

規則是法律推理的排它性理由嗎？*

王鵬翔**

目 次

- 壹、規則、原則與 Raz 的理由論
- 貳、為什麼規則是一種排它性理由？
 - 一、Raz 的權威論據：阻斷命題、通常證立命題與依賴命題
 - 二、原則理論對 Raz 論據的重構及批評
 - 三、強的排它性 vs. 弱的排它性
- 參、不確定性、推定模式與形式原則的理由性質

* 投稿日：2008年2月15日；接受刊登日：2008年7月30日。

本文初稿曾經先後於2007年10月由中央研究院法律學研究所舉辦之第一屆「法律思想與社會變遷」學術研討會以及2008年7月台灣哲學會之「批判與反思」哲學研讀會上宣讀。作者非常感謝評論人莊世同與謝世民教授的寶貴評論意見；顏厥安教授審閱了本文初稿並給予若干精闢批評，讓我得以審視本文的一些缺陷，在此一併致謝。本文的一些想法得益於和林執中在過去一段時間關於 Raz 的共同討論，在此我要特別感謝他，當然，文中的一切錯誤，仍然是我自己的責任。本文完成於作者任職於中央研究院法律學研究所籌備處期間，法律所湯德宗主任以及所有同仁在這段時間給予我的關心、鼓勵與提攜，作者衷心感恩，永誌難忘。謹以本文獻給中研院法律所同仁與朋友們。

** 德國基爾大學法學博士；國立成功大學法律學系助理教授，中央研究院法律學研究所籌備處助研究員（2005-2008）。

摘 要

Joseph Raz 關於規範與理由的一個重要主張是：規則不僅構成了採取某種行動的理由，同時還是要求我們不要根據某些相衝突的理由而行動的排它性理由 (exclusionary reasons)。法律規則不僅構成了行動的理由，同時也是司法裁判的理由。那麼，在法律推理當中，法律規則對於司法裁判而言是否同樣構成了排它性的理由？在本文中，我將嘗試運用 Robert Alexy 的原則理論的一些想法來探討這個問題。本文首先將指出 Alexy 的原則理論與 Raz 的理由論之間的一些相似性，其次將檢視 Raz 用來支持規則具有排它性理由特質的論據，同時試圖從原則理論的角度來重構並且批評 Raz 的論證，最後則指出，在什麼樣的條件之下，規則可以被視為一種排它性理由。

關鍵詞：規則、原則、理由、排它性理由、阻斷性理由、權威、法律推理、阿列克西 (Alexy)、拉茲 (Raz)。

Joseph Raz 關於規範與實踐理由(practical reasons)的一個重要主張是：規則不僅構成了採取某種行動的理由，同時還是要求我們不要根據某些相衝突的理由而行動的排它性理由 (exclusionary reasons)。法律規則不僅構成了行動的理由，同時也是司法裁判的理由。那麼，在法律推理當中，法律規則對於司法裁判而言是否同樣構成了排它性的理由？在本文中，我將嘗試運用 Robert Alexy 的原則理論的一些想法來探討這個問題。本文首先將指出 Alexy 的原則理論與 Raz 的理由論之間的一些相似性，其次將檢視 Raz 用來支持規則具有排它性理由特質的論據，同時試圖從原則理論的角度來重構並且批評 Raz 的論證，最後則指出，在什麼樣的條件之下，規則可以被視為一種 Raz 所稱的排它性理由。

壹、規則、原則與 Raz 的理由論

首先說明 Raz 對於一階理由 (first-order reason) 與二階理由 (second-order reason) 的區分。根據 Raz 的看法，一階理由乃是要求我們採取某個行動或不要採取某個行動的理由，簡單說，一階理由就是行動的理由 (reasons for action)。促使一個行動者採取某個行動或用來證立某個行動的理由，可能是他的欲望 (desire)、利益 (interest) 或某種價值 (value)。用一個簡單的例子來說明：我之所以在公園裡遛狗的理由，可能是因為我想要讓狗的身體健康（欲望），或者是因為遛狗能夠帶給我很大的樂趣（利益）；我之所以不在公園裡遛狗的理由，可能是因為狗的吠叫聲與排泄物會影響到公園的清潔與安寧，而公園的清潔與安寧是值得維護或追求的（價值）¹。對於實踐推理 (practical reasoning) 來說，除了利益、欲望和

¹ 完整的推論例如：(1) 我想要讓狗身體健康。(2) 在公園裡遛狗能夠讓狗身體健康。(3) 因此，我有理由（應該）在公園裡遛狗。(1)、(2) 構成了 Raz 所說的「完整理由」(complete reason)。(1) 所表述的價值、利益或欲望 Raz 稱之為

價值之外，規範也是行動理由的重要來源²。如果存在著一條「禁止在公園裡遛狗」的規定，這個規定同樣可以作為我不在公園裡遛狗的理由^{2a}。

按照 Raz 的看法，所謂「二階理由」乃是要求我們根據某些（一階）理由或不要根據某些（一階）理由來行動的理由。前者（要求我們根據某個理由來行動的理由）Raz 稱之為「積極的二階理由」（positive second-order reasons），後者（要求我們不要根據某個理由來行動的理由）Raz 稱之為「消極的二階理由」（negative second-order reasons），也就是所謂的排它性理由³。Raz 的核心主張是：規則既構成了一階的行動理由，同時也是一種二階的排它性理由⁴。用上面的例子來說，「公園裡禁止遛狗」這個規定，不但構成

「操作性理由」（operative reason），(2) 所表述的事實（或信念）Raz 則稱之為「輔助性理由」（auxiliary reason）。關於這兩者的說明，見 JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 31 (1999)。

- 2 值得注意的是，Raz 認為，利益或欲望可被視為主觀的價值 (subjective value)，但這並不意味著所有的（操作性）理由都是某種價值。Raz 就認為，規範（規則）是一種操作性理由，但規範本身並不是一種價值，相反的，他主張規範和價值之間存在著某種「規範縫隙」（normative gap）的差距，見 Joseph Raz, *Reasoning with Rules*, 54 CURRENT LEGAL PROBLEMS 6 (2001)。Raz 對於價值和理由之間關係的看法，此處無法深論，詳見 JOSEPH RAZ, ENGAGING REASON (1999)。
- 2a 感謝一位審查人的提醒，指出「構成行動的理由」，可能是「使得行動得以被『說明』為具備合理性 (rationality) 的根據，而與證立行動的理由不同」。的確，「p 構成 x 去作 φ 的理由」可以有兩種理解：解釋（說明）的理由 (explanatory reason) 與證立的理由 (justificatory reason)，前者用來解釋「為什麼 x 會去作 φ」，後者則對「x 應該去作 φ」的陳述提供證立。用來解釋一個人之所以會去作某件事的理由，通常是他可覺察到的欲望、信念或動機，但 Raz 明白指出，只有將理由理解為事實而非個人的信念，才具有規範性（證立行動義務）的意義。對於 Raz 而言，如果某個事實 p 構成了行動者 x 去作 φ 的理由，即便 x 未覺察或相信此事實的存在，他仍然有（證立的）理由去作 φ（應該作 φ）；反過來說，如果 x 相信 p 的存在，但 p 這個事實並未出現，則 x 仍然沒有理由去作 φ，即便「x 相信 p」的這個信念可以作為解釋他之所以會去作 φ 的理由，但仍無法證立他有作 φ 的義務（詳見 RAZ, *supra* note 1, at 16-20）。從 Raz 主張「x 應該作 φ」（x ought to φ）和「x 有理由去作 φ」（there is reason for x to φ）這兩個陳述是邏輯等值的這一點 (RAZ, *supra* note 1, at 28-29)，更可以明顯看出，Raz 所關切的是證立行動的理由，而非解釋的理由。

3 RAZ, *supra* note 1, at 39.

4 RAZ, *supra* note 1, at 58-59.

了我不得在公園內遛狗的理由，它同時還是要求我擱置 (disregard) 與這條規則相衝突的一階理由——例如想要讓狗身體健康的欲望，享受遛狗樂趣的利益——的理由，這條規則使得我不能夠再根據這些相衝突的理由而行事。

儘管 Alexy 在其《基本權理論》(*A Theory of Constitutional Rights*) 一書中並未對規範和理由之間的關係多所著墨，但我們仍然能夠在 Alexy 關於規則 (rules) 與原則 (principles) 的區分與 Raz 的實踐理由論之間看出一些有趣的相似之處。有關 Alexy 對於規則和原則的定義及區分，在台灣早已為學界所熟悉，且有多篇相關論文⁵，在此我不再作介紹性的敘述，而只著眼於規則／原則與 Raz 式理由之間的關聯。Alexy 認為，規則和原則可以視為不同類型的理由：原則總是一種初步性的理由 (prima facie reason)，而規則通常是一種確定性的理由 (definitive reason)。不過，Alexy 主張規則和原則都是規範的理由 (reasons for norms)，它們都可以用來證立某個一般性的法規範或者具體的法律決定⁶。乍看之下，Alexy 將規則與原則視為規範的理由的看法，與 Raz 將價值或規範視為行動理由的看法似乎有所不同。不過，Alexy 認為，就這一點而言他和 Raz 之間的差異並沒有表面上的那麼大。依 Alexy 之見，表達規範的規範語句（包括法官的判決）所陳述的都是禁止、要求、允許某個行動的命題，因此「如果規則和原則是規範的理由，它們也就間接成

5 參見如顏厥安，〈規則、理性與法治〉，《台大法學論叢》，31 卷 2 期，頁 15-17（2002 年 3 月）；陳顯武，〈論法學上規則與原則之區分——由非單調邏輯之觀點出發〉，《台大法學論叢》，34 卷 1 期，頁 6-24（2005 年 1 月）；王鵬翔，〈論基本權的規範結構〉，《台大法學論叢》，34 卷 2 期，頁 1-28（2005 年 3 月）。

6 Alexy 與 Raz 有一些術語上的差異。Alexy 採取語意學的規範概念，不論是一般性的規則、原則或具體的司法判決，都是可透過規範語句所表述的規範，見 ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 21-25 (2002)。而 Raz 的「規範」則只包含一般規範 (general norms)，但不包括像是司法判決這種個別規範，更重要的是，Raz 式的規範還必須是一種排它性理由，見 RAZ, *supra* note 1, at 49-50, 58-59。因此，儘管 Raz 所稱的「規範」包含了規則和原則，但從下面的敘述可以看出，Alexy 式的原則並不是 Raz 所稱的「規範」，因為它們並不是排它性理由。

為行動的理由」⁷。在這裡我不想細究這個細微的差異，我將從規則和原則在法律推理中的地位說明它們是什麼樣的理由。在司法裁判的說理當中，規則和原則都是被法官用來證立其判決的理由。如果著眼於司法判決本身陳述了某個個別規範 (individual norm) 這一點，那麼它們是規範的理由；相對的，如果著眼於司法推理的過程中，規則和原則乃是要求或支持法官作出某個特定的司法判決的理由，那麼它們當然也是行動的理由，只不過這裡的行動是「作出判決」的司法行動。就此而言，原則和規則可以被視為「決定的理由」(reasons for deciding) 或者「判決的理由」(reasons for decision)⁸。因此，規則和原則可以既是規範（司法判決）的理由，又是行動（要求作出某種決定）的理由。本文所關切的問題正在於，在司法裁判的說理過程當中，規則除了可以作為證立某個特定判決的理由之外，它是否也是要求法官擱置某些相衝突理由的排它性理由？

在進入這個問題的討論之前，讓我們先看看 Alexy 所說的，規則和原則作為不同類型的理由，在哪些方面和 Raz 關於一階理由與排它性理由之間的區分有相似之處。根據 Alexy 的看法，一條原則作為初步性的理由，它本身無法確定它在具體個案中所要求的法律效果必然成立。要確定個案的法律效果為何，它還必須和其它的原則相衡量，如果對立的原則具有較高的重要性，那麼這個原則所支持的法律效果就會被推翻掉⁹。原則所提供的理由，在兩方面和 Raz 式的一階理由非常相似。首先，一階理由具有強度或重要性的面向 (dimension of strength or weight)，所謂「強度或重要性的面向」指的是，某些理由會比其它理由具有較高的重要性，如果不同的理由互相衝突的話，那麼較強的理由就會凌駕 (override) 於較弱的理由

7 ALEXY, *supra* note 6, at 59.

8 將規範同時視為判決理由與行動理由的看法符合 Raz 在 *Practical Reason and Norms* 一書中的看法，RAZ, *supra* note 1, at 142-145.

9 ALEXY, *supra* note 6, at 57.

而成為行動的決定性理由 (conclusive reason)。這個因為其具有較高的重要性而在衡量中勝出的理由稱之為「凌駕性理由」(overriding reason)¹⁰。讓我們用前面遛狗的例子來說明。遛狗所帶來的樂趣是支持我在公園中遛狗的理由，而維持公園的清潔與安寧則是要求我不得在公園裡遛狗的理由，這兩個理由互相衝突。如果維持公園的清潔與安寧比起遛狗帶給我的樂趣來的更為重要，那麼我就不應該在公園裡遛狗。換言之，當兩個理由相衝突時，我應該根據較強的理由（凌駕性理由）而行事。從強度或重要性的面向可得出「一階理由」的另一個重要性質，即一階理由之間的衝突是透過衡量 (weighing and balance) 一亦即評價相衝突理由彼此的相對強度或重要性一來解決，Raz 將此表述為一條實踐原則 (practical principle) P1：

P1：“It is always the case that one ought, all things considered, to do whatever one ought to do on the balance of reasons.”¹¹
(「一個人在全盤考量之後總是應該去作根據（一階）理由的衡量所應該作的事情」)

和一階理由一樣，原則也具有強度或重要性的面向，而原則之間的衝突也是透過衡量來解決¹²。我們將上面的例子稍為修正一下。假設公園的警衛看到我在遛狗，他必須作出一個是否允許我在公園中遛狗的決定。對於這個警衛來說，或許遛狗帶給我的樂趣不是他會（或必須）去考量的理由，但是我的行動自由必須受到尊重

10 按照 Raz 的看法：(1) 理由 p 與理由 q 相衝突，當且僅當 p 是作 φ 這件事的理由而 q 則是不作 φ 的理由。(2) 理由 p 凌駕於理由 q，當且僅當 p 與 q 是相衝突的理由並且 p&q 是作 φ 而非不作 φ 的理由。(3) p 是作 φ 的決定性理由，當且僅當 p 是作 φ 的理由並且沒有理由 q 凌駕於 p。對此參照 RAZ, *supra* note 1, at 25-28. 我在這裡對於 Raz 的定義作了一些簡化。

11 RAZ, *supra* note 1, at 36.

12 原則可以被衡量和適用上必須被衡量的特性，見 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 26-27 (1976); ALEXY, *supra* note 6, at 50-56, 100-110.

(「行動自由應該受到保障」這個原則)，可以作為允許我在公園裡遛狗的理由。同樣的，「公園的安寧與衛生應該加以維持」這個原則，則可以作為禁止我在公園裡遛狗的理由。這兩個原則分別支持兩個相衝突的決定，因此，如果不存在「公園裡禁止遛狗」這個規定的話，那麼他必須去衡量這兩個理由孰輕孰重以決定是否允許我在公園裡遛狗。就此而言，Raz 的實踐原則 P1 似乎也可以套用到決定的理由之上，亦即一個有權作出法律決定的人（例如法官）應該總是根據原則（要求作出某個決定的一階理由）的衡量作出決定。如果我們只考量一階理由的話，那麼凡是遇到理由衝突的案件，按照 P1，我們都必須透過衡量以決定應該如何行事。然而，Raz 並不認為 P1 可以適用在所有類型的理由衝突之上，這是因為除了一階理由之外，還必須考量到排它性理由在實踐推理或法律推理當中的角色。我們接下來就來看看 Raz 的排它性理由和規則之間的關聯。

按照 Alexy 的看法，規則通常是一種確定性的理由¹³。作為確定性的理由，規則不必和其它理由相衡量就可以確定案件的法律效果，換言之，當法官適用一條規則的時候，他不必再去訴諸並衡量相關的原則，就可以直接作出決定。根據 Alexy 對於規則的定義，規則包含了一個「在法律及事實可能範圍內的權威性決定」(an authoritative decision in the realm of legal and factual possibilities)，而原則則欠缺此種決定¹⁴。所謂「法律的可能性」，依筆者之見，可以了解為「理由空間」(the space of reasons)，亦即個人所得據以行動的理由的集合 (the set of reasons on which one could act)¹⁵。原則的特點則在於，個別的原則在適用時必須與相對立的原則相衡量才能

13 Alexy 之所以加上「通常是」這個條件，是因為在特定的情況之下有可能對規則嵌入一條新的例外，此時規則就不能看作是確定性的理由，而只是一種比較強的初步性理由，ALEXY, *supra* note 6, at 57-59.

14 ALEXY, *supra* note 6, at 48, 57.

15 “The space of reasons”的概念借自於 Scott Shapiro, *Authority*, in OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 390 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002).

夠決定法律效果。一個原則並未包含對於自己和反面理由（相衝突的原則）之間的比重關係為何的決定，哪一條原則能夠成為決定案件法律效果的理由，必須透過衡量來加以解決，因此原則的適用預設了行動者或決定者享有一定的理由空間。相反的，規則的特性在於，規則的存在削減了行動者或決定者原本所得享有的理由空間。再用上面的例子來說明。如果不存在「公園裡禁止遛狗」這個規定，那麼公園的警衛在決定是否允許我在公園中遛狗時，他至少擁有「尊重公園使用者的行動自由」以及「維護公園的清潔與安寧」這兩個理由可作為他決定的依據，他或許認為前者較為重要，從而允許我在公園裡遛狗；他也可能認為後者較為重要，而禁止我在公園遛狗。這也就是說，他享有一定的理由空間。然而，一旦存在著「公園裡禁止遛狗」這個規定，這個規定就成為他的決定所能夠依據的唯一理由，他不能（也不必）再根據正反面理由的衡量，而必須直接依據這個規定作出禁止我遛狗的決定—即便這位警衛可能認為公園使用者的行動自由遠比維護公園的清潔或安寧來的重要。

問題在於，規則用什麼樣的方式來削減理由的空間？如前所述，Raz 的答案是，規則除了構成行動的一階理由之外，同時還是一種排它性的理由。作為排它性理由，規則要求行動者或決定者不要根據某些相衝突的理由而行事。規則的排它性明顯地表現在於它和一階理由的衝突之上。按照 Raz 的看法，排它性理由和一階理由之間的衝突並不是透過衡量來加以解決。當排它性理由和一階理由相衝突時，排它性理由始終具有優先性¹⁶。用 Raz 的話來說，和規則相衝突的一階理由並不是在重要性的面向上遜於 (outweighed) 規則，而是被規則所排除 (excluded)，所以才無法作為行動的理由。簡言之，這些一階理由是因為種類 (by kind) 而不是因為重要性 (by weight) 而被規則所排除。這意謂著，被規則所排除的理由其實有

¹⁶ Raz, *supra* note 1, at 40.

可能是在一階理由的衝突當中具有較高重要性的凌駕性理由¹⁷。但是規則的排它性特徵卻要求我們依據規則的要求，而不是根據（一階）理由的衡量結果（亦即不能依據凌駕性理由的要求）而行事。Raz 將此表述為一條實踐原則 P2：

P2: “One ought not to act on the balance of reasons if the reasons tipping the balance are excluded by an undefeated exclusionary reason.”¹⁸（「一個人應該不要根據理由衡量而行動，如果影響衡量的理由被一個未受反駁的排它性理由所排除」）¹⁹

由此可以得出一個結論：規則所要求的行動，和根據（一階）理由衡量所要求的行動，兩者之間可能會有分歧。按照 P2，如果規則要求我們採取一個違背一階理由衡量結果的行動，那麼我們應該以規則作為行動的理由，而不是依據衡量的結果行事。之所以如此，並不是因為規則本身作為一階理由，其重要性（Raz 稱之為「規則的一階強度」（the first-order strength of rules）²⁰）凌駕了與其相衝突的理由，而是因為規則作為排它性理由要求我們不能根據這些相衝突的理由而行動—即便這些理由可能是非常重要的，足以影響衡量結果的理由。用 Raz 的話來說：「排它性理由的作用不在於改變理由的衡量，而在於排除依據理由衡量所為的行動」（“Their [i.e. exclusionary reasons’] impact is not to change the balance of reasons but to exclude action on the balance of reasons”）²¹。就此而言，排它性理

17 JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 22-23 (1979).

18 RAZ, *supra* note 1, at 40.

19 一個理由被反駁 (defeated) 有兩種方式：被更強的理由所凌駕，或是被排它性理由所排除。一個二階排它性理由有可能被另一個更強的二階理由所凌駕，見 RAZ, *supra* note 1, at 40.

20 RAZ, *supra* note 1, at 77.

21 RAZ, *supra* note 17, at 23.

由可以被視為「排除衡量的理由」(reasons excluding the balance of reasons)。不過，我們必須注意到一點（這也是 Raz 所強調的）：所謂「排除衡量」並非意謂著，在考慮採取何種行動的決定過程中，我們不能夠去思考或評價正反面的一階理由孰輕孰重；排它性理由並不是要求我們不去考慮其它理由的理由 (a reason not to deliberate about other reasons)，而是要求我們不要基於其它理由而行動的理由 (a reason not to act on other reasons)²²。用一開始的例子來說，即便存在著「公園裡禁止遛狗」這個規定，我依然可以去衡量「遛狗帶給我的樂趣」與「維護公園的環境衛生」這兩個理由，我甚至可能認為遛狗帶給我的樂趣遠比維護公園的清潔與衛生來的重要，禁止在公園裡遛狗的規定並不妨礙我去作這樣的思考或判斷。重點在於，只要我遵循「公園裡禁止遛狗」這個規則，則不管遛狗帶給我的樂趣有多麼重要，我都不能夠以遛狗帶給我的樂趣作為行動的理由；因為這個理由已經被排除了^{22a}。既然這個被排除的理由不論其重要性程度如何，都不能夠用來證立我的行動，那麼我就不能夠也

22 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 39 (1986); RAZ, *supra* note 1, at 184-186. 這也是 Raz 的排它性理由和 Hart 的 peremptory reason 的不同之處。按照 Hart 的看法：a peremptory reason is a reason that cuts off or excludes deliberation, 見 H. L. A. HART, ESSAYS ON BENTHAM 253-255 (1982).

22a 按照 Raz 的看法，「遵循規則」(following rule) 在概念上就意謂著將規則當作是排它性理由 (RAZ, *supra* note 1, at 60-61)。行動者不可能一方面遵循規則，另一方面又根據其它與規則相衝突的理由而行事。如果行動者根據這些理由而行事，他就不是在遵循規則，而是偏離或修正規則了。Raz 本身並不排除法官或其它有權決定者偏離或修正實證法規則的可能性（就作者所知，似乎也沒有任何一個法實證主義者作過這樣的主張），他的理論毋寧只是指出：如果行動者遵循規則，他必然會將規則當作是排它性的理由；反之，如果行動者要偏離或修正規則，他當然會考慮、援引其它理由作為其採取相反行動的依據。因此，關鍵或許在於，行動者是否依據規則行事（遵循規則），若是，那麼規則對他而言，必然構成排它性的理由；若否，則規則對他而言就不是排它性的理由（甚至根本不是規則）。當然，行動者在決定是否接受或遵循規則時，勢必會考量某些理由，對於這些理由的考量，是規則本身無法「排除」的，但一旦行動者要遵循規則，就不能再依據這些理由而行事，這或許可以說明為什麼 Raz 認為 exclusionary reason 不是 reason not to deliberate about other reasons 而是 reason not to act on other reasons。

不必要根據衡量來決定是否應該遛狗，這是所謂「排除衡量」的意思。這種無視於某些反面理由的強弱如何，都能夠將其排除的特性，使得規則所提供的一階行動理由免於被其它（更強的）一階理由所凌駕，因此 Raz 也將規則稱之為「被保護的行動理由」(protected reason for action)²³：規則既構成了行動的理由，也是一種排它性的理由，規則的排它性使得規則不必和其它理由相衡量，就能夠成為行動的決定性理由。

規則的排它性特徵說明了，為什麼規則在適用時不必與原則或其它理由相衡量。如前所述，作為司法判決的理由，原則具有一階理由的特性。如果將 Raz 關於一階理由和二階理由衝突的看法適用到規則和原則之間的衝突，那麼當一條有效的規則和某一條原則相衝突時，只要後者落在前者所排除的理由當中²⁴，那麼前者就始終優先於後者，即便這條原則是一個凌駕性理由（在個案中其重要性勝過與之相對立的原則）亦然。換句話說，規則有可能要求法官作出一個和原則衡量的結果不一致的判決。我借用台灣大法官釋字第362號解釋這個案例來說明。在這號解釋當中所涉及的是民法第九八八條第二款與第九八五條第一項關於重婚無效的規定。這個規定是個典型的規則，它可以表述為：「有配偶而重婚者，其後婚姻無

23 RAZ, *supra* note 17, at 18. 一位審查人指出，「當 Raz 說排它性理由是『被保護』的理由時，不等於說，其它的理由仍在『作用』嗎？但如果排它性理由真的可以『取消』其它理由之資格，又為何需要被保護呢？」對於這個問題，首先，Raz 並不認為排它性理由可以取消其它理由的資格，見 RAZ, *supra* note 1, at 184: “Exclusionary reasons are reasons for not acting for certain valid reasons. They do not nullify or cancel those reasons..., nor are they reasons for not acting on my belief in certain reasons. They are reasons for not acting for those reasons as they are, rather than as I think that they are.”；其次，按照 Raz，規則具有雙重特性：規則既構成了一階的行動理由，同時又是二階的排它性理由。規則的排它性使得規則所提供的一階理由免於被其它更強的理由所凌駕，因此，排它性理由扮演的角色是「保護者」，「被保護」的理由則是規則所提供的一階行動理由（它可能是在衡量中較弱的理由，因此需要被保護），而不是排它性理由。

24 RAZ, *supra* note 1, at 46: “The scope of an exclusionary reason is the class of reasons it excludes” Raz 認為每一個排它性理由都有一定的排除範圍 (the scope of exclusion)，只有落在其排除範圍內的理由才會被排除而失去了行動理由的資格。

效」。在一般的狀況下，如果某甲有配偶某乙，嗣後卻又與某丙結婚，那麼法官就應該適用這條規則作為判決甲丙婚姻無效的理由。如同大法官在本號解釋中所指出的，民法關於重婚無效的規定，其制定的目的是為了維護一夫一妻制之社會秩序，我們可以把這個原則（「一夫一妻制之社會秩序應予以維持」）視為支持重婚無效的理由。從另外一個角度來看，重婚無效的規定其實也是對於甲丙兩人（至少是對丙本人）的結婚自由的一種限制，我們可以把「結婚自由應予保障」這個原則當作是反對重婚無效的理由。然而，一旦有了重婚無效這條規則，後面這個反面理由就被排除了。重婚無效的規則既構成了法官應該判決甲丙婚姻無效的（一階）理由，同時又是要求法官不得根據「結婚自由應予保障」這個反面理由作出決定的排它性理由，即便在某些特殊的狀況下這個理由可能具有相當高的重要性亦然。這正是釋字第362號解釋所涉及的問題。這號解釋的案件事實是一個非常特殊的狀況：丙因為善意信賴甲乙兩人的婚姻關係已因確定之離婚判決而消滅，因而與甲結婚，未料該確定判決因再審而被廢棄，導致甲乙之前婚姻「復活」，甲丙之後婚姻反而成為重婚，乙因此向法院提請確認婚姻無效之訴，要求法院適用民法第九八八條第二款與第九八五條第一項判決甲丙之後婚姻無效。我們可以設想，普通法院的法官此時面臨了一個兩難：他可能在衡量之後認為，在這種特殊的情況下，保障丙的結婚自由反而比維護一夫一妻制來的重要，亦即衡量的結果要求後婚姻的效力應予維持，可是民法上重婚無效的規定卻又要求他不能根據這樣的衡量結果作出判決，因為即便結婚自由的保障在這個案件中其強度凌駕於一夫一妻制原則，它依然是一個被規則所排除的理由而不能作為判決的根據²⁵。在釋字第362號解釋的案例事實當中，普通法院

25 為了簡化討論，這裡沒有提到信賴保護原則這個在釋字第362號解釋當中的關鍵性理由，我認為信賴保護原則在本案當中可以視為增加結婚自由重要性的一個輔助性理由，即Raz所說的「強度（重要性）影響理由」（strength - or weight-affecting reasons），見RAZ, *supra* note 1, at 35, 其功能在於幫助我們決定相衝突

(最高法院)作出了遵循規則的決定，這個決定或許有違於原則衡量的結果(像大法官在釋字第362號解釋中所認定的那樣)，但最高法院並非沒有理由作出這樣的決定：重婚無效這條規則使得他有理由作出一個有悖於原則衡量結果的判決。假使我們把原則衡量的結果作為評價行動或決定對錯的標準(符合衡量結果的行動或決定是正確的，違背衡量結果的行動或決定則是錯誤的)，那麼排它性理由所導致的一個問題就是：在某些情況下，我們是不是有理由作出一個錯誤的行為或決定？

讓我們暫且擱置這個問題，先看看 Raz 與 Alexy 對於規則排它性的不同看法。按照 Raz 的看法，一個一階理由，不論它的強度如何，即便它是一個會影響或改變衡量結果的凌駕性理由，只要它被某個排它性理由所排除，它就不能夠再作為行動或決定的依據。我把這個看法稱之為「強的排它性」。強的排它性將使得規則(排它性理由)和原則(決定的一階理由)相衝突時，規則始終具有優先性，即便這條原則比起相對立的原則(即支持規則的原則)具有更高的重要性亦然。但是 Alexy 的看法則有所不同。他認為，若一規則 R 與一原則 P 相衝突，在通常的情況下雖然是原則 P 的實現會受到限制，但在特定的條件下反而可能是 P 會限制了規則 R 的適用。我們必須要注意到一點，就是 Alexy 同樣認為這種衝突並不是透過將規則 R 與原則 P 相衡量來加以解決，根據原則理論的觀點，規則同樣是不能被衡量的。相反的，這個時候要衡量的對象，乃是反對規則適用的原則 P 以及支持規則適用的實質原則 P_R 與形式原則 P_f 。所謂實質原則 P_R ，指的是規則背後的實質理由，例如支持重婚無效規定的實質原則就是「一夫一妻制之社會秩序應予以維持」這個理由；而形式原則則是像「立法者的權威決定應加以遵守」這種從形式面來支持規則拘束力的理由。可以說，形式原則注重的是制定規則的來源，而實質原則關切的是規則內容所欲實現的

的理由中哪一個具有較高的強度或重要性。

價值或目的。根據 Alexy 的看法，規則 R 的適用會被相衝突的原則 P 所限制，如果 P 不但是一個比 P_R 更強的理由，並且 P 比起實質原則 P_R 和形式原則 P_f 的加總具有更高的重要性²⁶。按照這樣的看法，一個被規則所排除的原則，只要滿足上述的條件，在特殊的情況下它仍然可能「敗部復活」而重新成為行動或決定的依據。我把這樣的看法稱之為「弱的排它性」。即便結婚自由原則是一個被重婚無效規則所排除的理由，但大法官在釋字第362號解釋中，考量到當事人具有值得保護的善意信賴後，認定結婚自由原則在此一狀況下比起一夫一妻制的維持具有更高的重要性，從而限制了民法第九八八條第二款與第九八五條第一項的適用。儘管大法官沒有考量到形式原則的問題²⁷，但其論證方式與結果，顯然傾向於認為規則只具有弱的排它性。

如果規則具有強的排它性，那麼法官無法為了追求一個正確的決定而偏離規則的要求，但如果規則只具有弱的排它性，那麼法官在特定的情況之下仍然有可能為了作出正確的決定而犧牲規則的拘束力。究竟規則是不是具有 Raz 所主張的強的排它性？要回答這個問題，我們必須檢視 Raz 對於規則之所以是一種排它性理由所提出來的論據。

貳、為什麼規則是一種排它性理由？

一、Raz 的權威論據：阻斷命題、通常證立命題與依賴命題

在《實踐理由與規範》(*Practical Reason and Norms*)一書中，Raz 提出了兩個論據來證立規則的排它性特徵。第一個論據可以稱

26 ALEXY, *supra* note 6, at 48 (Fn. 24), 58.

27 或許大法官在憲政體制中的制度設計及功能定位（對立法者制定的法律進行違憲審查）使得他本來就不太需要去顧慮所謂的形式原則。

之為「效率論據」(the argument from efficiency)。效率論據將規則視為一種節省時間與勞力的機制(即 rules of thumb)。如果沒有規則,那麼每當我們決定要採取何種行動時都必須仰賴一階理由的衡量;不過,衡量理由畢竟是耗時費力的工作,如果有了規則,那麼規則的排它理由特性可以使我們省掉衡量的工作,幫助我們迅速地作成決定。當然,對此可能的反駁是,遵循規則仍有可能使得我們作出錯誤的決定—假設一個行為或決定的正確與否取決於一階理由的衡量結果的話。但 Raz 指出,在許多情況下,為了作出正確決定而進行衡量,其所耗費的勞力時間,往往會抵銷掉它所帶來的邊際效益;亦即事事取決於衡量所必須付出的成本,可能會比遵循規則帶來的負面效應還來的高²⁸。基於效益的考量,遵循規則而不是依據衡量而行動,反而才是理性的。本文不擬對 Raz 的效率論據作深入討論,而將把焦點集中在另外一個論據,即「權威論據」(the argument from authority)。這個論據在 Raz 後來的理論中獲得了充分的發展,對於規則排它性的證成來說也是更具關鍵性的論據²⁹。

Raz 認為,法律規則是一種權威性的指令(authoritative directives)。前面也曾經提到,規則包含了對於行動者所得享有的理由空間的權威性決定,這一點表現在規則的排它性之上:一旦存在著一條可適用的規則,它就成為唯一能夠依據的理由,我們不能夠再根據一階理由的衡量來決定應該採取何種行動。Raz 認為這是權威指令的本質特徵,並且將它總結為所謂的「阻斷命題」(pre-emptive thesis):

“The fact that an authority requires performance of an action is

28 RAZ, *supra* note 1, at 59-62.

29 當然,在效率論據與權威論據之間會存在著一定的關聯,我們之所以接受權威的一個(但不是唯一的)理由可能是,遵從權威所制定的規則能夠幫助我們更有效率地作出決定。值得注意的是,效率論據也未必能證成強的排它性—我們之所以需要規則,可能只是為了省去在 routine cases 中的衡量,但未必就是要犧牲掉在 hard cases 中對正確決定的要求。

a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should exclude and take the place of some of them.”³⁰

簡單說，阻斷命題的意思是：當權威要求採取某個行動時，他的指令並非被拿來和其它相關的一階理由放在一起相衡量的理由，而是排除並取代 (replace) 了這些一階理由的理由。規則作為權威的指令，它取代並排除了相關的正反面一階理由，從而使得自己成為在決定行動時所能依據的唯一理由。Raz 將這種理由稱之為「阻斷性理由」(pre-emptive reason)³¹。阻斷性理由除了是行動理由之外，當然也是排它性理由。只是 Raz 更為強調它的「取代」特性，也就是說，如果阻斷性理由要求應該作 A 這件事，那麼它不僅排除了與其相衝突的理由——也就是要求不作 A 的（一階）理由，同時也取代了原本支持作 A 的（一階）理由，從而成為應該作 A 的唯一理由。再用上面的兩個例子來說明。「公園裡禁止遛狗」這個規定，不但排除了像是「公園使用者的行動自由應該加以尊重」這個與規則相衝突的理由，同時也取代了「公園的清潔與安寧應該予以維持」這個同樣要求不在公園裡遛狗的理由。如果我問公園的警衛，為什麼我不能在公園遛狗，那麼警衛的回答通常是，因為這是公園的規定所禁止的行為，而不會再訴諸像是「公園的清潔與安寧應該予以維持」這樣的一階理由。同樣的，「有配偶而重婚者，其後婚姻無效」這個規則，不但排除了「結婚自由應予保障」這個反面理由，同時也取代了「一夫一妻制之社會秩序應予維持」這個正面理由，法官不是根據後面這個原則，而是直接以重婚無效的法律規

³⁰ RAZ, *supra* note 22, at 46.

³¹ “pre-emptive”本來是「先占」或「先發制人」的意思。Raz 用 “pre-emptive reason”這個術語應該是為了強調，一旦存在者權威的指令，它就使得原本相關的一階理由失去了行動理由的地位，因此在這裡姑且將其意譯為「阻斷性理由」。它和 Hart 的 “peremptory reason”的關連和差異見前文頁 10-11（註 22）。

定作為判決甲丙之後婚姻為無效的理由。規則或權威的指令所構成的理由有別於原本可適用的一階理由。但這個差別的關鍵之處不在於，規則添加了一個額外的，足以改變一階理由衡量結果的行動理由，而在於它的阻斷或排它特性使得原本可適用的一階理由不再能夠作為行動或決定的依據。用 Raz 的術語來說，這就是規則或者權威的指令所造成的**實踐上的差異 (practical difference)**³²。

然而，最重要的問題是，阻斷命題要如何證成？為什麼規則或權威的指令會構成阻斷性或排它性的理由？Raz 對於這個問題的答案在於他所提出的「服務的權威觀」(the service conception of authority)。服務權威觀認為實踐權威（例如法律權威或政治權威）應該扮演「一個介於人們與適用於其上的正確理由之間的中介角色」(authorities as mediating between people and the right reasons which apply to them)³³。權威的任務就在於，考量那些可適用的相關一階理由之後發布指令（制定規則），從而遵從權威的指令將使得我們的行動更能夠符合一階理由衡量的結果。所謂「服務」的意思就是，權威能夠幫助我們去作到我們原本有理由該去作的事（或避免去作我們其實沒有理由去作的事）。Raz 服務權威觀的核心主張是關於正當權威 (legitimate authority) 的「通常證立命題」(normal justification thesis)：

“The normal way to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons

32 RAZ, *supra* note 22, at 60; JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 220 (1995).

33 RAZ, *supra* note 32, at 214.

which apply to him directly.”³⁴

通常證立命題的意思是說，證立權威的通常方式是指出，比起自己試圖直接依據那些原本可適用的一階理由來行事，一個人接受並遵從權威的指令而行事，反而比較可能使得他符合這些理由的要求。換句話說，通常證立命題主張，權威之所以具有正當性的通常條件在於，按照權威的指令來行動，會比個人依據自己對於相關理由孰輕孰重的判斷而行事，更能夠去作到他真正有理由該去作的事。當然，權威要盡到這樣的「服務」功能，他的指令必須代表了他在衡量相關一階理由之後，對於個人應該如何行動的判斷。對此，Raz 提出了所謂的「依賴命題」(dependence thesis) 作為通常證立命題的後盾。Raz 將那些在權威指令適用的條件下，原本就可適用的相關一階理由稱之為「依賴性理由」(dependent reasons)。易言之，依賴性理由就是在沒有權威指令的情況之下，我們所賴以決定行動的一階理由。所謂「依賴」的意思是，權威應該依據這些理由的考量來發布指令。依賴命題主張，權威的指令必須奠基在依賴性理由之上。Raz 對依賴命題的表述是：

“[A]ll authoritative directives should be based on reasons which already independently apply to the subjects of the directives and are relevant to their action in the circumstances covered by the directives.”³⁵

用另外一個方式來說，依賴命題要求權威的指令應該反映了相關一階理由的衡量結果，也正因為如此，遵從權威的指令才會使得我們更可能去作到自己原本有理由該去作的事。

³⁴ Raz, *supra* note 22, at 53.

³⁵ Raz, *supra* note 22, at 47.

在檢討 Raz 的依賴命題與通常證立命題是否能夠成功地證立阻斷命題之前，讓我們先看看規則在服務權威觀底下的特殊地位。Raz 認為，權威的中介角色使得規則在實踐推理中扮演了介於深層理由 (deeper-level reasons) 與具體決定之間的中間理由 (intermediate level of reasons)。所謂深層理由，指的是諸如價值或原則這種一階理由。規則的中間地位就表現在於，當需要作出具體決定時，我們可以直接援引規則，而不必再回頭訴諸價值或原則；並且，適用規則將使我們的行為更可能符合這些價值或原則等深層理由的要求。然而，要扮演好這樣的中介角色，規則本身必須有可能訴諸深層理由（即規則所立基的依賴性理由）來加以證立，這正是依賴命題的要旨³⁶。用上面的例子來說，公園的警衛之所以不必衡量「行動自由應該受到保障」和「公園的安寧與衛生應該加以維持」這兩個原則，而直接適用「公園裡禁止遛狗」的規定作出不准我遛狗的具體決定，乃是因為這個規定反映了公園的行政當局（權威）對於這兩個原則孰輕孰重的最佳判斷；簡單說，這個規則反映了在此一情況下相關原則的衡量結果，適用這個規則將使得警衛作出一個他原本有理由該去作的決定。

我在前一節中曾經指出，在法律推理當中，原則類似於判決的一階理由。如果我的看法是正確的，那麼一條規則背後的正反面實質原則就相當於 Raz 所稱的依賴性理由。從前面的論述也可以看得出來，規則在法律說理中當中的角色相當於 Raz 式的阻斷性理由（規則既是一階行動理由，又是取代並排除某些相關一階理由的二階理由）。倘若如此，那麼我們現在就可以運用 Alexy 原則理論的一些洞見來說明規則在法律推理中的中介角色，並以此來重構 Raz 的依賴命題與通常證立命題。這個原則理論式的重構將有助於我們檢視 Raz 的論據是否足以證成規則具有強的排它性。

36 RAZ, *supra* note 22, at 58-59.

二、原則理論對 Raz 論據的重構及批評

Alexy 認為原則的衝突必須透過衡量來加以解決。依 Alexy 之見，衡量的任務在於確定相衝突的原則在個案條件下彼此之間的優先關係，具優先性的原則相當於 Raz 所稱的凌駕性理由，它決定了個案的法律效果，而被凌駕的原則所支持的法律效果則會被推翻掉³⁷。從這裡可以看的出來，衡量的工作其實就在於對理由空間——用 Alexy 的話，對於原則在法律上的實現可能性——作出設定：衡量的結果決定了哪些原則應該勝出而成為決定性的理由，哪些原則不能夠作為行動或判決的理由。因此，在法律推理當中，原則衡量的結果不但構成了要求作出某個特定法律判決的理由，同時也是排除某些理由（被凌駕的原則）作為判決依據的排它性理由，因此，衡量的結果將會形成一條具阻斷理由特性的規則³⁸。Alexy 將這個想法表述為「衝突法則」(the Law of Competing Principles, das Kollisionsgesetz)。假使原則 P_1 與 P_2 在 C 的條件之下相衝突，按照衝突法則：

「若 P_1 在條件 C 下優先於 P_2 ： $(P_1PP_2)C$ ³⁹，且 P_1 在 C 的情況下支持法律效果 R ，則會成立一條以 C 作為構成要件，以 R 作為法律效果的規則 $C \rightarrow R$ 。」⁴⁰

衝突法則顯示了規則和原則之間的互動關係：原則衡量的結果構成了一條規則，這條規則以原則之間的優先條件（即發生原則衝突的個案特徵所構成的條件）作為其構成要件，而以衡量中勝出的

37 ALEXY, *supra* note 6, at 50-54.

38 衡量的結果之所以是一條規則，乃是因為衡量的結果仍然必須符合規範證立的可普遍化原則 (the principle of universalizability) 的要求。

39 此處“P”代表「...優先於...」的意思。

40 ALEXY, *supra* note 6, at 53-54.

原則在此條件下所要求的行動作為其法律效果。有了這條規則之後，一旦個案的情形滿足此一規則的構成要件，就可以直接援引這條規則作為判決的理由，而不須再回到原則的層面進行衡量的工作。可以說， P_1 和 P_2 這兩個相關的正反面原則構成了 $C \rightarrow R$ 這條規則所立基的依賴性理由。如果這條規則要能夠獲得證成，那麼（在 C 的條件下支持法律效果 R 的）原則 P_1 的重要性必須勝過相衝突的原則 P_2 。Alexy的衝突法則提供了重構Raz權威論據的起點。衝突法則說的是，原則衡量的結果會形成一條規則；相反的，Raz的依賴命題主張的是，規則應該奠基在相關的一階依賴性理由之上，並且反映這些理由的衡量結果。為了更精確地掌握這個想法，我將Alexy的衝突法則逆轉過來，並把它推展到一個更一般的形式，即

「對一條規則 $C \rightarrow R$ 而言，它可以被重構為一組原則 P_1, \dots, P_n 在條件 C 之下的衡量結果： $(P_1, \dots, P_i \mathbf{P} P_j, \dots, P_n)C$ ，而優先的原則 P_1, \dots, P_i 在 C 的情況下支持法律效果 R 。」

我把逆轉的衝突法則稱之為「重構命題」(the reconstruction thesis)。重構命題主張，一條規則可以重構為一組原則衡量的結果，這組原則可視為Raz所稱的依賴性理由。重構命題等於是用原則理論的術語對於Raz依賴命題的表述。透過重構命題，我們再回頭來檢視Raz的論據。

Raz認為，從依賴命題和通常證立命題都可以導出阻斷命題。Raz論證的主軸是這樣的：首先，按照依賴命題，規則（或權威的指令）應該反映了權威對於依賴性理由衡量的結果；既然在制定規則的時候，權威已經考量過相關的一階理由孰輕孰重了，那麼我們就不需要也不能夠再援引規則背後的依賴性理由（即在規則適用條件下的相關原則）作為證立行動或決定的依據。如果我們還是要把這些原則當作行動的理由，我們必須再去考量它們孰輕孰重，但是按照依賴命題，權威在制定規則時應該已經衡量過這些原則了，所

以如果這麼作的話，我們會犯了將同一個理由「算兩次」的過錯 (be guilty of double counting)⁴¹。不過，避免對於同一個理由重複評價，只是一個消極的論據。Raz 的積極論據來自於服務權威觀所主張的權威中介角色。按照通常證立命題，遵從權威的指令行事，會比個人企圖根據自己對於相關理由孰輕孰重的判斷，更能夠去作到自己根據正確理由所應該去作的事 (what one ought to do according to right reason)。換句話說，如果要符合正確理由的要求，作到自己有理由該去作的事，那麼我們應該遵循規則而不是根據自己對於原則（即規則所奠基的依賴性理由）的衡量而行事。因此，通常證立命題蘊含了阻斷命題—規則是一種阻斷性理由⁴²。

不過，Raz 對於什麼是「正確理由」(right reason) 並沒有說的很清楚。從他的行文以及他對於通常證立命題的表述來看，似乎是這樣的：Raz 的通常證立命題主張，一個人按照權威的指令行事，更能夠符合原本可適用於他的一階理由的要求，也就是說，更可能去作到他原本有理由應該去作的事。而按照 Raz 的實踐原則 P1，如果我們只考量一階理由的話，那麼我們應該根據理由的衡量（按照凌駕性理由的要求）而行動。因此，乍看之下，所謂「正確理由的要求」或許可以理解為「一階理由的衡量結果」。不過，一個人對於理由的衡量有可能正確，也有可能不正確。前面曾經提到，原則或一階理由具有重要性或強度的面向，而衡量的工作即在於評價相

41 Raz, *supra* note 22, at 58.

42 用另外一種方式來說，假設規則不是阻斷性理由，那麼我們應該按照自己對於相關一階理由的衡量來決定應該採取何種行動。但是按照服務權威觀，如果我們承認並且接受制定規則的權威具有正當性的話，那麼我們應該將判斷相關一階理由孰輕孰重的工作託付給權威，轉而遵循權威所制定的規則來行事，才是合理的作法。遵循規則意謂著排除衡量，我們不能夠一方面願意遵循權威所制定的規則，另一方面卻又在每個案件中都根據一階理由的衡量作決定。這樣意謂著我們並未承認或接受制定規則的權威具有正當性，也就是說，我們並沒將權威的指令當作是（介於具體決定和一階理由之間的）中間理由。因此，如果我們接受服務權威觀的看法，將權威視為一種中介角色的話，必然也要將權威所制定的規則視為阻斷性理由，見 Raz, *supra* note 22, at 61.

衝突原則孰輕孰重。假設原則 P_1 與 P_2 在條件 C 之下相衝突， P_1 要求採取 R 這個行動，而 P_2 則禁止採取 R 。如果在這個情況下， P_1 比起 P_2 具有較高的重要性，那麼正確的衡量結果應該是 P_1 優先於 P_2 ，根據這個衡量結果，在 C 的條件之下應該採取 R 這個行動，才算是作到自己有理由該去作的事。反之，如果一個行動者在這個情況下誤認為 P_2 優先於 P_1 ，從而不採取 R 這個行動（或採取一個與 R 相抵觸的行動），那麼他其實並沒有作到自己有理由該去作的事。因此，所謂「正確理由的要求」(the demands of right reason) 應該可以理解為「對於依賴性理由的正確衡量」(the correct balance of dependent reasons)。通常證立命題的主張因而可以理解為：按照權威的指令行事，比較能夠使得我們的行動符合正確衡量的結果。換個方式來說：比起個人企圖根據自己的衡量而行事，根據權威的指令來行動，反而更能夠使得個人的行動符合凌駕性理由的要求（作到自己原本有理由該去作的事）。

前面曾經提到，依賴命題是通常證立命題的後盾，亦即權威的指令必須奠基在對於相關一階理由（依賴性理由）的衡量之上，才能夠保證按照權威的指令行事能夠符合正確理由的要求。現在讓我們用原則理論的術語將 Raz 證成規則排它性的積極論據整個重構如下：

- (1) 規則應該代表了權威對於相關原則（即規則所奠基的依賴性理由）的衡量結果。
- (2) 按照規則行事，會比根據自己對於相關原則孰輕孰重的判斷而行事，更能夠符合正確理由（正確衡量原則的結果）的要求。
- (3) 因此，我們應該以規則作為行動或決定的理由，而非根據自己對於原則的衡量而行事。

不過，有一個問題存在於 Raz 的依賴命題與通常證立命題之間。Raz 的依賴命題主張，規則（權威的指令）應該奠基在權威對於相關原則（即一階的依賴性理由）的衡量之上。Raz 的依賴命題

是個規範性的主張。在理想的狀態下，權威應該正確地衡量了相關的原則孰輕孰重，從而它所制定的規則應該反映了正確衡量的結果。但 Raz 自己強調，權威的指令或規則實際上未必就真的反映了正確衡量的結果，即便權威對於依賴性理由彼此之間的孰輕孰重作了錯誤判斷，它所制定的規則依然可說是「奠基於」這些理由而作出的。Raz 認為，即便權威的指令沒有正確地反映依賴性理由的衡量結果，它依然具有拘束力，也仍然構成阻斷性理由⁴³。但這樣的主張似乎會使得 Raz 的論證不太融貫。如果「正確理由的要求」應該被理解為「正確衡量依賴性理由的結果所要求的行動」，並且權威應該被視為「人們與適用於其上之正確理由的中介」的話，這就產生了一個問題：如果規則實際上沒有正確地反映了它背後的依賴性理由的衡量結果，那麼如何能夠保證按照規則行事會比較符合正確理由的要求？如果權威作了錯誤的衡量，那麼遵從他的指令並不會幫助我去作到我原本有理由該去作的事。如果權威要完善地盡到他的服務功能，那麼他不僅要去衡量相關的一階理由，還必須對這些理由孰輕孰重作出正確的判斷。這也就是說，規則或權威的指令要真的反映了正確衡量依賴性理由的結果，才能夠被證成並且具有阻斷性或排它性。我把這個想法稱之為「正確衡量命題」(the correct balance thesis)。用原則理論的術語來說的話，就是：

「對於一條規則 $C \rightarrow R$ 而言，如果它具有阻斷性的話，那麼它反映了在其適用條件 C 之下相關原則 P_1, \dots, P_n 的正確衡量結果」

正確衡量命題不但主張，一條規則 $C \rightarrow R$ 可以被重構為一組原則衡量的結果： $(P_1, \dots, P_i \mathbf{P} P_j, \dots, P_n)C$ ，而且還進一步要求，在 C 的條件之下， P_1, \dots, P_i 的確比 P_j, \dots, P_n 具有更高的重要性。若非如此，

43 Raz, *supra* note 22, at 41, 47, 61.

則適用規則所作出的決定或行動就不符合了正確理由的要求，從而這條規則也無法獲得證立。比起 Raz 的依賴命題，正確衡量命題是個更強的主張，它要求規則必須的確代表了正確衡量的結果，才能夠阻斷或排除它所立基的依賴性理由。

三、強的排它性 vs. 弱的排它性

儘管正確衡量命題可以避免 Raz 的論證所可能具有的不融貫，但它顯然無法證成 Raz 所主張的強的排它性。如前所述，倘若規則具有強的排它性，那麼即便與它相衝突的原則是一個在衡量中具有較高重要性的凌駕性理由，它還是會被規則所排除而不能作為行動或決定的依據。簡單說，強的排它性主張，即便規則的要求與正確衡量的結果有所分歧，我們依然不能以原則衡量的結果作為行動的根據。但是按照正確衡量命題，規則的排它性恰巧是立基在「規則所要求的行動與正確衡量的結果相符合」的前提之上。爭議的問題就在於，如果一個規則所要求的行動與正確衡量的結果並不一致，那麼這條規則是否還能夠構成排它性或阻斷性理由？

在處理這個問題之前，讓我們先來看看 Raz 對於規則的阻斷性所加諸的一些限制性條件。Raz 並不否認，在某些情形底下，規則或權威的指令可能會因為犯了錯誤而失去阻斷性的力量。他舉出幾種情形：有一種情形是權威本身的資格或能力有問題。比方說，權威的決定是在酒醉、神智不清或受賄的情況下所作出的⁴⁴。另一種情形則是所謂的「管轄錯誤」(jurisdictional mistakes)，也就是權威對於它無權決定的事項（非屬於這個權威管轄權內的事務）所作出的決定⁴⁵。這兩種錯誤都不是我在這裡所關切的。對於規則排它性的問題來說，真正相關的問題是 Raz 所區分的兩種錯誤，即「明顯的錯誤」(clear mistakes) 與「重大的錯誤」(great mistakes)⁴⁶。

44 RAZ, *supra* note 22, at 42.

45 RAZ, *supra* note 22, at 62.

46 RAZ, *supra* note 22, at 62.

「明顯的錯誤」指的是不必再重新衡量規則背後的依賴性理由就能夠發現的錯誤。明顯的錯誤未必一定會偏離正確衡量的結果。舉個例子來說，如果權威在制定規則的時候沒有考量到某個相關的原則，那麼它就犯了一個明顯的錯誤（儘管把這個原則納入考量之後，不一定會改變原本的衡量結果，因為有可能這個原則雖然反對規則所要求的行動，但它的強度不足以使它成為凌駕性的理由）。Raz 認為，權威的指令可能會因為犯了明顯的錯誤而失去拘束力⁴⁷。比方說權威漏未考量的原則具有相當高的重要性，導致將它納入考量之後會改變原先的衡量結果。不過對於 Raz 來說，規則所能排除的理由原本就只有那些權威所實際考量（或衡量）過並意圖透過規則去取代的理由。一個漏未考量的理由，本來就不在規則的排除範圍 (the scope of exclusion) 之內，在這種情況下依據這個理由作出推翻或偏離規則的決定，並不會對 Raz 所主張的強的排它性構成威脅，因為它本來就不是規則所要排除的理由。

會影響到「規則具有強的排它性」這個主張是否成立的是重大錯誤。所謂「重大的錯誤」指的是偏離正確衡量結果的錯誤，它必須要回頭衡量依賴性理由才能夠被發現。重構命題提供了檢驗權威的指令或規則是否犯了重大錯誤的途徑。假定 $C \rightarrow R$ 是一條可適用於待決個案的規則。按照重構命題，它可以被重構為一組原則衡量的結果⁴⁸。我們將這組原則簡化為只有 P_1 與 P_2 ，並且假設 P_1 在 C 的條件下要求採取 R 這個行動， P_2 在 C 的條件下禁止採取 R 這個

47 Raz 自己並沒有舉出在規範或行動領域中明顯錯誤的例子。他舉的是算術的例子。假設我們在計算一大串數字的和為多少。倘若這串數字中只有一個是小數，算出來的和卻是整數，這就犯了明顯的錯誤——我們不必透過計算一眼就可以發現的錯誤，這個犯了明顯錯誤的計算結果與正確的結果之間可能只是差之毫釐，因此不是重大錯誤。但如果錯誤的結果必須透過重頭驗算才能發現，那麼這個錯誤就是重大錯誤，見 Raz, *supra* note 22, at 62.

48 由於規則具有 Raz 所稱的「不可穿透性」(opaqueness)，因此一條規則能夠被重構為哪些原則衡量的結果有可能會有爭議，這意味著規則與其背後的原則之間同樣存在著 Raz 所謂的「規範縫隙」(normative gap) 的問題，見 Raz, *Reasoning with Rules*, *supra* note 2, at 3-6.

行動。因此這條規則可以重構為「 P_1 在 C 的條件下優先於 P_2 」的衡量結果。所謂的「重大錯誤」可以區分為兩種情況。第一種情況是，權威對於 P_1 與 P_2 在 C 的條件下孰輕孰重作了錯誤的判斷，實際上在 C 的條件下 P_2 比起 P_1 具有更高的重要性，也就是說 P_2 應該優先於 P_1 。第二種重大錯誤的情況則與原則理論的一個主張相關。這個主張是，原則之間的優先關係是條件性而非絕對性的；也就是說，相衝突的原則孰輕孰重，必須視個案的狀況而定，在不同的條件之下，原則之間的優先關係也會有所不同。即便 P_1 在 C_1 的情況下比 P_2 來的重要而應具有優先性，但在 C_2 的情況下，此一優先關係可能翻轉過來。因此，指出權威犯了重大的衡量錯誤的一個方式是，儘管規則 $C \rightarrow R$ 可以適用到待決的個案，但我們可以指出，雖然此一個案該當了 C 這個構成要件，但它也具有另外一個特徵 M ；我們並不否認，在 C 的條件下， P_1 應該優先於 P_2 ，但若考慮到 M 這個特徵，則在「 C 且 M 」的條件下，反而應該得出 P_2 優先於 P_1 的結論。這正是釋字第362號解釋這個例子的狀況。我們可以將「有配偶而重婚者，其後婚姻無效」這條規則重構為「一夫一妻制之社會秩序應予維持」與「結婚自由應予保障」這兩條原則衡量的結果。在一般重婚的狀況下，前者固然優先於後者，但在釋字第362號解釋這種特殊的重婚狀況（「與前婚姻一方相婚者係善意無過失信賴前婚姻已因確定判決消滅，而該判決嗣後又經變更導致後婚姻成為重婚者」）下，反而是後者應該優先於前者。在這個狀況之下適用重婚無效的規則反而會違背了正確衡量原則的結果。

如前所述，對於規則的排它性來說，真正關鍵的問題就在於，在出現重大錯誤的情況下，我們究竟應該依據規則或是依據衡量的結果而行事？換句話說，當適用規則的結果與正確衡量的結果不一致時，是不是仍然要將規則當作是排它性的理由？Raz 對這個問題的答案是肯定的。他認為，即便在重大錯誤的情況下，規則仍然構成阻斷性的理由，因為一個一階理由，只要權威在制定規則時已將其納入考量，它就被取代或排除了，即便權威錯誤地評價了它的重

要性亦然。按照 Raz 的看法，一個被排除或取代的理由，即便它在某些情況之下可能會具有相當高的重要性而成為凌駕性的理由，仍然不能再成為行動或決定的依據⁴⁹。但前面已經指出，這會面臨到一個問題，就是遵從規則反而會使得我們去作一個原本不應該——也就是說，沒有理由去作的事，按照規則行事反而會違背正確理由的要求。相反的，按照正確衡量命題，如果規則具有排它性的必要條件是它代表了正確衡量的結果，那麼一旦我們可以證成適用規則於個案的結果與正確衡量原則的結果相違背，那麼它就不能夠再被視為是排它性的理由。這也就是說，一個原本已經被規則所排除的理由反而可能再度成為行動或決定的依據——如果這個理由在個案條件下具有較高的重要性而成為凌駕性理由的話。釋字第362號解釋似乎就是這樣子看待民法重婚無效的規則與維持一夫一妻制之社會秩序、保障結婚自由等相關原則之間的關係。在一般的重婚案件中，法官只需要適用重婚無效的規則，而不必再去訴諸或衡量這些原則（因為它們已經被重婚無效的規則所排除並取代了）來證成其判決。但在該號解釋的特殊狀況下，法官反而必須根據原則的衡量而不是根據規則的要求行事，才能作出一個符合正確理由要求的判決。

從這裡可以看出，以正確衡量命題為前提所能推導出的排它性只是一種非常弱的排它性，或者說平庸化 (trivialized) 的排它性⁵⁰。因為在這個前提（規則的確反映了正確衡量的結果才具有排它性）之下，規則所能排除的是那些原本在衡量中就被凌駕的理由；也就是說，這些被排除的理由，不管有沒有規則存在，它們本來就不能夠作為行動依據。這種非常弱的，平庸化的排它性面臨了一個難局：如果規則必須反映正確衡量的結果才具有排它性，那麼權威制

49 RAZ, *supra* note 17, at 22-23; Raz, *Reasoning with Rules*, *supra* note 2, at 40-45.

50 這種排它性大概是弱到連 Alexy 的原則理論都不會採納的。前面曾經提到，藉由形式原則的加持，Alexy 也肯定在某些情況下，即便規則的要求違背了正確衡量原則的結果，它依然具有拘束力。見本文頁 358。

定規則只不過再次確定了我們原本按照原則的衡量所應該作的事，這意謂著，規則其實是多餘的，因為嚴格來說，規則並沒有創造新的行動理由⁵¹；反之，如果規則的要求偏離了正確衡量的結果，那麼按照規則的要求而行事，反而無法作到我們原本有理由該去作的事。這個兩難其實也是從 Raz 的權威論據要證成規則的排它性時所會碰到的：如果要貫徹通常證立命題（遵從權威的指令能夠幫助我們去作到原本有理由作的事或決定），那麼似乎必須預設了正確衡量命題，但是如果從正確衡量命題出發，所能得到的卻只是非常弱的、平庸化的排它性。我們所要解決的問題就是，在什麼樣的條件下，即便按照權威的指令行事未必都能夠符合正確衡量一階理由的結果，權威的指令仍然可以構成阻斷性或排它性的理由？

參、不確定性、推定模式與形式原則的理由性質

Raz 顯然不認為規則或權威指令的排它性必須預設了正確衡量命題。相反的，他認為即便規則沒有正確地反映了依賴性理由或原則的衡量結果，這些理由都還是會被規則所排除或取代⁵²。要了解 Raz 的想法取決於我們如何理解他所提出的通常證立命題。Raz 的通常證立命題所真正關切的，其實是權威的正當性問題，而不是個別的權威指令是否正確地反映了依賴性理由的衡量結果。按照 Raz 的看法，只要在一般的、大多數的情況下，遵從權威的指令能夠提高我們行動符合正確理由的可能性，那麼這個權威就可被證立。也就是說，即便在少數的、個別的情況下，權威的指令會出錯（遵從它行事反而會作到我其實沒有理由去作的事），但只要一般來說，比起自己根據一階理由孰輕孰重的判斷而行動，遵從權威的指令還

51 按照這個看法，規則頂多只能被視為一種節省衡量工作的機制，就像效率論據所主張的那樣。

52 RAZ, *supra* note 22, at 60-61.

是會讓我有比較高的機會作到自己原本有理由該去作的事，那麼我就都應該按照權威的指令而行事⁵³。在這裡我不打算深入檢討 Raz 這種對於權威正當性的證成方式是否妥當。姑且假定 Raz 對權威正當性的證成方式是對的，只要權威在大部分情況下都不出錯，也就是說，只要遵從權威的指令能夠提高我的行動符合正確理由的機率，那麼這個權威就具有正當性。但我的疑問是，能不能夠從這一點導出，權威的指令無論如何都構成了阻斷性或（強的）排它性理由？

讓我們先想想：我們要如何確定，按照規則或權威的指令行事的確能夠提高自己的行動符合正確理由要求的機會？有一種方式是，每當我遇到一個規則可適用的案件，我都還是進行衡量一階理由（原則）的工作，並且將衡量的結果與適用規則的結果相比較，以檢驗規則是不是偏離了正確理由的要求。如果在大多數的案件中這兩者都相符，我就可以確定按照規則行事的確比較能夠幫助我作到我原本有理由去作的事。但這種方式其實失去了接受權威意義與目的，這也正是 Raz 反對正確衡量命題（以及由其所導出之弱的排它性）的論點之一。正確衡量命題主張，只有當規則的確反映了正確衡量的結果，它才能夠排除或取代依賴性理由，若規則不符合正確衡量結果的話，就有可能基於某個重要的一階理由作出偏離規則要求的決定。Raz 認為，如果是這樣的話，那麼為了確定規則是不是符合正確衡量的結果（確認制定規則的權威是不是犯了重大的錯誤），我們必須在每個案件中都再去衡量相關的一階理由，才能夠決定是否要依據規則而行動。倘若如此，就完全否定掉規則的中間理由地位，這等於放棄了服務權威觀，因為服務權威觀要求權威所扮演的中介角色，正是要使得我們不必再訴諸一階的依賴性理由，直接根據規則（或權威的指令）就能夠決定應該採取何種行動⁵⁴。

53 Raz, *supra* note 22, at 61.

54 Raz, *supra* note 22, at 61-62.

上面這種方式另一個更為棘手的問題是，它其實預設了，對於每個案件我們都能夠知道正確的衡量結果是什麼。但是如果我在每個案件都能夠知道正確理由的要求是什麼，那麼按照權威的指令行事並不會提高我的行動符合正確理由要求的機率⁵⁵，甚至我也不需要接受權威作為我行動的指引。但我們之所以需要權威來指引我們的行動，或者會依據某個規則來作決定，往往就是因為我們並不總是能夠知道正確理由的要求是什麼。以下我將簡單指出，在這種存在著認識不確定性 (epistemic uncertainty) —即無法認識到正確衡量的結果所要求的行動為何時—的條件下，權威的指令的確具有排它性；也就是說，在這種情況下，我們將有理由去作出一個實質上錯誤（即不符合正確理由要求）的行為或決定。

讓我用一個例子來說明上面的問題。我的理財顧問是我在決定如何投資這件事上面的權威。如果我自己就能夠知道，怎麼樣投資會達到最佳的報酬率，從而每次都可以檢驗我的理財顧問給我的建議或指示是不是最有利的，那麼我何必再去遵從理財顧問的建議或指示，我甚至也不會認為他是投資方面的權威⁵⁶。我之所以會將理財顧問當作投資方面的權威，通常是因為我不知道怎麼投資才能夠達到最佳的報酬率，或者我對自己投資的眼光或判斷沒有信心，而我的理財顧問具有某種資格或能力，例如財經專業知識，這是我所欠缺或比不上他的。由於他具有這樣的資格或能力，因此按照他的建議或指示去投資，成功的機率往往會比根據我自己判斷所為的投資來得高。因此我應該總是以他的建議或指示，而不是以我自己的判斷作為決定是否進行投資的依據。當然，這意謂著，在大多數的

55 這裡我假定，一旦我們知道正確衡量的結果是什麼，我們就會照著它的要求去行動。

56 一個可能的情況是，我自己作決定要花很多的勞力和時間，從而可能錯失了投資的良機，因此最好還是依照投資顧問的建議行事。但在這種情況下，之所以接受投資顧問作為權威，完全只是基於節省決策時間與勞力的效率考量。在本文的例子中我排除了這種狀況，亦即我假設作決定時所花費的勞力或時間成本並不會抵銷了達成正確決定所會帶來的效益。

情況下，按照他的建議或指示去投資，結果都是有利的；如果每次按照他的指示去投資都失利，我當然不會再認為他是投資理財方面的權威。但我們暫且假設，我的理財顧問是一個真正的權威，按照他的建議投資的確經常能夠獲利。我們再假設，我正在決定是否要進行一筆短期投資。這筆投資報酬率相當高，但不可預期的風險也相當高，我隱約覺得這筆投資可能會讓我賠錢，但我所擁有的資訊和我的判斷能力無法讓我確定這筆投資是否會失利，因此去請教我的理財顧問。他建議我應該進行這筆投資（假定我的理財顧問是在一切情況正常的條件下，基於他的專業知識給了我這個建議）。但事後這筆投資卻賠了錢。從事後的觀點來看，他的這個建議當然沒有幫助我實現我所想要達到的目的，但從事前的觀點來看，我按照他的建議所作的投資決定並不能說是完全沒有理由的。如果我事先就能夠確知投資的結果會失利，卻還是按照他的建議而行事，那麼我當然作了一個錯誤的、非理性的決定，但在我事先不知道或不確定結果的情況下，我按照理財顧問的建議，而不是根據自己的判斷來決定是否投資，反而才是比較理性的作法。在這樣的狀況下可以說，我有理由去作一個（事後發現其實是）錯誤的決定或行動。

上面這個例子或許可以幫助我們了解，究竟在什麼樣的條件之下，規則能夠成為行動或決定的排它性理由，而且是一種強的排它性理由。放在法律推理的脈絡下，這個問題關切的就是：在什麼樣的條件之下，法官有理由（依據規則）作出一個違背原則衡量結果的判決？如前所述，即便存在著一條可適用的規則，也不妨礙法官在個案中能夠回到一階理由的層面，去衡量相關的原則以判斷這條規則是否正確地反映了依賴性理由衡量的結果，特別是當法官對於在此個案中適用規則的結果是否符合了原則衡量的結果有疑義的時候，這樣的思辨過程經常會發生。在這樣的情形下仍然去進行衡量的工作，並不違背規則的阻斷性或排它性理由的性質。正如之前指出的，Raz 的排它性或阻斷性理由並不是停止或排除評價衡量思考工作的理由，而是要求我們不要根據評價或衡量的結果而行動或決

定的理由。因此重點不在於法官在有規則可供適用的案件中是否還能進行衡量的工作，而在於法官究竟應該根據規則抑或以衡量的結果作為其判決的理由？我們知道，司法裁判的說理始終在有限的時間、資源與不完備的知識基礎等種種限制性的條件下進行的。在這樣的限制性條件下，即便我們預設了每一個涉及原則衡量的案件都有一個正確的答案，也不能夠保證（或期待）法官在每一個案件中都能夠認識到正確的衡量結果是什麼。這也就是說，在某些案件當中，有可能法官雖然進行了衡量的工作，但他仍然無法確定相關的原則究竟孰輕孰重。當然，或許他仍然能夠作出某種判斷，但是根據他所擁有的有限資訊，他對於自己的判斷是否正確，可能並不一定有十足的把握（有可能他直覺上認為自己的判斷是對的，但他卻舉不出充分的理由或論據來證立他的判斷），但他最後無論如何仍然要作出一個決定。這個時候他應該基於自己的判斷，還是應該依循規則作出他的決定？在這種具有認識不確定性（無法認識到正確衡量的結果是什麼）的案件中，形式原則就發揮了關鍵性的作用。形式原則要求，在這樣的情況下，法官應該還是尊重權威決定（例如立法者制定的規則）的拘束力，亦即他應該以規則，而非自己的衡量或判斷作為其判決的理由。

我嘗試把 Alexy 的形式原則理解為一種關於論證負擔的指示或規定。形式原則要求：「如果沒有堅強的反面論據，則應該推定權威所制定的規則代表了正確衡量的結果」。簡單說就是：「有疑義時，仍應依據規則作出決定」。依此，除非能夠提出堅強的論據證成適用規則的結果的確不符合原則衡量的要求，否則法官還是應該將規則當作是阻斷性的理由，即根據規則的要求，而非根據自己對於相關原則孰輕孰重的判斷作出判決。我把這種看待規則排它性的方式稱之為「推定模式」(the Presumption Model)⁵⁷。我們必須注意

57 推定模式的想法亦可見 Stephen Perry, *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, 62 S. CAL. L. REV. 913 (1989); FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES* 196-206 (1991). 限於篇幅，此處無法進一步討論這兩位學者的看法。關

到推定模式和正確衡量命題有所不同。按照正確衡量命題，規則必須實際上的確反映了正確衡量的結果，才會成為阻斷性或排它性理由。但按照推定模式，我們只是「預設」規則代表了正確衡量的結果，從而「推定」規則構成了阻斷性或排它性理由。既然是「推定」或「預設」，就不免有被質疑或推翻的可能。而形式原則作為論證負擔規定的功能，就是要求欲推翻規則排它性的一方（即欲作出偏離規則的決定者）必須負擔論證責任，亦即他必須確定並且提出堅強的論據證成適用規則的結果的確與原則衡量的要求不符。如果他能夠成功地作到這一點，那麼他就可以依據凌駕性的理由行事。但是當他不能確定相關原則孰輕孰重時（即他無法認識到正確衡量的結果為何的情況下），顯然就無法作到這一點，這個時候他應該還是相信「規則的要求與正確衡量的結果相符」這個預設是對的，從而仍然將規則作為其判決的排它性理由。即便這個預設事後被否證了，也就是說，他在作出判決之後才發現，其實適用規則所作出的決定和原則衡量的結果相違背；但在作決定的當時，他將規則當作是阻斷性或排它性的理由，並不是不理性的，我們可以說，在認識不確定的狀況下，他有理由作出一個實質上錯誤（即違背正確衡量結果）的判決。

當然，在認識不確定的狀況下，之所以能夠預設規則代表了正確衡量的結果，從而將規則推定為一種排它性理由，其前提必須是制定規則的權威符合了通常證立命題的要求，亦即遵從他所制定的規則作出正確決定的機率會比較高。但同樣的，我們並不是因為事先就知道每個案件的正確答案是什麼，從而可以檢驗權威是否作出正確的決定，如果有辦法作到這一點，也就不會有認識不確定性的問題了。要指出權威符合了通常證立命題的要求，通常是藉由一些其它的、「非實質的」論據，例如制定規則的權威（對法官而言通

於 Schauer 將法律規則推定為具有優勢地位的裁判理由的看法另可參照莊世同，〈規則與司法裁判〉，《台灣哲學研究》，2 期，頁 1-23（1999 年 3 月）。

常是立法者)具備更豐富的專業知識、或者在作成決定的組織及程序上具有某些特性,使得他比較能夠作出正確的決定(類似所謂的「功能法取向」的論據)、或者更具有資格(例如立法者具有更高的民主正當性)等等⁵⁸,在這裡無法繼續深入討論⁵⁹。我最後只想稍微談一下形式原則的理由性質問題。

形式原則作為一種規範,當然也構成了某種理由。問題在於,形式原則是一種什麼樣的理由?前面我將形式原則視為論證負擔指示的想法,從理由論的角度來看,顯然與 Alexy 自己對形式原則的看法有所不同。Alexy 認為形式原則可以和實質原則一起相衡量,由於有形式原則的加持,因此提高了根據原則作出偏離規則的決定的難度。照這樣的說法看來, Alexy 似乎認為形式原則也是一種一階理由(倘非如此,則它不能和實質原則放在一起相衡量)。然而,和實質的一階理由不同,形式原則本身並不關心行動或決定所能實現的價值或目的,它要求的是,我們應該根據某個權威的決定或指令去行動,或者法官應該根據某個權威的決定或指令作出判決,至於這個權威決定或指令的內容為何,則非形式原則所要過問的。就此而言,形式原則具有所謂「獨立於內容的理由」(content-

58 這邊的說明應該可以簡單的答覆莊世同對上一段文字所提出的一個問題,即「為什麼形式原則具有推定上的正確性?」亦即形式原則的證立理由是什麼的問題。如文中所述,我初步的想法是,與 Raz 的通常證立命題相結合,可以對形式原則如「立法者的權威決定應該被遵守」提供一個可能的證立理由。而之所以稱作「形式」原則,乃是透過一些非實質的論據指出立法者滿足了通常證立命題的要求,因此應該遵循其決定。為什麼從形式原則的證立理由同時可以支持規則的排它性,其理由可能有兩種,一個是前述認識不確定的情況下獲致正確決定機率的問題;另外一個則是下文將提到的,形式原則可被看作是一種影響或改變某些一階理由重要性的二階理由。

59 由此可以看出,本文處理的問題「規則是不是法律推理中的排它性理由?」不僅僅是法理學家的理論遊戲而已,此問題的解決亦可能對憲法釋義學上關於立法餘地(gesetzgeberischer Spielraum)——特別是所謂「規範性的認識餘地」(normativer Erkenntnisraum)——與司法違憲審查權的界限問題有所貢獻,當然,要證明這一點,仍有待努力。從 Alexy 原則理論的角度出發探討認識不確定性與立法認識餘地的中文文獻可見王鵬翔,〈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卷3期,頁1-41(2007年4月)。

independent reason) 的特性⁶⁰。但是這導致了一個問題，形式原則作為獨立於內容的理由，如何能夠與實質原則（依賴於內容的理由）相衡量？這是對 Alexy 原則理論一個很常見的質疑，即「不可共量性」(incommensurability) 的批評。在這裡我先暫時擱置形式原則是不是一種獨立於內容的理由的問題，也不打算直接回應不可共量性的批評。我只想指出，前面將形式原則視為論證負擔規定的看法，有可能提供一個迴避此種批評的途徑。因為按照這個看法，形式原則乃是一種二階理由。如前所述，規則本身同時是行動或決定的一階理由，而形式原則則可視為要求法官（在認識不確定的情況下）根據規則作出判決的理由，因此它乃是一種要求我們根據某個（一階）理由而行動的積極二階理由。既然形式原則是一種積極的二階理由，那麼它當然沒有和一階理由的實質原則相衡量的問題。

不過，即便如此可以迴避掉不可共量性的批評，但作為二階理由的形式原則能不能夠發揮 Alexy 所希望的作用，即透過形式原則的加持來提高推翻規則的難度？我的看法也是肯定的。我認為形式原則除了是一種要求根據某些一階理由而行動的積極二階理由之外，還是一種會影響某些一階理由強度的二階理由（類似於 Stephen Perry 所稱的 reweighting reasons），它會提高規則背後的正面依賴性理由（即支持規則的原則）的重要性，或者增強規則本身的一階強度 (first-order strength)⁶¹。由於形式原則要求我們將這些正面理由的重要性看得比較高，從而使得我們要根據某個反面的一

60 精確一點說，或許應該是：形式原則讓規則具有獨立於內容理由的特性（見顏厥安，前揭（註 5）文，頁 17-19），而形式原則則提供了對於規則的「獨立於內容的證立」(content-independent justification of rules)。

61 Perry, *supra* note 57, at 932: “a [reweighting] reason is a reason to treat a reason as having a greater or lesser weight than the agent would otherwise judge it to possess in his or her subjective determination of what the objective balance of reasons require.” 用 Shapiro 的說法 “a reweighting reason is a reason to act ‘as if’ another reason had a certain weight.”, Shapiro, *supra* note 15, at 412. 換句話說，透過形式原則的加持，有可能使得一個原本並沒有正確反映依賴性理由衡量的規則「變成」好像代表了正確衡量的結果。

階理由（原則）來推翻規則的難度也隨之提高。在不考量形式原則的前提下，在某些案件當中，某個反對規則適用的原則，其重要性可能會比支持規則的正面理由來得高，從而威脅到這些規則在此案件中適用的可能性；但若考量到形式原則對正面理由的增強作用後，則此一反面理由可能仍然無法凌駕於支持規則的正面理由，從而維持了規則的拘束力。藉此我們可以修正 Alexy 的主張。Alexy 認為，若要根據原則 P 來限制規則 R 在某個案件中的適用，則 P 不但必須凌駕於支持規則的實質原則 P_R ，同時還要勝過形式原則 P_f 的重要性。如果將形式原則看作是增加 P_R 強度的二階理由，則 Alexy 的主張可修正為：「若要根據原則 P 來限制規則 R 在某個案件中的適用，則 P 的重要性必須勝過 P_R 被形式原則 P_f 增強後的重要性」，亦即 P_R 雖因形式原則的加持而提昇了其重要性，但 P 依然能夠凌駕於 P_R 。

從理由論的角度來看，將形式原則視為一種積極的二階理由以及增強某些原則強度的二階理由⁶²，維持了 Alexy 所希望的，透過形式原則來穩固化規則的拘束力或排它性的目的⁶³。至於在理論建

62 在這裡我想簡單回應莊世同的另外一個批評，即「形式原則其實是強化一階理由的『附加理由』(adding reason)，就此而言，它其實也是道道地地的一階行動理由」。我認為，所謂「強化」某個作 φ 的一階理由 p 的方式有兩種：第一種方式是引進上註所說的 reweighting reason，提高 p 本身的強度使得它勝過反對作 φ 的理由；按照 Perry 的看法，reweighting reason 仍然是一種二階理由。另外一種方式則是不改變 p 本身的強度，但加入另外一個同樣要求作 φ 的一階理由 q ，從而 p 與 q 的強度加起來勝過反對作 φ 的理由。莊世同所謂的「附加理由」指的可能是後者（雖然「量」的增加不一定會提高一組理由的整體重要性）。而本文則認為形式原則較接近於前者，形式原則本身並不要求我們採取某個特定的行動，它只要求我們將立法者的決定當作是行動的理由（積極的二階理由）；或者，它作為一種 reweighting reason，要求我們將規則背後的某些正面理由（即立法者透過制定規則所欲實現的價值、目的或原則）的重要性評價的比較高，或是將某些負面理由的重要性評價的比較低。就這兩種情況，它都是一種關於理由的理由 (reasons about reason)，即二階理由。

63 一位審查人指出，在推定模式下，規則其實就不具有排它性，所謂「弱的排它性」，其實就不是 Raz 界定的排它性，而是推定的優越性了，亦即規則所構成的理由將只是一種具有推定優越性的一階理由，而非 Raz 所稱的排它性或阻斷性理由。既然我將形式原則當作是一種提高某些一階理由（即規則本身所構成

構上如何將此一想法細緻化，則有待進一步研究。

的一階行動理由或規則背後的正面依賴性理由)強度的 reweighting reason，我想，我的方向和看法與審查人是一致的。不過，這裡有個問題是，任何在衡量中勝出的凌駕性理由，其實都具有某種排它性，因為按照凌駕性理由而行事就意謂者不能根據其它被凌駕的理由而行事(RAZ, *supra* note 1, at 183)。問題可能在於我所使用的術語「弱的排它性」令人不盡滿意。正如審查人所指出的，弱的排它性「其實就不是 Raz 界定的排它性，而是推定的優越性了」。我之所以仍使用「弱的排它性」這個術語，毋寧是為了強調，在推定模式下，按照規則（推定具有優越性的一階理由）行事，仍然未必會符合正確衡量依賴性理由的結果。規則所構成的一階行動理由，是透過形式原則的加持，才變得「彷彿」具有較高的強度而凌駕於其它理由，如果沒有形式原則，這個一階理由仍然是在衡量中落敗的一方；也就是說，即便規則只是一種具有推定優越性的一階理由，遵循或適用規則仍然具有「排除衡量」或「違背原本一階理由衡量結果」的特性，就此而言，說規則具有某種排它性，或許並不為過。

參考文獻

1. 中文部分

- 王鵬翔 (2005), 論基本權的規範結構, 台大法學論叢, 34卷2期, 頁1-61。
- (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卷3期, 頁1-41。
- 莊世同 (1999), 規則與司法裁判, 台灣哲學研究, 2期, 頁1-23。
- 陳顯武 (2005), 論法學上規則與原則之區分——由非單調邏輯之觀點出發, 台大法學論叢, 34卷1期, 頁1-45。
- 顏厥安 (2002), 規則、理性與法治, 台大法學論叢, 31卷2期, 頁1-58。

2. 外文部分

- Alexy, Robert (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald (1976), *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Hart, H. L. A. (1982), *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press.
- Perry, Stephen (1989), *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, 62 S. Cal. L. Rev. 913.
- Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.

- (1995), *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
 - (1999), *Practical Reason and Norms*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press.
 - (1999), *Engaging Reason*, Oxford: Oxford University Press.
 - (2001), *Reasoning with Rules*, 54 *Current Legal Problems* 1.
- Schauer, Frederick (1991), *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, Scott (2002), *Authority*, in Jules Coleman & Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 382.

Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?

*Peng-Hsiang Wang**

Abstract

The core thesis of Joseph Raz's theory of norms and practical reason is that rules are both reasons for action and exclusionary reasons not to act on certain conflicting reasons. Legal rules provide not only reasons for action, but also reasons for judicial decision. The main concern of this paper is the following problem: Are legal rules exclusionary reasons for judicial decision in legal reasoning? I will draw on some insights from Alexy's theory of principles to deal with this problem. I firstly discuss some interesting similarities between Alexy's theory of principles and Raz's theory of practical reasons, and then examine Raz's argument for the exclusionary character of rules. I attempt to reconstruct and criticize Raz's argument from the viewpoint of the theory of principles. Finally, I will point out under what conditions legal rules can be regarded as exclusionary reasons.

KEYWORDS: rules, principles, reason, exclusionary reason, pre-emptive reason, authority, legal reasoning, Alexy, Raz.

* Assistant Professor, Department of Law, National Cheng Kung University; Assistant Researcher Fellow, Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office), Academia Sinica (2005-2008).