



# 規則、原則與法律說理

王鵬翔 · 中央研究院法律所籌備處助研究員

## 壹 前言

### 一、案例事實

陳男與蔡女於一九七三年二月結婚，起初感情融洽，但育有子女後即經常爭吵，感情日漸惡劣，蔡遂攜子女前往美國，陳於蔡旅居美國期間，以蔡違背同居義務，惡意遺棄為由，提起離婚之訴，經一造辯論由高雄地院於一九八八年五月四日判准離婚勝訴確定後，陳男於一九八八年七月間與善意信賴前婚姻關係已因確定判決消滅之許女結婚。嗣後蔡女以陳男知其住所竟指其所在不明而興訟，認為陳男所取得之離婚確定判決有再審原因，提起再審之訴請求廢棄原確定判決，獲得勝訴後，再以陳許之婚姻違反民法第九八八條第二款及第九八五條第一項規定，提請確認婚姻無效之訴，業經最高法院八十一年台上字第一六二一號判決確認許與陳之婚姻無效，許女遂以該判決適用民法第九八八條第二款之規定侵害其受憲法第二二條所保障之婚姻自由權為由，聲請大法官釋憲。

### 二、釋字第三六二號解釋理由書摘要

民法第九八八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。

惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二二條規定，應受保障。如當事人之前婚姻關係已因法院之確定判決（如離婚判決）而消滅，自得再行結婚，後婚姻之當事人，基於結婚自由而締結婚姻後，該確定判決，又經法定程序（如再審）而變更，致後婚姻成為重婚，既係因法院前後之判決相反所致，究與一般重婚之情形有異。而前判決之潛在瑕疵，原非必為後婚姻之當事人所明知或可得而知，第三人與前婚姻之一方相婚時（即後婚姻成立時），就此瑕疵倘非明知或可得而知，則為善意且無過失。其因信賴確定判決而結婚，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持，以免憲法所保障之人民（尤其是婦女）結婚自由遭受不測之損害。

### 三、問題

（一）在本號解釋所涉及的規範（包括系爭的民法規定與大法官所援引的理由）當中，哪些屬於「規則」？哪些則具有「原則」的性質？

（二）運用規則的說理和運用原則的說理有何不同？兩者之間又有何關聯？

（三）在什麼樣的條件下，我們可以對一條法律規則創設法律所無明文規定的新例外？

說理論證，向來被視為法律人的主要工作。所謂「說理論證」指的是「提出理由以證立（justify）某個主張或行為的活動」。不過，法律說理或法律論證的一個特點在於，它往往必須受到法規範的拘束。「法官必須適用或援引法律規範作為其判決的理由」乃是依法審判的基本要求。我們可以說，法律論證乃是一種運用規範的說理，法規範提供了證立某個特定的法律主張所需要的理由。規範、理由與法律論證之間的關係，是法理學的重要研究課題之一<sup>1</sup>。規範理論中關於「規則」（rules）與「原則」（principles）的區分，國內法學界已經相當熟悉<sup>2</sup>。規則和原則的區別，意謂著它們所構成的理由在結構上也有所不同。本文即嘗試從理由論（theory of reasons）的角度出發，分析規則與原則在說理結構上的差異，以了解它們在法律論證中所扮演的不同角色。

## 貳 規則與原則的區分

從規範論和理由論的角度來看，規則與原則區分主要如下<sup>3</sup>：

### 一、規則作為決定性的理由

規則的適用方式具有「全有或全無」的特性，也就是說，規則是一種只能被適用或不能被適用的規範。一旦規則被適用到某個案件之上，那麼它的法律效果就必須被接受，而沒有斟酌的餘地。美國法理學家 Ronald Dworkin 曾經以棒球比賽的三振規則作為例子，來說明規則在適用上的特性。按照三振規則，如果打者三次揮棒落空，那麼裁判就應該判打者出局，裁判不能夠一方面認為三振規則是有效的棒球規則，另一方面卻又判定三次揮棒落空的打者並未出局。當然，規則可能會有例外。如果打者第三次揮棒落空時，捕手卻漏接，則打者並未出局，還可以跑壘，這構成了三振規則的例外條款。例外出現，就排除了規則的適用，從而無法推導出規則的法律效果。規則之帶有例外，並不會影響到規則適用的全有或全無特性。

從規則與理由的關聯來看，規則構成了一種決定性的理由（decisive reason），所謂決定性的理由，是一種可以確定結論的理由。如果規則可被適用到某個案件之上，則從規則的構成要件被滿足的事實，就能夠確定地得到法律效果應該出現的結論。釋字第三六二號所涉及的民法第九八八條第二款就

<sup>1</sup> 國內法理學界關於此方面的代表著作可見莊世同，規則與司法裁判，台灣哲學研究，2期，1999年3月，1-23頁；顏厥安，規則、理性與法治，憲邦異式——憲政法理學論文集，元照，2005年6月，55-110頁。

<sup>2</sup> 顏厥安，法與實踐理性，允晨文化，1998年7月，62-69頁；陳顯武，論法學上規則與原則之區分——從非單調邏輯之觀點出發，台大法學論叢，34卷1期，2005年1月，1-45頁；賴志強，論法規則與法原則的區別，台灣大學法律學研究所碩士論文，1999年。

<sup>3</sup> 以下論述主要參照 DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 14-45(1978); ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 44-69 (2002); Hage/Peczenik, Law, Morals, and Defeasibility, Ratio Juris Vol.13 No.3, 305-325 (2000)。

是個典型的法律規則：只要結婚違反第九八五條重婚禁止之規定者，就可以確定該婚姻為無效，換句話說，「有配偶而重婚者，其結婚無效」是我國法體系中的一條有效規則。如果某甲有配偶卻又與某乙結婚，則甲乙之婚姻為重婚的事實顯然滿足了上述規則的構成要件，它構成了法官應該判決其婚姻為無效的決定性理由。

如果規則帶有例外條款，那麼例外條款同樣構成了一個決定性的理由，一旦例外出現，規則的法律效果就確定地被撤回，或者應出現相反的法律效果。規則——例外結構對於法律人並不陌生，舉例來說，民法第八〇一和九四八條共同構成了動產所有權善意取得的規則，第九四九條則是此一規則的例外，九五〇條則是例外的例外。不過，和動產所有權善意取得的規則之不同處在於，民法中關於重婚無效的規則沒有明文規定的例外條款，大法官在釋字第三六二解釋中，實際上卻等於對重婚無效的規則設立了一個新例外，也就是在該號解釋所涉及的特殊情形下，排除了民法第九八八條第二款的適用。這涉及了一些有趣的問題：既然民法第九八八條第二款構成了後婚姻無效的決定性理由，那麼大法官為何（以及如何）能夠推翻掉這個決定性理由所確定的結果？如果規則始終有新例外出現的可能，那麼它是不是

還能夠被稱為是一種決定性的理由？在回答這些問題之前，我們先看看原則的性質。

## 二、衡量作為原則的適用方式

所謂的「原則」通常表達了某種價值或目的，並且要求這些目的或價值在個案中以儘可能高的程度被實現，德國法理學家 Robert Alexy 因而將原則稱之為一種「最佳化的要求」(optimization requirements)。憲法中的基本權規範是典型的原則，以言論自由原則為例，大法官在釋字第五〇九號曾經說過：「言論自由……國家應給予最大限度之維護」。對於言論自由原則而言，如果完全不受到任何限制，而能夠百分之百地實現，當然是最理想的狀態。可惜的是，原則的實現程度通常無法達到這種理想狀態，這是因為原則在適用的時候，往往會牽涉到其它的原則，例如釋字第五〇九號所涉及的，就是言論自由和名譽權這兩條原則之間的衝突。相衝突的原則之間彼此會互相牽制：如果要百分之百地實現言論自由，就不免要犧牲名譽權的保護，如果要保障名譽權，就不免要對言論自由作出限制，我們無法讓這兩條原則都完全獲得百分之百的實現，就只能作一些取捨，來決定哪一條原則在系爭的個案中應該優先獲得實現，或者應該獲得較高程度的實現<sup>4</sup>，這個取捨的工作，就是所

<sup>4</sup> 由於相衝突的原則不可能都完全獲得實現，因此，其中一原則的實現程度愈高，另外一原則的實現程度就會隨之降低。舉例來說，情色書刊的出版自由可能會和青少年身心健康的保護相衝突。如果對於情色書刊完全不作任何管制，等於是讓情色書刊出版商或作者的出版自由獲得最大程度的實現，如果要求情色書刊販售時必須加上封套警語，可以算是對於出版自由之中等程度的限制，如果完全禁止情色書刊，則是相當高程度的限制，此時出版自由只獲得非常低程度（趨近於零）的實現，隨著情色書刊出版自由實現程度的下降，相對立的原則「青少年身心健康應予以保護」的實現程度就隨之上升。

謂的衡量。

原則和規則的第一個不同處在於，規則——例外結構具有一種井然有序的關係，一旦例外出現，就一定排除規則的適用，亦即例外條款的適用始終優先於規則，沒有衡量的問題。但原則就非如此。我們很難說言論自由的保障就一定優先於名譽權的保護，或者名譽權的保護構成了言論自由的「例外」，只要是侵害他人名譽的言論就一定要被禁止。原則具有規則所沒有的「重要性面向」(dimension of weight)，當數個原則同時適用而發生衝突時，我們必須衡量它們在個案中的相對重要性，簡單說，就是要根據個案的狀況去比較它們之間孰輕孰重，才能夠決定何者應該優先實現。隨著個案條件的不同，原則彼此之間的比重也會有所變化。比方說，在通常的情況下，如果公開發表足以毀損他人名譽的言論，則名譽權的保障會比言論自由來得重要；如果言論的內容可證明為真實，此時言論自由比起名譽權反而應該優先獲得實現；但倘若言論的內容涉及私德而無關公益，這個時候優先關係就又逆轉了。

這正是隱藏在刑法第三一〇條第一和三項背後的價值判斷，而這兩項條文之間的關係正是典型的規則——例外結構：刑法第三一〇條第三項前段構成了該條第一項的例外，而第三項後段的但書則是例外的例外。由此我們似乎可以發現規則——例外結構和原則衡量之間的關聯性：規則——例外關係反映了在不同的案型條件之下原則衝突有不同的解決之道。這一點對於前面的問題(三)(壹、三、(三))有關鍵性的意義，容後再述。

### 三、原則作為初步性的理由

原則和規則的另外一個不同之處在於，當原則被適用到某個個案之上時，並不代表它所支持的法律效果就必須被接受。以言論自由原則為例，如果某個行為屬於憲法第十一條所稱之「言論」，並不能就此確定這個行為必須被允准。如前所述，如果言論的內容侵害到他人的名譽權，則該發表言論的行為可能被法律所禁止。同樣的，以信賴保護原則為例，並非只要當事人一旦具有信賴利益，那麼他的利益就一定會受到保護，相反的，在某些情況下（例如行政程序法第一一九條所規定的情形），他的信賴利益並不受法律的保護。當然，原則可以作為支持判決或法律主張的理由，但它並不是一種決定性的理由，而只是一種初步性的理由（prima facie reason）：它所支持的結論有可能被其它更堅強的理由——例如在個案中相對重要性較高的另一原則——所推翻。換句話說，個別的一條原則無法確定結論，它只是指出了一個方向，法官在判決時必須考量到其它原則所指出的相反方向，才能夠決定個案中的法律效果。以釋字第三六二號為例，「一夫一妻制之社會秩序」可以看作是一條原則，它應該儘可能地被維持，這條原則構成了嚴格適用民法第九八八條第二款判決陳許之婚姻為無效的理由，但它也只是一個初步性的理由，但在本號解釋當中，存在著指向相反方向的初步性理由，也就是結婚自由和信賴保護原則。考量到這兩條原則之後，大法官認定，它們的實現優先於一夫一妻制原則，從而確定了本案的具體法律效果：陳許婚姻之效力應予以維持<sup>5</sup>。

原則所提供的初步性理由具有兩個特徵：一、片面性：當一條原則可被適用到個案之上時，並不能就此推論出法律效果，我們還必須考量是否還有其它原則——特別是相衝突的原則——同樣可被適用到個案之上；二、可衡量性：原則不但可以被衡量，而且在適用上也必須和相衝突的原則相互衡量，才能夠確定個案中所應出現的法律效果為何。總結來說，我們只有在衡量所有相關的正反面初步理由之後，才能夠確定結論，但這也意謂著，衡量的結果可以構成一個決定性的理由。如果原則P1在個案情形為C的條件之下支持結論R，而相對立的原則P2在條件C之下則支持相反的結論 $\neg R$ <sup>6</sup>，最後衡量的結果是P1優先於P2，那麼我們就可以確定在C這個條件之下，應該出現R的結論，換句話說，我們得到了一條構成要件為C，而法律效果為R的規則，這條規則構成了支持R的決定性理由。簡單說，個案中原則衡量的結果會形成一條規則，碰到其它相類似的案例，就可以適用這條規則以決定法律效果，這正是Alexy所稱的「原則衝突法則」(the law of competing principles)。以釋字第三六二號為例，本號解釋的衡量結果也構成了一條以本案之特殊重婚情形為構成要件，而以後婚姻有效為法律效果的規則，下節將對此作比較詳盡的分析。

### 參 規則作為排它性的理由

<sup>5</sup> 本號解釋的缺陷在於，大法官只是告訴我們，本案的情形和一般重婚的情形有何不同，就直接認定信賴保護原則和結婚自由應該優先獲得實現，卻沒有去論證，為什麼在本案這種特殊情形當中，結婚自由和信賴保護原則的實現相對於維持一夫一妻制來得更為重要，我們只看到衡量的結果，卻沒有看到衡量的說理過程。

<sup>6</sup> 「 $\neg R$ 」代表「非R」的意思。

## 一、排它性：排除衡量的理由

在進一步討論為何能夠對一條規則創設新例外的問題之前，我們先從理由論的角度來看看規則的另外一個特性。如前所述，規則和原則的一個不同點在於，適用一條原則時，必須要考量到其它相關的，特別是可能與之相衝突的原則；但在適用規則時，只要確定系爭的案例事實符合了規則的構成要件，除非出現例外，否則就可以直接推導出規則的法律效果。規則作為一種決定性的理由，意謂著在適用規則的時候，我們通常就不必再去考量那些隱藏在規則背後的初步性理由。當我們在適用民法第八〇一條以及第九四八到九五〇條的規定時，通常只會去檢驗這些條文的構成要件是否滿足，而往往不會去考慮，甚至也不必再去衡量「所有權應受到保護」與「交易安全應受到保障」這兩條法律原則，儘管上開規定中的規則——例外結構其實反映了這兩條原則的衝突在不同案型條件下的不同解決之道。同樣的，雖然結婚自由原則可能會支持與民法第九八八條第二款相反的法律效果，但是在適用重婚無效的規定時，通常我們不會再去考量結婚自由原則。我們並不是把民法第九八八條第二款和結婚自由相衡量，在認定前者比後者來得更「重要」之後，才確定地得出重婚無效的結論；而是當我們在適用民法第九八八條第二款與第九八五條的規定時，就自始排除

了結婚自由原則的考量。只要有了重婚無效的規定可資適用，我們通常就不會也不必在每個案件都去對一夫一妻制和結婚自由進行衡量。

因此，規則不但是一種決定性的理由，同時還是一種排它性的理由（*exclusionary reason*），它排除了相關的初步性理由——特別是與規則相衝突的初步性理由——進入考量。換句話說，在適用規則的時候，就不必再進行原則衡量的工作，所謂「排它性的理由」可以理解為「排除衡量的理由」<sup>7</sup>。不過，我們可以區分強弱兩種不同程度的排它性。強的排它性指的是，一旦規則存在，就始終排除了衡量的可能性；而弱的排它性指的是，在通常的情形下，雖然適用規則就排除了衡量的必要性，但在某些特殊的案例中，仍不排除再度進行衡量的可能，而重新衡量的結果有可能得出與規則的法律效果相反的結論。釋字第三六二號顯示了，法律規則的排它性似乎只是一種弱的排它性，在該號解釋所涉的特殊情況下，仍有可能透過重新衡量潛藏在規則背後的原則，來對規則創設新的例外。如果規則所構成的理由，所具有的只是一種弱的排它性，那麼在什麼樣的條件之下，原本被排除的初步性理由會再度進入考量，使得我們必須重新進行衡量的工作？在回答這個問題之前，我們必須先思考另外一個問題，為什麼法律規則所構成的理

由（在通常的情況下）會是一種排它性的理由？

## 二、規則的排它性與獨立於內容的特性：權威論據

一個可能的答案是：因為法律規則背後具有權威的支持。我們之所以應該服從法律規則，或者法官之所以負有適用法律規則的義務，往往是因為法律規則是由權威機關（例如立法者）所制定的，而不是（或至少不完全是）因為適用規則的結果能夠實現某些實質價值或目的。權威的制定使得法律規則成爲一種「獨立於內容的理由」（*content-independent reason*）。所謂「獨立於內容」的意思是，規則之所以能夠構成行動或判決的理由，純粹因為它是由某個權威所作的決定，而與規則的內容所欲實現的價值或目的無關，「權威的制定」本身就足以作爲服從或遵守規則的理由，只不過這個理由是一個形式的理由<sup>8</sup>。舉例來說，法官之所以覺得他應該適用民法第九八八條第二款的規定認定陳許之後婚姻無效，最主要的理由通常是「因為這是立法者所制定的法律，所以應該被遵守」。當然，法官可能也都知道該條規定的目的是爲了維持一夫一妻制，但即便他沒有清楚地意識到這個目的，或他認爲一夫一妻制原則並非絕對不可退讓的，或甚至他根本反對一夫一妻制，「立法者的決定應該

<sup>7</sup> 按照Raz的看法，排它性理由乃是一種要求我們不要根據某些理由而行動的二階理由（*second order reason*）。而規則本身既構成了支持某個行動的一階理由（*first order reason for action*），同時又是要求我們不必再去考量其它相衝突理由的排它性二階理由，關於排它性理由的經典論述，請參照RAZ, *PRACTICAL REASON AND NORMS* 35-48, 55-84 (3rd. ed. 1990)。

<sup>8</sup> 關於「獨立於內容的理由」，參照HART, *ESSAYS ON BENTHAM* 243-268 (1982)，中文的介紹見莊世同，法律的規範性與法律的接受，政治與社會哲學評論，創刊號，2002年6月，72-78頁。

被遵守」這個理由仍然要求他必須根據民法第九八八條第二款作出判決。

顯然地，由權威所賦予規則的獨立於內容特性，蘊含了規則的排它性。既然權威制定了某條規則，那麼我們就可以直接援用這條規則作為行動或判決的決定性理由，而不必再去過問權威為什麼（基於哪些實質理由）制定這條規則。我們可以把規則視為法律權威對於「在規則的構成要件所表述的條件C之下，應該採取何種行為或出現何種法律效果？」這個問題所作的決定。而接受或遵守權威的決定，就意謂著當我們遇到上述問題的時候不會再去考量相關的初步性理由孰輕孰重，因為一旦權威作出了決定，它的決定就成了一個取代原本相關實質理由之獨立於內容的理由。比方說，立法者制定了民法第九八五條與第九八八條第二款之重婚無效的規定之後，這個規定就取代了與重婚問題有關的一夫一妻制與結婚自由原則，法官通常不會再去援引這兩條原則，而是直接適用民法第九八八條第二款來決定重婚的法律效果。這就是說，我們將權威的決定當作是排它性的理由。

### 三、權威、效率與正確的衡量

一般而言，我們之所以會接受某個權威的決定來取代或排除自己的判斷，通常一方面是因為我們相信權威比我們更有能力（例如具有更豐富的專業知識或經驗）或者更有資格（例如在權力分立制度下立法相對於司法的優越性）作出判斷，另一方面則是我們

相信權威在作出決定前已經考量過所有相關的初步性理由，因此我們在適用規則的時候就不必再去援引這些初步性的理由<sup>9</sup>。更深入來看，至少還有兩個論點可以說明為什麼我們要將權威的決定（法律規則）作為排它性的理由。第一個論據是基於效率的考量。畢竟，原則的衡量是比較複雜費時的工作，而規則的存在可以大幅減輕說理工作的負擔，規則直接告訴我們應該如何行動，這使得我們不需要在每一個案件都重新去對初步性理由作衡量。就這一點而言，規則作為排它性理由，可以說是一種節省勞力與時間的機制。其次，原則衡量具有比較高的不確定性（uncertainty），在某些案件當中，我們對於相關的原則孰輕孰重可能會有爭議，這導致了衡量結果的不可決定性（indeterminacy）：既然難以確定那一條原則應該優先，也就無法決定個案中應該出現的法律效果是什麼。但我們無法讓一個法律問題（特別是已經進入司法程序的問題）的答案總是處在各說各話懸宕不決的狀態，我們迫切地想要知道，在系爭個案的情形下，應該採取什麼樣的行動。行動指引的迫切必要性使得我們不可能永無止盡地爭論下去，在這個情況下，直接將問題交給權威決定，才是比較有效率，而且能夠達到法安定性的作法。第二個足以用來證成權威的理由是基於正確性的論據：我們之所以將權威的決定當作是排它性的理由，不僅是因為我們相信，權威在作出決定之前考量過了所有相關的初步性理由，而且我們還預設了，權威已經對於這些

<sup>9</sup> 國內關於權威與排它性理由的論述，可參見謝世民，政治權力、政治權威與政治義務，政治與社會哲學評論，創刊號，2002年6月，16-31頁。

理由作出正確的衡量。因此，按照權威所制定的規則而行事，會比個人根據自己的判斷，更能夠達到正確的結果<sup>10</sup>。從這個角度來看，權威的制定之所以會使得規則成為決定性與排它性理由，有一部分的原因其實奠基在實質性的預設：正由於權威所制定的規則代表了正確衡量的結果，因此在適用規則的時候，才不必再去對背後的原則重新進行衡量，而可以直接推導出法律效果。

#### 四、重新衡量與創設新例外的可能性

正確性論據預設了，規則乃是權威在衡量初步性理由後所作出的決定，從這個預設可以得到一個重要而有趣的命題：每一條規則都可以重構為原則衡量的結果。這恰好是前述Alexy之原則衝突法則的逆轉。衝突法則說的是，從原則衡量的結果可以得出一條規則。而逆轉的衝突法則則是說：對於規則N：「如果構成要件C滿足，則應出現法律效果R」而言，它可以被「還原」為「在案型C的條件下，支持R的原則P1優先於支持¬R的原則P2」，也正是由於這個衡量結果，才會得出N這條規則。舉例來說，民法第八〇一和九四八條的規定，正反映了在該條規則之構成要件所表述的條件之下，交易安全的保障比起所有權的保障來得重要，而在民法第九四九條之例外規定的條件下，這兩條原則的優先關係則翻轉過來。同樣的，民法第九八五條第一項和第九八八條第二款的規定，顯然可以重構為「在一般的重婚情形下，一夫一妻制的維持比起結婚自由原則來

得重要」這個衡量的結果。

既然規則可以重構為原則衡量的結果，那麼我們現在就可以回答本節開頭所提出的問題：「在什麼樣的條件下，原本已經被規則所排除的初步性理由會重新進入考量，使得我們必須再度進行衡量的工作？」如前所述，規則之所以具有排它性，乃是因為我們預設了制定規則的權威已經對於相關的原則作出了正確的衡量，當上面這個預設沒有被實現時，我們就能夠合理地質疑規則是否仍然能夠排除衡量的必要性。所謂「正確的衡量」，至少要滿足下面兩個條件：一、在衡量時必須考量到所有相關的原則。二、由於原則之間的優先關係會隨著個案條件的不同而有所變化，因此在衡量的時候，還必須注意到具體案例事實中的所有相關特徵，亦即必須注意到不同案型之間的差異性。因此，在下面兩種情形中，就開啓了重新衡量的可能性：一、在制定規則時有一條或數條相關的原則沒有被考量到，若將這些原則納入考量，可能會改變原先衡量的結果。用形式一點的方式說，假設在C的條件下，忽略了P3這條相關的原則，只考量P1與P2這兩條原則，則會得出P1優先於P2的結論，但若考量到P3時，則可能反而得到P2（與P3）優先於P1的結果；二、在制定規則時沒有考量到某個特徵M，而當M這個特徵出現時，可能會改變原本透過規則所確定的衡量結果。也就是說，在構成要件C的條件下，P1優先於P2，但若考慮到M這個特徵，則在「C且M」的條件下，反而會得出P2優先於

<sup>10</sup> 對此可參照Raz關於證立權威之dependence thesis（依賴命題）與normal justification thesis（通常證立命題），RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 42-62 (1986)。



P1的結論。我們可以發現，在釋字第三六二號中，這兩種情形都同時出現。首先，大法官指出本號解釋所涉及的重婚情形「第三人因善意無過失信賴前婚姻已因確定判決消滅，而與前婚姻之一方相婚，而該判決嗣後又經變更導致後婚姻成為重婚者」與一般的重婚有所不同。在一般的重婚案件當中，通常只涉及一夫一妻制和結婚自由這兩條原則。但是在本案的特殊重婚情形中，信賴保護原則成為一個相關的初步性理由，這個理由是當初制定重婚無效的規則時所未能考量到的。其次，在一般的重婚情形中，一夫一妻制優先於結婚自由的保障，但在本案的特殊情形下，結婚自由和信賴保護原則反而顯得比維持一夫一妻制之社會秩序更為重要。按照衝突法則，從這個重新衡量的結果可以得出一條新的規則：「若第三人因善意無過失信賴前婚姻已因確定判決消滅，而與前婚姻之一方相婚，而該判決嗣後又經變更導致後婚姻成為重婚者，則其後婚姻仍為有效」<sup>11</sup>。這條規則即構成了民法第九八八條第二款的例外條款。

## 肆 形式原則與論證負擔的分配

### 一、形式原則與創設新例外的難度

我們回到本文一開始所提出的第三個問題：「在什麼樣的條件下，我們可以對於一條法律規則創設新例外？」從上面的分析看來，答案似乎是：「當遵守權威的決定（適

用規則）不符合正確衡量的結果時」。不過，這個回答仍有進一步斟酌的餘地。按照逆轉的衝突法則，每一條規則都可以重構為一組原則衡量的結果，這組原則包括了制定規則所欲實現的價值或目的，以及實現這些價值或目的時所可能犧牲掉的原則，我們可以將前者稱之為「支持規則的實質理由」，後者稱之為「反對規則的實質理由」。當然，權威所確定的衡量結果是前者優先於後者，所以才會制定這條規則。但是在某些條件之下必須對規則背後的原則重新進行衡量時，其結果可能翻轉了原先由權威所確定的優先關係。從上面對釋字第三六二號的分析看來，似乎只要反對規則的實質理由勝過了支持規則的實質理由，就可以對規則創設新的例外。但這會產生一個問題：為了追求正確性而偏離權威的決定，不免會犧牲掉遵守權威所帶來的好處，例如效率和法安定性等。因此，是否能夠對於一條規則創設新的例外，要衡量的不只是實質理由的重要性，還必須考量到像是「權威的決定應該被遵守」以及「法安定性應該盡量予以維持」這種理由。這種從形式面來支持規則的理由，可以稱之為「形式原則」<sup>12</sup>。形式原則也是一種初步性的理由，它必須和相對立的初步理由一起被衡量，才能夠確定結論為何（適用規則或創設例外）。但形式原則的加入，會提高對於規則創設新例外的難度。首先，當反對與支持規則之實質理由的重要性彼此不相上下時，形式原則發揮了關鍵的作用，

<sup>11</sup> 儘管釋字第552號對將例外出現的條件修正為「須重婚之雙方當事人均為善意無過失」，但所面臨的衡量問題基本上是相同的。

<sup>12</sup> 關於形式原則，ALEXY, *supra* note 3, at 58, 82, 414-425；關於形式原則與前述獨立於內容的理由的關係，顏厥安，註1書，74-76頁。

它將使得衡量結果傾向支持規則的這一邊；其次，如果要對規則創設例外，反對規則的實質理由之重要性不但要超過支持規則的實質理由，而且還必須勝過形式原則的重要性。當形式原則受到影響的程度越高，反對規則的實質理由就必須更為堅強。因此，形式原則提高了規則的穩固性：當形式原則的重要性越高，就越難對一條規則創設新的例外。在這裡我們也可以看到釋字第三六二號在說理上的另一個缺陷：大法官在本號解釋的說理過程中，只考量到實質原則的相對重要性，卻忽略了形式原則的作用，大法官對於實質原則的衡量結果或許是正確的，但在解釋理由中卻完全沒有處理到這個結果對於法安定性以及立法者權威所可能造成的影響。

## 二、論證負擔的分配

從法律論證的角度切入，形式原則的作用也表現在論證負擔（the burden of argumentation）分配的問題上。從規則所確定的法律效果仍然有可能被更堅強的反面理由所推翻這一點來看，運用規則的說理和運用原則的說理都具有所謂的「可反駁性」（defeasibility），但是在論證負擔的分配上，兩者仍有不同。原則作為初步性的理由，援用原則以支持自己主張的一方必須負擔衡量的論證責任，亦即他必須考量到其它可能相衝突的原則，並且論證他所援用的原則之重要性勝過這些對立的原則。但是援用

規則以支持自己主張者，不必負擔這種論證責任。按規則作為衡量的結果，代表了權威對於相關原則之間的優先關係所作的決定。根據Perelman的慣性原則（the principle of inertia）<sup>13</sup>，訴諸既存的決定者，不必再去證立這個決定的正確性，只有欲改變已確定的優先關係者，才需要提出理由證成改變的正確性。這也就是說，援用規則的一方，不必負擔衡量的論證責任，他不必再去論證支持規則的原則勝過相對立的原則，他只需要證明系爭的案例事實滿足了規則的構成要件，就足以證成自己的主張。一旦他作到這一點，論證負擔就轉移到他的對手，也就是主張排除規則適用的這一方。後者不但要指出，系爭案例事實的特殊之處，而且還要提出理由說明為什麼在這樣的條件之下必須對規則創設新例外。要達到後面這一點，他必須援引反對規則適用的原則。如前所述，援引原則者必須負擔衡量的論證責任，因此他除了要指出他所援引的原則在此一條件下勝過支持規則的實質原則之外，還必須論證這個原則的重要性是如此之高，以致於可以偏離權威所作出的決定。透過有利於援引規則這一方的論證負擔分配，一方面使得規則（至少對於援引規則的一方而言）仍然維持決定性與排它性的特徵；另一方面也保留了挑戰或質疑規則的可能性，亦即重新開啓衡量的可能，但是，如果沒有足夠堅強的理由的話，對於既存規則的挑戰將很難成功。



<sup>13</sup> 「慣性原則」其實就是個論證負擔規則，見Perelman/Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 106 (1971)；王效文，法、論證與修辭學——Chaim Perelman新修辭學法理論之研究，政治大學法律研究所碩士論文，1997年，106-108頁。