



## 阿列西《法概念與法效力》導讀\*

王鵬翔

(中央研究院法律學研究所助研究員)

### 【系列專欄說明】

著名的法理學家德沃金在《法律帝國》有句名言：「法理學是裁判的總論，任何法律決定的沈默序言」。為了讓此一序言在台灣不再沈默，自 2011 年 9 月起，台灣法學雜誌與台灣法理學會合作，開闢「法理思維與名著導讀」專欄，邀請多位國內法理學者，以深入淺出的方式，為我們介紹法理學的經典名著與重要議題，希望能讓更多法律人親近法理學經典的智慧結晶，認識法理思維對於法律實踐的重要性。

台灣法理學會主辦的「法理學經典導讀系列演講」活動（詳情請見 <http://classicsintro.wordpress.com/>）自 2010 年 10 月開辦迄今，已獲得熱烈回響。「法理思維與名著導讀」專欄除了陸續刊載此一系列演講的導讀之外，未來還計畫推出法理學重要概念、主題與思想流派的導論介紹，從法理學觀點出發的實際案例評釋，並不定期報導國內外法理學界的新知與學術動態。我們期待，藉由「法理思維與名著導讀」專欄的推動，在台灣形成兼具國際視野與本土關懷的法理學公共論壇。



## 壹、前言

羅伯·阿列西 (Robert Alexy) 生於 1945 年，是德國當今最具國際聲望的法理學與憲法學者。阿列西現為德國基爾大學法學院教授，他的代表作《法律論證理論》( *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978 Suhrkamp Verlag )、《基本權理論》( *Theorie der Grundrechte*, 1986 Suhrkamp Verlag )、《法概念與法效力》( *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992 Verlag Karl Alber ) 等，皆已被譯為多種語言，並在國際學界引起熱烈討論。《法概念與法效力》的英譯本以《The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism》為名，於 2002 年由牛津大學出版社出版。為了方便不諳德文的讀者進一步閱讀檢索，本文將以英譯本作為導讀依據<sup>1</sup>。

《法概念與法效力》(以下簡稱「本書」)的主題是法實證主義與反法實證主義之間關於法概念與法效力的爭議。阿列西的目標在於反駁法實證主義的核心主張，即「分離命題」(the separation thesis)：法律與道德之間沒有概念上的必然聯結。阿列西則試圖證成「聯結命題」(the connection thesis)：法律與道德之間具有概念上與規範性的必然聯結。阿列西在本書前半提出了「正確性論證」(the argument from

correctness)、「原則論證」(the argument from principles)與「不正義論證」(the argument from injustice)來證成其聯結命題，在本書後半處理法效力與基本規範的問題，最後對「法律」提出了一個整合性的、非實證主義的定義。本導讀將聚焦在本書的關鍵部分，即前述的三個主要論證。

## 貳、法概念與分離命題

### 一、法概念的要素與分離命題的表述

阿列西認為，「權威的制定性」(authoritative issuance)、「社會的實效性」(social efficacy)、「內容的正確性」(correctness of content)是法概念的三要素，它們分別對應了三種效力的概念：法學的效力概念(或稱「狹義的法效力」)、社會學的效力概念、與倫理學的效力概念。當我們要判斷一個規範是不是法律或者是否具有法效力時，「權威的制定性」關切的是它是否為某個有權機關按照一定程序所制定，即規範的形式來源問題；「社會的實效性」則以規範實際上是否被遵守，違反時是否會施加制裁作為判斷標準；「內容的正確性」涉及了規範是否在道德上可被正當化，即規範的實質內容是否合乎正義的問題(13-19, 85-88)。

阿列西早期將法實證主義之爭看作是一個關於「法律」這個概念如何定義的問題。他認為，法實證主義的法概念只包含權威的制定性或社會的實效性這兩個事實性的要素，在本書中他將分離

\* 本文源自於台灣法理學會主辦的「法理學經典系列導讀」活動，相關資訊請見 <http://classicsintro.wordpress.com/>。

<sup>1</sup> 以下括號內的數字為英譯本的頁碼。

命題表述為：「法律的概念必須以不包含任何道德要素的方式被定義」；而將其所主張的聯結命題表述為：「法概念的定義除了事實性的要素外，還必須包含道德要素」（3-4）。然而，許多法實證主義的代表者，如哈特（H. L. A. Hart）、拉茲（Joseph Raz）、馬默（Andrei Marmor）認為，分離命題不是關於法律的概念如何定義的主張，而是主張：在判斷一個規範是否具有法效力或法律命題是否為真（或正確）時不必然涉及道德評價<sup>2</sup>。阿列西近來因而將分離命題的表述修正為：

（ST）法律的效力或法律的正確性和道德評價或道德正確性之間沒有必然聯結。

並將聯結命題表述為：

（CT）法律的效力或法律的正確性和道德評價與道德正確性之間具有必然聯結<sup>3</sup>。

阿列西的理論目標是反駁 ST 並證成 CT。

## 二、法實證主義之爭的實踐意涵

阿列西在本書中曾舉了兩個德國聯邦憲法法院的判決來說明<sup>4</sup>，法實證主義

之爭不只是個理論問題，還具有實踐意涵（5-10）。在此我借用另外兩個例子來說明。

第一個例子是德國的「圍牆射殺案」。1984 年 12 月有兩名守衛柏林圍牆的前東德士兵開槍射殺了一位企圖使用梯子翻越圍牆逃往西柏林的青年。兩德統一後，該兩名士兵以觸犯前東德刑法的殺人罪被起訴。問題是，他們是否得主張其射殺行為係依前東德邊界法等相關規定（依該法§27 II 第 1 句，邊界士兵得使用槍械以阻止犯罪之實施，依前東德刑法規定及司法實務，「非法越境」屬於重大犯罪）而阻卻違法？法實證主義者的答案會是肯定的，因為只要系爭的規定在當時是由權威制定且具有社會實效，即為有效的法律規範，但某些反法實證主義（例如阿列西本人）的答案是否定的，他們認為，由於系爭的規定太過不正義，因而不能被視為是法律。

第二個例子是台灣的大法官釋字第 362 號。本號解釋的爭點在於，當善意無過失之第三人信賴前婚姻關係已因確定判決而消滅，而與前婚姻之一方相婚，嗣後該判決又經法定程序（如再審）而變更時，導致後婚姻成為重婚時，是否仍應適用修正前民法第 988 條第 2 款之規定，認為該後婚姻為無效？本案中最高法院的答案是肯定的，但大法官在衡量結婚自由、信賴保護、一夫一妻制等原則之後，認為應限縮系爭民法規定之適用，後婚姻之效力仍應予以

定法的法律續造（contra-*legem* Rechtsfortbildung）來放寬請求慰撫金的限制（BVerfGE 34, 269）。

<sup>2</sup> 參見如 Raz, *The Argument from Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, 22 (2007).

<sup>3</sup> Alexy, *On The Concept and Nature of Law*, *Ratio Juris* 21, 285(2008).

<sup>4</sup> 這兩個判決分別是關於納粹德國剝奪猶太裔公民德國國籍的法令是否為有效法律（BVerfGE 23, 98），以及德國聯邦最高法院是否得透過違反制



維持。然而，大法官所援引的原則，都不是由某個權威機關所制定的，它們是具有法效力的規範嗎？它們對於法官具有拘束力嗎？有些法實證主義者或許會認為，這些原則並不是法律，因此，最高法院沒有考慮到這些原則所作出的判決，仍然是依「法」審判的結果，這樣的判決或許不盡合理，但沒有法律上的瑕疵。但有些反法實證主義者則會認為，這些原則雖然不具有權威制定的特性，但仍是法律的一部分，它們對於法官具有拘束力，沒有衡量這些原則所作出的判決具有法律上的瑕疵。

從上面這兩個例子可以看出，當事人的命運取決於法官的法理學立場：採取法實證主義還是非法實證主義，可能導致完全相反的判決結果。這印證了德沃金的名言：「法理學是裁判的總論，任何法律決定的沈默序言<sup>5</sup>。」

### 參、主要論證的重整與分析

回到本書的論點。阿列西證成 CT 的論證可以重整如下：

(1) 法律——不論是個別的法律規範、司法判決或整個法律體系——必然會提出正確性宣稱 (the claim to correctness)。

(2) 爲了實現正確性宣稱，必然要適用道德原則以證成法律的正確性。

(3) 當正確性宣稱未能獲得實現時 (例如極端不正義的實證法)，可能導致法效力或法律性 (legal character) 的喪失。

因此，(4) 法效力或法律的正確性必

然和道德正確性有所聯結。(CT)

阿列西分別用正確性論證、原則論證與不正義論證來辯護(1)、(2)、(3)這三個前提。

#### 一、正確性論證

阿列西的正確性論證可分爲兩個層次。首先，他區分「參與者觀點」(the participant's perspective) 與「觀察者觀點」(the observer's perspective)。所謂「參與」，指的是處於某個法律體系中，對於「什麼是法律所要求、禁止或允許的」問題進行論辯，並試圖提出理由來證成自己主張的正確性。法律規範或法律命題的正確與否，是參與者所關切的問題。阿列西認為，法官是典型的參與者。相反的，觀察者所關注的是某個法律體系實際上作出了什麼決定，以及如何作出此種決定，但他並不關切法律決定的正確與否(25)。因此，嚴格說來，「法律必然會提出正確性宣稱」的意思是：法律體系的參與者必然會宣稱其所主張的法律命題或所作出的法律決定是正確的。

其次，阿列西證成「法律必然會提出正確性宣稱」的方式是指出，立法者制定法律或法官作出判決都是一種語言行動，「提出正確性宣稱」是此種語言行動的構成性規則，如果立法者或法官不宣稱其所制定的法律或作出的判決是正確的，甚至自我否定其正確性，就會陷入所謂「以言行事的矛盾」(performative contradiction)。阿列西要我們考慮下面兩個例子。第一個例子是，某個 X 國的制憲者制定了這樣一條

<sup>5</sup> Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass., 90 (1986).

憲法條文：「X 是一個主權獨立、不正義的聯邦共和國。」另外一個例子是，有某個法官作出這樣的判決：「被告應處以無期徒刑，但本判決是錯誤的，因為它是根據對於有效法規範的錯誤解釋所作出的。」這兩個例子看來都相當荒謬，其悖謬之處有如一個人說：「這隻貓在墊子上，但我不相信這件事」。當一個人斷定  $p$  這個命題（例如，斷定「這隻貓在墊子上」），就隱含了他相信  $p$  為真；如果他斷定  $p$ ，但其陳述的內容卻又表示自己不相信  $p$  這件事，就牴觸了「斷定」這個語言行動的預設，即說話者必須相信他所斷定的命題為真，從而他就無法成功地進行「斷定」這個語言行動，這就是「以言行事的矛盾」。阿列西認為，同樣的，制定法律或作出判決這種語言行動，都必然隱含或預設了說話者宣稱自己所制定的規範或所主張的法律命題是正確的（至於這個宣稱是否實現了，亦即其所制定的規範或所主張的命題實際上是否正確，那是另外一回事），如果說話者在其表述的規範或命題內容中否定了正確性宣稱，他就陷入以言行事的矛盾，而無法成功地進行他所要作的語言行動。阿列西認為，由此可以證成「法律（嚴格說，是法律實踐的參與者）必然會提出正確性宣稱」（35-39）。

姑且不論阿列西的正確性論證所引發的諸多問題，由「法律必然提出正確性宣稱」仍然無法直接導出 CT。法實證主義者可以提出兩種反駁：首先，法律的正確性宣稱未必具有道德意涵，因此法律的正確性和道德正確性並不具有必

然的關聯；其次，即便法律必然提出正確性宣稱，但正確性宣稱未能實現，並不會導致法律性的喪失，例如極端不正義的納粹種族主義法令，雖然具有某種（道德）瑕疵，但此種瑕疵並不會影響其法效力。換言之，正確性論證頂多只能建立法律與道德之間具有某種品質式的聯結（qualifying connection），而非區分式的聯結（classifying connection）。法實證主義者仍然可以主張，一個規範是否具有法效力，與其內容在道德上正確與否無關。針對這兩個反駁，阿列西分別提出原則論證與不正義論證來回應。

## 二、原則論證

阿列西的原則論證的規範理論基礎是「規則」（rules）與「原則」（principles）在結構上的區分<sup>6</sup>。不過，規則和原則在規範結構上的區分對於法律與道德之間是否具有必然聯結的問題並無直接的相關性。為了證成 CT，阿列西的原則論證包含了下面三個子命題（71-81）：

(一) 安置命題（the incorporation thesis）：每個最低限度發展的法律體系必然會包含原則。

(二) 道德性命題（the morality thesis）：法律體系所包含的原則必然具有某種道德關聯性。

<sup>6</sup> 阿列西認為原則是「一種最佳化命令（optimizing commands），其適用方式是衡量，規則則是確定性的命令（definitive commands），其適用方式是涵攝（70）。對於規則和原則的區分另參見 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 44-69 (2002).



(三) 正確性命題 (the correctness thesis)：法律體系必然包含道德原則使得法律和正確的道德之間具有必然聯結。

原則論證的出發點在於，實證法必然具有哈特所稱的「開放結構」(the open texture)。對於處在開放結構的困難案件，法官無法援引實證法規定作為判決理由，此時法官有兩種可能的解決方式：第一種可能是不附任何理由作出判決。阿列西認為這種可能性必須被排除，因為法官判決必然會提出正確性宣稱，而正確性宣稱蘊含了「可證成性的擔保」(the guarantee of justifiability)：法官不能一方面宣稱其判決是正確的，另一方面卻又不提出任何理由來證成其判決的正確性。因此，在解決困難案件時，法官為了實現正確性宣稱，就只有另外一種可能，即援引非屬實證法的理由，特別是道德理由，來證成其判決。依阿列西之見，這些道德理由通常具有原則的形式，因為它們往往彼此衝突，法官必須衡量這些相衝突的理由以作出判決。換言之，為了實現正確性宣稱，法官必須衡量道德原則以解決困難案件。再按照正確性命題，作為判決理由的原則，其內容必須在道德上是正確的，並且衡量時也必須進行正確的道德論證，才能保證判決的正確性。由此阿列西得出，司法判決的法律正確性宣稱必然包含了道德正確性的宣稱。

然而，法實證主義可能會如此反駁：法實證主義者並不否認法官必須衡量道德原則、進行道德論證以解決困難案件，但道德原則只是法律以外的標準

(extra-legal standards)，倘若法官沒有考慮或者沒有正確地適用道德原則，其判決頂多只有道德上的缺陷，但沒有法律上的瑕疵，因此，法律的正確性和道德正確性並沒有必然的聯結，CT 並未因此獲得證成。對此，阿列西的回應是主張，道德原則對於法官具有法律上的拘束力，而道德原則之所以具有法律拘束力，是因為道德原則必然被包含成為法律的一部分。這個主張就是「必然安置命題」。

阿列西指出法律體系安置道德原則的兩種方式。第一種方式是「透過實證法的安置」，亦即將道德原則直接轉化為實證法規範。典型的例子像是憲法中的基本權規定。但正如阿列西自己也承認的，實證法是否會安置道德原則，取決於立法者（或制憲者）的決定。依此，道德原則是否會被包含於法律體系之中，只是個偶然的事實問題，而不具有必然性。為此，阿列西提出第二種安置道德原則的方式，這可稱之為「透過衡量而安置」。「透過衡量而安置」的論證包含了兩個輔助論據。第一，由於法官必然會宣稱其判決在法律上是正確的，相應地，法官就負有法律上的義務去實現其正確性宣稱，這意謂著，在解決困難案件時，法官負有法律上的義務去適用道德原則以證成其判決的正確性。第二，阿列西訴諸「程序性法律體系」(legal system as a system of procedures or processes) 的理念，他認為，從參與者的觀點來看，法律體系是一個制定、適用、解釋、與證立法律規範的過程，凡是在這個過程中被用來證立法律規範

或決定的理由，都屬於程序的一部分，因而也就屬於法律體系的一部分。按照這個看法，既然法官（特別是在困難案件中）必然要訴諸道德原則以證成其判決的正確性，那麼作為其判決理由的道德原則也就必然被包含成為法律體系的一部分（73-74）。

在我看來，阿列西的原則論證與必然安置命題有不少值得商榷之處<sup>7</sup>。第一，「透過衡量而安置」並不是一個健全的論證，其前提之一「凡是法官證立其判決時所適用的理由，都屬於法律的一部分」是個大有疑問的主張。舉例來說，面對某些侵權行為法的案件，法官必須適用算術規則以證成其關於損害賠償數額的判決的正確性，難道我們會因此就認為「算術規則（如  $2+2=4$ ）必然被安置成為法律的一部分」嗎？

第二，「透過衡量而安置」的論證可能犯了丐題（begging the question）的謬誤。阿列西原本試圖證成的命題是「因為道德原則必然屬於法律的一部分，所以對於法官具有拘束力而必須適用之」，但他的論證，簡單說，卻是「因為法官必須適用道德原則，所以道德原則必然屬於法律的一部分」。

第三，阿列西以開放結構為出發點的原則論證，似乎將道德原則的地位限

縮在填補實證法漏洞的補充性作用：只有在困難案件中，道德原則才會因其有助於證成判決的正確性而必須為法官所援引，從而被安置為法律的一部分，這彷彿是說，只有在困難案件中，才會運用「內容的正確性」作為法效力的判斷，這樣的結論反而頗類似於某些包容法實證主義者（inclusive legal positivists）的主張。

第四，如果阿列西試圖證成的聯結命題是「法律（判決）的正確性與道德正確性具有必然關聯」的話，那麼道德原則是否必然被安置為法律的一部分其實是個無關緊要的問題。因為倘若道德原則對於法官的拘束力來自於其實質內容有助於證成判決的正確性，那麼不論它們是否被包含成為法律的一部分，法官為了實現其正確性宣稱，都還是必須援引道德原則作為判決的理由。換言之，只要法官不適用道德原則就無法作出正確的判決，那麼道德原則就必然會對法律的正確性有所影響，安置與否對於聯結命題（如果以 CT 的表述方式）的證成並無差異。

### 三、不正義論證

按照阿列西的看法，如果法律的正確性未能實現，那麼這不但是道德上的瑕疵，同時也是法律上的瑕疵。在一般的情況下，這樣的瑕疵尚不致於影響到法效力，但如果實證法規範具有嚴重的道德瑕疵，將導致其法效力的喪失，這正是不正義論證所要辯護的主張。它來自於著名的賴德布魯赫公式（Radbruch's Formula）：

<sup>7</sup> 我對於阿列西的原則論證與必然安置命題的批評，請參見王鵬翔，反對安置命題，中研院法學期刊，7 期，2010 年，頁 153-167；Peng-Hsiang Wang, *Incorporation by Balancing? Critical Remarks on Alexy's Necessary Incorporation Thesis*, *Rechtstheorie* 41, 305-318 (2010).

「正義與法安定性的衝突可以用下面的方式解決：由立法和權力所確定的實證法，即便其內容不正義或不合目的，仍然具有優先性，除非實證法的規定和正義之間的衝突達到不可忍受的程度，以致其成爲『不正確的法』而必須向正義讓步<sup>8</sup>。」

用阿列西的話來說，由權威制定且具有社會實效的規範，當其極端不正義時，就會喪失法律性與法效力，一言以蔽之：「極端不正義即非法律」（“Extreme injustice is not law”）。戰後德國聯邦最高法院與憲法法院曾經運用賴德布魯赫公式來否定納粹德國種族主義法令的法律性；兩德統一後，又依此來解決前述的圍牆射殺案，認爲前東德邊界法及相關規定因極端不正義而不具有法效力<sup>9</sup>。阿列西認爲，是否接受賴德布魯赫公式（以下簡稱 RF），是區分法實證主義與非法實證主義的重要標誌，但他自己也承認，RF 所涉及的並非單純概念上的爭論，反法實證主義者要證成 RF，主要還是訴諸規範性的論據。阿列西將反對與支持的 RF 論據總結爲下列八個爭點（41-62）：

（一）語言（language）。有些法實證主

義者認爲，將極端不正義的實證法稱爲「法律」並不違背「法律」這個詞的通常使用方式，支持 RF 的非法實證主義者其實引入了帶有道德價值判斷的法概念。阿列西則認爲，法概念的爭論不是單純的語言問題，而是個實質問題。從參與者的觀點來看，如果法官有良好的法律理由不適用極端不正義的實證法規範 N，雖然他所作出的判決牴觸 N，但他仍然可以、甚至必須將其判決所表述或適用的規範稱爲「法律」。如果法官此時仍將他所拒斥的 N 稱作是「法律」，顯然會產生矛盾，要避免此種矛盾，法官必須認爲 N 不是法律。阿列西指出，法官是否能否認 N 的法律性，不是取決於語言使用，而是取決於他是否有良好的法律理由，他認爲這樣的理由是存在的。

（二）清晰性（clarity）。法實證主義者如哈特認爲，RF 混淆了法概念和守法義務的問題<sup>10</sup>。按照哈特的看法，「法律是什麼？」和「我們是不是有服從法律的道德義務？」是兩個不同的問題，極端不正義的實證法仍然是有效的法律，只是基於道德理由不應該被服從。阿列西對此的回應則是，非實證主義的法概念的確較爲複雜，但複雜的概念未必不清晰，並且 RF 涉及的不只是道德問題，更涉及了法律問題，即行爲人與法官是否有法律上的義務去遵守、適用極端不正義的實證法。

<sup>8</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: ders., Rechtsphilosophie: Studienausgabe, Heidelberg, S. 216 (1999).

<sup>9</sup> 阿列西本人對於圍牆射殺案的看法，見 Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg (1993); Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburg (1997).

<sup>10</sup> 哈特對賴德布魯赫的批評見 H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 72-78 (1983).

(三)效用 (effectiveness)。哈特還認為，採取 RF 未必有助於產生反抗惡法的實際作用，也無法改變反抗行為被制定惡法的政權認定為違法行為的事實。反法實證主義者將正義或道德的要素納入法概念當中，反而可能導致對於既存體制不加批判的正當化，亦即認為如果一個規範是法律規範，那麼它就具有道德正當性。阿列西對此的回應是，雖然不論採取哪一種法概念都無法改變惡法在不義體制下被執行、適用的現實狀態，但如果法律實踐對於「滿足最低限度的正義要求是國家所制定的規範具有法律性的必要條件」這一點有共識的話，則制定惡法的不義政權將比較不可能穩定地運作，不義政權的官員也比較可能預期到有朝一日所可能面臨的追訴與責任風險。再者，阿列西認為，RF 既不意謂著將法律等同於道德，也非主張只要實證法規範在內容上具有道德瑕疵就會失去法效力。RF 只是設下了一道門檻，即不正義到達了極端程度時，才會導致法效力的喪失（區分式的聯結），對於內容不正義，但尚未到達極端程度的實證法規範，雖然仍具有法效力，但可以認為它是具有瑕疵的法律規範（品質式的聯結），換言之，採取非實證主義的法概念仍然可以對於法律進行道德批評。

(四)法安定性 (legal certainty)。有些論者認為，RF 有違法安定性，甚至可能導致個人依其自己的正義觀來否定法效力的無政府後果（這和下面的相對主義論據相關）。阿列西則認為，不正義的程度越極端，反而越能夠確定地認知；並

且，法安定性原則並非絕對，它必須與實質正義原則相衡量，RF 並非不重視法安定性，法安定性原則在一般情況下仍具有優先性，只有在極端不正義的案件中它才必須退讓。

(五)相對主義 (relativism)。某些道德相對主義者主張，不僅極端不正義的界限難以認知，甚至正義本身都是無法被理性證成或客觀認知的。阿列西認為，非實證主義的法概念的確要預設某種非相對主義或可認知論的後設倫理學立場，至少，像是「基於種族理由侵害少數族群之身體及財產是極端不正義的」這樣的道德判斷是能被理性證成的。此外，大部分社群的法律實踐對於尊重人權具有高度共識，也可能削弱相對主義論據的力量。

(六)民主 (democracy)。對 RF 的一種批評是，它可能使得法官訴諸正義之名作出違背具備民主正當性之立法者的決定。阿列西的反駁是，RF 針對的只是極端不正義的實證法，實際上，在有司法違憲審查制度的國家中，憲法法院對於民主立法者的審查遠甚於此，若要以民主論據批評 RF，恐怕連對司法違憲審查都要一併拒斥之。

(七)不必要性 (dispensability)。哈特曾經指出，RF 所要處理的問題（例如在不義政權垮台後處罰其官員或幫凶、恢復被害人的權利），其實可以藉由立法者制定溯及既往的法律來解決，而不必訴諸 RF。阿列西認為這種解決之道未必行得通。暫且不論在刑事案件中可能涉及違背罪刑法定原則的問題，倘若立法者怠惰或因其它種種原因而沒有制定處理



過往不正義的法律措施，基於人權保障與實現正確性宣稱的法律義務（適用極端不正義的實證法規範所作出的判決不可能實現正確性宣稱），法官仍必須運用 RF 來解決問題。

（八）坦誠性（candour）。哈特認為，在追訴、處罰不義政權的官員或幫凶的刑事案件中，實際上等於是溯及既往地處罰行為人，有違罪刑法定原則，運用 RF 反而掩蓋了這個問題。但阿列西認為，如果實證法的極端不正義是顯而易見的，那麼它自始就失去了法律性，RF 的運用是在確定行為當時的法律狀態，而不是要去溯及既往地改變法律狀態。

阿列西的不正義論證涉及諸多複雜爭議問題，在此無法一一詳論。在我看來，關鍵的爭議不在於法官是否得運用 RF 來拒絕適用極端不正義的實證法或否定其法律性，而在於法官運用 RF 所作出的判決是否仍然是「依法審判」，非常抽象地說，這是一個關於「法治」（rule of law）或「合法性價值」（the value of legality）的爭議。阿列西似乎認為，如果法官有良好的法律理由來拒絕適用極端不正義的實證法，那麼他的判決就是依據法律所為之決定。所謂「良好的法律理由」可以理解為那些用以證成判決正確性的理由，根據阿列西的看法，它們包括了權威性的、基於實證法的理由，也包括了非權威性的、基於實質正義的道德理由<sup>11</sup>。RF 所訴諸的「法律理

由」指的當然是後者。但我們可以進一步追問，為什麼訴諸這些非權威性的道德理由所作出的判決仍然可稱作是「依『法』審判」呢？如果阿列西的回答是：「由於法官為了實現正確性宣稱就必須援引這些道德理由，所以這些道德理由也是法律的一部分」，顯然又將落入前述必然安置命題的困境。

## 肆、重省法律的概念

阿列西在本書中試圖辯護「法律的概念必然包含了道德的要素」。然而，正如德沃金所指出的，「法律」這個詞所表達的概念並非單一的，在不同的脈絡下，我們所使用的法概念可能有所不同。德沃金認為，在陳述法律命題時（例如「東德的法律允許邊界士兵開槍射殺逃亡者」、「按照台灣法律，因善意信賴所導致之重婚並非無效」），我們所使用的是教義學的法概念（the doctrinal concept of law）；當我們區分某些規範是法律規範，某些不是（例如「道德原則是法律的一部分」、「算術規則不是法律規範」），所使用的是分類式的法概念（the taxonomic concept of law）。「法律」常被用來指稱某種特定的社會制度（例如「法律在本質上是一種強制性的社會制度」），此時它所表達的是社會學的法概念（the sociological concept of law）；但法律的概念有時則指涉了某種政治道德價值（例如「處罰圍牆射殺案的士兵並不違背法治理念」），這時它表達的是一種受價值或理想所引導的概念

<sup>11</sup> Alexy, An Answer to Joseph Raz, in G. Pavlakos (ed.), Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy, Oxford, 51-52 (2007).

(the aspirational concept of law)<sup>12</sup>。

阿列西自己可能並未清楚意識到，他的論證及所要辯護的主張針對的是哪一種法概念，但我們可以試著幫他釐清。原則論證和必然安置命題是分類式法概念的問題：道德原則是否必然屬於法律體系的一部分？不正義論證和賴德布魯赫公式則是關於法治價值的爭議：除了法安定性之外，法治價值是否還包含實質正義原則，這兩者之間如何取捨？至於正確性論證和聯結命題，我認為最好將其理解為關於教義學法概念的主張。法實證主義之爭的關鍵爭點既不是法概念要如何定義，也不是法律是否

必然安置道德原則，而是下面這個問題：證成法律命題的正確性（或決定法律命題是否正確）是否必然要援引道德理由、涉及道德價值判斷？用德沃金的話來說，就是「道德考量是否必然屬於法律命題的真值條件（使得法律命題為正確的根據）」的問題。對此阿列西的答案當然是肯定的。然而，將阿列西的理論詮釋為反法實證主義的教義學法概念論之後，他的論證是否仍然成功，請有興趣的讀者進一步閱讀本書原典，自行判斷<sup>13</sup>。畢竟，經典導讀不能取代經典閱讀。

<sup>12</sup> Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge Mass., 1-5, 223-240 (2006).

<sup>13</sup> 我本人的看法則請見王鵬翔，法概念與分離命題——論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭，中研院法學期刊，5期，2009年，頁229-289。