

國立臺灣大學法律學院法律研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

Neil MacCormick的後實證主義法理論

Neil MacCormick's Legal Theory of Post-Positivism

吳允中

Yun-Chung Wu

指導教授：莊世同 博士

Advisor: Shih-Tung Chuang, Ph.D.

中華民國105年1月

January 2016


謝辭



雖然偶有想像自己完成論文的那一天，但在一切只待完成謝辭的當下，這一刻的到來只覺得有些不太真實，冷冽的空氣裡伴隨的是激揚的心情，不知到何時才能收拾。回想論文研究的過程一路承蒙許多人的幫助與鼓勵，深恐在這篇小小的謝辭無法傾訴我所有的感謝，對於未能好好表達謝意的部分，只盼未來還有機會回饋給所有潛在的貴人們。

首先要感謝我的指導教授莊世同老師。非常幸運地，我們(R00)是老師在台大任教的第一批基法組學生，而能夠在研究所期間親炙老師的教誨，體會英美法理學樸實而嚴謹的為學風格，也是我至今受用無窮的學術收穫。在成為老師的指導學生後，老師也在我撰寫論文過程陷入困境時不吝分享他的人生經驗鼓勵我，並且充分信任我的研究進度，使我能夠重拾信心、完成這本論文。感謝老師這些年的照顧與指導。

同時也要感謝口試委員顏厥安老師與鍾芳樺老師。自大學時代以來顏老師的著述不但是我法理學的啟蒙讀物，在撰寫論文過程中也屢屢成為我反思參照的對象；在研究所期間，老師也給予我諸多照顧與指導。感謝鍾芳樺老師百忙之中應允擔任我的口試委員，在口試中給予諸多鼓勵，並詳細指出我對於Kelsen理解的不足之處，感謝兩位老師在課業上的協助以及提供的口試意見。




感謝論文研討會與論文口試義氣相助的季凡與蕙心，很珍惜與你們一同問學與面對大小瑣事的時光；這次口試能夠順利通過，有你們的參與真是太好了，希望能夠跟你們一同分享口試通過的喜悅。

感謝陳妙芬老師與中研院王必芳老師在我研究所期間給予我助理工作機會，讓我有機會在沈浸於法理學的理论大海之餘能夠腳踏實地磨練研究與討論的工夫。感謝舉辦輔大基法論壇的吳豪人老師與揚弦，讓我有機會將不成熟的論點與其他法理學同好分享，從中獲益良多。感謝熊大(紹惟)與子萱在第八屆東亞法哲學大會的招待，雖然未曾有同窗之誼，但每次跟你們談天問學總有一種已經認識很久的親切感，希望未來各自也都能夠往理想的目標邁進。

感謝中研院宗謀學長從我大學到研究所期間在法文學習上的教導，並且甫歸國即給研一的我助理工作機會，讓我能夠熟習文獻整理與引用，指出了運用學術資源的第一步，這是迄今無可取代的收穫。中正大學的士軒學長也是自我大學至研究所期間無論是球技、處事獲生涯規劃上都給予了非常中肯實在的建議，把我從天馬行空的狀態拉回對於現實自身的關照，非常感謝學長如此關心我這愚魯學弟的前程。感謝執中學長與贊榮學長平時忍受我時時拋出沒有經過深思熟慮的提問與創意發想，並且提供不少學術資源上的協助，減少了我很多不必要的焦慮以及理論死胡同。

感謝一橋野獸·東京酥餅耕維學長、萬萬(庭威)跟鹿其(勇麒)在我研究所期間抽空聽我抱怨、天南地北，以及一同歷經各種瀕臨崩潰



以及正常壓力釋放的時刻。研究所期間的同學們也是使我能夠完成論文的一大助力。無論是2415論文保衛戰戰隊嘉欣、奕穎、文馨、力宇，還是同班同學映涵、楷文、欣芸、守達、品奴，與你們一起吃飯、修課、抱怨與討論法理學問題的時光真的很難得，非常感謝。

法壘是我十年前進入台大的第一個家，也是在台大唸書時影響我最深的地方，在這個大家庭認識了值得深交的同屆戰友們：奕華、嘗訓、信宇、小三、大雄、基哥還有好搭檔伍徹；球隊裡的學長姐以及學弟妹亦豐富了我的台大歲月，是我一直無法忘懷球場的原因。感謝你們，與你們一起在球場上是最珍貴的回憶。

最後深深感謝生養我的家人：我的父母用他們最大最無私的愛包容我的任性與不成熟，給我最好的教育與生活；我的外公外婆從我出生、求學到畢業都是一路照顧著我，使我自小就活在衣食無憂且充滿幸福的環境。這本論文無法盡訴我對他們的感謝，但這是個起頭，希望在未來有機會與能力回報他們的愛。

吳允中

2016年1月於家中

摘要



在過去數十年裡，蘇格蘭法理學家Neil MacCormick是當代分析法理學的代表人物。相對於對他早期制度法實證主義的討論熱度，他在學術生涯後期提出的「後實證主義法理論」則較少為人熟知。特別是過去他曾被視為哈特的理論傳人，但現在他的後實證主義法概念「法作為制度性規範秩序」出乎意料地主張法與道德的必然關連，這完全是與法實證主義背道而馳的理論命題。因此他的後實證主義論述裡有著法實證主義與自然法論之間的內在緊張。

本文首先探討的是他的法律思想軌跡，並試圖彰顯「後實證主義」在法理學中的理論意義。簡言之，本文想檢驗的是在法理學的當代爭論中「後實證主義」立場是否能夠站得住腳。透過文本分析，本文深入研究他的實踐哲學，並開展一套對於「後實證主義」的適當詮釋，以呈現他論證後實證主義命題的方式。

本文認為「後實證主義」的核心論點可以成立，因為「後」一詞不僅意味著對於「人是規範運用者」的肯定，此一主體能力也是使得制度化為可能。此外，透過實定法所實現的文明脈絡，道德自主與自我控制能力也能在其中維持並逐步成長。據此，「後實證主義法理論」是一種法治理論，而法作為制度性規範秩序，其必須以法治的理想價值為基礎，也就是取向以道德自主為核心的社群價值。

Abstract



In the last few decades Neil MacCormick has been one of the leading figures in contemporary analytical legal positivism. While there has been a wealth of review on his institutional legal positivism in the early stage, study on his legal theory of self-labelled “post-positivism” in the late stage can scarcely be found. In particular, though he has been treated as a torch-bearer of Hartian tradition, his post-positivistic conception of law “law as institutional normative order” surprisingly present the necessary connection between law and morality, which by no means fits the label of legal positivism. In so doing the tension between legal positivism and natural law theory underlies in his arguments of “post-positivism”.

The present paper investigates the trajectory of his thought, and seeks to maintain the significance of “post-positivism” in terms of jurisprudence. In short, the present paper examines if “post-positivism” is promising in the contemporary debate of jurisprudence. By means of textual analysis, the present paper has probed into his practical philosophy, developed a proper interpretation of “post-positivism”, which enables to show how he justifies his thesis.

In conclusion, the central tenet of “post-positivism” holds because the term “post-” not only shows the affirmation of the norm-using capacity, which make institutionalization possible, but also shows that the very capacity in the sense of moral autonomy and self-control can be maintained and flourished in the context of civility which positive law can bring about. It follows that law as institutional normative order must be grounded in the aspirational value of legality, namely the communal value of moral autonomy.

謝辭

摘要

Abstract

第一章 緒論

第一節 研究主題

第二節 概念說明

第三節 論文架構

第二章 制度、價值與法實證主義

第一節 法是制度性事實

一、法律知識的問題

二、單純事實與制度性事實

三、法律制度作為規則的重構

第二節 法律的規範性與價值

一、詮釋學方法

二、法律的規範性

第三節 規範性法實證主義？

一、描述性與規範性法實證主義

二、Neil MacCormick的規範性法實證主義

第三章 後實證主義的法概念

第一節 原則、基礎理由與法律推理

第二節 合理性與情感：實踐理性的基礎

一、人是規範運用者

二、斯密式定言命令

三、道德的概念與自我控制

第三節 法：制度性規範秩序

一、規範秩序的概念



目錄



二、規範秩序的制度化	87
三、現實的整合：現代憲政國家	90
四、從規則到習慣	94
第四章 後實證主義的法治理想	99
第一節 後實證主義作為法治理論	100
一、法治的概念	100
二、法治、文明性與道德自主	104
第二節 法治與正義	111
第五章 結論	121
參考文獻	127


第一章 緒論



第一節 研究主題

本論文旨在整理、詮釋與評估Neil MacCormick(1941-2009)於《法、國家與實踐理性》系列著作(1999-2008)開展的「後實證主義」法理論。《法、國家與實踐理性》共有四部曲：《質問主權》(Questioning Sovereignty 1999)、《修辭與法治》(Rhetoric and the Rule of Law 2005)、《法律制度論》(Institutions of Law 2007)與《法與道德中的實踐理性》(Practical Reason in Law and Morality 2008)，分別代表了他在憲政理論、法律推理、法律理論以及倫理學的最終看法。其中他稱為「代表作」(magnum opus)的《法律制度論》(Institutions of Law)則完整呈現了「後實證主義」法理論的立場與論述；至於其他三部著作，以及過世前一年(2008)修訂出版的《大師學述：哈特》(H.L.A Hart)第二版，都圍繞著《法律制度論》中所闡述的「後實證主義」法理論而展開，因此《法律制度論》是理解「後實證主義」法理論最重要的著作，也是本論文討論的核心。

從1972年擔任愛丁堡大學「公法、自然法與萬國法」欽定教席至2008年退休，在這長達37年的學術生涯當中，MacCormick一直是備受關注與討論的英美法理學家；對於數十年間英美法理學發展裡涉及的重要議題，無論是法概念論、法律推理理論、批判法學運動或是歐盟法政理論等等，他不但相當熟稔，並且是無役不與。除了英美學界的討論外，他與歐陸法理學界的互動相當頻繁且深入，其結果提供了



彼此更豐富的理論資源。值得一提的是，他的蘇格蘭政治家庭背景也使他高度投入英國的政治活動，導致他不得不中斷學術研究的工作、擔任為期六年(1999-2004)的歐洲議會議員¹。英美法理學、歐陸法理學以及政治參與三個背景因素，使得MacCormick在1999年至2008年間出版的《法、國家與實踐理性》系列著作，其內容與他先前為人所知的著作呈現鮮明的差異，前者呈現出路徑多元、兼容並蓄的理論面貌。

兼容並蓄並非毫無代價：各路人士都能在其中找到同意己方的立場，但整體而言很難找到作者獨特而清楚的見解、不容易讓人明白他真正的看法是什麼。MacCormick對此始終有所警覺，他在《法律制度論》(Institutions of Law)特闢一章自問一切所言所述是否只是個大雜燴(mere eclecticism)。同時，有學者認為他的「後實證主義」究其根本仍然是法實證主義立場的理論(Dickson, 2009)，甚而有進一步質疑「後實證主義」的可能性，認為他的「後」一詞是否只是單純為了標示自己與其他學派的不同而欠缺實質的理論差異(Petroski, 2011)；相對地，亦有肯定「後實證主義」法理論已經完成超越法實證主義的第一步的評論(Berteau, 2004 ; Bustamante, 2011)。

因此本文假定，要在這些對立的評論意見當中作出評判，就必須先釐清：(1)什麼是後實證主義？(2)什麼是MacCormick欲超越的

¹ 關於Neil MacCormick的生平背景以及著作，係參考英國Queen Mary University of London的學者Maks Del Mar為其架設的紀念網站："Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics"，<http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/index.html>（最後瀏覽日：09/28/2015）

「法實證主義與自然法論的對立」？為集中討論，本文將在下一節說明「後實證主義」與「法實證主義」各自的核心命題。



第二節 概念說明



就Neil MacCormick法理學立場的自我定位，有部分學者認為「後實證主義」法理論的嘗試並不成功，MacCormick對該理論的說明究其實仍然不脫法實證主義或反法實證主義的基本框架；相對地，也有人認為MacCormick開啟了有別於法實證主義與反法實證主義的討論，因此「後實證主義」是個名符其實的定位。其中沒有爭議的是「後實證主義」(Post-positivism)一詞的「法實證主義」(positivism)是指以Hart及受其影響的法實證主義立場，而帶有時序意涵的「後」即是暗指對前揭立場的偏離與告別。

依照《法律制度論》序言中MacCormick的解釋，為了回應數十年間的爭論，他現在所發展的法理論已經超越他在1973年就職演說《法作為制度性事實》(Law as Institutional Fact)中呈現的「法實證主義」論調，而轉為某種「後實證主義」立場。接著他簡短表達「後實證主義」的主要意涵：

(1)法是制度性規範秩序，其為依賴於人類習慣與權威決定的實定現象

(2)法與以個人道德自主為核心的道德在概念上有所區別。


(3)法與道德有所區別不代表法律沒有道德底線：法不容許極端不正義的情形。²(MacCormick 2007, iii)



因此本論文首先涉及如何為MacCormick的法理論進行分期的問題。這是解讀上遇到的第一個困難，因為連MacCormick本人也承認，對於那些讀過他過去著作的人而言，要弄清楚他的立場是什麼並不容易，他似乎是個「不斷游移的目標」(moving target)。

根據法理學家Vittorio Villa一篇評論MacCormick法理論的文章，MacCormick的法理論可以分為三個階段：(1)第一個階段是「法實證主義時期」。顧名思義，此時的他認為法實證主義與自然法論間確實存在對立，而他在《法律推理與法律理論》(Legal Reasoning and Legal Theory 1978)所進行的便是補充Hart法實證主義版本之不足。(2)第二個階段是「批判與修正時期」，他在這個階段所出版的《大師學述：哈特》(H.L.A. Hart 1981)以及《制度法理論》(An Institutional Theory of Law 1986)中開始懷疑法實證主義與自然法論間是否存在真正的對立，特別是受到自然法論者John Finnis的影響，他認為法與道德價值


² 原文：“Law as institutional normative order is, of course, dependent on human customs and on authoritative decisions, and is in this sense a ‘posited’ or ‘positive’ phenomenon. As such it is conceptually distinct from morality, according to any moral theory in which the autonomous moral agents plays a central role in determining moral obligations. This distinctiveness however does not entail that there are no moral limits to what it is conceptually reasonable to acknowledge as ‘law’ in the sense of ‘institutional normative order’. There are such limits. Extremes of injustice are incompatible with law.”



間的關係並未如法實證主義者所設想般涇渭分明，不過在這時期他仍未肯認絕對道德價值的存在。(3)第三個階段是從MacCormick發表一篇評論Finnis的文章《自然法及法與道德的分離》(Natural Law and the Separation of Law and Morals 1994)之後到《法、國家與實踐理性》系列的出版，在這個時期他的理論變得更為複雜，但無疑地他又更遠離在1978年所堅持的法實證主義立場：他不但明確主張法實證主義與自然法論的對立「毫無理論意義」、不是真正重要的問題，同時他也主張現在的立場應該叫做「非法實證主義」或「後實證主義」(MacCormick, 2007a: 278 ; Villa, 2009: 50-56)。

此際可知Villa所區分出的第三個階段便是本論文所希望處理的「後實證主義」法理論，本文也將沿用Villa對第三個階段的區分。不過以下必須先對Villa的分期提出批判與修正，也一併表明本論文對MacCormick在「後實證主義」時期之前其他論著的處理方式。

Villa的分期顯然是依照「法實證主義與自然法論是否存在對立」以及「法與價值存在何種關聯」這兩條軸線劃分MacCormick的理論階段，他也在文章中突顯出三個階段各自的理論特點。然而Villa並未提到MacCormick在《制度法理論》德文版同一年(1985)發表的文章《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》中為法實證主義提供道德或實踐論據的嘗試，也就是後來一些學者所稱的「政治法實證主義」或「倫理法實證主義」。此外，Villa也未進一步強調各階段裡MacCormick對於實踐哲學，特別是道德價值與實踐理性的看法有何實質的轉變，以及這個轉變如何影響MacCormick不同階段的法理論立場。




本文認為Villa未給予同等關注的這兩個部分，正是理解MacCormick為何最後自居「後實證主義」法理論的重要線索：他始終認為價值是否客觀以及實踐理性是否可能才是法理學「真正重要的問題」³。關於這個問題，他早先是接受了休謨式(Humean)的非認知主義，因此在學術生涯的前期較傾向Hart的立場；後來因為受到反法實證主義者Robert Alexy、Ronald Dworkin以及John Finnis的影響，他愈發肯定實踐理性的可能性，因此他看待法實證主義與自然法論對立的角度，與以下論及的法實證主義者十分不同：

事實上，在那些自稱為法實證主義者與自然法論者間並不存在單一、重大的區分。在諸多爭論中深具意義的重點是有關人類行為標準的本質與義務屬性。那些爭論，簡單來說是有關實踐理性的基礎與本質，包括「理性」到底可不可以「實踐」的問題。(MacCormick, 2008a: 199)

若以MacCormick的實踐哲學思索為觀察角度，則他在《制度法理論》當中即已指出「規範性的本質」、「理性行動的本質」是分析法理學的重要課題，同時也是制度法理論未來有待補充發展的方向。因此本

³ “Are the values which reasonable exercisers of governmental powers ought to pursue themselves objective truths? Or are they to be understood as having no higher test than ideological consistency? In what relationship do they stand to the values invoked by a critical moralist?…Our conclusion ought to be, not that these important issues may safely ignored in jurisprudence, but that they ought to become the focal point of discussion in place of mock-battles over the non-question whether unjust laws can enjoy formal legal validity.” (Weinberger and MacCormick, 1986: 141-142)



文假定在議題上「後實證主義」時期的著作與先前的法理學著作間是有所延續的，不能夠分別看待，本文在第二章所要呈現的，便是這些過往的著述留下哪些有待發展或釐清的問題，後來成為「後實證主義」法理論發展過程中的理論焦點。基於同樣的理由，本文將在第三章闡述「後實證主義」的法概念「法作為制度性規範秩序」的時候，先從MacCormick的實踐哲學出發，討論他在2008年的實踐哲學著作《法與道德中的實踐理性》與他的「規範秩序」概念之間的關聯。

至於本論文所討論的「法實證主義」，主要是指自Hart及英美法理學界中受其影響而有相類似主張的法理論立場。大抵而言，法實證主義有兩個核心命題：一是「社會事實命題」或「社會命題」，即法律是一種社會事實。二是「分離命題」或「可分離命題」，即法律與道德在概念上無必然連結。問題是應如何為此核心信念進行最佳解釋(Coleman and Leiter 2010, 228)。

「法律的存在是一回事，它的好壞是另一回事」(Austin 1954, 184-185)，Austin的法律命令論可說是社會事實命題的著例。他將社會區分為一邊是擁有至高無上實力、不服從於其他任何人的主權者，另一邊則是服從於主權者的其他臣民，而法律就是主權者或其屬下對臣民發佈以威脅為後盾的命令：臣民面對主權者的命令表現出「服從的習慣」，同時相信服從命令的內容將伴隨著制裁(Marmor 2011b, 36-37)。由此可知，法律命令論認為法律的存在取決於社會成員是否對主權者的命令表現出服從的習慣，而這些都是能夠透過觀察與紀錄社會

成員的行為規律而得，因此法是一種社會事實，不涉及任何道德評價。



對當代英美法理學具有重要影響的Hart，其代表著作《The Concept of Law》即是在批判法律命令論的基礎上對社會事實命題提出完整的說明。首先他認為法律命令論的「命令」與「主權者」這兩個觀念都有不足之處，並非法律的全貌。命令在內容上僅具課予義務的性質，也不是所有法律背後都伴隨著制裁。其次，Austin的「主權者」概念預設了一個真實存在的發佈命令者，此一預設無法解釋當發佈命令者不復存在的時候法律仍然有效或拘束著臣民的情形。

根據以上批評，Hart提出社會規則理論以充實社會事實命題的內涵。社會規則不同於習慣的地方在於規則除了行為的規律性外還必須包括社會成員的特殊規範態度。「一條規則存在」這項陳述，可以是一項內部陳述，在陳述中是運用被人們接受但未被明確道出的承認規則，進而道出「在符合法體系的效力判準下，某規則有效」(Hart 1994, 110)。至於承認規則存在的型態，「卻必須是法院、政府官員和一般人民，在援引其所含判準以鑑別法律時，所為之複雜但通常是一致的實踐活動本身」(Hart 1994, 110)，所以法體系的基礎並不是主權者及其臣民對之習慣性的服從，而是從官員的實踐或慣習的內在陳述中得到據以判定效力判準的終極承認規則，因此其存在是社會事實。

一般而言，無論是Austin的法律命令論或Hart的社會規則理論，他們理論背後共同的要點都是法實證主義者共同接受的：法律是社會的創造物，不涉及道德評價。任何主張法律存在的人不需要考慮法律

在道德評價下呈現的結果，只要指出存在於這個社會上的一定事實(無論是服從的習慣或成規實踐)就足夠了。因此社會事實命題也伴隨著如何處理法與道德間關係的問題。



如Hart所言，法與道德的分離是指法實證主義的一個簡單信念，這個信念正是要否定自然法論一再將「法律是什麼」與「法律應該是什麼」混為一談的傾向。因此分離命題主張「法律是什麼」與「法律應該是什麼」兩者在概念上無必然連結(Hart, 1983: 57n25)。但所謂「概念上無必然連結」有多種可能的意義，依據學者王鵬翔的整理，分離命題所反對的「法與道德有必然連結」指的可能是：

- (1) 法律和道德在內容上必然會有相交疊的部分。
- (2) 法律必然具有某種道德價值或能夠成為道德評價的對象。
- (3) 在制定法律或作出司法判決時必然會援引某些道德理由。
- (4) 法律的辨識(the identification of law)必然訴諸道德評價。
- (5) 法律的概念必然包含道德的要素。(王鵬翔, 2009: 237)

經過數十年的爭論，法實證主義者逐步將分離命題的意義限縮在(4)法律的辨識層面，試圖消除可能的誤解(Green, 2005: 570-573)。依據英國法理學家Leslie Green為《The Concept of Law》第三版所寫的導讀，Hart在《The Concept of Law》至少在兩處肯定法與道德「存在必然連結」：一處是法律適用中的正義，意謂法律至少在一般化適用上體現初步的正義(the germ of justice)(Hart, 1994: 206-207)；另一處則是在「法律規定必須包含最低限度的自然法內容」中肯定了自我保存是人類在群體生活中最基本的意圖(Hart, 1994: 193-200)，因此分離

命題並非否定(1)。Green接著指出，Hart是在「法效力與道德價值」的層面認為法與道德無必然連結，只存在偶然的連結。換句話說，法效力的成立條件不必然包含道德價值(Green 2012, xxxvi-xliv)。

因此受Hart影響的法實證主義者，例如Andrei Marmor、John Gardner與Julie Dickson等人，皆認為分離命題是一道關於法律性質(nature of law)的命題，其僅主張法效力的成立條件不必然包含道德價值，而不是主張「法與道德無必然連結」⁴(Marmor, 2011: 4 ; Dickson, 2012: 48-55 ; Gardner, 2012: 20-24)；一些支持法與道德有必然連結的自然法論據，例如法律是人們履行自然律不可或缺的條件(Hobbes)、或是法律的功能在於解決人類社會重要的道德問題(Finnis、Fuller)，亦與分離命題相容。

分離命題也與守法義務無關，守法義務涉及的是政治哲學的問題，單憑法律的存在與否無法回答官員或一般公民是否應該照法律所說的去做(王鵬翔, 2014: 391-392)，Dickson特別指出這一點：

對於社會命題的恰當理解，以及就法具有基本社會性質這點而言，也將導到一個重點，即在沒有額外前提下，法律的存在並不決定任何人該作什麼，特別是並不決定是否以及在什麼情況下法律官員及/或受法律管轄之人應該遵守法律...。(Dickson, 2012: 58)

⁴ 嚴格來說，Marmor、Gardner與Dickson所主張的是「法律的效力或法律的存在取決於社會事實或來源(source)，而非優劣(merit)」，本文在這裡暫時擱置「排他性」「包容性」法實證主義的爭議。

因此分離命題是一道有關法律性質的命題：法效力的成立條件不必然涉及道德。至於法律的功能、實定法的價值乃至於守法義務等等其他法與道德的議題則與分離命題無涉。

依照先前對「後實證主義」法理論的理解，可知其主張法效力的成立必然帶有最低門檻的正義內容，故係站在反對分離命題的立場。不過更為根本的是，「後實證主義」法理論認為法與道德同屬實踐理性的一部分，因此無論是法律的功能、實定法的價值、守法義務以及法效力等法與道德的討論都是相關的問題，而且必然涉及實踐論據⁵。所以釐清「後實證主義」法理論的理論性質是反駁懷疑「後實證主義」論者的重要環節，而本文將在第四章進行這些工作。

⁵ 「法與道德同屬實踐理性的一部分」的立場非常接近於Alexy的「特殊個案命題」(Special Case Thesis)，後者主張法律論述是普遍實踐論據的特殊個案，因此法律論述也帶有普遍實踐論據的部分特徵，例如正確性宣稱(Alexy, 1999: 41-42)。

第三節 論文架構



綜上所述，本文假定：MacCormick在整個法理學思想歷程中出現了「實踐理性轉向」，以致於他最終呈現的「後實證主義」法理論與先前為人所知的「制度法理論」相較有著明顯且實質的差異。因此在下一章，本文首先將指出MacCormick對「實踐理性轉向」的思考係反映在「法律知識與價值」、「法律規範性與價值」以及「法理論與價值」三個在《制度法理論》(An Institutional Theory of Law)未能充分解決的問題點；接著在第三章透過解讀《法、國家與實踐理性》系列著作，本文將闡釋MacCormick如何基於對以上三點的探討與思索形塑出「後實證主義」法理論的整體面貌；第四章則是以「法治」概念切入，討論「後實證主義」法理論在當代法理學的定位，並反駁其他懷疑「後實證主義」是否可能的論點。第五章則為全文總結：本文認為Neil MacCormick的「後實證主義」法理論，係以「個人道德自主的實現」為規範性基礎的實質法治理論。

第二章 制度、價值與法實證主義



第一節 法是制度性事實

MacCormick與Weinberger所共同提出的制度法理論旨在以「制度」這個概念來回答法理學的基本問題，在《制度法理論》的序言，兩人指出這個基本問題是如何提供法學一個本體論與認識論的基礎⁶ (MacCormick and Weinberger, 1986: 27)。法律的本體論問題是對於「法律是什麼」的進一步提問。當有人對「法律是什麼？」提供了一個說法時，伴隨於「什麼？」的問題是「在哪？」，即法律是否存在(於世界)、法律是如何存在(於世界)的？法本體論的理論說明背後蘊含著對於法律是什麼的深刻理解，所以法律本體論可說是法理學的基本問題。法律認識論則是要問「法律知識如何可能」、「何者構成了法律知識」？即使有人回答了法律是什麼，甚至指出了「這就是法律」，他仍然要想辦法解釋為什麼他的主張能夠得到證明、想辦法解釋他是怎麼知道法律存在。

在MacCormick看來，這兩個問題潛在於社會上任何法律工作者、執法者、法律學者甚至是社會科學家的各種法律論述之中，而且

⁶ 所謂法學，在制度法理論特別是指法釋義學(legal dogmatics)與法社會學(the sociology of law)(MacCormick and Weinberger, 1986: 27 ; Pavlakos, 2003: 395)。


兩者緊密相關⁷。他認為，知識是命題式的：只有p為真時，我才能說我知道p。一個法律知識的主張意味著至少有一些法律命題為真。又「事實」這個概念攸關命題真假，若說p為真，那麼p就是事實。所以一個法律知識的主張即是主張存在著一些法律事實(MacCormick and Weinberger, 1986: 96)。

一、法律知識的問題

在法學院任教的法學家們自然是傳授法律知識的主力成員，其中「法釋義學」又特別是法律知識中的主流。傳授法釋義學的學者假定法釋義學即是揭示與釐清一國之內的法律究竟帶有何種規範效果(例如命令、禁止、允許或授權)的知識，因此法律人應可透過學習法釋義學，正確回答「依法某甲與某乙間是否存在契約」或「依法某甲是否有義務交付X物予某乙」等等的法律問題。

MacCormick與Weinberger將上述的主流看法稱為「規範主義」(normativism)，而Hans Kelsen即是規範主義的代表人物。Kelsen認為法是屬於應然範疇的規範，其效力無法從實然中推導出來，而在法律

⁷ MacCormick對於法理學基本問題的想法深受其朋友暨同事Richard Tur影響，Tur在一篇談何為法理學的文章(Tur, 1978)中主張：法理學是認識論的一部份(Jurisprudence is part of epistemology)，法理學問題首先是個法律知識(legal knowledge)的問題；甚至哲學應該認真地將法律知識的問題當作檢驗諸認識論立場妥當性的指標(Tur, 1978: 159-160)。



知識的看法上，他區分作為法律知識內容的「法語句」(rule of law)⁸及作為知識對象的「規範」。法語句是人類經由規範思考的所得的結果，儘管在語言形式上與規範本身相似，然而其邏輯結構是「若A事件/行為出現，則應為B」的假言描述，所以是個有真假值可檢驗的「描述性應然」(MacCormick and Weinberger, 1986: 2 ; Troper, 1990: 24 ; 鍾芳樺, 2009: 123)。另一方面，與Kelsen同時代自命為社會學法學(sociological jurisprudence)或唯實論法學(realistic jurisprudence)的研究，其對象是實際的人類行為，其描述的內容也有真假值可檢驗，但邏輯結構是「若A事件/行為出現，則B」，即如同自然科學般的行為-結果的因果關係，無論在對象與邏輯上與Kelsen所謂的法語句大不相同(Kelsen, 1949: 162-164)。

據此，之所以將Kelsen對法律知識的看法稱為「規範主義」，是因為從法律知識的對象來看，規範屬於應然範疇；在實然與應然無法相互推導的前提下，法律知識只能回答「法律是什麼」而無法回答「法律應當是什麼」，後者屬於實踐領域的問題(楊道弘, 2006: 20)，所以法律規範的存在與否只能透過效力的鏈結來確認。效力的鏈結的終點是預設「基本規範」來確認「史上第一部憲法有效」，若沒有預設基本規範，單憑社會事實無法認識個別規範的法效力以及整個法體系。法律知識之所以可能，其先決條件不同於自然科學，前者必須預設基本規範，此際法律知識的對象是透過預設基本規範而被確認有效的法


⁸ 在《General Theory of Law and State》的英譯本，法語句(rechtssatz)被翻成rule of law，法國學者Michel Troper則是翻成法律命題(legal proposition)。參見(Troper, 1990: 24 ; 鍾芳樺, 2009: 123)。

規範，究其根本仍屬於應然範疇⁹。由此可知Kelsen認為法學研究之所以可能，其前提是要區分實然與應然，實然的意志行為創設固然影響規範的應然思維結果，但法學的對象是規範，其內容與邏輯形式仍然不同於對實然行為的研究(Kelsen, 1949: 271-272)¹⁰。

從實然與應然之區分到基本規範理論，Kelsen堅持法律有自主的認識方法，與倫理學、心理學或社會學等其他學科間存在清楚的界線。因此儘管道德教條或是經驗事實在法律實踐上有著不容忽視的影響，Kelsen認為在方法上仍不容有任何混淆(Kelsen, 1973: x-xiv)。


⁹ 關於Kelsen法規範與法語句之區分，以及兩者間關係的進一步研究，國內文獻請參考(卓翊維, 2009: 44-61)(卓文將法語句稱為規範陳述)。

¹⁰ 依照學者鍾芳樺的研究，Kelsen的法理論演變，從處理實然與應然間緊張關係的角度可分為四個時期：法現象的應然化嘗試(1911~1919)、先驗方法下應然與實然關係(1920~1934)、意願與思考區分下的理論(1935~1961)、若無意願則無應然(1962~1973)。至於制度法理論所提及的Kelsen規範主義，因MacCormick與Weinberger在序言並未提及Kelsen的理論分期爭議，而引用的Kelsen著作主要為1967年出版的《純粹法學》第二版以及1945年出版的《法與國家的一般理論》，故根據上述區分，制度法理論所理解的Kelsen係介於第三與第四時期之間。基於理論分期爭議非討論重點，故本文所指涉的Kelsen規範主義係以前述兩本著作為主。關於理論的分期爭議，國內文獻請參考(鍾芳樺, 2009)。



與Kelsen規範主義針鋒相對的是法律知識的化約論，其中最具代表性的是斯堪地那維亞法唯實論¹¹。斯堪地那維亞法唯實論不僅區分實然與應然，而且根本否定一切與應然有關的事物當作科學對象的可能性，其主張：所謂實在(reality)，僅存在於時間與空間可感知的世界之中，而任何科學理論或陳述僅涉及這個時空中的實在(reality)才具有意義、才能夠稱為「科學」。換句話說，僅存在一個世界而非多個世界，其他有關超越這個時空的實在理論都是不科學的、不過是意識形態所迷惑的幻想。依據這個看法，斯堪地那維亞法唯實論的代表人物Axel Hägerström進而主張有三種實體(entities)與世界連結：物理客體、心理狀態以及想像；物理客體(人與事件)直接與世界產生連結，心理狀態透過跟物理實體間接與世界產生連結，想像則是間接跟心理實體連結。所以這三種實體都可以化約為同一個世界中的實在來說明(Aarnio, 2011: 46)；至於超越這三種實體以外的理論，不能夠稱為一種科學。依照法唯實論，法學陷入兩難的境地：如果法學論述中的各種概念不能成功化約為物理客體的說明，那麼法學是個失敗的科學。

¹¹ 二十世紀法理學學派中同樣被稱為法唯實論的還有美國法唯實論(American legal realism)，然而兩者的哲學立場與看重的研究主題有別。美國法唯實論強調法理學與自然科學相通的方法論自然主義(Methodological Naturalism)、關注的是裁判理論，其核心命題是不確定性命題與規則懷疑論：“...in deciding cases, judges respond primarily to the stimulus of the facts of the case, rather than to legal rules and reasons.”。(Leiter, 2005: 51-52 ; 2014)。基於行文方便，本文所提及之法唯實論，皆指北歐斯堪地那維亞法唯實論；爾後若有提及美國法唯實論者，將完整呈現「美國」二字以示區別。




與化約論類似但立場更為基進的是批判法學，持批判法學立場的論者反對規範主義及一整套關於法律知識的說法：根本不存在規範主義所聲稱的「法律知識」；那些論及「規範」、「義務」的法律論述，不過是人們製造出來的幻象，而真正值得研究(批判)的是這些幻象究竟如何產生以及其如何誤導人們的言行、鞏固既有的權力關係。換句話說，批判法學的論者認為「法釋義學」乃至於法律知識本身，不過是以知識的中立性為名義，遮掩法律背後的物質與權力關係的政治意識形態(MacCormick and Weinberger, 1986: 2-3)。

總的來說，儘管Kelsen的規範主義立場提供了法釋義學一套獨立於其他學科的知識論基礎，使得法學教授及學生對法律知識的信念有所解釋。然而就像Kelsen試圖與道德價值、政治意識型態與經驗研究劃清界線，其理論無可避免地受到自然法論與化約論的攻擊：一方面自然法論者認為法釋義學不可能脫離客觀道德價值的肯認，所以Kelsen對於法體系與基本規範的刻劃是錯的；另一方面法唯實論者與批判法學派則在化約論的哲學基礎上否定在物理事實以外以其他事實為對象的法律知識。

二、單純事實與制度性事實


規範主義與化約論對於法律事實的看法雖然涇渭分明，但在MacCormick看來，兩者皆受實然與應然區分的想法影響，而未能擺脫概念上「事實」即屬於實然的理解，進而難以解決法律知識的難題(MacCormick and Weinberger, 1986: 96-97)。有鑑於此，MacCormick與



Weinberger引進哲學家John Searle所發展出來的制度性事實理論，將法律視為「單純事實」(brute fact)以外的制度性事實(institutional fact)：法律確實存在於世界上，但法律的存在方式並非單純涉及時空中可感知的物理事實。

在《制度法理論》的序言裡面，MacCormick與Weinberger試圖提出一套能夠說明規範與法律制度的存在、同時又免於陷入化約論的理論。首先制度法論者的立場是傾向Kelsen的規範主義，即肯定規範以及法律制度是存在的，但其論證並不是追求先驗演繹或純粹化，而是必須加入社會實在的要素；另一方面，既然試圖說明規範特殊的存在方式，制度法理論就要避免如化約論般將規範化約為一系列時空中可感知的事實。由Searle所發展的「制度性事實」理論對制度法理論所需要的「社會實在」要素而言是個突破規範主義與化約論的概念工具。此處本文先呈現Searle制度性事實理論的基本要旨，也就是闡述「制度」的哲學意義；然而在接下來的部分將看到，MacCormick與Weinberger並未全盤接受Searle的論點，特別是MacCormick認為法律不是由一批構成性規則組成的體系，相對地，在理解法律制度及其個例時必須加入詮釋與重構的工作，因此本文先介紹Searle的制度性事實理論，再討論制度法理論對Searle與Hart理論洞見的批判與繼受。

Searle的制度性事實理論從一個簡單的問題出發：「人類是如何創造例如像錢、財產、政府與婚姻等等的社會實在(social ontology)」(Searle, 2006: 13)？Searle以美式足球達陣得分(touchdown)為例，說明人類與其他生物儘管在生理狀態上相似，但在心靈能力上有著巨大的



不同(Searle, 2006: 19-20)：一個人帶著一顆球跨過一條線，這個現象在狗與人的眼裡是一致的。但對人而言，這在美式足球賽算是完成了「達陣得分」，狗則無法看到這點。難道是狗的視力不佳使牠看不到達陣得分嗎？答案顯然不是兩者看到不同的物理事實，而是人類心靈能夠以另一種方式看待同一個現象。在達陣得分的例子裡，人類不但看到了一系列的物理事實(一個人帶著一顆球跨過一條線)，同時他看到的是一場美式足球賽中某隊球員完成達陣得分的現象；前者僅具物理性質，後者則是一連串單純事實與制度性事實(institutional fact)交織形成的複雜結構。

這個差異是如何產生的？針對後者所牽涉的諸多複雜現象¹²，Searle提出「集體意向性」、「功能的歸屬」以及「構成性規則」三個基本概念¹³來說明制度性事實背後的邏輯結構¹⁴。首先，「集體意向性」是人類與其他物種都擁有的心靈現象：

¹² Searle所舉的相同例子還有：大學、錢、國家、歐盟...等等(Searle, 2006: 12)。

¹³ 有關Searle使用的重要理論概念如：集體意向性(collective intentionality)、功能的歸屬(assignment of status function)、構成性規則(constitutive rules)與管制性規則(regulative rules)，本文的翻譯係參考(林執中, 2009)的翻譯。

¹⁴ 如同本文隨後所呈現，MacCormick接受了Searle的問題意識與單純事實/制度性事實的區分。但他的制度法理論始終未運用Searle的這三個基本概念，甚至認為Searle的制度觀需要批判修正。所以在此僅整理Searle的簡略說明(Searle, 2006: 16-21)。關於Searle的語言哲學及制度性事實理論，亦請參考(林執中, 2009)、(顏厥安, 2010)。

我深信集體意向性是個不折不扣的生物學現象，...集體性意向性是所有社會實在的心理學預設，而且我確實將社會事實定義為任何涉及兩個或以上人類或動物行動者的集體意向性的事實¹⁵。


(Searle, 2006: 16-17)

「意向性」一詞通常被哲學家用來說明那些指向著某事物或某客體的心靈狀態，例如用來說「我相信某事」或是「我想要某物」，其中「我相信」或「我想要」就是在談我這個物種的心靈狀態。至於集體意向性，涉及的就不是「我相信」或「我想要」，而是「我們相信」或「我們想要」。Searle指出，理解集體意向性的關鍵是「成員間共享」，所以「我們相信」、「我們想要」的意思並不是在指某個超越於所有成員的存有物的心靈狀態，而是當每個成員都共享著某種意向時，位於個別心靈中會有的「我們」現象。以樂團演奏交響曲為例，當一個樂團在演奏交響曲時，儘管每個團員有各自的動作舉止，但每個團員演奏時所共享心靈狀態是「我們演奏一首曲子」。

有問題的是，除了人類以外，Searle認為其他物種的活動也符合集體意向性的特徵¹⁶，所以為了特別說明像球賽、錢、大學、政府等等動物做不來的事情，他接著引入「地位性功能的歸屬」(assignment of status function)的概念。功能的歸屬與集體意向性有關，人類與其他

¹⁵ “I am confident that collective intentionality is a genuine biological phenomenon, ...Collective intentionality is the psychological presupposition of all social reality and, indeed, I define a social fact as any fact involving collective intentionality of two or more human or animal agents.”

¹⁶ 例如狼群捕獵或是蜜蜂、螞蟻的築巢覓食行為(林執中, 2009: 7)。




物種具有將功能歸屬於客體的能力，這些功能的性質都是「觀察者相關」(observer relative)，例如我們說：「心臟的功能是輸送血液」，這個功能的描述預設了我們將生命與生存看作重要的、有價值的事情；要是我們預設死亡與滅絕是無可取代的價值，那麼心臟的跳動就是件不正常的事，而癌症將具有重要的功能(Searle, 2006: 17)。總之，功能的歸屬涉及的是成員如何看待那些客體，所以成員所共同抱持的「態度」是功能歸屬的必要條件，集體意向性使得功能歸屬成為可能。

客體可以被歸屬於各種功能，但只有人類才能夠賦予「地位性功能」(Searle, 2006: 17-18)。這一類功能的特徵是：其賦予使得客體不再是透過其物理性質，而是透過集體的態度而發揮其功能。例如「刀子用於切割」指的是刀子透過其物理性質發揮切割物體的功能，但像「錢幣用於交易」就無法如此類比¹⁷。「錢幣用於交易」所呈現的是一個個金屬塊不再依賴其物理構成(physical structure)，而是在一定的情況下被當做交易媒介。

Searle最後以「構成性規則」的概念說明單純事實與制度性事實不同的呈現方式。首先「構成性規則」與「管制性規則」不同，後者所管制的行為係先於該規則而存在。例如靠右行駛的規則雖然管制了開車這個活動，但開車這個活動是先於靠右行駛的規則而存在，換言之該行為的存在不繫於管制性規則的內容。然而構成性規則不只是管制活動，它還「創造」了那些活動，以西洋棋為例，西洋棋規則規定

¹⁷ 若是說「錢幣用於切割」，則錢幣的切割功能依然是透過其物理性質而有所發揮。這也說明了各種的功能歸屬必然是觀察者相關。



了棋盤的方格、棋子的走法、勝負條件等等，是這些規定使得西洋棋局能夠進行，而不是先有了一塊板子上移動一個個小木塊的出現才由西洋棋規則管制那些活動(Searle, 1998: 123 ; 林執中, 2009: 9)。「X在C的脈絡下視為Y」是構成性規則的基本形式，它同時也表達了前述地位性功能歸屬的邏輯結構(Searle, 2006: 23)，「視為」則意味著人們集體接受了將X歸屬於Y的地位性功能。在西洋棋的例子，移動小木塊的行為不再只涉及單純事實，而可以表述為：在西洋棋局的脈絡下，某個特殊木塊的移動被視為騎士的移動(Searle, 1998: 124)。

MacCormick與Weinberger之所以引入Searle的制度性事實理論，是因為制度性事實理論成功說明了社會實在如何透過人們的集體行動而產生，倘若法律屬於制度性事實，那麼法律便是一個社會上確實存在的事實，而不只是「一些應然命題，與實然之條件無關，因此...可以不考慮這些虛空的應然命題」(顏厥安, 2004: 5n2)。但另一方面，他們的制度法理論依然堅持實然與應然的區分，單純指出法律作為制度性事實存在於世界上無法導出任何個別的義務或權利¹⁸；維持這項區分並不需要放棄法律的社會實在面向，只需要承認：

不用偷渡任何規範前提，因為打從一開始就有個規範前提在那裡。

其係作為承諾制度的組成部分而存在，或換個方式說：應然推論

¹⁸ Searle透過制度性事實理論主張透過制度性事實存在的事實能夠導出一定的應然陳述，但Weinberger認為這個想法是錯的。詳細的說明以及Searle後來的補充，請參考(顏厥安, 2004: 7-9 ; Searle, 2008: 161-180)。

有效當且僅當這個制度包含作為其組成要素的應然規則¹⁹。

(MacCormick and Weinberger, 1986: 23)


因此他們認為，制度也預設了集體行動中各成員共享一套有體系的規則知識的可能性，法律知識必須是一套涉及如何行動的規範性知識，此與Kelsen認為法律知識(法科學)的性質僅涉及理論理性而不涉及實踐理性的看法迥然有別。

三、法律制度作為規則的重構

在闡述Searle的制度性事實理論之後，接下來就是要回到本章的主軸：MacCormick與Weinberger共同提出的制度法理論，首先可以從《制度法理論》序言裡一窺其理論要點(MacCormick and Weinberger, 1986: 13-16)：

(1)制度法理論的要旨在於主張(一般意義的)規範是一種特殊的存在，其存在方式並未佔有任何物理空間，而是佔有一段時間。而規範的存在取決對特定制度脈絡裡的詮釋。更精確地說，規範取決於「法律制度」對其個例所設置的規定形成的脈絡。這些規定可重構為三種制度規則類型，據此理解制度個例的創設、效果與終結。

¹⁹ “No normative premiss needs to be smuggled in, for there is one present from the very outset of the case. It is present as an integral part of the institution of promising; or to put it another way: the ought conclusion follows validly if and only if this institution contains this ought-rule as one of its integral elements.”




(2)規範作為思想客體，其內容必須能夠被化約或表述為人類行動的可能性或人類行動的狀態。所以法律的規範性，即規範究竟對行動作出何種指示或指出何種可能的樣貌，只能藉由「內在觀點」或「詮釋學方法」加以把握，也就是將規範的內容視為一種行動的「實踐資訊」(practical information)。

(3)規範作為純粹思想客體，其存在只是可能的規範而已，唯有在特定的實踐行動中才會化為現實：這種實踐行動必須包括兩個要素，一個是規律的實踐行為，一個是實踐時表達出來的態度，即同時表達出行動者的意圖、偏好以及對他人行動的回應。

(4)此外，規範同時涉及習慣或共享的實踐理性(shared practical reason)的觀念，意即在群體或社會裡必定會出於將規範理解為行為的共享標準而產生一定行為期待的相互性(some reciprocity of expectations of conduct)。

這四點表面上有各自的理論企圖，實則集中在三個共通的討論主題：「規範」、「制度」(法律制度)以及「實踐」。因此(1)跟(3)涉及「規範」的本體論地位，也就是對「法是何種事實」的回答；(2)則涉及透過「制度」建立法律知識的可能性，即法律知識的形成條件與方法論構想；最後(4)則涉及「制度」的社會學意義(sociological sense)，即規範在化為社會實在的過程裡涉及的實踐理性與行動理論脈絡。為了解讀這四個要點彼此的關聯，本文認為有必要回顧制度法理論所欲追求的目標。如前所述，制度法理論旨在於提出一套法律知



識的基礎理論，而理論的出發點是在Kelsen規範主義構想上對其進行社會實在論式的修正。Kelsen對法律知識的看法建立在「法規範」以及「法語句」的區分上：法規範是意志行為的客觀意義、是法律知識(即法學)的對象；而法語句是對規範的描述、是法律知識的內容。基本規範的功能便在於建立法規範的統一性，法語句便是以該被統一起來法規範為對象(法體系)進行描述。

從Kelsen對法律知識的看法出發我們就能夠理解上述四個要點彼此間的關聯。制度法理論並未如Kelsen般直接清楚區分法律知識的對象與法律知識的內容，不過既然制度法理論的立場與Kelsen規範主義相同，即法學要區分內容及其對象，那麼對制度法理論而言，法學的對象是什麼呢？在Kelsen，法學的對象是(有效)的規範，而效力最終的基礎在於基本規範的預設。制度法理論則是納入Hart社會規則理論的要素，即認為法學的對象是從群體或社會成員實踐表達出來的態度、意圖或偏好中，被詮釋為習慣或共享的實踐理性。所以法律知識對象的形成需要訴諸Hart的內在觀點或詮釋學方法。以下本文將稱為「詮釋」要素。其次，在法律知識內容方面，從(1)可知要在邏輯上先有一個「法律制度」或法律概念作為法律知識的匯合點，從該法律制度將社會成員所援引的規則，以「重構」的方法重構為三種規則類型，而這三種規則類型規定了每一個制度個例的創設、效果以及終結的條件。

接下來本文先處理(1)跟(3)，即闡述制度與規則的關聯以及制度對Hart法理論中「詮釋」、「重構」兩要素的運用；至於(2)跟(4)則涉

及法律的規範性與實踐理性間的關聯，MacCormick後實證主義法理論「實踐理性轉向」的濫觴，所以擬置於後面的章節再予以討論。

如一開始所提及，MacCormick認為有法律知識等於是主張存在著一些法律事實，Searle所舉出制度性事實的例子中，有許多是日常生活裡被認為是法律的事實，例如最高法院、政府、政黨等等²⁰，可見引入制度性事實的概念有助於法理學家說明法律事實的存在。MacCormick即主張法是制度性事實(law as institutional fact)：

...又如Searle教授所言，當一個命題的真值不但依賴世界上一定的行為或事件的發生，而且也包括將規則適用在那些行為或事件上時，則該命題是制度性事實的命題，所以契約的存否在哲學意義上是個制度性事實的問題。基於同樣的理由，當上下議院正式通過並經國王簽署後，一個法規的存在也是個制度性事實的問題...。²¹(MacCormick and Weinberger, 1986: 51)

²⁰ 'My main problem in this article is to explain how such institutional social phenomena as the Supreme Court making a decision go beyond the social ontology present in social animals. The interesting problem arises not with social facts but with such institutional facts as those involving money, governments, political parties and economic transactions.' (Searle, 2006: 17, 粗體為本文所加)

²¹ "...And as Professor Searle tells us, a proposition whose truth depends not merely upon the occurrence of acts or events in the world, but also upon the application of rules to such acts or events, is a proposition of institutional fact. So the existence of a contract is in a philosophical sense, a matter of institutional fact. And so, for the same reason, is the existence of a statute after it has been duly passed by both Houses of Parliament and has received the Royal Assent..."

如果我們肯定法是制度性事實，那麼即使不訴諸時空上可感知的事實，法律命題的真值仍然有可靠的依據，法律工作者與法學家們也才能夠真正地宣稱其所運用的是法律知識。



但MacCormick也指出，制度不能被理解為只是由構成性規則所組成之體系，因為這樣明顯混淆了「規則」與「法律制度本身」(MacCormick and Weinberger, 1986: 51；顏厥安, 2004: 221-222)。Searle所理解的「制度」是能夠以一組構成性規則表述的事實，這被MacCormick稱為哲學意義的制度；至於契約、所有權、婚姻等等雖然冠以法律制度之名，但這些法律制度並非單純由規則所組成²²，不完全等同於哲學意義上的制度。他進一步指出，這些法學傳統上被冠以「法律概念」(legal concepts)之名的法律制度(institution of law)，是將法律體系加以分析並整理成一組融貫規則的關鍵。他是這樣界定何謂「法律制度」：

我將使用的『法律制度』一詞，因此應被理解為指涉那些經由一組創設規則、效果規則與終結規則所規整的法律概念，這些規則使我們可以說某種制度的某個個例存在於一定的期間內，即這段

²² 換句話說，MacCormick認為規則與制度有關聯，但法律制度不等於規則，而毋寧較接近自羅馬法學家Gaius與Justinian以降的法學寫作傳統：將Institutions視為對一國法律學說的體系化與闡釋工作(MacCormick, 2007a: 12-13)。後面將交代這個概念差異是理解MacCormick制度法理論的切入點。

時間始於發生創設規則所要求之行動或事件，終於發生終結規則所要求之行動或事件。²³(MacCormick and Weinberger, 1986: 53)



由此可知，首先這樣的法律制度共同擁有以下三種規則類型²⁴：

第一種是創設規則(institutive rules)，這樣的規則規定當特定行動或事件出現時，則成立某特定制度的個例，例如有個規則規定：當兩位或以上的人就某個事項取得合意時，這兩人間就成立了一個有效的契約，那麼這個規則就是契約制度的創設規則。(MacCormick and Weinberger, 1986: 52)

第二種是效果規則(consequential rules)，效果規則是規定制度個例存在的時候會產生何種法律效果如權利、義務或責任等等。效果規則可能以「如果一個信託成立，則...」、「如果一份遺囑成立，則...」等形式表達。一般而言，每個制度都有一組以「存在著一個制度個例」為前提事實(operative fact)的規則。(MacCormick and Weinberger, 1986: 52-53)

第三種是終結規則(terminative rules)，當制度個例依創設規則而持續存在一段時間，並依效果規則產生法律效果的同時，制度中同樣

²³ “The term “institution of law” , as I shall use it, is therefore to be understood as signifying those legal concepts which are regulated by sets of institutive, consequential and terminative rules, with the effect that instances of them are properly said to exist over a period of time, from the occurrence of an institutive act or event until the occurrence of a terminative act or event.” ，本文翻譯部分參考(顏厥安, 2004: 224)。

²⁴ 關於這三種規則的用語翻譯，本文部分參考(顏厥安, 2004: 223-224)。

必定規定該制度個例於何時終結不再存在。例如各種有關契約解除、公司解散、甚至是離婚的法律規定。(MacCormick and Weinberger, 1986: 53)




MacCormick進一步指出，透過以上三種制度規則的運作，法學家可以將一般公民談論的「法律」理解為「實踐」(practical)與「歷時」(diachronic)兩種實踐推理面向：在「歷時」的實踐推理，創設規則與終結規則呈現出一段時間內制度個例²⁵的產生與終結；在「當下」的實踐推理，援引效果規則的實踐推論為一般公民提供行動的參考框架，MacCormick循Weinberger的用語，將以上制度規則運作呈現的結果稱為「實踐資訊」。

例如在講者應學校邀請提供一場演講的情況²⁶，講者與學校之間的約定使得講者有理由相信自己有責任準備講稿並在約定的時間地點提供一場演講，也有理由相信學校有責任安排場地以及給予酬勞；同時，直到演講結束前這個約定都使得講者有理由保持上述信念內容，不因時間或雙方情感等因素而改變。或者同樣是一台放在教室的電腦，其所有權歸屬於個人或是學校將影響個人是否有理由持續使用那台電腦直到拋棄其所有權，還是必須依循學校制定的規則使用那台電腦。換句話說，一方面透過創設規則與終結規則，一般人得以將特定的行為或事件「詮釋」為一個制度個例的產生或消滅，並且在終結之前，

²⁵ MacCormick又稱為法律安排(legal arrangement)(MacCormick, 1988: 81)

²⁶ MacCormick在文章裡提供的是自己到東京大學演講的例子。(MacCormick, 1988: 75-76)



將該制度個例視為「在時間上持續存在」的事物；所以制度性事實並非佔據一定空間，而是佔據了一段時間，一般人可以確認某段時間裡制度性事實的存在(或不存在)，例如「某某契約存在」、「某某所有權存在」；另一方面，透過效果規則，一般人得以從當下制度個例的存在或終結導出一系列行動的指示。

至此，實踐資訊的「實踐」面向與「歷時」面向結合起來正是為一般人提供「穩定」的推論架構、行動框架。MacCormick指出，這正是Kelsen區分「靜態」與「動態」體系背後的理論企圖，只不過Kelsen沒有注意到，「穩定」是人類社會生活的重要價值，如果沒有重構出法律制度以及呈現三種制度規則功能，人類生活將陷入混亂，每個行動當下都處在零散、無意義的資訊當中，毫無秩序可言²⁷，制度個例本身就是帶有價值的事實，法律知識也因此必須是個追求有價值事物的理論事業，因此如何處理法律與價值的關係開啟了MacCormick修正或批判法實證主義的起點。

由此可知，MacCormick之所以強調法律制度的「重構」特徵，係「制度」概念與三種制度規則類型的說明取代「初級規則與次級規則的結合」的法體系架構。他認為，唯有掌握各種法律概念的內涵，

²⁷ 學者顏厥安即指出，法律制度的「重構」要素其實背後蘊含了一個很強的主張：「我們不可能不透過法律制度把握整個法體系。因為如果不透過這種方式來看待擁有一大批經常變動之規範的法體系，我們所看到所掌握的，就只是一群彼此並不相關的、分散的、碎裂的規範，而根本就不能了解這些規範的意義以及應該如何運作」。(顏厥安, 2004: 224-225)

並且重構出對應於該制度的規則，才能使得法律論述中所指涉的各種事實有著可靠的基礎。



第二節 法律的規範性與價值



制度法理論的第二個任務是釐清法律知識與價值之間的關聯。以Kelsen的角度，這便是法律知識是否必須基於絕對客觀的價值的問題。對此自然法論者持肯定的看法，他們認為指出法律的存在即是證明某規範符合特定道德價值，而該道德價值歸屬於某個普遍有效的價值體系，因此法效力等同於道德的正當性，而無獨立的意義。Kelsen則提出基本規範理論以指出法律的認識無須訴諸道德，另一方面他亦出於價值相對論的立場，認為自然法論不過是在追逐幻象(Kelsen, 1973: 1-21)。

MacCormick引入Hart在《The Concept of Law》所建立的詮釋學方法彌補了這個面向。他認為詮釋學方法使得確立法律知識的過程中仍不免與個人所許諾的價值產生關聯。本節首先將呈現MacCormick如何引進Hart的詮釋學方法補充制度的社會學意義，接著再論及MacCormick如何處理法與價值的關聯。

一、詮釋學方法

MacCormick在《制度法理論》將法律事實定位為「制度性事實」，並且以「創設規則」、「效果規則」與「終結規則」說明制度與法律事實的關係。如果深究這些規則的作用，大抵可以說：法律人之所以能夠主張這些事實，關鍵在於法律知識的「詮釋」與「重構」這兩個特徵。法律知識的「重構」已經在上一節有所說明，在此需加

以著墨的是法律知識的「詮釋」特徵或「詮釋學方法」(hermeneutic method)。



從法律知識的角度來看，透過三種制度規則的體系性重構說明法律是一種制度性事實而非單純事實並未完全反駁化約論的論點。法唯實論者可能如此回應：制度法理論不過是把契約、制定法以及其他諸如此類的法律制度強安上一個「事實」之名。換句話說，規則的功能如果只是將構成要件與法律效果改寫為一句話，那麼「制度性事實」也不過只是空洞的符號。再者，法律知識擁有一個認識對象，即「經重構組成的制度性事實」，又必須進行解釋才能確認有制度性事實，在進行解釋時所依循的框架則是由一組規範構成，而這組規範又是從屬於對特定規範秩序的認識結果。這樣的論證循環將面臨法唯實論者的攻擊：他們會認為，所謂真正的事實應僅涉及時空中可感知的事物，僅能透過物理學以及行為心理學予以了解，因此我們無法透過法學或法律知識把握事實。

就後一個反對意見，MacCormick的回應是：

若反對的是我的這個說法，即存在著由規範界定的事實，那麼我的回答是，替我找出一個不是如此界定的事實。有問題的並不是「制度性事實」，而是「單純事實」。²⁸(MacCormick and Weinberger, 1986: 102)。

²⁸ “If the objection is to my notion that there are norm-defined facts, my reply is: find me a fact that isn’t so defined. It is not ‘institutional facts’ which are problematic, but ‘brute facts’ .”


無論這個辯解是否成功，至少可知對MacCormick而言，所有事實都是制度性事實，而且理論家所依循的規範框架在邏輯上先於其個例。

對MacCormick與Weingerber來說，前一個反對意見所涉及的才是關鍵問題，也就是：「為何以如是重構的規範體系為脈絡來看待行動與事件，並依循解釋的結果進行實踐判斷，而不是其他的脈絡」？就此，MacCormick認為Hart在《The Concept of Law》所運用的「詮釋學方法」是理解法律同時作為「知識對象」與「社會實在」的關鍵，也是分析法學發展的正確方向：因此並不是法學家發明如「契約」、「制定法」、「公司」等等的制度性事實，法學家所處的就是一個法律人(lawyer)與一般人(laymen)以彷彿一定的時空中存在這些制度性事實的方式互動的世界，如他所言：

分析法理學的分析對象是以置身其中的參與者們的行動、言語以及思想構成的法秩序。法律知識是「對這些置身其中的參與者而言哪些是法秩序的規範，以及哪些是透過規範提供的框架、進而對自然事件進行詮釋而形成的制度性事實」的知識。²⁹(MacCormick and Weinberger, 1986: 105，重點為本文所加)

以下即說明MacCormick如何理解與修正Hart的「詮釋學方法」，並用於說明法律知識與價值的關係。

²⁹ “The analysandum for analytical jurisprudence is legal order as constituted by actions, words and thoughts of its committed participants. Legal knowledge is knowledge of what for the committed participants are the norms of the order, and of the institutional facts constituted by the interpretation of natural events within the schemata which the norms provide.”



Hart在《The Concept of Law》將法體系視為由初級規則與次級規則構成的體系，而這兩種社會規則的起源與存在完全來自於人們的社會實踐。依照Hart，要從社會實踐中指出社會規則的存在方式，特別是區別單純的習慣與社會規則之不同，須同時考慮其「外在面向」與「內在面向」。因此規則的特徵除了帶有外在可觀察的規律性之外，尚伴隨這一規律的行為模式下成員們所共享的態度，這種行為態度「應在評論中(包括自我批判)表現出來，以及對遵從的要求，和承認這樣的批判與要求是正當的；而所有這些我們在以下規範性術語之中，找到其獨特之表達...」(Hart, 1994: 57)，Hart稱之為「反思批判態度」³⁰。

從「反思批判態度」，Hart進一步區分內在觀點與外在觀點，內在觀點是指依照社會規則運作的參與者共享的觀點，用Hart的說法，即是「使用這些規則作為社會生活中的行為標準，主張、要求、允許、批判或懲罰的基礎」，循此參與者在社會生活中是以「我有義務...」或「你有義務...」在使用這些規則，以及如是理解彼此之間的責任與義務概念。相對地，外在觀點則是本身不接受社會規則的觀察者，他們僅止於了解與規則相關的行為規律性(遵從或是違反)，也因此對於

³⁰ 以「交通號誌的紅燈亮起時，99%的駕駛都停下車並打開廣播」為例，「99%的駕駛都打開廣播」僅指出了規律的現象或預測的基礎，並不當然意味這裏有一條「等待紅燈時應該打開廣播」的規則；倘若「99%的駕駛都停下車」的背後，駕駛都抱持著「紅燈亮起時應停車」的態度，並且認為批評那些未停車的行為是合理正當時，那麼可以確認這裏有一條「紅燈亮起時應停車」的規則。

社會實踐的理解只能以行為可觀察的規律性、預測、可能性和徵召等措辭組成(Hart, 1994: 89-91)。Hart透過社會實踐說明社會規則³¹，意在指出法體系中個別法律規則的效力最終來自於官員的實踐活動。

MacCormick認為Hart對承認規則的說明是有問題的，問題出在Hart似乎認為唯有外在觀察者才能得出法體系是否存在的觀察，因此對外在觀察者而言承認規則的存在是事實問題。MacCormick指出，內在/外在觀點的區別其實是建立在「不同理解層次」的區別而不是「主動遵奉的意願程度」的區別；依照MacCormick的解讀，社會成員行動中所呈現的「反思批判態度」有「認知」與「意願」兩個面向，就意願面向而言，成員的行動必然植基於成員對特定偏好或價值的許諾；就「認知」面向，這個特定偏好或價值也必須為詮釋者所理解。詮釋者觀點就是在「認知」面向理解到植基於行動中的偏好或價值，但這個觀點並不共享成員的「意願」。換句話說，詮釋者觀點是「意願上」的局外人而不是「認知上」的局外人：它理解那些價值偏好，但不許諾那些價值偏好。法律知識即屬於社會成員運用規則時所體現的「認知」面向，其意味著制度性事實對社會成員的規範性影響(normative

³¹ 在《The Concept of Law》第二版後記，他稱為「規則的實踐理論」(Hart, 1994: 254-255)。


impact)³²，法學家的任務就是採取詮釋者觀點建構與分析特定社會中運作的法律知識。如果承認這一點，那麼對特定的社會來說，即使詮釋者並非參與者也可以形成對特定社會規範的理解，直至能夠進行對規範的內部陳述(MacCormick, 2005b: 278)。因此介於「外在觀察者」與「內部參與者」的「詮釋者觀點」或「詮釋學方法」才是分析法學應該採取的觀點³³。

職是，社會成員間形成的習慣是詮釋者觀點的第一個對象，並由此確定在這個社會裡成員間是採取何種規範體系進行互動。社會成員間的互動所形成的憲政慣例(constitution custom)或價值基礎(underlying value)擔負類似Kelsen基本規範的作用，透過詮釋者觀點，我們知道社會成員視何種規範體系為互動的脈絡或基礎，但法律知識不為該社會的價值基礎背書。

如果比較制度法理論對法律知識的看法與Kelsen的規範主義，會發現兩者所提出的關鍵概念擔負著類似的功能。Kelsen主張規範是意志行為的客觀意義，法律知識的對象則是有效的法體系，所以要形成

³² 在這裡出現的規範性影響一語十分關鍵，意味著法律人在建構可行的法律知識時不可能不考慮規範性的問題。MacCormick後來即指出，Hart的《The Concept of Law》除了第七章開頭外，整體而言忽略了規則可被理解的條件(the conditions of intelligibility of rules)對於「法概念」的影響；相對地，Fuller則正確地指出規則的固有意義必須視吾人運用的目的而定，特別是規則作為協調與公平(正當程序)的機制(MacCormick, 1990: 549)。

³³ 而Hart在《The Concept of Law》第二版後記接受了MacCormick在此處的批判性修正(Hart, 1994: 242-243)。




規範的統一性必須預設基本規範。制度法理論則是認為法律知識的對象並非透過預設一道基本規範來確定，而是借重Hart的理論洞見，即詮釋學方法，從社會成員的實踐中表達的規範態度理解到社會運作的憲政慣例或價值基礎，並藉此確定採取哪些法律制度，法律人才能夠透過法律制度的三種制度規則類型重構為一套可供社會成員實踐與詮釋他人行動的資訊脈絡，並藉該資訊脈絡推論各種制度性事實的存在，而法就是那些制度性事實。

二、法律的規範性

儘管MacCormick認為制度法理論的詮釋要素(詮釋學方法)是法律知識論的重要突破，可惜的是在《制度法理論》與詮釋相關的問題仍然處於議題設定的階段。在《制度法理論》，他僅提議以理性行動者的意圖性、目的性行動為詮釋對象來理解「應然」，比Kelsen的純粹法學來得更為可取。MacCormick不滿意Hart社會規範性的說法，而與Joseph Raz相同，MacCormick也同意此處規範性的說法必須透過重新發展實踐理性的學說才能夠彌補其不足。在一篇評論Postema的文章，他以兩點批評Hart：(1)法律義務與道德義務之不同不在社會規範性與證立規範性的區別，以及(2)所謂的接受並非單純表達了參與者態度，還帶有參與者的價值取捨，因此法體系的基礎有一定的價值立基(MacCormick, 1987: 108-110)。

此際，法學家必須把握規範性的本質(the nature of normativity)，即理性行動的本質(MacCormick and Weinberger, 1986: 105-106)。基於



對《The Concept of Law》的解讀與修正，他區分動機性理由與證立性理由，並認為法官各自的動機性理由就會形成一個(判斷法效力標準的)慣習，這種慣習即足以認識法律存在的事實。因此MacCormick雖然同意Postema對Hart的批評，但認為基於詮釋學方法「理解但不許諾」的「超然」(detached)特性，法學家只能假定法官的實踐有表面上正當的價值許諾，卻不能因此斷言他們的實踐中隱含的價值許諾就是正當的；法學家若無條件地(treats as categorically)肯定特定法體系中法官的價值許諾，他自己就陷入價值判斷的負擔當中，其所進行的就不是對法體系的超然陳述(MacCormick, 1987: 111-113)。

制度法理論的詮釋要素意味著即使法律知識涉及價值，法律知識本身仍然不同於道德要求，因此透過重構與詮釋要素，MacCormick與Weinberger認為制度法理論成功地實現Kelsen所欲達成的目標，亦即建立獨立的法科學。不過，MacCormick並沒有清楚指出他所稱的「規範性的本質」、「理性行動的本質」究竟為何，導致在詮釋行動者的實踐層面，是否能夠當然排除道德的考慮，以及道德論證或規範論證究竟應置於法理論的何種地位，這兩個問題成為接下來MacCormick放棄法實證主義立場，發展後實證主義法理論的潛在因素。

第三節 規範性法實證主義？



在第一章曾經提到法實證主義的兩個核心命題是社會事實命題與分離命題，也就援引相關文獻討論法與道德分離的可能意義。本節則是要進一步論及MacCormick形成後實證主義法理論的第三個潛在因素，也就是法實證主義在描述性/規範性方法上採取的方法論差異³⁴。這裡會先呈現MacCormick在1985年的文章中採取的立場，接著說明法理學方法論在他法理論發展歷程中所代表的意義。

一、描述性與規範性法實證主義

在上一節論及法律知識與價值間關係時已經提到，MacCormick認為法學家能夠形塑法律知識、指出社會成員的實踐中存在哪些制度性事實，關鍵在於運用Hart提出內在觀點/外在觀點區分，他與Hart的歧見在於Hart認為社會規則的實踐並不一定涉及道德理由；MacCormick則認為制度性事實的存在必然預設帶有主動遵奉態度的參與者，而法律知識必然會包含那些參與者遵從法律的道德理由，以及對法律強制力之行使的道德證立觀點(莊世同, 2007: 12)，只是法學家不需許諾那些參與者所認同的價值。無論如何，「詮釋學方法」雖然在《The Concept of Law》第二版後記為Hart所重述，但值得注意的

³⁴ 此處所開啟的討論，有稱為法理學方法論(王贊榮, 2013)；Hart則在後記稱為「法理論的本質」(Hart, 1994: 239；中譯本, 2000: 299)。在英美法理學界，這些用語都是指涉同一個爭議問題，因此以下本文將交互使用這些用語。

是，Hart用「詮釋學方法」以說明「描述性法理學」與Dworkin的「評價性法理學」是非常不同的理論事業：



我的說明之所以是描述性的，是因為它在道德上是中立的，不以任何證立為目標；它並不尋求透過道德或其他理由，去證立或推薦我在一般性說明中所描述的法律制度的形式和結構；儘管我認為，如果我們要對法律提出任何有用的道德批判，清楚地理解到如何證立法律的形式和結構是一個重要的開端。(Hart, 1994: 240 ; 中譯本, 2000: 300)

他也拒絕Dworkin對法實證主義進行的評價式解讀，因為法實證主義採取的正是描述性立場，用Marmor的話來說，Hart所設想的法實證主義「作為有關法律本質的一般理論，基本上是描述性且道德中立的」(Marmor, 2011: 111)。如果Hart的立場也一樣適用在MacCormick的法理論，或制度法理論被論者視為一種描述性法理學，那麼MacCormick應該也會被視為描述性法理學的支持者。但無論是在《H.L.A. Hart》或是《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》中，MacCormick始終認為Hart之所以支持法實證主義，最主要來自於實踐或道德上的理由，同時也認為Hart在《The Concept of Law》所進行實踐或規範論證在法理學中是不可或缺的：

...Hart給予維持法與道德概念分離的理由是個道德理由，Hart是法實證主義者是因為他也是個批判道德者。他的目的不是要提供一份對國家統治者的服從保證書。而是為加強對國家權力的行使與濫用進行無情批判提供一份公民的保證書。這個論調在後記未

再提及，但它既未被撤回，甚至也沒有私下被否定。³⁵(Mac-Cormick, 2008a: 197)



因此在《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》，他根據上述對Hart的解讀再進一步發展出支持法實證主義的道德論證。後來的學者據此認為MacCormick的理論立場有別於許多法實證主義者支持的「描述性法實證主義」，而是「規範性法實證主義」³⁶。

「規範性法實證主義」泛指著眼於實踐或道德等規範論證的法實證主義，也有稱為倫理法實證主義(ethical positivism)、政治法實證主義(political positivism)(王贊榮, 2013: 383n136)。「規範性法實證主義」與「描述性法實證主義」大致來說是從「評價性法理學」與「描述性法理學」衍生出來的區分，有著類似的討論脈絡(王贊榮, 2013: 384-385)。Marmor認為不同版本的規範性法實證主義對於「規範宣稱」(normative claim)與「法實證主義」(legal positivism)間的關係可能

³⁵ “...this reason offered by Hart for insisting on the conceptual separateness of ‘law’ and ‘morality’ was a moral reason. Hart was a positivist because he was a critical moralist. His aim was not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. His aim was not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. It was to reinforce the citizen’s warrant for unrelenting moral criticism of the uses and abuses of state power. This stance was not re-stated in the Postscript, but neither was it withdrawn or, even implicitly, disowned.”

³⁶ 「規範性法實證主義」一語並未出現在MacCormick的著作當中，而是後來的學者以這篇文章為據將MacCormick歸類為規範性法實證主義的支持者，例如Marmor、Gardner、Waldron、Celano。以上有關規範性法實證主義的文獻請參考(Gardner, 2001 ; Waldron, 2001 ; Marmor, 2011 ; Celano, 2013)。

有不同的看法，因此規範性法實證主義與描述性法實證主義不必然相悖的理論立場(Marmor, 2011: 110 ; 王贊榮, 2013: 385)。為了說明此點，Marmor首先設想了一個法實證主義的核心描述性內容，稱之為P，並循此設想將規範性法實證主義分為五種可能的版本³⁷：

1. 應實現P(或與P大致相當者)。
2. P是事實，而且P得到普遍承認的話，則是道德及政治上的善。
3. P是事實，而且這也是件好事。
4. 法律應成為道德正當的制度，為了使法律滿足道德正當性的條件，應實現F，而F蘊含P，因此P是事實。
5. P或非P何者為是必須取決於一些規範性的道德或政治主張。(Marmor, 2011: 110-112)

版本2.跟3.都肯定法實證主義有其固有的描述性內容，不同之處在於2.肯定一般人在承認法實證主義為真時將帶來道德與政治上的善，而3.則進一步主張法實證主義本身就是一種善(Marmor, 2011: 111 ; 王贊榮, 2013: 387)。Marmor指出，「P是事實」與「應實現P」是可以並存，但不能互相推論而得的關係，而版本2.是為「法是什麼」與「法應該是什麼」作出清楚的區別，因此人們更能夠認識到現有的法律體系以及法律可能的不道德之處；版本3.雖然是一個功能說明，但功能上的好處只是讓規則體系變得更好，而不是指功能使得法律帶有道德上的善(Marmor, 2011: 118-119 ; 王贊榮, 2013: 389-390)；此外兩者都不否認P這個描述性內容為法實證主義的真理。因此無論是2.跟3.的版本，這

³⁷ 以下的中文翻譯有一部分係參考(王贊榮, 2013: 386)。

種規範性法實證主義並未威脅到描述性取徑的成立，甚至前者必須依賴對法實證主義描述的理解。




二、Neil MacCormick的規範性法實證主義

《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》是一篇理解MacCormick法理論立場轉折的重要文章。他在文章中明確以實踐論證或道德論證為法實證主義立場辯護；而且這篇文章的發表時間正與《制度法理論》德文版同一年，因此在這篇文章明確表達了他的方法論立場：法理論不是純粹分析、思維式的活動。法律的概念是先出現在一般人的實踐活動當中，所以法理論的命題，例如法實證主義的分離命題，其必然涉及實踐上或道德上的論據，連帶地法與道德的關係在一般人的實踐活動視野當中首先呈現的是「法律是否應該實現道德」或是「法律進行道德強制是否正當」的問題，他就此問題採取的立場稱為「修正的法律去道德主義」(The qualified version of legal amoralism)，並重新以實踐或道德上的角度，論證法實證主義的意義及其基礎：

法效力可以正確憑藉單純形式基礎而確定，而且法律也絕不應該單憑其形式效力而推斷其在道德上正當或具有道德拘束力；法律的道德內容也應有所限制³⁸(MacCormick, 1985a: 37)。

³⁸ “Legal validity may properly determined on purely formal grounds, and laws ought never to be presumed to be morally justified or morally binding upon the ground of their formal validity alone; and law should be restricted as to its moral content.”



進一步分析這個主張，前半段可說是大致呼應本文緒論對「分離命題」的刻畫；後半段則是主張法律的實際內容、特別是道德內容應該有所限縮，因此是個規範性的主張。他本人則是將論證區分為「法實證主義」(positivism)與「道德」³⁹(moral disestablishment)兩個部分，並且側重在討論「法與道德分離」的意義，他最後正是要主張「法與道德分離」不但是個支持「法實證主義」的實踐-道德論證，同時也能夠導出：法律的內容必須要限縮在「正義責任」(duty of justice)的範圍。

首先在「法實證主義」的部分，他依循《制度法理論》的立場認為法律是制度性事實，其存在與否取決於人們的行為與實踐態度所形成的習慣，而這一切唯有經過特定形式的詮釋與描述才能加以把握；法律有效與否僅取決於制度規則所形成的形式標準。由此可知，儘管法律所植基的實踐表達出對特定(道德)價值的偏好、法律體系也明確安置了道德價值與原則，制度法理論仍然假定法律規則在性質上不必然是道德的，至少法律與道德在以下兩點存在區別：首先，確認一個

³⁹ 值得注意的是，中文一般將 disestablishment 翻為「分離」，例如政教分離 (religious disestablishment)；至於 MacCormick 提出的 moral disestablishment，正是要類比政教分離的情況，因此姑且譯為「法與道德分離」。本文隨之將論及，MacCormick 的 moral disestablishment，其意義與前面所闡述的分離命題 (separation thesis) 有著微妙的差異：moral disestablishment 的問題設定是「法律可否進行道德強制」(law's enforcement of morality)(儘管他認為這是一個容易讓人誤解的問題)，一如政教分離，涉及法律內容的限制與要求，其性質是規範命題；法實證主義者則認為他們所說的分離命題是一道關於法律本質的描述命題。這可說是 MacCormick 常以修辭技巧轉換問題設定的一個例子。

法律有效不代表國家執行該法的行為可以獲得道德證立，其次，這也不代表人民有道德義務遵循該法。所以法與道德不需是同一件事(Law and morality do not have to be identical)(MacCormick, 1985a: 7-8)。


對MacCormick而言更為重要的是實踐-道德性質的論證。換句話說，他主張不僅法與道德不需是同一件事，出於道德理由，法與道德也應有所區別。他以政教分離(religious disestablishment)類比法與道德的關係，主張分離命題的意義正是要防止道德或法律其中一方侵入對方的領域當中，因此稱為moral disestablishment。正如前述，他認為對Hart的較佳的詮釋是：分離命題的基礎在於肯認個人良知的至高性，法律的存在不代表個人就必須放棄自主道德判斷而完全採取守法行為，而這明顯是個道德理由(MacCormick, 1985a: 10-11)

不過MacCormick無意主張純粹的去道德化(amoralism)，法律不可能拒絕實現任何道德內容，就這個層面來說法律與道德不可能毫無關聯。如同本章先前的討論，無論在立法或司法，其實踐即帶有參與者有意選擇的價值判斷。就這個無法迴避的潛在矛盾，他依然從個人良知的至高性出發，主張只有維護個人道德自主的法律，對道德的強制才具有正當性。若遵循Mill或Hart的傷害原則，維護個人道德自主意指每個社會成員互負不作出任何造成其他成員應配得的利益不利影響的行為。因此若要立法履行個人道德自主的責任，立法者就必須預設「個人僅依其社會成員身份」各自應配得的利益，即涉及分配正義的理想，因此他特別稱為正義的責任(duties of justice)。至於其他可能涉及的道德內容：無論是「期望」(aspiration)、「自重責任」(self-re-

garding duties)、「愛的責任」(duties of love)，都屬於個人道德自主的領域，不應該成為法律規定的內容(MacCormick, 1985a: 32-37)。

根據以上的概念區分，他主張基於個人良知的至高性，不應立法取代個人在「期望」、「自重責任」與「愛的責任」事務上所做的判斷，僅在涉及「正義責任」的時候，法律才有干預個人道德判斷的空間。因此MacCormick的「修正的法律去道德主義」主張：不但法效力僅取決於純形式、非道德的判准，其基礎是訴諸個人良知至高性的道德原則，而這項道德原則同時也構成了對法律內容的限制。法律必然帶有一部分道德上正當的理由，而人民也必然有初步(但非結論)的道德義務遵守法律的規定。

法理學家Marmor認為MacCormick在《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》一文呈現的是規範性法實證主義(normative positivism)立場：MacCormick不但以個人道德自主的原則為法實證主義立場辯護，而且在回應批評者時甚至認為比起其他法實證主義者偏好的描述性、思辨性或科學性等類似的方法，道德論證對法實證主義而言才是最具力道的(MacCormick, 1985b: 77-79)。前面已經提及，Marmor認為MacCormick的規範性法實證主義是版本2.與3.的混合，換句話說與描述性法實證主義並不相悖。若回顧文中所謂「修正的法律去道德主義」，可以發現Marmor之所以認為MacCormick的立場與描述性法實證主義並不相悖，是因為Marmor認定MacCormick的立論基礎—從「法是制度性事實」到「法效力可憑藉單純形式基礎而確定」的主張，正是屬於法實證主義的描述性內容。



若以上對Marmor的解讀正確，那麼Marmor的看法是否妥當，關鍵在於：制度法理論是否屬於法實證主義的描述性內容？首先從《制度法理論》一書及這篇文章的內容來看，MacCormick並未明確表示他的制度法理論為描述性質，反倒是堅持法理論的任務不可能完全把實踐-道德考量排除在外；其次，在多年後的文章《Natural Law and the Separation of Law and Morals》，他希望讀者將《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》與《Natural Law and the Separation of Law and Morals》這兩篇文章視為在論點與立場上一貫並相互支持的著作；而在後面那篇著作裡，他自承深受自然法論者Finnis的影響，明白主張「制度」概念必須預設特定的道德以及法治觀點。

更重要的是，制度法理論本身從問題意識到理論概念都呈現了評價性而非描述性的特徵。在第一節曾論及，制度法理論首先將「法律是什麼」定位為「法律知識的後設理論」(meta-theory of legal knowledge)的問題，而法律知識的典範就是法釋義學：因此法律知識涉及大量實踐資訊，或用Hart的話來說，涉及發揮行為指引功能的規則體系，而法學家既要從事這些規則的體系重構就不可能不訴求一定的目的。另外同樣依照實踐資訊論，制度個例作為社會事實的存在本身就帶有特定價值：行動者透過制度個例在社會上的出現與消失能夠產生一定預期，並能夠穩定經營自己的社會生活。這種價值在MacCormick來看就是法治價值(legality or rule of law)，只不過他此時(1985)並沒有詳論法治價值背後帶有何種政治道德理想。若這裡簡短的評述正確，那麼參照Marmor的區分，MacCormick在比較像是採取立場

4.(根據某些政治道德本旨主張法實證主義)或立場5.(法理論必須涉及道德考量)，即與描述性法實證主義相悖的立場⁴⁰。



許多法理學家以1985年的《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》一文為據，將MacCormick視為規範性法實證主義的支持者。在本節，本文試圖對這種解讀提出質疑，並以Marmor對這篇文章的解讀為例，指出MacCormick後來理論有所轉向的潛在因素：MacCormick雖然已經注意到自己採取的規範論證立場與其他描述性法實證主義者的差異，卻未同時釐清制度法理論的理論性質，以致於呈現在讀者面前的是一個模糊的法理論立場，而且在部分論者眼中(如Marmor)這種立場並未根本挑戰Hart的描述性法實證主義地位。這也可以解釋為何MacCormick在90年代以後越來越少提及「法是制度性事實」這個在《制度法理論》的經典表述，改以「法是制度性規範秩序」作為他對「法律是什麼」基本看法的「實踐理性轉向」。於此同時，他的法理論也進入了新的階段。

⁴⁰ 依照Marmor的說明，立場4.與立場5.之所以與描述性法實證主義相悖，是因為立場4.顯示其試圖從法律的道德正當性問題出發導出法律是什麼，或者是預設了法律有道德正當性，前者有從應然導出實然的問題，後者則超出描述性法實證主義的討論範圍。立場5.則是試圖在方法論的層次反駁Hart「描述性且道德上中立」的法理學方法論命題(Marmor, 2011: 120-134)。

第三章 後實證主義的法概念



本文在第二章除了呈現從法是制度性事實到制度法理論的基本概念外，同時也指出制度法論者有必要清楚交待他們與法實證主義的異同，特別是法與道德存在何種關聯的看法。MacCormick過去曾明白支持法實證主義的「社會事實命題」與「分離命題」(MacCormick and Weinberger, 1986: 128-130)，但他也同時主張這兩個命題必須先建立在實踐-道德論證，而非以法律本質的描述為已足(MacCormick, 1985b: 78-80)。此外，MacCormick也曾提到「規範性的本質」、「理性行動的本質」，亦即「實踐理性」才是法理學的重要問題，而不是追問或爭論法實證主義與自然法論孰為正確(MacCormick and Weinberger, 1986: 106)，但是他並沒有說到實踐理性的進展究竟對法理論——特別是他自己提出的制度法理論——會有什麼影響。

根據MacCormick的說明，法是制度性規範秩序，其制度性特徵與非制度性規範秩序有別，而道德正是後者的標準類型，其核心概念在於道德自主，進而具有論理性與爭議性特徵。與法律的制度性特徵針鋒相對。因此法與道德在概念上有所區分。但若要更進一步理解後實證主義之所以「後」的原因，就必須考慮他所重建的實踐主體或道德主體，即特定主體能力的肯認。如果實踐哲學的主體重建成功，那麼對於法與道德的關係就得到更進一步的釐清。

據此，本章試圖從他生前最後一部著作《法與道德中的實踐理性》所提出的實踐哲學，重構「規範秩序」概念中所設想的道德主體，繼而理解整體的法概念論述。



第一節 原則、基礎理由與法律推理

MacCormick在《制度法理論》指出，法律人的工作是借助法律制度與制度規則的重構，形成一套能夠提供「實踐」與「歷時」推理的實踐資訊；但在說明法律制度與制度規則時，他同時強調法律制度並不是某種「形式主義天國」(MacCormick and Weinberger, 1986: 67)。除了透過規則指出制度性事實，「制度」這個概念還具有「社會學意義」(sociological sense)：意指當有效的法律制度進入法律推理的過程時，法律人不可能單靠規則形成結論；相對地，來自「原則」、「政策」等等論證為法律人創造例外，因此法律制度所能提供的實踐資訊無法被規則所窮盡。MacCormick因而指出：原則論證使得規則對於制度個例而言其實只是「通常必要且推定充分」(ordinarily necessary and presumptively sufficient)的有效條件，也就是說，在法律推理中為規則所支持的制度個例有可能被法官援引原則而推翻⁴¹(MacCormick and Weinberger, 1986: 72)。除此之外，MacCormick認為原則的功能是透過彰顯特定制度及其規則的內在目的，進而支持規則、排除規則、限定

⁴¹ 例如在司法程序中，對造針對系爭契約是否存在加以爭執，此際依照MacCormick對規則的看法，只要符合契約制度的創制規則，那麼系爭契約是可以推定成立的，而相對地，對造若要主張契約不存在，則負有舉證推翻的責任。

規則，並且可以證立那些通過結果考量檢驗的新裁判依據⁴²(MacCormick, 2005b: 235)。因此法律原則是「規則與價值的交會點」(meeting point of rules and values)(MacCormick and Weinberger, 1986: 73)。


詳言之，MacCormick將法律推理的結構區分為「演繹式證立」(deductive justification)與「二階證立」(second-order justification)⁴³；演繹式證立是在系爭案件所應適用的法律規則清楚沒有爭議的情況，法官直接援引該法律規則作為判決結果的依據⁴⁴；二階證立則是在系爭案件所應適用的法律規則有爭議的情況⁴⁵，法官必須就個別案件尋求可證立的裁判依據。就後者常見的情況是，法官從結果考量相對立的裁判依據究竟會導致何種可能的結果，考量的可能是「公益、便宜、

⁴² 新裁判依據是指在案件無法簡單運用演繹證立判決時，法官需要尋找新的證立基礎，關於MacCormick的法律推理理論，本文會就與本論文主旨有關的部分稍加著墨，相關文獻請參考(MacCormick, 1979 ; Feteris, 1999 ; MacCormick, 2005b ; 楊仁壽, 2013)。其中(楊仁壽, 2013)是國內少數深入研究與評析MacCormick法律推理理論的著作。

⁴³ MacCormick認為法律推理理論的核心關懷是如何證立判決結果，而非如何得到判決結果(MacCormick, 2005b: 12-16 ; 楊仁壽, 2013: 123-124)。

⁴⁴ 演繹推理的形式：有效的法律規則「在任何情形，如果p，那麼q」，接著因為出現了相當於p的事實，所以法律命題q是正當的。此處的邏輯形式無法保證前提正確，前提的正確與否是經驗問題(MacCormick, 2005b: 21-25)。


⁴⁵ MacCormick稱為「解釋問題」(規則解釋若有不同可能的結論時，援引規則就等同於在不同結論中作出選擇)與「相關性問題」(根本找不到支持判決結果的規則)，簡單來說法官似乎面臨無法律規則可援引的困境(MacCormick, 2005b: 94)。



正義或常識」等等的評價標準，而且結果考量最終不免是法官的主觀判斷。不過在法官進行結果考量時，同時必須受「一致性」(consistency)與「融貫性」(coherent)的拘束(楊仁壽, 2013: 134-136)。其中「融貫性」所要求的是：當前作成的新裁判依據，其背後所訴諸的價值，必須與既有的法體系之種種價值處於融貫的關係。因此「融貫性」要求法官必須能先「合理化」既有的法規則，此即原則所扮演的「規則合理化」角色(楊仁壽, 2013: 137)。

在稍微了解原則的定位後，本文對於法律推理理論的說明暫時到此打住。這裡較關心的是：演繹式證立所援引的法律規則為何享有「通常必要且推定充分的」的效力？MacCormick給出的答案是：因為法官負有適用有效法律的義務，而立法者的制定行為能夠使規則生效，成為有效法律(MacCormick, 2005b: 54)。若再追問：為何立法者的制定行為使得規則生效？答案是：因為不但法官之間已經習慣這樣看待自己所應適用的規範，而且社會上絕大多數公民也是這樣看待法官的義務(MacCormick, 2005b: 52-53)。很明顯地，MacCormick的一系列答案完全承襲法實證主義的想法，特別是Hart承認規則的概念，但饒富玄機的是，MacCormick認為這些答案必須預設承認規則背後有可以接受的政治價值：

正如我在前面提到的(第六章，139頁)，「對於承認規則的『內在面向』來說至關重要的是行為者的某種自覺的踐履，這種自覺，要求其努力實現承認規則所蘊含的政治價值，並以具體方式為序社會的既定秩序所體現的政治原則。」承認這一點，就會在某種



程度上使人們義不容辭地實施有效規則、權威先例或者任何其他來自於經承認標準認可的法律淵源的規則。至少，人們一定不會侷限於哈特自己對「內在面向」的討論，不但考慮「認知」要素，而且考慮「意願」這一要素...(MacCormick, 2005b: 232，我修改了部分譯文；楊仁壽, 2013: 127-130)。

本文在第二章提到，MacCormick將內在面向區分為「認知」與「意願」，這裡他則指出「意願」的要素不但意味著法官將承認規則視為判決證立的最終理由，而且是非個人主觀、屬於全體公民可以支持的「基礎理由」(underpinning reason)。「認知」要素維持了法實證主義者的社會事實命題，但唯有內在面向的「意願」要素，也就是法官所抱持的「基礎理由」才能說明法律推理中規則的地位。

換句話說，即使是再清楚不過的演繹式證立，法官援引規則的行為也是意味著他接受了特定的政治價值(MacCormick, 2005b: 61)，在二階證立則是透過原則將規則合理化並闡釋規則背後的政治價值；因此更重要的是，MacCormick必須同時肯定價值的存在，或至少不能對價值採取不置可否或是懷疑論的立場。事實上，MacCormick在1992的文章《Natural Law and the Separation of Law and Morals》一改了他對「Hart與Fuller論爭」(Hart-Fuller Debate)的既有看法，轉而傾向Fuller的主張，即法律體系的存在本身即具有道德價值。

At one time, I was inclined to agree with H.L.A. Hart that Fuller's principles, even if in some measure essential to the existence of legal systems as systems of rules, are merely technical requirements of le-

gal efficiency, not any sort of 'morality'. ... True as these observations are, they overlook the possibility that some ways of organizing human affairs can have positive value, and that this value can be moral value, even in situations in which there are countervailing moral values, even overriding ones. (MacCormick, 1992: 122-123)




簡單來說，Fuller的諸原則並非如Hart所認為的只是取向「效能」(efficiency)的技術性要求，而是具積極意義的道德價值。如果國家遵循Fuller所提出的「法治」(rule of law)形式原則，那麼將會實現獨立於其他實質道德價值之外的「法治價值」(MacCormick, 1992: 123)，特別是阻止了未來可能出現的恣意或專斷。

據此，MacCormick不但肯定有效法律有道德價值，他同時主張一般公民「有理由」設想一個有效的法律體系，按照Finnis的說法，因為有效法律體系的固有特徵，例如公開性、權威性與可決性⁴⁶，能夠在實踐推理的領域解決協調問題：

What then is the difference between practical reason as manifested in legal practice and practical reason as displayed in moral life? The answer lies in the elements of publicity, authority and determinacy special to law....As Finnis well remarks, even a community of angels would face co-ordination problems soluble only under the authority of some common public rules...it is reasonable to institutionalize law, legal judgement, and legal reasoning. (MacCormick, 1992: 119-120)

⁴⁶ 這三個特徵後來成為後實證主義的法概念核心特徵，在《法律制度論》稱為制度性(institutional)、權威性(authoritative)與終局性(conclusive)。



法律之所以合理，係出於其固有特徵及在人類社群生活中所扮演的角色，而非出於任何人的恣意專斷(MacCormick, 1992: 121)。詳言之，法律的固有特徵使得它能夠處理協調問題：與賽局理論所設想的單一價值進而形成的解題架構不同，在現實生活人們所面對的是價值多元以及價值彼此不可通約的情境。因此人們所欲協調的不只是解決問題的方案，更欲為當下的實踐問題是什麼(應以何種價值取向呈現)尋求協調，例如前面曾經提到，在裁判的結果考量不一定有單一面向的評價標準，評價標準可能是多重面向(Lucy, 2002: 236-238)，其中無法強為不同的價值進行排序。據此，如果人們將實定法排除於想像之外，他們會驚訝地發現平日能用以協調的實質道德規範是如此之少，儘管法律不一定完美，卻經常是人們用以解決協調問題的方法。

MacCormick因而得出重要結論：從道德的觀點，法律「排除或限制人們在協調框架以外行動的正當性」(MacCormick, 1992: 125)，也就是說，法官之所以從事演繹式證立，其未言明的是訴諸獨立於其他實質價值的法治價值，即發揮協調人們行動的功能。


不過這一切都沒有正面回應價值是否可知的問題。若採取價值多元論與不可通約論的立場，那麼就很難清楚判斷法官的規則演繹，或是對裁判依據的結果論式證立，其基礎理由究竟是客觀的價值還是主觀的意見。這將使得法律推理所能發揮的證立功能十分受限；不但沒有單一的客觀基準，縱令考慮種種的基準，亦不免回歸主觀判斷的本質(楊仁壽, 2013: 134-135)。法理學家William Lucy即質疑：休謨式(Humean)價值不可知論的立場，比起價值可知論的立場更能夠與價值

多元論以及不可通約論相容⁴⁷，但休謨式價值不可知論卻是在《法律推理與法律理論》第二版序言所明白拒斥的立場，MacCormick究竟如何調和他始終堅持的價值多元論以及後來採取的價值可知論，其間需要更多論述予以釐清⁴⁸(Lucy, 2002: 236-238)。

MacCormick對於Finnis自然法論的接受則僅止於共同善與價值多元性兩個概念，至於是否應該與Finnis一樣認為世界上存在著不證自明的基本善(basic good)清單，他持十分保留的態度。因此就價值是否可知的論證，他毋寧接受Habermas與Alexy的看法，認為道德價值並非抽離於人們所處的歷史和社會脈絡，其為人所知，是因為在人們所處的歷史和社會脈絡中，各自所持的價值立場能被理性地視為客觀的(are capable of being rationally deemed objective)(MacCormick, 1992: 128)。至此，後續要處理的重要問題將會是：MacCormick如何認為人能夠在價值與價值之間運用理性做出道德判斷？對MacCormick而言，符合以上條件的實踐推理結構，其固有特徵是什麼？

⁴⁷ 簡單來說，依照價值多元論與不可通約論的立場，理性無法預先排定價值的順位，因此依照Hume的情感論，「儘管理性是我們使規則體系確保一致或協調的指針，但我們之所以在具體行為中遵循它，也是因為在情感上願意如此」(MacCormick, 2005b: 260)。理性只能有限度地影響實踐，但無法終局決定實踐；應當如何實踐的問題最終仍然歸諸推理者的主觀情感。

⁴⁸ 學者楊仁壽即批評：MacCormick「本身未弄清楚結果主義論法所具有上述構造，有時強調『主觀』的契機，有時強調『常識』的契機，而且在很多的場合，為讓兩契機照樣表現融合狀態，他的論述似乎常令人難以理解」(楊仁壽, 2013: 149)。



無論如何，他在《A Moralistic Case for A-Moralistic Law》呈現的規範性法實證主義命題是「我們應基於道德理由避免將法與道德問題混為一談」，直到《Natural Law and the Separation of Law and Morals》的「有理由設想」一語，他才呈現其真正的意思是「我們應基於道德理由設想一個與道德有別、制度化的實踐體系」；因此若回到Marmor對於規範性法實證主義的分類，會發現Marmor將MacCormick視為帶有描述性命題的規範性法實證主義者是不妥當的⁴⁹，他的法理論在這個階段毋寧是出現了「實踐理性轉向」。不過透過共同善、價值以及道德認知立場的討論，可以看到他最終必須清楚交代一個可以整合非認知論以及認知論的價值理論或實踐哲學。

⁴⁹ 前面曾經提到，Marmor將MacCormick的規範性法實證主義立場視為版本2.與版本3.，也就是帶有「P是事實」(法實證主義的描述性命題)的立場。


第二節 合理性與情感：實踐理性的基礎



一、人是規範運用者

MacCormick為了回應William Lucy的疑問，在生前最後一本專論《法與道德中的實踐理性》完整呈現他的實踐哲學。同時，這部著作所呈現的實踐哲學也是為《法律制度論》所提出的後實證主義法概念「法作為制度性規範秩序」(Law as Institutional Normative Order)建立理論基礎。依照《法律推理與法律理論》第二版序言提供的線索，其實踐哲學的構想是放棄原先休謨式(Humean)立場，而採取混合Kant與Adam Smith的立場。他認為前後立場最大的差異，在於「理性可否實踐」(Is reason practical)的問題，也就是「實踐理性是否可能」的問題。其中，Hume採取否定的立場，其認為實踐的對錯取決於是否能夠引發觀察者的情感認同，而不是取決於理性運作，所以真正能決定實踐的是情感反應(吳瑞媛, 2015: 29)；而Kant則是採取完全肯定的立場：他在晚年完全投入於建構一套先驗哲學，以解釋「純粹理性」與「實踐理性」知識之所以可能的必然預設(MacCormick, 2008b: 1-2)，對於Kant而言，對於實踐問題而言最重要的是理性主體所持有的自由與自主，即理性主體只受其自身理性能力制定的法則(道德事實或理由事實)所拘束，不受其他外在因素影響(吳瑞媛, 2015: 30-31)。

不過將Hume與Kant視為對立關係是過於簡化的說法，也未觸及MacCormick實踐哲學的核心。他之所以將自己的實踐哲學背景建立在Kant與Smith的思想，是因為Kant肯定實踐理性的可能性，至於Smith



則指出了人性形成社會秩序的可能性⁵⁰，兩者的整合在他看來即意味著在新教自然法傳統影響下肯定個人自主運用規範的能力、無須假外在權威作為肇因⁵¹。據此，對於「理性可否實踐」的問題，MacCormick不但給予肯定，並且主張：「人(首先)是個規範運用者」(norm-user)(MacCormick, 2008b)。以下本文即先呈現這個核心主張的論證。

首先，「理性可否實踐」或「實踐理性是否可能」是個什麼樣的問題？MacCormick認為這個問題主要問的是人的理性能力是否能夠為實踐判斷提供理由，而且是證立性的理由(justificatory reasons)。所謂證立，即是要證明從任何關於某個實踐問題的客觀性觀點來看，都應該要依照某個實踐判斷行事，因此他認為證立不外乎是將某特定的實

⁵⁰ 後面將會提到，Smith的人性觀認為人天生有同情共感(sympathy)的能力，也因為人與人之間不是相互孤立，因此這種心理能力使得我們能夠分享他人的感受，進而協調自己的行為，與他人互動。同情共感是社會得以維持的條件。

⁵¹ Hume其實否定的是「理性作為肇因」，在他看來情感才是肇因。不過無論是Hume、Smith或是Kant，他們所代表的倫理學觀念都深受當時新教自然法觀念所影響，特別是個人判斷的自由、自我控制與自主的觀念都來自於新教對於個人直接解讀聖經以接受神的旨意、拒絕固有不可質疑的教會權威充作人與神媒介的堅持。若從這個歷史背景來看，Kant與Smith倫理學說的整合即並非偶然、即興的創作(MacCormick, 2008b: 98-99)。固然，如果忠實解讀Kant與Smith的著作，不一定能夠得到類似的結論，MacCormick深知此點，他明言自己是訴諸理論的說服力而不是符合原典的程度(MacCormick, 2008b: 64)。

踐判斷「普遍化」⁵²(MacCormick, 2005a: 98-99)。此外，這裡的實踐判斷，是指人在面臨道德(morality)問題所做的決定，其性質偏重於「對與錯」的判斷，而不是關於「怎麼樣才是美好人生」的倫理(ethics)問題(MacCormick, 2008b)⁵³。


另一個需要說明的是rationality與reasonableness之間的概念區別，兩者分別代表看待理性狀態的兩種觀點：rationality代表的是「目的取向」(goal-orientated)觀點，即認為理性的基本任務是考慮能夠最大滿足行動者總體目標的行動方案(Scanlon, 1998: 191-192 ; Wallace, 2014)；至於practical reasonableness代表的觀點則是「價值取向」(value-orientated)，即認為理性考慮的是「何為正當」以及「何為善惡」，因此rationality與reasonableness的差別在於後者考慮行動的道德

⁵² 在後面將會說明「普遍化」的意涵。

⁵³ Habermas認為，生活世界的合理化迫使現代人同時思考：「對文化傳統、特定民族認同等問題的反思，乃是在追求『自我實現』」，即「倫理的」問題；以及「對個人人格與生活歷程的反思，追求的是『自我決定』」，即「道德的」問題(顏厥安, 2005: 207-208)。

要素，前者則只考慮行動的效率⁵⁴。若作較廣泛的理解，reasonable或reasonableness通常用在反省行動者的判斷與實踐資訊間的符合程度，例如行動者漏未考慮或未能妥善回應個案中特別重要的實踐資訊(Scanlon, 1998: 32-33)。如同方才所言，MacCormick首要探問的是人的理性能力(reason, 吳瑞媛, 2015: 23)是否能夠為行動提供證立的理由，所以理性(rationality)確實可能為行動提供證立，但從合理性(reasonableness)作為全然理性狀態的觀點來看，很多情況中具備理性(ra-

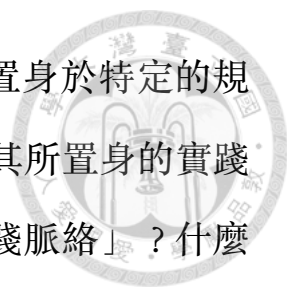
⁵⁴ Alexy認為rationality的概念可以用邏輯、目的/手段推論以及可驗證性三個要素來理解，在他看來rationality也可以是理論理性。相對地，reasonableness一定涉及實踐，所以若有人提及practical rationality(rationality前面加上practical)，這個用語與reasonableness之間就難以區別，容易造成誤解(Alexy, 2009: 5-7)。對此，在《理由轉向：規範性之哲學研究》的導論，學者吳瑞媛認為rationality就是理性，即主體發揮認識與回應理由能力(又稱為理性能力，reason)的品質；換句話說，理性是指維持行動合乎理性要求的程度，其中又可分成全然理性、起碼的理性以及根本不理性(吳瑞媛, 2015: 23-27)，因此就Alexy所提到、妾身未明的practical rationality，或許可以對應到這裡的全然理性。此外在用語上，學者周明泉透過對哲學家W. M. Sibley、Rawls以及Finnis對rationality以及reasonableness的解讀而指出：reasonableness在中文應被理解為「可被理性的性質」、「可被理性的狀態」或「可被理性的程度」，旨在呈現行動者從自由意志轉化到可以達至理性程度的動態過程，與rationality(合理性)之間有著不可互相推導而得，但有所互補的概念關聯(周明泉, 2012: 121-123)。本文認為這個見解相當值得參考，特別是在中文呈現上更能看出practical reason(實踐理性)、rationality(合理性)以及reasonableness(可理性程度)三者之間的差異。惟就本文對既有文獻的掌握，只要不特別提及practical rationality，rationality(理性)與reasonableness(合理性)的翻法雖有商榷空間，卻是國內常見的翻法，因此本文往後仍將rationality翻成「理性」、reasonableness翻成「合理性」，並加註原文以為區辨。



tional)品質判斷也有可能是不合理的(unreasonable)，理性(rationality)僅說明了當前所採取的手段確實能夠實現行動者所追求的目標，卻不一定能夠為行動本身提供證立⁵⁵。將兩種理性觀視為正義論基本區分的美國政治哲學家Rawls即言：「常識把『合理的(the reasonable)』理解為包含道德感的道德觀念，而『理性的』(the rational)則不是這樣的道德觀念」(Rawls, 2002: 8-9 ; Alexy, 2009: 6)。既然理性(rationality)的概念不足以回答「理性可否實踐」，那麼合理性(reasonableness)所具備的道德感或道德反省要素又是否能夠充分回答這個問題呢？MacCormick的理論企圖，就是要證立一種實踐合理性(practical reasonableness)概念，其中理性能力的發揮確實影響道德判斷的對錯。

依循上述的理解，MacCormick將錯誤(wrongness)界定為一種排他性理由：若特定的行為選項在某人所許諾的實踐脈絡中被視為是錯誤的，那麼它應該被排除在合理的實踐思慮之外(MacCormick, 2008b: 47)。當錯誤的行為選項被標示出來後，它所代表的意義是除了錯誤的選項必須排除、毫無考慮空間外，所有其他非錯誤的選項(non-wrong options)都是在實踐思慮中可行的，接下來該怎麼做、甚至是不作為，皆取決於行動者的裁量，MacCormick稱為規範自由(normative liberty)，也就是說錯誤/非錯誤的區分為行動者形成了自由的空間(MacCormick, 2008b: 50)。因此透過對錯誤的界定與分析，行為的對

⁵⁵ 不過採取合理性(reasonableness)作為理性狀態尺度的論者就必須先說明：他們所持的合理性(reasonableness)概念所指為何，由此衍生出合理契約論以及言說理論兩種理論取徑，詳見後述。




與錯(嚴格來說是錯與非錯)在概念上預設了行動者已置身於特定的規範秩序中。但關鍵問題始終落在行動者的實踐推理與其所置身的實踐脈絡究竟有何關聯，以及更根本的疑問：什麼是「實踐脈絡」？什麼是「合理的實踐思慮」？MacCormick在《修辭與法治》與《法與道德中的實踐理性》兩本著作中，以英國著名的「分割連體嬰案」(the conjoined twin's case)為例開啟這一系列的討論。

「分割連體嬰案」(the conjoined twin's case)的案情如下：2000年，英國聖瑪利醫院出生了一對連體女嬰Jodie與Mary，她們臀部相連，共用胸部與腹部的器官，而Mary的心肺沒有功能，因此她是完全依賴Jodie的心血管系統存活下來。根據醫生的診斷，如果不儘快將她們分割開來，屆時Jodie將在一週內死亡，兩個都無法存活；分割開來，則Mary必須犧牲。連體嬰的父母是天主教徒，他們在得知醫生的診斷後，反對進行分割手術；然而，聖瑪利醫院對此有不同的看法，他們認為與其讓兩個孩子都死掉，不如至少挽回其中一個的生命，為了Jodie的最大利益，他們支持分割手術。於是他們採取法律途徑，希望公權力能夠同意分割手術的實施。法院判決分割手術是合法行為，並授權醫院進行手術進程，結果一如預期，Mary在分割後死亡，Jodie得以存活⁵⁶(孫效智, 2001: 407 ; Del Mar, 2012: 252)。

如前所述，MacCormick之所以討論本案，關注的是：在道德層面，實踐理性是否能夠為道德判斷提供證立的理由？每一個關注此案


⁵⁶ 國內關於此案的鋪述、各方立場以及倫理學層面的評論，請參考(孫效智, 2001)。



的人如何運用各自的理性進行合理的實踐思慮？在各自的理性運作中實踐脈絡又是怎麼出現的⁵⁷？以本案為例，事件的發生引起各種不同的反應，有些人持天主教或英國國教會的教義認為在任何情況下殺害無辜的Mary都是錯誤的行為；有些人持「救人是醫生的天職」而認為對因手術而可能存活的Jodie見死不救違背了醫生執業的原則；也有人認為生命都是可貴而無價，因此拿Jodie的生命價值與Mary的生命價值權衡比較是不可行的；但更有人認為在連體嬰的情況應例外允許我們對兩者的生命價值進行比較...(孫效智, 2001: 408-413)，在不同的反應背後所未言明的是，爭論中的彼此共享一套對行為肯否的理解，即使是本案所引出的道德難題，其之所以被視為難題也正是因为關注本案的人們知道生命價值對當事人而言是重要的，至少藉由觀察也會明白並相信這些當事人或是關注本案的其他人重視的是生命的價值、信仰的份量以及社會福祉等等。這些零零總總的偏好與期待，不一定會清楚展現在外在的行為態度上，卻能夠透過非強制、非暴力的言說形式為他人所知。

Hobbes的契約論觀點可能會認為上述的實踐脈絡難以維持，特別是欠缺維持和平的條件，「沒有武力的契約只是說說而已」(Covenants without swords are but words)(MacCormick, 2008b: 54)，唯有以武力支持的主權者創造以制裁為後盾的和平，才能確保每個人一如他人預期般行事。換句話說，每個人在實踐推理時，主權者已經規


⁵⁷ MacCormick對此案也有法律推理上的分析與評論，請參考(MacCormick, 2005a: 90-91, 105-108)。



定了與判斷相關的實踐脈絡為何，並且以制裁使得每個人出自免於受罰的理由而不得不以主權者所給予的實踐脈絡進行判斷。若以「合理性」(reasonableness)理解實踐理性的意涵，那麼Hobbes也可說是實踐理性的懷疑論者，蓋如前所述，Hobbes認為理性(rational)的人對於如何對待他人的問題，並沒有獨立於利己論的考量，因此人只能展現理性(rationality)而無法展現合理性(reasonableness)；在每個人都出於利己的理性判斷下，社會中的實踐衝突只有訴諸絕對的政治權威的決斷才能得到解決(許漢, 2009: 41)。此際，MacCormick面對的理論兩難是要不承認實踐脈絡太不穩定而無法提供行動的證立，要不就接受Hobbes的想法，將實踐脈絡歸諸於人的理性計算能力。他不可能接受後者：Hobbes的人性觀否定人一開始具備運用規範的能力，在規範運用的活動展開前，人們必須先仰賴一個規範給予者，這否定實踐合理性的可能，同時也意味著否定每個人有依照自己判斷的理由行事的權利。

Kant的倫理學則是提供另一種可能，蓋Kant倫理學的核心概念是「自由」，Kant對自由的理解是「除了主體自身的理性，不受任何經驗條件的約束」，也就是理性主體只受自身理性能力制定的法則所拘束：Kant所提出的「定言命令」要求行動者將行動的原則置於可普遍化的檢驗下，使得行動的原則成為普遍法則(吳瑞媛, 2015: 31-32)。

可普遍化的檢驗意味著一項行動的證立僅與抽象的法則有關，無須訴諸任何經驗，因此可以避免上述實踐脈絡的不穩定問題。然而Kant對於理性「經驗運用」與「先驗運用」的二分，在實踐領域是否




真的妥適？學者林遠澤即指出，肯定實踐理性的倫理學除了必須證立規範奠基的有效性外，同時必須證立人的理性能力如何進行規範的情境詮釋與如何產生規範遵循的動機(林遠澤, 2012: 288-289)。詳言之，即使在理想情境中某個普遍法則有效，也不代表這個普遍法則能夠適用在具體個案，而在具體個案中得到某個規範結論也不代表當事人有動機遵循結論行事。首先在具體情境的適用時，實踐理性的任務在於「中介普遍規範與特殊情境之間的實踐領域落差」(林遠澤, 2012: 290)，此際「特殊情境」⁵⁸對普遍法則造成「事實的構成」與「意義的整體關聯」兩部分的挑戰：

當我們指出我們處於某特定的情境時，這其實已經是從原本無限複雜的生活脈絡中割離出一個片段，以進行特定視角的解釋。然而，對於任一實踐情境的解釋，都預設了我們是在某種價值觀或人生觀的意義整體關聯性中，對於某些規範要求的特別關注。例如逃獄這個問題，它可以放在不遵守國家法律是否會形成對信守承諾這個基本價值的傷害。但同樣地，它也可以放在家庭責任的脈絡中來看待。就後者的脈絡而言，蘇格拉底如果不逃獄，那麼就會像克里托所說的，他會忽略他也應當有照顧家人的責任。(林遠澤, 2012: 292)

蘇格拉底面臨應否逃獄時，其兩難在於規範的情境詮釋階段導出了兩個完全相反的結論，反映在「分割連體嬰案」的爭議更是如此：來自宗教的、效益論的、義務論等等角度對此案的評判，看似各自提出了言之成理的規範依據，例如「不可以殺人」、「兩權相害取其輕」或

⁵⁸ 也就是相對於「理想情境」的「現實情境」。




「醫生的天職是救人」；但在加入具體情境後，會發現各自的普遍法則無法為此案提供穩定的實踐脈絡：例如抱持「不可以殺人」的論者可能會反對「醫師天職」的支持者將Mary看成是先天性腫瘤(孫效智, 2001: 409)，或是反對效益論者根據身體狀況想像Jodie的人生比Mary還來得有價值。

道德個別主義即是鑑於以上困難而反對普遍法則的構想。要之，道德個別主義反對的是對於行動的證立，理由具有普遍的性質⁵⁹，其主張道德判斷並不是依循一本寫好的規則手冊行事，個別情境的掌握與反應才是做出正確道德判斷的關鍵，而這必須仰賴個人的實踐智慧或判斷力；普遍法則不一定能夠為道德判斷提供指引，甚至可能有害。MacCormick認為道德個別主義所彰顯的是所羅門王的智慧：英明的所羅門王在裁決小孩歸屬於哪位婦人時，用刀劍劈開小孩的威嚇判斷出誰才是小孩真正的生母並將小孩判給她(MacCormick, 2005a: 78-100)。

MacCormick肯定道德個別主義的洞見：道德判斷不是規則手冊，其並非由永恆不變的法則所支配，但他並不因此捨棄普遍化的可能性。他指出普遍倫理學的應用困境來自於各種價值在概念層次上無法相互通約，不一定能夠形成一個對所有人而言都普遍有效的客觀價值位階(MacCormick, 2008b: 37-38)，例如很難說對所有人而言生命的

⁵⁹ 道德個別主義的代表人物Jonathan Dancy即主張「理由的整體論」(holism of reason)：一項事實之所以成為理由與許多情況特色有密切關係，因此一項事實是否能夠成為支持特定行為的理由，必須考慮個別情況的特色，而不是看它是否為某個普遍法則所支持。關於道德個別主義及理由的整體論，國內相關文獻請參考(祖旭華, 2010；吳瑞媛, 2015: 37-39)。



價值一定是高於自由，於是每當遇到生命與自由的價值衝突時，自由就必須退讓⁶⁰。不過，如果普遍化的意思是對所有人而言在同樣情境都能夠合理接受的理由，那麼在個案的價值衝突中形成合理的道德判斷仍然可行，理性也因此是實踐的。因此所羅門王的故事除了突顯裁判者應具備的道德直覺以及智慧，他提醒讀者裁決的依據其實是「孩子歸生母原則」。若將所羅門王的裁決理由改寫成：「在同樣情境不變下，依循『孩子歸生母原則』是對的」，那麼人們會開始追問此原則在哪些情境可以適用、哪些情境不可以適用(容許例外)，接著也不得不追問此原則之所以能夠成立的理由是什麼。這意味著即使普遍倫理學的構想並不完全成功，道德主體仍然要舉出理由將個案判斷的理由普遍化以證立其判斷(MacCormick, 2005a: 88-91)。

最後，除了將道德判斷的結構朝個別情境的普遍化作修正，MacCormick之所以引入Smith的道德情感論，是為了說明判斷者為何會有形成道德判斷的動機(MacCormick, 2008b: 62)。在Smith的道德情感論，同情共感是人天生具有的能力，其特殊之處在於它可以超越既有的人際關係，即使是一個陌生無利害關係之人的遭遇也能夠引發判斷者的情感；也正因判斷者在感受陌生人情感時，會同時注意到陌生人與自身的殊異感，繼而也開啟反省自身所處位置的契機(Sen, 2013: 187-207)。根據上述對於Kant與Smith倫理學的鋪述與修正，Mac-

⁶⁰ 因此即使任何人透過反思而得以理解不同立場背後依據的最終價值，也會因為價值彼此不可通約而無法再追問其間的價值排序。

Cormick將整合兩者的道德證立程序稱為「斯密式定言命令」(Smithian Categorical Imperative)。



二、斯密式定言命令

他的斯密式定言命令(Smithian Categorical Imperative, SCI)包含一道主要公式：

Enter as fully as you can into the feeling of everyone directly involved in or effected by an incident or relationship, and impartially form a maxim of judgement about what is right that all could accept if they were committed to maintaining mutual beliefs setting a common standard of approval and disapproval among themselves.

伴隨著一道輔助命令：

Act in accordance with that impartial judgement of what it is right to do in respect of the given incident or relationship.(MacCormick, 2008b: 64)


這道命令所要求的判斷程序可以依序分為「進入當事人的情感」、「公正地形成判斷」、「普遍化」以及「依判斷行動」四個階段，充分呈現道德主體從單純情感到依照道德判斷行動的流程。以下分別說明這四個階段的細節。

前面曾經提到，斯密式定言命令是整合Kant與Smith的理論構想，而不是對於兩者道德學說的忠實解讀。乍看之下，斯密式定言命令似乎將規範奠基、情境應用以及遵循動機通通整合為一組定言命令，

不過是先驗普遍法則的變形。然而與Kant不同的是，這道命令要求的第一個判斷階段是訴諸「自然法則」(universal law of nature)(MacCormick, 2008b: 64)，因而包含(Smith與MacCormick)對人性的看法，涉及的正好是Kant及受其影響的普遍倫理學未能完全企及的道德心理學層次⁶¹。至於自然(或說人性)法則，則是在《The Theory of Moral Sentiments》開頭提到的「同情共感」：

人，不管被認為是多麼的自私，人性中顯然還有一些原理，促使他關心他人的命令，使他人的幸福成為他的幸福的必備的條件，儘管他從他人的幸福得不到任何好處，除了看到他人幸福，他自己也覺得快樂。屬於這一類的原理，是憐憫或同情，是當我們看到他人的不幸，或當我們深刻懷想他人的不幸時，我們所感覺到的那種情緒。我們時常因為看到他人悲傷而自己也覺得悲傷，是一項顯而易見的事實，根本不需要舉出任何實例子以證明；因為這種同情的感覺，就像人性中所有其他原始的感情那樣，絕非僅限於仁慈的人才感覺得到，雖然他們的這種感覺也許比什麼人都更為敏銳強烈。即使是最殘酷的惡棍，最麻木不仁的匪徒，也不至於完全沒有這種感覺。(Smith, 2009: 25)

⁶¹ 換句話說，言說理論在遇到普遍法則的規範性時總是有意保留其理想與現實的落差，避免落入自然法論或是實然與應然不分的批評，例如說將言說規則視為最普遍的人類生活形式(Alexy, 1996: 217-218)，繼而將不願意遵守言說原則的人們視為「從來沒有參與過人類活動的人」、「終將導致精神分裂與自殺」(Habermas)、或是將是否遵循言說規則歸諸於個人的存在主義決斷(Alexy)。相較於此，MacCormick可以說是直接將運用規範的能力，乃至於進一步參與言說的能力建立在人性(即同情共感)之上。



情感不是理性的反面，而是人對身處環境的反應與評論(Sayer, 2008: 52)。「同情共感」是指我們能夠設身處地想像：在相同情境下自己的反應是否與他人實際表達的情感相符，即將他人的情感視為一種認知性、可與自身共享的體驗。據此，如果想像的結果是與他人實際的情感相符，則會產生贊同的反應，反之若差距太大則會產生厭惡或不認同的反應。基於這個體驗，當我們注意到他人贊同或厭惡的反應時，也會注意到他人的反應也是出於「同情共感」(堂目卓生, 2012: 25-29)。但他人的反應並不當然代表我們「有義務」維持或調整自己的行為，就「是否有義務」去維持或調整行為的問題，還必須加上後面判斷。

在第二個階段，MacCormick引入Smith「公正旁觀者」的概念。Smith認為一般人在進行道德判斷時，內心都有一個「公正旁觀者」，其扮演的角色是幫助做合理判斷。當然，「公正旁觀者」是一種推理觀點，其處理的對象是個別情境中對外現象所引發的贊同/反對的情感，它將，用「公正」的觀點看待自己的贊同/反對的情感，並且。因此「公正旁觀者」是一種約束或自我調整的能力，但「公正」的意義不是與任何有立場的事物保持距離，而是涉及「想像」：

To judge of ourselves as we judge of others...is the greatest exertion of contour and impartiality. In order to do this, we must look at ourselves not the actors, but the spectators of our own character and conduct...We must enter, in short, either into what are, or into what ought to be, or into what, if the whole circumstances of our conduct were known, we imagine would be the sentiments of others, before we can

either applaud or condemn it.(Del Mar, 2012: 246, 轉引自(Raphael, 2007: 35))



簡單來說，「公正旁觀者」是道德主體暫時離開自身所處的立場，想像自身的行為(也就是有待檢驗的判斷)會引起他人什麼樣的反應(贊同，或是反對?)。想像力的發揮意味著「公正旁觀者」所考慮的「他人」是依賴於道德主體身處的社會，而非毫無限制地想像超脫於社會的「他人」⁶²，而MacCormick對想像設下的限制，則是「想像的他人」必須是置身在一個能夠維持互相期待、互相信任的社群。

據此，一個道德判斷之所以是合理的，其實踐脈絡既不是外在權威的介入，也無法單憑道德主體的理性能力自行產生，而是依賴判斷當下建立的想像社群：在這個社群裡，所有人有著建立贊同/反對共通標準的相互信念。因此MacCormick對「普遍化」過程的理解不再是康德式理想道德所欲達致的「普遍法則」或「規範奠基」，那種「普遍-立法」模式不但過於抽象，而且在他看來，這種模式忽略了人首先是個規範運用者(norm-user)，也就是說並不是在各種規範(無論是道德規範、宗教規範或是實定法規範)出現之後，人才懂得運用規範；在各

⁶² 此處對「公正」的說明是結合MacCormick《法與道德中的實踐理性》的論述以及Maks Del Mar的批判式解讀。後者在解讀何謂「公正旁觀者」時批評MacCormick過於忽視Smith強調的想像力，而將「公正旁觀者」直接視為道德主體的社會性或社會化人格(Del Mar, 2012: 246-247)。本文認為Maks Del Mar批評的本意在於提醒讀者不可將MacCormick的立場誤解為「公正」就是跟從社會大眾的主流判斷，並非根本反對MacCormick對「公正」的看法。其實社會化的過程裡教養、教育或者習性的養成同時也是想像力的練習，兩者並不衝突。

種規範出現之前，人便具有想像他人可能的眼光、運用規範調整行為的能力。



所以在第三個階段中，能夠證立「公正旁觀者」形成的判斷的是「個案-裁判」意義的普遍化，即意在融合道德個別主義的洞見：將情境應用的適合性以及規範遵循的可期待性視為實踐理性首要的任務；如前所述，這項任務的第一個階段必須以人類情感的自然化論述(naturalistic account)為始；於此同時，證立某個道德判斷的理由必須通過普遍化的檢驗⁶³。什麼是理由的普遍化呢？前面曾提到，道德判斷較接近法院的裁判而不是立法者的指示，在每一次面臨個案的當下個人才會知道要判斷的對象是什麼，而這些道德判斷的對象以及承載的道德份量都會隨著時間以及社會變動而改變。所以普遍化並不是指回到Kant的路線去設想一個對所有人都有效的普遍法則，而是借助目前普遍倫理學的看法(Alexy, 1988: 48-59；李俊增, 2007: 294-303)，將可被

⁶³ MacCormick反駁道德個別主義的主要論點即是：「行動的證立理由在概念上既不同於解釋性理由，亦不同於促進性理由」。一個人為什麼想做x，這一欲望是否足夠強烈以致它將促使我採取追求x的行為，乃是一些有趣而重要的問題。但是去追求或得到x是對是錯，則又是另外一個問題。一個人是否有正當理由去追求或得到x，完全不同於我是否有任何促進性理由去追求它。因此，他認為特定的事實或特定的動機要想成為行動的證立理由，它們必須涵攝於普遍表述的相關行為原則之下，即便此普遍性表述通常被認為是可廢止的(MacCormick, 2005a: 98-99)。

普遍化的理由視為對所有人而言在相同情境都能合理接受的理由⁶⁴。因此如同前面所羅門王的例子，普遍化的意思是指「對於當下情境有理由獲致決定的個例而言，必須能接受同一個決定也是適用於所有相同情境」⁶⁵(MacCormick, 2005a: 21)。

例如在「分割連體嬰案」，連體嬰的父母出於親子關係成為當事人，他們對於判斷的感受透過這層關係被MacCormick心中的「公正旁觀者」所注意到，「公正旁觀者」也認為親子關係中失去任一個孩子而感到痛苦悲傷是任何人在相同情況下都會產生的反應，因此反對分割手術是在這些當事人間可被贊同的決定。根據這個判斷的結論，他批評「分割連體嬰案」的司法判決沒有認真考慮父母的感受(MacCormick, 2008b: 177-178)。

⁶⁴ 所謂的普遍倫理學是指美國哲學家Thomas Scanlon的合理契約論，以及德國學者Habermas、Alexy發展的言說理論。儘管合理契約論與言說理論各自的發展背景不同，但兩者都主張：行動的證立取決於是否能夠普遍化；同時普遍倫理學也旨在提出一套檢驗能否普遍化的標準(MacCormick, 2005a: 21)。

⁶⁵ 此外，MacCormick也指出目前道德心理學的成果也能夠支持此處「合理性」與個別情境的關聯。例如美國法學者Heidi Li Feldman指出，所謂法律上「盡一般合理注意」的人(the reasonable person)，其推理結構並不是根據(如法律經濟分析所設想的)獨立於社會脈絡的狀態，而係根據觀察自己與社會脈絡的關係形成的相對參考點進行得失評估(Feldman, 1998: 49-54)。

三、道德的概念與自我控制



最後是第四個「依判斷行動」的階段，也就是實踐理性面臨規範遵循的動機問題，「為什麼要依照實踐推理的結論行動」？Hume的情感論即認為情感說明了動機，換句話說情感是意志所遵循的對象，理性只是幫忙或調整動機，無法終局決定實踐(吳瑞媛, 2015: 29-30)。在康德式倫理學中，這將意味著人的行動為外在於意志的對象所決定，因此不是自主的：自主是意志只遵循加諸自身的法則(law onto oneself)，不涉及其對象所構成的外在標準(Darwall, 2006: 301)。加諸自身的法則是實踐推理所產生的結果，但運用實踐理性時其形式又預設意志自主⁶⁶(MacCormick, 2008b: 66)，因此道德自主不僅是實踐推理的預設，也是遵循動機的來源。

MacCormick承認動機問題迫使他不得不區分「理想」(ideal)與「現實」(actual)。理想的情況，斯密式定言命令為應該如何行事提供了理由，而且「普遍化階段」預設了一個互相期待、互相信任的想像社群，在這樣的想像社群裡，每個道德主體不但能夠自主形成道德判斷，不受外在的強制或壓迫，而且在自主形成道德判斷時，也會注意到自身對其他道德主體的正當要求同時構成了其他道德主體對自身的正當要求，因此道德自主與動機在理想的情況能夠相容。然而實際生活裡人不一定能夠如此堅定地遵循道德自主判斷的動機，特別是與主


⁶⁶ 「...當主體所依據的行為原則具有普遍法則的形式，主體就只受制於自己本身的理性，而不受任何經驗性條件的約束，此時主體才是自己的主人，...」(吳瑞媛, 2015: 32)

流的意見不盡相符的時候，不想違背主流的期待而從眾是十分常見的現象。



這並不代表現實中理性對實踐毫無影響。英國學者Maks Del Mar在詮釋斯密式定言命令時，即指出定言命令有「強解讀」與「弱解讀」兩種方式，強解讀的定言命令要求我們必須遵循客觀法則的指示；弱解讀的定言命令並非旨在尋找客觀法則，而是要求隨時自我檢視、自我批判(Del Mar, 2012: 237)。他認為，斯密式定言命令屬於「弱解讀」的定言命令，也就是說命令的「遵循」不只有「做出某個行為(action)」的意義，毋寧主要是自我批判、檢視自己某段活動(activity)的意義(MacCormick, 2008b: 10-12)。據此，當下無自覺地從眾或道德軟弱將成為後續一系列自我批判的對象；同時自我批判也意味著隨著情境作出的道德判斷總是有面臨錯誤以及修正的可能性(Del Mar, 2012: 238)。從這個區分也才能夠理解MacCormick為什麼偏重的是行動的證立，而說「行動的證立理由在概念上既不同於解釋性理由，亦不同於促進性理由」(MacCormick, 2005a: 98-99)。


在斯密式定言命令作為自我批判的理解之下，道德自主的概念除了自我主宰、不受他人限制的意義外，也包含了「自我控制」(self-command)，也就是道德主體妥善運用實踐理性，將自己的判斷越來越能夠符合「公正旁觀者」的判斷，進而避免直接出於回應情感而行事的能力，也唯有遵循斯密式定言命令，才能夠正當地批判、檢視過去某個時點的情感反應。自我控制也連結到社會作為道德教養的重要意義：自我控制如同說話與寫作一樣需要練習，而自我控制的練習不可



能不借助社會的教養。固然，這裡的社會也要區分斯密式定言命令程序中的想像社群，以及現實上帶有各種道德包袱(moral tradition)與宗教教條的社會；不過自我控制的練習正是一方面意識到現實社會的教養會影響合理判斷，一方面設想：當自己如「公正旁觀者」般思考彼此的道德主張時，如何一併考慮彼此依據的道德原則與既有社會與道德包袱的鑲嵌關係，這使得道德的概念除了自主，同時包含「論理」(discursive)的特徵，也就是在彼此都是平等與自主的想像社群裡，眾人的行為應當如何協調的問題應透過非強迫的討論進行(MacCormick, 2008b: 93-94)⁶⁷。

最後，道德的「自主」與「論理」特徵也必然導出道德的「爭議」(controversial)特徵，也就是說道德判斷的結論是「非終局性」的。在想像的道德社群，因為彼此之間互相承認是擁有道德自主的主體，而且道德的「論理」特徵意味著討論是非強制的，因此每個道德主體都是遵循自身的道德判斷，不能將自己的判斷強加諸於他人之上；同時在現實情況，討論也有爭執不下，相互對立的情形，都沒有終局的結論。至此可以得知，道德有著「自主」、「論理」以及「爭議」三個概念特徵，這三個概念特徵也顯示了理想的道德社群(即「普遍化」階段所想像的社群)以及現實道德生活的差距。

⁶⁷ 這是相對於「玩弄權勢」(power-play)、「花言巧語」(rhetoric tricks)等等跟講道理無關的方式。MacCormick對於道德的論理特徵的論述大量融入了言說理論的要點，例如(Alexy, 1996, 1999)。



儘管理想與現實有落差，但理想道德仍是得以企及的：因為人是規範運用者！MacCormick的實踐哲學呈現了人天生就有同情共感以及自我控制的能力，因此人天生就有檢視與調整自身行為的潛能，不待事先制定好的道德手冊。這並不代表道德的判斷與行動自始不假外力，人的自我控制一開始是依賴社會裡的他律規範而茁生，特別是經過社會教養才能夠發展成熟；人類生活在社會之中，儘管從出生開始身邊充斥著他律的規範例如習俗、宗教、家庭...等等，但其原初的運用規範能力不需要依賴前揭他律的權威，反而是在這些他律的規範之中，發揮公正旁觀者的作用逐步體察自身與他人的情感反應以形塑出何謂正確的行為標準。

所以要判斷每個人的道德自主是否得到確保，必須看所處的社會是否發展到能夠彼此互相信任、互相期待的程度，特別是企及「文明社會」(civil society)裡無關個人層次的信任(impersonal trust)：有了這層信任，社會將大幅減少暴力與威脅等壓抑道德自主發展的現象。

為了企及無關個人層次的信任以及社會和諧(civil peace)，MacCormick主張「文明社會」的基本發展條件必須以Kant所說的「自由的法則」(laws of freedom)或是Smith所說的「自然自由的體系」(the system of natural liberty)為前提，用現在的話來說，就是實踐上需要一個自由的法治國(MacCormick, 2008b: 202-205)。據此，即使理想與現實有所區分，道德自主所蘊含的「文明社會理想」是自我控制能夠發展與保持的條件，本身就構成了朝向實現道德自主的動機。這個主張是理解MacCormick後實證主義的法概念、以及將後實證主義視為一種

法治理論的關鍵。本文將在下一節呈現在這種想像的社群裡法律的概念是什麼，接著在第四章說明MacCormick的法治理論。



第三節 法：制度性規範秩序



在上一節，本文討論了MacCormick的實踐哲學，並將合理性、道德自主與後實證主義法理論間的關係做了初步的說明。本節將延續上一節的討論成果，說明他的後實證主義法概念。此際先回顧後實證主義三個核心命題：

- (1)法是制度性規範秩序，其為依賴人類習慣與權威決定的實定現象。
- (2)法與以道德自主為核心的道德理念在概念上有所區別。
- (3)法與道德有所區別不代表法律沒有道德底線：法不容許極端不正義的情形。

本文導論曾經提到，如果法實證主義與自然法論的對立有其意義，那麼將(1)與(2)理解為法實證主義的立場並沒有太大問題；然而令人困惑的是(3)呈現了接近Radbruch與Alexy的反法實證主義立場，似乎與(1)、(2)有所齟齬。更何況MacCormick確實認為法實證主義與自然法論的對立沒有太大的理論意義(such dichotomies are rarely revealing of any important truth)(MacCormick, 2007a: 278)！

所幸從MacCormick的實踐哲學中得到的重要結論：「人是規範運用者」，就是在「理想」與「現實」有別的认识下，肯定「規範秩序」與「制度化」的概念要素中必須預設自主運用規範的主體能力。從肯定這個主體能力出發，規範秩序才是可能的，法作為制度性規範

秩序也才是可能的。《法律制度論》的第一點結論要表達的就是這個主體能力與「規範秩序」、「制度化」兩個法概念要素的連結：

Normative order is possible, because humans are norm-users. They can and everywhere do co-ordinate their activities by reference to shared or common standards, even without making these explicit and without formalizing them in any way. This very capability for co-ordination in turn makes possible formalization, or institutionalization, of norm-establishing, norm applying and norm-enforcing agencies. ...
(MacCormick, 2007a: 303)

本節將要進行的就是闡釋這段結論的細節，首先對「法是制度性規範秩序」此一概念中的「規範秩序」與「制度化」這兩個概念要素進行分析，說明在理想上擁有道德自主的個人如何運用其主體能力，與他人形成「規範秩序」與「制度化」；接著說明現代憲政國家如何(至少如MacCormick所設想)整合為「規範秩序」與「制度性規範秩序」的現實類型。如果本節的論證成功，則下一章就能夠延續本節的論證，討論MacCormick在學術生涯後期所抱持的法治理想，並且論證在後實證主義在作為法治理論的前提下，其三個核心命題，包括(3)「極端不正義的法律不是法律」都能夠成立。




一、規範秩序的概念

「法作為制度性規範秩序」是一個概念命題，不是對於現實任何一個體制的描述，其不免帶有與現實情況不符的前提設定。所謂「一定的前提」，這裡是指在MacCormick的實踐哲學中重建的「脈絡化個人」(contextual individual)，也就是享有道德自主以及自我控制能力的社會成員。因此「規範秩序」即是在說明一種事物狀態(state of affair)、是前述設定的道德主體所能設想的實踐脈絡。

但這不代表「規範秩序」的概念在現實上找不到可以解釋的例子。MacCormick即以排隊這個日常生活的例子解釋此一概念代表的意義：首先，排隊是個有序的人類現象；同時，以隊伍中排隊者的角度，排隊涉及了置身於隊伍時應該如何行為或禁止哪些行為(例如插隊)的規範性內容。最後，排隊是一群互相注意彼此的成員們所進行的一種協調行為。

協調行為是如何進行的呢？排隊者必須能夠理解其所置身的隊伍大致上共同遵循的行為規範，並且期待隊伍中的其他成員也如此進行排隊，所以行為間的協調係基於排隊者注意到並期待其他成員也會基於「大家應該怎麼做」的共享觀念進行行動，據此作出行為的自我約束與調整。此共享觀念的內容，即涉及所有人應該怎麼做的規範性內容，並非總是相當明確。若有人嘗試闡明規範秩序中的共享觀念，則經常引起其他人的不同意見；在未盡言明的情況下，每個人對於共享觀念抱持的看法仍會多少有所重疊，所以規範秩序仍然能夠運作。



換句話說，規範秩序運作的基礎不是依賴所有人都遵循同一道清楚下達的規範，毋寧是出於每個人共享某些基本理念(underlying idea)，儘管基本理念的規範內容不需要被明確加以表述，但每個人都能夠大致知道且期待彼此會依照基本理念行動(MacCormick, 2007a: 14-16, 285-286)。

基本理念是一規範秩序中成員間共享的行為指引，如同Hart在《The Concept of Law》中對規則內在面向的說明，MacCormick認為Hart的內在面向概念是理解基本理念內容的關鍵。試圖理解規範秩序的人，必須透過理解參與者的內在觀點才能獲致該規範秩序中眾人行為背後的基本理念為何。舉例言之：排隊作為一種規範秩序，排隊者認為自己應該遵循的是「先來先得、一個一個輪流、禁止插隊」等等的行為規範。在未添加其他前提下，也許假設這個排隊例子的基本理念是某種樸素平等主義(naïve egalitarianism)思想：只重視先來後到的時間順序，而無視於每個排隊者的財產、身分、年齡或是身體狀況等等特徵。但在更為特定的排隊例子當中，例如醫院的排隊、機場海關的排隊、車站的計程車排班、自助餐廳的排隊等等，可能上述細節就會是各自排隊秩序中排隊者考量的規範性因素，更遑論各種文化之間出現的排隊實踐背後的基本理念可能大異其趣(MacCormick, 2007a: 17-18)，因此對於規範秩序的理解不僅是看到每個參與者有序的行為而已，尚須考慮行為背後的基本理念。

據此，在理想的情況，本章第二節所重建的道德主體即具有理解個別規範秩序的能力，並且調整自己的行動；其中可能是生活經驗、


學校或家庭的教養使得協調經常能夠順利達成，但根本而言是天生同情共感的運作使得判斷者能夠隨時注意到他人對自身行動的讚許或反感，進而越來越長於做出合理判斷。無論如何，其中完全不需要訴諸任何權威的指示⁶⁸。

因此規範秩序的概念特徵可整理為以下三點：第一，規範秩序的形成與維持不需要成員清楚地認識到指引集體行動的規範內容是什麼；第二，因此每當有成員試圖清楚表述規範內容時，將會引起不小的爭議；最後，也沒有人必須負責釐清那些規範內容(Sciaraffa, 2010: 108-109)。總之，能夠形成與維持規範秩序的，是成員之間共享的規範意識(shared common normative opinion)，也就是基本理念；對於基本理念的了解，每個成員僅需與其他成員達到一定程度的重疊即可。在理想的情況，共享的規範意識使得每個成員能夠互相理解、互相期待並信任他人會遵循行動，其中無須深刻的思索或武力相向，就像是日常生活的排隊一樣。

二、規範秩序的制度化

在理解規範秩序後，MacCormick進一步說明另一種規範秩序，這種規範秩序不同於一般的規範秩序之處，在於它是正式的、經過制度化的規範秩序，他就稱之為制度性規範秩序(institutional normative order)。理解制度性規範秩序的關鍵就是理解何謂制度化。排隊仍然是說明制度性規範秩序的適當例子，但加入了更多的背景條件，成為


⁶⁸ 此即與「制度化」後的規範秩序有著明顯的差異，詳後述。



更為特定的排隊情境。他舉出，如果在一個排隊情境當中，出現了管理者這個特殊的成員身分，而這個身分所提出的規範對成員而言是帶有權威性質的話，那麼可以說這個排隊實踐是有了制度化的初步特徵。例如在醫院中的門診排隊也是一種排隊，除了有人安排號碼或是管理電子叫號系統的人外，也會有人在現場負責安排患者接受服務的秩序。鐵路或機場的計程車排班，其所進行的管理以及維護交通秩序也屬於一種制度性規範秩序的例子。

這些秩序的共同特色，如前所述，都有安排管理者角色及相應的權威位置。在管理者出現後，為了接受某種形式的服務或機會，排隊的成員相對地被要求服從管理者的管理或者服務提供者所定下的規範。這些為排隊者定下的規範不再是慣例性的，不再僅僅依靠於排隊者相互之間的共享觀念或期待。這些規範並非成員之間未盡言明的規範，而是被管理者明確表述的規範(MacCormick 2007, 22-24)。在非正式規範秩序的實踐中，排隊的隊伍何時形成以及用什麼方式形成，成員之間以什麼樣的方式互動或自我約束，都有著模糊空間。但是當這種非制度性實踐轉變為制度性實踐後，這些制度性實踐就呈現出一些不同於非正式排隊實踐的特徵。

詳言之，制度化的開端是由具有權威位置的管理者制定規範，此際規範的形成已經不是透過理想上純粹透過言說或協商(negotiation)達成行為共識，而是透過權威的決斷(decision)。例如在醫院叫號系統的排隊實踐裡，當叫到50號患者而50號患者未出現時，規範使人知道接著是叫51號、52號患者，以此類推。表面上看起來這樣的排序實踐



也可以詮釋為未制度化的實踐，其中成員都是抱持「應該依序叫號」的規範共識；然而當情況是叫到54號患者而50號患者持號碼牌出現時(俗稱過號)，應該如何處理？究竟是直接允許當下50號患者有權進入診間，還是要求他重新領號碼牌呢？類此層出不窮的問題，在理想的非制度性實踐當然可以繼續爭論下去，但在現實存在拒絕自願遵守或無法期待自願遵守的情況下，即便形成正確判斷也不代表有一致的遵循動機⁶⁹，仍需要管理者介入以解決混亂與不平，因此必須要求某個被公認的權威做出決定。規則依照MacCormick的定義是權威制定的明確規範(explicit norm)，其明確性係表現在邏輯表述：「如果出現構成要件的情況，則應出現規範結果」(Whenever operative fact, then normative consequences)。據此，制度性實踐必然是包含多層次(multi-tier)的規範實踐，除了患者按照對叫號系統的理解依序排隊之外，叫號系統也意味著醫院的有權機關授權診間的相關人員進行管理排隊的實踐，因此在醫院看到的實踐至少會看到兩個層次的規範秩序：一個是患者的排隊實踐，是未制度化的規範秩序；一個是診間人員以權威位置管理排隊的實踐，是制度性規範秩序。

⁶⁹ 本章第二節已經提到，無力說明遵循道德判斷的動機來源乃是Habermas、Alexy乃至於MacCormick的實踐哲學遇到的共同問題(林遠澤, 2012: 302-304)。無獨有偶地，這些論者最後都尋求某種法治國原則作為解決方案。


三、現實的整合：現代憲政國家



「法作為制度性規範秩序」只是提供了說明的概念框架，至於這個理論框架是否有用，要視它對於現實上國家或超國家組織的說明力道，特別是國家作為世界上普遍存在的治理形式。在國家法的運用，首先需處理的是：法與國家的關係是什麼？現代憲政國家的法律有何特徵？關於這兩個問題，他的基調是：國家法是制度性規範秩序的個例，其作為特定領域中的法律，必須是制度性規範秩序與非正式規範秩序的結合，亦即國家機關運作的基礎是憲法，而憲法運作的基礎是人民出於非正式規範秩序的慣習實踐(MacCormick, 2007: 49)。

MacCormick指出，他的制度法理論主要處理的對象是現代憲政國家(constitutional state)的法律，但無論是否屬於現代憲政國家，所有的國家都具備以下四個特徵：(1)領域性：國家宣稱並控制特定範圍的領域，其控制不可避免地帶有必要的強制措施、排除領域內或外來的威脅。(2)正當性：國家宣稱前揭統治係基於一定道德-政治基礎。(3)獨立性：政府有權豁免於其他國家的干預。(4)相互承認：一國之領域、正當性以及獨立性為其他國家所承認與尊重(MacCormick, 2007a: 39-40 ; Veitch, Christodoulidis, and Farmer, 2013: 12)。

從上述特徵的說明可知，國家首先是一種涉及特定領域的政治性概念，那麼法與國家的關係為何？MacCormick認為憲法或憲政秩序是扮演了說明法與國家關係的關鍵角色。他主張，任何國家必須有個授予政府權力的憲法。所有國家法律必須且僅因透過憲法才能取得效




力。制定法律與適用法律的憲法正當性係出於憲法應被遵守。Kelsen的理論正確地指出，任何人可以成為國家元首、任何一群人可以成立國會或議院，但這些都必須透過一組定義並授權的憲法才能做到。簡言之，憲法的功能在於提供一定的解釋框架，將某些人或組織的行為歸屬於國家，政府才能夠運作。所以對於國家行為的歸屬(imputation of acts to a state)需要一組體系化(systemized)的憲政秩序(constitutional order)。

然而憲政秩序的形成是否如同Locke所言，係基於「社會契約」的授權而組成？或是Kelsen預設或虛擬的基本規範？Kelsen認為法學家必須預設或擬制基本規範(basic norm)才能將一個想像出來的意志行為歸屬於史上第一部憲法。Kelsen的看法係出於其對法學與法學家的期待：他將法學界定為一獨立於道德與政治的學問，而因此法學家的工作應豁免於道德與政治意識形態的影響。然而對於官員、一般公民而言，憲法對他們的影響就不是單純預設一個基本規範就能說明的，Kelsen的理論尚欠缺社會面向。

憲政秩序的「社會面向」即是引入制度法理論加以補充說明的契機。如前面所提到，Kelsen的基本規範理論忽略了官員與一般公民對於法律抱持的實踐態度，而這是Hart乃至於MacCormick的法理論所試圖的：

...憲法以及所有公法的特殊要素確實是規範性的，也的確為官員與其他人應該如何行事設定了標準。然而是什麼使得它們具有規



範性、是什麼賦予它們應然屬性，使得我們可以建立對與錯的關鍵區分？事實上，我在整本書裡即是認為，規範性的關鍵在於 H.L.A. Hart 所謂「行為的內在觀點」。為此，在形成行為的相互期待與行動遵循中，必須要有實踐參與者或隱或顯地指涉行為標準。(MacCormick, 2007a: 42)

據此，透過闡述《法律制度論》所刻劃的(非制度性)規範秩序與制度性規範秩序的支持關係，我們得到一個現實的國家法秩序。換句話說，透過對一定領域中(非制度性)規範秩序的考察，我們能夠將某些人或組織的行為歸屬到國家法秩序，因此真正運作的憲政秩序不是預設好的，而是社會慣習(social convention)。

總之，對於法與國家的關係，MacCormick 的立場可概述如下：法與國家概念上有所重疊但不完全等同，國家需要一定的憲政秩序才能組成政府、進而在一定領域內行使政治權力，而憲政秩序的維持，在結構上至少需要大部份人民形成的非正式規範秩序，但國家行為不一定受到憲法限制。而法作為制度性規範秩序，本身也不受國家權力所限制。所以國家權力之行使可能淪於暴徒式的統治，然而：

...由一定決定程序發布的「應然」必須在一開始就出現了。那它從哪裡來的呢？答案就在於一國公民的日常習慣與運用中的非正式、未制度化慣習，特別包含那些時而擔任公職的官員。(MacCormick, 2007a: 42)

因此，即使在憲政國家中有著大量的制度性秩序(institutional order)，每個制度背後都還是有一套相對應的慣習支持，根據這些慣習，制度

機關在實現憲法所賦予的制度功能時，其所制定的應然命題才能得到遵守。相對地，就算制度透過強力得到有效實施，若欠缺背後的習慣所表達出來的規範，則該制度仍欠缺規範性可言(MacCormick, 2007a: 43)。

國家法的基礎：憲法(constitutional law)或說憲政體制(constitution)並不是指成文憲法(written constitution)，而是實際運作的憲法(functional constitution)。透過排隊的例子，MacCormick認為一國之憲法是當制度性機關被公認(acknowledged)為有權制定規則、執行規則或解釋規則時，才得以正常運作。如同病患透過醫院的掛號叫號系統排隊看診一樣，醫院管理者對掛號叫號系統所代表的意義給予的指示、對過號者如何處理給予的規定以及制定關於特定行為(例如插隊)的禁止規則，要在排隊看病的病患間產生規範作用，必要的條件是病患間共享著一個未言明的規範即：「應遵守醫院管理者所制定的規則」，並據此相互期待與相互約束彼此在醫院排隊的行為。因此病患的排隊實踐除了表達出行為的規律性外，亦是授權醫院進行管理的實踐，即叫號管理者的權威最終來源⁷⁰。與醫院的例子相同，憲法以及由憲法所建構的國家法體系，其權威最終奠基於人民的慣習，也就是有大部分人形成一個如同排隊的規範秩序，表達出「所有在 S 國的人應依照既有的原則通力合作，以確保國家在 C 憲法架構下的運行」(Mac-

⁷⁰ 此處的說明顯示了一個未制度化的規範秩序是制度權威的必要條件，因此現實上(未制度化的)規範秩序的崩潰意味著權威的喪失，即涉及後面關於不正義的底限以及文明性的問題。

Cormick, 2007a: 286-288)，對制度機關(institutional agencies, 例如國會、法院等等)及其功能職掌的肯認。




至此可以暫時為法與國家的關係、以及國家法秩序的特徵歸納出兩點：首先，法是制度性規範秩序，也就是規範秩序的次類型；要理解規範秩序必須理解其中成員間相互期待與相互約束的行為內在面向⁷¹，儘管規範秩序的特徵即在於內在面向中所公認的規範內容經常是有爭議且未盡言明的；相對地，如果出現了一套由公認權威的機關所公布的規則，同時這些規則內容被大多數成員視為應該遵循的行為標準，則此處已經出現了規範秩序制度化的結果。其次，世界上可能存在多個不同的制度性規範秩序，也不限於指涉國家法秩序，不過國家法秩序仍然是常見且典型的例子。透過對國家法秩序的說明，MacCormick認為國家法秩序是制度性規範秩序與作為憲法基礎的非正式規範秩序的結合。

四、從規則到習慣

延續前面的討論，在制度性規範秩序，MacCormick將規則定義為：「由權威者發佈、清楚表述的規範」；相對地，作為現實憲政國家的基礎，其規範基礎卻是來自於慣習(convention)⁷²，問題在於慣習

⁷¹ 在上一節，本文已經呈現MacCormick在理解內在面向時對社會成員的主體設定，即規範運用的基本能力。

⁷² 中文文獻裡，慣習(convention)與習性(habit)時常交互使用，其意義也不一定有清楚的界定。本文傾向將慣習視為集體的行為傾向，而此處的習性則指向個人所抱持的倫理氣質與秉性(Sayer, 2008: 34-36)。



如何支持並維持著國家法的規則？對此，MacCormick討論的是「規則」與個人「習慣」的關係：兩者雖然分屬不同範疇，但因為遵循規則的習慣是可能的，因此衍生了許多採取非制度性協調的規範秩序(慣習)，國家法乃至於文明社會也才得以維持。

首先，透過上述對規範秩序及其制度化的說明，MacCormick認為Hart對習性的看法不盡正確。在《The Concept of Law》，Hart認為習性是一種只有採取外在觀點的概念，就像是對於社會現象的統計與報導而已。如果要了解法律，他認為必須採取內在觀點，即對規則的批判反思態度。然而Hart的看法沒有考慮到習性也有內在面向。MacCormick引用Sundram Soosay的研究指出，在《The Concept of Law》成書的年代，認知與行為科學並沒有告訴法理學家太多有關個人心靈與行為之間的關聯，但是現在認知與行為科學的發展已經顯示人類大腦如何常態化或者說形成習性的機制(MacCormick, 2007a: 66)。

用更貼近生活的例子：當一個人開始學車的時候，對於交通號誌以及標線的遵循是透過不斷對自身有意識地反思批判，這固然是如Hart所說的對於規則的遵循表達出來的規範性態度。但隨著不斷演練與例行操作，從學車新手到駕駛老手，個人與規則的關係開始轉變，也就是大腦將習於處在一種「掌握局勢的感覺」，亦即「不需要有意

識地深思熟慮與計畫，便能夠妥善處理並有效推進」⁷³(Sayer, 2008: 36)。此際看到交通號誌的反應不再是「依照某個號誌的出現，我應該...」的內在陳述，而是不假思索地作出相應的行為；對於外在環境的反應不再是過去那種有意識地反思，而毋寧是完全將規則內化、未刻意思索的心靈狀態。

又例如使用信用卡的時候，規則使得人們能夠理解信用卡如何從一張彩色塑膠片到成為整個信用體系下的一種制度⁷⁴，但若確實以「內在觀點」考察一般人如何使用信用卡，那麼將會發現這是個不假思索的慣行—要是一般人使用信用卡時屢屢試圖理解並反思整個與信用卡有關的規則，反會使得整個信用體系無法運作。因此MacCormick強調，對於制度性規範秩序而言，習性的養成比規則來得更為重要，大部分法律制度的圓滑運作，其實踐的形式都是未經刻意思考的習性反應而不是規則。規則固然在習性養成的開端扮演了行為指引的角色，但無法進一步說明更為複雜的集體行為，習性的形成與規則的缺席反倒成為制度運作良好的指標⁷⁵。任何試圖單憑「規則」概

⁷³ 這是社會學家Andrew Sayer概括地理解Pierre Bourdieu對於「習性」(habit)的看法。值得一提的是Sayer對於Bourdieu與類似的社會科學取徑狹隘地理解習性有強烈的批評，其中Sayer試圖透過Smith的道德情感論，突顯個人在習性呈現的情感具有道德意義(而非只是科學的、描述的意義)的部分，與MacCormick的實踐哲學要旨十分類似。

⁷⁴ 嚴格來說，每一張信用卡都是一個制度個例或「制度物」(institutional thing)，不過此處的概念差異不影響以下的說明。

⁷⁵ MacCormick引用哲學家Wittgenstein的比方：規則就像幫助你更上一層樓的梯子，但當你上樓之後梯子就可以撤走。

念把握已成習性的實踐將會顯得不切實際與造作(MacCormick, 2007a: 68)，當然這並不是說規則就因此變得無足輕重，而是突顯出從規則到習性的演進是理解「法作為制度性規範秩序」的關鍵。

其中，由於習性有不假思索的特徵，使得「遵循規則的習性」又特別具有道德價值。本章第二節曾提到，MacCormick認為同情共感是人天生的能力，而他人穩定而長期的情感是讓道德判斷越來越準確、越來越能夠順利完成協調的因素。既然有助於互相期待、互相信任，那麼遵循規則的習性會比起屢屢檢視規則的實踐來得更能夠發揮實定法的協調功能⁷⁶。

在制度性規範秩序，特別是國家法的情況，以上對於「規則」以及「遵循規則的習性」的區分就顯得十分重要。MacCormick與Hart都認為必須以成員的內在觀點理解法律的規範性，但是與Hart不同，MacCormick認為就國家法秩序的基礎而言，其核心事例不在於對規則抱持批判反思態度的成員，而是將規則的遵循內化成為不假思索的習性的成員。當習性養成之後，成員彼此之間對於國家法的態度就像是排隊秩序一樣，共享著不盡完全相符但有所重疊的行為規範，繼而對彼此的行為抱持相互期待與相互信任的態度，因此MacCormick才會主張實際憲法運作的基礎是習性而不是規則。更重要的是，此種習性是

⁷⁶ MacCormick試圖強調的是「制度性規範秩序」不只是能夠被觀察到的社會現象，由於遵循規則的習性也有道德意義，因此他認為Dworkin對於社會制度「不具太多實踐與哲學意義」的看法即不甚允當。關此，請參考(Schauer, 2013: 35)

一種在文明社會才能實現的集體成就而不是單純的概念想像，所以如何企及或維持社會的文明性(civility)條件就必須訴求一定的法治理想。



第四章 後實證主義的法治理想




前面三章的鋪陳都指向了法治理想與後實證主義法理論的定位息息相關。在上一章，本文從MacCormick的實踐哲學出發，重建其實踐哲學的道德主體，並分析後實證主義法概念的「規範性」與「制度性」特徵，最後談到現實層面應如何理解國家法秩序的問題。目前有待解決的質疑是：後實證主義並未實現自己所設定的目標，即超越法實證主義與自然法論之對立。關鍵在於應如何理解第三個核心命題，即法治與正義的關係。對此，本文認為後實證主義應視為一種法治理論來加以解讀。若然，那麼後實證主義儘管不是個完整的理論，但這能夠成功說明為何MacCormick會主張極端不正義的法律不是法，也使得以「後」之名解讀MacCormick的法理論是個有理論價值的方向。本章分兩個部分，第一個部分討論法治的一般理解以及後實證主義如何是一個法治理論，第二個部分討論法治與正義的關係。

第一節 後實證主義作為法治理論



一、法治的概念

MacCormick區分兩種對法治的常見看法：一種是(狹義的)法治，即強調遵守法律帶來的價值以及強調法律的論爭性格(the arguable character of law)。就狹義的法治而言，一般認為是指一組政治道德理想，其不外宣稱滿足一定法治要求的社會相較於以其他形式治理的社會(在道德上)來得更為良善。法治之所以帶來道德上的好處，係主要著眼於法律的確定性、可期待性的保障以及避免社會成員受到政府或其他私人預料之外的干預(MacCormick, 2005a: 16 ; Veitch, Christodoulidis, and Farmer, 2013: 20)。依照這種對法治價值的理解，法治原則要求政府在頒布法律的時候必須公開、明確、不自相矛盾，並且法律必須能夠得到普遍預期適用，亦即要求設置公正獨立的法院，並且要讓人民有同等的機會使用法院解決紛爭，法院的見解也應該要穩定(Marmor, 2010: 666)。然而法實證主義者如Raz與Marmor特別提醒，儘管對於法治的期許可能包括個人自由、尊嚴或是對基本權利的保障，但法治(the rule of law)與良法之治(the rule of good law)是兩回事，而且法治理想的闡述必須以對法律本質的理解為前提。因此在法實證主義者看來，法律本質上可能為善，也可能為惡，特別是產生專制與濫用的危險，狹義的法治理想所能發揮的僅僅是減少法律本身產生的那些危險。Raz即認為法治理想與法律本身的關係接近於誠實的德性與溝通本身的關係：在進行溝通的時候，誠實避免了溝通時可能



會產生的欺騙行為，固然是件道德上的好事；但這並不代表溝通本身是件好事：對於拒絕溝通或無法溝通的人而言，誠實就不帶有任何可能的道德意義(Raz, 2009: 224)。因此Raz與Marmor基本上認為大部分論者所提及的法治理想，其本質上(1)是消極價值(2)與法律本質的理解相獨立，而且優先於對法治理想的闡述。

法的論爭性格則著眼於人們經常就法律問題進行爭辯的現象。當一個法律問題出現的時候，無論是將法律作為學科或是作為職業的人而言，他們都試圖為法律問題提出解答，並為自己的解答找出可以支持的論證；相對地，對既有解答抱持異議的人們則試圖從論證中找出破綻，或是從其他的論證中得出相反的解答。當他們試圖評估各自的論證時，會體會到法律本身不是一個精確的科學，而毋寧是一項實踐技能、實踐藝術，但對於這項技能或藝術的培養又需要熟悉大量的法律知識與熟練論辯技巧。這使得對法律問題感興趣的人們而言法律可能是(1)不合邏輯的(2)邏輯對法律論證沒有意義(3)法律與真理無關，只關於程序上實際被採用的東西；法律經常處於論爭之中，但論爭所考量的似乎不是終局能夠證明什麼客觀事物的真理，而是涉及說服力的大小(MacCormick, 2005a: 14-15)。

MacCormick認為以上對法治理想的兩個常見看法不必然互斥，前者指涉的是法律不論其內容得到普遍遵守時所實現的政治道德理想，在這種理解下，(狹義的)法治觀必然會堅持人民遵守法律有其獨立於內容的政治道德意義，即守法主義(legalism)。另一方面，法律在參與法庭活動的人眼裡卻是與法院裡的論辯(argumentative)性與程序性特


色相關，因此他們的法治觀所連結到的是法律的論爭性格(the arguable character of law)，繼而問題在於，釐清不同的法治理想與後實證主義法理論有什麼關聯？



法理學家Karen Petroski認為MacCormick的後實證主義立場究其根本仍然是道地的法實證主義立場。他指出任何主張自己是「後」法實證主義的理論家通常係出於兩種理由。第一種理由是出於概念上的不滿，又可以分為：對法實證主義立場能夠處理的問題過於狹隘瑣碎而感到不滿，以及認定法實證主義立場所採取的理論前提或方法不再可靠而感到不滿。第二種理由是出於識時務的理由(prudential reasons)，又可以分為：欲擺脫「法實證主義」一詞予人的負面印象；或是已經窮盡「法實證主義」所能提供的素材；又或是意在標新立異、予人煥然一新的理論新氣象(Petroski, 2011: 672-673)。據此，Petroski認為從MacCormick的理論總結來看，後實證主義並沒有偏離法實證主義的核心立場⁷⁷，因此不會是出於概念上的不滿，唯一可能的理由是出於某種識時務的目的(Bustamante, 2011: 707-708 ; Petroski, 2011: 675-676)。

相對於Petroski對後實證主義抱持懷疑態度，另一位法理學家Thomas Bustamante則認為Petroski對於MacCormick的解讀與批評有一大部分是誤解了MacCormick的論點。他指出，MacCormick固然堅持

⁷⁷ 就法實證主義的核心命題「分離命題」與「社會事實命題」而言，後實證主義的核心命題「法與道德概念有所區別」與「法是制度性規範秩序」與之相較表面上沒有太大差異。




法與道德在概念上有所區別，但這最多是反對「法與道德概念上等同」，而不是主張法與道德「沒有任何概念關聯」⁷⁸。接著他指出，法實證主義者傾向將「法理論」與「裁判理論」分開處理；相對地，透過對Hart內在觀點的重建，MacCormick在實踐哲學的主張「人是規範運用者」則意味著他的法理論必須對於裁判活動這個規範被大量運用的領域有理論意義，即便法理論不能直接替法官或當事人做決定，「裁判理論」並不是法理學的邊緣或次要議題而應該是核心議題之一 (Bustamante, 2011: 709-712)。

據此，Bustamante對後實證主義的辯護顯示後實證主義法理論之所以為「後」，是因為後實證主義欲彰顯「法律的論辯面向」或前面所說的「論爭性格」在法理論的核心地位，而法律的論辯面向或裁判理論的強調都是反法實證主義陣營共享的理論思路，所以這使得MacCormick從一個哈特式(Hartian)法實證主義者到逐漸放棄原有的立場，轉而成為一個後實證主義者。本文基本同意Bustamante對MacCormick的解讀，此處就以下三點為更多的補充：

1. 後實證主義法理論是法治理論。
2. 法治理論與修辭的關係。
2. 法效力與正義的關係。

⁷⁸ 本文在第一章業已指出當代法實證主義肯認法與道德在許多方面具有概念關聯，因此概念上的連結對於法實證主義或反法實證主義而言都是可以成立的命題。




本文將指出，MacCormick在《法、國家與實踐理性》系列著作所欲處理的，即是在這兩種法治理想的常見看法之間取得調和。他在許多地方都傾向於Dworkin的見解，後者主張法治(合法性)概念(the concept of legality)是法哲學的基礎，而法治「敏於旨在尊重價值的社群的歷史與長期實踐的適用」，這是因為「政治社會係透過某種忠於其過去的方式展現法治」(Dworkin, 2006: 183)。換句話說，法治價值關心的是：抽象而言，人民在政治社群裡如何得到平等關懷與尊重(莊世同, 2008: 78)；具體而言，在政治社群裡是否確實享有相稱的權利。與此同時，MacCormick逐漸認為法律推理能夠證明的是法律命題呈現給「普遍聽眾」的說服力，而不是證明任何客觀真理；而遵守法律帶來的好處亦是使得論爭中援引過去(既有的)法體系頗具說服力的原因，因此Chaim Perelman的修辭學成為他後來法律推理理論的思想背景⁷⁹，這也影響到他整個對於法治價值乃至於法概念與法效力的根本看法⁸⁰。

二、法治、文明性與道德自主

本文認為，Perelman的修辭學對MacCormick法理論的主要影響在於前者提供了「當下的普遍性」，也就是說當一個法律命題得到良好的論證支持時，其結果是使得當下設想的普遍聽眾無法反駁或合理

⁷⁹ 他在《法、國家與實踐理性》系列的法律推理著作即名為《修辭與法治》，在序言當中他肯認Perelman對他帶來的影響(MacCormick, 2005a: vii)。

⁸⁰ 本文認為，Dworkin的法理學其實亦帶有強烈的修辭風格(Dworkin, 1985, 1986)，但這並不代表MacCormick或Dworkin試圖放棄嚴肅的哲學思考，在他們看來這毋寧只是說明了法律不免與修辭活動相關。



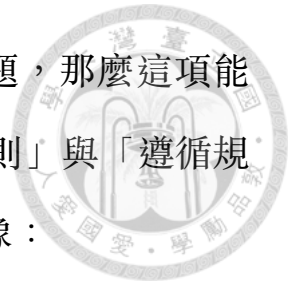
拒絕，因此享有強大的說服力。這意味著(1)當下的法律命題並不是永遠都能夠得到論證支持，就像科學裡的假說一樣，它往後可能會被其他論證推翻；(2)因此，所有與法律論爭相關的制度性事實，即有效的制度個例，都與時間有著緊密關聯，據此法概念所欲追求的不應是建立在永遠普遍有效的真理，而是觀察到個人與其所處的政治社群之間不斷變動的關係。

在這個討論背景下，「人是規範運用者」即成為處理以上問題的規範性基礎。本文在第三章處理的就是將Hart的「內在觀點」重建為MacCormick「規範運用者觀點」，在前面也曾經提到，這個口號主要意味著「運用規範」在概念上先於「制定規範」⁸¹，其中人的語言能力是他認為支持這道人性命題的最佳證據(Del Mar, 2014: 213-214)：語言似乎是人之所以異於物種的重要特徵，當人類使用語言與同伴溝通的時候，其他物種至今未發展出相同的共處方式。更重要的是如果語言本身即高度具有規範性，而人天生有運用語言的能力，那麼人的社會性(或社群性)天生就鑲嵌在人的基因之中，社群價值(與他人共處)也因此是最根本的人類價值(MacCormick, 2008b: 28-30)。這當然是一個充滿意象的比喻，也是一個從人性開始推論的自然法命題⁸²。

⁸¹ 事實上，早在MacCormick《制度法理論》成書的時期，就已經可以從他認為「制度」概念上先於「制度個例」的看法看到對於制度的理解優先於個別制定的行為，只不過到了後實證主義立場的階段，他以更為精練的語言表達這層關係。

⁸² 關於價值與規範的問題，是否存在著所有人、所有時空普遍共享的人性？MacCormick認為，從人類是語言動物的立足點出發，顯示運用規範的能力是普遍且內在地存在於各種不同文化當中(MacCormick, 2008b: 199)。

如果可以接受「人是規範使用者」的自然法命題，那麼這項能力結合第三章「法作為制度性規範秩序」，以及「規則」與「遵循規則的習性」的區分，將可以得到一個階段化的法治圖像：



Institutionalization of law entails that state law has a positive(‘posit-ed’) character. Accordingly, law stands in fundamental contrast with autonomous morality, though the human capacity for conceiving and pursuing the imperatives of an autonomous moral code may well require the context of civility that state law can bring about.(MacCormick, 2007a: 304)

為何國家法能夠提供文明性的脈絡呢？

MacCormick的研究者Maks Del Mar認為，這涉及MacCormick所使用的歷史修辭，也就是承繼蘇格蘭啟蒙運動的創生性解釋(genetic explanation)(Del Mar, 2014: 194)，這裡本文引用國內對蘇格蘭啟蒙運動代表人物Adam Ferguson(1723-1816)的研究：

蘇格蘭啟蒙運動人物從兩個前提出發探討商業社會的存在事實與合理性。第一，社會出現的目的，在於保存人的生命以及滿足人的慾望。第二，組成社會的要件為：勞動、交換、分工、人口等等。隨著這些機制與人口的增長，人類從草昧到十八世紀，分別出現漁獵、遊牧、農業、商業等四種生產模式與生活型態。不同的「生產方式」與「社會型態」會產生相對適應的政府組織。而商業社會——也就是文明社會——的出現是歷史「自然地」發展的結果；商業社會之所以出現，既是因為人類需要它，也是人口等其他條件到達了需要出現的時刻。社會形態隨著時間而變化；

這是歷史，同時也是秩序(陳正國, 2008: 205-206，底線為本文所加)。




之所以引用較長的篇幅呈現Ferguson的文明進化論，是因為本文認為文明進化論是MacCormick隱而未言的歷史-規範性許諾，也是理解後實證主義看似相互衝突的論點的關鍵線索。文明進化論顯示了法治的型態乃至於社會的型態與歷史發展息息相關，因此也顯示出以「時間」為軸線下後實證主義法理論諸論點各自所處的發展階段。

Maks Del Mar即以此為據，將後實證主義法理論重構為一個符合創生性解釋下的「多階段」法治理論(Del Mar, 2014: 210-213)：

1. 自然法階段
2. 規範秩序—自主意識形成階段
3. 第一階段制度化：裁決者的出現
4. 第二階段制度化：權威裁決機關的出現
5. 第三階段制度化：個別法律知識概念的出現
6. 第四階段制度化：不同機關法律知識的交互引用
7. 第五階段制度化：法律知識的理性重構

這個重構的解讀顯示出MacCormick所使用的「制度」一語有多重意義，而且分別歸於不同的發展階段。首先「制度化」一語代表不斷透



過明確表述的規則協調行為⁸³的過程，至於在第二章介紹的「法作為制度性事實」、「法律制度」、「法律知識」等等，都是在第五階段制度化才有討論的意義。無論是哲學上區別單純事實與制度性事實，或是將制度性事實視為實踐資訊加以運用，都有待法律人的理性重構。

作為歷史演進的結果，法學知識的理性重構參考的是過去發展階段形成的各種(制度化或未制度化的)規範秩序⁸⁴，各種規範秩序背後代表的基本理念可能是各自的傳統文化或道德包袱，然而其重構的合理性是透過斯密式定言命令的檢驗確保。對Adam Ferguson而言，歷史或社會發展背後的動力係隱密地歸於神恩，但在此不需要對後實證主義做相同的解讀：作為制度化動力的，正是法的論爭性格。而為了讓自己的法律論證具有說服力，提出法律命題的人必須同樣通過合理性檢驗⁸⁵。以修辭學的觀點，作為論證的起點並且(可能)具說服力的，即是援引法體系的規則，而為了接受他人法律論證的挑戰，就必須交代法體系的規則為何對於個案而言是合理的，此際法律命題的論證訴諸的是規則背後的基本理念，即某種合理的正義與共同善理念。

⁸³ 這裡的行為可以採取非常廣泛的理解：除了私人與私人之間的行為協調，法院與法院之間協調見解歧異或憲法機關之間權力劃分的協調，都是規則可能介入的情況。

⁸⁴ 依據《法律制度論》舉的例子，可以將諸規範秩序想像為在不同時空中形成，但在當下為法律人所感知的排隊秩序。

⁸⁵ 亦即第三章所提到「個案中的普遍化」。



因此法體系不是「既存在某個時點」有待發現的事物，而是每個欲提出論證的人在每個當下為了說服他人而重構的知識產物⁸⁶。固然，將某一些歷史事實重構為當下可以援引的規則一直是法律人經常運用並且視為非常有說服力道的法律論證，但這就是Dworkin所說的詮釋的前階段工作，這與法實證主義「說明法律的共同本質」或「法理論與裁判理論區分」的理論事業已經大相逕庭，因此可以說，MacCormick的後實證主義法理論最終倒向了Dworkin詮釋主義的立場。

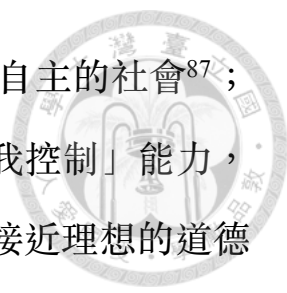
儘管MacCormick也認同Dworkin詮釋主義的法理論立場，他批評Dworkin過於忽視「制度」或「制度性要素」，即未注意到「制度化」是現實的文明社會朝向理想的道德社群的必要條件：

	理想(1)	現實(2)
非制度性規範秩序(A)	理想的道德社群(A1)	文明社會(A2)
制度性規範秩序(B)	理想的法秩序(B1)	國家法(B2)

來源：作者自製

MacCormick要強調的是，在理想的道德社群(A1)每個成員都能夠按照自己的判斷與他人共處，就像排隊一樣，每個人對於彼此的行

⁸⁶ 因此可以進一步釐清：在概念層次，法作為制度性規範秩序的「秩序」指的是如排隊般的「社會秩序」(social order)，而法律知識作為實踐資訊是經過重構的「體系秩序」(systematic order)。感謝顏厥安老師在口試中指出這個區別。



為界限都有一定的共通認知，可以說是完全實現道德自主的社會⁸⁷；而文明社會(A2)要達到A1的過程必須仰賴主體的「自我控制」能力，唯有自我控制在社會教養裡越臻成熟，才能夠越來越接近理想的道德社群。因此與社會教養攸關的最核心價值是「文明性」，也就是非暴力、非強迫的協調方式，這使得非制度性規範秩序必須「制度化」⁸⁸。理想上，制度性規範秩序要能夠實現協調功能，才能夠維持A2的文明性，因此法律人所許諾的法治價值必須是可以合理接受的正義與共同善理念。然而現實的法秩序(B2)並非總是發揮協調功能，「制度化」的代價是他律性，也就是透過國家強制力對自主性的壓抑，因此當法律人取向於法治價值的理性重建遇到根本無法通過合理性檢驗的法律規範時，重要的判斷標準在法律的內容是否已經喪失協調功能以及破壞社會的文明性基礎。

據此，MacCormick與Dworkin的根本差異在於各自對價值體系的理解不同。從前面對他整個實踐哲學與法概念的討論可以得知，如何實現社群價值，也就是如何同時維持道德自主與社會秩序，是他的實踐哲學乃至於法治理論最根本的課題。相對地，Dworkin認為各種看似互相獨立且衝突的價值是可以整合成一個完整的理想體系，因此法治之於道德自主的價值，不應該被理解為前者係作為後者的實現必然出現的代價，而是處於能夠彼此合作、相互支持的關係(Dworkin,

⁸⁷ 同時，這也是本文第三章「斯密式定言命令」中要求判斷者藉由同情共感去想像的理想社群。

⁸⁸ 用Kant或Smith的實踐哲學來說，也就是需要「自由的法」或「自然自由的體系」。

2006: 161-162 ; 莊世同, 2008: 71)。就此見解歧異何者較為正確，本文無法再進一步討論下去，只能先指出：MacCormick、Habermas乃至於Rawls等理論家試圖建立的「自由憲政主義思考模式」(顏厥安, 2005: 317-224)，其最大的問題不只是在道德領域裡價值多元帶來的問題，而是為了解決道德領域的問題而引入的憲政秩序，其本身也會面臨價值多元的問題。

第二節 法治與正義

在上一節談到法體系的出現、法學理性重構的活動都必須帶有特定的實踐觀點，法體系是另一個與國家法秩序密切相關的概念。國家法秩序正如先前所闡述，是指在特定政治領域中的人們，透過大多數人對可適用的行為規範的相互期待及相互約束所形成的有序生活。國家法秩序的存在，預設了人們將法律看成某程度上是一套有序且有系統的規範整體，此規範整體即是法科學或者說法學知識的對象：法體系。本文在第二章已經呈現，法體系提供法律人推論或證立其法律主張的知識依據，也就是實踐資訊。所以當有人主張某個地方存在法體系，這是一種法知識論上的主張，即是在闡釋與該地人們所形成的法秩序相對應的規範體系(MacCormick, 2005a: 2-3)。

前面曾經提到，法體系佔據的是一段時間，而非佔據一定物理空間的方式存在於世界上。依照Ota Weinberger與Karl Popper的解釋，制度性事實不屬於物質世界，所以法體系的存在其認識並非單純依賴

於物質世界的變化，必須透過一定理論建構或科學觀點方能確認其存在(MacCormick, 2007a: 292)。MacCormick遂認為，法體系不但必須透過一定理論建構才能認識其存在，而且是一種理性重構(rational reconstruction)，將各種看似相互衝突的原始法片段透過一定的實踐觀點構成一個意義相互融貫的規範體系⁸⁹。

法學家首先必須追求真理與客觀性；他同時也必須帶有一定的價值觀點去理解法律制度與法律實踐(Bankowski, MacCormick, and Wroblewski, 1991: 18-24)。法學家必須將人們的言說實踐看成多多少少帶有價值或合理性，特別是探究特定法體系中法律制度與法律實踐何以對於其參與者是有意義且有價值的。法體系作為理性建構的產物，在MacCormick看來相當接近Finnis所謂透過核心意義鑑別出的真正法律。Finnis區分真正的法律與非真正的法律。這項區分是透過法學家對於其理論所要描述的對象，透過一定的實踐觀點鑑別出中心事例與周邊事例而形成，只有核心意義(focal meaning)下符合中心事例(central case)的法律才能稱為真正的法律，反之則並非真正的法律，僅止於次要意義(secondary sense)而言能稱為法律。詳言之，所謂核心意義是指法有其所欲實現的固有道德目標，即攸關社會中為了共同善的協調問題而欲追求的正義價值；對法律的完整理解必須先理解那些道德目標，並據此作為一定的觀點，鑑別出能夠充分展現該目標的法律中心事例，以及未能充分展現該目標的周邊事例。是故不正義的法律，

⁸⁹ 這個實踐觀點，也就是Hart所提出的內在觀點。依照第三章所介紹的實踐哲學，MacCormick認為實踐觀點必然帶有「人是規範使用者」的理想面向，即能夠調整自己行為的能力。

雖然符合法體系的內在效力判準，但因為未實現中心事例中所欲實現的道德目標，所以不是真正的法律(Dickson, 2009: 161-162 ; Finnis, 2011: 9-11 ; 周明泉, 2012: 114-116)。



MacCormick並未區分真正與非真正的法律，但他接受了Finnis的方法論洞見，即唯有從理解法的目的及其應予實現的價值出發，方能充分了解法律。他認為不只是法律的理解必須如此，任何試圖理解社會生活中的概念或事物的活動，都不免從理解其功能與目的出發，所以這些概念的認識都必然帶有一定的價值觀點。例如：我們必須先理解車輛的功能是運輸、用於交通，才能理解車輛內部每一個零件是如何運作以及為何如此運作的；我們必須理解美的價值，才能理解什麼是藝術作品；我們也必須理解什麼是理性(rationality)，才能理解什麼是經濟學(MacCormick, 2007a: 295)。相對地，例如當車輛在行駛間發生事故、造成傷亡，我們不因為這個現象而將車輛的內部零件整體理解為取人性命之用。

透過這個比喻，在面對一個特定時空下的國家法秩序，法學家透過理性建構的方式，理解對應於該國家法秩序的法體系為何。在法體系中，各種法制度與實踐必須依照特定正義觀與共同善理想，而設想對社會成員是有意義且有價值的(MacCormick, 2007a: 295)。更具體的情況是，當法學家以特定正義觀與共同善理想詮釋法體系時，過去各部門法學所彰顯的價值亦發揮詮釋原始法資料的功用：例如公法旨在形成良善政府與實現分配正義、刑法旨在維護社會和平與實現應報

正義、私法旨在維持市場經濟與實現矯正正義等等(MacCormick, 2007a: 293)。



先前本文已經呈現法治理論下區分「理想」與「現實」的可能性，因此這裡可以進一步區分議題的層次以理解MacCormick後實證主義法理論的立場：在理想的層次，他認為道德必然是自主性、論理性與爭議性，相對於法律是制度性，進而也是他律性、權威性的。所以法與道德存在概念上的藩籬。但是在討論特定法體系的存在時，由於其存在是理性建構的產物，法學家必須採取特定價值承載的詮釋觀點(核心意義)，也就是特定正義觀與共同善理想，所以MacCormick認為法與正義存在必然連結。


即便我們肯定法與正義的必然連結，更精確地說肯定法的目的在實現正義，但這些並不表示法實際上就是正義的，在歷史上我們也能夠看到很多國家的法律被認為是不正義的法律。於是回到一開始所提問的：違反正義的惡法真的是法律嗎？它仍然是法律嗎？

自然法論者如Finnis就認為惡法非法(*lex iniusta non est lex*)或惡法亦法的問題在自然法理論中是非常次要的問題。如同先前提及到他的方法論，Finnis區分真正的法律與不真正的法律，惡法在他的自然法理論中儘管不是真正(從核心意義來看符合中心事例)的法律，該惡

法卻仍然不失其效力。他甚至認為惡法非法的說法不但不具太多理論意義，還錯誤地引起了與自然法的對立⁹⁰(Dickson, 2009: 162)。

難道惡法沒有極限嗎？Alexy透過對Radbruch公式的詮釋提出不正義論據(argument from injustice)，認為「極端不正義的法律不是法律」這點是可以成立的。Alexy將Radbruch公式重述為：一個由權威制定且具有社會實效的規範，即便其內容在道德上是不正確的，原則上仍具有法效力，但如果其道德不正確到達極端不正義的程度時，就會喪失法效力(王鵬翔, 2009: 269)。Alexy的不正義論據的證成以正確性論據為前提。正確性論據是指，法律必然會提出正確性宣稱，而正確性宣稱精確而言是指法體系的參與者必然會宣稱其所主張的法律命題或作出的法律決定是正確的。從語言行動的角度，法體系的參與者對於某個法律命題的主張即是一種以言行事的語言行動，問題就在於以言行事的語言行動有其成功的條件，所以如果像法官作出某個判決為「被告應處以無期徒刑，但本判決是錯誤的，因為它是根據對於有效法規範的錯誤解釋所作出的」(王鵬翔, 2011: 147)。Alexy認為這個例子法官犯了以言行事的矛盾，判決內容牴觸了法官進行判決這種制度性行為時所提出的宣稱(Alexy, 2013: 62)。


⁹⁰ 進一步而言，儘管自然法論者說不正義的惡法是法律的腐敗形式，但如果不採取真正／次要意義法律的區分，從法實證主義者所關注的法效力問題觀之，自然法論與法實證主義者都能夠同意惡法仍然是有效的，甚至可以說：「正是因為該不正義的惡法具有法律的資格，所以才說是法律的腐敗形式」(MacCormick, 2007a: 271)。



受到Alexy法理論的影響，MacCormick在學術生涯後期也接受了Alexy惡法有其極限的結論以及不正義論據的一般表述方式。與Alexy的正確性宣稱相似，他認為法律必然「帶有正義的表徵」(implicit pretension of justice)⁹¹。MacCormick以供水為例子，說明法體系的理性重構活動必然預設了，在極端情況下某些法律不能被認為是法律：城市中的供水系統自是為了供應市民乾淨的飲用水而存在，城市所供應的水源不免有些受污染的情形或是摻有雜質，但其受污染與摻有雜質的程度必須為一般市民的體質所能適應，才能讓市民飲用這些水。在這個意義上，受污染或摻有雜質的水仍然是水，經過煮沸或消毒等淨化的措施後仍然能夠使用。然而當水受污染或摻有雜質的程度超過一定的界限，導致再怎麼淨化都無法回到能夠讓人們飲用的品質，則儘管我們透過實驗室仍然可能分析出其中水的成份，這供水系統的水已經不能稱為水了，理由在於供水一語正是表明這裡所指的水是用於市民飲用的目的(MacCormick, 2007a: 271)。

從供水的例子可以看出，MacCormick的不正義論據是從理性重構方法所推論出來的結果。如前所述，法也是法律人基於詮釋觀點從事理性重構後的產物，所以當法律的重構過程必然帶有正義的表徵時，則不正義論據是可以成立的。但為何法律人對法體系的理性重構為何必然帶有價值許諾，MacCormick認為，這是單就語言行動的理論框架

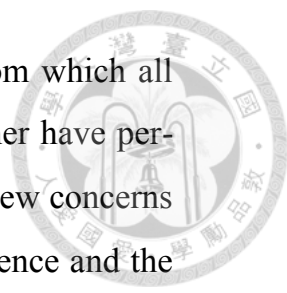
⁹¹ 國內曾有使用類似用語的法理學文獻，例如在《超越法實證論與自然法論——法律的表徵性本質》，陳以森主張「法律即民主過程所產生的正義之表徵」(law as a representation of justice generated from democratic process) (陳以森, 2010)。



無法回答的問題：「正確性宣稱」所指的是立法者或官員制定法律的行為，但法概念上是制度性規範秩序，是一種事物狀態，也就是法律推理所必須預設的實踐脈絡，不是語言行動本身(MacCormick, 2007b: 63)。法律人透過制度性規範秩序理解特定時空的人事物並提出法律命題，因此有別於「正確性宣稱」，「正義的表徵」對法律內容設下的限制並不來自於言說者的意向，而是來自制度性規範秩序本身(MacCormick, 2007b: 66-67)。但為何法律人有理由透過制度性規範秩序進行推理呢？透過上一章對於道德主體的重建，本文認為要理解不正義論據仍然必須從「理想與現實的區分」以及「有理由設想」兩點，也就是從「規範運用者」的觀點切入。

首先，「法效力」概念必須從「規範運用者」的觀點加以調整，簡單來說，並不是過去曾經出現的立法事實都能夠永遠被解釋為某規則有效的論證依據，在推論鏈中過去曾經被援引的有效規則可能如今不再被證明為有效，因此法律人應以實踐者(即規範運用者)的觀點而不是「從永恆的觀點」(*sub specie aeternitatis*)來看待法效力⁹²。MacCormick即批評：


⁹² 學者顏厥安也有類似的主張：「由於沒有完全不需要任何官員或公民來主張其有效的法規範，因此我認為法規範的效力，也就是所謂法效力 (*legal validity*) 概念，應該被『法之效力化』 (*legal validation*) 或『規範之法效力化』 (*validate a norm as legal*) 概念所取代。此一效力化的要素，就是透過語行行為。而我也認為，其實在凱爾森的理论當中，已經蘊含了此一面向。法體系也不宜僅以法規範體系來理解，而必須包括法規範效力化的過程或程序。」(顏厥安, 2010: 76-79)



There is doubtless a strictly theoretical point of view from which all putative or purported rights and arrangements in law either have perfect and valid existence or do not ... Such a theoretical view concerns itself solely with questions about existence and non-existence and the conditions relevant to that (that is, it is concerned only with pure ontological questions). But in the practical world of the persons who seek to act within and under the law, this viewpoint is normally unavailable in pure form...The practical human view of the world is not *sub specie aeternitatis* but moment by moment, becoming aware of events as they unfold, and responding as best one can in the light of current information and deliberation.(MacCormick, 2007a: 162)

其次，制度性規範秩序可以依照符合正義的程度區分為「理想的法秩序」以及「現實的法秩序」。理想的法秩序固然意味著法體系完全符合正義的標準，但現實上法體系之所以經常不符合人們心目中的正義，原因在於正義的判斷標準沒有終局的定論。若必須透過論爭(而非暴力)找出絕對客觀的判斷標準，那麼無論是設想一個理想的法秩序或現實的法秩序，都必須同時設想一個未制度化的規範秩序，而且透過前面對道德的概念分析可知，並不是所有參與論爭的人都能夠得到一致同意的判斷標準。

MacCormick主張，即便對正義的判斷標準有爭議也並不代表所有的爭議都是合理的(MacCormick, 2007a: 276-277)。透過第三章對論爭的形式的討論可以得知，論爭的各方都必須提出「可以合理接受」的理由為各自的理想辯護，因此在現實層面不一定能夠找到絕對客觀的裁判依據。然而在現實法治社會的法體系，因為官員所制定的法律



帶有「正義的表徵」，即合理的正義與共同善理想，所以儘管正義的內容容有爭議，在一個論爭仍然可能的法治社會，仍然能夠發揮最起碼的協調功能。具有協調功能的法體系則是提供每個社會成員能夠維持道德自主以及發展自我控制能力的環境。

反之，什麼是MacCormick無法接受的「極端不正義」？「極端不正義」就是連論爭都不可能出現的情況，也欠缺相對應的非正式規範秩序，所有法律無論好壞、無論合不合理都被政府加以制定與執行。每個人都是處在他律權威下，欠缺出於道德自主的實踐，所以對於法律的良窳無法進行公開的批評與辯護。Bentham所謂「自由地譴責、切實地遵從」(censure freely, obey punctually)的法實證主義態度在前揭狀態下根本無從實現，因為在這種情況下自由地譴責的機會是不存在的，自願服從的機會也是不存在的(MacCormick, 2007a: 278)。諸如納粹統治下的立法，正是在文明社會已經崩潰的情況下，宣揚某種扭曲的道德價值。此種立法儘管帶有官方片面宣揚的價值，但相對的，社會成員無從進行任何批評或辯護，導致該價值欠缺最起碼的合理性。

至於何謂「最起碼的合理性」，MacCormick的實踐哲學及其斯密式定言命令已經提供了適當的判斷素材。因此「正義的表徵」是要求每個提出法律命題的人無論是經過自我檢視或他人挑戰，將完全不合理的法律規則自推論鏈中移除。法律人遂能透過拒絕完全不合理的正義與共同善理想，維護現實的法治社會最起碼的文明性以及身處其中的道德主體享有自主成長的空間。




第五章 結論



Neil MacCormick曾說，與Dworkin的批判-辯證性(critical-dialectic)的思考特色相較，他個人的思考特色是屬於建設-合作性(constructive-collaborative)的，也就是說他在閱讀其他法理學家的著作時，總是花費許多時間，希望能夠以該作者的角度理解裡面的內容，直到完全掌握作者的想法。他深知這種思考特色使得他在掌握他人的想法時連帶使得自己的理論立場也跟著改變，畢竟經過一段摸索與熟悉的過程後，最終肯定他人的想法格具說服力。這也顯示了MacCormick在法政哲學、乃至於倫理學的立場總是處於調和兩種極端立場之間⁹³，與此同時他所必須面對的代價是冒著理論不一致，甚至是被批為「東挑一點、西挑一點」，形成理論大雜燴的風險(MacCormick, 2011: 17-18)。

那麼在他最後提出的「後實證主義」法理論是否能夠豁免於理論大雜燴的批評呢？本文經過以上各章對其著述的解讀與討論，可以肯定「後」之於MacCormick的法理論而言是個名符其實的定位，因此在各章所欲呈現的，就是他以「什麼主張」以及「什麼論證」完成對法實證主義的告別。

⁹³ 僅就本文論及的部分就有：在法理學上試圖調和法實證主義與自然法論的對立、規範主義與唯實論的對立；在實踐哲學上則試圖調和普遍主義與個別主義的對立、道德認知論與非認知論的對立。



在MacCormick仍自稱為法實證主義者的時期，他首要關心的是法律知識的問題。這涉及到實然與應然的對立，而透過Searle單純事實與制度性事實的區分，他與Weinberger共同主張法律是一種佔據一段時間的制度性事實，並透過三種制度規則的重構，指出「制度」概念不但使法律命題所指涉的事實有著可靠的基礎，也提供了一般人實踐推理的資訊。規則的重構並不是法律人的憑空想像，MacCormick認為Hart的詮釋學方法是規則重構乃至於一般法律推理的，據此詮釋學方法要求法律人採取內在觀點，從社會成員的規範態度理解到制度運作背後的價值基礎。此外，由於對制度背後價值基礎的肯定，他的法理論立場經常被認為是「規範性法實證主義」，也就是從實踐或道德上的理由支持法實證主義的命題。透過與Marmor的理論分類相比較，本文認為關鍵在於有關法律制度的命題究竟是一種描述或規範命題，也因此尚未明確瞭解他的看法前，其理論仍然存在不同的解讀可能，不一定能夠逕自解釋為規範性法實證主義。

接著在《Natural Law and the Separation of Law and Morals》，他才明確將法律制度的命題視為實踐理性的命題。在法律推理理論的說明裡，法律原則是「規則與價值的交會點」，它主要的功能是将規則合理化，並且用以證立規則窮盡後新的裁判依據；因此規則之所以能夠透過演繹為裁判提供證立，根本而言亦是因為從法官的「內在觀點」而言他們接受了特定的政治價值作為證立規則的基礎。MacCormick進而指出，遵循法律規則本身就具有積極意義的道德價值，而且法律規則能夠處理價值多元與不可通約下彼此協調的問題，所以是一般人在


當下的實踐推理時「有理由設想」的「實踐體系」，法律制度或法體系的命題首先是個實踐推理領域的問題。



「有理由設想」意味著法律制度至少必須是合理的，因此這背後需要一套能夠肯定實踐理性的論述。MacCormick將Hart的內在觀點重建為「規範運用者」的觀點，他認為人天生有同情共感的能力以及自我控制的能力，在成長過程面臨各種他律規範時能夠逐步練習並形成合理判斷，因此不假抽象道德手冊的自主判斷是可能的。要證立自主判斷是合理的，判斷的理由必須經過普遍化的程序檢驗，也就是MacCormick結合Kant與Smith的倫理學提出的「斯密式定言命令」。


「斯密式定言命令」要求規範運用者發揮自我控制的能力，盡可能進入當事人的感受，想像其所處的個別情境產生的影響。想像的過程必須訴諸一個想像的社群，其中所有人都是自主的，而且彼此都有意形成一個集體行動的共同標準，所謂的普遍化也就是將判斷置於這個想像的社群裡，檢視判斷的理由是否能夠被所有社群成員接受，因此經由普遍化的程序檢驗出來的是「在相同個案裡」亦可接受的理由。想像的社群呈現的是在道德自主的程度上與現實社會生活的落差，然而同情共感的能力、想像力以及自主控制的能力是可能經過社會教養越來越成熟，使得現實社會更接近理想的社群，所以產生了對現實社會的批判眼光以及規範性要求，即現實社會必須維持一定的文明性。

對於現實社會的文明性要求使得一定程度的法治是實踐上可以合理設想的，而這樣的法治狀態在概念上呈現為「法作為制度性規範秩序」。它同時包含兩個概念要素：「規範秩序」與「制度化」，規



範秩序是個類似於排隊的理想情況，其中每個人都能夠與他人進行協調，但這秩序的形成所依賴的是相互期待與相互信任，不需要各自清楚表述協調規範或有一致的看法。相對地，規則是具權威地位的管理者所制定的明確規範，其明確性表現在邏輯表述：「如果出現構成要件的情況，則應出現規範結果」。規則的出現是制度化的開端，制度化的規範秩序不再以未明言的共享規範所引導，而是透過權威的明確表述。規範秩序與制度性規範秩序是兩個不同的說明性概念，但在現實上它們能夠整合為互相支持的關係。現代憲政國家的形成有賴規範秩序與制度性規範秩序的結合，即規定國家權力運作的憲政秩序必須以未制度化的規範秩序為基礎，其中每個成員所共享的未明言規範即是對於制度機關及其功能執掌的肯認。由此也可以導出個人習性(habit)之於國家法秩序運作的關係：制度之所以能夠運作，其實踐的形式並非需要實際生活的個人屢屢對規則抱持反思批判態度，反而是當每個人未刻意思索地遵循規則要求時制度才得以運作。因此如國家法秩序的維持，其基礎是文明社會蘊含的規範秩序而不是任何成文的規則。

這一切都指向後實證主義所抱持的法治理想。本文整合以上各章的論述，主張後實證主義法理論是個法治理論，其所取向的價值是社群價值：嚴格來說，是同時維持個人的道德自主與社會秩序。MacCormick的實踐哲學正顯示了個人的自立(independence)是在互相依賴(inter-dependence)的文明社會才有實現的可能。從社群價值出發，本文透過Maks Del Mar對MacCormick的創生性解釋，將後實證主義諸論



點與概念置於不同的法治發展階段加以理解。其中法律知識即對於法體系的理性重構以及法效力都必須在上述文明社會的既有狀態下進行才有意義，也就是說在重構的過程法律人帶有一定的價值許諾，將國家法秩序視為帶有正義的表徵。因此，極端不正義的法律，即根本沒有任何正義理念、或其訴諸的正義理念沒有任何人可以合理接受的法律，不啻是對既有文明社會的破壞以及個人自主的壓迫。

最後，在後實證主義作為法治理論的前提下，法體系的理性重構是為了提供法律論證的說服力，因此法體系並不是個永恆地「存在於某個時空」的事物，它必須以實踐的角度，在每個參與論證的情境透過重構出現。至此Neil MacCormick的後實證主義法理論亦可說是一種詮釋主義法理論版本，與過去被視為Hart法實證主義的印象有著完全不同的面貌⁹⁴。

至此，本文業已藉由對文獻的爬梳與解讀，在過去法理學研究者的既定印象與後來的法理論轉向之間，為MacCormick的法政思想研究整理出一條可以理解、觀察的理論角度。有待進一步探討的，是他的人性觀、自然法命題與價值體系間的理論關係(Waldron, 2011 ; Walker, 2011a)，以及後實證主義在後主權時代的運用(MacCormick,

⁹⁴ 感謝鍾芳樺老師在口試中提出後實證主義法理論究係旨於理念批判或係描述性法理論的問題，至此本文可以給予明確的答案：從MacCormick區分法的「理想」與「現實」，以及法律帶有「正義的表徵」來看，顯示後實證主義旨在指出法律人在不斷參與實踐的論證過程即是不斷對過去既有的實踐與事實進行詮釋與重構，因此確實是個理念批判的法理論。相同的見解請再次參考(Sciaraffa, 2010: 116-118 ; Bustamante, 2011: 707)。

1999 ; Walker, 2011b)。無庸置疑的是，後實證主義所標誌的不只是拋棄法實證主義這個理論標籤，亦是希望法理學的討論能夠超越法實證主義/自然法論的框架。



參考文獻



王贊榮，2013。「從法律規範性到法理學方法論」。台北:元照。

王鵬翔，2009。「法概念與分離命題－論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭」。『中研院法學期刊』。5 期，229-289。

王鵬翔，2011。「阿列西《法概念與法效力》導讀」。『台灣法學雜誌』。183 期，143-153。

王鵬翔，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，387-405。

吳瑞媛，2015。「導論」，1-78。刊於吳瑞媛、謝世民編，『理由轉向：規範性之哲學研究』。台北：台灣大學出版中心。

李俊增，2007。「對哈伯瑪斯論辯倫理學中普遍化原則之證立的檢證－兼論此項原則之有效性的限度」，289-331。刊於蔡英文、張福建編，『現代性的政治反思』。台北：中央研究院人文社會科學研究中心，政治思想研究專題中心。

卓翊維，2009。「Hans Kelsen 純粹法學理論的法學知識性質」。臺灣大學法律學研究所碩士論文。

周明泉，2012。「論 John Finnis 的新自然法理論與天主教社會理論融通之可能性」。『哲學與文化』。39 卷，9 期，113-146。

林執中，2009。「法律，接受與行動理據」。臺灣大學法律學研究所碩士論文。

林遠澤，2012。「論規範遵循之可期待性的理性基礎－試從對話倫理學的

應用問題論道德, 法權與政治責任的規範效力差異與互補」。『人文及社會科學集刊』。24 卷, 3 期, 285-330。

孫效智, 2001。「蘇菲的抉擇? 分割連體嬰的倫理難題」。『哲學與文化』。28 卷, 5 期, 406-439。

祖旭華, 2010。「個別主義與整體主義」。『哲學論集』。43 期, 13-32。

堂目卓生, 2012。「アダム.スミス: 『道德感情論』と『国富論』の世界」。陳政雄譯。台北: 致良。

莊世同, 2007。「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』。21 期, 1-46。

莊世同, 2008。「合法性與整全性—對德沃金法治觀的審視與反思」, 45-84。刊於王鵬翔編, 『2008 法律思想與社會變遷』。台北: 中央研究院法律學研究所。

許漢, 2009。「容忍之困難與可能的解決之道」。『政治與社會哲學評論』。28 期, 1-48。

陳以森, 2010。「超越法實證論與自然法論——法律的表徵性本質」。中正大學哲學研究所碩士論文。

陳正國, 2008。「宗教與世俗的辯證--佛格森論歷史與自由」。『中央研究院歷史語言研究所集刊』。79 卷, 2 期, 187-233。

楊仁壽, 2013。「法學方法論之進展: 實踐哲學的復興」。作者自版。

楊道弘, 2006。「純粹性的追求: Hans Kelsen 的基本規範理論」。臺灣大學法律學研究所碩士論文。

鍾芳樺, 2009。「應然與實然之關係作為純粹法學的難題 - 論 Hans Kelsen 實證法理論的演變與分期問題」, 『中研院法學期刊』。4

期，81-150。

顏厥安，2004。「規範,論證與行動—法認識論論文集」。台北：元照。

顏厥安，2005。「幕垂鴉翔：法理學與政治思想論文集」。台北：元照。

顏厥安，2010。「語行行為與法規範的效力化」，『政治與社會哲學評論』。32期，65-91。

Aarnio, Aulis. 2011. *Essays on the doctrinal study of law*. New York: Springer.

Alexy, Robert. 1988. "Problems of discourse theory." *Crítica: revista hispanoamericana de filosofía*:43-65.

Alexy, Robert. 1996. "Discourse Theory and Human Rights." *Ratio Juris* 9 (3):209-235.

Alexy, Robert. 1999. "My philosophy of Law: the institutionalisation of reason." In *The Law in Philosophical Perspectives*, 23-45. Springer.

Alexy, Robert. 2009. "The Reasonableness of Law." In *Reasonableness and Law*, edited by Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor and Chiara Valentini, 3-15. Springer Netherlands.

Bankowski, Zenon, Neil MacCormick, and Jerzy Wroblewski. 1991. "On Method and Methodology." In *Interpreting statutes: a comparative study*, edited by Neil MacCormick and Robert S. Summers. Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA: Dartmouth.

Berteau, Stefano. 2004. "Neil MacCormick's Theory of Law: A Non-Objectualist Interpretation." *Associations* 8 (2004):55-76.

Bustamante, Thomas. 2011. "Comment on Petroski-On MacCormick's

Post-Positivism." German LJ 12:693-728.

Celano, Bruno. 2013. "Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law." In *Neutrality and Theory of Law*, edited by Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso and Diego M. Papayannis, 175-202. Springer Netherlands.

Darwall, Stephen. 2006. "Morality and practical reason: A Kantian approach." In *The Oxford handbook of ethical theory*, edited by David Copp, 282-320. New York: Oxford University Press.

Del Mar, Maksymilian. 2012. "The Smithian Categorical Imperative." *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie* 98 (2):233-254.

Del Mar, Maksymilian. 2014. "Legality as Relative Institutionalisation: MacCormick's Diffusionism and Transnational Legal Theory." *Transnational Legal Theory* 5(2):177-217.

Dickson, Julie. 2009. "Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?" In *Law as institutional normative order*, 161-183. Farnham, England ; Burlington, VT: Ashgate Pub.

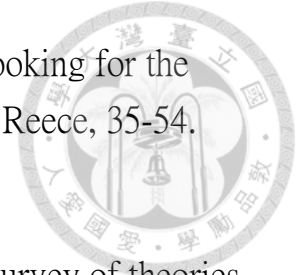
Dickson, Julie. 2012. "Legal Positivism : Contemporary Debates." In *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, edited by Andrei Marmor, 48-64. New York: Routledge.

Dworkin, Ronald. 1985. *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald. 1986. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

Dworkin, Ronald. 2006. *Justice in robes*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press.

Feldman, Heidi Li. 1998. "Science, Reason, and Tort Law: Looking for the Reasonable Person." In *Law and Science*, edited by H. Reece, 35-54. New York: Oxford Univ. Press.



Feteris, E. T. 1999. *Fundamentals of legal argumentation : a survey of theories on the justification of judicial decisions*, Argumentation library ;. Boston: Kluwer Academic Publishers.

Finnis, John. 2011. *Natural law and natural rights*: Oxford University Press.

Gardner, John. 2001. "Legal Positivism: 5 1/2 Myths." *Am. J. Juris.* 46:199-227.

Gardner, John. 2012. *Law as a leap of faith and other essays on law in general*. Oxford: Oxford University Press.

Green, Leslie. 2005. "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay." *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (4):565-580.

Hart, H. L. A. 1983. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A. 1994. *The concept of law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press. = Hart, H. L. A. 2000. 「法律的概念」。許家馨、李冠宜譯。台北：商周。

Kelsen, Hans. 1949. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Kelsen, Hans. 1973. *Essays in legal and moral philosophy*, Synthese library. Dordrecht, Boston: Reidel.

Leiter, Brian. 2005. "American legal realism." In *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, 50-66.

Leiter, Brian. 2014. Naturalism in Legal Philosophy. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>. (最後瀏覽日 9/28/2015)



Lucy, William. 2002. "Adjudication." In *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, edited by Jules L. Coleman and Scott Shapiro, 206--267. Oxford University Press.

MacCormick, Neil. 1979. "Artificial reason and judgement of law." *Rechtstheorie Beiheft* 2:229-58.

MacCormick, Neil. 1985a. "A Moralistic Case for A-Moralistic Law." *Val. UL Rev.* 20.

MacCormick, Neil. 1985b. "A Too Brief Reply to D'Amato, Boyle, Cullison and Stith." *Val. UL Rev.* 20:77-82.

MacCormick, Neil and Ota Weinberger. 1986. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Boston: Reidel Publishing Company.

MacCormick, Neil. 1987. "Comment on G. Postema's 'The Normativity of Law.'" In *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, edited by Ruth Gavison, 105-113. Oxford: Clarendon Press.

MacCormick, Neil. 1988. "Institutions, Arrangements and Practical Information." *Ratio Juris* 1 (1):73-82.

MacCormick, Neil. 1990. "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS." *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (4):539-558.

MacCormick, Neil. 1992. "Natural law and the separation of law and morals." *Natural Law Theory* 105:125-29.

MacCormick, Neil. 1999. Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth. Oxford ; New York: Oxford University Press.

MacCormick, Neil. 2005a. Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning. Oxford: Oxford University Press.

MacCormick, Neil. 2005b. Legal Reasoning and Legal Theory, 2nd ed. 姜峰譯。北京市：法律出版社。

MacCormick, Neil. 2007a. Institutions of Law: An Essay in Legal Theory: Oxford University Press.

MacCormick, Neil. 2007b. "Why Law Makes No Claims." In Law, Rights and Discourse, edited by George Pavlakos, 59-67. Oxford: Hart Publishing.

MacCormick, Neil. 2008a. H.L.A. Hart. 2nd ed ed. Stanford, Calif: Stanford Law Books.

MacCormick, Neil. 2008b. Practical reason in law and morality. Oxford ; New York: Oxford University Press.

MacCormick, Neil. 2011. "MacCormick on MacCormick." In Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory, 17-24. Springer.

MacCormick, Neil, and Ota Weinberger. 1986. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism: Boston: Reidel Publishing Company.

Marmor, Andrei. 2010. "The Ideal of the Rule of Law." In A companion to philosophy of law and legal theory, 2nd ed. edited by Dennis Patterson. West Sussex: Wiley-Blackwell.

Marmor, Andrei. 2011. Philosophy of law, Princeton foundations of

contemporary philosophy. Princeton, N.J: Princeton University Press.



- Pavlakos, George. 2003. "Normativity Versus Ontology: Law, Facts and Practical Reason." *Rechtstheorie* 34 (4):393-419.
- Petroski, Karen. 2011. "Is post-positivism possible." *German LJ* 12:663-692.
- Rawls, John. 2002. *Justice as fairness: A restatement*. 姚大志譯。台北縣：左岸文化。
- Raz, Joseph. 2009. *The authority of law: essays on law and morality*. 2nd ed. Oxford ; New York: Oxford University Press.
- Sayer, R. Andrew. 2008. *The moral significance of class*. 萬毓澤、陳妙芬譯。台北：巨流出版。
- Scanlon, Thomas. 1998. *What we owe to each other*: Harvard University Press.
- Schauer, Frederick. 2013. "Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick)." In *Law as Institutional Normative Order*, edited by Maksymilian Del Mar and Zenon Bankowski, 35-44. Farnham, England: Ashgate Publishing.
- Sciaraffa, Stefan. 2010. "The Underlying Value of MacCormick's Post-Positivism." *Jurisprudence* 1 (1):121-136.
- Searle, John. 2008. *Philosophy in a New Century: Selected Essays*. New York: Cambridge University Press.
- Searle, John. 1998. *Mind, language and society: Philosophy in the real world*: New York: Basic Books.
- Searle, John R. 2006. "Social ontology : Some basic principles." *Anthropological Theory* 6 (1):12-29.



Sen, Amartya. 2013. *Idea of justice*. 林宏濤譯。台北：商周。

Smith, Adam. 2009. *The theory of moral sentiments* 6th ed. 謝宗林譯。台北：五南。

Troper, Michel. 1990. "The fact and the law." In *Law, Interpretation and Reality*, 22-37. Springer.

Tur, Richard. 1978. "What is jurisprudence?" *The Philosophical Quarterly*:149-161.

Veitch, Scott, Emiliios Christodoulidis, and Lindsay Farmer. 2013. *Jurisprudence: themes and concepts*. New York: Routledge.

Villa, Vittorio. 2009. "Neil MacCormick's legal positivism." In *Law as Institutional Normative Order*, edited by Maksymilian Del Mar, 45-64. Farnham, England: Ashgate Pub.

Waldron, Jeremy. 2001. "Normative (or Ethical) Positivism." In *Hart's Postscript*, 411-433. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, Jeremy. 2011. "Legal Judgment and Moral Reservation." In *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory*, edited by Agustín José Menéndez and John Erik Fossum, 107-131. Springer Netherlands.

Walker, Neil. 2011a. "Reconciling MacCormick: Constitutional Pluralism and the Unity of Practical Reason." *Ratio Juris* 24: 369-385

Walker, Neil. 2011b. "Scottish Nationalism For and Against the Union State: The Vision of Neil MacCormick." In *MacCormick's Scotland*, edited by Neil Walker, 163-190. Edinburgh University Press.

Wallace, R. Jay. 2014. "Practical Reason." In The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ed Edward N. Zalta.
<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason/> (最後瀏覽日(09/28/2015)).

