

論平衡現實主義的兩個層次

—對 Brian Tamanaha 現實主義方案的批判性閱讀*

陳彥凱**

目次

壹、緒言

- 一、問題意識
- 二、概念界定
- 三、內文架構

貳、初探 Tamanaha 的現實主義法理論

- 一、對法律現實主義的現實主義理解
- 二、法哲學、法理學與「歷史」思維

參、重省現實主義法理論的貢獻與侷限

- 一、平衡現實主義的法律推理觀點
- 二、對現實主義方法論的典型質疑與初步檢討

肆、結語

* 本文前身為 107 年度上學期陳韻如教授所開授「英美法學名著選讀」之期末報告，在此特別感謝韻如老師的指點以及導讀夥伴李峙錡同學提供思考方向上的重要意見。

** 國立臺灣大學基礎法學組碩士班四年級，學號 R04A21005。

壹、緒言

一、問題意識

二十世紀最重要的法理學家之一朗諾·德沃金在其 1986 年出版的代表作《法律帝國》有句經典名言：「法理學是裁判的總論，任何法律決定的沈默序言」(Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law.)¹。誠然，就當前的普遍認知而言，對「法律是什麼？」這個提問進行探詢是法理學的核心議題²，每個人對「法律是什麼？」的回答——亦即所持有的法理學觀點³，將無可避免地成為其從事任何法學論證的基礎。而與此對應的是，一般認為法學的核心是法釋義學⁴，就「具體的法律應該如何解釋？」進行討論則是法學的核心議題，因此，法理學觀點對於法學論證最典型的影響，可說便反應在關於法律的解釋適用——即法釋義活動所涉及的「法律推理」(legal reasoning) 議題上。

而在法理學的子議題中，熟悉當代法理學的讀者應該會發現，這些議題的發展有著明顯的「問題改造」(question transforming) 特徵

¹ RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 90 (1986).

² 二十世紀兩位宗師級法理學家哈特與德沃金，都以此提問作為開展其法理論的起點，而這兩位宗師級人物間的論辯幾乎就是當代英美法理學的縮影。請參見 H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 1 (2d ed. 1994).，以及 DWORKIN, *supra* note 1, at 1-3.

³ 不過，我們亦可以想像相當普遍的情況可能是：許多法律人其實未曾對自身活動進行系統性的反思，或是根本性地認為法律實踐與不實用、不接地氣的「理論問題」無涉，因此最終其所持有的頂多是某種拼裝的、素樸的、乃至於不融貫的 (incoherent) 法理學觀點。但無論如何，這樣的觀點仍會作為其法學論證的基礎，而在本文看來，不明晰的理論前提往往會成為以法學專業性掩蓋恣意 (arbitrary) 決斷的黑幕。

⁴ 以較常見的法學用語來說，就是指「解釋論」是法學這門學問在各部門法學中的核心議題，而諸如「立法論」「基礎法學」等議題則相對遠離核心。相關討論請參見張嘉尹，憲法之「科技整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，收於：憲法學的新視野（二）——憲法科技整合研究的理論與實踐，頁 12-17（2015 年）。

⁵：當代法理學的門派之爭，可以說就是各陣營的法理學者就「法律是什麼？」這個提問做出各自的理解與相應的回答方式的思想史。在這一段由法實證主義（legal positivism）與反法實證主義代代對決所譜寫的法理學主旋律中，從哈特—富勒論戰（Hart-Fuller debate）到哈特—德沃金論戰（Hart-Dworkin debate）再到德沃金—拉茲論戰（Dworkin-Raz debate），這些對一個問題各自表述的學者們，到底是如法實證主義陣營向來堅持的：如果大家完全在講不一樣的事情，其實井水不犯河水，是批評者一直在雞同鴨講（talking past each other）⁶；還是如反法實證主義陣營大將德沃金所力主的：各種形式的表述都不過是「法律是什麼？」的換句話說，因此大家講的始終是同一件事情，是法實證主義陣營三十年以來始終無法變出真正的新把戲，以反駁他的來來去去就是一招「法律是詮釋性概念」。就此，法理學界一直沒有一槌定音的定論，也因此在一些比較批判性的觀點裡，身陷這場哈特德沃金永無止境泥巴戰的法理學早已步向終結，現在應該做的是揮別過去，透過發展新的研究取徑（approach）以跳脫這個套路，並對「法律是什麼？」做出更充實的回答⁷。在這樣的背景下，伴隨著對哈特德沃金之爭的疲乏，「法理學該往何處去？」的學科焦慮使得近年的法理學界出現了走出「第三條路」的呼聲，而這便導向了對「法理學方法論」（methodology of jurisprudence）這個子議題的再次討論⁸。

⁵ 這個說法來自 Brian Bix 頗具權威性的教科書，請參見 Brian Bix, JURISPRUDENCE 5-7(3d ed. 2004)。另外，王贊榮的專書亦就此有詳細的闡釋，請參見王贊榮，從法律規範性到法理學方法論，頁 170-171（2013 年）。

⁶ 或譯「各說各話」，「雞同鴨講」係參考王贊榮的翻譯，本文認為十分傳神。請參見王贊榮（註 5），頁 171。

⁷ 例如：Scott Hershovitz, *The End of Jurisprudence*, 124 YALE L.J 1160, 1195-1204(2014)。

⁸ 稱「再次」代表已有「初次」的發生，初次的法理學方法論討論是指德沃金—拉茲論戰就「描述性法理論」進行的論辯，以及之後 Julie Dickson 進一步提出的「直接評價法理論」與「間接評價法理論」區辨。不過，此處所謂以「第三條路」為背景的再次討論，其關懷與著眼點皆已與初次討論仍是法實證主義陣營大戰德沃金大不相同。對初次討論的詳細評論，請參見莊世同，描述性法理論是可能的嗎？——一個批判性的反省，政治與社會哲學評論，21 期，頁 13-40（2007 年）。以及王贊榮（註 5），頁 117-172。

說到「第三條路」這個主題，便不可能不提到 Brian Tamanaha 的名字。Tamanaha 是近年相當活躍的法理學家，不同於偏好抽象哲學性討論的同行們，他擅長運用歷史資料說故事，往往可以在旁徵博引中用簡單的文字梳理出明確流暢的主軸，其最主要的研究主題，就是從呼籲復興美國法律現實主義（**American legal realism**）出發的現實主義法理學方案⁹，其稱之為以平衡現實主義（**balanced realism**）為本的現實主義社會學法理論（**realistic socio-legal theory**）¹⁰。Tamanaha 的著述相當豐富，光是與此主題相關的專書便有五本之多，分別是：1997 年的《*Realistic social-legal theory*》¹¹、2000 年的《*On The Rule of Law: History, Politics, Theory*》¹²、2001 年的《*A General Jurisprudence of Law and Society*》¹³、2009 年的《*Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*》¹⁴、最後則是 2017 年最新的集大成作《*A Realistic Theory of Law*》。在這系列著作中，Tamanaha 一步一步建立起其現實主義法理論的思想體系，並在理論與實作交錯中對當代以法實證主義為首，沉迷於哈特德沃金間哲學性爭論的「不現實」法理學發起顛覆性的挑戰。那麼，Tamanaha 的「第三條路」成功了嗎？或者，它至少帶給了我們怎麼樣的可能性？就此，本文認為可

⁹ 此外，Tamanaha 亦對國際法與美國法學教育頗有研究，前者例如其 2000 年《論法治：歷史、政治與理論》（*On the Rule of Law: History, Politics, Theory*）一書的 Chapter 10，後者例如其 2012 年專書《失敗的法學院》（*Failing Law Schools*）。

¹⁰ BRIAN TAMANAHA, *A REALISTIC THEORY OF LAW 2* (2017).

¹¹ 本書 Tamanaha 初步提出了現實主義法理論的取徑，並藉由討論當代由法實證主義主導的諸法理學經典議題，指出法實證主義的謬誤，以及現實主義法理論相較於法實證主義的優越性。

¹² 本書主要在討論「法治」（*Rule of Law*）這個概念，Tamanaha 運用現實主義法理論的研究取徑，以概念史與思想史方式梳理關於法治的諸種見解（而非法實證主義的概念分析方法），並在最後提出了自己的觀點。

¹³ 本書主要在處理法理學研究中「法與社會」（*Law and Society*）這個理論架構，Tamanaha 反駁西方傳統一包含法實證主義所持有的鏡像論命題（*mirror thesis*）所造成的謬誤，並提出現實主義法理論理解法與社會的方式。

¹⁴ 本書主要在釐清大部分人對現實主義（*realism*）以及形式主義（*formalism*）的錯誤成見，Tamanaha 再次運用思想史的方式指出人人唾棄的天真形式主義根本不存在、真正的現實主義沒那麼有革命性也沒那麼懷疑論，但這個平衡版本的現實主義卻正是當今應該被重新重視的法理學立場。

以分為**兩個層次**來探討，首先，是就他向來聚焦之法律現實主義如何正確理解問題，以及從此衍伸出的對「**法律是什麼？**」的**某種**回答，本文認為要適切地把握 Tamanaha 的主張，其中相當關鍵處涉及其對「法律推理」議題的處理；其次，則是他就「**我們應該如何討論法律是什麼？**」提出的現實主義社會學法理論研究取徑，如同本文將討論的，其現實主義方案兩層次間的關係是如何，可能本身也需要論題化（problematization），基此，Tamanaha 的第三條路是否站得住腳？此則將導向其關於「法理學方法論」的進一步說明。

二、 概念界定

（一）、 法律推理（legal reasoning）

法律推理（legal reasoning，或稱法律推論）作為法理學的子議題，在本文所指涉的意義下，可以概略理解為關於「**法律解釋適用中的判斷與推論機制**」的相關討論。其中，因為評價作為法律解釋適用時幾乎必然涉及的重要性質——一般認為當法律在案例中無法給出唯一正確的答案時，就需要價值判斷。因此我們也可以說，法律推理最主要的討論內容就是**圍繞於法律解釋適用中的評價活動**，例如：在法律命題中從前提到答案的推論過程是否涉及評價？何時涉及評價？便是法律推理最典型的討論範疇。

概略而言，既有的法律推理討論可說是法律解釋適用中兩種「**法律邏輯**」的較勁。人們通常會有兩種看待法律推理的**傾向**，第一種是強調理想的推理結果是嚴格的法律邏輯操作結果，從而在法哲學上將主觀的價值判斷視為法律推理之不確定性與不可預見性的根源，而基於「依法裁判」、「權力分立」等理由嘗試予以

限制或超克，在方法論上便會傾向以**涵攝 (subsumption)**、**三段論法 (syllogism)** 與**演繹推理**為中心；第二種則是看到了法律規則與裁判結果間存在明顯的距離，因此強調法律推理的「先射箭再畫靶」性質，從而在法哲學上將主觀的價值判斷反置為法律推理的核心，在方法論上則會傾向以**類比推理**等非形式邏輯為核心¹⁵。

從結論上來說，如此界定的法律推理，通常會連結至英美法理學在二十世紀上半葉，分別擁護**決定性 (determinacy)** 與**無可決性 (indeterminacy)** 作為法律推理核心的**法律形式主義 (legal formalism)** 和**法律現實主義陣營 (legal realism)** 間的爭論。另一方面，相似的學說討論則可以大致對應到歐陸 1970 年代以前，以台灣法學社群耳熟能詳的概念法學與利益法學之爭為例的**法律論證理論 (theory of legal argumentation)**¹⁶，這些理論亦由裁判的主客觀問題出發，並對法律解釋適用的推理過程提出類似的兩種看法。而無論如何，這些不同法體系的思想資源所各自呈現的

¹⁵ 有個說法是：學院派會傾向前者，實務工作者則會傾向後者。至少以在台灣法學社群的體會來說，本文對這個看法抱持高度懷疑，實務工作者理解的是怎樣的後者、乃至於是否是真誠的支持後者，皆不無疑問。本文與此相關的心得是：懷疑論的對錯另論，但因為乍聽下符合經驗而打著懷疑論口號的未必是真正且真誠的懷疑論，詳如後述。

¹⁶ 請參考 NEIL MACCORMIK, *LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY*, 272 (1978)。此外，考量到篇幅與目的，本文沒有辦法也認為沒有必要在此追根究柢地分析法律推理與法律論證 (legal argumentation) 的概念，故僅選擇嘗試界定清楚所欲使用的意義，以避免不必要之誤解，除此之外便非本文之首要關懷，以下僅做兩點簡單說明：

1. 在歐陸法哲學下，法律推理一詞有時會被直接關聯於笛卡兒哲學對理性 (reason) 和推理 (reasoning) 的見解，亦即將法律推理與科學方法論的「演繹法」「演繹推理」畫上等號，本文稱此為對法律推理的狹義定義，亦即將法律推理等同有完全確定性之機械適用、與價值判斷相對，而本文提到法律推理時，則泛指整套為法律答案提供理由的過程。換言之狹義法律推理僅為廣義法律推理中的某種特定見解或一種推理態樣。
2. 文中稱法律推理可對應至歐陸 1970 年代「以前」的法律論證理論，是因為 1970 年代「以後」受到語言轉向與分析哲學復興的影響，歐陸法律論證理論形成了一個更加寬泛的研究領域，一般會涉及溝通理論、語言哲學、邏輯學、修辭學甚至道德哲學、社會哲學、科學哲學等不與裁判直接相關的研究，也可能是在「立法論」而非解釋論與法律連結。

對立背後，無非都是關乎從法律的解釋適用出發，回答「法律是什麼？」所衍伸出的類似態度。

(二)、 法理學方法論 (methodology of jurisprudence)

法理學方法論 (methodology of jurisprudence) 作為法理學的另一個子議題，簡單說就是討論關於「我們應該如何討論法律是什麼？」的問題，即針對法理學研究方法的理論性研究。舉例而言，法理學研究是否因為涉及規範性要素而使得論者必然且應該從事直接評價？或者法理學是否一定要訴諸邏輯符號和各種命題 (proposition) 滿天飛的分析哲學方法？便是法理學方法論可能的討論內容

為了讓法理學與法理學方法論的關係更加清楚，我們應該先了解何謂「方法論」(methodology)，方法論顧名思義，就是論述應該如何運作「方法」(研究技藝)的理論。大部分學科都有著各自的方法論，例如法學有法學方法論、史學有史學方法論等等，我們可以借用系統論和倫理學的用法，將這兩個領域分別稱為一階理論與二階理論，如果一階理論是關於實踐的理論討論 (法學、史學)，則二階理論就是關於一階理論的理論討論 (法學方法論、史學方法論)，又可稱為後設理論 (meta-theory)。需要注意的是，方法論作為一個**研究領域**，並不專指單一的特定學說，但在特定的時空中，的確常常是一個或少數幾個理論居於統治性地位 (此時對其更專業的稱呼是當時的方法論「**典範**」¹⁷)。而一個

¹⁷ 一般認為，典範的概念是在科學哲學 (philosophy of science) 的討論中，Thomas Kuhn 在其《科學革命的結構》(The Structure of Scientific Revolutions) 中用以說明常規科學 (normal science) 和科學革命之間的關係而來。Kuhn 認為在特定時空下，科學社群會就觀察對象、問題意識、研究取徑有著某種共識，此即當時的常規科學典範，而當隨著科學發展，這套典範的解釋力逐漸左支右絀時，便會引發科學革命，產生一個新的典範，即典範轉移 (paradigm shift)。

容易出現的誤解便是，當某個「典範」過於強大，便會導致人們對方法論問題的窄化，以為方法論僅此一家、別無分店。以法學方法論為例，戰後台灣多元鑲嵌的法學繼受歷程中，1960年代中期以後學成歸國並全面性地繼受戰後德國法學理論的第二代法學者，引進並大力推廣了我們當今熟知的「法學方法論」¹⁸。到了現在，法律的解釋適用應區分「法律適用」與「價值判斷」，應以文義解釋為中心再輔以體系解釋、歷史解釋、目的解釋來達到相對客觀之法律文本理解的這套方法論¹⁹，幾乎已成為法學方法論的代名詞以及對法律解釋適用的「自明之理」。若此現象為真，儘管應是無心之舉，但可說就是典型對方法論的窄化理解，而這種誤解也往往讓我們自我限制了對於法律解釋適用問題的思考層次²⁰。

回到法理學方法論，較精確地說，法學方法論作為法釋義學的後設理論，應與以法律推理為首的法理學議題部分重合，至於法理學方法論雖本身亦是法理學的子議題，但更是關於其之外的法理學討論（例如法律推理）的後設理論，亦即其對法釋義學而言是「後設的後設」的三層關係。而雖然層次不同，但上述法學方法論的方法論誤解，二十世紀以來的法理學會不會在法理學方法論上有著類似的現象呢？是不是因為某種典範的過度強大掩蓋

不過，因為社會科學與法學並非 Kuhn 的描述範圍，故是否可以如法學界一度流行的完全套用「典範轉移」的說法，實則不無疑問，但無論如何，Kuhn 對「典範」的概念說明仍足供參考。

¹⁸ 王泰升，臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼受」，頁 173-177（2015 年）。另請參見王泰升、曾文亮，台灣法律人的故事，頁 95-106、405-430（2011 年）。

¹⁹ 例如參見王澤鑑，民法總則，頁 53-59（2011 年）。王澤鑑教授師承之 Larenz 本人的表述，請參見 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，頁 227、245-247（2013 年）。

²⁰ 不過此處更根本的問題是，這套方法論本身往往被隱藏於「案例教學法」之中而甚少被系統性的說明，學習者被期待通過「潛移默化學習法」自行摸索出這套為法律社群所共享的機制，從而晉升熟稔「法律邏輯」的合格法律人之列。然而這套常常無法說清楚講明白的法學方法論典範窄化了法學方法論的討論，使涉及法學方法論的問題往往淪為對個案中應採之法學方法的「個人意見」（opinion）問題，也遮蔽了更深層之法律推理問題的連結性。

了其他討論方式的**可能性**呢？這正是上述希望走出「第三條路」的學者們—包含 Tamanaha 所欲爭辯的問題。

（三）、 新法律現實主義（New Legal Realism）

依據筆者的經驗，在各種法理學觀點中，法律現實主義（legal realism）或許是接受度最高的理論陣營了。至少大部分法律人都能琅琅上口霍姆斯大法官（Oliver Wendell Holmes Jr.）的金句「法律的生命不是邏輯，而是經驗」（The life of the law has not been logic; it has been experience.），又或者會異口同聲地大力撻伐「形式主義」「概念法學」「機械法學」的不可取（這些標籤通常被認為是對被指責者的嚴厲指控）。先不論對該金句的喜愛是否是基於對霍姆斯原意的美麗誤解²¹，我們可以發現對追求現實/真實（keep it real）的歌頌並不只存在於嘻哈文化，而是也常常體現為法律人就「法律是什麼？」持有之法理學觀點的**普遍偏好**。

法律現實主義具有深刻的普通法性格²²，其標誌性特徵是對**法律形式主義**的批判。這場美國十九世紀末到二十世紀初從學院吵到法院的爭論，大致上是以霍姆斯、盧埃林（Karl Llewellyn）、弗蘭克（Jerome Frank）等人為代表²³，法律現實主義攻擊法律形式主義認為法律規則總是可以推導出唯一正解的謬誤，主張「**法律規定不能充分決定裁判的結論**」。然而，相對於上述在法學界的極受歡迎，法律現實主義在當今法哲學的討論中則常常被認為是

²¹ 這句話出自霍姆斯《普通法》（The Common Law）一書的卷頭，但觀其前後文脈絡，其實比較像是霍姆斯在講他的「法律史」心得（當今的法律為何是這樣？），而非一般依字面理解的「法律推理」主張（法官的判斷推論機制為何？），其原文是「The life of the law **has not been logic; it has been experience.**」（粗體為本文所加）。

²² 黃舒芃，社會科學研究的民主意涵，收於：變遷社會中的法學方法，頁 177-181（2009 年）。

²³ 這群學者間的關係、各自主張的差異、乃至龐德（Roscoe Pound）到底算不算法律現實主義主義，這些請容後述。

較粗糙、過時、沒有吸引力的理論陣營，因為在既有的認知裡，上述對裁判的懷疑論在經過哈特、德沃金以及批判法學（CLS）的一輪激戰後，法律現實主義當年的理論資源早已不敷使用，即使是類似立場，早就有了許多更新更強更完整的表述方式（通常指被視為法律現實主義「進階版」的批判法學）。Joseph William Singer 那句膾炙人口的名言「當今，我們所有人都是法律現實主義者」（we are all legal realists now），其實也暗示了法律現實主義的內化與沉寂。

然而，這樣的狀況在近年有了些改變，自稱「**新法律現實主義**」（**New Legal Realism**，簡稱 **NLR**）的門派紛紛跳出來宣稱要再次擦亮法律現實主義的招牌，儘管對法律現實主義的理解不完全相同，但他們共同認為法律現實主義仍有其**獨到**的優勢、即使在當代亦是值得重視的法理學觀點²⁴。NLR 主要可以分成三支，分別是由一群社會學家組成、主要專注於實際從事法與社會研究的威斯康辛學派（the Wisconsin school）、廣為人知的 Brian Leiter 自然主義法學、以及本文所欲討論的 **Brian Tamanaha 現實主義法理論**。

三、 內文架構

除緒言外，本文可分為兩大部分：第二章是對 **Brian Tamanaha 如何論述其現實主義法理論**的考察，本文將整理 Tamanaha 在數部主要著作中的表述，分別由法律推理與法理學方論兩個層次進行分析。第

²⁴ 請參考 Brian Leiter, *Legal Realisms, Old and New*, Valparaiso Law Review, (2013). 以及 Hanoch Dagan, *Contemporary Legal Realism*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY*, Mortimer Sellers and Stephan Kirste EDS, Forthcoming, (2017). 國內文獻則可參黃舒芃（註 22），頁 183-188。

三章則是對 **Tamanaha** 方案成功推進理解之處以及未能完足說明之處的檢討，本文在此則將呈現其較少被注意到但重要的意見，以及 2017 年最新作出版後所受到的主要批評和初步檢討。最後第四章是結論。

貳、 初探 Brian Tamanaha 的現實主義法理論

一、 對法律現實主義的現實主義理解

Tamanaha 建構其整套現實主義方案的起點，為其所稱的**平衡現實主義 (balanced realism)**，而平衡現實主義的內涵，則出於對美國法律現實主義真正符合歷史的理解，亦即 Tamanaha 是從「何謂『真正的 (real)』現實主義」論「法律是什麼？」。

(一)、 傳統印象中的法律現實主義

如第一章所述，在傳統的印象中，美國法律現實主義是在二十世紀初對法律形式主義的反動，而與其說是一個「學派」，法律現實主義毋寧說更接近一場「**運動 (movement)**」。在共同尊霍姆斯為祖師爺的現實主義大旗下，這批學者各自從自己的角度提出革新性的**進步**主張，嘗試推翻僵化機械的主流法學思維²⁵。法律現實主義者大致上均從法學的目的是預測裁判的結果出發——有稱**預測理論 (predictive theory law)**，從而認為法律形式主義認為法律規則總是能推導出一個唯一正確的裁判結果是天真的謬誤，並提出各自認為真正影響法官判決的**關鍵非法律因素**，例如應以社會科學探究的社會實態、法官的直覺或人格特質、早餐等等²⁶。然而，作為羅斯福新政 (The New Deal) 時期大紅大紫的進步改革派，二次世界大戰戰後政治風向的改變²⁷，使得對法律現實主義「**只會懷疑**」的疑慮——浮現²⁸，再加上到了 1970 年代「更懷疑」的批判法學出現，法律現實主義便在進退失據中歸於沉寂。

²⁵ WILLIAM FISHER, *LEGAL THEORY AND LEGAL EDUCATION* 34-39 (2008).

²⁶ 即最誇張的版本“The Law Depends on What the Judge Had for Breakfast.”，不過這似乎只是一個來源不明的美式笑話，而不是一個正經的學術主張。請參見 Brian Leiter, *American Legal Realism*, 42 U of Texas Law, Public Law Research Paper, (2002).

²⁷ 無獨有偶地，歐陸的法律論證理論基於對納粹的反思也有著類似的發展。

²⁸ 請參考 WILLIAM FISHER, *supra* note 25, at 39-40.

(二)、Tamanaha 的「現實主義」翻案

不過精於思想史爬梳的 Tamanaha，對這樣理解法律現實主義的方式並不以為然，他認為人們普遍誤解了法律現實主義，典型描述中法律現實主義的**懷疑面向 (skeptical aspect)**和**原創性**被過分強調了，依他重繪的圖像可以得知，真正的法律現實主義其實也有**遵守規則的面向 (rule-bound aspect)**，且並非原創而是**歷史法學派 (the school of historical jurisprudence)**的傳人。

Tamanaha 這樣的翻案並非僅具歷史研究的意義，其目的是要進一步主張：最後這種平衡現實主義的法理學觀點是一脈相傳為 Tamanaha 自己的現實主義社會學法理論。

1. 原創性誤解

依 Tamanaha 的考察，「現實主義」這個詞誕生於龐德 (Roscoe Pound) 和盧埃林 (Karl Llewellyn) 的論戰²⁹。一般認為，龐德的**社會學法學 (sociological jurisprudence)**是稍早於法律現實主義的前輩³⁰，龐德提出**書本中的法 (law in books)**和**行動中的法 (law in action)**之區分，已初步反省了既有法學只著重於前者的謬誤³¹。而當時初出茅廬的盧埃林在一系列文章中挑戰早已大名鼎鼎的龐德，盧埃林認為龐德的區分雖然正確指出了法律形式主義的問題，卻在關鍵的部分裹足不前，因為法律預測的重點並非是**紙上規則 (paper rules)**，而是社會中所運作**真正的規則 (real rules)**，亦即重點是現實而非規範，而龐德的 law in action 其實仍是以紙上

²⁹ Brian Tamanaha., *Understanding Legal Realism*, No. 08-0133 St. John's Legal Studies Research Paper, 735-738 (2008).

³⁰ WILLIAM FISHER, *supra* note 25, at 36.

³¹ Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 Am.L. Rev. 12, 12-20 (1910).

規則為核心，因此不夠格稱為真正的現實主義³²。從結果來看，盧埃林基進化（radicalize）了龐德時代的法律現實主義版本，最後也在詮釋法律現實主義的競逐中成功勝出，如今在大部分的記載裡，龐德已會被歸類為社會學法學一派，當時的勝者盧埃林則是確立了其法律現實主義的正統掌旗人地位³³。

Tamanaha 指出，盧埃林和另一位法律現實主義代表人物弗蘭克（Jerome Frank）於此使用「現實主義（realism）」一詞，只是為了把對手龐德貼上不現實的標籤，他們並沒有認真定義這個詞彙，也沒有先在腦海中對誰是現實主義者有任何構想。因此，傳統印象中的法律現實主義，其實在定義上根本就是模糊的，他們根本沒有一個明確的起源，真要說的話也是基於在泛法律現實主義陣營內戰中的修辭，而不是傳統認為的對法律形式主義的反動³⁴。此外，Tamanaha 考察龐德盧埃林論戰的文本，盧埃林曾為了做出「敵我之分」而分別點名自己與龐德派的人馬，Tamanaha 犀利地指出這兩派的人數根本就是一整代法律人了，哪裡還有「主流的」法律形式主義的存在餘地？因此，傳統印象中法律現實主義對抗主流之法律形式主義的圖像，其實只存在於幻想。Tamanaha 接著指出，法律現實主義其實也沒有那麼具劃時代的原創性，人們一般認為法律現實主義提出的標誌性意見，早在十年前的美國歷史法學派就都被講過了，法律現實主義不過是恰如

³² Karl N. Llewellyn, *Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound*, 44 Harv. L. Rev. 1222, 1223-1225 (1931).

³³ WILLIAM FISHER, *supra* note 25, at 36-38.

³⁴ Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 738.

其分的思想繼承者罷了³⁵。甚至其中最年代最早的祖師爺霍姆斯，跟其一模一樣的觀點也早在更上一輩就有人說過了，霍姆斯會成名只不過因為他是用語更精簡的箴言大師（*master of epigrams*）、很會說名言佳句而已³⁶。

2. 懷疑面向誤解

再者，Tamanaha 要釐清對法律現實主義的懷疑面向過度誇張化的誤解，這個誤解常被表述為：「對於法律現實主義者而言，規則沒有事前指引的作用，只是事後合法化的工具」³⁷。在傳統印象裡，法律現實主義所懷疑的對象，是哈佛大學法學院院長蘭德爾（Christopher Columbus Langdell）就法律推理問題開展的一套學說，即概念主義（*conceptualism*）或形式主義（*formalism*）³⁸。一般認為，法律形式主義的核心理念是對法安定性的至高強調，在此前提下，法律被想像成一個封閉、完整、普遍的自足體系，法律適用是唯一的法律推理態樣。而法律現實主義的核心理念則是相對於法律形式主義，是對法律規則在法律推理過程中根本沒有作用的懷疑論³⁹，例如盧埃林認為應透過社會科學找到 *real rule*，以取代 *paper rule* 和裁判結果的落差⁴⁰，較極端的弗蘭克則認為裁判其實取決於法官的直覺或人格特質，因此應訴諸對法官的心理學研究預測裁判的結果⁴¹，總之，法律現實主義者完全不相信形式的法律規則可以預測出裁判的結果。

³⁵ Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 755-760.

³⁶ Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 745-748.

³⁷ Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 764-770.

³⁸ 但並不是蘭德爾自稱為形式主義，這個名稱是由後來批評他的法律現實主義者創造的。

³⁹ Hart, *supra* note 2, at 136-141.

⁴⁰ Llewellyn, *supra* note 32, at 1242-1246.

⁴¹ Jerome Frank, *THE LAW AND MODERN MIND*, NY: Anchor Books, at 108 (2d ed. 1963).

但 Tamanaha 考察後發現，事實上不僅被指為法律形式主義者（例如蘭德爾）的思想根本沒那麼形式，法律現實主義者的思想也根本沒那麼懷疑，這整套描述**都是錯誤的**。其實被指為法律形式主義者與被稱為法律現實主義者的真實差距遠比傳統印象中的小，像盧埃林和弗蘭克在較不常被引用的段落中，就曾屢次強調他們只是想指出複雜的各種因素亦會影響司法決定，但終歸仍是要輔助規則在裁判中的作用而增進法律的確定性和可預測性，而不是完全否定規則的作用⁴²。

總而言之，Tamanaha 發現法律現實主義者的主張在當時其實沒那麼具挑戰性或原創性，而是**符合時代潮流**的某種「中庸之道」，即**兼具**懷疑的面向（*skeptical aspect*）以及遵守規則的面向（*rule-bound aspect*）的平衡現實主義，這正完全是繼受自其前一代的美國歷史法學派見解，而非是對抗只存在於幻想中的法律形式主義的成果⁴³。是以，在這樣的理解下，法律現實主義便得以和之後將懷疑面向推到極致的批判法學做出區隔。如前所述，這樣的翻案對 Tamanaha 而言並非僅具歷史研究的意義，他的現實關懷是：傳統理解所導出之極端懷疑論的懷疑現實主義，在歷史上每每造成諸多亂象，而這樣的危險若採其正確理解得出之中庸之道的平衡現實主義便不復存在，也因為如此，法律現實主義即使在當代也有足夠的**獨特性**而值得我們認真看待。且這種真正的法律現實主義才是我們當今更值得採取的立場⁴⁴。

⁴² Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 770.

⁴³ Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 777-782.

⁴⁴ Brian Tamanaha, *supra* note 29, at 784-785.

二、 法哲學、法理學與「歷史」思維

以方才釐清的平衡現實主義為基礎，Tamanaha 還有著更遠大的計畫，他認為這種兼具懷疑的面向以及遵守規則的面向的現實主義品格，亦適用於對法理學方法論的思考，而基於這樣的思考，我們可以區辨哪些法理學研究方法「夠 real」，而某些——尤其是分析法理學典範是否「不夠 real」而其實是種形式主義的研究取徑。即 Tamanaha 是要從「真正的現實主義是如何『現實 (real)』」論「我們應該如何討論法律是什麼？」。

(一)、 法哲學與法理學

早在其學術生涯出道時，Tamanaha 便開始有意識地發展一種法律社會學式的理論取向⁴⁵，他自承自己的觀點受到美國古典實用主義哲學威廉瓊斯 (William James)、杜威 (John Dewey) 等人的影響，嘗試從歷史的、社會學式的討論方式建構一套實用的法理學取徑⁴⁶。而 Tamanaha 要反省的對象，便是當今由法實證主義為代表⁴⁷、具強烈語言哲學與分析哲學性格的「法哲學」(legal philosophy) 式法理學方法論典範。Tamanaha 認為，其實「法理學」(jurisprudence) 是個更大的範疇，現今當道的法哲學只是法理學的子集合，而非理所當然的是法理學的全部，因此以脫離現實的抽象思考為目的的法哲學取徑，僅應作為法理學的研究方法「之一」，不應壟斷法理學的討論方式，我們大可以用思想史等其

⁴⁵ Brian Tamanaha, *supra* note 11.

⁴⁶ BRIAN TAMANAHA, *supra* note 10, at 2-3.

⁴⁷ 不過並非指所有法實證主義者，Tamanaha 主要點名者是當代剛性法實證主義代表 Joseph Raz，而如 Neil MacCormick、Gerald Postema 則是其認可的學者。此外以 John Finnis 為首的當代自然法論者，亦是 Tamanaha 認為在此意義下跟 Raz 同流而需要批判的對象。

他取徑討論法理學，而這便是當代法理學走出哈特德沃金泥淖的「第三條路」⁴⁸。

簡而言之，Tamanaha 認為當代法理學陷入泥淖，是因為在法理學方法論上被「不夠 real」的法哲學取徑所把持，而自陷形式主義的法哲學顯然已無法帶給我們對「法律是什麼？」更**實質**且**令人滿意**的回答。Tamanaha 自述這種法哲學與法理學的區分方式來自 Roger Cotterrell⁴⁹，Cotterrell 指出法哲學是法理學屬於哲學底下的分支⁵⁰，傾向於全宇宙一體適用的、概括式的解決方針，而通常**自視為**擁有較高智識地位。法理學則是法哲學的上位概念，法哲學以外各式各樣的法理學研究屬於為法律實踐服務的理論事業，它們則通常傾向於**根植經驗的、在地的、且涉及具體實踐**的研究。但在法哲學當道下，這些法理學研究往往被法哲學家們貶低是種拼湊式的、較粗糙的研究方式，甚至從哲學的角度來看只是種哲學上的混亂⁵¹。Tamanaha 和 Cotterrell 認為，正是這樣的現象窄化了法理學方法論上的可能性，Cotterrell 進一步指出，因此我們常常可以發現，最常被與現實脫節的法哲學貶低的一些理論，有時反而才是最具啟發性的法理學理論（例如盧埃林的為了預測裁判而做的社會研究）⁵²，因為這些大量借助社會科學研究的各種法理學取徑，對在地的法律實踐有更大的**介入可能性**。

⁴⁸ Brian Tamanaha, *supra* note 46, at 1-2.

⁴⁹ Brian Tamanaha, *supra* note 46, at 29.

⁵⁰ Roger Cotterrell, *Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy*, Vol. 5, No. 1 JURISPRUDENCE 41, 41-42 (2014).

⁵¹ Roger Cotterrell, *supra* note 50 at 45-53.

⁵² Roger Cotterrell, *supra* note 50 at 54.

(二)、法理學應該如何具有歷史思維

那麼，法理學應該如何具有、且具有何種歷史思維呢？

Tamanaha 於此便巧妙的連結回其前一階段的討論，他認為法律與法理學都是根植於特定的歷史與社會脈絡，因此要討論法理學問題，就必須先理解個人是身處於如何的特定歷史之中，因為這會根本上地決定研究者對「法律是什麼？」的回答⁵³，而這正是繼承了歷史法學派思想的**平衡現實主義**討論法理學的方式。舉例而言，當我們討論哈特的法理學觀點是否正確時，應該去考察哈特是因為「怎麼樣的歷史和社會脈絡」講出這些主張，而不是對其說的話進行抽象的理論論辯，在提出自己的法理學主張時亦然。總的來說，Tamanaha 認為「夠 real」的法理學討論方式，其實就是思想史或概念史的研究取徑，至於那些「不夠 real」的法哲學式取徑也因為非活在歷史真空中，因此不可能作出超越歷史的普遍性宣稱，在這個意義下，雖然法哲學家並非**必須 (must)** 具有歷史思維，但如果他們不想讓自己的研究因自我設限與現實脫節而注定殘缺不全，進而只能沉醉於自己的思想自負中，那他們**應該 (should)** 嘗試納入歷史思維，亦即使思想史或概念史研究成為其研究的關鍵部分⁵⁴。

至此，本文完成了對 Tamanaha 一路從「法律是什麼？」論述到「我們應該如何討論法律是什麼？」的思想考察，我們可以發現對 Tamanaha 而言，這兩個層次的問題是以平衡現實主義對「**歷史**」的某種觀點為媒介緊密交織在一起，但如此不免會產生的疑惑便是：Tamanaha 方案中「歷史」有這種強大功能的基礎為何？

⁵³ MAKSYMILIAN DEL MAR & MICHEAL LOBBAN EDs., *LAW IN THEORY AND HISTORY*, 335-336 (2016).

⁵⁴ MAKSYMILIAN DEL MAR & MICHEAL LOBBAN EDs., *supra* note 53, at 338-340.

歷史上正港的法律現實主義是這樣、就代表這樣是比較好的嗎？
或平衡現實主義在更具體的法理學議題中有什麼比較好的意見？
又，不用思想史方式討論法理學，就這麼不現實嗎？接下來的第
三章，本文便將嘗試討論這些對 Tamanaha 現實主義方案的疑惑。

參、 重省現實主義法理論的貢獻與侷限

一、 重省平衡現實主義的法律推理觀點

在傳統印象中，法律現實主義的法律推理主張上可說就是批判法學的「低配版」，因為若僅注意到法律現實主義的懷疑面向，便會將法律現實主義僅理解為懷疑「法律規則在法律推理過程中並無作用」的懷疑論，但這種懷疑論在之後已被批判法學提出更系統化的地表述⁵⁵——即**法無可決性命題**：「法律材料（legal materials）無法對法律命題給出一個正確答案，而尚須仰賴超法律材料（extra-legal materials）」⁵⁶，或可稱為**全面無可決性（global indeterminacy）**的觀點⁵⁷。不過，如果兼具遵守規則的面向和懷疑面向的平衡現實主義才是正確理解法律現實主義的方式，我們就有了**重新審視**法律現實主義之法律推理觀點的必要，在法律推理中何謂兼具「遵守規則」和「懷疑」，便是考察平衡現實主義如何回答「法律是什麼？」最貼近**法學實踐**的切入點。

（一）、 哈特的二分折衷說

在進入平衡現實主義的觀點之前，我們應簡單瀏覽數種陸續發展出的法律推理觀點人們通常會有兩種看待法律推理的傾向，而延續了法律形式主義與法律現實主義之爭，之後的法理學陣營在支持「無可決性」這側，批判法學進一步基進化對法律的懷疑論，而走向了完全擁抱法無可決性的立場，已如前述；在廣義支持「決定性」這側，則以美國 1950 年代的法律過程學派（The Legal Process）和近年 Frederick Schauer 的新形式主義為較典型支持者，前者係基於對法律現實主義的反思，主張法律仍是預設理

⁵⁵ BRIAN BIX, *supra* note 5, at 217-221.

⁵⁶ BRIAN BIX, *LAW LANGUAGE AND LEGAL DETERMINACY* (1993).

⁵⁷ Brian Leiter, *Legal Indeterminacy*, Cambridge University Press 481, (1995).

性（rational）而非完全恣意的⁵⁸，後者則是基於對當代法理學與語言哲學之連結方式的反思，主張理所當然地將類比推理視為法律推理的核心是有問題的。但更重要且具承先啟後地位的觀點，則莫過於哈特嘗試以二分折衷說超越這個經典爭論的論述，其中，折衷可簡單理解為在兩種法律推理傾向中兼採二者而取其中庸，二分法則可簡單理解為法律適用與漏洞填補、理性推理和價值判斷的二分（有趣的是，僅所繼受的思想淵源不同，這似乎也與非常類似台灣法學社群實際上普遍接受的法律推理觀點）。

進一步來說，當代法理學與語言哲學的連結是因哈特而起，哈特從 Friedrich Waismann 處承襲維根斯坦的語言哲學，並在《法律的概念》中引進了牛津學派的思想資源⁵⁹。依此，哈特認為我們如何回答「法律是什麼？」這個提問，涉及到我們對語言本質的理解，而他指出作為自然語言的一般性語詞必有其指涉範圍的核心事例（即 **core of certainty**）與邊緣事例（即 **penumbra of doubt**）⁶⁰。例如，大家通常會對「麵」大致上指什麼有個大概的共識，因此說一碗拉麵是麵幾乎沒有人會反對，但若是說一盤「貓耳朵」是麵⁶¹，恐怕就會有到底算不算的爭論發生了。而一般性語詞這種同時具有核心與邊緣性質的不確定性，就是哈特所稱之開放結構（**open texture**），又因為既然一般性語詞具有開放結構，法律作為由一般性語詞構成的規則，法律規則亦必然具有

⁵⁸ 其核心主張簡單說，是只要“reasonable persons pursuing reasonable purposes reasonably”則裁判便仍然是具客觀性與確定性的。

⁵⁹ Brian Bix, *H.L.A. Hart and the "Open Texture" of Language*, 10 *Law and Philosophy* 51, 51-52 (1991).

⁶⁰ H.L.A. HART, *supra* note 2, at 4-5.

⁶¹ 貓耳朵或麵疙瘩是一種麵食。麵和好後，將其分成小塊、切成一小片，再捲成小卷，形似一個小貓耳朵，故此得名。

解釋適用上的開放結構⁶²。因此我們可以說，哈特找到的解方是以開放結構為基礎，主張法律推理在核心事例上具決定性、在邊緣事例上具某程度無可決性的二分折衷說—即法律推理的組合式理論。哈特這種主張同時反對規則懷疑論及規則形式主義分別以**偏概全**的謬誤，並在其提出的二分折衷架構中兼容二者，因此有稱「**局部理性無可決性**」(local rationally indeterminacy)⁶³或「**弱意義的無可決性**」⁶⁴或「**準形式主義**」⁶⁵。John Dewey 亦曾評論過哈特的法律推理觀點：哈特式的法官用了一種與先例相關的邏輯，直到他遇到了空隙 (gap)，便轉而使用一種與後果相關的邏輯⁶⁶。

(二)、 平衡現實主義的法律推理觀點

回到平衡現實主義，我們的疑惑是：Tamanaha 雖然區分了懷疑現實主義 (skeptical realism) 與平衡現實主義兩種理解方式，並指出後者才是符合歷史且正確的，但兩者的**具體差異**為何，**何謂**兼具「遵守規則」和「懷疑」面向，僅憑思想史的考察其實仍不夠清楚。而儘管如前所述，Tamanaha 近年有意識地排斥「法哲學」式的討論取徑—而法律推理的討論便是相當典型的法哲學議題，但在少量的片段中，我們仍能發現其論述平衡現實主義法律推理觀點的蛛絲馬跡，而這對我們進一步把握其對「法律是什

⁶² 不過這裡其實沒有這麼順理成章，Schauer 的學說很大部分就是在挑戰這點。

⁶³ Brian Leiter, *supra* note 57. 另此處稍予補充的是，哈特的二分折衷說遇到最致命的質疑便是：其劃定二分的「這條線」本身到底依據為何？這條線本身是決定性的、還是無可決性的？由稍早的介紹可知，哈特劃定界線的根據是人們對該概念的通常語用，而哈特認為這件事是客觀的，因此哈特的「這條線」本身是具決定性的，即此處 rationally 之意。但如此是否是對法律實踐的適切描述，或者是如德沃金所言中了語意學之刺 (semantic sting)，便大有疑慮。

⁶⁴ Lawrence B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, 54 University of Chicago Law Review 462, (1987).

⁶⁵ 陳景輝，*實踐理由與法律推理* (2012 年)。

⁶⁶ RICHARD POSNER, *LAW PRAGMATISM AND DEMOCRACY* 81 (2003).

麼？」的回答至關重要。Tamanaha 指出，一方面，由於法律規則和原則無可避免地會涉及解釋是用的問題，而又每位法官都是獨一無二的個體，因此的確會有一個具不確定性（**uncertainty**）的區域（**zone**）存在；但另一方面，在**大部分時候**，即在非艱難案件（**hard cases**）的情況，法官也的確大多是順順地適用法律規則，此兩方面即分別代表了懷疑面向與遵守規則的面向⁶⁷，因此懷疑現實主義過於極端地否認後者的存在是不正確的。再進一步來說，這種不確定性並不是艱難案件所獨有，而是**同時**存在於簡單案件與艱難案件，只是**程度**差別罷了，Tamanaha 認為其來源是來自我們都必然會用一種潛意識上的「認知架構」（**cognitive framing**）來進行判斷，然而，認知架構卻也非完全主觀的價值判斷（**willful judging**），而是受到身處的**歷史與社會**條件形塑，因此某程度上是可探尋且**預測**的⁶⁸。因此，不同於法律形式主義極端化遵守規則的面向，認為一切案件都是簡單案件，懷疑現實主義（**skeptical realism**）和批判法學極端化不確定性的區域與程度，認為一切案件都是艱難案件，且艱難案件是徹底的主觀價值判斷，正宗的平衡現實主義支持的是兼容此二種性質、將法律的解釋適用視為一種**持續建構**（**the ongoing construction**）行為的理解⁶⁹。

由此看來，Tamanaha 的平衡現實主義的真實內涵，在法律推理的觀點上竟然跟哈特的二分折衷說在**形式**上有著高度的相似性，換句話說，竟然跟其主要論敵法實證主義共享著對「法律是什麼？」的**類似**回答。不過再更進一步的問題可能便是，哈特由

⁶⁷ BRIAN TAMANAHA, BEYOND THE FORMALIST-REALIST DIVIDE 187 (2010).

⁶⁸ BRIAN TAMANAHA, *supra* note 67, at 187-189.

⁶⁹ BRIAN TAMANAHA, *supra* note 67, at 190-191 195.

語言哲學與開放結構開展的區分，以及 Tamanaha 所言的認知架構到底是什麼關係呢，亦即，兩者在相似法律推理結構的背後是不是共享同一套**實質的法概念論**主張呢？（很可能不是）⁷⁰。但無論如何，以上的分析稍微推進了我們僅從思想史考察無法精確掌握的平衡現實主義內涵（此外，這種法律現實主義的法律推理觀點，會不會相較於表面上支持度最高的懷疑現實主義，以及實質上法律人普遍傾向的哈特版折衷二分說，為既有的法律實踐提供了更好的說明呢，或許是另個有趣的課題）。

二、對現實主義方法論的典型質疑與初步檢討

由以上的分析，我們似乎亦發現單純思想史的考察，並沒有辦法給出一個對回答「法律是什麼？」的完足答案，而這便會關聯到 Tamanaha 的現實主義社會學法理論在法理學方法論層次是否真的站得住腳的問題。尤其在 Tamanaha 於最新作《A Realistic Theory of Law》全面性地展示其以平衡現實主義（balanced realism）為本的思想體系之後，來自法理學界的挑戰與質疑便開始紛紛浮現，其中最具代表性的論點，是 Brian Bix 為該書寫的書評〈A New Historical Jurisprudence?〉⁷¹。Bix 在本文的論點主要有二，且恰恰就是扣住 Tamanaha 自己的論

⁷⁰ 敏感的讀者或許會馬上注意到 Tamanaha 這套說法在實質上，反而可能跟德沃金、或說是德沃金詮釋理論改寫下的哈特更為接近，本文呈現的線索有三：以 U 命題（U-proposition）—即以不確定性（uncertainty）取代無可決定性，正是德沃金駁斥懷疑論的著名論述；法律命題的真值條件受歷史與社會條件所形塑，正符合德沃金對法律命題的真值採取高達美詮釋學式的看法；將法律的解釋適用視為一種持續建構（the ongoing construction），類似德沃金所言的法律是種建構性詮釋（constructive interpretation）。不過就此筆者還沒有明確的看法。

⁷¹ 其他意見以 Kevin P. Lee 發表在 SSRN 的書評為代表，則指向了另一種思考方向，這個方向大多會從 Tamanaha 所言自己採素樸意義的系譜學（genealogy）觀點做文章，將其連結至「真正」的系譜學，例如尼采和傅柯思想的討論，以試圖推導出其法理學方法論的某種深層哲學意義。不過在筆者初步看來，這個方向與 Bix 的差別似乎不僅在於訴諸英美或歐陸學術典範的思想資源差異，而是已經有些強加連結的疑慮。請參見 Kevin P. Lee, *Realism and Jurisprudence*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3270696>

述，Bix 的論點分別是：Tamanaha 的現實主義社會學法理論跟歷史法學派其實沒有太緊密的傳承關係，以及 Tamanaha 亦過分誇飾了某些法理學研究「脫離現實」的程度，但對自己為何是更好的或更現實的並未給出完足的說明⁷²。

（一）、 Bix 的兩個批評

首先就第一個論點，因為 Tamanaha 宣稱美國的歷史法學派是法律現實主義的前輩，而美國歷史法學派是繼受自薩維尼

(Friedrich Carl von Savigny) 的歷史法學。Bix 便考察了薩維尼等「正宗」歷史法學派的思想，指出正宗的歷史法學派有著崇尚宏大敘事 (**grand narrative**) 等理論傾向，但這似並非 Tamanaha 認為自己從歷史法學派傳承的元素，Tamanaha 似乎只是想說「歷史很重要」而已，而其實沒有傳承到什麼**思想特徵**⁷³。對此 Bix 精準地指出，合理的解釋是，因為 Tamanaha 自稱其理解的歷史法學派事先傳承給社會學法學，因此他自認所繼承的歷史法學派早已經過一次改版，才會沒有那些薩維尼的元素⁷⁴。然而若如此也算是「傳承」，而 Tamanaha 又意圖從思想傳承**獲致**其自身理論的**正當性**，此處的論述便不無疑慮。

其次就第二個論點，Bix 用了一個技巧性的論述方式。Bix 亦援用了 Singer 的名言：「當今，我們所有人都是法律現實主義者」，Bix 說那麼同理，我們也可以說：「當今，我們所有人都是**現實主義社會學法學者**」。Bix 的言外之意是，如同 Tamanaha 自己也說其實大家都是某種法律現實主義者，傳統圖像中愚蠢僵化

⁷² Brian Bix, *A New Historical Jurisprudence?*, 95 Washington University Law Review 1035, 1035 (2018).

⁷³ Brian Bix, *supra* note 72, at 1036-1038.

⁷⁴ Brian Bix, *supra* note 72, at 1038-1039.

的法律形式主義者可能根本不存在（只是為了映襯出法律現實主義懷疑面向的革命性），則 Tamanaha 宣稱自然法陣營與法實證主義陣營完全不顧現實的圖像，可能其實也可能根本不存在（只是為了映襯出現實主義法理論的現實性）⁷⁵。Bix 進一步以自然法陣營的孟德斯鳩（Montesquieu）、法實證主義陣營的奧斯丁（John Austin）、哈特（H.L.A. Hart），凱爾森（Hans Kelson）、夏皮羅（Scott Shapiro）為反例，指出這些學者都很重視理論跟現實的連結，Bix 進而諷刺地指出，最接近法律形式主義的反而正是歷史法學派的薩維尼⁷⁶。

綜上所述，Bix 認為既然 Tamanaha 並未成功自歷史法學派繼受到太多實質內涵，亦未另對「現實」的程度加以論述，那其實每個法理學理論也都必然是所謂的現實主義法理論，只是現實程度的差別而已。既然如此，如果 Tamanaha 要在自己的現實主義法理論與自然法陣營、法實證主義陣營間畫出一道「夠 real」的門檻，其目前所做的思想史爬梳，顯然不足以構成完足的說明。而若 Tamanaha 要補足這個缺陷，則至少應具體說明其現實主義社會學法理論比起其他理論對待歷史有何獨到之處（例如透過美國法下關於判決先例的議題來論述）⁷⁷。

（二）、對現實主義方案的反思與初步檢討

整體而言，Bix 對 Tamanaha 的現實主義方案—尤其是對企圖由宣稱繼受自歷史法學派而獲致自身正當性這個關鍵操作做出了深刻的反省。觀察 Bix 的兩個論點，第一個是對 Tamanaha 歷史

⁷⁵ Brian Bix, *supra* note 72, at 1039-1041.

⁷⁶ Brian Bix, *supra* note 72, at 1041.

⁷⁷ Brian Bix, *supra* note 72, at 1042-1046.

敘述真實性的質疑，第二個則是更深層地、對 Tamanaha 獨尊思想史才「夠 real」但卻無法完足說明（更直接地說：證成）這點的質疑。Bix 的看法並非空穴來風，尤其就第二個論點而言，其批判正代表了法實證主義式的法概念論立場⁷⁸，此基本理念簡單來說就是眾所周知的休謨法則（Hume's Law）：「是」（is）什麼是一回事，「應該是」（ought to be）是什麼則是另一回事，前者不能推導出後者，即實然不能推導出應然。準此，思想史考察可以告訴我們歷史上真正的法律現實主義是如何是一回事，這個真正的法律現實主義是對的或好的則是另一回事，後者則並非單純的思想史考察可以完足回答，而企圖用其中一個範疇的知識通吃分屬兩個範疇的問題，這個野心本身終歸就是犯了某種「範疇錯誤」（category mistake）。因此，至少在 Bix 為代表的典型法實證主義者看來，Tamanaha 的思想體系在論證強度上並沒有跟上其理論野心，思想史是重要的，但在「證成」的任務上終究無法代換傳統的法哲學討論，是以我們應該做的不是劃出門檻而排斥任一者，反而應該是在尊重各自肩負不同任務的前提下彼此合作。

最後，雖然 Tamanaha 還沒有對此發表更進一步的回應，但本文初步設想其兩種可能的回應方向，亦即就休謨法則的難題，有兩種可能的解套方式：第一，是從外部根本性地挑戰休謨法則，主張實然確實可以導出應然，實然的思想史確實有證成應然的規範主張的能力，而這在法概念論便會導向自然主義（naturalism）式的化約論（reductionism）立場；第二，則是從內部做出不違反

⁷⁸ Bix 對（新）法律現實主義的基本立場，可參考 Brian Bix, *New Legal Realism and the Explanation of Judicial Behavior: Doctrine, Data, and High Theory*, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 14-42, 11-12 (2014).

休謨法則的理解方式，例如德沃金在《刺蝟正義》（Justice for Hedgehogs）中提出休謨法則新解：實然的確不能推出應然，但是大家沒注意到休謨法則蘊含的真正重點是一應然可以推出應然！因此如果思想史考察作為對法律命題的某種回答，依德沃金所言同樣是詮釋者基於某種本旨（point）進行的最佳證立，則便是由應然的思想史證成應然的規範主張，並不違反休謨法則，只有這個詮釋是否足夠融貫（coherent）的問題，若採這個解套方式，則在法概念論上便會完全進入德沃金式的詮釋性概念（interpretive concept）的主張。

肆、 結語

Brian Tamanaha 的現實主義方案是近年頗令人耳目一新的法理學主張與法理學取徑，尤其是當分析哲學主導的法理學在追求精確與明晰的路上精益求精，法理學卻反而在高智識門檻帶來的封閉性下與人們漸行漸遠，或許無論最後 Tamanaha 有沒有成功，這樣的嘗試都值得我們認真看待。而本文嘗試由「法律推理」和「法理學方法論」兩個層次，對 Tamanaha 以平衡現實主義為本的現實主義社會學法理論提出批判性的閱讀心得，本文援引 Bix 的意見，指出 Tamanaha 思想體系中的重要問題在於思想史的功能疑慮，而若 Bix 的批判是對的（本文初步認為是對的），雖然代表 Tamanaha 這整套以平衡現實主義為本的思想體系在論證強度上沒有跟上其理論野心，因此頗有未能完足說明之處。然而，這不必然意謂著 Tamanaha 的思考方向沒有再發展的價值，本文初步指出了關鍵或許在於 Tamanaha 對其平衡現實主義在法概念論上的進一步說明。因此，雖然 Tamanaha 近年傾向與法哲學的爭論劃清界線，並以「先做再說」的姿態，投身於領導在各具體議題上實踐其現實主義方案的學術力量⁷⁹，故未必會回頭對此「法哲學」式的議題做出進一步的論述，而儘管這無損於 Tamanaha 已做出的貢獻，但或許當這些法哲學爭論已成事實，不論是援引既有的觀點還是另闢蹊徑，我們便無法取巧地逃避在其中站定一個立場。或許，踩穩自己在傳統法哲學議題上的腳跟，是這「第三條路」終究需要面對的下一步。

⁷⁹ 請參見 MAKSYMILIAN DEL MAR & MICHEAL LOBBAN EDS., *supra* note 53.

參考文獻

中文部分

- Karl Larenz 著，陳愛娥譯（2013 年），法學方法論，臺北：五南。
- 王泰升、曾文亮（2011 年），台灣法律人的故事，臺北：元照。
- 王泰升（2015 年），臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼承」，臺北：國立臺灣大學出版中心、中央研究院臺灣史研究所。
- 王澤鑑（2011 年），民法總則，臺北：三民。
- 王贊榮（2013 年），從法律規範性到法理學方法論，臺北：元照。
- 莊世同（2007 年），描述性法理論是可能的嗎？——一個批判性的反省，政治與社會哲學評論，21 期，頁 1-46。
- 陳景輝（2012 年），實踐理由與法律推理，北京：北京大學出版社。
- 黃舒芄（2009 年），社會科學研究的民主意涵，收於：變遷社會中的法學方法，頁 173-199，臺北：元照。
- 張嘉尹（2015 年），憲法之「科技整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，收於：憲法學的新視野（二）——憲法科技整合研究的理論與實踐，頁 3-46，臺北：五南。

英文部分

- Bix, B. (1991). H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language. *Law And Philosophy*, 10(1), 51. doi: 10.2307/3504835
- Bix, B. (2003). *Law, language, and legal determinacy*. Oxford: Clarendon Press.
- Bix, B. (2004). *Jurisprudence*. Durham, NC: Carolina Academic Press.

- Bix, B. (2014). New Legal Realism and the Explanation of Judicial Behavior: Doctrine, Data, and High Theory. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.2519606
- Brian Bix. (2018) . A New Historical Jurisprudence? .95 Washington University Law Review 1035.
- Cotterrell, R. (2014). Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy. *Jurisprudence*, 5(1), 41-55. doi: 10.5235/20403313.5.1.41
- Dagan, H. (2017). Contemporary Legal Realism. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.3004558
- Del Mar, M., & Lobban, M. (2016). *Law in theory and history*.
- Dworkin, R. (2010). *Law's empire*. Oxford [u.a.]: Hart.
- Frank, J. (1963). *Law & the modern mind*.
- Hart, H., & Green, L. (2015). *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.
- Leiter, B. (1995). Legal Indeterminacy. *Legal Theory*, 1(04), 481. doi: 10.1017/s1352325200000227
- Leiter, B. (2002). American Legal Realism. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.339562
- Leiter, B. (2012). Legal Realisms, Old and New. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.2079819
- Llewellyn, K. (1931). Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222. doi: 10.2307/1332182
- MacCormick, N. (2003). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford [England]: Clarendon Press.
- Posner, R. (2003). *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Solum, L. (1987). On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. *The University Of Chicago Law Review*, 54(2), 462. doi: 10.2307/1599797

- Tamanaha, B. (2001). *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamanaha, B. (2004). *On the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B. (2008). Understanding Legal Realism. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.1127178
- Tamanaha, B. (2010). *Beyond the formalist-realist divide*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Tamanaha, B. (2017). *A realistic theory of law*. CAMBRIDGE UNIV Press.