

獨立於內容的理由與法律的規範性*

王鵬翔**

目 次

- 壹、法律規範性的問題
- 貳、獨立於內容的理由——誤解與澄清
- 參、法律如何給予理由
- 肆、法律規範性的根源
- 伍、重省法律規範性的問題——代結論

* 投稿日：2011年10月27日；接受刊登日：2012年2月3日。〔責任校對：王文咨、楊承燁〕。

** 中央研究院法律學研究所助研究員。本文的初稿曾經先後在2011年5月於北京中國政法大學中歐法學院法哲學和交叉法學研究所主辦之「哈特《法律的概念》出版五十周年紀念」研討會以及2011年11月於中央研究院歐美研究所舉行的「規範性哲學研討會」上發表，我非常感謝與會學者所提出的問題與評論，同時感謝兩位審查人的寶貴意見。本文為我執行的國科會計畫「法律規範性的本質與根據」(NSC100-2410-H-001-003-MY3)的部分研究成果。

摘 要

本文從哈特所提出的「獨立於內容的理由」這個概念出發，探討關於法律規範性的三個主要問題：法律理由的性質、法律如何給予理由、法律規範性的根源。本文首先釐清對於「獨立於內容」的一些誤解，指出「獨立於內容的理由」是一種基於意圖的理由，然後論證法律是以創造理由的方式給予行動理由，而創造理由是給予獨立於內容的理由的方式。最後批評了法實證主義者對於法律規範性根源的成規論說明。

關鍵詞：規範性、合法性、行動理由、獨立於內容的理由、給予理由、創造理由、法實證主義、社會成規。

Content-Independent Reasons and the Normativity of Law

*Peng-Hsiang Wang**

Abstract

Starting with the notion of content-independent reasons that H.L.A. Hart put forward in his later work, this article explores three main issues regarding the normativity of law: the nature of legal reasons, how the law gives reasons to act, and the grounds of legal normativity. It first clarifies some misunderstandings about “content-independence” and point out that content-independent reasons are intention-based reasons. It then argues that the law gives practical reasons by way of creating reasons, which is the distinctive manner of giving content-independent reasons. Finally, this article criticizes legal positivists’ conventionalist account of the grounds of legal normativity.

KEYWORDS: normativity, legality, reasons for action, content-independent reasons, reason-giving, creating reasons, legal positivism, social convention.

* Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

壹、法律規範性的問題

自2009年1月開始，在臺灣的旅館、餐廳、商店以及其它室內公共場所的門口，經常看得到這樣的貼紙：「No Smoking! 菸害防制法規定，本場所全面禁止吸菸，違者處2000元以上10000元以下罰鍰」¹。當然，禁菸貼紙本身不是法律，它只是傳達了關於法律的訊息，這個訊息有兩層含意。第一層含意是描述性的，它告訴我們一個事實：法律禁止在旅館、餐廳、商店等室內公共場所吸菸；第二層含意是規範性的：我們應該（或者有理由）不在室內公共場所吸菸，而我們之所以有理由或應該不在室內公共場所吸菸，因為這是法律所禁止的行為。換言之，這兩層含意之間的關聯是：法律禁止在室內公共場所吸菸這個事實，給予了我們不要在室內公共場所吸菸的理由。

上面這個例子，觸及了「規範性」(normativity)與「合法性」(legality)這兩個法律哲學的核心問題。「法律要求、禁止或允許作 ϕ 」（“ ϕ ”代表某個行為）這樣的陳述可稱之為「法律命題」(propositions of law)，為真的法律命題（例如「臺灣法律禁止在室內公共場所吸菸」）所陳述的事實可稱之為「法律事實」(legal facts)。對於法律規範性的一種說明方式是：如果法律具有規範性的話，那麼「法律要求、禁止或允許作 ϕ 」這樣的事實就提供了作 ϕ （或不作 ϕ ）的理由²，換言之，法律事實是一種給予理由的事實

1 菸害防制法第15條：「下列場所全面禁止吸菸：……十一、旅館、商場、餐飲店或其他供公眾消費之室內場所……」。

2 這種說明方式可見Gerald Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, 11 J. LEGAL STUD. 165, 165 (1982); ANDREI MARMOR, POSITIVE LAW AND OBJECTIVE VALUES 25 (2001); JULES COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST APPROACH TO LEGAL THEORY 71 (2001). 有一個比較強的說法是：「如果法律具有規範性的話，那麼法律能夠賦予義務」。但就規範性的概念而言，「理由」是最基本的概念，其它規範性概念如「應該」或「義務」可以透過理由的概念來分析，對此可參見Simon Robertson, *Introduction:*

(reason-giving fact)。涉及法律規範性的基本問題是：法律事實所給予的是什麼樣的行動理由？它以什麼樣的方式給予行動理由？

合法性涉及的問題是：「什麼是使得法律事實成立的根據？」（或者可以說：「什麼是使得法律命題為真的條件？」）。法律事實的成立與否，始終是藉由其它事實所決定的³。比方說，「室內公共場所禁止吸菸」這個法律事實之所以成立，是由於下面這個事實：2007年7月立法院三讀通過、總統公布了菸害防制法第15條的修正條文，並自2009年1月11日開始實施。讓我將法律事實成立的根據稱為「法律根據」(the grounds of law)或者「合法性條件」(the condition of legality)⁴。法實證主義的核心主張是，法律事實最終是由社會事實所決定的，這些事實只是描述了人類的行為、信念或態度，而與（道德）評價無關。換言之，法實證主義者認為，合法性條件或法律根據基本上只由社會事實所構成。這就是所謂的「社會事實命題」(the social fact thesis)⁵。

在我看來，法實證主義（甚至是法律哲學）所要面臨的問題

Normativity, Reasons, Rationality, in SPHERES OF REASON: NEW ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF NORMATIVITY 1, 2-9 (Simon Robertson ed., 2009); 1 DEREK PARFIT, *ON WHAT MATTERS* 31-38 (2011). 例如：「X應該作 ϕ 」可以理解為「在全盤考量下，X最有理由作 ϕ （X有最強的理由去作 ϕ ）」；而「義務」則是一種特殊的行動理由，即獨立於內容的、阻斷性的理由(Leslie Green, *Law and Obligations, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW* 514, 518-19 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002))，並且「A有法律義務作 ϕ 」還可以理解為：當A不作 ϕ 時，法律官員有理由強制他去作 ϕ 或對他施制裁。

3 SCOTT SHAPIRO, *LEGALITY* 25-26 (2011). 關於這樣的看法，亦可見 Mark Greenberg, *How Facts Make Law*, 10 *LEGAL THEORY* 157, 157-61 (2004).

4 合法性問題也可以理解為：「在什麼樣的條件下，『要求、禁止、允許作 ϕ 』的規範具有法效力（是法律規範）？」按照這種理解，合法性條件就是法效力的條件(the conditions of legal validity)，或者說，一個規範之所以是法律規範的條件。這種理解預設了法律是一組規範（即具有法效力的的規範）所構成的集合，不過，這個預設並非理所當然、毫無疑問，在此先暫且擱置這個問題。

5 關於社會事實命題，見JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 37-52 (1979); SHAPIRO, *supra* note 3, at 27-30; ANDREI MARMOR, *PHILOSOPHY OF LAW* 3-4 (2011).

是：一方面，如果法律具有規範性的話，那麼法律事實能夠給予行動理由；另一方面，根據社會事實命題，法律事實是由社會事實所決定的，甚至可以說，法律事實可被化約為某種描述性的社會事實。這兩方面合併起來就產生了一個所謂「法律規範性的困惑」：為什麼特定的社會事實（即那些構成法律根據的事實，例如「立法院三讀通過、總統公布」）具有給予理由的力量？我們要如何說明這些事實的規範性意涵(normative significance)？

當代英美法實證主義的代表人物哈特(H.L.A. Hart)在《法律的概念》(*The Concept of Law*)一書中，試圖透過社會規則理論——或者稱之為「規則的實踐理論」(practice theory of rules)——來說明法律的規範性。簡單說，社會規則的存在及其規範性，建立在社會成員對於特定行為模式所採取的特殊信念及態度，此種信念及態度哈特稱之為「接受」(acceptance)。按照哈特的看法，一條社會規則R（例如「進教堂應該脫帽」）存在於一個社群S當中，當且僅當滿足下列條件⁶：

- (1) S的大多數成員遵循著某個特定的行為模式（例如：大多數成員進入教堂即脫帽）。
- (2) S的大多數成員對於這個行為模式持有一種批判反思的態度(critical reflective attitude)：他們將這個行為模式的存在作為自己採取同樣行動（例如：進教堂脫帽）的理由，並且以此作為批評那些偏離行為模式（例如：進教堂卻不脫帽）的成員以及施加壓力要求其遵守的理由。

在《法律的概念》中，哈特主張法律是初級規則與次級規則的集合，最重要的次級規則是所謂的「承認規則」(rule of recogni-

6 H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 55-57 (2d ed. 1994).

tion)，透過承認規則得以辨識在一個社會中有效的法律規則⁷。然而，按照哈特的看法，在一個成熟的法律體系中，並非所有的法律規則都是社會規則，嚴格說來，只有承認規則具有社會規則的性質。倘若如此，儘管我們可以用規則的實踐理論（即社會成員對於特定行為模式所共同持有的信念與態度）來說明承認規則的存在，但是否也能依此說明法律事實的規範性意涵，卻是哈特理論中一個晦澀不明之處。

這個問題來自於承認規則的功能與角色。一般的社會規則，例如「進教堂應該脫帽」或「喝喜酒應該包紅包」是關於我們應該如何行動的規則，行動規則的一般形式是：「在條件C之下，我們應該作 ϕ 」。然而，承認規則似乎並不是一般的行動規則，而是鑑別法律的規則，它的形式是：「如果條件C滿足，那麼要求作 ϕ 的規則R具有法效力（R是法律規則）」或者「如果條件C滿足，那麼『作 ϕ 是法律所要求的』這個命題為真」。換言之，承認規則表述了一個社群的合法性條件，亦即什麼樣的事實構成了法律命題為真（或者說，使得規則具有法律效力）的根據。當然，承認規則具有規範性，但它的規範性涉及的是：我們應該將哪些事實當作是法律根據，或者說，在什麼樣的條件下我們應該認定法律命題為真⁸。既然承認規則是一種社會規則，那麼它的存在也取決於成員在鑑別法律的社會實踐中所共同抱持的信念與態度。舉例來說，假定在臺灣存在著下列這條承認規則：「凡立法院三讀通過、總統公布者即為法律」。它之所以存在，是因為大多數臺灣社會的成員（特別是法官等司法官員）都將「立法院三讀通過、總統公布」這個事實當作是法律事實根據（合法性條件），同時也以此批評那些不將這個事實當作是法律根據的成員。按照這條承認規則，只要立法院三讀通

7 *Id.* at 91-110.

8 用另外一種方式（見前註4）來說就是：在什麼樣的條件之下，我們應該將某條規範當作是法律規範。

過、總統公布了禁止在室內公共場所吸菸的規定，我們就應該認為「法律禁止在室內公共場所吸菸」是個為真的法律命題。

嚴格說來，規則的實踐理論似乎也無法說明承認規則的規範性來源。規則的實踐理論只告訴我們，當一群人遵循某條社會規則——例如承認規則——時，這群人會對特定的行為模式（符合規則要求的行為）採取了一種特殊的態度與信念（將這條規則作為指引行為的理由），但為什麼這群人會採取這樣的態度與信念，從而對他們而言規則具有拘束力（給予理由的力量），規則的實踐理論並沒有提供說明，換言之，它無法告訴我們，為什麼應該遵循社會規則⁹。但暫且擱置承認規則的規範性來源問題（下文「肆」還會再談到這個問題），可以確定的是，我們無法訴諸規則的實踐理論來說明一般的法律事實——例如「法律禁止在室內公共場所吸菸」——的規範性意涵。理由非常簡單：「禁止在室內公共場所吸菸」雖然是有效的法律規則，但它並不是一條社會規則。而它之所以是有效的法律規則（或者說，「法律禁止在室內公共場所吸菸」是個為真的法律命題），並不是由於社會成員的接受態度（我們可以想像，即便只有少數人將這個禁菸規定當作是行動理由，甚至大多數人也不會以此批評那些在室內公共場所吸菸的人，它仍然是一條具有法效力的規則），而是由於它通過了承認規則所規定的鑑別條件（它是由立法院三讀通過、總統所公布的）。但承認規則只告訴我們，「室內公共場所禁止吸菸」是條有效的法律規則，因為它是由立法院三讀通過、總統所公布的，但它並沒有告訴我們，為什麼只因為法律禁止在室內公共場所吸菸，所以我們就應該不在室內公共場所吸菸。換句話說，如果承認規則只是關於合法性條件的規

9 同樣的質疑可見莊世同，再訪Hart的承認規則，收於：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100-106（2001年）。

則，它似乎無法說明，為什麼法律事實具有規範性意涵，它如何能夠提供行動理由。

如上所述，哈特在《法律的概念》所呈現的承認規則理論似乎無法解決法律規範性的困惑。不論哈特自己是否意識到這一點，他在晚期《論邊沁文集》(*Essays on Bentham*)的一篇著名論文〈命令與權威性法律理由〉(*Commands and Authoritative Legal Reasons*)中，試圖以一個更精緻的方式來直接處理這個困惑。哈特認為，說明法律規範性的關鍵在於社會成員——特別是司法官員——所抱持的一種特殊的規範性態度(a distinctive normative attitude)，這種態度展現在於，他們普遍、持續地承認某些考量（例如立法者的命令）構成了一種特殊的行動理由，哈特稱之為「獨立於內容(content-independent)與阻斷性(peremptory)的理由」。然而，為什麼社會成員與司法官員會持有這樣的態度或傾向（承認某人的命令考量構成了獨立於內容的、阻斷性的理由），其背後的動機——哈特稱之為「終極理由」(ultimate reasons)——是分歧多樣的¹⁰。哈特晚期的看法涉及了法律規範性的三個主要問題：第一、如果法律事實能夠給予行動理由的話，那麼法律理由（即法律事實所給予的行動理由）的性質是什麼？第二、法律如何給予行動理由？第三、為什麼法律事實具有給予理由的力量？換言之，法律規範性的根源是什麼？以下我將從「獨立於內容的理由」這個概念出發，討論這三個問題。

10 H.L.A. HART, *ESSAYS ON BENTHAM: JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY* 254-56 (1982). 國內迄今對於哈特的獨立於內容的理由與法律規範性理論最深入的評述當推莊世同，法律的規範性與法律的接受，政治與社會哲學評論，1期，頁43-84（2002年）。不過，莊世同主要關切的是「對於法律規則的接受，是否必然是一種道德上的接受」，這似乎比較接近於下文「肆」所討論的「法律規範性的根源」問題。

貳、獨立於內容的理由——誤解與澄清

眾所周知，哈特反對奧斯丁(John Austin)將法律化約為主權者命令的主張¹¹，但哈特同時指出，分析「命令」的概念，特別是它在實踐推理中的角色，有助於我們了解法律理由的一些重要特性。如前所述，倘若法律具有規範性，那麼「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個事實本身就提供了我們不要在室內公共場所吸菸的理由。而按照社會事實命題，「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個法律事實成立的根據是某個特定的社會事實，即立法者制定了菸害防制法第15條的規定。這種要求或禁止去作或不作一定行為的規範，具有類似於權威命令(authoritative commands)的形式，準此，菸害防制法第15條的規定可以看作是立法者命令的表述。按照這樣的看法，「立法者命令我們不要在室內公共場所吸菸」這個事實給予了我們一個不要在室內公共場所吸菸的理由。這顯示了一個重要而有趣的現象：一般來說，我們之所以有理由去作（或不作）某個行為，通常取決於這個行為的價值或好處。例如，不在室內公共場所吸菸可以避免危害他人身體健康，提供了不要在室內公共場所吸菸的理由。但是命令所構成的理由，乍看之下，似乎與被命令去作的行為的價值或好處無關。「不在室內公共場所吸菸是立法者所命令的行為」這個事實並沒有顯示「不在室內公共場所吸菸」這個行為的價值或好處何在，但它仍然給予了我們一個不要在室內公共場所吸菸的理由。換言之，一個人有理由去作某個行為，可以純粹是因為這個行為是某個權威要求他去作的，而不是因為這個行為本身具有某種價值或好處。哈特將這樣的特性稱之為「獨立於內容」，他對於「獨立於內容的理由」的刻畫如下：

11 HART, *supra* note 6, at 26-78.

命令的獨立於內容的特性在於，命令者可能對相同或不同的人們下達許多不同的命令，這些被命令的行動可能並無共同之處，然而，命令者都有意要其意圖的表述被當成去作這些行動的理由。因此，它乃是要作為一種獨立於所該去作的行動之性質或特徵的理由。就此而言，它當然非常不同於典型的、在行動與理由之間具有內容聯結的行動理由：在此，理由可能是行動作為手段可能達到的某個有價值的或可欲的後果（我關窗的理由是為了禦寒），或者，它也可能是某種情況，在這種情況下行動作為達到想要的後果的手段（我關窗的理由是我感覺冷）¹²。

哈特這段文字是對於「獨立於內容的理由」的經典表述，但這個表述往往引起一些誤解。例如，認為「獨立於內容」的特性指的是「可以有不同的內容」或甚至是「可以有任何內容」；或者將「獨立於內容」理解為「與行為的性質或特徵完全無關」。以下我將分別澄清這兩個誤解。

第一個誤解是認為「獨立於內容的理由」指的是「可以有不同的內容的理由」或甚至是「可以有任何的內容的理由」。比方說，立法者可能會命令我們去作許多不同的行為：「不要在室內公共場

12 HART, *supra* note 10, at 254-55. 原文如下：“Content-independence of commands lies in the fact that a commander may issue many different commands to the same or to different people and the actions commanded may have nothing in common, yet in the case of all of them the commander intends his expressions of intention to be taken as a reason for doing them. It is therefore intended to function as a reason independently of the nature or character of the actions to be done. In this of course it differs strikingly from the standard paradigmatic cases of reasons for action where between the reason and the action there is a connection of content: there the reason may be some valued or desired consequence to which the action is a means, (my reason for shutting the window was to keep out the cold) or it may be some circumstance given which the action functions as a means to such a desired consequence (my reason for shutting the window was that I felt cold).”

所吸菸」、「開車時要繫安全帶」、「每年繳納所得稅」……等等。這些行為彼此之間可能沒有什麼共同的特性，但只要它們是立法者命令去作的行為，我們就有理由去作。讓我們用“F”代表一個可適用至行為之上的性質。倘若「獨立於內容」的意思是「可以有不同的內容」，則「獨立於內容的理由」似乎可定義如下：

- (A) 「 ϕ 是F」這個事實給予了作 ϕ （或不作 ϕ ）的獨立於內容的理由，當且僅當，對於任何行為（或行為類型）x而言，「x是F」這個事實給予了作x（或不作x）的理由。

然而，(A)這個定義並不妥當，因為一般的行動理由，即那些哈特所謂「典型的依賴於內容的理由」，例如價值或行為人的目的（或欲望）所提供的理由，也符合(A)的定義條件，它們同樣是可以有不同內容的理由。舉例來說，假設禦寒是我的目的，那麼任何行為，只要它具有「可以禦寒」這個性質，例如關窗、開暖氣、穿毛衣等，基本上都是我有理由——至少是有初步的(*prima facie*)的理由——去作的行為。同樣的，他人身體健康是個值得維護的價值，它提供了不要在室內公共場所吸菸的理由，但它同時也是支持我們不要去作其它有害他人身體健康之行為（例如，不要賣假藥、不要拿刀砍傷他人……等等）的理由。就此而言，「可以有不同的內容」並不足以作為區分獨立於內容的理由與一般的行動理由（依賴於內容的理由）的特性¹³。

有人可能認為，「可以有不同的內容」並沒有掌握到獨立於內容的理由的特性。以「可以達到禦寒的目的」這個依賴於內容的理由為例，雖然它可以支持不同的行為，但並非任何的行為都可以達

¹³ 類似的論證見 P. Markwick, *Law and Content-Independent Reasons*, 20 OX. J. LEGAL STUD. 579, 582-89 (2000); Stefan Sciaraffa, *On Content-Independent Reasons: It's Not in the Name*, 28 LAW & PHIL. 233, 239 (2009).

到禦寒的目的，像開窗、開冷氣等等無法禦寒的行為，就不是這個理由所能支持的行為；但權威的命令則不同，權威可能命令一個人去作任何類型的行為，甚至是相矛盾的行為，因此，權威的命令所構成的理由，不僅可以有不同的內容，甚至可以有任何的內容。就此而言，「獨立於內容的理由」應該理解為「可以有任何的內容的理由」。這個看法等於是說：「權威可能命令任何的行為；而任何行為，只要是權威所命令的，對於接受或從屬於權威的人而言，都有理由去作。」然而，這個看法並不正確。權威或許可能命令一個人去作任何類型的行為，但正如哈特也承認的，權威——至少就實際存在的人類權威而言——總是有限的，每一種權威都只有在特定的行為領域內，它的命令才構成行動理由¹⁴。我將此稱為「有限領域原則」(the limited domain principle)¹⁵。例如，軍官甲擁有凌駕於士兵乙的權威，但甲對乙的權威僅限於與軍隊事務有關的領域，只有與軍隊事務有關的行為（例如出操、演習、打掃營房、到災區救災等等），甲的命令才構成了乙的行動理由，與軍隊事務無關的行為，即便甲命令乙去作，由於這樣的命令超出了甲的權威範圍，因此並不具有拘束力。比方說，如果甲命令乙離開營區，跟路上遇到的第一個女孩結婚，乙並不因此就有理由跟這個女孩結婚。

14 HART, *supra* note 10, at 258-59. 法律權威或政治權威同樣也是有限的權威。儘管法律通常會宣稱「不論什麼樣的行為，只要是法律所要求去作的，行為人就有理由或甚至是有義務去作」，但這並不意謂著，法律在所有事務領域具有凌駕於任何人的權威。關於法律權威的有限性，可見 JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 75-80 (1986). Raz 主要訴諸他的服務權威觀(the service conception of authority)來論證法律權威的有限性。Raz 指出，雖然正當權威的命令構成了行動理由，但權威的正當化條件在於它能夠盡到「服務」的功能：遵照權威的命令去行事，有助於行為人更能去作到他有理由去作的事或避免去作他其實有理由不去作的事。非常簡化地說，Raz 認為，由於法律實際上無法在每一種事務領域，對於每一個人都盡到服務功能，因此，如果法律具有正當權威的話，也只是有限的，因人因事而異的。

15 關於有限領域原則，另參見 LESLIE GREEN, *THE AUTHORITY OF THE STATE* 48-51 (1988); DUDLEY KNOWLES, *POLITICAL OBLIGATION: A CRITICAL INTRODUCTION* 38-45 (2010).

當然，有一種可能的挽救策略是將「可以有任何的內容」這個特徵限定在某個有限領域之內，只要是在權威的有限領域範圍內，不論權威命令的內容為何，都構成了行為人的行動理由。依此，(A) 將被修正為：

(A*) 「 ϕ 是F」這個事實給予了作 ϕ （或不作 ϕ ）的獨立於內容的理由，當且僅當，對於屬於某個有限領域D的任何行為（或行為類型）x而言，「x是F」這個事實就給予了作x（或不作x）的理由。

然而，我認為這個挽救策略並不成功。理由在於，有限領域D的界定仍會涉及行為的性質，從而使得(A*)所定義的「獨立於內容的理由」成為一種與行為的性質或特徵相關的理由。我們可以承認，任何與軍隊事務有關的行為，只要甲命令乙去作，乙都有理由去作。但如此一來，如果甲的命令要能成為乙的行動理由，則其命令的內容都必須具有一個共同的性質，即它們都是與軍隊事務相關的行為。倘若如此，即便在特定的有限領域內，權威的命令是可以有不同內容、甚至是可以有任何內容的理由，但它仍然不是哈特所說的「獨立於行為的性質或特徵的理由」。

第二個誤解來自於將「獨立於內容」的特性理解為「與行為的性質(nature)或價值(merits)無關」。例如Leslie Green認為：「法律義務是獨立於內容的理由……其獨立於內容的標誌在於，它的力量不依賴於其所要求之行為的性質或價值」¹⁶。這樣的說法並非完全不對，但它很容易招致一些誤解。考慮軍官甲命令士兵乙去打掃營房

16 Leslie Green, *Legal Obligation and Authority*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Dec. 29, 2003), <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>. 原文如下：“Legal obligations are content-independent reasons... The mark of their content-independence is that their force does not depend on the nature or merits of the action they require.”

的例子，乙之所以有獨立於內容的理由去打掃營房，不正是因為「打掃營房」這個行為具有「是權威（軍官甲）所命令的」這個性質嗎？回應甲的命令的行為，不也是具有某種價值或能夠達到某些可欲的後果（例如有助於維持軍隊的紀律與秩序）嗎¹⁷？同樣的，假定法律理由是一種獨立於內容的理由，但我們是否有法律理由去作（或不作）某個行為，仍然取決於這個行為是否具有「是法律所要求的」（或「是法律所禁止的」）的性質，正因為「在室內公共場所吸菸」這個行為具有「是法律所禁止的」這個性質，從而我們有了一個不在室內公共場所吸菸的獨立於內容的理由。

或許有人會認為，上面的反駁誤解了「與行為的性質或價值無關」的意思。「權威的命令是一種與行為的性質或價值無關的理由」的真正意思是：「權威命令作 ϕ 」這個事實本身就給予了作 ϕ 的理由，而不論 ϕ 這個行為是否具有什麼樣的性質或好處（可以實現某些價值或達到某些可欲的後果）¹⁸。例如，雖然打掃營房這個行為具有可以維持營房清潔的性質或好處，但軍官甲命令士兵乙打掃營房這個事實本身就構成了乙去打掃營房的理由，而與打掃營房這個行為所具有的其它特徵或價值（例如有助於維持營房清潔）無關。或者，「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個事實本身就給予了我們不要在室內公共場所吸菸的理由，但它的給予理由力量並不取決於，不在室內公共場所吸菸這個行為除了具有「是法律所禁止的」這個性質以外是否還具有某些價值或好處（例如，避免危害他人身體健康）。按照這種對於「與行為的性質或特徵無關」的理解方式，「獨立於內容的理由」的定義似乎應該是：

17 類似的批評見 Sciaraffa, *supra* note 13, at 236.

18 關於這種理解方式可見 P. Markwick, *Independent of Content*, 9 LEGAL THEORY 43, 48-52 (2003).

(B) 「 ϕ 是F」是作 ϕ （或不作 ϕ ）的獨立於內容的理由，當且僅當，「 ϕ 是F」這個事實本身就給予了作 ϕ （或不作 ϕ ）的理由，不論 ϕ 是否具備F以外的性質或好處。

然而，(B)這個定義仍然不是一個適當的定義，因為依賴於內容的理由同樣滿足(B)的定義條件。考慮典型的依賴於內容的理由，例如「在室內公共場所吸菸會危害他人身體健康」這個事實提供了不要在室內公共場所吸菸的理由，並且是一個依賴於內容的理由，因為它的給予理由力量來自於不在室內公共場所吸菸這個行為具有「可以避免危害他人身體健康」的性質或價值。不過，不在室內公共場所吸菸，除了可以避免危害他人身體健康之外，還可以避免亂丟菸蒂影響環境衛生。但不論「不在室內公共場所吸菸」是否具有後面這個其它好處，只要它具有「可以避免危害他人身體健康」這個性質，這就給予了行為人不要在室內公共場所吸菸的理由。抽象一點說，一個行為能夠實現某個價值、目的或達到某個可欲的後果，提供了去作這個行為的理由，這樣的理由，按照前引哈特的看法，是依賴於內容的理由。但我們有沒有依賴於內容的理由去作某個行為，也只取決於這個行為是否能夠達到某個特定的價值、目的或可欲的後果，而與它是否具備其它的性質、特徵或好處無關。因此，即便以(B)所定義的方式來理解「與行為的性質或特徵無關」這個特性，它也不足以作為區分獨立於內容的理由與依賴於內容的理由的標準，因為任何行動理由都滿足了(B)的定義¹⁹。

以上我指出了關於「獨立於內容的理由」的兩個誤解：將「獨立於內容」理解為「可以有不同的內容，甚至是可以有任何內容的理由」以及「與行動的性質或價值無關」。針對我對後者的批評，有人或許會認為，給予獨立於內容的理由的性質（如「是權威所命

¹⁹ 類似的論證見 Markwick, *supra* note 18, at 57-61.

令的」、「是法律所禁止的」)和給予依賴於內容的理由的性質(如「能夠消除髒亂」、「會危害他人身體健康」)還是有所不同,後者是行為固有的、自然的性質,但前者不是。例如,在室內公共場所吸菸本來就具有會危害他人身體健康的特性,但它並不必然就是一個法律所禁止的行為,法律是否禁止在室內公共場所吸菸,取決於某些偶然的事實(即立法者制定了室內公共場所禁菸的規定,但立法者也可能不制定這樣的規定)。但這樣的看法似乎還不足以清楚說明,這兩種性質之間的不同之處何在。哈特其實指出了關鍵的區別所在。按照哈特的看法,權威的命令和一般的給予(依賴於內容的)理由的事實(例如「打掃營房有助於維持營房清潔」、「不在室內公共場所吸菸可以避免危害他人身體健康」)的關鍵區別在於,前者表達了某個人(擁有權威者)要行為人去作或不作一定行為的意圖(intention)。權威命令的獨立於內容的特性,其實不在於內容的廣泛程度或是否與行為的性質或特徵無關,而是如哈特所強調的,當說話者命令其聽者去作某件事時,說話者主要的目的是要藉此讓聽者為了某個特定的理由去作這件事,哈特認為,「命令」這種語言行動的要旨在於:

說話者說話時不只有要其聽者去行動的意圖,他還有意要聽者認知到這是說話者的意圖,並且有意要此種認知至少成為聽者之行動理由的一部分²⁰。

哈特將此種分析命令意義的方式稱為「承認意圖的分析」(the recognition of intention analysis)。按照這個分析,獨立於內容的理由是一種基於意圖的理由(intention-based reasons):一個行為人A有

²⁰ HART, *supra* note 10, at 251. 原文如下: “[T]he speaker not only speaks with the intention of getting his hearer to act but also intends that the hearer shall recognize that this is the speaker’s intention and that this recognition should function as at least part of the hearer’s reason for acting.”

獨立於內容的理由去作 ϕ （或不作 ϕ ），僅當有某個人X有意要A去作 ϕ （或不作 ϕ ）；獨立於內容的理由與依賴於內容的理由之間的區別在於，前者是支持行為人去作（或不作）一定行為的意圖，後者是支持行為人去作（或不作）某個行為的考量，但此種考量並非意圖（不具有「X有意要A去作 ϕ （或不作 ϕ ）」的形式）²¹。例如，軍官甲命令士兵乙打掃營房，這個命令表達了甲要乙打掃營房的意圖，倘若乙是為了實現甲的這個意圖，亦即因為甲命令他打掃營房而去打掃營房，此時乙是基於獨立於內容的理由而打掃營房；反之，如果乙是因為營房骯髒，基於維護營房清潔的考量而打掃營房，此時乙是基於依賴於內容的理由而這麼作。這或許可以讓我們更好地理解哈特所說的「獨立於內容的理由與其所支持的行為不具有內容聯結」的意思²²。對於一般的、依賴於內容的理由而言，不需要有某個人的意圖介入，一個行為具有某種（非意圖的）性質（例如「打掃營房可以維持營房清潔」），就提供了行為人去作（或不作）這個行為的理由；然而，如果行為人有獨立於內容的理由去作（或不作）某個行為，必定有某個人表達了要行為人去作（或不作）這個行為的意圖，如果沒有這樣的意圖，行為人就不會有獨立於內容的理由去作（或不作）這個行為。因此，獨立於內容的理由和其所支持的行為之間沒有內容上的直接聯結，它的產生始終需要有某人的意圖作為中介。

綜上所述，如果法律事實所給予的行動理由是獨立於內容的理由，並且獨立於內容的理由是一種基於意圖的理由，那麼可以說，法律理由是一種基於意圖的理由；像「法律禁止在室內公共場所吸菸」這樣的法律事實所陳述的是某個權威（立法者）要行為人去作

21 這個看法亦可見 Sciaraffa, *supra* note 13, at 246.

22 Raz 的說法是：「一個理由是獨立於內容的，如果在理由及其所支持的行為之間沒有直接的聯結」（“A reason is content-independent if there is no *direct* connection between the reason and the action for which it is a reason”）（著重為筆者所加），RAZ, *supra* note 14, at 35.

(或不作)一定行為的意圖。這對於法律規範性的另外兩個問題「法律如何給予理由？」以及「法律規範性的根源是什麼？」具有重要意義，以下依序探討這兩個問題。

參、法律如何給予理由

我們接下來要問的是：法律如何給予行動理由？考慮開頭的例子，門口的禁菸貼紙提醒我們注意到「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個給予理由的事實，但這個事實是以什麼樣的方式給予行動理由？倘若法律並未禁止在室內公共場所吸菸（假設立法者沒有制定菸害防制法第15條的規定），或許我們仍然有其它理由（例如為了避免危害他人身體健康）不在室內公共場所吸菸，但我們並沒有法律理由這麼作。因此，看來似乎是這樣的：不論我們原本是否有理由、有什麼樣的理由不要在室內公共場所吸菸，「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個事實都還是給予我們一個之前所沒有的、不在室內公共場所吸菸的理由；也就是說，法律並不是在陳述既存的、獨立於法律規定仍然存在的行動理由，而是創造了新的、如果沒有法律規定即不存在的理由。我將法律能夠創造行動理由的這個特性稱為「實踐差異命題」(the practical difference thesis)²³。法律理由的獨立於內容特性有助於我們了解為何法律能造成實踐差異。不過，我們必須注意到，並不是每一種給予理由的方式都會造成實踐差異，以下我將藉助David Enoch所區分的三種給予理由的方式²⁴，來說明法律如何給予行動理由。

23 此處的「實踐差異」是弱意義的，它只關注法律是否創造了新的行動理由。強的實踐差異則更涉及到法律是否會改變實踐推理結構的問題，例如法律所創造的理由是否排除並取代了既存的行動理由。關於實踐差異命題，亦請參見COLEMAN, *supra* note 2, at 134-48.

24 David Enoch, *Reason-Giving and the Law*, in 1 OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 1, 3-14 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011).

先看看一個人如何給予另外一個人行動理由。假設我是一個癮君子，你要如何給予我一個不吸菸或少抽一點菸的理由？第一種方式是你告訴我「吸菸有害健康」。的確，吸菸有害健康是不要吸菸（或少抽點菸）的理由。我可能因為無知或其它種種原因而沒有注意到這個理由，你告訴我「吸菸有害健康」（或許你還舉出許多科學證據告訴我吸菸如何有害身體健康，例如會造成心血管疾病、性功能障礙……等等）讓我注意到有這樣一個不吸菸的理由。但如果你用這種方式給予我不要吸菸的理由，對我而言，只有造成認知上的差異(epistemic difference)，而沒有造成實踐上的差異：你只是對我指出一個已經獨立存在的理由，但沒有創造出一個新的理由，不論你是否提醒我「吸菸有害健康」，這個考量原本就支持「不吸菸」這個行為。這種給予理由的方式可稱之為「告知某人理由」(informing someone of a reason, Enoch稱之為“epistemic reason-giving”)，簡稱為「告知理由」，因為這種方式和理由的存在無關，它只是讓行動者認知到有某個既存的理由支持他去作（或不作）某個行為。

再看第二種給予理由的方式。假設你是菸商，你調漲了香菸的價格，香菸漲價的事實給了我一個少抽菸的理由。你的漲價行為的確對我造成了某種實踐上的差異：在你漲價之前，我可能並沒有這樣一個少抽菸的理由。然而，細究之下會發現，你要能夠以這種方式給予理由，必須是我原本就有一個條件性的理由，比方說，我想要省錢，為了省錢的緣故，如果菸價上漲的話，則我有理由少抽菸。這個條件性的理由（「如果菸價上漲的話，則我有理由少抽菸」）是獨立於你的漲價行為而存在的。你所作的，只是使得「菸價上漲」這個條件為真，從而誘發了一個讓我少抽菸的理由。這種給予理由的方式可稱之為「誘發理由」(triggering a reason, Enoch稱之為“triggering reason-giving”)。它的一般形式是：存在著一個規

範性條件：「如果 p ，則行為人 A 有理由去作 φ 」；給予理由者 X 使得 p 為真，從而 A 有理由去作 φ ²⁵。

再看第三種給予理由的方式，這是我們最感興趣的。假設我根本不在乎自己的身體健康，或者我有某種特殊的基因，吸菸對我的身體健康不會有任何負面影響。倘若你是我的妻子（假定妻子對丈夫擁有某種實踐權威），你請求或命令我不准吸菸。你的請求或命令對我造成了實踐上的差異：按照假設，我本來可能並沒有不吸菸的理由，由於你的請求或命令，使得我擁有一個不要吸菸的理由。這種給予理由的方式可稱之為「創造理由」（*creating a reason*，Enoch稱之為“*robust reason-giving*”）。創造理由顯然有別於告知理由，你的請求或命令並不是告訴我一個既有的、獨立於你的命令或請求仍然存在的理由，而是創造了一個新的理由。不過，按照Enoch的看法，創造理由可被視為誘發理由的一種特殊型態：我原本就有一個條件性的理由「我有理由作 φ ，如果你（我的妻子）命令或請求我作 φ 」（至於我為什麼有這樣的條件性理由，是另外一回事，關於這一點詳後討論），你的命令或請求不過是使得這個理由的條件出現，從而誘發了一個不吸菸的無條件理由²⁶。然而，Enoch也指出了，創造理由和一般的誘發理由之間還是有一個關鍵的不同。當你請求或命令我不要吸菸時，你必然是有意要藉此給予我不吸菸的理由，這樣的意圖並非一般誘發理由的必要條件。「菸

25 請注意，這裡的「規範性條件」依「 A 有理由作……」這個規範性運作詞（*normative operator*）的轄域（*scope*）寬窄不同，有兩種可能的表述方式：第一種方式（*wide scope*）是「 A 有理由（作 φ ，如果 p ）」，第二種方式（*narrow scope*）是「如果 p ，則 A 有理由作 φ 」。嚴格說來，*wide scope*才表述了Enoch所稱的「條件性理由」（*conditional reason*），Enoch認為，雖然從*narrow scope*的規範性條件無法推出*wide scope*的條件性理由，但*narrow scope*的規範性條件之所以為真，必須由*wide scope*的條件性理由來說明，對此參見Enoch, *supra* note 24, at 7-10. 為了簡化討論，本文將不觸及*narrow scope*與*wide scope*之間的關係，以下也不嚴格區分「規範性條件」與「條件性理由」。

26 Enoch, *supra* note 24, at 6-11. 我並不完全同意Enoch的這個看法，但在此暫且先不處理這個問題。

價上漲」這個事實固然誘發了我少抽菸的理由，但菸商調漲菸價，可能是為了反映成本，或是想提升利潤，而不是有意要讓我有理由少抽一點菸²⁷。

由於獨立於內容的理由是一種基於意圖的理由，由此可以看出，當一個人有意要另外一個人去作（或不作）一定的行為時，他是以創造理由的方式來給予理由，換言之，創造理由正是給予獨立於內容的理由的方式。然而，有給予理由的意圖，只是創造理由（給予獨立於內容的理由）的必要條件。讓我們考慮下面兩個狀況。第一個狀況是，我的妻子命令我不要吸菸，我知道她有意要我不吸菸，而我也因此照作了。在這個狀況中，我回應了我妻子的命令，也就是說，我是為了實現她的意圖而不吸菸。第二個狀況是，我的妻子命令我不要吸菸。我知道她的意圖是要我不吸菸，但我並沒有意願聽從她的命令，但我同時注意到，我的岳母聽到她要我不吸菸，如果我不照我妻子的話去作，將會激怒我的岳母，為了避免和我的岳母起衝突，所以我照作了。在這個狀況中，雖然我還是作了我妻子所命令的行為，但她的命令並沒有起到她所想要的作用：當我的妻子命令我不吸菸時，她不但有意要我不吸菸，並且有意要我將她的意圖當作是不吸菸的理由；但是在第二個狀況中，我並沒有回應她的意圖，而是為了不要激怒我的岳母，所以才不吸菸。換言之，在第二個狀況中，我之所以不吸菸的理由，不是因為我的妻子命令我這麼作，而是「如果吸菸會激怒我岳母，則我有理由不吸菸」，只有在第一個狀況中，我的妻子才成功地藉由她的命令給予了我一個不要吸菸的獨立於內容的理由²⁸。因此，當一個人要給予

27 有人可能會說，政府對菸品課徵健康捐，不也是有意地要給予減少菸品消費的理由嗎？但請注意，要減少菸品消費，可能是課健康捐的目的或動機之一，但「課健康捐」這個措施本身，並沒有將「要吸菸者減少菸品消費」的意圖明白表示出來，因此它仍然比較像是一般的誘發理由。

28 在第二個狀況中，可以將「岳母發怒」看作是違背命令所引發的制裁，在這狀況下，我是為了避免受到制裁才遵守我妻子的命令。按照哈特的看法(HART,

另一個人獨立於內容的理由去作某個行為時，前者不僅有意要後者去作這個行為，而且還有意要後者認知到他的意圖並且為了實現他的意圖而去作這個行為。這正是前述哈特對於獨立於內容的理由的「承認意圖分析」。按照這個分析，當一個人X要給予另一個人Y作 ϕ 的獨立於內容的理由（創造理由）時，要滿足下列三項要件²⁹：

- (1) X有意要Y作 ϕ ，並將此意圖傳達給Y。
- (2) X有意要Y認知到他要Y作 ϕ 的意圖。
- (3) X有意要Y將對其意圖的認知作為自己作 ϕ 的理由。

(3)旨在刻畫獨立於內容的理由最重要的特性，即基於意圖的理由。用軍官甲命令士兵乙打掃營房的例子來說，甲的意圖是要乙去打掃營房這個行為，並且，甲必須將這個意圖傳達給乙，讓乙認知到甲有這樣的意圖（甲必須是對乙而非對其他士兵下達這個命

supra note 10, at 254)，制裁只是一種「次要理由」或「附加理由」(secondary or further reasons)。命令者未必能夠成功地讓受命者接受其意圖作為自己的行動理由，這時命令者或第三人經常（但不必然）會以附加威脅的方式，亦即讓行為人知道如果違背命令則會受到某種惡害，來誘發一個讓行為人作出遵守命令行為的理由，這個理由的形式是：「如果違背 X 的命令會受到制裁，則我有理由去作 X 所命令的行為」。然而，如果行為人是為了不想受到制裁而遵守命令的話，那麼他其實並不是基於獨立於內容的理由而去作 X 所命令的行為，因為此時他並不是為了回應命令者的意圖，而是因為違背命令的行為具有某些壞處或不利益，所以才作出遵守命令的行為。

由此可簡短回應一位審查人的意見。他認為哈特在《法律的概念》中處理規則問題時，曾提到社會壓力(social pressure)是說明義務來源的重要依據。我想這位審查人可能誤解了哈特。的確，哈特主張課予義務的規則有別於一般的社會規則之處在於，違反義務規則的人會被施加一定的社會壓力，例如敵對、批評的反應態度或制裁。社會壓力的存在固然是義務規則得以維持的實際條件之一，但哈特也指出了，這並不能導出，凡是負有義務時必然會感受到強制或壓力，「感覺被強迫」和「負有義務」是完全不同的兩回事，雖然兩者經常伴隨出現(Hart, *supra* note 6, at 86-88)。換言之，義務（或義務所蘊含的行動理由）的來源仍然是規則，社會壓力頂多只是哈特上述的「次要理由」或「附加理由」。更重要的是：不能從「不作某個行為會遭受社會壓力」就導出「有義務去作這個行為」，相反的，是義務規則的存在才使得社會成員有理由對於違反義務的行為人施加社會壓力。

²⁹ Sciaraffa, *supra* note 13, at 246; Enoch, *supra* note 24, at 13.

令)；更重要的是，甲有意要乙是為了甲要他打掃營房而去打掃營房，如前所述，倘若乙打掃營房不是為了實現甲的意圖，而是基於其它的考量，例如為了消除營房髒亂，那麼甲的命令並沒有成功地達到他所想要的效果，亦即他的意圖並沒有成為乙打掃營房的理由。

總括來說，如果X要能成功地給予Y一個作 ϕ 的獨立於內容的理由，必須要滿足兩種條件。第一種成功條件是事實性的，即Y回應了X要他作 ϕ 的意圖，Y將X的意圖當作自己去作 ϕ 的理由。第二種成功條件是規範性的，即對Y而言，他有這樣一個條件性的理由（或規範性條件）：「我有理由去作 ϕ ，如果X有意要我作 ϕ （X命令或請求我作 ϕ ）」。後面這個成功條件是討論法律規範性根源的關鍵問題，容後再述³⁰。先重新省視上述三種給予理由的方式（告知理由、誘發理由、創造理由），我們可以發現，它們其實都是以某種規範性條件「如果p，則行為人A有理由作 ϕ 」的存在為前提（此處的條件p即為給予理由的事實）³¹。上述三種給予理由的方式，其

30 Stephen Darwall 將這個成功條件稱之為“normative felicity condition”。Darwall 將一個人透過命令、請求等意圖表述所給予另外一個人的行動理由稱為「第二人的理由」(the second-personal reasons)，而規範性的成功條件或 normative felicity condition 則是第二人理由實際存在以及要能成功地給予第二人理由所必須滿足的條件。Darwall 認為，要滿足這樣的條件，必須是給予理由者（下達命令、提出請求者）和接受理由者（受命者、被請求者）之間處於一定的權威——課責關係(authority-accountability relation)。Darwall 提出了一整套的第二人理由的理論——他稱之為「第二人觀點」(the second-personal standpoint)——來說明第二人理由的特性，見 STEPHEN DARWALL, THE SECOND-PERSON STANDPOINT: MORALITY, RESPECT, AND ACCOUNTABILITY 3-64 (2006)。Darwall 的理論可被援用來分析獨立於內容的理由，甚至是法律規範性的問題。但限於篇幅，關於這個進路必須另外為文處理之。

31 謝世民指出，即便「如果 p，則行為人 A 有理由作 ϕ 」成立，則的確可由 p 推論出「A 有理由作 ϕ 」，但這並不意謂著「行為人因為 p 而有理由作 ϕ 」。謝世民的論證是：有可能當 p 成立時，剛好 p^x 也成立，而 A 是因為 p^x 而應該（或有理由）作 ϕ ，p 和行為 ϕ 之間可以沒有任何其它的相干性，因此即使 p 成立，我們仍不能推論出「因為 p，A 應該（或有理由）作 ϕ 」。考慮到這個問題，我在括號中強調了「此處的條件 p 即為給予理由的事實」，比較好的表述方式或許是「如果 p，則 A 有理由作 ϕ ，並且 A 作 ϕ 的理由就來自於 p 這個事實」。

區別或許只在於給予理由者是否能夠操縱條件p的出現，以及當給予理由者能夠操縱其出現時，他是否有給予理由的意圖（是否有意地要給予理由）。

先看告知理由。你告訴我「吸菸有害健康」，是告知我一個不要吸菸的理由。你之所以能夠用這種方式給予我理由，是因為原本就存在著「如果吸菸有害健康，那麼有理由不要吸菸」這個條件性理由。你可以提醒我注意到「吸菸有害健康」這個給予理由的事實，但是你沒有辦法去操縱這個事實的出現與否。因此，在這個意義下，你只是告訴我一個已經存在的不吸菸的理由，但你無法主動地去誘發或創造這樣的理由。再看誘發理由。假設你是菸商，你調漲香菸的價格，使得我有少吸點菸的理由。你之所以能夠誘發這個理由，是因為存在著「如果菸價上漲，那麼我有理由少吸菸」這個條件性理由，並且「菸價上漲」這個事實是否出現，是你可以操控的，雖然你在調漲菸價時，並不是有意地要給予我少吸點菸的理由。類似的，如果你是我的妻子，你命令我不要吸菸這個事實，使得我有理由不要吸菸；但你的命令之所以能夠給予我不要吸菸的理由，也是因為存在著「如果我的妻子命令我不要吸菸，那麼我有理由不吸菸」這樣一個條件性理由。你是否要對我下達禁止吸菸的命令，是你自己可以操縱的（你可以命令我不吸菸，你也可以不命令我這麼作），然而，一旦你命令我不要吸菸，就表達了你要我不吸菸的意圖，你有意要藉此給我一個不吸菸的理由。

回到法律如何給予理由的問題。實際上，上面這三種給予理由的方式都可能為法律所運用。以菸害防制法的規定為例，它透過要求在菸盒加註警語的方式（例如「吸菸有害身體健康」），告知吸菸者不要吸菸的理由（菸害防制法第6條）；又透過加課健康捐來提高香菸零售價格的方式（菸害防制法第4條），誘發減少菸品消費的理由。當然，最主要的還是透過各項禁菸規定（例如前述菸害防制法第15條室內公共場所禁菸的規定）來創造不吸菸的理由。如前所

述，如果法律具有規範性的話，那麼「法律要求或禁止作 ϕ 」是一種給予理由的事實；根據法實證主義的看法，法律事實的出現與否是可以人為操縱的，例如，立法者透過制定菸害防制法第15條的規定，使得「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個事實成立，當然，立法者也可能不制定這樣的規定。進一步而言，菸害防制法第15條的規定表達了立法者要我們不在室內公共場所吸菸的意圖，在制定這條規定時，立法者是有意地要給予我們一個不在室內公共場所吸菸的理由，換言之，「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個事實，創造了一個不要在室內公共場所吸菸的獨立於內容的理由。顯然，「法律能夠造成實踐差異」的意思是，法律是用創造理由的方式來給予行動理由。當然，一旦法律理由被創造出來之後，我們就能夠以告知理由的方式來給予一個人去作（或不作）某事的法律理由³²，餐廳門口的禁菸貼紙就是用這種方式來提醒我們注意到存在著一個不要在餐廳吸菸的法律理由。雖然告知理由只有造成認知上的差異，但禁菸貼紙之所以能發揮告知理由的作用，前提是法律能夠造成實踐差異，如果「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個事實本身沒有創造了額外的行動理由，禁菸貼紙如何能夠成功地告知我們有這樣一個不要吸菸的法律理由？

然而，上述的分析方式有幾點值得注意。第一、如果法律能夠創造理由，那麼這必然是透過立法者的意圖而為之，這意謂著，我們必然能將某種意圖歸屬到立法者（它不一定是某個自然人）身上，換言之，立法者必然要能夠擁有創造理由的意圖。這當然是個有爭議的主張，但本文暫且不處理這個爭議³³。

第二、正如前面所指出的，創造理由其實是誘發理由的一種特

32 一般人通常只能以告知理由，而無法以創造理由的方式來給予法律理由，這是因為一般人不像立法者具有制定法律規範的權力，無法操縱法律事實的出現與否。

33 對此可參照 Enoch, *supra* note 24, at 30-31.

殊型態，立法者如果要能成功地創造理由，除了行為人要認知到他的意圖並將其意圖作為自己的行動理由之外，另外一個更重要的先決條件是，存在著這樣的規範性條件(normative conditional)：「如果立法者有意要行為人作 ϕ ，那麼行為人有理由作 ϕ 」。這樣的規範性條件說明了，為什麼法律事實具有能夠創造理由的規範性意涵，但我們不禁要進一步追問：這樣的規範性條件是以什麼樣的方式存在於法律社群當中，它成立的根據又是什麼？這個問題涉及了下文「肆」要處理的法律規範性根源的問題。

第三、將創造理由視為誘發理由的特殊型態，部分地消解了前述法律規範性的困惑。從「菸商調漲菸價使得我有理由少吸點菸」與「吸菸有害健康提供了不吸菸的理由」這兩個例子可以看出，給予理由的事實不一定是規範性的事實，而可以是描述性的事實；從「吸菸有害健康提供了不吸菸的理由」的例子更可以看出，給予理由的事實（即「如果 p ，則行為人有理由作 ϕ 」當中的條件 p ）可以是描述性的事實³⁴。重點在於，規範性命題（例如「我有理由少吸點菸」或「我應該不要吸菸」）之為真與否，敏於(sensitive to)這些特定的描述性事實（如「菸價上漲」、「吸菸有害健康」），這種能夠給予理由的描述性事實可稱之為「具有規範性意涵的事實」(normatively significant facts)。按照這樣的看法，法律事實作為一種描述性的社會事實具有規範性意涵，能夠給予行動理由，就像「菸價上漲」這個事實具有規範性意涵而能夠給予少吸點菸的理由一樣，並不是什麼神秘不可解的現象³⁵。關鍵仍然在於，如果特定的

34 當然，這並不是說給予理由的事實只能夠是描述性的事實。規範性事實或評價性事實，例如「殺人在道德上是錯的」或「這本小說具有高度的文學價值」當然也能夠提供行動理由。

35 在此回應另一位審查人的質疑，他認為透過理由的概念來分析規範性概念（例如「應該」、「義務」等概念）「並非毫無疑義，因為透過行動理由這個事實概念，或許有可能模糊或混淆事實性與規範性的分野」。然而，我認為「行動理由」並非單純描述性的事實概念，而是一個規範性概念。為了回應這個質疑，我們必須仔細辨別「規範性事實」(normative fact)和「具有規範性意涵的事實」(normative significant fact)之間的區分。基本的規範性事實像是「A 有理由

事實 p 能夠給予作 ϕ 的法律理由，那麼這似乎要預設了「如果事實 p 出現，則有理由作 ϕ 」這樣的規範性條件，就法律規範性的問題而言，這個規範性條件的性質和成立根據是什麼，是下文「肆」要討論的問題。

肆、法律規範性的根源

上一節指出，如果某個事實 p 能夠給予行為人 A 作 ϕ 的理由，不論 p 是以何種方式給予理由，都預設了「如果 p ，那麼 A 有理由作 ϕ 」這樣的規範性條件（或條件性理由）的存在。現在我們所關切的問題是，什麼是使得此種規範性條件成立或存在的根據？易言之，什麼樣的考量使得 p 成為一個給予理由（具有規範性意涵）的事實？我將此稱為「規範性根源」的問題。

讓我們回顧前面告知理由與誘發理由的例子。為什麼「吸菸危害身體健康」給予了我不要吸菸的理由？「如果吸菸危害身體健康，則我有理由不吸菸」這個規範性條件成立的根據是什麼？直覺的答案是，因為（至少對我而言）身體健康是個重要的價值，這個價值使得吸菸這種危害身體健康的行為成為一個不好的行為（或反過來說，使得不吸菸成為一個好的行為），因此我有理由不吸菸。

少吸菸」或「我應該不吸菸」；具有規範性意涵的事實則像是「菸價上漲」、「吸菸會危害身體健康」等等，它們可以是描述性的經驗事實或自然事實，但這些事實本身並不是規範性事實。當我們說某個經驗事實或自然事實 p 具有規範性意涵時，我們其實是在陳述(i)「 p 給予了某個人 A 去作 ϕ 的理由」（例如「吸菸會危害身體健康給予我們不要吸菸的理由」）或者(ii)「如果 p 成立，則 A 有理由作 ϕ 」（例如「如果菸價上漲，則 A 有理由少抽菸」），(i)和(ii)都是二階的規範性事實(a second-order normative fact)，它們並不同等也不能被化約為 p 這個（一階的）事實，換言之，一個給予理由的經驗事實或自然事實本身並不同於「 A 有理由作 ϕ 」這個事實，後者是不可化約的規範性事實。除非這位審查人採取某種自然主義的立場，認為後者可被化約為前者，或者認為根本沒有規範性事實可言，否則並不會有混淆事實性與規範性的區分之虞。對此請參照2 DEREK PARFIT, ON WHAT MATTERS 279-80 (2011).

為什麼「菸商調漲菸價」這個事實誘發了我少吸點菸的理由？「如果菸價上漲，則我有理由少吸菸」成立的根據是什麼？答案似乎是：我想要省錢，或者，能夠省錢對我來說是件好事，菸價上漲使得少吸菸能多省錢，因此我有理由少吸點菸。從這兩個例子看來，使得某個事實 p 具有規範性意涵的考量，亦即使得規範性條件「如果 p ，那麼 A 有理由作 ϕ 」成立的根據，是某種與行為的價值相關的考量，至少，就這兩種給予理由的方式而言，使得一個事實具有給予理由力量的規範性條件，其成立的根據是行為的價值：特定的事實之所以能夠給予去作某個行為的理由，是因為這個事實顯示了這個行為在某方面是好的或有價值的。

由此可以看出創造理由的另一個獨特之處。如前所述，在創造理由的情況下，給予理由的事實是某個人 X 表達了要行為人 Y 作 ϕ 的意圖，並且 X 有意藉此創造一個讓 Y 去作 ϕ 的理由，它背後的規範性條件可以簡略地表達為：「如果 X 有意要 Y 作 ϕ （例如 X 命令或請求 Y 作 ϕ ），那麼 Y 有作 ϕ 的理由。」然而，使得這個條件成立的根據，亦即使得 X 的意圖成為給予理由事實的考量，仍然是某種價值嗎？考慮下面這個例子：你是我的朋友，你請求我幫你搬家，我應該幫你搬家，只因為這是你的請求。為什麼你的請求能夠給予我幫你搬家的理由？一個可能的答案是，基於友誼的價值，使得我有理由去作你——我的朋友——所請求的行為。但我們要注意到一個重要的差別：我之所以應該幫你搬家，不是因為幫你搬家這個行為本身具有什麼價值或好處，而是因為這是你的請求，你是我的朋友，友誼的價值使得你的請求具有規範性意涵。倘若我幫你搬家的理由來自於請求的內容，即幫忙搬家這個行為的價值或好處，那麼一個陌生人請我幫他搬家，我也應該幫忙他。但並非如此：陌生人請我幫他搬家，他的請求並不使得我有理由照作³⁶。再看另外一個例子：軍

36 Marmor 因此認為，所謂「獨立於內容的理由」其實是一種「身分相關的理由」(identity-related reasons)，見 MARMOR, *supra* note 5, at 62-63，我在本文最後會略

官甲向士兵乙下達打掃營房的命令，可能是因為甲看到營房髒亂，但是使得甲的命令具有給予理由力量的考量（不論是否為評價性的考量），並不是「打掃營房」這個行為具有能夠消除髒亂的好處。在這個意義上，命令和請求是獨立於內容的理由：權威的命令或朋友的請求之所以具有給予理由力量，並不是來自於其內容（即所命令或請求的行為）的價值或好處。所謂「獨立於內容的理由是與行為的價值無關的理由」這個主張的正確理解或許應該是：給予獨立於內容的理由的事實之所以具有規範性意涵，並不是因為它顯示了其所支持的行為具有某種價值或好處，換言之，「X有意要Y作 ϕ 」並不是使得 ϕ 成為一個好的行為的事實，卻仍然能給予Y作 ϕ 的理由。借用Raz的話來說，創造理由或給予獨立於內容的理由的事實——例如命令、請求、承諾、規則等等——具有隱蔽性(opaqueness)：這些事實沒有顯示其作為理由所支持的行為的價值或好處何在，卻仍然給予了行動理由，它們展現了「評價的」與「規範的」之間的潛在規範縫隙(a potential normative gap between the evaluative and the normative)³⁷。

回到法律規範性根源的問題。按照社會事實命題，法律事實的成立取決於立法者是否有意要行為人去作某個行為。如果法律事實具有規範性意涵的話，「立法者有意要行為人作 ϕ 」是一種創造理由的事實，它能夠給予行為人一個之前所沒有的，作 ϕ 的獨立於內容的理由。如前所述，這預設了「如果立法者有意要行為人作 ϕ ，則行為人有作 ϕ 的理由」這樣一個規範性條件的存在。就法律規範性的根源而言，我們關切的第一個問題是：這個規範性條件的存在方式是什麼？讓我們換一個方式來表述這個問題。並不是任何人的意圖都能夠創造一個去作（或不作）某個行為的法律理由。董氏基金

提到這一點，但在此無法進一步深入討論這個問題。

37 JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION: ON THE THEORY OF LAW AND PRACTICAL REASON 205-08 (2009).

會（臺灣著名的反菸團體）可以用宣導的方式（例如告訴我們在室內公共場所吸菸有多嚴重的壞處）來告知我不要在室內公共場所吸菸的理由，但它沒有權力去禁止我在室內公共場所吸菸，假設董氏基金會「命令」我不准在室內公共場所吸菸，它的「命令」並不構成我不在室內公共場所吸菸的理由。但是立法院卻可以藉由其命令（例如透過制定菸害防制法第15條的方式）創造一個不要在室內公共場所吸菸的理由。對於我們而言，立法院有創造行動理由的規範性權力(normative power)，而董氏基金會並沒有這種權力。用另外一個方式來說，在臺灣，存在著「如果立法院有意要我們作 ϕ ，則我們有作 ϕ 的理由」這樣的規範性條件，但並不存在著「如果董氏基金會有意要我們作 ϕ ，則我們有理由作 ϕ 」這樣的規範性條件。

讓我們將一個擁有創造法律理由的規範性權力的主體，亦即可以藉由其意圖給予法律理由的人（例如立法者），稱之為法律權威(legal authority)。上述的問題是：為什麼立法者是法律權威，而董氏基金會不是？哈特（或哈特式）的答案是：在每一個法律社群當中，其成員——至少這個社群的官員——都踐行特定的社會成規(social convention)來決定誰是法律權威（誰的意圖能夠創造法律理由）。此種社會成規的踐行，是承認規則的存在條件。在臺灣所踐行的社會成規規定了立法院是法律權威，而董氏基金會不是，因此，在臺灣存在著「如果立法院有意要我們作 ϕ ，則我們有作 ϕ 的理由」這樣的規範性條件，它可以被看作是臺灣這個法律社群的承認規則的一部分。承認規則伴隨於(supervenies on)社會成規的踐行，或者說，它的存在與內容是由社群成員踐行的社會成規所決定的，這樣的看法稱之為「成規性命題」(the conventionality thesis)。

本文當然無法全面處理成規性命題所涉及的諸多爭議。在這裡我只想藉由Andrei Marmor所發展的構成成規(constitutive convention)理論簡單地討論跟法律規範性根源相關的一些問題。Marmor指出，成規規則(conventional rule)具有兩個特色：第一、成規規則在

特定的意義上是任意的(arbitrary)。如果一條規則R是成規性的，那麼我們應該能夠指出另外一條可能被遵循的且能達到相同目的的規則S。第二、成規規則是依賴於遵循的(compliance dependent)。如果成規規則在一個相關的社群中實際上沒有被遵循，它就失去其意義，也就是說，之所以遵循某一條成規規則R（而非另一條可以達到相同目的的規則S）的理由（部分地）依賴於其他人也遵循同一規則的事實。試看下面的例子：在中文世界，我們接電話時的成規是說「喂」。接電話說「喂」當然有一定的目的（問候、禮貌、表示有聽到……等等），但我們不一定要用說「喂」的方式，比方說，也可以改說「哈囉」來達到相同的目的。我們接電話時之所以說「喂」而不說「哈囉」的理由是因為其他說中文的人在接電話時都說「喂」，假設哪一天大多數說中文的人接電話都說「哈囉」，那麼我們接電話的成規自然就是說「哈囉」。Marmor提出了一個定義來捕捉成規規則的這兩個特徵³⁸：

一條規則R是成規性的，當且僅當下列條件都成立：

- (1) 有一群人P在C的情況下通常遵循R。
- (2) 有一個（或一組）理由A支持P的成員在C的情況下遵循R。
- (3) 至少有另一條潛在的規則S，倘若它是P的成員在C的情況下所實際遵循的規則，那麼A將會是P的成員在C的情況下遵循S而非R的充分理由，至少部分地因為S而非R是被普遍遵守的規則。

規則R和S在C的情況下不可能同時被遵循。

按照Marmor的看法，承認規則（精確一點說，或許應該是決定承認規則之存在與內容的社會成規）具有任意性與依賴於遵循這

38 ANDREI MARMOR, SOCIAL CONVENTIONS: FROM LANGUAGE TO LAW 1-12 (2009)，亦參見 MARMOR, *supra* note 5, at 76-77.

兩個成規性特徵。他舉出兩個論點：首先，我們可以看出，不同的法律體系，即便是非常相似的法律體系如英國法和美國法，都有不同的承認規則，換言之，它們踐行不同的社會成規來認定誰是其社群中的法律權威。其次，正如哈特在《法律的概念》「後記」(Postscript)中所指出的³⁹，法官或其他官員之所以遵循特定的規則來鑑別法律來源（包括法律事實的根據與法律理由的來源）的理由，是和其他官員也遵循相同規則的事實緊密相聯的⁴⁰。然而，我認為Marmor這兩個論點是有問題的。在一個法律社群中，決定誰是法律權威真的是任意的嗎？恐怕未必。如果承認規則是任意的，那麼不只是不同的法律體系，即便同一個法律體系也可能踐行一條與既存的承認規則完全不同的承認規則。比方說，可以想像，在某個可能世界中，臺灣所踐行的社會成規規定董氏基金會而非立法院具有法律權威，倘若你是法官，難道你會將董氏基金會的禁菸命令當作是判決的根據，只因為其他法官都這麼作嗎？或者，你會將董氏基金會的命令視為行動理由的來源，只因為其他人也都這麼作嗎？這聽起來非常怪異。

但暫且撇開這個質疑，為了論證的緣故，讓我們假設成規性命題是對的：一個社群的承認規則其存在與內容是由成員所踐行的社會成規所決定的。倘若如此，則我們不需要訴諸任何評價考量，只需要指出社會成員實際上遵循一條將X視為法律權威的成規，就足以說明為什麼存在著「如果X有意要行為人作 ϕ ，則行為人就有作 ϕ 的法律理由」這個規範性條件。就哈特的理論目標而言，似乎這樣就足以說明法律規範性的根源。但就法律實踐的參與者（例如法官）而言，這樣的說明似乎是不足的。透過社會成規，一個參與者Y可以認知到X是法律權威，Y可以認知到X有意地要給予他行動理由，但Y可以接著自問：為什麼我要回應X的意圖，將它當作是自

39 HART, *supra* note 6, at 255-56, 267.

40 MARMOR, *supra* note 38, at 166-67; MARMOR, *supra* note 5, at 80-81.

己的行動理由？這個問題乍看之下似乎是多餘的，因為如果Y遵循一條將X當作是法律權威的社會成規（即接受「如果X有意要行為人作 ϕ ，則行為人有作 ϕ 的理由」這個規範性條件），他自然應該將X的意圖當作是自己的行動理由。因此，Y真正的問題或許是：為什麼他應該遵循此種成規？他遵循成規的理由是什麼⁴¹？

Marmor曾經用一個類比來說明這個問題的意義⁴²。Marmor指出，西洋棋的規則是一種構成成規，它一方面構成了西洋棋這種有別於其它棋賽遊戲（例如中國象棋）的社會實踐，另一方面規定了玩西洋棋的行為模式，例如主教只能走對角線。倘若今天有個人問你：「為什麼我應該沿對角線移動主教這顆棋子？」，你的答案可能很簡單：「因為這就是西洋棋的規則，如果你要玩西洋棋，你就得遵循『主教只能走對角線』的規則，否則你就不是在玩西洋棋」。如果這個人繼續問：「為什麼我要玩西洋棋，什麼是我要玩西洋棋的理由？」你可能會這麼回答：「你要不要玩西洋棋，是你自己的問題，這不是西洋棋規則能夠回答的。西洋棋的規則只能夠告訴你，如果你要玩西洋棋的話，你應該如何移動棋子，但它無法告訴你玩西洋棋的理由是什麼，更無法規定你是否應該去玩西洋棋。」同樣的，承認規則告訴我們，哪些人是這個社群的法律權威，如果我們參與這個社群的法律實踐的話，就應該要將這些人的意圖當作是法律理由的來源，但承認規則無法告訴我們：參與法律實踐的理

41 有人或許會認為，「依賴於遵循」這個特性已經回答了這個問題：為什麼一個人應該遵循某個成規 R，其理由就在於其他人也遵循 R 的事實。但這誤解了這個問題的意思。Marmor 提出「依賴於遵循」的特性旨在說明成規的任意性，也就是說，倘若有另外一條可能的規則 S 可以達到同樣的目的，那麼為什麼遵循 R 而非 S 的理由是因為大部分人實際遵循的是 R 這條規則。比方說，為了協调用路秩序，我們需要一條靠同一側行駛的成規。但為什麼在日本應該靠左而非靠右行駛，是因為日本的人們實際上都靠左行駛。但請注意：上面這個問題的意義不是「為什麼我在日本應該靠左而非靠右行駛？」，而是「為什麼我應該遵循用路成規？」。「依賴於遵循」只能夠回答前面這個問題，它無法回答遵循成規的背後理由（underlying reason，即 Marmor 定義中的理由 A）是什麼。

42 MARMOR, *supra* note 38, at 168.

由是什麼？為什麼我們應該參與法律實踐？

讓我先簡單地重整哈特式法實證主義說明法律規範性的論證策略：承認規則不只規定了合法性條件（哪些事實是使得法律事實成立的根據），同時還是構成法律理由來源的規範性條件；藉由成規性命題，承認規則的存在伴隨於社會成規的踐行，從而我們可以透過社會成規來說明為什麼法律事實——即便它是描述性的社會事實——具有規範性意涵（成規性命題認為，這完全是個約定俗成的問題）。但這樣的策略卻將法律規範性根源的問題推移到另外一個層面，即「為什麼承認規則具有規範性？」或者「為什麼我們應該遵循構成法律理由來源的社會成規？」

乍看之下，成規具有規範性（能夠給予行動理由）看來是個不爭的事實：西洋棋規則提供了玩棋者沿對角線移動主教這顆棋子的理由；在日本應該靠左行車，因為這是日本的交通成規。然而，成規的規範性具有下面幾個特點⁴³：

第一、成規的規範性是條件性，甚至是工具性的。成規要能夠給予行動理由，取決於某些外在於（先於）成規本身的條件或目的。以交通規則這種協調成規來說，只有當我們有解決用路協調問題、避免發生車禍事故的需要，我們才有理由去遵循像是「行人車輛靠左走」的交通成規。就西洋棋這種構成成規而言，只有當我們許諾(committed)參與成規所構成的社會實踐，我們才有理由按照成規行事，如果你要玩西洋棋，你就應該遵守「主教只能走對角線」的規則，如果你不玩西洋棋，那麼你並沒有理由去遵守這條規則。

第二、如前所述，為什麼要遵循成規的理由是外在於成規的。西洋棋的規則只告訴你，在下西洋棋時你應該如何移動棋子，但它不能回答「為什麼我要玩西洋棋」的問題。換言之，構成成規只能

43 對此可參見 MARMOR, *supra* note 2, at 26-34.

規範行為人在參與相關實踐時應該如何行動，但它無法提供行為人為什麼要參與實踐的理由。當然，遵循成規的理由可能是和價值相關的，例如，我之所以要玩西洋棋，是為了享受下棋所帶來的樂趣，如果我要享受下棋的樂趣，我就得按照棋賽的規則來下棋；換言之，遵循成規的理由，有可能是使得參與相關實踐是好的或有價值的評價考量，但是成規本身並沒有告訴我們，這些評價考量是什麼。就此而言，成規規則仍具有某種隱蔽性：成規規則的規範性雖然來自於參與相關實踐的價值或好處，但它本身並沒有顯示這些價值或好處是什麼，卻仍然能給予參與者行動理由。

第三、對於某個行為人而言，構成成規要具有規範性（能夠給予行為人行動理由）的條件是，他有理由參與其所構成的實踐，但行為人參與實踐的背後理由是各式各樣的。如果我和你一起對奕西洋棋，那我們兩人都應該遵守西洋棋的規則，但我們兩人為何要下西洋棋的理由可能大不相同，我是為了智力挑戰，你可能只是想要打發時間。Marmor指出，社會成員參與同一個社會實踐不需要有相同的背後理由，所需要的只是對於這個實踐的要旨(point)有一個粗淺的一般理解，例如你我都知道，西洋棋是一種競賽而非宗教儀式，一旦有了這樣的理解，社會成員可以基於不同的、甚至彼此衝突的理由而參與這個實踐。

倘若承認規則是一種構成法律實踐的社會成規，那麼同樣的，承認規則的規範性是條件性的，它取決於行為人是否許諾參與法律實踐，只有那些許諾參與法律實踐的人，他才應該遵循承認規則。但承認規則本身並不能告訴我們，一個人是否有理由，以及有什麼樣的理由要去參與法律實踐。按照哈特的看法，對於參與法律實踐的社會成員或官員來說，他們遵循承認規則的背後理由是分歧多樣的。以「如果立法者命令行為人作 ϕ ，則行為人有理由作 ϕ 」這個承認規則為例，哈特就認為，不論是一般的個人或法官，他們之所以接受立法者作為法律權威，而將其命令當作是獨立於內容的行動理

由，可能是基於各式各樣的動機或考量，哈特將這樣的動機或考量稱之為「終極理由」(ultimate reasons)。以法官而言，他之所以遵循這條規則的終極理由，未必是因為他相信立法者具有某種道德正當性，而可能只是希望延續既存的實踐、或者在他擔任法官時宣誓要這麼作、或者當他接任法官職位時默示地同意要這麼作；就一般人而言，他們之所以遵循這條承認規則的終極理由更是五花八門：它可能是道德理由、但也可能是相信所發布的命令有可能反映了大多數人的最佳利益、或者有助於協調不同社會成員之間的行動、有些人會認為接受的態度是其成長傳統的一部分、或單純因為想要跟著別人作、或者長期利益的計算……等等。哈特要強調的是，承認規則的規範性來源是多元分歧的個人考量，這些考量或許都回應了某些價值（即為什麼將立法者的命令當作行動理由是好的），但它們不一定是道德價值⁴⁴。

伍、重省法律規範性的問題——代結論

按照哈特的看法，不僅合法性條件不必然包含道德考量，法律規範性的根源也未必來自於道德價值。不過，哈特式法實證主義對於法律規範性的根源的看法，卻也面臨了幾個棘手的難題，我粗略地歸納為三點：

第一、哈特式的法實證主義訴諸社會成規的踐行來說明法律規範性的根源，而社會成規的規範性是條件性的，它取決於個人是否有某種終極理由遵循成規，或者遵循成規是否能實現某些個人目的，既然個人遵循成規的理由或目的是分歧多樣的，那麼法律規範性的根源似乎不必也不可能有一統一的說明。歸根究柢，對於每一個

⁴⁴ HART, *supra* note 10, at 254-55, 265.

人而言，「法律為什麼具有規範性？」這個問題的答案是不同的。

第二、按照這樣的看法，如果法律的確具有規範性，此種規範性也是個人式的，換言之，並不是對於每一個社會成員，法律都是行動理由的來源，只有對於那些許諾參與法律實踐，認為自己應該遵循承認規則的成員而言，法律才具有規範性（法律事實才給予了他們行動理由）。

第三、由於參與法律實踐的動機或目的因人而異，一個人之所以接受、遵循承認規則的終極理由未必能適用到他人身上，作為要求別人也遵循承認規則的理由。按照哈特式法實證主義的看法，終極理由只是一種個人理由(*personal reasons*)，並不存在著普遍性的、適用於所有人的考量作為每一個成員都應該遵循承認規則的理由⁴⁵。

我並不完全贊同哈特式的法實證主義關於法律規範性的看法，這種看法似乎抵觸了我們對於法律規範性的直覺，亦即法律的規範性並非個人性或條件性的。我們一般會認為，如果法律具有規範性的話，那麼對於屬於某個法律社群的成員而言，不論他是否許諾參與這個社群的法律實踐，也不論他實際上是否有動機、有什麼樣的動機要去遵守法律，「法律要求作 ϕ 」這個事實在通常的情況下仍然

45 莊世同將哈特的這個主張稱之為「任何理由命題」，並提出了相當深刻的批評。莊世同的主要論點是，哈特所提出的「終極理由」多半是個人的自利理由，這些理由只有「涉己的規範力」(*self-regarding normative force*)，而欠缺「涉他的規範力」(*other-regarding normative force*)，這難以說明為什麼承認規則會是哈特所說的「共同的公共標準」(*common public standards*) (HART, *supra* note 6, at 116)，莊世同因而認為，倘若承認規則作為共同的公共標準，具有涉他的規範力，那麼接受承認規則的理由就應該是涉及他人利益或責任的道德理由，見莊世同，法律的概念與法律的規範性：再訪哈特的接受論證，中國政法大學中歐法學院法哲學和交叉法學研究所成立儀式暨學術研討會，中國政法大學中歐法學院法哲學和交叉法學研究所主辦，頁450-454（2011年5月21日）。由於莊世同的這篇論文仍未定稿正式發表，他的想法可能還會有進一步發展，在此我暫不針對他的看法作更深入的討論。

給予了他去作 ϕ 的行動理由⁴⁶。但限於篇幅，以下我僅簡單地勾勒一個關於法律規範性根源的另類看法，以作為進一步研究的起點⁴⁷。

暫且假定社會事實命題是對的，法律事實的成立是由社會事實所決定的；我們可以同意法律理由是一種獨立於內容的理由（基於意圖的理由），以及法律是以創造理由的方式來給予行動理由；但我們並不因此接受成規性命題，亦即我們不一定要訴諸成規的踐行才能說明為何某個人的意圖能夠創造理由，也未必要認為法律規範性的根源在於某種外在於法律實踐本身的條件。回想朋友請求幫忙搬家的例子。我的朋友的請求之所以能給予我幫他搬家的理由，而陌生人的請求不能，主要是因為我和前者處於一種特定的身分關係，即朋友關係，但我和陌生人之間並不處於這種關係。同樣的，立法者的禁菸規定能夠給予我不要在室內公共場所吸菸的理由，董氏基金會的「命令」卻不能，是因為我和董氏基金會之間並沒有處於特定的身分關係（除非我是董氏基金會的成員或義工），但我和立法者之間卻有這種關係：我是我所屬的政治社群的成員，在某個意義上，立法者制定法律代表了政治社群對其成員所作的行為要求，我屬於某個政治社群的身分關係，使得這個政治社群藉由法律

46 請注意，這並不排除說，如果個別的法律規定過於不正義，則法律所給予的理由有可能被道德理由所凌駕，或甚至會使得法律失去給予理由的力量。

47 限於篇幅與能力，本文亦未能討論 Scott Shapiro 繼受 Michael Bratman 的意圖與行動理論所發展出的一套更為精緻的法實證主義規範性理論，即他所稱的「法律的計畫理論」(the planning theory of law) (SHAPIRO, *supra* note 3, at 118-92)，中文文獻對於 Shapiro 的理論及其關於法律規範性問題的精闢評述，可參見范立波，論法律規範性的概念與來源，法律科學，4期，頁20-31（2010年），本文亦見於 <http://www.legal-theory.com/1105.html>（最後瀏覽日：2012年4月12日）。不過，我相信本文所提出的幾個問題同樣也適用於 Shapiro 的理論，對此可參見 Bratman 本人對於 Shapiro 的批評，Michael Bratman, *Reflections on Law, Normativity and Plans*, in NEW ESSAYS ON THE NORMATIVITY OF LAW 73, 73-85 (Stefano Bertea & George Pavlakos eds., 2011).

對我所提出的要求具有規範性（能夠給予我行動理由）。值得注意的是下面幾點：

第一、這種身分關係是相互性的，而非片面決定的。一個人不會因為我認為他是我的朋友就變成我的朋友，我也不會因為另外一個人認定我是他的朋友就變成他的朋友。我們之間必須彼此都認為對方是朋友，才會處於朋友關係，但這種關係不是由成規所構成，也不是透過許諾所產生的（就像兩個人許諾一起下西洋棋，按照西洋棋規則遊戲，就成為棋賽的對手或伙伴；或者兩個人簽訂買賣契約之後所具有的出賣人與買受人之間的關係），朋友關係是透過互動逐漸發展形成的。類似的，屬於某個政治社群這種身分關係也不是單方片面決定的，我不會因為某個國家主動授予我該國的身分證，就變成這個國家的一員，某個國家也不會因為我認同它，就自動把我視為它的國民，政治身分關係是建立在相互認同之上的。並且，除了歸化宣誓等少數例外狀況，這種身分關係的形成通常是非自願的。

第二、如果這種身分關係要能夠產生義務或規範性的要求，那麼由此種關係所結合的群體必須是一種互惠的社群(associative community)。以朋友關係為例，假設你我都認為對方是自己的朋友，但是你並不關心我的福祉，在我有困難時從未伸出援手，當你忽然請求我幫你搬家時，我不會認為我應該幫助你。互相關心幫助是朋友關係的構成要素，如果我們只是口頭上認同彼此是朋友，卻從未互相關心和幫助，那我們彼此之間並不是處於真正的朋友關係（只能說「有朋友之名，但無朋友之實」），你的請求無法給予我行動理由（雖然這並不排除我可能有別的理由來幫助你，但這些理由並非出自於你的請求）。同樣的，一個真正的政治社群也是一種互惠社群，政治社群必須以一定的方式對待其成員，它透過法律對其成員所提出的要求才能給予行動理由。至於政治社群應該以什麼樣的方式來對待其成員才算是互惠社群，德沃金(Ronald Dworkin)曾

經提出這樣的看法：當一個政治社群以原則一貫的方式平等地關懷及尊重這個社群的每個成員時，它就成為一個真正的政治社群(a genuine political community)，此時，不論個別的成員是否曾經表示同意（或許諾），他都有理由、甚至有義務去遵守這個社群的法律。非常粗略地說，能夠產生義務或規範性要求的權威關係必須是一種相互課責(mutual or reciprocal accountability)的關係：只有當政治社群對其成員恪盡平等義務，其成員才有守法義務，換言之，必須是我有權威要求政治社群以平等的方式對待我，我所屬的政治社群所制定的法律才會給予我獨立於內容的理由⁴⁸。

第三、互惠社群所產生的義務或規範性要求，它們的規範力並不是條件性或工具性的，也就是說，它們之所以能夠給予行動理由，並不取決於行為人的動機或目的。再以朋友關係為例，不論一

48 RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 195-216 (1986). 當然，為什麼政治社群對其成員負有平等義務，是個尚待解決的棘手問題，限於篇幅及能力，在此無法進一步處理。值得注意的是，此處嘗試透過相互課責的關係來詮釋互惠社群的身分關係，暗示了應用 Darwall 的第二人理由的理論（見前註30）來發展德沃金的政治義務論的可能性。按照 Darwall 的看法，「權威」、「課責」、「有效的要求（權威的命令）」與「第二人理由」是可以互相定義的概念。「X 擁有對 Y 的權威」相應於「Y 必須對 X 負責（X 可對 Y 課責）」，而 X 與 Y 處於此種課責關係，當且僅當 X 對於 Y 所提出的要求或命令給予了 Y 去作其要求或命令之行為的理由（即 Darwall 所稱的「第二人理由」）。Darwall 認為，實踐權威——不只是道德的權威，還包括法律與政治權威——必須建立在「每個人（道德、政治或法律社群的成員）都共同擁有平等的權威去對彼此提出一定的行為要求（換言之，彼此處於平等的相互課責關係）」這樣的前提之上。政治社群之所以擁有權威，其所制定的法律能夠給予其成員行動理由乃至課予義務，是由於它代表了平等的社群成員彼此之間所提出的權威性要求；換言之，我之所以必須對我所屬的政治社群負責，是因為我必須對其他的成員負責，而這種課責關係是相互、平等的，其他社群成員也必須對我負有同樣的責任，只有立基在這種平等的相互課責關係上，我們對於彼此所提出的要求才會具有權威性或規範力，對此可見 DARWALL, *supra* note 30, at 243-76, Darwall 的第二人理由論在法律哲學上的應用可見 Stephen Darwall, *Law and the Second-Person Standpoint*, 40 *LOY. L.A. L. REV.* 891, 891-905 (2007). 這似乎可以說明，政治社群對其成員所負的平等義務來自於社群成員彼此之間的平等課責關係，以及為什麼德沃金會認為政治義務其實是個人對其政治社群的同胞成員所負的義務。當然，以上的說明仍然非常粗糙簡略，它只是提出一個可能的理論發展線索，仍有待後續的深入研究。

開始我是出於什麼樣的動機和你交往，一旦你我成為真正的朋友，無論去作朋友所請求之事有什麼樣的好處、是否能實現我個人的某些目的，你請求我作某件事，都給了我作這件事的理由。這是因為朋友關係的內在特性——或許也可以說，是朋友關係的固有價值 (intrinsic value)，例如友誼的價值——使得你的請求具有給予理由的力量。類似的，如果法律規範性的根源來自於互惠性政治社群的相互課責關係，那麼此種政治社群本身必然具有某種內在特性或固有價值，使得法律本身就能夠具有給予理由的力量，也就是說，無論個別成員具有何種動機或目的，法律要求他去作某件事都給了他作這件事的理由。當然，這種內在特性或固有價值是什麼，就像「什麼才是真正的友誼？」這個問題一樣，是個有爭議的詮釋問題。

顯然的，以上所勾勒的另類看法，是一種德沃金式的說明法律規範性的進路。不過，本文最主要的目的在於呈現哈特式法實證主義的法律規範性理論並指出其問題，如何進一步發展上述的看法，則需另為文處理之。

參考文獻

1. 中文部分

范立波（2010），論法律規範性的概念與來源，法律科學，4期，頁20-31。

莊世同（2001），再訪Hart的承認規則，收於：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。

——（2002），法律的規範性與法律的接受，政治與社會哲學評論，1期，頁43-84。

——（2011），法律的概念與法律的規範性：再訪哈特的接受論證，中國政法大學中歐法學院法哲學和交叉法學研究所成立儀式暨學術研討會，中國政法大學中歐法學院法哲學和交叉法學研究所主辦，頁437-454。

2. 西文部分

Bratman, Michael. 2011. Reflections on Law, Normativity and Plans. Pp. 73-85 in *New Essays on the Normativity of Law*, edited by Stefano Bertea and George Pavlakos. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

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

Darwall, Stephen. 2006. *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

———. 2007. Law and the Second-Person Standpoint. *Loyola of Los*

- Angeles Law Review* 40:891-909.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Enoch, David. 2011. Reason-Giving and the Law. Pp.1-38 in vol. 1 of *Oxford Studies in Philosophy of Law*, edited by Leslie Green and Brian Leiter. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- Green, Leslie. 1988. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press.
- . 2002. Law and Obligations. Pp. 514-547 in *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, edited by Jules Coleman and Scott Shapiro. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- . 2003. Legal Obligation and Authority. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>.
- Greenberg, Mark. 2004. How Facts Make Law. *Legal Theory* 10:157-198.
- Hart, H.L.A. 1982. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- . 1994. *The Concept of Law*. 2d ed. New York, N.Y.: Clarendon Press.
- Knowles, Dudley. 2010. *Political Obligation: A Critical Introduction*. London & New York: Routledge.
- Markwick, P. 2000. Law and Content-Independent Reasons. *Oxford Journal of Legal Studies* 20:579-596.
- . 2003. Independent of Content. *Legal Theory* 9:43-61.
- Marmor, Andrei. 2001. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.
- . 2009. *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton, N.J. & Oxford: Princeton University Press.
- . 2011. *Philosophy of Law*. Princeton, N.J. & Oxford: Princeton University Press.

- Parfit, Derek. 2011. *On What Matters Vol. 1*. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- . 2011. *On What Matters Vol. 2*. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- Postema, Gerald. 1982. Coordination and Convention at the Foundations of Law. *The Journal of Legal Studies* 11:165-203.
- Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- . 1986. *The Morality of Freedom*. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- . 2009. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- Robertson, Simon. 2009. Introduction: Normativity, Reasons, Rationality. Pp. 1-28 in *Spheres of Reason: New Essays in the Philosophy of Normativity*, edited by Simon Robertson. New York, N.Y.: Oxford University Press.
- Sciaraffa, Stefan. 2009. On Content-Independent Reasons: It's Not in the Name. *Law and Philosophy* 28:233-260.
- Shapiro, Scott. 2011. *Legality*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.