

第一部分 法概念論

3.法與道德的分離命題—法實證主義之爭

3.1 法實證主義之爭

- 法實證主義(legal positivism): 法概念的要素或法效力的判準只包含
 - 社會的實效性與
 - 權威的制定性
- Hans Kelsen: “ Thus, the content of the law can be anything whatsoever” 「因此，法律可以有任何的內容」 (Pure Theory of Law, § 34 (c))

法實證主義的核心主張

- 分離命題(the Separation Thesis):
- 法律的概念或法效力的判斷標準不必然包含任何道德或正義的要素。→
 - 「法律是什麼」和「法律應該是什麼」是兩個必須加以區分的問題
- 社會事實命題(the Social Fact Thesis):
- 法效力的判斷標準只能是一種社會事實，法律的存
在和內容取決於社會事實
 - 社會的實效性固然是一種經驗事實
 - 一個規範是否為某個權威創設也是個事實問題

反法實證主義的主張

- 反法實證主義或自然法論(natural law theory)的核心主張—聯結命題(the Connection Thesis):
法律的概念或法效力的判斷標準必然包含內容正當性(道德或正義)的要素。
- Radbruch's Formel: “Extreme Injustice is not law”
(「極端不正義即非法律」)
- 某些規範會因為其實質內容的正當性而具有法效力或法律的拘束力 (原則論證)

Ronald Dworkin's aphorism

- “Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law” (Law’s Empire, p. 90)
- 「法理學是司法裁判的總論，任何法律判決的沈默序言」

法概念爭議的實際案例

■ 圍牆射殺案

守圍柏林圍牆之兩名前東德士兵W與H在1984年12月射殺一名企圖使用梯子翻越圍牆逃往西柏林的S。W，H兩人在兩德統一後以觸犯前東德刑法之殺人罪為由被起訴，試問W與H能否主張其殺人行為係依前東德邊界法(尤其是第27條關於邊界士兵使用槍械之規定)，因而阻卻違法？

- 前東德邊界法第27條第2項第1句：「為阻止依具體情況顯示為犯罪之立即施行或續行而使用槍械係屬合法(阻卻違法)」
- 「非法越境」依當時東德實務解釋係屬所謂「犯罪」，甚至是一種重罪

圍牆射殺案背後的法律概念爭議

- 如果你是承審圍牆射殺案的法官，你會不會適用前東德邊界法的相關規定，認為W與H兩個行為的行為因不具違法性而判決不應處罰？
- 如果你的判決不適用前東德邊界法的規定，認為W與H的行為不能阻卻違法，你要用什麼樣的理由來論證你的判決？
- 爭點：前東德邊界法的相關規定(包括解釋實務)是不是有效的法律？
 - 法實證主義: **Yes!** 有權機關制定+具有社會实效性
 - 反法實證主義: ?? 系爭之法律規定在內容正當性方面可能有嚴重瑕疵而會影響其法效力

3.2 賴德布魯赫公式 (Die Radbruchsche Formel)

「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」

“The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as ‘flawed law’, must yield to justice.” (Radbruch, Rechtsphilosophie, 1999, S. 216, trans. by Stanley Paulson)

賴德布魯赫公式(續)

■ Extreme Injustice is not law (「極端不正義即非法律」)→

- 實證法的法安定性基本上優先於合正義性: 實質內容不正義的實證法基本上仍具有法效力。
- 當實證法違反正義達到了不可忍受的程度時，此一實證法就失去了法效力。(「不可忍受性公式」, Die Unerträglichkeits-formel)
- 若制定實證法時有意地違反正義的核心—即平等—時，此一實證法就不再只是「內容不正確的法律」，而是根本喪失了法律的性質。
(「否認公式」, Die Verleugnungsformel)

賴德布魯赫公式背後的想法

- 本質性的功能論

- 例:

- 「刀的本質性功能在於切割東西」

- 「一把鈍刀能夠切割東西，只是切的不好，鈍刀仍然是刀，但不是好刀」

- 「但是一個完全無法發揮切割功能的工具，不能夠稱作是『刀』」

- 問題:

- 正義之於法律，是否相當於切割的功能之於刀？
(內容不正義的法律，有如鈍刀，但內容完全否定正義的規範，則根本不能稱之為法律)

- 法律的功能是否如同刀的功能一樣單純？

何謂「極端不正義」？

- 一種解釋: 以平等為本的人性尊嚴兩原則:
 - 每個人的生命或生活都具有同等的客觀價值與重要性，國家應該平等地予以關懷。
 - 每個人要選擇什麼樣的人生目標，如何設定他的人生計畫，以實現他心目中的美好人生，是個人自己的責任，國家必須平等地予以尊重。
 - 違反上述平等兩原則的法律可視為極端不正義。
 - ◎ Q. 系爭的前東德法律規定及解釋實務是否違反了這兩個原則？

賴德布魯赫公式的問題

- 賴德布魯赫公式的提出背景: 反省納粹德國時代盲目服從惡法的問題(「惡法亦法，仍然必須服從」)
- 問題1: 「法規範之所以有效的理由」是否即等於「我們應該如何行動(是否遵守法規範)的理由」?
 - 從「惡法是有效的法律」未必能夠推導出「我們有服從惡法的義務」
 - H.L.A. Hart的解決方式: 「納粹的法律形式上仍然是有效的法律，但其內容太過不正義，以致於我們基於道德的理由不能夠服從」→
 - 道德義務(依道德理由而行動)凌駕了服從法律的義務

賴德布魯赫公式的問題(續)

- 問題2: 適用賴德布魯赫公式掩蓋了溯及既往處罰的問題
 - 不管是對東德法律採取符合人權法治國的解釋，或是認為其極端不正義而自始失去法效力，實際上都是溯及既往地處罰行為人。
 - Hart的觀點: 法官必須在「實現實質正義」(處罰依惡法行事的官員)和「禁止溯及既往處罰行為人」之間作一抉擇→
 - 如果前者較為重要的話，與其適用賴德布魯赫公式來否認「惡法」的有效性，不如直接制定溯及既往處罰的法律。
- 問題3: 賴德布魯赫公式是否真的有助於反抗極權統治?

法概念爭議的實際案例2

釋字362號

陳周豐與蔡玉鳳於民國62.02.21結婚，起初感情融洽，但育有子女後即經常爭吵，感情日漸惡劣，蔡遂攜子女前往美國，陳於蔡旅居美國期間，以蔡違背同居義務，惡意遺棄為由，提起離婚之訴，經一造辯論而由高雄地方法院於77.05.04判准離婚勝訴確定後，陳周豐於77.07.04與善意信賴其前婚姻關係已因確定判決消滅之許辰月結婚。嗣後蔡玉鳳以陳周豐知其住所竟指其所在不明而興訟，認為陳所取得之離婚確定判決有再審原因，提起再審之訴請求廢棄原確定判決，獲得勝訴後，再以陳許之婚姻違反舊民法第988條第二款及第985條第一項規定，提請確認婚姻無效之訴，業經最高法院81年台上字1621號判決確認許與陳之婚姻無效，許辰月遂以該判決適用民法舊第988條第2款之規定侵害其受憲法所保障之婚姻自由權(憲法第22條)為由，聲請大法官釋憲。

相關法條

- 民法**988**第**2**款(修正前): 「結婚有左列情形之一者無效....二、違反第九八三條或第九八五條之規定者」
- 民法第**985**條(修正前):
 - 有配偶者不得重婚
 - 一人不得同時與二人以上結婚
- 民法**988**第**2**款+**985**:
 - 有配偶而重婚者，其後婚姻無效

釋字362號的爭點

- 當前婚姻關係已因確定判決(如本案之離婚判決)而消滅，而善意無過失之第三人因信賴該判決而與前婚姻之一方相婚，嗣後該判決又經法定程序(如再審)而變更時，導致後婚姻成為重婚時，是否仍應適用舊民法988條第2款之規定，認為該後婚姻為無效？
- 最高法院: 肯定
- 大法官: 否定

大法官的理由

解釋文：民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意，且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚；究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。在修正前，上開規定對於前述因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而自得依法請求離婚，併予指明。

釋字第362號背後的法律概念爭議

- 本案中最高法院的判決不正是一個依據「法律」(民法第1條，憲法第80、170條)所為之審判嗎？
 - 憲法170: 「本憲法所稱之法律謂經立法院通過總統公布之法律」
- 對於法官而言，憲法第170條「...法律，謂經立法院通過，總統公布之法律」是對於憲法第80條的「法律」或甚至是「法律」這個概念的適切定義嗎？

釋字第362號背後的法概念爭議(續)

- 本案例中大法官所援引的正反理由(結婚自由、信賴保護原則、一夫一妻制之社會秩序)都不是由某個權威機關所制定，它們是具有法效力的規範嗎？
- 如果大法官或普通法官不考慮這些理由，會不會構成判決或解釋的瑕疵？
 - 極端的法實證主義: **No**, 這些理由不具有法效力，不考慮或不援引這些理由作出的判決仍然是「依法審判」的結果
 - 反法實證主義: **Yes**, 這些理由具有法效力或法律上的拘束力，不考慮或不援引這些理由所作出的判決具有法律上的瑕疵

3.3 原則論據(the argument from principles)的出發點: 規則和原則的區分

- Q. 大法官所援引的正反面理由(如「一夫一妻制之社會秩序」, 「信賴保護」, 「結婚自由」)和舊民法第988條第2款的規定「重婚無效」在規範結構和適用方式上有什麼不一樣?
- Dworkin-Alexy的規則/原則區分:
 - 規則(rules)的適用方式: 涵攝
 - 案例事實該當構成要件(T), 即必須得出法效果(R)。
 - 例: 「如果重婚, 則後婚姻無效」
 - 原則(principles)的適用方式: 衡量
 - 每個原則必須和其它相關原則作衡量才能決定其在個案中所支持的法律效果是否成立
 - 當事人的信賴是否值得保護, 須視其與相對立的原則孰輕孰重而定

原則論據的要旨

- 反法實證主義的原則論據
 - 在困難案件當中，法官仍然受到(道德)原則的拘束，而非根據自己的裁量進行判決
 - 原則之所以具有拘束力，而為法官所援引，不是因為權威機關的制定，而是因為其實質內容的道德正當性。
 - 原則對於法官的拘束力，構成了法律和道德之間的必然聯結：法官要證成其判決時，必須訴諸或考量道德理由

困難案件與原則的法律地位

- 何謂「困難案件」？
 - 法律的規範文字具有模糊性時。
 - 案件欠缺實證法規定的案件(所謂「法律漏洞」)
 - 規範衝突，且無法依「後法優先於前法」、「特別法優先於普通法」、「上位法優先於下位法」等優先規則解決的案件
 - 特殊情況下法官必須作出違反法律規定文義的判決(所謂 **contra-legem-decision**)
- 法實證主義:在困難案件中，法官並不受到法律拘束，而是(自由地)根據法律以外的標準進行裁量
 - 原則如果不是權威所制定的，則不具法效力，不是法律的一部分，因此不具有法律的拘束力
- 反法實證主義: 在困難案件中，法官仍受到法律拘束
 - 道德原則可能因其實質內容正當性具有法律的拘束力，而成為法律的一部分

3.4 Robert Alexy的原則論據

- **Alexy**原則論據的三個子命題
 - **安置命題(The Incorporation Thesis):**
每個發展到一定程度的法律體系必然會包含某些原則性的規範。
 - **道德性命題(The Morality Thesis):**
原則必然具有某種道德內含
 - **正確性命題(The Correctness Thesis)**
原則本身及其適用必然和正確的道德有所關聯
- **結論:** 法效力必然和道德的正確性有所關聯

(1) 安置命題(The Incorporation Thesis)

- 安置命題: 每個發展到一定程度的法律體系必然都會包含道德原則。
 - Ex. 憲法中的基本人權保障，民主國、法治國與社會國原則
 - 法實證主義的質疑: 法體系是否包含道德原則，完全繫諸於實證法的規定
- 法官觀點的安置命題:
 - 法官的判決具有正確性宣稱，法官必須宣稱自己的判決是正確的(正確性宣稱)
 - 在困難案件中，法官為了證成其判決的正確性，必然會適用、衡量某些原則作為判決的理由(可證成性的擔保)。
 - 法官在判決說理過程中所訴諸的理由(原則)也應該被視為法律體系的一部分(程序性的法律體系)
 - 因此，原則必然具有法律上的拘束力，必然是法律的一部分。

(2) 道德性命題(The Morality Thesis)

- 安置命題的問題: 從「法律體系必然包含原則」如何導出「法律和道德之間具有必然的聯結」?
- 道德性命題: 法律體系所包含的原則必然具有某種道德關聯性
 - 原則是基於其實質內容的正當性所以才會被法律體系所安置或被法官援引作為判決的理由。
 - 法律體系所包含的原則必然同時是某種道德原則。

兩種聯結命題

- 安置命題 + 道德性命題 → 法律體系對於道德原則的開放性。
- 問題: 什麼樣的道德原則? 納粹德國或過去南非的法律體也包含了某種種族主義的「道德原則」
- 兩種聯結命題
 - 弱的聯結命題: 法律必然和某種道德具有聯結。
 - 強的聯結命題: 法律和正確的道德之間具有必然的聯結

(3) 正確性命題(The Correctness Thesis)

- 法律體系或法官判決必然會提出正確性宣稱，而正確性宣稱同時也是一種道德正確性的宣稱。→
 - 法律體系所包含的原則或法官所適用的原則本身必須具有道德上的正確性。
 - 法官適用原則作為判決的理由→衡量是原則的適用方式→原則衡量是一種道德論證→衡量的正確性繫諸於道德論證的正確性
- 安置命題+道德性命題+正確性命題→強聯結命題: 法律和正確的道德必然有所聯結
 - 正確性命題的預設: 道德判斷有對錯可言，道德命題的對錯與否可以理性地加以討論（倫理學的可知論 **ethical cognitivism**）

3.5 對於原則論據的批評

- 安置命題的主張：
 - 法律體系必然包含道德原則
 - 由於法官(在困難案件中)必須適用、衡量道德原則以證成判決的正確性，因此道德原則必然成為法律的一部分
- 法實證主義的回應：
 - 法律體系之所以會安置道德原則，純粹是個偶然的社會事實，而沒有概念上或規範上的必然性。
 - 一個完全不包含任何道德原則的法律體系仍可想象其存在。

柔性/包容性法實證主義 (Soft/Inclusive Legal Positivism)

- 包容性法實證主義的基本主張：
法律體系只是可能，但不必然包含道德原則(柔性/包含法實證主義)
- 論點：
 - 法律體系是否會安置道德原則，取決於法效力的判斷標準是否包含了實質內容性的判準，而法效力的判斷標準是否會包含實質內容的判準，仍然是個偶然性的事實問題，而非概念上的必然。
 - 法官之是否必須援引道德原則以證成其判決，是個司法成規(**judicial convention**)的問題，並非所有法律體系都會有要求法官在困難案件中必須適用道德原則的司法成規。

剛性/排它性法實證主義 (hard/exclusive legal positivism)

- 剛性/排它性法實證主義的基本主張：
 - 道德原則不可能被安置成為法律的一部分。
 - 一條規範是否具有法效力或屬於某個法律體系，只能夠依其來源(**sources**，是否有某個權威依一定程序制定)而不能憑藉其實質內容來決定。
- 論點：
 - 即便法官必須訴諸道德原則來證成其判決，也不意謂著道德原則就會成為法律的一部分(拘束力≠ 法效力)
 - 例: 國際私法的準據法規定要求法官必須適用外國法以解決系爭涉外案件，是否代表外國法即成為本國法的一部分？
 - 例: 在侵權行為案件中，為了正確地計算損害賠償數額，法官必須適用算術規則，但算術規則是法律規則嗎？

問題的癥結點或許在於.....

■ 爭執的焦點到底是什麼？

- 「道德原則屬不屬於法律，是不是法律的一部分？」
- 「在判斷一個規範是否具有法效力或一個法律命題是否為真時，是否必然要訴諸道德原則？」

■ 上面這兩個問題是不是一樣的問題？它們彼此之間的關聯是什麼？反法實證主義者要論證的主張是什麼？

閱讀文獻

- 顏厥安：「法與道德—由一個法哲學的核心問題檢討德國戰後法思想的發展」，法與實踐理性，頁31-76
- H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford University Press, 1983, pp. 49-87
- Gustav Radbruch, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1946), Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26 No. 1 (2006), pp. 1-11
- Gustav Radbruch, *Five Minutes of Legal Philosophy* (1945), Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26 No. 1 (2006), pp. 13-15

閱讀文獻(續)

- Ronald Dworkin, *The Model of Rules I, Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 14-45
- Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press, 2002