

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

公共理性與權利

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC91-2414-H-002-001-

執行期間：91年08月01日至92年12月31日

執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：顏厥安

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 93 年 5 月 24 日

公共理性與法律論理

顏厥安*

序論

本文以約翰·羅爾斯的公共理性(public reason)概念與法律論理(legal reasoning)的分析模式相互比較為研究對象，探討兩者的異同，並進而引出對自由憲政主義理論模式的批判與檢討。羅爾斯認為公共理性是民主社會當中平等公民所運用的理性，更應適用於民主社會之官方機構，不論是立法機關，行政執法機關，還是司法機關。由於司法機關的特殊性，羅爾斯更強調公共理性在司法機關當中的運用，尤其是在設有司法審查制度之立憲民主國家當中，羅爾斯認為其最高法院是運用公共理性的典範。

筆者是以質疑此項主張為出發點來撰寫此篇論文。筆者認為，羅爾斯將最高法院視為公共理性運用典範的主張不但頗有理論疑義，更蘊含了某種自由憲政主義思考模式的盲點。本文的論述方式，除了對公共理性概念進行說明，且以法律論理的分析模式為對比指明其基本特徵外，並嘗試運用規範縫隙(normative gaps)概念來進行理論分析與思考。

另外，由於筆者始終認為，政治與法律理論之論述應不斷嘗試與台灣社會之問題發生關聯，因此在本文的論述裡將引進一些台灣的法律爭議案件作為討論的輔助。這種論述方式可能在純政治哲學的論文中顯得有點突兀，但其實此一作法亦可見於羅爾斯本人的論述。羅爾斯經常援引美國歷史經驗與材料作為論述的輔助，在《政治自由主義》一書的第八講中也大量討論了政治性言論在美國法制下的相關問題。

但是本文關切的終究是一個理論問題，而且涉及的層面不僅限於公共理性對於司法機關的不適用性，更觸及政治自由主義理論構想的妥當性問題。其中包含了筆者對於「政治的」(the Political)以及「法律的」(the Legal)概念的反省。不過限於篇幅，這一部分的論述僅能點到為止。

本文的論述分為下面幾個主要部分：首先簡要說明羅爾斯公共理性的基本特徵（二）；接著說明規範縫隙的意義與種類（三）；第四部分將先說明法律論理的分析理論模式及其理性限制，繼而運用台灣大法官解釋實例，比較說明公共理性模式與分析模式的異同（四）；第五部分將在前述論述的基礎上，以具備替代性的理論思維方式，討論自由憲政主義體制或公共理性模式的思考盲點。其中尤其重要的是，自由主義正當性理論的法律主義 / 司法主義特色（五）。第六部分則是結論。

* 台大法律系教授。作者在此感謝於羅爾斯研討會當中諸位學界朋友的批評指正，以及兩位匿名審稿人的寶貴意見。

公共理性的基本特徵

羅爾斯的公共理性概念，主要發展成熟於《政治自由主義》一書，而後雖然經過一些重述與修改，但是大體上維持核心的意義不變(Larmore, 2003: 380)。公共理性是一個看似清晰，其實具有高度複雜性的理論概念。本文的目的並不在於討論此一概念本身，因此以下將嘗試以一精簡的架構來說明筆者瞭解公共理性的方式，並對其與最高司法機關（最高法院 supreme court）的關係有所說明。¹

公共理性的一般意義

羅爾斯曾以下列一段話一般性地說明公共理性的意義與性質：

公共理性是一個民主國家的基本特徵。它是公民的理性，是那些共享平等公民身分者的理性。他們的理性目標是公共善，此乃政治正義觀念對社會基本體制結構之要求，也是這些制度所服務的目標和目的所在。因此公共理性在三個方面是公共的：作為公民的理性，它是公共的理性；它的主題是公共善和根本的正義問題；由於由社會之政治正義觀所表達的理想和原則所界定，並有待於在此一基礎上開放地討論，因此它的性質與內容是公共的。(PL 213)

由此段話可以看到，公共理性可由三個方面顯現其公共性：(1)**參與者的公共性**：參與運用此等理性者的身分是平等公民，因此運用者具有公共性；(2)**主題的公共性**：公民所討論的主題是公共善與根本正義問題，因此主題或說運用對象具有公共性；(3)**內容與性質的公共性**：公共理性的內容界限在於政治正義觀表蘊含的理性與原則，因此其內容與性質是公共的。

為何需要公共理性的限制 自由主義之正當性原則

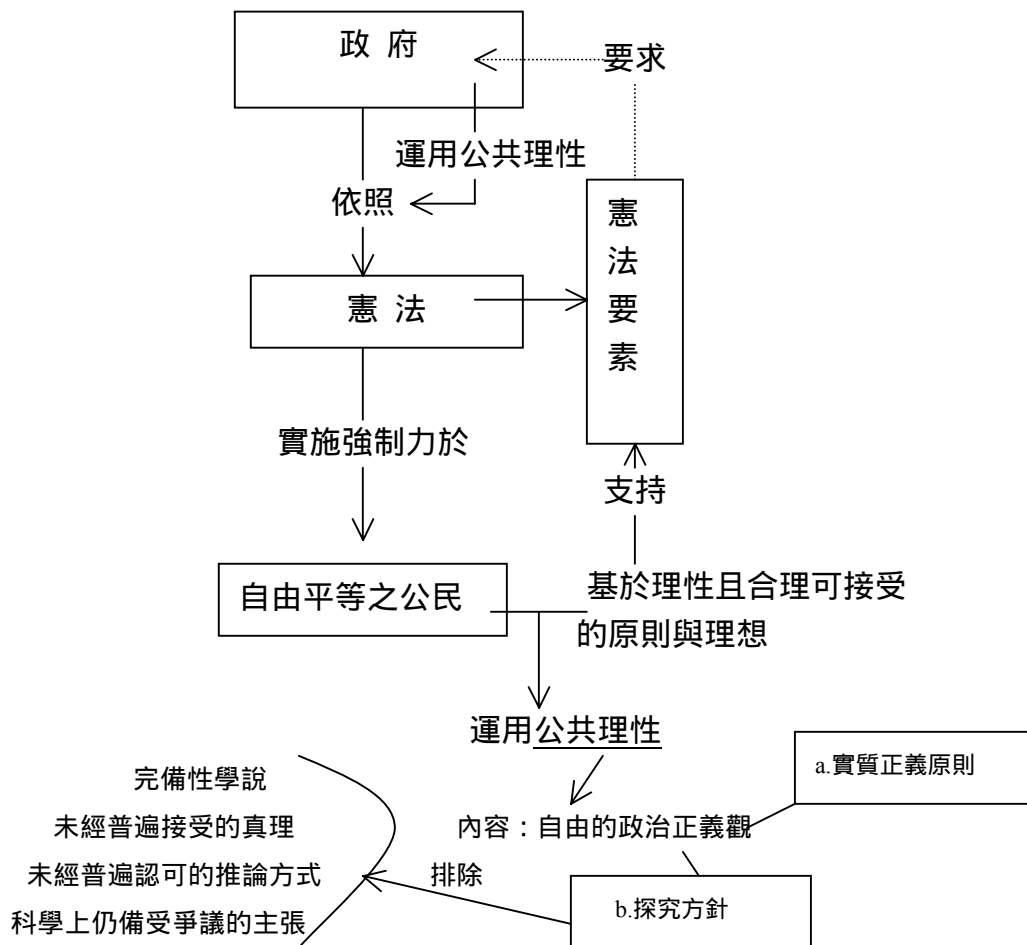
筆者認為，促使羅爾斯提出公共理性理念的關鍵問題在於：如何能夠在民主社會中，理性地證立體制對公民可能施加的強制力？羅爾斯認為，民主社會當中公民的政治關係具有兩個基本特徵：第一，政治關係是公民生於其中並在其中正常度過一生之社會的基本結構內部人際關係；第二在民主社會裡，政治權力（一種強制性權力）乃是一種公共權力，亦即自由與平等公民之聯合體的權力(PL 216)。因此羅爾斯問道，當根本性問題發生爭議時，公民什麼時候才能透過投票恰當地對其他人實施強制力？或者，如果強制力的實施對於平等且自由的公民是具有說服力的，那麼我們應當依照何種原則和理想來實施這種權力呢(PL 217)？羅爾斯認為政治自由主義針對此一問題會提出如下的答案：

只有當我們對政治權力的行使乃符合憲法的時候，此等行使才是恰當且可被證立的。而此一憲法的要素，是所有公民都可以合於理性地被期待，基於對他們而言理性且合理可接受的原則與理想來予以支持。這就是自由主義的正當性原則。(PL 217)

¹ 因此有些公共理性的議題，例如 rational 與 reasonable, the burden of judgment, nonpublic reason, inclusive and exclusive conception 等，就暫省略不談。

公共理性理念的出現，乃是因為由自由平等公民所組成的政治社會當中，公民必定要透過投票的方式來支持體制得以在一定的條件下實施強制力，而公民們必須提出適當的理據(reasons)來說服彼此接受此等強制力的實施。亦即強制力的實施必須擁有合乎理性的正當性基礎。羅爾斯認為，首先，強制力必須符合憲法的規定。其次，此一憲法的憲法要素，必須能被公民基於理性且合理的原則來加以支持。因此公共理性就是民主社會中自由平等公民解決憲政要素爭議所運用的理性。此一結構請參考下圖：

自由主義的正當性原則結構圖



因此不論是政府之行政、立法與司法各部門針對最終可能實施強制力的決定，還是公民彼此之間針對憲法要素的討論，都需要運用公共理性。所謂的憲法要素，依照羅爾斯的說法，主要包括：(1)規範政府及政治過程一般結構的根本原則，亦即立法、行政與司法的權力，以及多數決原則的範圍；(2)立法機關應予以尊重的公民平等之基本權利與自由，例如投票權、參政權、良知自由、思想與結社自由，以及法治制度的保障等(PL 227)。值得注意的是，羅爾斯基本上將

公平機會原則以及差異原則排除在憲法要素之外(PL 230)²。

羅爾斯以自由的政治正義觀(liberal political conception of justice)來說明公共理性的內容(PL 223-)。此一內容又包含兩大側面。第一，是實質的正義原則。其中又包含(1)特定的基本權利、自由與機會；(2)在尊重普遍善與至善主義之價值下，對這些權利、自由與機會優先順序的給定；(3)幫助公民能充分有效運用這些權利與機會的措施(ibid.)。第二則是探究方針(guidelines of inquiry)，規範論理的方式以及篩選政治相關資訊的標準(ibid.)。

在探究方針的原則中，我們可以看到或可稱之為「通念」(common sense)的特色。因為在此等探究中，不僅排除對於完備性宗教或哲學學說的援用，在其他方面亦僅能引用目前之通念中普遍接受的一般信念(general beliefs)與推論形式(forms of reasoning)，以及目前並不備受爭議之科學方法與結論。換句話說，在羅爾斯公共理性的論理(reasoning)面，他似乎要儘可能排除一切對於具有爭議性(controversial)之信念、方法、主張與結論的使用，因此並不僅是排除了完備性學說(comprehensive doctrines)而已。

公共理性與最高法院

羅爾斯認為，在具有司法審查制度之立憲國家中，公共理性乃是最高法院的理性。他以兩點來說明此一說法的意義：第一，公共理性很適合於法庭作為對較高法律(the higher law)的最高司法解釋者(the highest interpreter)，而非最終解釋者(the final interpreter)的角色；第二，身為政府部門的一個分支，最高法院發揮著公共理性的典範作用(the exemplar)。(PL 231)

為了闡述這兩點，羅爾斯說明了所謂立憲主義的五個基本原則：(1)區分人民的制憲權(constituent power)，與憲政秩序下一般政府官員或民選官員所行使的日常權力(ordinary power)；(2)區分較高法(the higher law，亦可稱為高級法)，與普通的法律 ordinary law)，前者是人民制憲權的表達，擁有我們人民(We the People)之意志的權威，因此較高法拘束引領一般立法權；(3)民主憲法乃人民為了以特定方式自我治理時，其政治理想在較高法裡透過原則的表達。公共理性的目標，就是以論述銜接(articulate)此一理想；(4)透過以民主方式決議通過，包含了權利典章(bill of rights)的憲法，人民永久確立了特定的憲法要素；(5)在立憲政體中，最終的權力不能留給立法機構或最高法院。最終權力是由對人民負責的權力三大分支（行政、立法與司法），以適當的關係所掌有。(PL 231-232)

在這種結合自然權利、較高法，與人民主權的立憲主義思想背景下，羅爾斯認為立憲民主制度是雙元體制(dualist)，亦即制憲權與一般權力的區分，以及較高法與普通法的區分(PL 233)。國會至上主義是不被贊成的。因此在立憲民主之雙元理念之下，最高法院是保護較高法的制度設計。通過使用公共理性，最高法院可保護法律免受短暫多數決的腐蝕，或者組織化、機巧且佔據優勢地位的狹隘利益的腐蝕。因此如果僅從普通法律以及國會的角度來看，最高法院具有反多數

² 另請參考 PL 232, note 14。

決(antimajoritarian)特色。但是如果從對體現人民意志之較高法的尊重來看，最高法院並非反多數決，當然更非反民主的(PL 233-234)。

作為運用公共理性的典範，羅爾斯則指出，最高法院的角色並不僅是防衛性的（此意指前述對最高法的保護），更應對公共理性發揮恰當且持續的影響(PL 235)。羅爾斯又分三個層面來闡述此一意義。這三個層面對於本文的討論都饒富意義。

首先，羅爾斯認為公共理性是法庭所使用的唯一理性(public reason is the sole reason the court exercises)(PL 235)。且是政府權力分支當中，唯一由理性，且僅僅遵循理性，所創造的機構。只要不涉及憲法要素與基本正義的爭議，人民與立法者可以援用他們的完備性學說來投票，並不需要將他們的決定立論於某種融貫的憲法觀點中。但最高法院法官正好負有義務要這麼做。且這麼做時除政治性價值外，不能引用其他價值(PL 235)。不過羅爾斯又補充，除此之外，法官們應依照憲法判例、實務、傳統，與重要歷史憲法文獻的要求來論理。

第二，法官們應運用他們在憲法及其判例的知識，在其論理當中，嘗試發展並表達他們對於憲法的最佳詮釋。所謂最佳詮釋，就是能最佳地符合憲法材料，且以正義的公共觀(public conception of justice)³或其理性變項(reasonable variant thereof)來加以證立。法官不能使用他自己的道德觀點或普遍性的道德理想或美德(the ideals and virtues of morality generally)。法官也不能引用他自己或人民的宗教或哲學觀點(PL 236)。

第三，最高法院應該在公共論壇中給予公共理性以活力與生命力(PL 237)。因為「憲法不是（最高）法院說它是什麼，它就是什麼。憲法毋寧是人民合乎憲政精神地透過其他憲法機關持續不斷地努力行動，並最終允許法庭所表達的那個樣子。」⁴(PL 237)

綜上所述，我們可以看到羅爾斯對於最高法院作為公共理性典範的此一主張，充滿了理性主義的想像。最高法院在其所處理的案件與做的判決當中，一方面要最佳地符合各種憲法材料，如文本、判例、傳統等，另一方面卻也僅能引用所謂政治性價值來加以論理。其他的一切宗教、哲學觀點，與道德規範或評價，都必須被排除在最高法院的論理過程之外，因為「公共理性是法庭使用的唯一理性」。本文以下將由規範縫隙概念出發，逐步檢討批判此一觀點。

規範縫隙的意義與種類

規範縫隙(normative gaps)此一或類似說法雖然並非沒有被使用過⁵，但是作為一個帶有獨特理論意義的分析概念，則是筆者所首先提出。因此勢必需要透過

³ 此應該就是 political conception of justice。

⁴ “The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is.”

⁵ Peczenik 就曾使用 gap 來說明規範的論證縫隙，請參考 Peczenik, 1989: 114。Raz 也曾寫道，“Normativity is ultimately based on evaluative considerations, but in a way which leaves room for a normative gap.” (Raz, 2001: 8)

另一篇文章，始能對此一概念之理論意義與作用進行比較詳盡的研究與闡述。以下的論述僅能針對本文需要，對此一概念做一初步說明。

規範縫隙的意義與種類

法理學之法概念論問題脈絡中，規範論與效力論一直是最核心的兩大問題。依照 Kelsen 的說法，效力(Geltung)是規範特有的存在方式。因此規範論與效力論亦可以說是同一問題的兩個相連層面。Kelsen 的此等理論論述，至少開啟了兩個思考潛力，第一，法規範的界定問題，與法規範的效力基礎或來源相關連。第二，由於並不是只有法律才是規範，道德、倫理、宗教、良知，甚至理性法則本身，也都是某種規範，因此也非要處理法規範與他種規範的效力基礎差異問題。這兩大思考潛力也正標示了廿世紀法理學理論爭議的核心議題，但是如果歸整起來說，其實正指向了「法律中的理性」(reason in law)(Bobbio, 1988)，或「規範性，是個理性的問題嗎？」(Is normativity a matter of reason?)(Raz, 1999 IV; 1999 V)此一問題方向。

筆者完全同意理性在規範、規範性與法律問題當中的關鍵性，但是筆者認為可以以規範縫隙的角度，來重新檢視思考此一問題意識。縫隙概念，在傳統的法理學思考中，通常是放在法認識論 / 法學方法論中以「法律漏洞」的方式來加以處理。但是本文在此所掌握或所欲處理的規範縫隙概念，卻比法律漏洞要廣泛地多。筆者在此提出一個對規範縫隙的初步定義：規範縫隙是對規範領域完美性之不可能性的諸展現形式(normative gaps is the various displaying forms of the impossibility of completeness of normative realm)。甚至可以提出更強的命題：**規範性是個縫隙的問題**(normativity is a matter of gaps)，此意味著，一個語言表述之所以創造了規範性，是因為它以某種特有的方式將不同的縫隙結合在一起⁶。除了常被討論的法律漏洞外，規範縫隙至少可以包括論證縫隙、實踐縫隙，以及領域縫隙三大類，其及各自包含的次類型：

論證縫隙

規範命題間的縫隙（邏輯非連結性）

規範命題並不一定是法律命題，道德命題也是規範命題。但是它們都共同擁有邏輯非連結性的特性。由「不應傷害別人」，無法邏輯嚴密地導出「不應欺騙他人」。由「不應殺人」，無法邏輯嚴密地導出「不應見死不救」。因此由某一規範命題到另一規範命題的論證，存在有「跳躍」(jump; Sprung)的現象。

(Foundation 136-)

在法學方法論初階，我們會認為可以用三段論法來達到法律「適用」的目的。但是由於在原本的大前提中，賓語是主詞的屬性（性質），例如「人都會死」，會死亡，是人這種動物的性質。因此「蘇格拉底是人」，已經表達了蘇格拉底也具

⁶ 請參考下列的說法：We call an expression normative if it in a special way bundles up various forms of gaps into a single unit of meaning.

有「會死亡」的屬性。所以可以得出「蘇格拉底會死」。但是法律效果並非構成要件的屬性，且在規範三段論法中，大前提為一規範命題，小前提卻為一事實陳述，所以規範的三段論法其實是頗有疑問的。晚年的 Kelsen 即不認為三段論法可以解決規範適用的問題(Kelsen, 1979: 184-)。

規範與價值的斷裂（規範的評價縫隙）

受了新康德主義的影響，社會科學家與法學家都習於接受應然(Sollen)與實然(Sein)的區分。事實上休謨(Hume, David)也早已經指出兩個領域的邏輯非連續性。但是比較少人強調應然與評價之間的關係。其實應然既非評價標準，亦非評價結果，更不是價值本身。主要的應然命題形式，不論是禁止、義務、允許、授權等，都沒有表達任何的評價命題。評價與規範之間沒有必然的對應關係。被負面評價的行為或狀態，並不指向禁止。由於價值的多元化，被禁止的行為，也不一定被所有人負面評價。法規範主要是由應然命題組成。法律體系也在保障多種的價值。但是法規範本身並沒有直接表達任何的價值，因此法規範是以「隱性」的方式來保障價值。這是規範的評價縫隙。如果規範僅被適用，而不需要證立，評價縫隙仍可能繼續被隱藏。但是由於一般法規範到具體規範就存在有縫隙，需要透過證立來聯繫，因此規範的評價縫隙會在證立的過程中被呈顯。正由於是縫隙，因此不同法律適用者對同一法規範所揭露的評價可以是不同的。規範評價與規範目的（見下）雖然密切相關，但兩者實不同，後者主要是指規範所欲實現的社會狀態，前者則是規範本身所表達的價值觀。

從多元社會的觀點思之，規範的評價縫隙反而是容許評價觀點多元化的重要條件。因為人民只需要在行為面遵守規範即可，而不需要一致化對某一規範的評價觀點。但是在司法機關解釋適用法規範的時候，規範的評價縫隙就會形成重要的爭議點。

實踐縫隙

法規範表述形式與規範目的的縫隙（規範的目的縫隙）

這是一個極為常見，但卻常常被忽略的縫隙。如果用立法論的術語來表達，可以說是條件(conditional)，也就是構成要件(Tatbestand)，與目的(purpose)之間的落差。法規範是針對行為態樣及其法律效果進行規範，但是此一規範所要達成的目的為何，卻一定無法從這個規範表述當中看到。此種縫隙又至少可以區分為兩個層次，第一層次的縫隙是一種弱縫隙，也就是制裁規範與禁止規範的斷裂。「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」是典型的制裁（條件或授權）規範，但是當中並沒有直接表明其目的是「禁止殺人」這個禁止規範。雖然我們的直覺告訴我們，這個規範表達的就是禁止殺人，但是嚴格言之，制裁規範之意義並未包含禁止規範。但是由於我們通常「推定」此一制裁規範包含有禁止規範，此等推定也並不違反我們正常的道德推論，因此這是個弱的縫隙。

比較大的縫隙產生於：為何要禁止殺人？或為何要對殺人者科以刑罰？禁止

殺人或對殺人者科以刑罰，是符合我們的道德直覺的。但是此一規範的目的不可能是為了滿足多數人的道德直覺，訴諸道德直覺也是以問答問(begging the question)。但是真的要清楚說明禁止殺人的「目的」何在，恐怕就不是一件簡單的事。因此此等條件 / 目的之縫隙，最常造成的現象，就是對同一法規範之目的產生分歧的詮釋。

實效縫隙

規範縫隙造成的重大危機之一，在於規範力與行動力的落差。此或可稱之為實效縫隙(efficacy gaps)。簡單地說，一個有效的規範(a valid norm)並不能保證規範對象的行動遵守或服從，即使行動者接受此一規範的效力，甚至肯認其道德正當性。

我們通常認為應然不蘊含實然，規範效力不等同於實效。但我們也不應忘記服從或不服從都預設了規範效力，否則我們無法將特定舉止理解或詮釋為服從或不服從的行為。因此雖然由實然也無法推導出應然，但是由「實效實然」卻可以推導出特定的應然。

一般規範到行動（指引）之間的縫隙

前面曾提及，即使行動者接受規範效力並肯認其正當性，此一行動者也並不一定會服從規範。這是我們運用理性與自由來觀察行動的必然代價。因為自由與理性是行動得以成立的基礎(basis)，甚至動機(motivation)，卻非行動出現的動力(moving force)。因此不得不引入意志(will)、意願(willingness)、意欲(desire)、恣意(arbitrariness)、抉擇(choice)、決定(decision)等說法來跨越知與行的落差縫隙。當然，在實踐縫隙的問題脈絡中，我們亦可反向思考，認為並不是自由的主體有著知行意欲的落差分裂問題，而是規範的實踐縫隙壓力「逼」出了反思，繼而產生主體。

態度縫隙

規範的一個重要特色在於，我們無從知悉對規範的遵守、服從、反抗或適用者，其到底如何看待系爭的規範。Raz 就曾在檢討 Hart 的內在與外在陳述時，提出了疏離的法律陳述(detached legal statement)的說法。依照 Hart 的說法，當行動者以內在觀點在看待法律時，意指他「接受」(accepts)該法律規範，但是 Raz 認為，此等接受，並不必然意味著行動者在道德上也肯認(approves)系爭規範的道德正當性。當行動者並不肯認，卻仍然以內在觀點在看待系爭規範時，他提出的規範陳述就是一種疏離的規範陳述。如果行動者也肯認了其道德正當性，則是一種投入的陳述(committed statement)。(Raz, 1979: 153-) 雖然 Hart 認為 Raz 的這個說法大大地彌補了他本人理論的缺陷(Hart, 1982: 154-)，但是筆者卻認為，關鍵並不在於行動者可以以不同的內在態度觀察規範，而在於規範本就帶有這種與相關行動者態度之縫隙。行動者看待規範態度的多樣性與不確定性，甚至可變性，

都是使得一個陳述帶有規範性的特點。內在 / 外在，參與 / 觀察，疏離 / 投入，都是在規範的態度縫隙中可以選擇的可變項。

領域縫隙

除了前兩類縫隙外，更嚴重的問題出現在規範世界的斷裂化，甚至是碎裂化。在英美正統法理學論述中經常提到的是法律與道德的分離命題(separation thesis)。但是在歐洲思想中，卻更早就有更複雜細緻得多的論述。其中的幾個關鍵在於：宗教規範與良知的區分；公眾道德規範與道德性的區分；法律與其他規範的區分。黑格爾更原創地提出抽象法、道德性與倫理(Sittlichkeit)的三大「法」領域架構。這其中涉及的不僅是在認知上的法律 / 道德關連性，而是如何妥當處理自由、行動與各種態樣的規範之間的斷裂或縫隙。從法理學的角度來看，領域縫隙最主要表現為各領域規範效力的不可通約性。

規範縫隙與理性及現代性

簡要說明了規範縫隙的意義與種類後，筆者想提出如下的命題：理性的任何形式都無法完全造就規範性，也無法充分地跨越規範縫隙。由此初步引伸出下列的幾個主張：法理學（甚至倫理學與政治哲學）起源於對規範性的反省；對規範性的反省，起源於規範縫隙的出現；現代性（以理性化與除魅化為核心）的特色之一即在於普遍性規範縫隙的出現，形成社會整合危機；現代法理學的主要努力之一，即在於嘗試以具有正當性的、理性的法律來超克普遍規範縫隙，以維繫社會整合；後現代法理學的主要主張之一，即在於指出此一理性主義方案的不可能性。由於這幾個命題都牽涉到相當繁複的說明與論證，必定不可能在本文中處理，因此以下將僅由一個與本文研究重點相關之關鍵點出發，亦即法律論理克服規範縫隙的方式，進而討論憲政司法體制及其與公共理性之關係。

法律論理、憲政司法機關與公共理性

法律論理之分析理論模式

法律論理(legal reasoning)或法律論證(legal argumentation)是法認識論(epistemology of law)的核心問題，也是長期困擾法學家與法律實務家的領域。其關鍵的理由就在於前面所簡述的規範論證縫隙。而且此一論證縫隙，依照筆者的想法，永遠不可能被理性徹底的超越。Peczenik 甚至說，所有的人類知識與所有被證立的評價都是建立在轉換(transformation)之上，亦即由某一層次“跳躍”(jump)到另一層次(Foundation 136)。

Aarnio, Alexy 與 Peczenik 三位學者在一九八一年發表的 法律論理的基礎(Aarnio/Alexy/Peczenik 1981, cited as Foundation)一文，為歐洲分析法理學之法律論證理論奠定重要的基礎。此文主要分為三部分，Aleksander Peczenik 執筆的第一部分，主要探討法律乃至於所有知識當中所包含的論證跳躍或轉換問題。由 Robert Alexy 所執筆的第二部分，則以實踐合理性理論為基礎，討論合理論證規則的問題。主要由 Aulis Aarnio 負責的第三部分，則以 Wittgenstein

理論為基礎，討論法律論理的合理性與生活形式(Lbensform)的關係。由於此文揭始即是由知識的縫隙與論證的跳躍問題出發，並且提出了相當具有代表性的法律論理理論模式，因此本文選擇其為討論的基礎。⁷

Foundation 一文包含了非常繁複的理論與論證層次及議題，此處自無法詳論。筆者認為 Foundation 一文與本文研究重點的關係，可由下列三個層面顯現：

第一，是 Peczenik 指出的論證跳躍問題。Peczenik 曾以下面的例子來說明道德論理論證的跳躍(Peczenik, 1989: 114-；王照宇，1999: 19-21)：

前提一：B 沒有傷害他人

前提二：B 時常幫助他人

前提三：如果 B 不傷害他人，也時常幫助他人，則 B 是個好人

結論：B 是個好人

Peczenik 認為，如果僅由前提一與前提二，直接得出結論，則這個推論是個跳躍。除非加上前提三，否則前提三，否則由前提一與二無法邏輯地推導出結論。在這種分析下，Peczenik 提出了跳躍或轉換的邏輯性質與條件（王照宇，1999：20-21）

從一前提 S 到結論 q 的跳躍，若且唯若，

1) q 並非從 S 演繹得出

2) S 無法擴張或改變成以前提 S1 的方式存在，而 S1 滿足以下的條件：

a) 結論 q 從前提 S1 演繹得出；

b) S1 只由某些前提所組成，這些前提預設於此一文化及已證明的前提之下。

法律論理是一種比道德論理更為複雜的論證工作⁸，但是同樣包含有前述的論證跳躍問題。因此若要使得這種轉換能夠理性地(reasonably)⁹進行，就必須要另外加上一個或一些理性的前提，以補足論證的邏輯推導需求。但是由於「加上」理性的前提此一「加上」，以及何謂「理性的」前提等問題，都還是需要論證，都免不了論述跳躍的出現，因此終局而言，跳躍是不可能避免的。

至於理性的前提所可能訴諸的「文化」或所謂「已經證明的前提」，則一方面可以與羅爾斯所稱的市民社會之背景文化(background culture)¹⁰以及公共理

⁷ 對於此文的全面研究，請參考王照宇，1999。另外對於 Alexy 論證理論的詳細研究，請參考顏厥安，1994/95 以及 1995。為了論述需要，本文亦將參考三位作者的其他作品。

⁸ 關於法律論證的跳躍，請參考 Foundation 142-158。Peczenik 區分為 transformation into the law 與 transformation inside the law。

⁹ 在 Foundation 一文以及這三位學者的理論脈絡中，雖然 reasonable 與 rational 還是有所差異（請參考 Aarnio, 1987: 188-），但是在本文的脈絡中暫時忽略此一差異。

¹⁰ “Comprehensive doctrines of all kinds—religious, philosophical, and moral—belong to what we may call the “background culture” of civil society. This is the culture of the social, not of the political.” (PL 14) Rawls sometimes contrasts it with ‘the public political culture of a democratic society,’ see PL 220. For Rawls, the public political culture is the cultural *fact* of democratic society from which the political conception of justice finds its terms. See, Restatement 27.

性的探究方針之限制相互比較。另一方面，亦可與 Alexy 提出的程序合理性理念，以及對論證規則的討論相銜接。這就牽涉到第二層面的問題。在程序合理性模式下，一個規範得為某一種特定程序的結果時，此一規範即為正確的(richtig) (顏厥安，1995: 227)。當一個實踐論述(praktischer Diskurs)¹¹能滿足實踐論證的條件時，我們即可認為此以實踐論述是理性的。而這些條件可以組成一個論述規則之體系(op. cit. 228)。而所有法律論理當中所提出的命題與論證，都可視為是實踐論述的一種。

但是筆者認為特別值得注意的是 Alexy 所提出的**特殊個案命題**(special-case thesis; Sonderfallthese, 簡稱為特案命題)(Foundation 262)。特案命題是指法學論述乃普遍性實踐論述的一種特殊形式，此意指，法學論述固然是普遍性實踐論述的一種，但是卻帶有特殊的限制或條件。其中最主要的，就是**受到現行有效法律的拘束**(顏厥安，1994/95: 139-141)。因此法律論證的正確性，僅要求在現行有效法之下的正確性，法律論證的合理性，並不要求普遍的合理性，而僅要求在有效法秩序範圍內的合理論證(op. cit. 141-142)。不過 Alexy 並沒有深入地說明此一限制的理論意義與影響。他似乎認為只要替理論上完美的普遍實踐論述加上一個現實上不完美的法律限制，就可以充分說明了法律論述的特性。

第三個值得注意的層面，是由 Aarnio 提出的共識基礎與生活形式問題(Foundation 437-)。其理論可以下述重點表達：

(1)Aarnio 認為合理性在我們文化中，是一個主體際或超個人的給定事實，而缺少合理性與合理可接受性，則我們不可能理解法律以及法秩序的觀念(Aarnio, 1987: 194-195; 王照宇，1999: 122-123)。

(2)即使在同一社群中，對於價值與法律問題還是會發生極大爭議，但是如果以下的條件可能的話，共識是可以逐漸達成的(王照宇，1999: 124-125; Foundation 440-)：

(i)a 和 b 具有共同的語言，在此意義上他人人都接受互為主體際的意義內容。

(ii)a 和 b 對此一世界擁有同樣的經驗證據。

(iii)a 和 b 共同享有足夠多的價值。

(iv)共識是透過理性論述來達成的。

(3)價值與評價共識的合理性標準是合理的可接受性(rational acceptability)(Foundation 439)

(4)任何的合理性，都受到生活形式的限制(limit of the form of life) (Foundation 442)

¹¹ 國內學界在討論 Diskursethik 的脈絡裡，常使用交談、對話等用語來表達 Diskurs。中國方面則有使用「論辯」者。筆者原本以「言說」來表達，這是因為考慮到在如 Habermas 之 Universalpragmatik 之理論脈絡裡，Diskurs 應該有超越對話或交談等具有在場性之語言使用的意義。不過筆者近來考慮的是與所謂 New Theories of Discourse 的銜接問題。在後者的脈絡裡，discourse 似乎比較適合以「論述」稱之。請參考 Torfing, 1999: 85, "A discourse is a differential ensemble of signifying sequences in which meaning is constantly renegotiated."

檢討與實例

Foundation 一文所顯示的，除了是理性主義對於法律論證合理性結構的精彩分析外，更是理性主義對自身方案限制的溫和式反省與觀察。Aarnio 就將自己理論基礎描述為「奠基於現代意義之非認知主義與相對主義之價值理論之上」(Foundation 442) 這三位學者提出的限制可以歸納為下列三項：

1. (論理過程之) 論證跳躍之限制。
2. (法律命題正確性之) 現行有效法體系的限制。
3. (共識形成之) 生活形式的限制。

這三項限制都是法律論理過程中必然會面對的問題，自然也是憲政司法機關在進行憲法解釋裁判時會遇到的困難。但是另一方面，此一模式卻也與羅爾斯所主張，最高法院是公共理性之典範，有著相當的近似與可比較之處。本文以下將嘗試以台灣的大法官會議解釋為例，反省其中可能蘊含的問題。

釋字第 472 號¹²

本號解釋涉及的問題主要是：強制全民納入健康保險是否違憲？釋字 472 號的見解採取否定說，亦即此一強制措施並不違憲。本文關切的當然是其理由構成或說法律論理的部分。其中主要又涉及兩個主要的問題層次：第一，憲法是否要求政府「一定」要實施某種的全民健保制度？第二，目前（或說當時）實施的這種健保制度，包括其強制全民納保的部分，是否違憲？

針對第一個問題，我們在其理由書中可以看到：

「國家為謀社會福利，應實現社會保險制度」、「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度」及「國家應推行全民健康保險」，既為憲法第一百五十五條、第一百五十七條及憲法增修條文第十條第五項明定之基本國策，立法機關自得制定符合上開憲法意旨之相關法律。至全民健康保險制度應如何設計，則屬立法裁量之範圍。

這是一個典型受到「現行有效法律」限制的論證，亦即如果不是我國憲法條文當中有所明訂，一個國家是否應該、需要或允許實施強制性的全民健保制度，是一個需要獨立論證的問題，在其他條件不變的情況下，論證的結果可能也會傾向於否定國家的這種權力。但是由於有了憲法條文的規定，因此其「正確性」的可能範圍就受到了限制。幾乎可以確定的是，國家因此「可以」或「允許」建立相關的制度。這也是大法官解釋的內容。

如果以公共理性模式來看，由於基本正義並不在憲法要素當中，但是財產權保障則屬之，所以就出現了公共理性是要在憲法要素，也就是自由主義正當性原

¹² 筆者原本打算將所引用的大法官解釋之解釋文與理由書列為本文附錄。但是由於可能造成本文篇幅不必要的過分擴張，因此放棄此一作法。有興趣者可參考司法院的網站：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。又，本文所引大法官解釋當中有加上底線的部分，皆為筆者所加，非為原文所有。

則的制度領域，還是在基本正義的理論當中運用的問題。依照筆者的看法，只要有一個側面涉及到憲法要素，就應該整體歸屬於憲法要素層面的公共理性運用。不過如果僅在這個層次討論，似乎又可以簡單地帶到羅爾斯所謂「尊重憲法慣例等等」的部分，幾乎可以說不需要實質地運用到公共理性。在這方面，倒是 Dworkin 針對概念與概念觀(concept and conception)的區分是更有助益的。簡單地說，Dworkin 認為法官們基於文本的限制，都必須援用相同的一些概念，如 fairness 或 cruel。但是重要的卻是，這些不同法官在使用相同概念時，他們各自所擁有的概念觀(conception)是什麼。法院必須於援用某個概念後，在相互競爭的概念觀中做出裁判。我們無從援用所謂制憲者 / 立法者的概念觀，因為概念觀是拿來回答具有爭議性之道德概念的，而不是立法者可以「規定下來」(lay down)的。(Dworkin, 1977: 134-137)

至於第二個問題，亦即現行的全民健保制度，尤其是強制部分，是否違憲，理由書中則論述：

八十三年八月九日公布 八十四年三月一日施行之全民健康保險法即為實現上開憲法規定而制定。該法第十一條之一、第六十九條之一及第八十七條關於強制全民參加全民健康保險之規定，係國家為達成全民納入健康保險，以履行對全體國民提供健康照護之責任所必要，符合憲法推行全民健康保險之意旨。同法第三十條有關加徵滯納金之規定，係為促使投保單位或被保險人履行公法上金錢給付之義務，與前述強制納保均係實現全民健康保險之合理手段，應無逾越憲法第二十三條規定之必要程度。

此段論述，由於並沒有仔細地由各種社會科學知識來檢視此等強制制度是否為「必要」，因此有明顯的論證跳躍現象。另一方面，則亦可由「資訊不足」「有限知識」的角度來思考，出現了「不能使用仍受爭議之科學方法或結論」現象。這是 Rawls 理論中所明顯要排除於公共理性之外的論據。因此雖然可能有重要經濟學家提出過可能優於現存制度的全民健康照護方案¹³，但是大法官卻不無可能因為這些結論仍有相當爭議，而拒絕使用於公共理性之中，並將其判斷讓諸於立法者。但這是羅爾斯方案的優點還是缺點呢？

釋字第 554 號、第 365 號、407 號

釋字 554 號是一個很新的解釋（2002 年 12 月 27 日），處理的是現行刑法第二百三十九條繼續以刑罰處罰通姦者的規定（告訴乃論；一年以下有期徒刑）是否違憲的問題。雖然已經有學者為文明顯論證指出，通姦罪的追訴，不能對婚姻有什麼維護的作用，相反的，在大部分的情況下，只有毀滅婚姻的作用（黃榮堅，1999:4），提出釋憲聲請的法官也在聲請書中詳細論證此等法律違反比例原則¹⁴，但是大法官仍對此號聲請採取否定立場，亦即認定系爭的法律並不違憲。這號解

¹³ 請參考朱敬一，李念祖，2003: 284-287。

¹⁴ 詳見前述司法院網站上的資料。亦可參見司法院公報 第 45 卷 2 期 62-69 頁。

釋的理由書中有如下的一段論述，

婚姻共同生活基礎之維持，原應出於夫妻雙方之情感及信賴等關係，刑法第二百三十九條規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者，亦同。」以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已之手段。然刑法所具一般預防功能，於信守夫妻忠誠義務使之成為社會生活之基本規範，進而增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值，仍有其一定功效。立法機關就當前對夫妻忠誠義務所為評價於無違社會一般人通念，而人民遵守此項義務規範亦非不可期待之情況下，自得以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的。

此一論述除了繼續有論證跳躍的狀況¹⁵（見「仍有一定功效」的說法）外，值得注意的是所謂「無違社會一般人通念」的說法。這是否即是一種 Aarnio 所說的，生活形式對理性運用的限制呢？其實大法官解釋這種引用「實然」層面的狀況，來解釋「規範」或「價值」的作法並不少見。

在處理舊民法第一千零八十九條：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」的規定是否違反平等原則的釋字 365 號理由書中指出，該一規定，制定於憲法頒行前中華民國十九年，有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因。惟因教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱。

系爭的民法條文（現已經修改）雖然在制定的時候，中華民國憲法尚未制定實施，但是在為解釋的時候，既然已經有憲法平等原則之規定，解釋者就應該秉持憲法的規定來論述。但是前引的論理當中，卻似乎認為，平等原則的具體實施內容可以，甚至是應該以「傳統文化習俗與社會環境」為構成之依據。另外在著名的，解釋猥褻言論的釋字 407 號理由書當中，大法官更是明白地說，

法律所定者，多係抽象之概念，主管機關基於職權，因執行特定法律，就此抽象概念規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級主管機關作為適用法律、認定事實及行使裁量權之基礎。出版品是否有觸犯或煽動他人觸犯猥褻罪情節，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其標準，但政府管制有關猥褻出版品乃各國所共通。猥褻出版品當指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社

¹⁵ 論證跳躍往往是「壞」論證的表徵。但是 Peczenik 所要點出的跳躍，卻是理性已經運用到極限後，仍無法完全克服的論理困難。

會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。

這三號解釋都有援引社會通念作為界定規範或評價標準的跡象，但是這裡的通念，是否就是羅爾斯在公共理性之探究方針中所謂的 common sense 呢？筆者認為不是，反而比較是某種共通道德(common morality)，甚至是多數人的道德觀(majority morality)。就這個角度而言，這是違反羅爾斯公共理性的要求的。

那麼這是否是 Aarnio 所稱的生活形式對理性的限制呢？筆者認為，至少在猥褻出版品的問題裡（釋字 407 號），是有這種可能的。「猥褻」這組由兩個中文「字」所組成的表述(expression)，嚴格說其實不單是符號(sign)，更像個象徵(symbol)，「猥」「褻」兩個字看起來就有點猥褻！因此其意義指涉實在很難完全脫離「當時之社會一般觀念」或「普通一般人」之「厭惡感或羞恥感」。除非我們完全不管制此「種」出版品（而這在台灣這個「具體」環境下是不可能的），否則某種程度訴諸於共通道德似乎是無可避免的理性限制。當然，另外一種思考方向，是色情出版品潛在所可能帶有的，對他人（特別是女性）的危害。亦即閱聽觀看色情出版品者，有較高的可能性對她人性攻擊或性侵害。但是如果是基於此種考量，嚴格說就不是「猥褻」的問題，而是「危險」的問題。

以上所引用的諸號解釋是否是好的或正確的解釋，容或有許多的討論空間，但是它們確實都出現了某種分析模式所指出之理性限制問題，也就是規範的論證縫隙問題。另一方面，公共理性方案雖然並非無用，卻顯示其似乎用處不大，憲政司法機關如果要切實地發揮功能，公共理性與其說是一種好的指引，不如說綁手綁腳，限制過大，反而可能無法做出理想的解釋。這其中還牽涉到憲政司法機關的另一個特色。

對實踐縫隙之極小化要求

憲政司法機關，視其制度設計的原理差異，而有不同的表現型態。在以具體規範審查為運作模式的體制下，如美國，憲政司法機關是普通司法機關的一環，也就是最高之終審法院。在抽象規範審查的體制下，如德國，憲政司法機關其實是某種具有獨特功能的憲政機關，雖然亦為司法權的一環，但並不宜理解為普通法院的最終審法院。但是由於美國的聯邦最高法院也已經愈益成為實質的憲法法院，所以在本文中暫時不做此區分，一律稱之為憲政司法機關。

憲政體制想要規範的是政治權力，想要消解的是政治衝突，想要保護的，是政治社群的存續。如果政治衝突無法解消，憲政體制亦將消失。如果政治社群無法抵禦外力而滅亡，憲政體制更是毫無意義。由於憲法法規與一切法規範一般，都會有實踐縫隙的問題，但是此非個體公民的實踐，而是政治團體、政黨、憲政機關、多數群眾等實力者的實踐，任何憲政機關都不可能擁有決定性的強制力，所以憲政體制無法承受過分巨大、難以彌補的實踐縫隙。因為過分巨大的實踐縫

隙，將導致此一體制無法運用強制力、說服或其他機制與資源來彌補，所產生的將不是法規範實效與效力的落差，而是憲政體制的整體挫敗。這意味著，憲政體制運作所產生的法規範，尤其是並不直接擁有政治實力之憲政司法判決或解釋，都必須力求極小化其可能產生的規範實踐縫隙。¹⁶

由此一實踐縫隙極小化的要求出發，可以看到作為憲法規範解釋適用者的憲政司法機關，在其進行特定個案的憲法法律論理時所要面對的侷限：它必須以不能創造無法彌補之實踐縫隙的前提下來設法跨越論證縫隙。也許有人會說，這是否意味著憲法解釋需要運用更強的「後果取向」的解釋方法？後果取向的法律解釋，確實點出了某些重要的層面，但是第一，此種說法預設了解釋者可以運用某種科學方法預測某種解釋的確定後果。例如 A 解釋會導致後果 a，B 解釋會導致後果 b，然後可以比較 a 與 b 之間的優劣，來決定採用哪一種解釋。但是與其說後果是某種裁判的確定未來，不如說任何規範，包括個案的判決，都創造出實踐縫隙，後果是特定實踐縫隙結構下的偶緣性(contingency under certain structure of practical gaps)。第二，後果取向沒有指明不同結果之間比較的規範或評價基準，也沒有說明後果取向與非後果取向解釋間取捨的規範或評價基準。因為一旦指明了，就脫離了後果層次，而回復到規範或評價基準的論述。而更重要的是，第三，哪一種後果考量是可以在規範論證當中「明說」的呢？正因為法規範必然有實踐縫隙，因此法律論理不可能直接以此為考量來做出裁判，而始終必須回溯(recurring)到「法律」這個論述形式(discursive form)，再由此開展出論證的接合(articulation)以克服論證縫隙。但是當極小化實踐縫隙已經成為論證之隱藏前提時，那麼為克服論證縫隙所開展的論述接合，將無可避免帶有高度的策略性質，而不可能以公共理性為準則。更值得注意的是，這些策略如何被包裝在看似並非策略的論證接合之下。

在有關於我國領土範圍的釋字 328 號中，大法官做了一個在學理上完全不正確，在職責上可說逃避職責的解釋。其理由書謂：

國家領土之範圍如何界定，純屬政治問題；其界定之行為，學理上稱之為統治行為，依權力分立之憲政原則，不受司法審查。我國憲法第四條規定，「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之」，對於領土之範圍，不採列舉方式而為概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱「固有之疆域」究何所指，若予解釋，必涉及領土範圍之界定，為重大之政治問題。本件聲請，揆諸上開說明，應不予解釋。

領土的範圍問題，即為一國法體系效力的空間範圍問題，大法官將其「說成」是學理上主張免受司法審查的統治「行為」問題，實在相當不妥。但是也許誠如吳庚大法官所說：「大法官若受理並作實體解釋，則後果更為嚴重」(吳庚，2003:

¹⁶ 最近發生的立法院拒絕依照釋字 530 號要求的時限完成司法院組織法等相關五項法律的修正，其實正好是實踐縫隙逾越了其他憲政機關所能忍受的程度，以致於難以被遵守的實例。

580) 吳庚大法官的意思似乎是，為了避免更為嚴重的後果，大法官寧可以「不當」的論證來迴避之。這當然絕不可能是任何公共理性的運用，但是在當時的情況下，這種「論證」卻不能說完全沒道理。更進一步地說，這其中也許正好有一種**政治存在主義**的道理，亦即政治社群的首要理性在於存在(existence)，而現實存在的政治社群或其所設置的憲政司法機關，都不可能完全迴避這種問題的挑戰。而政治存在主義的 ratio，卻正好與公共理性相對立。因此一方面憲政司法機關必然會在關鍵時候需要採用政治存在主義的理性，因此反而更不可能以公共理性的運用為限；另一方面，自由憲政體制之所以要創設出憲政司法機關，乃至於自由主義之所以會導向於以公共理性作為統治正當性的理性基礎，而公共理性的典範又是最高司法機關，這都是必須進一步加以分析的議題，也是筆者認為羅爾斯政治自由主義方案最具有隱藏式啟發性之處。

公共理性模式之盲點

以康德模式(kantian model)為基礎的規範性理論，是無法以經驗上的現象來加以反駁的。因為康德模式的規範指引，帶有範式理念(regulative idea)的特性，因此其所主張的是在理想情境下的規範指引，經驗當中的「偏離」個例，不但不能被當做是反證，反而構成被批判檢討的對象。筆者認為羅爾斯的理論模式確實帶有康德模式的構想特色，因此雖然羅爾斯宣稱政治自由主義之政治社會及其體制並非烏托邦，但是他仍然可以將實際政治社會當中出現的種種「不理想」現象，視為正好需要一套範式理念的規範指引，方能找到其「應然」的努力方向。吳庚大法官以及錢永祥教授，似乎都是持這種看法（參閱林子儀、朱敬一等，2003：181, 186~）。

因此如果要對羅爾斯理論——不論哪一個環節——進行，都必須在理論層次來進行，而無法直接以各種經驗現象來反駁。何況，對經驗現象的融貫闡述，不免又是一種理論建構。而對羅爾斯理論的理論檢討，依筆者的意見，又可分為兩大類型。一類型是在接受羅爾斯的理論語彙與架構，或者說接受其基本模態(basic modes)的前提下，檢討其理論內在理路的融貫性或一致性，或者設法尋求外在具有競爭性(competing)的理論模式，例如功效主義，或 Habermas 式溝通理論。但是另一類型則是對其基本模態的質疑與反對，而設法提出另類或替代性(alternative)的理論模式。筆者認為，社群主義、社會主義、女性主義、激進民主、後現代理論等，應屬於此類替代性的理論模式。

在本文當中，筆者其實是以規範縫隙此一理論概念的提出，嘗試架構雙線的理論批判。第一個線索可以說是在「競爭性」的層次上，舉出 Aarnio, Alexy, Peczenik 三人的分析性法律論理理論模式，比較說明此一模式在法律論理的問題上，優於羅爾斯的公共理性模式。其優越點在於，分析性模式比較能說明法律論理如何克服規範之論證縫隙問題，並同時指出了其克服能力的限制。相較之下，公共理性模式在尚未充分面對處理法律論理以及規範論證縫隙的諸多問題之前，就先自縛手腳地為自身規定了諸多限制。可說是一種「內限」型的理論。但

分析模式則儘可能追求將理性論述解決問題的能力推到極限，然後才承認或說暴露其理性論證能力的侷限。因此可說是一種「外展」型的理論。從台灣具體案例的反省比較當中，我們可以看到此一外展型的理論擁有較理想的理論資源來說明法律論理當中各種「光怪陸離」的現象，甚至也比較能清楚地看到可能的改進之處或方向。對於公共理性模式中自始就排除的可能性，分析模式倒是有比較寬廣的接受空間。而且這種空間並不是因為理論上盲目，而正好是因為理論上有所反省才產生的。

但是終究而言，筆者認為分析模式與公共理性模式都具有相同的基本理論模態，因此兩者處於競爭關係，而非替代關係。它們相同的基本模態是什麼呢？筆者認為主要有三個：理性主義、個體主義與自由憲政主義。而筆者想要拉出的第二個線索，是想由看起來光怪陸離、不理想，甚至有點荒唐的台灣憲法解釋論理經驗出發，嘗試塑造某種具有替代性意義的理論想像。因此它仍然是理論的思考與建構，而不是什麼透過經驗的否證(falsification)。

由於這條理論線索目前仍處於非常初步的發展階段，因此以下的敘述僅能先以非常粗疏的方式敘述其梗概。但是筆者仍然力求能儘可能清晰地表達此一思考線索的基本模態，以求能與羅爾斯理論有一對照。筆者以下將分幾組論述與命題來說明此一理論構想：

真理與信仰的虛格化

Max Weber 曾說：「當前最通行的正當性形式是合法性信仰：對於形式上正確地，並以慣常形式通過之制訂法規的服從」¹⁷(Weber, 1976: 19)。

從 Weber 的概念定位到 Schmitt / Kirchheimer 的論辯¹⁸，再到 Habermas / Luhmann 的理論爭議¹⁹，正當性的理性化 / 合法化已經是一個被普遍觀察到的現象。問題僅在於，個別合於程序所制訂之法規，其正當性是否僅奠立在具有形式合法性之機關的「決定」之上，還是更需要具有得被合理證立之理據為基礎。Habermas 當然屬於合理論證之正當性基礎一派，而羅爾斯也是這一家族的一員。但是筆者想要拉出的重點是 Weber 的 *Legitimitätsglaube*（正當性「信仰」）(op.cit. 122)以及 Habermas 所說的 *Wahrheitsbezug*（「真理」關連性）(Habermas, 1973: 131)。

筆者認為，羅爾斯的公共理性方案，是一種信仰與真理虛格化(*Glauben- und Wahrheitsfrei*)的方案。雖然正當性的信仰，似乎不同於對宗教或哲學觀的信仰，但是羅爾斯在其所提出之自由主義正當性原則方案，也就是公共理性模式裡，確實追求一種信仰虛格化的趨向。當羅爾斯在公共理性的運用中排除對完備性學說的援用時，他所欲排除的原本是 *comprehensive doctrines* 中此等 *doctrine* 對理性的影響部分，但實際上卻也排除了此等學說對行動之驅動(*motivational*)的部分。

¹⁷ “Die heute geläufigste Legitimitätsform ist der Legalitätsglaube: die Fügsamkeit gegenüber formal korrekt und in der üblichen Form zustandgekommenen Satzungen.”

¹⁸ 請參見 Schmitt, 1932; Kirchheimer, 1932/1996; 1933/1996。

¹⁹ 請參見 Habermas/Luhmann, 1971; Habermas, 1973。

雖然羅爾斯嘗試用公共理性的廣泛性觀點(wide view)以及適當過程(in due course) (Rawls, 1999: 152)等條件(proviso)來修補²⁰，但是林肯或 Martin Luther King 等人之所以採取了勇毅的行動，卻絕非因為他們的論述理據亦符合公共理性的條件，而是因為他們所持有的完備性學說是他們所擁有「信仰」的一部份，他們是基於信仰而行動。當 Weber 以正當性信仰來闡述時，他是清楚知道正當性絕非僅是一種「知」的問題，Habermas 也知道此點，但是羅爾斯似乎對之處理較少，而出現了一種明顯的實踐縫隙。

另一方面，相較於 Habermas 的溝通理性，羅爾斯的公共理性方案擁有更少的，甚至迴避任何的真理相關性。因此公共理性不但迴避使用高度衝突性的完備性學說，也儘可能不使用任何仍有爭議性的科學方法或結論，因此公共理性模式不但可能出現不知道要爭議什麼的情況（都被劃歸到 nonpublic reason），更會出現嚴重的論述資源稀少性或匱乏性問題，連帶地將引出更多的論證跳躍壓力與論證縫隙的出現。在這種壓力下論證所需要使用的論述連結(articulation)反而可能潛在地需要引用更多的意識型態來填補縫隙，因此出現了公共理性自我否定的潛在緊張。相較之下，法律論理的分析模式與 Habermas 的理論就比較沒有這個問題。Raz 將羅爾斯的這種特色稱之為認識論的禁制(epistemic abstinence)(Raz, 1995: 61, 65)。但是筆者想由另一個角度更深入地來反省此一現象。

正當性之合法性特色

筆者認為，羅爾斯公共理性模式之所以會出現這種狀況，並不是他個人理論的問題而已，而是西方近代性體制之正當性追逐模式下之高階發展的結果。不僅在字源上正當性與合法性都是源自於拉丁文的實證法 *legis, lex*，之所以以「正當性」這種「說法」來看待統治機制的問題，是源自於一個相當有意思的置換(displacement)機制。這個機制可以這麼說：以政治的為隱藏的鏡影，將社會的基本對立(antagonism)折射為法律爭議(legal disputes)，藉由法律的(the Legal)機制，尤其是法律的當中之「司法的」(the Judicial)，來縫補接合社會的基本矛盾。

這當中的轉換，可以以下面的論述接合策略來概括之：

1. 社會存有基本對立。（這是一個社會存有論的宣稱）
2. 政治的(the Political)必須去化解此等對立。
3. 政治的將這些對立折射或轉化為法律爭議。
4. 將法律爭議帶到法庭解決。
5. 在法庭中引進其基本要素：第一，公平地解決爭議。（引進 fairness）
6. 第二，爭議各方以法律主體(legal subject)的地位，也就是法律人格(person)的方式「出場」(出庭)。
7. 第三，爭議各方可以以平等的機會理性地陳述自己的意見。
8. 第四，爭議各方不能在論證或舉證時，援引有爭議的(argumentative) 傳聞、

²⁰ Larmore 也不認為後來的修補是更佳方案，請參考 Larmore, 2003:386。

誘導性的，或其他刻意破壞公平審判的論據來論證。（排除完備性學說，因為具高度爭議性）

9. 第五，爭議各方要主張的，是法律主體的權利。
10. 第六，爭議必須合於正當程序地(due process)解決。
11. 第七，以裁判定下具體爭議解決方案。
12. 第八，不服從者，可以動用強制力強制之。

之所以將矛盾的轉化稱之為折射，是因為這就像折射作用一般，好像如其所是地要將矛盾真實地帶到法庭，但是在折射作用下，矛盾已經變形為法律爭議，已經經過法律之技術化、權利化、形式化。更重要的是，可能遍佈社會的各種矛盾，可透過這種轉化，在想像的空間上被定位到(*be located into*)作為公共理性論壇的法庭當中。在這個折射過程中，政治的作為一個鏡子，是隱而不顯的，被遮掩的。因此所謂的 *legi-timacy*，與其說逐漸地被 *legality* 取代或逐步合法化，不如說正當性就是合法性的自我弔詭。比喻地說，正當性是合法性的陰影，不但如影隨形（有什麼樣的合法性，就形塑出什麼樣的正當性），更將政治的遮掩起來。更精確地說，由於政治的在這種結構中是一種虛格的地位，因此真正遮掩的，是社會的對立性。

筆者認為，不但是羅爾斯的理論，西方近代性的主流政治理論，或說自由憲政主義的思考模式，都帶有這種將政治的法律化或司法化(*legalization or judicialization of the Political*)的基本模態。羅爾斯僅不過是個高度精密發展的代表。

值得注意的是，政治的之虛格化，也同時透過司法模式將權利主體虛格化。因此社會成員，是以戴著面具的人格者的身分在法庭現身，法庭之外的那些部分，是被這個模式所排除的。這個排除(*exclusion*)，稱之為自由(*freedom*)。出現在法庭中的人格者，在面對以法官(*the Judge*)現身的國家時，其地位稱之為公民地位(*citizenship*)。公民地位所擁有的權利，稱之為自由權(*liberties*)。

但是由於法庭界定權利義務，權利義務界定人格者的行為方針，卻無能促成虛格者的行為動力，此時原本虛格化的政治，將個案地實體化為暴力者以強制實施法律，法官將成為行刑者(*the Judge will become the Executioner*)。另一方面，虛格化的成員，仍必須以「自由」來置身於社會對立之中，無法化身為權利的衝突與對立勢必要透過其他的規範機制來輔助平息。而由於前述指出的法規範各種縫隙，使得法律的 / 司法的要類比出(*analogizing*)其他的規範機制來填補其自身所無能克服的縫隙。在近代性的規範機制中，最主要的就是法律的對道德之求助。或者更正確地說，新道德(*the new Morals*)乃類比於法律的而產生。

道德的以及倫理的與法律的之同形化

在現代性之個體性與自由兩大目標下，甚至道德的與倫理的也出現了與法律的之同形化(*isomorphism*)或類比化的趨勢。亦即，並不是因為有康德人性尊嚴或

道德主體性的道德理論後，法律才在此基礎上發展其論述。而是康德的道德哲學同形化地表現了法律的(the Legal)的特色。其中最主要的，就是將可被歸屬法律責任的法權主體拉到法庭外，置於社會對立性之中，而成為具有自由意志的道德主體。黑格爾的法權哲學則不但將道德性整合其中，甚至也將倫理生活(die Sittlichkeit; the Ethical)整合到法權之中，可謂體現此一關連的最重要代表。當代德渥金的道德權利法律理論，也是此種道德對法律的依附性 / 類比性的展現。

由於前述法規的種種縫隙特色，僅以法律的(the legal)為主軸的方案，終究注定失敗或不完滿。因此操作實務的法律家們早已經從經驗的不完美性得知此點，並設法發展各種法學方法理論來填補法律漏洞(legal gaps)。只不過我們通常會說，這是尋找法律之道德正當性基礎，其中一種重要的理念，就是正義。因為我們通常會認為，法規所必然帶有的實踐縫隙，可透過對道德的延伸引用，或說引進 the Moral，而獲得克服。而當這種縫隙縫合之道德方案失敗時，我們就又認為社會道德淪喪，需要改革教育、心靈重建，或必須建立「公共道德」「新道德」「第六倫」。殊不知，在現代性之下，我們所擁有的，僅剩下與法規一樣有實踐縫隙的「道德學說」或「倫理學」，而這些學說終究是一批與法律的有著同形化內涵的類比物。

其實這些法學論述當中的論述連結(articulation)，只是自由憲政體制之司法主義正當性操作模式方案失敗的顯現。但是羅爾斯卻反其道而行，想以極為整潔的(neat)的公共理性論壇，亦即最高法院，作為政治自由主義理性運作的模範。但是此一模式，不但使得政治的被法律的所取代，更重要的是，這是一種過分側重單一面向，因此漏洞百出的取代。但是在範式理念的思考之下，這些不完滿性，反被認為是該批判的，而無視於其存有論上的意義。

因此也許我們應該以更為正面積極的態度，去看待顯現在實務法律論理當中的諸多「缺陷」。這些缺陷如果是病理現象的話，可能也不是以公共理性為生理學正常標準的病理，反而可能正好是以公共理性為至高典範之自由憲政主義體制模式的病理顯現。²¹ 這一病理也許可以簡單描述為：意圖以無爭議的理性化模式所建構的法律論理，來建構政治社會的正當性基礎。結果政治的與社會的敵對(the Political and the Social antagonism)²²一併消失在這個圖像裡。

結論

本文藉由對對公共理性與法律論理的分析，結合規範縫隙理論，進行對自由憲政主義正當性理論模式的病理理論觀察，並嘗試提出一種解析並具有發展潛力

²¹ 其他各種文明的規範機制當然有極為不同的組合。在傳統中國的組合裡，不但法律的僅佔有非常有限的地位，而且也不是以司法的(the Judicial)為主。但是這種組合是失敗的嗎？至少在現代之前，應該不能算是失敗的。即使在西方，也已經逐步開始反省到這種自由憲政主義之司法主義傾向的問題。當父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致，得請求法院得依子女之最佳利益酌定之時(民法一千零八十九條第二項)，due process 與 fairness 已經成為家庭之運作準則。這是何其奇怪！

²² 對於政治的與社會敵對之關係，請參考林淑芬，2003。

的理論方案。在自由憲政主義圖像裡被排除的，通常都被稱之為文化。例如羅爾斯所稱的市民社會的背景文化(background culture of civil society)，或者與之區隔的公共政治文化(the public political culture) 然而羅爾斯對兩者都沒有什麼清楚的說明。但是在這些被排除的領域或事物裡，會不會才是真正的爭議所在，真正需要政治體制來化解的呢？在這個過程，是否也正好要以某種方式引進法律（司法）體制，但是一方面我們既不能迴避法律，卻也不可能完全寄望於法律？羅爾斯最高法院為公共理性典範之說，給了我否定性的理論想像啟發。我不同意羅爾斯的主張，但是對於現代性的規範機制方案，我仍沒有積極性的答案。

Reference:

- Aarnio, Aulis, 1987, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht et al.: D. Reidel Publishing Company.
- Aarnio, Aulis/ Alexy, Robert/ Peczenik, Aleksander, 1981, "The Foundation of Legal Reasoning," *Rechtstheorie* 12 (1981), 133-158, 257-279, 423-448. (cited as Foundation)
- Bobbio, Norberto, 1988, "Reason in Law," *Ratio Juris*, Vol.1 No.2 July 1988, 97-108.
- Dworkin, Ronald, 1977, *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- Freeman, Samuel (ed.), 2003, *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Habermas, Jürgen, 1973, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen / Luhmann, Niklas, 1971, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hart, H.L.A., 1982, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, Hans, 1979, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Franz-Verlag.
- Kirchheimer, Otto, 1932/1996, "Legality and Legitimacy," in Scheuerman (ed.) 1996: 44-63.
- , 1933/1996, "Remarks on Carl Schmitt's *Legality and Legitimacy*" in Scheuerman (ed.) 1996: 64-98.
- Larmore, Charles, 2003, "Public Reason," in Freeman (ed.), 2003: 368-393.
- Luhmann, Niklas, 1993, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Michelman, Frank I., "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law," in Freeman (ed.), 2003: 394-425.
- Peczenik, Aleksander, 1989, *On Law and Reason*, Dordrecht et al.: Kluwer Academic Publishers.
- Rawls, John, 1996, *Political Liberalism*. Paperback Edition, New York: Columbia University Press. (Cited as PL)
- , 1999, *The Law of Peoples. With "The Idea of Public Reason Revisited"*. Cambridge: Harvard University Press.
- , 2001, *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. (Cited as Restatement)
- Raz, Joseph, 1979, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. First published 1979. Reprinted (new as paperback 1983), 1986.
- , 1990, *Practical Reason and Norms*, Princeton: Princeton University Press.
- , 1995, *Ethics in Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Revised edition 1994. Paperback Edition, 1995. Oxford: Clarendon Press. Paperback Edition.
- , 1999, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press. (roman numerals indicate the number of essays in this book)
- , 2001, "Reasoning with Rules," unpublished paper.
- Scheuerman, William E. (ed.), 1996, *The Rule of Law under Siege. Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkeley et al.:

- University of California Press.
Schmitt, Carl, 1932, *Legalität und Legitimität*. Erste Auflage 1932; Fünfte Auflage 1993.
Torfing, Jacob, 1999, *New Theories of Discourse. Laclau, Mouffe, Žižek*. Oxford: Blackwell Publishers.
Weber, Max, 1976, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Leinenausgabe mit Erläuterungsband von Johannes Winckelmann, Tübingen: J.C.B.Mohr.

- 黃榮堅，1999，《刑罰的極限》，台北：元照初版。
林子儀、朱敬一等，2003，大法官與憲政體制座談會，《政治與社會哲學評論》，第五期，2003 年 6 月，163-228。
林淑芬，2003，政治行動的可能性條件，《政治與社會哲學評論》，第四期，2003 年 3 月，29-72。
王照宇，1999，《理性論證與詮釋權力——對法學知識的理論反思》，台灣大學法律學研究所碩士論文。
吳庚，2003，《憲法的解釋與適用》，台北：自印，四月初版。
顏厥安，1994/95，法、理性與論證—Robert Alexy 的法論證理論，載：《法與實踐理性》，頁 95-212。原以(上)(下)分別發表於：《政大法學評論》，52 期(1994.12)，33-58；以及第 53 期(1995.12)，頁 1-44。
，1995，法概念與實踐理性—德國法理學近年發展之介紹，載：《法與實踐理性》，頁 213-234。原發表於：《月旦法學》，第 3 期，1995 年 7 月，頁 24-34。
，1998，《法與實踐理性》，台北：允晨出版公司，1998 年 7 月；台灣大學法學叢書 108。
朱敬一、李念祖，2003，《基本人權》，台北：時報文化。

關鍵字：公共理性、法律論理、規範縫隙、憲政司法、政治的、法律的
Keywords: public reason, legal reasoning, normative gaps, constitutional judiciary, the political, the legal

中文摘要：

本文以約翰·羅爾斯的公共理性(public reason)概念，與法律論理(legal reasoning)的分析模式相互比較為研究對象，探討兩者的異同，並進而引出對自由憲政主義理論模式的批判與檢討。羅爾斯認為在設有司法審查制度之立憲民主國家當中，其最高法院是運用公共理性的典範。筆者是以質疑此項主張為出發點來撰寫此篇論文。

筆者認為，羅爾斯將最高法院視為公共理性運用典範的主張不但頗有理論疑義，更蘊含了某種自由憲政主義思考模式的盲點。本文的論述方式，除了對公共理性概念進行說明，且以法律論理的分析模式為對比指明其基本特徵外，並嘗試運用規範縫隙(normative gaps)概念來進行理論分析與思考。

本文的論述分為下面幾個主要部分：首先簡要說明羅爾斯公共理性的基本特徵（二）；接著說明規範縫隙的意義與種類（三）；第四部分將先說明法律論理的分析理論模式及其理性限制，繼而運用台灣大法官解釋實例，比較說明公共理性模式與分析模式的異同（四）；第五部分將在前述論述的基礎上，以具備替代性的理論思維方式，討論自由憲政主義體制或公共理性模式的思考盲點。其中尤其重要的是，自由主義正當性理論的法律主義 / 司法主義特色（五）。第六部分則是結論。

Abstract：

This essay puts John Rawls's conception of public reason and legal reasoning under scrutiny. It investigates the commonalities and differences between these two conceptions, and is destined to bring out a critique and reflection on constitutionalism. According to Rawls, the supreme court in the constitutional democracy with judicial review system represents the exemplar of public reason.

Yet, the essay starts with a profound doubt on this viewpoint. Insofar as the author is concerned, the fact that Rawls regards the supreme court as the exemplar of public reason not only appears dubious theoretically, but also exposes exactly the blind spot inherent in certain modes of thinking in liberal constitutionalism. Apart from explicating the conception of public reason and

demonstrating its fundamental characteristics with the analytic model of legal reasoning, the essay proceeds with the concept of normative gaps in order to show the theoretical difficulties of liberal constitutionalism in general.

This essay consists of the following parts: giving a brief account of the fundamental characteristics of Rawls's public reason (2); accounting for the meaning and types of normative gaps (3); explaining the analytical model of legal reasoning and its limits, which will be followed by a number of cases of constitutional interpretations by the Grand Justice in Taiwan in order to give a comparison between public reason and legal reasoning (4); on the basis of the arguments heretofore, the fifth part of this essay constitutes an effort to provide an alternative theory to interrogate further the blind spot of liberal constitutional institutions and public reason – particularly, the legalism/judicialism in the theory of legitimacy of liberalism (5); and the sixth part is the conclusion (6).

作者簡歷：

顏厥安為德國慕尼黑大學法學博士，曾任政治大學法律系副教授，現為台灣大學法律系教授。專長為法理學、憲法理論等。