

法之自行

——德我肯(Dworkin) 理直

原則的經濟學解釋

● 劉瑞華副教授
黃春興副教授

「徒法不足以自行」這句常常被引用的中國成語表示出對於法治完整性的懷疑，而且成為一種為人治辯護的妥協心態。然而，如果法律無法自行，而必須依賴某種人為權力的介入，則法律的效果將受制於人為權力的操控。如此，法律的規範將可能因人而異，同時個人的自由與權利的保障也將暴露於掌權者的控制之下。這個問題不僅關係到法律的本質，也是經濟自由能否在制度中獲得發展機會的關鍵。法律學者Dworkin在*Law's Empire*一書中針對這個問題提出了法

律理直觀，將法律的發展視為法律社群追求行為準則的論述過程。本文中，我們試圖透過經濟學的觀點將理直觀解釋為達成法律自行的制度規範，並從制度執行的角度分析法律自行的意義。我們指出：法律社群形成理直的條件必須是不受外力干預的自發過程，在這個過程中，交易互動與知識發現能夠協助社群獲致制度理直的結果。

一、前言

主題

人文與法律

「徒法不足以自行」。這句常常被引用的成語表示出人們對法治完整性的懷疑。法律如果無法自行，就必須依賴人為權力的介入，從而使其運作結果取決於介入的權力。如此，個人自由與權利將暴露於權力和謀略之下。其實，法的自行問題不僅關係到自由與權利，也關係到法律本質。當法律在運作時遭權力介入後，其展開的內容便會摻雜介入者對法律本質和目的之主觀詮釋。在最佳情況下，我們可假設介入者亦秉持著正義、公正、或正當程序等廣泛被接受的原則。不幸地，這些原則在運作時卻常相互衝突。

衝突既然是起於介入者對原則的不同詮釋，故同樣地，即使沒有人為權力的介入，執法人員對法律原則的不同詮釋也依然會引發內在衝突。現實中便經常出現這類的事件：不同的法院對相同的司法案件出現不同的判決。如果這種判決不一的現實問題完全是因為採用的事實證據不同所造成，那就不必過度擔心，上訴法院可以在獲得更正確的事實證據後，更正原判決院的判決。然而，許多重要案例的改判並非因為法官採取不同的事實證據，而是法官採取不同的法律詮釋。這內在衝突不僅影響司法運作的品質，也會引起人們對法治完整性與司法正義的懷疑。德我肯(Ronald Dworkin, 1986) (註一) 便借用許多美國重要案例的改判為例探討這個難題，並提出「對待法律如理直」(treating law as integrity) 的解決觀點 (以下簡稱理直

觀)。他認為法律乃是司法過程的不斷詮釋與再論述：一位法官不僅得在判決時依其見解詮釋現存法律，而其判決也將成為後續法官的詮釋對象。(註二) 法官之間若無共同依循的詮釋原則，內在衝突便難避免。對於學者以往在處理內在衝突時採取的習慣主義 (conventionalism) 與實用主義 (pragmatism) 兩種態度，德我肯認為都存在嚴重的缺陷。(註三) 他提出的替代觀點在於視法界人士為一個法律社群，故個別法官在詮釋法律時必須從社群的共同與單一視野來看待諸原則的存在目的，然後才以判決作為其個人對諸原則的完整性詮釋。(註四)

既然法律內在衝突是在運作時隨著執法者的主觀詮釋展開，其解決辦法就自然地指向執法層面。德我肯的辦法便是以理直觀作為一種約束個人的共同執法態度，藉以降低法律在運作時的內在衝突，從而提升法律自行的程度。不驚訝地，他的大膽嘗試必然引來無數的強烈批評，(註五) 包括較近的質疑：(德我肯) 要如何對待反對理直觀的執法者？(註六) 本文不擬替德我肯回辯也不發展新的批判，而是試圖借用制度結構與演進方面的理論來重述與延伸理直觀的經濟內涵。

簡言之，理直觀提出的三要點，如看待法界人士為法律的一部份、(註七) 從社群的存在去詮釋各原則、(註八) 以判決演進過程去處理諸原則間的衝突

等，都令人質疑德我肯把法律社群過於擬人化。這使得理直觀難以脫離被指控為道德訴求或執法者規範的質疑。不過，德我肯並不把法律等同於道德與權利的論述，也不侷限於是非的判斷，（註九）而視其具有積極的行動內容。在德我肯看來，法律核心問題乃在於瞭解過去的政治決策是在何條件下決定強制權力的使用、使用方式、和使用程度，故當政治決策界定了權利之後，執法者獲得使用公權力的許可。（註十）執法者在司法過程中的行動，便是法律在實際應用時展開的內容。本文中，我們將理直解釋成一種以制度角度作為評判執法行動的標準，也作為評估誘發執法行為之制度限制的標準。由於這項標準僅提供後續法官進行主觀的詮釋，我們相信它將有益於法界的溝通及法律的發展。

二、法之自行

法律執行過程所存在的詮釋空間讓法官得以影響判決結果。理直觀的主要貢獻在考慮了法律的執法層面，特別是對法官判決行為的規範。制度包括所有人為發展出來以約束相互行為的限制，法律是其中極重要的一部份。在諾斯(Douglas North, 1990)的制度結構與變動理論架構中，制度分為規則與執行兩部份，這一分類也適用於法律。（註十一）規則制定之後得付諸執行，執法者的行為不僅會影響規則的執行效果，

也可能改變規則。基本上，立法者制定規則，執法者依規則執行；但執法的法官也能以新的詮釋改變規則。不過，這不影響我們將制度劃分成規則與執行，也不妨害本文對法官判決問題的探討。（註十二）

法律的執行可以概分為三種。當法律所約束的當事人本人就可以完成執行，亦即他自己主動依循規則行動時，稱為第一人稱的執行。由於依賴個人的自動守法，這時的法律等同於道德。如果每個人都處於第一人稱的執行狀態，法律便處於自行狀態。如果規則約束的行為未被個人遵守，但受害一方會對加害一方主動報復時，該社會在短期間內會陷入資源耗竭的疲憊狀態，長期則會達成雙方均願意「放下武器」的無政府狀態下的均衡秩序。我們稱為第二人稱的執行。在此狀態下，規則在相互威脅及相互尊重下被遵循，故亦能達成自行。由於這兩種執行均不涉及規則所指涉之雙方以外的第三人，故其自行狀態可稱為自動的法律自行。（註十三）當前兩種執行方式無法達成自行時，法律的執行就必須交給被賦予執法之公權力的第三人，此稱為第三人稱的執行。當然，第三人稱的執行並不保證法律能夠自行。但當第三人稱的執行能達成法律自行時，其狀態稱為制度的法律自行，因為存在了某些制度在輔助擁有公權力的第三人的執行。

由於執法者是法律規範之外的第三人，所以達到法律自行的必要條件在於將執法者的個人行為動機獨立

主題

人文與法律

於法律規範的效果之外。譬如執法者的行為動機在於極大化個人財富，若其執行行為為無制度上的限制，他便可能藉執法行動去取得個人財富而不是忠於任務。若制度限制要求執法者遵守利益迴避原則，他就失去在執行中取得個人財產的機會。這制度限制將提升他忠於任務的可能性。不過，這結果仍然不等於德我肯主張的理直觀，因為執法者的行為雖然不受財富的引誘，卻未必是社會對法律的期待。譬如法律期待社會財富的極大化，但只要執法者並不作此想，即使他迴避了個人利益，該期待仍未會實現。因此，如果以理直觀為評判標準，法律規則的最簡單內容應該和執法者的價值觀相同，也就是以執法者個人的價值作為社會對法律的期待。但這只有在執法者僅為一人或具共同價值觀時才可能。其次，法律可以採用制度限制的方式，讓執法者即使追逐自身的利益，也不得不表現出和法律的期待一致的行動。這種誘因設計的限制方式隱含在許多主流的法律與經濟學的理論中，譬如，波斯納(Richard Posner, 1981)的社會財富極大化理論，只有藉用這類設計才能讓執法者在追求個人的財富極大化時，也實現社會財富極大化的目標。德我肯批評這種類分析將執法行為做了過度的規範，如把財富極大化看成法律目的去要求執法人員的貫徹執行。(註十四)當執法者不止一人，只要他們的價值觀相近，即使不同於法則的期待，社會仍不難設計一些誘

因機制來達成法律自行的目標。但是，當執法者的價值觀呈現多元時，這種手段將變得極為複雜，因為不僅需要針對不同的價值觀設計不同的機制，還得設計出能正確地讓各執法者選擇到「正確機制」的誘因機制。(註十五)

再進一步說，如果社會對法律的期待也呈現多元原則，上述手段將失去意義，因為內在衝突仍然存在。由於執法工作不僅能影響財富的生產也能影響利益的分配，如果社會財富極大化只是原則之一，一但執法者抱持不同的原則，如追求財富分配的公平原則時，他就未必會以社會財富極大化為念。(註十六)換言之，只要執法者存在主觀價值，其行為就無法完全配合法律規則的期待。這些主觀價值包括個人與社會的責任與財富，也包括正義、公正、正當程序等原則。在這些情況下，法律不可能自行。

三、執法之法

當法律不能自行時，較直接的解決方法是對執法行為加以限制。也就是說，藉助高一層的制度限制，或稱執法之法來約束執行行為，以實現法律自行的目標。從執法的誘因條件來看，法律的自行有待執法之法來實現。然而，約束執法者的執法之法也需要執行。依據前述推論，擔任執法之法的執法者勢必也需要再上一層的制度限制。如此，一層又一層地依賴外

在的制度限制，終究無法設計出能充分自行的法律。

要跳脫這種無窮盡再上一層之制度限制的可能，僅存在以下三種情況。第一種是某一層制度限制的執法者們，在道德原則或強烈的社群共識下實現了第一人稱的執行，讓法律在這層次上出現自行狀態。第二種是某一層限制的執法者們，以相互報復手段去對待背離規則的執法者實現第二人稱的執行，讓法律在這層次上出現自行狀態。第三種是某一層制度限制的執法者們選擇了以交易方式結合，並在分享利得的誘因下自行遵守規則，實現類似於第一人稱的執行，讓法律在這層次上出現自行狀態。執法者雖然對法律的詮釋方式不一，但不論在何種情況下出現自行，該社會的法律運作也都會達到德我肯要求的理直條件。

值得我們注意的是第三種情形，因為它是以一種類似於市場交易的方式運作。在市場機制下，人們接受交易的動機並不是他可以交換到等值的商品，而是他主觀上認為自己在交易中都分享到滿意的利潤，也就是每次的交易都讓他感覺到「我賺到了」。個人對於交易物品的主觀評價差異甚大，但交易的達成並不要追求雙方達成某種客觀的公平條件，只需要每個人主觀上對交換條件都存在「我賺到了」的感受即可。個人的感受未必是最滿意，但卻是「雖不滿意但可接受」。個人之所以「可接受」，因為他擺脫了外力的威脅並在價值計算之後覺得自己還有利可得。在商品交

易上，交易利得大都指向交易物品所能帶來的消費效用。但對於意識形態差異較大的法律社群，個別法官在接受理直觀之後，若仍發現足夠允許其繼續改變現有法律詮釋內容的空間，以及個人能感受來自重新詮釋所享受的實現理想的快感時，「交易利得」便發生。

具體地說，我們認為德我肯所提出以判決作為實現理直的原則，便屬於第三種情況。判決原則下的理直觀並不要求法官的判決具有一致性。但是，每個法官必須接受他人的判決以及他人對法律的詮釋為代價，以換取他可以繼續詮釋和主觀地下判決的權利。這種以默認或承認對方權利作為個人權利之保障的方式是大部分權利的起源方式，而個人的相互默認與承認便成為日後往來所依循的制度。這種制度的起源與運作過程，海耶克(F. A. Hayek)稱為制度的文化演進(culture evolution)。(註十七)在文化演進過程中，個人的詮釋權利與範圍並非毫無限制，因為他必須以接受以前的詮釋為代價。既然法律的本質是一再地詮釋，個人即使接受了以前的詮釋，依然保有調整或修正該詮釋的空間。只要可以調整或修正的空間足夠大，個人便不會也用不著反對他人的詮釋權利。至此，我們還未想像得出個別法官會拒絕接受這類理直觀的理由。(註十八)

相對地，如果理直觀放棄判決原則而改採立法原

主題

人文與法律

則，這些允許個別法官主觀詮釋的空間將消失。這不僅讓他們無法再從理直觀下獲取利得，更會把立法票決的內容推上無限權威的境地。於是，除了立法者的詮釋外，其他的可能性詮釋都將遭禁止。此時，即使判決在法官之間未遭遇雜音，但仍不符合德我肯對理直觀的要求。

以分享利得及交易誘因出現的法律社群，（註十九）是否能保證法律的自行？當我們仔細考慮一個以提升個人效用為交易動機並視尊重財產權為市場原則的市場機制後，便知道這個市場機制若要能自行是有條件的。當社群規模（或市場規模）大到讓海耶克（1988）所稱的延展秩序（extended order）成為主宰秩序時，若缺乏維持財產權的法律力量介入，這市場將無法自行。然而，若社群規模（或市場規模）小到人際網絡的人情法則成為主宰秩序時，財產權的維持工作就可以不必借重外來的法律力量，此時市場秩序是可以配合著人情法則做到自行。以此推論，德我肯所關懷的法律社群，如果規模是限制在人情法則為主宰秩序的情況下，判決原則的理直觀要能自行應不會太困難；反之，如果該社群過大，德我肯理論的有效性就值得斟酌。

根據德我肯的看法，法律會隨著不同的詮釋而改變，而且法律又比道德與正義多具有強制力。既然它是這樣易變又可怕的東西，一套法律的詮釋方法是必

要有一些規範。理直觀的確有類比個人道德的意思，不過仍是社群存在的原則。但個人的價值標準不同，社群未必能也未必要建立共同接受的價值標準。因此，理直觀並不是要求社會必須實現某種特定的價值目標，僅僅是提出比較弱的評估標準，期待懷抱社群意識的成員也仿效市場交易的概念，從「交易利得」的角度來解決成員間不同價值的衝突。（註二十）

從交易利得角度來解釋德我肯的理直觀，可能會引出讀者的兩點質疑。首先，以交易利得或效用分析為基礎的經濟分析是否屬於實證經濟學的範疇？若是，這類觀點怎可能作為德我肯之理直觀的解釋？德我肯對堅決反對實證論，不論是法學實證論或是實證經濟學。這點，在最後一節中會有更完整的說明。在此，我們先簡單地說，強調實證方法是當前主流經濟學的主要精神，但除此外，經濟學界還存在反對實證方法的其他學派，如本文提到的諾斯、海耶克、布肯南等學者的體系。其次，德我肯和海耶克雖然都主張自由，但畢竟存在偏左與偏右的差異。若是，如何能以海耶克的文化演進學說來解釋德我肯之理直觀？在海耶克的想法中，法律是能夠使個人形成對他人行為合理預期的秩序，即使是自由之法（nomos）也必須靠人來實踐。因此他直言：法官是一種自發秩序的制度，其特殊功能必須也是在一定的秩序下進行。法官對法律的論述是發現自由之法的過程，雖然過程中法官從違

反預期的新狀況做出論述，但是他的論述還是以既有規則給人的預期為基準，調和新狀況所帶來的預期衝突。（註二十一）在第五節將指出：德我肯之所以主張判決原則的理直觀，也是關注到與此相同的法律的發展問題。

四、法之理直

如上節的討論，若人情法則為司法社群的主宰秩序時，德我肯以判決為原則的理直觀可以促成法律的自行。但在多元化社會中，法律社群的成員要接受人情法則並非易事。這一現實將大大損傷實現法律自行的可能性。然而，如果法之自行是法律的理想和人們期盼的話，現實社會與歷史過程多少會留下一些人們嘗試實現這些理想的轍痕。除了法官的待遇保障、終身職，以及「利益迴避原則」等明顯反映考慮物質誘因的作法與原則之外，我們認為諸如合議庭、專家參與審判、大法官會議、陪審團等關於裁判決策的制度中，也蘊含了追求法律理直的性質，特別是指在程序中融合多元知識與社群交易，使裁判的結果能避免過於受個人主觀價值的影響。本節將簡單地檢視這些制度與理直觀之間的關係，以及它們在提升法律自行的貢獻程度。

(一) 合議庭

主題

當一個政治集團完全控制行政、立法與司法部門時，它可利用司法體系作為實現政治理想的輔佐工具。當然，這將包括法官的任用和判決過程的控制。在一般情況下，政團並不擔心個別法官的判決。但是，對於法官中的改革份子，尤其是在社會生活多元化之後深獲民間支持者，或當重大案件造成個人繼續接受政團決策的主觀成本上升時，採行合議庭可以降低個別法官做出非政團預期的判決。然而，除非合議庭的庭長擁有絕對的控制權，否則判決仍會是法官之間的妥協結果。庭長的控制權愈大，判決結果愈趨於政團的預期。不過，判決的一致性並非理直觀的必要條件。理直觀要求的判決是要能充分地實現正義、公正、和正當程序等原則。

除了專制政體外，獨立司法體系有時也會採行合議庭，尤其是在案件複雜程度超出個別法官的知識和經驗負擔，或爭議程度呈現極度分歧時。此時的判決仍是法官之間的妥協結果。但由於他們之間的合作只是暫時的，而且對下次的合作機會也無從法預期，因此妥協的方式就偏向於採取集體票決，而不是跨期式的交易與協商。故其結果對於內在衝突的降低效果相當有限。

(二) 專家參與審判

在政團專制的情況下，專家參與審判可說是較合議

庭進步的制度，因為專家受控制的情況相較於法官輕微，故其參與審判可以提升司法過程實現正義、公正、和正當程序等原則的程度。相對地，在司法獨立體系，由於法官擁有獨立的判決權力，專家的參與就未能提升這些原則的實現程度。

專家參與審判常被視為提升司法品質與效率的辦法，但這只有在專家的知識超過法官的假設下才成立，否則合議庭也有著集思廣益的效果。再者，由於專家的參與多是兼任性質，其對司法品質與效率的貢獻也就不容易超越專業法官組成的合議庭。至於原則間的內在衝突，專家的參與不但無法降低，反因為專家擁有更深的意識形態而增強。

此外，我們更憂心的是專家與法官對知識的使用目的不盡相同。在司法界，除檢法系統和律師行業的從業人員之外，所謂的「專家」應只剩學術界裡的研究與教學人員。學術界使用知識的目的在於發現更新的知識，因此對知識結構嚴謹性的重視程度遠高過知識的適用性，而個人擁有的知識也較偏向於系統化的結構；相對地，檢法系統和律師們利用知識的目的在於處理發生在特殊時地的問題，故傾向於在特殊時地選擇適用的片面知識。基於這種差異，學術界的專家較不容易在參與審判時擔任配角的角色，因為他難以說服自己在特殊的時地放棄個人信仰的知識系統。假若審判庭為學術界的專家所主導，可以預期地，其判決

會較為一致，但這是朝向哲學式的原則而不是判決式的理直原則。

(三) 大法官會議

大法官會議可以看成是由身兼專家之大法官所組成的合議庭。由於他們都具備專家身份，可以預見到其間存在的強烈之意識形態衝突。所幸，參與成員的任期都不短，甚至是終身職，這提供了成員之間得以跨期資源進行跨期交易的意見交換的機會。跨期交易將降低大法官會議判決內容趨向極端意識形態的可能，也增加了前後判決的連續性和一致性的程度。又由於意識形態的差異都已經過跨期交易的緩和，故大法官會議的運作方式接近於德我肯所主張的判決原則的理直觀。不過，其缺點是大法官的人數不多，以致其判決與社會的期待之間可能存在差距，而這差距有時又會因為大法官過於思考判決的未來影響而加劇。

(四) 陪審團

陪審團組成成份必須儘可能與社區相近。這說明它要以社區的生活習慣及不成文規範作為判決的標準，以替代法官或專家對意識形態的倚賴。陪審團代表的是一般百姓生活的社區，並非德我肯所談的法律社群。由於其成員並不是法律專家，其使用的知識有時會流於膚淺。不過，只要以一致性通過為票決前提，

陪審團的判決較會利用到整個社區性的知識。雖然英制的陪審團是以判斷證人的證詞的角色出現在歷史上，但是，美式的大陪審團則出現，多少含有矯正制衡原則過度仰賴社會契約理論之缺失的意義。

前文將合議庭到陪審團的理論性質抽離出來，並且視其為法律制度在降低內在衝突所發展出來的制度限制。它們包含的共同點，除了都要限制法官在判決時的自由心證外，便是以組織的形式而不是以規則或執法之法的形式出現。這些組織的出現都有其歷史背景與環境，但本節是以它們與德我肯的判決原則之理直觀的理想距離加以重新排序。在這排序下，陪審團下的法律發展將比較容易接近文化演進學說的期待。接下來我們要進一步說明法律體系可以因為顧及理直原則，而不惜破壞其完整性以建立原體系之外的法律立法與執法程序。我們的例證是商法(Lex Mercatoria 或 merchant law)發展的歷史與現況。

近代商法之形成，始於中世紀歐陸自治城市之中，特別是在定期市集發達的城市之中。由於各國商人匯集在這些市集口岸，為因應頻繁的交易，漸漸發展出適用於商人的共同法律，以排除城市原有的法律。遇有商事的糾紛，交由商人組成的法庭審理仲裁。研究商法歷史的學者都注意到，商法的性質與普通法(common law)差異頗大。(註二十一)在英國雖然商法的準則為普通法的法庭採用，但是仍然是當作基於

習慣的法律。慣例的作法是將習慣與事實交予陪審團，再由法官責付陪審團來決定。後來，這種作法還是改變了。1756年Lord Mansfield擔任英國的首席大法官(chief justice of the English court of King's bench)時，建立了一般性的原則作為日後裁判的依據。不過，這些原則並不與英國的普通法完全一致。(註二十三)

商法之所以能有別於國家或城市既有的法律而成為一種特別習慣法，顯然可以歸因於口岸城市都亟欲促進貿易，且城市君王可以用商法的保護吸引商人前來貿易。不過，商法所依據的習慣早在國家力量壯大之前，就已經行之有年，而且主要是自願性質。商人之間是靠著拒絕往來(boycott)來處罰違法的商人，並非依靠官方的執法。此外，商法主要的效果不僅在於保護外商，使之享有與本地商人同樣的權利，還在於提供更符合商人需要的法律規範。(註二十四)即使在既有的法院納入商法的習慣之後，仍然尊重法律商人(law merchant)或商業仲裁者的決定，維持著商法中帶有的結合社群互動與容納專業知識的傳統，此一傳統在若干商業團體中依然延續至今。許多商業團體的內規往往超越法律的限制與保護，由於能夠符合成員的需要，即使是在不依賴公權力執法(也不受公權力的干擾)的情況下，有經驗的業者擔任執法與仲裁的方式仍然可以順利運作。(註二十五)

商法的發展透露出的意義還不僅在於執法功能裡交

主題

人文與法律

易與知識的積極角色，更值得注意的是，就整體法律制度而言，商法的出現乃是從既有制度裡出現的創新。這種創新在開始時是與既有制度扞格不入的，因此在發展過程裡先是以特殊獨立的形式與原有的法律並存。就發展歷史而論，商法明顯地有違原來羅馬法與普通法的「完整性」，但是對於處理遠距商務涉及的法律問題，則是符合「理直原則」的，而且在能夠使既有法律的演變維持其連續性。因此，我們認為理直論的內容不僅涵蓋執法，還可以引申為了解制度創新的一種見解 (insight)。(註二十六)最近，由於網際網路的蓬勃發展，許多活動衍生出許多既有法律不曾規範的法律問題，有法律學者鑑於網際網路跨越國界與司法管轄權的性質，主張新的法律規範應該向商法的發展借鏡，其中主要的考慮就是使網路活動的規範能夠成為「負責的自我規範結構」(responsible self-regulatory structures)。(註二十七)從理直論看來，其論點的精神與本文所闡述法律自行的目標乃是一致的。

五、法律帝國？

德我肯明白地指出法律的理直與法之自行具有相同的理想。(註二十八)這理想一但實現，法律的內在衝突就得以解決。當法律規範整個社會活動時，法律的內容勢必影響社會的進一步發展。那麼，將社會的

未來發展建立在以解決法律內在衝突為核心的制度觀點是否正確？當法律內在衝突的解決等同於法之自行時，接受法之自行為決定社會未來發展的判準為何？

在回答此問題之前，我們要指出：法律自行並不是指法律社群發展成一個獨立於社會的自治組織。如果這樣，該社會便無異是被分割成兩個獨立的統治集團與被統治集團，這時的法律自行便等同於統治集團對被統治集團所行使的永恆的奴役狀態。當然，我們並不是在字面上反對這類永恆奴役式的法律自行，而是我們沒有理由相信這種忽視被統治集團擁有之知識的法律原則會是社會發展的最好選擇。我們不妨設想一種類比的想像制度來瞭解這問題：假設中央研究院的院士們負責規劃和執行我國的科學研究，而且其新院士的產生從提名到選舉都由現任院士包辦。於是，院士社群將會努力培養新進的研究者，然後挑選其中的優秀者為新的院士。這是一個十足封閉卻符合學術自行的狀態。對此想像的科學社群，我們不能說科學水準不會進步；但是，當知識的發展打從一開始就被既有院士社群所擁有的有限知識所侷限，其後果的悲慘是可預見的。

未來的知識無法以現有知識去規劃它們的生產方向，因為我們絲毫不知未來知識的內容。這不是我們知識的不足或無知，而是當前它們根本不存在，正等待當代人們的傳遞與創造。創造不同於傳遞，因為其

出現的形式與內容往往出人意料、令人驚訝。開放與試誤過程是創造活動最佳的策略。除此外，未來社會與制度的形成還多一項選擇的問題，因為任何創造都是在現行制度之外另闢新的途徑。由於我們當前無法得知未來社會的價值評價，也就無法於當前替未來社會選擇。換言之，任意選擇出來的未來制度，一則不是充分利用社會知識存量的結果，二則無法提供人們相互預期與協調合作的空間。

德我肯以判決為原則的理直觀的確也具備了這種文化演進的觀點，即使文化演進觀點通常被視為奧地利經濟學派的核心概念之一。就如同市場、貨幣、語言等制度，判決的理直觀也是一種制度而非道德。個別的法官選擇既有的法律詮釋，加上他個人的創新，提供給後來的法官稍多一些的選擇機會。個人的邊際貢獻，在經過後來法官的選擇接受與繼續累積之後，決定了未來每個時點的法律內容以及它留下來的發展軌跡。在這過程中，法律社群的各個法官共同創造了他們最能接受的法律。

反之，以立法為原則及以哲學為原則的理直觀，本質上便存在以現今知識去規劃未來社會及法律內容的大計劃。我們不能說其所引導的未來社會不會進步，但毫無疑問地，這個未來社會所擁有的知識在發展開始便被侷限在一隅。

我們既然缺乏對未來知識和未來價值結構的預見之

主題

明，自然無法明確地選擇比較的標準或是計算出可供比較的客體。所幸，經濟學提供我們兩點還可採用的原則：開發更多的交易機會和累積更多的知識。交易機會提供我們新的利得和持續成長的基地，而更多的知識讓我們有更大的空間去選擇生產的商品和生產方式。這兩原則投影在當前的政策意義，就是儘可能地避免扭曲不同知識被運用的相對機會。這對法律的未來發展也同樣適用。（本文作者皆為清華大學經濟學系副教授）

參考文獻

- Benstein, Lisa, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry," *Journal of Legal Studies* 21 (January 1992), pp. 115-577
- _____, "Law, Economics, and Norms: Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code," *Search for Immanent Business Norms*, University of Pennsylvania Law Review 144(1765) (May 1996)
- Boyle, James, "Anachronism of the Moral Sentiments? Integrity, Postmodernism, and Justice," *Standard Law Review* 51(493) (February 1999), pp. 493-527.
- Buchanan, James, "Moral Community, Moral Order, or Moral Anarchy," in *Liberty, Market and State*, 1986
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1977.

- _____, "Is Wealth a Value," *Journal of Legal Studies* 9, 1980.
- _____, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.
- Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul, 1982.
- _____, *The Fatal Conceit—the errors of socialism*, 1988.
- Johnson, David R., and David Post, "Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace," *Stanford Law Review* 48(1367) (May 1996), pp. 1367-1402.
- Milgrom, Paul R., Douglass C. North and Barry R. Weingast, "The role of Institutions in the revival of trade: the law merchant, private judges, and the champagne fairs," *Economics and Politics* 2(1) (March 1990), pp. 1-23.
- North, Douglass C., "Institutions, transaction costs, and the rise of merchant empires," in James Tracy, ed. *The Political Economy of Merchant Empires*, Cambridge University Press, 1991, pp. 22-40.
- _____, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- Posner, Richard, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981.
- _____, *Economic Analysis of Law* 3rd ed., 1986.
- _____, "Social Norms and the Law: An Economic Approach," *AER Papers and Proceedings* 87(2) (May 1997), pp. 365-69.
- Smith, Munroe, (姚鎮海譯) *歐陸法律發達史*, 台灣商務印書館, (民國七十六年臺四版)。
- 註釋：·
- 註一：國內法律學界對於德我肯的理論已經有相當的認識，許多法理學的課程都曾採用他的著作為教材，文獻包括王文宇，〈論德沃金的司法判決理論〉收在《民商法理論與經濟分析》，2（2000年五月，元照出版公司），以及阮文泉，〈德沃金法律建構解釋理論之研究〉，（八十一年六月，台大法研所碩士論文）。
- 註二：· "Law is an interpretive concept. Judges should decide what the law is by interpreting the practice of other judges deciding what the law is. General theories of law, for us are general interpretations of our own judicial practice." (LE: 410)
- 註三：· 大略而言，習慣主義指法律的詮釋偏向於尊重過去的決定，而實用主義的法律詮釋卻是注重當時目的的量。· [I]n a conventionalist regime judges would not think themselves free to change rules adopted pursuant to the reigning legal conventions just because on balance a different rule would be more just or efficient. In a pragmatist regime no conventions of that sort would be

recognized, and though judges would normally enforce decisions made by other political institutions in the past, they would recognize no general duty to do so. (LE: 148-9)

謝臣· We accept integrity as a distinct political ideal, and we accept the adjudicative principle of integrity as sovereign over law, because we want to treat ourselves as an association of principle, as a community governed by a single and coherent vision of justice and fairness and procedural due process in the right relation. (LE: 404.)

謝臣· 捍衛 Law. s Empire | 捍衛法治維權 · 憲政 · Jeffrey Abramson, " Ronald Dworkin and the Convergence of Law and Political Philosophy," 65 Texas Law Review (1987): 1201-31; Larry Alexander, " Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin. s Theory of Law," 6 Law and Philosophy (1987): 419-38; Robert D. Brunsack, " The Second Labor of Hercules: A Review of Dworkin. s Law. s Empire," 23 Georgia Law Review (1989): 1129-70; Steven J. Burton, " Ronald Dworkin and Legal Positivism, Iowa Law Review (1987): 109-29; James Donato, " Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation," 40 Stanford Law Review (1988): 1517-41; John Finnis, " On Reason and Authority in Law. s Empire," 6 Law and Philosophy (1987): 357-80; Stephen

Guest, " Book Review," 104 The Law Quarterly Review (1988): 155-65; David Couzens, " Dworkin. s Constructive Optimism V. Deconstructive Legal Nihilism," 6 Law and Philosophy (1987): 3211-56; Allan C. Hutchinson, " Indiana Dworkin and Law. s Empire," 96 The Yale Law Review (1987): 637-65; Jessica Lane, " The Politics of Legal Interpretation," 87 Columbia Law Review (1987): 197-216; L. H. LaRue, " Book Review," 23 Georgia Law Review (1989): 1171-88; Barbara B. Levenbook, " The Sustained Dworkin," 53 The University of Chicago Law Review (1986): 1108-26; David R. Morgan, " Book Review," 47 Maryland Law Review (1988): 557-610; Charles Silver, " Elmer. s Case: A Legal Positivist Replies to Dworkin," 6 Law and Philosophy (1987): 381-99; Philip Soper, " Dworkin. s Domain," 100 Harvard Law Review (1987): 1166-86; Ralph G. Steinhardt, " Book Review," 56 The George Washington Law Review (1988): 431-60; John Stick, " Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin. s Interpretive Turn in Law. s Empire," 34 UCLA Law Review (1986): 371-429;; Silas Wasserstrom, " The Empire. s New Clothes," 75 The Georgetown Law Journal (1986): 199-314; Frank, Wooldridge, " Book Review," 35 International and Comparative Law Quarterly (1986): 1016-17.

羅克·博伊爾 (1999)。

羅克·博伊爾：「So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither. (LE: 225)」

羅克·博伊爾：「A judge who accepts integrity will think that the law it defines sets out genuine rights litigants have to a decision before him. They are entitled, in principle, to have their acts and affairs judged in accordance with the best view of what the legal standards of the community required or permitted at the time they acted, and integrity demands that these standards be seen as coherent, as the state speaking with a single voice. (LE: 218)」

羅克·博伊爾：「And suppose we identify as its moral traditions, its popular morality over some sizable historical period including the present. The distinction is then fairly straightforward between these ideas and the community's law. Its law belongs to the community not just passively, because its members hold certain views about what is right or wrong, but as a matter of active commitment, because its officials have taken decisions that commit the community to the rights and duties that make up law. ... The concept of law, understood as I have suggested, is itself neutral between—because more abstract than—these competing explanations of the connection between a

community's reigning opinions and its legal commitments.」 (LE: 97)

羅克·博伊爾：「Law is also different from justice. Justice is a matter of the correct or best theory of moral and political rights, and anyone's conception of justice is his theory, imposed by his own personal convictions, of what these rights actually are. Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past.」 (LE: 97)

註十一：理論上做此區分的主要功用是因為進行制度的評判時，規則與執行的區分提供較細節的方法，分析不同的成本如何導致制度優劣。不過，另一個重要的原因則是因為規則與執行普遍是不同的行為決策下的產物，而且影響兩者改變的因素也不同，因此將制度區分為規則與執行是比較接近現實的理論假設。這種分析的架構也出現在 Robert Elickson (1991: 126-7)。

註十二：從執法的類型上可以區分私法與公法兩類，公法的執法應該包括司法方面的判決與行政方面的警政和獄政。此外，司法程序的執法者除了法官之外，還包括檢察官。不過，由於本文沿襲Dworkin論點的精神，所以僅討論判決方面的執法，因此也不做私法

與公法的區分。

註十三：在此兩種情況執行下的法律規則，是來自社會的自然長成，而非第三人稱的立法。請參閱 Buchanan(1986)。

註十四：此處所稱主流的法律與經濟分析可以Richard Posner所著Economic Analysis of Law 與The Economics of Justice為代表。Posner(1981)曾經針對質疑財富極大化的Dworkin(1980)提出辯駁，不過他也承認財富並非唯一影響法律的價值。

註十五：考慮物質利益之下，最簡單的機制就是「利益迴避原則」。如果每個人的誘因都完全建立在物質報酬之上，還可以給予法官優渥待遇以及終身職，使其個人誘因獨立於判決之外。然而，如果承認個人的誘因包括了其他的主觀價值，則很難建立「正確機制」足以使個別法官完全壓抑其主觀價值，維持法律的理直。

註十六：此外，財富極大化僅能考慮可計算的財富，無法對不確定的財富評估做決策，如果執法者必須借用計算財富之外的其他評量方法，財富極大化的假設將無法涵蓋其決策行為。

註十七：屬於社會契約論的經濟學者布肯南(James Buchanan)並不完全同意文化演進學說，但他也認為人類社會在出現商品交換之前，應先出現「放下武器」的交換。

註十八：以市場機制配置商品的生產與消費過程，很容易形成分配後果的不均。然而，在法律社群的判決市場，法官獲取的利得純然是主觀上對實現理念的快感。個別法官是利用他交易到的詮釋機會生產這些快感，而機會在交換時的分配是相同的。就此意義言，我們的解釋與德我肯(1977)的主旨相符。

註十九：個別的法官或律師是否能獨立於「法律社群」之外？即使一個社會同時存在兩個獨立運作的法律社群，他們仍必須處理兩團體之成員的衝突問題。如果這些衝突頻繁而出現固定而可被接受的處理模式後，文化演進學說會將這兩團體看成只是一個較大之社會的兩個次社會。

註二十：他的解釋是：「We want our neighbors to behave, in the day-to-day dealing with us, in the way we think right. But we know that people disagree to some extent about the right principles of behavior, so we distinguish that requirement from the different (and weaker) convictions that inform and shape their lives as a whole, rather than capriciously or whimsically. The practical importance of this latter requirement among people who know they disagree about justice is evident. Integrity becomes a political ideal when we make the requirement that they act in important matters with integrity, that is, according to e same demand of the state

主題

人文與法律

or community taken to be a moral agent, when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are. (p. 166) 在這一點上，Dworkin顯然與Rawls和Posner的看法不同，Rawls與Posner都認為正義是一種社會群體可以共同接受的價值，而Dworkin則認為正義只是個人的道德理論，理直是在人與人互動之中建立的原則。

註二十一：海耶克的說法是：「The order that the judge is expected to maintain is thus not a particular state of things but the regularity of a process which rests on some of the expectations of the acting persons being protected from interference by others.... While the judge's starting point will be the expectations based on already established rules, he will often have to decide which of conflicting expectations held in equally good faith and equally sanctioned by recognized rules is to be regarded as legitimate. Experience will often prove that in new situations rules which have come to be accepted lead to conflicting expectations. Yet although in such situations there will be no known rule to guide him, the judge will still not be free to decide in any manner he likes. If the decision cannot be logically deduced from recognized rules, it still must be consistent with the existing body of such rules in the sense that it serves the same order of

actions as these rules.」(LLJ, I: 115-116)

註二十二：參見Munroe Smith著，姚鎮海譯，《歐陸法律發達史》，頁178-184。

註二十三：有學者認為這時英國的商法歸併為普通法(Munroe Smith, p. 178)，然而Douglass North則引述Thomas Scuttin, *The Elements of Mercantile Law* (1891)的見解指出，Mansfield取材了許多外國的商法判決作成原則，並且使之成為英國普通法的一部份。(North, 1991: 30-31)

註二十四：North所強調的一項重要變革是善意原則(good faith principle)，當時既有的羅馬法，日耳曼法，以致於普通法，都沒有保護商人在不知情的情況下買到贓物的權利。在商法之下，誠實的買者(bona fide purchaser)可以保留貨物，或者物歸原主而拿回付出的買價。(North, 1990: 149-151)

註二十五：詳見Lisa Bernstein所討論鑽石業(Bernstein, 1992)與飼料業(Bernstein, 1996)公會的商業仲裁法規

註二十六：Dworkin在書中的分析全是在普通法的架構之下，因此並未觸及法律之制度創新這個議題，但是我們認為理直論的重要意義不僅是在理解法官詮釋法律的創新，也包括理解法律發展過程的制度創新。

註二十七：見Johnson and Post (1996: 1387-91)。

註二十八：「Sentimental lawyers cherish an old trope: they say that law works itself pure. ... Law as integrity (we might say) is the idea of law worked pure.」(p. 400)