

認真對待法律及其宣稱—反對「法律即道德」的一個嘗試

張皓程*

一、導論

當前英美法理學當中反實證主義陣營中的最主流版本是所謂的「一階段論」。相對於傳統的「兩階段論」認為法律義務與道德義務¹不同、具有不同的規範性，一階段論則主張法律義務「就是」某種道德義務。具體來說，兩階段論認為，某個人的法律義務至少取決於社會事實（是否取決於規範事實則有所爭議），但該法律義務並不總是道德義務；若該義務要成為道德義務，必須滿足其他的規範性條件。換言之，社會事實（或加上規範事實）「先」決定了法律義務為何，道德義務則「更」進一步取決於此一法律義務以及其他的社會事實或規範事實—最終的道德義務可能與法律義務具有相同的內容，但也有可能不同。然而，一階段論卻主張，社會事實與規範事實直接決定了最終的道德義務，而不需訴諸一個有別於道德義務的法律義務作為中間階段—「法律」義務只是一種特別的道德義務而已。

本文的目標在於論證，前述的一階段論並不融貫。本文將指出，一階段論將法律義務看作是道德義務之一部份的主張在「如何區分法律義務與其他道德義務」的問題上會面臨相當大的困難；但能夠準確進行劃分的理論方案卻必須訴諸「提出規範」的法律實踐及其所宣稱的規範性內容，從而與一階段論否認有作為中間階段的法律義務之理論主張並不一致。

本文的章節安排如下。第二節將簡要介紹相關的概念並刻畫兩階段論對於法律義務的理解，第三節則將提出一階段論的主張並指出該理論在劃分法律義務與其他一般的道德義務這方面將面臨難題。在第四節中，本文將論證，一階段論面臨此困難的根本原因在於，它忽略了法律改變人們的道德義務之獨特方式不只是改變相關事實或背景條件而已，而是透過提出規範、直接要求人們採取或不採取某一行為來運作的，並提出一個更為恰當的、新版本的一階段論。然而，本文第五節將指出，新版本的一階段論無可避免地必須得要重視法律所提出的、對於人們具有什麼道德義務的宣稱，從而重新回到其一開始所拒絕的兩階段論。

二、法律事實與兩階段論

（一）

首先需要說明的是，何謂「法律命題」與「法律事實」。依照德沃金(Ronald Dworkin)的術語，法律命題指的是陳述「法律要求、禁止、允許什麼」的命題²；

* 台灣大學法律研究所，基礎法學組一年級。

¹ 在本文中，「道德」的意涵將以較廣義的方式來理解，而非指涉某個實踐領域中的特定領域。

² Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Hart Publishing, 1998). 4; Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Harvard University Press, 2006). 2.

而法律事實就是「為真的法律命題所陳述的事實」。³舉例來說，「台灣的法律禁止殺人」是一個為真的法律命題，從而我們也可以說，有一個內容為「台灣的法律禁止殺人」這樣的法律事實存在。

大部分的人都認為，至少有某些法律命題為真，從而有所謂的「法律事實」存在。與此同時，我們卻也同意，法律事實不是最基本的事實—它們之所以成立取決於其他更基本的事實。⁴那麼，法律事實取決於哪些更基本的事實呢？大部分的人都同意，社會事實是其中一個決定的因素；然而，法律事實是否「僅」取決於社會事實，或者是部分的取決於道德事實，則是有爭議的主張。在這個問題框架下，法實證主義是主張「法律事實僅取決於社會事實」的立場，而反法實證主義則認為「法律事實不僅取決於社會事實，也取決於道德事實」。⁵

(二)

然而，如果法律事實是一種規範性的事實(normative fact)—特別是關於義務的事實⁶，也就是「法律義務」—法實證主義似乎就會遇上麻煩：關於義務的規範性事實如何能夠僅取決於社會事實呢？法實證主義對此的其中一種回應則是主張，法律義務本質上是一種「特定觀點下的道德義務」：當我們說某人負有法律義務去做 ϕ 時，我們實際上意味的是「從法律的觀點來看」，某人負有道德義務去做 ϕ 。⁷換言之，法律義務就是法律（或法體系）從它的觀點「宣稱」(claim) 某人所具有的道德義務—而這本質上仍是一種描述性的陳述。Scott Shapiro 將這種對於「法律的」(legal)的理解稱為「觀點式」(perspective)的解讀。⁸

在法實證主義的此種觀點式解讀之下，法律義務其實不具有真正的、蘊含理由的規範性；我們最多只能說它具有「表象的」(apparent)或「擬似的」(quasi)規範性。⁹因此，某個人具有法律義務去做 ϕ 這個事實「本身」並不會決定這個人具有什麼樣的「道德義務」—也就是真正有理由、應該去做 ϕ 的義務。這個人所具備的道德義務之內容與其所具備的法律義務之內容可能一樣，但也有可能不一樣：這取決於相關的事實與規範性條件。即使道德義務與法律義務的內容一樣，這也是因為這個法體系或這個法規範偶然的具備其他性質才使得某人的法律義務與其法律義務相同—這些其他的條件可能包括：這個法體系的決策過程是民主的、這個法規範所指示的內容是協調問題(coordination problem)的解決方案、人

³ 王鵬翔 (2018)，〈法律的根據與法律義務的性質〉，《政治與社會哲學評論》，65 期，頁 94-95。

⁴ Mark Greenberg, *How Facts Make Law*, 10 *Legal Theory* (2004). 158; Scott Shapiro, *Legality* (Harvard University Press. 2011). 26; 王鵬翔，前揭註，頁 92。以德沃金的術語而言，陳述這些其他事實的命題就是所謂的「法律根據」。見：Dworkin, *Law's Empire*. 1998. 4.

⁵ 王鵬翔，前揭註，頁 92; Shapiro. 2011. 43-44.

⁶ 以下論述將僅聚焦於「義務」—包括法律義務與道德義務。然而，本文的論點同樣可以適用於權利(right)、權力(power)等其他規範概念。

⁷ 王鵬翔，前揭註，頁 97-98。

⁸ Shapiro. 2011. 184-186.

⁹ 王鵬翔，前揭註，頁 100; Scott Hershovitz, *The End of Jurisprudence*, 124 *Yale Law Journal* (2014). 1165.

們同意受到法律的拘束，等等。¹⁰

值得注意的是，將某人的法律義務與道德義務區別開來的不是只有法實證主義而已；德沃金也曾採取類似的論點。例如，在 *Law's Empire* 中，他就區分了關於「法律根據」—法律命題是否為真—以及「法律的規範力」—為真的法律命題在各種特殊情況下證成強制力(*coercion*)的相對力量—這兩種不同的問題。¹¹同樣的，在 *Justice in Robes* 中，德沃金也在其對於完整法理論的四個階段中保留了探討法官與官員在某些情況下是否有道德義務實行(*enforce*)為真的法律命題之「裁判階段」(*adjudicative stage*)。¹²

此種對於法律義務與道德義務的理解被稱為「兩階段論」：我們「先」透過社會事實（或者加上道德事實）來決定我們的法律義務為何，「再」考量其他的因素決定道德義務究竟是要求我們遵守法律義務，亦或是要求我們做出不符合法律義務的行為。¹³在這個圖像中，在最初的社會事實與某人最終的道德義務之間有一個「中間階段」或「中間產物」被稱作是某人的「法律義務」；而法理學中的爭議就在於，這個中間產物除了取決於社會事實之外，是否還取決於道德事實？但不論如何，雙方都預設或同意，某人的法律義務並非「就是」某人的道德義務、某人的法律義務與道德義務在內容上也有可能是不同的。

三、一階段論及「劃界問題」(*demarcation problem*)

(一) 一階段論

然而，近年許多反法實證主義者都認為，我們沒有必要接受傳統的兩階段理論，反而應該將法律義務理解為「就是」一種道德義務¹⁴—而既然法律義務就是具有真正、蘊含理由之規範性的道德義務，其不僅取決於社會事實，同時也取決於道德事實就是相當理所當然的。當代最主流的反法實證主義版本即是此種將法律義務等同於道德義務的理論—其支持者包括晚期的德沃金、Jeremy Waldron、Mark Greenberg、以及 Scott Hershovitz 等人。

舉例來說，德沃金在 *Justice for Hedgehogs* 中即主張採取有別於傳統將法律與道德視為不同系統的雙系統圖像(*two-systems view*)，轉而接受「法律是政治道德的一個部門」、「法律權利就是不需要額外的立法介入，人們就有權在裁判機關要求實行的政治道德權利」之「單系統圖像」(*one-system view*)。¹⁵Greenberg 則發展出他所謂的「道德影響理論」(*Moral Impact Theory*)—該理論主張，「法律的內容就是法律制度的行動¹⁶以法律上恰當的方式所產生的那一部份道德外觀(*profile*)」。¹⁷

¹⁰ 王鵬翔，前揭註，頁 109-111。

¹¹ *Id.* at. 112; Dworkin, *Law's Empire*. 1998. 110.

¹² Dworkin, *Justice in Robes*. 2006. 18-19.

¹³ 王鵬翔，前揭註，頁 111。

¹⁴ *Id.* at. 113.

¹⁵ Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs* (Harvard University Press. 2011). 405-406.

¹⁶ 以下將交替使用「法律制度的行動」以及較為簡明的「法律實踐」兩種用語。

¹⁷ Mark Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, 123 *Yale Law Journal* (2013). 1323; Mark

不論上述這些論者自己的理論主張之間有哪些歧異，他們至少有一個共同點：將法律義務理解為是真正的道德義務。就他們看來，法律義務並不如兩階段者所言，是一種取決於社會事實（或加上規範事實）的、有別於真正道德義務的「某種」義務；相對的，法律義務「就是」取決於社會事實以及規範事實的道德義務。在此一新圖像當中，我們不再需要「先」透過社會事實（或加上規範事實）得出我們的法律義務，「再」去綜合考量相關的因素判斷我們的道德義務；我們可以直接參考社會事實以及規範事實來得出我們的道德義務，從而也就得出了我們的法律義務。¹⁸由於後者的圖像並沒有在社會事實與道德義務之間增設一個中間階段，因此或可稱之為「一階段論」。¹⁹

一階段論者都反對在社會事實與人們最後所具備的道德義務之間具有某種兩階段論所設想的中間產物。然而，在此須釐清的是，在這些學者當中，有些人仍舊認為有所謂的法律義務存在，只是其本質上「就是」某種道德義務而已；有些人的主張則更為極端，認為我們根本不必承認有所謂的法律義務存在。後者的立場被稱為「取消論」(eliminativism)——該立場主張我們可以在概念上或形上學上直接取消法律義務、以及更一般性的法律事實之存在。²⁰本文後續的論證將不直接處理取消論的立場，而僅聚焦於仍舊承認法律義務存在的一階段論。

（二）劃界問題

此種將某人的法律義務視為其道德義務的主張所面臨的一個問題是，這似乎與我們直覺上對法律義務的理解有所出入。Hasan Dindjer 即指出，如果某人的法律義務就是其道德義務，則它們兩個應該具有相同的內容，但實際上並不是如此——由於法律規則的一般性，在很多具體的情境當中，某人的道德義務與法律義務的內容並不相同。²¹舉例來說，我們有法律義務「開車不要超過時速 50 公里」，但在車上有生命危急的病患、交通順暢時，我們的道德義務可能反而會是「以超過時速 50 公里的速度開車」。

除了前述的問題之外，一階段論還需面對另一個難題。我們每個人都負有許多道德義務——關心並幫助家人、遵守約定、為受到不公平對待者發聲等——但直覺上而言，這些義務並不全部都是法律義務：它們有些是源自於親密關係的、有些是源自於自願互動的，有些則是正義的要求，等等。既然如此，在眾多的道德義務中，哪些是法律義務，哪些又不是呢？一階段論者能否給出一個原則性、並非特設(ad hoc)的說明？本文將延續 Dindjer 的術語而將此問題稱為「劃界問題」²²——後續關於一階段論的分析也將聚焦於此。針對此問題，大部分的一階段論者採取下述兩種立場之一。

Greenberg, *The Moral Impact Theory, the Dependence View, and Natural Law*, in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (George Duke & Robert George ed. 2017). 294.

¹⁸ 王鵬翔，前揭註，頁 113。

¹⁹ Id. at. 113.

²⁰ Id. at. 113. 本文因此與王鵬翔對於取消論與一階段論的界定稍有不同。

²¹ Hasan Dindjer, *The New Legal Anti-Positivism*, 26 *Legal Theory* (2020). 181-182, 200.

²² Id. at. 200.

第一種立場認為，法律義務與政治道德義務的不同之處在於它是「能夠被法院所執行的義務」。如前所述，德沃金本人在 *Justice for Hedgehogs* 中就採取此一立場——他區分了要求立法機關的立法權力以特定方式行使的「立法權利」(legislative right)以及不必等待立法機關立法，裁判機關即可以依當事人的請求來實行的「法律權利」。²³然而，對於這種以「能否由司法機關執行」來區分出法律義務的取徑，其第一個缺點在於，按照此方式所鑑別出的法律義務並不符合我們直覺上的法律義務：有許多道德義務是無法透過法院所執行的，但我們還是會認為它們是法律義務——從而此一立場具有「包容不足」(under-inclusive)的問題。²⁴第二個缺點則在於，它顛倒了「某義務為法律義務」與「該義務能夠由司法機關執行」兩者之間的解釋關係——並不是因為某義務能夠由司法機關執行，所以該義務為法律義務；反而是因為某義務為法律義務，該義務才能夠由司法機關執行。²⁵換言之，對法官來說，必須要有獨立的判準說明哪些義務是法律義務，他們才能夠決定該執行哪些義務。²⁶

有鑑於上述第一種取徑所面對的難題，本文後續的討論將僅聚焦於下述的第二種取徑。²⁷相對於前一種立場以道德義務的「實行」來界定法律義務，此一立場則認為，法律義務與其他、特別是政治道德義務的不同之處在於其「來源」：一般的政治道德義務是朝向未來的，但法律義務卻來自於、從而必須考量過去的實踐。²⁸在上述學者中，Greenberg 明確採取此一立場——如前所述，他將法律義務界定為由法律制度的行動透過法律上恰當的方式所產生的道德義務。Waldron 亦採取此一方式解讀德沃金的理論——法律義務應該是「源自於(flowing from)過去政治決定(past political decisions)」的道德義務²⁹；這也符合德沃金在 *Law's Empire* 當中對於作為法律詮釋之本旨的「合法性」(legality)理念的說明，即「法律堅持…集體力量的使用必須源自於過去關於個人權利與義務的…政治決定」。³⁰

針對上述 Greenberg 與 Waldron 各自的取徑對法律義務的界定——「由法律實踐經由法律上恰當的方式所產生的道德義務」以及「來自於過去政治決定的道德義務」——我們可以將其區分為兩個部分：第一，「哪些」事實是法律實踐或者過去的政治決定？為什麼？第二，這些事實「如何」產生道德義務——亦即，何謂「源自於」？³¹關於第一個問題，Greenberg、Waldron 與 Hershovitz 等人皆主張，某些制度性行動，以及這些制度性行動的某些面向之所以屬於法律實踐，來自於某些道德原則的支持——這些道德原則可能是民主正當性原則、法安定性、程序公平

²³ Dworkin, *Justice For Hedgehogs*. 2011. 406.

²⁴ Greenberg. 2017. 284; Dindjer, (2020). 204-205.

²⁵ Greenberg. 2017. 285; 王鵬翔，前揭註，頁 135。

²⁶ Greenberg. 2017. 285; 王鵬翔，前揭註，頁 135-136。

²⁷ 因此，以下所稱的「一階段論」若沒有特別說明，指的就是第二種取徑的一階段論。

²⁸ 王鵬翔，前揭註，頁 124; Jeremy Waldron, *Jurisprudence for Hedgehogs*, NYU School of Law, Public Law Research Paper (2013). 9.

²⁹ Waldron, (2013). 8-10.

³⁰ Dworkin, *Law's Empire*. 1998. 93.

³¹ 王鵬翔，前揭註，頁 117。

等等。³²至於第二個問題，Greenberg 與王鵬翔則都主張，這些法律實踐或過去的政治決定是透過「改變相關的事實或背景條件(background condition)」之方式來改變或影響我們所擁有的理由，進而形塑了道德義務的內容。³³事實上，這不僅是「法律實踐」改變道德義務的方式—它可以被一般化為任何試圖改變道德理由都必須採取的方式：任何道德理由的改變實際上都來自於、也只能夠來自於相關事實與背景條件的改變。就此而言，法律實踐改變道德義務的「方式」並沒有什麼特殊之處；其特殊之處毋寧在於，該道德義務的改變的「來源」在於法律實踐。

然而，Greenberg 與 Steven Schaus 皆注意到，此一取徑仍然無法精準地在人們所具備的道德義務中區分出法律義務。與第一種取徑的「包含過少」相反，此種取徑面臨到的是「過度包含」(over-inclusive)的問題：正如 Schaus 所指出的，某個法律實踐可以對人們在規範上所具備的道德義務造成許多各式各樣的改變，但這些改變在直覺上並不全都是法律義務。³⁴有鑑於此，Greenberg 在其理論中加上「以法律上的恰當方式」(in the legally proper way)的條件來限縮制度性行動所產生的道德義務被算作是法律義務的範圍，試圖避免產生反直覺的後果。這些條件來自於法體系所追求的目標或被認為應該要做的事(what legal systems are for or are supposed to do)，包括：法律實踐並非透過使得道德情境變得更糟來產生加以修補或反對的道德義務、法律實踐明確表示不企圖產生義務，以及法律實踐透過一連串過於延伸的事件序列(chain of events)而產生的道德義務。³⁵類似的，Hershovitz 也認為我們通常會將法律義務限縮於法律實踐透過「法律實踐典型地(characteristically)產生道德義務之方式」而產生的道德義務³⁶—儘管他並沒有說明什麼是該「典型」方式。

四、一階段論的理論困難

此種以道德義務之「來源」來區分出法律義務的取徑並不會像第一種取徑一樣面臨到解釋倒轉或包含過少的困難；然而，如上所述，它反倒有過度包含的問題需要克服。本節將首先指出，此種一階段論在劃界問題上所面臨到的困難來自於其忽略法律實踐改變道德義務之特殊方式，進而試圖提出能夠恰當處理劃界問題的新版本一階段論。

(一) 反例

為了說明此種取徑的根本問題，讓我們考量下述的案例。假設某國近日發生了嚴重的地震災情，造成該國某地區民眾極大的財物損失與內心創傷；因此，基

³² Id. at.123-124; Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, (2013). 1313, 1316-1317; Waldron, (2013). 10-12; Hershovitz, (2014). 1187. 嚴格來說，這並沒有指出哪些制度性行動、該行動的哪些面向屬於法律實踐，而僅指出這個問題是一個道德問題、需要透過道德原則與論證來回答而已。

³³ Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, (2013). 1290; 王鵬翔，前揭註，頁 125。

³⁴ Steven Schaus, *How to Think About Law as Morality: A Comment on Greenberg and Hershovitz*, 124 *Yale Law Journal Forum* (2014). 226-227

³⁵ Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, (2013). 1321-1323; Greenberg. 2017. 281.

³⁶ Hershovitz, (2014). 1188.

於互助、人道救援、共同體對其成員之幫助等理由，該國的每位公民具有捐款 100 元的道德義務。在「情境一」中，該國的政府為此緊急制定了法律，要求每位公民捐款 50 元。儘管在相關的法律實踐（也就是制定法律）發生「之前」(ex ante)，人們的道德義務是捐款 100 元，但是事後(ex post)判斷人們的道德義務時，必須將發生過的法律實踐納入考量一如前所述，這是「合法性原則」的特別之處—從而根據諸如民主原則、由政府運用資源的效率等等，人們的道德義務因此被改變成為「捐款 50 元」。根據一階段論，由於此一捐款 50 元的道德義務係「以法律上恰當方式」源自於改變相關事實—在此情境中為「制定『要求公民捐款』之法律」—的法律實踐，從而該道德義務同時也是法律義務；這與我們的直覺相符。

然而，在此一情境中，制定法律要求公民捐款 50 元的法律實踐完全有可能產生其他的、非屬於法律義務的道德義務—比如說，若某公民一直以來皆聘雇某位會計人員替其處理稅務與捐款等事宜，則該法律的制定將使得該會計人員產生「替其雇主處理該 50 元捐款」的道德義務，但該道德義務直覺上而言卻並非法律義務。Greenberg 的一階段論無法說明兩者的差異：這兩個道德義務源自於「完全相同」的法律實踐，且該實踐產生道德義務之方式亦符合 Greenberg 所謂的「法律上恰當方式」—但其中一個道德義務同時是法律義務，另一個卻只是一般的道德義務。以下將稱此為「反例一」。

一階段論的問題不僅於此。讓我們考量稍微不太一樣的「情境二」。在情境二當中，所有的事實皆相同，除了這點以外：政府並沒有制定法律要求公民捐款，而是派出相關技術人員提供相關救助。由於政府的救助行為使得災民的損失減少，每位公民所負有的道德義務也因此從原本的 100 元減少為 50 元。根據一階段論，由於此一捐款 50 元的道德義務同樣是以法律上恰當的方式源自於改變相關事實—在此情境中為「提供救助」—之法律實踐，從而該道德義務同樣也是法律義務。然而，直覺上，公民此時所負有的義務僅僅只是道德義務而非法律義務。何以如此？在情境二當中，捐款 50 元的道德義務同樣來自於法律實踐、同樣透過改變相關事實或背景條件來改變人們的道德義務、此一改變同樣也符合 Greenberg 的「法律上恰當方式」—既然如此，Greenberg 的一階段論似乎也無法說明兩者之間的差異。以下將稱此為「反例二」。

上述的反例顯示了，單純以道德義務的「來源」在於「法律實踐」來區分法律義務與一般道德義務的一階段論是有問題的。具體來說，反例一顯示了，法律義務與一般道德義務的不同必定需要考量法律實踐產生或改變道德義務的「方式」；反例二則顯示了，除了改變道德義務的方式以外，「不同的法律實踐」或許也在法律義務與一般道德義務的區分上具有重要性，從而法律義務在「來源」上可能無法僅以概括的「法律實踐」來刻劃。更重要的是，這兩個反例並不是特例—我們似乎完全可以設想許多類似的案例。若是如此，則一階段論所面臨的似乎是一個理論性的、根本的困難—他必須重新檢視並修改其理論中針對「何謂法律實踐」以及「法律實踐如何產生或改變道德義務」的核心主張。

（二）法律實踐給予理由的方式

在本節中，我將試圖為一階段論提出修正以回應前述的反例、從而針對劃界問題提出更好的主張。為了達成此一目標，本文將首先修正一階段論對於法律實踐產生法律義務的「方式」之主張，再藉此更進一步修正其關於「哪些」法律實踐、法律實踐的「哪些面向」是法律義務的「來源」之主張。

首先考量法律實踐如何產生或改變道德義務的問題—更一般性來說，這也是法律實踐如何給予理由的問題。根據 David Enoch 對於一般性地給予理由方式之分析，人們可以透過三種方式提供其他人行動理由。第一種是告知或顯示某個獨立於其理由給予就已經存在的理由—這種理由給予的方式完全是「認識論的」(epistemic)、沒有真的為其他人創造出新的行動理由。第二種則是透過改變、操控(manipulate)相關的事實與背景條件來「觸發」(trigger)行為者原本就已存在的條件性理由(conditional reason)—舉例來說，生產者調高某商品的價格可能會觸發某些人「少購買該商品」(以避免花太多錢)的審慎理由。第三種則不僅是透過改變事實來觸發理由而已，更是以 Enoch 所謂「強韌的」(robust)方式透過「要求其他人去做某事」的意圖來給予其他人行動理由—例如，我透過對同事提出「幫我看草稿」的請求，企圖藉此使他基於友情關係而產生「幫我看草稿」的理由。³⁷值得注意的是，即便第三種方式看似與第二種方式不同，實際上前者只是後者的一種特殊形態而已³⁸—我對朋友提出請求的行為「本身」仍然是透過改變某個事實來觸發對方已經存在的、基於友情關係而存在的條件理由。根據 Enoch 的分析，人們所具有的規範理由(normative reason)以及義務的改變實際上都「只能」透過相關事實或背景條件的改變來達成—而法律實踐當然也不例外。因此，如果一階段論者的主張—法律實踐是透過改變相關的事實與背景條件來改變人們的道德義務—所指涉的是(廣義的、包含第三種方式的)第二種方式，此一說法嚴格來說並沒有錯。

一階段論者真正的問題在於，他們試圖「僅」透過道德義務的來源來區分法律義務與一般的道德義務：對他們來說，一般的道德義務可以受到任何的事實或背景條件變化所影響，但法律義務只能夠被法律實踐—也就是被合法性的道德原則所加以支持的實踐—所改變。然而，前述的反例—已顯示，單純以道德義務的來源區分法律義務與一般的道德義務並不足夠—完全相同的法律實踐可以產生法律義務，但也可以產生一般的道德義務；兩者的關鍵差異因此在於法律實踐改變人們道德義務的「方式」有所不同，才使得某些道德義務會被認為屬於法律義務。然而，一階段論者並沒有指出法律實踐與其他自然事件或人為活動改變相關事實與背景條件的方式「有何不同、特殊之處」，進而也導致其無法在前述的案例情境中區分「由法律實踐所產生的法律義務」以及「由法律實踐所產生的一般道德義務」。即便他們提出了法律實踐透過改變事實與背景條件來改變規範理由

³⁷ David Enoch, *Reason-Giving and the Law*, Oxford Studies in the Philosophy of Law 1 (2011). 4-13; 王鵬翔 (2012), 〈獨立於內容的理由與法律的規範性〉,《中研院法學期刊》, 11 期, 頁 221-227。

³⁸ Enoch, (2011). 8-9; 王鵬翔, 前揭註, 頁 223。

的許多方式一如：透過威脅使用制裁手段來提供審慎理由(*prudential reason*)、提出對於協調問題的解答來提供理由等—上述的給予理由方式都不是法律實踐所必然採取的，從而也無法準確捕捉到由法律實踐所產生之法律義務的特別之處。舉例來說，法律實踐可以是沒有附加制裁於其決定之上的³⁹、法律實踐也並不總是在解決協調問題—即使是，法律實踐解決協調問題的方式也不一定是直接要求人們採取某一種解決方案，而可能是透過宣傳廣告、教育或道路設計等方式使得某個方案逐漸被大多數人自然而然地採取，等等。若此一觀察屬實，則我們當然就永遠可以設想某種情境，其中的法律實踐雖然是透過改變事實或背景條件來改變人們的道德義務，但該道德義務直覺上卻不被認為是法律義務—箇中原因正在於，這些改變事實或背景條件的方式並不是法律實踐所必然採取的、特殊的方式。

(三) 法律實踐的特殊性

下一步的問題就是，法律實踐改變道德義務的特殊方式為何？Enoch 對於三種理由給予方式的分析其實已經提供了線索—誠如 Enoch 所述，即便第三種「強韌的」給予理由方式終究是一種「觸發式的」給予理由方式，它仍然具有一定程度的特殊性而與一般的觸發式理由給予不同。相比於觸發式的給予理由企圖「單純」透過操控相關事實、進而觸發某人原先所具有的條件性理由來達成給予理由的效果，強韌的給予理由—典型案例包括要求、命令等—似乎不只是如此；至於這個「額外」的要素為何，Enoch 則以「意圖」(*intention*)來加以刻劃。詳細而言，他主張，強韌的理由給予與一般的觸發式理由給予的不同之處在於：第一，理由給予者「提供理由接收者去做某行為 ϕ 的理由」之意圖是必要的，但在觸發式的理由給予卻並非必要；第二，理由給予者將該意圖「溝通」(*communicate*)予理由接收者，並且意圖理由接收者承認(*recognize*)該意圖、意圖理由接收者所產生的去做某行為 ϕ 的理由以恰當的方式依賴於理由接收者對於該意圖的承認。⁴⁰

對本文之討論目的而言更重要的是：第一，此一意圖是「使理由接收者有理由『去做某行為』」的意圖—換言之，該意圖的內容是「規範性的」(*normative*)、「指示性的」(*directive*)或「規定性的」(*prescriptive*)。⁴¹即便我們不接受 Enoch 以意圖來刻劃強韌的給予理由方式之特殊性的主張，至少 Enoch 的觀察有一部份是正確且關鍵的：當某人提出要求或命令時，他的行為並不只是在操控相關事實並企圖以此來觸發另一人原本就存在的理由「而已」，而是在針對該人的行為直接提出規範(*norm*)、指令(*directive*)或指示(*prescription*)。第二，如果強韌的理由給予符合 Enoch 所提出的條件—包含規範的與非規範的—而成功地給予理由，該理由的內容理所當然會與理由給予者所意圖的理由相同。

本文認為，此一區分是某些法律實踐能夠產生法律義務而不只是一般道德義

³⁹ H. L. A. Hart & Leslie Green, *The Concept of Law* (Oxford University Press 3 ed. 2012). 27-28.

⁴⁰ Enoch, (2011). 10-13.

⁴¹ 本文將假設這三個概念的內涵相同—皆用於指稱「針對人們的行為提出某種要求」—並依據脈絡交互使用。

務的關鍵。法律制度中的行動者可以透過各種方式改變事實或背景條件—經濟部提高用電價格、警察逮捕現行犯、總統與外國官員會晤並簽署備忘錄等等—但這些都不是在針對某人的行為提出規範或指令；規範或指令的本質在於，它們被用來對人們的行為與心理態度提出要求—換句話說，它們是對於人們的行為與心理態度的指引(guide)。⁴²而當它們的確在人們的實踐思慮中扮演指引的角色時，它們就是以「規範性」的方式在運作。⁴³我們或許可以說：規範或指令所指引行為的方式是「直接」針對人們的行為與態度提出要求，而不是「間接」地「先」透過某些方法改變事實或背景條件「再」由此一事實或背景條件的改變來觸發其他規範對於行為的要求（不論該規範是道德的、審慎的，或其他類型的）。就此而言，法律和道德是相同的：它們都直接對人們的行為提出要求，從而都試圖以規範性的方式在人們的實踐思慮中運作並改變人們的道德義務。

然而，法律和道德不同的地方在於，前者是「實證性」(positive)的規範：法律（至少大部分）是人們行為的產物—更精確而言，它們是人們「提出規範或指令」的行為之產物。而由於提出規範或指令的行為「本身」仍然是一種改變事實或背景條件的行為，它當然有可能不是以規範性的方式，而是以觸發的方式改變人們的道德義務。比方說，假設我是一個重視名譽的人，不希望被別人認為我會做出違法的行為。那麼，我之所以做出法律所要求我做的行為，可能完全只是因為害怕損害到我的名聲—就此而言，我根本沒有將法律規範本身當作行為的指引，從而法律規範並不是以規範性的方式在我的實踐思慮中運作。在此情況下，法律規範對我而言就只是以 Enoch 所說的「觸發」方式發揮影響行為的效果；真正指引我做出法律所要求我做的行為的是審慎的理由。

總結而言：一方面，法律實踐—就其作為(qua)某種改變事實或背景條件的行為而言—可以觸發其他規範對於人們行為的要求；但另一方面，法律實踐—就其行為的內容在於提出規範或指令而言—也能夠（如果滿足 Enoch 所提到的條件）規範性地使人們的道德處境產生相應於該規範或指令之內容的改變。

上述的釐清有助於一階段論面對來自於前述兩個反例的挑戰。第一：儘管法律「本身」是規範、必然試圖以規範性的方式改變人們的道德義務，但「制定法律的行為」，就其是改變事實或背景條件的事件而言，也可能透過觸發的方式來改變人們的道德義務。換言之，同一個制定法律的法律實踐，可以透過兩種方式來改變人們的道德義務，而此一「方式上」的差異就可以用來解釋何以源自於同樣法律實踐的道德義務在直覺上會被區分為法律義務和一般的道德義務—質言之，法律實踐以觸發的方式產生或改變的只是一般的道德義務，只有在其以規範性的方式產生或改變的道德義務才同時是法律義務。

然而，此一解釋似乎仍然不夠：既然法律實踐可以透過規範性的方式，也可

⁴² Leslie Green, *Escapable Law*, 19 *Jerusalem Review of Legal Studies* (2019). 112-113; Leslie Green, *Custom and Convention at the Foundations of Law*, in *The Germ of Justice: Essays in General Jurisprudence* (2023). 83.

⁴³ Green, *Escapable Law*, (2019). 113.

以透過觸發的方式改變人們的道德義務，何以我們只會認為前者構成法律義務？何以法律的「特殊性」在於以規範性的方式改變道德義務？本文認為有兩個理由。第一，即便提出規範或指令的行為「可能」以規範性的方式以及／或者觸發的方式改變人們的道德義務，「單純」改變事實或背景條件而非提出規範或指令的行為卻「只能」以觸發的方式，而「不可能」以強韌的、規範性的方式改變人們的道德義務。換句話說，提出規範或指令的法律實踐，其特殊性就在於，只有它才能夠以規範性的方式改變人們的道德義務。第二，即使法體系的實踐不全是提出規範或指令的行動，但提出規範或指令至少是法體系在概念上必然會採取的行動：一個法體系不可能「僅」透過改變事實—調整價格、使用制裁或強制力等—的觸發方式來改變人們的道德義務。⁴⁴除此之外，即使法律實踐同時採取提出規範與改變事實（例如：制裁或強制力）—刑法是最典型的案例—的手段影響人們的實踐理由，提出規範並以規範性的方式改變人們的道德義務仍然是「主要」或「首要」的方式；觸發人們的審慎理由只是法體系的「備用」方案而已。⁴⁵更何況，如前所述，有許多的法律規範—例如民法中關於締結契約之方式的規定—並沒有附加制裁或強制力於其上⁴⁶；拉茲(Joseph Raz)甚至認為，法體系在概念上可以完全不使用制裁作為影響人們行動理由的手段。⁴⁷據此，本文認為我們的確有好理由將提出規範並以規範性的方式改變人們的道德義務當作法律實踐的特殊性；而此點就可以進一步解釋我們為何只將法律實踐以前述方式所產生的道德義務當作是法律義務。

結合前述的說明，本文認為一階段論者應該將其理論主張修改為：法律義務就是「源自於提出規範或指令的法律實踐，並以規範性的方式所產生或改變的道德義務」。此一修正過後的一階段論版本能夠恰當地回應本文前述所提出的兩個反例。在情境一中，政府透過對公民發布法律規範來要求人們「捐款 50 元」來改變人們的道德義務—然而，某些公民的道德義務可能是因為這個法律規範「本身」而被規範性的改變，但其他公民的道德義務可能只是由於這個制定法律的「行為」改變了相關事實或背景條件，從而觸發了道德義務的改變；新版本的一階段論中能夠將後者排除於法律義務之外，從而反例一並不會對此構成威脅。另一方面，在情境二當中，政府則並非對公民提出法律規範來指引其行為，而是透過其他改變事實或背景條件的方式來使得我們的道德義務改變—而新版本的一階段論中同樣可以將其排除於法律義務之外，進而免除反例二對其所造成的困境。

五、重新回歸二階段論？

(一)

然而，一旦一階段論者採取前述的新版本，它們的立場似乎無可避免地將重

⁴⁴ 更精確來說，Green 所主張的是，法體系必然施加「義務」；見：Leslie Green, *The Forces of Law, in The Germ of Justice: Essays in General Jurisprudence* (2023). 334-336.

⁴⁵ Hart & Green. 2012. 249; Green. 2023. 336-337.

⁴⁶ Hart & Green. 2012. 27-28.

⁴⁷ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Oxford University Press. 1999). 155-162

新回到它們一開始試圖反對的二階段論。何以如此？如前所述，「提出規範」的特徵就在於其「內容」是針對行為提出要求的一例如：「不應殺人」、「應繳納 12% 的所得稅」等；而法律體系所提出的規範內容更是「人們有道德義務去做出／不做某些行為 ϕ 」。然而，必須注意的是，該規範針對行為 ϕ 所提出的主張並不總是與道德上「真正」對於行為 ϕ 的要求相符——也就是說，儘管規範的內容是「人們有去做出／不做 ϕ 的道德義務」，人們實際上卻並不總是有去做出 ϕ 的道德義務；如同前述 Enoch 的分析所顯示的，規範的內容是否與道德對人們的要求相符取決於其他條件。據此，規範的內容頂多只能算是「宣稱人們有道德義務去做出 ϕ 」。換言之，進一步分析新版本一階段論所謂的「提出規範的法律實踐」可以得知，該法律實踐具體來說是「宣稱人們有道德義務去做出／不做 ϕ 」的法律實踐。

若是如此，則此種新版本的一階段論與它們一開始所反對的「兩階段論」之間的差別究竟在哪裡？回顧第二節對於兩階段論的刻畫：法律義務是取決於社會事實(或加上道德事實)的義務，它表達的內容是「從法律的觀點來看，人們具有什麼道德義務」、「法律宣稱人們具有什麼道德義務」；然而，某人真正的道德義務仍舊要參酌社會事實與道德原則加以綜合考量。這與新版本的一階段論——「法律義務就是源自於『宣稱人們有道德義務去做出／不做 ϕ 』的法律實踐，並以規範性的方式產生或改變的道德義務」——實際上非常類似：兩者都在其對於法律義務的刻劃中承認法律實踐會提出對於人們的道德義務為何的宣稱；唯一的差別僅在於，一階段論仍然將法律義務等同於提出道德義務宣稱的法律實踐所最後產生的道德義務，兩階段論者則將法律義務與真正的道德義務加以區隔，將前者用來指稱法律所宣稱的道德義務。

事實上，前述的觀察不僅在前述「第三人稱」的理論家觀點下成立；它在「第一人稱」的行動者觀點下同樣成立，甚至更加有說服力。由於「規範性的運作」預設了在進行實踐思慮的行動者必須知道該規範的內容為何、對他「要求了什麼」⁴⁸，接受新版本一階段論的行動者在進行實踐思慮、思考其法律義務為何時就「必定」得預設有一個「法律所宣稱的道德義務」存在。換言之，原先被一階段論者所反對的、認為不重要從而可被取消的「中間階段」——也就是「法律義務」或「法律所宣稱的道德義務」——實際上反而是理論家要做出劃界、行動者在進行實踐思慮時所必須訴諸的必要條件。

(二)

一階段論者或許會提出以下兩種反駁。首先，一階段論並不一定要採取本文所論證的新版本才能夠處理劃界問題並回應反例——透過細緻化、補充 Greenberg 所提出的「法律上恰當方式」或許就已足夠。對此，本文承認，前述的論證並沒有排除，一階段論一方面維持其基本框架與核心主張，另一方面透過其他方式——例如細緻化、補充 Greenberg 所謂的「法律上恰當方式」——來處理劃界問題並回應反例的可能性。然而，本文認為，有鑑於一階段論的核心主張有根本性的誤解

⁴⁸ Green, *Escapable Law*, (2019). 115.

或忽視法律實踐特殊性之問題，我們似乎沒有理由認為這種解決方式能夠成功提出原則性的、並非特設的說明。

第二種反駁是：即便一階段論最終必須採取新版本，從而接受「提出規範的法律實踐」在界定法律義務上是必要的，這也不代表它必須重新承認有一個被稱為「法律義務」的中間階段。例如，Lewis Kornhauser 就認為，「法律實踐」對制度中的行動者而言，所指涉的是就只是那些「法律素材」(legal materials)的內容—法條、行政命令、判決等，而非「法律」⁴⁹；另一方面，Waldron 和 Greenberg 則認為，這些法律實踐的內容只是「文字」(text)而不是「規範」。⁵⁰值得注意的是，這是兩種不同的反駁策略—Kornhauser 的想法是我們不須將這些提出規範的法律實踐之內容統稱為「法律」所宣稱的道德義務，而僅需以法體系當中更具體的概念如法條、判決、行政命令等來指涉之；Waldron 和 Greenberg 的反駁則是更極端地否認這些實踐是在提出某種對於道德義務的宣稱，而認為這在本質上仍然只是某種社會事實而已。

首先值得釐清的是，提出規範的法律實踐儘管大部分是如同 Waldron 和 Greenberg 所說的以文字方式呈現，這並不代表「總是」如此—交通號誌即為一個常見的例子。因此，關鍵不在於提出規範的「載體」是文字與否—Waldron 和 Greenberg 的核心主張毋寧在於，這些法律實踐、以及其所要求的規範性內容，充其量都「只是」社會事實而已。然而，這樣的反駁放錯重點了：的確，這些文字、圖像等等終究是社會事實；但這些社會事實能夠傳達、溝通「針對行為提出要求」的內容，從而是能夠以規範性的方式在人們的實踐推理中運作、改變人們的道德義務之社會事實—而如前所述，這就是某些社會事實的特殊性。另一方面，或許 Waldron 的質疑在於，那些社會事實對於行為所提出的要求並不一定是被證成的、人們真的有道德義務去遵守的要求，從而它們所提出的不是「真的」規範。但這個質疑也是對本文的論證來說無關緊要的：重點在於，一階段論者必須承認「對行為提出要求」的法律實踐所具備之重要性與特殊性；至於要將該法律實踐所提出的東西稱為「規範」、「指示」、「指令」、「標準」(standard)或其他詞彙並不會影響此處的核心主張—畢竟，即使有人會質疑「非證成的規範不是真的規範」，沒有人會質疑「非證成的指示不是真的指示」。

當然，即使前述的質疑不成立，一階段論者仍然可以否認這些提出規範的法律實踐能夠以某種方式產生一個叫做「法律義務」的中間產物—而 Kornhauser 的論點乍看之下似乎有某程度上的說服力。畢竟，正如他所指出的，現代國家所採取的統治(governance)方式本來就是多樣的、破碎的，而我們似乎不必認為這些多樣的實踐產生了某種「統一性」、單一的規範秩序(unique normative order)並進而使用德沃金所謂的教義性法概念(doctrinal concept of law)來說「法律要求、允許什麼」，而可以直接依據各種相關的事實思考怎麼樣才是「好的治理」、我們應該

⁴⁹ Lewis A Kornhauser, *Doing Without the Concept of Law*, NYU School of Law, Public Law Research Paper (2015). 16.

⁵⁰ Waldron, (2013). 13-16; Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, (2013). 1309-1310.

要做什麼即可。⁵¹換言之，「沒有一個叫做『法律』的單一規範，只有環環相扣(interlocking)的制度、文字與期待(expectation)統治行動者的決定。」⁵²

然而，若一階段論者真的認為，這些法律實踐是多樣的、破碎的，他們又在什麼意義上將這些不同的實踐統稱為「法律」實踐呢？事實上，法條、判決、行政命令等實踐之所以能夠被統稱為「法律實踐」，正是因為這些看似多樣的實踐所具備的共同性質——它們都是「法體系」的行動，或更精確的說，是「制度中的行動者『以法體系之名』所做出的實踐」；若非如此，則它們根本沒有資格被認為是「法律」實踐，而僅是其他社會實踐而已。因此，Kornhauser 所提出的反駁恐怕會是自我擊敗的(self-defeating)。

前述的回應僅僅是指出，這些不同的法律實踐之所以都被稱為「法律」實踐，是因為它們都是「法體系」的行動；該論點並沒有進一步主張，我們必須認為這些法體系的實踐產生了某個叫做「法律」的單一「規範秩序」或「規範」——在這個意義上，本文可以同意 Kornhauser 「放棄教義性法概念」的論點。本文的回應毋寧在於，一階段論者無法放棄——根據德沃金對於法概念的分類——「社會學的」(sociological)法概念⁵³，而必須承認有法體系這樣一種社會制度存在；進而，根據本文的核心論點，一階段論者也必須承認法體系會提出「人們具有什麼道德義務的宣稱」，從而終究回歸到其所反對的兩階段論圖像。

六、結論

當今許多反法實證主義者對於法律義務皆採取將其等同於道德義務的一階段論，進而反對傳統上將法律義務看作具有特殊性的、與道德義務不同的圖像。本文試圖論證，此一立場最終是站不住腳的一理由在於，當一階段論需要回答「如何區分出法律義務以及其他一般道德義務」的「劃界問題」時，訴諸於「法律實踐作為來源」的取徑無法提供一個原則性的說明。

對此，本文分析指出，箇中原因在於該取徑忽略了法體系的運作方式不僅僅只是改變相關的事實與背景條件而已；其特殊性在於提出規範、以直接要求特定行為的方式來指引人們的行動——承認此點才能使一階段論提出一個足以解決劃界問題的新版本。然而，本文指出，若一階段論者據此對其主張進行修正，則他就必須在理論上承認有所謂「法律／法體系所宣稱的道德義務」存在，從而回歸他一開始所反對的兩階段論圖像——在這個意義上，一階段論是不融貫的。

⁵¹ Kornhauser, (2015). 12, 15, 23-24.

⁵² Id. at. 17.

⁵³ Dworkin, Justice in Robes. 2006. 3. 事實上，Kornhauser 對此似乎也不明確反對；見：Kornhauser, (2015). 6-7.

參考文獻

中文部分

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

王鵬翔 (2018), 〈法律的根據與法律義務的性質〉, 《政治與社會哲學評論》, 65 期, 頁 89-152。

外文部分

H. Dindjer. (2020). The New Legal Anti-Positivism. *Legal Theory*, 26(3), 181-213.

R. Dworkin. (1998). *Law's Empire*: Hart Publishing.

R. Dworkin. (2006). *Justice in Robes*: Harvard University Press.

R. Dworkin. (2011). *Justice For Hedgehogs*: Harvard University Press.

D. Enoch. (2011). Reason-Giving and the Law. *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, 1, 1-38.

L. Green. (2019). Escapable Law. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 19(1), 110-124.

L. Green. (2023). Custom and Convention at the Foundations of Law, in *The Germ of Justice: Essays in General Jurisprudence* (pp. 80-104): Oxford University Press.

L. Green. (2023). The Forces of Law, in *The Germ of Justice: Essays in General Jurisprudence* (pp. 333-355): Oxford University Press.

M. Greenberg. (2004). How Facts Make Law. *Legal Theory*, 10(3), 157-198.

M. Greenberg. (2013). The Moral Impact Theory of Law. *Yale Law Journal*, 123, 1288.

M. Greenberg. (2017). The Moral Impact Theory, the Dependence View, and Natural Law. In G. Duke & R. George (Ed.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (pp. 275-313): Cambridge University Press.

H. L. A. Hart and L. Green. (2012). *The Concept of Law* (3 ed.): Oxford University Press.

- S. Hershovitz. (2014). The End of Jurisprudence. *Yale Law Journal*, 124, 1160.
- L. A. Kornhauser. (2015). Doing Without the Concept of Law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*(15-33).
- J. Raz. (1999). *Practical Reason and Norms*: Oxford University Press.
- S. Schaus. (2014). How to Think About Law as Morality: A Comment on Greenberg and Hershovitz. *Yale Law Journal Forum*, 124, 224.
- S. Shapiro. (2011). *Legality*: Harvard University Press.
- J. Waldron. (2013). Jurisprudence for Hedgehogs. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*(13-45).