

## 論阿列西的法律雙重本質理論\*

蘇柏榮

中央研究院法律學研究所  
E-mail: [biolancer@gmail.com](mailto:biolancer@gmail.com)

### 摘要

本文旨在分析阿列西的法律雙重本質理論是否具有說服力。首先，本文先介紹阿列西的理論。其次，本文深入分析阿列西如何證成理想、事實本質以及調解雙重本質的矛盾。本文將指出阿列西並無證出法律的理想本質，也定性了民主作為事實本質。至於雙重本質的調和，本文認為阿列西理論中的衝突並不發生在理想與事實之間，反倒是在事實層面裡各個權威機關之間。是以，本文結論到，阿列西所描繪的法律，一方面在抽象的人權概念上保有非法實證主義的色彩，另一方面法律的具體內容還是由「權威的制定性」所主宰，因而該理論應用上應歸屬於法實證主義。

**關鍵詞：**阿列西、法律雙重本質、人權、民主、憲法法院

---

© 中央研究院歐美研究所

投稿日期：112.5.10；接受刊登日期：113.3.5；最後修訂日期：113.2.1

責任校對：蔡旻芳、林碧美、黃意函

\* 本文初稿曾發表於 2022 年 12 月初中央研究院歐美研究所舉辦之 2022「法律哲學的新開展」研討會、2023 年 5 月 23 日之中央研究院法律學研究所個人學術研討會，作者感謝主辦單位及與會學者的寶貴意見，特別是李建良教授、陳弘儒教授、陳冠廷先生、許家馨教授、楊雅雯教授、廖宜寧教授、簡資修教授與蘇彥圖教授，於會中提問與補充觀點，使本文更加完整，作者於此敬表謝忱。

## 壹、前言

羅伯·阿列西 (Robert Alexy) (1945-) 為德國當今著名的法哲學家與憲法學者。不僅其早期 1978 年所著的博士論文《法律論證理論：理性論辯理論作為法律證立理論》(*Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationale Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*) 與 1986 年的教授資格論文《基本權理論》(*Theorie der Grundrechte*)，以及中期 1992 年的《法概念與法效力》(*Begriff und Geltung des Rechts*) 目前仍受到國際學界廣泛討論之外，其後期 2021 年由牛津大學出版社所出版的論文集《法律的理想面向》(*Law's Ideal Dimension*) 更是在 2022 年榮獲國際法哲學與社會哲學學會 (Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie; IVR) 所頒發的最佳書籍獎。而德國符茲堡大學 (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) 刑法、法理論教授 Eric Hilgendorf (2022: 96) 甚至將阿列西理論的重要性與 Hans Kelsen 的純粹法學相提並論。由此可見，阿列西理論的影響力在國際的法哲學學術圈裡持續開展中。

阿列西畢生針對許多重要概念進行研究，諸如基本權、人權、民主、司法審查、論證理論、拉德布魯赫公式 (Radbruch's formula) 等，也藉此提出了許多重要理論，諸如特案命題 (special-case thesis)、正確性論據 (the argument from correctness)、必然安置命題 (the necessary incorporation thesis)、原則理論 (the principle theory)、重力公式 (the weight formula) 等。近期阿列西則提出了更加抽象的法律雙重本質理論 (the dual nature of law)，試圖整合其早期的理論以及回答「法律是什麼？」的問題。法律雙重本質理論係指，法律必然地由「理想」(the ideal) 與「事實」(the real) 這兩個本質所構成。理想或批判的面向係指道德正確性 (moral

correctness)，也就是正義原則；而事實面向則指權威的制定性 (authoritative issuance) 以及社會的實效性 (social efficacy)，也就是法安定性原則。阿列西認為正是因為法律理想面向的本質，使得他的法概念可被歸為非法實證主義 (non-positivism)。也因為該非法實證主義的立場，阿列西後期開始與支持其他立場的知名英法法哲學家，例如：John Finnis、Joseph Raz<sup>1</sup> 進行論戰。

然而，「理想」與「事實」此兩種本質應當相互矛盾、相互排斥，究竟阿列西如何將這兩種面向融合在「法律」這個單一的概念當中，而不發生衝突？實務上，法律工作者應當進行概念區分並且著重某個本質嗎？換言之，在法律雙重本質理論中存在著「惡法」的概念嗎？探討這些問題的實益在於，在肯認人民道德上具有守法義務的前提下，進一步去回答「人民是否應該遵守惡法」以及「何謂惡法」的法哲學核心議題。若法律雙重本質理論並無蘊含「惡法」的概念，那麼對該理論而言，每條法律皆具有正當性，人民應當遵守所有法律，無論個人對該法律的評價有多負面。反之，若某條法律能夠被視為惡法，那麼人民有可能無道德義務遵守該法律。具體案例之一為德國各層級法院與歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 於 1993 年至 2001 年間所審理的「邊境守衛射殺案」(Mauerschützenfälle) (李建良，2007；薛智仁，2019)。簡單而言，該案件涉及東德時期駐守在柏林圍牆的邊境守衛，其遵守當時東德法律而射殺非法越境的人民。然而於兩德統一後，檢察官依殺人罪起訴該名守衛，無視處罰守衛可能會抵觸溯及既往之禁止。案件中主要爭點在於，對於權威機關所制定卻違反人權的法律，法院該如何評價？若法院將當時東德法律視為正當法律，那麼東德守衛

---

<sup>1</sup> 相關討論請參閱王鵬翔 (2009)。

於法有據，毋須負擔刑責。反之若該法律為惡法因而失去法效力，則東德守衛並無阻卻違法事由，應當接受審判。阿列西的法律雙重本質理論即在處理道德正確性此「理想」面向與權威的制定性此「事實」面向兩者間相互衝突的矛盾議題。本文旨在分析該雙重本質理論如何得以調解這兩種本質的衝突，是否因此得出令人信服的結論，以解決實務問題。

本文透過檢視阿列西如何證成法律雙重本質理論（第貳章），指出阿列西並無證出法律的理想本質，也就是人權的普世性，而民主對阿列西而言屬於事實面向（第參章）。為調解雙重本質間的衝突，本文認為阿列西不當地抽象化作為理想判斷標準的論辯規則，因而導致人權需要權威機關來具體化其內容，才使得理想本質與事實本質得以相安無事。然而在論證憲法法院的功能時，阿列西又將該已被抽象化的人權具體化，以至於人權與民主又可能相互衝突。本文主張，阿列西法律雙重本質理論所描繪的法律最終還是由「權威的制定性」所主宰，並非如阿列西所言，法律由內容的正確性所決定。本文指出，法律雙重本質理論並無法辨認出何謂惡法，或者說，該理論中並無惡法的實存。

## 貳、法律雙重本質理論

阿列西論證法律雙重本質理論 (Alexy, 2008: 292-297, 2009, 2010b, 2013a: 99-110, 2015b: 441-447, 2017, 2020) 可分為三個步驟：理想面向、事實面向以及理想與事實的調和，以下分別論述之。

### 一、理想面向

阿列西從「法律必然提出正確性宣稱」的命題出發，認為該正確性宣稱構築了法律的理想面向。該命題係指，不論個人式的法律

規範與判決，或者整體的法律系統都必然提出正確性宣稱，而且該宣稱包含道德正確性的宣稱，也因此正確性宣稱是法律與道德必然連結的來源。正確性宣稱的命題為阿列西法概念的阿基米德支點，不僅支撐了法律的理想面向，也帶出了後述的事實面向。然而，此命題卻也引起了許多爭議，例如法律是否能夠提出宣稱、是否必然提出宣稱，以及該宣稱是否必然與道德正確性宣稱相聯結等。不過，阿列西不僅要將法律與道德正確性宣稱聯結在一起，他更積極主張存在一個客觀的道德正確性，來回應激進的懷疑論者，諸如情緒主義、決定主義、相對主義等所認為道德正確性的宣稱也只不過是一種幻覺或錯誤。他們認為道德判斷只不過是一種主觀的、相對的、單純做出決定的表述而已，無法被合理論證。若此非理性主義的反對 (irrationality objection) 是合理的，那麼法律的正確性宣稱只能被限制在權威或者制度的面向裡，因而該正確性宣稱最終還是奠基在事實的本質上。

面對非理性主義的批評，阿列西透過證成普世人權的存在來進行反駁。對阿列西而言，人權具有五種特徵：普世的 (universal)、基礎的 (fundamental)、抽象的 (abstract)、道德的 (moral) 以及對其他規範具有優先性 (priority) (Alexy, 2004: 16, 2006b: 18, 2012b: 10, 2013b: 10-12)。人權的普世性在於它為所有人類所享有，人類作為人類即為人權的所有者。人權第二種特徵基礎性則表現在，它只保護人們基本的利益與需求，例如生命權、自由權與健康權，並不涉及所有可想到的福祉。第三種特徵：人權也是抽象的，因為人們可以很快同意人們享有健康權，但是對於健康權在具體案例的體現卻可能產生爭議。<sup>2</sup> 人權第四種特徵為道德性，一個權利

---

<sup>2</sup> 該抽象權利的特徵在本文對阿列西法律雙重本質理論的重建中具有重要意義，請參見第參章第四節。

為道德上有效，因為它能合理地說服所有人，被所有人都接受。也因此，人權最後一種特徵為對其他規範享有優先性，它不僅無法被法律規範所凌駕，它還是人們詮釋法律規範的標準。阿列西認為人權為正義原則的核心，任何違反人權的行為即為不正義。<sup>3</sup> 若人權無法被證成，正義也並不存在。正義若不存在，法律必然提出道德正確性宣稱的命題就無意義，非法實證主義將會屈服於法實證主義、文化相對主義，因此人權普世效力的證成對法律雙重本質理論具有決定性的影響。

在分析過六種證明人權存在的論證（宗教的、生物的、直觀的、共識的、工具的以及文化的）皆失敗之後，阿列西提出自己的兩種論據來論證人權的有效性，亦即闡明的論據（*explicative argument*）以及存在的論據（*existential argument*）（Alexy, 2004: 17-21, 2006b: 19-22, 2012b: 10-13, 2013b: 13-18）。闡明的論據如同康德的先驗哲學，主要是將人類的實踐裡所必然隱含的規則揭示出來。而這裡所稱的人類實踐即為宣稱、詢問以及論證，或者如 Robert Brandom (2000) 所稱「給予與要求理由」（11）。在此，阿列西將法律的理想面向人權與「論辯理論」（*discourse theory*）聯結起來（Alexy, 2009: 155-156, 2010b: 172-173, 2013a: 101-102, 2015b: 442）。「論辯理論」是一種關於實踐正確性的程序性理論。根據論辯理論，一個規範性的陳述若最終能夠成為理性實踐論辯的結果的話，則該陳述為正確。換言之，理性的論辯作為一種程序，使得道德正確性得以可能。若某項規範在理想的討論裡，經過充分論辯後而獲得所有參與者認可的話，則該規範即為道德上正確的規範。舉死刑的存廢為例，若所有參與者在理想的情境中，皆充分討論該制度的優缺點或

---

<sup>3</sup> 不過阿列西也主張，並非任何違反正義的行為就是違反人權。換言之，正義的範圍大於人權，人權為正義的核心。此主張對他理論是否有關鍵影響，目前尚待研究。

者其本身的道德性，而最後所有參與者皆同意死刑的廢除時，那麼禁止死刑即是道德上正確，反之，允許死刑即違反道德。

不僅論辯的程序為道德正確性提供一個可能性，理性的論辯也預設了一組論辯規則 (Alexy, 2010a: 187-202)<sup>4</sup> 來提供一個公平的程序框架，例如禁止矛盾、語言的清晰、經驗事實的可信賴性、平等、真誠、角色互換、結果考量、衡量、非強迫等，以保障每個人在論辯中都能夠自由且平等地提出問題且為自己的立場辯護。因而當人們在給予與要求理由的同時，就必定要遵守論辯規則，否則會構成「以言行事的矛盾」(performative contradiction)。「以言行事的矛盾」簡單而言，就是說話者說話的內容，違反了透過說話所進行的語言行為所預設的條件或規則 (Habermas, 1983: 90)。例如：當有人說「我不存在」，此時他並不只是表達出一個命題，他也進行了一個語言行為：「宣稱」。而以言行事的矛盾就在於，表達的內容「我不存在」違背了該語言行為所預設的條件，也就是「說話者必須存在」。易言之，若無人存在，就不會有人進行一個宣稱的語言行為。同樣的道理，在論辯此語言行為的情況下，若懷疑論者要以論辯的方式否定論辯規則的普遍性，那麼他自身將會陷入以言行事的矛盾。換言之，他所說出「無須遵守論辯規則」的命題，違背了他進行論辯時所預設的前提，也就是「需要遵守論辯規則」。透過以言行事的矛盾，阿列西從人類的論證實踐裡提煉出論證規則的普遍性，而論辯規則為自由與平等提供了正當性，自由與平等又是人權的基礎。是以，在闡明的論據裡，阿列西從人類的論證實踐裡證明了人權的存在。

---

<sup>4</sup> 對於論辯規則的中文詳細介紹，請參閱顏厥安 (1998a: 112-139)。

然而，單純的論辯規則只能說明人權可能存在，卻無法證明人權必然存在，畢竟論辯規則所隱含的自由與平等皆僅限於溝通的場域，出了該場域，人們並無道德義務尊重他人的自由與平等權利，就如同人們還是可能跟奴隸論辯一樣，此結果明顯與人權的訴求相違背。闡明論據僅僅是證明人權存在的必要論據，而非充分論據。因此，阿列西提供了另一個論據，亦即存在的論據來補充闡明論據。闡明論據僅說明到人們有能力進行論辯，且進行論辯時該遵守論辯規則，但卻無法證明人們必然擁有論辯的興趣 (interest)，以致於以合意的方式解決社會衝突。存在的論據則指出，該對道德正確性的興趣與人們的決定相互牽連，也就是說，該興趣涉及人類最基本的問題：是否我們想要將自己視為溝通的、理性的生物。這是關於「我們是誰」的決定，也因此阿列西稱該論據為「存在的」論據。對阿列西而言，該項決定並非奠基於毫無根據、任意的偏好上，反倒是確認一個已經透過闡明論據被證明為與人類本質相連結的必然可能性 (necessary possibility)。作為一個代言必然可能性的存在論據，它與闡明論據內在相互連結，而阿列西稱該連結為「闡明－存在的證明」(explicative-existential justification)。

## 二、事實面向

然而，也並非所有的問題都能夠透過道德論證來解決，因為論辯程序無法保證一直能夠得出確定的答案。阿列西將論證的結果分為「論辯地必然」(discursively necessary)、「論辯地不可能」(discursively impossible) 以及「論辯地可能」(discursively possible) (Alexy, 2010a: 17, 207)。「論辯地必然」結果係指任何論辯參與者皆必然會同意的結果，例如對阿列西而言，人權就是論辯下必然的結果，因為參與者既然進行論辯，就應該遵守論辯規則以及該規則所隱含



的人權，否則就會落入上述的以言行事的矛盾。因此，論辯的程序自然而然就會得出符合人權的結論。民主亦是如此。反之，「論辯地不可能」係指某項結果必然不會通過論辯過程的考驗，必然不會是論辯後所有參與者能接受的結果，例如否定人權的提案就是論辯下不可能出現的結果，阿列西以奴隸制為例。不過，論辯理論的問題就在於，該理論允許「論辯地可能」此結果的存在，而且該結果也很常存在，也就是說，各持相反意見的雙方都能夠在不違反論辯規則的情況下證成自己的論點。在這種情況下，雙方既無法真正說服他人，也無法被他人說服，因而論辯程序才無法保證能夠一直得出確定的答案，這樣的結果如同 John Rawls 所言的「合理的分歧」(reasonable disagreement)。而這樣的分歧，具體可表現在人權也常與其他人權或集體利益相衝突的分歧上 (Alexy, 2013a: 102)，或者是參與者對於人權具體的應用尚有爭執。「人權作為抽象權利為論辯地必然，但這不表示他們在具體案件中的應用一直是論辯必然性的事情。關於人權在具體案件中所要求的內容，也可能存在著理性的歧見」(2010b: 178, n. 15)。<sup>5</sup> 「論辯地可能」此結果就形成了論辯理論的認知問題。

為解決論辯理論所遺留的問題，阿列西的理論離開了法律的理想面向而過渡到事實面向，也就是藉由實定法 (positive law) 所規定的程序，例如議會的投票，來保證做出一個決斷。此時，事實層面的權威制定性以及社會實效性的重要性就被彰顯出來。該特性不僅能夠解決上述認知問題，在各種皆有說服力的方案中選擇其一，因為實效的關係，亦可透過強制力解決執行問題以及組織問題。<sup>6</sup> 執行問題係指，道德規範不能僅依賴個人自發性的遵守，若每個人違

---

<sup>5</sup> 亦可參考 Alexy (1998: 256, 2004: 16, 2005: 67-68)。

<sup>6</sup> Jürgen Habermas (1994: 146-151) 也是持該觀點，請參閱。

反規範而又不受任何懲罰，則規範將會失去社會實效，因此法律的執行是必要的。而組織問題則是出於，個人自發性的道德行動無法滿足當今眾多且複雜的道德需求，例如失業救濟金。對此，組織的機制是必要的，而組織就預設了法律制度 (Alexy, 2003b: 8)。整體看來，因為論辯此單一程序所造成的認知問題、執行問題與組織問題，法律理想面向的不足就導出實定法的必要性，也就是事實面向的必要性。在此，阿列西證明出法律的事實面向。不過值得一提的是，阿列西認為此必要性並非出自於實定法，而是道德的要求，其要求人們避免無政府與內戰狀態，並且實現社會合作的利益。<sup>7</sup>

### 三、理想與事實的調和

雖然存在著實定法的必要性，但是這並不意味著法律雙重本質理論即為法實證主義。實定法的建立並不排斥道德性。阿列西認為，作為理想面向的道德性還是存活在事實面向裡 (Alexy, 2013a: 102)。因此，他在此區分兩種層次的正確性：一階正確性 (first-order correctness) 與二階正確性 (second-order correctness)。比起一階正確性僅提及理想層面，也就是正義原則，二階正確性涵蓋了理想與事實面向，也就是同時考慮到正義原則與法的安定性原則。在這種區分下，二階的正確性宣稱就必然連接了正義原則與法安定性原則。對阿列西來說，法安定性原則是一種形式原則，它要求對權威的制定性與社會實效的承諾，反之，正義原則是一種實質的原則，它要求一個決定必須道德上正確。這兩個原則經常相互衝突。是以，法律雙重本質理論第三步驟就是去界定這兩個原則彼此間正確的

---

<sup>7</sup> 此論點將會進一步影響法安定性原則的定性，請參閱本文註 18。

位置，而阿列西認為調解衝突方法則是透過衡平 (balancing)，此時就是理性制度化的問題。

### (一) 拉德布魯赫公式

理性制度化是個複雜的議題，其中一個就是法律的最外層邊界，也就是何時法律規範會失去法律的特徵與效力。而這議題涉及法實證主義與非法實證主義之爭。阿列西認為，法實證主義與其他非(法)實證主義<sup>8</sup>都沒有給予理想與事實面向適合的份量，某些立場太偏向事實面向而忽略理想面向，而另一些則是完全相反。唯有他提倡的包容的非法實證主義，才能正確地平衡這兩個矛盾的本質。而最能表現包容非法實證主義的立場則為簡化版的拉德布魯赫公式，也就是「極端不正義即非法律」(extreme injustice is no law)。<sup>9</sup>阿

<sup>8</sup> 阿列西進一步依據法律效力與法律內含的道德瑕疵之間的關係，將非法實證主義區分為排他的 (exclusive)、包容的 (inclusive) 與超包容的 (super-inclusive) 非法實證主義 (Alexy, 2012b: 4-7, 2017: 327-329)。排他的非法實證主義為非法實證主義中最剛強的形式，該立場認為法律規範若有任何道德上的缺陷，它將會失去法效力。最能夠表達此立場的理論為聖奧古斯丁 (Aurelius Augustinus Hipponensis) (395/2006) 的名言：「一項不公平的法律，對我來說並非法律」(86)，而與排他的非法實證主義極端相反的是超包容的非法實證主義，該主義認為不管法律規範在道德上來看如何的不足、錯誤，該規範並不會失去法律效力。該立場的代表人物為阿奎納 (Thomas Aquinas)、康德以及 John Finnis。包容的非法實證主義則是阿列西所提的法律雙重本質理論。

<sup>9</sup> 此為拉德布魯赫 (Gustav Radbruch) 於 1946 年發表在〈制定法之不法與超越制定法之法〉(“Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”) 一文中所提出的「無法忍受公式」(Unertäglickeitsformel)。雖然拉德布魯赫也額外提出了一個「否認公式」(Verleugnungsformel)，主張實定法在被制定時若故意不追求正義，故意否認正義的核心——平等，那麼該實定法並非只是不正之法 (unrichtiges Recht)，而是全然欠缺法律的本質。關於拉德布魯赫公式更詳細的介紹，請參閱黃忠正 (2013)。然而，由於阿列西認為否認公式所涉及立法者的主觀意志較難以證明，因此阿列西的重心僅放在能夠接受客觀檢驗的無法忍受公式 (Alexy, 2003a: 469, n. 3)。阿列西對拉德布魯赫公式的另外論證可參閱 Alexy (2011: 70-108)。

列西認為，若一個由權威制定且具有社會實效的法律規範，其道德瑕疵並不嚴重到超越極端不正義的門檻時，該法律規範僅僅是有所缺失，但還是保有效力。唯有當極端不正義的門檻被超過了，不正義所導致的道德瑕疵才得以破壞一個法律規範的法律特徵與其效力。而如同上述，判斷極端不正義的標準就是視法律是否極端地違反人權 (Alexy, 2013a: 108)，也就是違反人權的核心概念 (1995: 104, 1998: 252)。阿列西以納粹法律因為種族因素而剝奪猶太人財產作為例子。納粹德國於 1941 年所頒布的帝國公民法第 11 號施行命令 (11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz) 的第 2 條，基於種族理由剝奪了流亡猶太人的德國國籍，戰後一位猶太裔女士因此無法提領銀行帳戶裡的存款。阿列西同意德國聯邦法院的判決，認為該項命令自始無效。其理由為，若猶太裔女士基於種族理由無法取回其被沒收的財產，那麼正義原則將會被嚴重侵害；而另一方面若宣判該項命令失效，法的安定性原則則僅是輕度或中度地被干涉 (2015b: 446, 2017: 333)，畢竟並非所有不正義的法律都會導致法效力的失去。因此，在衡量雙方原則的輕重之下，結果應該傾向支持正義原則。拉德布魯赫公式的特質在於，它並不要求法律與道德完全的統一，它讓一個不正義的實定法還是能夠有效，唯有跨過了極端不正義的門檻，正義原則才對法安定性原則享有優先性。是以，在法律雙重本質理論裡，兩個原則並非被配置到光譜的兩個極端上，而是有各自適合的分量。

## (二) 民主

法律的最外層邊界對理性的制度化而言是一個必要的，但非充分的條件。為了實現理性的制度化，不只應在邊界解決正當性與實定性衝突問題，而是讓這兩者在法體系的內部也能夠相互結合，而

民主憲政主義就是最佳的政治制度。民主因為同時有論辯程序與決定程序，也具有雙重本質。可決定結果的多數決<sup>10</sup> 為事實面向，而決定前的論辯過程則為民主的理想面向 (Alexy, 2017: 338)。阿列西認為，能夠實現二階正確性的最佳可能方案為民主的制度化，亦可稱為審議式民主。

### (三) 司法審查

基本權是人權的實定法化、憲法化。不過人權在轉換成基本權時不會失去其道德效力，反而額外獲得實定法的效力 (Alexy, 2005: 68, 2012a: 333)。實定法強化了人權作為道德權利的功能。阿列西認為，在理想的民主裡，民主與基本權原則上並不會相衝突。但在實際的民主裡，民主與基本權的衝突無可避免，民主所決定的法律有可能會侵害人民的基本權。為解決該衝突，憲法法院就有其存在的意義 (1998: 262-264, 1999: 37-38, 2005: 71-72, 2006a: 255-256, 2006b: 22-23)。依據阿列西的想法，由於憲法法院不會受到政治選舉、選民的控制，它可以單純透過論辯來就事論事，因此比起議會而言，它更接近法律的理想面 (2010b: 178)。換句話說，憲法法院可以被認為是人民溝通、論辯的代表，在憲法法院中可以僅僅藉由論辯來找尋正確性。在這層意義下阿列西將司法審查視為一種可使得逐漸接近正確性為可能的程序。當然，若憲法法院能夠成功代表人民論辯的話，它的論證必須**事實上**在公共領域以及政治機構中找到共鳴，而且該共鳴也受過論辯、討論檢視過 (1996c: 85)。「足夠數量的人們必須，至少長期而言，接受這個論證為正確的論證」(2015a: 212)。當公共領域、立法者與憲法法院持續承認此反思

---

<sup>10</sup> 應注意的是，阿列西的民主概念在理論上必定不包含一致決規則 (unanimity rule)，一致決規則的適用僅出現在論辯程序。

的程序的話，阿列西認為人權在民主憲政國家的制度化就已達成。憲法法院家長式的危險也將可被避免，也就是說法律不再是單方面由上而下地被制定出來，而是也允許由下而上的溝通討論。由此司法審查與議會的關係可看出法律的雙重本質的相互辯證。

## 參、評法律雙重本質理論

阿列西的雙重本質理論說明了人權、民主、憲法法院與拉德布魯赫公式各自適當的位置，也藉此證成其正當性。然而，阿列西是否真如其所宣稱的，提出一個毫無矛盾的理論來回答「法是什麼」的問題？此問題的探討將是本節重點。跟隨阿列西的論證順序，本文先檢視理想面向的證明，之後再審視事實面向，最後是理想與事實的調和。

### 一、理想面向

阿列西證明作為法律理想本質的人權的論據為闡明的論據與存在的論據。闡明的論據證明了人們論證時應遵守辯論規則，而存在的論據欲證明人們將自身理解為溝通的生物。阿列西在闡明的論據裡正確地認知到「宣稱」此行為最多只能證成論辯規則的部分效力，而非普世效力，唯有輔以存在論據，人權的普世性方可得證。然而，關鍵就在於，是否我們應該或必然地將自身理解為溝通的生物？這問題阿列西自己可能也並不這麼認為，畢竟他也知道這個理解涉及到「決定」，既然理解是一種決定，就屬於偶然的範疇，而非必然的範疇。<sup>11</sup> 換言之，我們的確有可能在遇到衝突時將自身理

---

<sup>11</sup> 此為倫理學上決斷論 (Dezisionismus) 者的批評。決斷論者認為所有的道德規範、價值背後皆無理性或理由所支持，它們都僅是行為者主觀恣意決斷而來，因此不具備普遍性。無法普遍化的道德規範，自然人們就不必然該遵守之。

解為溝通的、理性的生物，而遵守論辯規則，進而視人權為普世價值。但這命題僅僅是一個可能性，而非必然性。更何況縱使我們決定將自身理解為溝通的、理性的生物，然而「生物」這概念還是包含著經驗、感官面向，也就是說「理性的生物」這想法本身就蘊含著矛盾。是以，阿列西的闡明與存在論據無法證明出人權的普世性，也就是法律的理想面向。

從阿列西早期欲證明論辯規則普世性的版本也可看出此問題點。阿列西早期將論辯規則普世效力之證明分為三個論證部分：「先驗論證」(the transcendental argument)、「個人效益最大化」(maximization of individual utility) 以及「對正確性的興趣」(the interest in correctness) (Alexy, 1993: 22-24, 1996a: 212-233, 1996b: 348-350)。<sup>12</sup> 「先驗論證」等同於上述的闡明的論據，在此就不再贅述。而為確保論辯規則在非論辯場域也是有效的，阿列西借助「個人效益最大化」以及「對正確性的興趣」來證明持有論證興趣的必然性。「個人效益最大化」論證說明到，對於奉行個人效益最大化的專制君主、貴族或獨裁者而言，進行論辯來證明其統治的正當性是比較有利且理性的，因為暴力的使用非常昂貴，長期之下也會造成不穩定與革命的風險。這個論證會透過第三個「對正確性的興趣」的論證有所加強，亦即從經驗上、人類學理論來看，必然存在著足夠數量對正確性持有興趣的人們。當專制者拒絕進入論辯場域時，他就必須要冒著被這些對正確性持有興趣的人民推翻的風險。是以，阿列西認為專制者最終還是必須——完全在馬基維利的意義下——在理性的考量下決定進行論辯，也必須遵守論辯規則及人權。此時，論辯規則對於持有對正確性興趣的人們具有直接主觀的效力，他們

---

<sup>12</sup> 其他中文介紹請參閱吳元曜 (2009: 45-54) 以及顏厥安 (1998b: 230-232)。

願意主動遵守論辯規則，而對於單純想要極大化個人利益的人來說，則是僅有外部客觀的效力，在利益考量之下才被動地遵守論辯規則。

然而，上述的論證同樣可以引起許多質疑。首先，如同阿列西所認同的，先驗的論據無法證明動機與興趣，阿列西的證明最終都是奠基在個人的興趣上 (Sieckmann, 2007: 202)。每個人都在追求各自的興趣，不管是對正當性的興趣或者是其他興趣。而論辯本身就成為了滿足自身興趣——或者以康德的語言——滿足自身愛好 (Neigung) 的一種工具。這樣的論證模式並非是先驗義務論式的 (a priori deontologisch)，而是出於經驗上利益式的 (a posteriori utilitaristisch)。如此經驗式的論證，不僅破壞了應然與實然的區分，還無法證明一個道德命題的普世效力。也因此，論辯規則最終只不過是一種假言令式 (hypothetische Imperative) (Haas, 2019: 190; Pinzani, 1995: 528; Wesche, 1999: 87-89)，無法普遍適用在所有情況，而是只能在特殊的經驗框架內有效。以阿列西的論據來說，就可以提出以下幾點質疑：<sup>13</sup> (1) 並非所有專制君主都欲追求長期穩定的統治。(2) 縱使專制君主願意追求長期穩定的治理，暴力鎮壓不一定比對正當性的證明還要昂貴。(3) 也並非一直存在足夠數量對正確性持有興趣的人們。因此阿列西對於 Jürgen Habermas 經驗式證明的批評 (Alexy, 1993: 21) 也同樣適用在他自身。

阿列西也深知這些批評。不過他認為可以透過拒絕支持這些批評的命題來削減批評的效力。阿列西認為這些批評要成功的話，唯有當人們必定將「證明必然的論證動機」視為「證明論辯規則普世性」的一環。不過事實卻非如此 (Alexy, 1996b: 350)。阿列西認為，

---

<sup>13</sup> 類似的批評也可參閱 Gril (1997: 214-215, 1998: 147-150) 與 Hain (2001: 208-210)。



不必證明出必然的論證動機也可以證明出論辯規則的普世性，就如同專制君主不必然具有論證動機，但結果上他還是必須遵守論辯規則。針對阿列西這樣對批評者的回應，本文認為阿列西混淆了論辯規則的認知層次與應用層次。論辯規則普世性的證明是道德正確性的**認知**層次，而論辯動機則是該正確性的**應用**層次。認知與應用應當相互分離。批評阿列西理論的人當然不會主張必然的論證動機是證明出論辯規則普世性必然的一部分。反之，他們反而認為該動機是論證中最不重要的一環，他們不想探討人們有沒有動機、想不想論辯的問題，反而只想要聚焦在認知層次上，也就是出於何種理由讓人們理解到他們應該要論辯的這個問題上。懷疑論者認為，人們在認知層次根本就不認同論辯規則作為唯一有效的普世價值，不認為存在某種普世道德價值，無關乎任何動機。關於這點，Steffen Wesche (1999) 正確地指出：「任何人如同阿列西只在合法性而非道德性，只在組織的而非主觀效力的框架下論證，他就無法聲稱使用證明的概念」(87)。<sup>14</sup> 也就是說，阿列西必須在道德正確性的層面上直接證明出，該如何認知到何謂正確的道德價值或規範，而不是利用外在強制力來增加人們論證的動機。況且，阿列西在其後來的法理論中也認為論辯動機的缺乏是法律應該處理的問題，而非道德問題。

阿列西自己也承認，他的論證只是一種半客觀 (halb-objektive) 的證明，雖然比單純的客觀證明較少說服力，但比起單純主觀的證明卻有著較強的優勢 (Alexy, 2012b: 13, 2013b: 18)。阿列西堅持主張，因為部分客觀的證明，論辯規則與人權的普世性即可被證成。「一個客觀—主觀的證明雖非所有最好的，但也是最好的」(2022:

---

<sup>14</sup> 同樣的批評請參閱 Gril (1998: 150-151)。

19)。<sup>15</sup> 然而這樣的回應還是可以以上述的批評來反駁，也就是阿列西證明中所謂的客觀因素最終也只是主觀因素的工具而已。換言之，單純主觀的興趣來決定是否進入所謂客觀的論辯場域。如果真的有一群人對正確性有興趣的話，那麼他們就不會強迫專制者與他們對話，因為專制者被強迫時便無法自由地論辯，而必須隨時擔心受制於對正確性有興趣的人的暴力之中。如此一來，論辯理論所要求的「較佳論據無強制的強制」(Habermas, 1991: 132) 就為天方夜譚。而那些對於正確性有興趣的人們，最終也只不過是強迫他人追求與他們相同的個人興趣而已，其與專制者並無兩樣。

若將阿列西論證策略中作為所謂客觀元素的論辯規則替換成「上帝意志的探尋規則」，上述的批評就更加清楚了 (Gril, 1997: 215, 1998: 149)。「上帝意志的探尋規則」普世性的證成如下：假設存在足夠數量的一群宗教信仰的人們，而他們對於正確性持有興趣，而且認為上帝的意志為唯一通往正確性的道路。另外也存在著一群並不信仰上帝而只希望極大化個人興趣的人群。現在，當無信仰者對上帝的戒律不敬時，他們必須考量到宗教團體的反抗。因為與宗教團體抗爭是非常昂貴與費力的事，因此對於無信仰者而言，單純遵循為探求上帝意志的先驗語用 (transzendentalpragmatisch) 規則，長期而言是有好處且理性的。如此一來，「上帝意志的探尋規則」以及上帝戒律即可被證明為普世的道德規範，此證明對於宗教團體而言是主觀證成，而對於無信仰者來說則是客觀證明。從這個聽起來很荒唐的例子可以看出，阿列西的論證策略都可以證出任何一種道德立場，不管是論辯規則還是上帝意志的探尋規則，因為

---

<sup>15</sup> 「所有最好的」原文為“das Allerebeste”，「最好的」原文為“das Beste”，阿列西並沒有進一步解釋這兩者之間的差異。從他用詞的脈絡來看，只能知道「最好的」證明方式就足夠證成人權的普世性。

最關鍵的證明步驟乃藏在支持該規則的團體背後所附帶的暴力元素，而該元素與任何道德要求皆可相結合，致使反對者因為暴力而屈服於支持者的行為也可以是一種理性的展現。綜上所述，論辯規則與人權的普世性最終還是無法被證成，並不存在合理的理由支持人們遇到衝突時應該論證的道德義務。<sup>16</sup> 不過為方便闡述阿列西理論中更深層的矛盾，以下的論述還是假設「理想面向已被證成」。

## 二、事實面向

處理完理想面向，接續檢視阿列西對事實面向的證明。阿列西認為權威的制定性能夠解決眾人論辯後所遺留的認知問題，因此由法律的理想面向過渡到事實面向。若此想法正確，那麼阿列西就無法認為民主議會還是屬於理想面向，而該歸為單純的社會事實。畢竟在阿列西的理論中，人權作為理想面向還是太過抽象、模稜兩可，與存在於現實時空中的經驗社會相距太遠，唯有事實面向才能反映出眾人真實的想法，做出最有利的決定，而確實阿列西就將民主裡的多數決視為事實面向。不過此一立場卻與其另一方面所持民主為「論辯地必然」之想法相違背。如同本文第貳章第二節所述，「論辯地必然」表示某種價值必然是眾人論辯後皆會接受的結果，而對阿列西而言，人權如此，民主也是如此。「任何人想要正確性，就必須要論辯；任何人想要論辯，就必須要民主」(Alexy, 1996b: 354, 2009: 162)。然而，阿列西若主張民主也是「論辯地必然」，那麼民主就會與人權一樣皆屬於理想面向，而非事實面向，那麼多數決的事實面向又該如何解釋？顯然在此存在體系上的矛盾。阿列西可能會回應道，只有多數決屬於事實面向，而非民主屬於事實面向，

---

<sup>16</sup> 同樣見解也可參閱 Bäcker (2022: 35-37) 與 Hilgendorf (2022: 91-93)。

畢竟民主裡尚有論辯程序，而該論辯程序屬於理想面向，也因此整體上民主還是位於理想面向，還是「論辯地必然」。不過，本文以為，為求凸顯「民主」與「論辯」這兩個概念之間的差異，也就是相較於一階正確性的論辯可能無法確保一個決定的產生，民主在此最大的特徵就是多數決的決斷性。是以，民主在此應該如同多數決一樣歸屬於事實面向，而非理想面向。否則，阿列西無法解釋為何在民主的概念中同樣存在著理想與事實面向，但民主卻只屬於理想面向？是否在同一邏輯之下，我們也是可以說阿列西的法概念也因為同樣帶有理想與事實面向，所以法律也只屬於理想面向？

若單就概念上來分析，民主或者多數決確實應與論辯處於不同面向，畢竟除非經驗上眾人必然皆同意某種程序作為決議手段，因而依照論辯理論而獲得正當性成為理想面向，否則概念上單純「論辯」本身也無法得出，眾人必定遵循某個非一致決的程序來做出決定的結論。雖然阿列西如同 Carlos Santiago Nino 認為唯有藉由辯論或審議地民主的制度化的論辯的理念才能漸進式地被實現 (Alexy, 1996b: 354)。然而此想法是偏頗的，正因為認知問題，吾人才無法得知兩者皆為合理的方案中何謂正確規範 (Spaak, 2020: 161-162)，更遑論何者能更接近正確規範，或更接近論辯的理念。多數人所認同的命題不表示該命題為真或好，尤其是當雙方都無法說服彼此，卻也接受彼此之論據有道理時。此時若偏袒多數意見，無形就是違背一開始論辯理論的初衷——如果該初衷能夠被證成的話——也就是平等自由的地位。更何況，若支持某個立場的人們發現他們為絕對多數時，他們極有可能不再與少數人論辯、討論，反而決定逕行投票，這樣也違反論辯的本質。是以，與其以多數決作為決策手段，倒不如用抽籤或擲骰子的方式來決定該從兩者皆為合理的方案中選取哪一個較為妥當 (Su, 2019: 214)。如此的隨機性不

但公平不偏頗，能夠避免多數暴力，讓少數族群（例如原住民族）不會在一開始就處於制度上的弱勢，也更能符合論辯理論所謂「無強制的強制」，單純讓理由來說服他人，而非靠著人多勢眾。再者，阿列西也堅持正確的利益衡量為解決衝突之道（Alexy, 1994: 147）。至於該如何詮釋、衡量及修正各自的利益，阿列西則跟隨著 Günther Patzig 的觀點主張這些是「每位利害關係人的職責」（Sache des oder der jeweils Betroffenen）（Alexy, 1994: 148）。換句話說，本文認為，作為論辯倫理學家的阿列西不應該代替利害關係人來決定，在出現認知問題時，民主程序即為最佳衡量利益的方案。相反的，論辯倫理學家應該讓**決定程序本身**也作為討論的議題，由眾人透過論辯去決定，而民主程序也只是眾人在論辯後可能共同同意的選項。簡言之，「民主程序」包含「論辯程序」，但「論辯程序」不必然推出「民主程序」。「民主程序」多了「論辯程序」所沒有的「多數決規則」，該規則在概念上不必然會被少數人所接受。民主僅為「論辯地可能」而非「論辯地必然」。在未能證明民主程序在經驗上必然被眾人接受之前，在此時理論建構的概念運用中，民主僅能被論斷為非理想的事實面向。

### 三、理想與事實的調和

在釐清民主的本質——相對於理想面向的論辯——係屬事實面向之後，理想與事實之間的矛盾，以及正義原則與法安定性原則之間的扞格，對阿列西而言，在民主國家中就能夠表現在基本權與民主的齟齬，而在非民主國家則是人權與制定法的衝突上。阿列西為調和基本權與民主之間矛盾的方法就是憲法法院。根據阿列西的想法，比起議會的決定，憲法法院的判決較接近法律的理想面向，因為憲法法院法官並不受政治上選舉的控制，較能夠僅透過論辯的方

式來下決定。是以，司法審查可以被認為是人民溝通、論辯的代表。不過針對這個說法，至少存在下述幾點可以反駁：(1) 不正是選舉政治上的控管才能夠保證實定法與人民的真實生活相互連結嗎？阿列西自身也承認到，憲法法院的判決也必須在公共領域以及政治機構中找到共鳴。那為何一開始不就让議會與民眾間好好相互溝通、論辯？況且，「找到共鳴」的要求也會導致許多問題。例如當憲法法院的判決無法反映出人民的想法，是否憲法法院就能夠被廢除？另外，該如何去確認該共鳴，若不是從民主議會中？更矛盾的是，不就是因為統一的意見無法形成，而遺留成為認知問題，議會才因此獲得權威的制定性？才因此能夠決定人權的具體內容？阿列西希望此認知問題最後能夠再次獲得人民共通的支持之想法，無異是理論體系上的錯置。(2) 阿列西也主張人權在沒有權衡之下是不可能應用在具體案例上 (Alexy, 2005: 67, 69)。果真如此，議會裡的權衡不就能比憲法法院裡的權衡更能夠在一開始涵蓋更多元的利益，考慮到更廣的層面，運用更多的經驗事實嗎？(3) 實務上，憲法法院也是很大一部分透過多數決來決定某條法律是否違憲。然而，多數決規則對阿列西而言不也是屬於事實面向，何來憲法法院比較接近法律理想面向？

阿列西為調和非民主國家中針對人權與制定法之間的不合，所提出的簡化版的拉德布魯赫公式，也同樣存在許多問題。簡化版的拉德布魯赫公式係指「極端不正義即非法律」，而判斷極端不正義的標準即為視法律是否違反人權的核心概念。阿列西透過法律的雙重本質理論去證成拉德布魯赫公式，他認為簡化版的拉德布魯赫公式最能夠平衡與兼顧理想與事實的面向，不像法實證主義或其他非法實證主義都僅偏頗其中一邊。然而問題是，阿列西並沒有證成為何法律只能具有雙重本質，而不能只具有單一本質，不管是理想或事

實本質。阿列西否定法實證主義或其他非法實證主義的理由最終乃在於它們並未兼顧雙重本質，然而此論點只是顯示阿列西與其他人之間立場的差異，並沒有進一步地給予理由去證成阿列西自身立場的合理性。再者，縱使法律真的具有雙重本質，最佳平衡理想與事實面向的結果也不一定就是拉德布魯赫公式，概念上仍然可以再劃分一個「極端缺乏法安定性」的領域，說明到某法律雖然違反極端不正義，但由於讓其失去法特徵與法效力又會使法安定性極端地被破壞，因此還是保留其法律特徵與效力。此立場應可被稱為「拉德布魯赫反向公式」。此立場也是如同拉德布魯赫公式一樣考慮到理想與事實的重量，並無一面倒向其中一方，也可以被視為權衡理想與事實之後的結果，也是符合阿列西的理論標準。以阿列西所舉的例子來說明，假設宣判剝奪猶太人財產的納粹法律失效的判決，會反過來極端地改變現有的法秩序，極端地改變每個人現有的權利範圍，這樣對法律安定性的侵害程度，就不會是原來阿列西例子裡所以為的單純輕度或中度，而是非常重度，因此在權衡之後，法安定性又能夠反過來享有優先性。或者以臺灣當今所面臨的原住民土地正義問題為例：假設國家先前占有原住民之傳統領域的行為被認定為極端不正義，而被判決應該返還土地給原住民時，若國家返還土地的成本非常巨大，必須牽動許多人的財產權範圍，那麼在衡量利弊得失的情況下，阿列西的法理論很難說明為何不能保留不正義之法的法律特徵與效力。簡言之，阿列西並無證成拉德布魯赫公式的正當性，「拉德布魯赫反向公式」在阿列西的理論框架下亦可成立。

然而，本文以為，與其討論形式上抽象價值的輕重比較，最關鍵的問題在於，從阿列西的理論中還是無法找到作為定量標準的度量尺，來判斷實務上何謂極端不正義。阿列西認為極端不正義的標準即為人權的核心概念。而又該如何認知到人權的核心概念？阿列

西主張經由「論證」(argument)：「道德盲目與簡易道德錯誤的現象釐清道，是否某事是極端的不正義的問題無法最終藉由直覺或者經驗證據來判斷，而是僅能藉由論證」(Alexy, 1995: 107)。<sup>17</sup> 是以，在法律最外層邊界的問題上，還是得回到最原始理想面向的「論證」這個概念。但是同樣地，這樣的主張還是無法避開上述的認知問題，也就是縱使雙方都能夠共同同意接受抽象的人權價值，但對於該價值應用在具體個案上的最終結果卻有合理的歧見，認知問題還是無法被解決。更抽象地說，阿列西的二階正確性中所要解決正義原則與法安定性原則之間的衝突所用的衡平概念，最終還是經由「極端的不正義」、「人權的核心概念」、「論證」這些概念再度回到一階正確性的人權或正義原則。一階正確性與二階正確性透過「論證」形成了一個認知問題的迴圈循環，也因此光靠「論證」還是無法解決如何認定極端不正義的問題，進而無法正確地衡平正義原則與法安定性原則之間的衝突。是以，本文以為，阿列西所謂對於極端不正義的判斷，最終都還是得由執行拉德布魯赫公式的機關來做出權威性的終局裁決以解決紛爭。

#### 四、重構法律雙重本質理論

如果上述的分析具有說服力的話，那麼在阿列西的雙重法律本質理論裡，理想的人權與事實的民主在本質上根本就不會相互衝突，反之兩者還互為預設。如同上述，法律的理想面向由抽象的人權所構成。人權之抽象程度，讓人們可以毫無困難一般性地接受其作為普世價值。困難的地方反而在於，該如何讓抽象的人權避開認知問題，在諸多紛爭中具體化。如同上述，對阿列西而言實際運作

---

<sup>17</sup> 另外也可參考 Alexy (2003a: 483)。



的政治程序就是解方。民主多數決則是為了解決認知問題，進而具體化人權的內容。因此阿列西所提出的法律的理想本質與事實本質並不會如同阿列西所宣稱的處於衝突關係，而是互補關係。理想本質為事實本質提供抽象的概念性 (Begrifflichkeit)，而事實本質為理想本質提供具體的內容。在此重構中，理想本質在位於現實的社會裡並無法為法律提供具體的邊界，因為形式上的理想根本無法跨越至另一個範疇，干涉事實範疇的內容。能相互衝突的事物必須同屬一個範疇 (Finnis, 2014: 101)。<sup>18</sup> 如此一來，若由如同阿列西所主張以法律的最外層邊界存在與否作為判斷是否為法實證主義的立

---

<sup>18</sup> 從阿列西回應 Finnis 的批評來看，阿列西似乎認為他並無混淆應然與實然，相反地，實然面的要求乃是出於法的安定性原則，而法安定性原則作為一個原則或者作為一個規範，它與正義原則皆屬於規範層次 (Alexy, 2017: 331-332)。由此看來，阿列西似乎將人權與民主的衝突視為在規範層次上兩個原則的衝突，而非理想層面與事實層面的衝突。若是如此，阿列西也會遇到兩個問題：首先，若如阿列西所言應然與實然還是不屬於同一個範疇，並無混淆之說，那麼該如何解釋法安定性原則能夠賦予事實上的權威機關與社會實效正當性？畢竟藉由法安定性原則，實然獲得了應然的效力，要求其他人應遵守其事實上的權威與執行。看來應然與實然的連結在阿列西的理論中還是無法斷開。再者，若阿列西將法安定性視為規範層次，斷開法安定性與實然的連結，那麼其法律雙重本質理論不就僅是由包含兩種應然的理想面向所構成的理論，而無事實面向？換言之，法律雙重本質理論只是一個探究正確性的理論，探討究竟如何安排正義原則或者法安定性原則的位置才更理想，因此也只是單一本質的理論？這樣的質疑不無道理，畢竟阿列西在推導出事實面向的必要性時，所用的理由為另一種道德應然的要求，其要求人們應避免無政府與內戰狀態，並且實現社會合作的利益，如前所述。若是如此，那麼阿列西的法律雙重本質理論最終也只是一個探討法律應該遵守何種終極道德原則的理論，或者以拉德布魯赫的語言來說，法律理論在試圖釐清「正義和其自身的衝突」(ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst) (Radbruch, 1946: 107)。值得一提的是，探討這樣原則或價值之爭，就會「跳脫『如何分析法律的概念才能正確掌握法律的本質』這種分析法理論的框架，而進入關於實值價值的政治哲學討論」(王鵬翔, 2009: 285-286)。

場來看，那麼阿列西的法理論即為一種法實證主義，<sup>19</sup> 而非他所設想的包容的非法實證主義。阿列西的法概念只在概念上與道德相關，而非具體內容上。在其法律雙重本質理論中，法律的具體內容完全與正義原則無關，因為抽象的正義原則並無蘊含它概念本身以外更具體的內容，也因此才會產生認知問題。正義原則在阿列西理論中是如此地抽象，以至於能夠被所有論辯參與者所接受，為論辯地必然。但也因為如此，該抽象人權無法對於人們有任何具體的要求，任何人都能夠辯稱其行為係遵守抽象的人權或正義原則，不管其行為在他人眼裡多麼背離人權原則。他們會認為爭執點僅發生在對該人權的詮釋，例如將受恐怖份子所挾持的飛機射下來，雖然犧牲了機上無辜乘客的生命，但此項法律也能夠被解釋為對其他人的生命權的保障。是以，在具體內容上，法律正確性與道德正確性並無必然關聯。當然，無法否認的是，在人權的概念或名稱上，道德與法律之間確實存在著必然關聯。因為在阿列西的理論預設中，所有人皆能同意抽象人權作為其道德標準，所以民主議會在將抽象人權具體化、實定法化時，道德抽象人權依舊保有效力。透過抽象人權的概念，道德必然與法律發生關聯。縱使人們對抽象人權有著不同解讀，但是對於人權的認可並不會改變。

總結而言，阿列西的法律雙重本質理論一方面從具體道德內容來看係屬法實證主義陣營，另一方面卻因為抽象的人權概念也維持著非法實證主義的立場。而之所以會出現這樣的理論結果，本文以為，部分係出於阿列西不合理地將論辯規則抽象化。原本較為具體的規則，諸如「任何參與者皆可以參加論辯」、「任何人不得受論

---

<sup>19</sup> 王鵬翔 (2010: 164-166) 從另一角度認為阿列西的立場接近溫和的包容法實證主義。不過最新的著作則是認為阿列西非法實證的理論事實上為一種強 (stark) 自然法理論的受限版本 (Wang, 2022: 463-469)。

辯以外的強制力而無法論辯」等皆被簡化為「平等」、「自由」的原則，因而產生對於原則多種合理解釋可能性的認知問題。也因此，阿列西的理論中就需要事實性的機構來對這些原則加以詮釋。而這樣的雙重立場並不會因為將憲法法院納入理論考量而有所改變，蓋憲法法院作為一個權威性的機構應屬於事實面向，其排除了利害相關人參與討論，並非如同論辯理論最初所主張讓所有利害相關人皆能夠參與討論的理想面向，更遑論憲法法院也不是透過論辯理論所要求的一致決來得出結論，而是幾乎還是得藉助多數決規則來做出決定，而多數決規則在阿列西的理論中屬於事實面向。是以，不同於阿列西對自己立場的理解，本文以為在阿列西的理論中，憲法法院連同議會、執行拉德布魯赫公式的機構，三者共同分享法律的權威制定性。

對此，上述阿列西自己所提出所謂調和理想與事實衝突的複雜想法，就能夠被重構為：理想與事實之間並無衝突，反而衝突之發生在於議會、憲法法院以及執行拉德布魯赫公式的機關所共享的權威的制定性上，也就是該由哪個權威機關來詮釋理想的正義原則。此重建的法律雙重本質理論說明了法律最終還是由「權威的制定性」所決定，該理論中只有事實上是或不是法律，而無道德上好或惡的法律，又或者說，所有的法律皆是人權或者正義的體現，差異僅在於該由哪個機關來詮釋。<sup>20</sup> 這樣一來就如同阿列西所擔憂的，非理性主義的反對是合理的，蓋法律的正確性宣稱只能被限制在權威或者制度的面向裡，該正確性宣稱最終還是奠基在事實的本質上

---

<sup>20</sup> 以阿列西另一種說法，本文認為實質原則與形式原則並不會相衝突，因而也無法共量，衝突之處應該在只是該選擇哪一種形式原則作為將實質原則具體化為規則的手段。相關背景討論可參閱王鵬翔 (2007: 33-36, 2008: 380-383)、Wang (2017) 與 Sieckmann (2020: 277-278)。

(Alexy, 2010b: 171-172)。若將此分析結果應用在本文前言所描述的邊境守衛射殺案上，則法律雙重本質理論只會探討「東德法律是否為法律」，而不問「東德法律是否為惡法」。至於「東德法律是否為法律」的問題，則由該國權威機關所認定，無關該法律實質內容之善惡優劣。

## 肆、結論

阿列西用字清楚，句子簡潔有力，文章結構一目了然，也勤於與其他學者論戰，因此阿列西的思想能夠在國際上受到廣泛的重視與討論。不過問題是他在發展理論與回應批評時，習慣一直鑄造專有名詞與區分出新的概念，使得新舊概念之間的界線越來越模糊，甚至有些看似重要的概念僅出現在一、兩篇文章中，之後便遍尋不著。當越來越多這類的概念堆疊起來時，除了想法顯得幽暗晦澀，引發許多解釋與討論空間以外，又會遇到邏輯前後矛盾的問題，例如具有「權威制定性」的民主程序卻為「論辯地必然」，「具體」的論辯規則卻能夠證成「抽象」的人權。本文的貢獻在於，藉由爬梳阿列西 40 年來對於許多法哲學上重要概念的探討，希冀能夠清楚呈現阿列西較寬廣的論證邏輯。當然也透過本文的批評，<sup>21</sup> 讀者可以看出其理論的內在矛盾與不足，亦即該理論無法證明論辯規則與人權的普世性，又把民主矛盾地歸類為理想面向，並且無法證明出憲法法院的正當性與拉德布魯赫公式的有效性，最後阿列西也無意識到該理論所隱含的非法實證主義與法實證主義的二元立場。<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> 從其他觀點對阿列西法律雙重本質理論的批評可參閱 Klatt (2015: 476-477) 與 Neumann (2017)。

<sup>22</sup> 當然前提是假設人權的普世性在該理論被證立了。

然而阿列西豐富的理論內容卻清楚地點出，若要分析當代法律的本質，人們似乎繞不過一些當今重要的規範概念，例如正義、人權、民主、司法審查、法律論證等，而且這些概念之間也存在強烈的連結，不論是正面還是負面，因此在探討法律本質的問題時必須一併整體加以考量。在目前眾人對法律本質尚無統一見解的情況下，人們似乎只能繼續不斷地論證，就如同阿列西在一篇標題名為〈關於法律本質的論證本質〉(“The Nature of Arguments About the Nature of Law”)的文章中結尾道：「因此，在我們通往關於法律本質的論證王國的旅程終點上，我們抵達了我們所開始的論證類型：真誠地哲學論證」(Alexy, 2003b: 16)。

## 參考文獻

- 王鵬翔 (2007)。〈基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地 (gesetzgeberische Spielräume) 問題〉，《東吳法律學報》，18, 3: 1-40。(Wang, P.-H. [2007]. Constitutional rights as optimization requirements and framework—A preliminary inquiry of legislative discretion (gesetzgeberische Spielräume) from the viewpoint of principle-theory. *Soochow Law Review*, 18, 3: 1-40.) <https://doi.org/10.6416/SLR.200704.0001>
- 王鵬翔 (2008)。〈規則是法律推理的排它性理由嗎？〉，《2008 法律思想與社會變遷》，頁 345-386。中央研究院法律學研究所籌備處。(Wang, P.-H. [2008]. Are rules exclusionary reasons in legal reasoning? In *Jurisprudence and social change 2008* [pp. 345-386]. Institutum Iurisprudentiae [Preparatory Office], Academia Sinica.)
- 王鵬翔 (2009)。〈法概念與分離命題——論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭〉，《中研院法學期刊》，5: 229-289。(Wang, P.-H. [2009]. The concept of law and the separation thesis: Critical remarks on the Alexy-Raz debate about legal positivism. *Academia Sinica Law Journal*, 5: 229-289.)
- 王鵬翔 (2010)。〈反對安置命題〉，《中研院法學期刊》，7: 141-208。(Wang, P.-H. [2010]. Against the incorporation thesis. *Academia Sinica Law Journal*, 7: 141-208.)
- 吳元曜 (2009)。《Robert Alexy 之論證理論觀點與我國刑事法學之發展》。元照。(Wu, Y.-Y. [2009]. *Robert Alexy's perspective of argumentation theory and the development of criminal law in Taiwan*. Angle.)
- 李建良 (2007)。〈轉型不正義？——初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判〉，《月旦法學雜誌》，148: 5-32。(Lee, C.-L. [2007]. Transitional injustice?: A preliminary inquiry of the decisions of the German courts and the European Court of Human Rights in the Berlin Wall shooting case. *The Taiwan Law Review*, 148: 5-32.)

- 黃忠正 (2013)。〈論 Radbruch 公式〉，《政大法學評論》，132: 115-162。(Huang, C.-C. [2013]. A discussion on Radbruch's formula. *Chengchi Law Review*, 132: 115-162.)
- 薛智仁 (2019)。〈溯及既往禁止與轉型正義——以東德邊境守衛射殺案為例〉，《中研院法學期刊》，25: 131-204。(Hsueh, C.-J. [2019]. The principle of non-retroactivity and transitional justice: Taking the case of marksmen on the Berlin Wall as an example. *Academia Sinica Law Journal*, 25: 131-204.)
- 顏厥安 (1998a)。〈法、理性與論證——Robert Alexy 的法論證理論〉，《法與實踐理性》，頁 95-212。允晨文化。(Yen, C.-A. [1998a]. Law, reason and argumentation: The theory of legal argumentation by Robert Alexy. In *Law and practical reason* [pp. 95-212]. Asian Culture.)
- 顏厥安 (1998b)。〈法概念與實踐理性——德國法理學理論近年發展之介紹〉，《法與實踐理性》，頁 213-234。允晨文化。(Yen, C.-A. [1998b]. The concept of law and practical reason: An introduction to the recent development of German jurisprudence. In *Law and practical reason* [pp. 213-234]. Asian Culture.)
- Alexy, R. (1993). Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. In R. Alexy & C. Dreier (Eds.), *Rechtssystem und Praktische Vernunft* (pp. 11-29). Franz Steiner.
- Alexy, R. (1994). Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität. In P. Koller, W. Krawietz, & P. Strasser (Eds.), *Institution und Recht: Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger* (pp. 143-157). Duncker und Humblot.
- Alexy, R. (1995). Law, discourse, and time. In J. Bjarup & M. Blegvad (Eds.), *Time, law, and society: Proceedings of a Nordic symposium held May 1994 at Sandbjerg Gods, Denmark* (pp. 101-110). Franz Steiner.
- Alexy, R. (1996a). Discourse theory and human rights. *Ratio Juris*, 9, 3: 209-235. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1996.tb00241.x>

- Alexy, R. (1996b). Grundgesetz und Diskurstheorie. In W. Brugger (Ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (pp. 343-360). Nomos.
- Alexy, R. (1996c). Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas' prozeduralem Rechtsparadigma. In O. Behrends & W. Sellert (Eds.), *Gerechtigkeit und Geschichte: Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Dießelhorst* (pp. 78-89). Wallstein.
- Alexy, R. (1998). Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In S. Gosepath & G. Lohmann (Eds.), *Philosophie der Menschenrechte* (pp. 244-264). Suhrkamp.
- Alexy, R. (1999). My philosophy of law: The institutionalisation of reason. In L. J. Wintgens (Ed.), *The law in philosophical perspectives: My philosophy of law* (pp. 23-45). Springer. [https://doi.org/10.1007/978-94-015-9317-5\\_2](https://doi.org/10.1007/978-94-015-9317-5_2)
- Alexy, R. (2003a). Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. In R. Alexy, H.-J. Koch, L. Kuhlen, & H. Rießmann (Eds.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (pp. 469-492). Nomos.
- Alexy, R. (2003b). The nature of arguments about the nature of law. In L. H. Meyer, S. L. Paulson, & T. W. Pogge (Eds.), *Rights, culture, and the law: Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz* (pp. 3-16). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248254.003.0001>
- Alexy, R. (2004). Menschenrechte ohne Metaphysik? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, 1: 15-24. <https://doi.org/10.1524/dzph.2004.52.1.15>
- Alexy, R. (2005). Grund- und Menschenrechte. In J.-R. Sieckmann (Ed.), *Verfassung und Argumentation* (pp. 61-72). Nomos.
- Alexy, R. (2006a). Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation. In M. Becker & R. Zimmerling (Eds.), *Politik und Recht* (pp. 250-258). VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Alexy, R. (2006b). Discourse theory and fundamental rights. In A. J. Menéndez & E. O. Eriksen (Eds.), *Arguing fundamental rights*



- (pp. 15-29). Springer Netherlands. [https://doi.org/10.1007/1-4020-4919-4\\_1](https://doi.org/10.1007/1-4020-4919-4_1)
- Alexy, R. (2008). On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, 21, 3: 281-299. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2008.00391.x>
- Alexy, R. (2009). Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 95, 2: 151-166. <https://doi.org/10.25162/arsp-2009-0013>
- Alexy, R. (2010a). *A theory of legal argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal justification*. Oxford University Press.
- Alexy, R. (2010b). The dual nature of law. *Ratio Juris*, 23, 2: 167-182. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>
- Alexy, R. (2011). *Begriff und Geltung des Rechts*. Alber. <https://doi.org/10.5771/9783495860793>
- Alexy, R. (2012a), Comments and responses. In M. Klatt (Ed.), *Institutionalized reason: The jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 319-356). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0015>
- Alexy, R. (2012b). Law, morality, and the existence of human rights. *Ratio Juris*, 25, 1: 2-14. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2011.00499.x>
- Alexy, R. (2013a). Some reflections on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2: 97-110. <https://doi.org/10.1093/ajj/aut009>
- Alexy, R. (2013b). The existence of human rights. In U. Neumann, K. Günther, & L. Schulz (Eds.), *Law, science, technology* (pp. 9-18). Franz Steiner.
- Alexy, R. (2015a). Grundrechte, Demokratie und Repräsentation. *Der Staat*, 54, 2: 201-212. <https://doi.org/10.3790/staa.54.2.201>
- Alexy, R. (2015b). Legal certainty and correctness. *Ratio Juris*, 28, 4: 441-451. <https://doi.org/10.1111/raju.12096>
- Alexy, R. (2017). The ideal dimension of law. In G. Duke & R. P. George (Eds.), *The Cambridge companion to natural law*

- jurisprudence* (pp. 314-341). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316341544.012>
- Alexy, R. (2020). The claim to correctness, rights, and the ideal dimension of law: A short reply. *Ratio Juris*, 33, 3: 283-290. <https://doi.org/10.1111/raju.12293>
- Alexy, R. (2022). Einige Reflexionen über die “Theorie der Grundrechte” nach mehr als 35 Jahren. In C. Bäcker (Ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff* (pp. 15-21). Mohr Siebeck.
- Augustinus, A. (2006). *De libero arbitrio* (J. Brachtendorf, Ed. & Trans.). Ferdinand Schöningh. (Original work published 395)
- Bäcker, C. (2022). Unbegründetes Begründen: Zur Relativität von Robert Alexys diskurstheoretischer Begründung der Menschenrechte. In C. Bäcker (Ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff* (pp. 25-44). Mohr Siebeck.
- Brandom, R. (2000). *Articulating reasons: An introduction to inferentialism*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjghvz0>
- Finnis, J. (2014). Law as fact and as reason for action: A response to Robert Alexy on law’s “ideal dimension.” *The American Journal of Jurisprudence*, 59, 1: 85-109. <https://doi.org/10.1093/ajj/auu007>
- Gril, P. (1997). Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 83, 2: 206-216.
- Gril, P. (1998). *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie: Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*. Duncker und Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-49259-6>
- Haas, V. (2019). A critical appraisal of Robert Alexy’s non-positivistic concept of law. In M. Borowski (Ed.), *Modern German non-positivism: From Radbruch to Alexy* (pp. 169-191). Mohr Siebeck.

- Habermas, J. (1983). Diskursethik—Notizen zu einem Begründungsprogramm. In *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (pp. 53-125). Suhrkamp.
- Habermas, J. (1991). Erläuterungen zur Diskursethik. In *Erläuterungen zur Diskursethik* (pp. 119-226). Suhrkamp.
- Habermas, J. (1994). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp.
- Hain, K.-E. (2001). Diskurstheorie und Menschenrechte: Eine kritische Bestandsaufnahme. *Der Staat*, 40, 2: 193-219.
- Hilgendorf, E. (2022). Diskurstheorie des Rechts. In C. Bäcker (Ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff* (pp. 83-96). Mohr Siebeck.
- Klatt, M. (2015). Integrative Rechtswissenschaft: Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts. *Der Staat*, 54, 4: 469-499. <https://doi.org/10.3790/staa.54.4.469>
- Neumann, U. (2017). Notwendigkeit und Grenzen von Idealisierungen im Rechtsdenken: Anmerkungen zu Robert Alexys Modell der “Doppelnatur” des Rechts. In M. Borowski, S. Paulson, & J.-R. Sieckmann (Eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System* (pp. 67-85). Mohr Siebeck.
- Pinzani, A. (1995). [Review of the book *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, by R. Alexy]. *Kritische Justiz*, 28, 4: 526-532.
- Radbruch, G. (1946). Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1, 5: 105-108.
- Sieckmann, J.-R. (2007). Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy. In G. Pavlakos (Ed.), *Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy* (pp. 189-205). Hart. <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-009>
- Sieckmann, J.-R. (2020). The dual-nature thesis: Which dualism? *Ratio Juris*, 33, 3: 271-282. <https://doi.org/10.1111/raju.12295>

- Spaak, T. (2020). Robert Alexy and the dual nature of law. *Ratio Juris*, 33, 2: 150-168. <https://doi.org/10.1111/raju.12285>
- Su, P.-J. (2019). Eine Kritik an Robert Alexys Begründung der positiven Menschenrechte: Das Erkenntnisproblem und das Demokratieargument. In M. Borowski (Ed.), *Modern German non-positivism: From Radbruch to Alexy* (pp. 207-218). Mohr Siebeck.
- Wang, P.-H. (2017). Formal principles as second-order reasons. In M. Borowski, S. Paulson, & J.-R. Sieckmann (Eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System* (pp. 429-448). Mohr Siebeck.
- Wang, P.-H. (2022). Alexys inklusiver Rechtsnichtpositivismus als eine hybride Naturrechtstheorie? In C. Bäcker (Ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff* (pp. 453-469). Mohr Siebeck.
- Wesche, S. (1999). Robert Alexys diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung. *Rechtstheorie*, 30, 1: 79-93.

## On Robert Alexy's Theory of the Dual Nature of Law

*Po-Jung Su*

Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica  
E-mail: biolancer@gmail.com

### Abstract

This paper aims to examine whether Robert Alexy's theory of the dual nature of law is convincing. The paper introduces Alexy's thesis, then analyzes his justification of the ideal nature of law, its real nature, and his attempt to reconcile this duality. The paper will not only show that Alexy does not justify the ideal nature of law, but also characterizes democracy as a factual nature. As for the reconciliation of the dual nature, this paper argues that the conflict in Alexy's theory is not between the ideal and factual natures of law, but rather between the various authorities in the factual dimension. Therefore, this paper concludes that while law as depicted in Alexy's theory is colored by non-positivism in terms of the abstract concept of human rights, in concrete terms the content continues to be dominated by "authoritative issuance." Thus his theory should be classified as legal positivism in its application.

**Key Words:** Alexy, the dual nature of law, human rights, democracy, constitutional court