

從 Robert Alexy 法律論證理論觀點淺論刑事訴訟程序之建構

一、前言

德國學者 Robert Alexy 提出之「法律論證理論」(Theorie der juristischen Argumentation)，並非一個直接提供某個「正確答案」的理論，而是藉由訂定若干「遊戲規則」尋求合理決定的程序性理論，此一基本認知對於該理論之理解極為重要。又，任何重要理論皆須與法律實務作有機的結合及印證，法律論證理論自亦不例外，且基於其程序性本質，筆者遂嘗試將之與我國刑事訴訟程序的結構相連結，並提出吾人之初步想法及建議，出發點乃欲藉由對於刑事訴訟程序之審視及檢討，儘量縮短實務運作與該理論所抱持理想之間的差距。於後文，首先將對 Alexy 法律論證理論作一介紹，繼而從該理論觀點出發，針對「掌握『包容』及『省思』之精神及態度」、「加強審、檢、辯之實質參與及討論」、「法律論證之跨越性質」及「採取陪審制或專家參審制之可行性」四個刑事訴訟程序建構之重點作扼要論述，最後則為本文結語。

二、Alexy 法律論證理論之介紹

(一) 法律論證理論之基本脈絡

Alexy 提出法律論證理論之基本脈絡，大致依循三個步驟：首先，介紹若干相對之法律論述模式並予以檢討；繼而，闡述構成其法律論述理論之框架的基本論述理論；最後，提出導向於理想論述之法律論證理論的主要要素。於第一個步驟，Alexy 分別以「演繹模式」(Deduktionsmodell) 忽略法律適用者之創造性角色；「決定模式」(Dezisionsmodell) 無法滿足法官基於法律上理由來判決、賦予理性之法律證立、使其判決具有正確性等要求；「詮釋模式」(Das hermeneutische Modell) 雖然提供了法律解釋結構之重要觀點，惟未能掌握解釋之論證性質而無法充分解決解釋正確性之問題；「融貫模式」(Kohärenzmodell) 則漠視法律規則自我適用及法律體系自行確立完整性及融貫性之不可能性，來一一反駁上述言說模式。於第二個步驟，其強調理性的法律論述理論乃源於將普遍實踐論述理論 (Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses) 納入法律體

系理論，就該論述理論而言，若滿足理性實踐論證的條件，則實踐論述即屬理性、論述結果即屬正確，而此套論述規則可分為兩類：其一為直接涉及論證結構，其二則直接針對論述程序以確保實踐論證之公正性。於第三個步驟，Alexy 先將用於法律證立之可能論證方式分為四類：確認事實上存在之語言使用的「語言論證」(Linguistische Argumente)、著眼於歷史上立法者事實上意志的「起源論證」(Genetische Argumente)、基於法律體系之統一性及融貫性理念的「體系論證」(Die systematischen Argumente)，及「普遍實踐論證」，而後者又可分為目的性 (teleologische) 與道義性 (deontologische) 兩類論證方式。上述前三者為直接或間接基於實證法權威性的制度性論證，後者則為源於其內涵正確性的實質性論證，而制度性論證相對於實質性論證僅具有表象、而非確定之優先性 (prima facie-Vorrang)，故仍可謂法律論證乃普遍實踐論證的一個特別情形¹。

就此特別情形，應予認知者為，法律上被容許之論述空間並不同於在普遍實踐論證下論述可能性之廣闊空間，蓋根據相互矛盾之規則所產生之社會衝突必須獲得解決，從而程序所生結果之明確性界限證立了藉由實證立法 (positive Gesetzgebung) 確定論述可能性空間之必要性。上開被此等程序證立之法的必要性又可進一步區分為三種程序之必要性：國家之法生成 (Rechtserzeugung) 程序、法律論證程序，及法院之訴訟程序²。又，法律論證既為一種特別之普遍實踐論證，則仍須符合實踐理性 (Die praktische Vernunft) 之要求，為此法律體系必須結合制度性或現實要素與理想及非制度性要素。就此，乃存在三個層次之連結：哲學的 (philosophische)、政治的 (politische) 及法律的 (juristische) 連結。於哲學層次上，法律體系存在之必要性及對其內涵及結構必要之基本要求，乃藉由普遍實踐論證而被證立。於政治層次上，在民主憲政國家中法之生成並不僅基於妥協及制度性行為，毋寧是在法生成程序中及程序外亦有論證，唯有如此，合法性 (Legalität) 始得以連接到理性可接受性意義上之正當性 (Legitimität)。於法律層次上，將制度性與論述活動連結之必要性乃出於兩個理由：一方面，法律體系無法如

¹ Vgl. Alexy, Robert, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, in: Alexy, Robert/Koch, Hans-Joachim/Kuhlen, Lothar/Rüßmann, Helmut, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden: Nomos, 2003, S. 113 ff.

² Vgl. Alexy, Robert, Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 104 f.

此完美及完整，而使其規範在每個案例中確定具有說服力之決定；另一方面，若法律體系不想長期失去其正當性及可接受性，則每個決定皆應具有正確性及理性之要求即被提出，且必須嘗試滿足此一要求³。

既然法律論證乃普遍實踐言說的特別情形，對於此一導向普遍實踐理性概念之程序性理論其結構及問題的討論，自應始於普遍實踐言說理論。其程序性理論之性格，乃表現於正確性（Richtigkeit）與程序間之關係上。在程序性理論之框架中，程序有下列不同之形成面向：參與程序之個人、程序之要求，及取決於上述兩者之決定過程的性質。其中，言說理論在參與人數上是沒有限制的，而程序要求得被公式化為條件（Bedingungen）或規則（Regeln）；就決定過程而言，作為論證理論模型之論述理論的特徵為，參與程序之個人的事實上及規範上確信，可能在程序進行中所提出之論證而改變，故具有變化。由於在參與程序之個人上沒有特別之確定性，從而論述理論完全由規則所構成，這套規則體系包括邏輯規則（Regeln der Logik）、參與及發言權規則（Regeln über Teilnahme- und Rederechte）、論證負擔規則（Regeln über Argumentationslasten）、可普遍性思維（Verallgemeinerbarkeitsgedanken）、規範確信發生源之檢驗規則（Regeln über die Überprüfung der Entstehung normativer Überzeugungen）及序列論證之形式（Formen von Folgenargumenten）等⁴。

（二）論述理論所面臨之問題及其辯護

這套論述模型最顯著之缺失在於，該規則體系無法於多數案例中確定其結果，「正確性」概念乃被相對化，在個案中之論證結果乃取決於參與者及相關規則，亦可能有複數見解皆必須被標示為「正確的」。然而，上述之困難點並未動搖此一理論，反之，其弱點得同時視為其強項，因為唯有在「於實踐問題中總是僅有一個正確答案」之前提下，「在論述上可能存在多數規範性陳述」一事始為一項缺失，惟此一前提必須被質疑：參與者之相對化（Relativierung auf die Teilnehmer）並不僅僅是個缺失，一個不僅試圖理性

³ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 1), S. 119 f.

⁴ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 2), S. 95 ff.

地建構論證及決定程序，亦試圖作成理性決策之理論，不但會面臨對於論證及決定者所採取之最初做法的異議，更面臨一個原則性的異議，「由於該論證及決定者之規範確信並非普遍地比（其他）參與者來得正確，故論證及決定最好由各參與者為之，尤其是參與者之角色仍隨時對該原本之論證及決定者開放（亦即其仍得自由參與論證）」⁵。從而，此等論述之結果既非（完全）相對的、亦非（完全）客觀的；就其取決於參與者之特性而言，其為相對的，而就其須依循規則而言，其為客觀的。如此一來，言說理論避免了相對主義道德理論及客觀主義道德理論之弱點⁵。

再者，論述理論有一個核心問題，即規則體系之建立及其正當化：此等規則體系一方面應儘可能強大，以儘量排除其他(較無意義之)論述及提升其決定所具有之意義(Entscheidungssignifikanz)；另一方面，其應儘可能微弱，以儘量尋求廣泛之共識。然而，此一問題是可以獲得解決的，Alexy 認為，若可普遍性思維之不同變體(die verschiedenen Ausprägungen des Verallgemeinerbarkeitsgedankens) 被採為主要程序規則(伴隨其他一系列之要求)，上開相互背反之「強」、「弱」價值即得被帶入一個最適化關係⁶。

(三) 法律論證理論之主要內容

1、作為法律論證理論基礎之普遍實踐論證規則

基於（以各種法源及法釋義學為前提之）法律論證乃普遍實踐論證之一種特殊情形，故此處之說明亦須從普遍實踐論證之規則或形式開始，其應得作為理解法律論證理論之基礎及補充。

大致上，此等規則或形式乃包括「基本規則」：「不得自相矛盾」、「真誠性之保證」、「論述者自身陳述之一致性」及「論述者相互間語言用法之共通性」；「理性規則」即「普遍證立規則」(allgemeine Begründungsregel)，其又可分為「平等地位」、「主張之普遍性」及「無強迫性」三個子規則；「論證負擔規則」：「不同對待之證立責任」、「對不屬於討論對象之命題或規範進行抨擊之理由說明義務」、「已提出論述者僅當出現反證時始負有

⁵ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 2), S. 98 ff.

⁶ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 2), S. 103.

進一步論述之責任」及「在論證中提出與其先前之表達無關之主張或陳述者之原因證明義務」；「論述形式」：其一般形式由「理由」、「規則」及「規範性命題」所構成，除了基本之論述形式外，還包括涉及「特別條件」、「優先規則」(Vorrangregeln)等兩層論述形式，此一部份似與後述法律論證理論之內在證立結構有密切之關連性；「證立規則」：「可普遍化原則之不同變體」、「道德規則必須通過社會生成史及個人生成史之檢驗」及「事實上之可實現界限必須得到遵守」；「過渡規則」(Übergangsregeln)：其擔保任何人在任何時候都能夠轉入經驗性的、語言分析的或論證理論之論證⁷。

「法律論證乃普遍實踐論證之一種特殊情形」。此特殊情形命題雖然受到來自三方面的攻擊：法律討論所涉及的不是實踐問題、其所提出的不是正確性要求，及即使提出這個要求，其適用之限制條件也沒有理由被稱為「論證」，Alexy 卻一一予以駁斥，認為：特殊情形命題的核心在於，法律論證也可以提出正確性要求，這個要求有別於普遍實踐論證的正確性要求，因為有待爭論的規範性命題能夠在有效法秩序之框架內被證立是符合理性的，而非絕對是符合理性的⁸。為闡述法律論證之特殊內涵，Alexy 乃提出包含兩個層面之證立(正當化)模型：「內在證立」(interne Rechtfertigung)及「外在證立」(externe Rechtfertigung)。

2、法律論證之內在證立

「內在證立」主要係處理論述之邏輯形式問題，其最簡單之結構即一般耳熟能詳之「三段論法」。作為可普遍性原則之具體化，可將內在證立之規則表達為「欲證立法律判斷，必須至少引入一個普遍性的規範」、「法律判斷必須至少從一個普遍性的規範連同其他命題邏輯地推導出來」。為排除證立過程中所產生之懷疑，尚須加入下列規則：「每當對於證立所使用之命題產生疑問時，均必須提出某個規則，對該問題作出決定」、「需要儘可能多地展開邏輯推導步驟，以使某些表達達到無人再爭論的程度」、「應盡最大可

⁷ 請參閱 Alexy, Robert 著、舒國滢譯，法律論證理論—作為法律證立理論的理性論辯理論(*Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*)，中國法制，2002年12月，234-256頁。

⁸ 請參閱 Alexy 著、舒國滢譯，註7書，264-272頁。

能陳述邏輯的展開步驟」。於此等證立過程中所使用之前提條件，不一定是實證法規範或從實證法所引申出來者，且在內在證立中有待論述之規則得被看作是在事實及規範間「目光循環往復之游動過程」的結果⁹。從而，傳統上奉為圭臬之「三段論法」往往過於簡略及流於表面，毋寧係「多段論法」較能切實描述上開內在證立之實際運作情形。

3、法律論證之外在證立

「外在證立」旨在處理內在證立中所使用、非實證法規則或經驗命題（非經驗）之前提證立或正當化問題；其首要任務，係對於包括法律解釋、教義（釋義、義理）學論證、判例適用、普遍實踐論證、經驗論證（此非指直接用於內在證立中使用之經驗語句者，而係用於非經驗語句之外在證立中使用之經驗語句者）五者，及特殊之法律論述形式共六組規則及形式的（綜合）論述形式進行分析，以判斷其間相互連結之必要性及可能性。就經驗論證而言，前揭「過渡規則」於法律論證中亦有適用，且必須考量「科際整合」及（在無法達到確實性下之）「推測規則」之重要性¹⁰。

對一般法律人較不陌生的，應係 Alexy 所提出之解釋基準，其認為可分為下列六組論述形式：(1)「語義學論述」：係指通過訴諸語言的使用來證立、批評或作出某個解釋之主張；(2)「發生學論述」：係指通過指出該解釋應與立法者的意圖相吻合來加以證立，包括立法者之意旨本身或其得達到之目標；(3)「歷史論述」：係指引述正在討論的法律問題之歷史事實來作為支持或反對某個解釋之理由；(4)「比較論述」：此時所涉及者乃另一個社會或國家的法律狀況；(5)「體系論述」：嚴格意義的體系論述是指只討論規範間邏輯關係的論述，其最重要之形式乃涉及規範矛盾；(6)「(客觀)目的論論述」：其係依據「符合理性」或「在現行有效的法秩序框架內客觀上所要求」的目的，該目的是諸原則在其中有效的狀態，故目的論論證就變成一種基於原則的論證，且為普遍實踐論證留有餘地。又，上開論述之經驗或規範性前提之真實性或正確性隨時可能成為進一步討論的對象，故 Alexy 設定「任何屬於解釋基準之論述形式，必須達到飽和 (Sättigung)」

⁹ 請參閱 Alexy 著、舒國滢譯，註 7 書，274-283 頁。

¹⁰ 請參閱 Alexy 著、舒國滢譯，註 7 書，286-288 頁。

之規則。就不同論述形式之適用順序及份量而言，其設定了論證負擔規則：「表達受法律的文義或歷史上的立法者意圖之約束的論述比其他論述具有優位，除非能提出合理理由說明其他的論述已被賦予優位性」，因此等論述之位序並非終局確定，故其亦設定如下規則：「各種不同形式之論述份量，必須根據權衡輕重之規則加以確定」，該二規則皆涉及普遍實踐論證¹¹。

再者，假如一個語句在制度化推動之法學框架內被提出、接受或討論，則該語句即為法教義學語句，Alexy 為此等語句設定「任何教義學語句，當它受到懷疑時，必須運用普遍實踐論述來加以證立」、「任何教義學語句，必須能夠經得起狹義體系之檢驗（教義學語句與法律規範之表達間在邏輯上是否相容？）及廣義體系之檢驗（從普遍實踐觀點來看，藉助教義學語句及法律規範得以證立之判斷之整體是否協調？）」兩個規則，且基於法教義學所具有之「穩定功能」、「進步功能」、「減負功能」、「技術功能」、「檢驗功能」及「啟發功能」，故其符合理性，惟教義學論證與普遍實踐論證間仍必須有所連結。就判例適用而言，一方面大量的法教義學語句同時包含在判例中，另一方面司法裁判的結果又被要求作為現行有效法之教義學所採納，故教義學語句與確立判例基礎之語句間，存有相當程度的一致性，且 Alexy 為判例適用亦設定如下論證負擔規則：「當一項判例可以引證來支持或反對某一裁決時，必須引證之」、「誰想偏離（區別或推翻）某個判例，則承受論證負擔」。特殊之法律論述形式係指「反面論述」、「類推適用」、「不可承受之論述」等法學方法論上之特殊情形，在對判例之區別或推翻及特殊之法律論述形式進行證立時，普遍實踐論證同樣扮演重要之角色¹²。

（四）對於法律論證理論應予補充之點

1、在多元社會中程序理論屬較佳選擇

該理論所設定之規則保障每個人參與論述之權利，及在論述過程中之自由及平等，

¹¹ 請參閱 Alexy 著、舒國滢譯，註 7 書，290-309 頁。

¹² 請參閱 Alexy 著、舒國滢譯，註 7 書，319-350 頁。

其表達了論述理論之可普遍性特徵，符合民主憲政國家之基本原則：自由原則及平等原則¹³。此亦與現代的道德秩序（The Modern Moral Order）及於公共領域中交換意見、人民享有主權之社會想像（Social Imaginary）等現代性脈絡相符¹⁴。又，何謂「正確性」（Richtigkeit）？論述理論的基本想法是，在理性討論實踐問題時可以顧及對正確性的要求，從而該理論尋求客觀主義（objektivistischen）及認知主義（kognitivistischen）理論與主觀主義（subjektivistischen）及非認知主義（nonkognitivistischen）理論間的中道，只要理性實踐論證的條件被滿足，論述的結果即屬正確。實踐理性得被定義為依循規則體系以獲得實踐決定之能力，該規則體系並未提供一套總是可以獲得一個精確結果的程序，從而論述理論為決定未定論，此有三個理由：（1）程序之出發點在於每回參與者之規範確信及利益解釋；（2）論述規則並未確定所有的論證步驟；（3）論述規則具有理想性之特徵，從而僅能大致上被滿足¹⁵。在現今社會價值漸趨多元情形下，此等未直接提供「正確答案」之程序理論應較能調和衝突並處理現實問題，而屬較佳之理論選擇。

2、理論與現實之距離

法律論證理論對潛在參與者之論證行為的假設，在現實上必然只能在有限之範圍內達成，此一理論理想型與現實情況之距離亦為 Alexy 所知，惟其認為「此一情形並不會使該準則成為無意義，想像其他人之（潛在）論證及其所表達出來之利益並非不可能」、「重要的是，在大腦中運作程序之結果所具有之假設特徵仍得以保存，此一標準所具有（相對之）不安定性尚不足以證立反對意見」¹⁶。

於此不應誤解 Alexy 之意，認為不需要尋求實際上之多方論證過程，而得逕行依賴決定者（例如法官）之「想像」；其意應係，在現實上應先儘量達到該理論之要求，當最終仍無法企及時，始採取此等想像之做法，如此亦較能顧及形式上之民主性及實質上

¹³ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 1), S. 118 f.

¹⁴ 就現代道德秩序之主要特色，及「公共領域」、「人民主權」等社會想像之介紹，請參閱 Taylor, Charles 著、李尚遠譯，現代性中的社會想像（Modern Social Imaginaries），商周，2008年1月，41-44、136-159、174-217頁。

¹⁵ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 1), S. 117 ff.

¹⁶ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 2), S. 103 f.

之正確性。吾人須知，許多理論都無法完全落實到現實中，但因其所具有之象徵意義及相當程度之實踐可能性，或相對於其他理論之優勢，而具高度價值（舉例來說，在現實世界，絕對不可能出現 John Rawls「正義論」中所謂之「原初狀態」及「無知之幕」，惟該理論在哲學、政治、社會、法律等領域之學術價值，卻是舉世公認的）。故此處之重點毋寧為，如何建構刑事訴訟程序以儘可能符合法律論證理論之內涵？此處所涉及者不僅訴訟程序在時間、空間及成本上之物理限制，亦涉及訴訟參與者遵守論證結構、程序等規則及援引各種法源之能力。

3、法律與道德之關係

由前文所述 Alexy 對於理論與現實之距離的見解可以看出，「為他人之利益設想、發聲」（即使該他人基於某些因素無法真的出現在相關程序中）乃法律論證理論在實踐上所必須具備的基本態度，從而該理論不僅在形式上具有民主性及平等性，在實質上似亦不會產生極端不正義的決定。於此，吾人欲進一步追問，法律論證理論是否單單具有程序面向，抑或係在實質上已納入某些自然法上之道德要求？該理論與自然法間之關係為何？

就此應予注意的是，Alexy 在其一篇評論「柏林圍牆士兵射殺案判決」（Mauerschützenurteil）之文章中，對於該判決所確立之著名的「賴特布魯公式」（Radbruchsche Formel）：「極端不法則非法」（Extremes Unrecht ist kein Recht.），表達謹慎保留卻仍予期許之態度：「．．．應予突顯賴特布魯公式於特定領域（即刑法領域）及特定案型（即柏林圍牆士兵射殺案此等類型）中之適用問題，若該公式導出不適當之結果，或未能顧及不可放棄之法律原則（例如在本案中，一方面該公式於刑法上之適用產生抵觸具有憲法位階之『無罪即無刑罰』或『罪刑法定原則』的疑慮，另一方面有不少論者認為，在邊境之射殺行為尚未逾越極端不法之門檻），至少必須限制其效力範圍；惟若其能夠經得起考驗，則證明其在一般意義上之正確性」¹⁷。由此可知，道德在法律

¹⁷ Vgl. Alexy, Robert, Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1993, S. 3 ff.

中雖然扮演一個「限制性基準」(limitierendes Kriterium)或「最後防線」的角色，惟不得過度膨脹；法律與道德或正義之間，如何保持此種若即若離、「有點黏又不會太黏」之微妙平衡關係，實屬困難、重要又饒富趣味之課題，未來似有予以深入研究之價值。

三、刑事訴訟程序建構之重點

(一) 掌握「包容」及「省思」之精神及態度

從 Alexy 法律論證理論之觀點可知，在刑事訴訟程序此種典型之法律適用活動中¹⁸，參與該活動之人即審、檢、辯三方皆必須採理性法律論述，其論述應依循內在證立及外在證立之要求，即符合邏輯有效性及提出實質上可供支持之依據，且藉由討論情境以試圖說服其他參與者、進而尋求相互間之共識。吾人以爲，在此一過程中，最重要的是要掌握「包容」及「省思」之精神及態度，且應消除非關該法律論證模型之「階級」及「權威」要素。應予認知者爲，即使法律適用之最終結果(即判決)由法官作成，惟此絕非意味在形成該判決之過程中，其便具有優越地位而可獨斷行之，若如此，不僅有違司法之民主性及平等性，且因該判決之作成並非基於理性且具有說服力之法律論述，故無法擔保其法律適用結果之正確性。

除了法庭中之審、檢、辯外，是否應認法庭外之其他法律社群或社會大眾亦得參與該論證之過程？吾人初步認爲，固然依法律論證理論之觀點，就參與論證者之人數及資格並未設限，惟一方面在個案中之法律適用活動涉及法律之專業知識(如援引各種法源之能力)，且必須對於案情有相當程度之了解，另一方面基於訴訟經濟及成本之現實考量，亦不可能容許過大之論證參與規模，故於現今之條件下，應仍以法庭中之審、檢、

¹⁸「認定事實」及「適用法律」相互間之關係爲何？雖然，事實之真假與否或正確與否(經驗性論述)本得被包含在普遍實踐論證的脈絡下來加以說明，惟本文選擇從(以各種法源及法釋義學爲前提之)法律論證理論出發來涵蓋事實認定之問題。實則，「認定事實」及「適用法律」兩者乃相互連結而無法斷然區分，蓋一方面，決定何部分事實應予認定，往往須先解釋及適用相關法律；另一方面，事實之認定乃涉及證據法則之運用，且不論係「證據能力」(例如刑事訴訟法第 158 條之 4 所規定之證據排除權衡法則)或「證明力」(例如同法第 155 條第 1 項但書所規定構成自由心證限制之經驗法則及論理法則)何一層次，皆仍有適用相關法律當否之問題。職故，此處所謂之(廣義)「法律適用活動」，並非僅指涉於確定事實爲何後所爲者，而係包括於事實認定過程中所爲之各種法律上判斷。

辯三方為中心來建構刑事訴訟程序較為妥適。就此，尚須補充說明下列兩點：1、若將法律內及法律外專業知識適度導入程序（除法律以外其他領域之知識外，若案件涉及基礎法學、比較法或相關法領域之專業知識，亦得、且應選任大學教授、研究機構人員或其他法學專家作為法學知識之鑑定人），以補強審、檢、辯三方在論證上之不足，則實質上亦屬擴大參與論證者之範圍；2、實際上不可否認的是，審、檢、辯三方往往仍會受到法庭外之社會輿論（包括媒體）影響，若其將此等輿論之見解及其所代表之利益考量在內，則實質上同樣達到擴大參與論證者之範圍的效果，當然在法庭中表達其自身及上述輿論見解時，審、檢、辯三方仍應遵循各項論證規則。

（二）加強審、檢、辯之實質參與及討論

各該程序參與者就相關法律是否或如何適用提出其所持之法律見解，無疑是運用該法律論證模型之第一步，試問：若不提出此等法律見解，怎可能作進一步之檢視及討論？惟提出相關法律見解乃高度之法律專業活動，若檢察官或律師未能參與此一過程，法律論證即無法付諸實踐。幸而，檢察官於刑事訴訟程序中蒞庭、法律扶助及指定辯護（刑事訴訟法第 31 條第 1 項後段）、自訴強制律師代理（同法第 319 條第 2 項）等制度之落實，檢察官及律師參與該程序之情形乃成為常態。然而，「形式參與」並不等於「實質參與」，檢察官及律師在出席訴訟程序之餘，亦應儘量就各種相關之法律適用問題提出其所持之法律見解，蓋越能充分提出附有論據之意見，則討論之內容即越豐富且全面，從而亦越能提升最後判決之正確性。再者，作為訴訟程序主導者及指揮者之法官應積極闡明其心證及法律見解（包括回應檢察官及律師所提出之質疑或反駁），使各該程序參與者得聚焦於相關之法律爭點，以促進意見之交流及討論之效率。

為真正營造各該程序參與者相互討論之情境，在我國實務慣用之書狀往來模式以外，亦應注重審判程序中言詞辯論之落實，蓋此等當面溝通及說服之過程所具有之高度互動性，絕非書狀之表述所能取代，且為有效落實在法庭中之實質討論，除法院應闡明其心證及法律見解外，各該參與者亦應於言詞辯論前詳細閱卷及查詢相關法學資料，以作周全之準備。當然，在審判程序中可供言詞辯論之時間有限，基於經濟性之考量，書

狀之表述及往來仍屬重要，其得作為言詞辯論之輔助或基礎，亦即藉由先前之書狀得知各該參與者之法律上意見及確定其間分歧何在，再就需要作細部論述及精緻化之處作當面之討論。又，前文所述之論證負擔規則，無形中亦具有簡化論證過程之效果。

（三）法律論證之跨越性質

法律論證之過程不僅應落實在單一審級之法庭中，於上、下審級間之上訴或抗告程序、非常救濟程序、甚至聲請釋憲程序中，亦應予以落實，吾人以爲此乃法律論證所具有之「跨越」或「放大」性質。從而，除法院應於其裁判中確實詳載引用及駁斥各種相關論述之理由以接受檢驗，各該提起上訴、抗告、非常救濟或聲請釋憲程序者，亦應於其上訴、抗告或聲請之過程中說明此等理由，以資作為於此等後續程序中法院或大法官據以審查或認定之基礎。

於此應予注意的是，大法官釋字第 572 號解釋文已明載「論證」二字，該號解釋乃釋字第 371 號解釋之補充，對於各級法院聲請大法官釋憲之要件作一說明：「．．．其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。．．．」，惟其內容不無爭議，許玉秀、城仲模兩位大法官即提出不同意見書，還援引了 Alexy 之法律論證理論以開展相關論述，認為應明確區分大法官程序審查與實體審查之對象，前者乃針對「內在證立」之邏輯形式有效性，後者則針對「外在證立」之前提實質正確性¹⁹。此一不同意見書之法學價值雖高，惟仍有不完整或尚待補充之處，例如其論述仍然圍繞著傳統之「三段論法」，對於前文所述 Alexy 之理論重點「多段論法」則付之闕如。無論如何，「法

¹⁹ 請參閱許玉秀、城仲模，大法官釋字第 572 號解釋之不同意見書，「伍、如何判斷『客觀合理之違憲確信』？」之內容。

律論證」於釋字第 572 號解釋出爐後已成為憲法位階之問題，今後應受到更為高度之重視，且不僅限於各級法院聲請大法官釋憲時，所有涉及法律適用問題之制度性場合皆應實行之。

（四）採取陪審制或專家參審制之可行性

如前文所述，依法律論證理論之觀點建構刑事訴訟程序，乃涉及到各該訴訟參與者遵守論證結構、程序等規則及援引各種法源之能力，Alexy 為釐清疑義，特別強調這些規則具有其重要性，從而論述理論絕不可能以「單單建立共識」(die bloße Herstellung von Konsensen) 來取代證立的過程，毋寧為其完全納入這些直接關於論證的理性論證規則²⁰。從而，在訴訟上若欲相當程度落實該理論，原則上仍應由專業法律人擔任程序參與者。就我國刑事訴訟採取英美法上陪審制之可行性而言，姑且不論我國在地理環境、社會文化及法學傳統上與英美法國家間之差異，普遍來說一般平民能否勝任與認定事實有關之法律適用問題的論證工作？仍不無疑慮，故若選擇以法律論證理論作為建構我國刑事訴訟程序之方法論，則實不宜引入陪審制。

再者，就採取專家參審制之可行性而言，雖然有論者認為於涉及醫療、智慧財產等專門領域之案件應使各該領域之專家得參與審判，以補足法官所欠缺之專業知識，惟對於此等非職業法官之專家來說，亦有前揭遵循相關論證規則以作法律論證能力上之問題，職業法官在專家參審制中得否成功作為法律論證及法源援引上之控制閥？似值得再作商榷，故亦不宜貿然採取專家參審制。吾人以為，完善之鑑定制度、法官進修各該專門領域知識或各該領域之專家進修法律知識後被遴選為法官（亦即使法官同時具有法律及各該專門領域之知識）等制度，應得取專家參審制之長而避其之短。

四、結語

Alexy 法律論證理論在德國無疑是一門顯學，於彼國已累積不少文獻專門討論該理論之內容，但連結該理論與刑事訴訟程序之相關研究，在我國可謂尚未成形，此一領域

²⁰ Vgl. Alexy, a.a.O.(Fn. 1), S. 118.

實可作為未來努力之方向。因筆者能力有限，故本文之論述作為吾人內心思考的紀錄，勢難以完整及深入，至多僅能謂為「淺論」，甚至可能有所謬誤，而尚待各方予以指正。儘管如此，仍希冀本文能夠喚起國內學術界及實務界對於此一議題之重視，而達到拋磚引玉之效果。