

學術論文集



規範、論證與行動

法認識論論文集



元照出版

規範、論證與行動
——法認識論論文集



顏厥安 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

規範、論證與行動：法認識論論文集 / 顏厥安
著. — 初版. -- 臺北市：元照，2004〔民93〕

面：公分

ISBN 986-7787-81-1（精裝）

1.法律－哲學，原理－論文，講詞

580.107

93013269

規範、論證與行動

——法認識論論文集

1D89GA

2004年12月 初版第1刷

作者 顏厥安

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路18號5樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣480元

訂購專線 (02)2375-6688 轉166 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., LTD.

登記證號：局版臺業字第1531號

ISBN 986-7787-81-1

無權處分理知！——代序

Die Philosophie aber muß sich hüten, erbaulich sein zu wollen.

—Hegel, Georg Wilhelm Friedrich—

Die Philosophie ist ein Kampf gegen die Verhexung unsres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache.

—Wittgenstein, Ludwig—

本書是今年(2004)預計出版之一系列論文集的第二本，文章的重點集中於法認識論(epistemology of law)的領域。按照我自己的法理學知識體系，法認識論是次於法概念論的第二部分，其主要內容包括科學哲學、法學方法論、法論證理論等。我對科學哲學、知識論、方法論等領域的興趣由來已久，甚至可以追溯到高中時期對物理學哲學基礎問題的學習與思考。一九九二年回國後，我也在這個領域內進行了一連串的研究並撰寫了好些文章。其中讀者比較熟悉的，應該是我對Alexy法論證理論的引介。不過在這本法認識論文章集子的起首，我想簡單談一談的，卻不是法認識論本身，而是兩個其他的相關問題。

首先是我與分析哲學以及分析法理學的接觸。不論我指導教授Arthur Kaufmann所師承的Radbruch思想或法詮釋學，還是我博士論文研究的黑格爾，顯然都不屬於西方兩大哲學陣營當中的分析哲學傳統。事實上在我整個學習成長過程中，分析哲學不但沒有扮演過什麼重要的角色，在一段不算短的時期裡，我甚至還將分析哲學視為是一種壞的哲學。但是有幾個因素讓我與分析哲學始終保持一種不親近的親善關係。第一，雖然沒

什麼真正研究的天分，我始終對於邏輯與數學有相當的好感與興趣。而分析哲學家幾乎都是邏輯與數學的高手。第二，我也一直對自然科學與科技知識有興趣，並進而喜歡接觸科學哲學（或科學理論）。而科學哲學也與分析哲學有著高度親合性。第三，我偏好清晰敏銳的思考、表達與論證，而我也始終相信，所有學術工作，包括哲學，都必須以清晰性(Klarheit)為內在標準。在這幾個背景下，雖然我曾經認為分析哲學是壞的哲學方法，但是我始終認為，分析哲學追求的清晰性是值得高度肯定尊重與學習的思想成就。

不過一個真正重要的轉捩點發生於我撰寫博士論文的後期。我的第二指導教授Prof. Roland Wittmann要求我除了探討黑格爾的思想外，還需要將此一思想置於當代法理學的脈絡當中檢討。在此之前，我已經開始逐步接觸Kaufmann學圈之外的廣大當代法理學論述，只不過此一要求促使我更認真地以某種綜述的方式將我對當代法理學的研究心得寫入我的論文當中。在這個過程裡，我發現如果以歐美，而不是以德國為範圍，法理學的主流論述已經受到分析哲學的強烈影響。而且很有意思的是，如果以當時影響我最大的四位巨星Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy為例，反倒是美國的Dworkin更帶有詮釋學的特徵，奧地利的Kelsen、英國的Hart、德國的Alexy，全都明顯地屬於（各有淵源之）分析哲學傳統。尤其透過對Alexy法論證以及基本權理論的研究（包括由Alexy回頭檢討Dworkin的規則與原則理論），讓我正式走入分析法理論的大門，也讓我獲致了一種（後來才了解）有點別樹一幟的分析哲學思想承傳。

這個別樹一幟當然無法僅由法理學家Alexy處獲得，而必須由一位在台灣並不著名的分析哲學大師Georg Henrik von Wright來擔任我的導師。開始想認真研究von Wright的部分著作，主要

還是因為Alexy《基本權理論》書中引述von Wright的見解讓我印象深刻。我也是後來才逐步了解，von Wright不僅是一位卓然有成的傑出學者，他更是一位具有獨立思想地位的分析哲學家。我有時也將他與G. E. M. Anscombe合稱為Wittgenstein的左右護法，因為他們都擔任了Wittgenstein著作的重要編輯工作——雖然台灣研究Wittgenstein的學者，似乎並不怎麼知道von Wright，也並沒有什麼太多的研究。

我最認真研讀的von Wright著作，是其《說明與理解》(Explanation and Understanding, 1971)。這本論文集的第五篇文章，就是對此書內容大要的研究整理。我當時其實主要是想瞭解他的因果關係理論，並企圖將他的理論整合到刑法的因果關係理論當中。雖然對於後一目標我從來沒有達到實行之著手階段，但是起碼對於前一目標，由於寫了篇不成熟文章，算是達到了既遂吧。

此處自非討論von Wright理論之處，不過由von Wright著手，我展開了好幾個脈絡的分析法理學之旅：透過von Wright開始接觸當為邏輯(deontic logic)，一方面讓我回溯Kelsen晚年之規範論，另一方面也隨之研讀與von Wright長年論戰的Ota Weinberger，並進而聯繫到Neil MacCormick，以及此二人合力發展的制度法實證主義；透過制度法實證主義，接觸到John Searle以及Speech Act theory，連帶地也加深了我對Habermas的理解；透過von Wright，鼓勵我更多地研讀Wittgenstein，尤其開始注意rule-following以及indeterminacy問題，這不但讓我能更深入地掌握當代法理論的不可決定性問題，也讓我接觸到批判法學中屬於法認識論或裁判理論的部分，進而接觸到Roberto M. Unger，促使我嘗試找出美國與德國的批判理論傳統的可能銜接

之道……。這些都是我一九九零年代中後期的研究思想發展軌跡，其中許多思考成果都收在這本論文集。

另外一個想要略加著墨之點，也許粗略可以由Weber的價值中立，Kelsen的倫理學不可知論，Rawls的freestanding，Raz的epistemic abstinence等一系列概念表達之。粗淺一點講，這乃涉及規範或價值命題的客觀性、可認知性、真理性，或正確性的議題。這當然是認識論或法認識論的核心議題。但是對我來說，這卻也是牽涉到人生觀與價值信念的重大生命問題。在我高中的時候，受到陳筆先生（一位我最敬重，也最想在此致謝的老同學）的影響，我開始接觸自由主義。當時主要是透過林毓生教授的介紹來了解海耶克(Hayek)的思想。考進台大後，我曾設法混進當時仍在的「研究生圖書館」的期刊區（如果我沒記錯的話，依照當時的規定，大學部同學是不能使用這個圖書館），找到一些包括《文星雜誌》、《自由中國》在內的舊期刊文章，其中包括一篇林毓生教授所寫之〈海耶克教授〉，當中提到了自由主義者海耶克不喜歡多說話，很少主動指導學生的習慣，林毓生並提出了「知識貴族的自制」的說法來說明之。這些描述對我一直有些潛在的影響，但是並非讓我堅定對自由主義的信仰，而是有點崎嶇地銜接到我對韋伯的閱讀。其中之一是《基督新教倫理》一書，尤其是最後對制慾精神轉變為鐵牢籠的描寫；另外則是《學術作為一種志業》一文，尤其其中對理知化、諸神戰爭等的說明。韋伯著作最吸引我之處，從來就不是社會學理論，而是他透過具體歷史社會學分析所呈顯的存在主義式悲愴之鳴。

其實多年來我自己並不清楚這當中的可銜接性到底何在，直到最近才突然發現，也許我自己在生命的某一重要層面一直是個存在主義的自由主義(existential liberalism)者。我不但同意

韋伯所說，信仰必定要犧牲理知(intellect or rationality)，而學術工作——當然包括哲學——則無權處分理知，因此除了套套邏輯地自我預設了學術的重要性外，完全無法對終極價值提供任何答案；我也認為，現代社會的自由，是一種牢籠裡的虛空，法律與權利無法打破那個牢籠，學術與知識也無法填補那種虛空。更弔詭的是，即便如此，我們似乎還是得宿命地接受自由是最根本的價值。

讀者也許已經發現，前段的敘述是與分析哲學或韋伯所稱學術工作所需要的清晰性有所衝突的。沒錯，也許正是這當中蘊含的緊張關係，一方面逼使我不斷從事「正統的」、清晰的法認識論研究書寫，另一方面卻也三不五時地引誘我出軌去探索一些不甚正統的、逼近清晰性界限的知識理論，如系統論的認知理論或年鑑學派的史觀。因此這本論文集不僅收集了我的研究成果，其實也見證了我存在主義的失敗，因為我始終未能找到可獨尊的神祇。

本書仍無法完全克服引註方式不甚一致的問題，且有少部分實例問題分析，與《鼠肝與蟲臂的管制》一書部分內容重複，在此要向讀者致歉。不過這些地方應該都不會影響本書各篇論文的論述理路。本書當中也有多篇論文不曾發表在「有嚴謹審查制度」的期刊或專書上，奇怪的是，我個人倒是更偏愛這些文章，因為它們或者表達了我自己的一些想法，或者記錄了重要的研究心得。例如第一篇發表於清大研討會的文章〈規範建構與論證——對法學科學性之檢討〉，雖然當時寫得倉促，但是當中揭示了許多我到現在都仍持守的看法。之所以沒有投稿正式發表，是因為當中包含了太多很基本的問題，如果真的要深入論證下去，這篇文章恐怕要開花成好幾篇文章，甚至幾本專書。

韋伯曾在其《基督新教倫理》一書中寫道：

無人知道將來生活在此牢籠中的究為何人，在這可驚的發展之盡端是否有全新的先知出現，或是否有舊觀念與舊理想的大復活，如這兩者都不可能的話，或是否有一種以病態的自我陶醉為粉飾的機械的石化現象。倘若發生最後的情形，對於這一文化所發展的「最後的人物」，下面數語可能是真理：即「沒有精神的專家，沒有情感的享樂人，這樣的凡骨竟自負已登上人類未曾達到的文明階段」。（摘自張漢裕的翻譯）

專業的法律人似乎確定是服務於沒有情感之享樂人的沒有精神之專家，但是律師法官們大概多半不會自負於登上人類文明的至高階段。倒是法學教授、法理學家，或哲學家，有可能受誘惑而成為自命不凡的凡骨。分析法理學所要求的清晰性多少可以防堵這種妄念。問題是，我們要如何承受清晰認識到的自身庸凡性，而還能有勇氣去主張我們是在追求正義的實現呢？對此，法認識論自然是無法提供任何答案的。

2004年11月1日 謁岸筏

目 錄

無權處分理知！——代序

第一篇 法認識論

- 一、規範建構與論證——對法學科學性之檢討 3
- 二、基礎規則與法律詮釋——一個理論與實務的綜合探討 37
- 三、論證、客觀性與融貫性——由幾篇文獻檢討法律論證
的基本問題 73
- 四、建構與認知 101

第二篇 史學與社會科學方法論

- 五、說明與理解——G.H. von Wright的方法論觀點 133
- 六、法律史研究中的理論問題——評王泰升教授：《台灣
法律史的建立》〈導論〉部分 159

第三篇 法律與社會

- 七、法體系的統一性與多元社會 173
- 八、規範、制度與行動 213

第四篇 法理學發展

- 九、由國際學術趨勢探討台灣法理學之研究發展 263
- 十、二〇〇二年學界回顧——法理學部分 349
- 參考文獻 383
- 原文出處 401

第一篇



法認識論

規範建構與論證——對法學科學性之檢討

壹、對所謂科學哲學的一般反思

- 一、學術活動的幾個種類
- 二、實證科學
 - (一)實定設定客體
 - (二)概念之功能性操作
 - (三)特定實用目的
- 三、法學與實證科學

貳、法學之五組對立模式

- 一、概念法學與利益法學
- 二、價值中立法學與評價法學
- 三、體系主義與個案推論主義
- 四、現實主義法學與（弱）指令主義法學
- 五、實用主義法學與道德主義法學

參、實證法科學(positive legal Science(s))的性質

- 一、法學、法規範、實踐之知與實證科學
 - (一)法學與法規範
 - (二)實踐之知與透過正確意見說服

二、對法規範的主張與建議——內外觀點與司法者／立法者觀點

(一)內在觀點與外在觀點

(二)司法者觀點與立法者觀點

三、真假對錯與實證法科學的合理性要求

(一)內在觀點之法律合題擁有真假值嗎？

(二)法律的確定部分真的那麼確定嗎？

(三)法學的懷疑主義及其克服之努力

肆、實證法科學之外的法學？

一、經濟與貨殖

二、價值與利益

三、Freiheit 與 Liberties

四、Psychisches 與 Mind

五、Realization 與 Regulation

伍、結 語

壹、對所謂科學哲學的一般反思

本文是一篇對法學科學性質 (Wissenschaftlichkeit, 或稱學術性) 的檢討研究作品。這類性質的研究往往被概括地認為是一種科學哲學 (philosophy of sciences) 或科學理論 (Wissenschaftstheorie) 的研究。但是這些名稱或領域，不論是科學哲學或科學理論，都並不是毫無疑問的概念使用。相反的，雖然這些領域都已形成廣泛而強大的學術社群或學術勢力，相關的人員也可以在其中運行地很愉快，但是這些領域從一種真正哲學¹的角度來考察，卻是十分可疑的一種學科。這不但在於其始終難以釐清與法文之 *épistémologie* 或德文之 *Erkenntnistheorie* 的關係，它甚至有意地忽略了與形上學、存有論，或甚至倫理學的關聯。因此筆者雖然基於學術社群之慣用、溝通的方便等種種的理由願意接受並使用科學哲學及科學理論的名稱，但是以下幾個筆者的觀點卻是必須在文章的起頭交待清楚的。

一、學術活動的幾個種類

最廣義的學術活動 (Wissenschaft im weitesten Sinne) 包含有下列幾種活動：學問 (或稱哲學, Philosophie)、學術 (Wissenschaften)、科學 (或稱實證科學, positive Wissenschaften, sciences, or positive sciences), 以及科技 (Technik)。哲學是涉及創造概念的學科 (Deleuze/Guattari, 1991: 5 “philosophy is the discipline that involves creating concepts”), 學術則是在哲學反思下對特殊實相進行的研究。至於我們一般所稱之科學，筆者認為都是實證科學。實證科學

¹ 「真正哲學」這個說法用的很突兀，也很大膽，但是筆者確實認為有的哲學思考是真正在進行哲學 (philosophizing)，有的卻只是在做理論 (theorizing) 或科學研究 (scientific research)。至於筆者心中所認為真正哲學思考為何，請參考在這方面影響筆者很大的幾本著作：Hegel, 1988; Gilson, 1937; Deleuze/Guattari, 1991。

是「為確定實證設定客體而在特定之實用目的下所進行之功能性概念操作」²。至於科技則是實證科學的應用工具改良之研究³。

筆者的這種看法，當然受到源自於胡塞爾之歐洲學術危機到法蘭克福學派對科技批判等論述的影響，但是並不能說是其中任何一人的見解，而毋寧是一種綜合後的觀念重建。其中對所謂實證科學的了解方式可能與一般的了解不同，這點請見下述。

二、實證科學

英文的science與德文的Wissenschaft意義並不完全相同，這點已廣為人知。不過一般而言，我們常常是用是否包括人文及社會科學來區分兩者。簡單地說，sciences常常只是用以指稱自然科學（括數學及數理邏輯），而Wissenschaften在Geisteswissenschaften的傳統下必然可以包含人文及社會科學。當然，在所謂社會科學social sciences的名稱已普世化的情況下，sciences亦可包含社會科學。不過在許多的情況下，我們仍可以用science來單純指稱自然科學而不必非加上natural不可⁴。也就是說在使用上，自然科學仍對science擁有優先獨占性。但是至少以筆者所知，Wissenschaften就不太能僅僅只限於自然科學。

不過筆者在本文所談的實證科學並不是指自然科學，也不是泛泛地指稱所謂「依據自然科學的模式所運作的科學」。同樣的，筆者也並不想沿用實證主義論戰下對實證主義與科學關係的爭議。我對實證科學的界定為：「為確定實證設定客體而在特定之實用目的

² functional operation of concepts under particular pragmatic purpose in order to fix positive settled objects.

³ 在此一對科技的界定中，應用工具(applied instrument)與改良(improvement)都占有重要地位。

⁴ 在中文使用中亦有同樣的趨勢，例如常聽到的「科學與人文的對話」，此處的科學就只限於自然科學。

下所進行之功能性概念操作」。這當然不是一個完整的定義，之所以如此表達，就消極面而言是想去除由自然科學模式所得到的一些既有特徵，尤其是數學化、經驗主義、可驗證性（可否證性，或其他由此延伸變形的主張）等。因為我認為實證科學的重要表現形式固然是現在通稱之自然科學，但是它在哲學上的主要問題，並不在於以自然為對象（或將對象如自然對象般看待），不在於量化或數學化，也不在於可觀察、經驗、可操作、可驗證等，而在於它是一種以忘卻形上學的形上學態度(Einstellung)來將實相(Reality)實證地設定為客體的研究。當Comte主張要脫離形上學，不再追問why and causes，而只要問how的時候，他所主張的實證科學其實正建立在一種特定的實證客體形上學信仰之上。

因此我認為實證科學的三大關鍵特色在於：實證設定客體，概念之功能性操作，以及特定實用目的。此處無法一一詳述這些想法，但是至少要做一初步說明：

(一)實定設定客體

簡要地說，實證科學總是將研究對象當做「某種在那邊的東西」(something out there)來處理。它不一定要是物質性、空間性的存在物，但卻是外於研究者之某種可觀察的對象——雖然「觀察」是個十分可疑的概念。而之所以談實證設定(positive settlement)，是因為研究者一方面將自己外於對象，一方面又將對象以某種想像的秩序區隔設定（特別是透過語言）於彼處。研究者與對象處於一種積極的對立性關係下。在這種關係下，兩者皆帶有實證性。

(二)概念之功能性操作

實證科學要透過語言來創造概念以便能「描述」(beschreiben)其所實證設定之對象。但是這種描述的主要作用並不在於描述事實（什麼是事實呢？），而在於提供命題(propositions)。而命題的主