

## 反對安置命題\*

王鵬翔\*\*

### 目次

|                  |                          |
|------------------|--------------------------|
| 壹、導論：安置命題的問題背景   | 一、透過成規而安置                |
| 貳、Alexy 的必然安置命題  | 二、對「透過成規而安置」的批評          |
| 一、透過衡量而安置        |                          |
| 二、對「透過衡量而安置」的批評  | 肆、超越安置命題：什麼是使得法律命題為真的根據？ |
| 參、包容法實證主義的偶然安置命題 | 伍、結論                     |

\* 投稿日：2010年5月13日；接受刊登日：2010年6月28日。〔責任校對：潘佑達〕。  
本文初稿曾於2010年4月在輔仁大學法律學系所舉辦的「台灣法理學會2010年年度學術研討會」發表，我非常感謝與會學者的提問與評論意見，同時也感謝兩位審查人的指正。我特別感謝莊世同老師，我從他的著作以及交談中獲益良多。此外，我也要向中國政法大學的陳景輝教授致謝，雖然緣慳一面，但我從他的大作「法律的界限——實證主義命題群之展開」一書獲得諸多啟發。

\*\* 德國基爾大學法學博士；國立成功大學法律學系副教授。

## 摘要

本文旨在反駁安置命題(the Incorporation Thesis)。我首先扼要敘述安置命題的問題背景，即德沃金早期批評法實證主義所提出的原則論證，接下來分別批評 Robert Alexy 所主張的強安置命題「道德原則必然被安置成為法律一部分」，以及以 Jules Coleman 為代表的包容法實證主義所主張的弱安置命題「道德原則雖不必然，但可能被安置為法律一部分」。本文將指出，支持這兩種安置命題的論證各有缺陷，並且它們都預設了某種德沃金所稱的「分類式法概念」。本文認為，法實證主義之爭的焦點不在於道德原則是否必然被包含成為法律的一部分，而在於道德原則是否必然構成了使得法律命題為真的根據。因此，安置命題的成立與否，與法實證主義的可分離命題或反法實證主義的聯結命題是否為成功的主張並不相干。我最後將勾勒反法實證主義者如何能夠不訴諸安置命題而證成聯結命題的一些論證策略。

關鍵詞：安置命題、可分離命題、聯結命題、法實證主義、法與道德、原則、法概念

## Against the Incorporation Thesis

*Peng-Hsiang Wang\**

### Abstract

The aim of this paper is to refute the incorporation thesis. I begin with a brief sketch of the theoretic background of the incorporation thesis, i.e., Ronald Dworkin's argument of principles, and then criticize Robert Alexy's strong incorporation thesis, which claims that moral principles are necessarily incorporated into the law, as well as Jules Coleman's weak incorporation thesis, which claims that moral principles, though not necessarily, can be incorporated into the law. I point out that the arguments for the strong incorporation thesis and for the weak incorporation have some faults, respectively, and both versions of the incorporation thesis presuppose what Dworkin calls "the taxonomic concept of law." I argue that the focus of the debate over legal positivism is not whether moral principles are necessarily included in the law, but rather whether moral principles are necessarily among the grounds capable of making the propositions of law true. Therefore, the incorporation thesis is irrelevant to the soundness of the positivist separability thesis and the anti-positivist connection thesis. Finally, I outline some argumentative strategies for substantiating the connection thesis without resort to the incorporation thesis.

**KEYWORDS:** Incorporation Thesis, Separability Thesis, Connection Thesis, Legal Positivism, Law and Morality, Principles, The Concepts of Law.

---

\* Dr. iur., University of Kiel, Germany; Associate Professor, Department of Law, National Chengkung University.

## 壹、導論：安置命題的問題背景

眾所周知，法實證主義的兩大核心命題分別是主張「法律和道德沒有概念上的必然聯結」的「可分離命題」(the separability 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)<sup>1</sup>。儘管可分離命題經常被認為是法實證主義的標誌特徵，但可分離命題的精確內涵是什麼，需要進一步釐清。嚴格說來，「法律和道德之間沒有概念上的必然聯結」這個主張至少有下面4種意義：

- (1) 確定法律的存在和內容時不必然涉及道德評價。
- (2) 法效力或法律性的判準(the criteria of legal validity or legality)不必然包含道德條件<sup>2</sup>。
- (3) 道德原則不必然被安置為法律的一部分。
- (4) 法律論證不必然涉及道德論證。

(1)到(4)雖然互有關聯，卻是不同的主張。事實上，並非所有的法實證主義者都接受上面這4個主張<sup>3</sup>。因此，任何一個反法實證主義的理論，都必須先弄清楚它所要反駁的是哪一個主張。上面這4

---

1 法實證主義另一個重要的主張，則是關於法理學方法論的命題：「法理學的任務是以不涉及道德評價的方式來說明法律的概念或描述法律的本質性特徵」。關於這個主張的深入討論，見 JULIE DICKSON, EVALUATION AND LEGAL THEORY (2001)；莊世同，〈描述性法理論是可能的嗎？——一個批判性的反省〉，《政治與社會哲學評論》，21期，頁1-46（2007年6月）。

2 “legality”經常譯為「合法性」，對此可參見莊世同，〈合法性與整全性——對德沃金法治觀的審視與反思〉，王鵬翔主編，《2008法律思想與社會變遷》，頁61（2008年12月）。由於在(2)這個主張中，“the criteria of legality”指的是判斷一個規範是否具有法律規範的資格或地位的標準，因此我將其稱為「法律性判準」。

3 例如 Raz 就不接受(4)，見 JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 326-340 (1995)，並且，對於(1)-(3)Raz 採取的是更強的主張：即「(1<sup>+</sup>)確定法律的存在和內容時必然不涉及道德評價」、「(2<sup>+</sup>)法效力的判準必然不包含道德條件」、「(3<sup>+</sup>)道德原則不可能成為法律的一部分」，對此詳待後述。

個主張的否定命題分別是：

- (5) 確定法律的存在和內容時必然要訴諸道德評價。
- (6) 法效力或法律性的判準必然包含道德條件。
- (7) 道德原則必然被安置為法律的一部分。
- (8) 法律論證必然涉及道德論證。

同樣的，並非反法實證主義者都必須接受(5)到(8)<sup>4</sup>。按照 Andrei Marmor 與 Joseph Raz 的看法，(1)才是可分離命題的核心意義<sup>5</sup>，因此，反法實證主義者必須有良好的論據來反對(1)並證成(5)，才算成功地反駁了法實證主義。我將(5)稱之為「聯結命題」。 (3)和(7)涉及的則是所謂「安置命題」(the incorporation thesis)，安置命題關切的問題是「道德原則是否必然被安置為法律的一部分？」。本文將檢視兩種安置命題，分別是 Robert Alexy 所主張的強安置命題：「道德原則必然被安置成為法律一部分」，以及

---

4 例如德沃金(Ronald Dworkin)就不接受(6)和(7)這兩個主張。德沃金反對(6)的理由是因為他認為法律規範無法透過任何一種判準來加以鑑別，他甚至反對將「法律」視為一個判準式的概念；德沃金不接受(7)的理由則是因為像(7)這樣的主張預設了「法律」是一個特定的規範集合，並且我們可以透過某些標準去判定某個規範是不是法律規範。他認為此種看法將「法律」視為一種分類式的法概念(the taxonomic concept of law)，在德沃金看來，道德原則是否可能成為法律規範的爭論，是一個無謂的分類式爭議，見 RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES 1-12, 234-239 (2006)，關於後面這個問題，詳見下文「肆」。

5 ANDREI MARMOR, POSITIVE LAW AND OBJECTIVE VALUE 71 (2001); Joseph Raz, *The Argument from Justice: or How Not to Reply to Legal Positivism*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXEY 17, 22 (G. Pavlakos ed., 2007). 這也符合了哈特在「法律的概念——後記」中對其法實證主義理論的表述：「根據我的理論，法律的存在與內容都可以依據其社會來源（例如立法、司法裁判、社會習慣）被鑑別而不須訴諸道德，除非由此方式被鑑別的法律本身已安置了鑑別法律的道德條件。」（“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.”) H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 269 (1994).

以 Jules Coleman 為代表的包容法實證主義(inclusive legal positivism)所主張的弱安置命題：「道德原則雖不必然，但仍可能被安置成為法律一部分」。

關於安置命題的爭論源自於德沃金在1967年發表的著名論文《規則的模式》(*The Model of Rules*)<sup>6</sup>。在該文中，德沃金提出所謂的「原則論證」(the argument of principles)對哈特(H.L.A. Hart)的法實證主義展開全面性的攻擊。德沃金這篇論文涉及了原則的結構與地位、司法裁量、承認規則的性質等諸多法理學重要問題，國內法理學界對此已多有述及<sup>7</sup>。以下我僅就與安置命題之問題背景相關的部分扼要重述德沃金的論點。

德沃金認為哈特式的法實證主義將法律視為1組規則所構成的集合，德沃金將這個看法稱之為「規則模式」。德沃金將法實證主義的規則模式歸結為下面3個主張<sup>8</sup>：

第一，在每個社群中，有效的法律規則都可以由某種特定的判準——例如哈特的「承認規則」(the rule of recognition)——來加以鑑別，並且這種判準是依據規則的系譜(pedigree)，亦即制定規則的形式或來源，而非根據其實質內容來判斷某個規則是否為法律規則。

第二，當欠缺有效的法律規則時，法官即非適用法律，而是運用裁量(discretion)，訴諸法律以外的標準來解決系爭的案件。

第三，只有有效的法律規則才能夠賦予當事人法律上的權利

---

6 Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14-46 (1967). 此文後來以“The Model of Rules I”為題收入 RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 14-45 (1978)。(以下引德沃金此文皆根據 *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 一書的頁碼。)

7 參見如顏厥安，《法與實踐理性》，頁60-66（1998年）；莊世同，〈Ronald Dworkin 與柔性法實證主義〉，《月旦法學雜誌》，64期，頁54-69（2000年9月）；陳景輝，《法律的界限——實證主義命題群之展開》，頁85-106（2007年）。

8 DWORKIN, *supra* note 6, at 17.

或義務。因此，當法官運用裁量時，他並非確定既存的法律權利或法律義務，而是在創造新的權利或義務。

上面這3個主張可以分別稱之為「系譜命題」(the pedigree thesis)、「裁量命題」(the discretion thesis)與「義務命題」(the obligation thesis)。這3個命題是法實證主義用以支持可分離命題的論據。按照義務命題，法律義務只能夠來自於有效的法律規則，再根據系譜命題，由於法效力的判準是依據形式來源而非依據實質價值來判斷一條規則是否具有法效力，因此，在確定法律權利或法律義務是否存在及其內容為何（亦即什麼是法律所要求、允許或禁止者）時，無須涉及道德價值判斷。

德沃金認為法實證主義的規則模式忽視了原則(principles)在法律論證，特別是在法官證成判決的司法論證中的作用。德沃金認為，裁量命題是錯誤的，在所謂的「困難案件」(hard cases)中，法官並非自由裁量，而仍然受到原則的拘束，法官必須考量相關的原則，並透過這些原則來確定當事人擁有何種法律權利或負有何種法律義務；因此，義務命題也是錯的，除了法律規則之外，法律原則也可以作為確定法律義務之存在與內容的基礎。

德沃金的原則論證包括了下面兩個步驟：首先，德沃金指出，原則是一種在結構上有別於規則的規範。規則是以「全有或全無的方式」(all-or-nothing)被適用，一條有效的法律規則一旦被適用於個案，其法律效果即必須被接受，而沒有斟酌的餘地；但原則具有「重要性的面向」(the dimension of weight)，原則在適用上必須相互衡量才能夠確定個案中所應出現的法律效果為何。其次，德沃金認為，原則通常表彰了正義、公平或其它道德上的要求，原則之所以對於法官具有拘束力，是由於其實質內容的道德吸引力，而非因為其通過了承認規則這種系譜判準的測試<sup>9</sup>。

---

<sup>9</sup> DWORKIN, *supra* note 6, at 22-28.

德沃金的原則論證可以重構如下：

第一，某些道德原則係透過其實質內容的價值而具有法律上的拘束力。它們可被稱之為「法律原則」。

第二，按照系譜命題，某個規範是否為法律規範只能透過承認規則這種系譜式的判準來鑑別。

因此，法實證主義的系譜命題是錯的，存在著像是法律原則這種無法透過系譜式的法效力判準所鑑別的法律規範，系譜命題無法說明法律原則的存在及其拘束力的來源；規則模式因而也是錯的，法律並非全由系譜判準所鑑別的有效法律規則所構成，法律原則的存在及其拘束力表明了，有些法律規範必須訴諸道德價值，而非根據其來源來加以鑑別。

德沃金在《規則的模式》中的論點，經常會讓人有這樣的印象：即德沃金和哈特爭辯的焦點在於「道德原則是否能成為法律一部分」的問題，而德沃金的立場則是「法律體系除了規則之外，還包含原則」。但我認為，這是一個錯誤的印象。如果德沃金的主張僅只於此，那麼法實證主義其實不難應付德沃金的攻擊。首先，法實證主義可以主張，哈特所稱的「規則」未必像德沃金所定義的那麼狹窄，只包括以全有或全無方式適用的規則，它還可以指稱像是原則這種非結論性(non-conclusive)的規範<sup>10</sup>。其次，德沃金的系譜命題其實是由兩個部分所構成，系譜命題的前半段主張「每個法律體系都存在著用以鑑別法律的法效力或法律性判準」，後半段則主張「法效力判準只能夠透過系譜或來源來判定一條規則是否為有效的法律規則」。由於德沃金將承認規則這種鑑別法律的法效力判準稱之為「宗師規則」(master rule)，因此系譜命題的前半可稱之為「宗師規則命題」(the master rule thesis)，後半則可稱之為「真正意

---

<sup>10</sup> HART, *supra* note 5, at 260-262.

義的系譜命題」(the pedigree thesis in the proper sense)。真正意義的系譜命題其實是個比(2)更強的主張，即(2<sup>+</sup>)「法效力或法律性的判準必然只包含系譜條件而不可能包含任何道德條件」。法實證主義者可以反駁，法實證主義其實只主張宗師規則命題，而不接受真正意義的系譜命題。例如哈特就認為，承認規則未必是一種系譜判準，它可能安置某些道德條件，從而可以透過實質道德性的判準來鑑別法律原則<sup>11</sup>。換言之，德沃金的系譜命題對於承認規則附加了一個過強的限制，法實證主義所主張的只是較弱的(2)而非(2<sup>+</sup>)<sup>12</sup>。

我認為，德沃金其實無意去論證「道德原則必然被包含為法律的一部分」或者「法律體系是一種規則加原則的模式」這樣的主張。在我看來，德沃金對法實證主義的質疑是更為徹底的，他根本反對將「法律」視為一組可由特定判準來區別的規範所構成的集合——不論這些規範具有規則還是原則的性質。在1972年發表的論文《規則的模式 II》(*the Model of Rules II*)中，德沃金明白宣稱：

「我的論點不是『法律』包含了固定數量的準則，當中某些是規則，其它一些是原則。實際上，我想要反對的是這樣的看法，即將法律視為一組由任何種類的準則所構成的固定集合。實際上，我的論點毋寧在於，要精確地概括法律人在決定法律權利與義務的特定問題時所必須考量的理由，就會涵蓋具有原則的形式和拘束力的命題，而法官和律師本身在證成其結論時，經常會使用必須以此方

---

11 HART, *supra* note 5, at 250, 269. 這也正是包容性法實證主義的回應策略。詳見下文「參」。

12 另一方面，哈特式的法實證主義主張承認規則是一種社會成規(social convention)，但系譜命題並沒有宣稱法效力或法律性判準必須是一種社會成規。因此，像是 Hans Kelsen 的「基本規範」(Grundnorm)雖然可被視為是系譜式的判準，卻不是哈特意義下的承認規則。就主張法效力或法律性判準可能包含道德條件的包容法實證主義者而言，系譜命題是個過強的主張，但從哈特式的法實證主義認為法效力或法律性判準具有社會成規的性質這一點來看，系譜命題卻是個太弱的主張。

式來理解的命題。」<sup>13</sup>

當然，德沃金之所以提出原則論證，最主要的目的是要反駁法實證主義的可分離命題。但從上述的引文可以看出，他顯然並不打算訴諸(7)來證成反法實證主義的聯結命題(5)。再者，由於德沃金不但反對系譜命題，甚至根本否認法律可透過某種宗師規則來加以鑑別，因此他也不接受像(6)這樣的主張。倘若如此，那麼道德原則在法實證主義之爭中究竟扮演什麼樣的角色，值得深究。關於這個問題，我將在下文「肆」討論，讓我們暫且先回到安置命題的問題背景。

德沃金早期的原則論證在法實證主義與反法實證主義陣營都引發了廣泛回響。如前所述，雖然德沃金在《規則的模式》一文中似乎旨在論證像(7)這樣的主張，但他在該文中所提出的一些論點，如原則的拘束力來自於法律專業以及公眾長久以來所逐漸發展的妥當感(sense of appropriateness)，或者法官在援引原則時往往會尋找某些制度上的支持(institutional support)以佐證原則的重要性與拘束力等等<sup>14</sup>，似乎尚不足以構成明確且堅強的論據來證明道德原則必然會被包含成為法律的一部分。反法實證主義這一方，如果接受「法律必然包含道德原則」這個主張，勢必要提出更具說服力的論據來支持(7)。這個取向可以 Alexy 作為代表。Alexy 不但接受並修正了德沃金關於規則與原則的區分，更在德沃金的基礎之上提出了較為細緻的論據來論證為什麼道德原則必然會被包含成為法律的

---

13 DWORKIN, *supra* note 6, at 76: "My point was not that 'the law' contains a fixed number of standards, some of which are rules and other principles. Indeed, I want to oppose the idea that 'the law' is a fixed set of standards of any sort. My point was rather that an accurate summary of the considerations lawyers must take into account, in deciding a particular issue of legal rights and duties, would include propositions having the form and force of principles, and that judges and lawyers themselves, when justifying their conclusions, often use propositions which must be understood in that way."

14 DWORKIN, *supra* note 6, at 40.

一部分，並用以證成其所主張的聯結命題。Alexy 的主張可稱之為「必然安置命題」(the necessary incorporation thesis)，關於 Alexy 的必然安置命題及其問題將在下文「貳」討論。

在法實證主義這一方，雖然不接受(7)這樣的主張，但在如何回應德沃金的問題上產生了分歧<sup>15</sup>。以 Coleman 為代表的包容法實證主義(或稱「柔性法實證主義(soft legal positivism)」<sup>16</sup>)接受德沃金原則論證的第一個前提，即某些道德原則可能因為其實質內容的價值而具有法律的拘束力，但反對第二個前提，即法效力或法律性的判準必然是一種系譜判準。包容法實證主義者認為，法效力或法律性的判準可以包含實質性的道德條件，透過這樣的條件可以賦予道德原則法效力而使其成為法律的一部分。但是一個法律社群的承認規則是否會包含實質性的道德條件作為法效力或法律性的判準，是個偶然的事實問題，而非概念上的必然。在概念上並非不可想像存在著一個法律體系，其承認規則只包含形式的系譜判準，從而沒有任何道德原則可以僅憑其實質內容就具有法效力。因此，包容法實證主義主張道德原則只是可能，但不必然被安置成為法律的一部分<sup>17</sup>。這個較弱的安置命題也可稱之為「偶然安置命題」(the contingent incorporation thesis)。關於包容法實證主義的弱安置命題及其問題將在下文「參」討論。

以 Raz 為代表的排它法實證主義(exclusive legal positivism，或稱「剛性法實證主義(hard legal positivism)」)則採取不同的回應

---

15 關於法實證主義為回應德沃金而引發的分歧，可見 Scott Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in RONALD DWORKIN 22, 29-35 (A. Ripstein ed., 2007); 中文的詳盡介紹可見陳景輝，前揭(註7)書，頁84-147。

16 最早提出包容法實證主義的想法的是 Jules Coleman 的一篇論文 *Negative and Positive Positivism*, 11 J. LEGAL STUD. 139, 139-164 (1982)，但正式提出“*Inclusive Legal Positivism*”與“*Exclusive Legal Positivism*”名稱的應該是 Waluchow，見 W. J. WALUCHOW, *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* 1-4, 80-84 (1994)。

17 JULES COLEMAN, *THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST APPROACH TO LEGAL THEORY* 103-119 (2001)。

策略。排它法實證主義並不否認在某些案件中道德原則的確對於法官具有拘束力，同時也接受德沃金原則論證的第二個前提，即法效力或法律性的判準是一種系譜判準。排它法實證主義回應德沃金的關鍵論據是，德沃金混淆了「法效力」和「對法官的拘束力」(bindingness on judges)。凡是具有法效力的規範對於法官都具有拘束力，但並非所有對於法官具有拘束力的規範都是法律規範。即便在困難案件中法官必須適用道德原則，也不代表這些道德原則就會因此成為法律規範，除非通過系譜判準的測試，否則道德原則仍然是法律以外的準則(extra-legal standards)，但是非法律的準則未必對於法官就沒有拘束力。重點是，我們不能夠從「道德原則有時對於法官具有拘束力」這個前提，就推論出「道德原則是法律規範的一部分或具有法效力」<sup>18</sup>。質言之，排它法實證主義主張，道德原則不可能僅憑其實質內容的價值就成為法律的一部分，這個主張可稱之為「不可能安置命題」或「必然排除命題」(the necessary exclusion thesis)。

本文將指出，Alexy 的必然安置命題與 Coleman 的偶然安置命題各自有其論證上的缺陷，因此排它法實證主義關於道德原則的法律地位的看法似乎是合理的。但本文「肆」將討論安置命題和可分離命題之間的關聯。在進一步釐清(1)和(5)的內含後，我將論證，即便強和弱的安置命題都不成立(即道德原則不必然，甚至不可能成為法律的一部分)，也不蘊含法實證主義的可分離命題(1)(或者更強的必然分離命題「(1<sup>+</sup>)確定法律的存在或內容必然不涉及道德評價」)就是正確的；換言之，主張(5)不必然要接受(7)，要證成反法實證主義的聯結命題，也不須訴諸安置命題。

---

18 Raz 的這個論證最早見於 Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 YALE L.J. 823, 843-845 (1972).

## 貳、Alexy 的必然安置命題

### 一、透過衡量而安置

Alexy 的必然安置命題是他用來支持聯結命題的一個論據。在他的代表作《The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism》一書中，他將聯結命題表述為：

(9) 法律的概念必然包含了道德的要素<sup>19</sup>。

在最近的論文中，他將聯結命題的表述修正為：

(10) 法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<sup>20</sup>。

Alexy 提出了3個論證來證成其聯結命題。分別是「正確性論證」(the argument from correctness)、「原則論證」(the argument from principles)以及「不正義論證」(the argument from injustice)<sup>21</sup>。正確性論證主張，法律——不論是法律規範、司法判決或法律體系作為整體——必然會提出正確性宣稱(the claim to correctness)。不正義論證涉及的是實證法規範是否會因其內容的極端不正義而喪失法效力或失去法律性質的問題。正確性論證是 Alexy 反法實證主義理論的基礎，但是單憑正確性論證無法證成法律的正確性和道德的正確性之間具有必然的關聯。法實證主義者可以承認，法律必然提出正確性宣稱，但同時堅持法律的正確性宣稱並不具有任何道德上的意涵。為了回應這樣的挑戰，Alexy 提出了原則論證來聯結法律的正確性。

19 ROBERT ALEXY, THE ARGUMENT FROM INJUSTICE: A REPLY TO LEGAL POSITIVISM 4 (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson trans.) (2002).

20 Robert Alexy, *On the Concept and Nature of Law*, 21 RATIO JURIS 281, 285 (2008). (9)與(10)和前面(5)-(8)之間的關聯詳見下文「肆」。

21 ALEXY, *supra* note 19, at 35-83。關於 Alexy 的聯結命題與這3個論證的批判性討論，亦參見王鵬翔，〈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，頁229-289（2009年9月）。

確性與道德的正確性。

如同德沃金，Alexy 的原則論證的出發點是規則和原則的區分。按照 Alexy 對於「原則」的標準定義，原則乃是一種要求某事在相對於法律與事實的可能範圍內盡可能被實現的規範，Alexy 將原則稱之為「最佳化命令」(optimization commands)；相對的，規則是一種「確定性的命令」(definitive commands)，規則包含了在法律與事實可能範圍內的明確設定，對於一條有效的規則而言，若其構成要件滿足，則其法律效果即應確定地出現，沒有斟酌的餘地。規則的典型適用方式是涵攝，而原則的典型適用方式是衡量<sup>22</sup>。不過，規則和原則在規範結構上的區別對於法律與道德之間是否具有必然聯結的問題並沒有直接的相關性，為了證成法律的正確性與道德的正確性具有必然聯結，Alexy 運用了原則論證，這個論證包含了下面3個命題<sup>23</sup>。第一，「安置命題」(the incorporation thesis)：每個最低限度發展的法律體系必然會將原則安置成為法律的一部分；第二，「道德性命題」(the morality thesis)：原則是基於其道德內容而被安置成為法律的一部分；第三，「正確性命題」(the correctness thesis)：安置道德原則將使得法律和正確的道德之間具有必然的關聯。以下，我將檢視 Alexy 是否有良好的論據來支持他的安置命題。

Alexy 的原則論證主要針對的是困難案件中的司法裁判。依 Alexy 之見，由於法官在困難案件中負有必須適用道德原則的司法義務，道德原則因而必然會被安置成為法律的一部分，由於衡量是原則的典型適用方式，因此 Alexy 用來支持必然安置命題的論證可

---

22 ALEXY, *supra* note 19, at 70. Alexy 關於規則與原則區分的看法亦參見 ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 47-60 (Julian Rivers trans.) (2002).

23 ALEXY, *supra* note 19, at 71-81. 關於 Alexy 的原則論證與法概念論的中文論述亦參見張嘉尹，〈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34-44（2002年12月）。

稱之為「透過衡量而安置」(incorporation by balancing)。Alexy 區分法律安置道德原則的兩種方式。第一種是「透過實證法的安置」(incorporation by positive law)，亦即將道德原則直接轉化為實證法規範。Alexy 用來說明這種安置方式的例子是德國基本法。德國基本法包含了人性尊嚴、自由、平等、民主國、法治國與社會國等原則，這些原則不但是自然法或理性法的原則，它們作為基本法的一部分，同時也構成了德國法律體系的基本原則。Alexy 認為，每個發展到一定程度的法律體系必然會以這種方式將道德原則安置成為法律的一部分<sup>24</sup>。不過，對於這種安置方式，法實證主義馬上可以提出反駁說，這些道德原則之所以是法律規範，是因為它們被制定法律的權威（例如基本法的制定者）所採納，換言之，它們是基於權威的制定這個社會事實，所以才成為法律規範，這些原則並非由於其內容的道德價值而被安置成為法律的一部分，它們之所以具有法效力，仍然是基於其系譜或來源。透過實證法的安置不是必然的，因為這種安置方式取決於實證法本身是否要將某些道德原則轉化為法律體系的一部分，一個完全不將任何道德原則轉化為實證法規範的法律體系在概念上仍然是可能的。法實證主義的另一個更有力的反駁來自於包容法實證主義。包容法實證主義並不否認有時候道德原則可以憑藉其實質內容的價值而成為法律規範，但這只有當承認規則本身將道德條件包含成為法效力判準的一部分時始有可能。由於大多數的法實證主義者都認為承認規則是一種社會成規 (social convention)，因此一個法律體系的承認規則是否會包含道德判準完全是個偶然的事實問題，有可能存在著某個法律體系，其承認規則只包含系譜或來源式的判準，從而在這個法律體系當中沒有任何原則可以僅憑其實質內容就成為法律規範或具有法效力。質言之，法實證主義者不須否認道德原則可被包含成為法律的一部分，其所堅持的毋寧是，法律安置道德原則，不論是透過權威的制定或

---

24 ALEXY, *supra* note 19, at 71-72.

是經由承認規則，都不是必然的。因此，對於 Alexy 而言，他很難將其原則論證完全建立在透過實證法的安置之上，要辯護他所主張的必然安置命題，Alexy 必須論證，即便實證法本身不安置道德原則，道德原則仍然會以其它方式進入到法律之中<sup>25</sup>。為此，Alexy 提出了第二種安置道德原則的方式，即透過衡量而安置。

Alexy 的出發點是，實證法規定必然具有哈特所稱的「開放結構」(the open texture)<sup>26</sup>。實證法的開放結構主要來自於：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、以及在特定情況下法官作出違反法律文義的判決（即 *contra-legal decision*）的可能。落在開放結構的案件就是所謂的「困難案件」(hard cases)，困難案件無法僅憑基於實證法的理由(reasons based on positive law)——亦即根據系譜或來源的實證法規範——來加以解決<sup>27</sup>。Alexy 指出，當實證法的理由窮盡時，則法官對於困難案件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，第二種可能則是訴諸實證法以外的理由。法律所必然帶有的正確性宣稱排除了第一種可能性，因為正確性宣稱蘊含了可證成性的擔保(the guarantee of justifiability)：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論證其判決的正確性。因此，在欠缺基於實證法的理由的情況下，法官如果要實現正確性宣稱，就只能夠援引非基於實證法的理由，特別是道德理由，來證成其判決<sup>28</sup>。Alexy 認為，在這些道德理由當中，以原則形式出現的理由具有特別的重要性，因為在困難案件中通常存在著相衝突的理由，而法官必須對這些理由進行衡量以作出判決。依 Alexy 之見，可被

---

25 ALEXY, *supra* note 19, at 72.

26 HART, *supra* note 5, at 128.

27 ALEXY, *supra* note 19, at 68-69.

28 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* 3, 14 (L. H. Meyer, S. L. Paulson & T. W. Pogge eds., 2003).

相互衡量的理由就是原則，因此，在困難案件中法官必須衡量道德原則以證成其判決。道德原則並非基於系譜或來源，而是由於其實質內容能夠證成司法判決的正確性，所以才被法官所援引<sup>29</sup>；更進一步而言，按照原則論證的正確性命題，作為判決理由的原則在內容上必須具有道德正確性，並且衡量時也必須進行正確的道德論證，才能夠保證判決的正確性。由此 Alexy 得出，司法判決所提出的法律正確性宣稱必然包含了道德正確性的宣稱(the claim to legal correctness raised by a judicial decision necessarily includes a claim to moral correctness)<sup>30</sup>。

Alexy 論證的前提可以總結如下：

- (11) 司法判決必然提出正確性宣稱。
- (12) 為了實現正確性宣稱，法官——特別是在解決困難案件時——必須訴諸道德原則並透過衡量道德原則以證成其判決的正確性。

Alexy 顯然試圖從 (11) 和 (12) 導出 (10)「法律的正確性必然與道德的正確性有所關聯」，但他是否也能夠由此推導出必然安置命題，即前述 (7)「道德原則必然被安置成為法律的一部分」？答案是否定的。Alexy 的論證頂多只能夠證明，法官證成判決的司法論證必然會訴諸由道德原則所構成的理由，換言之，即前述 (8)「法律論證必然會涉及道德論證」，但這並不蘊含道德原則就必然被包含為法律的一部分。這個論證上的缺陷構成了一個足以讓法實證主義攻擊的弱點。法實證主義者並不否認 (8)<sup>31</sup>，相反的，法實證主

29 ALEXY, *supra* note 19, at 72.

30 ALEXY, *supra* note 19, at 77.

31 我們可以把「(4)法律論證不必然涉及道德論證」或更強的主張「(4<sup>+</sup>)法律論證必然不涉及道德論證」稱之為「法律論證的自主性命題」(the thesis of the autonomy of legal reasoning)，法實證主義者未必要接受法律論證的自主性，例如 Raz 就認為法律論證是道德論證的一種例示(“legal reasoning is an instance of moral reasoning”)。

義者完全可以同意法官必須衡量道德原則，進行道德論證以解決困難案件，重點在於，當法官這麼作的時候，他是在訴諸法律以外的準則(extra-legal standards)，法實證主義者並不否認，甚至也主張，當實證法的規定窮盡時，法官必須援引法律以外的準則以解決系爭的案件。然而，當面臨困難案件的法官訴諸道德原則以證成其判決時，他的工作就像立法者經常必須考量某些道德原則或政策一樣，是在制定法律而非適用法律<sup>32</sup>。法實證主義者可以進一步論證，既然道德原則是法律以外的準則，則當法官判決沒有正確地適用或衡量道德原則時，這樣的判決只具有道德上的缺陷，卻沒有法律上的瑕疵。按照這樣的論證，法實證主義其實可以接受(11)與(12)，而仍然否定 Alexy 的聯結命題(10)<sup>33</sup>。

由此我們可以看出為什麼必然安置命題在 Alexy 整個反法實證主義的論證中扮演了關鍵的角色。Alexy 的原則論證試圖用這樣的方式去回應法實證主義的挑戰：道德原則之所以必然構成法律論證的理由，是基於道德原則的法律拘束力（至少在困難案件中，法官負有法律上的義務去適用道德原則以證成其判決），而道德原則之所以具有法律的拘束力，是因為道德原則是法律規範的一部分，既然道德原則是法律規範，那麼一個未考量或未正確適用道德原則所作出的判決，不只是有道德缺陷的判決，同時也具有法律上的瑕疵。然而，如前所述，如果沒有加入其它的前提，從(11)和(12)無法推導出 Alexy 的必然安置命題，即「(7) 道德原則必然被安置

---

Raz 認為法律論證包含了「關於法律的論證」(reasoning about the law)與「依照法律的論證」(reasoning according to law)，所謂「關於法律的論證」是鑑別法律的存在與內容的論證，按照 Raz 的來源命題，此種論證不須涉及道德評價；但法律有時會指示或要求法官適用法律以外的理由（這些理由通常是道德原則），來解決其所面臨的案件，甚至也有可能要求法官依據道德原則作出違反權威決定（即基於來源的實證法規範）的判決，這就是所謂「依照法律的論證」，依 Raz 之見，依照法律的論證是一種道德論證，見 RAZ, *supra* note 3, at 326-340.

32 JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 49-50 (1979); RAZ, *supra* note 3, at 333-335.

33 Alexy 本人也意識到這樣的問題，對此的回應見 Alexy, *supra* note 20, at 295-296.

成為法律的一部分」，為了要證成 (7)，Alexy 提出了兩個輔助論據。第一個輔助論據是，正確性宣稱蘊含了法官在困難案件中負有適用道德原則的法律義務。依 Alexy 之見，法官必然要宣稱其判決在法律上是正確的，因此判決所必然帶有的正確性宣稱不但是道德上的宣稱(moral claim)，同時也是法律上的宣稱(legal claim)。相應的，法官也就負有法律上的義務去實現其判決所提出的正確性宣稱，如此一來，倘若法官不援引道德原則就無法實現正確性宣稱，那麼他就負有將道德原則作為其判決理由的法律義務，換言之，為了實現正確性宣稱，法官在法律上有義務去衡量道德原則以證成其判決的正確性<sup>34</sup>。不過，如前所述，第一個輔助論據只能夠證成，在某些案件當中法官負有適用道德原則的法律義務，它還不足以支持道德原則必然被包含為法律的一部分，為此，Alexy 提出了第二個輔助論據，這個論據訴諸一種「程序性法律體系」(legal system as a system of procedures or processes)的想法。Alexy 認為，從參與者的觀點，尤其是站在法官的觀點來看<sup>35</sup>，法律體系不只是一個由制度決定（如立法或司法判決）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、與證立法律規範的論證過程，凡在這個過程當中被用來證立法律規範的理由，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

34 ALEXY, *supra* note 19, at 73-74; Alexy, *supra* note 28, at 11-12.

35 Alexy 區分參與者觀點(the participant's perspective)和觀察者觀點(the observer's perspective)，見 ALEXY, *supra* note 19, at 25。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?”)

的正確性，那麼作為法官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<sup>36</sup>。Alexy 用來支持其必然安置命題的論證可以總結如下：

(13) 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。

(14) 法官在解決困難案件時必須適用道德原則以證成其判決。

因此，(7) 道德原則必然會被包含成為法律的一部分（必然安置命題）。

## 二、對「透過衡量而安置」的批評

上面這個論證表述了「透過衡量而安置」的核心想法。然而它似乎不是一個健全的論證，問題出在於大前提 (13)。如果 (13) 為真，則所有法官在判決中所應考量的規範、理由或準則都會被包含成為法律的一部分。Raz 曾經用一個國際私法的類比來顯示，並非所有法官所必須考量或適用的準則都構成了法官所屬的法律體系的一部分<sup>37</sup>。在國際私法的案件當中，內國法官經常必須去適用外國法的規範，如果他沒有正確地選擇並適用外國法規範，他將無法作出一個正確的判決，但外國法並不會因為內國法官有義務去適用，就因此被「安置」成為內國法的一部分。舉例來說，如果某個台灣法官審理一個所在地位於柏林的不動產物權案件，按照台灣涉外民事法律適用法第十條（新法第三十八條）關於物權準據法的規定，他必須適用德國的物權法以解決這個案件，如果他沒有正確地解釋適用德國法的相關規定，那麼他的判決會具有法律上的瑕疵，可以說，在這個案件當中，德國物權法的相關規定對於台灣法官具有拘束力。然而，台灣的法官有義務去適用德國法來解決涉外的物權案

36 ALEXY, *supra* note 19, at 24-25, 73. 這個類比論證亦可見於 RAZ, *supra* note 32, at 46.

37 Raz, *supra* note 5, at 34-35.

件，不意謂著德國法就因此轉化成為台灣法的一部分。Raz 的類比論證是，一個規範體系「借用」另外一個規範體系的規範，並不會因此就抹殺了這兩個規範體系之間的區別。法律體系經常會指示、要求法官去適用法律以外的準則，例如道德原則；我們可以承認，在某些案件中，道德原則對於法官具有拘束力，但即便法官的確負有適用道德原則的法律義務，道德原則也不會因此就被安置為法律的一部分。在 Raz 看來，Alexy 和德沃金一樣，混淆了「對於法官具有拘束力的規範」和「法律規範」的區別：凡是法律規範（屬於法官所處的法律體系的一部分，具有法效力的規範）對於法官當然都具有拘束力，但並非所有對於法官具有拘束力的規範，都是法律規範的一部分<sup>38</sup>。Alexy 曾經反駁 Raz 的批評，認為他的類比並不恰當。Alexy 認為，國際私法中指示內國法官適用外國法的準據法，畢竟仍是個實證法的規定。當我們說內國法官負有「法律上的義務」去適用外國法，這意謂著內國法官所屬的法律體系的實證法規定（如上例中台灣涉外民事法律適用法第十條）要求他必須這麼作。Raz 的反駁或許可以適用於包容法實證主義（包含道德條件的承認規則可能相當於國際私法中指示內國法官適用外國法的準據法規定），但並不適用於 Alexy 自己的必然安置命題。對於 Alexy 而言，法官適用道德原則的法律義務並不取決於實證法的規定，即便實證法沒有要求法官援引道德原則的規定，為了要實現判決所提出的正確性宣稱，法官仍然負有法律上的義務去適用、衡量道德原則<sup>39</sup>。然而，我認為 Alexy 的反駁並未切中 Raz 論證的要旨。Raz 的要旨是，並非所有出現在法律論證中的理由都可以算是法律的一部分。用一個德沃金所舉的例子或許可以說明這一點<sup>40</sup>。在侵權行

---

38 Joseph Raz, *Incorporation by Law*, 10 LEGAL THEORY 1, 10-12 (2004). 上述台灣涉外民事法律適用法的例子得益於林信銘先生的建議，在此致謝。

39 Robert Alexy, *An Answer to Joseph Raz*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 37, 55 (G. Pavlakos ed., 2007).

40 這個例子見於 DWORKIN, *supra* note 4, at 238。

為的案件當中，法官經常必須去計算損害賠償的數額。儘管沒有實證法的指示規定，法官仍然必須適用算術規則進行正確的計算，以獲得一個正確的判決。沒有人會否認，倘若某個法官在計算損害賠償數額時認為「 $2+2=5$ 」，他就犯了一個數學上的錯誤，而這個錯誤會導致他作出不正確的判決。如果他要作出正確的判決，他必須正確地適用算術規則，但如果說，算術規則因此就是法律規則，屬於法律的一部分，這顯然是個奇怪的主張。像是「由於法官在解決侵權行為法的案件時必須適用算術規則以證成其關於損害賠償數額的判決，因此算術規則必然會被包含成為法律的一部分」這樣的論證，看起來相當的悖謬不合理。不幸的，Alexy 用來支持其必然安置命題的就是這樣的論證<sup>41</sup>。

41 包容法實證主義者 Matthew Kramer 曾經試圖反駁上述 Raz 的類比論證(MATTHEW KRAMER, WHERE LAW AND MORALITY MEET 39-41, 92-97 (2004))，儘管 Alexy 本人並未援引過 Kramer 的理論來辯護其安置命題，但他的反駁值得 Alexy 參酌。簡要地說，Kramer 反駁的論證如下。Kramer 認為，在困難案件中法官所援引的道德原則和在涉外私法案件中內國法官所援引的外國法規定有所不同。首先，道德原則不是權威制度性決定的產物，依 Kramer 之見，道德原則的正確性並非來自於任何人的思慮行動(*deliberate acts*)，也無法透過思慮行動就能將其改變，但是外國法則是權威制度的產物，它可以很容易地透過權威（外國法的立法者）的決定所修正、改變，內國法官適用外國法可以被視為是內國法律體系對於外國法律權威的尊重；而 Kramer 認為，正由於道德原則欠缺權威的支持，因此法官將道德原則視為有拘束力的規範而加以適用，並不像 Raz 所說的，是在「借用」另外一個已經具有權威拘束力的規範，相反的，應該將法官在困難案件中適用道德規範的事實視為道德原則藉此被轉化為法律規範的一部分。其次，Kramer 也注意到，並非所有欠缺權威制度支持但法官仍應遵循的規範，都具有可被安置成為法律的特性。例如法官的判決應該正確地依循文法規則，並不意謂著文法規則就是法律規範，Kramer 的區別點在於，該規則是否作為法官判決的證立基礎(*justificatory bases*)，道德原則是法官用來證立其判決的準則，但文法規則通常不是。不過，在我看來，Kramer 的反駁並沒有說服力。Kramer 似乎認為，外國法規定由於具有權威制度的支持，因此毋須被安置為內國法的一部分，對於內國法官也仍具有拘束力，但道德原則必須被安置成為法律的一部分才對於法官具有拘束力。然而，既然道德原則是由於其實質內容的道德正確性所以必須為法官所援引，那麼不論其是否被安置成為法律規範，都依然對於法官具有拘束力。即便 Raz 也肯認道德原則在困難案件中對於法官具有拘束力，問題的癥結在於道德原則的法律地位，亦即是否從「道德原則對於法官具有拘束力」這個前提就能夠推論出「道德原則是法律規範」，Kramer 的論證反而像是在主張，道德原則必須先被安置成為法律的一部分，才會對於法官具有拘束力，這反而誤解了道德原則在法律論證中的地位。再者，以算術規則為例，算術規則當然不是權威

Alexy 論證的另外一個問題在於，他主張實證法必然具有開放結構，因此道德原則才必然會進入到法律當中，這讓人有這樣的印象，即法官只有在困難案件中才必須訴諸道德原則，在一般案件，法官仍然必須以實證法規範作為判決的依據，易言之，如果有基於實證法的理由可資適用的話，則在通常的情況下，道德原則對於法官的決定並無影響。有一種反對 Alexy 原則論證的方式是主張，實證法未必都具有開放結構，有可能存在著某個法律體系，在這個法律體系當中對於每個可能的案件都可以從實證法的規定中推導出解決之道，因此沒有所謂的困難案件。Alexy 對此的回應是，經驗上或許可能存在著這樣的法律體系，但這樣的法律體系不是一個最低限度發展的法律體系(a minimally developed legal system)，他的安置命題針對的是已經發展到一定程度的法律體系，即每個最低限度發展的法律體系必然會包含道德原則<sup>42</sup>。事實上，否認困難案件存在的反駁並不是一個有力的反駁，甚至也不是法實證主義者會採用的反駁方式。這個反駁預設了某個封閉無漏洞的法律體系，司法裁判不須參酌任何政策目標或道德原則等法律以外的準則，就可以從實證法規定中演繹出每個案件的答案，這樣的預設或許是概念法學(Begriffsjurisprudenz)的主張，卻不是法實證主義者如哈特的主張。相反的，法實證主義的裁量命題正是承認了實證法規範必然具有不完備性(incompleteness)與不可決定性(indeterminacy)的特徵，從而無法對於每個可能的案件預先確定解決之道，正由於實證法規定具有不完備性與不可決定性，使得法官在困難案件中勢必要訴諸法律以外的準則來作出判決<sup>43</sup>。

---

決定的產物，其正確性也不取決於任何人的思慮行動，但和文法規則不同，在損害賠償的案件中，算術規則仍是法官計算損害賠償數額的證立基礎（雖然不是唯一的基礎），法官最後作出被告應賠償若干金額的判決，必須是正確計算的結果，按照 Kramer 的論證，是不是我們也要接受「算術規則被安置為法律的一部分，算術規則也是法律規範」的奇怪結論呢？

42 ALEXY, *supra* note 19, at 74.

43 對於哈特而言，實證法的不完備性與不可決定性主要來自於，法律規範所使用的語

如上所述，否定實證法必然具有開放結構並不是對於 Alexy 論證的一個良好反駁。我認為，Alexy 以開放結構為出發點的原則論證的最大問題在於，他的論證似乎把原則的地位限縮為一種補充性的角色，亦即原則的功能只在於填補實證法的漏洞：只有當欠缺基於來源的法律(source-based laws)，或者當基於來源的法律具有模糊性或相衝突時，法官才必須訴諸道德原則。在我看來，Alexy 對於道德原則如何進入到法律中的看法其實相當接近於 Matthew Kramer 所稱的「溫和的包容法實證主義」(moderate or mild inclusive legal positivism)。儘管包容法實證主義者都肯認，法效力或法律性的判準可以包含道德條件，從而道德原則有可能僅憑其內容的道德正確性而成為法律規範的一部分，但按照 Kramer 的看法，對於法效力或法律性的判準如何安置道德原則，又可以再區分強弱兩種不同立場。強的立場主張，法效力或法律性的判準可以只包含道德條件，更精確一點說，道德正確性可以是法效力的唯一充分條件，倘若如此，則在任何情況下，道德原則都可以僅憑其實質內容的價值而成為法律的一部分，Kramer 將此種主張稱之為「強韌的安置主義」(robust Incorporationism)；弱的立場則主張，法效力或法律性的判準仍必須由系譜或來源所構成，只有當基於系譜或來源的法規範有所闕漏時，道德的正確性才能夠作為法效力或法律性的充分條件，換言之，只有在困難案件中，道德原則才能夠僅憑其內容的價值而轉化成為法律規範，Kramer 將此種主張稱之為「溫和的安置主義」(mild Incorporationism)<sup>44</sup>。有趣的是，Alexy 並不是一個認為法效力或法律性的判準可以完全由道德條件所構成的強韌安置主義者。相反的，Alexy 的法概念論主張，法概念的三要素「權威制定

---

言表述存在著自然語言先天就具有的開放結構（如文字的模糊性與不確定性），以及在遵循先例時，決定系爭案件與先前判決之間是否類似的相似性標準(the standard of similarity)也具有開放不確定的特性，見 HART, *supra* note 5, at 124-136.

44 KRAMER, *supra* note 41, at 2-3, 24-43. 關於包容法實證主義內部兩種不同立場的簡要介紹，亦參見莊世同，前揭（註7）文，頁63。

性」(authoritative issuance)、「社會的實效性」(social efficacy)與「道德正確性」(moral correctness)分別構成了三種法效力的判準，即「狹義的法律效力」(juridical validity or legal validity in a narrower sense)、「社會學的效力」(sociological validity)與「道德的效力」(moral validity)<sup>45</sup>。質言之，Alexy 仍然認為，法效力的判準必然包含了社會實效與權威制定等社會事實的來源條件，他與法實證主義的區別之一在於，他認為法效力的判準還必然包含了道德正確性的條件<sup>46</sup>。按照 Alexy 的原則論證與不正義論證，只有在下列兩種情況下道德正確性的條件會被用來判斷一個規範是否具有法效力。第一種情況就是處於開放結構的困難案件，如前所述，由於此種案件無法透過依據社會來源的實證法規範來解決，此時作為證成判決理由的道德原則即可憑藉其內容的正確性，透過法官的衡量而被安置成為法律規範。第二種情況針對的是內容極端不正義的實證法規範。Alexy 依循並發展了「賴德布魯赫公式」(The Radbruch's Formula)，認為由權威制定，並且具有社會實效的實證法規範，即便其內容具有道德瑕疵，原則上仍具有法效力，但如果其道德瑕疵到達極端不正義的程度時，則會失去法效力而不能夠被視為是法律規範<sup>47</sup>。此時，道德原則的功能是一種消極性的「門檻限制」(threshold constraint)：一條規範未必由於其內容具有道德正確性就具有法效力，但卻會因為其內容嚴重違反道德原則而失去法效力，準此，道德正確性只是法效力或法律性的必要條件而非充分條件。由此可以看出，何以 Alexy 對於道德原則如何進入法律的看法相當近似於溫和的包容法實證主義。一方面，如同溫和的安置主義所主張的，Alexy 似乎認為，只有在困難案件中，法官才必須援引道德原則作為判決的理由，因此，只有在困難案件中道德原則才會由於

---

45 ALEXY, *supra* note 19, at 85-88.

46 Alexy 和哈特式的法實證主義的另一個區別在於，哈特式的法實證主義認為法效力的判準是一種成規，Alexy 則反對此種主張，見 ALEXY, *supra* note 19, at 121-123.

47 ALEXY, *supra* note 19, at 40-68; Alexy, *supra* note 20, at 282.

其實質內容的正確性而被安置成為法律的一部分；另一方面，包容法實證主義內部的爭議在於，道德正確性在何種情況下可以作為法效力的充分條件，但不論強韌或溫和的安置主義，都不否認道德正確性可以作為法效力的必要條件<sup>48</sup>，亦即實證法規範必須不牴觸某些道德原則，才不會失去法效力<sup>49</sup>。

撇開 Alexy 與包容法實證主義的相似處不談，Alexy 的原則論證的最後一個問題（我認為也是最為根本的問題）在於他對於法概念的看法。如前所述，Alexy 提出原則論證是為了要證成聯結命題，而他對於聯結命題最初的表述則是（9）「法律的概念必然包含了道德的要素」。儘管 Alexy 後來將聯結命題轉化為關於法效力或法律正確性的主張，但他的必然安置命題仍然預設了「法律」是由一組規範所構成的集合。這點從他對於「法律」的定義可以很清楚地看出：「法律是一個規範體系……它包含了在法律適用過程中為了實現正確性宣稱所依據的（或／且必須依據的）原則和其它規範性論據」<sup>50</sup>。儘管 Alexy 提出了程序性法律體系的想法，但這個想法只不過提出了一個有別於法實證主義的，用來區分哪些規範屬於法律一部分的判準。由於 Alexy 將「法律」視為一組可由特定的判準來加以區分的規範所構成的集合，他的聯結命題（9）實際上將等於必然安置命題（7）「道德原則必然被安置成為法律的一部分」。然

48 強韌與溫和安置主義的爭議點在於，道德正確性是否能夠作為法效力的「唯一」判準，亦即法效力的充分條件是否可以完全只包含道德條件。Kramer 認為強韌的安置主義以 Coleman 的理論為代表，但 Coleman 是否真的如 Kramer 所稱的，是一位主張法律性判準可以只包含道德條件的強韌安置主義者，頗有疑問。Coleman 對於 Kramer 的回應與批評請見 Jules Coleman, *Constraints on the Criteria of Legality*, 6 LEGAL THEORY 171, 177-183 (2000).

49 事實上，Alexy 的不正義論證所定的門檻限制可能比包容法實證主義還要高，因為按照賴德布魯赫公式，實證法規範不會由於其內容不正義就失去法效力，而必須是嚴重違反了正義原則的要求，才會喪失其法律性。

50 ALEXY, *supra* note 19, 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."

而，如前所述，Alexy 用來支持 (7) 的論證並不成功，Alexy 認為，「凡是適用法律的官員在法律的開放領域中為了實現正確性宣稱，其決定所依據（或必須依據）的[理由]都屬於法律」<sup>51</sup>，但正如 Raz 的批評所指出的，並非所有在法律適用過程中被用來證成判決的理由都能夠被視為是法律規範，從「法官有義務適用道德原則以證成其判決」不能推論出「道德原則因此就成為法律的一部分」。問題是，如果道德原則不能夠被安置成為法律的一部分，是否反法實證主義就是一個失敗的理論主張？如果 Alexy 的聯結命題 (9) 等於必然安置命題，答案似乎是肯定的。安置命題預設了「法律」是一個規範體系，其爭議點在於道德原則是否可能或必然屬於法律體系的一部分。但正如之前引述德沃金《規則的模式 II》的那段文字，我們未必要將「法律」視為一組由特定規範所構成的集合。不將「法律」視為一個由規範集合，甚至否定道德原則可能成為法律規範的一部分，並不意謂著完全排除道德原則對於法律的作用。Alexy 的原則論證雖然不能成功地證立必然安置命題，但它仍然顯示了，道德原則的確會影響判決的正確性，法官（在困難案件中尤為明顯）必須訴諸道德原則來確定法律的內容，亦即什麼是法律所要求、允許或禁止者。我們不一定要，甚至不應該將反法實證主義的聯結命題等同於必然安置命題，如同本文「壹」指出的，反法實證主義者的聯結命題應被理解為 (5)「確定法律的存在與內容時必然要訴諸道德評價」，主張 (5) 不一定要接受 (7)，必然安置命題不成立，不蘊含聯結命題就是個失敗的主張，事實上，要證成 (5) 也無須訴諸必然安置命題，關於這點，我將在下文「肆」提出比較詳細的說明。

---

51 ALEXY, *supra* note 19, at 129: “Everything on which an official applying the law in the open area of law bases and/or must base a decision in order to satisfy the claim to correctness belongs to the law.”

## 參、包容法實證主義的偶然安置命題

### 一、透過成規而安置

在上一節我指出了 Alexy 的必然安置命題在論證上的缺陷，接下來我將檢討包容法實證主義的偶然安置命題所面臨的一些問題。包容法實證主義主張較弱的安置命題：

(3\*) 道德原則可能，但不必然被安置成為法律的一部分。

在法實證主義證陣營中，與包容法實證主義針鋒相對的排它法實證主義則主張

(3<sup>+</sup>) 道德原則不可能被安置成為法律的一部分

我將 (3\*) 稱之為「偶然安置命題」。在討論包容法實證主義證成 (3\*) 的論據之前，有必要先說明法實證主義的一些共同特徵。除了可分離命題與社會事實命題之外，正如德沃金的批評所指出的，法實證主義者將「法律」視為一組由特定的判準所區分的規範所構成的集合，這個判準必須能夠區分，哪些規範具有法效力（是法律規範），哪些規範不具有法效力（不是法律規範），這個區分判準就是所謂的法效力或法律性判準，典型的代表就是哈特的承認規則<sup>52</sup>。法實證主義更主張，法效力或法律性判準的存在是一個特定的社會事實，它是由相互趨向一致的行為與態度所構成的社會成規(a social convention constituted by an interdependent convergence of behavior and attitude)。法實證主義者都接受下面這個主張：

---

52 值得注意的是，在考慮德沃金長久以來的批評之後，Coleman 已經逐漸放棄了堅持區分「法律的」與「非法律的」判準的必要性，而認為法實證主義真正的主張是「確定法律內容的要素必然是由社會事實所決定」(“necessarily the social facts determine the determinants of the content of the law”)，見 Jules Coleman, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, 22 *RATIO JURIS* 359, 380-384 (2009)。Coleman 的這個主張接近於下文「肆」對於法實證主義的刻畫，但其深遠的理論意涵則無法在此詳述。

(15) 法效力或法律性的判準是一種社會成規。

我將 (15) 稱之為「成規命題」(the conventionality thesis)<sup>53</sup>。

包容法實證主義與排它法實證主義最主要的分歧在於，他們對於成規性的法效力或法律性判準是否能包含道德條件有不同的看法<sup>54</sup>。排它法實證主義堅持系譜命題——或者 Raz 所稱的「來源命題」(the sources thesis)——認為法效力或法律性的判準只能夠由社會來源所構成，我們只能夠依據規範的形式來源，而不能根據其實質內容的道德價值來判斷其是否具有法效力（是否為法律規範）<sup>55</sup>，換言之，排它法實證主義主張：

53 哈特在《法律的概念》一書的後記中，已明白表示承認規則是一種社會成規，HART, *supra* note 5, at 254-259, 267，對此的討論亦請見莊世同，〈再訪 Hart 的承認規則〉，林文雄教授祝壽論文集編輯委員會主編，《當代基礎法學理論——林文雄教授祝壽論文集》，頁83-90（2001年）。關於法實證主義的成規命題，詳見 COLEMAN, *supra* note 17, at 74-102; MARMOR, *supra* note 5, at 1-53，中文的詳盡介紹亦請參見陳景輝，前揭（註7）書，頁170-241。

54 包容法實證主義與排它法實證主義之間關於成規性的法效力判準還有兩點分歧。第一，包容法實證主義者 Coleman 曾經認為，承認規則是一種為了解決在判斷法效力時反覆出現的協調問題的協調成規(coordination convention)。見 Jules Coleman, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in HART'S POSTSCRIPT: ESSAYS ON THE POSTSCRIPT TO THE CONCEPT OF LAW 117-121 (Jules Coleman ed., 2001); COLEMAN, *supra* note 17, at 92-95；排它法實證主義者 Marmor 則認為，承認規則是一種建立鑑別法律來源的部分自主實踐的構成成規(constitutive convention)，見 MARMOR, *supra* note 5, at 19-24。關於這點分歧的扼要中文介紹，請見莊世同，前揭（註7）文，頁64-65。第二，包容法實證主義者如 Coleman 多認為，承認規則是一種賦予義務的成規性規則(duty-imposing conventional rule)，它使得官員負有法律義務去適用其所規定的法效力判準。見 COLEMAN, *supra* note 17, at 84-95，但排它法實證主義者如 Marmor 則認為，承認規則的作用只在於決定一個社群中哪些規範算是法律規範，但其本身並不構成司法義務的來源，依 Marmor 之見，法官是否應該遵循承認規則，純粹是個道德問題，而不是法律義務的問題。見 MARMOR, *supra* note 5, at 22-33。關於法實證主義內部關於成規命題的爭議，詳見 Kenneth Einar Himma, *Inclusive Legal Positivism*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 125, 129-135 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002)。

55 MARMOR, *supra* note 5, at 50-55。值得注意的是，Raz 雖然接受法效力或法律性判準的存在，但他似乎並不認為法效力或法律性的判準必然是哈特式的成規性承認規則。見 RAZ, *supra* note 32, at 90-98。Raz 用來證立來源命題的最重要論據也不是訴諸法效力判準的成規性質，而是「法律必然會宣稱其具有正當權威」這個關於法律本質的主張。見 RAZ, *supra* note 3, at 210-237。

(2<sup>+</sup>) 法效力或法律性的判準不可能包含任何道德條件。

相反的，包容法實證主義則認為，法效力或法律性的判準本身雖然是一種社會成規，但判準的內容除了社會來源之外，還可以包含道德價值作為法效力的條件，因此仍有可能根據規範的實質內容來判斷其是否具有法效力<sup>56</sup>，換言之，包容法實證主義主張

(2<sup>\*</sup>) 法效力或法律性的判準可能包含道德條件。

道德條件又可以兩種不同的方式被包含成為法效力或法律性判準的一部分。第一種方式是作為法效力或法律性的充分條件，第二種方式則是作為法效力或法律性的必要條件。如果道德條件是法效力的充分條件，那麼當某個規範的內容符合了某些道德原則的要求時，它即具有法效力，易言之，如果法律性的判準包含了道德性的充分條件，那麼一個非由權威所制定、欠缺系譜或來源的規範，仍可以僅憑其實質內容的道德價值而成為法律規範。相反的，如果道德條件只是法效力的必要條件，則道德原則本身無法成為法規範的生效要件，它只能作為基於系譜或來源而有效的法規範的法效力限制條件：凡是符合系譜或來源條件的規範，除非其內容違反道德條件，否則基本上皆具有法效力；換言之，當實證法規範抵觸某些道德原則的要求時，會失去法效力，但一個規範無法僅因其內容符合道德原則的要求，就具有法效力<sup>57</sup>。

排它法實證主義反對法效力或法律性的判準可以包含任何道德條件——不論是作為充分條件或必要條件，但包容法實證主義者則認為法效力或法律性的判準可以包含道德條件作為充分條件或必要條件。哈特在《法律的概念——後記》中顯然接受了包容法實證主義的主張，他認為作為法效力判準的承認規則，未必只能夠由系譜

---

56 COLEMAN, *supra* note 17, at 107-109.

57 關於道德條件作為法效力的充分條件與必要條件的問題，詳見 Himma, *supra* note 54, at 136-139.

或來源式的判準所構成，相反的，「承認規則可以將符合道德原則或實質價值安置為法效力的判準……承認規則所提供的判準未必只是系譜式的，而可以是對於立法內容的實質限制，就像美國憲法增修條文第十六條關於建立國教或第十九條剝奪選舉權的規定一樣」<sup>58</sup>。當然，哈特之所以接受包容法實證主義的主張，是為了回應德沃金在《規則的模式》一文中的挑戰，包容法實證主義肯認道德條件可以作為法效力或法律性的充分條件，等於是承認了道德原則可以僅憑其實質內容的價值而成為法律規範（或具有法效力）。由於本文關切的是安置命題的爭議，因此以下我將僅著眼於道德條件作為充分條件的問題。

如前所述，排它與包容法實證主義的分歧來自於他們對於德沃金的原則論證提出了不同的回應策略。不論排它與包容法實證主義都不否認德沃金所指出的一個事實，即法官（特別是面臨困難案件時）經常會援引某些道德原則來解決法律爭議，這些道德原則對於法官具有拘束力。按照德沃金《規則的模式》一文的通常解讀方式，原則之所以對於法官具有拘束力而必須為法官所援用，是因為原則屬於法律的一部分，而原則之所以能夠成為法律規範，則是由於其實質內容的價值在道德上的吸引力，而非通過系譜判準的測試。由於排它法實證主義堅持系譜命題，因此排它法實證主義者完全反對原則可憑藉其實質內容的價值而成為法律一部分的主張。對於道德原則在法律中如何發揮作用，排它法實證主義有三種可能的說明方式<sup>59</sup>。第一種方式是認為，由於道德原則不符合系譜或來源

---

58 HART, *supra* note 5, at 250 (“[T]he rule of recognition may incorporate as criteria of validity conformity with moral principles or substantive values...there is nothing in my book to suggest that the plain-fact criteria provided by the rule of recognition must be solely matters of pedigree; they may instead be substantive constraints on the content of legislation such as the Sixteenth or Nineteenth Amendments to the United States Constitution respecting the establishment of religion or abridgements of the right to vote.”).

59 關於排它法實證主義如何說明原則在法律中作用的方式，見 Shapiro, *supra* note 15, at 32; COLEMAN, *supra* note 17, at 106-107.

條件，因此既不具有法效力，對於法官也沒有拘束力。當法官適用道德原則時，其實是在行使德沃金所稱的「強意義的裁量」(discretion in the strong sense)，亦即法官所援引的乃是法律以外的準則，這些準則不具有法律上的拘束力，法官可以自由決定是否以及如何適用道德原則以解決法律爭議。這種說明方式堅持了德沃金所攻擊的法實證主義教條，但並不是一個良好的回應，因為它忽略了德沃金所指出的，同時也為許多法實證主義者所承認的，即道德原則有時的確對於法官具有拘束力的事實。當然，這並不是排它法實證主義所能採取的唯一說明方式。排它法實證主義的第二種說明方式是，儘管可以承認道德原則有時的確是具有法律拘束力的規範，但原則之所以對於法官具有拘束力，仍是因為其通過了系譜或來源判準的測試，而非根據其內容，換言之，道德原則之所以能夠成為具有法律拘束力或甚至是具有法效力的規範，是由於其曾經為某個權威所採納（例如立法者的制定或曾為判決先例所援引）。這種說明方式相當於上文「貳」的「透過實證法的安置」，不過，它的問題在於，在許多困難案件中，法官認為其必須適用的原則，常常從未被制定法或判決先例等權威來源所援引過，例如德沃金所舉的 *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* 一案中，法官所訴諸的原則「汽車製造商對於汽車的製造、促銷和銷售都負有較嚴格的特殊責任」，就未曾有任何一個判決先例中出現過，但是該案的法官仍然認為，這是一條具有法律拘束力的原則。排它法實證主義的第三種，可能也是最具說服力的說明方式是，透過區分「對於官員具有拘束力的規範」(norms that are binding on officials)以及「作為社群法律一部分的規範」(norms that are part of a community's law)來論證，即便道德原則有時對於法官具有拘束力，它們也未必就是法官所屬社群的法律的一部分。按照 Raz 的看法，每一個滿足系譜或來源判準的規範都是具有法效力的規範，從而是法律的一部分；具有法效力的規範（＝法律規範）固然對於法官具有拘束力，但並非所有對於法官具有拘束力的規範，都是法官所屬社群的法律規範的一

部分。正如前面利用 Raz 的類比論證所指出的，按照涉外民事法律適用法的準據法規定，台灣的法官有時必須適用德國法的規定來解決他所面臨的案件，他負有援引德國法的義務，別無選擇的餘地，但是德國法在某些案件中對於台灣法官具有拘束力，並不意謂著德國法因此就被「安置」為台灣法的一部分。同樣的，不能從「道德原則對於法官具有拘束力」這個事實，就推導出「道德原則是法律的一部分」的結論。對於 Raz 而言，法官適用道德原則時固然是在進行裁量，但所謂「裁量」，指的只是法官運用法律以外的準則來解決法律爭議，它並不意謂著法官不受這些準則的拘束，而可以自由決定是否以及如何適用這些準則<sup>60</sup>。

綜上所述，排它法實證主義肯認，道德原則可以透過不同的方式進入到法律論證，它們可能是無拘束力的非法律準則，也可能因為通過系譜或來源判準的測試而成為有拘束力的法律規範，但也可能對於法官具有拘束力，卻不是法律的一部分。無論如何，排它法實證主義堅持，道德原則不可能僅透過其實質內容的價值就成為法律規範或具有法效力，這正是「不可能安置命題」或「必然排除命題」的主張。包容法實證主義同樣肯認，道德原則在法律論證中扮演了重要的角色，但包容法實證主義不只認為道德原則有時對於法官具有拘束力，同時還認為，道德原則之所以具有拘束力，是因為它們是具有法效力的規範，它們是法律的一部分。包容法實證主義更進一步主張，道德原則可以憑藉其實質內容的價值而成為法律的一部分。包容法實證主義顯然接受了德沃金在《規則的模式》中對於法實證主義的批評，放棄了系譜命題。然而，包容法實證主義者相信，這樣的退讓並不違背法實證主義的基本立場，包容法實證主義的代表人物 Coleman 就極力主張，偶然安置命題——亦即「道德原則可以藉其實質內容的價值而被安置成為法律的一部分」——

---

<sup>60</sup> Raz, *supra* note 18, at 842-848; RAZ, *supra* note 32, at 46; Raz, *supra* note 38, at 10-12, 14-17.

和成規命題與可分離命題是相容的<sup>61</sup>。

包容法實證主義的論證可以分成兩個階段：首先，從(2\*)「法效力或法律性的判準可能包含道德條件(作為充分條件)」可以導出(3\*)「道德原則可能被安置成為法律的一部分」，因為法律性判準所包含的道德性充分條件可以使得道德原則不根據其系譜或來源，而是透過其實質內容的價值成為法律規範。其次，包容法實證主義主張(2)「法效力或法律性的判準雖然可能，但不必然包含道德條件」，換言之，仍然可能存在一個法律體系，其法效力或法律性的判準完全由系譜或來源條件所構成，在這個法律體系當中，沒有任何道德原則可以僅憑其實質內容的價值就成為法律規範，因此，道德原則只是可能，但不必然透過其實質內容而被安置成為法律的一部分。而(2)是從(15)「法效力或法律性的判準是一種社會成規」所導出的。成規命題之所以能確保(2)「法效力或法律性的判準不必然包含道德條件」乃至(3)「道德原則不必然被安置成為法律的一部分」，則是由於社會成規所具有的任意性(arbitrariness)特徵。所謂「任意性」，指的是一個社群會踐行什麼樣的成規來規範某個類型的行動，取決於這個社群大部分成員的一致性行為，面對同樣的狀況，社群的成員可能踐行不同的社會成規，卻可達到相同的目的<sup>62</sup>。例如，關於用路方向的問題，在英國，行人車輛應該靠

61 Coleman, *supra* note 54, at 114-133.

62 儘管成規的任意性是證成(2)的關鍵論據，但包容法實證主義的代表 Coleman 對於任意性的問題並未多所著墨，反倒是排它法實證主義者 Marmor 詳細說明了成規的任意性(雖然成規的任意性並不是排它法實證主義用來證成「(2\*)法效力或法律性的判準不可能包含道德條件」的論據)。按照 Marmor，成規的任意性表現在於，如果規則 R 是某個社群的社會成規，那麼至少有另外一個可能被遵循(雖然實際上並未被這個社群所遵循)的規則 R' 可以達到相同的目的。Marmor 將「成規規則的任意性」(the arbitrariness of conventional rules)精確地定義如下：

「假設 A 是社群成員在狀況 C 遵守規則 R 的主要理由，R 是一條任意的規則，當且僅當至少有另外一條規則 R'，倘若社群成員在 C 的狀況下遵循 R'，那麼對於所有的社會成員而言，A 會是遵循 R' 而非 R 的充分理由。並且，在狀況 C，R 和 R' 通常不可能同時被遵守。」見 Marmor, *supra* note 5, at 10-11.

左走，在台灣卻應該靠右走，選擇要靠左走或靠右走完全是任意的，不管靠哪一邊走的成規，都可以解決用路的協調問題。再比方說，台灣人參加喜宴時是用包紅包的方式來表達對於新人的祝福，但並非不可想像，在另一個時空背景下，台灣人參加喜宴時以送實用禮物的方式來祝福新人。一個社群會有什麼樣的社會成規，完全取決於各該社群成員所一致接受並遵循的行為模式。同樣的，每一個法律社群的法效力或法律性判準會有什麼樣的內容，則取決於各個社群的司法實踐，亦即各該社群的法律官員們實際上都根據哪些事實或標準來判斷一個規範是否具有法效力（是否為法律規範）。如果某個社群的司法實踐將道德條件作為法效力的判準之一，那麼這個社群就會將道德原則安置成為其法律的一部分，但這個社群的司法實踐也可能完全只根據社會來源來判斷一個規範是否具有法效力，那麼它的法效力判準就不會包含任何道德條件。因此，社會成規的任意性，使得法效力判準是否會包含道德條件，乃至道德原則是否會被安置成為法律的一部分，成為一個偶然的事實問題。

我將包容法實證主義用來支持偶然安置命題的論證稱為「透過成規而安置」(incorporation by convention)。為了與 (3\*) 有所區分，我按照 Coleman 的用語，將 (2\*) 「法效力或法律性的判準可能包含道德條件」這個主張稱之為「安置主義」(Incorporationism)<sup>63</sup>。按照成規命題，作為法效力或法律性判準的承認規則是一種社會成規，按照安置主義，承認規則可以包含道德條件，一個包含道德條件作為法效力判準的承認規則具有如下的形式：

(IRR)一個規範是法律規範（具有法效力），如果它來自於某些

---

必須注意的是，Marmor 強調，遵循某個成規的理由 A 不是（至少不完全是）成規所欲實現的目的，而是其它成員也都遵循同一個成規的事實，見 ANDREI MARMOR, SOCIAL CONVENTIONS: FROM LANGUAGE TO LAW 12 (2009).

<sup>63</sup> Coleman, *supra* note 54, at 100.

社會來源  $S_1, \dots, S_m$  或者／並且滿足了道德條件  $M_1, \dots, M_n$ <sup>64</sup>。

我將(IRR)稱之為「包容性的承認規則」(inclusive rule of recognition)。

## 二、對「透過成規而安置」的批評

包容法實證主義透過成規以安置道德原則的主張，遭到來自德沃金與排它法實證主義兩方面的批評。德沃金認為，包容性的承認規則與承認規則的成規性質不相容。德沃金最主要的論點是，道德原則固有的爭議性，使得法官對於哪些道德原則滿足了法效力判準中的道德條件，以及滿足這些條件的道德原則在具體案件中的要求為何，都會產生分歧；然而，趨向一致的行為實踐卻是社會成規存在的必要條件，包含了道德條件的承認規則所可能引發的分歧，破壞了構成社會成規所必要的行為一致性，因此，安置主義與成規命題彼此互不相容<sup>65</sup>。

排它法實證主義對於包容法實證主義最重要的批評來自於 Raz 的「權威論證」(the argument from authority)與 Scott Shapiro 的「實踐差異命題」(the practical difference thesis)<sup>66</sup>。Raz 的權威論證主張法律必然宣稱其具有正當權威（正當權威宣稱，the claim to legitimate authority），儘管法律權威實際上不一定具有正當性，但法律的正當權威宣稱預設了，法律必然具有作為權威的資格(being capable of being authority)，這意謂著，法律規範具有權威指令(authoritative directives)的特性，而權威指令最重要的特性之一就

---

64  $S_1, \dots, S_m$ 之間可能是以連言（「且」）或選言（「或」）的方式相互聯結， $M_1, \dots, M_n$ 之間亦同。

65 DWORKIN, *supra* note 4, at 188-198, 德沃金對於成規主義的批評可溯自他早期對於哈特社會規則理論的攻擊，見 DWORKIN, *supra* note 6, at 48-58. 關於包容性承認規則的道德爭議，亦見莊世同，前揭（註53）文，頁91-96。

66 關於權威命題與實踐差異命題，中文的詳盡介紹請見陳景輝，前揭（註7）書，頁215-259。

是，儘管權威制定規範時會考量某些道德理由，但我們不必訴諸這些權威所依據的道德理由就能夠確定權威指令的存在及其內容，因此，法律規範作為權威指令，它必須不仰賴道德評價就能夠加以鑑別。然而，包容性承認規則使得我們必須訴諸道德評價來判斷一個規範是否為法律規範，這顯然和法律必然宣稱其具有正當權威的特性不相容，因此，倘若正當權威宣稱是法律的本質特徵，則安置主義就不能成立<sup>67</sup>。

Shapiro 的實踐差異命題則是從法律的行為導引功能出發，主張法律規範作為權威指令必然會造成實踐差異，亦即法律規範會改變行動者在實踐推理中的理由結構(the structure of reasons in practical reasoning)。簡單說，如果行動者不訴諸某個規範，卻仍然有動機或有理由作出符合這個規範所要求的行動的話，那麼這個規範就沒有造成實踐差異。包容性承認規則雖然可以讓道德原則成為法律規範，卻會使其無法造成實踐差異。Shapiro 的論證可以粗略地概述如下：假設有某個道德原則 *P* 所表彰的實質價值被包含成為承認規則的道德條件，因此 *P* 透過其內容即具有法效力，從而是法官判決所必須依據的法律規範。然而，既然承認規則包含該道德條件，一個受到包容性承認規則所指引的法官，本來就會有動機去適用包括 *P* 在內的相關道德原則以證成其判決，換言之，*P* 並沒有構成一個額外的理由，*P* 所提供的理由本來就已經被包含在承認規則當中。因此，*P* 並沒有造成實踐差異：不論法官是否訴諸 *P*，他都會作出符合 *P* 的要求的判決。由此顯示了，安置主義和實踐差異命題不相容，法律規範必須造成實踐差異才能發揮行動導引的功能，但是符合包容性承認規則的道德條件而具有法效力的規範，卻無法造成實踐差異，它們不具備法律規範所必須有的行為導引功能，因

---

67 RAZ, *supra* note 3, at 211-220, 226-230. 關於 Raz 的權威論證，亦參見王鵬翔，〈法律、融貫性與權威〉，《政治與社會哲學評論》，24期，頁36-42（2008年3月）。

此不能算是真正的法律規範<sup>68</sup>。

排它與包容法實證主義之間關於安置主義、權威命題與實踐差異命題的論戰，大概是過去10年來法實證主義內部爭論最為熱烈的焦點<sup>69</sup>。不過，本文不打算深入討論這個爭論，我將提出另外2個略為不同的論點來批評包容法實證主義「透過成規而安置」的主張。我的第一個論點可稱之為「空洞化的論證」(the argument from trivialization)。我將指出，為了化解道德爭議性對於成規性質的威脅，以及盡可能包含所有相關的道德原則，包容性承認規則所包含的道德條件將變得非常抽象空洞，這種空泛的承認規則將無法發揮法實證主義所企圖達到的，區分法律規範與非法律規範的功能。我的第二個論點可稱之為「無差異性的論證」(the argument from indifference)。按照包容法實證主義，僅當道德原則被安置成為法律的一部分，它們才會具有法效力，法官也才受其拘束；然而，如果道德原則是因為其實質內容的價值而應被法官所援引，那麼不論它們是否透過安置而被轉化為法律規範，對於法官都具有拘束力，換言之，道德原則的拘束力並不仰賴於安置與否。

先說明空洞化的論證。包容法實證主義認為，包容性的承認規則仍然是一種社會成規，而社會成規存在的前提要件在於，第一，存在著趨向一致的行為模式 (pattern of convergent behavior，例如大多數社會成員喝喜酒時都會包紅包)；第二，社會成員對於此種

---

68 Scott Shapiro, *On Hart's Way Out*, in HART'S POSTSCRIPT: ESSAYS ON THE POSTSCRIPT TO THE CONCEPT OF LAW 149, 149-191 (Jules Coleman ed., 2001).

69 參見如 Kenneth Einar Himma, *H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis*, 6 LEGAL THEORY 1, 1-43 (2000); W. J. Waluchow, *Authority and the Practical Difference Thesis*, 6 LEGAL THEORY 45, 45-81 (2000); Scott Shapiro, *Law, Morality and the Guidance of Conduct*, 6 LEGAL THEORY 127, 127-170 (2000); Kenneth Einar Himma, *Law's Claim of Legitimate Authority*, in HART'S POSTSCRIPT: ESSAYS ON THE POSTSCRIPT TO THE CONCEPT OF LAW 271, 271-309 (Jules Coleman ed., 2001); COLEMAN, *supra* note 17, at 120-148; KRAMER, *supra* note 41, at 18-75. 關於這場爭論的介紹與評述，則參見 Himma, *supra* note 54, at 147-165；陳景輝，前揭（註7）書，頁260-297。

行為模式採取一種批判反思的規範性態度(critical reflective normative attitude)——即哈特所稱的內在觀點(internal point of view)<sup>70</sup>：社會成員將這種一致的行為模式作為自己遵從成規的行動理由（例如：因為大家喝喜酒都包紅包，所以我喝喜酒也應該包紅包），並且以此作為批評他人偏離行為以及要求他人遵守成規的理由（例如：既然大家喝喜酒都包紅包，所以你喝喜酒也應該包紅包，你若不包紅包就是一種錯誤的失禮行為）。同樣的，承認規則的成規特性就在於，既然大部分的司法官員都將某些事實（如立法者的制定、判決先例）當作是法效力的判準，都把符合這些判準的規範當作是有效的法律規範而予以適用，那麼個別的司法官員也應該將這些事實當作是法效力的判準，並且將符合這些判準的規範當作應予適用的法律規範。

由此可以看出，成規性承認規則存在的前提在於，司法官員對於哪些事實或條件構成了法效力的判準具有共識(agreement)。然而，如果道德價值判斷本身就具有爭議性，那麼安置主義和成規命題將存在著緊張關係。按照安置主義，承認規則可以包含道德條件，包容性承認規則使得道德原則可以憑藉其實質內容而成為法律的一部分。按照成規命題，包容性的承認規則是一種社會成規，準此，某個原則 *P* 之所以具有法效力，是因為 *P* 的內容滿足了承認規則所包含的道德條件 *M*，並且司法官員都將 *M* 這個條件當作是法效力的判準之一。然而，要採納哪些道德價值作為法效力的條件，往往是個有爭議的問題，如果法官各自持有分歧的道德信念，那麼他們對於包容性承認規則的內容（亦即承認規則要包含什麼樣的道德條件）也會有所爭議，這樣的爭議將會威脅包容性承認規則作為社會成規的存在可能性。要特別強調的是，這種爭議可能並不影響法官都將某個特定的原則 *P* 視為具有拘束力的法律規範，重點

---

70 COLEMAN, *supra* note 17, at 75-78.

在於，法官是根據不同的道德條件來判定原則是否具有法效力，只是在關於  $P$  的法效力問題上不同的道德條件恰巧有交集。舉例來說，甲乙兩位法官可能都同意「人民有透過電台廣播表達意見的權利」( $P_1$ )是具有法效力的原則，但甲是以「促進個人自我實現的言論應該受到保障」( $M_1$ )這個道德價值，乙則是以另外一個道德價值「有助於公意形成、健全民主的言論應該受到保障」( $M_2$ )作為認定  $P_1$  具有法效力的根據。如果甲和乙各自根據不同的道德價值來判斷原則是否具有法效力，那麼他們其實並沒有遵循相同的法效力判準，在其它案件當中，他們對於另一個規範（例如「某甲有在地下電台刊播藥物廣告的權利」）是否具有法效力可能就會有不同的看法，換言之，在判斷原則是否具有拘束力的問題上，甲和乙之間並沒有一個共同遵循的成規，因為他們並沒有接受或運用相同的判準。我們不能夠說「『人民有透過電台廣播表達意見的權利』是法律規範，因為它的內容符合了法官所共同接受的某個道德條件」，相反的， $P_1$  這條原則之所以對甲乙都具有拘束力，是基於他們各自獨立的實質價值判斷，而不是由於其符合了某種成規性的道德條件<sup>71</sup>。

面對道德爭議性對成規命題的威脅，包容法實證主義有兩個可能的解決之道。第一個方式是，即便法官對於支持  $P_1$  成為法律規範的道德條件為何有爭議，但他們至少對於  $P_1$  具有拘束力這一點具有共識。那麼我們可以採取一種直截了當的安置方式，就是將「人民有透過電台廣播表達意見的權利」這條原則包含成為承認規則的一部分。但如果只安置  $P_1$  的話，顯然過於片面，因為正如德沃金與 Alexy 所指出的，原則的適用必須與其它相關的原則相互衡

---

71 按照德沃金的術語，我們可以說  $P_1$  這個原則屬於德沃金所稱的「協同道德」(concurrent morality)而非「成規道德」(conventional morality)。協同道德的特性在於，即便社會成員都同意某個相同的規範，但這個規範並不以社會成員具有共識的事實作為其成立的理由，對於個別的社會成員而言，協同道德規範的拘束力來自於其各自獨立的道德信念；相反的，成規道德則是以社會成員的共識與普遍遵從的行為實踐作為其存在的前提，對此請參見 DWORKIN, *supra* note 6, at 53-54.

量，法官不能（事實上也不會）僅以  $P_1$  作為其裁判的依據，而必須考量到其它的相關原則  $P_2$ （例如名譽權的保護或是維護國民健康等等可能與  $P_1$  相衝突的原則），如果  $P_2$  和  $P_1$  一樣對於法官具有拘束力，那麼它也必須被包含為承認規則的一部分。倘若如此，則一條完備的包容性承認規則必須將所有相關的道德原則都包含在內。然而，這種臃腫的安置方式面臨了兩個問題：第一個問題是，姑且不論我們是否有可能列舉所有關的道德原則，這條臃腫的包容性承認規則很難被看作是法效力或法律性的「判準」，因為它只是把所有實際上被考量、援用的道德原則通通塞進承認規則的表述當中，卻沒有提供一個條件式的特徵（至少像「立法者制定」或「判決先例」這類系譜條件一樣明確可作為判準的特徵）來告訴我們，如何去判斷哪些道德原則是法律規範，哪些不是，這樣的承認規則是空泛而無用的<sup>72</sup>。第二個問題是，這種安置方式仍然無法完全消除道德原則所帶來的爭議性，其原因在於，原則具有德沃金所稱的「重要性面向」，原則必須透過衡量才能確定其在個案中所支持的法律效果是否成立，但原則的重要性程度往往是有爭議的，並且，在不同的案件中原則的相對比重有可能改變，不同的來源條件之間通常有固定的優先順序（例如「上位法優先於下位法」或「行政命令抵觸法律者無效」），但這種絕對的優先關係在原則之間並不存在。因此，即便我們能夠將相關的道德原則都安置成為承認規則的一部分，但由於原則衡量的爭議性，使得我們無法預先確定，在具體個案中哪一個原則所支持的才是有效的法律規範<sup>73</sup>。

72 DWORKIN, *supra* note 6, at 44: “If we designate our rule of recognition by the phrase ‘the complete set of principles in force’, we achieve only the tautology that law is law.”（「如果我們用『有拘束力的原則的全部集合』這個說法來指稱我們的承認規則，我們只會得到『法律就是法律』的同義反覆」）。

73 這點是德沃金在《規則的模式》中就已提出的批評，見 DWORKIN, *supra* note 6, at 35-36. Coleman 提出的補救之道是區分「生效規則」(validation rule)與「鑑別規則」(identification rule)。Coleman 認為，承認規則只是設定法效力判準的生效規則，它的功用在於提供法官或其它官員判斷一個規範是否具有法效力的標準，但承認規則未必能夠完全發揮鑑別規則的功能，亦即它未必能夠幫助社會成員在每個具體個案

包容法實證主義化解道德爭議性對成規命題威脅的第二種方式是採取 Coleman 關於成規的「內容爭議」(disagreements about the content)與「適用爭議」(disagreements about the application)的區分<sup>74</sup>。關於內容的爭議，是對於哪些條件（不論是社會事實或道德評價）構成了法律性判準的爭議；關於適用的爭議，則是對於這些條件在個案中是否滿足的爭議<sup>75</sup>。比方說，我們可能都同意，承認規則的內容包含了「最高法院的判例為有效的法律規範」這樣的判準，但對於某個最高法院的判決實際上是否被選為判例卻有爭論，從而對於該判決是否具有拘束力有疑問。像這樣的爭論就是一種對於法律性判準在適用上的爭議。但我們也可能對於「最高法院的判例是否構成法律的來源？」這個問題本身就有爭論，這個爭論則是關於法律性判準內容的爭議。包容法實證主義可以容忍成規性的承認規則在適用上有爭議，卻不能接受關於承認規則內容的爭議<sup>76</sup>。倘若我們對於承認規則的內容為何有爭議的話，那麼就不存在著用來鑑別法效力的社會成規，因為我們（至少就有爭議的部分而言）

---

中都可確定哪個規範是有拘束力的法規範。按照這樣的區分，官員對於被安置為生效條件的道德原則並無爭議，有爭議的是因為原則衡量所引起的鑑別問題，但對 Coleman 而言，鑑別問題的爭議只是對於生效條件在具體案件中的適用爭議，見 Jules Coleman and Brian Leiter, *Legal Positivism*, in *A COMPANION TO PHILOSOPHY AND LEGAL THEORY* 241, 251-252 (Dennis Patterson ed., 1996).

74 Coleman, *supra* note 16, at 152-154; COLEMAN, *supra* note 17, at 116-118; Coleman, *supra* note 54, at 130-133;

75 用 Coleman 的話來說，關於內容的爭議是對於「成規性規則是什麼？」(what is the conventional rule?)的爭議，關於適用的爭議則是對於「成規性規則在個案中的要求是什麼？」(what does the conventional rule require in a particular case?)的爭議，COLEMAN, *supra* note 17, at 116.

76 Coleman 後來改採 Michael Bratman 的「共享合作行為」(shared cooperative activity, SCA)的理論來說明承認規則的成規性質，並認為依此我們仍然可對承認規則的內容有所爭議而不影響其成規性(COLEMAN, *supra* note 17, at 96-102)。Coleman 這個取向至少必須證明，第一，法律實踐的確是一種 SCA；第二，SCA 的確是一種受成規規制的活動，但按照德沃金的想法，Coleman 並未成功地證成這兩點，見 DWORKIN, *supra* note 4, at 195-198。由於 SCA 與法律的成規性牽涉太多複雜議題，在此只能暫且擱置。值得注意的是，Coleman 近來已轉向認為法實證主義者未必要堅持承認規則，甚至是成規性的法律性判準的存在，見 Coleman, *supra* note 52, at 362-383.

對於哪些事實構成了法效力或法律性的判準並無共識。如前所述，道德爭議對於成規命題的威脅就在於，道德爭議往往是一種關於內容的爭議，就像在前面的例子當中，甲和乙兩位法官採用不同的道德條件作為法效力的判準，他們並沒有遵循同一條鑑別法律的社會成規。面對這個問題，包容法實證主義可以採取所謂「抽象化的策略」(the abstraction strategy)來回應。這個策略是，將包容性承認規則所包含的道德條件用非常抽象概括的道德詞項來表述，從而將內容的爭議都轉化為適用的爭議<sup>77</sup>。以前面的例子來說，甲和乙由於採取不同的道德條件，因此對於「在地下電台刊播藥物廣告是否應受法律保障」這個問題有爭議，但他們都會同意「言論自由應受保障」這個較抽象的原則，如果我們將這個抽象原則作為法效力的道德條件的話，那麼甲和乙的爭論就會變成一種適用上的爭議（「在地下電台刊播藥物廣告」是否屬於「言論自由」的範疇）。這個抽象化的方式還可以化解前述衡量的爭議性。假設甲和另外一個法官丙，對於言論自由和維護國民健康這2條原則孰輕孰重有爭議，所以對於「在地下電台刊播藥物廣告是否應受法律保障」這個問題也有不同意見，但無論如何，他們都會同意，法官應該「正確地衡量」或「公平、妥當地裁判」，如此一來，他們的爭議可視為對於在具體案件中如何衡量才算「正確」，或如何裁判才符合「公平、妥當」要求的適用爭議。抽象化策略為了將內容爭議都轉化為適用爭議，最後只能將包容性承認規則所包含的道德條件改寫成非常空洞的表述，例如「凡符合公平、正義之要求者即為法律」或是「凡是內容具有道德正確性的規範即具有法效力」<sup>78</sup>。這種空洞的包容

77 關於抽象化策略及其問題，亦可參見 DWORKIN, *supra* note 4, at 192-194.

78 典型的例子就像 Coleman 所表述的包容性承認規則：「一條宣稱『一條規範，除非它是公平的，否則就不能是法律』的承認規則，看來是將道德性當作是法律性的必要條件。一條宣稱『某些特定的規範是法律，因為其表彰了正義或公平的面向』的承認規則，看來是將道德性當作是法律性的充分條件。」（“A rule of recognition that claims no norm can be law **unless** it is fair appears to treat morality as a necessary condition of legality. A rule of recognition that claims that certain norms are law **because**

性承認規則至少有兩個缺陷：第一個缺陷是，抽象化的策略其實無法真正消除內容的爭議。當兩個法官爭論什麼是「言論自由」的內涵，或者當他們對於何謂「公平、正義」有不同看法的時候，他們的爭議並不是像「某個判決是否被最高法院選為判例」這種經驗性的爭議，而毋寧是對於抽象道德條件的語意內容(the semantic content)的爭論。如果我們對於規則表述的語意內容有不同認知的話，那麼很難說我們實際上是在遵循同一條規則<sup>79</sup>。第二個缺陷是，跟前述試圖列舉所有相關道德原則的安置方式相較，抽象化的包容性承認規則所包含的道德條件，如「符合公平、正義的要求」或「內容具有道德正確性的規範」的確可作為判準式的特徵，根據這些條件我們可以判斷哪些道德原則具有法效力。然而，問題在於，這些高度抽象的道德條件幾乎可以安置所有可能的道德規範，包含這種道德條件的承認規則或許表面上維持了承認規則的成規性質，但它只是一個空洞的法效力或法律性判準，完全無法發揮法實證主義者所想要達到的，區分法律規範與非法律規範的功能，空洞化的包容性承認規則只會模糊，甚至消弭了法律規範與道德規範的界限。

再看無差異性的論證。如前所述，不論排它或包容法實證主義都接受道德原則有時（至少在困難案件中）對於法官具有拘束力的事實，而包容法實證主義說明為何道德原則具有拘束力的論證方式是：因為道德原則具有法效力，是法律的一部分，所以對於法官具

---

they express a dimension of justice or fairness treats morality as a sufficient condition of legality”), COLEMAN, *supra* note 17, at 126.

79 這正是德沃金的「語意之刺論證」(the semantic sting argument)的出發點，見 RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 31-46 (1986)。同樣捍衛成規命題的法實證主義者 Marmor 也反對 Coleman 區分內容爭議與適用爭議的解決方案，Coleman 預設了成規的內容和成規的適用之間有落差，但 Marmor 認為，在成規的內容和其適用之間沒有縫隙可言，成規本身就是由其在個案適用的實踐所構成的，一旦我們不清楚成規是否可適用至具體個案上，那麼對於系爭的問題就沒有成規式的解決之道，見 MARMOR, *supra* note 5, at 58.

有拘束力。而道德原則之所以具有法效力，則是因為它們滿足了承認規則所包含的道德條件（或者承認規則可以安置道德原則作為法律性條件），包容性承認規則使得道德原則可以憑藉其實質內容的價值而被安置成為法律的一部分。不過，包容法實證主義的這種論證方式會碰到一個難局。首先，如道德原則對於法官具有拘束力的話，那麼這個拘束力來自於其內容的道德正確性，這也是為什麼包容法實證主義者會主張，欠缺來源依據的道德原則仍可以憑藉其實質價值而被安置成為法律的一部分。其次，包容法實證主義更想要強調的是，道德原則具有「法律上」的拘束力，而一個規範要具有法律上的拘束力，就必須是法律規範，按照法實證主義的教條，一個規範是法律規範，當且僅當它滿足了由承認規則所表述的法效力或法律性條件。換言之，包容法實證主義主張，只有當承認規則將道德原則安置成法律的一部分，道德原則才具有法律上的拘束力。但這個主張卻會導致不融貫的後果。

按照成規主義，法效力或法律性的判準是一種社會成規。因此，如果道德原則是透過成規性承認規則的安置才成為法律規範的話，那麼它的拘束力將來自於社會成規的規範性而不是來自於其實質內容的價值。所謂「成規的規範性」(the conventional normativity) 簡單說就是：「大家都這麼作的事實，構成了我也跟著這麼作的理由」<sup>80</sup>。倘若道德原則的拘束力來自於司法社群中存在著以道德原

---

80 關於成規規則的規範性，詳見 COLEMAN, *supra* note 17, at 86-91; MARMOR, *supra* note 5, at 25-48. 關於承認規則的成規規範性問題及其批評，亦見莊世同，前揭（註53）文，頁100-106。莊世同清楚地指出，一般而言，通常我們不會基於別人都這樣作的（一階）理由，就認為自己和其他人「應該」或者「有義務」這麼作，除非存在著某種二階的實踐理由，足以讓我們相信，跟著別人作是「對的」、「應該的」或是「好的」。莊世同指出，哈特欠缺一套二階理由的理論來說明承認規則的規範性。相較之下，Coleman 的協調成規理論倒是彌補了這個缺陷。簡單說，協調成規的規範性來自於，比起各自按照自己所偏好的行動選項而行事，我們都更為偏好採取一致性的行為，這個論點主要見諸賽局理論中的納許均衡(Nash equilibria)，例如所謂的「兩性戰爭賽局」(battle of the sexes)，此處無法詳述，見 Coleman, *supra* note 17, at 93-94。在這裡只能指出，如前所述，法官之所以都援引某一個道德原則，是因為

則來解決法律爭議或者運用道德條件以判斷法效力的成規，那麼法官之所以必須適用道德原則的理由將會是「因為其它的法官都援引道德原則作為判決的理由（都根據道德條件來判定規範的法效力），所以我在裁判時也應該援引道德原則作為理由（我也應該根據道德條件來判定規範的法效力）」。但這顯然和道德原則的拘束力來自於其實質內容價值的主張相矛盾<sup>81</sup>。如果某個法官是基於「人民有透過電台廣播表達意見的權利」這條原則的實質價值而援引其作為裁判的依據，那麼即便這條原則從未被其它法官所援引過，它仍然對於這個法官具有拘束力。用 Alexy 的話來說，法官不是由於遵循成規，而是為了證成其判決的正確性，才必須訴諸道德原則作為判決的理由<sup>82</sup>。同樣的問題出現在包容性承認規則的抽象道德條件當中。毫無疑問，絕大多數的法官都同意，法官應該「公平、妥當地」裁判，法律規範必須符合「公平、正義」的要求。但我們似乎很難說，公平、正義等抽象的政治道德要求之所以對於任何一個法官都具有拘束力，是因為其它法官都這麼認為，或者因為其它法官事實上都作出公正的裁判。如果一個法官發現，他的同僚都不認

---

他們各自採用的道德條件恰巧交集，而未必是為了作出一致性的行為所致；再者，包容性承認規則的空泛化，將使得「作出一致性的行為」同樣會淪為空洞的一致性，試想，如果兩個法官唯一有共識的就是「公平、正義」這樣抽象的道德條件，卻在許多案件當中對於「公平、正義」的要求是什麼有爭議，這樣我們還會認為這兩個法官鑑別法效力的行為具有一致性嗎？這樣的問題或許是 Coleman 後來放棄協調成規理論而改採 SCA 的原因之一。

81 對於這個批評，一個可能的回應是，對於法官有拘束力的道德原則都屬於德沃金所稱的「成規道德」(conventional morality)，如果某個道德原則屬於成規道德，那麼其拘束力就來自於社會成員共同遵循的社會實踐。但如前所述，由於道德原則的鑑別及適用具爭議性，法官在法律論證中援用作為判決理由的道德原則往往不是成規性的道德，它們的拘束力不是來自於成規性的社會實踐；再者，這樣的看法也違背了哈特式法實證主義的一個教條：在一個法律體系中，除了承認規則之外，別無其它的法律規範是以「接受」這個社會事實作為其存在或有效的基礎。關於後面這一點，見 DWORKIN, *supra* note 6, at 41-43.

82 Alexy, *supra* note 28, at 14-15: "It is superfluous to base the incorporation of moral principles by virtue of their correctness into the law by means of a rule of recognition *qua* 'conventional normative practice'." (「透過作為成規規範性實踐的承認規則來安置憑藉其正確性即可被安置成為法律的道德原則是多餘的。」)

為法律規範應該符合公平正義的要求，而且也都不作出公正的裁判（例如完全以性別或貧富作為判定原告勝訴或敗訴的理由），那麼他是不是就要認為自己就不負有公正裁判的義務，也不必再援引道德原則來解決法律爭議<sup>83</sup>？

總結來說，如果原則的拘束力來自於其實質內容的價值，那麼透過成規而安置是多餘的。即便包容性的承認規則能夠將道德原則安置成法律的一部分，法官仍然是基於實質的道德價值，而不是為了遵循成規，所以才必須適用道德原則；如果原則是由於其內容在道德上的正確性而具有拘束力的話，即便承認規則沒有安置道德原則，它仍然會被法官援引作以裁判的理由，因此，不論成規性的承認規則是否將道德原則轉化成為法律的一部分，都不會影響其拘束力，套用 Shapiro 的術語，包容性的承認規則沒有造成實踐上的差異<sup>84</sup>。

#### 肆、超越安置命題：什麼是使得法律命題為真的根據？

我在上文「參」、「肆」分別批評了 Alexy 的強安置命題（必然安置命題）與包容法實證主義的弱安置命題（偶然安置命題）。接下來的問題是，如果強弱兩種安置命題都不成立，是否意謂著反法實證主義的聯結命題是個失敗的主張，甚至只有排它法實證主義才是唯一站得住腳的立場？我認為未必。正如上文「壹」所述，安置

---

83 關於這點批評，亦請參照 DWORKIN, *supra* note 4, at 193-194.

84 正如 Raz 所指出的，安置命題最大的問題之一在於，安置命題給人的印象是，只有透過安置，道德原則才能被法官所適用，但如果道德原則具有普遍可適用性，那麼道德原則在被安置之前即具有拘束力，倘若如此，所謂「安置」是用什麼樣的方式將道德原則轉化為法律？法律的安置是否增加了一個額外的、要求我們適用道德原則的理由？Raz, *supra* note 38, at 16-17.

命題的爭論焦點在於「道德原則是否必然被包含成為法律的一部分」，法實證主義的可分離命題與反法實證主義的聯結命題之間的爭論焦點則是「確定法律的存在與內容（即確定什麼是法律所要求、禁止或允許者）時是否必然涉及道德評價」。這兩個問題是不同的問題。以下我將先說明，如果法實證主義之爭如 Alexy 所主張的，是一個關於「法律的概念是否必然包含道德要素」的爭議，那麼上述這兩個問題其實處於不同的法概念的脈絡；接下來我將指出，如果反法實證主義的聯結命題是「確定法律的內容時必然涉及道德評價」這樣的主張，則這個主張與安置命題成立與否不相關。

關於安置命題的爭論，如前所述，不論 Alexy 或法實證主義這一方，其實都預設了「法律」是一組由特定的判準所區別的規範所構成的集合，這個判準可以區分，哪些規範屬於法律的一部分（具有法效力、是法律規範），哪些規範不屬於法律的一部分（不具有法效力、不是法律規範）。用德沃金的話來說，這樣的法概念是一種「分類式的法概念」(the taxonomic concept of law)，當我們運用分類式的法概念時，我們關切的是某個特定的規範是否屬於「法律」這個集合的一部分<sup>85</sup>。因此，安置命題的問題「道德原則是否可被安置成為法律規範？道德原則是否具有法效力？」是一種典型的分類式爭議。Alexy 與法實證主義者其實都採取了分類式的法概念，他們之間的分歧毋寧在於，對於法律規範與非法律規範之間的區分判準要如何畫分，以及這個判準的性質為何有不同的看法。如果 Alexy 早先所主張的聯結命題 (9)「法律的概念必然包含了道德的要素」是一個關於分類式法概念的主張，那麼必然安置命題 (7) 的確是證成 (9) 所不可或缺的充分且必要條件。但正如上文所指出的，Alexy 用來支持 (7) 的是一個有缺陷的論證。Alexy「透過衡量而安置」這個論證的前提 (13)「凡是法官在證成其判決的司法論

---

85 DWORKIN, *supra* note 4, at 4-5, 232-240.

證中所必須援引的理由都必然屬於法律的一部分」是個有問題的主張。同樣的，包容法實證主義試圖以「透過成規而安置」的方式來支持一個較弱的分類式主張，即「法律規範的集合可能包含了道德原則」，但其論證也面臨了前述成規性判準的空洞化以及無差異性的問題。

不過，分類式的法概念並不是唯一的法概念，我們未必要將「法律」理解為一組由特定判準所區別的規範構成的集合。當我們在主張或陳述法律的內容(the content of the law, legal content)，亦即法律所禁止、要求或准許者為何時，所使用的是一種不同的法概念。我們可以將關於法律內容的陳述稱之為「法律命題」(propositions of law)，例如「法律要求汽車製造商應對其產品的缺陷負嚴格責任」、「法律禁止在公共場所吸菸」、「某甲有在地下電台刊播藥物廣告的法律權利」。按照德沃金的看法，表述法律命題時所使用的法概念是「教義學的法概念」(the doctrinal concept of law)。當我們使用教義學的法概念時，我們所關切的是一個法律命題是否為真（或是否正確）<sup>86</sup>。德沃金進一步區分了「法律命題」與「法律根據」(grounds of law)<sup>87</sup>。所謂「法律根據」指的是使得法律命題之所以為真的事實，例如「立法院三讀通過，總統公布菸害防制法相關規定」這個社會事實，是使得「公共場所不得吸菸」這個法律命題為真的根據；或者「消費者應予保護」這個評價事實<sup>88</sup>，是使得「汽車製造商應對其缺陷產品所造成的損害負嚴格責

86 DWORKIN, *supra* note 4, at 2, 162-163, 232-240.

87 DWORKIN, *supra* note 79, at 4-5.

88 本文不對何謂「事實」作出任何形上學的預設，我只假定，一個為真的命題就陳述了一個事實，因此，一個為真的經驗命題陳述了經驗事實，為真的道德命題或評價命題陳述了道德事實或價值事實；同樣的，我們也可以說，一個為真的法律命題陳述了法律事實(legal fact)（關於法律內容的事實，fact about the content of the law）。唯一需要的預設是，法律事實必須透過其它事實來決定，後者比起前者在存有論上是更根本的(ontologically more basic)。法實證主義之爭的問題因而也可以表述為：「哪些事實（社會事實或道德事實）能夠造成法律事實？」關於這種提問方式，可見 Mark Greenberg, *How Facts Make Law*, 10 LEGAL THEORY 157, 157-161 (2004).

任」這個命題為真的根據。法律根據構成了法律命題的真值條件 (the truth conditions of propositions of law)。倘若「確定法律的內容是否必然涉及道德評價」才是法實證主義與反法實證主義的爭論焦點，那麼這個爭論應該是一個教義學法概念的爭議，而不是一個分類式法概念的爭議，也就是說，爭議的問題應該是「什麼構成了法律命題的真值條件？」（「哪些事實構成了法律根據？」），而不是「哪些規範屬於法律的一部分？」。關於道德原則在法律中的地位，按照德沃金的看法，真正的問題在於，在決定法律命題是否為真時是否必須訴諸、適用道德原則，至於作為法律根據，使得法律命題為真的道德原則是否要被貼上「法律規範」或「具有法效力」這樣的標籤，並不是問題的重點。用德沃金的話來說，真正的重點在於道德原則是否必然屬於法律命題的真值條件，而不是道德原則是否必然被包含成為法律的一部分<sup>89</sup>。

倘若反法實證主義只主張，法律命題的真值條件包含了道德原則，而不堅持道德原則必然是法律的一部分，則 Raz 對於 Alexy 必然安置命題的批評其實不難回應。回想國際私法的類比。假設某個台灣法官在審理一個位於柏林的不動產物權糾紛時，必須適用德國法的規定以決定被告張三是否應返還原告李四所有的房屋。毫無疑問的，如果這個台灣法官沒有正確地解釋並適用相關德國物權法的規定的話，他就無法作出一個正確的判決。我們可以承認，德國物權法不會因為法官的適用就變成台灣法律的一部分，但在這個案件中，德國物權法的確屬於「張三應返還李四所有之房屋」這個法律命題的真值條件。同樣的，如果法官不考量道德原則即無法作出正確的法律決定的話，那麼道德原則必然屬於這個決定所表述或所依

---

<sup>89</sup> DWORKIN, *supra* note 4, at 234-239. 以前舉的算術規則為例，我們可以承認，在計算損害賠償數額的案件中，算術規則屬於法律命題真值條件的一部分，關於被告應負多少的損害賠償數額，如果法官沒有正確地適用算術規則，那麼他將會得到一個錯誤的法律命題，但我們不必因此就認為，算術規則因而就是法律的一部分。

據的法律命題的真值條件——即便我們不必因此認為道德原則就被「安置」成為法律的一部分。正如前面的無差異性論證所指出的，倘若道德原則是因為其實質內容的價值，使得法官必須援引其作為證成某個法律命題為真的根據，則它們是否要被貼上「法律規範」的標籤其實已無關緊要。如果法律命題的真或正確性必然仰賴於道德的正確性（這是最近 Alexy 對於聯結命題的表述，見前述(10)），那麼這不是因為道德原則必然屬於法律的一部分，而是因為道德原則必然屬於法律命題的真值條件。

如前所述，「什麼是使得法律命題為真的根據？」才是法實證主義與反法實證主義之爭的焦點問題。法實證主義的社會事實命題主張，法律根據基本上是由非評價性的社會事實所構成，反法實證主義的主張則是，法律根據還必然包括了像是道德原則這種評價性事實。我們可以把法實證主義的可分離命題改寫為下面的主張：

(16) 法律命題的真值條件不必然包含道德原則。

反法實證主義的聯結命題則可改寫為

(17) 法律命題的真值條件必然包含了道德原則。

當然，(16) 只是法實證主義對於法律根據的消極主張，法實證主義的積極主張是：

(18) 法律命題的真值條件必然包含了非評價性的社會事實。

不過，反法實證主義者如 Alexy 並不反對 (18)，事實上，幾乎沒有哪一個反法實證主義者主張法律根據完全只由道德事實所構成，因此，反法實證主義的聯結命題應該更精確地表述如下：

(17\*) 法律命題的真值條件除了社會事實之外，還必然包含了道德原則所陳述的評價事實。

就法律根據由何種事實所構成的問題上，排它法實證主義主張強的社會事實命題<sup>90</sup>，即：

(19) 法律命題的真值條件必然只包含了非評價性的社會事實。

包容法實證主義所主張的則是弱的社會事實命題，它允許道德原則在某些案件中能夠作為法律命題為真的根據，但包容法實證主義仍然堅持，道德原則要能成為法律命題的真值條件，仍必須建立在社會事實的基礎上，例如存在著援引道德原則作為裁判根據的司法成規實踐。包容法實證主義的弱社會事實命題因而可表述如下：

(20) 法律命題的真值條件必然包含了非評價性的社會事實，但也可能包含了道德原則，當且僅當存在著某個社會事實將道德原則作為法律命題真值條件的一部分。

(20) 是包容法實證主義關於法律命題真值條件的主張（關於法律命題真值條件的「安置主義」），按照 (20)，我們最終仍必須訴諸社會事實來決定什麼構成了法律根據<sup>91</sup>。反法實證主義的主要任務在於證成 (17) 或 (17\*)。從前面的論證可以看出，安置命題不是聯結命題成立的必要條件：安置命題不成立（「道德原則不必然，或甚至不可能被安置成為法律的一部分」），不蘊含聯結命題（「道德原

---

90 Raz 對於強社會事實命題的表述是：“A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value neutral terms and applied without resort to moral arguments”（「一個法理學理論是可接受的，僅當其用來鑑別法律的內容及決定其存在的測準完全仰賴於可用價值中立的詞彙所描述的人類行為，且其適用無需訴諸道德論證」），RAZ, *supra* note 32, at 39-40，簡單說，就是「法律的存在或內容可以只訴諸社會事實來決定，毋須仰賴道德考量」（“The existence and content of the law can be determined by social sources and without relying on moral considerations”）。*Id.* at 53.

91 我相信(20)符合了 Coleman 最近對於包容法實證主義核心主張的表述“Necessarily social facts determine the determinants of legal content”（「社會事實必然決定了法律內容的決定要素」，此處“the determinants of legal content”相當於法律根據），見 Coleman, *supra* note 52, at 384-385.

則必然屬於法律命題的真值條件」) 就是個失敗的主張；但即便安置命題是聯結命題的充分條件，由於安置命題不成立，因此我們也無法由其推導出聯結命題，換言之，反法實證主義者必須要能夠不訴諸安置命題來證成聯結命題。限於篇幅，以下我只能大致勾畫可採取的論證策略並指出可能面臨的問題。

第一個可供考慮的策略是前述 Alexy 基於法律的開放結構與實現正確性宣稱的論證（即前述以 (11) 和 (12) 為前提的論證）。按照這個論證，法律必然具有開放結構，處於開放結構的困難案件，沒有社會事實所構成的法律根據（即基於來源的根據，sources-based grounds），此時法官為了實現其判決所提出的正確性宣稱（為了證成其判決所陳述或依據的法律命題為真），必然只能援引道德原則作為法律根據，因此，法律命題的真值條件必然包含道德原則。但我認為 Alexy 這個論證只將道德原則視為一種「補充性的根據」（supplementary grounds）：僅當欠缺基於來源的根據時，道德原則才會進入到法律命題的真值條件當中，如果存在著基於來源的根據，那麼除了在某些特殊情形（例如像是賴德布魯赫公式所針對的，實證法規定的內容極端不正義的情形）道德原則會發揮限制性的作用（否定社會來源的法律根據資格）之外，否則道德原則對於法律命題是否為真並無影響。

我認為，Alexy 基於開放結構的論證過分低估了道德原則在法律命題的真值條件中所扮演的角色。另外一個論證的策略是將道德原則視為一種「根本性的法律根據」（fundamental grounds of law）<sup>92</sup>。這個論證的出發點是，不論法實證主義或反法實證主義都承認，某些非評價性的社會事實（例如「立法院三讀通過、總統公布」、「最高法院作出了某個判決先例」等等）構成了法律命題為真

---

92 這個想法主要來自於 Nicos Stavropoulos, *Why Principles?*, 28 OXFORD LEGAL STUD. RES. 1-36 (2007), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1023758](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023758)##. (最後瀏覽日：2010年5月1日。)

的根據。但這些社會事實之所以能夠構成法律根據，不是理所當然的事情，可以說，社會事實和法律內容（即法律命題所陳述的事實：「法律要求、允許、禁止……」）存在著某種縫隙(gap)，這個縫隙顯現在於下面這個問題：「為什麼某些事實能夠決定法律的內容？為什麼某些事實的出現能夠使得法律命題為真？」。從這個觀點來看，各種法理學主張其實都各自嘗試提出這個問題的答案，提出不同的理論或方法來跨越或彌補這個縫隙<sup>93</sup>。例如 Alexy 早期似乎認為，社會事實之所以能構成法律根據是概念上的必然(conceptual necessary)，他主張，法概念必然包含了權威制定性與社會實效性的要素，如果這是一個教義學法概念的主張，則他似乎認為，權威的制定和實效等社會事實，概念上必然屬於法律命題的真值條件的一部分。Alexy 雖然費盡心力試圖論證「法律在概念上必然會提出正確性宣稱」、「法律在概念上必然也含了道德正確性的要素」，但對於權威制定和社會實效為什麼必然構成了法概念的要素，他卻沒有多作說明<sup>94</sup>。

93 請注意，在這個問題的表述中，我並沒有特別強調「社會」事實，換言之，這是一個根本一般性的問題，即便主張道德事實必然構成了法律根據的反法實證主義者，也會面臨「為什麼某些道德事實能夠決定法律的內容？為什麼道德事實能夠使得法律命題為真？」的問題，換言之，道德事實與法律內容之間同樣存在著某種縫隙。一個有趣的問題是，社會事實和法律內容之間的縫隙，以及道德事實和法律內容之間的縫隙，是不是具有同樣的性質，是不是能夠用同樣的方式去彌補？對於這個問題，我目前還沒有明確的想法，只能待未來進一步研究。

94 我認為，Alexy 的問題在於，他並沒有清楚說明何謂「概念上的必然」。在某些段落中，他似乎將其視為像是「未婚男子是單身漢」這種分析真的語句，例如，他認為「某個由權威制定且具有社會實效的規範 *N* 不是法律，因為其違反了基本的（道德）原則」（“The norm *N* is authoritatively issued and social efficacious but not law, for it violated fundamental principles”）這句話並未自我矛盾（不是「未婚的男子某甲不是單身漢」這樣的矛盾），因此，法律和道德的聯結在概念上並非不可能(ALEXY, *supra* note 19, at 22)。如果是這樣的話，「概念上的必然」似乎是個語意問題，但社會事實是否必然構成法律根據，顯然並不是個語意問題。最近 Alexy 開始強調，法概念的主張是基於某種評價性或規範性的考量，Alexy 最近提出的「法律的雙重本質」(the dual nature of law)理論認為，法律必然包含了事實的面向(the real or factual dimension)與理想的面向(the ideal dimension)，這兩個面向又分別聯結於兩種抽象的價值或原則，與權威面向相關的價值包括了法安定性、程序正義、與公平性等原則，與理想面向相關的抽象價值則是實質正義的原則。見 Alexy, *supra* note 20, at 292-297; Alexy,

在我看來，某個事實之所以能夠構成法律根據，不是一個概念問題（至少不是「法律」這個概念的意義或使用規則的問題），而是「給予理由」(reason-giving)的問題，法律根據和法律內容之間的關係是一種理由關係(reason-based relation)<sup>95</sup>，質言之，某個事實 F 構成了法律根據，意謂著 F 是某個法律命題 *p* 為真的理由，或者說，F 構成了某個法律權利或法律義務成立的理由。舉例來說，「立法院三讀通過、總統公布了菸害防制法相關規定」這個事實，構成了「在公共場所不得吸菸」這個法律命題為真的理由。倘若如此，則前述的縫隙問題將轉化為：「為什麼某些（社會）事實能夠作為法律命題為真（法律權利或法律義務成立）的理由？」。哈特式的法實證主義提出的跨越縫隙方案是訴諸社會成規，社會成規決定了哪些事實能夠構成法律根據（提供了法律命題為真的理由）。但這面臨了兩個問題。第一個是前述的成規規範性的問題：為什麼其它法官都將某個事實 F 當作法律根據，我就也應該將 F 作為法律命題為真的理由？為什麼大多數法官的共識與一致性的行為實踐，對於決定什麼是法律根據的問題是重要的？第二個問題是前面曾經指出的，成規的存在建立在共識之上，如果法律根據是由社會成規所決定，這意謂著社會成員（至少法律社群的官員）對於哪些事實構成了法律根據具有共識。問題在於，在法律實踐當中，經常出現對於法律根據的爭議，我們可以（事實上也經常如此）去爭論「為什麼某個事實 F 可以作為法律根據？為何 F 能夠構成法律命題為真的理由？」，如果這樣的爭論存在的話，那麼我們對於哪些事實能

---

*supra* note 39, at 52-53。倘若如此，則他所謂「概念上的必然」可能接近於形上必然性(metaphysical necessity)，即關於法律本質(the essence or nature of law)的主張，或其實是規範必然性(normative necessity)，但無論如何不是分析真的問題。

95 這正是 Mark Greenberg 所主張的，法律內容的決定要素(the determinants of the content of the law)和法律內容之間的 rational-relation requirement，詳見 Greenberg, *supra* note 88, at 164-166; Mark Greenberg, *Hartian Positivism and Normative Facts: How Facts Make Law II*, in *EXPLORING LAW'S EMPIRE: THE JURISPRUDENCE OF RONALD DWORKIN* 265, 268-271 (Scott Hershovitz ed., 2006).

夠構成法律根據其實並無共識，當然也就不存在著確定法律根據的社會成規<sup>96</sup>。

對於「為什麼某些（社會）事實能夠構成法律命題為真的理由？」這個問題，反法實證主義的回答是：某個非評價性的社會事實 F 如果能夠構成法律根據的話，背後必然有某種道德價值的支持，這個價值使得 F 能夠成為法律命題為真的理由<sup>97</sup>。換言之，反法實證主義者必須訴諸某種道德價值來跨越社會事實和法律內容之間的縫隙<sup>98</sup>，這個主張可以表述為下面這個命題：

(21) 沒有道德原則的支持，社會事實無法構成法律根據。

道德原則以兩種方式來支持社會事實成為法律根據。首先，哪些社會事實有資格成為法律根據，取決於特定政治道德的評價考量。例如，為什麼是不是個別選民的政治偏好、利益團體的意見或者執政黨的政策決議，而是立法者的決定構成了法律義務的來源？如果立法者的決定能夠構成法律義務的來源，那麼是制定法的文字意義、還是立法者的意圖能夠決定法律的內容為何？為什麼是最高法院的判決先例，而不是模擬法庭的判決或者某個法學教授的見

---

96 這種爭議就是德沃金所稱的，關於法律根據的理論性爭議(theoretical disagreements about the grounds of law)，見 DWORKIN, *supra* note 79, at 4-5, 11。關於哈特式的承認規則無法彌補社會事實與法律內容之間的縫隙的問題，詳見 Greenberg, *supra* note 95, at 271-284。Greenberg 的論證相當精緻深入，值得注意，但在這裡無法進一步討論。

97 這個想法的背後涉及了一個理由論的問題：非評價性的事實如何能夠構成理由？是價值還是事實構成了理由？上述的回答預設了，只有價值（這裡的價值是廣義的，包含了個人的偏好或欲望）才能使某個事實成為理由。舉例來說「外面正在下雨」這個事實，之所以能夠成為張三應該帶傘的理由，是因為「張三認為被淋濕是不好的，他不想被淋濕」，如果張三認為淋雨有益身體健康，想要淋雨，則「外面正在下雨」這個事實反而不能成為他應該帶傘的理由。

98 這個想法主要來自於 Nicos Stavropoulos 與 Mark Greenberg 對於德沃金式詮釋主義的重構與發展，見 Stavropoulos, *Interpretivist Theories of Law*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2003), available at <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist>. (Last visited May 1, 2010); Greenberg, *supra* note 88, at 186-197.

解，能夠使得法律命題為真？這些問題的答案仍然必須訴諸某些抽象的政治道德價值，例如，由於立法者的決定是民主的集體決定、或者立法程序能夠公平地顧慮到各方利益等等，為了實現民主原則與程序公平原則，我們應該把「立法者的決定」這個社會事實當作是法律根據。抽象地說，我們必須訴諸特定的政治道德價值（如民主原則、程序公正、法安定性、平等原則等等）來說明，為什麼只有某些特定的社會事實才能使得法律命題為真，而其它的社會事實不能。

然而，我們必須要注意到，這些能夠作為法律根據的社會事實，通常是一些過去的政治決定(past political decisions)，我們可以進一步追問，這些政治決定和法律命題之間的理由關係是什麼？它們提供了什麼樣的理由？有些學者認為，政治決定所提供的理由具有獨立於內容(content-independent)的特性，比方說，「立法者禁止 X 作 A」這個事實，就足以構成「X 有義務不作 A」這個法律命題為真的理由，而與 A 這個行為本身是否是好的、可欲的、道德上是良善的或對的無關<sup>99</sup>。例如，我之所以負有不在公共場所吸菸的法律義務，不是因為吸菸這個行為本身的好壞<sup>100</sup>，而是因為立法者制定了菸害防制法相關規定的這個事實<sup>101</sup>。獨立於內容的特性顯示

---

99 這相當於 Raz 所說的，對於（法律）規則的證立是一種獨立於內容的證立(content-independent justification)，JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION 210-211 (2009).

100 當然，如果我覺得身體健康是個重要的價值，那麼「吸菸有害身體健康」這個事實構成了我不應該吸菸的理由，但這個事實並不構成了「我負有不吸菸的法律義務」的理由。

101 我們要注意到一個細緻的區別。法律義務本身就是一種獨立於內容的理由，如果法律禁止在辦公室裡吸菸，那麼不論吸菸這個行為的好壞與否，我都有理由不在辦公室內吸菸。重點在於，如果法律義務構成了獨立於內容的行動理由（或者說，為真的法律命題陳述了一個獨立於內容的行動理由），那麼法律義務的根據（即法律根據、法律命題的真值條件）似乎也必須具有獨立於內容的特性，亦即我們不能訴諸行為的評價，而只能根據某些非評價性的社會事實來判斷一個行為 A 是否具有「被法律所要求或禁止」的性質（或者說，判斷「法律禁止（或要求）作 A」是否為真）。不過，這個主張還需要進一步的論證。關於這個問題，詳見

出過去政治決定的權威性，權威性的法律根據使得法律命題能夠不依賴於其內容（即被要求或禁止之行為）的評價而為真。我在這裡無法討論政治決定的權威性問題<sup>102</sup>，我只能指出，反法實證主義可能採取的一種削弱獨立於內容特性的方式。反法實證主義者可以這樣論證<sup>103</sup>，前述的民主、程序公平與法安定性等原則，只是確定了哪些社會事實（即前述的過去政治決定）具有成為法律根據的資格，但它們沒有告訴我們，這些政治決定如何對於法律的內容有所貢獻(How do these political decisions contribute to the content of the law)。這個問題的答案或許是，政治決定所欲實現的價值或目的，仍然會影響到法律命題的為真與否，而回答這個問題的關鍵在於，不但特定的社會事實是否能夠作為法律根據必須訴諸道德評價才能加以決定，並且這些社會事實的出現會賦予法律什麼樣的內容（比方說，為什麼法律禁止在公共場所吸菸，卻不禁止在馬路上吸菸），同樣也必須透過某些價值來決定。某個政治權威（例如立法者）之所以作出禁止某個行為的決定，必定是為了實現某個特定的價值或目的，比方說，立法者禁止在公共場所吸菸，是為了維護公共場所的空氣品質，或者避免吸菸者造成不吸菸者的不快，雖然這些目的或價值無法從政治決定的文本（例如菸害防制法的相關規定）看出，但我們仍然可以假設，權威性的政治決定必然是考慮其所要禁止的行為對於這些價值或目的的影響之後作出的<sup>104</sup>。現在的問題在於，這些價值或目的是否會影響到法律的內容。某些法實證

---

Jules Coleman, *Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence*, 27 OJLS 581, 585-594 (2007).

102 對此另參照王鵬翔，前揭（註67）文，頁23-68。

103 這個論證方式類似於德沃金詮釋理論中的「符合」(fit)與「證立」(justification)兩個面向，但論述方式則比較接近於 Stavropoulos 所發展的詮釋主義，見 Stavropoulos, *supra* note 98.

104 請注意，這些價值或目的未必等於立法者的意圖(legislative intention)，立法者具有何種意圖，是個經驗事實問題，但政治決定背後的價值或目的，經常是一種詮釋上的假設(interpretive hypothesis)，這些假設讓我們可以理解，為什麼會作出這樣的決定。

主義者如 Raz 的答案是否定的，他認為這些價值或目的雖然是政治決定所仰賴的理由，但一旦作出政治決定，這些理由就被排除或取代了，我們不能夠再回頭訴諸這些理由來判斷法律命題是否為真<sup>105</sup>。但反法實證主義者必須論證，法律命題之為真與否，仍然敏感於 (sensitive to) 這些價值或目的。這在所謂的假設性案件 (hypothetical cases) 中特別明顯。比方說，如果立法者禁止在公共場所吸菸的目的是為了維護公共場所的空氣品質，避免造成不吸菸者的不快，假設某甲三更半夜在空無一人的廣大公園中抽了一小截菸，既不會影響到其他人，也不會破壞整個公園的空氣品質，那麼在這個狀況下某甲吸菸的行為是否仍然為法律所禁止？或者說，立法者禁菸的目的在於維護國民身體健康，那麼甲可以問說，倘若如此，是不是在任何時間、任何地點他都負有不吸菸的法律義務？或者所有有害身體健康的行為，像酗酒、熬夜等等，同樣也是法律所不允許的？甲甚至還可以進一步追問，為什麼國家可以透過強制力的行使來要求每個人過健康的生活？一個人要過什麼樣的生活，是國家可以干涉的嗎？等等。在這些狀況下法律要求、禁止、允許什麼樣的行為，顯然涉及了我們對於政治決定背後的價值、目的、以及能夠正當化國家強制力行使的政治道德原則為何的理解。

從上面這段簡短的論述已經可以看出，道德原則的角色不再只是填補開放結構的法律根據，相反的，道德原則在確定什麼是法律命題的真值條件的問題中扮演了一個根本重要性的角色，特定的政治道德原則決定了，哪些社會事實才能夠作為法律命題為真的理由，我們也必須訴諸某些價值才能夠說明，作為法律根據的社會事實決定了什麼樣的法律內容，換言之，「為什麼某個事實 F 可以作為法律根據？F 如何能夠使得某個法律命題 *p* 為真」的答案，根本上仍取決於規範性、評價性的考量。

---

105 這就是 Raz 著名的阻斷命題(pre-emptive thesis)，見 RAZ, *supra* note 3, at 211-215.

我認為，比起 Alexy 基於開放結構的論證，上面所勾勒的這個論證方式對於聯結命題 (17) 或 (17\*) 提供了更好的支持。但反法實證主義者會面臨兩個棘手的問題。第一個問題是，法實證主義者可以承認，為什麼某些社會事實能夠成為法律根據，取決於特定政治道德原則的支持；法實證主義者還可以承認，要將什麼樣的事實當作法律根據才能實現這些政治道德原則，也會有所爭議；法實證主義者甚至也不必否認，過去的政治決定對於法律內容的影響，仍取決於政治決定所要實現的價值或目的；法實證主義者只需要堅持一點，就是我們不需要進行道德評價的論證或考量，而只需要訴諸某種社會事實，透過經驗論證而非評價論證就可以確定跨越縫隙的政治道德原則、價值或目的是什麼。這種事實未必是社會成規，而可能是法律實踐參與者所共同許諾的目標(the jointly committed goal)，或者他們的集體意圖或集體信念(collective intention or belief)<sup>106</sup>，換言之，法實證主義者要堅持的是，歸根究底，仍然是社會事實決定了哪些事實——不論是非評價的社會事實（如過去的政治決定）或評價性的道德事實——構成了法律命題的真值條件<sup>107</sup>。

第二個問題是，我們必須區分兩個不同的主張，第一個主張是，道德原則必然被包含在法律命題的真值條件當中（即前述的聯結命題 (17) 或 (17\*)）；第二個主張是，任何一個關於法律命題真值條件（哪些事實構成了法律命題的真值條件）的理論，都必須訴諸道德原則來加以證成。法實證主義者可以接受第二個，卻反對第一個主張<sup>108</sup>。法實證主義可以這樣論證：「如果法律命題的真值條

---

106 舉一個非法律的例子來說，倘若我跟你一起搭檔演出二重奏，我們所共同許諾的目標或意圖，是演出一首優美的樂曲，但我們兩人對於要如何演奏、選擇什麼樣的表現方式才能達到藝術上優美的目標，可能會有爭議；並且須要透過某種美學評價才能決定什麼樣的方式才叫「優美」，但我們所擁有的共同目標「演出一首優美的樂曲」則是一個不必透過評價就可確定的事實。

107 這也是近來 Shapiro 與 Coleman 捍衛法實證主義的策略，見 Coleman, *supra* note 52, at 383-386; Shapiro, *supra* note 15, at 43-49.

108 這個區分來自於德沃金對 Greenberg “How Facts Make Law” 一文的回應，見 Ronald

件只包含非評價性的社會事實的話，可以更加促進法安定性或公平原則，或更能展現對於民主集體決定的尊重，或能更好地實現程序正義的要求」。按照這樣的觀點，法實證主義不是訴諸社會事實，而是訴諸某些特定的道德原則來將道德事實排除於法律根據之外，並以此證成可分離命題（16）與社會事實命題（19）的可欲性（*desirability*），德沃金將採取這種論證方式的法實證主義稱之為「政治性的教義學法實證主義」（*political doctrinal positivism*）<sup>109</sup>。我認為，政治性法實證主義是反法實證主義者必須認真看待，也最具威脅性的挑戰。按照德沃金的術語，我們可將決定法律命題真值條件為何的政治道德價值稱之為「法律性的價值」或「法治價值」（*the value of legality or rule of law*）。要回應這個挑戰，反法實證主義者必須指出，像是法安定性、程序正義或公平原則等政治道德原則，不是決定法律根據的唯一價值，或者不是對於法律性價值的唯一理解方式，反法實證主義者必須提出對於法律性價值的另一種理解（例如，法律性價值包含了實質正義原則，或者像是德沃金的「原則一貫性」（*integrity*）），這些價值使得道德原則必然屬於法律命題的真值條件，而且還必須對於不同價值之間的緊張關係提出一個融貫的解決之道，當然，這仍然必須訴諸政治道德的論證。「什麼是法律性價值？法律性價值是單一或多元的？多元法律性價值是否存在衝突、如何解決？」的問題，以及這個問題的答案對於法律命題真值條件的影響，已超出本文目前所能處理的範圍，前面勾勒的論證方式也需要進一步的精緻化。在這裡我能作出的結論只是：「法實證主義 vs. 反法實證主義」之爭，是一個關於教義學法概念（即關於法律命題的真值條件為何）的爭論，而不必也不應該將其視為分類式法概念（即道德原則是否必然或可能被安置成為法律的一部分）的爭論。「什麼是使得法律命題為真的根據」這個問題的解

---

Dworkin, *Response*, in *EXPLORING LAW'S EMPIRE: THE JURISPRUDENCE OF RONALD DWORKIN* 291, 310-311 (Scott Hershovitz ed., 2006).

109 DWORKIN, *supra* note 4, at 26-30.

決，最終仍取決於我們對於「如何才是對於有爭議性的法律性價值的最佳理解」這個問題所提出的答案<sup>110</sup>。

## 伍、結論

本文首先扼要敘述了安置命題的問題背景，即德沃金早期批評法實證主義所提出的原則論證，接下來試圖反駁安置命題。我分別批評了 Alexy 主張的強安置命題：「道德原則必然被安置成為法律一部分」，以及以 Coleman 為代表的包容法實證主義所主張的弱安置命題：「道德原則雖不必然，但可能被安置為法律一部分」。我指出了這兩種安置命題的論證各有其缺陷。本文認為，法實證主義之爭的焦點不是「道德原則是否必然被包含成為法律的一部分」這種分類式法概念的爭議，而是「道德原則是否必然屬於法律命題的真值條件」的教義學法概念爭議。安置命題不成立，不代表反法實證

---

110 DWORKIN, *supra* note 4, at 155-183. 關於法律性價值（特別是德沃金的法治觀）的深入探討，可參考莊世同，前揭（註2）文，頁45-84。必須要特別說明的是，在本文註2中，我將(2)和(5)這兩個命題中的「法律性」(legality)界定為「某一規範具有法律規範的資格或地位的狀態」。道德原則是否為法律規範，雖然是安置命題的爭論焦點，但正如德沃金所指出的，這其實是個無謂的爭論，因此，德沃金所稱的 the value of legality 顯然有另一層含意。德沃金認為，法官有責任依照為真的法律命題作出判決，為真的法律命題陳述了什麼是法律所要求、禁止或允許者，必須是法律所要求、禁止或允許者，才能夠正當化政府官員對於公民的強制力行使。德沃金法治觀的核心想法或許可以表述為「包括法官在內的政府官員，必須依據為真的法律命題來行使其強制力」。所以，德沃金說：「法律性的概念觀乃是對於如何決定哪些特定法律主張為真的一般性說明」（“A conception of legality is therefore a general account of how to decide which particular claims of law are true”，DWORKIN, *supra* note 4, at 170）。因此，不同於註2的界定，此處的「法律性」所關切的是「法律命題是否以及如何為真」的問題，而「法律性價值」則是決定法律命題之真值條件為何的政治道德價值。按照德沃金的看法，不同的法理學立場（法實證主義 vs. 反法實證主義）代表了不同的法治觀，其彼此之間對於「法律性」（即如何決定法律命題是否為真）為何有分歧的看法，而此種分歧則根源於相競逐的法律性（法治）價值觀。感謝一位審查人的提醒，讓我得以初步地釐清“legality”的兩層含意。

主義就是一個失敗的主張。我最後簡單勾勒了反法實證主義者如何能夠不訴諸安置命題而證成聯結命題的論證策略，並指出這個論證可能面臨的問題，同時預示了「什麼是使得法律命題為真的根據」這個問題的解決，取決於我們對於法律性價值（法治價值）的理解<sup>111</sup>。

---

111 儘管關懷的焦點與論證的方式有所不同，但本文的結論相當接近於莊世同所提出的「消極的法律原則理論」的一個重要主張：所謂「法律原則」不是有效的法律規範，而是法官據以適用的法規範證立理由，其目的在於證立法治價值，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1-66（2000年06月）。值得注意的是，莊世同區分道德原則與法律原則，認為前者以證立實證法內容滿足特定道德價值為目的，後者則以證立整體法秩序的法治價值為目的，本文中的「道德原則」則兼指莊世同所稱的「法律原則」與「道德原則」。我雖然贊同莊世同「基於證立法治價值的需要，可以允許若干案件中的審判違背道德原則的要求」的主張（同文，頁53-59），但我認為，法治價值並非孤立於一般道德原則之外的價值，相反的，法治價值必須放在整體道德價值的脈絡下來思考，才能更好地被理解。當然，這個想法主要來自德沃金的價值一體(the unity of value)理論，見DWORKIN, *supra* note 4, at 105-116, 155-162，在此無法多作論述，但我相信莊世同最近也接受了這樣的想法，見莊世同，前揭（註2）文，頁69-71。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王鵬翔(2008)，法律、融貫性與權威，政治與社會哲學評論，24期，頁23-68。
- (2009)，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，頁229-289。
- 莊世同(2000a)，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。
- (2000b)，Ronald Dworkin 與柔性法實證主義，月旦法學雜誌，64期，頁54-69。
- (2001)，再訪 Hart 的承認規則，林文雄教授祝壽論文集編輯委員會主編，當代基礎法學理論——林文雄教授祝壽論文集，頁73-109，台北：學林文化。
- (2007)，描述性法理論是可能的嗎？——一個批判性的反省，政治與社會哲學評論，21期，頁1-46。
- (2008)，合法性與整全性——對德沃金法治觀的審視與反思，王鵬翔主編，法律思想與社會變遷，頁45-84，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 陳景輝(2007)，法律的界限——實證主義命題群之展開，北京：中國政法大學出版社。
- 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。

## 2. 外文部分

- ALEXY, Robert (2002a), *The Argumnet from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson trans.), Oxford: Clarendon Press.
- (2002b), *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trans.), 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.
  - (2007), *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.
- Coleman, Jules (1982), *Negative and Positive Positivism*, 11 *J. Legal Stud.* 139-164.
- (2000), *Constraints on the Criteria of Legality*, 6 *Legal Theory* 171-183.
  - (2001a), *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in Jules Coleman, ed., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*, 99-148, Oxford: Oxford University Press.
  - (2001b), *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
  - (2007), *Beyond the Separabilty Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence*, 27 *OJLS* 581-608.
  - (2009), *Beyond Inclusive Legal Positivism*, 22 *Ratio Juris* 359-394.
- Coleman, Jules & Brian Leiter (1996), *Legal Positivism*, in Dennis Patterson, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal*

- Theory, 241-260, Oxford: Blackwell Publishing.
- Dickson, Julie (2001), *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- Dworkin, Ronald (1967), *The Model of Rules*, 35 U. Chi. L. Rev. 14-46.
- (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge Mass.: Belknap Press.
- (2006a), *Justice in Robes*, Cambridge Mass.: Belknap Press.
- (2006b), *Response*, in Scott Hershovitz, ed., *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, 291-311, Oxford: Oxford University Press.
- Greenberg, Mark (2004), *How Facts Make Law*, 10 *Legal Theory* 157-198.
- (2006), *Hartian Positivism and Normative Facts: How Facts Make Law II*, in Scott Hershovitz, ed., *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, 265-290, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, 2d. ed., Oxford: Clarendon Press.
- Himma, Kenneth Einar (2000), *H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis*, 6 *Legal Theory* 1-43.
- (2001), *Law's Claim of Legitimate Authority*, in Jules Coleman, ed., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*, 271-309, Oxford: Oxford University Press.
- (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.
- Kramer, Matthew (2004), *Where Law and Morality Meet*, Oxford: Oxford University Press.

- Marmor, Andrei (2001), *Positive Law and Objective Value*, Oxford: Clarendon Press.
- (2009), *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton: Princeton University Press.
- Raz, Joseph (1972), *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 *Yale L.J.* 823-854.
- (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
  - (1995), *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
  - (2004), *Incorporation by Law*, 10 *Legal Theory* 1-17.
  - (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.
  - (2009), *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, Scott (2000), *Law, Morality and the Guidance of Conduct*, 6 *Legal Theory* 127-170.
- (2001), *On Hart's Way Out*, in Jules Coleman, ed., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*, 149-192, Oxford: Oxford University Press.
  - (2007), *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in A. Ripstein, ed., *Ronald Dworkin*, 22-55, Cambridge: Cambridge University Press.
- Stavropoulos, Nicos (2003), *Interpretivist Theories of Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, available at <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist>.
- (2007), *Why Principles?* Oxford Legal Studies Research Paper No.28, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1023758##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023758##).

- Waluchow, W. J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press.
- (2000), *Authority and the Practical Difference Thesis*, 6 *Legal Theory* 45-81.