

評論與回應

哈特的接受論證與法律的規範性*

—— 對「莊世同／王鵬翔」之爭的評論

陳景輝**

目次

- 壹、任何理由命題與接受論證匹配嗎？
- 貳、接受態度與道德接受論證
- 參、如何理解法律的規範性？
- 肆、法律的規範性與法理論的性質
- 伍、結論

* 投稿日：2013年11月4日。〔責任校對：陳榕〕。
文章的寫作獲得中國教育部「新世紀優秀人才支持計畫」的資助，王鵬翔教授就文章初稿給出詳細意見，謹此致謝！

** 中國政法大學法理學研究所副教授。

近來，莊世同與王鵬翔兩位教授就哈特的接受論證以及相應的法律規範性問題展開論辯¹。莊世同的基本主張如下：C1，哈特認為法律必然具有規範性，法理論（legal theory）的成功與否就在於能否證成法律的規範性；C2，哈特以接受論證、尤其是其中蘊含的任何理由命題，來證成法律具備與道德無必然關聯的規範性；C3，任何理由命題不具備涉他性，而法律具有涉他的規範性，所以該命題無法證成法律的規範性；C4，哈特有關法律規範性的證成失敗，這只能是一種道德接受。王鵬翔提出的挑戰是：W1（用以挑戰C1），哈特的目標只是用以說明、而不是證成法的規範性；W2（用以挑戰C2和C4），接受的「態度」無法證成規範性，無論是道德的、還是非道德的；W3（用以挑戰C3和C4），法律規則的涉它規範力與接受理由的涉它規範力是不同的，所以莊世同所堅持的道德接受命題的主張至少是不完整的。

這場論辯涉及到法理論當中很多核心問題，值得進一步深究。我將討論四個問題。前兩個問題圍繞哈特的接受論證展開，較為籠統的表達是：他們對於接受論證的理解符合哈特的原意嗎？具體來說，第一個問題是：莊世同認為，哈特以任何理由命題來堅持一種非道德接受的主張，那麼任何理由命題真的針對接受論證嗎？第二個問題是：王鵬翔認為，接受的「態度」無法證成法律的規範性，這一點我同意，但接受僅僅是個態度嗎？後兩個問題與法律的規範性聯繫緊密。第三個問題較為實質化：什麼是對「法律具有規範性」這個主張的恰當理解；第四個問題是方法論上的追問：用以說明具備規範性的法律的描述性理論，是否必然預設著證成法律規範性的部分？

1 莊世同，法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證，中研院法學期刊，13期，頁1-36（2013年）；王鵬翔，接受的態度能夠證成法律的規範性嗎？——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁387-405（2014年）。

壹、任何理由命題與接受論證匹配嗎？

在哈特的論述中，「接受」(acceptance)經常與「服從」(obedience)成對出現。哈特引入接受論證用以說明法體系的存在條件：一方面，符合法體系之終極判準因而有效的行為規則，必須普遍的被「服從」；另一方面，這個體系中提供效力判準的次級規則（主要是承認規則）必須被官員們有效的「接受」，並作為衡量官方行動的共同的、公共的判斷標準。後者顯然更關鍵：在極端情況之下，可能只有官員們會接受並使用法體系中的法效力判準，但幾乎沒有理由認為這種社會不可能存在，也沒有理由拒絕將其稱為「法體系」²。因此，法體系的「最小概念條件」，是官員們對於法效力判準的「接受」，而不是民眾的「服從」。

除分別指向民眾（初級規則）和官員（次級規則）外，服從與接受之間還存在某些關鍵性的差別：

服從一詞之所以無法正確描述立法者在依照賦予他們立法權的規則時所為的立法行為，以及法庭在遵循已被接受之終極性承認規則時所為的司法行為，是因為服從並不要求服從規則之人，心中認為該服從行為對自己和他而言是正確的行為 (right thing)：他不需要把服從行為視為對社會群體行為標準的滿足。他無需將他的服從行為看作是對的、正確的或者有義務的。換言之，在接受社會規則時，人們對這些規則都持有某種通過批判而接受的態度；……法官對於他所適用的規則——尤其是承認規則，所應當持有的是一種內在觀點，亦即把這些規則視為正確的司法裁判所應當適用的公共的、共同的標準，而不是每一個法官僅僅就其個人而言應當會服從的規則³。

² See H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 116-17 (2d ed. 1994).

³ *Id.* at 115-16.

這段長篇引述透露出一些重要的訊息：如果接受是一種態度，那麼它通常是官員們應當持有的態度，但接受並非官員個人所持有的姿態，它必然是一種公共態度，或至少是官員群體將規則視為公共判斷標準因而持有的態度；而且，官員們會運用「對／錯」、「好／壞」之類的語詞來評價他們基於規則的行動，因此接受必然是一種規範性態度。服從則是民眾個人在面對規則時通常持有的態度，而未必將其視為公共的判斷標準，所以服從不必然是一種規範性態度，它通常表現為某種事實上的態度。當然也不能否認，個別或部分民眾也有可能持有接受的態度，但是否如此，並不影響到法體系的存在。因此，民眾對承認規則的接受態度，雖然在事實上的確是重要的，但這在概念上並不必要。

倘若這些看法沒錯，那麼我們就可以討論任何理由命題與接受論證之間的關係。莊世同認為，哈特企圖運用接受論證來證成法律具備與道德不存在必然關聯的規範性，這種非道德論證的核心就是任何理由命題。哈特以如下方式來說明這個命題：

許多遭受法律強制的人們，不僅不認為它具有道德約束力，甚至那些自願接受體系的人，也不一定認為這是他們的道德義務，雖然這樣的體系會十分穩定。事實上，他們對於體系的忠誠可能給予很多不同的考量：長期利益的計算，對他人利益的冷靜分析，未經反省的承襲或傳統的態度，或者只是想要跟著別人走⁴。(粗體部分由作者所加)

顯然，這段討論如果單純用以說明普通民眾持有的對法體系的服從態度，那麼它在哈特的理論體系中，一定是完善且融貫的論證。因為，服從只是一種個人持有的態度、而不是公共態度，只是一種事實上的態度、而不必然是一種規範性的態度，這些內容都與

4 *Id.* at 203.

任何理由命題嚴絲合縫的匹配在一起。

然而，任何理由命題與接受態度匹配嗎？僅從這段文字上看，哈特的確認為任何理由命題同樣針對官員，因為「那些自願接受體系的人」也是這段話的主語。然而，在前一個引述的段落中⁵，有一段表述非常接近該命題：

對於一個僅僅服從規則的人而言，其面對規則的態度是不必須包含任何批判的成分的。……他的服從可以單純是出於對不良後果的畏懼，或者出於不經思考的慣性，他不需要認為自己或者他人有義務去服從，也無意去批評他自己或他人背離該規則的行為⁶。

這段表述當然可以被視為對以下判斷的支援：任何理由命題是適用於普通民眾的，但就該命題是否支持官員接受的問題而言，哈特緊接著給出了一段非常矛盾的表述：

然而，這種僅僅將規則視為關係個人利害的想法，儘管可能是一般民眾所抱持的心態，但卻不能表達出法官在法庭上的位子上對於他們所適用的法律所抱持的心態，尤其不能表達法官對於用來判別其他規則效力的終極承認規則所抱持的態度⁷。

這段表述明顯排除了法官這樣的接受者，哈特並且總結道：「法官對於他所適用的規則——尤其是承認規則，所應當持有的是一種內在觀點，亦即把這些規則視為正確的司法裁判所應當適用的公共的、共同的標準，而不是每一個法官僅僅就其個人而言應當會服從的規則」⁸。

5 *Id.* at 115-16.

6 *Id.* at 116.

7 *Id.*

8 *Id.* at 116-17.

這兩段表述顯然矛盾，唯一合理的說法只能是：其中必有一者為錯⁹，而不是像很多論者以為的那樣，哈特的主張可以被再次區分為兩種不同的論證方式：非道德論證與道德的論證¹⁰。在我看來，那段被莊世同當作哈特持有任何理由命題的最重要依據的段落，反而必然是錯誤的表述。理由有二：第一，如果內在觀點（批判反思態度）是官員接受的主要標誌，但任何理由命題明顯缺乏內在觀點的加入，它無法說明官員如何將承認規則視為公共的判斷標準。第二，哈特在批評Austin的理論時頻繁會運用的一些概念，尤其是「被迫」(be obliged to) 與「有義務」(have an obligation to) 的區分說明，他將法律的規範性視為法律的核心性質；但任何理由命題無法說明法律的規範性要求，尤其無法說明莊世同所謂的涉它規範性，更遑論證成法律的規範性。所以，就只能認為它僅與民眾的服從匹配，而無法匹配官員的接受。這個判斷當然會使我同意莊世同的主張——任何理由命題無法證成法律的規範性，這只能是一種道德證成，但我們在根據上顯然差別甚大。

貳、接受態度與道德接受論證

不過，會有論者認為，我過快得出了否認任何理由命題針對接受論證的結論，而忽視了其中蘊含的其他可能。先讓我通過詳述道德接受的內涵及其具體類型，來說明為何會有這樣的疑問。

如果法律規範性的證成只能是某種道德接受，那什麼是道德接受？回答這個問題，首先需要區分「接受論證」與「接受態度」。

9 做出該判斷的前提是，假設哈特的目的就在於證成法律的規範性；但依王鵬翔所言，其目的只在於說明規範性，情形會大為不同，我將在第肆節討論這種可能。

10 最近的例子，Michael A. Wilkinson, *Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law*, 30 O.J.L.S. 441, 452 (2010).

至少在哈特的理論中，接受論證必然包括兩個部分：一方面，主要是官員「事實上」按照規則的要求來行事；另一方面，主要是官員不但這樣做，而且對此持有某種「規範性態度（內在觀點）」，即以此來反省自己和批評他人。可見，接受論證由接受態度和事實上的照此行為這兩部分組成，即接受論證蘊含接受態度（單向蘊含關係）。

基於此，作為接受論證當中特殊類型的道德接受¹¹，必然也蘊含著缺一不可的雙重要求：一方面，官員事實上按照規則的要求來行事；另一方面，官員不但這樣做，而且對此持有某種道德性的規範性態度（道德的內在觀點），即以道德為基礎來反省自己的行動和批評他人的行動。所以，像王鵬翔一樣，我也認為僅有道德接受的態度，無法證成任何規範性要求。然而，一旦道德接受論證除了道德接受的態度外，還必須包括接受的「事實」，問題就變得複雜起來，再以「（接受）態度」來稱呼接受論證就變得不恰當，此時的（道德）接受論證必然表現為某種事實¹²。無論Raz還是Parfit，他們均認為理由就是某種事實或者理由是由事實給予的。儘管依然不能因此說道德接受論證就足以證成（法律的）規範性，但將道德論證視為某種事實、而非僅為某種態度，這種做法本身就已經意味著，證成的任務具備了實現的可能。

接下來的問題是：道德接受論證可能表現為什麼樣的類型？理論上至少有四種可能¹³：第一，基於社群共同道德主張（一般的道德共識）的接受。例如在伊斯蘭社群中，人們不但在事實上普遍不吃豬肉，而且還普遍持有這樣的規範性姿態（普遍的道德共

11 另一種類型就是莊世同認為哈特所支持的非道德的接受。

12 可能王鵬翔會如此反駁：將接受論證稱為一種事實的作法，與將其稱為一種態度的作法是同樣以偏概全的。不過，我的意思是說，應當將它稱為「蘊含道德接受態度的接受事實」，因而有理由將其簡稱為「事實」。

13 區分以下四種類型的主要標準，是基於規範性（道德）態度的不同，但它們共同的前提是：該社群中的多數民眾照此行事的事實。

識)——「不應當吃豬肉」,並以此來反省自己和批評他人的相關行動。第二,基於各自獨立道德主張所形成的道德共識的接受¹⁴。在一個由伊斯蘭教信徒和素食主義者組成的社群中,每個人都認為存在著「不應當吃豬肉」的規範性要求,但是其中一些人是因為宗教原因(伊斯蘭教的教義),而另一部分人則是基於素食主義的道德要求。不過,縱使原因不同,但他們共同認為存在著「不應當吃豬肉」的規範性要求。第三,基於事實的道德價值的接受,即基於成規(*convention*)的道德共識¹⁵。例如在某一社群中,不但存在如此多數民眾大體一致的行動類型,而且在面對別人質疑時會說「因為他人如此行動,所以我也應如此行事」,這就是社會成規。當然會有質疑,即他人如此行動只能用來「說明」我為何如此行事,而不能「證成」我應當如此行事,所以就必然會引入某種道德上的說明¹⁶。第四,基於薄的道德共識(*thin moral consensus*)的接受。例如,在一個由伊斯蘭教信徒、素食主義者和滿族民眾組成的社群中,伊斯蘭教信徒和素食主義者認為滿族民眾不應當吃狗肉,素食主義者和滿族民眾認為伊斯蘭教信徒不應當吃豬肉,而伊斯蘭教信徒和滿族民眾認為素食主義者不應當吃任何肉類,並且如上主張被認為是具有規範性效果的,雖然他們各自未必會對自己提出同樣的主張。不過,此處存在一個至少表面上極強的批評:此時還存在事實上的行動一致和道德共識嗎?我的回答是:至少在較薄的意義上是存在的。具體來說,在這樣看起來價值高度分歧的社群中,一部分人之所以能夠對其他人提出「真的」規範性要求,至少是因為存

14 Dworkin稱之為基於獨立信念(*independent conviction*)的道德共識。See RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 136 (1986).

15 可能會有人問這樣的問題:有沒有基於成規的非道德的共識?我不否認存在理論上的可能,但由於此處討論的是道德接受問題,所以只能擱置這個問題。

16 一個通常的想法是,這是為了解決社會合作(*social coordination*)的難題,而這件事情本身就具有道德上的重要性。See JULES L. COLEMAN, *THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST APPROACH TO LEGAL THEORY* 92-102 (2001). 當然也有其他說明方式,如構成性成規(*constitutive convention*), see ANDREI MARMOR, *POSITIVE LAW AND OBJECTIVE VALUES* 1-24 (2001).

在這樣的道德共識：我們每個人都應當做道德上正確的事情，而對於滿族民眾而言，不吃狗肉就是道德上正確的行動；對於伊斯蘭教信徒而言，不吃豬肉就是道德上正確的行動；對於素食主義者而言，不吃任何肉類就是道德上正確的行動。而且，也是在較薄的意義上，我們才會說這個社群存在事實上的一致，即該社群中的大部分民眾正在做著道德上正確的事情。

顯然，並不是每種道德接受都適於證成法律的規範性，首先需要排除第二種情形，因為這種道德共識的對象相當任意或偶然：在該種社群中，人們未必一定會形成「關於法律」的道德共識，並無必然可能用它來證成「法律」的規範性，雖然它有可能證成別的要求的規範性。現在面臨的問題有三個：第一，任何理由命題能否匹配第四種情形¹⁷？兩者表面上有可能相互匹配，但該情形中必然蘊含的薄道德共識，並不存在於任何理由命題中。哈特後來的「成規主義轉向」證明了這一點，成規本身必然蘊含某種道德要求，否則就只是Austin所主張的「習慣」(habit)。至此，我們方可比較穩妥的說：哈特的任何理由命題主要用於說明普通民眾對於法體系的服從，而非用來證成法律的規範性。

第二個問題是：剩餘的三種接受分別意味著什麼？在我看來，第一種情形就是Dworkin所主張的詮釋主義法理論，這是一種試圖運用某種厚的(thick)道德價值來證成法律規範性的努力。Dworkin認為可以從法實踐中抽象出多種實質價值，但只有其中的「原則一貫性」(integrity)，具備「符合」(fit)法實踐的「最佳證立」(the best justification)效果，所以法實踐就是一種必然體現原則一貫性的實踐¹⁸。第三種情形早期表現為Coleman的合作成規理

17 如果排除第二種情形在證成法律規範性當中的作用，那麼可能與任何理由命題匹配的就只剩下了第四種情形。

18 DWORKIN, *supra* note 14, at 45-86.

論，後來被Shapiro發展為法律計畫理論（the planning theory of law）¹⁹，他們之間的差別僅在於：法律到底只是用來解決合作難題這個單一問題，還是用來解決道德分歧引發的整體道德困境？第四種情形是Raz經由疏離的觀點（detached）發展出來的法律觀點（legal point of view），即從法律角度看，法律必須被預設為道德上正確的；Coleman最近將其稱為道德語義學命題（moral semantics thesis），即法律的內容能夠被重述為一個道德指令²⁰。無論以上哪種看法正確，都說明一個重要的問題：法律規範性的證成，必然是某種道德證成。僅此而言，我同意莊世同的結論。

第三個問題是：如果證成法律的規範性必然訴諸道德，那麼哈特及其後繼者的主張還是法實證主義嗎？今天的法理論主要圍繞社會事實命題展開：到底是社會事實這個單一條件最終證成法律的規範性（法實證主義），還是社會事實和道德一起來證成法律的規範性（反法實證主義）。那麼道德接受必然違反社會事實命題嗎？也不盡然，讓我用Coleman近來主張的道德語義學命題為例。他認為法律將什麼樣的要求作為自身的內容，這顯然是個社會事實問題，關鍵在於法律的內容能夠被重新描述成一個道德指令。簡言之，道德語義學命題關心的不是法律的內容是道德的，而是關心被重新描述的法律內容是道德的；也就是說，法律有創造出獨立於內容的道德理由的規範性權力，如果它成功的做到這一點，那麼法律的內容就可以被重新描述成道德指令，但是它並非任何時候均能成功實現這個任務²¹。這個說法非常類似於Raz的事實權威的主張，即法律主張自己擁有正當權威，但並非任何時候均能實現這個目標。這些簡單的論述至少可以說明：道德接受論證能夠匹配社會事實命題。

19 See SCOTT SHAPIRO, LEGALITY 193-233 (2011).

20 See Jules L. Coleman, *Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence*, 27 O.J.L.S. 581, 585-97 (2007).

21 *Id.* at 594.

參、如何理解法律的規範性？

如果哈特是以接受論證來證成法律的規範性，那麼如何來理解「法律的規範性」？對於這個問題，莊、王二人有兩個共識：第一，至少存在「涉及規則意義的規範性」和「蘊含理由意義的規範性」這兩種理解方式²²，對此我並無異議。但由於當今理論家基本接受了蘊含理由意義的規範性的看法²³，所以哈特到底在何種意義上來理解法律的規範性，這個話題僅具備思想史的意義，而缺乏問題上的重要性。

第二，他們均認為「對承認規則的接受」有三種理解方式：其一，只將承認規則當作鑒別法律對錯的標準，即如果一條規則符合承認規則的效力判準，那麼不將這條規則視為法律規則是錯的，將它認定為法律規則才是正確的；其二，如果一個人接受承認規則，那麼他應當將滿足承認規則效力判準的規則認定為法律規則，並且認為其他人也應當將這些規則認定為法律規則，同時據此批判那些不將它們當作法律規則的人。其三，當一個人接受承認規則時，他不僅要將滿足承認規則效力判準的規則認定為法律規則，同時還會將這些規則當作是行動理由。對於他們這個部分的共識，我比較有疑問。

初步的懷疑是：如果主要以兩種方式來理解法律的規範性，那麼這如何與三種「對接受」的理解方式匹配²⁴？很明顯，第三種理解方式表達的是蘊含理由意義的規範性，第二種理解方式表達的是涉及規則意義的規範性。那麼，第一種理解方式呢？它表達了什麼樣的規範性？在我看來，這不能被認為是一種對規範性的「單獨」

22 Parfit認為有五種理解方式，但由於莊、王二人只討論這兩種，所以其他意義的規範性在所不論。See 2 DEREK PARFIT, ON WHAT MATTERS 267-68 (2011).

23 See ANDREI MARMOR, PHILOSOPHY OF LAW 1-5 (2011).

24 如果認為哈特是以接受論證來證成法律的規範性，那麼以上問題就會出現。

理解方式，因為無論第二種還是第三種理解方式，本身均蘊含著第一種的理解方式。如果將滿足承認規則效力判準的規則認定為法律規則，那麼不將這條規則視為法律規則是錯的，將它認定為法律規則才是正確的；如果將滿足承認規則效力判準的規則當作是行動理由，情形也同樣如此。

他們除此之外還認為，哈特採取的是第三種理解方式²⁵。一個更加根本的懷疑針對這個共識給出：這樣的理解方式恰當嗎？具體來說，可以將這種理解方式進一步分解為三個不同的主張：

主張1：法律具備規範性；

主張2：官員的接受得以證成承認規則的規範性；

主張3：滿足承認規則效力判準的法律規則，因而也具有規範性，即它們應被當作是行動理由。

那麼，這三個主張之間是什麼關係？通常的看法是：因為主張2——官員的接受得以證成承認規則的規範性和主張3——滿足承認規則效力判準的法律規則應被當作是行動理由，所以主張1——法律有規範性。這種通常看法帶來的效果是，如果能夠證明個別滿足承認規則效力判準的法律規則無法被當作行動理由，法律規範性的主張就會崩潰。例如，假設特定法律規則與道德相衝突或者在道德上是荒謬的，並且假設行動理由就是「正當化理由」(justifying reason)，那麼該法律規則就無法被視為恰當的行動理由²⁶。然而，這三個主張還可能存在如下關係，即因為主張2——官員接受得以證成承認規則的規範性；所以主張1——法律具備規範性；最後主

25 雖然王鵬翔認為哈特在《法律的概念》中採取的是前兩種理解方式，在《論邊沁文集》中採取的第三種理解方式，但莊世同認為哈特始終採取的是第三種理解方式。

26 這通常是外在理由論者的看法，對內在理由論者而言，理由至少是「動機性理由」(motivating reason)，如果一個法律規則無法激發人們做出相應的行動，那麼它就不是適當的行動理由。

張3——滿足承認規則效力判準的法律規則，因而也具有規範性，即它們應被當作是行動理由。此時，該種看法將豁免於前種批評，因為法律的規範性單獨由主張2（官員接受得以證成承認規則的規範性）來保障，無需將主張3同樣視為前提。

這顯然涉及到如何理解「法律的規範性」。先讓我用「法律的內容」(the content of law)來稱呼由承認規則所鑒別的法律規則，問題因此變成了：如果法律有規範性，那麼法律的內容有規範性嗎？剛才的兩種看法，分別代表了關於這個問題的「強」主張與「弱」主張。第一種看法是強主張，即如果法律有規範性，那麼法律的內容「必須」有規範性；換言之，如果法律的內容沒有規範性，那麼法律也就沒有規範性²⁷。第二種看法是弱主張，即如果法律有規範性，那麼法律的內容「通常應當被視為」有規範性；換言之，即使法律的內容沒有規範性，法律仍有可能具備規範性。強主張的支持者因此必須考慮這個問題：經由承認規則鑒別的「法律內容」為什麼是有規範性的？所以他們通常會去討論承認規則的「鑒別方式」如何使法律的內容具備規範性，用Greenberg的話來說：法律內容的決定要素與法律內容之間存在怎樣的關聯，以至於法律內容一定是行動理由。他認為，只有理性關係的要求（rational-relation requirement）才能給出充分說明，所以最終走向反實證主義的一邊²⁸。

然而，在我看來，只有弱主張才是對法律規範性問題的恰當理解，至少是哈特意義下的正確理解方式。理由至少有兩個：第一，主要的理由是「（一般）法」（Law）與「個別法」（the law）的區分。「法律具備規範性」這個判斷，一定是關於「法」的性質（the nature of Law），它並不必然蘊含「每一個具體的法律均具備規範

27 從莊、王的行文中，可以推測出他們均認同強主張。

28 Mark Greenberg, *How Facts Make Law*, 10 LEGAL THEORY 157, 160 (2004).

性」這個判斷。這就相當於說，「人是有理性的」這個判斷，是關於「人」的性質的判斷，而不是關於「每個人」的性質的判斷；換言之，它並不必然蘊含著「每個人都是有理性的」，否則我們只能以「不具備人的性質」來定義精神病人，而這顯然是錯誤的。第二，哈特對於法體系最小概念條件的說明，支持了這種看法。如果法體系的最小條件是對於承認規則的接受，那麼接受本身將會使得法（或法體系）擁有規範性，但這並未使得由其所鑒別的每一個初級規則必然具備規範性，或者必然被視為行動理由來對待。所以，對於法律規範性的說明，必然包括兩個部分：首要的問題是，對哈特而言，接受論證如何使承認規則具備規範性；或者對法實證主義者而言，社會事實如何單獨決定法律的內容。理論上，對於這個問題的回答，可以單獨被視為對法律規範性問題的回答。次要的問題是，為何「通常」應當將法律的內容視為恰當的行動理由，對於這個問題的回答雖然對說明法律的規範性並無直接效果，但是由於它能進一步澄清由此引發的問題，所以仍然是十分重要²⁹。

如果剛才的看法正確，那麼下面這個通常只能給出否定答案的問題，就有了另作他解的可能：法律規範性問題遇到的（一個）難題是，「法律如此規定」這個事實本身，是否可以單獨給予人們行動理由³⁰？如果以強主張的方式來理解，答案只能是否定的，因為一旦法律給出了一個與道德極端矛盾的行動要求，然而這個要求並沒有僅因為「法律如此規定」這個事實，成為真正的行動理由。例如法律要求我們「必須同二十歲生日那天遇到的第一個異性結婚」，這個顯然過分荒謬的要求無法成為真正的行動理由。並且，在強主張的脈絡下，還會引發否認法律具備規範性的結論。不過，

29 前面所講的Raz的事實權威理論和Coleman的道德語義學命題，就是在以不同方式來回答這個一個問題。

30 這是王鵬翔批判法實證主義——尤其是「獨立於內容」(content-independent)這個性質——的基本質疑。參見王鵬翔，獨立於內容的理由與法律的規範性，中研院法學期刊，11期，頁203-247（2012年）。

一旦轉向弱主張，結論就會不同：法律的規範性只是要求我們將法律的內容「通常」視為真正的行動理由，或者法律的內容通常應該被重述為一個道德要求，但法律並非每時每刻都能實現這個任務。如果出現上述荒謬的法律內容，這只能說明法律並未成功實現這個目標，這種情形當然會貶損法律的規範性，但卻不能說法律此時根本沒有規範性³¹。同理，當我們說理性是人的基本性質，並且各類精神病人的確程度不一的缺乏理性，但我們依然還得承認：他們的確是人，並且還得擁有由此而來的很多規範性效果，例如各式各樣的人權。

肆、法律的規範性與法理論的性質

剛才所有討論的前提是：哈特的接受論證就是為了證成法律的規範性。現在來考慮王鵬翔的挑戰：哈特的目標是提供一種用以「說明」法律規範性的描述理論。與我在本文第一部分的工作不同，王鵬翔並未挑戰哈特對於任何理由命題的支持，因為一旦認為哈特的理論是個「說明性理論」(explanatory theory)，那麼任何理由命題就不再與證成法律規範性這個任務發生直接的關聯，所以會有論者³²主張儘管它可能無助於證成，但是在說明上是成功的³³。換言之，一旦將任何理由命題視為一種「理論命題」(theoretical thesis)——關於理論家如何認識法律規範性的命題，而不是「實踐命題」(practical thesis)——關於法律如何為我們提供行動理由的命題，那麼它有可能是充分的。這樣的看法正確嗎？

31 See Matthew Noah Smith, *Legal Truths and Falsities*, 22 *RATIO JURIS* 95, 103-105 (2009).

32 王鵬翔對此沒有明確表態，所以無從判斷他對此問題的看法。

33 See Kevin Toh, *Hart's Expressivism and His Benthamite Project*, 11 *LEGAL THEORY* 75, 77 (2005).

的確如王鵬翔所言，哈特認為自己的理論目標是「說明和釐清法律作為一種具有規則治理（rule-governed）面向（並且在這個意義上是『規範性的』）的複雜社會政治制度……這種說明之所以是描述性的，因為它是道德中立的而且沒有任何證成目的」³⁴。可以將這個目標進一步分解為兩個要素：「法律具備規範性」（理論研究對象的性質）與「以道德中立的描述性理論說明之」（理論本身的性質）。因此，特定法理論是否成功的判斷標誌，就在於它是否充分的「捕捉（說明）」到了法律的規範性。之所以哈特的理論被視為經典，一個重要的方面在於，他所提供的這套描述性理論更好的捕捉到了法律的規範性。就Austin的命令理論而言，哈特認為它只捕捉到了強制的面向，而強制無法被等同於規範性（被迫不等於有義務）；就Holmes的預測論而言，哈特認為法律並不是對於法官將要做出判決的預測，而是裁判的根據和理由。以上這些強有力的批評，都是基於「法律具備規範性」的前提衍生出來。Austin和Holmes當然可以這樣反駁：我們的主張其實更能說明法律的規範性，但這並非唯一的回應方式，他們還可以說：我們根本就不認為法律是具備規範性的。無論哈特該如何回應，至少他不能說「我就是這樣認為」。Finnis就是以類似後者的方式來說明，哈特的理論為何一定是帶有證成任務的規範性理論³⁵。

暫且先擱置這個關於理論性質的討論，重續原有的問題，作為理論命題的任何理由命題能夠充分說明法律的規範性嗎？這有賴於如何理解任何理由命題。第一種理解方式是：多數官員因道德而接受承認規則的同時，少數官員基於任何理由而服從承認規則；簡言之，任何理由命題僅用於說明少數官員的行動或者態度。這種描述的確可能真實存在，但在哈特看來，少數官員的行動或態度並不具備概念上的重要性，所以他一定不會接受這種看法。第二種理解方

34 HART, *supra* note 2, at 239-40. (我採取了王鵬翔的譯法，王鵬翔（註1），頁390。)

35 See JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHT 1-19 (1980).

式是：有的法體系的被接受事實上是因為長期利益的計算、有的可能是因為對他人利益的冷靜分析、有的可能是因為未經反省的承襲或傳統的態度、有的可能是因為只是想要跟著別人走、當然有的可能是因為道德上的理由，等等不一而足。所以，接受一個法體系是個事實問題，無法就此給出統一的說明，只能被歸結為任何理由命題。如果忽略它與哈特論述的不一致的地方³⁶，那麼這將有力證明任何理由命題在「說明」法律規範性上的重要性。換言之，這種看法的關鍵在於，任何理由命題的功能，是使得研究者無需進一步追問「法律因何具有規範性」這個證成問題。但這種看法仍有缺陷：它至少是不完整的，因為單憑其自身尚不足以將該問題拒之門外，需要進一步補強論證。

這就出現了最後一種、也是最為哲學化的理解，即「法律因何具有規範性」是個關乎「證成」的一階（*first-order*）問題，用以「說明」法律之規範性的理論是個二階（*second-order*）問題，而任何理由命題用來針對後者而非前者，它與「證成法律規範性」的任務無關。雖然哈特並未使用一階和二階的術語，但他仍主張「即使描述的對象是評價，但描述仍是描述」³⁷。因此，一旦將其視為一種後設理論（*meta-theory*），無論他於此的立場是什麼，理論上他都可以將「法律因何具有規範性」的問題排除在外³⁸。如果哈特果真如此看重任何理由命題，那麼我相信這將是他最願意認同的主張。現在可以重新結合前面暫時擱置的法理論性質的問題，任何理由命題於是轉換成了關於法理論性質的討論，前者成立與否完全仰賴於後者的討論結果。

36 從字面意義上看，哈特的任何理由命題的主體是同一法體系之下的不同人，而不是不同法體系之人對於法律體系不同的接受態度。

37 HART, *supra* note 2, at 244.

38 Kevin Toh將哈特在後設理論上的立場，明確為表示主義（*expressivism*）或非認知主義（*noncognitivism*）。但在我看來，即使最終證明哈特奉行的是其他後設理論的立場，這也不影響剛才的論證效果。Kevin Toh, *supra* note 33, at 80-91.

篇幅所限，此處無法給出詳細的討論步驟，只能勾勒出一些基本框架。按照後設理論與「規範理論」(normative theory)的劃分³⁹，一個關於「法律規範性」的理論至少可以區分出兩種具體形態：第一，後設理論——如果法律具備規範性，那麼對此給出完整「說明」的理論應當是什麼樣子；第二，規範理論——道德還是道德以外的其他條件「證成」了法律的規範性。關於法理論性質的討論核心是：法理論是否必然包含第二個部分？最直觀的看法有兩個：

N1：後設理論與規範理論完全相互獨立；

N2：後設理論與規範理論存在某種關聯。

N2可以進一步被劃分為兩個子命題：

N2a：後設理論與規範理論相互獨立，但是存在某些關聯⁴⁰；

N2b：後設理論與規範理論的劃分本身就是錯誤的，根本不存在與規範理論無關的後設理論⁴¹。

如果堅持N1，法理論將不包括規範理論的部分，任何理由命題必將成立；如果堅持N2b，法理論只能是一種規範理論，任何理由命題必然錯誤；如果堅持N2a，要看這種關聯到底是什麼，才能做出最終的判斷。

我自己傾向於接受N2a，此處我將提出一個簡潔的論證策略：命題M1（法律規範性的證成必須借助道德）與命題M2（法律規範性必須借助「特定」道德——如Dworkin的integrity——來證成）有什麼不同？顯然，M2必然蘊含M1，即如果「法律規範性必須借助特定道德來證成」，那麼「法律規範性的證成必須借助道德」；但它

39 基本可以將其等同為「一階理論」和「二階理論」的另外一種說法。

40 See MICHAEL SMITH, THE MORAL PROBLEM 202 (1994).

41 See RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 23-96 (2011).

們之間並不是反向蘊含關係，即如果「法律規範性的證成必須借助道德」，那麼「法律規範性必須借助特定道德（如integrity）來證成」，它也有可能借助別的實質價值來實現證成的任務。

問題是：M1和M2的性質分別是什麼？它們之間的關係又說明了什麼？無論借助integrity還是別的實質價值來證成法律的規範性，對M2的完整討論都會是個規範理論；然而，M1一定是個「一般性」（generality）的概念問題，它可以相容所有從integrity到其他任何可能的實質價值的規範理論。因此，一方面，它們一定分別是關於法律規範性的特定規範理論（M1）和後設理論（M2）；另一方面，規範理論和後設理論之間存在必然的關聯，即規範理論必然蘊含後設理論，但後設理論並不必然蘊含特定的規範理論。

將這些結論帶回前面的討論，情形就清晰起來：由於哈特的描述理論是後設理論，而M1（法律規範性的證成必須借助道德）同樣如此，這兩個主張處於同一層次（二階）。因此，法學家在主張「自己的理論是描述性的」的同時，並不妨礙他們主張「法律規範性的證成必須借助道德」⁴²，後者仍然是道德中立的。如果這個結論正確，那麼作為理論命題的任何理由命題就一定錯誤。同時這也說明，法理論的道德中立性質，其實並不排除道德在說明法律性質的任務中扮演重要角色，這可能是最近法實證主義者在反省「分離命題」過程中得出的最重要答案⁴³。

42 這當然不是法學家唯一可能提出的概念化主張，至少「法律理由是否獨立於內容」的問題就具備同樣性質。

43 See, e.g., Leslie Green, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, 83 N.Y.U. L. REV. 1035, 1035-58 (2008); Jules L. Coleman, *The Architecture of Jurisprudence*, 121 YALE L.J. 2, 2-80 (2011).

伍、結論

對於莊世同和王鵬翔兩位教授的爭論，我的看法如下：第一，所有類型的任何理由命題都無助於證成法律的規範性，而且也不應當將其理解為用以實現這個目標；第二，「接受」並不僅僅表現為一種態度，尤其是道德接受可以體現為態度與事實的結合，可能證成法律的規範性；第三，對法律規範性的恰當理解，不應當等同為「每一個經由承認規則鑒別的法律規則都是我們的行動理由」，它是一個屬性上的判斷；最後，即使將任何理由命題理解為一種理論命題，它依然是錯誤的。

參考文獻

1. 中文部分

王鵬翔 (2012), 獨立於內容的理由與法律的規範性, 中研院法學期刊, 11期, 頁203-247。

—— (2014), 接受的態度能夠證成法律的規範性嗎? ——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉, 中研院法學期刊, 14期, 頁387-405。

莊世同 (2013), 法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證, 中研院法學期刊, 13期, 頁1-36。

2. 西文部分

Coleman, Jules L. 2001. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

——. 2007. Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence. *Oxford Journal of Legal Studies* 27:581-608.

——. 2011. The Architecture of Jurisprudence. *Yale Law Journal* 121:2-80.

Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

——. 2011. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Finnis, John. 1980. *Natural Law and Natural Right*. Oxford: Clarendon Press.

Green, Leslie. 2008. Positivism and the Inseparability of Law and

- Morals. *New York University Law Review* 83:1035-1058.
- Greenberg, Mark. 2004. How Facts Make Law. *Legal Theory* 10:157-198.
- Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2d ed. Oxford: Clarendon Press.
- Marmor, Andrei. 2001. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.
- . 2011. *Philosophy of Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Parfit, Derek. 2011. *On What Matters Vol. 2*. Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, Scott. 2011. *Legality*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Smith, Matthew Noah. 2009. Legal Truths and Falsities. *Ratio Juris* 22:95-109.
- Smith, Michael, 1994. *The Moral Problem*. Malden, Mass.: Blackwell Publishing.
- Toh, Kevin. 2005. Hart's Expressivism and His Benthamite Project. *Legal Theory* 11:75-123.
- Wilkinson, Michael A. 2010. Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 30:441-466.