.

Broome, John

- 2013 *Rationality through Reasoning*. Oxford: Blackwell.

Coleman, Jules

- 2011 “The Architecture of Jurisprudence,” *The Yale Law Journal* 121(1): 2-80.

Correia, Fabrice and Benjamin Schneider

- 2012 “Grounding: An opinionated introduction,” in Fabrice Correia and Benjamin Schneider eds., *Metaphysical Grounding*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-37.

Dancy, Jonathan

- 2004 *Ethics without Principles*. Oxford: Oxford University Press.

Dickson, Julie

- 2012 “Legal Positivism: Contemporary Debates,” in Andrei Marmor ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York NY: Routledge, pp. 48-64.

Dworkin, Ronald

- 1978 *Taking Rights Seriously*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- 1986 *Law's Empire*. Cambridge MA: Belknap Press.
- 2006 *Justice in Robes*. Cambridge MA: Belknap Press.
- 2011 *Justice for Hedgehogs*. Cambridge MA: Belknap Press.

Enoch, David

- 2011 "Reason-Giving and the Law," in Leslie Green and Brian Leiter eds., *Oxford Studies in Philosophy of Law: vol.1*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-38.

Essert, Christopher

- 2016 "A Theory of Legal Obligation," in Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa eds., *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, pp. 245-272.

Finlay, Stephen and David Plunkett

- 2017 "Quasi-Expressivism about Statements of Law: A Hartian Theory," forthcoming in *Oxford Studies in Philosophy of Law: vol.3*. Available at <http://www.dartmouth.edu/~plunkett/quasi-expressivism-about-2.pdf>

Green, Leslie

- 2008 "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review* 83(4): 1035-1058.

Greenberg, Mark

- 2004 "How Facts Make Law," *Legal Theory* 10(3): 157-198.
- 2011 "The Standard Picture and Its Discontents," in Leslie Green

and Brian Leiter eds., *Oxford Studies in Philosophy of Law: vol.1*. Oxford: Oxford University Press, pp. 39-106.

2014 “The Moral Impact Theory of Law,” *The Yale Law Journal* 123(5): 1288-1342.

2018 “The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law,” in George Duke and Robert P. George eds., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 275-313.

Hart, Herbert Lionel Adolphus

1982 *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.

1983 *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

1994 *The Concept of Law*. (2nd ed.) Oxford: Clarendon Press.

Hershovitz, Scott

2015 “The End of Jurisprudence,” *The Yale Law Journal* 124(4): 1160-1204.

Kelsen, Hans

1934 *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. (1. Aufl.) Wien: Franz Deuticke.

1960 *Reine Rechtslehre*. (2. Aufl.) Wien: Franz Deuticke.

Knowles, Dudley

2010 *Political Obligation: A Critical Introduction*. New York NY: Routledge.

Kolodny, Niko

2005 “Why Be Rational?” *Mind* 114: 509-563.

Kornhauser, Lewis

- 2015 “Doing without the Concept of Law (August 3, 2015),”  
NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-33.  
Available at <https://ssrn.com/abstract=2640605>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2640605>

Marmor, Andrei

- 2011 *Philosophy of Law*. Princeton NJ: Princeton University Press.

Murphy, Liam

- 2014 *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law*.  
Cambridge: Cambridge University Press.

Parfit, Derek

- 2011a *On What Matters: vol. 1*. Oxford: Oxford University Press.  
2011b *On What Matters: vol. 2*. Oxford: Oxford University Press.

Paulson, Stanley

- 1992 “Introduction,” in Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson. Oxford: Oxford University Press, pp. xvii-xlii.

Perry, Stephen

- 2006 “Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View,” *Fordham Law Review* 75(3): 1171-1209.

Plunkett, David

- 2013 “Legal Positivism and the Moral Aim Thesis,” *Oxford Journal of Legal Studies* 33(3): 563-605.

Radbruch, Gustav

- 1999/1945 “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,” in Dreier and Paulson Hrsg., *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie: Studienausgabe*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, pp. 211-219.

Raz, Joseph

- 1986 *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- 1994 *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- 1999 *Practical Reason and Norms*. (3rd ed.) Oxford: Oxford University Press.
- 2009a *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- 2009b *The Authority of Law*. (2nd ed.) Oxford: Oxford University Press.

Rosen, Gideon

- 2010 “Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction,” in Bob Hale and Aviv Hoffman eds., *Modality: Metaphysics, Logic and Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, pp. 109-136.

Scanlon, T.M.

- 1998 *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Belknap Press.
- 2014 *Being Realistic about Reasons*. Oxford: Oxford University Press.

Shapiro, Scott

- 2007 “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed,” in Arthur Ripstein ed., *Ronald Dworkin*. Cambridge:

Cambridge University Press, pp. 22-56.

2011 *Legality*. Cambridge MA: Belknap Press.

Stavropoulos, Nicos

2012 “Obligations, Interpretivism and the Legal Point of View,” in Andrei Marmor ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York NY: Routledge, pp. 76-92.

2013 “Words and Obligations,” in Louis Duarte D’Almeidas, James Edwards, and Andrea Dolcetti eds., *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, pp. 123-153.

2014 “Legal Interpretivism,” in Edward N. Zalta ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available at <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>

Toh, Kevin

2005 “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project,” *Legal Theory* 11(2): 75-123.

2007 “Raz on Detachment, Acceptance and Describability,” *Oxford Journal of Legal Studies* 27(3): 403-427.

Waldron, Jeremy

2013 “Jurisprudence for Hedgehogs (July 5, 2013),” NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-45. Available at <https://ssrn.com/abstract=2290309>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2290309>

Wang, Peng-Hsiang and Linton Wang

2015 “Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules,” in Michael

Araszkievicz, Pawel Banas, Tomasz Gizbert-Studnicki and Krzysztof Pleszka eds., *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*. Dordrecht: Springer, pp. 199-213.

von Wright, Georg Henrik

1963 *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul.

## Abstract

Recently, the debate between legal positivism and non-positivism has been framed as a controversy about the grounds of law. This article points out that the controversy results from their disagreement about the nature of legal obligation. According to legal positivism, legal obligations as obligations from the legal point of view are apparently rather than genuinely normative. By contrast, non-positivism holds that legal obligations are genuine obligations, i.e., moral obligations generated by our legal practices. This article defends a non-positivist view of legal obligation and attempts to explain the normative impact of social facts or institutional actions which constitute legal practices: Legal practices affect our normative reasons by changing the relevant facts and circumstances, thereby shaping the content of moral obligations.

*Keywords: legal positivism/non-positivism, law and morality, the grounds of law, obligations, normativity, reasons*

## Long Summary

Recently, the traditional debate between legal positivism and non-positivism has been framed as a controversial issue about the grounds of law: what makes legal facts—namely, facts about legal obligations—obtain? Legal positivism contends that legal facts are ultimately grounded in social facts alone. By contrast, legal non-positivism insists that the grounds of law consist not only of social facts but also of moral facts.

In this article, I point out that the controversy results from their disagreements about the nature of legal obligation. Most contemporary positivists hold that claims about legal obligations are either descriptive or quasi-normative, because legal obligations, in the view of positivists, are obligations from the legal point of view. According to legal positivism, when we talk about our legal obligations, we are talking about the (moral) obligations that some legal authority thinks we have. The content of legal obligation is primarily constituted by linguistic (or mental) contents of authoritative pronouncements. Therefore, legal facts can be grounded solely on descriptive facts.

However, the fact that someone thinks that we are obligated to do something does not imply that we indeed have obligation to do it. Legal positivism is thus agnostic or skeptical about the normativity of law. The normativity of law can be understood in the reason-implying sense: the fact that one has a legal obligation to do something implies that he has a decisive reason to do it. An agent who endorses the legal point of view,

which is usually termed “the acceptance of law”, would believe that he has reason to do what the law requires or even take legal requirements as his normative reasons for action. Nevertheless, explaining the normativity of law by means of the attitude of acceptance will get an absurd bootstrapping result: if one believes that he has reason to do something, then one in fact has reason to do it.

For some legal positivists, statements about legal obligations are so-called detached normative statements, which are made when the speaker assumes the legal point of view for the sake of argument, without actually endorsing it. In making detached legal statements, the speaker is advising someone: “If you endorse the legal point of view, then from your point of view, or as it seems to you, you have reason to do what the law requires.” The speaker is not telling the advisee what he really has reason to do but rather drawing his attention to a reason that he already believes (or would believe) he has. Detached legal statements are apparently normative because they explain the (seeming) normativity of legal obligations in terms of seeming reasons that one thinks one has.

Hence, most legal positivists think that legal obligations lack genuine normative force. When we talk about legal obligations, we are describing a complex social or psychological reality. The fact that one has a legal obligation to do something leaves open to question whether one has reason or morally ought to do it. Legal positivism does not deny that if some moral or legitimate conditions are met, then, under certain circumstances, we will have moral reasons or obligations to comply with

legal obligations, but such moral or legitimate conditions are not part of the grounds of law. Therefore, the social facts that make legal obligations obtain are not normatively significant. On positivists' view, the grounds of law do not necessarily include moral facts, and legal obligations are not necessarily moral obligations.

The problem of legal positivism is that it presupposes a two-step picture of law: the first step is to determine whether legal obligations obtain, and this depends only on certain social facts; the second step, then, is to query whether legal obligations can be transformed into moral obligations with the same content. Since the transformation condition is not always satisfied, there is no general obligation to obey the law.

However, positivists have never argued why the two-step picture should be taken for granted. In this article, I put forward an alternative, one-step picture of law. According to non-positivism, legal obligations are not obligations from a distinctively normative point of view, but rather a subset of moral obligations. What distinguishes legal from other moral obligations is that the former are generated by certain institutional actions—such as legislative enactments, and judicial or administrative decisions, which can be called “legal practices”.

In other words, legal practices consist of social facts that play the role of the grounds of law in the two-step picture. In contrast to the two-step picture, legal practices in the one-step picture are normatively significant facts in that they can induce or change moral obligations through their impact on our normative reasons. This is a one-step theory because it is

directly concerned with the normative or moral upshot of legal practices without an intermediate step.

The crucial issue of the one-step theory is to offer an account of why certain institutional actions are normatively significant and in what way they change or shape our moral obligations. According to non-positivism, we have to explain why certain aspects of legal practices matter to our moral obligation by reference to certain political values—for example, what impact the enactment of a statute has on our moral obligations depends on values such as democracy and fairness. While an appeal to the principle of fair notice might argue that the plain meaning of the statutory text should play the dominant role in determining the content of obligations, the democratic consideration that popularly elected representatives intended to communicate a particular decision might give more weight to the legislature’s intention. Why legal practices can generate moral obligations labeled “legal” is explained by all of the relevant values, which might be called “the values of legality”.

However, the values of legality by themselves do not tell us how legal practices shape the content of moral obligations. The one-step theory argues that legal practices affect our normative reasons by changing the relevant facts and circumstances, thereby changing our moral obligations. Legal practices perform this task in various ways: the facts or circumstances they changed might function as enablers or disablers of normative reasons, or play the role of intensifier or attenuator, namely, strengthening or weakening the weight of normative reasons.

Legal practices succeed in bringing about corresponding moral obligations if, through their normative impact, the reasons in question can defeat other competing reasons. Thus, in contrast to positivists' view, the semantic or mental content of legal practices does not directly constitute the content of legal obligations (i.e., moral obligations generated by legal practices). What content the resulting moral obligations will have still depends on relevant background circumstances and often has to be processed by moral reasoning.

Finally, this article compares the non-positivist one-step theory with the positivist view about the duty to obey the law and Dworkin's judicial enforcement theory of legal obligation. Most traditional theories of the duty to obey the law assume the positivist picture of law: they unreflectively regard law as a system of authoritative directives and then ask whether citizens have a general moral obligation to obey directives from legal authorities. However, there is a widespread consensus that there is no such general obligation. An advantage of the one-step theory is that it explains how legal practice can generate genuinely binding obligations even if there is no general obligation to obey authoritative directives.

The deficiency in Dworkin's judicial enforcement theory is that it confuses legality with judicial enforceability. A moral obligation is judicially enforceable because it is legal—namely, an obligation generated by legal practices, but not vice versa. In fact, treating legal obligations as moral obligations that obtain in virtue of institutional actions fits better with Dworkin's idea that legality is sensitive to the moral significance of past political decisions.