

# 從民主理論探索國民法官制度的實踐方向 ——為什麼司法需要人民的信任？

呂政諺\*

## 壹、前言

在推動人民參與審判的過程中，「民主正當性」及「司法民主化」一直被提出作為論述改革正當性及必要性的概念。《國民法官法》第1條亦明確揭示其立法目的：「為使國民與法官共同參與刑事審判，提升司法透明度，反映國民正當法律感情，增進國民對於司法之瞭解及信賴，彰顯國民主權理念，特制定本法。」

然而，細究人民參與審判與民主深化之關聯性，其實並不容易系統性地分析、說明其理由。首先，人民參與審判並無法直接提升裁判的品質及正確性，如有正面影響，往往來自於配套制度對於直接、言詞與集中審理原則的貫徹。再就國民法官法庭的組成來說，隨機抽選而非票選的國民法官，亦不具備任何社會、政治或人口結構意義上的代表性，個案評議過程中個別國民法官的意見是否與社會大眾接近而真能「反映國民正當法律感情」，也非制度所關心。更不可能說只要人民坐上了審判席，司法就突然變得更民主了——縱使從象徵意義上也說不過去。

人民參與審判與民主之關聯性之所以無法透過上述簡要、直觀的路徑加以說明，是因為上開通俗視角隱含的民主概念，仍停留於展現在制度表層的具體經驗（如：多數決原理、代議政治）之上。換句話說，必須進一步透過對於民主系統性、體系性的瞭解，才能掌握它是以什麼樣的邏輯證成正當的政治權力分配。唯有從此一角度瞭解司法權與民主之關聯性後，才有辦法解釋國民法官制度之民主底蘊，並從此角度進行法律解釋。就此，本文將透過Jürgen Habermas的理論完整重構民主的概念，再循此路徑分別分析司法權及國民法官制度。

## 貳、Habermas論辯倫理學的民主觀

國民主權原則、多數決原則、代議政治及政黨競爭等概念，是法律上對於民主的典型制度描述。其雖簡明扼要地把握了當代民主理論的成果，但就像盲人摸象的寓言般，這些受限於特定面向、為解決特定問題的片段結論，並無法清楚地描述民主原意，致使上開概念被應用於國民法官制度時，顯得格格

\* 本文作者係執業律師，國立政治大學法學院碩士。現就讀國立政治大學法學院博士班

不入<sup>1</sup>。是以，對於民主，我們需要一種更為基本、哲學上的認識。

### 一、預備概念：溝通與論辯中的正當性聲稱

對於民主的理解，被譽為大辯論者（Der Herr der Großdebatten）的Habermas以論辯倫理學提供了一個超乎期待的深入闡釋，它並非從民主的文字概念出發說明何謂民主；而是從人類構築規範不可或缺的「語言使用」出發，闡述人們不可能透過「論辯」（discourse）以外的方式獲取正當性，從而說明民主必須如何實現在人們的日常生活之中。

Habermas從社會學的觀點出發，認為人類共營社會生活所必要的協調，預設了人彼此間的溝通與瞭解；因此，應以溝通作為分析人類互動的起點<sup>2</sup>。是以，Habermas的道德、政治及法律理論，建構在以分析語言使用為基礎的「溝通行動理論」（theory of communicative action）之上。

Habermas根據行動情境與行動取向對言說進行分類，將前者分成「社會的」與「非社會的」；將後者分成「取向於特定目的之達成」與「取向於相互瞭解」<sup>3</sup>。就此，可以將行動交叉分析為三種：選擇最適當手段以達成目的

之「工具行動」（instrumental action）；為了有利於自己目的達成，而運用人際交互關係影響他人決斷之「策略行動」（strategic action）；以及參與者相互同意彼此提出的言說具有意義，以促進直接理解、具有理想化特徵的「溝通行動」（communicative action）<sup>4</sup>。

在日常的語言使用下，只要有發生語言的交換，策略行動及工具行動可能都被廣泛地稱之為「溝通」，但Habermas定義的溝通行動必須嚴格從「獲致相互瞭解」（reaching understanding）出發。溝通本身作為行動即是以無言的宣稱，表明並要求了「獲致相互瞭解」的態度。當說話者採取溝通行動的同時，也要求了處於對話情境的所有人——包含自己——應採取相同的態度。以下，本文將溝通行動簡稱為溝通。於溝通之中，行動者是為了與其他主體獲致共識或取得同意，而非為了達成其它個人之目的<sup>5</sup>。

在溝通中，人們透過展現出「獲致相互瞭解」的行動態度，以合理地推動、促進他人進行溝通。其中，於溝通提出的命題是否能被接受，可以透過一項具普遍性、超出對話情境的「有效性聲稱」（valid claim）加以驗證。在日常的溝通中，參與者可能並未明確意識此預設，但溝通仍必須在參與者都同意

註1：是以，若以傳統憲法學所熟悉的國民主權原則、多數決原理來加以分析的話，很有可能會認為司法權與（狹義的）民主原則是對立的，可參照：柳瀨昇（2010），〈民主的司法のデイレンマと裁判員制度の意義〉，《法社会学》，72号，第167-171頁。

註2：Habermas, *The Theory of Communicative Action Volume I-Reason and the Rationalization of Society*, at 273-274 (Thomas McCarthy trans., 1984).

註3：Ibid., at 28.

註4：Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, at 208-210 (Thomas McCarthy trans., 1979).

註5：Habermas, supra note 2, at 285-287.

有效性聲稱的情況下才能成立。有效性聲稱包含著下列三項<sup>6</sup>：

- (一) 真實聲稱 (truth claim)：發話者針對**客觀世界**——外在的物理世界——的經驗，透過約定成俗的語言對其認識進行存在或狀態為真實的指述。若命題並非簡單的經驗得以驗證，則必須訴諸於科學理論的論證<sup>7</sup>。例如：我家的狗是黑色的。
- (二) 正當聲稱 (rightness claim)：發話者針對所有主體所建構出的人際交互關係——**社會世界**<sup>8</sup>、**互為主觀之世界**——，提出一項應當共同遵守的規範性命題——也就是意圖證立為規範的主張。對於正當聲稱的判斷，僅問是否正當，而無所謂正確或真實。例如：人應該誠實。
- (三) 真誠聲稱 (truthfulness claim)：發話者透過真誠的表白描繪其**主觀世界**——內心世界、心理世界——的心思，以取得聽話者的信任。嚴格來說，真誠聲稱僅能夠過時間加以驗證，無法透過其它方法加以彌補。若有疑問，發話

者僅能透過未來的行為表現（如：保證、言行一致的行動、採取準備動作、接受並依後果行動）重新建立互信<sup>9</sup>。例如：我不會對你說謊。

當一項命題引發不同意時，溝通將因為無法獲得參與者共同的同意而被中斷。如此一來，溝通參與者就必須針對受到質疑的命題，進行反覆提出論證及反論的「論辯」(discourse)<sup>10</sup>，並於獲致共識 (consensus) 後，才能再次使溝通回到正常的脈絡。就獲致相互瞭解的目的而言，溝通與論辯是相同的，兩者之區分是Habermas用以分別不同的溝通層次<sup>11</sup>。在溝通中，人們進行資訊交換是建立在承認相同的有效性聲稱之上，並且是取向於日常生活的，於此，各種科學知識、道德、法律、價值信仰乃至於偏見等背景性的**社會常識**被素樸地**預設**為有效，使一般的順暢溝通成為可能。然而，背景預設或社會常識之所以能不被質疑，往往是為了方便、使日常對話能夠暫且繼續下去，若攤開背景預設所仰賴的有效性聲稱，要求參與溝通的人對其提供論證，則會發現背景預設往往是不堪究詰、難以證立的<sup>12</sup>。因此，日常

註6：Habermas, *ibid.*, 305-308; *supra* note 4, at 1-5, 50-68. 黃瑞祺 (2001.10)，《批判社會學》，第175頁，三民。

註7：Habermas, *supra* note 4, at 63-64. 林立 (2016.1)，《哈伯瑪斯的法律哲學》，第20-21頁，新學林。

註8：Habermas, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*, at 26-27 (Ciaran Cronin trans., 1994).

註9：Habermas, *supra* note 4, at 64. McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, at 289 (1978). 黃瑞祺，前揭註6，第244頁。林立，前揭註7，第21頁。

註10：黃瑞祺，前揭前註6，第245頁。論辯亦可理解為「理性討論」。

註11：林立，前揭註7，第24-25頁。林遠澤 (2010.9)，〈論哈伯馬斯溝通理性建築學的法權地位〉，收於：黃瑞祺主編，《溝通、批判和實踐：哈伯馬斯八十論集》，第92頁，允晨文化。

註12：黃瑞祺，前揭註6，第175-177、246-247頁。

生活中人們雖順利地交換意見，但並不意味著人們真正地接受了其背後所蘊涵的有效性聲稱，而是懸置了對於有效性聲稱的論辯。

另一方面，論辯則屬於經由論證所組成的溝通形式，是在有效性聲稱未被接受的情況下，參與者以批判的態度從事的、更高層次的溝通，其中被提出的論證與反論，各自都是真實性與正當性有待檢驗的獨立命題<sup>13</sup>。因此，論辯往往會不斷地拓展出新的命題，逐步提升層次並上溯最終極的理由，並指向證立作為眾多命題共同前提的命題。一項命題唯有經過反覆論辯的檢驗，進而純粹因為其說服力脫穎而出、具備使人不得不接受的「較佳之論證力量」（the force of better argument），才能成為共識<sup>14</sup>。所謂的「證立」（justification），便是提出具備較佳之論證力量的論證支持一項命題。

## 二、從論辯到獲致規範

釐清溝通、論辯及其中的正當性概念後，便能進一步聚焦於如何獲致正當性。同時，此一問題也涉及人們如何獲致規範，因為所謂的規範，便是對於理想、正當人際關係的表述及決定。

人們雖於言說中提出三種不同的有效性聲稱，但溝通其實並非是透過言說本身具備的

某種性質被促進的，而是源於人們承諾若有必要將會努力兌現（vindicate）被接受的主張，以說服他人接受言說的提議<sup>15</sup>。反之，如果人們參與溝通卻不對自己的主張提供承諾，則僅僅是在假裝溝通，不只不會有人聽進他所說的話，他也無從期待發言能產生任何意義。意即，人們進行溝通的事實本身，提出與接受的雙方已同時表明自願同意依人們的要求兌現自己的承諾，如此一來，被包含於言說中的義務便作為互動的結果發揮效力。

其中，相較於與正當聲稱相關的規制性言說，與真實聲稱相關的指述性言說只有在人們願意將行為奠基於其上時，才會引起義務，而其義務的本質仍然是存在於自願、以溝通為導向的同意之上<sup>16</sup>。因此，以獲致瞭解作為目的的溝通，其行動本身即要求參與的人們實踐某種態度——也就是負擔了「言行合一之義務」（illocutionary obligations）——；或是說，相互理解能透過自身所蘊涵的對承諾之自願同意，轉換成具有實踐意義的義務。

如上所述，真實聲稱的真實性或正確性，是來自於事物的存在狀態與命題之間具有實然的同一關係，即命題中的述語是否歸屬於主詞；而正當聲稱的正當性，並不是一項歸屬與否的客觀性質，而是涉及是否有令人信

註13：Habermas, *On The Pragmatics of Social Interaction: Preliminary Studies in The Theory of Communicative Action*, at 100(Barbara Fultner trans., 2001). McCarthy, *supra* note 9, at 291-292. 林遠澤（2005.6），〈真理何為？——從哈伯瑪斯真理共識理論的實用轉向論真理的規範性涵義〉，《歐美研究》，35卷2期，第394-395頁。

註14：林立，前揭註7，第26頁。

註15：Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, at 58(Christian Lenhardt & Shierry Weber Nicholsen trans., 1990); *supra* note 2, at 302.

註16：Habermas, *supra* note 15, at 59.



服的理由<sup>17</sup>。正當性並不對應至客觀事實，人們並非透過指涉客觀世界的事物說明正當性的概念，而是能夠透過遵照社會世界的正當秩序行事，以開啟新的人際交互關係而獲致<sup>18</sup>。

人們該如何提出理由以證成規範？如何檢證理由？如何比較理由的論證力量？就此，Habermas認為應去確認論辯的過程，使否處在參與者能夠完全平等、充分說理、經反覆檢驗的論辯環境<sup>19</sup>。也就是說，對於規範的證成，並不是透過實質性的原則去檢驗規範的內容，而是藉由程序性、實現理想論辯過程的一組條件——Habermas稱之為「論辯諸規則」（rules of discourse）<sup>20</sup>——所支持的。

先不論論辯諸規則的內容，我們從上述的性質可以知道，它本身是一組關於如何進行論辯的規範、它是指引人們如何獲致規範的規範。它從人類使用語言不可迴避的條件出發，闡述了規範要能獲致正當性則不可迴避的基礎，而這恰恰就是民主本身。論辯即民主，論辯之精神，即為民主之精神。論辯作為獲致規範正當性的唯一方式，也說明了政治理論及法律理論中，為何總是將民主與正當性加以連結。如此一來，透過對於論辯的

完整分析所獲致的論辯諸規則，其實便是尚未應用於特定領域、為解決特定問題而修正的民主內容。

### 三、民主的內容：論辯諸規則

對於論辯諸規則之內容，Robert Alexy有最為詳細之分析及闡釋，將之分為6大類，共26條。但礙於篇幅限制，本文無法逐一說明所有規則的內容<sup>21</sup>，而是將論辯過程重新分為「形成及檢驗論證的階段」、「參與論辯的階段」、「進行論辯的階段」以及「證立論證的階段」等四個不同的階段，並說明各階段所對應之部分規則。

#### （一）形成及檢驗論證的階段

本階段針對的是論證結構本身的邏輯完整性與論證力量，可外在於言說者獨立受檢驗。首先，必須先透過「邏輯性規則群」檢驗論證是否具備可理解並有效的語言形式，而無庸透過證立或理由加以說明，例如：

- 1.言說者不得自我矛盾；
- 2.言說者僅得主張其本人相信為真之內容；
- 3.言說者不得用不同的意義來進行相同的表達。<sup>22</sup>

註17：Habermas, supra note 15, at 56, 61-62, 68, 76; supra note 2, at 24. 李俊增（2007.12），〈對哈伯馬斯論辯倫理學中普遍化原則之證立的檢證——兼論此項原則之有效性的限度〉，收於：蔡英文、張福建主編，《現代性的政治反思》，中央研究院人文社會科學研究中心，第293-294頁。

註18：Habermas, supra note 2, at 324-325.

註19：Habermas, supra note 15, at 71. McCarthy, “A Theory of Communicative Competence,” *Philosophy of the Social Sciences*, Vol 3, Issue 2, at 145-146(1976); supra note 9, at 306-307.

註20：Habermas, supra note 15, at 71.

註21：Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse As Theory of Legal Justification*, at 188-206(Ruth Adler & Neil MacCormick trans., 1989).

註22：Idid., at 188-191.

其次，「論證力規則群」涉及了言說者如何提出理由以說明論證具有說服力，使其相較於其它論證具備較佳之論證力量；對於聽者而言，則是檢驗論證提供的理由是否能夠說服自身，進而表達同意與不同意的態度，對於該論證提出反論或加以支持。例如：

- 1.任何被提出的規範性命題，若預設某規則對滿足他人的利益有一定後果，則任何提出該命題者也必須能夠接受這些後果。<sup>23</sup>
- 2.任何道德規範必須公開，且具普遍可傳授性（universal teachability）。參與論辯的階段。<sup>24</sup>
- 3.規範性命題的可實現性必須被遵守。<sup>25</sup>

## （二）參與論辯的階段

當言說者形成論證、將之提出後，其他言說者則會對該論證進行結果之邏輯層面的檢驗，共同完善論證的證立。然而，開啟如是論辯程序的前提，卻與論證本身的有效性無關，而是必須假設所有言說者皆是認真嚴肅地參與論證，意即，所有言說者參與論辯的行為本身，便同意了言行合一之義務。本階段要求言說者自己在道德論辯中採取一個值得信賴、願意服膺溝通理性及較佳之論證力量的態度——在訴訟程序下，此些態度的要求將成為言說者的責任——，此即「參與論辯之規則群」：

- 1.言說者將陳述F應用於一主題A時，也

必須能夠將該陳述F應用於所有重要方面與該主題A相同的任一主題之上。<sup>26</sup>

- 2.若言說者主張對不同人進行不同對待，則他負有提出理由的責任；
- 3.若言說者質疑一命題不屬於討論對象，則他負有提出理由的責任；
- 4.已經提出論證者，只有當出現反證時，始負有責任做進一步的論證；
- 5.若言說者想提出與先前表述的主張無關的一項態度、願望或需求時，則他負有提出理由的責任。<sup>27</sup>

## （三）進行論辯的階段

人們進行論辯是為了對論證展開意見交換，並也期待嚴格透過結果之邏輯層面的質疑與回應主導論辯的進行。本階段看似針對各個言說者，但其實是透過約束所有的言說者，進而確保論證受到的檢驗是處於一個不偏頗、公正的論辯程序。公正的論辯程序必須在論辯互動的過程中，不斷地加以檢驗並修正其環境及結構，而非個別參與者於參與當下的同意所能保證的。此組概念即為Habermas所謂的「溝通自由」（communicative freedom）：

我將「溝通自由」理解為以獲致理解為取向的行動中，所預設的可能性：回應對話及其伴隨而來、獲致目的在於互為主體性承認的有效性聲稱。……溝通自

註23：Idid., at 203.

註24：Ibid., at 204.

註25：Ibid., at 205.

註26：Ibid., at 190-191.

註27：Ibid., at 195-197.

由僅僅存在於，採取言行合一、想要獲致相互理解、期待相互提出有效性聲稱的參與者之間。<sup>28</sup>

溝通自由包含了：

1. 任何人都能參與道德論辯；
2. 任何人均能於道德論辯中(a)對任何主張提出質疑；(b)提出任何主張；或(c)表達其態度、願望和需求；
3. 不論在道德論辯之內或之外，任何人都不能受到強制而使其無法實行前兩項權利。<sup>29</sup>
4. 言說者能隨時轉入針對經驗性、涉及事實問題的論辯，特別是有關後果的預測。<sup>30</sup>
5. 言說者能隨時轉入針對語言分析的論辯。<sup>31</sup>
6. 言說者能隨時轉入針對論辯諸規則的論辯。<sup>32</sup>

值得注意的是，溝通自由不只是對個人言論自由的保障。「任何人都能參與道德論辯」的規則不間斷地質疑：誰為何在這個時間、地點有發言的資格？為什麼其他人沒有？誰的發言與意見會列入正式的決策過程中，誰的意見僅供參考？我們是否需要擴大程序中論辯的參與者？同時，溝通自由的概念本身並不強調參與論辯者的代表性。然

而，當政治及法律理論為了進行決策，而必須在極其有限的範圍內落實溝通自由時，就會發生代表性的問題。可以說，代表性是一個制度實踐的問題。

#### (四) 證立論證的階段

於本階段，論證在公正的論辯程序中受到充分討論後，最後必須透過「一致同意之證立規則」，進而使其獲得理想意義下的正當性。其內容為：

任何滿足每個人利益的規範性命題所造成的後果，必須能夠被所有的人所接受。<sup>33</sup>

藉由上述的分析，論辯諸規則可細分為「邏輯性規則群」、「論證立規則群」、「參與論辯之規則群」、「溝通自由」及「一致同意之證立規則」。據此，法律意義上的民主原則，是在政治及法律理論所考量的各種限制下，對於論辯諸規則盡可能的實現。舉例來說，在現實的諸多考量及決策需求下，一致同意之證立規則被轉換為行不同的程序後所進行的多數決投票。

#### 參、司法權的民主涵義

藉由上述的分析，我們已經能夠透過「論

註28：Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, at 119(William Rehg trans., 1996).

註29：Alexy, *supra* note 21, at 191-195.

註30：Ibid., at 206.

註31：Ibid., at 206, 144-145.

註32：Ibid., at 206, 187.

註33：Ibid., at 204.

辯即民主」的理念以及論辯諸規則的內容，對於民主進行更精確、深入的闡釋。但在處理國民法官制度前，其作為司法制度的一環，有必要先闡釋民主對於司法權的理解。

### 一、權力分立原則的邏輯

政府作為社會的功能單元，是依法由公權力機關循正式法律程序進行論辯的場域，其目的在於形成具備法律效力的暫時性意見，以作為政治權力行使的根據。在藉由論辯所建構的當代社會中，它肩負著正式的決定功能。依民主原則建立政府，意味著於意見形成、行使公權力的過程中，盡可能地落實論辯諸規則。

然而，於有限的時間資源及行動需要下，單一機關並無法同時實現所有的論辯諸規則。為了實現最佳的建置，縱使沒有任何一項規則是可以放棄的，但對於不同的機關而言，仍須於分工的前提下有所側重。舉例而言，「溝通自由」與「論證力規則群」規範上雖不互相衝突，但考量到時間的有限性，實踐上不得不選擇側重讓所有人都有發言的機會，抑或是提升發言品質，讓人們專注於討論以更好地形成具有「較佳之論證力量」的論證。顯然，政府的組成先是選擇了後者，而僅納入少數的參與者。側重於論辯諸規則不同面向的初級分化，便區隔了政府與自由社會。

Adam Przeworski指出，Baron de Montesquieu對於「（政治）權力分立原則」（principle of separation of powers）所能成就的功能未能提出系統化的證據，而將政治權力區分為立法、行政、司法三者的構想，一直以來其實也沒有清楚而顯著的理由<sup>34</sup>。對此疑惑，論辯倫理學的分析可以指出，水平面向的權力分立原則展示的是政府內部次級的功能分化，以專責分工與相互監督的方式，以圖總體上對於論辯諸規則的最大實現。其中，議會作為立法權側重「溝通自由」；行政機關作為行政權側重行動力及效率，並對立法權及司法權負擔有知無不言的答辯義務；法院作為司法權側重「參與論辯之規則群」、「邏輯性規則群」與「論證力規則群」，其各自依此為組織原則及自身的行為取向。當然，立法、行政與司法權是否妥善地履行了各自的分工職能，並非由自身或政府內部加以決定，而是透過自由社會的公共論辯加以評斷。

Ernst-Wolfgang Böckenförde於〈作為憲法原則之民主〉一文中，將民主正當性之要素分為「功能與制度要素」、「組織與人事要素」、「事務與內容要素」三者<sup>35</sup>。其中，「功能與制度之民主要素」最為抽象，是指由人民所制定之憲法作為各政治權力行使的民主正當性基礎，以確保行政權及司法權全面服膺於法律保留原則之下<sup>36</sup>。在論辯倫理學的視角下，「功能與制度要素」正是作為

註34：Przeworski, *Democracy and the Limits of Self-Government*, at 128-130, 136-138(2010).

註35：林依仁（2010.10），〈民主正當性成分與其程度〉，《政大法學評論》，129期，第93-104頁。

註36：同前註，第95頁。張志偉（2007.5），〈論民主原則之圖象——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，22期，第182頁。黃舒芄（1999.10），〈我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡〉，《憲政時代》，25卷2期，第72-74頁。



政府內部的分化所展現的**結果**，代表當代社會透過憲法將論辯諸規則化為具體的政治制度。就此意義上，由於其精神與架構直接源自於論辯諸規則的要求，故其實並無特別強調人民作為制憲者提供了民主正當性——即藉著人民的討論對論辯諸規則本身進行證立——的需要，而是必須對具體化過程中、未必與論辯諸規則直接相關的制度選擇（如：總統制、內閣制、雙首長制；單院制、兩院制）提供論證。

## 二、司法性論辯的特徵

根據上述分析，司法權是透過側重「參與論辯之規則群」、「邏輯性規則群」與「論證力規則群」的**司法性論辯**，被動地仲裁私人間、國家機關間及私人與國家機關間的法律爭議，並掌握法律之解釋及適用的最終決定權，以專責監督、懷疑議會與行政機關的政治權力。以訴訟程序保障為優先的司法權運作，先透過「參與論辯之規則群」劃定當事人進行訴訟的方式，在透過法官的聽審及依法判決落實「邏輯性規則群」與「論證力規則群」，這展示了程序權利的維護，是最可能讓說理能夠盡可能具備「較佳之論證力量」的方法。

透過考察違憲審查與民主的緊張關係——也就是憲法法院的抗多數困境（counter-majoritarian difficulties）——，能夠說明司法權運作的邏輯，如何被自由社會接受而獲得正當性。在Habermas的理解下，違憲審查權

可以被理解為一種立法者委託予憲法法院以進行**自我監督**的方式<sup>37</sup>。其中，對於自由社會而言，憲法法院既然未能透過多元、廣泛的社會代表性來仿效自由社會的結構，則它面對的民主正當性問題，就必須首要考慮審查立法過程的溝通預設與程序條件<sup>38</sup>。誠如John Ely所言：

此處所推崇的憲法裁判取徑，接近於經濟事務中的「反壟斷」取向，而非「管制」取向。法院只在市場——此處指的是政治市場——出現系統性失靈時介入，而非指明實體的結果。……人們不能光是因為強烈不滿政府產出的實體結果，便認為政府「失靈」了。代議民主中，應由民選的代議士進行價值決定，而當大部分的人反對他們的決定時，則可投票使其去職。失靈發生在政治程序不值得信任的時候，也就是當(1)某些政治階層阻塞政治變遷的渠道以維持自身的權力，並將其他人排除於外；或是(2)雖然沒有人真正地被剝奪發言權與投票權，但受恩於有力多數的代議士因單純的敵意或偏見，拒絕承認多數與少數間有著共同的利益，並系統性地陷少數於不利的地位，從而未使少數於代議制中獲得保護。<sup>39</sup>

從這個角度來看，違憲審查的首要任務，應是拆除民主過程中的障礙。Cass R. Sunstein

註37：Habermas, *supra* note 28, at 242-262.

註38：Ibid., 263-264.

註39：Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, at 102-103 (1980)

也根據美國聯邦最高法院的見解指出：

……立法過程的結果是次要的，重要的是導致此結果的，是否為不經私人權力歪曲的審議過程。……法院所出現的司法活動是對立法進行審查，以確定代議士是否進行審議……。<sup>40</sup>

進一步地，就為人所熟知的、針對法律實質理由的違憲審查，Habermas認為憲法法院至多只能擔任導師（tutor）的角色，而不是具有家父長傾向的監護人（guardian）<sup>41</sup>。人民對於法院的依賴，不僅可能弱化民主的過程，從實效性來看，司法判決則很難引發社會變遷，相反地，政治途徑永遠都是最具效果的改革手段<sup>42</sup>。當然，這不表示違憲審查就完全脫離了實質理由，或是應該放棄對其的越界闡釋，畢竟程序本身就蘊涵了許多價值在內，「重要的是銘記，無論採取什麼樣的司法審查，它都必須在實質理由的基礎上被辯護。<sup>43</sup>」

上開論述著眼於憲法法院的組成及人員選任方式不具直接民主正當性，從而於功能上釐清違憲審查權的行使方式。而其獲致民主正當性的方式，便是藉由對司法性論辯最高程度的實踐，力圖得到具備「較佳之論證力

量」的判決，從而能讓社會大眾所接受。其實，這正是前述討論所揭示的規範的邏輯。

對於規範典型的誤解，便是過度的偏重於規範的內容，將立法者通過的法律內容等於規範的全部，而忽視了規範的定義不只是根據程序性力量獲致可能具有高度正當性的內容，同時也包含了受規範者的同意。此一同意的意義，並不是去翻找立法者三讀的歷史文獻，而是透過自由社會中不斷的辯論，被持續加以支持、正當化的。此一規範的邏輯，完全說明了為何社會大眾對於法院判決的接受度，是如此重要。值得闡明的是，規範的邏輯並不支持保守主義，它並不意味著進步的立法行動必須消極地等待社會變遷，也不為過去社會慣習的制度（如：種族隔離）提出任何的辯護。它僅僅表明，規範作為一種實踐，它改變社會的力量並不來自於文字內容本身的說服力，而是人們要如何在自由社會的論辯過程中，說服反對者。

德國聯邦憲法法院的經驗，也說明了司法權與社會的互動關係如何滿足正當性的要求。Uwe Kranenpohl指出，德國聯邦憲法法院對其判決的貫徹與執行而幾乎完全必須依靠其它機關的協力<sup>44</sup>，故其可能發揮的影響力，是完全來自自由社會對判決的接受度。受訪的前法官指出：

註40：Sunstein, "Interest Groups in American Public Law," *Stanford Law Review*, Vol. 38, No. 1, at 58-59 (1985).

註41：Habermas, supra note 28, at 277-280.

註42：Sunstein, *The Partial Constitution*, at 145-149(1993).

註43：Ibid., at 105.

註44：Uwe Kranenpohl著，黃耀宗譯（2017.5），《揭開德國聯邦憲法法院的神秘面紗——憲法法院的意志形成與決定國過程》，第576頁，新學林。

如果聯邦憲法法院沒有這個令人難以置信的高接受度，基本上就可以將其廢除。因為就如同您所看到的，它究竟有什麼手段可以貫徹決定——根本完全沒有。當我還是法官的時候，來自新興民主國家的參訪團第一個提出的問題始終是：「您如何使法院以及行政機關遵守您的判決？對此，您有什麼工具？」每當我們說：「根本沒有！」，他們所有人都嚇呆了！我們有一個被大家視為理所當然的結構。如果有東西可以稱之為文明的成就，那麼這就是其中之一。<sup>45</sup>

憲法法院的正當性成分的組成相當複雜，其包含了民主正當性的三要素，也透過其於自由社會的聲譽作為自身的正當性資源，其與透過人民同意的行動所產生的直接民主正當性也不相同。Kranenpohl全書以相當大的篇幅，探討憲法法院的社會互動與其職權運作的重要關聯。受訪的法官指出，媒體活動——也就是憲法法院與社會的交流——是確保憲法裁判在政治與社會上正當性的機會：

我們在大眾感到興趣的衝突情境——至少對於有興趣的群眾而言——是在場的。因此，媒體對於我們所做的事會多加著墨，並藉由這個方式持續進行界於閱聽大眾與法院之間的接觸。至於公共意見的反應究竟是較為正面或者負面，我認為這對於我們在特定界限內的聲譽，根

本就不太重要。重要的是我們是否能夠成功地將當代的重大法律問題呈現出來。民眾對此是會有所察覺的。<sup>46</sup>

雖然不明確，但作為憲法法院正當性資源的聲譽，是以自由社會的承認及支持為基礎。其中必須闡明的是，憲法法院提出的法學論證之所以能為其帶來聲譽，是因為其具有「較佳之論證力量」的**可能性**。而此一可能性必須透過自由社會的檢驗才能加以證實，因此並無法宣稱憲法法院的聲譽是直接來自於其掌握了「較佳之論證力量」之所在，否則——如Habermas所擔心的——憲法法院將轉變為超越社會溝通與公共論辯的威權式監護者。追根究柢，憲法法院與自由社會的支持之間曖昧不明的聯繫，可能會對民主造成傷害，雖然這層憂慮可以透過憲法法院無能以強制力貫徹其判決、而僅能透過論證說服其它機關及人民合作上得到緩解，但也可能召喚前現代的政治想像，使人民將民主誤解為某種知識菁英壟斷的「知識統治」（epistocracy）。對此，德國聯邦憲法法院一名法官的提醒殊值參照：

每當我看到同事們因為聯邦憲法法院較之聯邦眾議院更有聲望而感到極端興奮的時候，我總是感到緊張。這對於民主並不是件好事！<sup>47</sup>

司法權與自由社會及相較，有更為嚴格的程序、參與及論證的限制，故縱使於溝通自

註45：同前註，第546頁。

註46：同前註，第342頁。

註47：同前註，第569頁。

由備受限制的情況下，法院往往被視作是最容易表徵論辯精神的場域。因此，當人民對議會及自由社會的溝通及論辯品質感到失望時，也容易轉而向憲法法院投以深厚的期待。然而，此一超出憲法法院負荷的期待終將落空，人民若想於民主政治中獲致好的成就，唯一的方法就只有盡可能提升自由社會的溝通品質，而非指望任何權威的英明決斷。

#### 肆、國民法官制度的民主底蘊

至此，我們便可以透過司法權在論辯諸規則下的運作邏輯，檢視國民法官制度運作如何實踐或促進民主。

從上開分析觀之，人民參與審判所強化的是「溝通自由」規則群，使職業法官以外的群體能夠正式地參與刑事個案的評議，從而為司法性論辯的內容導入不同的觀點。如前所述，溝通自由的概念本身並不強調論辯參與者的代表性，而是強調納入多元、異質的意見以完善論辯的過程；代表性問題作為制度實踐的考量，從國民法官法庭的組成規模來看便不可能是完全的，而只能透過確保選任程序的無歧視，反面說明法庭的組成沒有明顯的代表性缺陷。另一方面，以法律條文文義的限制作為前提，透過訴訟程序嚴格落實「參與論辯之規則群」、「邏輯性規則群」與「論證力規則群」，也有助於降低代表性的爭議。

值得注意的是，人民參與審判不僅未降低司法性論辯對於上開三項規則群的實現程

度，從卷證不併送、證據開示與集中審理等配套措施的設計來看，訴訟程序的設計反而往更加嚴謹的方向前進。也就是說，國民法官制度以職業法官維繫司法性論辯的程序設計與基本要求為前提，再讓一般人民共同參與論辯。另一方面，從溝通自由的觀點切入，也說明了圍繞著「權威效應」所進行的陪審制與參審制之爭，為何成為立法時最為重要的問題。

當然，人民參與審判並非制度上必然的選擇，而須考量將一般人民的意見導入法院的需要性。從反思的角度觀之，職業法官的養成及工作環境使其具備審理案件之高度專業，但於法律之要求外，其經驗的累積及社群成員的同質性，也可能使其思考趨向模式化，而產生與非法官群體的隔閡。此一落差，性質上也可能有助於案件之審理，而無法逕負面地指摘其經驗就是脫離社會現實，尤其許多與社會大眾發生齟齬之決定，往往來自於恪遵法律的專業素養與義務。這種矛盾顯示在人們期待法院判決能夠被社會所接受的同時，又希望法院能夠抗拒壓力、依法作成公正的判決，且不惜為捍衛基本權利而站在多數的對立面。

假設職業法官群體存在著顯然不當的模式化進程，推動人民參與審判仍只是改善方案之一，況此一假設於我國尚未經過進一步的調查及檢證，此亦非本文處理之問題。然從理論角度言，人民參與審判可能有助於此問題之解決，或藉此提供司法體系反思之機會。就此而論，《國民法官法》的若干規定是值得再思考的。《國民法官法》第69條仍將法令之解釋權保留予職業法官，但得聽取國



民法官之意見。這其實涉及了法律要件的解釋到底完全是屬於法律人的專業，還是也必須借重人們一般的生活經驗。對於「凶器」、「販賣」等構成要件的理解，專業法律人及其所引用的上級法院見解，又比一般人深入多少？這些理解的落差，有多少需將解釋權保留給職業法官，還是可以透過評議的論辯過程中，讓職業法官與國民法官共同決定？另一方面，《國民法官法》第88條的立法理由謂：「在審判與評議程序之相關程序均已臻完善前提下，自宜適度簡化判決書記載之內容，使法官得有更多時間及精力，專注於法庭活動及與國民法官之討論、評議上。」然而，若過度簡化判決書記載之內容，可能難以共享其審判經驗，或無從呈現人民參與審判後對於論辯過程之影響。反過來說，若能妥適記載法庭心證的轉變過程、凸顯樸素的正義觀與法治國原則的扞格與取捨，其不僅能夠以選錄判決的方式在職業法官的社群內共享其內容，也能試圖職業法官透過與國民法官的對話，進一步與社會進行溝通。

但從社會對於司法信任的角度言，雖然司法信賴度未必能夠反映裁判品質與司法實踐的成效，但它無論如何都值得司法權的認真對待。如前所述，規範的邏輯表明了具正當性之規範規範，是由其「內容」與「受規範

者的同意」所共同組成的。就理論言，兩者是相輔相成的，內容說服力的強弱影響了人們是否同意，人們的同意與否也回過頭來修正內容。然而，對司法的不信任破壞了此一循環，社會重新要求將溝通自由進一步落實於司法機關內，從擴大異質化參與的角度重構司法性論辯的運作。以整體制度的角度觀之，人民參與審判制度是一項司法權與社會的系統性對話，但從當前媒體、輿論對於司法的批判方式來看，其脆弱性是清楚可見的。同時，國民法官法庭雖然與社會、公眾形成一個受關注的對話關係，但它並不具備憲法法院能夠引導社會進行反思的權威性。如果社會最後只加強了過去的偏見，而認為「國民法官比職業法官更恐龍」，它不僅無助於恢復人們對於職業法官乃至於司法的信任，反而可能導致人們對於司法的信任跌至谷底。因此，如何在法庭之外透過適當的措施弭平資訊落差所帶來的誤解，而不是對於排山倒海的報導及批評視而不見，也考驗著司法權在公正審判的框架下，如何深化對於司法案件及法律議題的公共論辯，並能夠向社會說明：無論是同意或反對社會一時的輿論，法院總是將自己置於社會的脈動下，藉由論辯程序表明自己的論證如何能說服盡可能多的人。