分析法學
——英美法實證主義[*]

王鵬翔[**]

目　次

壹、導　論
貳、法實證主義的核心主張
參、英美法實證主義
　一、哈特的法實證主義：法律作為初級規則與二級規則的結合
　二、包容與排他的法實證主義
　三、功能取向的法實證主義
肆、法律規範性的問題
　一、守法義務與法律的規範性
　二、表象的規範性：法律觀點與超然陳述
　三、法律如何提供理由
伍、結　語

---

[*] 本文原為作者撰寫之華文哲學百科詞條〈法實證主義〉，《華文哲學百科》（2022版本），王一奇（編）URL=http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry_name=法實證主義。

[**] 中央研究院法律學研究所研究員。

壹、導　論

法實證主義（Legal Positivism，或稱「法律實證論」）是一種關於法律的性質（the nature of law）的理論。關於法律的性質，有兩個主要問題：

第一、**法律的根據**（the grounds of law）問題：什麼是使得法律命題為真或法律事實成立的根據？

第二、**法律的規範性**（the normativity of law）問題：當法律要求或禁止我們去做某件事，我們是否就應該或甚至有義務去做／不做這件事？

針對第一個問題，法實證主義主張，法律的根據是特定的社會事實，但不必然包含道德事實。針對第二個問題，法實證主義認為，除非法律恰巧滿足某些道德或規範條件，否則我們未必就應該或有義務遵守法律的要求。換言之，法律是否要求我們做某種行為，基本上只取決於特定的社會事實，但這並不蘊含我們應該或有義務去做法律所要求的行為。

法律的根據是何種社會事實，不同版本的法實證主義有歧異的看法。撇開細部的分歧不論，廣義的法實證主義可分為兩大類型：

第一類可稱為實效取向的法實證主義，代表性的理論是北歐與美國的法律現實主義（legal realism）。[1]他們主要以規範的實際遵守或適用、官員與人民遵守或適用的動機、強制力的運用與拘束感、針對司法行為的預測、引發制裁的機率等等經驗性或心理性的要素，來界定社會事實。

---

1 關於法律現實主義與法實證主義之間的關係及親近性，可參考BRIAN LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE: ESSAYS ON AMERICAN LEGAL REALISM AND NATURALISM IN LEGAL PHILOSOPHY (2007); BRIAN LEITER, Legal Positivism as a Realist Theory of Law, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 79, 79-102 (2021); Jakob v. H. Holtermann, Getting Real or Staying Positive: Legal Realism(s), Legal Positivism and the Prospects of Naturalism in Jurisprudence, 29 RATIO JURIS 535, 535-555 (2016); LESLIE GREEN, Positivism, Realism and Sources of Law, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 39, 39-60 (2021)；關於北歐法律現實主義與法實證主義，可參考Torben Spaak, Realism about the Nature of Law, 30 RATIO JURIS 75, 75-104 (2017).

第二類是來源取向的法實證主義，代表性的理論是奧斯丁（John Austin）和哈特（H. L. A. Hart）的分析法實證主義與凱爾森（Hans Kelsen）的純粹法學。他們認為，作為法律根據的社會事實，主要是某個人或某群人做了或說了什麼——特別是某個權威發布命令或有權機關制定規範——這樣的行動或事件。不過，來源取向的法實證主義並未完全忽略實效的面向，在奧斯丁、哈特與凱爾森的理論中，經驗性或心理性的要素仍然具有重要的份量。[2]

當代法實證主義最重要的兩位代表人物，分別是英國的哈特與出身奧地利的凱爾森。哈特的經典名著《法律的概念》（*The Concept of Law*），[3]開啟了英美法律哲學界逾半世紀關於法實證主義的熱烈爭論；凱爾森的《純粹法學》（*Reine Rechtslehre*）[4]則在歐陸與拉丁美洲有重大影響力。限於篇幅，本文只能介紹以哈特為代表的英美法實證主義。[5]

本文包括三個部分：第貳節說明法實證主義的核心主張（分離命題、社會事實命題與社會成規命題）。第參節介紹哈特的法實證主義基本論點、哈特及其學術後裔為了回應德沃金（Ronald Dworkin）的批評所衍生的內部分歧，以及功能取向的辯護方式。第肆節討論法實證主義關於法律規範性的看法：法實證主義並不認為我們有一般性的服從法律義務，也不認為法律必然提供行動的規範理由。

---

2 在奧斯丁的命令論，命令的概念包含了對制裁的畏懼以及對主權者的服從習慣；在哈特的法理論，接受的心理態度是理解法律系統與規則存在的關鍵（見以下參、一）；凱爾森的理論則認為，最低限度的實效是法律規範有效或法律體系存在的必要條件，對此請見Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 10-11。

3 H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW, 2nd ed. (1994).（中譯本可參考哈特著，許家馨、李冠宜譯，法律的概念，3版，商周，2018年）

4 Kelsen, a.a.O. (Fn. 2).

5 關於歐陸傳統的法實證主義，可見TORBEN SPAAK & PATRICIA MINDUS (Eds.), THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM chapter 5-7 (2021)。凱爾森的法實證主義請見鍾芳樺教授為本書撰寫的「自由民主的法治國家——論Hans Kelsen的法理論」（見本書頁343-364）。

貳、法實證主義的核心主張

自哈特於1958年發表《實證主義以及法律與道德的分離》（*Positivism and the Separation of Law and Morals*）[6]這篇論文以來，**分離命題**（the separation thesis）往往被視為法實證主義的標誌特徵。分離命題常被表述為「法律與道德之間沒有必然聯結」（there is no necessary connection between law and morality），但這其實是個籠統含混的主張。[7]包括哈特自己在內，絕大部分的法實證主義者都不否認，法律和道德在某些面向上不僅可能，甚至必然具有關聯。例如：法律必然能夠成為道德評價的對象；法律必然會宣稱其具有道德正當性；在既定的人類生存條件下，法律必然會具有某些道德內容；[8]法律論證必然涉及道德論證等等。因此，許多法實證主義者並不認同以上述的分離命題作為區分法實證主義與非法實證主義的標準。[9]

儘管如此，法實證主義者大都同意以下這個版本的分離命題：「**法律的存在與內容，不必然取決於道德或其他評價考量**」。[10]不過，這只是個消極的主張，大部分法實證主義者的共同核心主張，是

---

6 H. L. A. HART, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY 40-87 (1983).

7 例如，反法實證主義的代表者Alexy即以此作為批評法實證主義的標靶。他甚至認為，法實證主義的核心主張是「法概念的定義不包含道德的要素」，見ROBERT ALEXY, THE ARGUMENT FROM INJUSTICE: A REPLY TO LEGAL POSITIVISM (2002)。但大部分法實證主義者都認為，分離命題不是關於法律的概念如何定義的主張，見JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW, 2nd ed. 313-336 (2009).

8 例如哈特所謂的「最低限度內容的自然法」，見HART, *supra* note 3, at 193-200。

9 RAZ, *supra* note 7, at 314-319; Leslie Green, Positivism and the Inseparability of Law and Morals, 83 N.Y.U. L. REV. 1035, 1035-1058 (2008); JOHN GARDNER, LAW AS A LEAP OF FAITH 19-53 (2012).

10 見RAZ, *supra* note 7, at 319; ANDREI MARMOR, POSITIVE LAW AND OBJECTIVE VALUES 71 (2001)。這個版本可稱為「弱版本的分離命題」，在弱版本的表述中，「不必然取決於道德或評價考量」模態邏輯上等值於「可能不取決於道德或評價考量」。Raz及Marmor採取的是更強的分離命題：「法律的存在與內容，必然不取決於道德或評價考量，而只取決於社會來源」。基於「必然not-p」蘊含了「可能not-p」，主張強版本的法實證主義者（所謂「排他法實證主義」）也會接受弱版本的分離命題。反之，只接受弱版本的法實證主義者（所謂「包容法實證主義」），並不接受強版本的分離命題。因此弱版本的分離命題是法實證主義者都會同意的主張。關於排他和包容的法實證主義，請見以下「參、二」。

所謂**社會事實命題**（the social fact thesis）：「**法律的存在與內容最終只取決於特定的社會事實**」。[11]要確定一個社群是否具有法律系統（例如：「納粹德國是有法律制度的國家」），以及某個社群的法律內容為何，亦即法律是否要求、禁止、允許某種行為（例如：「台灣的法律禁止在室內公共場所吸菸」），基本上只需依據關於人們的行動、信念或態度的社會事實，毋需涉及制度正義與否或行為對錯好壞的道德評價。

關於法律系統存在以及法律內容為何的事實，可稱為**法律事實**（legal facts）。法律事實並非無法化約或不能進一步說明的終極基礎事實，法律事實之所以成立，必定是由於其他某些事實出現使然。[12]例如，「台灣的法律禁止在室內公共場所吸菸」這個法律事實之所以成立，乃是基於以下的事實：2007年立法院三讀通過、總統公布菸害防制法第15條修正條文，並自2009年1月11日起開始實施。所謂**法律的根據**（the grounds of law），就是使得法律事實成立的其他事實。

關於法律內容（亦即法律要求、禁止、允許何種行為）的主張或宣稱，稱為**法律命題**（propositions of law）。為真的法律命題（例如：「法律禁止在室內公共場所吸菸」、「法律要求騎機車戴安全帽」）陳述了法律事實，因此，法律的根據也可視為使得法律命題為真的事實。[13]由於法律命題包含了「要求／禁止／允許」等規範性內

---

11 請見HART, *supra* note 3, at 269; JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 210 (1994); RAZ, *supra* note 7, at 39-45; SCOTT J. SHAPIRO, LEGALITY 27 (2011)。凱爾森是少數例外，他同意分離命題，但不完全接受社會事實命題，見Kelsen, (Fn. 2)。凱爾森認為，若要說明何以特定的社會事實能夠使得法律命題為真（用他的說法：認識到這些社會事實具有法律規範上的意義），最終仍必須預設所謂「基本規範」（Grundnorm）。但基本規範沒有任何道德內容，也不是哈特所說的社會規則（請見以下參、一），基本規範只是為了認識法律的存在與法規範效力的先驗邏輯預設（transzendental-logische Voraussetzung）。關於凱爾森這種非化約論或規範論式的法實證主義（non-reductionist or normativist legal positivism），可參考STANLEY L. PAULSON, Introduction, in HANS KELSEN, INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY xvii, xvii-xlii (1992); MICHAEL S. GREEN, Hans Kelsen's Non-Reductive Positivism, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 272, 272-300 (2021)。

12 SHAPIRO, *supra* note 11, at 26; DAVID PLUNKETT, Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism, in DIMENSIONS OF NORMATIVITY 105, 106-107 (2019).

13 德沃金稱為**法律命題的真值條件**（the truth conditions of propositions of law），請見

容，也可以說，為真的法律命題就陳述了有效的法律規範。例如，「台灣法律禁止在室內公共場所吸菸」這個命題所陳述的事實就是：在台灣，「禁止在室內公共場所吸菸」是一項法律規範；或者說：在台灣，「禁止在室內公共場所吸菸」這項規範具有法律效力。使得某項規範成為法律規範或具有法律效力的一般性條件，稱之為**法效力條件**（the conditions of legal validity），[14]就此而言，法律的根據也可視為法效力的條件。

分離命題和社會事實命題共同構成了法實證主義的核心主張。更精確地說，法實證主義的核心主張包括以下兩個命題，首先是關於法律根據或法效力條件包含何種事實的主張：

（**法律根據的分離命題**）法律的根據包含社會事實，但不必然包含道德事實。

其次是關於何種事實或考量決定了法律根據包含哪些事實的主張。哈特式的法實證主義者大都認為，哪些事實構成法律的根據，只取決於各個社群踐行的**社會成規**（social convention）：

（**社會成規命題**）法律的根據為何，取決於各個社群的社會成規，而不取決於道德考量。

法律根據的分離命題是法實證主義與反法實證主義的爭議焦點，反法實證主義者的核心主張是：「法律的根據除了社會事實之外，還必然包含道德事實」。雖然法實證主義者都主張法律的根據不必然包含道德事實，但法律的根據是否**可能**包含道德事實，法實證主義內部則有所分歧。包容或柔性的法實證主義（inclusive or soft legal positivism）採取肯定立場：法律的根據雖不必然，但仍可能包含道德事實；排他或剛性的法實證主義（exclusive or hard legal positivism）則採取否定立場：法律的根據只能是社會事實，不可能包含任何道德事

RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES (2006)。

14 ANDREI MARMOR, PHILOSOPHY OF LAW 4 (2011).

實。這兩者之間的分歧，將於本文「參、二」介紹。

另一方面，雖然大多數法實證主義者認為，法律的根據包含何種事實，取決於約定俗成的社會成規；但有少數法實證主義者訴諸規範性或評價性的考量來辯護法律根據的分離命題，這個立場稱為「倫理或政治性的法實證主義」。除此之外，功能取向的法實證主義則是從法律所具有的特定功能來說明，何以法律的根據必須包含社會事實，但不必然或甚至不可能包含道德事實。本文「參、三」將簡單介紹這種功能取向的論證。

參、英美法實證主義

一、哈特的法實證主義：法律作為初級規則與二級規則的結合[15]

在思想史上，霍布斯經常被視為法實證主義的鼻祖，[16]但現代法實證主義的先驅是十九世紀的邊沁（Jeremy Bentham）與奧斯丁（John Austin），尤其是奧斯丁《法理學的範圍》（*The Province of Jurisprudence Determined*）[17]一書可謂分析法實證主義的奠基之作。奧斯丁將法律定義為主權者的命令，透過制裁（施加惡害或威脅），主權者得以確保其命令被遵守。所謂「主權者」（sovereign），乃是臣民習慣性服從的某個人，但他本身並不習慣性地服從任何人。

奧斯丁的命令論受到哈特的嚴厲批評。哈特指出：首先，將法律視為以制裁為後盾的命令，過於片面。它忽略了法律還包含許多授與權力的規範（例如賦予私人訂立契約、締結婚姻的權力），這些授權規範無法被化約為命令。

其次，按照命令論，法律規範的結構（「如果不繳稅，就要被抓

---

15 以下關於哈特法實證主義的理論撮要，均來自HART, *supra* note 3，為了便利讀者閱讀，正文不再一一註明細節出處。關於哈特《法律的概念》一書的精要導讀，可見陳景輝，哈特《法律的概念》導讀，台灣法學雜誌，第189期，2011年，頁28-38。

16 關於法實證主義的思想史，可參考顏厥安，法與實踐理性，允晨文化，1998年，頁235-335；英美法實證主義的思想史，可參考GERALD J. POSTEMA, LEGAL PHILOSOPHY IN THE TWENTIETH CENTURY: THE COMMON LAW WORLD Part I & III (2011).

17 JOHN AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED (1998/1832).

去關！」）和搶匪的命令（「如果你不把錢交出來，就開槍殺了你！」）並無不同。它無法說明，何以許多公民雖然並未意識到制裁的可能，甚至在沒有制裁威脅的情況下，仍然認為自己應該或有義務遵守法律（例如，許多人會認為，即便不會受到處罰，仍有繳稅的義務；即便沒有偵測照相，仍不應闖紅燈）。

最後，奧斯丁的理論無法說明在主權者更迭時，法律體系仍能保有延續性。新的主權者很難立即獲得臣民的習慣性服從，對舊主權者的服從習慣，也未必就會延續至新的主權者。在現代社會，也很難認定哪個人是奧斯丁意義下毫不受限的主權者。最高的立法權威通常不是像專制君主那樣的單獨個人，而是由多數人所組成的國會，在其行使立法權力時，也往往受到各種實質或程序的法律限制。

由於奧斯丁的命令論具有以上的缺陷，哈特的法實證主義轉而以**規則**（rules）作為其理論的出發點。哈特首先比較社會規則（social rules）和單純的習慣（habits）之間的異同。例如，在英國，周末到電影院看電影是習慣，進教堂脫帽則是社會規則。從外在的面向來看，兩者都展現了某種行為的規律性（人們到了周末經常上電影院，進教堂都會脫帽）。然而，人們並不會認為到了周末就應該上電影院，或者認為周末沒去看電影是錯誤的行為，如果有人周末沒去看電影，也不會受到責難；相對地，人們會認為進到教堂就**應該**脫帽，進教堂沒脫帽是**錯誤**的行為，對於進教堂卻沒脫帽的人，會予以**批評責難**。

哈特認為，規則不同於習慣之處在於，規則除了外在面向，還具有**內在面向**（internal aspect）。社會規則的存在展現於，人們對於特定的行為模式採取一種特殊的批判反思態度，哈特將此種態度稱為**接受**（acceptance）：人們將該行為模式視為集體遵循的共同標準（common standard），不僅以此作為行動指引，認為自己和他人都應當遵循這項行為模式，也會以此為理由來正當化對於偏離這項行為模式者的批評或責難。當某項規則持續要求被遵守，並且違反規則會被施加強大的社會壓力時，就會被認為是賦予義務（duty or obligation-imposing）的規則。

光從社會規則來理解法律，仍是太過簡化的看法。確實，許多法

律規則都是賦予義務的規則，哈特將此稱為**初級規則**（primary rules），例如禁止殺人、不得竊盜、欠債者有義務要還錢等等。但哈特指出，一個僅靠初級規則來治理的社會，有以下三個缺點：

第一、不確定性（uncertainty）：除了共同接受的態度，沒有任何其他鑑別規則的方式，這不僅無法區分法律規則與其他社會規則，對於既存規則的內容或適用範圍有疑義時，也沒有解決的機制。

第二、靜態性（static）：社會規則的產生、改變與消失是緩慢自發的，無法因應特定需要而迅速變動修正。由規則所賦予的義務，也無法透過個人的選擇去轉移或免除。

第三、無效率（inefficiency）：維持規則的社會壓力是分散的，針對規則是否被違反，以及對於違反規則者要如何施加壓力（例如制裁），往往會有爭議，但沒有機構能對這些爭議做出最終的權威裁決。

哈特認為，一個成熟的法律系統會引入另一種類型的規則來解決上述缺陷，這些規則涉及確定、引進、變動、廢止（初級）規則的方式，哈特將其稱為**二級規則**（secondary rules），[18]它們包括：

授權某個人或某些人引進、修改、廢止規則的**變遷規則**（rules of change），其功能在於補救靜態性。

授權某人針對初級規則是否被違反做出權威性決定的**裁判規則**（rules of adjudication）。裁判規則除了指出誰是有權做出裁決的裁判者，也界定了做出裁決必須遵守的程序，其功能在於補救無效率性。

鑑別法律規則的**承認規則**（rules of recognition），其功能在於解決不確定性。承認規則指出，如果一項規則具備某些特徵，就會被認定為法律規則，換言之，承認規則提供了**法效力的判準**（criteria for legal validity）。在一個已發展的法律系統，鑑別法律規則的判準可能相當多樣，包括權威的文本（例如成文憲法）、特定機構的制定（例

18 “secondary rules”通常譯為「次級規則」，但這個稱呼可能讓人誤以為是「次要」的法律規則。在哈特的理論中，“secondary rules”其實是關於規則的二階（second-order）規則，因此本文稱為「二級規則」。相同的看法，請見莊世同，再訪Hart的承認規則，當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集，2001年，頁73-109。

如立法機關的制定法、行政命令和行政處分）、習俗實踐（customary practice，例如習慣法）、司法判決先例等等；承認規則也會包含判準之間優先順序的規定，例如：在台灣，憲法的位階高於立法院制定的法規，後者又優先於行政命令與行政處分；在英國，制定法優先於普通法。

哈特認為，典型的法律系統是由初級規則與二級規則所組成。其中最重要的是承認規則，承認規則既是法律系統中鑑別法效力的終極判準，也構成了法律系統的統一性基礎。在一個具有成熟法律系統的社群，要判斷某項規則是否為法律規則（例如，在台灣騎機車應該戴安全帽是法律規則，喝喜酒應該包禮金則不是），只需依據它是否具備了承認規則列出的鑑別特徵。某項規則之所以是這個社群而非其他社群的法律（例如，「高速公路行車速度不得超過110公里」是台灣但不是德國的法律規則），就在於它滿足了這個社群的承認規則的鑑別判準。一個社群的法律系統，就是由這個社群的承認規則及其所鑑別的法律規則構成的集合。

判斷某人是否負有法律義務去做或不做某件事，取決於是否有一項賦予義務的法律規則存在；但在成熟發展的法律體系當中，賦予義務的初級規則通常已經不是單純的社會規則。一項賦予義務的法律規則存在，往往並不取決於社群成員的接受，而是由於它滿足了承認規則的法效力判準。例如，在台灣，道路交通管理處罰條例規定禁止在路邊並排停車，按照這項規則，我們有法律義務不在路邊並排停車。但這項規則之所以是*法律*規則，並不是因為台灣的社群成員對於「不在路邊並排停車」這個行為模式採取批判反思的接受態度（有些人會遵循這個行為模式，但他們未必是因為接受而遵守，只是因為不想被處罰，也未必會去批評責難那些在路邊並排停車的人），而是由於這項義務規則具備了台灣法律系統的承認規則的一項鑑別特徵：它是由立法院所制定。

嚴格說來，按照哈特的理論，法律系統當中只有承認規則是純粹的社會規則。當社群成員認定某項規則是法律（例如：「法律禁止在室內公共場所吸菸」），某項規則不是法律（例如：「法律並未要求

喝喜酒應該包禮金」），正是運用承認規則來判斷該項規則是否具有法效力，亦即它是否符合承認規則的鑑別判準。但作為法效力的終極判準，承認規則本身沒有有效或無效的問題，**承認規則的存在展現於社會實踐**，哈特說：「承認規則僅存在於法院、官員和一般人民援引特定判準以鑑別法律的複雜但通常一致的實踐當中。承認規則的存在是個事實問題。」[19]

具體而言，當社群成員及官員普遍都將某個特徵X視為法效力的判準，尤其是司法實踐一致以X這個特徵來鑑別法律時，這個社群就存在著一項承認規則：「具有特徵X的規則是法律」。哈特以英國的法律實踐為例，「女王在國會頒布者即為法律」就是英國法律系統的承認規則。「具有特徵X的規則是法律」這項承認規則具有社會規則的性質，它存在於社群成員，尤其是官員「接受」的社會事實：他們都將具有特徵X的規則認定為法律規則（具有法效力），並且會批評責難那些拒絕運用此項鑑別判準（不將具有特徵X的規則視為法律或否認其具有法效力）的其他成員或官員。

我們可以進一步說明承認規則和其他兩種二級規則（變遷規則和裁判規則）之間的內在關聯：

首先，承認規則用來鑑別法律的特徵，往往連結於變遷規則。當法律系統中有一項變遷規則授權某個人或機關按照一定程序去制定、修改或廢止規則，相應地，就存在著一項承認規則，要求人們將符合這項變遷規則所制定的規則視為法律（具有法效力）。例如，透過踐行一定的程序（三讀通過，總統公布），立法院有權制定、修改或廢止某些規則；從而「由立法院制定的規範是法律」就是一項承認規則，或者說，是承認規則的鑑別判準之一。

其次，裁判規則授權某個人或機關針對是否違反初級規則作出權威性的裁決，而這項裁決首先必須認定被違反的規則是法律規則；因此，依據裁判規則所為的權威裁決，也包含了鑑別法律（哪些特徵構

19 HART, *supra* note 3, at 110，其原文如下: "[T]he rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."

成法效力判準，個案中的規則是否具備這些特徵）的權威決定。典型的法律權威裁決就是司法判決，哈特甚至認為，我們可以從司法判決來辨識法律系統中的初級規則。「具有特徵X的規則是法律」這項承認規則是否存在，就主要取決於法官群體是否普遍一致地運用X這項特徵來鑑別裁判所應適用的法律規則。[20]

哈特認為，法律系統的存在，至少必須滿足以下兩個條件：首先，社群的官員接受並運用承認規則，以及與之相聯結的變遷規則與裁判規則。其次，社群的一般成員普遍地遵守由承認規則所鑑別的初級規則。因此，法律系統是否存在，只取決於「接受」和「遵守」這樣的社會事實。法律的內容為何，亦即法律是否要求、禁止、允許某個行為，取決於是否有一項符合承認規則鑑別判準的規則要求、禁止或允許這個行為；承認規則的鑑別判準為何，則視官員實際上共同採取何種特徵來鑑別法律，因此，法律的內容最終仍是由社會事實（關於人們的行動和心理態度的描述性事實）所決定。

二、包容與排他的法實證主義

針對哈特的法實證主義，最有力的批評來自德沃金，德沃金反對將法律視為由承認規則及其所鑑別的規則構成的集合。在早年一篇著名論文《規則的模式》（*The Model of Rules*），[21]德沃金認為，承認規則提供的是一種系譜式（pedigree）的判準，它只按照制定規則的形式或來源（是否由某個有權機關按照一定的方式所制定），而非依據規則的實質內容或其來源的價值（規則內容的好壞對錯、制定者是否具有道德正當性），來判斷某項規則是否為法律規則，[22]這個主張常被稱為**來源命題**（the sources thesis）。[23]德沃金該文的批評重點在於：

---

20 關於授權規則與承認規則的接受，詳盡的討論可見林執中，授權規範與內在觀點，中研院法學期刊，第31期，2022年，頁1-72。

21 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 14-45 (1978/1967).

22 所謂「實質內容的價值」是針對規則所要求或禁止之行為的道德評價；「來源的價值」（the merits of sources）則是針對制定規則權威的道德評價。後者相當於Gardner所說的merit-based tests of sources（基於價值的來源判準），見GARDNER, *supra* note 9, at 21。

23 RAZ, *supra* note 7, at 37-52; GARDNER, *supra* note 9, at 19-23.

按照法實證主義的看法，一個人是否負有某項法律權利或義務，完全取決於系譜判準所鑑別的法律規則；但法實證主義忽略了，在困難案件中，[24]法官經常必須訴諸原則（principles）來決定當事人負有何種法律權利或義務，而原則往往無法透過系譜式的判準來鑑別；原則之所以具有拘束力，是基於其實質內容的道德價值，而非由於其滿足承認規則的鑑別判準。

德沃金以美國的*Riggs vs. Palmer*一案為例，被告為其祖父的遺囑指定繼承人，卻圖謀遺產而謀殺祖父，法官必須決定他是否被允許繼承遺產。紐約州的法律規定，遺囑經三名以上證人見證即為有效，按照這項法律規則，祖父的遺囑有效，謀殺他的孫子仍可繼承遺產；但法官在判決中，援引「無人可從自己的錯誤中獲利」（no man may profit from his own wrong）這項原則，判決被告不得繼承遺產。按照德沃金的看法，這項原則之所以被援用，並非因為它是由某個有權機關所制定，而是基於其在法律專業與公眾中的妥當感；這種足以影響法律內容的原則，無法透過系譜式的判準來鑑別，因此，法實證主義關於法律根據的分離命題是錯的：法律的內容不僅根據社會事實，也取決於道德事實。

德沃金攻擊哈特的用意，是要證成法律的根據（他稱為「法律命題的真值條件」）必然包含某種道德事實，而非主張法律系統除了規則之外，還包括原則之類的規範。事實上，德沃金根本反對將法律視為一組可由某種終極判準鑑別的規範所構成的集合——不論這個終極判準是哈特的承認規則、凱爾森的基本規範、或其他鑑別判準，也不論被鑑別的規範具有規則或原則的性質。[25]

儘管如此，哈特式的法實證主義者在回應德沃金的批評時，仍多圍繞在「道德原則是否可能成為法律規範？」或「道德原則能否被包

---

24 所謂「困難案件」（hard cases）來自於法律的開放結構（open texture），包括法律語言的模糊或歧義容許多種解釋可能、規範衝突的可能性、欠缺可資適用的法律規則、在特定情況允許或必須做出違反法律文義的判決。在開放結構，單憑基於來源的法律規則無法提供待決案件的確定答案，對此請見HART, *supra* note 3, at 124-136, 252; ALEXY, *supra* note 7, at 68-69。

25 DWORKIN, *supra* note 21, at 76; DWORKIN, *supra* note 13, at 233-240.

含成為法律系統的一部分？」的分類式問題。對這個問題採取肯定立場者，稱為**包容的法實證主義**（inclusive legal positivism），代表性學者是Coleman[26]，Waluchow[27]，Kramer[28]；採取否定立場者，稱為**排他的法實證主義**（exclusive legal positivism）[29]，代表性學者是拉茲（Joseph Raz）[30]，Marmor[31]，Shapiro[32]。

包容與排他的法實證主義者，都堅持哈特的基本信條：每個法律系統都有像承認規則這種鑑別法律的終極判準；他們也大多同意哈特的看法，認為承認規則的存在是個社會事實，更確切地說，承認規則是一種司法實踐的社會成規，它的存在展現於法官群體共同一致地運用某些判準特徵來鑑別法律的實踐活動。[33]包容和排他法實證主義的主要分歧在於：承認規則是否能安置（incorporate）某些道德條件作為鑑別法律的判準；對此，包容法實證主義持肯定的看法，排他法實證主義則持否定的立場。

---

26 Jules L. Coleman, Negative and Positive Positivism, 11 J. LEG. STUD. 139, 139-164. (1982); JULES L. COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE (2001).

27 W. J. WALUCHOW, INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM (1994).

28 MATTHEW H. KRAMER, WHERE LAW AND MORALITY MEET (2004).

29 關於排他與包容法實證主義的論辯，簡要介紹可見W. J. WALUCHOW, Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive, in THE ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2001)；中文文獻可參考莊世同，Ronald Dworkin與柔性法實證主義，月旦法學雜誌，第64期，2000年，頁54-69；陳景輝，法律的界限——實證主義命題群之展開，中國政法大學出版社，2007年。

30 RAZ, *supra* note 7; RAZ, ETHICS, *supra* note 11.

31 MARMOR, *supra* note 10.

32 SHAPIRO, *supra* note 11.

33 請見HART, *supra* note 3, at 256。因此本文將包容與排他的法實證主義，都統稱為「哈特式的法實證主義」（Hartian Legal Positivism）。至於承認規則是何種性質的社會成規，法實證主義內部有不同的看法。例如Postema與Coleman認為承認規則是一種協調成規（coordinate convention），它是為了解決在判斷規範是否具有法效力時反覆出現的協調問題，見Gerald J. Postema, Coordination and Convention at the Foundations of Law, 11 J. LEG. STUD. 165, 165-203 (1982); COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE, *supra* note 26；Marmor則認為承認規則是一種構成成規（constitutive convention），它的作用是在決定誰有權制定法律，亦即哪些人或哪個機關制定的規範要被視為法律規範，見MARMOR, *supra* note 10; ANDREI MARMOR, SOCIAL CONVENTIONS: FROM LANGUAGE TO LAW (2009)。中文文獻關於承認規則的成規性質的討論，可參考莊世同，前揭註18，頁73-109。

哈特本人在《法律的概念》一書的《後記》（*Postscript*），明白採取包容法實證主義的立場。他認為，除了系譜式的判準，承認規則仍可能包含某些實質道德條件作為鑑別法律的判準，從而某些道德原則仍可經由滿足承認規則所安置的道德判準而成為法律規範的一部分。[34]這個主張常被稱為**安置命題**（the incorporation thesis）。

具體而言，道德條件可以透過兩種方式被安置於承認規則的鑑別判準當中。[35]第一種方式是將某些道德條件作為法效力的充分條件，從而一項非由權威制定、欠缺系譜來源的規範，仍可由於其實質內容符合這些道德條件而成為法律規範。第二種方式是將某些道德條件作為法效力的必要條件，按照這種方式，道德條件只是一種限制條件：凡是符合系譜來源判準的規範，就具有法效力而為法律規範，除非其實質內容違反某些道德原則的要求。換言之，由有權機關按照一定方式所制定的規範，僅當其內容牴觸承認規則安置的道德條件時，才會失去法效力；但一項規範無法僅因其實質內容符合道德條件，就成為法律規範。[36]

不論採取何種方式，包容法實證主義都堅持，承認規則只是可能，但並不必然安置道德條件。這來自於承認規則的社會成規性質：承認規則是否會包含實質道德條件作為鑑別法律的判準，仍取決於社群的法律實踐，亦即這個社群的成員是否共同一致地將某些道德條件視為鑑別法律的特徵。[37]概念上可以想像，事實上也可能存在某個法律社群，其鑑別法律的實踐活動完全採取系譜式的判準，而不訴諸任何道德條件；因此，法效力的判準是否會包含道德條件，是個偶然的事實問題。對包容法實證主義者而言，法律的根據只是可能，但不必

---

34 HART, *supra* note 3, at 250-251.

35 KENNETH EIMAR HIMMA, Inclusive Legal Positivism, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 125, 136-139 (2002).

36 拉茲認為，必要條件的安置方式，與其說是將道德原則包含成為法律的一部分，倒不如說是一種防止立法者排除或違反道德原則的機制。這種安置方式只是指示法官，必須訴諸法律系統以外的規範（道德原則）來審查立法者所制定的法律是否違反了某些道德要求，對此請見JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION 182-202 (2009)。

37 HART, *supra* note 3, at 258.

然包含道德事實；道德原則也只是可能，但不必然被包含成為法律系統的一部分。[38]

然而，包容法實證主義的安置命題，可能面臨以下問題：[39]

首先，如果要盡可能地將所有相關的道德原則都包含至法律系統當中，承認規則所安置的道德條件將變得非常空泛（以充分條件而言，例如：「凡符合公平正義者，皆為法律規範」），這種空泛的承認規則不僅難以作為鑑別法律的判準，也無法達到法實證主義企圖藉由承認規則來區分法律規範與非法律規範（特別是道德規範）的目的。

其次，由於道德判斷往往具有爭議性（例如，何謂公平正義，人們常有分歧的看法），透過承認規則安置的道德條件來判斷某項規範是否為法律規範或具有法效力，也可能具有高度爭議，安置道德條件的承認規則將無法發揮解決不確定性的功能。[40]

最後，承認規則作為一種社會成規，必須是社群成員對於鑑別法律的判準具有一致共識。但如果社群成員或官員各自持有分歧的道德信念，他們對於承認規則的內容，亦即承認規則要安置何種道德條件，也會有所爭議，這將嚴重威脅承認規則的社會成規性質。進一步而言，即便兩位法官都同意某項原則（例如「人民有表達言論的自由權利」）是法律規範，也可能是各自基於不同的道德理由（例如「促進個人自我實現」vs「保障多元意見形成」），而非遵循共同接受的成規判準來認定這項原則的法效力。[41]

---

38 COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE, *supra* note 26, at 103-119.

39 王鵬翔，反對安置命題，中研院法學期刊，第7期，2010年，頁176-187。

40 這個批評來自DWORKIN, *supra* note 21, at 58，針對安置道德條件的承認規則引發的不確定性問題，哈特的回應是：只要司法實踐對於承認規則安置哪些道德條件具有共識即為已足，他並不否認被安置的抽象道德條件適用於具體個案可能會有爭議，但這並不影響承認規則的功能與成規性質；哈特也退一步認為，針對法律規範的鑑別問題，承認規則未必需要在每個特定個案都提供確定答案，見HART, *supra* note 3, at 258-259。

41 這個問題來自於德沃金在批評哈特的社會規則理論時，區分「基於成規的共識」（consensus of convention）與「基於獨立信念的共識」（consensus of independent convictions）。哈特認為，社會規則的存在，只需要社群成員或司法官員的共同接受，至於他們是基於何種理由、是否基於道德理由而接受一項規則（或原則）並不

相對於包容法實證主義，排他法實證主義者堅持來源命題，他們認為，承認規則的鑑別判準只能是系譜式的，不能包含任何道德條件（不論是作為充分條件或必要條件）。排他法實證主義主張最強的分離命題：法律的存在與內容完全由社會事實所決定，法律的根據只有基於來源的社會事實，不可能包含任何道德事實。

排他法實證主義的主要論據是拉茲提出的權威論證（the argument from authority）。[42]拉茲認為，法律本質上是一種權威性的社會制度，法律系統必然宣稱具有正當權威；雖然法律實際上未必具有其所宣稱的正當權威，但法律必須具備擁有權威的資格能力，這種資格能力主要展現於：首先，法律規範必須具有權威指令的性質，它表達了某個權威要求人們採取特定行動的指示；其次，權威必須能夠扮演價值與規範，或理由與行動者之間的中介角色，拉茲將此稱為「服務的權威觀」（the service conception of authority）。[43]

一般而言，在判斷是否要採取某個行動時，我們會考量這個行動的好壞，這些評價考量提供了支持或反對這個行動的理由。例如，要決定是否可在公園裡遛狗，我們會考慮遛狗帶給飼主的樂趣、對狗的健康有益、狗吠聲可能影響公園安寧、狗的排泄物會影響環境衛生等正反面理由。不過，一件事的好壞優劣，乃至做這件事的正反理由孰輕孰重，可能會有爭議；權威的目的或要旨，就是要考量相關的理由，做出裁決來解決爭議。[44]

例如，是否可以在公園遛狗，我們可能有不同看法而各執己見。然而，主管公園的行政機關（假定它具有法律權威）在考量公園遛狗的利弊得失，做出禁止在公園遛狗的決定之後，我們就毋需再去考量在公園遛狗這個行為的好壞，「公園裡禁止遛狗」這項權威指令，就直接成為不在公園遛狗的規範理由。倘若此時我們仍需依據公園遛狗

重要（見HART, *supra* note 3, at 256-257）。但哈特似乎忽略了，針對某項規則（或原則）是否為法律規範的問題，當社群成員是基於不同的道德理由而有交集共識時，很難說他們是運用一致接受的共同判準在鑑別法律。

42 RAZ, ETHICS, *supra* note 11, at 211-220.

43 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986).

44 RAZ, ETHICS, *supra* note 11, at 212-213; RAZ, *supra* note 36, at 109-110.

的好壞利弊，來決定是否可以遛狗，那就失去權威存在的目的了。

用拉茲的話來說，權威的指令乃是一種**優先性的理由**（preemptive reason），它不僅是去做某項行為的理由，同時排除並取代了原本支持或反對這項行為的理由。[45]一旦權威指示我們做某件事情，權威的指令就直接成為我們該去做這件事的理由，而不必再依據這件事的好壞優劣，來評估是否該做這件事。要確定權威指示我們做什麼事情，是個事實問題：權威的指令只需藉由「它是權威所發布的」這項事實即可辨識，毋需訴諸其背後的理由考量。

由此可以得出，基於法律的權威特性，法律規範必須能夠不訴諸道德評價，只由其權威來源來鑑別。即便法律的制定經常基於某些道德或評價考量，但既然法律規範代表了法律權威在考量相關理由後，對於是否應該採取某個行為選項所做出的指示判斷，那麼在確定法律的存在與內容時，就不必也不能再訴諸那些已被法律規範所排除或取代的道德或評價考量。

按照排他法實證主義的看法，道德原則不可能僅憑其實質內容的價值，就被包含成為法律系統的一部分。針對德沃金的批評，排他法實證主義者並不否認，在困難案件中，由於欠缺可資適用的法律規範或既存的法律規範有不足之處，法官經常必須訴諸道德原則做出裁判，但他們認為，德沃金的批評以及包容法實證主義的回應，都混淆了「法律效力」（legal validity）與「法律上的拘束力」（legally binding）的區別。

包容法實證主義者認為，某些道德原則之所以具有法律上的拘束力而必須被法官援引適用，是因為它們具有法律效力，因此他們試圖藉由安置道德條件的承認規則，來說明道德原則如何能夠成為法律規範的一部分。但拉茲指出，滿足承認規則的系譜判準而具有法效力的規範，固然具有法律上的拘束力，但並非所有對於法官具有拘束力的規範，都是法律系統的一部分。

拉茲藉由國際私法的類比來說明這個論點：在處理涉外民事案件

45 RAZ, ETHICS, *supra* note 11, at 219; RAZ, *supra* note 43, at 57-62.

時，按照準據法的規定，內國法官必須適用某些外國法來解決系爭案件，在此類案件，外國法對於內國法官具有法律上的拘束力，但即便法官在解決涉外案件時有義務適用外國法，外國法仍不會因此成為內國法的一部分。同樣地，即便法官在處理涉及道德爭議的案件時有義務要適用道德原則，但道德原則也不會因此就被安置成為法律的一部分。[46]

按照拉茲的看法，道德原則的拘束力與適用範圍是普遍的，即便它們不是法律規範（因為欠缺社會來源而無法由系譜式的承認規則所鑑別），有時仍必須被法官適用於解決困難案件。[47]然而，道德原則對於法官具有拘束力，並不表示道德原則就是法律規範（具有法效力）。拉茲認為，在解決困難案件時，法官的工作並非辨識已經存在的法律規範，而是法律授權他依據法律以外的規範（例如道德原則）來作出裁決，並由此創造新的法律規範，但法官必須援引道德原則來解決困難案件，並不會因此就使得道德原則成為法律規範。

總結來說，面對德沃金的挑戰，包容和排他法實證主義都承認，法官必須適用道德原則解決困難案件。包容法實證主義者認為，這些道德原則是由於滿足承認規則安置的道德條件，而成為法律規範的一部分（具有法效力），所以法官才必須適用。但排他法實證主義者認為，雖然道德原則不是法律規範，但道德原則本來就有拘束力，除非法律已明白排除其適用，否則當系爭案件無法訴諸基於來源的法律規則來解決時，法官就必須援引道德原則來裁決。

如前所述，包容與排他法實證主義之間的爭議，往往圍繞在「道德原則是否可被視為法律規範」或「道德原則是否能被包含成為法律

---

46 見RAZ, *supra* note 7, at 46; RAZ, *supra* note 36, at 193-194。某些反法實證主義者也犯了同樣的錯誤，例如Alexy就認為，由於法官為了作出正確的判決，必須適用道德原則來解決困難案件，因此道德原則必然成為法律規範的一部分（可見ALEXY, *supra* note 7）。對此的批評，請見王鵬翔，前揭註39，頁141-208。德沃金曾提出更極端的類比，來顯示排他與包容法實證主義之爭完全混淆了他的批評重點：在損害賠償法的案件中，為了正確地計算損害賠償數額，法官必須適用算術規則，但我們是否就因此要將算術規則視為法律的一部分？見DWORKIN, *supra* note 13, at 238。

47 RAZ, *supra* note 36, at 182-202.

系統的一部分」這種分類式問題；但在德沃金看來，如果在判斷法律命題是否為真時，道德原則是基於其實質內容的價值，而被援引作為法律命題為真的根據，那麼不論道德原則是否能透過承認規則來鑑別，也不論承認規則是否安置道德條件，道德原則都必然屬於法律命題的真值條件。因此，關鍵的議題其實是法律命題的真值條件（法律的根據）是否必然包含道德原則，至於是否要將道德原則貼上「法律規範」的標籤，或是否要將其視為法律系統的一部分，德沃金認為其實是個無關緊要的問題。[48]

三、功能取向的法實證主義

法實證主義的社會成規命題主張，一個社群會將哪些事實視為法律根據，取決於該社群約定俗成的共識（尤其是司法實踐的成規）。但德沃金在《法律帝國》（*Law's Empire*）[49]一書指出，在法律實踐中經常出現關於「法律的根據是什麼？」與「哪些事實屬於法律根據？」的理論性爭議（theoretical disagreements）。例如我們可能會爭論，是否單憑「立法院三讀通過、總統公布」這項社會事實，就足以使得「法律禁止在室內公共場所吸菸」這個法律命題為真。按照德沃金的看法，基於來源的社會事實——例如立法者制定、司法判決先例等等，他稱為「過去的政治決定」（past political decisions）——何以能夠使得法律命題為真，並非基於成規性的共識，而仍必須訴諸某些政治道德原則來證成。關於法律根據的理論性爭議，最終仍是何種政治道德價值能夠對法律實踐整體提供最佳證成的道德評價爭議。

---

48 DWORKIN, *supra* note 13, at 232-234。類似看法可見莊世同，論法律原則的地位：為消極的法律原則理論而辯，輔仁法學，第19期，2000年，頁1-66。拉茲式的排他法實證主義者則認為，法官必須適用道德原則來解決特定案件，只是一個裁判論（theory of adjudication）或法律推理（legal reasoning）的主張，而非關於法律根據的主張，對此請見RAZ, ETHICS, *supra* note 11, at 326-340。如前所述，排他法實證主義認為在困難案件中，法官已經不是在確定法律的內容（困難案件的司法裁判不是在適用有效的法律規範，因為系譜來源已經窮盡法律的根據），但德沃金認為，即便在困難案件中，法官仍然是在決定法律要求、允許、禁止者為何，因為系譜來源並未窮盡法律的根據，權威制定的規則或判決先例，只是法律根據（使得法律命題為真的事實）的一部分。

49 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986).

因此，德沃金認為，法律的根據為何，最終是由道德事實而非社會成規所決定。有少數法實證主義者採取同樣的看法，他們主張：基於某些政治道德的要求（民主原則、程序公平、法安定性），法律的根據必須是來源性的社會事實，而不能包含任何道德事實。此種訴諸道德價值來辯護分離命題的法實證主義取向，稱為**政治或倫理的法實證主義**（ethical or political legal positivism），[50]代表性學者如Waldron[51]，Campbell[52]等人。

大多數法實證主義者仍然堅持，法律的根據為何，是由社會成規而非道德事實所決定，但另一種辯護方式是不訴諸社會成規，而是由法律的**社會功能**來說明何以法律根據包含（或只能包含）社會事實。功能取向的法實證主義認為，法律就像工具或其他人造物（例如：刀、椅子、微波爐）一樣，都是具有特定功能（例如：切割、給人坐、加熱食品）的人為產物，我們可以從法律的功能來理解或說明，為何法律會具有某些本質特性。[53]

相較於某些自然法論者所採取的功能論證，[54]功能取向的法實證主義的特點在於，它是一種道德中立的功能論（morally neutral functionalism）：[55]

---

50 這個取向又稱為「規範性的法實證主義」（normative legal positivism），可參考 FREDERICK SCHAUER, Normative Legal Positivism, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 61, 61-78 (2021)。

51 JEREMY WALDRON, Normative (or Ethical) Positivism, in HART'S POSTSCRIPT: ESSAYS ON THE POSTSCRIPT TO THE CONCEPT OF LAW 410, 410-434 (2001).

52 TOM CAMPBELL, PRESCRIPTIVE LEGAL POSITIVISM: LAW, RIGHTS AND DEMOCRACY (2004).

53 KENNETH M. EHRENBERG, THE FUNCTIONS OF LAW (2016).

54 例如LON FULLER, THE MORALITY OF LAW (1969); MICHAEL S. MOORE, Law as a Functional Kind, in NATURAL LAW THEORY: CONTEMPORARY ESSAYS 188, 188-243 (1992); JONATHAN CROWE, NATURAL LAW AND THE NATURE OF LAW (2019)。自然法論的功能論證介紹，請參考王鵬翔，當代自然法論的核心命題與論證方式，哲學與文化，第49卷第2期，2022年，頁61-81。

55 Kenneth M. Ehrenberg, Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law, 29 OXF. J. LEG. STUD. 91, 91-113 (2009)。例如，當代自然法論的代表者Finnis並不反對法效力的判準只包含基於來源的社會事實，他的功能論證方式是：法律具有特定的道德任務，為了實現社群的共善，合理解決社會中的協調問題，我們需要法律這種社會制度，遵循法律權威制定的規範，才能讓社群成員活出健全的人生。為了發揮

首先，功能取向的法實證主義者不對法律的功能作出任何道德評價。法實證主義並不否認法律的功能可以是為了解決特定的道德問題，或實現某種道德目標；但法律具有特定的道德功能，或某個法律系統將特定的實質道德價值作為其目標，這仍然是可由經驗確認的社會事實，而不必訴諸道德論證。[56]

其次，法律之所以為法律，是因為其具有特定功能，而不在於是否成功地發揮功能。是否達成功能目標，可以作為評價法律系統或法律規範完善與否的標準，但功能性的評價標準，並非法律的根據。沒有完善發揮功能的法律系統或法律規範，或許具有功能上的缺陷，但不能因此否認它仍是實際存在的法律系統或有效的法律規範。[57]

以「刀」這種人造物來類比。「刀的功能在於切割」是個描述性的陳述，我們不會對切割這項功能做出道德評價（雖然切割的功能使得刀具可以用來做好事，例如動手術，也可以用來做壞事，例如殺人），是否完善地發揮切割功能，是評判刀這種工具優劣的標準：利刀是好刀，鈍刀是壞刀，但我們不會因為一把刀鈍了就認為它不是刀。

功能論在哈特的理論中已見端倪（雖然哈特自己並未強調功能在說明法律性質時扮演的角色），哈特對法律的功能採取一種非常單薄的看法，他認為法律的主要功能就只在於提供行為指引。[58]但只由初級規則治理的社會，具有不確定性、靜態性、無效率等缺陷，而無法完善發揮指引行為的功能（見本文「參、一」），為了彌補這些缺陷，法律系統必須引進二級規則——特別是以系譜來源作為法效力判準的承認規則——才能確定行為指引的標準。拉茲的權威論證也可視

這樣的道德功能，法效力的判準只能包含權威性的社會來源。就此而言，Finnis其實相當接近於政治或倫理的法實證主義者，因此，Finnis本人並不認為自然法論和法實證主義是相對立的立場。其區別毋寧在於，自然法論認為，不僅法律所要實現的目標是某些實質的基本價值，而且法律的功能仍需訴諸倫理價值或道德論證來確立，對此請見JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS, 2nd ed. (2011)。

56 Ehrenberg, *supra* note 55; SHAPIRO, *supra* note 11, at 382.

57 RAZ, *supra* note 36, at 178; Ehrenberg, *supra* note 55; SHAPIRO, *supra* note 11, at 214.

58 HART, *supra* note 3, at 249.

為一種功能論證：[59]為了盡到權威的服務功能（扮演理由和行動者的中介角色，遵循法律能夠幫助個人做到自己有理由去做的事情），法律規範必須具有權威指令的性質，依據權威來源即可鑑別法律規範，毋需訴諸其背後的理由考量。

功能取向的法實證主義的新近代表是Scott Shapiro的**法律計畫理論**（the Planning Theory of Law）。[60]Shapiro認為，法律是一種社會計畫的制度，其基本功能是要彌補合法性環境中的道德缺陷，[61]所謂「合法性環境」（the circumstances of legality）指的是：當一個社群有眾多重大道德問題，而這些問題的解決是複雜（complex）、有爭議（contentious）或任意的（arbitrary）。在這樣的環境下，以非法律形式（即興合作、自發秩序、私人協商、社群共識等等）來解決道德問題，有極高的成本與風險，此時社會就需要法律這種工具來協調規劃個人與彼此的行為，以解決道德困境。

Shapiro將法律計畫的功能稱為**道德目標命題**（the Moral Aim Thesis），[62]他所謂的「道德目標」並不是某些特定的實質價值或目的，而是解決合法性環境中的道德困境。法律所要解決的基本問題不是特定的道德難局（例如電車問題的道德兩難），而是如何**一般性地**解決複雜、有爭議與任意性的道德問題。Shapiro認為，法律計畫是一種可以用來達成各種實質目的（不論是良善或邪惡的目的）的萬用工具（universal means），法律的一般功能就在於使得有複雜目標、衝突價值、但能力有限的行動者們，能夠共同達成某些不藉由法律計畫就無法實現的目標。[63]就像刀具有切割的功能，使得刀可以設計用來達成不同的實質目的：菜刀用來切菜、鐮刀用來割草、武士刀用來砍

---

59 RAZ, *supra* note 36, at 178; Kenneth M. Ehrenberg, Functions in Jurisprudential Methodology, 8 PHILOS. COMPASS 447, 450-451 (2013)。拉茲曾對法律的社會功能作了詳盡的分類，但對於排他法實證主義而言，最重要的仍是法律作為實踐權威的服務功能，見RAZ, *supra* note 7, at 163-179。

60 SHAPIRO, *supra* note 11.

61 SHAPIRO, *supra* note 11, at 170-171.

62 SHAPIRO, *supra* note 11, at 213-214.

63 SHAPIRO, *supra* note 11, at 173.

人，不論這些目的之好壞與否，若不透過刀的切割功能，就難以達成這些目的。

從法律計畫的功能出發，Shapiro提出一種類似於拉茲的功能論證來辯護排他的法實證主義：不論法律計畫的設計是為了達成何種實質目的，如果法律計畫要發揮其功能，它的存在與內容就必須完全由社會事實所決定。如前所述，法律計畫是為了解決社群中複雜、有爭議、任意性的道德問題，但要解決哪些問題、如何解決這些問題、以及由誰來解決這些問題，人們往往會有疑問和爭議。法律計畫的功能就是提供解決機制，指引和協調人們的行為，來解決這些疑問和爭議。如果計畫的存在和內容仍需藉由道德論證來確定，計畫活動的參與者就必須進行思慮或協商，這會重新產生了原本透過計畫所要解決的問題，而無法發揮計畫的功能。因此，法律計畫若要發揮其解決道德爭議的功能，它的存在和內容就只能由社會事實——亦即社群成員共同採納了某個主計畫（master plan）作為解決道德爭議的基本方案——所決定，Shapiro將此稱為**計畫實證主義**（plan positivism）。[64]

Shapiro認為，計畫實證主義可以堅持法律的根據最終由社會事實所決定，同時說明理論性爭議的存在可能。[65]在他看來，德沃金所謂關於法律根據的理論性爭議，其實是關於採取何種解釋方法（interpretive methodologies，例如文本意義、立法意旨、規範目的）來確定法律計畫內容的詮釋爭議。解釋法律計畫要採取何種方法，並沒有約定俗成的解釋成規，而必須訴諸法律主計畫的設計目的（被設計用來達成何種實質的政治或道德目標），以及計畫制度的信任分工設計（是否賦予某些計畫適用者和執行者較高的信任度，讓他們在解釋與執行計畫時有更大的裁量空間）。

在法律計畫活動中，採取何種解釋方法才能最佳實現計畫目標或最能符合計畫的分工設計，一方面容有歧見，因此可能存在理論性爭議；但另一方面，法律計畫的設計是要追求何種實質目的（例如偏重個人權利或集體福祉）、採取何種信任分工模式（例如重大爭議交由

64 SHAPIRO, *supra* note 11, at 176-178.

65 SHAPIRO, *supra* note 11, at 381-384.

民主立法者還是法院決定），仍然是個社會事實問題，它取決於法律社群實際上採取什麼樣的主計畫作為解決合法性環境問題的基本方案。因此，要採取何種解釋方法，基本上只是關於以何種方式來實行或貫徹計畫的手段選擇爭議，而非關於計畫本身及其設計目的良善與否的道德爭議。如同前面的功能論證，倘若解釋計畫仍須涉及計畫所要解決的道德爭議，就違背了法律計畫的功能本旨。[66]

肆、法律規範性的問題

大部分法實證主義者都認為法律是一種規範性的社會制度，法律命題具有規範性的內容。[67]法實證主義一方面主張法律的存在與內容取決於社會事實；另一方面則認為，除非加入某些額外的前提，單從「法律要求或禁止某個行為」這個事實（或其所根據的社會事實）本身，並不能推導出我們應該去做或不做這個行為。[68]如何說明法律的規範性，是法實證主義理論的另一個重要議題。[69]

所謂「規範性」（normativity）是個歧義的概念，它至少包含以下兩種不同意義：**形式的規範性**（formal normativity）與**強韌的規範性**（robust normativity）。[70]

形式的規範性是**涉及規則意義的規範性**（normativity in the rule-involving sense）。[71]每一個規範系統都提出了行為之正確或准許與否

---

66 SHAPIRO, *supra* note 11, at 310-312.

67 有些法實證主義者認為，法律命題並沒有規範性內容，只是在描述特定的社會事實。關於法實證主義的語意命題（the semantic thesis），詳細的討論請參考MICHAEL S. GREEN, The Semantic Thesis in Legal Positivism, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 536, 536-558 (2021)。

68 JULIE DICKSON, Legal Positivism: Contemporary Debates, in THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW 48, 58 (2012).

69 關於法實證主義如何說明法律規範性的問題，可參考STEFANO BERTEA, Social-Practice Legal Positivism and the Normativity Thesis, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 397, 397-418 (2021); BRIAN BIX, The Normativity of Law, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO LEGAL POSITIVISM 585, 585-605 (2021)。

70 PLUNKETT, *supra* note 12; DAVID ENOCH, Is General Jurisprudence Interesting?, in DIMENSIONS OF NORMATIVITY 65, 65-86 (2019).

71 DEREK PARFIT, ON WHAT MATTERS, vol.1 147 (2011).

的標準，按照某個規範系統，符合規範的行為是正確或被允許的；違反規範的行為則是錯誤或不被允許的。例如，按照象棋規則，「象走田、馬走日」是正確的走法，「象過河、馬直行」則是不允許的錯誤走法。如果將法律視為規範系統（如哈特所認為的，法律系統是初級規則與二級規則的結合），法律無疑具有形式的規範性：符合法律規範的行為是合法的或法律上正確的，違背法律規範的行為是不合法的或法律上錯誤的。

強韌的規範性是**蘊含理由意義的規範性**（normativity in the reason-implying sense），[72]具有強韌規範性的事物，提供了行動的真正規範理由（genuine normative reasons for action）。例如，如果道德具有強韌的規範性，「某個行為是道德上正確的／錯誤的」這個事實，就提供了應該做／不做這個行為的理由。[73]類似地，即便法律具有形式的規範性，我們仍可追問法律是否具有強韌的規範性：「法律要求／禁止做某個行為 （某個行為是合法的／不合法的）」這個事實，是否必然提供了應該做／不做這個行為的理由？當代的法實證主義者都不認為法律具有強韌的規範性，或者說，強韌的規範性並非法律必然具有的性質：法律事實不必然提供行動的規範理由。

一、守法義務與法律的規範性

法律是否具有強韌的規範性，經常聯結於一般性的守法義務（general obligation to obey the law）問題。當法律要求或禁止我們去做某件事，可以說：我們負有**法律義務**（legal obligations）去做或不做這件事。但守法義務關切的問題是：我們是否有**服從法律的道德義務**？當法律要求或禁止我們採取某種行為，我們是否就因此負有真正的道德義務去做法律所要求的行為（或不去做法律所禁止的行為）？法實證主義的看法是否定的：我們負有法律義務去做某件事，既不等於也不蘊含我們就有道德義務去做這件事。

---

72 *Id*. at 147.

73 STEPHEN DARWALL, Reasons, Motives, and the Demands of Morality, in MORAL DISCOURSE AND PRACTICE 305, 306 (1997).

有些法實證主義者認為，法律義務是一種不同於道德義務的獨特義務。例如，哈特認為，「法律義務」雖然是個規範性概念，但它沒有任何道德意涵；「義務」這個詞彙在法律和道德脈絡下雖然有某些共同特徵（例如其內容都是關於應該做何種行為，違反時會受到批評責難的社會壓力），但在兩個脈絡下各自有不同的意義。[74]法律義務有別於道德義務的獨特意義在於：「某個人負有法律義務去做特定的行為」的意思是，可以根據某項法律規則要求這個人去做這個行為，而這項賦予義務的規則是由法律社群的承認規則所鑑別。[75]就此而言，法律義務與道德義務的不同就像西洋棋規則和象棋規則的區別一樣，它們乃是兩個不同的規範系統各自提出的行為要求。可以說，這種看法乃是著眼於形式的規範性來區別法律義務與道德義務。

但不少法實證主義者認為，「義務」這個詞彙在法律與道德脈絡仍具有相同的意義。他們大多肯認：首先，道德義務具有強韌的規範性；例如，當一個人負有不在室內公共場所吸菸的道德義務，他就有不該這麼做的決定性理由（基於道德義務的理由，優先或凌駕於支持在公共場所吸菸的其他理由）。[76]其次，法律義務就其規範性意義而言，仍是一種道德義務，但其有別於真正的道德義務之處在於，法律義務只是**被宣稱的**（purported）道德義務：當法律要求或禁止某個行為時，法律是在宣稱我們有道德義務去做法律所要求的行為，不去做法律所禁止的行為。「某人負有不在室內公共場所吸菸的法律義務」的意思是：法律**宣稱**這個人有道德義務不在室內公共場所吸菸。按照這種看法，法律義務乃是**法律觀點下的道德義務**（moral obligations from the legal point of view）。[77]

法律宣稱我們有道德義務去做法律所要求的行為，並不蘊含我們

---

74 H. L. A. HART, ESSAYS ON BENTHAM 146-147 (1982).

75 HART, *supra* note 3, at 82-91; HART, *supra* note 74, at 160-161.

76 RAZ, *supra* note 36, at 186; MARMOR, *supra* note 14, at 25-28.

77 JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS, 3rd ed. 170-177 (1999); MARMOR, *supra* note 14, at 25-28; SHAPIRO, *supra* note 11, at 184-188; Jules L. Coleman, The Architecture of Jurisprudence, 121 YALE L.J. 2, 21-28 (2011); CHRISTOPHER ESSERT, A Theory of Legal Obligation, in THE LEGACY OF RONALD DWORKIN 245, 245-272 (2016).

就的確有道德義務去做這些行為。這就好比某些宗教宣稱人們有吃素的道德義務，但單憑這樣的宣稱並不能推導出我們的確有義務吃素。按照法實證主義的看法，僅當法律系統滿足某些道德正當性條件，法律義務（法律觀點下的道德義務）才會轉化為真正的道德義務。這些道德正當性條件為何，是守法義務論的問題，不同的守法義務論有不同的刻畫方式，例如：同意論（個人自願接受法律系統的拘束）、公平論（個人從大家守法獲得某種利益）、正義體制論（法律系統符合正義原則）、正當權威論（例如拉茲認為，權威具有正當性的通常條件在於遵從權威的指令能夠幫助個人做到自己原本有理由去做的事情）[78]等等。

法實證主義並不否認，如果法律滿足某些道德正當性條件，我們將負有道德義務去遵守法律的要求（法律義務將轉化為真正的道德義務），但重點在於，**法律並不必然滿足這些道德正當性條件**，產生守法義務的正當性條件並非法律的根據：法律事實成立與否，以及法律具有何種內容（法律要求或禁止何種行為），都不依賴於這些正當性條件之滿足與否。法律義務的存在是一回事，它只取決於相關的社會事實是否出現（例如某個權威制定了要求或禁止某個行為的規範），但有沒有遵守法律要求的道德義務是另一回事，它取決於法律系統是否恰巧滿足了產生守法義務的正當性條件。如同Marmor所說：「一個人負有法律義務去做某件事」這個事實，並未決定這個人是否在道德上應該做這件事。[79]

由此可見，雖然法實證主義會承認「惡法亦法」（內容邪惡不義的規範，只要符合承認規則的法效力鑑別判準，仍然是法律規範），但個人是否應該服從惡法，乃至於是否有一般性的守法義務，並非法實證主義所要回答的問題。Marmor認為，法實證主義是一個關於法律本質的理論，而非關於守法義務的政治哲學理論。法實證主義只告訴我們，法律的存在與內容取決於特定的社會事實，但社會事實命題不是關於我們是否應該遵守法律的主張。法實證主義雖不否認「惡法亦

78 RAZ, ETHICS, *supra* note 11, at 211-215.

79 MARMOR, *supra* note 14, at 6.

法」，但並不肯定（甚至會否定）我們有服從惡法的道德義務。[80]

二、表象的規範性：法律觀點與超然陳述

雖然法實證主義否認我們負有一般性的守法義務，但仍肯認，具有某種心理傾向的行動者會認為法律提供了行動的規範理由並以此指引其行為。此種心理傾向的典型刻畫，就是哈特所說的接受態度（見「參、一」），哈特在《法律的概念》多次提到，一個人對於規則採取接受的態度，就是將規則**視為**自己的行動理由（以及批評他人違反規則並施加壓力要求其遵守的理由）。[81]在《論邊沁文集》（*Essays on Bentham*），哈特明白指出，對於法律的接受是一種獨特的規範性態度，它呈現於社會成員或法律官員普遍、持續地將某個權威的指令視為獨立於內容與阻斷性的行動理由（content-independent and peremptory reason for acting）。[82]

但必須注意，哈特所謂的接受態度是一種特殊的心理事實，亦即行動者持有某種**理由信念**：行動者**認為**或**相信**法律事實或法律規則提供其行動理由，[83]但哈特並非要藉此論證法律具有強韌的規範性。如前所述，法律要求或禁止某個行為，表述了法律觀點下的義務（法律宣稱行動者有義務去做或不做這個行為）；對法律採取接受的態度，就是**認可**法律觀點（the endorsement of legal point of view），亦即行動者認為或相信，「法律要求或禁止做某件事」這個事實本身提供了他

80 MARMOR, *supra* note 14, at 58.

81 HART, *supra* note 3, at 11, 55, 90, 105.

82 HART, *supra* note 74, at 256-259。所謂「獨立於內容」，一般的理解是：權威的指令本身就構成了行動的理由，而與指令要求之行動的性質或價值無關；「阻斷性」的意思是，它截斷或排除了行動者的實踐思慮（尤其是理由的輕重衡量）。關於獨立於內容的理由與法律的規範性，可參考王鵬翔，獨立於內容的理由與法律的規範性，中研院法學期刊，第11期，2012年，頁203-247。

83 請注意，這種特殊的心理事實，是理由信念（相信某件事情提供了行動的理由），而非某些法律現實主義者所說的「情感」或「感覺」，例如畏懼制裁或感受強迫的心理經驗。理由信念的語言表述，就是對於規則持內在觀點（接受的態度）的**內在陳述**（internal statements），例如「我應該／有義務／有理由這麼作，因為法律要求……」，見HART, *supra* note 3, at 88-91。關於規則的內在面向不同於法律現實主義者所說的心理經驗，可見HART, *supra* note 6, at 161-169; HART, *supra* note 3, at 11。

應該去做或不做這件事的理由。[84]對於不認可法律觀點（不採取接受態度）的行動者而言，他不會認為法律提供行動理由，即便他認為自己應該去做法律所要求的行為，也是基於其他的理由，而非因為法律要求他這麼做。

對於採取接受態度的行動者而言，雖然他認為或相信法律事實提供行動的規範理由，但法律事實不會因為行動者持有這種理由信念就成為**真正的**規範理由。一個人相信p提供了做φ的理由，並不蘊含他就的確有理由去做φ。倘若一個人相信自己有理由做某件事，他就因此有理由去做這件事，這會犯了自我證成（bootstrapping）的謬誤。當一個人相信p是他應該做φ的理由，我們只能說：他有做φ的**表象理由**（apparent reason），但他的理由信念可能有誤，實際上他未必有理由去做φ。

借用Parfit的例子：某人在沙漠中驚擾了毒蛇，他相信為了活命應該逃跑，但其實他應該站著不動，因為這隻毒蛇只會攻擊移動的目標。雖然這個人相信自己有理由逃跑（他將「逃跑可以避免被毒蛇咬」視為應該逃跑的理由），但這只是表象理由，實際上他並沒有理由這麼做（因為他的理由信念有誤），站著不動才是他真正有理由去做的行為。[85]

表象理由不具有真正蘊含理由意義的規範性，但它仍具有行動指引的功能，這來自於理由信念和回應理由之間的**融貫理性要求**（coherent requirement of rationality）：當行動者相信自己有理由做φ，理性要求他應該回應他所相信的理由；如果他相信有理由做φ，卻不去做φ（或欠缺做φ的意圖），這是不理性的。在沙漠毒蛇的例子，如果驚擾毒蛇的人相信自己有理由逃跑，那麼理性上他應該逃跑（只有這

---

84 可以進一步追問，行動者是基於何種考量採取接受的態度？哈特的回答是：人們之所以將法律視為行動理由，可以出於自利的算計、利他的關懷、肯定法律的道德正當性、因襲傳統或從眾等等各式各樣的考量，換言之，人們未必是基於道德理由而對法律採取接受的態度（請見HART, *supra* note 3, at 198, 257）。針對哈特這個看法的深入討論及批評，可見莊世同，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，第13期，2013年，頁1-36。

85 PARFIT, *supra* note 71, at 34-35.

麼做才回應了他所相信的理由），如果他站著不動或不想逃跑，這是不理性的。然而，理性要求只具有**表象的規範力**（apparent normative force），因為理性上應該（rationally ought）採取何種行為，是基於行動者的表象理由（他相信自己有去做某個行為的理由），而非基於他真正有理由去做什麼。[86]

同樣地，對法律採取接受態度的行動者，他會認為或相信「法律要求做φ」或「做φ是合法的」這個事實提供了他去做φ的理由；從**他的觀點來看**，他應該去做法律所要求的行為，但此處的「應該」是基於他的理由信念，未必是他真的有理由這麼做。雖然接受法律的行動者相信自己有理由去做法律所要求的行為，並且認為這個理由就來自於法律要求本身，但由此只能說：他有表象理由去做法律所要求的行為。單從接受者的理由信念，無法推導出法律事實的確提供行動理由，換言之，在採取接受態度的行動者眼裡，法律看似具有強韌的規範性，但這只是表象的規範性，而非真正的規範性。[87]

某些法實證主義者認為，法律規範性的主要問題在於如何說明法律的表象規範性。如前所述，認可法律觀點（對法律採取接受態度）的行動者，會認為自己應該去做法律要求的行為，並且相信法律的要求本身就提供了他應該遵守法律的理由。但拉茲指出，我們毋需認可法律觀點，仍可**模擬**（simulate）或**假裝**（pretend）採取接受的態度，從法律觀點（對法律持接受態度者的角度）去陳述某人應該做何種行為，拉茲將此種陳述稱為**超然的法律陳述**（detached legal statements）。[88]

做出超然法律陳述的說話者，並未持有和採取接受態度者一樣的理由信念，當他說「A在法律上應該做φ」或者「從法律的觀點來看，A有理由去做φ」，並不表示他自己相信A應該或有理由去做φ，也不蘊含A就真的應該或有理由去做φ。超然規範陳述的功能，只是假設採取

---

86 Niko Kolodny, Why Be Rational?, 114 MIND 509, 509-563 (2005).

87 ESSERT, *supra* note 77, at 245-272；王鵬翔，法律的根據與法律義務的性質，政治與社會哲學評論，第65期，2018年，頁101-110。

88 RAZ, *supra* note 7, at 140-143, 153-157.

某種規範觀點（假定某個規範系統提供行動理由）所提出的行為建議。

考慮以下的例子：我和一位虔誠的素食主義者共進晚餐，他缺乏動物性蛋白質而營養不良，但餐桌上有一道肉類料理，此時我可以對他提出兩種建議：

第一種建議是「你應該吃這道料理，因為它含有豐富的動物性蛋白質。」提出這個忠告是在告訴他實際上有理由做的事情（吃肉），但這顯然不是出自素食者觀點的建議。然而，即便我本人不是個素食主義者，甚至我也不相信有良好的理由吃素，我仍可對他提出另一種建議：「你應該別碰這道料理，因為它含有肉類成分。」這個建議並不是在告知他實際上有理由做什麼（事實上，他有理由多吃肉），而是提醒他注意到，既然他相信自己有不吃肉類料理的理由，因此，從他（素食主義者）的角度來看，他不應該吃這道料理。

當我站在素食主義者的觀點建議他應該別吃這道料理時，並不表示我自己也認為他有不吃肉的理由，我只是「反串」成一位素食主義者，實際上，我認為他其實有理由吃肉類料理。不同於第一種建議，第二種建議是超然的規範陳述，超然陳述的「應該」只具有表象的規範力，而非陳述被建議者真正有理由去做的事情。

同樣地，即便一個人不認可法律觀點（不認為法律事實提供了行動理由），他仍可以做出超然的法律陳述：「從法律的觀點來看，『法律要求你做φ』這個事實提供了你去做φ的理由」。這個超然陳述並非主張法律事實的確提供了行動理由（就像從素食者觀點提出的建議並非主張「料理含有肉類成分就提供了不吃的理由」），超然陳述中的「理由」只是**法律觀點下的理由**，亦即對法律採取接受態度的行動者，會相信有這樣的理由，但這只是表象理由，而未必是真正的理由。

因此，超然法律陳述作為從法律觀點提出的行動建議，它只是在提醒被建議者：「倘若你認可法律觀點（相信法律事實提供行動理由），你就應該去做法律所要求的行為。」如同從素食者觀點提出的建議，此處的「應該」只具有表象的規範力：「從法律觀點來看，一

個人應該做某件事」既不蘊含也不等於他就真的應該去做這件事。

三、法律如何提供理由

法實證主義雖然認為法律不必然提供行動理由，但並不否認，在某些偶然的條件下，法律仍可能提供行動理由。關於法律的規範性，法實證主義者近來關注的議題是：法律以何種方式提供理由？[89]

Enoch區分了三種提供理由的方式，以下用簡單的例子來說明：[90]

假設你是個吸菸者，有三種方式可以提供你不吸菸或少買菸的理由。第一種方式是對你指出「吸菸有害健康」。不論你是否注意到吸菸有害健康，也不論我是否告訴你吸菸有害健康，「吸菸有害健康」這個事實都是一個既存的理由；因此，這種提供理由的方式只是在告知或提醒你，已經有一個不吸菸的理由，而非創造新的理由。Enoch將此種方式稱為**認知的提供理由**（epistemic reason-giving）。

第二種方式是菸商調漲菸價，菸價上漲這個事實，提供你一個減少香菸消費的理由。這種提供理由的方式，是藉由操弄非規範性的環境條件（調漲菸價）來誘發一個你原本擁有的條件性理由（conditional reason）。比方說，你想省錢，為了省錢，你有一個條件理由：「如果菸價上漲，則我有理由少買菸」。菸商調漲菸價，只是使得這個條件理由的前件為真，從而讓你有了一個少買菸的理由。Enoch將此種提供理由的方式稱為**誘發的提供理由**（triggering reason-giving）。

第三種方式是我請求你不要吸菸：假設我對你擁有某種實踐權威，不論你原本是否有理由不吸菸，在我提出請求之後，你就會有一個不吸菸的理由，但在我提出請求之前，你並沒有這樣的理由。Enoch將此種提供理由的方式稱為**強韌的提供理由**（robust reason-giving）。

Enoch認為，強韌的提供理由只是誘發理由的一種特殊型態，我的請求之所以能夠提供你不吸菸的理由，必須是你已經擁有以下的條件

---

89 DAVID ENOCH, Reason-Giving and the Law, in OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW: VOL.1 1, 1-38 (2011); ENOCH, *supra* note 70; GEORGE LETSAS, How to Argue for Law's Full-Blooded Normativity, in DIMENSIONS OF NORMATIVITY 165, 165-186 (2019); EHRENBERG, *supra* note 53, at 156-160.

90 ENOCH, Reason-Giving, *supra* note 89, at 3-6.

理由：「如果我請求你做φ，你將有理由去做φ」。因此，請求仍是透過操弄環境條件（提出請求）來誘發這個條件理由。強韌的提供理由有別於誘發理由之處只在於：當我請求你不要吸菸時，我不僅有意提供你一個不吸菸的理由，而且也有意要讓你認知到我有提供理由的意圖。相對地，菸商調漲菸價或許是為了反映成本，想提高利潤，而不是有意要給你一個少買菸的理由。

按照Enoch的看法，誘發理由是典型的提供理由方式，法律主要是以誘發理由的方式來提供理由。如前所述，誘發理由是透過操弄環境條件來誘發某個既存的條件理由，能夠誘發理由的環境條件通常只是描述性的事實：菸價上漲的事實提供你減少香菸消費的理由，但菸價上漲本身仍是描述性的事實，像「菸價上漲」這種提供理由的事實，Enoch稱為具有規範重要性或規範相關性的事實（normatively significant or relevant facts）。[91]Enoch認為，法律事實或其所根據的社會事實能夠提供行動的規範理由（如果它誘發了某個既存的條件理由），就像菸價上漲這個事實能夠誘發少買菸的理由一樣，並非神秘不可解的現象。[92]

至於法律是否能以強韌的方式提供理由，Enoch保持開放的看法。他指出，法律若要能夠強韌地提供理由，立法者必須具有提供理由的意圖，亦即立法者有意藉由指示行動者去做某種行為，來提供行動者一個去做這種行為的理由。若是如此，立法者制定規範，就像提出請求一樣，是有意操弄誘發理由的事實條件。但如果我們無法將此種意圖歸屬於立法者（例如，可能很難說國會的集體決議有何種個人意圖），那麼法律就仍是以誘發而非強韌的方式提供理由。[93]

Enoch強調，法律只是可能，但不必然提供理由。法律要能誘發理

91 ENOCH, Reason-Giving, *supra* note 89, at 27; ENOCH, *supra* note 70, at 75.

92 關於理由與提供理由的事實（reason-giving facts），更多討論可見PENG-HSIANG WANG & LINTON WANG, Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rule, in PROBLEMS OF NORMATIVITY, RULES AND RULE-FOLLOWING 199, 199-213 (2015)。關於法律如何透過改變環境條件而提供或影響行動理由，亦請參考王鵬翔，前揭註87，頁125-131。

93 ENOCH, Reason-Giving, *supra* note 89, at 30.

由的前提是有個既存的條件理由：「如果法律要求你做φ，則你就有理由去做φ」，但這個條件理由的存在並非概念或形上的必然，提供理由的力量也不是法律必然具有的性質（法律事實的成立，只取決於特定的社會事實，而不取決於其是否提供理由）。可以想像，某個不義的法律系統會要求人們去做錯誤或邪惡的行為（實際上也曾存在這樣的法律系統，例如納粹德國或實施種族隔離制度的南非），但人們並不因此就有理由去做這個法律系統所要求的錯誤或邪惡行為。[94]

按照Enoch的看法，法實證主義者並不反對法律經常提供規範理由，亦即存在著某些可由法律事實誘發的條件理由，但他指出，法律所能誘發的條件理由非常多樣化，難以期待有統一的說明方式。例如，如果違法將會被制裁，為了避免被處罰，當法律禁止某個行為，這就提供了不去做這個行為的理由。如果當事人想要透過契約來安排生活事務，當法律要求契約訂立需要踐行一定方式，這就提供了當事人按照法定方式來訂定契約的理由。如果做出某個法律行為會引發他人的信賴期待，這就誘發了一個不要破壞他人信賴的理由（例如信賴保護和善意受讓的規定）。如果我們有解決協調問題的需要（例如在馬路上該靠右或靠左走），當法律規定了協調問題的解決方案（例如一律靠右走），這就提供了依法律的規定來行事的理由。如果我們有理由遵守民主多數決的集體決定，當國會以民主多數決的方式通過法律規範，就誘發了我們遵守這些規範的理由。[95]

然而，Enoch指出，法律只是有時，但並不總是能夠誘發行動的規範理由。首先，雖然法律能夠誘發某些條件理由，但行動者本身未必擁有這些條件理由。這就好比一個只想抽菸，但不在乎香菸價格的人，菸價上漲的事實並未提供他減少香菸消費的理由（對他而言，「如果菸價上漲，則有理由少買菸」這個條件理由並不成立）。同樣地，即便做了法律禁止的行為會受到處罰，但對一個不在乎處罰的人（比方說，對他而言，違法行為帶來的利益遠大於被處罰的不利益），法律禁止他做φ，並不會因此使得他（為了避免被處罰）有理由

94 ENOCH, Reason-Giving, *supra* note 89, at 20-21.
95 ENOCH, Reason-Giving, *supra* note 89, at 27-28.

不去做φ。一個不想透過契約去安排生活事務的人，法律也無法提供他按照法定方式訂定契約的理由。

其次，法律未必總是能夠滿足誘發理由的條件。即便行動者為了避免制裁而有守法的條件理由（如果違法會被處罰，就有理由不去做違法的行為），但法律的規定未必有相應的制裁機制，違反法律也未必總是會引發制裁。或以協調問題為例，並非所有的法律規定都是在解決協調問題，與協調問題無關的法律要求，或者沒有完善解決協調問題的法律規定（例如，可以設想某個法律系統允許用路人按自己的偏好選擇靠哪一邊走），就無法提供協調行動的規範理由。法律規範是由民主立法者（或由其授權的下級機關）所制定這個事實，可以提供遵守法律的理由，但並非任何法律系統都具有民主正當性，即便一個大體上具有民主正當性的法律系統，也可能在某些狀況下制定了不具民主正當性的法律。在這種情況下，法律的要求也不會誘發基於民主正當性的條件理由。[96]

總結而言，只有當行動者已經擁有某些條件理由，並且法律滿足了這些理由的誘發條件，法律才會提供行動者規範理由。但行動者未必擁有可由法律所誘發的條件理由，法律也未必會滿足誘發理由的條件，因此法實證主義認為，法律只是可能，但不必然提供行動理由。

伍、結　語

本文介紹了法實證主義的核心主張：法律的根據是社會事實，但不必然包含道德事實。哪些事實構成法律的根據，取決於各個社群鑑別法律的社會實踐（社會成規）。法律具有形式的規範性，但未必具有強韌的規範性；法律只是可能，但不必然提供行動的規範理由。

本文最後簡單討論法實證主義的方法論問題。除了政治或倫理的法實證主義者，以哈特為代表的法實證主義者大都宣稱法實證主義是一種**描述性的法理論**（descriptive theory of law），[97]而其「描述」法

96 ENOCH, Reason-Giving, *supra* note 89, at 26-33.

97 HART, *supra* note 3, at 239-244.

律性質的方法，大致上有兩種：概念分析（例如哈特的日常語言哲學進路）[98]與形上學探究（例如拉茲認為，法理論的命題是在陳述法律的本質或必然特徵）。[99]

儘管哈特宣稱他的日常語言分析進路是一種「描述社會學」（descriptive sociology），[100]但哈特本人與哈特式的法實證主義者幾乎從未訴諸任何經驗資料（例如實驗哲學或認知心理學的研究），來證實其描述符合常民或法官對於「法律」、「規則」、「義務」等概念的使用方式或語言直覺，或者法律實踐的參與者的確持有哈特所說的獨特心理態度（例如接受承認規則）。當拉茲主張「宣稱正當權威是法律的必然性質」，這個命題未必像「水必然是H_2O」一樣是形上的必然真（metaphysical necessary truth），支持這個命題的論據更不像是科學研究發現水的分子結構是H_2O。拉茲認為，法理論探究法律的概念或法律的性質，是要掌握法律的某些本質特徵，以促進我們對於社會實踐與制度的自我理解，[101]但拉茲同樣沒有運用任何經驗研究來說明，人們對於法律這項社會制度有何種共同理解，也沒有經驗證據顯示，他的法理論捕捉到常民法律觀的哪些重要特徵。[102]

在方法論的層面，分析法實證主義雖不訴諸道德評價，[103]但也欠缺足夠的經驗資料來支持其關於法律性質的描述性主張。如果法實證

98 HART, *supra* note 3, at v.

99 RAZ, *supra* note 36, at 17。關於法實證主義的法理學方法論，可參考JULIE DICKSON, EVALUATION AND LEGAL THEORY (2001)；哈特的方法論立場，見ALEX LANGLINAIS & BRIAN LEITER, The Methodology of Legal Philosophy, in THE OXFORD HANDBOOK OF PHILOSOPHICAL METHODOLOGY 671, 671-689 (2016)。關於哈特的日常語言哲學方法，早在哈特《法律的概念》出版前一年（1960），馬漢寶教授即著有《牛津哲學對法學之影響》一文評介，此文收於馬漢寶，西洋法律思想主流之發展，自版，1999年，頁54-106。

100 HART, *supra* note 3, at v.

101 RAZ, *supra* note 36, at 96-99.

102 LEITER, Legal Positivism, *supra* note 1, at 97-100.

103 從道德評價觀點對法實證主義描述性理論的批評，可見DWORKIN, *supra* note 13, at 164-168；STEPHEN R. PERRY, Hart's Methodological Positivism, in HART'S POSTSCRIPT: ESSAYS ON THE POSTSCRIPT TO THE CONCEPT OF LAW 311, 311-354 (2001)；FINNIS, *supra* note 55, at 3-18；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，第21期，2007年，頁1-46。

主義堅持經驗描述或概念分析的方法論立場，又不想淪為某種扶手椅哲學（armchair philosophy），法實證主義方法論的未來發展方向，可能是新近興起的**實驗法理學**（experimental jurisprudence）：透過實驗哲學與認知心理學的實驗研究，獲得有關常民如何運用與理解法律的概念（以及其他相關概念）的經驗資料，並以此評估社會成員與司法人員的法律觀，是否以及在多大範圍內符合法理學家關於法律性質的看法。[104]實驗法理學的研究將可提供更多堅實的經驗證據，來檢驗法實證主義的理論是否確實描述了人們對於法律制度的共同理解以及法律在社會與司法實踐的實際運作態樣。

104 Roseanna Sommers, Experimental Jurisprudence, 373 SCIENCE 394, 394-395 (2021); ŁUKASZ KUREK, Law, Folk Psychology and Cognitive Science, in LAW AND MIND: A SURVEY OF LAW AND THE COGNITIVE SCIENCE 55, 55-85 (2021); KEVIN TOBIA, Law and the Cognitive Science of Ordinary Concepts, in LAW AND MIND: A SURVEY OF LAW AND THE COGNITIVE SCIENCE 86, 86-95 (2021); Kevin Tobia, Experimental Jurisprudence, 89 U. CHI. L. REV. 735, 735-802 (2022).