

規範、論證與行動  
——法認識論論文集



顏厥安 著

元 昭 山 出 公 司

規範、論證與行動  
——法認識論論文集



顏厥安 著

元 昭 山 出 公 司

# 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中。

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。

張頌安

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



## 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<sup>1</sup>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分殊實相進行的研究。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

<sup>1</sup> 「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。

## 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

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」<sup>2</sup>。至於科技則是實證科學的應用工具改良之研究<sup>3</sup>。

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<sup>4</sup>。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

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

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

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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。

要功能就在於可供研究者作為判斷真假(true or false)或對錯(right or wrong)的對象。因此實證科學也可說是以對命題之提出、討論與判斷為運作方式的學術研究。

### (三)特定實用目的

如果由Husserl到Marcuse對科學與科技的批判檢討是對的（我認為是對的），那麼科學內在必然帶有實用主義的特色。法蘭克福學派喜歡使用control, domination之類的概念，我認為這些涉及權力之概念使用原則上是正當的。不過如果暫時將其帶離權力論述的爭議，那麼特定實用目的可能是一種妥當的描述。「特定」代表了實證科學將對象自全體中之割裂操作。「實用目的」則顯現了在對象的割裂操作中，實證科學內含著對對象的「圍堵」(containment)，以及改變的可能性。簡言之，實證科學必定是實用主義的。

## 三、法學與實證科學

之所以提出一套對實證科學的界定方式，而且在這種界定之下有意地去除了傳統上對自然科學特色的了解（尤其是數學化、可驗證性），這是因為筆者認為近代法學，不論稱之為jurisprudence, legal science, Rechtswissenschaft，還是Jurisprudenz，它的最主要態樣亦為一種實證科學，亦即它符合了上述幾個特徵。雖然法學既未曾量化或數學化，它是否為經驗科學也大有疑問，甚至它的法則(rule)也與一般自然與社會科學裡的法則的性質大不相同，以至於甚至我們可以有相當的理由來懷疑它是否為社會科學<sup>5</sup>。但是當我們運用上述之實證科學的概念時，我們就可以確定地說：法學是一種實證科學。

<sup>5</sup> 其實即使我們認為法學不是社會科學，此一說法對法學也未必是貶義。因為它可能是一種人文（科）學，尤其當我們想到法學所經常帶有的強大的詮釋（學）性格時。

這種對法學的界定法有幾個優點：第一，它保持了一種與自然科學既遙遠又接近的關係，因此使我們可以從另一種角度來了解那些嘗試將法學以自然科學為師來加以發展的努力。因為這種努力並非全無意義，在某個角度上甚至是正確的。第二，這也迴避了德國Geisteswissenschaften的傳統，此一傳統透過Verstehen概念的引入概括地區分了人文及社會科學與自然科學，並將法學包括於前者之中，但是卻無法進一步說明在精神科學的範圍內，為何法學與諸如經濟學或社會學有著巨大的差異<sup>6</sup>。第三，通過此一定位，可以使我們較容易掌握法學在過去兩世紀發展裡的分歧與統一。前者是表現在法學思維的多種對立模式之中（見下述），而其統一乃表現於這些對立模式在其各自的軸線上皆以某種實證科學的性格持續發展，最後皆走向所謂「合理性法律分析」(rationalizing legal analysis)（Unger用語，參見Unger, 1996）之路。

## 貳、法學之五組對立模式

筆者認為自十九世紀迄今的法學思維(legal thought)雖然分歧繁複，但是如果我們撇開一些較為細部的差異，而將主要思潮類型化，則可呈現出下列五組主要的對立模式。透過如此的歸納分類整理，我們才能進一步檢討法學科學性之意義。但是在進入對這些模式的描述前，有幾點必須先予以說明：第一，這些模式之名稱大多為法理學行之有年的概念，每個學派也都是一些幾已成定論的代表性學者與主張。但是本文所進行的是一種概括性的類型化工作，因此雖然也會指出一些學者之名稱，但是每一類型之主要特徵卻是由筆者本人所加以抽象概括而成，因此無法直接地標明為某個特定學者之主張。而且甚至為了強調某些特點，筆者也不迴避將某些特色

<sup>6</sup> 正因如此所以Radbruch才又引進wertblind, wertbelegend, bewertend, wertüberwindend的分類，以進一步說明法學之特性。但是此一分法正確嗎？

予以強化、極端化，以凸顯該一類型之性格。所以有時對該一學派之界定或說明與一般對其之介紹會有所不同。第二，自然法論與法實證主義雖然一般被認為是法學思想的兩大對立主潮，因此為克服此一對立才會出現各式各樣的「第三條」路線。但是筆者認為，所有這些模式都在某個意義上想要超越自然法論與法實證主義之爭執，但是仍然出現了諸多不同的態樣，因此現代法學思潮之爭與其說是自然法論與法實證主義之爭，不如說是不同之第三條路線之爭。第三，這五組並非依照其出現年代之早晚順序來加以安排，也並無任何重要性系列。若有貫穿其中的主要觀察點，那麼應該是內在／外在觀點與司法者／立法者觀點之區別，以及描述主義與評價的問題。關於此點在檢討部分再進行討論。

### 一、概念法學與利益法學

概念法學與利益法學一般皆認為是德國法學自十九世紀末到二十世紀初所發展出來的兩大對立法學思想。但是除德國以外，其實美國在十九世紀末法學院初建制完成之時，也有由Langdell所奠立發展的概念主義(Conceptualism)以及形式主義(Formalism)。這也許可稱之為美國之概念法學。

概念法學之特性在於以法學概念之體系關聯為基礎以進行形式主義之法律推理。它的特點在於概念的抽象化，以及對於法學判斷力直觀的信賴。也正因為後者，所以有人在概念法學中看到了一種邏輯主義的傾向。例如所有權人在法律範圍內可自由使用收益處分其所有物，而狗在法律上是物，因此只要法律沒有禁止，狗的所有人可自由使用處分他所擁有的狗，包括虐待牠（例如以香煙頭燙狗）。又例如公園內禁行車輛，直排輪鞋並非車輛，因此當然不在禁止之列，但是幼童所騎之三輪車為車輛，因此禁止在公園內騎乘。

如今我們都可以輕易地看到這種法律推論方式的天真之處，因此任何人都可以輕易地舉出一些理由來反對這種推論。不過在概念法學建立發展之時，其實正是想運用一種清晰的法律推論適用方式，來保障立法者之意旨與規劃不會輕易地被不具有民主或其他統治正當性的法官所扭曲。但是也正因為這種對法律適用判斷上樂觀的信念在法律成長過程中不斷遭受挑戰，所以才引發興起利益法學的思考。

利益法學的基本構想非常簡單，就是將抽象法學概念適用到具體生活事實關係中時，應該要引進利益的衡量。何種利益呢？一種最典型的說法為：由法律所保障之目的來決定。因此「目的」變成了法律的靈魂，概念只是軀殼而已。其實法律適用中無可避免會帶有利益衡量，這絕非什麼重要之原創。因此利益法學與其說根本性地與概念法學對立，不如說它強化了法學家對法律適用推論之合理性的檢討。因此它可以說是法學裡的一種判斷力批判。值得注意的是，在這種判斷力批判的過程裡，雖然利益法學引進了利益或目的來做為穩定化法學判斷合理性之根據，但是它卻也同時開啓了法學懷疑主義之大門。因為不論是它引進了利益衡量還是它發現了利益衡量之必然性，法學概念意義之不確定性(indeterminacy)從此成為法學內不可迴避的關鍵問題（此點後面亦將處理）。

### 二、價值中立法學與評價法學

價值中立，不論是value free還是Wertfreiheit，似乎都與法學沒有關係，因為所有的人，包括絕大多數的法律人，都會自然而然地認為法律之中帶有一定之價值判斷，因此法學怎麼可能價值中立。自希臘以降，法學也一直是practical knowledge的一環而非theoretical knowledge（所以叫作phronésis或prudencia），因此其中包含有對特定價值的主張亦不為奇。因此價值中立的法學是個怪胎——一個有意義的怪胎。它的出現，尤其是透過Hans Kelsen的

純粹法學，為法學的科學性帶來相當根本的衝擊。因為法學的科學性原本都是在評價性學術活動的科學性中來探討，但是Kelsen卻告訴我們，價值中立之科學性對法學依舊可能。我們只要在立憲者或立法者已經給定的法規範下運作即可，法規範所禁止的行為對執法者而言到底是否為壞的或不好的（例如竊盜），這種價值判斷並不重要。當法規範對某一問題沒有清楚的規定時，執法者可以本於法規範的授權自行決定一種裁決方式；決定一旦做出，就是有效之規範，沒有對錯好壞可言。這種基於倫理學之不可知論(ethical non-cognitivism)所建立之法學，是本世紀對法學科學性的一種偉大理論嘗試。

相對於此種立場，其他認為法學本身應涉入評價的，都可以稱作是評價法學(evaluative jurisprudence)。因此此處之評價法學不限於德國由Larenz, Canaris等人所建立之Wertungsjurisprudenz。相當有趣的是，第一，即使是各式各樣的評價法學學說，也都不允許法官恣意地以本身的價值判斷來進行法律解釋。相反的，制憲者或立法者所給定的各種價值體系或指引，是法官進行法益衡量或價值判斷最重要之「依據」、「背景」……——雖然大部分情況下我們並不確知這到底是什麼意思——，而這種說法到底與Kelsen的說法有何不同，亦有待澄清。第二，價值中立之法學並不限於純粹法學，在追求「科學應免於價值判斷」這一點上，各式各樣的現實主義法學(realistic jurisprudence)也是價值中立之法學。如果我們同意例如：「其他條件不變，當某一商品之供給減少時，其價格將上升」至少在命題的層次上是價值中立的<sup>7</sup>，那麼現實主義法學也追求這一類命題之提出（以下繼續有討論）。第三，利益法學是評價法學中最

<sup>7</sup> 所謂在命題層次上是價值中立的，是指我們可以獨立地在該學術內判斷此一命題之真偽，不論我們喜歡或不喜歡。但是當然在態度(Einstellung; position or stance)層次上並非中立。

重要的一種，因為所謂評價，通常進行的就是法益衡量的工作。即使是如Dworkin的權利中心主義或原則論述，在Alexy等德國分析法學之研究下，也呈現出法益衡量之內在結構。第四，此一組分類其實亦可稱之為描述主義(descriptivism)與（強）指令主義(strong prescriptivism)<sup>8</sup>之別，這也是法學或甚至倫理學科學性的一種主要爭議——是否僅有描述性之學術活動為科學？採肯定說者當然會盡可能將法學之性質解釋為描述性的，而很顯然評價法學在此一問題上採取否定說。

### 三、體系主義與個案推論主義

一般而言，評價法學才是法學之正統，為什麼？因為它是在法律人中心主義（亦可稱之為司法中心主義）之下運作，透過這類法學的研究，它告訴（現在或未來的）法官、律師或公務人員應該如何解釋適用法律。所謂學法律，主要也是在學這類的法學；研究法學，通常也是指研究這類的法學。當然更謹慎地講，應該是指內在觀點之法學。但是由於法律概念之不確定性是法學的主要困難，而如果面對不確定性只能如Kelsen般讓諸法官裁量，那麼這種法學也不大需要研究與學習。因此評價法學自然而然地構成了內在觀點法學之正統。

但是在評價法學的悠久傳統中，又可依評價工作之運作根據區分為體系主義與個案推論主義(Casuistry)。前者認為法律體系內部有某種和諧貫通之價值觀點體系，因此每一個有疑問之個案都可以透過我們對該體系之掌握詮釋而獲得妥當地解決。例如在虐待狗的問題中，我們可以透過各種對所有物使用限制的規定，例如不可任

<sup>8</sup> 所謂強指令主義，是指以參與者觀點來討論指令之對錯，因此排除了以參與者觀點來描述指令是否存在的立場，後者是Kelsen及Hart的立場，亦即以What is law?為問題核心，而非What the law ought to be?

意在自家院子內燃燒垃圾等等，而得出所有物之使用不得妨礙他人，不應損害公益，乃至應符合一般人正常合理之觀念，因此虐待狗在整體之法律體系中是禁止的。當然如果有需要，也可以嘗試從「野生動物保護法」之類的法律中來說明動物之生命與健康亦是某種法律所保障之法益，不得任意侵害。簡言之，在體系主義的操作之下，所有法律解釋都帶有體系解釋的性質。

至於個案推論主義則是羅馬法原先最重要的推論方式。其操作之方式與上述體系主義乍看並無大的不同。但關鍵在於，由於羅馬法原本並無法典（近代羅馬法復興之初也無法典），因此其推論之起點皆為各個個案，透過由個案的分析、比較、抽繹、區分，得出一些一般性之準則，再予以適用於眼前之個案。當然，如果已經經由過去之研究得出過一些原則（通常表現在重要法學家的學說之中），那麼也可以直接由這些原則著手，看看是否能直接適用，還是要加以區分、推翻或修正。在這過程中也可以引進新的觀點（*topoi*）。在虐狗案中，假設原先我們已有一些個案告訴我們「只要不妨礙公益或他人之權利，所有人可以自由使用處分其所有物」。此時我們可以因此而直接適用此一法則而肯定虐狗是允許的，但是也可以嘗試引進新觀點來限縮或修正上述之法則。當然，我們也可以想像如果有一個個案，其中狗主人因為不餵食其所飼養的狗，造成這隻狗去闖入他人廚房覓食，因此法院判決強制狗主人一定要「正常地餵狗」。由這個個案中也許就可以得出「狗主人不得任意虐待其狗，例如不予以餵食」。

在個案推論法中，由於不預設某種體系性的評價觀點，因此可容許針對個案的需要而有較大之彈性與想像力空間。但是可想而知，它也容易流於法官一時之好惡，先形成結論再來找一些理由。不過其實體系主義也不可能完全避免此一困境。因此當前評價法學的各種主張總是介乎兩者之間的一種立場。此處並不打算檢討兩種主張之優劣，這場爭論也永不會有最後結果。主要想指出的是：第

一，在兩大類的推論方式中，其實都擁有某種的「合理性」。這種合理性會隨著法律文化及時代的不同而有所差異，但是在各個法律文化累積沉澱的過程中，我們可以由各個 *ratio legis* 與 *ratio decidendi* 中發現 *ratio juris*，這就是 *Juris-Prudence*，也是 *the Spirit of Law*。第二，這兩種推論方式都想像地或建構地將法律之精神或理性設定為某種外在之實相客體，為了達到解決各種個案的目的，我們必須使用一些概念來論證某個規範命題（例如某甲不得虐待其狗）是正確的（對的）<sup>9</sup>。我們可以看出，這是一種典型的實證科學。

#### 四、現實主義法學與（弱）指令主義法學

現實主義法<sup>10</sup>學曾經興盛於北歐與北美，一直到今天它都強烈地影響著許多地區之法律人。簡單地說，現實主義法學關心的是參與法律活動的人，尤其是法官，實際上會如何行動，如何思考。因此依其強調點的不同，它可以有行為主義、心理主義、社會學主義等等的型態。它也因此與各種法社會學或法心理學的發展密切相關。現實主義法學奠基於對於自然科學仍有某種天真之法則（*nomie*）論的看法的時代，因此現實主義法學也冀望能為法律活動找出一些法則。其最主要的功能就在於能夠據此預測法院的可能判決。這種功能其實是很有用的，因為在實際的司法案件攻防中，對於法官或法院可能見解或態度的預測，絕對是件重要的大事。在我們的生活中，我們也確實經常預測或推測執法人員的可能行動，例如某一地段此時會不會來拖吊車輛。

因此對現實主義可以指出以下幾點，第一，現實主義法學是以外在觀察者觀點來研究參與法律活動各相關人們的行動方式或思想

<sup>9</sup> 在描述主義的觀點下，就會主張「這個規範命題是真的」。

<sup>10</sup> 亦稱為「唯實論」或「唯實主義」法學。

態度，在這點上它與包括Kelsen在內的各種以指令規範為研究中心的弱指令主義不同。第二，雖然曾經有人主張法學就應該是現實主義法學，因為唯有後者具備符合某種科學哲學（邏輯經驗主義）所談的科學性。但是由於這種科學哲學已不再穩當，而且主要之法學學術活動皆非這種研究，甚至，現實主義學之運作往往必須擁有例如評價法學之知識，因此如今已無人認為法學應該或只能依某種現實主義之立場來進行。第三，但是現實主義法學卻在各種後續之法學學術活動中保有其強大影響力，例如美國之Critical Legal Study, Critical Race Theory或Feminism Legal Study，甚至法律與經濟分析運動亦有現實主義之影子<sup>11</sup>。第四，由於現實主義法學與各種社會科學之運作最接近，甚至還追求以自然科學為師，因此它也毫無疑問地擁有實證科學的性格。

## 五、實用主義法學與道德主義法學

這兩個概念皆為內在觀點下評價法學的一種。不過實用主義法學其實是一個多餘的說法，因為如果我們對實證科學的界定是對的，而法學總是某種實證科學的話，那麼法學必定擁有實用主義之性格。即使我們不管本文所提之實證科學之定義，絕大多數人也會同意，法學總是為了某種實用之目的來服務的。只不過這種實用目的為何，可能每個人的意見並不一致。有一種說法是為社會創造最大之福祉，或達成最有效率之資源分配。對此一主張採取肯定說者可稱之為狹義的實用主義法學，Posner等法律經濟學者是其主要代

<sup>11</sup> 至於Niklas Luhmann的社會系統論下之法社會學是否亦可視為廣義之法律現實主義法學，我目前傾向於認為「不是」。之所以加上引號，是因為Luhmann的理論既是描述主義，亦非弱指令主義，它當然更是徹頭徹尾的觀察者觀點，因此幾與法律現實主義的基本立場完全相同。之所以仍然認為不屬法律現實主義，是因為我認為Luhmann的理論不僅是一種實證科學而已，它其實更像是一種哲學。簡單地說，它是一種實證主義之社會哲學，帶有一種精巧的本體論立場，雖然Luhmann本人明顯地反對本體論論述。

表。但是反對此一說法的其他評價法學則可歸類為某種之道德主義法學（雖然在解決法律案件此一實用目的下他們也都是實用主義）。後者最常運用的四大大概念為：正義、權利、原則與價值。

對這四個概念在法學中的操作方式，及其與效率或最大福祉的關係，可以有相當複雜的討論，此處無法進行。但特別值得注意的是，「利益」(interest)與「效益」(utility)與四大評價學概念之關係。因為前兩者為狹義實用主義法學所接受，後四者卻否。

我們都知道von Wright將實踐概念區分為deontic, axiological與anthropological三大類，四大大概念不是屬於第一就是屬於第二類，而利益與效用則屬於第三類。因此狹義之實用主義法學可以說是以人類學概念為操作核心的法學。但是如果權利、原則與好壞到最後都必須化約為利益或效用的衡量時，那麼其實道德主義法學其實也仍奠立於人類學概念之上。這種說法是正確的嗎？還是有某些權利、原則與價值是無法如此化約的呢？

這是個難以回答的問題。此處關心的是，人類學概念無疑的都是一些外在設定之實證客體。但是價值呢？如果筆者的了解正確，那麼Nietzsche、存在主義，與現象學之倫理學（尤其是Levinas），正好就是嘗試要以哲學來說明某種非實證客體之價值。這種價值目前無以名之，暫時稱之為積極價值(active value)。因此如果有某種道德主義之評價法學是建立在此等積極價值的基礎之上，那麼至少就此一層面或部分而言，此等法學就已不是實證科學。

## 參、實證法科學(positive legal Science(s))的性質

整理檢討了近代法學的五組對立模式後，我們可以更進一步地思考法學的科學性定位。其中最主要的幾個問題是：法學是科學嗎？法學是一種科學嗎？法學是實證科學嗎？法學是否有不同的運作觀點？實證法科學的合理性基礎何在？法釋義學的意義與定位為

何？有無實證法科學之外的另類法學存在的可能性？這些都是法哲學裡非常重要而根本的問題，因此沒有人能夠在有限的篇幅裡提出全面的回答。以下筆者只能基於對全面問題之有限反省，提出一些片段簡要的看法。

## 一、法學、法規範、實踐之知與實證科學

對於法學之科學性質，必須由以下幾點來作為初步的掌握：

### (一)法學與法規範

法學的主要工作在於：提出對法規範的主張、建議與論證(to propose claims, recommendations of, and argumentation for legal norms) (法學A)。這雖然是一個簡短的界定，但是卻包含有許多有待進一步研究之處，而且它也立刻會引起一些反對質疑之聲，必須一一說明。

首先就是法規範。這裡面包含有大量爭議未決的規範論問題，其中很關鍵的幾點是：規範（語句）與規範命題之劃分；規範的效力；規範的種類；規範的證立。即使我們暫時拋開規範論這類的研究，大多數的法律與法學工作者所最關心的議題都是透過對法規範的主張、建議與論證（證立）來表達：某甲是否擁有某權利、負擔某義務或責任，某規範是否應做某種修改或某種解釋，理由何在等等。

### (二)實踐之知與透過正確意見說服

接下來一個值得注意之點在於：規範所表達的是一種應然命題，告訴我們在某法律體系內應該、得或不得如何行動，因此它同時呈現為一種實踐之知(practical knowledge, phronésis, prudence)。正如前述，法學的這種性格一方面是法律體制運作下的必然要求，另一方面它也使得評價法學成為法學的主流，所以它也與以說明(explanation)及描述(description)為主要運作模式的其他社會科學有

所不同。如果容許我做一簡單的區分，在實踐之知中，透過「正確的意見(correct opinion)來說服(convince)<sup>12</sup>他人」占有關鍵性的地位，也因此修辭學(Rhetoric)——一種研究如何合理地說服他人接受某種意見的學問——必然擁有相當重要的作用。這與其他社會科學主要係以理論建構分析說明(theoretical construction, analysis or explanation)與經驗證明(empirical proof)不同。

例如在虐待狗的案子裡，我可能可以以實驗證明狗也會感到痛，但是除非我能以某種方式說服你同意狗也會感到痛苦（痛與痛苦是不同的），而且設法證立在我國法律體系中要求我們對所有會感到痛苦的生命都應該尊重（這正是提出並證立一個法規範命題主張），否則我不可能提出有意義的法律或法學命題。很多學者，包括一些法學者，常以為只要證明了狗會痛或痛苦，就完成了一項法學論證，其實這其中還少了太多必要之論據<sup>13</sup>。

<sup>12</sup> 請同時注意說服與勸服(persuasion)並不相同，請參考Perelman的著作。

<sup>13</sup> 單是從這一點就可以提出許多與國內法學發展相關的重要澄清：第一，living law與legal fact的問題。近來有學者大力倡導對活生生的法律以及法律事實的研究，而且大有非此研究談不上法學的傾向。由以上的分析已可看出，如果認為法學就是這些living law與legal fact的研究，那是重覆犯了法現實主義的錯誤。它們可以是法學研究的一種approach，而且是相當重要的一種途徑（因為它們構成法學論證相當重要的論據，且在當前的狀況下多強調一些也不為過），但是畢竟無法完整地完法學論證之任務。所謂的living law，也可能只是一些customs or facts *relative to law*。第二，由以上討論我們也可看出法學與其他社會科學以及自然科學的關係雖密切，但絕非取代性的關係。而且其他科學知識的增長，固然會增強法學論證之力量，但是由於此等論據之性質相同（都是事實性論據），因此並無法形成「決定性」的法學論據。所以一位擁有生物學高級學位的人，即使學過法律，並不一定必然比一位只擁有生物學常識，但饒富法學素養與經驗的人，更能提出良好的法學主張與論證。第三，有關法學教育之改革。如果只是希望學過科學或科技，再學三年法學，就必定可以產出「良好或較優」的科技法律人才，此一主張恐怕是錯的。因為等到這些人投注足夠的時間精力在法學上時（恐怕不少於十年），他們所擁有的科學或科技知識也早就過時了（更不用說科技領域內的細密專業分化早已證明資訊、生技、工程這些領域劃



## 二、對法規範的主張與建議——內外觀點與司法者／立法者觀點

上文曾經提到過對法規範（命題）的主張(claim)與建議(recommendation)的不同，這涉及到法學的不同觀點(perspective)的問題，這也是法學相當特有的一項特色。

### (一)內在觀點與外在觀點

這種觀點的區劃在當代法理學理論中最主要來自於H.L.A.Hart在其《法之概念》(Hart, 1994: 88-91,)一書中對內在觀點、外在觀點與極端外在觀點的區分。這三種觀點可以簡單說明如下：

——內在觀點：了解法規範之意義，並接受法規範之拘束。

——外在觀點：了解法規範之意義，但僅在此等了解下對其相關現象做觀察說明。

——極端外在觀點：未確定法規範是否存在，僅觀察到某種規律性的行為。

雖然極端外在觀點在社會科學的研究中也非常重要，但是由於對社會行為及制度了解（understanding或譯理解）的需要，所以較被後來學說所繼承的為前兩種觀點。目前這兩種觀點亦常被轉化發展成參與者觀點與觀察者觀點。如果放入前文的脈絡中，我們可以說，法學研究的主軸主要都是以參與者或內在觀點在進行。因為在一個法體系之內，不論是法學家或法律實務工作者，其實都是以該法體系之法規範有效地拘束著本身為立場來加以思考。概念法學、利益法學、評價法學、體系主義、個案推論主義、道德主義、實用主義，都是以內在觀點在論述。

分過分粗糙)。簡單地說，法學這種實踐之知，絕不可能孤立(isolated)，也不應該封閉(closed)，但卻絕對有其獨立(independent)之運作邏輯。台灣的法學研究與教育，也許有或強或弱的孤立或封閉的現象，但是對此一狀況的改革，可不能以犧牲法學的獨立性為手段。

但是無可否認的，在以內在參與者觀點來研究法律時，往往也會考慮參酌下面這個問題：相關當事人在這種法律規定下會採取如何的行動。例如兩造攻防時，兩造都會研究對造會提出如何的主張或證據。又如法官或學者解釋適用法律時，也會考慮到如果做某種解釋，會造成未來相關當事人行為的何種改變。這種後果取向的法律解釋不但早已存在於傳統法律解釋的方法之中，而且更普遍地應用在法社會學解釋、法律心理學解釋或法律與經濟分析的思考之中。這些考量其實都是某種的觀察者觀點的思考。

所以即使在進行內在觀點的法學研究時，外在觀點的考察仍是相當重要的。但是我們一定要弄清楚，此時外在觀點的論述只是拿來做為一種證立規範主張或建議的論據而已。這畢竟與全然進行外在觀點的研究不同。後者將發展成各式各樣的法社會學、法人類學、法律心理學、實證的法律經濟分析等科學。如果我們願意，當然也可將這些研究稱之為法學研究(legal study or legal analysis)，或者也可稱之為法學(jurisprudence, legal science, Rechtswissenschaft, Jurisprudenz)的某種研究途徑(research approach)。因此我們亦可為前述的法學A做如下的補充：對法規範、法體系、法律之一般性質及其相關社會現象與人類行動及其歷史之外在觀點的了解、分析、描述與說明（法學B）。法學A與法學B兩者合起來幾乎就已構成法學的全部。不過除此之外是否還有它種的法學研究呢？筆者認為是有的，這點稍後再討論。

### (二)司法者觀點與立法者觀點

除了內外觀點之外，還有一種重要區分，就是司法者觀點與立法者觀點。前面已經提過的司法中心主義或法律人中心主義，其實就是以司法者觀點來加以研究思考的法學。所謂司法者觀點，更可以精確地說是法官觀點。因為律師、檢察官、當事人，乃至法學家，所提出的主張也都是在說：「法官您（鈞庭）應該如此如此的