

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



論以法律貫徹道德

— 重省法律道德主義與自由主義的論辯

The Legal Enforcement of Morality:

A Reflection on the Debates between Legal Moralism
and Liberalism

邱怡嘉

Yi-Chia Chiu

指導教授：莊世同 博士

Adviser: Shih-Tung Chuang, Ph.D.

中華民國107年2月

February, 2018

謝詞



本論文得以完成，首先要感謝莊世同老師多年來的指導與照顧。多年前在老師的課堂上，豐富的學術討論與清晰的論證，啟發了我對法理學的研究興趣，並促成了我投身英美分析法理學的閱讀與思考。在學術上，老師的認真嚴謹，讓我深刻體會到英美分析法理學樸實而又縝密細膩的說理與風範，在學術之外，老師多年來的包容與鼓勵，緩解了學植尚淺的我對未來與學術能力上的自我懷疑，讓我在焦慮之餘，能夠重新打起精神，認真面對自己選擇的方向。在論文的準備與寫作過程中，經常有著論點不集中、論述不清楚之處，感謝老師的多次指導與審閱，讓我有機會察覺並反思自己需要改進之處，更深深的體會到，若能把複雜的話語用簡單清晰的方式表達出來，才是真正的懂了。

感謝顏厥安老師與張嘉尹老師允諾擔任口試委員。自進入台大以來，顏老師在課堂上的談笑風生，信手捻來的學術洞見，開闊了我對學術的想像與視野，老師在口試時的諸多指教與鼓勵，指出了本論文在論述上的不足與不清晰之處，讓我有機會以更好的方式重新表述與反思。與張老師在課堂上儘管只有為數不多的見面與教導，已讓我深深體會到老師在學術上的嚴謹與細膩，口試時老師從歷史脈絡、論理清晰度與論證的內容上給予的指教，讓我受益甚多，而老師在口試後對我在未來學術路途上的諸多溫暖鼓勵與指導，更給予初出學術茅廬的我極大的鼓舞。

在研究所的學習過程中，感謝許多老師的無私教導。王泰升老師在法律史課堂上的教導，讓我看到學者求知求真的熱情，以及深耕學術的勤奮精神，課堂外，老師對我在學術道路的鼓勵，更激勵了我勇敢繼續向前邁進，追求知識理想。王效文老師在成大的教導帶領我初入法理學的堂奧，老師對於我選擇基礎法學作為研究所報考方向時，給予的諸多建議與指教，為我能夠在當時資源有限的

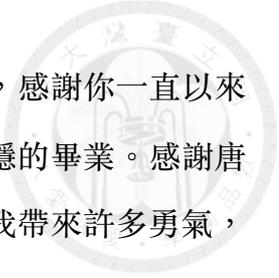


情況下，順利進入基礎法學研究所給予了重要的幫助，進入研究所後，更感謝老師一直以來給予的諸多鼓勵，未來我會繼續努力。

在基礎法學這條道路上，無論在學術上還是學術外要感謝的人很多。感謝在臺北大學的老師們的諸多教導與照顧，感謝三峽與台北校區系辦的助教們的一直以來的照顧，雖然已經離開北大，各位助教們對我的關懷與問候，為我在三峽的生活增添許多溫暖。在北大法理學組時，有幸與林嘉暘學長、侯士雋學長與陳禎佑學長相識，儘管當時我還是一個什麼都不懂的研一生，各位學長的建議與指導都給了當時的我在學習上與生活上諸多的幫助，祝福各位學長未來一切順利。感謝當時的北大刑法組、公法組以及法專組，在法理學組只有我一人的時候，對我伸出友誼的手，讓我的北大研究所生活充滿許多樂趣。

進入台灣大學後，認識了基法組的學長姐與同學們，大家給我的許多幫助與關懷，至今仍深深感謝各位。感謝佑達學長、贊榮學長、允中學長、逸群學長、季凡學姐、瑞筠學姐在學業上與生活上的諸多建議與鼓勵，而冠廷、世安、軒安、宜儒、維澤、承翰、佳豪與宗霖，很幸運能與各位成為同學，大家在課堂上、生活上的相互激勵與笑鬧，都是我在台大感受到的溫厚情誼，是我研究生生活中的美好回憶，非常幸運能夠認識大家，雖然我經常不來學校，感謝各位沒有忘記我，未來有機會如果有聚餐的話，我會盡可能克服我的惰性，與各位同聚，祝福各位在各自的人生旅途上，都能找到自己喜愛的一片天地。

儘管我並不善於與人交誼，又是個經常宅於宿舍的人，何其有幸能夠獲得許多珍貴的友誼。感謝大學時的死黨，儘管大學畢業後各分東西，與各位的友誼與回憶一直是我生命中的幸運，友誼常在，祝福各位在人生道路上一切安好，能夠找到屬於自己的地方，期待未來再像大學時一樣相聚。謝謝冠廷在學術上與學術外的諸多討論，與你在基法中心與烙哲學聚會中的閒聊是我研究生生活中的難忘的回憶，祝福你未來一切安好，希望未來有機會在一起閒聊談笑。謝謝承翰在許多時候對我的幫助，與你在校園內的談笑一直都是一件非常愉快的事



情。在論文發表與口試的過程中，尤其感謝宗霖的諸多協助，感謝你一直以來真誠的友誼，希望你跟維澤、承翰都能夠順利完成論文，平穩的畢業。感謝唐施、俊德不辭辛勞前來參與我的論文發表會，給原本緊張的我帶來許多勇氣，也感謝兩位平時對我的鼓勵，希望你們的生活都一切順利。

感謝爸媽給予對於我持續追求知識的支持，是爸媽的關懷與付出，成就了我能夠擁有現在自由思考與閱讀的環境，感謝爸媽毫無保留的給予，如今能享有這一切的我，是如此幸福；感謝大哥與二哥的支持與鼓勵，對我就讀研究所時的生活上的諸多照顧，小弟銘感五內。最後的最後，感謝文郁一直以來的陪伴，不僅忍受我的脾氣，還得忍受我不斷講述（連我自己都不是很懂的）法理學理論，並在我陷入無數的自我懷疑與焦慮時，給了我無數溫暖的鼓勵，讓我再次打起精神，重拾自己的理想與責任，謝謝妳，使我成為更堅強、更好的人。

邱怡嘉

2018.02.12 台北

摘要



本論文藉由重新檢視法律道德主義與自由主義的論辯，重省以法律貫徹道德的問題。本文首先反省Stephen-Devlin的法律道德主義，與Mill-Hart所支持的以傷害原則為核心的自由主義之間的傳統辯論，從中看到雙方所各自存在的侷限與難題。接著以此為線索，探索法律道德主義陣營為何難以維持其主張，並認為自由主義陣營以Ronald Dworkin理論一貫且深入的自由主義論點，對以法律貫徹道德的問題給予了較令人滿意的回答。

本文第二章首先將針對James Fitzjames Stephen與Lord Patrick Devlin的法律道德主義理論進行分析與批評，並從中整理出法律道德主義共同面對的難題；第三章則轉而梳理John Stuart Mill與H.L.A. Hart以傷害原則為核心的自由主義，以及傷害原則所面對的批評；第四章則試圖反省前兩章所整理出對雙方陣營的批評，並藉由當代論者對雙方陣營的回應來再次反省雙方的問題，最後總結出為何法律道德主義難以維持其論點，而自由主義則由Ronald Dworkin的論點對於以法律貫徹道德的問題給出了較令人滿意的回答。

關鍵字：法律與道德、以法律貫徹道德、法律道德主義、自由主義、傷害原則。

Abstract



This thesis intends to re-evaluate the issue of the legal enforcement of morality in the light of the debates between legal moralism and liberalism. The initial objective of this thesis is to examine the classic debates between the Stephen-Devlin legal moralism and the Mill-Hart liberalism which is centred on the harm principle, and render the limits and difficulties of both positions. Taking these limits and difficulties as the clue, this thesis explores the reason why legal moralists can hardly maintain their position, and argues that Ronald Dworkin's liberalism theory provides better solution to the question of the legal enforcement of morality with coherent and profound arguments.

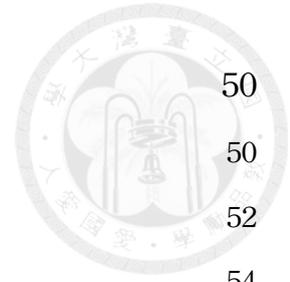
Chapter two focuses on the analysis and criticisms of the legal moralism theory held by James Fitzjames Stephen and Lord Patrick Devlin, and points out the difficulties confronted by the legal moralism in general. Chapter three turns to review the liberalism centred on the harm principle which is supported by John Stuart Mill and H.L.A. Hart, and the criticisms of the harm principle. Chapter four intends to reconsider the criticisms of both legal moralism and liberalism in previous chapters , and re-evaluate both positions with the reply from contemporary theorists. In conclusion, this thesis points out the reason why legal moralists can hardly maintain their position, and argues that Ronald Dworkin's liberalism theory which provides better solution to the question of the legal enforcement of morality.

Keywords: law and morality, legal enforcement of morality, legal moralism, liberalism, the harm principle.

目錄



謝詞	i
摘要	iv
Abstract	v
第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
一、兩個問題	2
二、兩種理論	4
三、本文的結構與論證	5
第二節 國內文獻回顧	6
第三節 與社群主義的關聯	9
第二章 Stephen與Devlin的法律道德主義	11
第一節 Stephen的極端論法律道德主義	13
一、道德對美好人生的必要性	13
二、運用法律強制力的證成	16
三、對Stephen極端論的批評	20
四、結語	26
第二節 Devlin的溫和論法律道德主義	27
一、Devlin的法律道德主義理論	28
二、與Stephen極端論法律道德主義的比較	33
三、對Devlin溫和論的批評	36
四、Rostow為Devlin的辯護	43
五、結語	47
小結—法律道德主義的基本命題與疑難	47
第三章 Mill與Hart的自由主義	50



第一節 Mill以傷害原則為核心的自由主義	50
一、人格多元的重要性	50
二、傷害原則	52
三、對Mill傷害原則的批評	54
四、結語	61
第二節 Hart為Mill的辯護	62
一、Hart對Mill的修改	62
二、最低限度自然法——一個例外？	64
三、對Hart修正理論的批評	66
四、結語	69
小結	70
第四章 重省法律道德主義與自由主義的爭論	71
第一節 法律道德主義的復興	71
一、John Kekes的新法律道德主義	72
二、「最佳」的法律道德主義	77
三、結語	84
第二節 Ronald Dworkin的平等自由主義	84
一、人性尊嚴、自重與本真	86
二、倫理獨立性與傷害的概念	87
三、政府行為的合法性	89
四、結語	90
小結—重省「以法律貫徹道德」的爭論	91
第五章 結論	93
參考文獻	98



第一章 緒論

本論文旨在探究「以法律貫徹道德」(legal enforcement of morality)的問題。現實生活中，「以法律貫徹道德」的問題體現於社會上頻繁出現的諸多爭議案例之中，包括同性戀合法化/除罪化、性交易、同性婚姻合法化、代理孕母的管制、自殺、安樂死乃至基因改造等議題¹，在中外激起了正反雙方的無數辯論。這些爭議案例的討論涉及了法律、道德與政治哲學等諸多面向，而「以法律貫徹道德」的問題則是其中一項重要的部份，理由在於這些爭議案例涉及了群體對特定行為的道德判斷，以及法律在什麼程度與條件下可以實現這些判斷的問題。

從這些社會爭議中，我們可以看到「以法律貫徹道德」的問題對任何法體系而言都有其重要性，每個法體系都勢必要面對法律干預與道德判斷之間的關係如何調和的問題。但在開始討論之前，我們首要考慮的是，「以法律貫徹道德」本身是一個什麼樣的問題。

第一節 問題意識

¹ 當代關於「以法律貫徹道德」的中外爭論頗多，以英美脈絡而言，如1960年代英國的沃芬登報告 (the Wolfenden Report)，主張男同性戀性行為與性交易除罪化而引發政治與學術上的激烈討論，並影響了美國與加拿大的同性戀立法；1990年代，美國聯邦最高法院支持禁止幫助自殺立法的合憲性，所引起的討論，以及2015年，美國聯邦最高法院支持全美國同性伴侶結婚權利受到憲法保障的判決等。

在台灣，1990年代衛生署公佈實施〈人工協助生殖技術管理辦法〉所引發的關於代理孕母與安樂死的法律管制爭議；2009年公佈的司法院解釋666號則為性交易合法化爭議傳達合法化的可能性，但由於台灣社會傳統道德的無形約束，666號解釋關於性交易合法化的部分至今仍未付諸實現，只導致了娼嫖皆罰的困境，而近年來關於同性婚姻合法化的爭議，同樣激起了社會上廣泛而激烈的討論，儘管司法院大法官在2017年公佈司法院解釋748號，指出民法未保障同性婚姻自由，違背平等權保障而違憲，但反對者如守護家庭聯盟仍然持續反對當中，爭論關於同性婚姻的合法化與未來的立法方式。



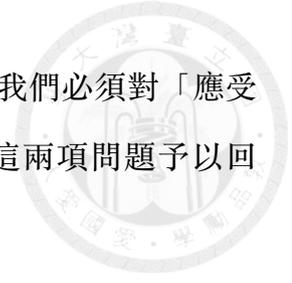
「以法律貫徹道德」是傳統法律與道德關係的問題的一部份。根據H.L.A. Hart，法律與道德關係的問題並不是「單一」的問題，而是至少具有以下的四個不同的問題（Hart，1963：1-4）：

- 一、歷史與因果性問題（A HISTORICAL AND A CAUSAL QUESTION）：探究法律與道德在形成過程中的相互影響。
- 二、分析性或定義性問題（A ANALYTICAL AND DEFINITIONAL QUESTION）：探究法律與道德在概念上是分離或是包含的關係
- 三、法律的道德批評的形式與可能性問題（THE POSSIBILITIES AND THE FORMS OF THE MORAL CRITICISM OF LAW）：法律是否能夠容許道德批評，以及道德批評的形式問題。
- 四、法律能否用以貫徹道德的問題（THE LEGAL ENFORCEMENT OF LAW）：即本文關心的問題，一項行為若在社會標準下被認定為不道德，是否便足夠證立法律的運用。

不過，「以法律貫徹道德」這一問題的用語帶來了一項誤解，即以為對法律是否應貫徹道德是一個全有全無的問題，但正如Brian Bix所指出的，「沒有人會認真的爭論，國家不應該訂定任何與道德規範相一致，且可能被視為貫徹道德的法律規則」（Bix，2004：157）。正因為法律無可避免的與道德規範相重疊，當我們談論「以法律貫徹道德」的問題時，我們實際上要討論的，是一項關於法律的限度（the limit of law）問題，學者顏厥安則將之表達為一種法政策面的問題，即「在何種條件下，在多大程度裡，國家（或社會）可以透過法律的制裁作用來保障實現道德，尤其是透過刑罰這類嚴厲的制裁措施。亦即法政策在此處關心的是法律得以干預個人可能之生活方式的條件與程度問題」（顏厥安，1998：373）。簡言之，「以法律貫徹道德」的問題，指的便是法律在什麼程度上應該或不應該貫徹道德的規範性問題。

一、兩個問題

若探究「以法律貫徹道德」問題的關鍵，在於回答法律在什麼程度上應該或不應該貫徹道德問題，那麼隨之而來的問題便是，什麼樣的道德標準應該以法律



貫徹？運用法律貫徹道德的正當理由又是什麼？也就是說，我們必須對「應受法律貫徹的道德標準為何」與「法律應否用以貫徹道德」這兩項問題予以回答。

首先，就「應受法律貫徹的道德標準為何」這一子題而言，係指對以法律貫徹道德的問題中，所稱的「道德」究竟是什麼。關於道德是什麼至少存在以下的區分，即「實證道德」（positive morality）²與「批判性道德」（critical morality），前者指的是實際上被人們「相信」為真的道德原則，後者則是指一項關於道德為真的陳述，彼此的關係則是，人們所接受與共享的實證道德，乃是參照一種作為批判性道德的一般性道德原則而來。接受實證道德與批判性道德的區分，對以法律貫徹道德的問題帶來的澄清是，以法律貫徹的「道德」本身，意指的其實是實證道德，但我們所真正要探索的對象則是批判性道德，即一項關於如何辨識出應受法律貫徹的實證道德的原則。因此，可以說「以法律貫徹道德」的問題是一項「批判性道德」（a question of critical morality）的問題。

再者，就「法律應否用以貫徹道德」這一子題來說，由於「以法律貫徹道德」問題的探究，並不意在描述法律是否貫徹了道德，而是著重在法律應否用以貫徹道德，這意指對於「以法律貫徹道德」問題的回答涉及的是一項證立的問題，即一項對社會運用法律貫徹道德的普遍性原則的證立。「以法律貫徹道德」的問題作為一項「證立的問題」（a question of justification），其實也可以說是一個關於法律的限度（the limit of law）的問題，即如何對法律干預的正當範圍提出支持的問題。

² 或有論者稱為慣習性道德（conventional morality），意義相同。參見Bix, 2004：160。

總的來說，「以法律貫徹道德」問題，係指法律在什麼程度上應該或不應該貫徹道德的問題，並要求我們對以下子題的提出相對應的主張³，其一是一項批判性道德的問題，即提出一項用以辨識特定實證道德原則應否受到法律貫徹的原則，其二則是證立問題，即運用法律強制力貫徹道德如何能在道德上獲得證立。本文將以這兩項核心問題為架構，分析與討論各理論對以法律貫徹道德的回答。

二、兩種理論

我們可將上述的討論重新表述為，關於「以法律貫徹道德」的理論所處理的是理論性而非實踐的問題，即意在提供一項關於區分罪（sin）與刑（crime）的證立，一個關於以法律貫徹道德的理論所要提供的，就是區分道德與法律的證立。以不同方式作成的證立將走向不同的理論立場，有些證立使得比較多的罪惡落入了法律強制的範圍，從而走向了一種更為嚴格的規範模式；有些則使較少的罪惡落入了法律強制的範圍，因而帶來了一種更為自由的規範模式。

偏向嚴格與偏向自由這兩種不同的證立方式，分別指向了不同的理論態度。一種是傾向於強調道德規範對於個人品質的優劣或維護社會秩序的重要性，而對法律強制所根據的理由抱持較為寬鬆的態度；另一種則對於道德對錯抱持懷疑的態度，而更傾向於將善惡的判斷留待個人，因此，對於什麼是好的法律有所質疑。我們可將這兩種態度分別對應到兩個立場相對的學派，即法律道德主義（legal moralism）與自由主義（liberalism），前者支持以法律應該貫徹道德的正當性，後者則傾向於否定法律應該貫徹道德的主張。

³ 此處對問題的分析主要受H.L.A. Hart在《法律、自由與道德》（*Law, Liberty and Morality*）的看法影響，Hart認為以法律貫徹道德的問題涉及對批判性道德的辨識以及運用法律強制力的證立（Hart，1963：17-21）。類似的看法，則出現在Lord Patrick Devlin在《道德的貫徹》（*The Enforcement of Morals*）一文中，該文中他主張三個貫串以法律貫徹道德議題的問題，包括社會是否有權判斷道德、社會是否有權貫徹其道德判斷以及社會所得已貫徹道德判斷的範圍是否有限制（Devlin，1965a：7-8）。



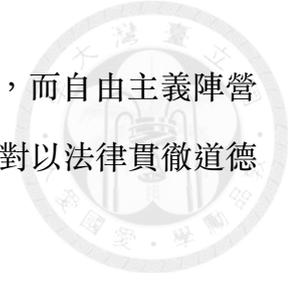
本文將分別就關於法律道德主義與自由主義對於以法律貫徹道德的問題的理論主張予以梳理，並指出彼此所面臨的質疑與困境。為了便於討論，本文分別選取了雙方立場的代表人物及其理論作為說明與比較的對象。

法律道德主義在現代最常討論到的兩位代表性人物，是十九世紀的James Fitzjames Stephen，與二十世紀的Lord Patrick Devlin，本文以為，二者的理論構成了法律道德主義理論的基礎。Stephen與Devlin的理論，分別展示了極端論（extreme thesis）與溫和論（moderate thesis）的特點，前者藉由論證以法律貫徹道德這項行為本身的價值來建立其正當性，後者則認為以法律貫徹道德是一種社會自保的權利，社會團結在遭受不道德行為的威脅時方有權以法律強制力貫徹道德。Stephen與Devlin的理論呈現出某種理論上的連續性，但相對於Stephen的理論，Devlin的版本更順從現代社會的多元價值脈絡，並試圖回應對Stephen法律道德主義的諸多質疑，不過，在法律道德主義所必須回應的幾個關鍵問題上，Devlin的理論仍然力不從心。

自由主義陣營則以十九世紀古典自由主義代表人物John Stuart Mill，與二十世紀著名的牛津法理學家H.L.A. Hart的論點為代表。Mill在其代表著作《論自由》（*On Liberty*）中提出了所謂傷害原則，將社會的合法干預限制在造成傷害的前提下，而Hart則是在Mill的基礎上，對以傷害原則予以修改與補充，擴大社會合法干預的範圍，以符合現代社會的實況與需求。不過，Mill與Hart所共同支持的傷害原則本身存在著許多難題，包括傷害的界定、公私領域的劃分等，都為傷害原則的可靠性投下疑慮，而Hart對Mill理論的延伸則帶來更多問題。

三、本文的結構與論證

本論文意在為一種反對法律應該貫徹道德的自由主義論證提供支持。本文認為，借助反省由Stephen-Devlin的法律道德主義，與Mill-Hart所支持的以傷害原則為核心的自由主義之間的傳統辯論，可以從中看到雙方所各自存在的侷限與難題，



並以此為線索，論證法律道德主義陣營為何難以維持其主張，而自由主義陣營則以Ronald Dworkin理論一貫且深入的平等自由主義論點，對以法律貫徹道德的問題給予了較令人滿意的回答。

本文整體的論證結構是，第二章將針對Stephen與Devlin的法律道德主義進行理論的分析與批評，並從中得出法律道德主義共同面對的難題；第三章則轉而梳理Mill與Hart以傷害原則為核心的自由主義，以及傷害原則所面對的批評；第四章則做整體性的回顧，對於前兩章所整理出的雙方陣營的質疑予以回顧，並藉由雙方陣營的新的論者的論點來再次反省雙方的問題，並指出Ronald Dworkin的論點以一種更為宏觀的角度處理了雙方的疑難。

第二節 國內文獻回顧

在國內法理學與政治哲學學術社群中，有諸多學者曾對此「以法律貫徹道德」的問題，有過理論與實務的探討。學者顏厥安⁴便有許多文章著墨於「以法律貫徹道德」的問題，在〈沒有臉龐的權利主體- 由法理學探討生物科技與人工生殖技術〉一文中，基於法理學的外部關聯（指法理學與其他哲學部門，特別是社會哲學間的聯繫）與法理學的內部關聯（即法概念論、法認識論、法倫理學與法體制論），指出科技與包含人工生殖在內的生物科技在現代社會的意義與制度意涵，並對其帶來的可能危機予以反省；在〈自由與倫理- 由代理孕母的合法化問題談價值命題的論證〉中，則以H.L.A Hart與Lord Patrick Devlin間對於同性戀性行為除罪化的辯論為例，指出探索自由與倫理，或自由與個人道德這一組問題的重要性，並認為以法律強制力干預個人道德，涉及了對個人尊嚴與

⁴ 〈沒有臉龐的權利主體- 由法理學探討生物科技與人工生殖技術〉與〈自由與倫理- 由代理孕母的合法化問題談價值命題的論證〉，收錄於顏厥安（1998），《法與實踐理性》，台北：允晨。〈鼠肝與蟲臂的管制- 談生命科技與法律〉、〈死去活來- 論法律對生命之規範〉、〈安樂死的法理學反思〉與〈生命倫理與規範論證〉收錄於顏厥安（2004），《鼠肝與蟲臂的管制- 法理學與生命倫理論文集》，台北：元照。



獨立的干預，進而得出代理孕母合法化的理論基礎，在於與道德主體自主相關連的自由。

顏厥安在〈鼠肝與蟲臂的管制- 談生命科技與法律〉中，支持一種以道德主體為基礎的人格尊嚴概念，反省在生命科技發展下人類商品化的危機；〈死去活來- 論法律對生命之規範〉裡，他則借James Rachel對生命的三種分析，即生物生命、傳記生命與延伸生命，討論在憲法價值下，安樂死法律管制的可能樣態；此外，〈安樂死的法理學反思〉則以Ronald Dworkin等自由主義者反對限制幫助自殺的法庭之友意見書，與Peter Singer以效益主義為基礎對安樂死的論點，反思對安樂死或幫助自殺的法律管制；在〈生命倫理與規範論證〉中，顏厥安則探討規範與價值、全力論證、禁止的意涵來再次審視代理孕母作為一種權利的法律管制，並反省安樂死議題中，安樂死是否是一種犯罪的問題。上述的諸文章，儘管可能援引或借助不同論者的理論思考，但顏厥安的立場整體而言仍是傾向於一種支持法律必須尊重個人作為道德主體的自主性的自由主義立場。

學者徐振雄在〈菲尼斯對於「同性婚姻」之道德論辯及其權利語言之探討〉（徐振雄，2004）中引介了John Finnis以實踐理性為核心的自然法理論對「同性婚姻」的論點，反省當代人權理念下的可能產生的理論困局；〈德沃金論「道德侵犯非罪化」與「自由主義的政治社群」一個古老的命題：社會可透過刑罰執行道德嗎？〉（徐振雄，2002）一文中，批評Ronald Dworkin用以反對「以法律貫徹道德」的中立原則及權利理論，並指出在多元社會下，Ronald Dworkin的論點是一種訴諸西方政治文化的淺薄論點，且在關注整體社群的前提下，一種有限的家長主義仍有存在空間。〈「傾斜的」平行詮釋？德沃金的墮胎法理學〉（徐振雄，2014）中，檢視了Ronald Dworkin對墮胎合法性的論證，指出Dworkin的「墮胎倫理學」（關注人類的內在價值）與「墮胎法理學」（生育自主權與人性尊嚴等道德原則在法律詮釋中作用）並非如其所稱的是平行詮釋，而是更傾向於墮胎法理學；綜上可知，徐振雄關於「以法律貫徹道德」的論著



主要是圍繞著對Dworkin的批評展開，但似乎仍傾向於支持一種力主維護個人自主性的自由主義觀點。

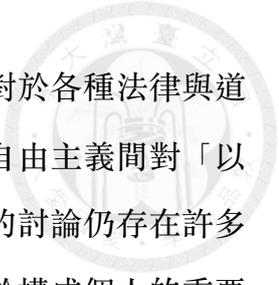
此外，學者許國賢在〈德性、干預與個人自由〉（許國賢，2004）一文中，討論了當代民主實踐中對於公民德性的呼聲與法律干預間的關係，藉助檢視Hart的自由主義與Devlin法律道德主義間的辯論，並部分的討論了John Stuart Mill與James Fitzjames Stephen的論點，指出道德立法帶來喪失個人道德自主性、僵化道德變遷的問題，並最終主張一種限縮的私人道德必須獲得正面承認，不容法律任意干預。學者石元康在〈道德、法律與社群- 哈特與德弗林的論辯〉（石元康，2000）一文中，則是以H.L.A. Hart與Lord Patrick Devlin間針對「以法律貫徹道德」問題的辯論為對象，延伸社群主義與自由主義間的當代辯論。

對上述文獻的初步梳理，可以看出，國內學界對「以法律貫徹道德」議題儘管論證的方式各異，但議題上大多是以國內的法律管制爭議或法律實踐為主，並傾向採取支持自由主義的立場，支持法律干預必須尊重個人作為道德主體的自主性。然而，國內學界對於與自由主義相對立的法律道德主義論點卻相對缺乏討論，儘管顏厥安在〈沒有臉龐的權利主體- 由法理學探討生物科技與人工生殖技術〉與〈自由與倫理- 由代理孕母的合法化問題談價值命題的論證〉等論文中，曾討論過以Hart與Devlin代表的自由主義與保守主義的爭論，但其作用主要用以凸顯法律與個人道德的問題。而許國賢的〈德性、干預與個人自由〉與石元康的〈道德、法律與社群—哈特與德弗林的論辯〉則是國內學界少數以討論Hart與Devlin為代表的自由主義與法律道德主義為主的論文，但二者所著重的議題並不相同，許國賢的論文著重於當代民主社會對公民德性的呼籲，並藉此為法律尊重個人道德辯護，石元康的論文則著重於Hart與Devlin辯論中對社群概念的討論，並藉此指出當代社群主義與自由主義的辯論，雙方都未能整體性的關注「以法律貫徹道德」問題中，自由主義與法律道德主義之間的論辯。

因此，本論文以自由主義與法律道德主義的論辯為主軸，探索以James Fitzjames Stephen與Lord Patrick Devlin為代表的法律道德主義，與以John Stuart Mill與H.L.A. Hart為代表的以傷害原則為核心的自由主義之間的論辯，以及在這場傳統論辯以後，當代的論者如何回應傳統法律道德主義與自由主義彼此的難題，或可填補國內學界對法律道德主義與自由主義爭議的整體性討論的欠缺。

第三節 與社群主義的關聯

如石元康在〈道德、法律與社群-哈特與德弗林的論辯〉一文中所提到的，法律道德主義者Devlin與以Hart為代表的自由主義者，彼此間的分歧源自對社會概念的不同理解，Devlin將社會視為構成個人的重要條件，但對自由主義者而言，社會只有工具性的價值，導致了雙方對法律目的的不同主張，石元康並以此為線索延伸出社群主義對「以法律貫徹道德」的討論，並指出法律道德主義與社群主義間存在的差異，前者是將社群視為讓人們過上道德生活的條件，後者則是將強調社群內部的文化、道德對社群成員的塑造（石元康，2000：70，79-81）。Robert P. George在《使人們道德》（Making Men Moral）一書中，則進一步將Devlin法律道德主義詮釋為一種社群主義，George認為Devlin所宣稱的不道德行為導致的社會解體，可以被解讀為是社群中人際關係的解體，並主張這種解讀能為以法律貫徹道德提供支持（George，1993：65），但George的詮釋並沒有充分的理論根據，一方面並沒有足夠的根據來證明Devlin的理論與當代對社群主義的理解之間存在理論發展上的關聯，二方面也未能對Devlin的法律道德主義與社群主義間存在的分歧提供說明，如George也自承，他對於Devlin的社群主義詮釋只是一種為了使Devlin免於Hart的批評，而對社會解體論點的另類解讀（George，1993：65）。



儘管當代的社群主義與自由主義間的熱烈論辯，已然為許多對於各種法律與道德議題的討論增添生氣。不過，本文以為，法律道德主義與自由主義間對「以法律貫徹道德」的傳統討論，與當代社群主義與自由主義間的討論仍存在許多差異，特別是法律道德主義與社群主義儘管同樣關心社會對於構成個人的重要性，但相對於社群主義主張社群文化特殊性與個人自我形成間的重要關連，法律道德主義僅僅著墨於「社群如何使人們過上道德生活」。因此，本論文所關注的法律道德主義與自由主義間的論辯，正如石元康在文章中所提示的，雖然法律道德主義與社群主義同樣關注社群與社群成員間的關係，但至多只能為當代社群主義與自由主義論辯提供一項回顧或討論的議題。

基此，本論文的討論核心主要在於法律道德主義與自由主義的傳統與當代論辯，而不包括對社群主義的討論。

第二章 Stephen與Devlin的法律 道德主義



根據H.L.A. Hart的定義，法律道德主義（legal moralism）指涉一種「堅持法律應該用以懲罰公眾標準下的不道德行為」的理論（Hart，1963：6）。

綜觀法律道德主義有許多不同的類型。Carl F. Cranor依據主張的強度，將法律道德主義區分為「強版本」（strong version）與「弱版本」（weal version），前者指的是，一項被社群道德標準視為不道德行為的這項事實，已足以構成使該行為不合法（illegal）的充分條件；後者則是指，同樣的事實僅僅提供了一項非充分的理由，來使該行為為不合法（Cranor，1979：147）。

顯然強版本的法律道德主義是不可靠的，理由在於我們很難為「道德總是強過所有理由」這項主張提出支持（Cranor，1979：148）。儘管法律與道德共享了一些行為規範與語彙，它們都禁止殺人、傷害與偷竊，並同樣以「你應該/不應該做x」、「禁止做x」等規範語彙表達出來，不過，這種在「管轄範圍」上的重疊，既不必然意味著法律就在貫徹道德，也不否定法律可以具備這些與道德相同的規範內容，端視理論家如何看待法律與道德的關係。而此處的關鍵是，法律可能基於各種理由來干預個人行為，道德可以是其中一種理由，但我們很難給出理由來支持，道德總是勝過任何其他的理由的主張⁵。

⁵ 在歷史上，強版本的法律道德主義或許曾經存在於宗教道德戒律與法律規則相重疊的古代。例如，中世紀的猶太哲學家邁蒙尼德（Maimonides），便主張法律律令（legal codex）與道德律令（moral codex） - 指妥拉經（Torah） - 的同一性，認為社會有義務透過法律揭示神祇預言的啟發，以及追求完美的社會狀態。但此類試圖將法律規範與宗教道德規範同一的論點，在現代幾乎已經沒有支持者。詳見：Ross，1968：8。

弱版本的法律道德主義是較為可靠的論證，且受到現代大多數法律道德主義者的支持。弱版本法律道德主義主張，在以法律貫徹道德的討論中，實證道德僅僅是與其他理由相競爭的理由（Cranor，1979：148）。換言之，現代的法律道德主義所試圖論證的目標，並不是「法律必然要貫徹道德」的強版本主張，而是著力於論證「法律應該但不必然用以貫徹道德」的弱版本主張。

在弱版本法律道德主義之下，依據發動干預的理由差異，還可再區分出「極端論」（extreme thesis）與「溫和論」（moderate thesis），前者主張以法律貫徹道德本身是有價值的，不以對社會造成任何傷害為前提；後者則主張存在一種作為社會存在基礎的共享道德，不道德行為的實踐將對這項社會賴以存立的道德原則造成傷害，因此社會有權運用法律加以干預（Hart，1963：49）。易言之，雙方都支持以法律保護社會所接受的道德是必要的，但極端論者則將保護本身視為有意義的，溫和論者則強調，保護道德是有前提的。

在當代討論中，弱版本法律道德主義的極端論與溫和論，分別由兩位英國法官的理論為代表，彼此的理論在時間上橫跨了將近百年，內容上則具備相似性。極端論者以19世紀法官的James Fitzjames Stephen⁶的論點為代表，在其著作《自由、平等、博愛》（*Liberty, Equality, Fraterniy*）一書中，他指出道德的貫徹對於人類美好生活的實現具有無可取代的價值。溫和論的代表則是英國高等法院法官的Lord Patrick Devlin，其法律道德主義理論以沃芬登報告（The Wolfenden Report）為批評對象，主張道德作為社會團結的根本，社會為了自我保存有權運用法律貫徹道德。

⁶ Sir James Fitzjames Stephen（1829-1894），曾任律師、英屬殖民地官員與高等法院法官，在政治思想上著作頗豐，但比起這些頭銜，或許更容易讓人認識他的理由是，他是Leslie Stephen的哥哥，因而是著名作家Virginia Woolf的舅舅，關於其生平記述可參閱其傳記：Leslie Stephen（1895）*The Life of Sir James Fitzjames Stephen*. New York：G.P. Putnam's Sons.

本文對法律道德主義的討論，將以Stephen在《自由、平等、博愛》中提出的極端論法律道德主義開始，說明他在書中的主要論點，即由於道德原則對於個人做出更好選擇上具有重要性，因此以法律加以貫徹具有正當性，並指出其理論缺失，以及為什麼現代社會已經無法接受極端論的立場。Devlin的溫和論法律道德主義作為一種順應現代多元社會的理論嘗試，將應維護的道德原則放在社會自保的權利之下，他的理論回應了極端論的缺失，並且是一種較容易為現代社會接受的觀點，但分析Devlin所受到的批評，則指向了法律道德主義所共同面對的困境。

第一節 Stephen的極端論法律道德主義

Stephen的極端論法律道德主義理論，主要是由以下兩個主張所構成：（1）社會上存在的各種強制性規範（包括法律、道德與宗教等）都有助於人們對其人生做出更好的選擇；但（2）法律強制力的施加必須合乎兩個主要的限制，即通過積極的一般性原則的檢驗，並盡可能合乎消極限制原則的要求。

一、道德對美好人生的必要性

Stephen的第一項主張指出，社會上存在的各種強制性規範都有助於人們對其人生做出更好的選擇，他將這項主張建立在一項人性自利的假設上。Stephen接受一種消極的人性觀，他堅持認為人性是自私自利的⁷。人性自利的本質，使得人們行為的動機總是為了追求自己利益的滿足，因而是自我中心且不顧及公眾利

⁷ Stephen之所以接受此一人性觀，與他所受的思想背景不無關係。其弟Leslie Stephen在Stephen的傳記中寫道「他坐在Bentham與Austin腳邊，並在Hobbes那裡找到最意氣相投的哲學」（Stephen，1895：308），凸顯出Hobbes哲學對Stephen的深刻影響。Stephen認為Hobbes真正看到了人類社會的本質，是複雜的利益衝突與不同價值觀間的相互傾軋，而一切的根源則是人性的自私自利（Stephen，1991：133-134）。



益的，正是如此，人與人之間將無可避免的處於相互衝突（struggle）的狀態，並形成彼此相異的善惡觀（Stephen，1991：111，133-134）。

既然人性自利的本質將帶來永恆的利益衝突⁸，Stephen認為要化解這些衝突的唯一答案就是施加強制與限制：

由於人的天性，無論我們採納了什麼樣的善與惡的學說，世界上總是存在著大量的壞又冷漠的人，這些人刻意的去做所有他們不應該去做的事情，並且將所有他們該做的事情拋諸腦後.....對他們唯一有實際作用的是將強制（COMPULSION）與限制（RESTRAIN）加諸於他們之上（STEPHEN，1991：72）。

對人類所能施加的強制與限制包括了法律、道德與宗教等「社會懲罰」，其中又以約束更為廣泛且深入人類大小行為的道德懲罰最為重要：

刑事立法可被適當的當成一種禁止的手段，但與宗教所施加的道德與道德形式的懲罰相比，並不更加重要。一個人因為害怕該地的法律而行為受到限制，許多人的不計其數的行為則因害怕受到鄰人的非議而受到限制，這是道德懲罰；害怕來世的懲罰，這是信仰懲罰；害怕自己的非難，這或可稱之為良心懲罰，或者可被視為是前兩者的混合。在不可勝數的大多數案例中，非議與道德懲罰都與自我防衛毫無關係。宗教懲罰則本質上獨立於此。無論採取什麼特殊形式，它的基本條件是對邪惡予以最大程度的不寬容，除非有特定例外，否則無論存在於何處都絕不寬貸（STEPHEN，1991：57-58）。

⁸ 儘管Stephen在書中並未直言，但從幾個段落中可以看出來，Stephen所試圖避免與調和的利益衝突的原型，其實就是Hobbes所謂的「自然狀態」：「當Hobbes教導我們自然狀態就是戰爭狀態，他以一種易招誤解的方式丟出了這項不受歡迎的真理，但有誰能夠認真的質疑，只要人類還是他們原本的樣子，戰爭與衝突是不可避免的，除非罪惡的代價比戰爭與衝突還要高-代價指的是對所有現有的制度的絕對服從，無論其好壞，都不能抗拒任何改變，無論是明智或愚蠢。衝突是必然且總是存在的」（Stephen，1991：111）。此外，Stephen主張以施加強制作為解決衝突的方法也充滿著Hobbes的影子：「除非具備兩個條件之一，否則對人們而言和平就無從談起：你可以毀滅一切權力，追求絕對自由，你也可以衡量相互對抗的勢力的相對力量- 人們利用或針對這種力量採取行動，讓自己採取相應的行動。第一種作法是死亡，第二種作法是和諧有序的生活；但生活的本質是強制，使用暴力意味著暴力衝突，只要一方的暴力限制了另一方的暴力，暴力衝突就是對自由的否定」（Stephen，1991：118）。

Stephen進一步解釋何謂道德懲罰，他指出，由於道德的本質則是人類普遍以厭惡（disapprobation）的態度看待某些行為的習俗（custom），且必然具有強制性（他人的非議）。因此，道德懲罰意指一個背離道德的行為將受到由他人施加的壓力，而非政府施加的懲罰（Stephen，1991：62）。

以道德懲罰為主的社會懲罰，除了以強制力化解了人性自利帶來的利益衝突，更是促使人們對其人生做出更好選擇的關鍵。Stephen認為「一切有組織的宗教、一切道德體系、一切政治體制，都是不同的強制形式，他們的目標廣泛的超出了自我防衛，並帶來許多益處」（Stephen，1991：61註），此處Stephen所稱的「益處」，就是透過這些強制將能引導人們從自利的本質轉變為更好的人：

人類普遍視為良好的每一種習慣，幾乎都需要經過或多或少的痛苦和艱辛的努力才能養成。由人類生活的狀態所決定，我們生活中幾乎每一種行為，都必然受到環境的限制與強迫（STEPHEN，1991：59）。

既然強制力的作用對促進個人做出更好選擇具有積極的效果，Stephen認為，所謂自由便不在於排除所有限制，而是不存在「有害的限制」：

法律在許多情況下，不只意指命令，而是有益的命令；自由不是指單純沒有限制，而是不存在有害的限制（STEPHEN，1991：176）。

易言之，只要法律、道德與宗教對人施加的強制是好的，那麼在Stephen眼中，個人的自由就沒有受到影響。

至此，Stephen主張，法律、道德與宗教等社會規範所構成的層層限制共同發揮作用，約束了卑劣的人性，引導人們成為更好的人、過上更好的人生。Stephen將這些強制力的作用比喻為疏導工程，把人類比喻為水，說明這些強制力如何共同的引導人們的行為：



全人類的生活，就像水流一樣，被水堰、水閘、堤防引向各個方向。儘管不同的水流的流量與性質不同，疏導水流的工程也因而各不相同，但人們的生活就是透過這些工程，即各式各樣的習俗與制度一進行管理的。
(STEPHEN, 1991: 63-64)。

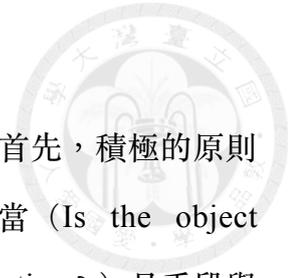
總的來說，Stephen的主張是，道德規範對於促進個人做出更好選擇具有積極的作用，因此，保護並促進道德是有價值的，只不過Stephen進一步認為，由於道德與法律分屬不同的制裁手段，從而，若要運用法律強制力來加以貫徹則需要額外的證成。

二、運用法律強制力的證成

Stephen的第二項主張，即法律強制力的施加則必須合乎兩個主要的限制，即通過積極的一般性原則的檢驗，並盡可能合乎消極限制原則的要求。依前述，Stephen認為法律、道德與宗教都屬於促進人們做出更好選擇的強制規範，故彼此間具備共同的目的與作用（管理並促進人們變成更好的人）。基此，Stephen主張，這些強制力之間的關係並不在於管轄的領域不同，而是在於它們屬於不同的手段⁹。

換言之，以法律貫徹道德的證立問題在Stephen的理論中，其實只是一項手段選擇的問題，應否貫徹道德標準的考量並不在於思考法律領域是否應該納入道德，而在於考慮以法律作為手段是否適當。為了對評估運用法律手段的適當與否提供判斷標準，Stephen提出了他對於動用法律強制力的原則，即國家在決定一項不道德行為應否透過法律貫徹時，應該經由什麼樣的原則檢驗。

⁹ Stephen的這項主張的基礎，在於他拒絕接受世俗領域與精神領域的分離。現代實證主義興起後，理論家們往往認為世俗領域與精神領域可以分而視之，前者主導人類外在的行為等事物，後者則是個人內在自我的反省與信念，但Stephen認為，二者的區分並非如此，因為，無論是世俗或是精神都是共同管理人類行為，唯一的差異在於管理的手段不一樣而已（Stephen, 1991: 123-128）。請見《自由、平等、博愛》第三章（Stephen, 1991: 123-124）。



Stephen為法律強制力的運用提出了積極與消極的兩項原則。首先，積極的原則是一組一般性的原則，即法律強制力的運用必須合乎目的正當（Is the object good?）、手段適當（Are the means proposed likely to be effective?）且手段與目的間必須均衡（What is the comparative importance of the object secured and of the means by which it is secured）。一般性比例原則背後蘊含的是Stephen主張，一項事物的好壞利弊的判斷來自對人類整體歷史與經驗的評估，不可能透過單純的原則來加以解釋（Stephen，1991：97-98，145）。

Stephen以這項積極原則的運用，來說明他對道德不寬容立法的主張。Stephen從探索道德在人類事務中的位置與作用著手，指出道德在人類社會中的兩項主要特徵，並試圖以此論證其道德不寬容的正當性：（1）「善與惡是可以傳播，甚至在某程度上是可以世襲的」（both vice and virtue are transmissible, and to a considerable extent, hereditary）（Stephen，1991：146），理由在於Stephen認為人的言行不可能區分出涉己（self-regarding）或涉他（other-regarding），「我們根本無法為人們的言行對他們相互之間的重要性劃定任何界線。他們的存在，他們在場的事實，他們通過眼神舉止表現出的氣質，更不用說他們的語言與思想，這些因素給人們相互間造成的影響，我們更是無法劃定任何界線」（Stephen，1991：146）；再者，（2）善惡的相對性與衝突，不僅「不同的人有不同的幸福觀」且「道德的種類不計其數，其中一些還相互衝突」，「好人和壞人、善良的人與邪惡的人的性質是不同的，而且他們確實是相互對抗的，他們之間存在真正的、本質的、永恆的衝突」，這些衝突意味著善惡的戰爭，但Stephen堅信，這些衝突的存在終究無法阻止強壯的一方勝出（Stephen，1991：147-148）。

由於善惡之間永恆的衝突，Stephen認為，「只有當人類全然漠不關心彼此，即唯有當社會消失了，才可能實現徹底的道德寬容，再者，若把一切衝突都當成

應予革除的戰爭，社會將會以更迅速且令人激動的方式終結，這並不是解決問題的方法」。換言之，面對無法化解的利益衝突，正確的做法不是毫無約束的自由，也不是致力於消除衝突，而是去決定到底我們所追求的目標有什麼價值，在Stephen看來，「隱惡揚善」就是一個可取且有價值的目標，並以此為「道德不寬容立法」提出一種他認為正當的立法目標（Stephen，1991：148-150）：

它（按：道德不寬容）的目標是：確立、維護並授權於立法者所認定的良好道德體系或標準。基於已陳述的理由，我認為，只要確立和維護的體系是好的，那麼這個目標就是好的。任何特定體系的好壞是一個不可能得出永恆定論的問題；然而，我可以說，對人類而言，存在著大量的好事和壞事，儘管其好壞程度無疑有所不同。從立法實踐目標來看，精確的針對性並不那麼重要。在任何特定的時代和國家，對這目的而言，善惡的含義都是足夠清晰的。……必須承認，抑惡揚善的目標既是可取的，從立法目的來看也是十分合理的（STEPHEN，1991：150）。

論證了目的正當性後，Stephen緊接著討論手段適當性以及手段與目的的均衡。以法律手段來說，主要包括了刑法與民法，各自的運用有其不同的條件與限制。Stephen首先指出刑事制裁的嚴重性與最後手段性的特徵，適合運用在嚴重罪行上，以英國為例，他認為英國刑法承認道德，且刑法對於抑惡揚善目標的實現起了很大的效果，這源自於刑事制裁宣示了並滿足了人們的報復慾（Stephen，1991：151-152）；民法則更明顯的體現了道德，由於權力與責任的學說都以一種道德學說為基礎，因此「民法的幾乎每一個分支都假定著道德上的善惡標準」，更遑論「世界上有哪一個國家的法庭，會強制執行立法機關視為不道德的契約？」，親屬與繼承法更是法律貫徹道德的最佳事例，Stephen因而認為「法律在多麼漫長的歲月裡習慣堅持最重要的道德原則，法律的一個重要分支完全是建立在這種原則之上。這是以有效而恰當的手段促進一個可取目標的事例」（Stephen，1991：155-156）。

至此，值得注意的是，Stephen之所以提出這項積極的一般性原則，表面上是對法律強制力的運用提供正當性，但實質上，則是意在主張國家與社會有能力且

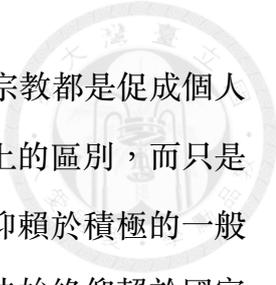
有權 / 有義務借助設定立法目的而去斷定某項行為的好壞，他認為「若國家或公眾無法斷定顯見的罪惡是件壞事，那其如何判斷任何問題？」（Stephen，1991：137），並在《自由、平等、博愛》中以不同的方式多次表達出這項立場：

正如任何一個需要進行立法的人都必定會發現的，他們發現法律必須建立在原則之上，且除非你準備說出以下的話，否則你根本不可能確立任何立法原則—我是對的，而你是錯的，你的觀點將靜靜的、逐漸的且和平的對我的觀點作出讓步，我們之間的其中一人必須統治而另一方必須服從，而我意欲統治（STEPHEN，1991：90）。

如果說道德思考或立法是道德家或立法者平等促進所有受到他們的道德體系或法律影響之人的幸福這種願望為前提，我認為是不正確的。法律和道德體系是通過政治權力或論證的力量強加給人們的生活條件.....法律或道德法典的性質是由他所包含的人生理想決定的，這是他的作者的理想，而不是將它付諸行動的那些人的影響。總之，立法者視之為其法律標準的幸福，是他對法律對象的願望給予他認為適當的重視之後，他希望他們擁有的幸福，而不是他們希望擁有的幸福（STEPHEN，1991：227-228）。

易言之，積極原則中對「目的正當」的判斷賦予了國家決定美好生活理想的空間，Stephen肯認這項事實之餘，也清楚地意識到，儘管他認為法律強制力應該是道德（即一種大多數人普遍接受的厭惡感受構成的習俗與國家對美好生活的理想）的守護者，仍然「存在著一個地方，儘管我們不可能劃定他的界線，在這裡，法律和輿論都是侵害者（intruders），很可能帶來更多傷害而不是益處」

（Stephen，1991：162）。因此，為了避免濫用與約束毫無限制的干預，他主張法律與輿論就道德所做的干預必須在實踐上遵守一些重要的消極限制原則，包括（Stephen，1991：159-160）：（1）國家不應多管閒事、（2）任何制裁必須講究證據、（3）任何情況下，立法必須適應一個國家當時的道德水準，以及（4）任何情況下，立法與輿論都應該嚴格的尊重隱私。



總結Stephen極端論法律道德主義的論點，由於法律、道德與宗教都是促成個人美好人生的必要強制力，這些強制力之間不應存在管轄領域上的區別，而只是手段上的差異。但要從道德強制力轉而運用法律強制力，則仰賴於積極的一般性原則的提供的正當性檢驗，但由於透過積極原則所為的立法始終仰賴於國家對於立法目標的決定，因此，為了防止濫用與誤用，仍存在由消極限制原則所劃定之免於法律干預的區域。

三、對Stephen極端論的批評

對Stephen理論的批評可以從兩個大方向展開，從理論的形式來看，Stephen的法律道德主義在論理上存在矛盾，Stephen鼓吹利益衝突必須以強制與實力高低來化解，另一方面卻又主張存在不可干預的消極限制，這項矛盾指出了Stephen的理論在「強權即公理」與「堅守不可動搖的人類價值」間的擺盪；從理論的實質來看，Stephen理論的兩項主要主張必須分別回應幾個問題，即維護道德的必要性質疑與道德與偏見的區分，以及賦予國家判斷理想生活型態的義務與現代政治體制間的不相容。

（一）理論形式的批評

從Stephen法律道德主義中可以看到，其理論的構成依賴於一項假定，即人性自利。從這項假定可以推論出兩項一體兩面的主張，其一是利益衝突，即假定人與人之間存在永遠無法化解的價值齟齬；其二則是價值相對性，即人與人之間對善惡好壞的判斷是不同的，沒有人可以宣稱自己或他人是絕對正確或絕對錯誤的一方。Stephen認為，利益衝突與價值相對性為人類社會的秩序與管理帶來困難，為了化解這項困難，Stephen的答案是訴諸於包括法律、道德與宗教等強制規範，而這些強制規範的根源則是一種實力對抗的結果：

我們必須在更為有限的範圍內適用「應該」與「正確」這些詞彙，且在任何情況下都根據以下事實來解釋它們：人類無可避免且總是軟弱而無知的，他們表面上的利益與真實的利益可能是相互衝突的。若依據這種考慮來設想「應該」與「正確」，那麼伴隨而來的，就是責任（DUTY）將不斷使得個人、國家與宗教陷入相互衝突之中。以下結論並不荒謬，即可能的話，我有責任殺死你，而若可能的話，你也有責任殺死我；迫害者與基督徒、LUTHER與CHARLIE V、PHILIP II與WILLIAM OF ORANGE，可能都是正確的，也可能對錯參半。當HOBBS教導我們自然狀態就是戰爭狀態，他以一種易招誤解的方式丟出了這項不受歡迎的真理，但有誰能夠認真的質疑，只要人類還是他們原本的樣子，戰爭與衝突是不可避免的，除非罪惡的代價比戰爭與衝突還要高-代價指的是對所有現有的制度的絕對服從，無論其好壞，都不能抗拒任何改變，無論是明智或愚蠢。衝突是必然且總是存在的，除非人們變得像貝殼一樣老實，像牆頭草一樣聽話（STEPHEN，1991：111，翻譯參考自STEPHEN，馮克利、楊曰鵬譯，2007：82-83）。

易言之，Stephen認為存在於社會上強制性規範背後的，是各種利益衝突中勝利者決定一切的結果，即一種「強權即公理」的政治觀- 在各方利益的衝突下，能從中脫穎而出者，便有權決定行為的對錯與人們所應該過的生活（Stephen，1991：70）。但這種強權即公理的政治觀，承認了存在一種無法限制的權威，他可能基於其好惡做出任何決定，除非他同意，否則我們不可能對其權力預先施加任何限制。

Stephen的法律道德主義接受了存在一種無法限制的權威作為其理論基礎，但矛盾的是，Stephen似乎不願承認這一點，這使得他對法律強制力運用正當性所提供的諸原則與其理論基礎之間存在矛盾。亦即，Stephen的積極一般性原則訴諸了國家決定立法目的的實力運用，但卻又以消極限制原則來主張國家立法在實踐上必須受到特定原則的拘束，無論是不允許多管閒事（即劃定法律與私人領域的界線），抑或是尊重隱私（即隱私作為一種應該受到特別重視的價值），都突顯出Stephen承認了人類社會中存在某些根本的、不可動搖的價值，換言之，這些價值一方面不容許以價值相對論的方式來對待，另一方面也不允許國家權威任意侵犯。然而，這種「堅守不可動搖的人類價值」的主張，卻與他宣



稱的「強權即公理」的理論基礎相衝突，我們不可能一邊宣稱存在無法限制的權威，另一方面又主張存在一些不可動搖的價值。

Stephen的法律道德主義顯現出來的結果是，在「強權即公理」與「堅守不可動搖的人類價值」間的自相矛盾。Stephen在《自由、平等、博愛》中宣稱自己並不接受奴隸制與階級制度，相信個人與自由有存在價值，但其理論卻以強權即公理的理論為基礎，強調統治者決定理想生活型態的正當性，這種矛盾在《自由、平等、博愛》中處處可見蹤跡。惟若Stephen所主張的確實是強權即公理的政治觀，帶來的後果將是實力決定一切的道德與政治體制，這與現代強調民主、自由、平等普遍價值的現況有著極大的衝突。

（二）理論實質的批評

Stephen法律道德主義理論由兩項核心主張構成，即（1）社會上存在的各種強制性規範（包括法律、道德與宗教等）都有助於人們對其人生做出更好的選擇；但（2）法律強制力的施加則必須合乎兩個主要的限制，即通過積極的一般性原則的檢驗，並盡可能合乎消極限制原則的要求。前項主張的目的在於說明道德的本質與功能，後一主張則意在為動用法律強制力提供論證。

Stephen的第一項主張將道德視為有助於人們對其人生做出更好的選擇的強制性規範，其本質則是人們對特定事物所普遍感到厭惡的習俗，並且藉由輿論等手段而帶有強制性（Stephen，1991：62）。但對於Stephen所試圖主張的道德本質與功能，他必須能夠回應以下的質疑「道德與偏好的差異是什麼」、「道德變遷如何影響以法律貫徹道德的問題」，對於這兩項質疑的回答將影響我們對Stephen所稱「有助於人們做出更好選擇」的理解。

關於第一項質疑，Stephen未能說明的是這種作為普遍厭惡的「道德」跟個人與群體好惡所形成的「偏好」（preference），甚至偏見（prejudice）之間的差異

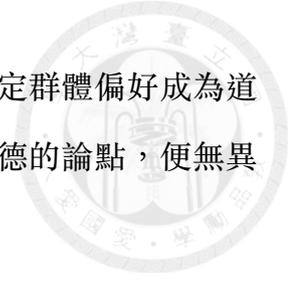


何在。若未能釐清這項差異，則Stephen所認為重要的道德極可能只是個人或群體的偏見，而他的整體理論將是在提倡維護甚至貫徹偏見。

對於這項批評，從《自由、平等、博愛》的一些段落中可以看到Stephen的可能回應。Stephen在談論道德的形成時，認為對特定行為的普遍厭惡感並不是個人或群體所能操作或製造的，道德是在長久的人類社會發展過程中逐漸形成，最終決定並成為人們生活中自然而然的行為指引（Stephen，1991：63-64、106）。換言之，Stephen認為某一時空的個人或群體對特定行為的評價，以時間的累積為條件形成人們普遍視為當然的道德，即時間的累積賦予了道德的地位，並使道德的形成無法由人類掌握：

社會所固守的原則與制度，不僅體現著共同體統治者的現有觀念，而且體現著數百年經驗累積的成果，它們構成了據以檢驗個體行為的標準，並且以各種直接和間接的方式迫使人們去遵守這些標準（STEPHEN，1991：157）。

但這種論點一方面欠缺經驗證據，二方面Stephen未能說明「需要多長的時間才足夠形成道德」，而伴隨的另一個問題則是「在時間累積足夠以前，這些個人或群體對特定行為的評價的意義是什麼」。首先，對於究竟需要多長時間才足以形成道德，Stephen無法提出回答，僅僅以「風隨著其意吹，你聽見風的響聲，卻不曉得從哪裡來，往哪裡去」（the wind bloweth where it listeth, and ye know not whence it cometh nor whither it goeth）（Stephen，1991：94）的比喻作為回答。再者，根據Stephen的理論推導出的結果是，即便時間經過真的能夠賦予特定行為的評價道德性質，但在時間累積「足夠」以前，法律貫徹的行為標準很可能只是少部分人的偏好而已。事實上，Stephen並不否認，對於在時間累積足夠前，法律可能被用以貫徹特定群體的偏好，因為他終究認為道德標準是由實力強者所決定，但認為要形成普遍的道德標準，需要足夠時間的經過來正當化，這點便是令人質疑的，因為一則以時間經過的事實並不足以推論出一項行為規範的規範性，二則若Stephen承認，在時間經過前法律都被用以貫徹特定



群體的偏好，卻對於要經過多久的時間，才足以使個人或特定群體偏好成為道德這項論點無法給予合理的回答，那麼他支持以法律貫徹道德的論點，便無異於是完全無法確定的標準掩飾了法律貫徹偏見的事實。

再者，第二項質疑則進一步確認了Stephen理論支持法律貫徹偏見的問題。Stephen承認道德會隨著時空環境而變遷，但變遷的方式除了形成道德所需的時間累積之外，主要涉及到的是不同道德價值衝突的優勝劣敗，即光是時間經過不足以改變道德，而是在歷史上因為不同的個人或群體間基於不同的道德判斷，相互爭論辯駁甚至彼此壓迫，最終的勝利者取得了對多數人施加他所抱持的道德偏好的權力，再經由時間經過最終改變了道德的內容（Stephen，1991：103-104、120）。Stephen認為基督教從羅馬的迫害中存活，進而普遍的成為西方社會的主要信仰之一與道德的來源，便是一項例證（Stephen，1991：106、111-118）。

這種道德變遷的論點，存在的一項主要疑問，是這種道德變遷的論點似乎只是承認了強迫他人接受特定道德偏好的正當性。若假定在歷史上的某一個時間點，存在一種當時普遍被視為由少數人所抱持的道德評價，一旦此一少數群體用暴力或非暴力的方式獲得了政治上或道德上的統治地位，在Stephen的理論中，這些少數群體便有權推翻多數人支持的道德，並且運用包括法律在內的強制性規範來貫徹這些少數群體所支持的道德，在歷史的這一時間點上，情況無異於是少數人或特定群體單純透過加諸強制力，強迫他人接受特定道德偏好。但正如前開所提到的，Stephen對於道德形成的時間要素無法給予合理的說明，從而，這種少數人強迫他人接受其道德偏好在什麼時候會轉變為道德變遷，即少數人抱持的道德偏好在什麼時候會變成Stephen所謂的道德，根本無從判斷。此外，對少數人強迫施加其道德偏好，對社會帶來的影響到底是人們因而改變了他們的道德偏好，抑或只是人們因害怕強制而改變了其行為模式，Stephen的理論也無法說明兩者的差異。



Stephen對於道德形成與變遷的論點，除了呈現出無法區分道德與偏見的問題之外，還指出另外一項問題，即為什麼現在的人們必須呼應並服從過去的道德價值，或者說，如果道德僅僅是由時間與力量所擔保的群體偏見，那麼在這些偏見因為利益衝突而變遷以前，由過去統治者所強加的偏見對現在的人們而言有什麼必須始終維護與保存的必要嗎？至此而言，Stephen的理論無法合理的區分道德與偏見的差別，也無法回應為什麼過往道德更值得維護，帶來的影響是，對於Stephen宣稱道德是促進人們做出更好選擇的主張，其實只是在鼓吹與正當化特定的行為偏好或偏見而已。

Stephen的第二項主張，則是法律強制力的施加必須合乎兩個主要的限制，即通過積極的一般性原則檢驗，並盡可能合乎消極限制原則的要求，但這些原則其實只是Stephen為國家為人們決定美好生活理想的權力提供的正當化的說詞- 他將立法目的正當與否的判斷交給國家決定，即國家應該要為人們決定何謂理想生活。從歷史脈絡而言，Stephen的第二項主張體現的是該時代對大眾民主的不信任，他認為人民素質不齊，大眾易於操弄，一旦將國家的權力與政策決定都交由人民決定，那麼國家勢必無法團結進步。因此，Stephen之所以更傾向於由統治階層來為人民做決定，為人民應該遵守什麼、過什麼樣的生活做安排，理由正是在於人們普遍沒有能力自我決定，自利的人性本質卻容易將人類引導至為亂作惡的結果。但Stephen的論點，隨著民主制度的時代變遷，也透露出不合時宜的一面。

面對個人自主與多元價值已經成為現代社會根深柢固的政治信條，Stephen堅持道德是促成個人美好人生的保守觀點已經很難獲得支持，如今人們更傾向於認為道德價值只是個人抱持的價值觀，而每個人都可以抱持不同的價值觀，對其人生做不同的安排；再者，Stephen的理論無法合理說明為什麼人們必須服從過



去的道德價值，他的理論只談服從而不顧共識，而將一切的決定都交由立法者，後果卻是造成人們一昧墨守成規，阻礙了社會在道德與智識上的進步。

最後，Stephen始終不願重視人們的自主性，僅僅以人性墮落的傾向就主張人類需要受到強制，但人們對自我美好人生的想像可能是多元的，即使在追求個人人生目標的過程中必須經受艱苦的限制，這也是個人的選擇，而不應該由國家或社會來決定。

四、結語

總結而言，Stephen的極端論道德主義預設了道德能夠促使人們做出好的選擇，並以此為理由正當化以法律強制力貫徹道德。然而，正如本節對於Stephen的批評所呈現的，整體而言，Stephen的論點將引導我們走向一種貫徹既有偏見的結論。Stephen採取的理論基礎存在矛盾，他一方面主張「強權即公理」，另一方面卻認為存在著不容法律干預的人類行為範圍。除了這項矛盾外，Stephen認為道德內容是由實力強者所決定，並在一定的時間經過後形成社會上普遍接受的道德，但Stephen一方面無法回應到底道德的形成需要多少時間，但在這些時間經過以前，道德就只是個人或特定團體的行為偏好而已，此外，Stephen也無法合理說明為什麼應該維護過往的道德而不是現有的道德。

Stephen作為極端論法律道德主義的代表理論面臨著重重的質疑，就其根本或許就在於Stephen始終不願接受個人自主選擇的重要性，一廂情願地把人類都視為不管制就會走向墮落的物種，因此才極力的堅持運用強制力的重要性以及強權即公理的立場，卻導致了他無法化解的關鍵問題，即他所主張的道德其實只是偏見。

將近百年以後，同樣身為法官的Lord Patrick Devlin承繼了Stephen對於以法律貫徹道德的基本立場，提出了一種力求容納個人自主與多元的溫和論法律道德主義。

第二節 Devlin的溫和論法律道德主義

1957年，英國同性戀犯罪與性交易委員會（The Committee on Homosexual Offences and Prostitution；俗稱「沃芬登委員會」，The Wolfenden Committee）發表研究報告（俗稱沃芬登報告，*The Wolfenden Report*），建議對成年人私下相互同意的男同性戀性行為與性交易予以除罪化（The Wolfenden Report，以下簡稱為Report，1962：187-189）。

除罪化的理由是，委員會認為刑法的功能在於「保護公共秩序與合宜性（decency）、保護公民免於侵犯與傷害，以及為對抗剝削與對他人的腐化- 特別是那些因為年輕、身心衰弱、無經驗或是處於特殊的物理上、官方與經濟上的依賴而特別脆弱之人- 提供足夠的保護」（Report，1962：23）。因此，「社會與法律應該給予個人選擇的自由，以及私人道德中的行動自由。除非社會刻意嘗試透過法律，去均衡刑與罪的範圍，否則，便必須維持一個私人道德與不道德間的領域，以淺白而直接的話來說，這個領域並非法律所能過問。這麼說並非是為了譴責或鼓勵私人的不道德。相反的，強調道德與不道德行為的個人與隱私本質，正是強調個人對其行為的個人與隱私的責任，這是一種成熟主體可以被合理期待對自身負責而無需透過法律懲罰加以威脅的責任」（Report，1962：48）。

沃芬登報告「不認為法律去關切一個人的私下的所作所為是適當的，除非該行為可以被呈現為與公共善相違背，以致於法律本於其作為公共善的保護者的功

能而應該介入干預」(Report, 1962: 43)。易言之，沃芬登報告的論點意在指出，在法律所界定的「刑」(crime)與社會道德價值下所認定的「罪」(sin)之間存在著一條原則性的限制，除非是為了避免傷害、維護秩序與剝削，否則法律不應該任意介入：

(按：指委員會)不相信法律的功能在於試圖去涵蓋所有領域的性行為。特定形式的性行為被許多人認為是罪惡的、道德上錯誤的，或是基於良知、宗教或文化傳統理由而反對，且這些行動或許在這些基礎上受到責難。但刑法在現今並不涵蓋所有這類的行為(REPORT, 1962: 23)。

沃芬登報告的出版引發英國社會的激烈討論，時任英國高等法院法官的Lord Patrick Devlin，於1959在英國皇家學院(the British Academy)的馬克白法理學講座(Maccabaeen Lecture in Jurisprudence)中，以〈道德的貫徹〉(*The Enforcement of Morals*)為題¹⁰，勾勒出一套以社會自我保存權利為中心的溫和論法律道德主義。

一、Devlin的法律道德主義理論

(一) 社會崩潰命題

¹⁰ 這場講座的講稿後來改名為〈道德與刑法〉(Morals and the Criminal Law)收錄於Devin於1965年出版的論文集《道德的貫徹》(*The Enforcement of Morals*)一書中。

此外，該書還收錄了Devlin將其法律道德主義理論擴展至侵權法、契約法與婚姻法律等法律領域的論文，分別為〈道德與準刑法與侵權法〉(Morals and the Quasi-Criminal Law and the Law of Tort)、〈道德與契約法〉(Morals and the Law of Contract)以及〈道德與婚姻法〉(Morals and the Law of Marriage)，以及討論民主、自由與社會等一般性理論的〈民主與道德〉(Democracy and Morality)、〈Mill論道德中的自由〉(Mill on Liberty in Morals)以及〈道德與現代社會現實〉(Morals and Contemporary Social Reality)等文章，詳細請參照：Devlin, Patrick (1965a). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.

《道德的貫徹》一書涵括了絕大部分Devlin對其法律道德主義理論的論證與推廣，但有一篇Devlin對其法律道德主義理論的講述〈法律與道德〉(Law and Morality)並未收錄於該書中，而是於1965年刊登在Manitoba Law School Journal上，請參照：Devlin, Patrick (1965b) Law and Morality. in *Manitoba Law School Journal*. vol.1 no.3 pp.243-254.

Devlin的法律道德主義理論的核心，在於主張社會可能會因為不道德行為而崩潰。Devlin主張，社會的存在繫諸於某些¹¹重要的道德理念，不道德行為的實踐將會損害社會的團結，社會為了自我保存（self preservation），有權藉由法律強制力來貫徹該道德，以Devlin的話來說，即「鎮壓罪惡猶如鎮壓判國，是法律的職責所在」。這項主張被廣泛稱之為「社會崩潰命題」（或「社會解體命題，the social disintegration thesis」）。

社會對不道德行為的自我保存的權利，來自Devlin將不道德行為與叛亂行為間的對比。依據Devlin對於社會結構的看法，社會作為理念的社群，其存在仰賴於共享的政治與道德理念。而Devlin所謂的道德理念並不一定是由宗教派生的道德，而是存在於社會中對於對錯正邪方面的人類目的的共識，即「從社會的結構中移除道德並不意味著一個社會可以在缺少信念的情況下存在」（Devlin，1965a：250-251）。這些由社會共享的道德理念，會因偏離該理念的不道德行為（包括個人私下相互同意的不道德行為在內）的出現而受到傷害，Devlin主張這種傷害與叛亂行為帶來的傷害一樣，都動搖了社會存在的基礎，因此，正如社會有權對抗叛亂，社會也有權對抗罪惡來捍衛自身的存在，保護自己免於因社會內部的不道德行為的損害而崩潰（Devlin，1965a：9-13）。

同時，一如不存在任何理論上限制去約束國家立法對抗叛亂，國家鎮壓罪惡同樣不存在任何限制。由於社會擁有不可否認的自保權利，任何試圖設置普遍性規則或定義道德空間來排除法律運用的嘗試也是不可能的，換言之，社會自我保存的權利是沒有辦法預先施加任何理論限制的（Devlin，1965a：14）。

¹¹ Devlin在最早提出其法律道德主義理論的講座文章〈道德的貫徹〉中，並未清楚說明社會崩潰命題中的道德，指的是「社會上所有被接受的道德」還是僅限於「某些足以結合社會共同生活的道德」，引致了H.L.A. Hart在《法律、自由與道德》中批評。Hart指出，儘管對特定事務在道德意見上的共識，對一個社會是否值得人們生活於其中是重要的，但這並不意指，所有被接受的道德對於社會來說都有同等重要性（Hart，1971：52）。對此，Devlin在《道德的貫徹》一書出版後，增加了一個註腳回應，澄清他並非主張所有的道德都應該被社會視為重要而予以保存，社會則是由某些它自己選擇的基礎規則所構成，才足以結合公民的共同生活（Devlin，1975：13）。



以社會自我保存的權利為核心的「社會崩潰命題」構成了Devlin法律道德主義的核心，但Devlin仍必須釐清兩項問題，其一如何確認不道德行為，以及其二，是否全部的不道德行為都應該受到法律強制力的壓制，若否，則發動法律強制力壓制系爭不道德行為的條件是什麼。

（二）不道德行為的辨識

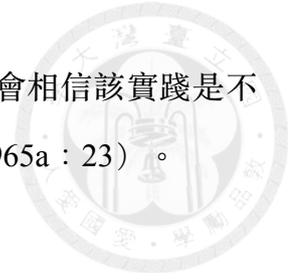
Devlin提出一項原則來確認何謂不道德行為，即訴諸一種理智之人（reasonable man）的道德感覺（feeling）。Devlin認為，社會上存在一種公共道德（public morality），其根源是一種集體判斷（collective judgement），即一種由理智之人（reasonable man）或「心智正常之人」（the right-minded man）所共同持有的道德感覺（Devlin，1965a：15）。

理智之人並不被期待對任何事情都能給予理由，且其判斷往往大部分源自於「感覺」（feeling），通俗來說，即一種街頭上的平民的觀點。Devlin認為理智之人是「一種特定的思考道德問題的方法，試圖從隨機挑選的理智且文明的人或有理智的英國人中尋找答案」（Devlin，1965a：15）¹²：

以我的目的而言，我傾向於稱之為「陪審團席上的人」（THE MAN IN THE JURY BOX），因為關於社會的道德判斷，必然是某種像是任何的十二個男人或女人，被隨機的抽選出來，並且被期待在討論後能獲得一致決定（DEVLIN，1965A：15）。

無論稱之為「理智之人」或是「陪審團席上的人」，Devlin認為他們並不在制定法律，而是在陳述一些任何心智正常的人都會視之為有效的原則。簡言之，

¹² 以理智之人來判斷不道德行為，Devlin將之歸諸於一種方法而不是訴諸於現實，就像是我國法律學說與實務中提到的理性第三人的判斷方法一樣。有些論者沒有意識到Devlin將理智之人視為方法的論點，而做出現實上根本不可能如此的批評，或許有失公允。



Devlin所謂不道德行為的判斷，就是每一個心智正常的人都會相信該實踐是不道德的，且相信沒有一個心智正常的人會做他想（Devlin，1965a：23）。

（三）法律強制力的證成

回答了不道德行為的判斷方式後，Devlin接著回答的是，是否全部的不道德行為都應該受到法律強制力的壓制，若否，則發動法律強制力壓制系爭不道德行為的條件是什麼。

Devlin認為並非所有被理智之人視為不道德的行為都應該受到法律強制力的壓制，理由在於，立法與個人自由之間始終存在著公共利益與私人利益的衝突，因此，社會運用法律貫徹道德的權力必須與對個人自由的寬容間尋求調和（Devlin，1965a：16）。易言之，Devlin的意思是，社會並非對任何不道德行為都要動輒得咎的以法律壓制，社會必須容忍一些不逾越界線的行為，由此才能夠保護個人自主與多元選擇的可能，從而，Devlin主張一項不道德行為是否應由法律加以貫徹，關鍵繫於系爭不道德行為到底有沒有對於社會的完整性帶來損害。

一項不道德行為是否對社會完整性帶來損害，判斷的方式在於該不道德行為是否逾越了社會容忍的界線。Devlin指出，社會對於不道德行為的實踐有著一定限度的容忍，容忍的限度就在於社會的完整性，但如何判斷一項不道德行為逾越了容忍限度呢？Devlin訴諸於一種「對於道德墮落的真實感受」（a real feeling of reprobation），單純多數人對一項行為的不喜歡或厭惡並不足夠（Devlin，1965a：17）。

Devlin主張，道德墮落的真實感受體現出該不道德行為對社會完整性的傷害。道德墮落的真實感受的概念是，社會在判斷一項行動超過了容忍界線之前，必

然存在著一種深思熟慮的判斷 (a deliberate judgement)¹³，要求人們以一種冷靜而超然的態度捫心自問：我們是否把這項行為視為罪惡 (vice)，且是極為令人厭惡到單單這項行為的出現就是一種冒犯 (offence)，即一種「不寬容、憤怒與反感」 (intolerance, indignation, and disgust) 的無法容忍的感受 (Devlin, 1965a : 17)¹⁴。

Devlin認為，若人們所生活的社會所具有的這種道德墮落的真實感受是如此真實 (geniune)，就沒有理由可以否認社會有權除去這種行為。因為這項感受的真實，正展現出這不道德行為的實踐對於社會所造成的傷害 (Devlin, 1965a : 17)。只不過，儘管「不寬容、憤怒與反感」體現了社會所承受的傷害，社會也必須清楚意識到寬容的限度是會移動的，道德墮落的真實感受的出現也是如此 (Devlin, 1965a : 18)。

至此，Devlin主張法律貫徹道德的正當性基礎，在於對系爭不道德行為所產生的「不寬容、憤怒與反感」，這種道德墮落的真實感受體現了社會所承受的傷害，因此，社會可以正當的運用法律來貫徹其所擁護的道德。另外，Devlin還針對法律的運用提出了幾項有彈性的原則，包括必須盡可能地保護個人的隱私與自由，以及認知到法律的職責只在於處理最低限度的人類行為，道德則涉及

¹³ 不過，Devlin一方面認為理智之人的判斷不需依賴於理由而是依賴於感受，另一方面又要求人們在判斷容忍界線時，持有深思熟慮的判斷，此處似乎存在不一致的情況。對此，Devlin在《道德的貫徹》一書的〈序言〉中對此一問題予以回應：「理智之人並不被期待抱持一項不理性的信念」，藉助一種「刪去法」，人們能夠在除去不理性的信念後，在餘下的「有好理由支持的諸論點」中依據「感覺」來做出決定 (Devlin, 1965a : viii)。

但如McElrea所批評的，Devlin似乎過度簡化了這種做決定的難度，還似乎預設了一項區分邏輯與經驗的主張，卻忽略了二者並非互斥的關係，而將邏輯視為一種替代的思考方式，這種假設是錯誤的。此外，Devlin的主張更揭示了一項重要且古老的問題，即理性的有限性 (the limit of reason)，Devlin訴諸「感受」，指出了道德事務並非總是理性的事物，但當窮盡了論證，人們只能以「相信」為最終的理由 (McElrea, 1967 : 205-206)。

¹⁴ 必須留意的是，僅僅只是人們對一項行為的極端反感並非Devlin所認為足以正當化法律干預的理由，如果單單因為「噁心」並不足以證立法律強制力的運用 (Devlin, 1965a : 17)。



到最高的行為標準，但這些有彈性的原則在必要時仍然要為社會自保的權利讓道（Devlin，1965a：18-23）。

總結Devlin的法律道德主義理論，Devlin的理論圍繞著社會崩潰命題展開，即一個社會的存在依賴於共享的基礎道德原則，社會有權基於自我保存而以法律干預不道德行為。在此一基礎上，Devlin延伸兩項主張，其一是對批判性道德問題的回答，根據理智之人的主張，不道德行為的判斷來自社會上一般人普遍的感受，其二法律強制力發動的證立問題，則訴諸了系爭不道德行為所引發的道德墮落的真實感受，這種真實感受體現了社會所承受的伤害- 即要運用法律來貫徹道德時，必須因為系爭不道德行為逾越了社會寬容的界線，引發了「不寬容、憤怒與反感」的真實感受，造成了對社會的伤害，法律的干預方能獲有正當性。

二、與Stephen極端論法律道德主義的比較

在探討對Devlin的理論批評前，比較Stephen與Devlin理論的異同是有意義的，一方面可以透過比較來擷取出法律道德主義堅守的命題為何，並指出極端論與溫和論的分歧所在；二方面可以藉助不同時代發展出的不同理論如何適應當代社會的要求，來理解Devlin的理論如何回應Stephen理論所面臨的疑難。

儘管Devlin否認自己的理論發展受到Stephen的影響，並認為雙方理論的雷同僅僅是因為「巧合」（Devlin，1965a：vii），但姑且不論理論家主觀上是否彼此影響，Devlin確實與Stephen抱持了同樣的論點，即支持法律應該用以貫徹社會所接受的道德標準，同時，儘管理由不同但都接受了維護既存道德的正當性，並否認可以毫無限制的法律強制力。統整起來便呈現出從Stephen的極端論到Devlin的溫和論法律道德主義所共同接受的一組命題形式：



1. 法律應該用以貫徹社會所接受的道德標準
2. 社會上既存的道德標準有加以維護的必要
3. 由2所認定為有必要維護的道德標準，並不總是構成法律強制力貫徹的對象，即法律在貫徹社會所接受的道德標準時存在限制。

1是任何法律道德主義理論都必然主張的命題，3則是弱版本法律道德主義的命題，即主張法律應該用以貫徹道德，但應貫徹道德的理由並不總是強過所有其他理由，而2則指向法律道德主義在主張法律應該貫徹道德時，所必須主張的核心理由，即承認維護社會所接受的既有道德是有必要的，如Stephen將之歸諸於道德對人類良好選擇帶來的益處，Devlin則訴諸道德是社會存立的基礎。總的來說，將這三項命題對應到以法律貫徹道德所要探索的兩大問題即「批判性道德問題」與「證立問題」上，命題2所要回應的正是批判性道德問題，而1跟3則是對應到證立問題上，而1~3的命題所構成的便是一種弱版本法律道德主義的理論形式，各種理論間的差異毋寧只在於實質上對於維護道德必要性與對法律貫徹道德的限制範圍上的不同意見。

另一方面，Devlin與Stephen的理論差異則體現在：

- a. 道德的本質：Devlin訴諸理智之人的直覺，Stephen則認為是多數人對特定行為的厭惡感。
- b. 道德的功能：Devlin認為道德是社會存在的基礎，Stephen則視道德為促進人類做出更好選擇的強制性規範。
- c. 法律貫徹的對象：Devlin認為只包含對社會團結造成傷害的不道德行為，Stephen則基本上認為所有道德都可能成為法律貫徹的對象。
- d. 法律貫徹的限制：Devlin認為必須以社會團結受到傷害為前提，Stephen則原則上認為法律貫徹道德並不存在任何前提。

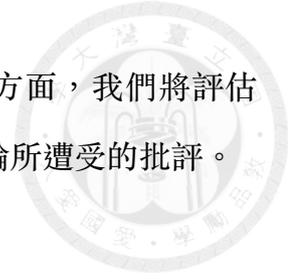
從Devlin的溫和論與Stephen的極端論法律道德主義的比較中，顯然可見的是，相對於Stephen大力鼓吹國家有義務積極的以法律強制力施加道德，Devlin對於以法律貫徹道德一事則採取消極的態度，只要一項行為不逾越社會寬容的界線（或者說不造成社會團結的傷害），社會就沒有理由發動法律強制力，這項由積極轉向消極的關鍵，或許就在於順應現代人類自主與多元價值。

換言之，儘管Devlin的理論趨向消極，卻更可能符合當代社會的現況，即個人的自主與多元化。Devlin不主張國家有權決定美好生活理想，而是主張個人行為在社會寬容的界線內有自由開展的空間，意味著他限縮了國家干預個人行為的範圍，並且把道德的判斷歸諸於社會上多數人，這使Devlin一方面免於遭受Stephen所面對的「強權即公理」的批評，並且能夠將不道德行為的辨識歸諸於社會集體而非單一權威，另一方面，社會寬容的論點，則為Devlin法律道德主義下容納個人多元自主選擇的餘地¹⁵。

此外，Devlin的理論某程度上也分別回應了Stephen理論所面臨的其他問題，例如，相對於Stephen認為道德是多數人普遍感到厭惡的習俗，並因為試圖正當化法律貫徹多數人對特定行為的厭惡感，而使得其理論從以法律貫徹道德淪為以法律貫徹偏見，Devlin的理論則試圖化解這項問題。Devlin主張以法律貫徹道德需要以該不道德行為激發了「不寬容、憤怒與反感」的感受為前提，單純的噁心、憤怒或反感都不足以正當化法律強制力的運用，Devlin目的就在於排除個人的好惡成為法律貫徹的對象。易言之，「不寬容、憤怒與反感」道德感受所體現的並非單純的個人好惡，而是一種社會共享的信念。

透過比較Devlin與Stephen的法律道德主義，我們統整出弱版本法律道德主義一般性的理論形式，並指出，Devlin的理論在許多方面呼應了現代社會個人自主

¹⁵ 但Devlin在《法律與道德》一文中，卻顯露出如Stephen極端論一般的傾向，Devlin在該文中指稱「一個社會的政府若不被允許去做他們所相信的事物，他們將無法履行其職責」（Devlin, 1965b: 252）。



與多元的訴求，回應了Stephen理論所承受的批評。但另一方面，我們將評估Devlin的理論的合理性，以及他是否成功的回應了Stephen理論所遭受的批評。

三、對Devlin溫和論的批評

Devlin的法律道德主義遭受的批評主要來自H.L.A. Hart，從最早的〈不道德與叛國〉（*Immorality and Treason*）到後續《法律、自由與道德》（*Law, Liberty and Morality*）等著作，Hart深入分析並指出了Devlin理論存在的諸多疑難，而Hart的這些批評基本上也獲得其他抱持自由主義立場的學者的支持。理論史上，Hart與Devlin間對於以法律貫徹道德的爭論，被廣泛稱之為Devlin-Hart之爭，成為當代關於以法律貫徹道德議題的經典論爭。

Hart與其支持者對Devlin理論的批評可以分成兩個方向，從理論的形式來看，Devlin的法律道德主義在論理上存在矛盾，體現在Devlin一方面宣稱社會具有自我保存的權利（right），一方面卻又對之施加限制上，此外，Devlin的理論也存在著對法律與道德在概念上的混淆；另一方面，從理論的實質面，Devlin面臨與Stephen相同的質疑，對於社會崩潰命題的批評指出，由於Devlin對社會本質抱持的混淆概念觀，使他的理論無法區別道德與偏見；而對理智之人與法律強制力的發動門檻的批評則指出，以多數人的直覺與道德感受作為施加法律強制力的標準，最終只會導致非理性的判斷與對偏見的執迷。除此以外，Devlin的法律道德主義理論凸顯出的是一種對民主制度的誤認。

（一）理論形式的批評

權利與限制的矛盾

Richard Wollheim明確的指出了Devlin理論中的不一致：

一方面我們被告知，社會擁有無限的權利（RIGHT）去貫徹道德，但隨後被告知在特定條件下—這些條件實際上一種非常模糊的主張—社會不應該（OUGHT）去貫徹道德。但如果「權利」是指「權利」，而「應該」在這裡被用來指的是「應該」，這種論點何以能不被指責為自我矛盾（SELF-CONTRADICTION）？（WOLLHEIM，1959：36-37）

Wollheim對Devlin理論中的這項自我矛盾，提出了一項可能的解釋，那就是或許Devlin想說的不是權利而是權力（power），後者可以受到適當的限制，而前者不可。但Wollheim接著指出，Devlin不可能接受這種解釋，理由在於Devlin未發覺箇中的邏輯錯誤，而接受了「理論性的」（theoretical）與「實踐性的」（practical）的區分，並認為前者優於後者，但實則這種區分並沒有根據。如果Devlin說社會擁有有條件的權利（conditioned right）等於意味著罪（sin）與刑（crime）之間存在區別，而Devlin正是反對罪刑的區分，因此，Devlin選擇先主張「社會擁有無限制的權利，而不存在理論性的限制」，再以實踐性限制為名提出一組區分罪與刑的不同判準，以定義一塊「社會在特定情況下不應運用其權利」的範圍，但毫無疑問的是，這種主張是自我矛盾的（Wollheim，1959：37）。

對於Wollheim的批評，Eugene Rostow則為Devlin的論點予以辯護。Rostow認為，儘管Devlin的說法容易使人誤會他在主張國家有絕對的權力干預不道德行為，但實則他本意並不是在說國家在對抗不道德行為時可以不受絲毫限制，反而是在說，對國家貫徹道德一事設置單一原則來加以限制是不切實際的，真正的情況則是存在著多種不同的原則來約束國家，而約束的界線有賴於法官在個案中衡量相關因素所做的決定（Rostow，1960：182）。簡言之，Rostow認為Devlin所稱的「理論性限制」意指他反對以單一原則區分罪與刑，而「實踐性限制」則意指法律貫徹道德仰賴於多種原則的綜合判斷，「理論性」與「實踐性」的區分因而不是錯誤的邏輯區分，而是分別意指著不同的主張。

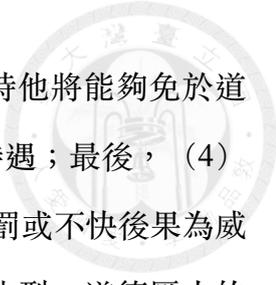
不過，姑且不論Rostow為Devlin的辯護是否曲解了文意，Rostow關於實踐性限制的詮釋，依然是承認了社會只具有有限的權利，而必須對罪與刑的區分做出判斷。如果社會要以法律貫徹道德的權利運用仰賴於多種原則的綜合判斷，那麼社會就只會有有限的權利，而這些用以綜合判斷的原則最終就是在區分什麼是法律應當或不應當過問，即Devlin所反對的區分罪與刑區分的主張。Rostow為Devlin的辯護並未成功的回應了Wollheim的質疑，即Devlin理論中的權利與限制的不一致。

對法律與道德規範的混淆

此外，Hart在《法律的概念》（*The Concept of Law*）中指出，法律道德主義因混淆法律與道德必然關係，導致了對法律運用的偏狹理解。

根據Hart對道德規則與法律規則關係的分析，認為二者在以下的要點上存在明顯的相似性（Hart，2013：172）：（1）約束力不要求個人的同意，而是仰賴社會壓力的支持、（2）履行法律與道德義務都不被認為是值得誇獎的事情、（3）二者規範的行為都是屬於反覆出現的個人行為，也都規定著滿足群體共存合作所需的條件，以及（4）二者都禁止對人身與財物施加暴力，也要求誠信。

不過，儘管存在多重的相似性，二者依然有許多無法共通的特徵，Hart透過四個特徵來區分法律與道德規則（Hart，2013：173-180），（1）重要性（importance），「任何道德規則或標準的本質特徵在於，它被視為必須努力維繫的重要事物」，欠缺重要性者如禮儀、態度、穿著等，不遵守這些規則並不對社會生活造成危害，也不會因此遭受社會的壓力，但法律規則則無須此種重要性，因為即使一項法律規則被視為不重要的，在被廢止前它依然是法律；（2）豁免於有計劃的改變（immunity from deliberate change），法律可以刻意透過立法制訂或廢止的方式改變其地位或內容，但這與道德與傳統的觀念並不相容；（3）道德違犯的自主性（voluntary character of moral offences），如果一



個人能證明自己欠缺故意且盡力防止卻仍違反道德規則，這時他將能夠免於道德譴責，但在同樣條件下觸犯法律就不見得能夠享有同樣的待遇；最後，（4）道德壓力的形式（the form of moral pressure），對人身的處罰或不快後果為威脅，這種意在勸阻有意違犯者所慣用的威嚇，是法律壓力的典型，道德壓力的典型則呈現為，教導人們對規則的尊重，不僅訴諸威嚇或恐懼，更是要提醒人們行動的道德要求，易言之，訴諸良知，依賴罪惡感與懊悔的作用是道德規則最典型且重要的壓力形式，更被認為是維繫道德的唯一手段，也因而凸顯出了道德義務在個人與社會生活中的獨特地位。

Hart指出，由於法律與道德間無可共通的特徵，使得在將公共道德帶入法律前所應該思考的問題之一是，某些看似與道德規範或要求重疊的法律，並不一定是在貫徹道德，如Devlin等法律道德主義者，往往過度著重於法律與道德規範間的相似性，而誤以為某些法律的「唯一的解釋只能是在執行道德」，這是一項對法律與道德關係的誤解，事實上，在這類法律規定中，道德並不一定能夠強過所有其他的理由，舉例來說，法律對自殺行為的禁止，其理由可能是考慮到行為人自身利益的家長主義，而非是基於認為自殺是不道德的道德原則。

（二）理論實質的批評

對社會崩潰命題的批評

對社會崩潰命題的批評指出，該命題存在兩項錯誤的預設，其錯誤的根源則在於Devlin抱持的社會概念觀。

首先，社會崩潰命題預設了社會堅持既有道德理念的合理性，但這項欠缺證立的預設帶來的後果，卻是阻礙了社會大眾在道德層面上的進步。如Robert C.L. Moffat所說的，堅持社會傳統文化與道德實踐經常導致無法化解的道德緊張，若該實踐包含了如獻祭、蓄奴或種族歧視，而與現代人權觀念衝突時，維持這

種道德實踐的價值何在？（Moffat，2005：1104）。Peter Cane同樣指出，對道德的堅持往往對社會的進步設下了無法證成的限制，導致社會無法在公民的道德信念與實踐中自然的進展（Cane，2006：23）。此外，Brian Bix更批評，這項預設還忽略了當前的實證道德的重要性，卻沒有提供理由支持為什麼社會必須保持過往的道德理念，這使得所謂保存社會道德的權利，其實只是在保存多數人或是墨守成規者的個人偏好（Bix，2004：162）。

再者，社會崩潰命題假定了社會可能受到傷害，但這項傷害是什麼？人們的感受如何能夠與社會的傷害相關聯？Devlin始終無法給出回答。如Hart所批評的，社會是不是真的會因為人們背離基礎道德理念而崩潰，欠缺足夠的經驗證據，而人們的不道德行為到底對於社會造成什麼損害，Devlin也始終無法給出估量的標準，事實上，經驗證據反而證明，人們不會因為不道德行為不受懲罰而拋棄自身的道德理念，也不會因此認為不道德行為帶有任何好處（Hart，1971：52-53）。另一方面，不道德行為對社會造成的傷害是什麼？是什麼受到傷害？Devlin對此一問題的回答，只提到了社會上一般人的道德感情會「體現」這種傷害的存在，但卻沒有論證這種道德感情如何與社會受到傷害如何存在真正的連結，例如，我們如何檢驗一項受到社會上一般人鄙棄的行為，除了造成人們感到厭惡羞恥之外，還使得社會的存立搖搖欲墜，Devlin訴諸道德感情並無法回答這項問題，也無法提出有力的證據證明這類道德感情的出現就意味著社會存在受到威脅。

總的來說，社會崩潰命題蘊涵的兩項錯誤預設，指向了Devlin對社會本質抱持的錯誤觀點。Hart指出，Devlin將所有的道德理念視為一個單一無縫的網絡（seamless web），對任何一點的偏離都將構成對整體的偏離。這導致了Devlin對社會的本質所抱持了混淆的概念觀，即Devlin的主張從「一些基礎性道德是任何社會存在的基礎」這項可以接受的命題，轉變成了「社會與其在某個時點上給定的道德是同一的」這項不可接受的主張，對於前者Devlin無法給出經驗

上的證明；後者則指向了一種荒謬的「社會同一論」，即某個在特定歷史時刻中偶然持有的道德若發生改變，將導致整個社會消失而由另一個新的社會取而代之。不過，無論Devlin抱持這兩種主張中的哪一種，Hart認為，他的論點都是不成立的（Hart，1963：51-52）。簡言之，就如Ernest Nagel所說：

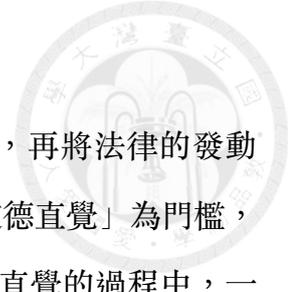
抱持以下觀點是相當可信的，即若沒有一種普遍道德理念的社群存在的話，人類社會是不可能的。.....然而，這似乎假設了一項社會將因什麼而遭受摧毀的論點已經受到澄清，但無論從邏輯或是歷史上來看，都無法支持一項假定，即公共道德所規範的任何特定道德標準的違反都將威脅一個社會秩序的生命（NAGEL，1975：275）。

對法律強制力證立的批評

Devlin對運用法律強制力壓制不道德行為的論點，指出透過理智之人判斷行為的不道德，並在該行為激起一般人強烈的道德感受時，體現出該不道德行為逾越了社會寬容的限度，因而足以正當化法律強制力的施加。

批評者指出，Devlin所謂的理智之人仰賴的不是理性的推論，而是感覺，意味著Devlin不認為人們必須對其道德判斷掌握充分的資訊，僅僅需要透過道德直覺就足以確認不道德行為。對此，F. W. M. McElrea批評道：「心智正常之人的感受，特別是在如死刑或同性戀等爭議領域，往往是基於其對該事務的信念，而關於這項信念卻經常是無知或誤解。」（McElrea，1967：203），由於理智之人的判斷可能只是出於「對道德事務的無知或誤解」，在欠缺足夠的資訊下，理智之人的判斷很可能只是出於個人好惡。

對此一批評，Devlin的可能回應是，理智之人只是判斷出了不道德行為，還必須加上引發了「不寬容、憤怒與反感」的真實感受才足以證成法律強制，換言之，就算理智之人是出於偏見，但至少還存在另一個門檻作為把關。但正如批評者所指出的，所謂「不寬容、憤怒與反感」只是一項對發動法律干預的空虛限制，Devlin的理論依然指向了法律貫徹「偏見」。

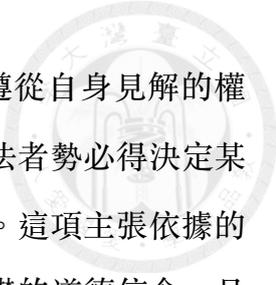


Devlin以理智之人的判準作為允許法律發動的最低限度要求，再將法律的發動訴諸於社群成員極端的道德直覺。儘管有「社群成員極端的道德直覺」為門檻，但Ronald Dworkin指出，在從最低限度要求轉向到極端道德直覺的過程中，一旦公眾的憤怒已經足夠旺盛，原本應該是最低限度的要求將搖身一變成為法律發動的決定性理由，架空了Devlin為協調個人自由，所附加的「不寬容、憤怒與反感」感受的要求，進而導致了一項難以接受的結論，也就是只要公眾對於特定不道德行為懷抱足夠的怒火，就能夠正當化法律壓制的運用（Dworkin，1978：245-246）。這一結果也證實了Devlin理論中的一項假設所帶來的危險，即預設了當社群大眾認為某種行為不道德時，他們很可能是對的，且在公共道德遭受挑戰時，社會有權維持自己的生存，而無需確認其維繫的道德內容（Dworkin，1978：243）。

正如Hart所批評的，Devlin建立在大眾道德直覺的法律道德主義理論，最終只意味著被法律懲罰的不道德行為必然是一種普遍被感受為無法容忍的行為，而非真的能夠理性的尋找出任何正當化的證據，或是指出不道德行為到底對社會帶來什麼損害（Hart，1971：52）。Hart指出，法律道德主義不能迴避以下的要求，即在堅持普遍道德直覺被轉入刑法前，立法者依舊必須過問這種道德理念是否源於無知、迷信或誤解？認為該不道德行為將帶來危險是不是一種錯誤的觀點？Devlin執著於強調社會自保的權利，將法律的運用歸諸於模糊的根據，卻忽視了對嚴格審查的需求（Hart，1971：54）。

對民主的誤認

藉由理智之人命題將發動法律貫徹道德的條件，訴諸於社群成員共識的論點，與民主制度產生了密不可分的關係，不過，Devlin的理論卻凸顯了民主原則所帶來的危險。



Dworkin依據對Devlin的詮釋指出，Devlin主張一項「社會遵從自身見解的權利」，即儘管不道德行為對社會環境的影響無以估量，但立法者勢必得決定某些道德議題，並有責任以社群中多數人的共識為依歸而行動。這項主張依據的理由是，立法者對道德議題的決定源自某種以民主原則為基礎的道德信念，且法律強制力的運用是由社群採取行動，也必須承擔道德責任，因此社群必須基於其成員的道德信念行動（Dworkin，1978：246-247）。但Dworkin認為，Devlin的這項主張並不成功，理由在於，Devlin所謂的社群道德共識指向了一種社群成員所「相信」的道德立場，而非一種道德上為真的主張，這使得Devlin的論點最終指向了立法者不是在貫徹社群共識，而是偏見或個人好惡（Dworkin，1978：253-255）。

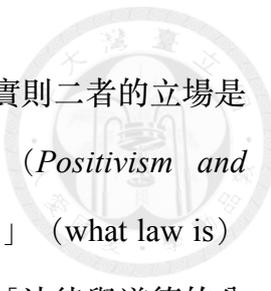
Hart則批評，Devlin所犯的錯誤就在於沒有意識到，他的理論正在鼓吹一種不理性的民粹主義（populism），混淆了「由多數人掌握權力的民主原則」與「對於握有權力的多數人沒有任何限制」這兩項天差地遠的主張，凸顯出在民主制度中存在的一種特別風險：

多數人將會決定全體應該如何生活，但這是我們甘冒的險，也是我們樂意承擔的，因為這是獲得民主好處所必須付出的代價。但即使如此，民主原則也不要求我們極大化這種風險（HART，1971：54）。

四、Rostow為Devlin的辯護

自Devlin於1958年發表以〈道德的貫徹〉為名的講座後，受到Hart等論者的批評，對此Eugene Rostow在1960年發表〈道德的強制執行〉（The Enforcement of Morals）反駁Hart對Devlin的批評，試圖捍衛並補強Devlin的主張。

（一）Rostow的論點



首先，Rostow主張，雖然Hart指責Devlin是一種道德民粹，但實則二者的立場是非常接近的。理由是Hart在〈實證主義與法律與道德的分離〉（*Positivism and the Separation of Law and Morals*）中，錯誤地把「法律是什麼」（what law is）與「法律應該是什麼」（what law ought to be）的區分，與「法律與道德的分離」的主張相連結。但法律是什麼與法律應該是什麼作為一種有幫助的區分所指出應該是，後者會以政策（policy）的形式轉化為實證法律，Rostow引述O.W. Holmes的話，即法律是「我們道德生活的見證人」，並認為Devlin的主張其實就是如此，且這種觀點跟Hart的法理學觀點相比似乎是一致的（Rostow，1960：186-187）。

再者，Hart的理論存在不一致的情況，他極力地想要將實證法律與道德相區分，但卻無法回答某些二者重疊時的情況，例如一夫多妻、通姦等犯罪的處罰，到底應該如何解釋？Hart對此必須給個交代（Rostow，1960：190）。Devlin後來也接受了Rostow對Hart的這項批評，並指出以重婚為例批評Mill與Hart未能合理的說明這類犯罪的基礎（Devlin，1965b：247-248）。

此外，Rostow認為，對於法律貫徹道德的議題，Hart與Devlin彼此都同意在某個限度內，法律必須呼應公共道德的要求，也認為立法者如果單純基於「噁心」而運用法律是錯誤的，在這一點上，Rostow並不認為Devlin在鼓吹一種道德民粹主義（Rostow，1960：189-190）。但正如Gerald Dworkin所指出的，Devlin之所以被批評為道德民粹，可能不能歸責於他人。根據Gerald Dworkin對Devlin理論的解讀，他傾向於認為Devlin之所以會受到批評，就是因為他沒有將論點表明清楚所導致。Devlin對於國家在什麼條件下應該運用法律貫徹道德的回答，是主張沒有任何清楚明白的原則可以用以確認刑法與道德的區別，但這種主張只會引導自由主義者解讀出法律只應聽從理智之人的偏見的道德民粹的結論；事實上，Devlin的主張應該是，在「國家有權規範什麼」（what the state has a right to regulate）與「實際上應該規範什麼」（what it actually ought to



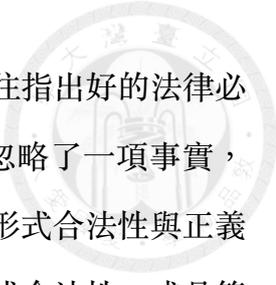
regulate) 之間並沒有單一原則的適用，這樣的主張比較可能會獲得自由主義者的接納 (Dworkin, 1999 : 933) 。

最後，Rostow主張，在實際社會情況下，各種看似私人的行為其實都可能成為威脅社會存立的因素，例如法律干預鼓吹法西斯主義、共產主義，這是不容否認的事實，因此，Devlin認為不可能對法律強制執行道德設下理論限制的觀點，比Hart更符合實際 (Rostow, 1960 : 191) 。

(二) Hart的回應

Rostow以Hart所堅持的法律與道德的分離所做的批評，在Hart的理論觀點下，其實是誤解了法律與道德間的關係。Hart在《法律的概念》中指出，「如果有人主張，除了我們前面說過的自然法的最低限度內容之外，法律還必須符合某些道德，這時候我們就要特別小心檢視這些主張」，因為，做出這種主張的人有可能搞錯了法律與道德必然關連的意義，或是在談論跟法律與道德有關的某些事實時，誤以為那就是兩者間的必然關係 (Hart, 2013 : 202) 。

Hart區分並檢視了這類主張的六種形式 (Hart, 2013 : 202-212) : (1) 權力與權威 (power and authority) : 對法律體系的忠誠並非只是單純的權力運作，也不一定是基於道德義務感。事實上，接受法體系的人們對體系的忠誠可能基於不同考量，不一定是道德考量，因此，認為規則必須被接受為道德義務才能被承認為法律義務的主張並不可靠。(2) 道德觀對法律的影響 (the influence of morality on law) : Hart承認社會既有的道德理念對法律發展的影響，且法體系的穩定性也部分的依賴於法律與道德間的對應關係。但Hart主張這項主張是作為法律與道德必然關係的一項「事實」而被承認的。(3) 解釋 (interpretation) : 法律實務必須仰賴法律解釋，而法律的開放結構 (open texture) 為立法或司法的創造性活動留下的很大的空間，包括了容納解釋時選擇的公正、中立、利益與道德原則，但這並不足以證明法律與道德間的必然關



係。(4) 法律的批評 (the criticism of law) : 法律的批評往往指出好的法律必須合乎道德，但以此來主張法律與道德的必然關係，其實是忽略了一項事實，即背離正義或道德原則的法體系經常也是長久存在的。(5) 形式合法性與正義的原則 (principles of legality and justice) : 論者指出符合形式合法性，或是符合法律適用的正義的法體系更可能是一個好的法體系，但Hart指出，符合標準的法體系也可能是邪惡的法體系，因此若以此主張來證明法律與道德的必然關係是很奇怪的。(6) 法律效力與抵制法律 (legal validity and resistance to law) : Hart指出，之所以應該支持法實證主義區分「法律有效性」與「法律是否合乎道德」的主張，是因為這一主張揭示了法律與道德問題中複雜的結構與多樣性，一昧的否定惡法的效力將掩蓋了這些啟發。

由此，Rostow認為道德會以政策的形式成為法律，並藉此主張Hart與Devlin觀點上的一致性，其實是誤解了Hart在前述(2)的主張。Hart僅僅認為，法律在發展過程中受到道德影響是一項無以否認的事實，但Devlin的主張卻認為道德作為社會共識應該被法律所貫徹，這兩項主張是不同類型的，前者是陳述事實，後者則是規範性的主張，將這兩種主張視為立場上的一致是不恰當的。

再者，儘管Rostow主張，由於干預人類行為所依賴的理由是多樣的，干預的正當性原則因而也不會是單一而是多重的，但Hart認為，一項對於干預人類行為的簡明原則（如下一章所述的Mill的傷害原則）反而有助於我們看清道德與法律的關聯，並使得我們在將公眾道德觀帶入法律前應該慎重思考（Hart，1971：51）。

不過，對於Rostow質疑Hart無法回應法律與道德規範的重疊的某些事例（如重婚），卻迫使Hart接受了冒犯（offend）作為干預個人自由的理由，也為Hart所試圖辯護的Mill傷害原則埋下失敗的伏筆，這點在第三章談論Hart論點時會予以說明。



五、結語

Devlin的溫和論法律道德主義，主張法律貫徹道德的正當性在於社會自保的權利，而不道德行為引發的「不寬容、憤怒與反感」的真實感受則體現出了不道德行為對社會存立的傷害，證成了以法律加以壓制的正當性。

不過，儘管Devlin理論能夠部分的回應Stephen理論所面臨的質疑，包括區分道德與偏見，以及容納個人自主與多元，但Devlin的法律道德主義顯然存在更大的缺陷。一方面，Devlin的理論中存在兩項推論上的問題，其一Devlin主張的社會自我保存的權利與他所意欲賦予的限制之間存在矛盾，其二，Devlin似乎混淆了道德規範與法律規範的差異；另一方面，Devlin的理論在實質上則預設了一種荒謬的「社會同一論」，以為道德的變遷將造成一個新的社會，而理智之人的論點不僅欠缺合理依據，更可能架空了Devlin在理論中設定的「不寬容、憤怒與反感」這項發動法律強制力的門檻，使法律為偏見服務。最後，Devlin誤解了民主的真義，使其法律道德主義理論實質上在鼓吹民粹主義。

Rostow為Devlin的辯護受到Hart的逐一反駁，不過，Rostow為法律道德主義的辯護，成功的促使了Hart退讓並接受了冒犯可以是一種發動法律強制力的理由，事實上，正如下一章將會提到的，Hart將因接受了冒犯原則而受到論者們的批評，並危及了其所欲捍衛的Mill傷害原則。

小結—法律道德主義的基本命題與疑難

本章分別檢視了弱版本法律道德主義的兩種理論形式，即分別由Stephen與Devlin為代表的極端論與溫和論法律道德主義。本章檢視了Stephen與Devlin的



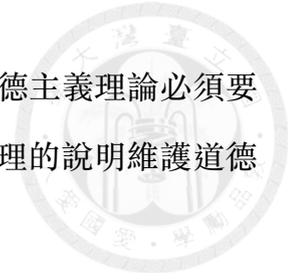
理論與論者的批評，並在對比雙方的理論時統整了弱版本法律道德主義理論的一組基本命題，即：

1. 法律應該用以貫徹社會所接受的道德標準
2. 社會上既存的道德標準有加以維護的必要
3. 由2所認定為必要維護的道德標準，並不總是構成法律強制力貫徹的對象，即法律在貫徹社會所接受的道德標準時存在限制。

並指出，這三項命題分別對應到以法律貫徹道德所要探索的兩大問題即「批判性道德問題」與「證立問題」上，即命題2所要回應的正是批判性道德問題，而1跟3則是對應到證立問題，而1~3的命題所構成的便是一種弱版本法律道德主義的理論形式，各種理論間的差異毋寧只在於實質上對於維護道德必要性與對法律貫徹道德的限制範圍上的不同意見。

除了弱版本法律道德主義理論的一般性命題外，也可觀察到Stephen與Devlin所共同面臨的幾項重要批評，其一是法律所貫徹的是偏見而非道德，其二則是維護既有實證道德的必要性。關於法律所貫徹的是偏見而非道德的批評，在Stephen的理論中，他將道德的形成與內容歸諸於人們對特定行為的厭惡感，並認為這些厭惡感將隨著時間累積而成為社會普遍接受的道德，但由於Stephen無法解釋到底需要多少時間才能使得厭惡成為道德，因此，他所主張貫徹的道德可能自始自終都只是人們對特定行為的好惡而已；Devlin的理論將道德的辨識歸諸於一般人的道德直覺，但一方面這種道德直覺可能源自無知的信念，另一方面，其理論中存在訴諸道德直覺即可發動法律強制力的可能，使得他的理論始終無法擺脫以法律貫徹偏見的批評。關於維護道德的必要性，Stephen與Devlin則一方面無法合理的說明為什麼既有的實證道德應該受到保護，另一方面也無法維持為什麼是過往建立的道德比起現有的道德更值得保護，因而遭受僵化社會道德進步的質疑。

反省Stephen與Devlin理論所共同受到的批評，未來的法律道德主義理論必須要能夠為維護「法律貫徹道德而非偏好」提供說理，也必須合理的說明維護道德必要性的問題。



第三章 Mill與Hart的自由主義



在法律道德主義之外，自由主義試圖提供一項在罪與刑之間做出原則性區分的理論，自由主義者傾向於更大程度的保障個人對自我人生理想的決定，並盡可能要求國家中立，拒絕以法律強制力貫徹道德或特定群體的偏好。本文所檢視的自由主義理論，是以John Stuart Mill與H.L.A. Hart為代表的以傷害原則（the harm principle）為核心的自由主義。

1859年，Mill在其代表作《論自由》（*On Liberty*）一書中，主張人格的多樣性對個人幸福與社會極為重要，並提出傷害原則，試圖借助道德中立的「傷害」（harm）概念，來限制基於家長主義或道德主義的法律強制力運用。傷害原則對後世影響深遠，但傷害究竟意指為何，激起了持續不斷的爭論。

1957年發表的沃芬登報告，所用以支持性交易與成年人私下相互同意的同性戀性行為除罪化的論證，被認為是採取了Mill的「傷害原則」的主張。Hart作為Devlin法律道德主義的忠實批判者，則致力於支持傷害原則在沃芬登報告中的運用，並基於對現代社會與人性的不同理解，著手修改Mill的論點。若要正確的認識Hart對法律應否貫徹道德的論點，首先必須理解的是Mill的傷害原則。

第一節 Mill以傷害原則為核心的自由主義

一、人格多元的重要性

僅僅防範各級官府的暴政是不夠的，還須防範優勢意見和大眾情感的暴政，防範社會即使不用民事懲罰，也有辦法將自己的觀念和做法當作行為準則強加於異見者的趨勢，防範社會束縛與自己不相一致的個性發展，甚至有可能遏止其形成，從而使所有人都必須按照社會自身的模式來塑



造自己的那種傾向（MILL，1977：220，中譯參考自MILL，孟凡禮譯，2013：25）。

在《論自由》中，Mill觀察到社會上「多數暴政」（the tyranny of the majority）的現象，即大眾輿論經常將自身的好惡強加於個人，或束縛與自己的偏好不同的個性。隨著大眾政府（popular government）的興起，Mill擔憂一種「社會平等與代表公眾輿論的政府將不可避免的會出現，這會把整齊畫一的言論和行動的枷鎖加在人類的頭上」（Mill，1981：259）。

Mill指出，一種服務於多數暴政的大眾政府將會出現，且將不可避免的運用法律來干預個人行為，而其干預的理由¹⁶主要有兩種，其一是家長主義（paternalism），即主張強制力是為了個人的利益而發動，家長主義式干預所存在的危險是，社會多數接受的意見往往會以對他人有利為名，強加自己在行為與思想上的偏好予他人（Mill，1977：223）；其二則是道德主義（moralism），即以該個人的行為背離社會所接受的道德而進行強制，易言之，道德主義式干預是以社會多數所接受的道德標準為名，強迫背離該道德標準之人服從，即使該個人的行為並未影響他人¹⁷（Mill，1977：220）。

¹⁶ 可以注意到的是，Mill所排斥的家長主義與道德主義這兩種理由，分別對應了第二章所討論的法律道德主義的不同理論，Stephen的極端論法律道德主義同時接受了家長主義與道德主義式的論點（主張法律應該為了促進個人做出更好的選擇而貫徹社會所接受的道德，並且也應該用以壓制不道德行為），而Devlin的溫和論法律道德主義則傾向於接受道德主義式的論點（因不道德行為為社會帶來危害而應該予以壓制）。

¹⁷ 需留意的是，Mill並不否認社會上存在多數人接受的道德標準，也不否認依據這項道德標準人們會認定某些行為是「不道德的」，Mill意在主張的，只要一項行為沒有傷害到他人，即使該行為被認定為不道德，社會就沒有理由禁止他。而一個人如果意在做出不傷害他人的不道德行為，那麼人們可以對他施以疏遠、對其表達冒犯等道德懲罰，但不能夠強迫該個人非要如何行為不可（Mill，1977：278）。

申言之，Mill堅持「任何人的行為，只有涉及他人的那一部份才必須要對社會負責。在僅僅關涉他自己的那一部份，他的獨立性照理來說就是絕對的（Mill，1977：224）」，即試圖區分出「不造成傷害的「涉己行為」（self-regarding conduct）與「涉他行為」（others-regarding conduct）兩種類型，前者進一步包括了「自我傷害」（self-harming）與「偏離社會道德標準」兩種情況。對於自我傷害，Mill基本上認為並無干預的必要；而對於私德或品行不佳之人，即「偏離社會道德標準」的涉己行為，Mill主張，人們就算認為他的行為愚蠢又充滿錯誤，也無權干預他的自由（Mill，1977：226），至多以「各種方式表達我們對他們的反感」（Mill，1977：218），由此，Mill指出傷害與冒犯（offense）不應混為一談，前者是合法干預的對象，後者則至多給予道德懲罰。



Mill擔憂政府運用法律強制力貫徹社會上多數人的好惡，對個人強加整齊劃一的言論與行動，消弭個人自主多元發展的可能性，將使人類社會淪為千人一面的死水，對於社會與個人的發展而言有弊無益。因此，基於「品格的多種類型對個人、對社會具有重要的意義，在人性向無數的和衝突的發展上給以完全自由，具有重要意義」（Mill，1981：259），Mill主張，唯有維護個性多元，才能為個人與社會帶來最大幸福。Mill在《論自由》中的任務，如Isaiah Berlin所說，就在於透過保護每個人，使每個人不受其他人干涉，尤其不能受到可怕的社會壓力的干涉，以實現人類在生活與性格上的多樣化，並堅持人類必須相互寬容（Berlin，1986：311）。

二、傷害原則

基於反對家長主義與道德主義式理由而對個人行為進行的法律強制，Mill主張「如果一個人具備相當的常識與經驗，其以自己的方式籌劃生活，就是最好的，並非因為這種方式本身就是最好，而是因為這是屬於他自己的方式」（Mill，1977：270），只要一個人的行為沒有對他人造成傷害，即使該行為被社會大眾認為是不道德的，或是對該個人不利的，社會都無權對其行為加以干預，這便是著名的傷害原則（the harm principle）：

人們若要干涉群體中任何個體的行動自由，無論干涉出自個人還是出自集體，其唯一正當的目的乃是保障自我不受傷害。反過來說，違背其意志而不失正當的施之於文明社會任何成員的權力，唯一的目的也僅僅是防止其傷害他人。他本人的利益，不論是身體的還是精神的，都不能成為對他施以強制的充分理由（MILL，1977：223-224；中譯參考自MILL，孟凡禮譯，2013：29）。

分析Mill提出傷害原則的目的，就在於藉助傷害（harm）作為一項道德中立的概念，來建立一種不依賴於特定道德觀的約束個人行為的根據，並劃定應受絕



對保障的涉己行為（self-regarding conduct）與可正當干預的涉他行為（other-regarding conduct）的範圍。

不過，儘管Mill透過傷害原則拒斥道德主義，卻並未完全排除掉家長主義的運用。首先，Mill限定了傷害原則的適用範圍，即只適用於有能力透過自由平等的討論取得進步的人類狀態，而不適用於孩童、法定年齡以下的年輕人、尚需他人照顧的成人或是未臻成熟的落後社會，理由是這些對象並沒有透過說服或勸告來引導人們自行改善的能力（Mill，1977：224）。

再者，Mill似乎也並不反對某種與個人的審慎判斷相一致的干預，作為另一種家長主義式干預的例外。依據Mill在〈論自由〉中過橋人的舉例：

如果一個公職人員乃至任何個人，深知某座橋樑已經岌岌可危，卻見有人試圖從橋上通過，而倉促之間又來不及警告，他們就可以一把將他拖回來，因為自由在於為其所欲為，而墜河溺水絕非他所欲之事（MILL，1977：294；中譯參考自MILL，孟凡禮譯，2013：128）。

John Gray指出，人們可以阻止一個資訊不足以知道自己走上斷橋的過橋人，這種干預預設了過橋人的利益，目的是保護他免受自己的無知或謬見所傷害，意味著Mill願意接受一種弱的家長主義，即一項對行為人會帶來傷害的行為，若顯然非具備深思熟慮的慎思時，約束這項行為便是正當的（Gray，1996：92）。

總的來說，Mill的傷害原則，藉由將強制力運用的正當性建立在道德中立的傷害概念上，來排除道德主義與家長主義對個人行為的強制，但Mill也例外的容許針對孩童、法定年齡以下的年輕人、尚需他人照顧的成人或是未臻成熟的落後社會，以及在資訊欠缺而無法做出正確判斷的成人身上適用家長主義的強制。



三、對Mill傷害原則的批評

對於Mill傷害原則的批評集中於傷害概念到底所指為何的爭論，這一爭論可以進一步區分為兩個主要的問題，即傷害概念的意涵，以及基於傷害概念所劃分涉己行為與涉他行為的企圖是否成功。

(一) 傷害概念的爭議

「傷害是什麼」一直以來是Mill理論中的重大難題，論者本於對Mill著作的不同詮釋，提出了兩種主要的見解：(1) 物理性傷害 (physical harm)；(2) 對利益的傷害。

關於第一種見解，支持此一見解的Johnathan Riley認為，Mill在《論自由》的第四章中已經完整的說明了傷害的概念，即事關他人利害（涉他）且物理上可見的（直接而不包括間接）的損害（Riley，1998：157-158）。傷害的類型則可區分為對個人的傷害與對公眾的傷害，前者意指對自己以外任何確定個人直接造成明顯危害，而他人並未同意或未自願參與者（Mill，1977：225），後者則意指違反對公眾的特定義務，包括出庭作證、抵禦外敵、救援他人生命身體等（Mill，1977：224-225）。

至於一種批評指出，Mill的傷害概念過於狹隘而無法回應一些邊緣案例，如自主決定酗酒即使沒有帶來物理上的傷害，還是可能間接地對他人的利益造成損害，或是對個人情感的冒犯等。Riley認為，這些爭議性的傷害事例，可以由Mill的道德懲罰論點獲得解決（Riley，1998：180-181）。

不過，即使第一種見解主張以《論自由》文本作為依據，但論者們在解讀《論自由》時依然紛擾不休，箇中原因在由於Mill在該書中對傷害概念的主張本來存在許多含混不清的地方，以致於第一種見解是不是Mill的真實意思也難以確



定。首先，Mill的論述有前後不一的問題，例如，將Mill在《論自由》的〈緒論〉中對傷害原則的描述，跟第五章的理論重述相比較，傷害概念的範圍並不相同，前者提到了「身體與精神」的獨立性構成了涉己行為（Mill，1977：223），後者則擴大為與他人無關的「個人利益」構成了涉己行為的範圍（Mill，1977：292）；再者，論者間對傷害概念的解讀與延伸也一直都難以獲得共識，例如，除了個人身體的傷害外是否還包括人格的道德傷害？或者除了直接施加給特定個人的傷害外，對社會制度與生活方式造成的傷害是否也包括在內？甚至嚴重的情感冒犯能不能算是傷害？諸如此類的質疑體現出了傷害概念在分析上的困難。為了回應傷害概念的爭議，持第二種見解的論者則主張Mill所謂的傷害，指的其實是利益的傷害。

接受第二種見解的論者，John Rees提出了Mill在《論自由》中所持的傷害概念其實是指「對利益的傷害」的見解。Rees指出，傷害概念應該被區分為「影響他人的行為」與「影響他人利益的行為」，並宣稱Mill傾向於支持後者。Rees主張，這項區分的實益在於，一個人可能受到他人的影響，但不一定會影響到他的利益，而一項利益的存在依賴於社會的承認並且與一個人可以合理指望他人做出什麼行為這個問題的通行標準密切相關（Rees，1991：174-175）。不過，正如John Gray所指出的，很顯然Mill並不關心所有利益遭到影響的狀況，而且Rees將利益的認定繫諸於社會承認的價值觀，將導致傷害原則變得具有相對主義與保守主義的特徵，使得涉己行為的範圍取決於當前主流的價值觀，這與Mill想要達到的目的背道而馳（Gray，1996：50）。

Gray認為，不需要仰賴社會承認（social recognition），也能夠從Mill的整體學說中尋找出一種普遍的利益觀，這種利益觀對人類幸福不可或缺且具有一定的發展性。Gray根據Mill在《效益主義》（*Utilitarianism*）一書中的論點，指出Mill主張一種關於根本利益（essential interest）或重要利益（vital interests）的理論，即存在於個人的自主性與安全中的利益（interests in autonomy and in

security)。Gray指出，「除了某些訂定契約或某些緊急情況外，當人們不侵犯彼此的自主性且不危及彼此的安全時，這些利益就獲得實現」，反過來說，除非這些重要的利益面臨危險，否則任何對個人行動的干預都無法獲得正當性（Gray，1996：50-54）。而安全與自主性之所以比其他利益都更重要，在於一方面安全是任何人要享受未來任何好處都必須要擁有的利益；二方面，自主性則是構成了個人幸福的要素，深植於人類行為的本性之中（Gray，1996：53-57）。

總的來說，Gray將傷害概念與重要利益理論結合，主張傷害的概念應該被理解為「對他人重要利益的損害」，包括存在於自主性與安全中的利益（Gray，1996：57）。不過，Gray的詮釋並非毫無問題，畢竟以重要利益來解釋Mill的傷害概念，存在著將非屬Mill原始構想的意見加諸於Mill的危險，好處則是融貫的解釋Mill的著作，有助於回應論者對Mill整體著作自相矛盾的批評¹⁸。

除了Gray之外，Joel Feinberg在《對他人的傷害》（*Harm to Others*）中，同樣接受了傷害是一種利益的傷害的見解。為分析傷害的概念，Feinberg首先指出兩種重要的傷害意涵，即「使利益受挫的傷害」（harm as setting back to interests），指的是一個人以侵害、遏止或受使利益挫等方式對他人造成的傷害，並且是一種非規範性的傷害概念；與「作為錯誤行為的傷害」（harm as wrongs），係指一種規範性的傷害概念，即一個人以不法行為侵害他人，或以不公正的方式對待他人，申言之，一個人以錯誤行為對待他人作為一種傷害，係指該行為是無法辯護的（indefensible）- 也就是無法獲得證立（unjustifiable

¹⁸ Mill在《論自由》出版後，招致的一項重要批評是，認為Mill在《論自由》中的主張，跟他先前的著作與理論立場（特別是Mill所支持的效益主義論點）並不相容。Gray指出，這使得Mill的詮釋者間分成兩種不同的理論觀點，一派是十九世紀以來對Mill的傳統詮釋，這一詮釋認為Mill是一個東拼西湊的理論家，他本身的政治哲學理論並不具備一種一致的整體的理論觀點，並以此解釋為什麼Mill整體著作中出現論點不一致的現象；但另一派的詮釋者則以20世紀以來的新理論者為主，認為Mill的整體著作其實是有一致性的，他們從Mill在《效益主義》一書中的「生活藝術」（life of art）、「重要利益」等論點中，找到了重新詮釋Mill理論的可能性。詳見：John Gray and G.W. Smith，1991：1-20.



and) 或不可辯解的 (inexcusable) ，並以此行為侵害了他人的權利 (right) ，同時這項行為也侵犯了他人的利益因而是傷害性的。

首先，關於利益受挫的傷害，Feinberg區分利益的概念為「福利性利益」 (welfare interests) 與「隱含性利益」 (ulterior interests) 。後者，即「隱含性利益」指的則是與個人的計劃或目標有關的利益，而隱含性利益的實現，則以福利性利益獲得實現為必要條件。「福利性利益」係指「個人幸福的基本要求」 (basic requisites of a man's well-being) ，，包括了生命、健康、對身體的掌握、免於痛苦等等，Feinberg認為福利性利益，一方面是一個人所擁有且要求獲得保障的非常重要的利益，若這些福利性利益無法獲得實現，一個人將無法實現其個人目標。但另一方面，福利性利益卻又是相對不重要的善 (goods) ，對於一個美好生活而言是必要但極為不充分。它們是個人幸福的基本要求 (basic requisites of a man's well-being) ，但並非是整體的幸福本身 (Feinberg, 1987 : 38) 。

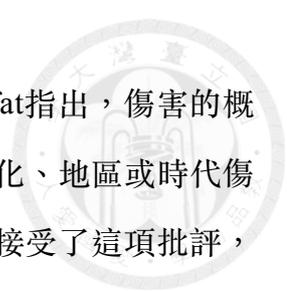
接著，Feinberg指出，法律所要保障的利益主要是「福利性利益」而非「隱含性利益」。「隱含性利益」作為個人最高的目的，是個人幸福的最重要成分，但大多不是受到法律的直接保護，法律反而是透過保護促進「隱含性利益」能夠賴以實現的「福利性利益」，來間接的保障「隱含性利益」。換言之，法律所能做的只是為我們保障生命、身體、健康、自由與安全，至於個人的計劃與目標的實現則操之在每個人自己手上 (Feinberg, 1987 : 63) 。

最後，關於錯誤行為的傷害，Feinberg指出，是一個人以道德上無法辯護的行為侵害他人的權利，且故意或過失的對他人帶來風險或使他人利益受挫。在這個意義上，Feinberg認為，被傷害者的同意 (consent) 將為傷害者提供證成，因此，基於「有同意，無損害」 (to one who has consented, no wrong is done) 的法諺，Feinberg排除了對同意傷害者的傷害 (Feinberg, 1987 : 105-114) 。

基於上述的分析，Feinberg認為對傷害原則中傷害概念的正確理解，應該是第二與第三種傷害意涵的重疊（overlap）。換言之，傷害概念包含了非規範性的利益受挫的傷害，與規範性的錯誤行為的傷害，即「唯有使利益受挫是錯誤行為，以及錯誤行為是在於使利益受挫，才能被算做是適當意義的傷害」（only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense.）（Feinberg, 1987: 32-37）。也就是，Feinberg所認為適當意義的傷害，係指一種使他人利益受挫的錯誤行為（harm as wrongfully set-back interest）（Feinberg, 1987: 106）。

Feinberg對傷害概念的分析是極為複雜的一套理論，他試圖透過對傷害概念具體而微的分析，來為傷害原則作為一種立法原則提供說明。不過，跟Gray一樣，Feinberg對傷害概念的分析不僅同樣有將非屬Mill原始構想的意見加諸於Mill的危險，更有甚者，Feinberg的傷害概念分析可能已經跳脫出了Mill，他並不以詮釋Mill的傷害原則為依歸，而是在建構自己的理論。

與第一種見解相比，第二種見解儘管有著過度解讀Mill理論的缺點，但藉由將對傷害概念的理解為對利益的傷害，有助於為一些原先無法合理說明的案例提供回答，但縱使如此，卻依然無法平息對傷害概念的持續爭論。一種論點因而認為，傷害概念在分析上的困難源自於傷害概念的判斷會隨著不同的道德觀點而改變，身處不同生活方式之人對傷害的判斷也會不同，因此，即使是以Mill的重要利益理論來解釋傷害概念，似乎也只是諸多對傷害概念的道德判斷中的一種。換言之，傷害概念之所以在分析上充滿困難，其癥結就在於「傷害」這項概念本身其實是一種道德概念，這種論點一方面回答了為什麼我們始終無法就傷害概念達成共識，另一方面也解釋了為什麼我們無法對各種傷害類型的相對重要性予以判斷。



這一種「傷害概念是一種道德概念」論點的支持者，如Moffat指出，傷害的概念是隨著每個人不同的道德觀點而浮動，甚至因為不同的文化、地區或時代傷害的概念也有所差異（Moffat，2005：1102）。Gray嗣後也接受了這項批評，他在其代表作《Mill論自由：一個辯護》（*Mill On Liberty: A Defence*）第二版的〈後記〉（Postscript）中承認，傷害原則最關鍵的困難始終在於，不存在一種在不同道德觀點間保持中立的傷害概念。Mill的原始構想，是希望透過傷害概念來解決不同道德觀點支持者間對限制個人行動的爭議，因此採取一種不依賴特定幸福觀點的、經驗主義式的傷害概念，但這種企圖顯然是失敗的，因為，Mill根本提不出這種傷害概念，即使試圖透過將傷害與利益損害相連結來彌補其錯誤，也必須要面對一項關鍵問題，即人們對不同傷害的相對重要性判斷，總是依賴於其道德觀與相關連的生活理想的差異而不同，這使得Mill的傷害原則在運用上存在著極大的不確定性，並使得傷害原則的適用與涉己行為的劃分更加陷入無盡的爭論（Gray，1996：139）。

（二）涉己行為與涉他行為劃分的爭議

涉己行為與涉他行為的劃分是Mill理論長期以來的爭議所在，如John Rees說道：

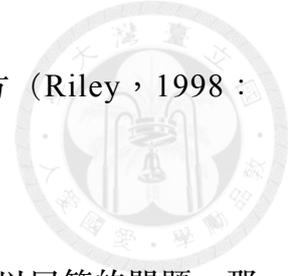
這項原則（按：指傷害原則）受到廣泛的批評，理由在於它似乎依賴於一種可能性，即區分人類行為為兩種類別：只關乎行動者（AGENT）的行為，與關於行動者旁的其他人的行為。這項區分被屢次的爭辯為是不可能的（REES，1991：171）。

對於涉己行為與涉他行為的劃分標準，取決於傷害的概念，但正如前述，Mill的傷害概念充滿爭議，由於不同時空脈絡下對於傷害的相對重要性判斷歧異，使得傷害被質疑不是中立的概念，且其內涵也無法確定，這使得涉己行為與涉他行為的劃分難以區分。但即使傷害概念能夠確認，涉己行為與涉他行為的劃分仍是困難重重，尤其是Mill對什麼是涉己行為的界定也存在矛盾。



對涉己行為與涉他行為的劃分的批評，正如Berlin所說，「沒有人是孤島」(no one is an island)，人類的社會面與私我面是難以清楚辨識的 (Berlin, 1989 : 321)。對於這項批評，Riley以兩項論點為Mill辯護，指出涉己行為的區分與個人的孤立並不是Mill自由學說的障礙。首先，對於涉己行為的絕對自由存在兩項考量，(1) 涉己行為的絕對自由不意味著人們可以在涉己行為與傷害他人的行為間做選擇，(2) 我們很難想像一個人可以有自由在他所處的環境中做出最理想的選擇。換言之，個人的自主選擇與行為往往是受到環境的約束，人們受到這些約束而不得不在許多情況下與他人來往，特別是因為沒有人能夠控制對人有害的行為的發生，例如，涉己行為與拯救生命的緊急危難之間並非沒有必然衝突，一項涉己行為可能因為行為者所不能控制的其他因素的介入而轉變為涉他行為，並賦予個人有對防止傷害採取行動的義務 (Riley, 1998 : 163-165) ; 再者，Riley認為對Mill的合理詮釋指出，Mill並沒有試圖要求人們排除自己的立場或脫離社會文化脈絡而存在，而是在認知到個人判斷與好惡的公共生活背景下，要求人們拒斥社會習俗機械性的牽制，換言之，Mill的理論所欲達到的，是即便一個虔誠或身負習俗之人，都能選擇與大眾分道揚鑣，去過一種與眾不同的生活方式 (Riley, 1998 : 169-170) 。

不過，Riley也不得不承認，透過傷害區分出涉己行為的類別的做法，使Mill也陷入了其理論矛盾的泥淖裡，他在許多地方都呈現出無法妥善說明涉己與涉他行為的區分 (Riley, 1998 : 189) 。比方說，Mill所謂的行動自由可以被解讀為一種表達自由，表達本身是涉他行為，但意見的表達自由卻被Mill視為是傷害原則的一個例外狀況，亦即，言論表達的本質是涉他的，但卻總是被視為是不傷害他人的涉己行為。Mill的理由是，思想與表達實際上無法分開，但帶來的困惑卻是，那傷害原則裡頭所保障真的是涉己行為嗎？還是說其實是涉他行為，只是因為該行為就算造成傷害也不宜由法律管制，而採取放任 (laissez-fiare) 做法？這項問題質疑了單純的涉己行為是否真的存在，但就算真的存在涉己行



為，這項例子也凸顯出Mill的界定存在難以合理說明的地方（Riley，1998：75）。

除了Riley對此一問題的著墨外，Mill的理論還存在另一個難以回答的問題，那就是他接受的弱意義家長主義。根據Mill所舉的過橋人例子，Mill認為在資訊欠缺而無法做出正確判斷的成人身上可以適用家長主義式的干預。然而，弱意義家長主義可能會對Mill理論帶來不良影響，畢竟在許多時候，人們並不總是在資訊充分下做出正確判斷，反而經常造成人們自己也不願見到的結果，這是否意味著政府可以合法干預？若不可，那麼判斷的標準是什麼？這一點在Mill理論中付之闕如，在極端的狀況下，似乎不難想見弱意義家長主義可能架空傷害原則，並將更多原本被認為是單純的涉己行為納入正當干預的範圍中。

四、結語

Mill以傷害原則為核心的自由主義理論，嘗試以不涉及道德價值的傷害概念來排除以家長主義與道德主義為理由而對個人行為所做的法律約束，但由於Mill在《論自由》中無法對傷害概念的確切內容提供說明，連帶的使涉己行為的範圍充滿不確定，最終使得Mill的理論無法對以法律貫徹道德提供有效的限制。

1963年，H.L.A. Hart出版《法律、自由與道德》（*Law, Liberty and Morality*）嘗試為Mill以傷害原則為核心的自由主義理論申辯。Hart認為Mill的主張不僅在範圍上狹隘，放在現代社會脈絡中也顯露出不足，因此，Hart對Mill的修正採取了擴大法律干預的範圍，並主張這種有限度的擴大不會對人們的自由帶來過度侵擾。

第二節 Hart為Mill的辯護



在《法律、自由與道德》一書中，Hart藉由批評法律道德主義來為一種修正式的Mill傷害原則辯護。Hart主要同意Mill的看法，即除了在某些特定情況可以正當的實施家長主義式立法外，社會應當尊重個人自主地選擇與多元個性，並且僅在為了阻止或懲罰帶來明顯傷害的犯罪時，才能以法律強制力正當干預個人行為。不過，Hart認為由於傷害原則在現代社會脈絡下有許多力猶未逮之處，因此，Hart接受的有限的家長主義與冒犯原則，擴張了法律對個人干預的範圍，招致了許多批評者對其理論合理性的質疑。

一、Hart對Mill的修改

Hart雖然支持Mill的傷害原則，但他批評Mill的理論假定了一種「正常人應該是如何的概念觀」，即預設了「個人最瞭解其利益何在」，這種假定不僅欠缺合理根據，也早已與現代的諸多事實相悖。事實上，人們對自我最佳利益的判斷已逐漸失去掌握，且個人自我選擇與同意往往受到大量事實的影響，而非是理性的。換言之，Mill對人的認識呈現為一種中世紀的觀點，不符合現代社會的實況（Hart，1963：32-33）。

因此，Hart將Mill的傷害原則加以擴張，而形成了另外一組原則，包括（範圍擴張的）傷害原則（the harm principle）、有限度的家長主義（paternalism），以及有限度的承認了所謂的「冒犯原則」（the offence principle）。Hart認為，這組原則所證成的事物相較於法律道德主義，能夠更少的介入個人生活，又比Mill原始的論點更能符合現代社會的需求。

Hart所支持的傷害原則，比起Mill的原始版本適用範圍更廣，除了避免對他人的傷害外，還包括了對公共秩序（public decency）的保護。Hart區分「私下的不

道德行為」與「公開進行不道德行為」對公共秩序造成的效果，並認為對後者的干預是可以獲得證立的，理由在於，「因為人們不希望他人去做某事而帶來的痛苦（distress）」與「在公共場所中造成的震驚與冒犯」之間的差異，對前者施以懲罰，只是在壓制人們所不認同的個人行為，而後者則不僅已經受到多數法體系的承認，並且涉及了私人場所中重視個人自由的價值，而在公開場合因為重視社會秩序，故適用保護人們免於傷害的原則（Hart，1963：44-48）。

再者，Hart認為，若要在不損害傷害原則的前提下對之進行修正，便應有限度的擴大對家長主義的運用。相對於Mill不明確的態度，Hart支持「為保護人們不因自己的緣故而受到傷害」所施加的身體控制，並指出這種家長主義必須與道德家長主義或法律道德主義相區分（Hart，1963：33）。只不過，Hart除了指出他所支持的有限度家長主義關注對痛苦的避免（如制止虐待動物）與保護個人利益（如個人自傷行為、禁止吸毒等）外，並沒有給出足夠的標準來區分與法律道德主義間的關係。

此外，Hart在面對Devlin的支持者Rostow的批評時（參見第二章第二節之四）將其立場擴展到接受所謂冒犯原則，即承認一項公開行為對宗教或道德信念造成的冒犯也可以是一種傷害，這或許與他接受「對公共秩序的蔑視」也構成一種傷害類型的觀點有關。Hart主張，儘管法律所關注的是他人的公共行為所造成的傷害，而非私人的不道德行為，但我們也必須意識到「一項行為的不道德」與「該行為的其中一個面向是作為一種公共冒犯行為」間的區別。以重婚為例，該行為本身是不道德的行為，也是一項私人的行為，但這項行為卻在另一個方面對於社會整體的秩序與價值構成公開的冒犯。因此，當一項對情感的冒犯足夠嚴重且相當可能發生時，這類冒犯便可能構成了處罰的正當基礎（Hart，1963：41-43）。

不過，Hart也意識到冒犯原則可能帶來刑法擴張的後果，因此，他只承認有限度的冒犯原則，即一項行為對他人造成的冒犯，必須是在公開場合為之，且可以嚴格的判斷出所造成的傷害，才足以證立處罰的正當性，理由在於若是傷害無法被證明，將可能導致人們只是基於自己的偏好而要求壓制特定行為（Hart，1963：47）。

儘管Hart接受有限度的冒犯原則，但這與他在《法律、自由與道德》中為沃芬登報告結論所為的辯護並不衝突。理由在於沃芬登報告僅僅建議將成年人「私下」同意的同性戀性行為除罪化，但Hart認為私下行為並不足以構成「傷害」（harm）因此不應以冒犯原則相繩。即使有些人自認被私下進行的同性戀性行為所冒犯，但Hart認為這只是一種單純的情感冒犯，牽涉範圍太廣且有將自身偏好強加他人的危險，並不足以正當化法律的干預。但若該自願的同性戀性行為是在公眾面前為之，則可能構成對公共秩序的蔑視而可以成為法律干預的適當對象（Hart，1963：45-47）。

總的來說，Hart對Mill以傷害原則為核心的理論作出以下的擴張，首先，Hart將對公共秩序的傷害，即以公開行為表達對社會的蔑視時，納入傷害原則適用的範圍；再者，為了回應現代社會的需求，Hart有限度的接受家長主義來防止個人自傷與作出帶來無意義痛苦的行為；最後，Hart承認了有限度的冒犯原則，即一項公開且可嚴格判斷造成傷害的行為，所對情感造成的冒犯可以是干預個人行為的正當理由。

二、最低限度自然法——一個例外？

儘管Hart反對法律道德主義，但與Mill相比，他顯然對道德進入法律系統抱有更開放的立場，這一點不僅從Hart要求修改傷害原則、有限度的承認家長主義與冒犯原則可以看得出來，他甚至在某個意義上認為法律可以用以貫徹道德，即

所謂「自然法的最低限度內容」(the minimum content of natural law)。MacCormick指出，Hart在此接受了自然法傳統中的某些要素，並將之轉化為建立在人類本身的特質與我們賴以生存的環境，人類個體與集體共存的重要條件(MacCormick，2008：117-118)。

「自然法的最低限度內容」概念的雛形，從時序上來說，首見於Hart的代表作〈實證主義與法律與道德的分離〉(*Positivism and the Separation of Law and Morality*)一文，文中Hart認為，法律與道德間存在一種「自然的必要性」(natural necessity)，這指向一項事實陳述(factual statement)，即法律與道德事實上在某些重要之點上存在偶然的重疊，而這種重疊的普遍性，不像自然法論錯誤的忽視人類生存方面的衝突而誤以為這類道德原則的來源是人類的理性發現。Hart認為，法律與道德間存在「自然的必要性」僅僅是由於人類社會中所存在的最低限度的同質性使然(Hart，1983：80-81)。

在《法律的概念》中將此一概念正式稱為「自然法的最低限度內容」，意指即使每個社會都持有許多個別的道德與法律規則，但仍然存在著一種奠基在人類、自然環境與意圖等基本真理上的普遍行為原則(Hart，2013：193)。這些普遍行為原則來自「生存」(survival)或者說「自我保存」(self protection)對於人類共同生活的重要性，Hart認為，由於人類(1)身心理的脆弱、(2)人類近乎平等的生理結構、(3)有限的利他主義、(4)有限的資源，以及(5)有限的理解與意志的力量(Hart，2013：194-199)，這些自明的條件指出了人類的共存與合作必須透過相互自制的體系來加以實現，亦即，人類的共存與合作揭示了法律與道德規則勢必得包含某些特定內容，包括對暴力、竊盜與不誠實等行為施加制裁的規定。總的來說，Hart主張，人類與環境相關的自然事實與人類自保的基本意圖，意味著制裁規定的必要性，這種自然的必要性，呈現在對人身、財產與承諾所需的最低限度保障之中(Hart，2013：199)。

「自然法的最低限度內容」指出法律應該貫徹特定道德規則，是否意指Hart支持了一種法律道德主義？對此，Hart的回應是，他對於認為法律應當用以貫徹最低程度的自然法的見解，僅僅是指出了一項人類共存的「偶然事實」。換言之，自然法的最低限度內容中蘊含的行為原則要求，是偶然而非必然的，若當前人類的身心條件與自然環境變化則這些行為要求也將隨之變化，Hart不止一次強調，他所提到的關於人類的自明之理並非「不是必然的真理」，「因為過去的世界可能不是這樣，將來的世界也可能不是這樣」（Hart，2013：194-195）。

Hart所接受的「自然法」是描述性的，是人類必要的生存條件構成了這種「自然法」秩序，無關乎任何「理性主義」。如MacCormick所指出的，Hart所使用的「自然法」一詞似乎是字義性的，指向一種基礎的義務規則，其存在是人類維持親密、共同生存所必要，而無關乎任何價值，也不是指向任何真理或道德觀點。「自然法的最低限度內容」指向的是一類課與義務規則，並呈現為法律規則與道德規則重疊的一種原因，與以法律貫徹道德一事並無關聯，這也體現在一件事情上，即「自然法的最低限度內容」的貫徹並不能帶來公平或正義，只是一種關於人類生存的必要約束的事實而已（MacCormick，2008：117）。

三、對Hart修正理論的批評

（一）法律干預範圍的過度擴張

根據前一節關於Mill傷害原則的討論，Mill的理論面對的問題在於傷害概念的爭論與不確定的涉己行為判斷。儘管Hart認知到了Mill所遭受的批評，且Hart在其理論中也廣泛的將「傷害」視為一種限定干預範圍的概念，但對於如何確定傷害的概念，Hart並沒有給予答案。如Nicolas Lacey所批評的，Hart的論證弱點依然在於「他的那種非常重要的限制條件，即具體什麼構成了傷害本身也無法自



我定義」(Lacey, 2006: 318)。簡言之, Hart在《法律、自由與道德》中, 依然沒有解決爭議性傷害概念的問題。

但Hart仍在一個部分作出回應, 相較於Mill認為這是邊緣問題, Hart則認定以公開行為對社會所為的蔑視滿足傷害原則中的傷害意涵, 從而對於涉己行為的範圍做了進一步的限定。但Riley批評Hart的這項論點, 斷言了公共場所中行為的後果, 跟私人場所中行為後果的區分, 比方說, A對於B在他自己家中做令A不悅的事情, 跟A對於B在公開場合做令A不悅的事情, Hart的意思是A在這兩種情形下的不悅可以被分開評價, 後者可用法律制裁, 而前者不可。但Hart並沒有解釋為什麼行為的來源跟地點的不同會造成這種差異, 他主張私人場合與公開場合重視不同價值的論點, 最終只導向了針對個人在公開場合的行為, 社會具有無限制的權力可以予以壓制 (Riley, 1998: 177-178)。

總的來說, Hart對Mill的修正遭受諸多批評, 論者大多認為, Hart接受家長主義與冒犯原則作為對Mill的修正, 其實反而顛覆了整個Mill理論的目的。Robert C.L. Moffat便直言, 「大多數觀察家都注意到, 有像Hart這項的捍衛者, 其實Mill根本不需要什麼敵人了」, Hart所接受的家長主義與冒犯原則已完全背離了Mill的本意, 使得國家對幾乎所有行為的干預都能獲得正當性 (Moffat, 2005: 57; 同樣的批評還可見於Nagel, 1975: 280-281; Arneson, 2013: 435-436)。

(二) 岌岌可危的傷害原則

Bernard E. Harcourt對於現代關於以法律貫徹道德的議題的發展做出了以下的觀察：

當我們接近了二十世紀末, 我們見證了一項關於以法律貫徹道德的標誌性發展。傷害原則在其盛名之下事實上崩塌了 (COLLAPSE)。關於傷害的宣稱是如此普遍以至於傷害原則已經毫無意義：因為遍佈整場爭論的、複雜的傷害論點, 傷害原則已經不再能夠作為批判性原則



(CRITICAL PRINCIPLE) 的功能。今日，爭議不再是道德冒犯是否造成傷害，而是系爭行為造成了什麼型態與什麼程度的傷害，以及什麼程度的傷害。在這些議題上，傷害原則是沈默的 (HARCOURT, 1999: 113)。

這項觀察指出了Mill與Hart所主張的以傷害原則為核心的自由主義，由於始終無法解決充滿爭議的傷害概念問題，已然使得傷害原則作為一項劃分法律貫徹對象的簡單原則的企圖蒙上一層陰影。傷害概念的分析困難源自傷害本身不是道德中立的概念，是可能隨著每個人不同的道德觀點而浮動，對於每一種傷害的重要性每個人都有不同的評估。正是因為傷害概念的相對性，使得「造成傷害構成法律干預正當性」的主張成為充滿不確定性的主張，Mill與Hart堅持以傷害劃定法律干預界線的論點，也因而岌岌可危。

Gerald Dworkin在〈Devlin是對的- 法律與道德的強制執行〉 (*Devlin Was Right - Law and the Enforcement of Morality*) 一文中，批評Mill與Hart以傷害原則為核心的自由主義無法為以法律貫徹道德設下任何原則性的區分。Dworkin首先指出，一個行為是錯誤的 (wrong) 提供了我們一個理由不去做該行為，也提供了我們一個理由去阻止這類行為的實踐。儘管這並不意味著第三人就「應該」去阻止、批判或以刑法加以制止，卻指向了這類行為是批評與制止的適當對象，只不過正如同從「錯誤」 (wrong) 到「干預的對象」 (subject to inference) 的轉換需要額外的論證，從「傷害」或「深層的冒犯」到「干預的對象」也同樣要求額外的證成 (Dworkin, 1999: 943-944)。

Dworkin宣稱，由於錯誤 (wrongful) 蘊含了「不該這麼做」，不道德行為與傷害或冒犯行為一樣，對於國家的干預合法性設置了門檻 (threshold) (Dworkin, 1999: 944)。然而：

刑法作為一項機制，其中心理由包括了使那些不應該被做的行為較不可能被施行，並作為一種工具對那些做了不該做的事情之人傳遞譴責。原

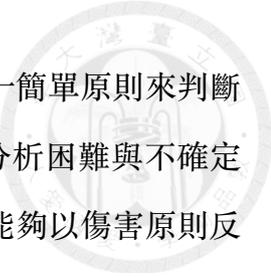
則性理由（PRINCIPLED REASONS）的存在對於排除刑事程序作為一種阻止的方式，顯然是相當不可靠的（DWORKIN，1999：945）。

如傷害原則這類原則性區分的存在，確實從刑法中排除了特定次級（subclasses）的不道德行為，如言論自由，由於存在許多理由用以證成，包括我們應該致力於維護個人自主實踐這類行為，因而可排除國家干預的合法性，對之所施加的刑事追訴也應該去除或是最小化（Dworkin，1999：945）。但Dworkin也指出，符合這類理由的行為中，有些不僅不道德還是傷害性的，這構成了傷害原則的例外，也證明了存在一些理由足以證成國家不僅不應該干預不道德行為，還不應該干預帶來傷害的行為。簡言之，單純以傷害的概念作為一項劃分的原則難以說明為什麼有些帶來傷害的行為卻可以一方面被排除，另一方面是傷害原則的例外（Dworkin，1999：945）。Gerald Dworkin的結論是，如Mill與Hart的理論，試圖透過設定一般性原則來區分不道德行為與傷害性行為，並以後者為法律干預的合法對象的做法，終究是不成功的（Dworkin，1999：928）。

總的來說，Gerald Dworkin的分析指出了傷害概念的相對性，即傷害概念是一項道德概念，而不是道德中立的概念，以致於傷害原則所依賴的傷害概念並不是確定的，它始終在權衡什麼樣的傷害應該受到干預，又有哪些傷害應該被視為例外。傷害概念作為一項道德概念帶來的不確定性，最終否定了Mill與Hart試圖以一項簡單原則劃分法律所應貫徹或不應貫徹的對象的目標。

四、結語

Hart為Mill的辯護終究是不令人滿意的，他為了盡可能地呼應社會現實與回應法律道德主義，將傷害原則做了擴張，甚至接受了冒犯作為法律正當干預的理由，卻反而背離了Mill原先想要將道德判斷驅離出法律干預的目標。



然而，Hart與Mill要面臨的難題顯然是更大的，以傷害原則這一簡單原則來判斷法律應當或不應當干預的範圍的做法，似乎隨著傷害概念的分析困難與不確定性而令人質疑其可靠性。Gerald Dworkin對Mill與Hart所認為能夠以傷害原則反對法律道德主義的論點的批評，指出了傷害概念的相對性對傷害原則帶來的不確定性，以致於一種區分法律應當或不應該貫徹道德的原則性判斷幾乎是不可能的。

小結

本章檢視了Mill與Hart的論點，他們都支持一種以傷害原則為核心的自由主義，並基於尊重個人自主與個性多元，而強調應該藉由「傷害」這項道德中立的概念來判斷法律應該或不應該干預個人行為。然而，對於傷害究竟意指為何卻始終存在爭議，連帶的影響了對於涉己行為範圍的判斷。正如本章所示，整體而言，由於Mill與Hart無法解決傷害概念的相對性的問題，即人們對不同傷害的相對重要性判斷，總是依賴於其道德觀與相關連的生活理想的差異而不同，換言之，傷害並不是道德中立的概念，而是一項道德概念，導致了傷害原則無法實現其原本限制法律干預範圍的目的。

總的來說，由Hart與Mill以傷害原則為核心的自由主義反省，可初步得出的是，若要成功的主張一種道德中立的、對法律應該或不應該干預個人行為的原則性區分，最關鍵的一個問題依然在於採取什麼樣的論證來確定一種道德中立的區分標準。

第四章 重省法律道德主義與自由主義的爭論



前兩章中，我們分別檢視了以Stephen與Devlin為代表的法律道德主義，與以Mill和Hart為代表的以傷害原則為核心的自由主義，並分別指出了雙方理論所面臨的問題，而對於以法律貫徹道德的正當性與否，彼此都沒有提出足夠令人滿意的答案。

受到Hart與Devlin論辯的影響，當代理論家對於以法律貫徹道德的問題各自提出了新的看法。新法律道德主義代表人物之一的John Kekes試圖借助原初價值與次要價值的區分來為法律道德主義提供新的解方；Carl F. Cranor則嘗試建立一套最佳的法律道德主義論證來檢驗法律道德主義理論的妥當性，並指出法律道德主義的缺陷。另一方面，當代的自由主義者Ronald Dworkin，以人性尊嚴二原則為基礎，主張政府行為必須平等尊重個人對成功美好人生的追求來獲得統治的合法性。

第一節 法律道德主義的復興

在第二章的小結處，我們藉由檢視Stephen與Devlin的論點，彙整了法律道德主義理論的基本形式，即法律應用以貫徹道德、維護道德有必要性以及道德並不總是強過其他法律運用的理由。此外我們也看到了法律道德主義面對的共同難題，即如何對法律所貫徹的是道德而非偏見提供有說服力的說明，以及如何證立維護既有實證道德的必要性。新法律道德主義繼承了這些理論形式，並嘗試化解這些疑難。



一、John Kekes的新法律道德主義

John Kekes試圖發展一種比Stephen與Devlin的傳統版本更為可靠的法律道德主義理論，並藉此回應法律道德主義面臨的質疑。

（一）初級價值與次級價值的區分

Kekes在〈道德的強制執行〉（*The Enforcement to Morality*）一文中，主張以法律貫徹道德的正當性基礎在於維護「可容許的生活方式」（permissible lives）：

有許多種不同型式的美好生活，它們都依賴於對許多不同可能性的理解。任何有理智的人都會隨即補充道，並非所有的可能性都是被容許的，且某些依據那些違背條件者則不受容許。如果一個社會是好的，如果它使得美好生活是可能的，那麼便一定要對生活於其中的人們施加限制。這些限制禁止追求某些可能性，即破壞使得可容許的可能性所依賴的條件（KEKES，2000：23）。

之所以要保護「可容許的生活方式」，乃是因為這種生活方式儘管限制了個人行為的某些部分，但卻是任何美好生活的最低程度要求，且在所有良善社會中我們都會觀察到這種生活方式的存在（Kekes，2000：23）。

至於何謂美好生活的最低程度要求，Kekes區分了兩種美好生活所需的價值並指出對二者的保護程度並不相同：（1）原初價值（primary value），意指產生自所有美好生活最低限度的價值，包括保護生命身體與適當的飲食等；（2）次要價值（secondary value）：一種隨著不同社會、傳統與對美好生活的概念觀而有差異的價值，包括信仰、良好工作或體態等。一個良好社會會以慣習（convention）的方式保障這兩種價值，但保障原初價值的慣習是必要的（required）（即必要慣習），維護次要價值則是可變的（variable）。Kekes的



法律道德主義所關注的焦點，在於對原初價值的保障（Kekes，2000：23-24）。

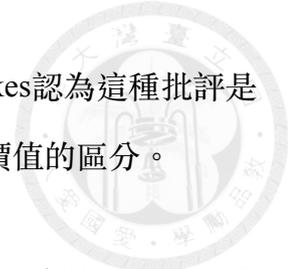
對原初價值的保障涉及了一項關於保護密度問題，即對必要慣習的保護並非絕對。例如，一個社會必須禁止謀殺，但是否存在例外？這項禁止因為不同的人事地物所帶來差異為何？Kekes認為，對這些問題的考察，將使我們發現，對於必要慣習的保護並不是毫無條件的，儘管這些必要慣習對於一個良好社會而言有著極大的重要性，但任何違背這些慣習的行為，卻也可能在維護保存美好生活條件的這一整體目標（the overall aim of protecting the conditions of good lives）下受到證立（Kekes，2000：24-25）：

歷史上充滿著許多艱難案件，即對美好生活的許諾使得去做必要慣習所通常禁止的事情，可以在合理且在道德上獲得證立（KEKES，2000：25）

Kekes主張對如果必要慣習的保護對一個良好社會而言是重要的，那麼以法律貫徹以必要慣習為核心的道德便是正當的。Kekes對此的推論是，如果一個社會使得美好生活是可能的，那麼一個社會是好的；必要慣習保護了美好生活的條件；因此，一個好的社會必須保護這些必要慣習，包括增加追求它的可能性與禁止違反慣習所設的限制等，保護的手段則包括法律制度、公共輿論、習俗與道德教育等，這些手段的運用與違反的嚴重性相關（Kekes，2000：25）。

（二）對法律道德主義共同難題的回應

Kekes認為，他所主張的「一個良好社會必須保護實現美好生活最低所需的必要慣習」可以獲得大多數論者的接受，並嘗試以此回應法律道德主義所面對的兩大問題，即如何對法律所貫徹的是道德而非偏見提供有說服力的說明，以及如何證立維護既有實證道德的必要性。



對於指責法律道德主義是鼓吹以法律貫徹不理智的偏見，Kekes認為這種批評是一項誤會，而他回應這項批評的關鍵就在於原初價值與次要價值的區分。

以原初價值與次要價值的區分為基礎，Kekes指出，一個良好社會的條件是，唯有存在必要且被堅定持有的慣習，除此以外，對於個人所保有的不同的價值觀等次要價值，社會應該予以寬容。Kekes藉由反省Devlin的論點來鋪陳其論證，他首先將社會崩潰命題重新詮釋為「必要慣習的違反，導致社會成員欠缺對保護美好生活必要條件的堅定許諾，社會將隨之崩潰」。Kekes認為這一對社會崩潰命題的詮釋指出了一項重要的區分，即必要慣習與堅定持有的慣習（strongly held conventions），前者保障美好生活的最低必要條件，但不一定被社會成員所堅定持有，一旦被堅定持有那麼這個社會將是良好的，若否，則這個必要慣習所保護的內容將存在風險，並不再可能維繫一個社會的團結。換言之，一個良好社會的條件是，存在必要且被堅定持有的慣習（Kekes，2000：27）。

Kekes接著重新詮釋了Devlin的另一項主張，即「不寬容、憤慨與噁心」的道德感受，他認為這凸顯出一個良好社會的另外一項條件，即唯有（only）其必要慣習被堅定的持有。社會成員可以抱持不同的傳統或人生價值觀等次要價值，但這些次要價值絕不能顛覆或不相容於原初價值（Kekes，2000：27）。Kekes因而提出一種「深層的噁心」（deep disgust）的論點，這種感受揭示了對為保護必要慣習的限制的蔑視不顧，換言之，一項對必要慣習的偏離行為不僅威脅到了作為受害人的個人，還威脅到了社會上每個人所依賴的美好生活條件。Kekes藉由保護原初價值的必要慣習與次級價值的區分指出，社會不能僅僅因為少數人感到噁心就譴責一項行為，也不能僅僅因為社會上多數人甚至每個人都感到噁心就壓制一項行為，也無關乎違反行為的嚴重與否，而是要根據必要慣習的指示，即關乎保護文明生活所必需的條件以及其違反是否構成一種蔑視不顧而定（Kekes，2000：28-33）。換言之，Kekes認為在必要慣習之外，次要價



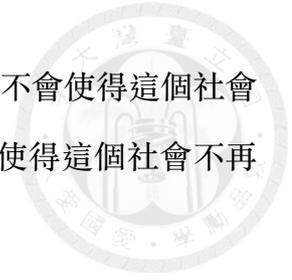
值應該受到尊重，這足以回答法律道德主義並不在主張貫徹偏見，而是在主張維護良好社會最低限度的要求。

再者，從原初價值與次要價值的區分與Kekes對良好社會條件的主張，也能夠回應維護既有實證道德的必要性的質疑。再一次，Kekes認為，良好社會條件是對必要慣習的堅定持有，對於次要價值原則上保持尊重，前者只是良好社會最低程度的要求，也是文明社會存在與合作的必要條件，對於這些價值的保護並不會導致僵化社會的道德進步，因為涉及個人美好生活價值的次要價值並不在法律道德主義堅持要保障的範圍內，這些次要價值被尊重且有足夠的空間自行演變發展。

總的來說，Kekes的法律道德主義主張，社會所被允許以法律貫徹的是以原初價值為內容的必要慣習，必要慣習是任何一個良好社會的最低程度要求，而一個良好社會的條件就在於堅定的持有必要慣習。此外，以個人對美好生活的不同價值觀為內容的次要價值（政治、道德、宗教、文化認同等），則僅依賴於一種保障所有美好生活之所需的良好社會的許諾，換言之，若次要價值的持有與實踐並在相容於初級價值時就應該受到尊重，Kekes主張這種觀點一方面能回應法律道德主義在貫徹偏見的批評，也能夠與社會未來的持續進步與修正相容。

（三）對Kekes理論的分析與批評

Kekes的理論改進了法律道德主義，方式在於藉由原初價值與次級價值的區分，限縮了法律應予貫徹的對象，從而使得某些行為可能獲得更大的寬容，也排除了法律道德主義所面對的價值判斷的爭議。在Kekes的理論中，Stephen與Devlin所理論所重視的不道德行為，如墮胎、重婚或安樂死等，其實是涉及次要價值的問題，涉及到的是每個人對於美好生活的不同價值觀，這也是為什麼法律道德主義往往受到法律貫徹偏見的批評。Kekes主張將重心限縮到良好社會的最低限度要求，例如禁止謀殺、虐待與奴役，就能夠免於法律貫徹偏見的問題，是



故，在Kekes的理論下，一個社會容許墮胎、重婚或安樂死並不會使得這個社會變得比較糟，但不尊重保護原初價值的必要慣習則無疑的會使得這個社會不再是良好社會。

此外，Kekes認為他的原初價值的論點，也有助於將法律道德主義理論轉化為自由主義者所能夠接受的論證。原初價值的論點其實與許多自由主義者所宣稱的基本權利（如生命、財產與隱私）論點相當接近。比方說，Hart的自然法最低限度內容理論，便以生存為核心，強調人類共存必須接受一些行為規則，包括不得殺人、偷竊等。對此，Kekes認為，他的理論與Hart自然法最低限度內容的這類理論相近，是他的理論也應該能受到自由主義陣營接受的理由（Kekes，2000：26）。不過，儘管Kekes提出了一種更為寬容的，且更可能受到自由主義陣營接受的法律道德主義理論，但他似乎仍避免不了法律道德主義所面臨的根本批評。

首先，Kekes認為他的理論足以回應以法律貫徹偏見的批評，但實則原初價值與次要價值區分的主張，反而可能正當化了歧視與偏見的存在。Kekes主張，對於原初價值的保護是「應該」要立法保障的，但對於次要價值的違反則認為是「可以」立法保障，這一區分造成了一項難題。Thomas Søbirk Petersen指出，假設就業市場上存在對穆斯林或女人的歧視，在Kekes的理論中這只是次要價值的違反，國家可以但不一定要保障，從而這種歧視的入罪化可以隨不同國家而異。但反過來說，如果一項歧視是傷害性的，即妨礙了人們美好生活的條件，那麼我們就有了好理由運用法律制裁，但這也意味著：

唯有違反必要慣習的傷害類型行為應該被法律禁止是不夠有說服力的。總是存在一個理由去禁止錯誤的傷害，無論是否違反了任何類型的慣習。換言之，我們不應該僅僅在道德上關心與原初價值相關的傷害與不正義。如果傷害是道德上相關的事實，我們就應該關注它，而無論它違反的是原初或是次要價值（PETERSEN，2013：230-231）。

易言之，Kekes的法律道德主義不僅依然沒有擺脫以法律貫徹偏見的批評，其關於原初價值與次要價值的區分與以法律貫徹與否的差異可能也是沒有意義的，因為對於一項錯誤行為的禁止所要考慮的並非是它違反了哪一種價值，而在於它具備了錯誤的傷害這項事實（Petersen，2013：230-231）。

原初價值與次要價值的區分無法作為以法律限制特定行為與否的標準，也使得Kekes的理論無法回應僵化社會道德進步的質疑，理由在於，一旦原初價值與次要價值的區分是虛假的，那麼法律干預次要價值也將不需要以不相容於原初價值為前提了，法律干預次要價值的依據可能還要會回歸到對於錯誤行為的判斷，Kekes所宣稱次級價值的尊重所帶來的不妨礙社會道德進步的論點便欠缺根據；但即使原初價值與次要價值的區分是可靠的，Kekes並未對於法律干預次級價值提供額外的說明，亦即，他雖然宣稱與原初價值相容的次要價值應該受到尊重，但認為對於違背次要價值的行為國家可以但不必然要出手干預，這項國家「可以」干預的理由是什麼，Kekes並未提供說明。

二、「最佳」的法律道德主義

儘管Cranor並非法律道德主義的支持者，但他指出，大量文獻所指責的Stephen與Devlin版本的論點，並非法律道德主義最佳的論證。換言之，Cranor認為對法律道德主義的捍衛至今尚未獲得最佳的論證，似乎暗示了自由主義如果只把Stephen與Devlin當對手的話，其實勝之不武。

因此，Cranor試圖為法律道德主義提出一種「最佳的理論」，他認為，只要借助「錯誤行為」（wrongful conduct）的概念，便足以為法律道德主義做出最佳捍衛。Cranor在這項「最佳理論」的建構中，嘗試呈現出法律道德主義與其自由主義批評者間的共同之處，並說明法律道德主義的真正失敗之處（Cranor，1979：148）。



（一）共同的推論形式

Cranor首先提出「二階道德原則」(second-order principle of a morality)，並認為這是所有法律道德主義論證的核心。

他指出，存在一種「一階道德原則」(first-order principle of morality)，即用以建立什麼樣的行為、選擇或動機是道德上禁止(forbidden)、允許(permissible)、賦予義務(obligatory)與要求(supererogatory)的，這種一階原則將會隨著不同的道德理論(如效益主義、神學道德主義等)而變化。而「二階道德原則」則用以確認，面對一階原則所確定出來的錯誤、許可性或義務性行為，個人應該如何行動。特定類型的道德規範將會指引人們，若是遭遇道德上錯誤的行為，在可能的條件下，個人應該試圖勸阻(discourage)或避免(prevent)這類行為(Cranor, 1979: 152-53)。

再者，Cranor嘗試辨識出在二階道德原則對行動者的行動指引。首先，任何道德規範都確認了特定類型的行為是對的或是錯的，錯誤行為不僅不應該去做，對於行動者而言則是壞的、不可欲的，無論在任何條件下，都不應該去做或是不小心去做。但就避免錯誤行為的實踐來說，關鍵則是在於那些試圖做這些事的人，對此伴隨而來的則是特定類型的道德規範，設定了避免錯誤行為的重擔應該在某個程度上落在社群中的其他人身上，因此，無論有任何理由，行動者都不該去做錯誤行為也不應該使其他行動者去做這項行為，更基於該行動對實踐該行動的行動者而言的不可欲，人們因此有了一些理由在可能的範圍內去嘗試阻止錯誤行為的實踐(Cranor, 1979: 153-54)：

作為一個行動者我們不應該實踐錯誤行為。作為潛在的鼓動者(INCITERS)與破壞者(CORRUPTERS)我們不應去使他人去實踐該行為。而作為旁觀者我們有一些理由去阻止或避免這一行為(CRANOR, 1979: 154)。



Cranor將這些行動的要求稱作「阻止原則」(principle of discouragement)，這項原則對於道德來說是重要的。主要的理由在於，首先，欠缺該原則的話將會導致更多錯誤行為的發生，畢竟該原則賦予社群施加服從壓力與旁觀者阻止或避免該行為的理由；再者，由於錯誤行為往往對他人造成傷害，阻止原則的欠缺將導致社群中發生更多傷害，而錯誤行為下的受害者也將受到更少的保護；最後，由於更多錯誤行為與伴隨而來的傷害帶來的結果，我們將發現生活在欠缺阻止原則下的社會，比起生活在有「二階道德原則」下的社會要來得更糟，但Cranor補充道，若是阻止錯誤行為的成本過高也會帶來同樣的結論(Cranor, 1979: 154)。此外，並非所有類型的道德都可以適用阻止原則，因為我們並非對於所有錯誤行為都有理由加以避免或阻止。包括了有些錯誤行動儘管不值得去做，但人類並無理由去阻止它(如訴諸神的懲罰或人的良心)，以及完全不存在理由去干涉的道德類型，如對譴責個人選擇或動機而非行動的道德規範。Cranor認為，唯有牽涉到行動的道德規範的阻止原則才可能被證立(Cranor, 1979: 154-55)。

Cranor認為對阻止原則的限定完全不影響它在法律道德主義論證中的運用，並認為無論是法律道德主義還是其批評者，最終雙方都會接受阻止原則的一個弱版本形式：錯誤行為給予了我們一個理由去嘗試阻止或干預它(Cranor, 1979: 155)。弱版本將不再要求行動者去阻止「所有」被禁止的行動，且由於在不同案例中干預的成本可能很高，不同類型的錯誤行為可能會受到容忍，這也意味著，就某些特定類型的行動，一些關於容忍的原則將會取代阻止原則。阻止原則的弱版本僅僅提供了行動者一個理由去阻止或避免不道德行為，至於這項理由有多強則決定了法律道德主義者如何證立其運用法律制度的目的，理由的強度可能依賴於該錯誤行為的嚴重性、避免該行為的困難度以及避免該行為的可能手段(Cranor, 1979: 155)。

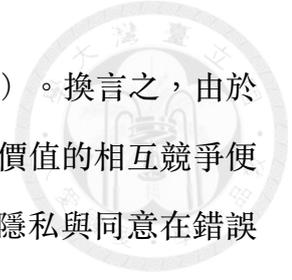
接著，Cranor認為存在一項「嚇阻假定」(deterrence hypothesis)，即藉由懲罰某人，將能嚇阻他人不去做同樣的事情。這項假定可以容納效益主義或法律道德主義的目標，因此，可以為法律道德主義者與其批評者所接受。不過，儘管運用法律貫徹道德可以阻止該行為，但這並非必要且不可避免的結論，有時運用法律反而有時會導致犯罪或不道德行為的增加(Cranor, 1979: 156)。

此外，Cranor還訴諸一項「關於道德誠命的理性定理」(a theorem of rationality with a moral imperative)，意指若一個人想要去做某事或去實現某個目標，N作為實現該事或目標的方法，若一個人知道的話，他便有理由選擇N去實現該事或目標。接受這項理性定理一方面有助目的實現的可能，也提示了人們該如何有效運用資源來選擇實現目標的方法；但另一方面，也宣稱了一項特定目的在道德上必須被選擇，特定的方法也必須被擇定。伴隨此一定理的則是一項關於弱意義版本的法律道德主義命題，即一項行為被訂為不合法僅僅是因為該行為是不道德的(Cranor, 1979: 156-57)。

總括來說，Cranor認為，由「二階道德原則」、「阻止原則」、「嚇阻假定」與「關於道德誠命的理性定理」等命題，構成一種有說服力的論證，用以支持弱意義法律道德主義，並由法律道德主義與其批評者所共享。

(二) 對待法律運用的態度

若說法律道德主義與其批評者共享了同樣的推論形式，那麼彼此在結論上的分歧原因是什麼？Cranor認為在道德條件與阻止錯誤行為的行動之間存在一種權衡(on balance ought)，正是這種權衡的差異帶來了截然不同的結論。例如前述對弱意義法律道德主義的支持論證，儘管為運用法律貫徹道德提供了一個理由，但同時也提供了另一個理由，即不要運用法律而使用其他道德上容許的行為來阻止錯誤行為，從而，將存在不只一種方式來阻止不道德行為，這導致了我們不可能事前考慮對不道德行為的阻止方式是否是可捍衛的，也使得法律道



德主義無法清楚的擔保其結論的有效性（Cranor，1979：158）。換言之，由於不同的道德條件同時介入了阻止該錯誤行為的考慮中，這時價值的相互競爭便可能帶來不同的理論結果，例如Hart的論證，便呈現為重視隱私與同意在錯誤行為中的份量，因此他傾向於反對以法律貫徹道德的觀點。

此外，Cranor指出，雙方對於運用法律強制執行道德的歧見不只在於權衡，還體現在雙方對待刑法的態度上，即雙方可能都會同意「二階道德原則」，但卻對於「關於道德誠命的理性定理」存在爭論（Cranor，1979：159）。

「關於道德誠命的理性定理」的論證蘊含了一項假設，即一項用以實現一些道德所建議的目的的方法，必須是道德上被允許的。但在某些極端情況下可能存在分歧，例如，若對於某些錯誤行為的制止手段是當場射殺時，這時這項阻止手段並非道德上容許的，這意味著只有最為嚴重的錯誤行為才能夠證立這種極端的干預手段，換言之，就是涉及到一項問題，即對於運用刑法阻止錯誤行為的初步（*prima facie*）容許性是存在爭議的（Cranor，1979：159）。

首先，要說運用刑法干預可能初步來說是容許的或不可容許的，牽涉到對刑法性質的爭論。若認為刑法是道德中立的，那麼無論如何其運用都將是可容許的，但這種論點可能被特例輕易擊倒；若認為刑法不是道德中立的，那麼將不可容許其運用，除非存在某些條件，例如刑法的最後手段性等，在自由主義者眼中，就是主張由於自由自身存在價值，若要對之進行剝奪的話，必須提供證成。再者，法律懲罰為社群復仇或禁止的態度提供了表達功能，但要喚起這項表達的面向同樣需要證成；此外，刑法要求提供證據來證明刑事罪過，但在欠缺被害人、目擊者與公眾環境的無被害人犯罪（*victimless crime*）中，證據提供將需要特別的證成；最後，運用刑法懲罰一項行為需要人力與制度的配合，但在資源分配有限的條件下，什麼樣的錯誤行為應該受到懲罰便需要提供證成。總的來說，自由主義者相信刑法的運用總是要求證成，這也是Bentham、Mill乃至Hart



共同抱持的觀點，他們都認為必須存在一項相對應的好處來證成刑法的運用（Cranor，1979：160-161）。

相對來說，法律道德主義則傾向於認為，儘管運用法律貫徹道德在某些案例中存在實踐上的困難，但理論上，運用刑法貫徹道德在目的上並不是錯誤的，因此，除了某些特定事例外，刑法的運用並不總是需要證成（Cranor，1979：162）。正是因為這一論點，如果要採取如Bentham、Mill或Hart的立場的話，就得接受一種程序的觀點，即一項行為若要運用刑法干預，必須該行為不道德到足夠嚴重才行，這將仰賴於一種個案式的考慮，來決定什麼錯誤行為該由刑法限制之，而這項程序建立在權衡傷害之上（Cranor，1979：162-63）：

對錯誤行為者施加傷害懲罰的初步證成，唯有因為他做了某件事情，該事情造成對可特定的個人造成傷害。

Cranor指出，姑且不論傷害的意義是什麼，這項論點存在兩項巧題，首先，運用法律干預不道德行為，該不道德行為的嚴重性又必須仰賴於對相關道德規範的規定，因此，不可能跳脫文化與道德規範來界定該行為；同時，任何道德理念都可能建立出一套粗略的道德嚴重性階層，從輕微到嚴重一一排列（Cranor，1979：163）。Cranor認為，儘管自由主義存在這些問題，但其對於法律貫徹道德的初步容許性爭議的觀點是正確的，而這正是法律道德主義所忽略的。Devlin與Stephen都強調刑法關於證據與表達的面向對社群的好處，卻較少探討運用刑法所帶來的傷害，這導致了雖然其理論對於道德的本質討論帶來諸多啟發，卻過度忽略了懲罰作為一種指引行動的手段有著誤判的特徵（the wrong-making characteristics of punishment）（Cranor，1979：163-64）。

因此，如果自由主義對於懲罰誤判的特徵的論證（即主張刑法的運用總是需要證成的原因）是正確的，那麼法律道德主義將連弱意義的立場都無法維持，因為法律道德主義勢必要面對以下的問題，其一，法律道德主義將很難說明他們

是否認為懲罰與自由主義者所認為的一樣壞；再者，由於他們可能主張無被害人的犯罪與其他嚴重錯誤行為一樣嚴重，因此可以作為理由來運用刑法，但這將為他們的一階道德原則帶來挑戰。換言之，法律道德主義若將傳統上無被害人的不道德行為，與構成刑法核心的嚴重不道德行為相類比，就必須回答該如何建立一個初步的運用法律的事例，亦即，將無被害人的不道德行為與不相似的有被害人的不道德行為加以同等看待，這將為法律道德主義帶來重要的難題。

總結來說，Cranor認為，法律道德主義必須能夠維持他們對於道德的宣稱以維持弱意義的法律道德主義，但他們的法律哲學中所呈現的懲罰理論卻是錯誤的，這使得如何維持其實質上的道德哲學主張顯得困難重重（Cranor，1979：164）。從另一個角度來看，Cranor的論證也指出了法律道德主義為什麼始終無法對「法律貫徹偏見」以及「如何證立維護既有實證道德的必要性」的批評給予令人滿意的回應，理由就在於法律道德主義對於法律運用目的的誤認，亦即，法律道德主義往往將「壓制不道德行為的理由」與「運用法律的理由」相混淆。

申言之，法律道德主義者忽視了法律運用的特徵與所需的正當理由，而一味關注於不道德行為的判斷上，帶來的結果便如Cranor的論證所示，法律道德主義者一方面將難以回答法律運用的嚴重性，比方說，如Stephen與Devlin理論中的一項問題，由於他們忽視了法律運用所需的額外證成，卻又不得不回答法律干預的嚴重性，這使得他們在證立法律運用時還必須加上一些「限制條件」，但這些限制條件經常與其理論相矛盾¹⁹或者是根本毫無意義²⁰；二方面，法律道德主義者之所以沒有辦法回答為什麼這種不道德行為可以與刑法中嚴重的錯誤行為相比，理由正是在於他們將自身接受的一階道德原則誤認為了法律運用的正當化理由，帶來的結果便是以法律貫徹偏見的問題。

¹⁹ 這類矛盾，Stephen的部分請見第二章第一節之三，Devlin的部分請見第二章第二節之三。

²⁰ 以Devlin為例，他為法律貫徹道德所設置的彈性原則，基本上只是一種例示，在必要時這些原則限制仍然必須讓道，請見第二章第二節之二。



三、結語

新法律道德主義者Kekes為法律道德主義理論所做的新嘗試，企圖藉助區分原初價值與次要價值，將應貫徹的道德限縮於良好社會的最低限度條件，並以此回應法律道德主義所面臨的批評，但這項嘗試是失敗的，初級價值與次級價值的區分並無助於法律道德主義擺脫鼓吹以法律貫徹偏見的指責與阻礙道德變遷的質疑。

再者，哲學家Cranor為法律道德主義提出的「最佳版本」則同樣指出了法律道德主義貫徹偏見的問題，理由在於法律道德主義輕視了法律強制力運用的證成問題，以為不道德行為可以僅僅以對抗不道德為目的來加以限制，但背後的理據終究是不充足的。

最後，法律道德主義的發展之所以始終面臨著相同的問題，即如何對法律所貫徹的是道德而非偏見提供有說服力的說明，以及如何證立維護既有實證道德的必要性，而箇中的原因可能正是出在法律道德主義混淆了「壓制不道德行為的理由」與「運用法律的理由」。

第二節 Ronald Dworkin的平等自由主義

回顧Stephen與Devlin的法律道德主義，與Mill跟Hart的以傷害原則為核心的自由主義的辯論，我們可以發現，「以法律貫徹道德」的容許性其實存在著更進一步的區分，即「以法律貫徹『道德』（morality）」與「以法律貫徹『倫理』（ethics）」，道德意指社會通行的公共道德標準，而倫理所指的則是個人作為道德主體的自主性。對法律道德主義而言，法律可以用以貫徹道德與倫理，但



對於自由主義者來說，儘管一定程度內的道德是可以透過法律貫徹的，但是由於倫理牽涉到個人自主，因此除非有特殊條件所提供的額外證成（如：傷害），否則便有著絕對保護的必要。

以這個角度重新看待第二章與第三章，即關於Stephen與Devlin的法律道德主義，與Mill跟Hart的以傷害原則為核心的自由主義的辯論，其實雙方最為核心的爭執之一，就在於能否以法律貫徹倫理的問題，Stephen與Devlin主張法律促成人們過上道德的生活，這種道德生活包括了對個人所抱持的道德信念的好壞判斷，例如，Devlin反對沃芬登報告的論點，主張即使是私下的同性戀性行為依然可以是法律禁止的適當對象。相對的，Mill與Hart反對這種試圖以法律干預個人道德或倫理的立場，因此，在他們對法律道德主義的批評中，他們強調了法律道德主義試圖將多數人的「偏見」強加到每個人身上，試圖壓制每個人個性的多元與自主，只不過，由於傷害概念的相對性，導致了Mill與Hart所堅持的傷害原則並無法為法律不應用以貫徹倫理，提供可靠的而可供依循的原則。

對此，Dworkin曾嘗試為Mill傷害原則予以辯護，但辯護的方式並不在於提出另一種傷害的概念，而是從對個人道德或倫理的保障出發，發展出一套完備的自由主義觀點，但應予留意的是，Dworkin理論的原始目的並不在批評法律道德主義，然而，本文認為，Dworkin的理論對於捍衛自由主義保障個人倫理的立場提供了一種有說服力的論點，並且有助於解消法律道德主義的主張。

在〈自由與自由主義〉（*Liberty and Liberalism*）中，Dworkin認為，傷害原則要保護的是一種「作為獨立的自由」（liberty as independence），即個人作為獨立者與平等者而非卑從者的身份（Dworkin，1978：262）：

個體獨立性不只受到否認平等發言權的政治程序威脅，還有拒絕平等尊重的政治決定。承認並保護共同利益的法律.....並未污辱任何階級或個體；但以「個人無法為自己決定是非」為唯一立論基礎而對個人加諸限制的法律，對他會是嚴重的羞辱。這使他在智識上與道德上屈從與構成多數

群體的傳統主義者，並拒絕賦予他應得的獨立性（DWORKIN，1978：263，翻譯參考自DWORKIN，孫健智譯，2013：378）。



根據作為獨立的自由的概念，被Mill視為絕對保護的涉己行為可以被解讀為一種透過行為者的人格而運作的行動。因此，涉己與涉他行為的區分，在Dworkin的詮釋裡，指的是如何界定政治獨立，即標示出體現與拒斥平等尊重的兩種規範間的界線（Dworkin，1978：263）。然而，作為獨立的自由的概念僅僅是一種對傷害原則保護對象的初步說明，Dworkin必須進一步說明的是，這種作為獨立的自由的概念的真正意涵是什麼？又，我們應該如何以作為獨立的自由來界定出的涉己行為或說政治獨立？

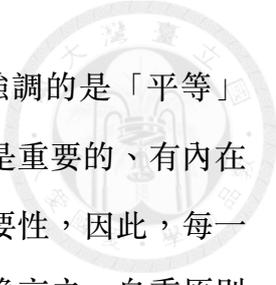
在《刺蝟正義》（*Justice for Hedgehogs*）中，Dworkin對上述的問題給出了更進一步的回答，即所謂作為獨立的自由應該與人性尊嚴的原則相關聯才能獲得適當的理解。

一、人性尊嚴、自重與本真

作為獨立的自由所指的其實就是對於人性尊嚴的尊重，人性尊嚴（human dignity）作為Dworkin平等自由主義理論的基石，是由兩項基本的道德原則所組成（Dworkin，2011：203-204）²¹：

1. 自重原則（THE PRINCIPLE OF SELF-RESPECT）：每個人的生命都有平等、客觀的重要性（THE EQUAL OBJECTIVE IMPORTANCE）。
2. 本真原則（THE PRINCIPLE OF AUTHENTICITY）：每個人都有特殊、個人的責任去辨識自我生命中的成功意謂什麼，並有責任以融貫的態度來創造美好成功的人生。

²¹ Dworkin在〈人權與民主生活〉（*Is Democracy Possible Here?*）中已提出此一「人性尊嚴」原則的概略樣貌，在該書中，他將這兩項原則分別稱為內存價值原則（the principle of intrinsic value）與個人責任原則（the principle of personal responsibility）（Dworkin，2007：11）



詳言之，自重原則指出每個人的人生都具有內在價值，所強調的是「平等」(equality)。Dworkin認為，每一個人的人生對自己而言都是重要的、有內在價值的，而每一個成功美好的人生都有著同樣的、客觀的重要性，因此，每一個人的人生對他自身的重要性都有著同等、客觀的重要性。換言之，自重原則認為，由於每個人的人生對其自身的重要性都是相同的，因此，我們沒有理由認為，我們自己或特定群體的人生比他人更有價值 (Dworkin, 2011: 205)。

本真原則著重於「自由」(liberty)，即堅持個人對自己的人生有著個人的責任 (a personal responsibility, 意指一種不容委託或忽視的責任)，也要求我們認可他人對其人生的責任 (Dworkin, 2011: 287)。我們有責任去實現自己成功美好的人生，這要求我們對於所要追求的目標與關係做出決定，因此，如果個人要為自己做決定，這項決定必須不是由他人所強加的，即使他人是為了該個人的利益或促進他們所認為的良善都是道德上不被允許的，「當一個人被迫接受他人取代他對其人生價值或目標的判斷時，本真將會受到損害」，這項主張，Dworkin稱之為「倫理獨立性」(ethical independence) (Dworkin, 2011: 212)。

Dworkin主張，由這兩項所構成的人性尊嚴的原則，不僅作為一種個人倫理 (personal ethics)，對個人如何實現美好成功的人生提供指引 (Dworkin, 2011: 203-204)，也說明了個人面對政治社群時的個人權利所在，並為我們對他人的道德責任提出說明 (Dworkin, 2011: 210-211)。

二、倫理獨立性與傷害的概念

每個人在追求自己成功美好人生的過程中，都可能牽涉到對他人的行為，但並非所有涉及他人的行為都是可以被允許的。對此，Dworkin區分出三種「傷害」(harm) 類型：



1. 競爭性的傷害 (COMPETITIVE HARM)：個人在努力實現個人成功美好人生的過程中對他人造成的傷害，(DWORKIN, 2011：287-288)
2. 有意的傷害 (DELIBERATE HARM)：有意的對於他人所為之非自願的肢體傷害或財產損害 (DWORKIN, 2011：287-289)
3. 過失的傷害 (UNINTENDED HARM)：一項傷害源自於行為的副作用或非計畫性的結果 (DWORKIN, 2011：290-291)。

關於競爭性傷害，由於我們需要有權在競爭中實現我們的人生，因此，此類傷害不僅無法避免也是可容許的，比方說，一個人在求職競爭中獲得工作，將相對的使得他人無法獲得工作，便是一種無可避免且可被容許的競爭性傷害 (Dworkin, 2011：287-288)。

有意傷害由於損害了我們對自我目標與決定的判斷，因此，Dworkin認為，為了賦予人們對其人生的個人責任，我們應該認可一種道德上免於他人有意傷害的領域。即使在某些非常特定的情況下，可以證立家長主義對個人身體的掌控，Dworkin依然堅持對個人身體的掌握與個人責任的重要關連，他指出「任何總括性的移轉對個人身體整體性的控制，特別是移轉給那些對我的利益並不在意之人，將置我的尊嚴於不利」。不過，可證立的懲罰 (justified punishment) 則被Dworkin認可為正當的有意傷害 (Dworkin, 2011：287-299)。

過失的傷害對Dworkin而言，某程度上是道德上容許的，容許的界線則在於我們如何最大化我們對自我人生的掌控，比方說，一個人若要對他人的過失傷害負責，理由在於這項傷害是可以透過採取預防措施而避免的 (Dworkin, 2011：290-291)。

根據這些區分可知，Dworkin對一項對他人的行為或者說傷害是否在道德上可受容許，除了考慮到每個人的成功美好人生都有相同價值外，其關鍵的標準其實



在於該項傷害與本真原則中個人倫理獨立性之間的關係，個人有責任為實現其成功美好人生而做出自己的判斷，這項判斷是不容許他人干預的。

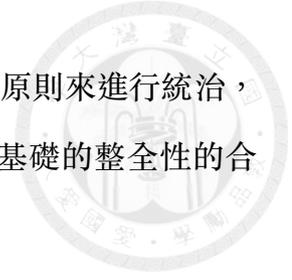
此外，從Dworkin對傷害概念的分析，我們也可以看到，Dworkin對於他人干預所做出的一項原則性的區分，那就是以維護個人倫理獨立性為界線。換言之，與Mill、Hart試圖以傷害做為一項中立概念來區分他人干預界線的論點不同，Dworkin是以個人倫理獨立性來說明傷害的容許性，即以保護個人實現自我成功美好人生的責任做為區分干預正當性的理由，而這項理由根據前述對人性尊嚴原則的說明，是客觀中立的。

三、政府行為的合法性

Dworkin對傷害類型的分析指出，對他人的行為應以人性尊嚴的兩項原則為限度，即對他人倫理獨立性的物理上干預，基本上是道德上所不容許的。同樣的，政府行為也必須基於對人性尊嚴的尊重來獲得統治的合法性。

以人性尊嚴的兩項原則為基礎，Dworkin主張，政府應該平等關懷與尊重社群中的每一個人，並依據一套融貫的政治道德原則來進行統治，這意指了一項法律必須認可每一個人的成功美好人生價值具有同等重要性，並尊重人們對於實現其成功美好人生的責任，因此，法律若建立在個人或特定團體的偏見上將會是欠缺正當性的。

在〈認真對待權利〉（*Taking Rights Seriously*）一文中，Dworkin力陳政府應該平等關懷與尊重社群中的每一個人，並且主張權利作為王牌，足以壓倒政治社群中的政治論據（Dworkin, 1978: 190-192）。延續平等關懷與尊重作為合法統治根據的論點，Dworkin在後續的著作《法律帝國》（*Law's Empire*）、《法袍正義》（*Justice in Robes*）等書中發展出一種以平等為核心的整全性法理論



(law as integrity) ，主張國家必須依照一套融貫的政治道德原則來進行統治，並指出他所持的這種法理論的根據，在於一種以人性尊嚴為基礎的整全性的合法性價值。

對於合法性價值，Dworkin首先指出「政治價值是作為整體而非相互分離的價值」，而合法性價值則協助我們「在一個更大的、相互支撐的信念之網中發現每個價值的位置」。合法性價值作為一項詮釋性概念，Dworkin認為最佳的詮釋是「整全性」(integrity) 價值，其核心則是「平等」(equality) (Dworkin, 2006 : 171-178) ：

政治的整體性，意味著法律前的平等，不僅是指按照法律明文來執行的這一意義，在一個更重要的意義上，即政府必須根據一套原則上適用於所有人的原則進行統治 (DWORKIN, 2006 : 171) 。

以合法性價值為核心的法理論，要求國家平等的關懷與尊重每一個人對其成功美好人生的追求。

回過頭來看，法律道德主義其實是一種忽視了個人倫理獨立性的主張，法律道德主義者試圖透過法律強制力的手段，將自己或群體對於美好人生的理想強加於個人，取代個人對自我人生目的的判斷。但根據Dworkin對人性尊嚴的分析，個人的美好人生仰仗個人對自我目標與決定的判斷，換言之，倫理或個人道德對於個人美好人生具有無可取代的重要性。因此，法律道德主義不分道德與倫理而一概容許法律貫徹的主張，實則危害了個人的尊嚴與倫理獨立，因此是難以獲得證成的。

四、結語

Dworkin以一種複雜而完備的自由主義理論來回答以法律貫徹道德的正當性問題

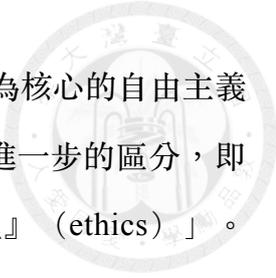
，他宣稱政府行為的合法性基礎在於人性尊嚴，政府必須同等的關懷並且尊重每一個人的成功美好人生的目標，並藉此一方面回應了Mill與Hart理論的缺失，即將對個人干預的正當性建立在對個人倫理獨立性的尊重上；另一方面，也批評了法律道德主義以自己對於美好人生的理想取代了個人的判斷在道德上的不可容許，進而為自由主義陣營在以法律貫徹道德的議題上，提供了理論一致且完備的回答。

小結—重省「以法律貫徹道德」的爭論

從Stephen、Devlin與Mill、Hart關於以法律貫徹道德的傳統爭論，到Kekes、Dworkin等人對於法律道德主義與自由主義理論的發展，幫助我們檢視並反省了以法律貫徹道德爭論的雙方立場。

Stephen、Devlin到Kekes，法律道德主義理論始終陷於相同的困境，儘管每一種理論對於保護道德的必要性的論點各不相同，但共同面臨的困難在於如何正確的界定出一種值得保護的道德，而非只是個人或群體的偏見，而社會的進步與道德的變遷，則質疑了法律道德主義對保護既有道德的主張。Cranor對法律道德主義的最佳版本的批評，指出了法律道德主義的核心問題在於，法律道德主義過度重視壓制不道德行為的理由，而輕忽了法律運用上的證成，導致的結果是法律道德主義理論傾向於貫徹特定的道德觀點。

相對來說，自由主義在以法律貫徹道德的問題上，比起法律道德主義更清楚地意識到法律運用所需要的證成，並致力於澄清這項證成的內涵。Mill與Hart以傷害原則為核心的自由主義，試圖以傷害概念來為法律運用的正當性提供說明，但由於受限於傷害概念的相對性與隨之而來的涉己行為不確定性的困難，導致了傷害原則無法妥善的界定出法律應該或不應該干預的個人行為範圍。



Stephen與Devlin的法律道德主義，與Mill跟Hart的以傷害原則為核心的自由主義的辯論，凸顯出了「以法律貫徹道德」的辯論其實存在著更進一步的區分，即「以法律貫徹『道德』（morality）」與「以法律貫徹『倫理』（ethics）」。

對法律道德主義而言，法律可以用以貫徹道德與倫理，但對於自由主義者來說，儘管一定程度內的道德是可以透過法律貫徹的，但是由於倫理牽涉到個人自主，因此除非有特殊條件所提供的額外證成（如：傷害），否則便有著絕對保護的必要。

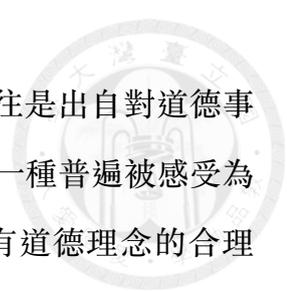
在道德與倫理的區分下，Dworkin並未延續傷害原則在傷害概念上遭遇的難題，他將問題回歸到對倫理或個人自由的獨立性保障上，彌補了Mill與Hart在傷害概念爭議中的掙扎，並以人性尊嚴為基礎劃分了干預的容許性與以法律貫徹道德的正當性。接著在以此為基礎，主張政府的合法統治源於依照一套以平等為核心的政治道德原則，唯有政府平等關懷與尊重社群中的每一個人，法律的運用才是有正當性的。總的來說，Dworkin的平等自由主義為自由主義陣營提供了複雜而深入的理論思考，為自由主義陣營在以法律貫徹道德的問題上，提供了較為令人滿意的回答。

第五章 結論



本文意在藉由分析與批評法律道德主義與自由主義的主張，來探究以法律貫徹道德的問題，即法律在什麼程度上應該或不應該貫徹道德的一項關於法律限度的規範性問題。以法律貫徹道德的問題要求我們在兩個方面提出回答：什麼是以法律貫徹道德中所稱的「道德」，以及一項如何為對社會運用法律貫徹道德提供正當理由。換言之，任何關於以法律貫徹道德的理論，都必須提供一項關於區分罪（sin）與刑（crime）的證立，而以不同方式作成的證立將帶領我們走向不同的理論立場。有些證立使得比較多的罪惡落入了法律強制的範圍，從而走向了一種更為嚴格的規範模式；有些則使較少的罪惡落入了法律強制的範圍，因而帶來了一種更為自由的規範模式。本文所探討的對象，即法律道德主義與自由主義，便分別以不同的證立方式來說明彼此對以法律貫徹道德的正當性的正反論點。

在第二章中，本文分析了傳統法律道德主義的兩位代表性的理論家James Fitzjames Stephen與Lord Patrick Devlin及其理論。Stephen與Devlin的理論分別被歸類於法律道德主義的極端論與溫和論。持極端論的Stephen主張由於道德本身有助於個人為其人生做出更好選擇，因此，以法律加以貫徹也是好的，但Stephen的理論缺陷在於預設了由國家或社會來決定個人美好人生理想，導致了以法律貫徹偏見的危險，同時他也無法說明為什麼過去的道德比起現在的道德更值得保護；持溫和論的Devlin則主張社會基於自我保存的權利，有權對偏離社會共享道德的行為施以強制，並將不道德行為的判斷與發動法律干預的門檻訴諸於社會上人們的道德直覺。相較於Stephen的極端論，Devlin的溫和論不堅持人必須如何生活，而是認為社會必須仰賴一些核心的道德理念才能團結，並以社會的團結是否受到危害為界線試圖畫出社會寬容不道德行為的可能性，只不過，由H.L.A. Hart為代表的自由主義者們對Devlin的理論提出質疑，他們指出



了Devlin的理論訴諸人們的道德直覺，但由於人們的判斷往往是出自對道德事務的無知與誤解，導致了受法律懲罰的不道德行為經常只是一種普遍被感受為無法容忍的行為，此外，Devlin的理論預設了社會堅持既有道德理念的合理性，但卻這項假設無法提供正當理由，結果往往是阻礙了社會在道德層面上的進步。藉由反省Stephen與Devlin的理論，本文指出了法律道德主義理論所共同面對的兩項疑難，即如何對「法律所貫徹的是道德而非偏見」提供有說服力的說明，以及如何證立維護既有實證道德的必要性，這兩項問題成了後續的法律道德主義者所必須正視的問題。

接著本文轉向於反省以John Stuart Mill與H.L.A. Hart為代表的，以傷害原則為核心的自由主義理論（第三章）。以維護個性多元為目標，Mill提出傷害原則，試圖藉助「傷害」此一道德中立的概念來限制國家行為。然而，「傷害」的概念是什麼卻充滿爭議，論者們指出了傷害原則的關鍵困難，就在於無法找到一種在不同道德觀點間保持中立的傷害概念，傷害概念的不確定性更影響了Mill理論中，劃分涉己行為與涉他行為的可能性。H.L.A. Hart試圖為Mill的理論辯護，但他認為Mill理論帶有「個人最瞭解其利益所在」的錯誤預設，導致了與現代社會實況的脫節，因此，除了原始的傷害原則外，Hart接受了對公共秩序的傷害可以構成法律正當干預的理由，以及有限的家長主義與冒犯原則。不過，Hart為Mill的辯護終究是不令人滿意的，他為了盡可能地呼應社會現實與回應法律道德主義而對Mill理論做的擴張，反而背離了Mill原先想要將道德判斷驅離出法律干預的目標，此外，Hart宣稱家長主義與冒犯原則在適用上必須以可確定的傷害為前提，但他依然無法提供對傷害概念的適當定義。本文援引Gerald Dworkin的論點，指出Mill與Hart以傷害原則為核心的自由主義，之所以無法為以法律貫徹道德設下任何原則性的區分，關鍵的理由在於，以充滿不確定性的傷害概念所設定的一般性原則，沒有辦法在不道德行為與傷害性行為間給予妥善的區分。總的來說，第三章由Hart與Mill以傷害原則為核心的自由主義反省，若要成功的主張一種道德中立的、對法律應該或不應該干預個人行為的原則性

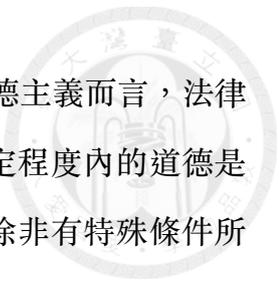


區分，最關鍵的一個問題依然在於採取什麼樣的論證來確定一種道德中立的區分標準。

在第二章與第三章中，本文分別反省了傳統法律道德主義與以傷害原則為核心的自由主義，彼此所面對的難題，以及對於以法律貫徹道德的正當性與否，彼此都沒有提出足夠令人滿意的答案。在第四章，本文試圖反省並回應雙方的問題，重省法律道德主義與自由主義的爭論。在第四章的一開始，本文試圖探索傳統法律道德主義的問題與可能的回應，新法律道德主義者John Kekes藉由原初價值與次要價值的區分為法律道德主義帶來改進，並對「法律所貫徹的是道德而非偏見」以及避免阻礙社會道德進步予以回應，然而，論者們指出了，Kekes的理論其實仍充滿問題，原初價值與次要價值的區分可能合理化了社會上的歧視現象，也無法作為以法律限制特定行為與否的標準。Carl F. Cranor則藉由打造「最佳」版本的法律道德主義論證，來探究法律道德主義的問題，他指出法律道德主義與自由主義在論證上有許多相同之處，關鍵的差異則在於彼此對法律運用的證成理由上有著截然不同的處理方式，自由主義堅持法律運用總是需要特別的證成，但法律道德主義則忽略了這一點而過度強調了壓制不道德行為的好處，換言之，法律道德主義的發展之所以經常面臨著相同的問題，即如何對法律所貫徹的是道德而非偏見提供有說服力的說明，以及如何證立維護既有實證道德的必要性，而箇中的原因可能正是出在法律道德主義混淆了「壓制不道德行為的理由」與「運用法律的理由」。

除了反省並探索為什麼法律道德主義始終面對相同的困難外，第四章檢視了Ronald Dworkin的平等自由主義理論，並認為Dworkin的以一種理論一貫且複雜的理論，為自由主義在以法律貫徹道德問題上給出一個較為令人滿意的回答。

我們首先回顧了Stephen與Devlin的法律道德主義，與Mill跟Hart的以傷害原則為核心的自由主義的辯論，從中辨識出「以法律貫徹『道德』（morality）」與



「以法律貫徹『倫理』（ethics）」的區分，並指出對法律道德主義而言，法律可以用以貫徹道德與倫理，但對於自由主義者來說，儘管一定程度內的道德是可以透過法律貫徹的，但是由於倫理牽涉到個人自主，因此除非有特殊條件所提供的額外證成，否則便有著絕對保護的必要。

Dworkin的理論便以對倫理的尊重為核心，跳脫出Mill與Hart在傷害概念爭議中的掙扎，而為自由主義在「以法律貫徹道德」的問題上提供另一種有說服力的說明。Dworkin以尊重人性尊嚴為基礎，提出每個人都具有客觀重要性的自重原則，與每個人有責任實現自我成功美好人生理想的本真原則，這兩項原則組成的人性尊嚴原則不僅是作為一種個人倫理來指引人們實現成功美好人生，也構成了個人面對政治社群時的個人權利基礎。再者，Dworkin指出，對他人的干預必須強調對人性尊嚴的尊重，特別是以個人倫理獨立性的尊重為界線，他區別並分析了競爭性、有意與過失三種傷害類型，Dworkin認為競爭性傷害是個人追求成功美好人生過程中無法避免也是可容許的傷害；有意的傷害則以物理傷害為方式，損害了我們對自我目標與決定的判斷，因此是道德上不容許的；而過失的傷害則以最大化我們對個人責任掌控的限度內，有條件的容許。

換言之，與Mill、Hart試圖以傷害做為中立概念來區分他人干預界線的論點不同，Dworkin是以個人倫理獨立性來說明傷害的容許性，即以保護個人實現自我成功美好人生的責任做為區分干預正當性的理由，而這項理由是客觀中立的。在人性尊嚴與傷害概念分析為基礎，Dworkin主張政府行為也必須基於對人性尊嚴的尊重來獲得統治的合法性，Dworkin主張一種整全性的合法性價值為核心的法理論，要求國家平等的關懷與尊重每一個人對其成功美好人生的追求，依此，法律道德主義在Dworkin的理論下其實是一種忽視了個人人性尊嚴（尤其是個人倫理獨立性）的主張，即以自己對於美好人生的理想取代了個人的判斷，從而，法律道德主義的法律是不具正當性的。Dworkin的理論彌補了Mill與Hart理論面對的難題，並對以法律貫徹道德的問題給出了一種理論一致且完備的回答。



總結而言，本文檢視了以Stephen與Devlin為代表的傳統法律道德主義理論，以及Mill與Hart為代表的以傷害原則為核心的自由主義理論，並指出雙方都存在著難以解決的問題。進而探討以Kekes的新法律道德主義能否化解過往法律道德主義的難題，以及Ronald Dworkin為代表的平等自由主義理論如何回應Mill與Hart的理論所面臨的質疑。最後，本文認為，Dworkin的平等自由主義為自由主義的論點提供了複雜而深入的理論思考，並以人性尊嚴為基礎劃分了干預的容許性與以法律貫徹道德的正當性，彌補了Mill與Hart在傷害概念爭議中的疑難，為自由主義陣營在以法律貫徹道德的問題上，提供了較為有說服力的回答。

參考文獻



石元康（2000），《當代西方自由主義理論》，上海：上海三聯書局。

許國賢（2004），〈德性、干預與個人自由〉，《政治科學論叢》，第二十二期，民國93年6月，頁1-28。

徐振雄（2004），〈菲尼斯對於「同性婚姻」之道德論辯及其權利語言之探討〉，《政大法學評論》，77期，頁1-54。

徐振雄（2002），〈德沃金論「道德侵犯非罪化」與「自由主義的政治社群」一個古老的命題：社會可透過刑罰執行道德嗎？〉，《月旦法學雜誌》，91期，頁107-121。

徐振雄，〈「傾斜的」平行詮釋？德沃金的墮胎法理學〉，《止善》，第十六期，頁103-130。

顏厥安（2004），《鼠肝與蟲臂的管制- 法理學與生命倫理論文集》，台北：元照。

顏厥安（1998），《法與實踐理性》，台北：允晨。

Berlin, Isaiah，陳曉琳譯（1986），自由四論，台北：聯經。

Dworkin, Ronald，孫健智譯（2013），認真看待權利，台北：五南。

Dworkin, Ronald，司馬學文譯（2007），人權與民主生活，台北：韋伯文化。



Mill, John Stuart, 孟凡禮譯 (2013), 論自由, 台北: 五南。

Stephen, James Fitzjames, Stuart D. Warner編, 馮克利、楊曰鵬譯 (2007) 自由、平等、博愛, 桂林: 廣西師範大學出版社。

Arneson, Richard J. (2013) The Enforcement of Morals Revisited. in *Criminal Law and Philosophy* pp.435-454.

Bix, Brian (2004) *Jurisprudence: Theory and Context*. 3rd Ed. North Carolina : Carolina Academic Press.

Cane, Peter (2006) Taking Law Seriously : Starting points of the Hart/Devlin Debate. in *The Journal of Ethics* 10, pp.21-51.

Cranor, Carl F. (1979) Legal Moralism Reconsidered. in *Ethics*. vol.89 No.2 pp. 147-164.

Devlin, Patrick (1965a) *The Enforcement of Morals*. Oxford : Oxford University Press.

Devlin, Patrick (1965b) Law and Morality. in *Manitoba Law School Journal*. vol.1 no.3 pp.243-254.

Dworkin, Gerald (1999) Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. in *William & Mary Law Review*, vol.40 issue 3. pp.927-946.

Dworkin, Ronald (2011) *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.



Dworkin, Ronald (2006) *Justice in Robes*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald. (1978) *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Feinberg, Joel (1986) *Harm to Others*. Oxford : Oxford University Press.

George, Robert P. (1993) *Making Men Moral*. Oxford : Oxford University Press.

Gray, John. (1996) *Mill on Liberty : A Defence*. 2nd Ed. London : Routledge.

Gray, John and Smith, G.W. (1991) Introduction. in John Gray and G.W. Smith Eds. *J.S. Mill On Liberty in Focus*, pp.1-20.

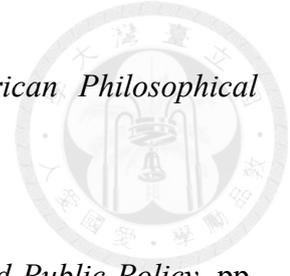
Harcourt, Bernard E. (1999) The Collapse of the Harm Principle. in *The Journal of Criminal Law and Criminology*. vol.90. No.1 pp.109-194.

Hart, H.L.A. (2013) *The Concept of Law*. 3rd Ed. Oxford : Clarendon Press.

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

Hart, H.L.A. (1971) Immorality and Treason. reprint in *Morality and the Law*, Richard A. Wasserstrom ed. California : Wadsworth Pub. Co

Hart, H.L.A. (1963) *Law, Liberty and Morality*. Oxford : Oxford University Press.



Kekes, John (2000) The Enforcement of Morality. in *American Philosophical Quarterly*. vol.37. no.1 pp.23-35.

Nagel, Ernest (1975) The Enforcement of Morals, in *Ethics and Public Policy*. pp. 265-271.

MacCormick, Neil (2008) *H.L.A. Hart*, 2nd Ed. California : Stanford University Press.

McElrea, F. W. M. (1967) The Legal Enforcement of Non-Utilitarian Morality, in *Otago Law Review*, 4 ,pp.198-214.

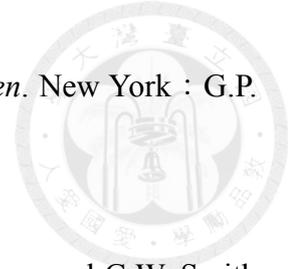
Mill, John Stuart. John M. Robson and Jack Stillinger Eds. (1981) *Autobiography and Literary Essays*. Collected Works of John Stuart Mill, Vol.I. Toronto : Toronto University Press.

Mill, John Stuart. John M. Robson Eds. (1977) *Essays on Politics and Society*. Collected Works of John Stuart Mill, Vol.XVIII. Toronto : Toronto University Press.

Moffat, Robert C.L. (2005) "Not The Law's Business" The Politics of Tolerance and The Enforcement of Morality, in *Florida Law Review*, vol.57. pp.1097-1133.

Petersen, Thomas Søbirk (2010) New Legal Moralism: Some Strengths and Challenges. in *Criminal Law and Philosophy* pp.215-232.

Stephen, James Fitzjames Richard Posner Ed. (1991) *Liberty, Equality, Fraternity and Three Brief Essays*. Chicago : The University of Chicago Press.



Stephen, Leslie (1895) *The Life of Sir James Fitzjames Stephen*. New York : G.P. Putnam's Sons.

Rees, John (1991) , A Re-thinking of Mill on Liberty, in John Gray and G.W. Smith Eds. *J.S. Mill On Liberty in Focus*, pp.169-189.

Riley, Johnathan. (1998) *Mill on Liberty (Routledge Philosophy Guidebooks)*. London : Routledge.

Ross, Jacob J. (1968) Morality and the Law, in *TRADITION: A Journal of Orthodox Thought*. Vol. 10, No. 2, pp. 5-16.

Rostow, Eugene V. (1960) The Enforcement of Morals. in *The Cambridge Law Journal*. vol.18 no.2 pp.174-198.

The Committee on Homosexual Offenses and Prostitution (1963) , *The Wolfenden Report*, New York : Stein and Day Publishers.

Wollheim, Richard (1959) Crime, Sin and Mr. Justice Devlin, in *Encounter*. Nov. pp.34-40.