

法概念與分離命題*

—論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭

王鵬翔**

目 次

壹、序論	伍、原則論據與必然安置命題
貳、出發點—Alexy 與 Raz 的共同點與爭議之所在	一、原則論據可以導出聯結命題嗎？
參、分離命題：法實證主義的真正主張是什麼？	二、必然安置命題的問題與 Raz 的批評
肆、正確性論據	陸、不正義論據與賴德布魯赫公式的問題
一、Alexy 的正確性論據	柒、代結論——法律的概念(the concepts of law)與分離命題的再檢討
二、Raz 對正確性論據的批評	
(一) 參與者觀點和觀察者觀點	
(二) 正確性宣稱的問題	

* 投稿日：2009年5月27日；接受刊登日：2009年6月30日。
 本文為中央研究院法律學研究所籌備處2008年「法律思想與社會變遷」研究組群計畫之部分成果。感謝兩位審查人的意見，讓我得以改正本文的一些缺失與含混之處。同時感謝林信銘同學在文稿校對上的細心協助。此外，我要特別感謝湯德宗與黃國昌先生，若無他們兩位的關心與鼓勵，我將無法重拾學術研究的信心並完成本文。

** 德國基爾大學法學博士，現任國立成功大學法律學系助理教授，曾任中央研究院法律學研究所籌備處助研究員(2005-2008)。

摘 要

本文旨在討論 Alexy 與 Raz 近年來關於法實證主義分離命題的爭論。首先，本文將檢討 Alexy 對於分離命題的表述，並從 Raz 對 Alexy 的批評來釐清分離命題的真正主張。其次，我將檢討 Alexy 反駁分離命題的三個論點：正確性論據、原則論據與必然安置命題，以及以賴德布魯赫公式為代表的不正義論據，並討論 Raz 對這些論證的批評。最後，我將借助 Dworkin 關於各種法之概念的區分，指出 Alexy 在回應 Raz 時所面臨的問題，並提出對於 Alexy 主張的可能補強與修正方式。

關鍵詞：法實證主義、法概念、法與道德、分離命題、聯結命題、正確性論據、原則論據、不正義論據、阿列克西、拉茲。

The Concept of Law and the
Separation Thesis:
Critical Remarks on the Alexy-Raz Debate about
Legal Positivism

Peng-Hsiang Wang^{*}

Abstract

The present essay discusses critically the recent debate between Alexy and Raz on legal positivism. First, I examine Alexy's formulation of the separation thesis and clarify the real claim of legal positivism in light of Raz's criticism. I will then explore three arguments that Alexy employs to refute legal positivism, that is, the argument from correctness, the argument from principle along with the necessary incorporation thesis, and the argument from injustice, expressed by the well-known Radbruch's Formula. I will also discuss Raz's critique of Alexy's arguments and Alexy's rejoinder. Finally, I will draw on Dworkin's distinction between various concepts of law to point out the problems in Alexy's reply and propose some revisionist ways to bolster Alexy's arguments.

KEYWORDS: Legal Positivism, the Concept of Law, Law and Morality, the Separation Thesis, the Connection Thesis, the Argument from Correctness, the Argument from Principle, the Argument from Injustice, Alexy, Raz.

* Assistant Professor of Law, National Cheng Kung University.

壹、序論

「法律是什麼？」是法理學的核心問題。當代法理學對於這個問題的爭論經常以法概念論的形式出現，不同的理論立場對於「法律」這個概念具有哪些基本要素有不一樣的想法，從而對於「法律是什麼？」這個問題也有迥然相異的答案。在法概念論的爭議中，最悠久也最重要的議題是關於法實證主義的爭論。當代最具代表性的法實證主義流派當屬由哈特(H. L. A. Hart)所開創的，以牛津大學為中心的英美分析法實證主義。簡單來說，法實證主義的核心主張可以歸結為下面兩個命題：

- (一) 法律與道德沒有概念上的必然聯結。
- (二) 法理論的任務是以不涉及道德評價的方式來分析法律的概念或描述法律的本質性特徵。

第一個命題就是所謂的「分離命題」(the separation thesis)，它是法實證主義關於法律本質(the nature of law)的主張；第二個命題則是法實證主義關於法理論的方法論(the methodology of legal theory)的主張。本文將以繼哈特之後的法實證主義代表學者 Joseph Raz 與歐陸分析法理學中反法實證主義的代表人物 Robert Alexy 對於分離命題的爭議作為探討對象。

在正式進入本文的討論之前，我想先簡短說明一下這個爭議的背景脈絡及其學術意涵。英美分析法實證主義可說是當前國際法理學界的主流學群，而 Raz 則是此一學群繼哈特之後最具開創性的宗師級人物。儘管英美法理學界向來不乏對於法實證主義的有力批評(如 Ronald Dworkin 與 John Finnis 等)，但近4年來 Alexy 與 Raz 之間的論戰也相當值得注意。作為當代反法實證主義健將的 Alexy，儘管其理論在歐陸與南美相當具有影響力，但其論點卻一直未受到居於學術中心的英美法理學界所重視。不過，此一現象自 Alexy 的

經典著作「法概念與法效力」(*Begriff und Geltung des Rechts*)一書的英譯 *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* 於2002年出版後已漸有改變。2005年在西班牙格拉納達的第廿二屆國際法哲學(IVR)年會上，Alexy 與 Raz 的高徒 Andrei Marmor 進行了一場辯論¹，2007年在一本討論 Alexy 理論的論文中，Raz 發表了一篇題為 *The Argument from Injustice, or How Not to Reply Legal Positivism* 的論文，批評了 Alexy 前書的主要論點²，Alexy 不但有所回應³，更在著名的法理學期刊 *Ratio Juris* 陸續發表了一篇批評 Raz 的法理論方法論⁴以及另一篇關於法概念與法之性質的論文⁵。Alexy 與 Raz 之間的交鋒顯示了國際兩大法理學群之間的理論隔閡逐漸消融，對話交流日趨頻繁。此一爭議勢必將成為國際法理學界的討論焦點，也值得我們深入研究⁶。

-
- 1 見 Robert Alexy, *Agreements and Disagreements: Some Introductory Remarks*, in LAW AND JUSTICE IN A GLOBAL SOCIETY. PLENARY LECTURES OF 22TH IVR WORLD CONGRESS 699 (M. Escamilla & M. Saavedra eds., 2005). 此一辯論原本預定由 Raz 親自出席，但他因病而未能成行。
 - 2 Joseph Raz, *The Argument from Justice: or How Not to Reply to Legal Positivism*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 17-35 (G. Pavlakos ed., 2007).
 - 3 Robert Alexy, *An Answer to Joseph Raz*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 37 (G. Pavlakos ed., 2007).
 - 4 Robert Alexy, *On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz's "Can There Be a Theory of Law?"*, 20 RATIO JURIS 162-169 (2007).
 - 5 Robert Alexy, *On the Concept and Nature of Law*, 21 RATIO JURIS 281-299 (2008).
 - 6 目前國內對於 Alexy 的法概念論已有一些介紹，代表性的文獻可見顏厥安，〈法與實踐理性〉，頁217-234（1998年初版）；張嘉尹，〈法律原則、法律體系與法概念論——Robert Alexy 法律原則理論初探〉，《輔仁法學》，24期，頁1-46（2002年12月）。

貳、出發點——Alexy 與 Raz 的共同點與爭議之所在

儘管 Alexy 與 Raz 之間有所爭辯，但並不代表雙方的理論之間毫無共同之處。相反的，這場論辯饒富興趣的一點就在於，Alexy 與 Raz 的理論之間其實有一些共同的出發點，從這些共同點卻分別得出了完全相反的結論。在引發這場論戰的一篇短評中，Alexy 指出他和 Raz 的理論之間有三個看法是共通的。

首先，是關於法哲學性質的看法。Alexy 和 Raz 同樣認為，法哲學的任務在於探討法律的性質(the nature of law)，所謂「性質」指的就是「必然特徵」(necessary properties)。因此，「什麼是法律的性質」這個問題，不外乎追問「什麼是法律的必然特徵」。由於必然性蘊含了普遍性並且和事物的本質(essence)相關，因此 Alexy 與 Raz 都認為，法哲學的命題是一種關於法律本質的普遍性陳述，亦即陳述所有法律制度都具有的本質性特徵(essential properties)，而非僅針對一時一地的法制度所為的主張⁷。儘管 Alexy 和 Raz 都強調法哲學的普遍性和本質性特徵，但是他們對於法概念(the concept of law)是否具有普遍性卻有不同看法。Raz 認為，「法律」這個概念是地域性(parochial)的，因為法律的概念本身是個特定文化的產物，不同的文化或社群對於法律是什麼會有不同的看法⁸。Alexy 則認為，擁有一個概念固然是個社會事實，當人們擁有某個概念時，意謂著他們共同遵循著規定這個概念如何使用的成規(conventions)或規則(rules)，這樣的社會事實雖然如 Raz 所言是特定文化的產物；但 Alexy 接著指出，這些成規或規則會宣稱其適當地

⁷ Alexy, *supra* note 1, at 699; Joseph Raz, *Can There Be a Theory of Law?*, in *THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 324 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2005).

⁸ Joseph Raz, *On the Nature of Law*, 82 *ARSP* 4 (1996); Raz, *supra* note 7, at 334-337.

掌握或描述了概念所適用的對象的本質，既然事物的本質具有普遍性，那麼概念的成規或規則必然會宣稱其具有普遍的效力，就此而言，概念是普遍性而非地域性的⁹。Alexy 和 Raz 在這方面的分歧，涉及了他們對於「概念和本質之間的關聯是什麼？」以及「如何透過分析法律的概念以說明法律的本質？」等哲學與法理論方法論問題的不同看法。本文擬先擱置上述問題的爭論，而將焦點集中在與法實證主義的分離命題有關的部分。

Alexy 與 Raz 的第二個共同點在於所謂的「社會（事實）命題」(the social [fact] thesis)。社會命題主張，「法律是什麼」完全是個社會事實問題，對於法律的辨識(the identification of law)，亦即確定法律的存在及其內容，只需要參酌某些特定的社會事實（例如一個規範是否為某個權威機關所制定，是否具有社會實效），而不必涉及道德的論證¹⁰。Alexy 對於法概念的定義同樣包含了權威的制定(the authoritative issuance)和社會的實效(the social efficacy)這兩個要素，他的反法實證主義並不是要以道德評價取代這兩者而成為法概念的唯一要素，而是主張，除了權威制定和社會實效這兩個社會事實的要素之外，法律的概念和法律的性質必然還包括了內容正確性(the correctness of content)這個道德要素¹¹。Alexy 和 Raz 的第二個分歧點在於，後者所主張的是一種強的社會命題(the strong social thesis)，也就是 Raz 所稱的「來源命題」(the sources thesis)：「每一個法律的存在與內容都完全由社會來源所決定」(“the existence and content of every law is determined by social sources”)¹²；而 Alexy 所主張的，則是一種弱的社會命題：「法律的存在與內容必然不只

9 Alexy, *supra* note 1, at 700; Alexy, *supra* note 4, at 163-166.

10 Raz 關於社會事實命題的論述，見 JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 39-45 (1979).

11 ROBERT ALEXY, THE ARGUMENT FROM INJUSTICE: A REPLY TO LEGAL POSITIVISM 4 (2002).

12 RAZ, *supra* note 10, at 47.

取決於社會事實，同時也仰賴道德理念」(“the existence and content of law necessarily depends not only on social facts but also on moral ideas”)¹³，Alexy 主張法律和道德之間必然有所聯結，聯結命題構成了 Alexy 反法實證主義的骨架，也是他和 Raz 之間爭論的主要源頭。

Alexy 與 Raz 第三個相似之處在於，他們都認為法律必然聯結於某種宣稱(claim)。Alexy 主張，法律(不論是法律體系、法律規範或司法判決)必然會提出正確性宣稱，而法律的正確性宣稱必然包含了道德正確性的宣稱(claim to moral correctness)，正確性宣稱構成了 Alexy 反法實證主義並證成其聯結命題的核心論據¹⁴。Raz 的類似主張則是，正當權威宣稱(the claim to legitimate authority)是法律的必然特質，法律必然會宣稱其具有正當的道德權威¹⁵；Raz 認為正當權威宣稱是一種道德宣稱，卻不是一種道德正確性的宣稱，因為權威的特性就在於，即便其指令的內容可能在道德上是不正確的，仍然具有拘束力¹⁶。Raz 更從法律正當權威宣稱進一步導出，法律的辨識具有獨立於內容(content-independent identification)的特性¹⁷。Alexy 與 Raz 的這個分歧點引發的問題是，法律的正確性宣稱是否必然同時包含了道德正確性的要素，從而可以作為反法實證主義的有力論據；或者，反過來說，如果肯認法律必然會提出某種和道德相關的正當權威宣稱，則法實證主義的分離命題是否還能夠維持？

13 Alexy, *supra* note 1, at 700. Alexy 也把自己的弱社會事實命題稱為「必然包含社會命題」(the necessary inclusive social thesis)，而把 Raz 的強社會事實命題稱為「必然排除社會命題」(the necessary exclusive social thesis)。

14 ALEXY, *supra* note 11, at 35-40.

15 JOSEPH RAZ, *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* 215 (1995).

16 Raz, *supra* note 2, at 32.

17 RAZ, *supra* note 15, at 218-219. 國內文獻對此的討論及批評可見王鵬翔，〈法律、融貫性與權威〉，《政治與社會哲學評論》，24期，頁36-43（2008年3月）。

本文擬先擱置 Alexy 與 Raz 關於概念和本質的哲學與方法論爭議，亦即不討論上述的第一個分歧點，而把重點聚焦在 Alexy 和 Raz 關於分離命題的爭論之上。以下，我將首先檢討 Alexy 對於分離命題的表述，並從 Raz 對 Alexy 的批評來釐清分離命題的真正主張。其次，我將檢討 Alexy 反駁分離命題的三個論證：正確性論據 (the argument from correctness)、原則論據 (the argument from principles) 與必然安置命題 (the necessary incorporation thesis)，以賴德布魯赫公式 (the Radbruch's Formula) 為代表的不正義論據 (the argument from injustice) 以及 Raz 對這些論證的批評。最後，我將試圖指出 Alexy 的理論弱點並提出可能的補強與修正方式。

參、分離命題：法實證主義的真正主張是什麼？

Alexy 對法實證主義的攻擊是否成功，取決於他所提出的論證是否能夠成功地反駁分離命題。儘管分離命題是法實證主義的核心主張，但到底什麼是分離命題的精確內涵，卻有待釐清。分離命題的一種表述方式是「法律與道德沒有概念上必然的聯結」，但這樣的表述其實有一些含混之處。所謂「必然的聯結」，至少有下面幾種可能的意涵：

- (一) 法律和道德在內容上必然會有相交疊的部分。
- (二) 法律必然具有某種道德價值或能夠成為道德評價的對象。
- (三) 在制定法律或作出司法判決時必然會援引某些道德理由。
- (四) 法律的辨識 (the identification of law) 必然會訴諸道德評價的考量。
- (五) 法律的概念必然包含道德的要素。

上面這些主張是彼此互相獨立的。法實證主義其實並不反對 (一)，哈特就指出基於人類的一些自然特質，每個社會的法律制度

都會包含某些與道德規範內容相同的法律規範，例如禁止殺人、傷害和竊盜等等，哈特將此稱之為「最低限度的自然法」(the minimal content of natural law)¹⁸，但法律和道德之所以會有這種規範內容上的交集，是一種經驗上的必然，而非概念上的必然。(二)指的則是，法律制度或法律規範必然能夠從道德的角度被評價為善或惡、公正或不公正，以下即將指出，法實證主義並不反對法律在概念上必然能夠成為道德評價的對象，法實證主義的主張毋寧是，對於法律的道德評價並不會影響到對於法效力的判斷。(三)則是一個關於法律論證(legal reasoning)的命題。它主張，用來證成法律規範或司法判決的理由當中必然包含了道德理由，從而法律論證必然和道德論證有所關聯。(三)所陳述的必然關聯涉及了下文「伍」所要討論的原則論據，容後詳述。(四)是一個關於法律辨識——亦即判斷某個規範是否具有法效力——的主張。(五)所涉及的，則是對於法概念的說明是否必然包含道德特徵的問題，當然，(五)這個主張的精確意涵取決於我們如何理解、使用法律的概念，這點將留待下文「柒」討論。

究竟法實證主義所主張的分離命題所要否定的是上述哪一種必然的聯結？當 Alexy 宣稱他的理論目標是要反駁法實證主義的分離命題時，他的理論標靶是什麼？讓我們先看看 Alexy 自己在 *The Argument from Injustice* 一書中對於分離命題的表述：

- (A) 「法律的概念必須以不包含任何道德要素的方式被定義」
 (“The concept of law is to be defined in such a way that no moral elements are included”)¹⁹

Alexy 認為，「分離命題預設了，法律與道德之間、法律的命

18 H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 193-200 (1994).

19 ALEXY, *supra* note 11, at 3.

令與正義的要求之間、或者法律是什麼和法律應該是什麼之間沒有概念上的必然聯結」²⁰對 Alexy 而言，法實證主義者對於法概念的定義只包含事實性的要素，即權威的制定性和社會的實效性，而不必然包含道德的要素；而他所提出的「聯結命題」(the connection thesis)，則主張法概念的定義必須包含道德的要素，換言之，Alexy 的主張接近上述(五)。

就此看來，Alexy 似乎認為關於分離命題的爭論其實是個關於「法律」概念如何定義(the definition of the concept of law)的問題。對此 Raz 提出了幾個質疑。首先，Raz 懷疑是否有可能對法律的概念下定義。Raz 承繼了哈特在「法律的概念」一書中的看法，認為試圖透過給出充分與必要條件來定義「法律」的作法是徒勞無益的，他理由有三點：第一，一個概念可能容許有數個定義；第二，有些概念缺少定義，或至少沒有已知的定義，因為沒有已知的特徵可以構成適用這個概念的充分且必要條件；第三，理論上沒有理由只關注概念的定義，卻不關注概念的必然特徵，但有些必然特徵可能並不會出現在任何對於概念的合適定義當中²¹。Alexy 的回應主要針對第三點，他指出，對於概念的定義方式之一正是試圖掌握概念（即被定義之字詞的意義）所指涉的對象的本質，比如將「人類」定義為「理性的動物」就是一個例子²²。Alexy 認為，定義「法律」這個概念時，就是試圖去說明法律的本質。如同 Raz，Alexy 認為法律的本質是由一組必然特徵所構成的，但他進一步指出，要透過定義法律的概念來解釋法律的本質，不能夠只是臚列某些必然特徵，更重要的是將這些特徵組合成一個整體並說明其彼此之間的

20 *Id.* (“There is no conceptually necessary connection between law and morality, between what the law commands and what justice requires, or between the law as it is and the law as it ought to be”).

21 Raz, *supra* note 2, at 19-20.

22 這種定義方式相當於所謂的「理論定義」(theoretical definition)或「實在定義」(real definition)。

關係²³。嚴格說來，Alexy 並沒有直接回應 Raz 對於法概念定義可能性的質疑，但從他的回應看來，至少可以得出兩點暫時性的結論：第一，定義法律的概念是透過陳述法律的必然特徵及其彼此間的關聯來說明法律的本質，除非法律的本質完全不可能被掌握，否則沒有理由不能夠試圖對「法律」這個概念下定義。第二，對法概念的定義是否恰當，並不僅僅取決於它是否如實地表述了社群成員對「法律」這個概念的使用方式（即成規性的語意或語用規則），更重要的是它是否妥切地掌握了法律的本質（定義是否表述了法律的必然特徵），就此而言，法律的概念的確可能容許多個不同的定義，因為不同的定義呈現了對於法律本質的不同理論觀點，並且，對法概念的定義具有可誤性(fallibility)，一個無法妥當地掌握或說明法律本質的定義，會被認為是錯誤的定義，而被其它的定義所取代。Alexy 的理論企圖之一正是要證成，與法實證主義相較，他對於法概念的定義更適當地掌握了法律的本質。Raz 的第一個質疑，涉及了定義、概念和本質等法理學方法論的根本哲學問題，在此無法深入討論，只能暫且擱置。讓我們先轉向和分離命題直接相關的另外兩個質疑。

Raz 的第二個質疑是，什麼是 Alexy 所稱的「概念上必然聯結」，其實並不清楚。Raz 並不否認，法律制度必然會具有某種道德價值，在概念上法律必然能夠從道德的角度被評價為善或惡、公正或不公正；但我們不能說「這個黑洞在道德上比起另外一個黑洞來的更加良善或公正」，因為黑洞在概念上根本就不可能成為道德評價的對象²⁴。法實證主義並不否認，法律和道德可以有這種「概念上的必然聯結」，亦即前述(二)：「法律在概念上必然可以成為道德評價的對象」²⁵，從 Bentham, Austin 到哈特以降的法實證主義傳

23 Alexy, *supra* note 3, at 42.

24 Raz, *supra* note 2, at 21.

25 法實證主義對於法律在概念上必然可被道德評價的看法，詳見 Joseph Raz, *About*

統所主張的毋寧是，「法律是什麼」和對於「法律應該是什麼」的道德評價是兩個必須加以區分並且互相獨立的問題，對於法律的道德評價，不應該也不可能影響到對於「法律是什麼」這個問題的答案²⁶。(二)所表述的這種「概念上的必然聯結」顯然不需要太過費力就能加以證成，Alexy 的聯結命題當然也不會滿足於法律與道德之間的這種聯結方式，如果法實證主義可以接受(二)，那麼法實證主義所主張的分離命題顯然另有所指。

Raz 的第三個質疑是，Alexy 所表述的分離命題(A)並不是法實證主義——至少不是 Raz 所主張的法實證主義——的主張，換言之，Alexy 對法實證主義的批評並未中的，因為他根本弄錯了攻擊的標靶。Raz 指出，(A)可以表述為「道德概念的特徵並不出現在法律的定義當中」(no moral concepts feature in the definition of law) 或者——如果定義是試圖掌握概念的必要特徵的話——「法律的必然特徵可以不用任何道德概念來加以陳述」(the necessary features of the law can be stated without the use of any moral concepts)²⁷。Raz 指出，有許多規範性或評價性的概念——例如理由、權利、義務、規則等等——是道德論述和非道德論述（例如法律論述）都會共同使用的概念，我們很難區分哪些概念專屬於道德領域，哪些則是屬於非道德領域的概念。Raz 更指出，即便可以確定某些特徵屬於道德概念，法實證主義也未必要主張(A)，也就是說，法實證主義可以接受前述(五)「法律的概念必然包含道德的要素」。Raz 以自己的理論為例，他主張「法律必然會宣稱具有正當權威」(necessarily the law claims to have legitimate authority)，法律的正當權威宣稱在內容上是一種道德宣稱，因為它宣稱法律（或者有權力制定法律的機構）有道德上的正當權利去賦予人民義務，但 Raz 指出，即便他

Morality and the Nature of Law, 48 AM. J. JURIS. 1-3 (2003).

26 H. L. A. HART, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY* 50-62 (1983).

27 Raz, *supra* note 2, at 20.

的法概念包含了「正當權威宣稱」這個道德特徵，仍然不影響他的法實證主義立場²⁸。

如果法實證主義肯認法律和道德在內容上必然會有所交集，同時也不否認法律必然能夠成為道德評價的對象，甚至可以接受法律的概念可以包含某種道德要素，那麼究竟法實證主義的分離命題真正主張的是什麼？按照 Raz，分離命題作為法實證主義傳統的共同核心主張，不是一個關於法律的概念如何定義的主張，而是一個關於法律辨識(the identification of law)的主張²⁹，他引用 Marmor 的表述：

(M) 「在確定法律是什麼時，不必然或概念上不仰賴於在相關情況下關於法律應該是什麼的道德考量或其它評價性考量。」 (“[D]etermining what the law is does not necessarily, or conceptually, depend on moral or other evaluative considerations about what the law ought to be in the relevant circumstances.”)³⁰

如果我們將「法律的辨識」理解為判斷一個法規範是否有效或者一個法律命題是否為真的問題的話³¹，那麼(M)的主張也可以表述為：

(M') 在判斷一個法規範是否有效或一個法律命題是否為真時，

28 *Id.*

29 Raz, *supra* note 2, at 22.

30 ANDREI MARMOR, POSITIVE LAW AND OBJECTIVE VALUE 71 (2001).

31 所謂「法律命題」(propositions of law)，指的是關於「法律命令、禁止、允許……」或者「在法律上有……權利／義務」這樣的陳述，例如「法律禁止騎機車不帶安全帽」或者「某甲在法律上擁有在地下電台刊播藥物廣告的權利」，在本文中我不嚴格區分法律命題的「真」(truth)與正確性(correctness)，同時我假定，一個為真的／正確的法律命題就陳述了一條有效的法規範所要求的內容。

不必然涉及道德或其他評價性的考量³²。

Raz 自己所主張的則是一個更強的分離命題，即前述的來源命題：「每一個法律的存在及內容都完全取決於社會來源」；從法律辨識的角度來看，來源命題可以表述為：「在判斷一個法規範是否有效或一個法律命題是否為真時，必然不（=不可能）需要援引道德論據或道德價值判斷。」

Alexy 自己似乎並沒有嚴格區分法律的概念和法律的辨識問題，因此留給 Raz 很大的批評空間，但這是否意謂著 Alexy 的理論沒有意識到法律辨識的問題，或者說，由於他以法概念定義形式所表述的分離命題(A)並不是法實證主義的真正主張，所以他對法實證主義的攻擊並未中的？未必如此。在 *The Argument from Injustice* 一書中，Alexy 將法概念的三個要素「權威的制定性」、「社會的實效性」與「內容的（道德）正確性」分別對應於三種法效力的概念（或法效力的判斷標準），即「（狹義的）法律效力」（the juridical validity or legal validity in a narrower sense）、「社會學的效力」（the sociological validity）以及「倫理的效力」（the ethical validity）³³。如此一來，Alexy 所關注的法概念爭議就轉而成為法效力判斷的爭議。從法效力的觀點來看，法實證主義和反法實證主義之爭的問題點就在於：判斷一個法規範是否有效，除了權威的制定性和社會的實效性之外，是否還包括內容正確性的判斷標準？Alexy 對這個問題的答案當然是肯定的，從法效力判斷的觀點來看，Alexy 所要辯護的聯結命題主張的是「在判斷一個法規範是否有效或一個法律命

32 (M')這個主張符合哈特在「法律的概念——後記」中對其法實證主義理論的表述
“According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of law (e.g. legislation, judicial decision, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law,” HART, *supra* note 18, at 269.

33 ALEXY, *supra* note 11, at 87.

題是否為真時，必然要涉及道德評價的判斷」³⁴，這個主張正是和(M')相矛盾的主張。Alexy 自己後來也意識到，他之前對分離命題的表述(A)可能會模糊了論述的焦點，在最近的論文中，他將法實證主義的分離命題表述為³⁵：

(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的聯結。」 (“There is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other.”)

而他自己所要捍衛的聯結命題則是

(CT) 「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具有必然的聯結。」 (“There is a necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other.”)

(ST)和(CT)顯然都可被視為關於法律辨識的主張。在釐清分離命題的意涵之後，我們可以初步地確定，Alexy 的反法實證主義理論和法實證主義如 Raz 理論之間的爭議焦點在於：在決定法律命題是否為真或正確時，是否必然涉及道德評價或道德正確性？Alexy 的答案是肯定的，至於他是否成功地反駁了分離命題並證成聯結命題，端視於其所提出的論據。

34 前述「法律必然可以成為道德評價的對象」這個命題，雖然不是 Alexy 所要辯護的聯結命題，但它是 Alexy 的聯結命題之所以可能成立的一個必要條件。這種聯結相對於分離命題和聯結命題是中立的，也就是說，這個命題本身並不蘊含法效力或者法律的正確性必然仰賴於道德評價或道德正確性。對此見 Alexy, *supra* note 3, at 43.

35 Alexy, *supra* note 5, at 285.

前面曾經提到，Raz 認為正當權威宣稱是法律的必然特徵，法律的正當權威宣稱和 Alexy 主張法律必然提出正確性宣稱頗為相似。有趣的是，Raz 既主張法律必然提出正當權威宣稱，同時堅持法實證主義的基本立場的分離命題，Alexy 的正確性論據卻反而構成了他證成聯結命題(CT)的論證基礎。本文將擱置 Raz 如何透過法律的正當權威宣稱來證成其來源命題³⁶，而將焦點集中在 Alexy 從正確性論據導出聯結命題的論證，以及 Raz 對此一論證的批評。

Alexy 證成聯結命題的論證可以總結如下：

1. 法律必然會提出正確性宣稱。
 2. 為了實現正確性宣稱，必然會訴諸道德理由以證成法律規範與司法判決的正確性。
- 因此，3. 法律的正確性必然和道德的正確性有所關聯。

針對這個論證，可以有三種批評方式。針對第一個前提的批評是，法律並不必然提出正確性宣稱。對此 Alexy 提出所謂的正確性論據來證明1為真。針對第二個前提的批評是，即便法律必然提出正確性宣稱，但為了實現正確性宣稱，也未必需要訴諸道德理由來證成法律規範或司法判決的正確性，對此 Alexy 則是以原則論據來辯護前提2。第三個批評則不爭辯前提1和2的正確性，而是指出，即便法律必然提出正確性宣稱，且必須引進道德理由以證成法律的正確性，也未必能得出聯結命題，換言之，這個批評認為 Alexy 的論證在推導上有問題，前提1和前提2其實和法實證主義與反實證主義皆相容。上述三個批評 Alexy 與 Raz 的爭論皆有涉及，下文「肆」將討論第一個批評，第二與第三個批評則將於下文「伍」檢討，與聯結命題相關的賴德布魯赫公式與不正義論據則將在下文「陸」討論。

³⁶ Raz 的論證可見 RAZ, *supra* note 15, at 215-220, 230-235.

肆、正確性論據

一、Alexy 的正確性論據

Alexy 證成「法律必然提出正確性宣稱」的論據，最重要的是下面兩點。

首先，Alexy 區分參與者觀點(the participant's perspective)和觀察者觀點(the observer's perspective)。所謂「參與」，指的是身處於特定法體系中對於「什麼是法律所命令、禁止或允許者」的問題進行論辯，並試圖對此問題給出一個正確的答案；換言之，參與者所要追問的，是「什麼是正確的法律答案？」(“What is the correct legal answer?”)，他所關心的，是法律規範或司法判決的正確性。Alexy 指出，法官是最典型的參與者。相反的，觀察者並不參與這樣的論辯，他所關心的是，他所觀察的法體系對於某個法律問題實際上作出了什麼樣的決定，至於這個決定是否正確，則非觀察者所要過問，換言之，觀察者不會去追問他觀察的法律體系所制定的法律規範或所作出的判決是否正確。他追問的毋寧是「實際上作出什麼樣的法律決定？」(“How are legal decisions actually made?”)³⁷。由此可以看出，「法律必然提出正確性宣稱」這個命題是從參與者的角度來看才有意義。嚴格說來，是法律體系的參與者必然會提出正確性宣稱，當參與者在對法律問題進行討論時時，他們必定會宣稱其對於系爭法律問題所提出的答案是正確的。Alexy 指出，儘管參與者不一定會把這樣的宣稱明白地表述在他們所主張的法律命題當中，但在法律論證中提出一個法律主張，這樣的行為必然會隱含或預設了正確性宣稱³⁸。以立法者和法官為例，制定法律或作出司法

37 ALEXY, *supra* note 11, at 25; Alexy, *supra* note 3, at 46.

38 Robert Alexy, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, in RIGHTS, CULTURE, AND THE LAW: THEMES FROM THE LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY OF JOSEPH RAZ 11 (L. H.

判決都是一種制度性行為(*institutional act*)，這種制度性行為同時是一種語言行動(*speech act*)，立法者在制定法律規範，法官作出判決時，同樣必須遵循語言行動的構成規則(*constitutive rules*)，亦即要成功地作成一個語言行動所必須滿足的條件。因此，正確性論據是否成立的關鍵就在於，Alexy 是否證明了，正確性宣稱是成功作出一個法律語言行動——例如制定法律、作出判決——所必須滿足的條件，一個沒有宣稱其為正確的法律語言行動，必然犯了某種錯誤。

Alexy 證成正確性論據的方法是指出，一個沒有提出正確性宣稱的法律語言行動會陷於所謂「以言行事的矛盾」(*performative contradiction*)³⁹。Alexy 用了兩個例子來說明這個問題。第一個例子是，假設某個國家 X 的制憲者制定了下面這樣一條憲法條文：

- (1) 「X 是一個主權獨立，且不正義的聯邦共和國」(“X is a sovereign, federal, unjust republic”)

這個條文看起來顯然相當荒謬，但它的荒謬之處在哪裡？讓我們對照另外一個非法律的例子⁴⁰。假設我說：「這隻貓在墊子上，但我不相信這件事」(“The cat is on the mat but I do not believe it.”)。這句話的荒謬之處在於，當我要透過語言表達來陳述、斷定或主張某件事時，就蘊涵了我相信這件事。只要我說「這隻貓在墊子上」這句話的意圖在於斷定或陳述一個事實時，那麼它就蘊涵或預設了

Meyer, S. L. Paulson & T. W. Pogge eds., 2003).

39 ALEXY, *supra* note 11, at 36-39. “performative contradiction”的想法來自於 J. L. Austin 的語言哲學。Austin 早期將語言行動分為兩類：「以言敘事」(*constative*)和「以言行事」(*performative*)。以言敘事可說是關於事實的陳述，有真假可言；以言行事則是透過說話來作某件事，例如命名、承諾、命令、建議等等。要適切地以言行事必須要滿足某些語言行動所預設的條件或規則，違背這些條件或規則就無法成功地透過說話來作事。關於 *performative* 的概念詳見 J. L. AUSTIN, *HOW TO DO THINGS WITH WORDS* 1-11 (1975).

40 這個例子及其說明來自 J. L. AUSTIN, *PHILOSOPHICAL PAPERS* 63-64 (1979).

「我相信這隻貓在墊子上」。當然，我不一定要把這個信念明白地表述出來，事實上，當我說「這隻貓在墊子上，而且我相信這件事」時，這句話的後半段看起來似乎是冗餘的；但是，如果我說「這隻貓在墊子上，但我不相信這件事」，我顯然陷入某種自我矛盾：一方面我斷定這隻貓在墊子上，另一方面我卻不相信我所斷定的事為真，這將使得我無法成功地透過語言表達來作出一個斷定或陳述事實的行動，這種矛盾就是「以言行事的矛盾」。類似的，一個立法者，在制定法律時也要宣稱其所制定的規範是正確的或正義的，當然，這個規範客觀上是否正確是另外一回事，但至少制定規範者主觀上必須這麼宣稱。如果一個立法者像X國的制憲者一樣，在其所制定的規範中明白地表示自己制定的規範是錯誤或不正確的，那麼他同樣陷入以言行事的矛盾。制定法律的語言行為預設了，立法者必須宣稱他所制定的規範是正確的，就像陳述事實的語言行為預設了陳述者必須相信其所陳述的事為真一樣。(1)的荒謬之處就在於，憲法條文表述的內容和制憲行為的預設（制憲者必須宣稱其所制定的憲法是正義的）相矛盾⁴¹。

我們接下來要問，一個沒有提出正確性宣稱的立法行為或司法判決，犯了什麼樣的錯誤？Alexy 的第二個例子是，假設有某個法官作出了下面這樣的判決⁴²：

(2)「根據對於有效法規範的錯誤解釋，被告應被處以無期徒刑」

這個判決顯然也是一個以言行事的矛盾：一方面，當一個法官判決被告應處以無期徒刑時，隱含或預設了他必然會宣稱這樣的判決結果是正確的，另一方面，他卻在判決中明白表示，這個判決是

41 Alexy, *supra* note 38, at 12.

42 這個例子見 ALEXY, *supra* note 11, at 38; Alexy, *supra* note 38, at 11.

錯誤解釋法律所得到的結果，換句話說，他聲稱自己作的是個錯誤的判決。這個判決具有什麼樣的缺陷？一個可能的缺陷是，這個法官違背了社會對於法官這個角色通常會有的期待，但 Alexy 指出，如果一個法官嘴裡叨根菸宣告判決「被告應處以無期徒刑」，他同樣違反了關於法官言行的社會成規，但這個判決卻沒有 (2) 的荒謬之處。第二個可能的缺陷是，假設錯誤的解釋使得一個無辜的被告被定罪，那麼這個判決顯然具有道德上的瑕疵；但 Alexy 指出，(2) 的荒謬性與道德瑕疵無關，因為即便這個法官沒有公然宣稱他的判決是錯誤的，甚至相信他所採取的解釋是正確的，此時他的表述將會是「根據對於有效法律的正確解釋，被告應被處以無期徒刑」，但實際上他所採取的是一個錯誤的解釋，這樣的判決雖然具有道德瑕疵（將無罪者處以刑罰），卻沒有 (2) 的荒謬性。另外一個可能的缺陷是，假設法律體系包含了一條實證法規範要求法官應該正確解釋法律規定，那麼這個判決就違反了這條實證法規範而有法律上的瑕疵。不過，(2) 的問題不在於，這個法官的解釋客觀上究竟是否正確，而在於他主觀上相信並宣稱自己是根據錯誤的解釋作出一個錯誤的判決；假設這個法官相信或宣稱自己的判決是根據對於有效法規範的正確解釋所作出的，但實際上他所採取的解釋其實是錯誤的，那麼雖然他違反了要求正確解釋法律的實證法規範，他的判決卻不會有 (2) 的荒謬之處；反過來說，如果這個法官宣稱 (2) 這個判決是根據錯誤的解釋作出的，但實際上他所採取的解釋客觀來看是正確的，是他誤以為自己採取了錯誤的解釋，此時儘管 (2) 沒有違反前述的實證法規範，卻仍然有荒謬之處。這個荒謬之處就在於，法官的判決行為隱含了一個聲稱其判決是正確為斷定，即正確性宣稱，而法官卻在判決中公然斷定自己所作的判決是個錯誤的判決，這和判決所必然預設的正確性宣稱相矛盾，這種矛盾正是以言行事的矛盾。Alexy 認為，如果將語言行動的必然結構(the necessary structure of speech act)視為一種概念問題的話，以言行事的矛盾可說是一種廣義的概念上瑕疵(a conceptual defect in a broader

sense)⁴³。(2)和(2)的缺陷就在於，前述的制憲者或法官違反了要成功作成一個語言行動（制定法律或作出判決）所必須滿足的條件。

二、Raz 對正確性論據的批評

（一）參與者觀點和觀察者觀點

Raz 對於參與者和觀察者觀點的區分，以及正確性宣稱是否為法律的必然特徵都提出了批評。Raz 對於參與者／觀察者觀點的批評，主要可分為三點：首先，Raz 指出，是否「身處於法體系之內」或是否「參與法律問題的論辯」，都不足以區分參與者和觀察者持有不同觀點。Raz 認為，不論是某個法律體系中的法官、律師、學者或者觀察這個外國評論者，當他們主張或提出某個法律命題時，其實都有著相同的目標，就是真實地陳述這個法律體系的法律是什麼⁴⁴。對於這一點，Alexy 並不否認，參與者和觀察者可能使用相同的陳述，例如「在德國每個人都可以其基本權被公權力侵害為由提起憲法訴願」，但 Alexy 指出，當這個陳述存在著解釋問題的時候，不同觀點的區別就會浮現出來。舉例來說，在什麼樣的條件下，立法不作為可以被視為公權力對於基本權的侵害，從而可以據此提出憲法訴願？對於這個爭議問題，參與者可能會提出一個有別於憲法法院的實務見解的答案，並且宣稱他的答案在法律上是正確的並且是有理由的。但觀察者就只能夠如實地描述憲法法院的見解，他本身不能夠對於哪個答案是正確的進行論辯，一旦他這麼作，他就不再是一個觀察者，而變成一個參與者了。換句話說，即便參與者和觀察者用相同的命題來陳述他們的主張，但這些命題卻是處於不同的脈絡之中，如前所述，參與者的提問是「什麼是正確

43 Alexy, *supra* note 38, at 11-12; ALEXY, *supra* note 11, at 37.

44 Raz, *supra* note 2, at 23-24.

的法律答案？」，而觀察者的提問則是「實際上作出了什麼樣的法律決定？」⁴⁵。

然而，對於 Raz 而言，不同的提問，頂多只意謂著探討對象的不同。按照 Alexy，參與者所關心的是「法律（規定）是什麼」（what the law is），觀察者關心的則是「法院實際上作出什麼樣的判決」（how courts actually decides the case）。Raz 認為，探討對象的不同不足以構成兩種觀點的區別，要足以構成兩種不同的觀點，必須採取不同的方法，亦即方法論上的不同⁴⁶。對此，Alexy 在對於 Raz 的回應當中，明白表示參與者觀點和觀察者觀點具有方法論上的區別。參與者所運用的方法，是各種法律論證的方法，而觀察者所使用的方法，則涵蓋了所有經驗描述的方法，亦即對於法律作為一種社會實踐的描述（describing the law qua social practice）⁴⁷。

Raz 對於區分參與者／觀察者觀點的第三個批判則和法律的觀念相關。Raz 認為，即便參與者觀點和觀察者觀點真的有所區別，也沒有理由認為，參與者和觀察者不能夠擁有相同的法概念⁴⁸。Raz 的質疑是下面這句話是否真的如 Alexy 所言，作為觀察者觀點的陳述具有自相矛盾之處：

- (3) 「根據德國法律 A 並未被剝奪公民資格，儘管所有的德國法院和官員都認為 A 已喪失德國國籍……」（“A has not been deprived of citizenship according to German law, alth-

45 Alexy, *supra* note 3, at 46.

46 Raz, *supra* note 2, at 24.

47 Alexy, *supra* note 3, at 46.

48 這裡的「法概念」其實相當於下文「柒」將會討論的「規定性法概念」（the doctrinal concept of law），亦即用來陳述法律上權利義務的法律命題時所使用的「法律」概念。從以下的討論可以看出，Alexy 與 Raz 在此的爭論的重點，與其說是參與者觀點和觀察者觀點是否使用了不同的法概念，倒不如說是關於什麼構成了法律命題真值條件——亦即法律命題的真值條件是否包含了道德要素——的爭議。

ough all German courts and officials treats *A* as denaturalized...”) ⁴⁹

Raz 認為，語句矛盾與否，是語句的性質，和這個語句由誰表述無關。同樣一個語句，不會因為它是由觀察者而不是由參與者所表述就產生矛盾。Raz 指出，(3) 的前半段是一個關於「法律是什麼」(說的更精確一點，應該是「法律的規定或要求是什麼？」的陳述)，亦即 Alexy 所稱的參與者的陳述，後半段則是一個關於「法律機構實際上作出何種決定」的陳述，即觀察者的陳述。Raz 認為，關於「法律是什麼」的探究，和關於「法官如何判決一個案件」的探究，可以使用相同的法律概念，因為後者正是要告訴我們，法官所認定的法律是什麼，而這正是參與者所要追問的問題。質言之，Raz 認為，如果參與者和觀察者所使用的「法律」的概念是相同的，不論 (3) 是觀察者或參與者的陳述，表達的都是同一個命題。如果 (3) 作為觀察者的陳述具有矛盾，那麼作為參與者的陳述它同樣是矛盾的⁵⁰。對此，Alexy 的回應恰恰是，參與者和觀察者所陳述的是不同的命題，因為 (3) 的前半段中的「法律」，在參與者和觀察者的使用脈絡中是不同的概念。在 Alexy 的原文中，(3) 這句話還有一個部分，即

(3') 「[德國法院和官員]是根據某個權威制定的規範的文義解讀作出這樣的行動，這個規範的制定符合了在德國具有實效的法體系所包含的效力判準。」 (“[all German courts and officials] support their action by appeal to the literal

49 這個陳述的脈絡是德國聯邦憲法法院1968年的一個裁定(BVerfGE 23, 98)。該裁定所涉及的問題是，在納粹德國時期一位猶太裔律師 *A* 因納粹德國之帝國公民法第十一號命令第二條 (§2 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941) 而喪失德國國籍。戰後聯邦憲法法院以賴德布魯赫公式為理由，認為該法令因嚴重抵觸正義而自始無效，從而判決 *A* 並未喪失德國國籍。對此參照 ALEXY, *supra* note 11, at 5-7.

50 Raz, *supra* note 2, at 25.

reading of a norm authoritatively issued in accordance with the criteria of validity that are part of the legal system efficacious in Germany.”)⁵¹

(3') 表述了法律來源的鏈結(the chain of legal sources)，即法院和官員的法律實務、某個權威制定的規範以及當時具有社會實效的法體系所包含的效力判準。Alexy 認為，觀察者根據 (3') 作出 (3) 的陳述，他在 (3) 所使用的「法律」其實指涉了一種完全只參酌社會來源——亦即權威制定性與社會實效性——的實證主義法概念⁵²。Alexy 指出，根據這種完全奠基於來源的法概念，如果一方面認為德國法院和官員的權威性決定是德國法律的一部分，另一方面卻又認為 A 根據德國法律並未喪失公民資格，顯然有矛盾；但如果 (3) 由參與者所陳述，則不會有這樣的問題，因為參與者在使用「法律」這個字時，他所要表述的可能是一個除了社會來源之外，還包括道德正確性要素的法概念。一個參與者可以援引賴德布魯赫公式，認為德國法院和官員的行為因為太過不正義，所以不能夠被視為是合法的公權力行使而不能算是德國法律的一部分。這樣的陳述，顯然並沒有矛盾之處。當然，Alexy 意識到，他必須解決一個先決問題，即為什麼參與者和觀察者會使用不相同的法概念。對此，他的回答是，如果參與者對於「法律是什麼」這個問題的答案涉及了「法律應該是什麼」的考量的話，那麼他就必須預設一個不只包含事實面向，同時也包含了理想面向的法概念(a concept of law that includes not only a factual but also an ideal dimension)，相反的，觀察者對於「法律是什麼」這個問題的答案並不涉及任何關於「法律應該是什麼」的考量，因此，他只需要預設一個只包含事實面向而排除了理想面向的法概念⁵³。Alexy 的回答是否成功，取決於參

51 ALEXY, *supra* note 11, at 29-30.

52 Alexy, *supra* note 3, at 47.

53 Alexy, *supra* note 3, at 48.

與者是否必須參酌「法律應該是什麼」的道德考量才能夠回答「法律是什麼」這個問題，此外，更涉及了法實證主義之爭作為一種關於法概念的爭議，究竟其所爭議的「法律的概念」是一種什麼樣的概念。關於第一個問題，涉及的是 Alexy 的聯結命題的論證是否具有說服力，第二個問題則涉及法概念的性質，這將留待下文「柒」討論。

(二) 正確性宣稱的問題

暫且不論參與者觀點與觀察者觀點的區分是否能夠成立，Raz 的另一個批評是，即便正確性宣稱是法律在概念上的必然特徵，但這是一個形式的(formal)，空泛的(general)特徵，不足以說明法律的實質特性。其次，正確性宣稱未必涉及了道德正確性，也就是說法律的正確性宣稱不必然是一種道德正確性的宣稱。

Raz 對於正確性宣稱的第一個批評是，正確性宣稱並非法律所獨有，而是所有目的性或意圖性行動及其產物都會具有的特質(the nature of purpose, intentional actions and their products)。Raz 指出，語言行動也是一種目的性行動，其目的在於透過說話來作事，例如陳述事實、提出問題、作出承諾、給予建議等等。Raz 肯認，想要以言行事的行動者，都會對其行動的正確性或適當性作出許諾(...the agent commits himself to the action's being correct, or appropriate)。Raz 也不否認，一個語言行動是否正確或適當，必須透過某些評價性標準來判斷，這些標準規定了，一個正確或適切的語言行動應該如何作成。從這個角度來看，Raz 認為，正確性論據或正確性宣稱要主張的不過是：(a)不同種類的語言行動從屬於其各自的評價性標準；(b)當一個人在作某個目的性行動時，他知道自己行動會被適用於該種類行動的標準而被評價為正確或不正確。就此而言，Raz 認為，「正確性宣稱」是個非常形式性的特徵，它適用於一切的目的

的性行動⁵⁴。Raz 指出，就連盜匪集團都會宣稱自己的行為是正確的或適當的，只是他們評斷其行為是否正確或適當時，是用自利、洩恨這樣的標準⁵⁵。由此，Raz 得出一個結論：所有的目的性行動都會提出正確性宣稱，但不同的目的性行動，其正確或適當與否，有各自不同的評價標準。要適用什麼樣的標準來評價，是由該種類行動的性質所決定，而不能從正確性宣稱這樣的形式性特徵所導出。因此，如果法律許諾其從屬於正義的評價標準，就像 Alexy 試圖從正確性宣稱導出法律的正確性必然和道德正確性有所關聯那樣，那麼這必須從法律的本質，而無法從制定法律或作出判決這種語言行動的形式性特徵所導出。質言之，Raz 並不質疑正確性宣稱是法律在概念上的必然特徵，只是他認為，這是個太過一般性的特徵，從「法律必然提出正確性宣稱」無法得出，法律正確性的評價標準必然會涉及道德評價。由此，Raz 提出了對於正確性論據的第二個批評，即正確性宣稱和道德正確性無涉，當一個立法者或法官宣稱自己的決定是正確的時候，未必就意謂著他同時也宣稱，其所制定的法律或所作出的判決在道德上是正確的⁵⁶。

針對 Raz 的第一個批評，Alexy 的回應是，隱含在所有目的性行動當中的適當性宣稱，和正確性宣稱之間，仍然有所差別。這個差別在於，在 Raz 所舉的例子當中，盜匪集團以自利作為評判其行動適當性的標準，Alexy 指出，這個標準不是一個客觀的標準，它不會被所有為盜匪集團的行動所影響的人——例如受害者——所接

54 Raz, *supra* note 2, at 26.

55 Raz, *supra* note 2, at 27.

56 Raz, *supra* note 2, at 28. 類似但不盡相同的批評可見 Carsten Heidemann, *Law's Claim to Correctness*, in *JURISPRUDENCE OR LEGAL SCIENCE? A DEBATE ABOUT THE NATURE OF LEGAL THEORY* 127-146 (Sean Coyle & George Pavlakos eds., 2005). Heidemann 認為未實現正確性宣稱的主張，頂多只是一個有缺陷的語言行動，但未必會影響到這個主張的效力或意義，同時，法律論證中的正確性宣稱和實質的道德正確性宣稱之間也不見得有必然關聯。

受，自利只是盜匪集團的主觀目的。但法律的正確性宣稱則有所不同。正確性宣稱訴求的對象是所有人，更精確地說，應該是所有對於法體系採取參與者觀點的人，易言之，提出正確性宣稱，就意謂著宣稱自己的主張能夠為法體系中所有的參與者所接受⁵⁷。正確性宣稱同時也是一種客觀性宣稱(claims to objectivity)，因此，Alexy認為，「法律是一種和客觀性理念具有內在關聯的事業」(“[L]aw is an enterprise that is intrinsically connected with the idea of objectivity”)，客觀性也是法律的本質性特徵，但這個特徵並不是所有目的性行動所共有的，有些目的性行動，其所要追求的目的——如前述的盜匪集團——就是完全主觀的⁵⁸。

Alexy 上面這個補強正確性論據的論點可以稱之為「客觀性論據」(the argument from objectivity)。仔細來看，客觀性論據只告訴我們，當法律體系的參與者宣稱其主張是正確的時候，他同時也期待其它所有參與者也都接受他的主張是正確的，但客觀性宣稱並沒有蘊含這樣的接受是一種道德上的接受（基於道德理由的接受）；或者用另外一個方式來說，客觀性論據說的是，判斷一個法律主張是否正確的標準必須是客觀的，但它並沒有告訴我們，這樣的標準是否必然為一種道德的評價標準。嚴格說來，客觀性論據仍然是個形式的論據，加進這個論據仍然無法反駁 Raz 的第二個批評，即正確性宣稱未必蘊含了道德正確性的宣稱。這點是 Alexy 自己也承認的。正確性論據只是論證聯結命題的一個起點，光只有證成「法律必然提出正確性宣稱」還不夠，正確性宣稱必須同時具有某種道德意涵，才能夠證成聯結命題。

57 Alexy 認為，正確性宣稱同時蘊含了「接受的期待」(the expectation of acceptance)，即宣稱自己的主張是正確的時候，同時也會期待其他參與者接受該主張是正確的，見 Robert Alexy, *Law and Correctness*, 51 CURRENT LEGAL PROBLEMS 208 (1998).

58 Alexy, *supra* note 3, at 49.

正如 Alexy 自己所承認的，法實證主義可以接受正確性論據，卻又同時堅持分離命題⁵⁹。法實證主義可以採取兩種反駁方式，第一種方式是指出，撇開完全未提出正確性宣稱的情況（如上面（1）和（2）那兩個例子），一個雖已提出正確性宣稱，但其宣稱卻沒有獲得實現的法律規範或判決，並不會導致其喪失法律性質(legal character)，也就是說，一個其正確性完全無法獲得證成的法律規範或判決——納粹德國的種族主義法律及相應的判決就是適例，儘管具有某種道德上的瑕疵，但這樣的瑕疵並不會影響其法效力。用 Alexy 的話來說，正確性論據頂多只能建立（法與道德之間）某種品質式的聯結(qualifying connection)而不是區分式的聯結(classifying connection)。法實證主義者依然可以堅持分離命題所蘊含的一個主張，即法律規範的效力不會因為其內容在道德上是否正確而受影響。法實證主義的第二個反駁方式類似於上述 Raz 所提出的批評，即正確性宣稱作為一種形式性的特徵，它的內容是空泛的，法律的正確性宣稱本身未必具有任何道德意涵。光從「法律必然提出正確性宣稱」這一點，無法直接推導出「法律的正確性和道德正確性之間具有必然的聯結」。Alexy 承認，僅靠正確性論據本身無法應付上面這兩個反駁，要證成法律的正確性宣稱同時是道德正確性的宣稱，法律正確性必然和道德正確性有所關聯，必須引入另外的論據，即原則論據；而要證成道德的不正確會影響到法效力，則必須訴諸不正義論據。以下先檢討原則論據的問題。

伍、原則論據與必然安置命題

Alexy 證成正確性宣稱必然具有道德意涵的關鍵是他所提出的

⁵⁹ ALEXY, *supra* note 11, at 39.

「原則論據」。這個論據主張，法律體系與個別的司法判決必然會提出正確性宣稱，為了實現法律的正確性宣稱，法律體系必然會安置道德原則，司法判決也必然會訴諸道德原則作為理由以證成法律規範或司法判決的正確性，從而法律的正確性宣稱必然和道德正確性相關⁶⁰。

一、原則論據可以導出聯結命題嗎？

Alexy 的原則論據包括了兩個面向，一個適用於法律體系，另一個則適用於司法判決。適用於法律體系的原則論據是所謂的「安置命題」(the incorporation thesis)，這個命題主張，凡是發展到一定程度的法律體系，都必然會包含某些道德原則。在一個成熟發展的法律體系，更可以明顯看出道德原則的實證化⁶¹。以德國為例，德國基本法就包含了人性尊嚴、自由、平等、法治國原則、民主原則與社會國原則等等原本屬於理性法或自然法的道德原則，這些原則構成了德國法律體系的基本原則。不過，對於安置命題，法實證主義馬上可以提出一個批評，即一個法律體系是否會安置道德原則，完全繫諸於實證法的規定。這個批評的典型代表是柔性／包含法實證主義(soft/inclusive legal positivism)，柔性法實證主義認為，一個法律體系是否會安置道德原則，取決於該法律體系的承認規則是否將某些實質道德價值包含在法效力的判準之中，由於承認規則乃是一種社會成規(social convention)，因此法律體系是否會安置道德原則，純粹是個約定俗成的問題(a matter of convention)，我們仍然可以想像一個法律體系，其承認規則只包含形式的，奠基於來源的判準。因此，道德原則會被包含到實證法規定當中，完全是個偶然的經驗事實，而非概念上的必然。一個完全不安置任何道德原則的法

60 ALEXY, *supra* note 11, at 68-81. 關於 Alexy 的原則論據與法概念論，中文的討論亦可參見張嘉尹，前揭（註6）文，頁34-44。

61 ALEXY, *supra* note 11, at 71.

律體系，在概念上並非不可能⁶²。針對這樣的反駁，Alexy 必須證明，即便一個法律體系未將道德原則安置為實證法規定，道德原則仍然會以其它的方式被包含成為法律體系的一部分，為此，Alexy 提出了適用於司法判決的原則論據。

第二個原則論據的出發點是，實證法規定必然會具有哈特所稱的「開放結構」(the open texture)⁶³。Alexy 舉出了法律之所以存在著開放結構的四種原因：法律規定文字的模糊性、存在著欠缺實證法規定的案件、規範衝突的可能、在特定情況下法官作出違反法律文義的判決（即 *contra-legem-decision*）的可能性。落在開放結構的案件就是通稱的「疑難案件」(hard cases)⁶⁴。Alexy 指出，疑難案件的特性在於，沒有實證法的規定可以作為判決的理由。舉例來說，假設某個實證法規範 N 因其文義具有模糊性，而允許有兩個不同的解釋 I₁ 與 I₂，再假設這兩個解釋會導致相衝突的法律效果，並且沒有任何奠基於權威或奠基於來源的理由(authority or source-based reasons)支持應該採取哪一個解釋。當法官面臨這樣一個困難案件時，存在著兩種可能。第一種可能是，選擇其中一個解釋作出判決，卻不附任何理由。Alexy 指出，正確性宣稱排除了這種可能性，因為正確性宣稱蘊含了可證成性的擔保(the guarantee of justifiability)：一個人不能宣稱其主張是正確的，卻又不提出任何理由來論證其主張為什麼是正確的。同理，既然司法判決必然會提出正確性宣稱，那麼法官就必須提出理由來證成其判決的正確性⁶⁵。

62 關於柔性法實證主義的主張，可見 JULES COLEMAN, *THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIC APPROACH TO LEGAL THEORY* 103-119 (2001); Kenneth Einar Himma, *Inclusive Legal Positivism*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW* 125-165 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002).

63 HART, *supra* note 18, at 128.

64 ALEXY, *supra* note 11, at 68-69.

65 ALEXY, *supra* note 11, at 14. 所謂「可證成性的擔保」指的是，當提出正確性宣稱時，就同時負有實現正確性宣稱的義務。而法官要實現判決所提出的正確性宣稱，意謂著他必須提出理由來證成其判決，對此參見 Alexy, *supra* note 57, at 208.

因此，Alexy 認為，在疑難案件當中，為了實現正確性宣稱，法官必須訴諸實證法以外的理由，特別是道德理由⁶⁶，以證成其判決的正確性。遵循 Dworkin 的看法，Alexy 認為原則正是這樣的道德理由，原則是基於其內容的道德價值，而未必是由於其曾經為某個權威機關所採納，所以才被法官援引作為判決的理由⁶⁷。由此，已經可以得出一個中間結論：為了實現正確性宣稱，法官必須援引原則，而原則又必然具有某種道德關聯性——Alexy 將此稱之為「道德性命題」(the morality thesis)——因此法律的正確性宣稱必然和道德相關⁶⁸。Alexy 更進一步提出所謂的「正確性命題」(the correctness thesis)，如果法官必須訴諸以原則所代表的道德理由來證成其判決的話，為了保證判決的正確性，則作為理由的原則在內容上必須具有道德正確性，換言之，像是納粹德國的種族主義「原則」就不能夠成為良好的理由；其次，既然原則是以前述衡量的方式被適用，那麼法官就必須對相關的原則作正確的衡量⁶⁹。根據 Alexy，正確的衡量其實就是正義的問題，因為正義關心的不外是分配與衡量的正確性(correctness in distribution and balance)⁷⁰。透過上面的論證，Alexy 得出最後的結論：法律的正確性宣稱必然也是一種道德正確性的宣稱，同時也是一種正義的宣稱(a claim to justice)。

總括來說，適用於判決的原則論據，它的前提包含了下面這些主張：

- (1) 為了實現正確性宣稱，法官在疑難案件中必然要援引原則作為判決的理由（可證成性的擔保）。

66 Alexy 承認，當實證法的理由窮盡時，要實現正確性宣稱所提出的理由可以有許多種，Alexy 在此假設了基於正義的道德理由優先於其它非實證法的理由，Alexy, *supra* note 38, at 14.

67 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 40 (1978).

68 ALEXY, *supra* note 11, at 74-76.

69 ALEXY, *supra* note 11, at 76-81.

70 Alexy, *supra* note 3, at 50.

- (2) 原則必然具有某種道德關聯性（道德性命題）。
- (3) 為了確保判決的正確性，必須援引正確的道德原則並作出正確的衡量（正確性命題）。

有趣的是，Alexy 試圖從這些前提得出好幾個不同的結論。第一個結論是他的聯結命題

- (4) 法律的正確性必然和道德正確性有所關聯。

第二個結論則是

- (5) 法律體系必然包含原則或道德理由（必然安置命題）。

第三個結論則是

- (6) 一個道德上不正確（未援引正確的道德原則或未作出正確衡量）的判決具有法律上的瑕疵。

這三個結論顯然是不相同的主張。(4) 是 Alexy 所要證立的聯結命題，即判斷一個法律規範是否有效或法律命題是否正確時，必然要涉及道德價值判斷。(5) 則是一個關於法律體系的分類式 (taxonomic) 的主張，即道德原則是否屬於法律體系的一部分的問題。(6) 則是主張法律和道德之間具有某種「品質式的聯結」(qualifying connection)。更重要的是，這三個結論有可能是互相獨立的主張，得出其中之一，未必就能推導出另外的主張。整個 Alexy 原則論據的問題就在於，他的論證究竟是要證立哪一個主張？從原則論據的前提真的能夠同時推導出這三個主張嗎？或只是其中之一？以下我將借用 Raz 的批評來檢討，原則論據是否能導出聯結命題與必然安置命題，以及這兩個命題之間的關係。

二、必然安置命題的問題與 Raz 的批評

Alexy 的原則論據所能直接導出的結論，其實比較接近前述

(三)「在制定法律或作出司法判決時必然會援引某些道德理由」。只不過，在實現正確性宣稱的前提之下，Alexy 的結論是更強的一個命題，即法官必須訴諸正確的道德原則或進行正確的道德論證以證成其判決。但是從這樣的結論，頂多只能得出「法律論證和道德論證必然有所關聯」或者「在法律論證中必然引進道德理由」，但是否能由此直接推導出 Alexy 的聯結命題，仍有問題。Raz 並不反對「法律論證必然會引進道德理由，從而法律論證和道德論證有所關聯」這樣的主張。非常有趣的是，和 Alexy 一樣，Raz 同樣認為，奠基於來源的理由有時而盡，在欠缺權威性理由可資適用的案件（即所謂的疑難案件）中，法官必須轉而適用道德理由，進行道德論證。Raz 區分兩種法律論證：「關於法律的論證」(reasoning about the law)與「依照法律的論證」(reasoning according to law or in accordance with law)。當存在著實證法規定的權威性理由可資適用時，法官適用基於實證法的權威性理由作出判決的論證，屬於「關於法律的論證」；當沒有權威性理由可資適用時，法官依據法律的指示適用實證法規定以外的道德理由以解決案件時，這樣的論證是一種「依照法律的論證」。依照法律的論證是一種道德論證⁷¹。整個看來，Raz 似乎可以退讓接受 Alexy 證立聯結命題的兩個前提，即「法律必然會提出正確性宣稱」與「為了實現正確性宣稱，必然會訴諸道德理由以證成法律規範或司法判決的正確性」，他所質疑的是這個論證的有效性：從這兩個前提不能夠得到聯結命題的結論，這兩個前提和法實證主義的分離命題其實是相容的。

讓我們用前面的一個例子來說明 Alexy 與 Raz 的分歧。當一個實證法規範 N 因文義具有模糊性，從而允許兩個不同的解釋 I₁ 與 I₂，並且不存在任何奠基於來源的理由要求採取哪一個解釋，假設唯一可資適用的是一個道德理由，而這個道德理由支持解釋 I₁，反

71 RAZ, *supra* note 15, at 326-327, 332-333.

對解釋 I₂。這時不論 Alexy 或 Raz 都會認為，法官應該採取解釋 I₁。但問題就在於，如果法官不採取 I₁，卻採取道德上錯誤的解釋 I₂ 時，要如何看待依此所作的判決？對此 Alexy 與 Raz 有不同的看法。按照 Raz，在這個案例中法官所進行的是依照法律的論證，即法律指示法官引進道德理由來決定要採取何種解釋。Raz 會認為，這樣的「指示」，無非是授權法官考量道德理由並根據道德理由作出判決，此時的法官並非適用法律（因為欠缺實證法的規定要求應該採取哪一種解釋），而是處於像立法者一樣的地位在制定法律⁷²。立法者在制定法律時，同樣也會訴諸某些道德考量，不過，只要是在立法權限的範圍內，即便沒有正確地考量道德理由，他所制定出來的規範，仍然具有法效力。同樣的，法官在他的權限範圍內，如果沒有實證法的規定，那麼他可以或甚至必須考量相關的道德理由以作出判決，不過，即便法官採取道德上錯誤的解釋，也不會影響其判決的法效力，因為並不存在著實證法規定要求法官應該採取哪一種解釋，道德理由只是一種法律外的準則(*extra-legal standards*)。按照這樣的看法，法官根據道德上錯誤的解釋所作出的判決並沒有違背任何法律規定，這樣的判決或許具有道德上的瑕疵，但並沒有法律上的瑕疵⁷³。

針對這樣的看法，Alexy 的辯護方式有二：第一個方式是，他必須證明，法官不只是被授權，同時還負有法律上的義務採取道德上正確的解釋，如果不這麼作，他的判決不僅具有道德上的瑕疵，同時也具有法律上的瑕疵；這個反駁方式顯然是訴諸上面的命題(6)。第二種方式則是直接了當地主張，道德理由或道德原則是法

72 RAZ, *supra* note 10, at 49-50; Raz, *supra* note 8, at 23-25.

73 這個看法就是法實證主義的「裁量命題」(*the discretion thesis*)，當沒有實證法規定可資適用時，法官可以、甚至必須適用法律以外的準則（包括道德準則）進行裁判，但既然這些準則是「法律之外」的準則，他們就沒有法律的拘束力，法官可以自由選擇要根據什麼樣的準則進行裁判。

律的一部分，具有法律的拘束力，因此，一個沒有正確地考量道德理由所作出的判決，不但具有道德上的瑕疵，同時也違背了法律的要求。這個方式則顯然是訴諸上面的命題(5)，即必然安置命題。不過，(5)和(6)似乎都無法從原則論據的前提(1)、(2)、(3)直接導出，為此，Alexy 必須再提出一些額外的輔助論據以證明(5)和(6)。

先看(6)。Alexy 的證成方式是再度援用正確性論據。按照正確性論據，法官的判決必然會提出正確性宣稱。正確性宣稱是一種法律上的宣稱(legal claim)，實現判決所提出的正確性宣稱也因而是一種法律上的義務，換言之，法官不僅會宣稱其判決是正確的，同時也負有法律上的義務去證成其判決是正確的⁷⁴。面臨處於開放結構的疑難案件時，法官必須援引道德理由，進行正確的道德論證才能證成其判決的正確性，這意謂著，法官其實負有法律上的義務採取一個道德上正確的解釋，因此，如果法官採取像是 I₂ 這種道德上錯誤的解釋時，他其實沒有盡到實現其判決正確性的法律義務，他根據這個解釋所作出的判決，具有法律上的瑕疵⁷⁵。

當然，法實證主義者如 Raz 可以反駁說，即便法官負有法律上的義務適用道德理由以證成其判決的正確性，也不意謂著這些道德理由就因此會成為法律的一部分。Alexy 如果要證成(5)，即以原則所代表的道德理由必然會被包含成為法律的一部分，則必須再提出其它的論據。對此，Alexy 提出了兩個論據來支持他的必然安置命題。

第一個論據訴諸一種「程序性法律體系」(legal system as a system of procedures or processes)的想法。Alexy 認為，從參與者的

74 ALEXY, *supra* note 11, at 73.

75 Alexy, *supra* note 1, at 704; Alexy, *supra* note 5, at 295-296.

觀點來看，法律體系不只是一個由制度性決定（立法、司法判決）的產物所組成的規範體系，同時也是一種程序性的體系，即制定、解釋、適用、與證立規範的論證過程，在這個過程當中被考量或被用來證立法律規範的道德理由，都屬於程序的一部分，因此也就屬於法律體系的一部分。按照這個觀點，既然法官（特別是在疑難案件中）必然要訴諸道德原則以證成其判決的正確性，那麼法官在其判決說理過程中所援引的這些原則，也就必然被包含成為法律體系的一部分⁷⁶。

第二個論據則立基於法官在疑難案件中的衡量義務之上。在一個疑難案件中，很少像上面那個法律解釋的例子一樣，只有一個道德理由，在疑難案件中通常存在著數個各自支持不同結論的道德理由，法官必須要衡量相關的正反面道德理由才能妥當地解決該案件的問題。衡量正是典型的原則適用方式，原則衡量的說理過程也是一種道德論證。Alexy 認為，實現正確性宣稱的要求使得法官在作出判決的過程中負有衡量的義務。假設某個法官說：「如果我進行衡量的話，我會作出一個不同的判決，但我就是不進行衡量」，則他如此所為的判決，顯然無法滿足正確性宣稱的要求，因為他等於沒有提出理由來證成其判決。換句話說，正確性宣稱所蘊含的可證成性的擔保，要求法官必須對相關的正反理由進行衡量。Alexy 的推論是，實現正確性宣稱的要求是一種法律上的義務，而法官在疑難案件中又必須進行衡量以證成判決的正確性，因此，衡量義務也是一種法律上的義務。既然法官負有衡量的法律義務，而衡量的對象是以原則形式出現的道德理由，所以原則具有法律上的拘束力，也因而必然是法律體系的一部分⁷⁷。

Alexy 的這兩個論據真的能夠支持他的必然安置命題嗎？Alexy

76 ALEXY, *supra* note 11, at 24, 73.

77 ALEXY, *supra* note 11, at 73-74.

的整個論證可以扼要地表述如下：

(7) 由於法官在判決過程中必須援引且衡量原則以證成其決定的正確性，所以原則必然屬於法律體系的一部分。

但(7)恐怕未必是個有效的論證。Raz 對於法律體系是否能安置道德原則，採取一個完全否定的看法，他認為，即便法官負有法律上的義務要援引道德原則並進行道德說理（即他所謂「依照法律的說理」）以證成其判決，道德原則也不可能被安置成為法律體系的一部分⁷⁸。Raz 的論點大致上可以歸納為三個層次。首先，Raz 主張法律的權威特性使得法律的存在會改變道德理由的結構，這個主張通常稱之為「實踐差異命題」(the practical difference thesis)⁷⁹。按照 Raz，當沒有法律存在時，我們在實踐推理(practical reasoning)中會去衡量相關的道德理由以決定應該採取何種行動，然而，一旦存在著法律，這些道德理由就會被法律所排除或取代。類似的，Raz 並不否認，當欠缺法律規定時，法官必須依據道德考量而為判決，然而，一旦存在著法律規定，顯然會對道德理由在司法推理(judicial reasoning)中的地位造成影響，法律規定所構成的理由不但會排除、取代原本的道德理由，甚至可能偏離了道德理由的衡量結果⁸⁰。法律的存在會改變法官適用道德理由的方式乃至法官所作出的判決結果，因此 Raz 認為「法律的存在意謂著排除道德」(the very existence of law...means the exclusion of morality)⁸¹。其次，Raz 指出，所謂的「安置」(incorporation)通常指的是將某些道德原則實

78 Raz, *supra* note 2, at 34.

79 RAZ, *supra* note 15, at 220.

80 這是因為 Raz 認為，法律規範作為權威的指令，乃是一種取代並排除原本可適用之理由的排它性理由(exclusionary reason)或阻斷性理由(pre-emptive reason)，見 RAZ, *supra* note 10, at 29; RAZ *supra* note 15, at 212-215. 對於 Raz 排它性理由的介紹及批評，可見王鵬翔，〈規則是法律推理的排它性理由嗎？〉，王鵬翔主編，《2008法律思想與社會變遷》，頁353-379（2008年12月）。

81 Joseph Raz, *Incorporation by Law*, 10 LEGAL THEORY 8 (2004).

證化為法律規定。但 Raz 認為，這樣的安置方式與其說是將道德原則包含為法律的一部分，倒不如說是一種防止立法者違反或排除某些道德原則的機制⁸²。Raz 以美國憲法增修條文第一條保護言論自由的規定為例，Raz 並不否認這樣的規定指涉了某種道德權利，但他指出，既然法律的存在有可能排除道德原則的適用，憲法保護言論自由規定的功能就在於防止立法者透過制定法律來排除或修正言論自由所代表的道德原則，這樣的規定同時是在指示法官（如果法官擁有司法審查權限的話），當他碰到立法者干預言論自由的案件時，必須訴諸相關的道德原則來審視立法者所制定的法律是否不當地侵害了言論自由，這時法官所進行的就是「依照法律的論證」，他必須適用道德理由（例如像是言論自由這樣的道德原則），進行道德論證（解釋道德原則的意涵，衡量相關的道德理由）以解決系爭案件的問題⁸³。

對於 Raz 上述的兩個論點，Alexy 會提出如下的反駁。首先，只有存在實證法規定的案件，道德理由才會被排除並取代，但處在開放結構的案件，道德理由並沒有被排除，法官仍然必須適用道德理由以作出判決；其次，法官有義務適用道德原則以證成其判決，未必是基於實證法的指示規定，即便沒有實證法的指示，為了實現法律所必然帶有的正確性宣稱，法官仍然負有法律上的義務去適用道德理由以證成其判決⁸⁴。Raz 第三個層次的論點是，假設 Alexy 上面的反駁是對的，也不意謂著道德原則或道德理由就會因此成為法律的一部分。Raz 認為，當法律指示或要求法官適用某些準則時，法律只是賦予這些準則某些法律效果(giving it some legal

82 Raz, *id.* at 12, 17 (“so called incorporating laws...their effect is not to incorporate but rather to prevent the exclusion of morality by law”).

83 Raz, *supra* note 81, at 12-14.

84 對此可見 Alexy, *supra* note 3, at 55.

effect), 不代表將其轉化為法律的一部分⁸⁵。Raz 類比國際私法的例子來說明。國際私法包含了一些要求本國法官在涉外案件中必須適用外國法的規定。但即便本國法官負有法律上的義務援引外國法的規定以解決系爭的案件, 外國法也不會因此就成為本國法的一部分。同理, 依照法律的論證是一種道德論證, 但即便法官負有法律上的義務援引道德原則以解決系爭的法律問題, 也不會因此就使得道德原則成為實證法的一部分⁸⁶。當然, Alexy 可以反駁說, Raz 的例子並不恰當。國際私法要求法官適用外國法的準據法規定畢竟還是實證法的規定, 而法官之所以負有適用道德理由的義務則是為了法律的正確性宣稱, 因此法律在概念上必然包含了道德原則⁸⁷。但我認為這樣的反駁並未中的。讓我用一個 Dworkin 所舉的例子來說明, 是否有實證法的指示規定並不是問題的重點。在損害賠償的案例中, 法官必須正確地計算損害賠償的數額才能作出正確的判決。儘管不存在任何實證法的指示規定, 但如果法官要正確地計算損害賠償數額的話, 他就必須要適用算術規則並依此規則進行正確的計算。倘若我們認為「在一個損害賠償的案件中, 法官為了作出正確的判決必須援引算術規則, 因此算術規則必然被包含成為法律的一部分, 算術規則必然也是法律規則」, 這樣的主張顯然是荒謬的, 但不幸的, Alexy 用來證成必然安置命題的就是這樣一種論證。

85 Raz, *supra* note 81, at 10.

86 RAZ, *supra* note 10, at 46; Raz, *supra* note 2, at 34-35.

87 Alexy 指出, 在開放結構的案件中所運用的道德論證, 如果是 Raz 所謂「依照法律的論證」有三種可能的解讀: 第一, 這樣的論證並沒有違反法律; 第二, 在法律體系中存在著某個實證法規定要求法官進行道德論證; 第三, 法律本身(*law qua law*)就要求法官負有進行道德論證的義務。Alexy 認為, 如果採取第三種解讀的話, 就會導向非法實證主義的立場, Alexy, *supra* note 5, at 295 n. 15. 但從下面關於適用算術規則以計算損害賠償數額的例子看來, 似乎並不必然如此。

陸、不正義論據與賴德布魯赫公式的問題

和原則論據不同，Alexy 的不正義論據所要導出的法律與道德之間的聯結是否定性的。根據 Alexy，如果一個實證法規範未能實現正確性宣稱，它不但具有道德上的瑕疵，也具有法律上的瑕疵，只是在通常的情況下，這樣瑕疵尚不會影響到它的法效力。而不正義論據要主張的是：一個具有嚴重道德瑕疵的實證法規範，不但具有法律上的瑕疵，更會影響到其法效力。不正義論據的經典表述是著名的賴德布魯赫公式：「正義和法安定性之間的衝突可以用下面的方式解決：透過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，除非實證法規定和正義之間的衝突達到不可忍受的程度，以致實證法規定成為『不正確的法』而必須向正義讓步」⁸⁸

用 Alexy 的話來說，一個由權威制定且具有社會實效的實證法規範，即便其內容在道德上是不正確的，原則上仍具有法效力，但如果其道德不正確到達極端不正義的程度時，就會喪失法效力。Alexy 因而將賴德布魯赫公式濃縮表述為：

(RF) 「極端不正義即非法律」 (“Extreme injustice is not law”)⁸⁹。

Alexy 自己提出了一套論證來證成不正義論據，在此無法詳述⁹⁰。以下只能扼要地討論 Raz 對於不正義論據的一些批評。

88 原文是“Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.” *Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie: Studienausgabe*, 1999, S. 216.

89 Alexy, *supra* note 5, at 282.

90 對此可見 ALEXY, *supra* note 11, at 40-68; Robert Alexy, *A Defence of Radbruch's*

對於 Alexy 來說，賴德布魯赫公式(RF)既是一個關於法律本質的命題，即法律在本質上包含了道德正確性的要素，實證法規範如果具有道德上的嚴重瑕疵會導致其喪失法律的性質，同時也是一個關於法官在面對極端不正義的實證法規定時，應該如何裁判的主張⁹¹。按照賴德布魯赫公式，法官不但可以，而且必須拒絕適用極端不正義的實證法規定。但 Alexy 指出：法官必須根據法律理由(on the basis of legal reasons)作出判決。因此，對於極端不正義的實證法規定，法官不能一方面承認它是法律，另一方面又作出一個違反這個法律規定的判決。如果法官拒絕適用極端不正義的實證法的話，他必須要否認這個實證法的法律地位，而且重點是，他必須要有良好的法律理由(good legal reasons)來否認這個規定的法效力，如此一來，他的決定才依然能被視為是「依據法律」的裁判⁹²。

Alexy 認為，賴德布魯赫公式是區分法實證主義與非法實證主義的測試標準，接受(RF)，就必須放棄法實證主義的分離命題。但

Formula, in RECRAFTING THE RULE OF LAW: THE LIMIT OF LEGAL ORDER 15-39 (David Dyzenhaus ed., 1999).

91 Alexy, *supra* note 5, at 283-84, 296-297. 在這裡我想簡單回應下一位審查人提出的問題，即 Alexy 是否認為或者明確主張，法理論與裁判理論二者不可分離，甚至相互包含？我認為答案是肯定的。首先，Alexy 的法理論是一個參與者觀點的法理論，而 Alexy 認為法官是典型的參與者，這樣一種法理論顯然對於「法官應該如何作出正確判決」的問題會採取一定的立場；其次，Alexy 指出，法實證主義之爭同時也是一個關於法律人自我理解的爭論(a debate about the self-understanding of jurists)，如果法實證主義所主張的法律與道德之分離命題成立，那麼法律人在適用法律時必須區分兩種觀點：法律的觀點(the legal point of view)與道德的觀點(the moral point of view)，基於這個區分，道德缺陷本身不會對判決的法律評價(the legal merits of the decision)或合法性有所影響；但是如果法律和道德之間具有必然的聯結，那麼道德上的缺陷就會對判決本身的法律評價或合法性有所影響：一個具有道德缺陷的判決不可能在法律上是完全毫無瑕疵的。如果判決的作成會受到裁判者的自我理解所影響的話，那麼關於法概念與分離命題的理論爭議也會對司法裁判發生實際的作用，Alexy 自己就引用兩個德國聯邦憲法法院的裁判（BverfGE 23, 98運用賴德布魯赫公式以處理是否適用極端不正義的納粹種族主義法律；BverfGE 34, 269關於慰撫金作為非財產上損害賠償的法律續造問題）來說明法實證主義之爭的實踐意涵，見 ALEXY, *supra* note 11, at 5-10.

92 ALEXY, *supra* note 11, at 42.

Raz 卻認為，賴德布魯赫公式不但不會動搖分離命題，甚至也不能作為 Alexy 主張「法概念必然包含道德要素」的例證。

Raz 認為，對於賴德布魯赫公式有兩種解讀方式。第一種方式是，法官負有道德義務拒絕適用極端不正義的實證法規定。Raz 指出，法實證主義者並不否認法官有時的確負有這樣的道德義務，重點在於——如同前面他對原則論據的批評——法官此時並非適用法律，而是援引法律之外的道德理由來改變既存的法律或制定新的法律。第二種解讀方式是，法律體系必然包含一條法律規範指示法官拒絕適用不正義的法律。這時有兩種可能，一種可能是法律體系包含一條規則規定極端不正義之法律即非法律（直接否定法效力），另一種可能則是法律體系包含一條規則要求法官擱置極端不正義的法律（賦予法官拒絕適用的權限或義務），而這條規則凌駕於所有其他規則⁹³。

從這兩種解讀方式出發，Raz 對於什麼是 Alexy 所稱的「良好法律理由」提出他的質疑。先看第二種解讀方式。這個解讀方式意謂著，法律體系可以包含一條將極端不正義的法律視為無效的實證法規範，這條規範賦予法官運用道德理由以拒絕適用極端不正義法律的權力。根據 Raz，當法官這麼作時，是在進行依照法律的論證，這是一種道德論證：即法官依照法律的指示訴諸道德理由來廢棄極端不正義的實證法規定，他所訴諸的是道德理由而非法律理由⁹⁴。Raz 進一步質問，什麼是 Alexy 所謂的「法官判決必須基於法律理由」？這又有兩種可能的理解方式。第一種可能是，Alexy 意謂的是，法官的判決必須具有法律的拘束力(legally binding)。但 Raz 認為，法官拒絕適用極端不正義之法律所作出的判決，之所以具有法律的拘束力，並不是因為這樣的判決是根據「法律理由」——因

93 Raz, *supra* note 2, at 29.

94 Raz, *supra* note 2, at 30.

為此時他其實是依據道德理由進行論證——而是因為法官具有決定此類案件的法律權力。換言之，是實證法規定的授權使得法官的判決具有法律的拘束力。第二種可能是，Alexy 意謂的是法官必須正確地適用法律理由，但這裡的法律理由指的是授權法官排除極端不正義實證法規定的法律規則。Raz 指出，法實證主義也可以接受第二種理解方式。說的精確一點，這種情況下存在著兩個相衝突的實證法規範，一個是極端不正義的法律規定 N_1 ，另外一個則是指示法官排除 N_1 的規定 N_2 ，而後者凌駕於前者，因此這時法官同時在適用法律（適用 N_2 ）和創造法律（廢棄 N_1 ）⁹⁵。按照這樣的論證，Raz 認為賴德布魯赫公式的第二種解讀方式和法實證主義的主張是相容的，一來，如同他對必然安置命題的批評一樣，實證法指示或授權法官依據道德理由來拒絕適用極端不正義的法律規定，並不會因此使得道德理由被包含成為法律體系的一部分；二來，也無法依此證成聯結命題或者法概念必然包含道德的要素，因為一個法律體系會不會包含像是 N_2 這種指示法官排除極端不正義法律的授權規定，是個偶然的社會事實問題(a matter of social fact)，有些法律體系可能會有像 N_2 這樣的規定，有些可能不會⁹⁶。

Raz 承認，Alexy 的不正義論據不會接受賴德布魯赫公式的第二種解讀方式。對 Alexy 來說，即便不存在像 N_2 這樣的規定，法官依然有法律上的理由否認 N_1 的法效力或拒絕適用 N_1 。Alexy 證成不正義論據的關鍵當然不是法律體系是否包含像 N_2 這樣的規範，而是源自於法律所必然帶有的正確性宣稱，這使得道德理由必然被包含在法官所應適用的理由當中。對於 Alexy 而言，當法官面臨內容在道德上過分不正確的實證法規範時，為了獲致一個正確的判決，道德理由將凌駕於權威性的理由，而要求法官拒絕適用極端

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Raz, *supra* note 2, at 31.

不正義的實證法規範。換言之，Alexy 對賴德布魯赫公式採取的應該是第一種解讀方式。但 Raz 指出，按照第一種解讀方式，法官是負有道德義務而非法律義務來排除極端不正義的法律。倘若 Alexy 要據此反駁法實證主義，他不但要指出，在所有的法律體系中，法官都負有拒絕適用極端不正義法律的義務，而且還要證明，法律必然會賦予法官這樣的法律權力(legal power)，法官行使這樣的權力並沒有違背法律⁹⁷。

Raz 認為 Alexy 基於正確性宣稱的論證無法成功地證明上述兩點。首先，Raz 假設，極端不正義的法律具有嚴重的道德缺陷，逾越了正當權威的界限，以致於制定該法律的權威本身也無法宣稱這樣的法律具有道德上的拘束力。但這是不是就意謂著法官具有道德上的正當性來拒絕適用極端不正義的法律，或者極端不正義的法律就失去了法效力？Raz 認為未必。因為拒絕適用惡法所帶來的惡果，反而可能會超過適用惡法所帶來的害處。這是哈特早在批評賴德布魯赫時就曾經指出的，在運用賴德布魯赫公式作為處罰納粹幫凶的依據時，等於是在溯及既往地處罰行為人，違背了罪刑法定原則，不能溯及既往處罰行為人，同樣是一種道德上的要求⁹⁸。換言之，法官在道德上並非總是應該拒絕適用極端不正義的法律，而必須權衡拒絕適用在道德上所可能帶來的後果而定⁹⁹。其次，退一步而言，假定法官拒絕適用極端不正義的法律在道德上是有正當性的，但這也不能直接推導出極端不正義的法律就不是法律，或者法官總是擁有固有的法律權力去否認極端不正義法律的法效力。Raz 指出，假設有個法官認為某個實證法規定極端不正義，因此在道德上不能適用這樣的規定，但由此不能推導出，這個法官同時也會認為法律已授權他去排除適用這個實證法規定。換言之，法官認為一

97 *Id.*

98 HART, *supra* note 26, at 76-77.

99 Raz, *supra* note 2, at 32.

個實證法規範極端不正義的道德信念，並不蘊含他就有法律上的義務或權力去拒絕適用這個規範或認定這個規範無效。Raz 認為，不堅持這樣的區別，將會混淆（法官的）法律義務與道德義務。

總結來說，按照 Raz 的看法，Alexy 的賴德布魯赫公式，頂多只是一個關於法官面對極端不正義的實證法規定時，應該如何判決的司法論證主張(a claim about judicial reasoning)，而不是一個關於法律本質的主張(a claim about the nature of law)¹⁰⁰。Raz 並不反對法官可能負有道德義務拒絕適用惡法，但法官在法律上有沒有這樣的義務和權限，仍然取決於奠基於來源的理由，亦即法律體系中是否包含了授權或要求法官拒絕適用惡法的實證法規定，如果沒有的話，單憑法官有道德理由或道德義務拒絕適用極端不正義的法律這一點，仍無法導出 Alexy 的賴德布魯赫公式(RF)。Raz 並沒有非常明確地說明在這兩種狀況（有實證法指示法官拒絕適用惡法和沒有這樣的指示）中，對極端不正義的實證法規定是否仍然具有法效力的判斷是否會有所不同。但從他對 Alexy 的批評可以推知，在第一種狀況中，系爭的實證法規定不是單純因為其內容在道德上的瑕疵就失去效力，而是因為有另一個實證法規定排除或廢除了它的法效力；在第二種狀況中，Raz 似乎認為，極端不正義的實證法規定仍然具有法效力，法官只是基於道德理由或道德義務而拒絕適用，換言之，這時法官是基於類似立法者的地位，援引法律以外的理由來改變既存的法律規定，他所作出的決定是一個違反法律的判決(contra-*legem*-decision)，但不管是哪一種狀況，實證法規定的效力都不會受其內容的道德瑕疵所影響，因此，法實證主義的分離命題並不會因此而受動搖。

面對這樣的批評，Alexy 的反駁方式當然是要證明，他的不正

100 Brian Bix 也有相同的看法，見 Brian Bix, *Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory*, 37 RECHTSSTHEORIE 142-149 (2006).

義論據與賴德布魯赫公式不只是一個關於司法判決的主張，更是一個關於法律本質的主張。Alexy 的回應論點大致如下。Alexy 認為，「法律必然提出正確性宣稱」這個特徵，使得法律具有雙重的本質(the dual nature of law)，亦即法律本質上既具有制度性或權威性的面向(an institutional or authoritative dimension)，也具有理想性或批判性的面向(an ideal or critical dimension)¹⁰¹。法律的雙重本質聯結於兩種價值或原則，和權威面向相關的是法安定性，屬於理想面向的則是正義。Alexy 指出，法律的雙重本質使得「法律是一種必然指涉理想的社會制度」(law as a social institution that refers necessarily to the ideal)，因此，在回答「法律是什麼」這個問題時，必然也要去回答「法律應該是什麼」的問題，從而說明法律本質的理論工作必然同時包含了規範性的任務¹⁰²。對於 Alexy 而言，當法官面臨極端不正義的實證法規定時，他要解決的是上述兩個原則之間的衝突：正義原則要求法官為了作出實質正確的判決，必須拒絕適用極端不正義的實證法規定；法安定性原則則要求無論如何應該適用實證法規定，即便其內容不正義亦然。在 Alexy 看來，賴德布魯赫公式其實是這兩個原則之間衡量的結果：在一般的情況之下，法安定性原則優先於正義原則，但若已經超過了極端不正義的門檻，則反過來正義原則應具有優先性¹⁰³。

Alexy 這個法律的雙重本質理論，真的能夠回應了 Raz 的批評嗎？我認為恐怕未必。上面的說法，不過是用 Alexy 原則理論的術語來重新包裝賴德布魯赫公式。真正值得注意的是，Alexy 認為，法安定性原則和正義原則都屬於道德理由，既有支持遵守法律的道德理由，也有反對支持法律的道德理由，極端不正義的實證法規範是否失去法效力，乃至於法官應該不予適用，端賴於道德理由的衡

101 關於法律的雙重本質，詳見 Alexy, *supra* note 5, at 292-297.

102 Alexy, *supra* note 3, at 52-53.

103 Alexy, *supra* note 3, at 53.

量結果。但這樣的看法，顯然並沒有真正回應了 Raz 的批評。Raz 由正當權威宣稱所導出的權威論據(the argument from authority)，就認為我們有道德理由去遵從權威的指令（例如法律規定），只要在通常的情況下，遵從權威的指令能夠幫助我們去作到我們原本有理由去作的事，或避免我們去作我們其實沒有理由去作的事¹⁰⁴；而如前所述，Raz 也不反對在特定的情況下，法官有道德上的理由，或負有道德上的義務去拒絕適用極端不正義的法律，只是他認為，這不代表法官就有相應的法律義務或法律權限，也不意謂著，極端不正義的法律就會因此喪失法效力。因此，關鍵的問題還是之前所指出的，什麼是 Alexy 所稱的「良好法律理由」？這些道德理由是不是算作「良好的法律理由」？Alexy 的答案是肯定的，他認為「『良好的法律理由』指涉了權威性的理由以及非權威性的理由」(the clause 'good legal reason' refers to authoritative as well as to non-authoritative reasons)¹⁰⁵，不正義論據或賴德布魯赫公式涉及的是非權威性的法律理由，特別是基於正義的道德理由。如果肯認法律理由除了奠基於來源的權威性理由之外，還包含了道德理由的話，就不可能繼續堅持某種實證主義的法概念。不過，在回應 Raz 對於不正義論據的批評時，Alexy 其實並沒有直接論證為什麼道德理由也是一種法律理由。從他再度訴諸正確性宣稱以說明法律的雙重本質的論述來看，他的論證應該還是類似於必然安置命題的證成，即由於法官在判決過程中必須要適用且衡量道德理由以證成其決定的正確性，所以道德理由必然屬於法律理由的一部分。但這樣的論證方式仍然會碰到前文「伍」(7)所面臨的同樣問題。

104 這就是 Raz 著名的「通常證立命題」(the normal justification thesis)，見 RAZ, *supra* note 15, at 214. 關於 Raz 通常證立命題的討論及批評，亦可見王鵬翔，前揭（註 80）文，頁362-374。

105 Alexy, *supra* note 3, at 51.

柒、代結論——法律的概念(the concepts of law)與分離命題的再檢討

從上面的討論可以看出，在回應 Raz 的批評中，為了強調道德原則對於法官具有法律上的拘束力，以及法官是基於法律理由來拒絕適用極端不正義的實證法規定並否認其法效力，Alexy 將論證的重心轉移到某種關於法概念的包含／排除主張（inclusive/exclusive claim about the concept of law）。讓我們回頭檢視 Alexy 對其聯結命題最初的表述：「法律的概念必然包含道德的要素」。對於這個包含式的法概念主張，我試著從 Alexy 的論點中整理出幾個理解方式：

- (一)「法律的本質(the nature of law)除了事實的面向外，必然包含道德的面向。」（雙重本質命題）
- (二)「道德原則必然被包含成為法律的一部分。」（必然安置命題）
- (三)「法律理由必然包含了道德理由。」

為了回應 Raz 的批評，Alexy 提出了這三個主張，但這些主張和 Alexy 所試圖證立的聯結命題「法律的正確性和道德的正確性具有必然的關聯」之間的關係是什麼？按照 Alexy 的看法，他似乎認為，法實證主義或主張分離命題者，必然反對上面這三個主張，而反法實證主義或主張聯結命題者，必然同時接受上面三個主張，這樣的看法正確嗎？以下我將借用 Dworkin 最近對於各種法律的概念(the concepts of law)的區分，來檢討 Alexy 的法概念論及其在回應 Raz 批評時所面臨的問題。

Dworkin 在 *Justice in Robes* 一書中指出了，「法律」這個字詞有不同方式的用法，在不同的脈絡下，我們所使用的法律的概念也

有所不同。Dworkin 區分四種法律的概念¹⁰⁶。第一種是「規定性的法概念」(the doctrinal concept of law)，即用來陳述法律命題如「法律命令、禁止、允許……某個行為 X」或者「某人在法律上有作 X 的權利或義務」時所使用的法概念。第二種是用來指稱某種特定型態之社會制度的「社會學的法概念」(the sociological concept of law)，當我們說「羅馬人曾有高度發展的法律體系」或者「強制力的行使是法律的重要特質之一」時，所使用的就是社會學的法概念。第三種則是「分類式的法概念」(the taxonomic concept of law)，分類式的法概念是用來區分某些規範或規則是法律的一部分，而哪些不是。例如「算術規則不是法律的一部分」或者「『喝喜酒應包紅包』只是社會習俗而不是法律規範」就是一種分類式的陳述。第四種則是「理想性的法概念」(the aspirational concept of law)，它所指涉的是法治(rule of law)或合法性(legality)的理念。例如「對於納粹官員的追訴定罪並沒有違背依法審判原則」這樣的陳述，所運用的就是渴望性的法概念。我們現在要問的是，當 Alexy 主張「法概念必然包含了道德的要素」時，他所設想的是哪一種法概念？當 Alexy 認為他和 Raz 之間的爭論是一種關於法概念的爭議時，他們爭論的對象是哪一種法概念？

Alexy 的法律雙重本質理論，所指涉的接近於一種社會學的法概念。Alexy 肯認，「法律是一種社會制度，但法律作為社會制度，並不排除它是一種道德實體」(“...law is a social institution. Its being a social institution does not, however, preclude its being a moral entity.”)¹⁰⁷。根據 Alexy，法律有別於其他社會制度之處在於法律的雙重本質性特徵。在事實面向，法律本質上是一種強制性的社會制度，一個完全沒有任何授權強制力或制裁行使的規範體系不可能是

106 RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES 1-5, 223-240 (2006).

107 Alexy, *supra* note 3, at 53.

一個法律體系；在理想面向，法律的本質性特徵在於法律必然會提出正確性宣稱，如前所述，由於正確性宣稱必然和道德相關，因此 Alexy 認為，法律是一種在本質上必然包含了道德要素的社會制度¹⁰⁸。Alexy 的法概念作為一種社會學式的法概念，至少會面臨兩個問題。首先，Alexy 認為「法律的概念是一種和自然類概念有內在關聯的典型非自然類概念」(“The concept of law is a paradigm concept of a non-natural kind that is intrinsically related to natural kinds”)¹⁰⁹。所謂的自然類概念，例如「水」、「黃金」、「老虎」，其特性在於，像「黃金」這個概念是否能適用到某個對象上，取決於這個對象是否具有黃金的分子結構。換言之，自然類概念的特徵在於，其所指涉的對象具有某種構成其本質的必然特徵，例如水的分子結構 H₂O 或老虎的 DNA。Alexy 當然不認為，法律的概念可以化約為自然類概念，或許我們可以把「法律」視為一種「社會類概念」(social kind concept)。Alexy 要強調的毋寧是，「法律」作為一種社會類概念，它所指涉的對象——即法律——也具有某種本質性

108 Alexy, *supra* note 5, at 290-294. 一位審查人指出，從參與者觀點出發，Alexy 才會主張正確性宣稱也是法律的本質性特徵之一，如是，Alexy 的法律雙重本質理論，在某種意義上似乎也可以被解讀為是一種關於規定性法概念的主張，因為它主張，法律是一種在本質上必然包含道德要素（並以之作為辨識判準）的社會制度。我認為，Dworkin 關於各種法律的概念的區分，並不代表不同的法律的概念之間毫無關聯，相反的，它們彼此之間仍然具有理論上的相互影響。採取只包含經驗或事實要素的社會學法概念，似乎就不太可能接受非實證主義的規定性法概念；反之，一個反法實證主義者，似乎也不可能接受一種純粹經驗性或事實性的社會學法概念。像 Alexy 這樣，將道德正確性的要素納入社會學的法概念，顯然會傾向接受（但不必然蘊含）某種反法實證主義的規定性法概念。各種不同法概念之間的關係，值得進一步討論，但正如 Dworkin 所強調的，雖然有這樣或那樣的相互關聯，但各種法概念所涵蓋的事例(instances)還是不同的，規定性法概念涵蓋的是有效的規範命題或規範主張，社會學法概念涵蓋的是制度或行為模式(DWORKIN, *supra* note 106, at 263)。由於 Alexy 的雙重本質理論強調的畢竟是法律作為一種社會制度所具有的必然特徵，因此還是比較像是一個關於社會學法概念的主張，儘管我們絕對不能忽視這樣的主張對於規定性法概念所造成的理論影響。

109 Alexy, *supra* note 5, at 284.

的必然特徵使其有別於其它的社會制度，就像老虎的 DNA 結構使其有別於其他貓科動物一樣。法律的概念是否可以類比於自然類概念，以及對於法概念的分析是否可以採取類似於分析自然類概念所採用的方法，是個有爭議的問題¹¹⁰。在這裡我先暫時擱置這個爭議，而只指出另一個問題：在社會學法概念的脈絡下，即便認為法律具有某種本質性特徵，並且肯認法律這種社會制度的本質必然包含了道德的特徵，是否就能依此導出聯結命題？顯然未必。正如之前引述 Raz 的理論曾經提到的，Raz 並不反對法概念必然包含道德的要素，例如他主張法律在概念上必然能夠成為道德評價的對象，Raz 也不反對法律的本質包含某些道德特徵，例如他主張法律在本質上必然會提出正當權威宣稱這種道德上的宣稱，但他指出，從這些主張並不能夠直接導出法律的正確性必然和道德的正確性相關，或者在判斷法律命題是否為真時必然要涉及道德價值判斷。

對於「法概念必然包含道德的要素」的第二個理解方式，是將法律的概念視為一種分類式的概念。分類式的法概念將法律視為一組特定規範的集合，屬於這個集合的規範是法律（具有法效力），不屬於這個集合的規範則不是法律（不具有法效力）。分類式法概念的功能是用來區分某些規範是不是屬於法律的一部分。Alexy 與 Raz 關於必然安置命題的爭論「道德原則是不是法律原則？道德原則是不是法律的一部分？」，就是一個關於分類式法概念的爭議¹¹¹。Alexy 的必然安置命題採取的是一種包含性的分類式主張(an inclusive taxonomic claim)：為了證成法律決定的正確性，必須援引道德原則，因此道德原則必然屬於法律的一部分。如前所述，這樣

110 Dworkin 對此即有所批評，見 DWORKIN, *supra* note 106, at 3, 10-11, 152-153, 228-232.

111 Alexy 的程序性法體系理論其實已經有點跳脫將法律視為一組特定規範集合的看法，但從他對於法律的定義來看，他採取的還是一種分類式的法概念。見 ALEXY, *supra* note 11, at 127 (“The law is a system of norms that comprises the principles and other normative arguments on which the process or procedure of law application is and/or must be based in order to satisfy the claim to correctness”).

的主張遭受了 Raz 的批評。Raz 採取的是一種排它性的分類式主張 (an exclusive taxonomic claim)：即便法律指示法官必須依據道德理由進行裁判，或者法官必須適用道德理由以證成其判決的正確性，也不代表這些道德理由就會因此成為法律的一部分。假設 Raz 是對的，Alexy 的必然安置命題不能成立，道德原則不屬於法律的一部分，但這是否就意謂著聯結命題也連帶地成為一個失敗的主張？我認為未必。我們必須要先釐清的是，法實證主義的分離命題和反法實證主義的聯結命題之間的爭論，真的是一種分類式的爭論嗎？在上文「參」中我曾經指出，分離命題與聯結命題應該被視為法律辨識的主張，它們之間的分歧在於，分離命題主張，在決定一個法律命題是否為真或正確時，不需要涉及道德評價，而聯結命題則主張，在決定一個法律命題是否為真或正確時，必然要涉及道德評價。如前所述，所謂的「法律命題」(propositions of law, legal propositions)指的是關於「法律要求、禁止、允許某個行為 A」或者「在法律上有作 A 的權利或義務」這樣的陳述。依 Dworkin 之見，用來陳述法律命題時所使用的法律的概念是規定性的法概念，當我們使用規定性的法概念時，所關切的是法律命題是否為真或正確。從 Alexy 在正確性論據與不正義論據中所舉的例子來看，他關切的顯然是法律命題的正確性，在他這些例子當中所使用的「法律」，所指的應該是一種規定性的法概念。Dworkin 將使得法律命題為真或正確的條件稱之為「法律命題的真值條件」(the truth conditions of propositions of law)¹¹²。在我看來，如果要將「分離命題 vs. 聯結命題」視為法概念的爭議的話，應該是一個規定性法概念的爭議，即關於法律命題真值條件的爭議，而不是關於分類式法概念的爭議。換言之，爭議的焦點應該是，在決定法律命題是否為真時，是否必須訴諸、適用道德原則，至於這些使得法律命題為真

112 DWORKIN, *supra* note 106, at 2.

的道德原則是否要被貼上「法律」、「是法律的一部分」或「具有法律效力」的標籤，並不是重點。用 Dworkin 的話來說，真正的重點在於道德原則是否必然被包含在法律命題的真值條件當中，而不是道德原則是否必然被包含成為法律體系的一部分¹¹³。

如果 Alexy 的主張「法概念必然包含道德的要素」是一個關於規定性法概念的主張的話，那麼這個主張的真正意涵應該是「法律命題的真值條件包含了道德的要素」。這一點可以讓我們重新解讀上述的主張（三）「法律理由必然包含了道德理由」。對於「法律理由」的第一個解讀方式是將其理解為「有效法規範所構成的理由」，按照這個理解方式，則（三）將意謂著道德理由必然是有效法規範的一部分，如此一來，（三）將不過是（二）必然安置命題的另一種表述方式，重而又陷入分類式主張的窠臼中。但對於「法律理由」的另外一個解讀方式，則是將其理解為「在法律論證中用來證成一個法律命題之真或正確性的理由」，它構成了一個法律命題之所以為真的條件。法律理由當然包含了權威性或事實性的理由，例如過去的制度決定，像是立法者制定的法規與司法判決先例。而法實證主義與反法實證主義的爭議點就在於，權威性或事實性的理由是否窮盡了法律命題的真值條件？它們作為法律理由具有什麼樣的分量？法律理由是否還包括了道德事實或道德原則？如果「法律命題的正確性要透過什麼樣的理由來證立」才是問題重點的話，則是否仍要將構成法律理由的事實或規範（不管是制度性的權威決定或道德原則）視為「法律的一部分」，其實已是個次要問題¹¹⁴。

區別分類式的法概念與規定性的法概念，並且把法實證主義之

113 DWORKIN, *supra* note 106, at 234-239.

114 第二種解讀下的法律理由相當於 Dworkin 在《法律帝國》一書中所稱的“the grounds of law”（「法律根據」），即使得特定法律命題為真的命題，而法實證主義與反法實證主義之爭則是一種關於法律根據的理論性爭議(theoretical disagreements about the grounds of law)，見 RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 4-5 (1986).

爭定位為關於法律命題真值條件的爭論，或許有助於 Alexy 擺脫面對 Raz 批評所遭遇到的困境。從前面的討論可以看出，由「法律必然會提出正確性宣稱」與「為了實現正確性宣稱，必然會訴諸道德理由以證成法律命題的正確性」，Alexy 其實已經可以導出「道德理由必然被包含在法律命題的真值條件中」這樣的結論。困擾著 Alexy 的，是 Raz 對於這兩個前提是否能導出「法律的正確性必然和道德正確性相關」的質疑。Raz 的質疑其實是試圖從分類式法概念的前提得出關於規定性法概念的結論。Raz 主張，法官所適用的道德理由是法律以外的標準，因此，即便法官在作出判決或判斷法律命題是否為真時沒有正確地適用道德理由（比方說沒有正確地衡量相關的道德原則或採取道德上錯誤的解釋），仍然不會影響其決定的法效力或法律上的正確性。為了回應這個質疑，Alexy 只好提出必然安置命題這種分類式的主張，強調道德原則也是一種法律規範，道德理由必然屬於法律的一部分。但是，就如同 Raz 所指出的，如果道德原則是因為其內容的正確性，所以才應該被適用的話，那麼不論它們是否被安置或被包含成為法律體系的一部分，它們都仍然具有拘束力¹¹⁵。Alexy 之所以要提出必然包含命題，無非是要強調道德原則具有「法律上的拘束力」，但正如 Raz 所批評的，某個標準「依照法律有拘束力」(binding according to law)，不代表它們就因此成為法律的一部分¹¹⁶。就如同國際私法的準據法指示法官適用外國法以解決系爭案件時，並不代表該外國法就成為本國法的一部分。

如果 Alexy 將反法實證主義的聯結命題定位為一個關於規定性法概念的理論，則 Raz 的質疑其實不難解決。再次類比國際私法的例子。假設法官面臨一個涉外的侵權行為案件，且準據法要求法官

115 Raz, *supra* note 81, at 17.

116 Raz, *supra* note 81, at 10.

適用某個外國的侵權行為法規定。我們很難否認，外國侵權行為法的規定不是本國法的一部分，但我們也不得不承認，它被包含在本國法律命題（例如，法官對這個涉外侵權行為案的判決）的真值條件中，我們必須承認，它在系爭的案件中對於法官具有拘束力。因為如果法官要對這個案件作出正確的判決，他就必須正確地適用、解釋系爭的外國侵權行為法規定。同樣的，不論道德原則是不是屬於法律的一部分，就算我們認為道德原則不是法律的一部分，但只要判斷、證成法律命題的正確性時，必須訴諸道德原則，那麼我們就必須承認，道德原則必然包含在法律命題的真值條件當中。道德原則的拘束力不在於它是法律的一部分，而在於它的實質內容有助於證成一個正確的法律決定¹¹⁷。再以憲法保障言論自由這種「安置」道德原則的實證法規定為例，不論這是一個為了避免言論自由這個道德原則被立法者所排除的規定，或是指示法官適用道德原則的規定，當法官面臨一個當事人的言論自由被法律所限制的案件時，他都必須進行道德論證以確定當事人在法律上是否有發表言論的權利，法官如果要對這個案件作出正確的判決，他就必須正確地適用、衡量言論自由以及其它相關的道德原則，倘若法官沒有正確地適用、衡量道德原則，不論這屬於什麼樣的錯誤——法律上的錯誤也好，道德上的錯誤也罷——都會影響到他的判決及其所依據的法律命題的正確性。這就好比在損害賠償的案件中，倘若法官在計算損害賠償數額時沒有正確地適用算術規則，我們只會說他犯了數學的錯誤而非法律的錯誤，但這樣的錯誤的確會影響到判決結果的正確性，為了作出正確的判決，法官必須正確地適用算術規則，就這一點而論，我們可以說，在計算損害賠償數額的案件中，算術規

117 莊世同曾經提出類似的看法，他認為法律原則是原則的一種類型，但並非有效的法律規範，而是法官在司法推理過程中據以適用的法規範證立理由，見莊世同，〈論法律原則的地位：為消極的法律原則理論而辯〉，《輔仁法學》，19期，頁53-56（2000年6月）。

則對於法官具有拘束力，儘管我們可能不太會對這種拘束力加上「法律的」這個形容詞。質言之，從法官必須實現正確性宣稱這個要求出發，如果不適用、衡量道德原則就無法得到一個正確的法律命題的話，那麼道德原則就具有拘束力，至於要不要將這種拘束力定位為法律的拘束力、道德的拘束力或是「依照法律的拘束力」，反而陷入了分類式法概念的泥淖之中。

最後再簡短檢討，在適用賴德布魯赫公式的案件中，Alexy 關於法官裁判必須「依據法律理由」的主張。如果「法律理由」可將其理解為「使得一個法律命題之所以為真或正確的理由」的話，那麼 Alexy 主張的真正意思或許是「法官必須依據為真的法律命題作出裁判」。這樣的主張表述了法官最重要的法律義務與政治道德責任(political moral responsibility)，即「依法審判」。法官應依法審判的義務或責任，所彰顯的是合法性或法治的價值(the value of legality or rule of law)。從這一點來看，賴德布魯赫公式所引起的爭議，其實可看作是法實證主義與反法實證主義者關於法治價值的爭論。法實證主義者會認為，拒絕適用極端不正義的法律或許在道德上是正確的，卻不是依法審判的結果；反法實證主義者則認為，拒絕適用極端不正義的實證法規定不但是道德上的要求，同時也是依法審判的結果。正如 Alexy 所指出的，在決定是否拒絕適用極端不正義的法律時，法官面臨的是法安定性和正義原則的衝突與衡量。因此，這樣的爭議，與其像 Alexy 那樣視為是關於法律本質為何的社會學法概念的爭議，倒不如看作是一種關於理想性法概念的爭議，即關於何種道德原則最能夠彰顯法治價值的爭議。限於篇幅，在這裡無法繼續深入討論這個問題，我只想指出，如果將法實證主義和反法實證主義的爭論視為一種關於法治價值的爭議的話，將會跳脫「如何分析法律的概念才能正確掌握法律的本質」這種分析法

理論的框架，而進入關於實質價值的政治哲學討論¹¹⁸。

從以上的討論可以看出，在 Alexy 與 Raz 這場關於法實證主義的爭議中，雙方的論證相當精緻繁複，牽涉面既深且廣，本文所能作的，只是初步的整理與評釋，許多細節部分都可以或甚至需要以單篇的論文作更進一步的討論。本文的企圖只在於釐清 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭的爭議點，並儘可能清楚地呈現雙方的論證，希望從這場論辯發掘出一些未來值得繼續發展的理論素材。

118 將法實證主義之爭視為關於法治或合法性價值爭議的代表性看法，見 DWORKIN, *supra* note 106, at 162-186. 一位審查人指出，Alexy 的法治價值觀可能與 Dworkin 所主張的「整全性」價值(integrity, 或稱之為「原則一貫性」，見 RONALD DWORKIN, *supra* note 114, at 95-96, 216, 225-227, 254-258, 410-412)相當類似，亦即對「法安定性」與「正義原則」作一個融貫整體的正確道德詮釋。對此我的看法有所保留，因為 Alexy 認為原則之間存在著衝突，原則的衝突則是以類似利益衡量的方式，透過排定原則之間條件式優先順序來解決(ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 50-54, 100-110 (2002))。但 Dworkin 則認為原則或價值之間不存在著真正的衝突，他主張，如果我們發現這樣的衝突，我們必須回頭檢視、修正我們對原則所表彰的價值的理解方式，從而對這些價值或原則採取一種彼此相容，甚至是互相支持的詮釋，Dworkin 這種看法可稱之為是一種「詮釋整體論」(interpretive holism)，對此可見 DWORKIN, *supra* note 106, at 111-116, 159-162.

參考文獻

1. 中文部分

王鵬翔 (2008a)，法律、融貫性與權威，政治與社會哲學評論，24期，頁23-68。

(2008b)，規則是法律推理的排它性理由嗎？，王鵬翔主編，2008法律思想與社會變遷，頁345-386，台北：中央研究院法律學研究所籌備處出版。

莊世同 (2000)，論法律原則的地位：為消極的法律原則理論而辯，輔仁法學，19期，頁1-66。

張嘉尹 (2002)，法律原則、法律體系與法概念論——Robert Alexy法律原則理論初探，輔仁法學，24期，頁1-46。

顏厥安 (1998)，法與實踐理性，台北：允晨文化出版。

2. 外文部分

Alexy, Robert(1998), Law and Correctness, 51 Current Legal Problems 205-211.

- (1999), A Defence of Radbruch's Formula, in David Dyzenhaus ed., Recrafting the Rule of Law: The Limit of Legal Order, 35-39, Oxford: Hart Publishing.

- (2002a), The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism, Oxford: Clarendon Press.

- (2002b), A Theory of Constitutional Rights, Oxford: Oxford University Press.

- (2003), The Nature of Arguments about the Nature of Law, in L. H. Meyer, S. L. Paulson & T. W. Pogge eds., Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph

- Raz, 3-16, Oxford: Oxford University Press.
- (2005), Agreements and Disagreements: Some Introductory Remarks, in M. Escamilla & M. Saavedra eds., *Law and Justice in a Global Society: Plenary Lectures of 22th IVR World Congress*, 699-704, Granada 2005.
 - (2007a), On Two Juxtapositions: Concept and Nature, *Law and Philosophy*. Some Comments on Joseph Raz's "Can There Be a Theory of Law?", 20 *Ratio Juris* 162-169.
 - (2007b), An Answer to Joseph Raz, in G. Pavlakos ed., *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, 37- 55, Oxford: Hart Publishing.
 - (2008), On the Concept and Nature of Law, 21 *Ratio Juris* 281-299.
- Austin, J. L. (1975), *How to Do Things with Words*, 2nd ed., Cambridge(Mass.): Harvard University Press.
- (1979), *Philosophical Papers*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press.
- Bix, Brian (2006), Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory, 37 *Rechtstheorie* 139-149.
- Coleman, Jules (2001), *The Practice of Principle: In Defence of A Pragmatic Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge(Mass.): Harvard University Press.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge(Mass.): Belknap Press.
 - (2006), *Justice in Robes*, Cambridge(Mass.): Belknap Press.
- Hart, H. L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- (1994), *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press.
- Heidemann, Carsten (2005), Law's Claim to Correctness, in Sean Coyle & George Pavlakos eds., *Jurisprudence or Legal Science? A Debate*

about the Nature of Legal Theory, 127-146, Oxford: Hart Publishing.

Himma, Kenneth Einar (2002), Inclusive Legal Positivism, in Jules Coleman & Scott Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 125-165, Oxford: Oxford University Press.

Marmor, Andrei (2001), *Positive Law and Objective Value*, Oxford: Clarendon Press.

Radbruch, Gustav (1999), Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Dreier/Paulson(Hrsg.), *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie: Studienausgabe*, S. 211-219, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.

- (1995), *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- (1996), *On the Nature of Law*, 82 ARSP 1-25.
- (2003), *About Morality and the Nature of Law*, 48 *The American Journal of Jurisprudence* 1-15.
- (2004), *Incorporation by Law*, 10 *Legal Theory* 1-17.
- (2005), *Can There Be a Theory of Law?*, in Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, 324-342, Oxford: Blackwell.
- (2007), *The Argument from Justice: or How Not to Reply to Legal Positivism*, in G. Pavlakos ed., *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, 17-35, Oxford: Hart Publishing.