

政治與社會哲學評論

第 31 期 2009 年 12 月 頁 175-183

SOCIETAS: A Journal for Philosophical Study of Public Affairs

No. 31, December 2009, pp. 175-183

追尋當代英美法實證主義的發展軌跡 ——評《法律的界限：實證主義命題群 之展開》

陳景輝著

北京：中國政法大學出版社，2007，349 頁。

王 鵬 翔

由哈特（H. L. A. Hart）所開創的當代英美分析法實證主義，大概是目前國際法理學界最重要的學群。這個學群的蓬勃發展，和德沃金（Ronald Dworkin）長年以來對法實證主義的強力批判密不可分。自德沃金於 1967 年發表成名作《規則的模式》（*The Model of Rules*）對哈特的法實證主義理論提出全面性的攻擊後，¹「哈特—德沃金之爭」（the Hart-Dworkin Debate）成了 40 幾年來英美法理學界的爭論焦點。為了回應德沃金的挑戰，哈特的門徒及其追隨者不斷深化、發展並修正哈特的理論，造就了今日英美法理學的一片榮景。「哈特—德沃金之爭」的主軸，固然是「法律與道德是否具有必然關聯」這個法理學的古典問題，但雙方陣營在論證建構與概念分析的精緻細膩程

¹ Dworkin, 1967. "The Model of Rules," *University of Chicago Law Review* 35: 14-45. 本文後來以 "The Model of Rules I" 為題收入 Dworkin, 1978. *Taking Rights Seriously*. Cambridge Mass.: Harvard University Press, pp. 4-45。以下引 Dworkin 此文皆根據 *Taking Rights Seriously* 一書的頁碼。

度，不僅大幅拓展了法理學的理論語彙，同時也提高了問題的複雜性與理解的困難度。中國政法大學陳景輝教授在 2007 年出版的《法律的界限：實證主義命題群之展開》（以下簡稱「本書」）以抽絲剝繭的方式，全面地探討了當代英美法實證主義者為回應德沃金的挑戰所發展出來的各項理論主張，對於想要一窺當代英美法實證主義全貌的讀者而言，本書具有相當高的可讀性。

本書在〈導論〉中指出，德沃金與法實證主義之間的爭論以及法實證主義為回應德沃金所引起的內部分歧，主要是圍繞在法律與道德之間的界限以及法律權威性的來源這兩個問題而展開的（頁 4-8）。本書的論證目的，則是透過考察當代法實證主義的理論發展，試圖證成法實證主義——特別是本書所擁護的包容性法實證主義——能夠在法律與道德之間劃出一條界限，以及法律具有獨立於道德的權威性（頁 312-322）。本書的研究方法，並非對於個別法理學家的文獻綜述，而是以法實證主義者對於上述問題所提出的主張與解決方案（即所謂的「命題」）來組織全書的論述（頁 11-13），這樣的作法，顯然更能體系性地呈現法實證主義的理論。

總括來說，法實證主義的兩大核心主張分別是主張法律和道德之間沒有必然聯結的「分離命題」（the Separation Thesis）以及主張法律的存在與內容基本上是由社會事實所決定的「社會事實命題」（the Social Fact Thesis）。本書第一章〈分離命題：實證主義的基礎命題〉在扼要陳述了法實證主義的思想史背景之後，以哈特的法實證主義作為出發點，確認分離命題是法實證主義的基本特徵。不過，在題為「分離命題的內涵」一節當中（頁 76-83），本書並沒有很精確地陳述分離命題所主張的內容究竟是什麼。嚴格說來，「法律和道德之間沒有必然的關聯」這個主張，至少有下面幾個可能的意涵：（一）在

確定法律的存在和內容時，不必然涉及道德評價；(二) 法效力或合法性的判準 (the criteria of legal validity or legality) 不必然包含道德的要素；(三) 道德原則不必然成為法律的一部分；(四) 法律論證不必然涉及道德論證。它們雖然彼此互有關聯，卻是不同的主張。本書宣稱分離命題的功能在於「能夠在法律與道德之間起到區分作用」並且「能夠將法律規範鑑別出來或者賦予某些規則以法效力」(頁 80)，由此看來，本書應該是接受(一)到(三)作為分離命題的主張，但這三者之間的邏輯關聯為何，並不是那麼一目瞭然。

本書認為，承認規則的存在保障了法律與道德之間界限的存在(頁 72)，由此看來，本書顯然將「法律」視為一組特定的規範集合，並且存在像是承認規則這樣的宗師規則 (master rule) 能夠判斷哪些規範屬於這個集合 (具有法效力的規範) 而成為法律的一部分，哪些規範不屬於這個集合 (不具有法效力的規範) 而不是法律的一部分。這種分類式的法概念，正是德沃金自始至終所亟欲批判的對象。本書第二章〈社會來源命題與道德安置命題〉的前半討論了德沃金早期對於法實證主義的批評 (頁 85-106)。第一個批評是所謂的「原則論證」，德沃金認為法實證主義忽略了原則 (principles) 在證立司法判決時所發揮的重要作用，在疑難案件中，法官並非透過自由裁量 (discretion) 來解決系爭的法律問題，而是受到原則的拘束。德沃金認為原則的法律拘束力來自於其實質內容的道德吸引力，因而無法透過像是承認規則這種形式性的系譜判準所鑑別。第二章後半處理了法實證主義者回應德沃金原則論證的兩種方式。第一種是以拉茲 (Joseph Raz) 為代表的「排他性法實證主義」(Exclusive Legal Positivism)。排它性法實證主義堅持承認規則的系譜性質，其核心主張是所謂的「社會來源命題」(the Social Sources Thesis)，即法律

的鑑別只能夠取決於社會來源，這個主張意謂著，在確定法律的存在與內容時必然不涉及任何道德價值判斷（「強分離命題」或「必然分離命題」）。對於德沃金的原則論證，拉茲認為，在疑難案件中法官雖然負有法律上的義務去適用像是道德原則這種法律以外的準則（extra-legal standards），但原則對於法官具有拘束力，不代表原則就因此成為法律的一部分（頁 106-120）。法實證主義的第二種回應方式是以科爾曼（Jules Coleman）為代表的「包容性法實證主義」（Inclusive Legal Positivism）。包容性法實證主義認為，承認規則可以包含實質性的道德判準，透過這樣的判準可以賦予道德原則法效力而使其成為法律的一部分，這就是所謂的「道德安置命題」（the Moral Incorporation Thesis）（頁 120-137），這個主張也意謂著，在判斷一個規範是否具有法效力時，雖不必然，但有可能需要涉及道德價值判斷（「弱分離命題」或「可分離命題」）。

由此看來，哈特與德沃金之爭的焦點似乎是上述（三），即道德原則是否屬於法律的一部分的問題。本書認為，法實證主義的兩種回應方式有力地消除了德沃金原則理論的批判效果（頁 145），如此一來，法實證主義的爭論將只圍繞在在（二），即承認規則是否可能包含道德判準的問題。不過，德沃金的批評重點，其實不在於原則是否能由承認規則所鑑別而成為法律的一部分，他早期的第二個批判針對的是包容性與排它性法實證主義都堅守的一個信條：法律體系存在的必要條件在於，有某個承認規則作為鑑別法律或判斷法效力的終極判準，承認規則的性質是一種社會成規（social convention），² 社會事實

² 本書按照莊世同早期的譯法譯為「社會慣習」。不過，將“convention”譯為「慣習」容易和單純的習慣（habit）相混淆，因此，我認為「成規」是較合適的譯法。以下本書所稱的「慣習」在這篇書評中皆改稱「成規」。

命題因而轉化為「成規命題」(the Conventionality Thesis)，即鑑別法律的法效力判準是一種社會成規。只不過，包容性法實證主義認為，承認規則是一種合作性成規 (coordination convention)，其功能是為了解決法律效力判斷的協調問題，而排它性法實證主義則認為，承認規則是一種構成性成規 (constitutive convention)，其目的在於建立鑑別法律來源的部分自主實踐。對於這兩種觀點，本書第三章〈社會慣習命題〉有詳盡的討論 (頁 186-208)。

不過，德沃金在“The Model of Rules II”一文中，就已經明白反對將「法律」視為一組由承認規則所鑑別的規範構成的集合。³ 本書也討論了德沃金早期對於承認規則性質的批評，即社會成規無法說明司法義務規範性來源的質疑 (頁 98-106)，不過，德沃金更徹底的批評是，根本就不存在著鑑別法律的社會成規。德沃金後期的批評立基於法實證主義無法說明關於法律的理論性爭論 (theoretical disagreements about the law) (頁 154-158)。德沃金首先區分法律命題 (propositions of law) 與法律根據 (grounds of law)，「法律根據」指的是使某個法律命題之所以為真的事實，這些事實構成了法律命題的真值條件。例如「立法院三讀通過」這個事實是使得「法律禁止在室內場所吸煙」這個命題為真的根據。德沃金進一步區分理論爭論與經驗爭論 (empirical disagreements)。經驗爭論並不爭執某個事實構成了法律命題的真值條件，其所爭執的是這個條件實際上是否滿足 (例如立法院是不是真的完成了三讀程序)；理論爭論則是關於「究竟什麼是法律根據」，亦即哪些事實構成法律命題真值條件的爭論，例如，我們可能都同意立法院已完成三讀程序，但不同意這個事實窮

³ Dworkin, *supra* note 1, 76.

盡了系爭法律命題的真值條件。⁴ 德沃金早期基於原則論證的批評因而可以重述為「法律根據除了社會事實之外，還包括了原則所陳述的道德事實」；而德沃金後期基於理論爭論所提出的批評則是，如果法律根據是由社會成規所確定，意謂著法律實踐的參與者對於哪些事實構成法律命題的真值條件具有共識，倘若如此，則不可能出現理論爭論；反之，如果肯認理論爭論的確存在，那麼法律根據就不可能由社會成規所決定。德沃金更進一步指出，在解決理論爭論時不可避免地要涉及某些道德考量，特別是如何對於法律實踐整體作出最佳詮釋的政治道德主張，這就是他以「整全法」(Law as Integrity) 著稱的詮釋主義法理論 (interpretivist theory of law)。

針對德沃金早期的批評，法實證主義或許可以用道德安置命題來化解；針對德沃金後期的批評，法實證主義就必須能夠說明，社會成規命題和理論爭論的存在如何可能彼此相容。本書極力支持科爾曼的包容性法實證主義 (頁 208、312)，科爾曼主要提出兩個策略來回應德沃金對成規命題的挑戰。第一個策略是將理論爭論視為關於成規適用 (application) 的爭論，而不是關於成規內容 (content) 的爭論，任何關於內容的爭議，都可以透過將成規的表述抽象化 (abstraction) 的方式將其轉化為適用上的爭論。第二個策略是將運用承認規則的司法實踐視為一種「共享合作行為」(shared cooperative activity, SCA)，即便對承認規則的內容有爭議，仍然不影響 SCA 是一種受成規所規制的活動 (頁 198-208)。⁵ 這兩個策略是否能夠成功地捍衛社會成規命題，我認為相當可疑。首先，抽象化的策略為了不

⁴ Dworkin, 1986. *Law's Empire*. Cambridge Mass.: Belknap Press, pp. 4-5.

⁵ Coleman, 2001. *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 96-99, 157-160.

斷將理論爭論轉化為關於成規適用的爭論，最終只能夠把承認規則改寫為像是「法官應該妥當、公平地解決案件」或是像本書的表述方式「出現疑難案件時，法官應當援引相關的道德原則作為判決的基礎」（頁 320）。但這樣的表述只是導致了法實證主義主張的空洞化：表面上看起來維持了成規性承認規則的存在，但其高度抽象性不僅無法發揮鑑別法規範的功能，更使得在適用承認規則來判定法效力時必然要涉入道德爭論，這樣空泛的「承認規則」恐怕很難發揮本書所主張的「使得法律與道德界限始終得以維持」的功能（*ibid.*），因為它幾乎可以安置所有可能的道德原則。其次，科爾曼引進 SCA 的目的之一在於指出，構成社會成規的聚合實踐（*convergent practice*）並不以參與者的共識或行動的一致性為前提。以「在疑難案件法官都應援引相關的道德原則」這個包容性的承認規則為例，本書指出，如果存在著以此為內容的司法實踐，就可以作為個別法官面臨疑難案件援引道德原則作為判決基礎的理由，但這個實踐並不意謂著法官只能援引原先的道德原則，法官也可能援引其他的道德原則（頁 315）。顯然地，這樣的社會成規對於法官究竟要援引哪些原則作為判決基礎並無具體指示，也因此開放了法官對於「什麼樣的道德原則才是相關的而應作為判決基礎」的問題進行理論爭論的空間，但正如科爾曼自己所承認的，這樣的爭論可能涉及對於法律實踐的目的（*the point of legal practice*）的爭議，而必須訴諸實質的道德論證才能加以解決，⁶這使得包容性法實證主義反倒像是穿著薄弱社會成規命題外衣的德沃金式整全法理論。⁷

⁶ Coleman, *supra* note 5, 99-100.

⁷ 上面這兩個批評的想法主要來自於德沃金一篇評論科爾曼的重要文章，Dworkin, 2002. "Thirty Years On," *Harvard Law Review* 115: 1655-1665。本書

本書第四章〈權威命題與實踐差異命題〉探討了法實證主義內部關於法律權威性的爭論。排他性法實證主義的代表拉茲認為，法律所必然具有的權威性使得法律規範構成了排除並取代相關實質道德理由的斷然性理由（pre-emptive or peremptory reason），經由斷然性特徵將能夠推導出來源命題（頁 216-237）。本書援引了不少包容性法實證主義學者的看法來反駁拉茲的權威命題（頁 260-282），不過，道德安置命題要如何能夠維持法律獨立於道德的權威性，依然是包容性法實證主義有待解決的問題。排他性法實證主義的另一個挑戰是 Scott Shapiro 基於法律的行為指引功能所提出的「實踐差異命題」（the Practical Difference Thesis）：法律規範作為權威性的指令，必須能夠改變行動者實踐推理的理由結構（頁 239），簡單說，如果行動者不訴諸某個規範，仍然有動機做出符合這個規範的行動的話，那麼這個規範就沒有造成實踐上的差異，從而也就沒有真正發揮行為指引的功能。由此顯示了「在疑難案件時應依道德原則進行裁判」這種包容性的承認規則（簡稱 IRR）會陷入兩難：一方面，如果法官是由於某個原則 P 在內容上的道德正當性而援引其作為裁判理由的話，那麼即便沒有 IRR，他仍然會依 P 做出裁判，換言之，IRR 沒有造成實踐上的差異；另一方面，如果法官是以 IRR 的指示為理由來援引 P 的話，那麼 P 並沒有造成實踐上的差異，因為遵循 IRR 的法官已經許諾了他要適用所有可能的相關道德原則，即便不直接訴諸 P，法官仍然會做出符合 P 要求的判決。本書清楚地看到了包容性法實證主義在回應排他性法實證主義時所面臨的難題，即「必須認為法律與道德分別以不同的方式影響實踐推理」同時「還必須證明法律發揮作用

雖引用了這篇文章（頁 213），卻未對德沃金的批評給予充分重視，以致於未能對包容性法實證主義提出更強而有力的辯護，相當可惜。

的方式不能夠完全將道德的影響排除出去，否則將會影響道德安置命題的成立」(頁 324)；本書採取了科爾曼的解決方案，即改變法律的功能使其不僅僅限於行為指引，但本書也承認，這個解決方法的效力還需要進一步的檢驗 (*ibid.*)。

儘管包容性法實證主義的優越性可能需要更多努力才能加以證成，不過，整體而言，本書對於當代英美法實證主義的重要文獻有非常詳盡地介紹與討論，透過本書，我們得以清楚了解當代英美法實證主義的基本語彙與理論架構。自本書完成之後，⁸ 不論德沃金或者法實證主義陣營都有不少重要論著陸續問世，⁹「哈特—德沃金之爭」以及法實證主義的未來走向，值得包括本書作者在內的所有法理學研究者持續關切。

⁸ 本書出版年為 2007 年，但依本書作者於「後記」所誌日期，完成時間應在 2006 年 4 月間。

⁹ 例如 Dworkin, 2006. *Justice in Robes*. Cambridge Mass.: Belknap Press; Coleman, 2007. "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence." *Oxford Journal of Legal Studies* 27: 581-608; Coleman, 2009. "Beyond Inclusive Legal Positivism." *Ratio Juris* 22: 359-394; Raz, 2009. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.