

第一部分 法概念論

5. 法律體系

5.1 法律體系的思考起點

- 對「法律」的初步理解: 法律是具有法效力的規範所構成的集合
- 法律體系作為規範的集合: 這些規範是以什麼樣的方式聯結而構成一個體系?
- 法規範的鑑別與區分問題: 是否存在某個終極的判準能夠判斷, 哪些規範屬於法律體系(具有法效力), 哪些不屬於法律體系(不具有法效力)?

5.2 哈特(H.L.A. Hart): 法律體系 作為初級規則與二級規則的集合

- 初級規則(primary rules):
 - 課予義務的規則(duty-imposing rules): 要求、禁止社會成員為作特定行為或不作特定行為的規則。
 - 例: 禁止殺人、繳稅義務、侵權行為損害賠償
- 二級規則(secondary rules, 次級規則) (關於規則的規則):
 - 授權私人或公權力機關創造、變更、廢止和解釋初級規則的規則。
 - 例: 憲法170, 中央法規標準法22, 民法中賦予私人訂立契約、婚姻與遺囑等法律行為的規定。
 - 確認或鑑別哪些規則屬於法律規則的規則—哈特的承認規則。

為什麼一個法律體系除了初級規則之外還需要二級規則？

- **Hart:** 一個只有初級規則的法律體系有如下缺點
- **不確定性(uncertainty):**
 - 對於某個規則是否為法律規則，或對既存規則的精確範圍及內容有疑問時，沒有鑑別或解決的機制。
- **靜態性(static):**
 - 規則的改變或修正是自發且緩慢的，無法隨著社會變遷或需要而迅速改變初級規則。
- **無效率性(inefficiency)**
 - 維持規則的社會壓力是分散的，沒有機構可以終局、權威地解決關於是否違反規則的爭議。

二級規則的引進

- 承認規則(rule of recognition):
 - 鑑別某個規則是否屬於法律體系之有效法律規則的終極決定性標準 ←解決不確定性。
- 變更規則(rule of change):
 - 授權個人或公權力機關引進、修改或廢止（初級）規則的規則 ←解決靜止性
- 裁判規則(rule of adjudication)
 - 授權公權力機關(如司法機關)對於規則是否被違反，以及對於違反規則行為應賦予何種制裁作出權威性決定的規則 ←解決無效率性

如何理解承認規則

- 我為什麼會認為在我們的法律社群當中，憲法、立法者所制定的法規、行政機關制定的行政命令與行政處分、法院作出的判決等等，是「有效的法律規範」？
- 哈特: 因為我們(至少是法律官員)共同接受並遵循某個承認規則
 - 承認規則將「制憲者的決定」、「立法院三讀通過、總統公布」、「行政機關依一定程序制定」、「法院判決」等社會事實當作是法律的來源(**the sources of law**)或法律效力的判準(**criteria for legal validity**)
 - 承認規則存在於鑑別法律的社會實踐當中，它通常未必會明白表述為一條成文的規範。

承認規則的功能

- 鑑別某個規範是否屬於法律體系的終極判準：
 - 一個規範之所以屬於某個法律體系的理由在於，它通過了承認規則所提供的法效力判斷標準。
- 構成了法律體系統一性的基礎
 - 所有通過承認規則效力判準測試的規範，構成了同一個法律體系。
 - 例：符合英國承認規則之效力判準的法律規範，構成了英國法體系。

5.3 承認規則的性質與問題

- 承認規則是一個法律體系當中終極的(**ultimate**)效力判準。
 - 「終極性」：承認規則提供了某個法律體系中判斷法效力的標準，但我們無法找到其它規則作為判斷承認規則是否有效的標準。
- 承認規則本身沒有「有效/無效」的問題，承認規則的存在是個事實問題(**a matter of fact**)
 - 承認規則的存在展現在於社群成員與官員共同接受並遵循承認規則以鑑別法律規範的社會實踐當中。
 - 承認規則是典型的社會規則(**social rule or convention**)，它具有外在面向(行為的一致性)與內在面向(共同接受的態度)

承認規則的問題(1)－承認規則的規範性

- 承認規則作為社會成規的規範性：
 - 法院、政府官員與人民共同接受將某些社會事實—如立法者制定、行政機關決定、司法判決先—當作是法效力的判準。(共識性態度)
 - 法院、官員與人民實際上也都運用這些判準來鑑別法律規範。(一致性行為)
 - 因此，我身為法官有義務把符合這些判準的規範當作是有效的法律，並以之作為判決的理由。
- 問題：
 - 是不是別人都這麼作，別人認為不這麼作是錯的，就足以構成我也應該這麼作的理由？
 - 例如：法官之所以認為立法者制定的規範是有效的法律，對於司法判決應有拘束力，背後的理由可能是基於某種政治道德價值(如民主、正當程序與公平的要求)，而未必是約定俗成的問題。

承認規則的問題(2)—承認規則是否能安置實質道德性的判準

- 問題的起點: 是不是所有的法律規範都能夠由承認規則所鑑別?
- 德沃金(Dworkin)的批評:
 - 哈特的承認規則只包含了事實性、形式性的判準，這些判準只依據來源(是否由某個有權機關按一定程序所制定)而非依據實質內容來鑑別一個規範是否為有效的法律規範。
 - 有些規範—如“no one may profit from his own wrong”，「善意信賴應受保護」—是因為其實質道德內容而具有法律上的拘束力而應作為法官判決的理由，這類法律規範的鑑別涉及了道德評價。
 - 因此:有些法律規範—例如法律原則—無法為承認規則所鑑別。

哈特的回應

- “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” (The Concept of Law, 269)
- 「根據我的理論，法律的存在與內容可以透過法律的社會來源(例如立法、司法判決、社會習俗)來鑑別而無須訴諸道德，除非以此方式所辨識的法律本身已安置了道德判準用以鑑別法律。」

包含性的承認規則(inclusive rule of recognition)

- 哈特與包容性的法實證主義(Inclusive Legal Positivism)
主張: 承認規則除了事實性、形式性的判準之外，還可以包含實質性的道德判準 → 包容性的承認規則。
- 兩種包含方式:
 - 將道德判準作為法效力的充分條件: 凡內容上符合某種道德價值(如公平、正義、自由或平等)的規範，即具有法效力。
 - 將道德判準作為法效力的必要條件: 凡違背某些道德價值(如公平、正義、自由或平等)的規範，即便其為有權機關依一定程序所制定，仍不具有法效力。
- 一個法律社群的承認規則是否會包含實質道德性的判準，仍然是偶然的事實問題(取決於該社群的法律實踐是否接受並遵循此種判準)，而非概念上的必然。

包容性承認規則的問題

- (1) 為了將所有可能相關的道德原則包含為法律體系的一部分，包容性的承認規則可能非常空泛，而無法發揮鑑別的功能。
 - 如「法官應當依公平正義的方式進行裁判」或「法官應該援引相關道德原則作為判決的理由」
- (2) 道德判準在鑑別與適用上所具有的高度爭議性，會使得包容性的承認規則失去哈特原先引進承認規則所欲發揮的解決不確定性功能→我們無法透過包容性的承認規則來確定哪些規範是法規範而哪些不是。

排它性法實證主義(Exclusive Legal Positivism)的看法

- 承認規則只能夠提供事實性、形式性的判準：
 - 「來源命題」(the sources thesis): 法律的存在及內容只能夠由關於來源的社會事實所鑑別，而不能訴諸任何道德價值判斷。
 - 法律原則的效力仍然取決於其來源: 即是否為某個有權機關所採納或制定。
- 包容性的承認規則只是在指示法官適用法律以外的標準(extra-legal standards)，而不會使得這些標準（如道德原則）就因此成為具有法效力的法律規範並成為法律體系的一部分。
(compare: 國際私法的準據法規定)

5.4 Hans Kelsen的法律體系理論

- Kelsen對於法律體系的思考起點
- 規範效力的鎖鏈: 一個規範N之所以有效，其理由必須追溯到另一規範N1的效力，而規範N1之所以有效，其理由又必須追溯到另一個規範N2的效力.....
 - 例: 「不應打別人耳光」←「不應傷害別人」←「應該尊重別人」←....
 - 例: 「路邊紅線禁止停車」之所以有效←立法者制定道路交通規則並授權行政機關為一定措施←交通規則之所以有效←憲法170的規定←憲法之所以有效←???
- 法律規範效力的回溯性→ 法律規範複數化存在的必然性: 法律規範是以「成群結隊」的方式存在。

問題：法律規範是以什麼樣的方式互相聯結？

- 法效力的聯結方式是什麼？
- 內容的導出關係(靜態的效力聯結):
 - 一個規範之所以有效，乃因為其內容可由上位規範的內容所導出。
 - 例：「印行情色小說的自由應予保障」←「以印刷攝影方式將文字、圖書散布於眾的自由應予保障」←「出版自由應予保障」
- 授權的制定關係(動態的效力聯結)
 - 一個規範之所以有效，乃因為其係由上位規範所授權的機關按照上位規範所規定的方式所制定的。
 - 例：「紅線禁止停車」之一般處分有效←行政機關由立法者制定的法規授權並按行政程序法發布
 - 立法者制定的法規(交通規則或行政程序法)有效←立法機關依憲法170通過並由總統公布
 - 憲法之所以有效←？

兩種規範體系

- 靜態規範體系：

以靜態原則(內容導出關係)做為規範效力聯結方式的規範體系。

- 動態規範體系：

以動態原則(授權—制定關係)做為規範效力聯結方式的規範體系。

- 動態性：

- 上位規範只規定規範制定的權限與方式，但沒有預先確定下位規範應有何種內容
 - 在授權範圍內所制定的規範，其數量與內容都具有變化的可能性

靜態和動態規範體系的幾個問題

- 在靜態與動態規範體系中，法規範失去效力的方式有何不同？
 - 靜態規範體系：下位規範抵觸上位規範的內容
 - 動態規範體系：制定下位規範欠缺或逾越上位規範的授權，或制定方式違背上位規範的規定。
- 現行法體系是靜態或動態規範體系？亦或兼具兩者之特色？
- 將規範位階體系視為金字塔為什麼是一種積非成是的荒謬說法？
 - 法規範的效力不是用「堆疊」的方式來聯結
 - 金字塔的模型中看不到創設規範的機關
 - 下位規範的數量就一定比上位規範的數量多嗎？
 - 憲法不是Kelsen所稱的「基本規範」(Grundnorm)(=法效力的終極來源)

法律體系的最終效力根源是什麼？

- 問題：一個規範有效的理由只能夠來自於另一個規範。但規範效力的鎖鏈不能夠無止盡的一直往上回溯，最後必然有一個終點，這個終點即為規範體系最終的效力根源。這個終點是什麼？
 - 例：行政處分← 行政命令← 立法者制定的法律← 憲法←？
 - 憲法的效力與規範性從何而來？從制憲行為的事實如何導出憲法的效力與規範性？哪個上位規範授權制憲者制定憲法？

5.4 Kelsen的基本規範 (Grundnorm, Basic Norm)

- 基本規範(Grundnorm, basic norm):
一個法體系中包含憲法在內所有法規範的最終效力根源，它構成了法體系統一性的基礎

- 基本規範的表述方式:
 - 效力論的表述方式: 「由制憲者X所制定(且為某個社會的成員在一定程度上加以遵守)的憲法C，具有法效力」
 - 規範論的表述方式: 「應該遵守制憲者X所制定的憲法C」

基本規範理論的問題意識

- 為什麼某個特定法律社群S之憲法C具有法效力？

- 效力的推論：
 - 前提：憲法C是由S的制憲者X制定。
 - 結論：憲法C具有法效力。

Q.上面這個推論的問題在哪裡？

基本規範的效力三段論

- (1): 由某個社群S的制憲者X所制定的憲法C具有法效力。
 - (2): 憲法C是由X制定。
 - 結論: 憲法**C**具有法效力。
-
- (1)是為了證立憲法**C**之效力所必須預設的前提。

基本規範的規範三段論

- Q. 對一個法律社群S的成員而言，為什麼應該遵守其社群的憲法C？
- (1) 「凡是制憲者X所制定的規範，即應該遵守」
- (2) 「憲法C是X所制定的規範」
- 「所以，我們應該遵守憲法C」
- (1)是證立憲法C之規範性所必須預設的基本規範
「應該遵守制憲者X所制定的規範」
- 基本規範只是為說明憲法C之規範性所不得不然的
「預設」，而不是某個有權機關所制定的實證法規範

基本規範的性質

- 終極性與最高性:基本規範的效力不能夠再從另一個上位規範所導出。
- 必要預設:基本規範不是被創設(制定)的(*gesetzt*)，而是被預設的(*vorausgesetzt*)。
- Hans Kelsen:
 - 基本規範作為先驗邏輯的預設(*transcendental-logical presupposition*)
 - 「先驗」：經驗知識得以成立的必要條件(如因果關係)
 - 基本規範: 為了認識法效力與法律規範性所必須假設的必要條件

為什麼基本規範是一種先驗的預設？

- (1) 如果不預設基本規範，無法說明或證立某一個既存的法律體系，其憲法與下位規範為何有效或為何具有規範性。
 - (2) 對於一個實際存在的法律體系而言，基本規範是在不訴諸實然面的前提下，認識該體系之法效力與規範性的必要條件。
- (Recall: 一個規範之所以有效的理由只能夠來自於另一個規範)

Kelsen基本規範理論的問題

- 法律的效力= 權威的制定性
 - Q. 所有實證法規範最後的效力來源是非實證性的(「虛構」或「預設」的)基本規範?
- 基本規範的內容(價值)中立性
 - 基本規範只是形式的授權規範，它不可能對於憲法或下位階規範的內容作出某些實質性的規定
 - 因為，我們是先承認某個法律體系有效，然後為了說明這個法律體系的規範具有法效力，所以才預設了基本規範。
 - 因此，**Kelsen**認為，法律可以有任何的內容

承認規則與基本規範的異同

- 基本規範是認識法效力的必要條件，它本身不是實證法體系的一部分。承認規則卻仍然是法體系中的規則。
- 基本規範的效力或規範性是被預設的，而承認規則並無有效或無效的問題。承認規則的存在是事實問題，而不是被預設的。
- 基本規範沒有內在或外在觀點的問題，而社會成員(尤其是適用和執行法律的官員)必須對承認規則採取內在觀點(接受)並且普遍地遵循承認規則作為鑑別法規範的標準。

閱讀文獻

- Hart, The Concept of Law, Ch. V, VI
- 哈特，法律的概念，許家馨/李冠宜譯，第五章、第六章
- 莊世同，再訪哈特的承認規則，收於「當代基礎法學理論—林文雄教授祝壽論文集」，頁73-109
- Hans Kelsen, On the Basic Norm, Southern California Law Review 47(1959), 107-10
- Hans Kelsen, What is the Pure Theory of Law, Tulane Law Review 34(1960), 269-76