

法官的異議與民主可問責性^{*}

王金壽^{**} 魏宏儒^{***}

要 目

壹、前 言	三、透明化、公開化的法律演進
貳、背景與脈絡	肆、從個案再談起
一、民主可問責性	一、個案說明
二、不同意見書與民主可問責性	(一)高雄市長選舉案
三、從憲法法庭到普通法院	(二)台南敬興公司詐欺案
參、我國關於不同意見書制度相關規定	(三)若無公開，無可問責
一、現行評議法規	二、判決需給理由
(一)評議之原則、目的與人數	三、個案引起對於不同意見書的討論
(二)評議之順序與方法	(一)司法院的三個理由
(三)評議秘密原則	(二)法官本於獨立而審判，國民本
二、大小法官的差異	於權利而監督

^{*} 兩位作者要特別感謝古振暉、林臻嫻、陳欽賢、陳賢德、黃宣撫、黃宏欽六位法官，他們不僅落實了評議制度，更重要的是，在他們身上看到台灣司法相當缺乏的民主可問責性。我們同時要感謝政大法學評論編審委員會以及兩位評審所給予的建設性意見。當然，本文所有的缺失是完全屬於兩位作者。

^{**} 成功大學政治系副教授，美國北卡羅萊納大學教堂山分校社會學博士。

^{***} 成功大學政治系專案工作人員，成功大學文學士（歷史學）。

投稿日期：九十八年十月八日；接受刊登日期：九十九年二月二十三日

責任校對：蘇淑君

(三)盡責與避責	三、公開與品質
四、未明的票決，人民的質疑	陸、合議庭法官之間的權力關係
伍、不同意見書與司法權威	一、權力關係的探討
一、司法權威來自人民信任	二、一個質疑法官的立場
二、評議秘密原則的圓融解釋	柒、法官的良知與追求真理
(一)進行式與過去式	一、良知與追求真理
(二)獨任審判之法官的疑問	二、一個肯定法官的立場
(三)意在保護少數意見法官	三、權利與義務
(四)不同意見書並非評議簿	捌、結 論
(五)不同意見書作為一種程序	

摘 要

二〇〇七年，高雄市長選舉案的判決書所附註的不同意見書，引起社會大眾對於公開不同意見書的討論。本文將探討不同意見書應該公開的理由，特別是普通法院應公開不同意見書，以達到民主對司法的可問責性，並且說明不同意見書制度能成為民主監督司法重要的一環。當法官對判決有異議時，可提出不同意見書說明自己的意見；而民眾則可透過不同意見書與判決書的比照，更能知悉法官判決過程是否公允，讓人民看見法官的真實想法。本研究以民主可問責性的立場，說明不同意見書的公開，並不損及民主制度下的司法權威，及對評議秘密原則的再闡釋，並不危及司法獨立，相反地，是有所助益。除此之外，本文亦將討論法官之間的權力關係。最後說明法官良知問題以及討論公開不同意見書之權利與義務。總言之，不同意見書的公開，其效益當大於成本，人民將有機會監督法官判決過程是否公允，法官是否秉持公義來審判，以達到民主監督的效果。

關鍵詞：不同意見書、民主可問責性、評議過程、司法獨立、司法權威

壹、前言

本文是針對司法的民主可問責性與不同意見書議題進行探討的研究。以往的文獻中，對於不同意見書多著重於大法官解釋層次的討論。然而，本文主要關注於普通法院法官所提出的不同意見書，而且就其與民主可問責性（**democratic accountability**）之關聯性予以分析。並且指出公開不同意見書，除可讓民眾瞭解法官判決之理由外，更可對司法的民主可問責性有實質的促進。

普通法院的不同意見書近來引起眾多的討論。二〇〇七年「高雄市長選舉案」的判決，引發社會大眾的關切。當高雄地方法院一審宣判陳菊當選無效時，該受命法官古振暉在判決書中夾附他對此案的不同意見——即「不同意見書」，為台灣普通法院判決中所罕見¹。不同意見書的出現，引起社會對於公開不同意見書廣泛的討論，有贊同亦有反對者。究竟不同意見書應否公開？本文將以此個案出發，並同時探討另一個亦有附註不同意見書的「台南敬興公司詐欺案」，進行不同意見書對於民主可問責性的探討²。

不同意見書以往多認為我國大法官會議所特有。大法官若有個別不同意見者，可提出不同意見書與結果一同公布。不同意見書一般可分為兩種：一為反對意見，少數法官不贊同判決結果而提出；另一為協同意見，也就是認同判決結果，但是不認同判決之理由³。目前我國公開不同意見書制度僅限於大法官層次，而本研究

¹ 另外高等法院亦有過附註不同意見的判決書，詳見台灣高等法院刑事判決89年度上訴字第4078號。

² 「高雄市長選舉案」即為「台灣高雄地方法院民事判決95年度選字第20號」，本文均稱「高雄市長選舉案」。「台南敬興公司詐欺案」即為「台灣台南地方法院刑事判決95年度易字第487號」，本文均稱「台南敬興公司詐欺案」。

³ 劉鐵錚，不同意見書之研究，載：大法官會議不同意見書之理論與實際，頁20，2003年5月。

將不同意見書置於司法之民主可問責性之下，普通法院的合議庭應可公開不同意見書，而不只侷限於大法官層次，此作法可強化司法的民主可問責性功能。

本文最主要目的是說明普通法院合議庭應公開不同意見書的重要性與民主可問責性的關係。當法官對判決有異議時，進而提出的不同意見書，可讓民眾有機會知悉法官判決過程是否公允，讓人民看見法官的不同觀點，以符合民主社會公開原則的要求。本文以高雄市長選舉案與台南敬興公司詐欺案為探討對象，由於兩案例在判決書中均附註有不同意見書，不但表達了法官的異議，也公開了原本不為人知的評議過程。讓民眾看見法官應擔起的責任，以便監督法官是否秉持良知、公義進行評議。

上開兩個案中判決書夾附的不同意見書，乃可明白法官判決是2比1。然而於合議庭，因為法官的異議使一個判決結果可能會有多種不同意見及理由⁴。判決書夾附的不同意見書，可以瞭解法官判決是2比1。如果該案的判決書中未夾附不同意見書，社會大眾就無從知悉這是2比1或3比0，以及合議庭內是否有不同意見。然除了此兩個案以外，我國法院有更多合議庭的判決結果與法官理由、意見，是民眾無從知悉的。

Stack認為研究不同意見書該用的方法，應該是採用民主審議的角度去瞭解探討⁵。本文的基本立場，以此概念為出發點，提出以民主可問責性來探討不同意見書。

此外，本文雖以文本分析為主，但亦對本文個案之六位法官分

⁴ 本文個案合議庭為3位法官，然亦有5位法官的合議庭，此時審判票決的比數，將比前者有較多種可能。

⁵ Kevin M. Stack, *The Practice of Dissent in the Supreme Court*, 105(8) YALE L.J. 2235, 2238-46 (1996).

別訪問，輔以佐證與適切說明。對於訪問對象之六位法官，在訪問前皆告知由於具有不同意見書的判決稀少，所以即使完全不公開對象，亦難完全保密，但是對於訪問內容依舊採匿名方式表現，以保障其權益。本研究訪問皆有全程錄音，僅有少數內容敏感，應受訪者要求而未錄音。本訪問成果皆獲受訪者同意且作為研究之用。

至今，台灣學界的研究對於不同意見書公開與否及其正負面評價，仍無定論；無論是政治學界或法學界皆無人專以此觀點去研究不同意見書。尤其一般法學研究多半著重於法條的解釋與使用、訴訟判例、法院體制、業務權責或法理哲學等討論，對於司法的民主可問責性方面進行分析的研究仍較少見⁶。但就司法本身應受監督與民主可問責性方面的問題與研究，卻未能受到相對的重視。

總而言之，公開不同意見書之重要性，乃在於透過公開法官的異議，讓民眾更瞭解法院作出判決的過程與意見，從而可以從外部監督法官，讓法官負有民主可問責性。本文目的在於說明公開不同意見書的重要性，公開不同意見書不必然是民主可問責性的唯一方法；但是不可否認的是，其能成為民主監督司法的重要環節，且由於民主監督施於評議之後，並不悖司法獨立原則。在目前沒有完整的外部監督制度的情況下，我們幾乎無法向法官問責。相對地，亦無法得知法官間的權力運作是否影響了審判的公正性與獨立性。因此，本文將論述公開不同意見書除了彰顯法官的異議外，對於司法獨立非但無害，更可能是有所助益；而且也更加強了司法對於民主社會的責任。

本文首先梳理關於司法獨立與民主可問責性之間的背景與脈絡，以及關於不同意見書的研究；並站在現有學界的基礎上，再進而延伸出本文所欲探究的不同意見書對於民主可問責性的重要性。

⁶ 感謝審稿人肯認民主可問責性於法學議題中有相當廣泛討論與適用之空間。

其次，說明我國不同意見書制度的相關規定。接著，回到高雄市長選舉與敬興公司的個案再談起。再來，說明不同意見書的公開與民主制度下之司法權威的關係，提出一個對於評議秘密原則的解釋，瞭解到司法權威來自人民信任，非以掩飾方式取得，否則如此司法之威信恐只是建立在「高貴的謊言」之上。接著深入探討法官在審判過程之中所展現的權力關係，也將對於法官的良知問題與公開不同意見書屬於權力或義務進行探究。在結論部分，筆者將論證，公開不同意見書不但可展現法官之獨立性，以及增加人民對司法之信賴，更重要的是，亦能夠達到民主監督的效果。

貳、背景與脈絡

本節將說明何謂民主可問責性、有何重要性，及其模型；略述台灣近年司法改革發展中，民主可問責性之缺乏情形。繼而說明民主可問責性與不同意見書之關聯性。最後從既有的文本分析中推導出不同意見書並不僅限於憲法法庭。

一、民主可問責性

可問責性（*accountability*）係指負有義務的行為人在其行動或行為之中，必須向有權利之一方說明、回應；如果行為人未履行義務時，權利人可向其問責，其將得到相應之處罰。從而，可問責性作為民主的一種價值，形塑而成民主可問責性⁷。簡言之，公權力部門即為該義務行為人，人民為該權利人，凡公權力之行使，除有正當合理阻卻事由外，皆有其義務向人民說明與回應人民。因此，

⁷ See LEIF LEWIN, *DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY: WHY CHOICE IN POLITICS IS BOTH POSSIBLE AND NECESSARY* 3 (2007).

可問責性對於憲政民主而言是極為重要的，而非僅是一種起碼的形式責任（rudimentary form of responsibility）⁸。

隨著司法權的擴大，社會對司法的要求和監督也同樣的升高，司法的民主可問責性於焉而生⁹。然而，司法獨立與民主可問責性（或言民主監督）兩者之間存在著一種緊張拉鋸的關係¹⁰。司法獨立就是要讓法官免於某種形式的政治可問責性¹¹。但是，我們如何確保一個獨立行使職權的法官不會濫權？一個獨立的司法體制如何回應民主政治和社會的要求？或是如Cappelletti所提出的問題：「誰來監督監督者？」（*Who watches the watchmen?*）¹²怎樣的民

⁸ *Id.* at 4.

⁹ 民主可問責性除司法權外，在行政權與立法權亦各自扮演著不同程度與不同形式的監督；例如公民監督國會聯盟，即是一種對於立法權的民主可問責性；而當立法者怠惰，未履行該有之義務，或未對人民作應有之回應與說明，所謂的懲罰方式，就是罷免或者在下次投票不與支持。由於本文旨在討論法官的異議與民主可問責性之關係，為集中論題與限於篇幅，未能討論民主可問責性於行政權與立法權之效果與比較異同，仍待另篇文章作適當討論。

¹⁰ See Mauro Cappelletti, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, in JUDICIAL INDEPENDENCE: THE CONTEMPORARY DEBATE 550-89 (S. Shetreet & J. Deschênes eds., 1985); Peter H. Russell, *Toward A General Theory of Judicial Independence*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 1-24 (P. H. Russell & D. M. O'Brien eds., 2001); Louis Michael Seidman, *Ambivalence and Accountability*, 61 SOUTHERN CALIFORNIA L. REV. 1571 (1988); Shimon Shetreet, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in JUDICIAL INDEPENDENCE: THE CONTEMPORARY DEBATE 591-681 (S. Shetreet & J. Deschênes eds., 1985); 但Burbank和Friedman有不同意見，See Stephen B. Burbank & Barry Friedman, *Reconsidering Judicial Independence*, in JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS 9-42 (S. B. Burbank & B. Friedman eds., 2002).

¹¹ Judith Resnik, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure*, 26(2) CARDOZO L. REV. 579 (2005).

¹² 當然不是只有who的問題，還有how這個問題。See Cappelletti, *supra* note 10.

主監督，才不會妨害司法獨立？如果司法過於獨立的話，「沒有監督之下，司法獨立將導致司法暴政¹³。」但是如果司法完全回應民主政治的話，那司法可能到最後不僅無法保障少數弱勢團體的人權，還將導致憲政民主的崩潰¹⁴。至今所有的政治和法學理論，對於司法獨立與民主政治之間的關係還沒有一完整、一致的見解¹⁵。

Cappelletti對於司法體制和政治社會之間的關係，提出三個模型。第一，「鎮壓或是依賴模型」（The repressive or dependency model）：司法直接在政治人物或是政黨的控制之下，過去的蘇聯或是戒嚴時期前的台灣，都是可以算是這種模型。第二，「統合自主模型」（The corporative-autonomous model）：司法組織和社會政治部門，幾乎完全隔離，歐陸的義大利、法國，以及許多拉丁美洲國家可以列入此模型之中。第三，「回應或是消費者取向模型」（The responsive or consumer oriented model）：在此模型之下，司法除負有法律的責任，同時也必須負有社會、政治責任；美國州政府層級的法官，最接近此模型。此模型的基本理念是，在民主政治之下，要求權力分治，同時要求所有的權力不可以不受限制和控制。因此，只有「回應或是消費者取向模型」，才能在司法獨立與民主可問責性的緊張關係之下，取得一個平衡點¹⁶。此模型正可以回應「Who watches the watchmen?」這個問題，也是這三種模型中

¹³ CARL. J. FRIEDRICH, CONSTITUTIONAL GOVERNMENT AND DEMOCRACY: THEORY AND PRACTICE IN EUROPE AND AMERICA 110 (1950).

¹⁴ Croley對於選舉式的司法（elective judiciary）對法治和憲政民主的衝擊，有更深入的討論。See Steve P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62(2) U. CHI. L. REV. 689, 690-700 (1995).

¹⁵ Seidman, *supra* note 10.

¹⁶ Cappelletti, *supra* note 10. Nonet和Selznick有非常類似的看法；See PHILIPPE NONET & PHILIP SELZNICK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW* (1978).

對於民主可問責性的最適模型。

如果我們就司法獨立與民主可問責性來說，鎮壓或是依賴模型是最缺乏司法獨立，但卻是最負責的司法體制，只是它向統治者負責，而不是回應人民的要求。統合自主模型是最獨立的司法體制，但是它也受到最少的監督。並且經常追求組織的自身利益遠大於回應政治和社會部門的要求，不受或過少監督的情況下，也就是在沒有民主可問責性的情況下，恐淪為司法暴政。

因此，為探求台灣司法獨立與民主可問責性的平衡點，欲免於司法暴政與受政治控制，「回應或是消費者取向模型」正是本文的基本立場。回應或是消費者取向模型在現代民主政治中，在兩個方面比起其他兩個模型更占有優勢。第一是正當性問題。在民主政治中，任何有權力的人或是機構都必須受到民主政治或是人民的檢驗。回應或是消費者取向模型比起其他兩個模型，在民主政治中更具有正當性。第二是效率問題。在現代社會變遷變得越來越快速、社會也越來越多元時，只有回應或是消費者取向模型能快速的回應社會變遷與需求。

換言之，本文所論述的民主可問責性或言民主監督，是主張司法獨立的同時，也應該負有社會、政治責任，尤其是向人民負責。且凡公權力者不可以不受限制和控制，也因此需要受到監督。司法在當代民主政治中，必須在司法獨立與民主可問責性中取得平衡。

本文主要的目的不在於全面性地討論民主可問責性的議題，而是針對台灣自解嚴之後，司法獨立改革與民主可問責性的拉鋸作為討論背景，接著探論公開不同意見書的課題。

論者觀察，台灣司法在解嚴二十年來的改革成就，便是司法越來越獨立，司法脫離受政治控制的情形，案件控制的廢除和人事控

制的改革，使得司法獨立獲得相當進展¹⁷。但是，台灣的司法制度似乎缺乏應有的民主監督機制。在人民無從檢視法官判決時，評議與過程是否公正與公平，我們無從得知。甚至可能是法院要求法官為一致性權威尊嚴，放棄自己的異議，進而扭曲了審判的結果與理由。事實上，除了大法官具有部分民主正當性外，台灣的法官僅憑藉著國家考試及格，但卻是不具有民主正當性的法官，其所受到的民主監督及對民主的回應更是薄弱。台灣的司法體制由過去的鎮壓或是依賴模型轉變為統合自主模型：從過去作為維護國民黨威權政權的工具之一，轉變為一自主隔離的團體。至今台灣還缺乏一套司法體系受監督的制度¹⁸，不同意見書的公開更顯得重要，雖然這不是民主可問責性的唯一途徑。但對於監督自主隔離的司法體系，確實是可為重要的機制。我們缺乏外部監督法官的制度，這麼重要的問題在台灣民主化進程中，卻因對於司法獨立的追求而被遺忘，甚至可能被曲解了。

民主可問責性若為我國司法體系朝向「回應或是消費者取向模型」的轉變方針或指標，將一方面可使我國似統合自主模型的司法獨立，拉回一個較適的平衡點；一方面強調法官對於民主社會的責任與回應，亦可增進人民對於司法的信任。

¹⁷ 關於台灣司法改革以及司法獨立過程，詳見王金壽，台灣司法改革二十年：邁向獨立之路，思與言，46卷2期，頁166-167，2008年7月。

¹⁸ 就監督而言，監察院確實有其監督功能存在。然而，就民主可問責性而言，其成員也如大法官僅僅具有部分民主正當性，如此並無法全然代表與符合民主可問責性。最重要者，自增修憲後，監察監督之權交於非民意機關之監察院，實與憲法體制之基本精神扞格；見法治斌、董保城，憲法新論，頁410，2005年10月3版。

二、不同意見書與民主可問責性

不同意見書與民主可問責性之間，究竟存在著何種關係？透過公開法官的異議，讓民眾更瞭解法院作出判決的理由與意見，而非僅只是一致意見。而唯有公開透明方可問責，方可監督。一如我國前大法官王澤鑑認為，公開為民主法治國家的基本原則，受民所託而行使國家權力的人和機關，應對人民負責，負責的好方法之一，就是對人民公開，若無有可資證明之必要理由，不得保密，行政如此，司法亦如是¹⁹。亦如我國大法官許玉秀在《透明的法袍——大法官解釋意見書（2003.10-2007.09）》的序：「透明是民主的顏色；透明是人權的盔甲；透明才能程序正當²⁰。」因此，不同意見書的公開將有助益於司法的民主可問責性。

而且，身為公權力、政府機關代表之一的司法，應該是權責相當，在民主制度之下，尊崇人民之國民主權基本原則是更不可疏忽；否則，只是一味地強調司法獨立，很可能形成司法孤立，更有甚者是司法傲慢之現象，這並非民主政治應有的，且司法日漸獨立，對民主的責任卻更應加強²¹。法律人應該盡最大努力幫助人民提升民主的品質，而不是以司法專業或是司法獨立之名來迴避、回應人民的監督。

因此，法治斌更直接推崇不同意見書制度對司法責任的貢獻，認為不公布不同意見書，對於司法責任是有所不足的，他說：

¹⁹ 王澤鑑，大法官會議解釋意見公開制度之改進，法令月刊，28卷11期，頁9，1977年11月。

²⁰ 許玉秀，透明的法袍——大法官解釋意見書（2003.10-2007.09），頁1，2008年2月。

²¹ 法治斌，當前建構法治社會面臨的問題——司法獨立、司法責任與司法負荷，載：法治國家與表意自由，頁67，2003年6月。

法院雖依法須定期出版公報，刊在裁判書全文，但裁判如由合議庭作成時，卻不得公布法官之不同意見書，從而使得最有可能因此追求之「社會或公共責任」（Societal or Public Accountability）亦不得不有所折扣²²。

司法權擴張的同時，卻忽略了其應負的責任，這正是本文所欲探討民主可問責性與公開不同意見書的重要性。法院雖然公開判決書，但合議庭的判決，卻不能公開法官的不同意見，對於司法責任將有所減弱。追求司法獨立的同時，應該妥善設計民主制衡的機制，尋求司法內部的自體監督與自制；欲求一舉去除害群之馬，是有其難度的，因此應該要強化外部監督司法的力量²³。

上述法治斌對於司法責任與司法傲慢提出的看法，值得我們去深思以及肯定。總的來說，司法責任的問題不能只是單方面企求司法內部的改進，只求諸於司法內部而不對於外界的民主社會有所回應與負起責任，他擔心如此將可能會造成司法傲慢的現象，而這對於一個民主法治國家並非是個好現象²⁴。而且，美國大法官Brennan說：「全體一致本身絕非一項司法美德。」（Unanimity is not in itself a judicial virtue.）²⁵因此，禁止法官提出不同意見書，似非司法者所應為。

美國大法官Douglas認為不確定性本為民主必要與特色，法律永遠有很多的不確定，因此保持著民主合議制的討論，而非用暴力來解決糾紛，這是人想出來唯一通向和平的途徑，會有不同意見也

²² 同前註，頁70-71。

²³ 法治斌，同註21，頁71。

²⁴ 法治斌，同註21。

²⁵ William J. Brennan, Jr., *In Defense of Dissents*, 37 HASTINGS L.J. 427, 432 (1986).

正因是民主的機制²⁶。因此，Douglas大聲疾呼：「不同意見：民主的捍衛者。」（*The Dissent: A Safeguard of Democracy.*）²⁷他冀望法官們證明他們的價值，以表現他們的獨立性、堅忍不拔以及勇氣，他們的不同意見可能為將來補救今天被犧牲的原則，勇敢表達自己見解，用自己的良心去作出選擇（投票）。其肯定不同意見書的提出，認為這是法官展現他們價值與良知的證明，而且可以彌補可能被犧牲的事物²⁸。

法院有秉公確實辦案的責任，在監督司法的機制和當事人可申訴的制度下，更可以督促法官認真、負責地去思考判決的理由，盡己所能，寫出自己的意見，法官的職責在於公平裁判，給予法官最負有責任的機制，對於司法則有更大的貢獻²⁹。由上所述可知，司法在有監督機制時，其審判過程中，法官若有異議，在評議確定後，便會認真且負責地提出不同意見書，是基於公正裁判，這正是克盡職責的表現。美國大法官Ginsburg為其所言下了簡潔有力的說明：「有責任去解釋理由為何。」（*The Obligation to Reason Why.*）³⁰換言之，法官不僅要作判決，還必須在判決中公開說明判決的理由為何，特別是當同一個審判中有不同意見時。這不僅可以確保判決審議過程的透明化，也有助於提升司法責任。

故而Brennan強調有必要捍衛不同意見，不同意見是瞭解何謂公平正義的關鍵，就像我們在判斷他人時，常以觀察其好惡來判斷

²⁶ William O. Douglas, *The Dissent: A Safeguard of Democracy*, 32 J. AM. JUD. SOC. 104, 106 (1948).

²⁷ *Id.* at 104.

²⁸ Douglas, *supra* note 26, at 106-07.

²⁹ Ruth Bader Ginsburg, *The Obligation to Reason Why: Reaching, Writing, and Publishing Appellate Decisions*, 37(2) FLA. L. REV. 205, 207 (1985).

³⁰ *Id.* at 205.

此人的性格，不同意見書就有這樣的功能，讓民眾能檢視法官及其判決。再者，不同意見書可及早發現法律中的瑕疵，免除將來判決的錯誤³¹。Brennan提出意見市場的觀念：法院的多數與少數意見，交織成一種司法意見市場，從這市場中找出最佳的產品（即意見），而且這些意見具有為社會進步播種的功能³²。進一步表示不同意見書可用來瞭解法官，從而監督法院判決與法官，而且可為將來法律社會之改善做準備³³。

另一方面，不同意見書本身有隱喻的「預言」效果。不同意見可能成為未來的主要意見，提出不同意見書的法官如同是一位預言者，將其預見告知同時代的人³⁴。雖然不同意見書將來未必成為多數意見，也非其唯一價值，但確實有這樣的效果存在，而且其將不同想法、觀點和分析方法帶入審判之中，亦具有防止司法程序的僵化之效果³⁵。

此外，Geck探討德國憲法法院不同意見書制度實施的影響與比較其異同，並分析不同意見書對法院內外的影響。他認同不同意見書可提升法院審判的品質，亦可以增加人民對於法律熟悉感，從中學習到法院的判決也只是具有相對的正確性而已，而非絕對。不同意見書對於法院威信的影響，端視其形式與發表數次，其認為法官對於這樣的權利應謹慎為之³⁶。

³¹ Brennan將之稱為「損害控制」（*damage control*）；See Brennan, *supra* note 25, at 430.

³² *Id.*

³³ Brennan, *supra* note 25, at 428, 435-36.

³⁴ Alan Barth, *The Uses of Dissent*, in *PROPHETS WITH HONOR: GREAT DISSENTS AND GREAT DISSENTERS IN THE SUPREME COURT* 3, 21 (1974).

³⁵ Brennan, *supra* note 25, at 436.

³⁶ Wilhelm Karl Geck原著，朱武獻譯，憲法法院之不同意見書對憲法法院之威信及其裁判之影響，輔仁法學，4期，頁86-89，1985年1月。

三、從憲法法庭到普通法院

台灣本土不乏有不同意見書的研究，然而多停留在大法官層面，均對於不同意見書的起源和發展，以及正反面論述有深入的介紹³⁷。當中有提及不同意見書與普通法院者，如程春益認為不同意見書，可使國民有客觀之資訊，以評價個別法官之表現，若擴及到普通法院，或能對躲於「『一致』裁判制度背後上下其手的法官，有警惕及嚇阻之作用」³⁸。而陳淑芳認為在基於保護法官良善內心與確信自由之理由，民主法治社會情況許可下，且秉持民主社會的公開原則，亦可將不同意見書擴及普通法院³⁹。其中湯德宗以量化數據說明法官意見的良性互動，以及普通法院出身的大法官對於提出不同意見書較為積極⁴⁰。這樣的結果，亦導引我們對於不同意見書制度落實於普通法院的思考。

有論者認為從司法權地位觀之，法院應將不同意見隱匿，僅公開多數意見，如此才能確立裁判的權威性，並因此論說大法官中欲提出不同意見者應有所自制；此外，其認為公開不同意見書與法官

³⁷ 例如：李建良，不同意見書與釋憲制度，載：憲法理論與實踐(二)，頁415-460，2007年8月2版；法治斌，論憲法解釋中之不同意見，政大法學評論，21期，頁1-17，1980年2月；陳俊榮，論司法院大法官會議解釋之不同意見書，憲政時代，11卷1期，頁1-19，1985年7月；陳淑芳，法院判決之不同意見書——德國法學界對此一問題之討論，政大法學評論，62期，頁105-127，1999年12月；陳瑞堂，不同意見之實務上運作——美日與我國運作之比較研討，憲政時代，25卷1期，頁17-38，1999年7月；程春益，論裁判解釋之不同意見，律師通訊，197期，頁63-78，1996年2月；湯德宗，大法官解釋不同意見的實證研究，載：權力分立新論（卷二）：違憲審查與動態平衡，頁427-489，2005年4月；劉鐵錚，同註3，頁20。

³⁸ 程春益，同前註，頁72。

³⁹ 陳淑芳，同註37，頁127。

⁴⁰ 湯德宗，同註37，頁442-443。

良知沒有直接關聯⁴¹。也就是說，法官撰寫不同意見書未必一定基於良知，可能會有其他考量。而本文所強調者，是不同意見書的公開與否，關乎民主可問責性，關係到人民是否能監督司法。台灣的司法日漸獨立，對民主的責任也應相對加強；禁止公開不同意見書，不免將減弱司法責任⁴²。換言之，法院、判決過程與結果都應負有民主可問責性，也是對於司法人一種警惕——不該僅追求司法獨立，而忘卻司法對於民主的責任。

雖然，有論者認為不同意見書對於我國造成的負面影響可能較多，故不同意見書之撰寫應有所自制⁴³。但是其反駁不同意見書制度的同時，提供了一個說明：其認為不同意見書非因憲法特質而獨有，它們之間沒有必然關聯⁴⁴。雖然，其意為不同意見書非憲法獨有，故沒有此制亦無不可；但是既然非憲法特質而獨有，那麼以憲法特質作為否定普通法院不能有不同意見書制度的論據，自是不足，一如其文中舉美國與英國的法院為例，不同意見書不限於憲法領域。實務上德國的不同意見書效果不如預期，故未推行至普通法院，實非不同意見書制度不適用於普通法院之故⁴⁵。

回顧台灣學界對於不同意見書的研究中，可發現上述的台灣學者在研究不同意見書問題時，均提出或引用日本、德國、美國的案例來討論這些問題。雖然他們的討論大都是在法官層次上來談，但是就以司法之民主可問責性而言，當無大法官與法官之別；而且上開已說明不同意見書制度本非憲法法庭獨有，故本文將其置於普通法院來討論。順著關於不同意見書之研究的脈絡，筆者整理出幾

41 李建良，同註37，頁437-440。

42 法治斌，同註21，頁70-71。

43 李建良，同註37，頁451-453。

44 李建良，同註37，頁438-439。

45 李建良，同註37，頁442-443；陳淑芳，同註37，頁126。

個公開不同意見書的爭點，如不同意見書的公開是否妨礙司法獨立、是否減損司法權威、法官之間的權力關係，以及諸多研究中均談論到的法官的良知，本文將以民主可問責性的角度進行解析。

參、我國關於不同意見書制度相關規定

本節介紹現行評議法規，發現大小法官在評議上不平等的差異，最後說明我國法律演進之透明化與公開化取向，不同意見書的公開似符合此潮流。

一、現行評議法規

(一)評議之原則、目的與人數

現行評議制度，主要規定於法院組織法第九章裁判之評議第一〇一條至第一〇六條。關於評議之原則，應該要遵守下列幾項原則：民主原則、多數決原則、平等原則、有利於被告原則及秘密原則⁴⁶。

評議制度乃在對參與裁判之合議庭內法官公開且按民主之程序合議審判，以免除各別法官專斷，促使人民提升對於司法的信賴與期待⁴⁷；評議制度係使審判之法官經由民主審議程序，達到裁判客觀性要求，以決定案件的裁判結果。

評議法官人數之規定，依據法院組織法第一〇一條：「合議裁判案件，應依本法所定法官人數評議決定之。」故而，合議庭有三人或五人組成者（同法第三條）。審判長為合議庭之主席。依據法院組織法第一〇二條：「裁判之評議，以審判長為主席。」因此，審判長為合議庭之主席，主持評議。此為其固有之地位，即為庭中

⁴⁶ 姜世明，法院組織法講義，頁160，2008年2月修訂6版。

⁴⁷ 史慶璞，法院組織法，頁315-316，2007年6月。

一員，然雖居主席的地位，並未有特殊異於其他法官之權力地位，於表決權如其同庭員一人一票⁴⁸。此亦平等原則之體現。

(二)評議之順序與方法

評議之順序，以最資淺者或年少者為首位發表意見者。即依據法院組織法第一〇四條：「評議時法官應各陳述意見，其次序以資淺者為先，資同以年少者為先，遞至審判長為終。」此條之立法理由，是因為若資深者先陳述意見，則資淺者難免囿於倫理或其他因素，而未敢表示不同意見，失去合議之原意。故此條規定寓有保障各法官之意見陳述機會，體現民主原則之意義⁴⁹。

評議意見決定之方法，以過半數之意見決定之（第一〇五條第一項）。關於數額或刑事之決定，而分三說以上，前者依據第一〇五條第二項：「關於數額，如法官之意見分三說以上，各不達過半數時，以最多額之意見順次算入次多額之意見，至達過半數為止。」後者依據第一〇五條第三項：「關於刑事，如法官之意見分三說以上，各不達過半數時，以最不利於被告之意見順次算入次不利於被告之意見，至達過半數為止。」此即體現了多數決原則與有利被告原則⁵⁰。

(三)評議秘密原則⁵¹

關於評議秘密原則，即為法院組織法第一〇三條以及第一〇六

⁴⁸ 呂丁旺，法院組織法論，頁61，2008年1月修訂6版。

⁴⁹ 姜世明，同註46，頁161。

⁵⁰ 關於數額與科刑之舉例說明，可參見姜世明，同註46，頁161-162；呂丁旺，同註48，頁272-273。

⁵¹ 關於評議秘密原則與公開不同意見書之間的討論，可見本文第五節的子題「評議秘密原則的圓融解釋」之討論，可瞭解兩者之間不盡然衝突，試著圓融方式的解釋，亦可發現兩者可並行不悖。

條之規定。前者規定：「裁判之評議，於裁判確定前均不公開。」由於評議為判決之內容與結果，基於合議庭之一體性，若在判決確定前洩漏，將使當事人利用各庭員之不同意見，作為上訴理由，徒增上訴動機。又評議之內容與結果，若在判決為宣示前或送達判決書前洩漏，不單法官易招恩怨，當事人恐得預先趨避。故評議開會過程中，非合議庭法官不得參與，但學習司法官經其指導者指定旁聽者，不在此限，然亦應遵守秘密原則不得公開⁵²。

第一〇六條第一項規定：「評議時各法官之意見應記載於評議簿，並應於該案裁判確定前嚴守秘密。」第二項規定：「案件之當事人、訴訟代理人、辯護人或曾為輔佐人，得於裁判確定後聲請閱覽評議意見。但不得抄錄、攝影或影印。」此處規定各法官就其自己於評議時所表示之意見，應予秘密，又為體現司法民主化精神，故使判決之關係人得於確定後，參閱評議簿內容，以瞭解各法官之意見。有論者認為對於司法民主之實踐與審判正當程序之追求，且欲使人民得以監督法官有無確實實質合議，公開裁判之評議是更能體現合議制審判的精神，因此評議秘密並非絕對⁵³。

二、大小法官的差異

大法官部分的法規，依據司法院大法官審理案件法第十七條第一項：「大法官決議之解釋文，應附具解釋理由書，連同各大法官對該解釋之協同意見書或不同意見書，一併由司法院公布之，並通知本案聲請人及其關係人。」第二十八條第一項：「憲法法庭之判決，除宣示或送達外，應公告之，其有協同意見書或不同意見書者，應一併公告之。」司法院大法官審理案件法施行細則第九條、

⁵² 呂丁旺，同註48，頁273。

⁵³ 呂丁旺，同註48，頁274。

第十八條、第二十條均有關於不同意見之規定。因此，我國大法官擁有明確的不同意見書制度。

普通法官由於在法院組織法中有評議秘密原則之規定，而在高等行政法院處務規程第二十四條及最高行政法院處務規程第二十三條均有：「評議之決議應記載於評議簿，如法官中有與決議不同意見者，應於評議簿附記其意見。」等規定。因此，公開不同意見似有違反秘密原則之虞。

大法官可以公開不同意見書，但普通法院何以不可⁵⁴。若以憲法法庭有政治性，故殊於普通法院而獨有此制，在上面已論述過此似不合理。再者，不同意見書制度之出現，應在「合議」的特性，非關所謂憲法法庭的「政治性」。而就「合議」的特性，合議庭有此制度似並無不可。

然而，大小法官卻有不相同的差別待遇，此有違司法院提倡法官無大小的用意⁵⁵。加上，普通法官與大法官相比，僅憑國考及格，其任命似不符具有民主正當性，相較之下更應當須有民主可問責性，為達到法官對民主負責任，此或將增加其民主正當性，不同意見書制度落實於普通法院是有需要的，司法的民主可問責性應無

⁵⁴ 此也是受訪法官皆共同有的疑問，雖然對於現有法制公開不同意見書有分三種看法（其一，公開並不違法：受訪者005、受訪者006；其二，公開可能違法，但非違憲：受訪者001、受訪者004；其三，禁止公開雖不進步，仍可接受：受訪者002、受訪者003），但是對於「大法官可以公開不同意見書，但為何法官不可以？」的看法是一致的。例如，受訪者006很直接表示：「我立場很簡單，你如果說大法官可以接受不同意見，那我就可以接受不同意見。因為大法官可以，從社會公平角度來看，揭示判斷者的意見，本身就是檢視司法重要的一環。」

⁵⁵ 宋明潭，不同意見書的省思，見財團法人民間司法改革基金會網站：http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?offset=40&id=2135，文章日期：2007年6月25日；最後瀏覽日：2008年1月15日。

分大小法官。否則，一樣都是法官，卻如法官張升星所喻「大細漢卻差那麼多」⁵⁶。

有論者認為大法官的不同意見具有終局意見效果，不似普通法院為暫時性的，因此不減損司法的威信，而普通法院公開不同意見書卻顯得不倫不類有傷司法威信⁵⁷。但從審議民主的角度去看，合議庭的判決是透過審議方式來確定其合法性和民主性，進而建構司法和民主的連結。每位法官均有責任，對判決提出他們的法律見解、懷疑以及理由⁵⁸。多數與少數意見均應受重視，法官的想法市場也不應該被封閉，從而促使將來的社會進步⁵⁹。

因此，應無分大小法官的意見，重點乃在司法對於民主可問責性，法官有責提出其法律見解和懷疑，依其法律確信提出不同意見書，增加活化法律的多元意念，而在這些想法中，不乏有促進將來法律社會發展的可能。禁止公開不同意見書的情況下，將因為人民看不見，所以無法透過這些意見，預見將來法律社會的可能發展。這裡必須強調的是，法官的意見或有良窳之分，但不應有大小之別。

三、透明化、公開化的法律演進

我國法院組織法沿革由於司法民主化之要求，修訂關於公開判決書部分，由原本的禁止公開到公開，其後亦須署名，若順此發展，普通法院合議庭公開不同意見書是屬合理，而且如此亦符合民主可問責性。

⁵⁶ 張升星，不同意見書，中國時報，A15版，2007年6月25日。

⁵⁷ 吳從周，新聞事件的民事法分析——民事判決書附記不同意見書，月旦法學教室，66期，頁32，2008年4月。

⁵⁸ Stack, *supra* note 5, at 2246-47.

⁵⁹ Brennan, *supra* note 25, at 432.

我國法院組織法的演變以走向透明化與公開化為趨勢。一九八九年十二月二十二日總統修正公布中，原本不得公開的判決書得以公開，即法院組織法第八十三條：「各級法院及分院應定期出版公報，刊載裁判書全文。」之規定。判決書對人民公開，可防止法官枉法，增加人民對司法的信任，而且亦可宣導法律與法治觀念⁶⁰。判決書是依據評議簿內容製作而成，而這並無違背評議不公開原則，故為因應法律透明化與公開化的演變趨向。此為民主法治國家人民監督司法之決心及維護權利之強烈要求⁶¹。不同意見書的內容亦理應依評議簿內容而製作，公開判決書既為法律進步之演變，那麼公開不同意見書，是屬合理的法律透明化與公開化之演進。

二〇〇一年一月十七日總統修正公布的法院組織法，對於第一〇三條及第一〇六條的規定均有改變。原本評議均不公開，後來修正為裁判確定之前均不公開（第一〇三條）。先前法條為確定判決後，「三年內應嚴守秘密」⁶²。後來修改為與案件有關係人於判決確定後，可以閱覽評議意見（第一〇六條）。此均可以說明法律透明化與公開化之演進趨勢。順此趨勢，法官或言司法理應更加深其民主可問責性，公開不同意見書是屬合理之需求。但是，這樣的進步與演進仍過於緩慢⁶³，台灣當前司法日趨獨立與穩健，司法責任又有待加強的時刻，法律透明化與公開化之演進趨勢應更加快腳步，刻不容緩。

⁶⁰ 呂丁旺，同註48，頁275。

⁶¹ 史慶璞，同註47，頁317。

⁶² 2001年1月17日總統修正公布之前的法院組織法第106條為：「評議時各法官之意見應記載於評議簿，並於該案確定判決後，三年內應嚴守秘密。」

⁶³ 受訪者003認為〈法院組織法〉關於評議秘密原則的部分，法律制定的不是很清楚，而且也不是很進步。

肆、從個案再談起

本節從個案在談起，瞭解個案的事實發展，以及闡述為何法官要給予判決理由，而當不同意見書為理由之一部分時，亦有公開之必要。然後，針對個案所引起的討論進行分析。最後說明一個判決未明之票決，將會引起人民更多的質疑。

一、個案說明

(一)高雄市長選舉案

第四屆高雄市長選舉訴訟案，於二〇〇六年十二月九日開票後，國民黨籍候選人黃俊英以相差1,114票落選，聲請法院保全證據；黃俊英以八日深夜（投票日前一夜），民進黨籍候選人陳菊陣營召開「走路工記者會」，指控黃俊英陣營涉嫌賄選，黃俊英競選總部提出反駁，指稱是民進黨意圖影響選情的抹黑手法，隨後向高雄地檢署按鈴申告。二〇〇七年六月十五日，宣判結果陳菊當選無效，選舉無效駁回⁶⁴。陳菊當選無效，承審法官古振暉附註不同意見書並表達其理由：第一，陳菊陣營投票當天凌晨召開記者會指控對手賄選所公布的錄影帶，經勘驗並非造假，且這種負面競選手法縱有不妥，只能算「違規」，不能認定已構成「違法」妨害選舉，因此判決當選無效。第二，國民投票的平等機會未遭剝奪，選舉公平性未受影響，並未違反選舉的民主原則。第三，若無法證明真實惡意應對於候選人言論自由有所保障⁶⁵。

⁶⁴ 鮑建信，高雄市長選舉官司大事紀，自由時報，A3版，2007年6月16日。

⁶⁵ 王己由、林庭瑤、陳璧琳，最遲年底 高雄市長選舉訴訟須落幕 中選會：二審未改判 三個月內補選，中國時報，A3版，2007年6月16日；鮑建信、孫友廉，判決附註不同意見書 古振暉直指民眾平等投票權未喪失，自由時報，A3版，2007年6月17日。

陳菊進行上訴並展開二審。二〇〇七年十一月十六日，高雄市長選舉官司二審宣判；高雄高等分院合議庭指出，選罷法曾多次修訂，但立法者並未將一切有礙選舉公平性的行為，如抹黑、違反行政中立等，均列為當選無效的事由。逾時競選活動，雖曾被列為當選無效之訴的事由，但後來又刪除。陳菊競選總部舉辦記者會指黃俊英賄選「固有可議」，但不構成違法要件。合議庭在法無規範下，不能擴張解釋，把抹黑、誹謗等行為列為當選無效事由，因此改判陳菊當選有效⁶⁶。

(二)台南敬興公司詐欺案

台南敬興公司案更早於高雄市長選舉案，在判決書中附有不同意見書。敬興輪胎企業有限公司（稱敬興公司）之負責人，二〇〇五年五月底已漸陷入經濟困境，無意願與能力給付貨款，依舊持續訂購各類輪胎，其所開支票均未兌現，負責人避不見面，有詐欺取財罪嫌，台灣台南地方法院檢察署檢察官提起公訴。二〇〇七年一月十一日宣判結果，敬興公司詐欺案件無罪，林臻爛法官附註不同意見書，其與多數意見對於國家應在何時以法律強制，介入商業經營模式以及干涉的強度，在認知上有所不同。而且其認為客觀上，敬興公司負責人確實有施用詐術之行為（在資金已陷入周轉不靈時卻還大量異常叫貨），在主觀上也已經有預見將來無法清償。故認為被告此部分之詐欺犯行事證明確，足以認定敬興公司負責人有詐

⁶⁶ 鮑建信、侯承旭、葛祐豪，二審逆轉 陳菊勝訴，自由時報，A1版，2007年11月17日；曹敏吉，二審逆轉為什麼？菊營抹黑 固有可議 不構成違法 不符法律要件 不能擴張解釋 把抹黑、誹謗列「當選無效」事由，聯合報，A3版，2007年11月17日；或詳見「台灣高等法院高雄分院96年度選上字第13號民事判決」之判決結果。

欺取財罪⁶⁷。台灣台南地方法院檢察署檢察官提起上訴，進入二審，於二〇〇七年七月十日宣判二審結果，一審判決撤銷，敬興公司之負責人詐欺罪名成立⁶⁸。

(三)若無公開，無可問責

本文從兩個案來談不同意見書對於民主監督的重要性。由於合議庭至少有三個法官，因此一個判決結果，其實可能有數種判決組合。透過本文兩個案之判決書，所夾附的不同意見書，從而明白法官判決是2比1。如果判決書中未夾附不同意書，社會大眾就無從知悉這是2比1或3比0。

國家意志形成過程的透明化與公開是民主國家的特徵，是能避免國家決策與決定產生失誤的好方法，司法機關之審判過程亦包含在國家意志形成過程中，因此不同意見書的公開將能使司法機關的裁判透明化⁶⁹。不同意見書可以讓人民更瞭解法官判決的過程是否公義，而法官表述不同意見也不該被禁止公開。要求司法負責的好方法，就是對人民公開⁷⁰。一份判決，人民僅知一個一致意見，卻可能還有其他意見與理由被隱匿的條件下，人民難以對司法問責，民主可問責性無從實踐。

二、判決需給理由

判決有必要給予人民理由。為什麼法官判決要有理由？法官之審判權受人民所託，自須受人民之監督⁷¹，且順應國民維護知的權

⁶⁷ 詳見「台灣台南地方法院95年度易字第487號刑事判決」之判決結果。

⁶⁸ 詳見「台灣高等法院台南分院96年度上易字第138號刑事判決」之判決結果。

⁶⁹ 陳淑芳，同註37，頁127。

⁷⁰ 王澤鑑，同註19，頁9。

⁷¹ 姜世明，同註46，頁165。

力之強烈要求⁷²。法官必須說明其以何為審判的依據，因此法官有撰寫判決書的必要，並將其公開。而且，敗訴者也有權利知悉其敗訴的原因和理由⁷³。因此在合議庭的判決，無論多數意見與少數意見之理由，皆有公開之必要。因此，判決書與不同意見書一併公開將能使此目的達成。亦如上開談過的，法官不僅要作判決，還必須在判決中公開說明判決的理由為何，特別是當同一個審判中有不同意見時。這不僅可以確保判決審議過程的透明化，也有助於提升司法責任。當不同意見公開時，可以促使作出判決的法官提出更為翔實的理由。

合議庭的判決雖為法官票決，但是這與選舉投票行為有著極大的差異。法官對於審判的票決，應非有論者所言如一般選舉採行秘密投票，來確保獨立性，可以等同論之⁷⁴。法官必須為他們的票決負責，而且必須是依其對於法律見解來進行審判票決；民眾個人的選舉投票行為並不需要對全民負起責任，但是法官的審判必須對人民和法律負責。而且，法官獨立審判並不因公開票決結果有所減損，因為評議票決進行過程是不公開的，法官依舊保有獨立性。

英美法系基於保護陪審團的安全，使其能不受外力干擾而獨立審判，所以評議過程在結果出來後也是不公開的。但台灣並沒有採陪審團制度，評議不公開原則是在保護少數意見的法官，因為在判決書中已載明多數法官的結論與理由，故無秘密可言⁷⁵。所以法官為表明其法律確信與責任，認為可受公評，放棄評議不公開的保護，提出不同意見書，並無超越法官職務之虞⁷⁶。

⁷² 史慶璞，同註47，頁317。

⁷³ Ginsburg, *supra* note 29, at 221.

⁷⁴ 李建良，同註37，頁444。

⁷⁵ 張升星，同註56。

⁷⁶ 同前註；曾肇昌，裁判「不同意見」的可貴，全國律師，11卷9期，頁7，2007

若判決結果隱匿了不同意見書，我們並不知道結果是2比1還是3比0，也不知道哪位法官該負起責任？透過高雄市長選舉案和台南敬興公司詐欺案，方可清楚票決為何以及哪位法官要為判決負什麼樣的責任。美國大法官Ginsburg認為法官的責任，是必須去思考判決的理由，用自己的心血寫出自己的意見；法官的職責在於公平裁判，給予法官最富有責任的審判，於司法則更有貢獻⁷⁷。這裡可以看見兩個案的一審法官所願意負起責任，盡己所能寫出自己的判決的理由與意見，也可以知道判決理由的重要。

三、個案引起對於不同意見書的討論

二〇〇七年初的台南敬興公司詐欺案，已有不同意見書出現，但未受到注目；直至同年六月的高雄市長選舉案，因本身即為大眾媒體關注的案件，其不同意見書的出現，亦然引起各界的討論，有贊同者，有反對者。然而，甚少有從民主可問責性的角度和立場，去檢視公開不同意見書的意涵⁷⁸。

(一) 司法院的三個理由

誠如司法院認為高雄市長選舉案的公開不同意見書有違法之虞，要求高雄地方法院調查，循法官自律機制究責。司法院提出幾項評議不公開的理由與目的：一是保護法官的安全，以利評議時能暢所欲言；二是避免不同意見成為當事人上訴的理由；三是避免引

年9月。

⁷⁷ Ginsburg, *supra* note 29, at 224.

⁷⁸ 例如：對於高雄市長選舉案而針對公開不同意見書，姜世明提出計有9項贊成理由之多，簡而精要；但似無以民主可問責性推導出之贊成理由，故本文就此以發揮；參見姜世明，同註46，頁164。

起外界對判決的揣測，影響司法威信⁷⁹。但是，民間司法改革會研究員宋明潭認為高雄市長選舉案三位法官不論意見為何，都有安全顧慮；更何況當事人能否上訴，是依據法定要件，而非法官的不同意見；而所謂「司法威信」的建立，立基於法官的判決品質與素質之上，絕不是狹隘地僅限於一致意見⁸⁰。

固然，陳菊陣營對上訴官司有信心，其信心可能在於有不同意見書，但能否上訴實與法律要件有關，無關乎多數或少數法官意見，所以並不能以此為反對公開不同意見書的論據。

(二)法官本於獨立而審判，國民本於權利而監督

國民黨立院黨團首席副書記長郭素春，質疑判決尚未定讞，承審法官古振暉所撰寫的評議，一審宣判後就公諸於世，是不是違法？是否知情通報高層？國民黨要追究責任⁸¹。高雄地方法院行政庭長涂裕斗表示，應尊重不同法律見解，況且合議庭於司法審判獨立，法院不可能以行政干涉，更不會是政治介入。不同意見書之公開若有違法之處，應由合議庭承擔。若有人指責法官審判有顏色或立場，應提出具體事實，況法官的判決本就可受公評⁸²。法官們的看法兩極，有認為其作法創新，突破制式的判決書，也是負責任的表現；也有認為違反法院組織法評議不公開的規定⁸³。

⁷⁹ 王文玲，公布不同意見 高地院自律處理，聯合報，A16版，2007年6月22日。但是司法院對於自律一事，後來不了了之。

⁸⁰ 宋明潭，同註55。

⁸¹ 孫麗菁，古振暉意見書外洩 藍營質疑違法，台灣時報，2版，2007年6月19日。

⁸² 林雅惠，雄院：不同意見書爭議 合議庭負責，台灣時報，2版，2007年6月19日。

⁸³ 曹敏吉，創新？違法？「不同意見書」看法兩極，聯合報，A4版，2007年6月17日。

上開討論中，大多忽略了司法的民主可問責性與民主監督的重要性，就是要讓人民看見，監督法官判決的見解與意見。而法官的意見是良知還是無知，抑或有更多其他可能，在現代民主國家對公權力決策與運作過程之公開與透明化的要求下，這些都應該讓人民知悉的。若因為法官之裁判非依據公平正義，將如「違法判決」一樣，危害到司法的公正與人們對司法的信任，有時多數意見並非代表正義，少數意見卻可能是最後的真理，亦展現其審判獨立，如此亦可避免合議制流於形式⁸⁴。當然，如果僅僅是因法官個人對於某團體或對象之偏袒，而極力反對多數意見，其若願意公開不同意見書接受公評，對於人民知的權利之維護，固有增益。而且，若有此種現象也更該受人民檢視與監督。

(三) 盡責與避責

論者認為提出不同意見書的法官，僅是為了「各自負責」，而不願為評議結果（對外一致性判決）承擔責任的表現⁸⁵。換言之，即是一種避責。然而，亦有認為這是盡責的表現⁸⁶。那麼究竟提出不同意見書的法官是盡責或避責呢？

從法律責任來談，該法官依然在判決書上簽署以示負責，即維持合議庭之一致性判決的有效性，判決的效力並不因不同意見書而減少。若將來判決有問題時，要追究責任，的確該法官將可因不同意見書而免責。實際上，只要在評議簿中曾有撰寫不同意見者，雖未公開仍舊可因此免責⁸⁷。而要持有不同意見的法官，因判決有問

⁸⁴ 曾肇昌，同註76，頁6-7。

⁸⁵ 吳從周，同註57，頁33。

⁸⁶ 曹敏吉，同註83。

⁸⁷ 受訪者002、003、005認為評議簿是釐清責任重要的依據，也可以替自己與這個案子留下紀錄。

題而一體課責，反而是究責不明。對於其心證、良知，乃至獨立性，更有折損。因此，不公開不同意見書的情況下，法官的責任雖仍可見諸於評議簿。但卻是個沒有民主可問責性的司法，因為評議簿不得公開，又無不同意見書，人民也看不見法官的責任，那麼又何來對司法的信任⁸⁸。

那麼，公開不同意見書的情況下，法官的責任公示於民眾，其心證、意見或理由皆可受公評。對於判決書之簽署也是表示對判決結果負責，重點在使其效力不致減損。同時也免除將來判決有誤時，不至於使司法機關究責不明。因此，並不能說公開不同意見書的法官避責。若從社會責任來看，法官於判決書中附有不同意見書，將其心證、理由及論據公諸於民眾，接受公評，在程序透明、公開上，似非有逃避社會責任。且就民主可問責性而言，其應似更願擔負社會責任方是。

四、未明的票決，人民的質疑

法官審判票決結果不公開的情況下，又無不同意見書的公開，便無從瞭解合議庭判決結果是2比1還是3比0。不但票決結果令人疑心，更令人疑慮的是，這些法官究竟有沒有認真地進行評議，攸關人民權利豈能兒戲？那麼，不同意見書的公開，不只表示法官的異

⁸⁸ 實務上，評議簿的功能不彰。受訪法官皆表示，事後當事人幾乎未曾翻閱過評議簿外，部分法官也沒有在寫評議簿，是直接撰寫判決書，而認真寫評議簿的法官僅僅是少數。如受訪者001說：「我連我評議簿放哪都忘記了。」又如受訪者006對於書寫評議簿說：「我算勤快的啦！其他大部分的人，就是我沒有寫，他也沒有寫；我有寫的，大部分的人也沒有寫。大部分的人不會為了些微的事情寫評議簿的。」問及如果監察院調閱評議簿，而調查法官評議情況時，受訪者006說：「評議簿通常只寫結論，怎麼從評議簿裡面知道法官有沒有認真做評議。」

議，更關乎人民的權利。

本文個案均在二審時推翻一審，特別是高雄市長選舉案，即便報導說二審三位法官意見一致⁸⁹。但是二審評議過程究竟如何並不得而知，亦有諸多不滿與質疑的聲音，司法受到的質疑和攻擊亦未曾減少。

例如，馬英九先生呼籲選民用選票制裁「奧步」黨，宣判結果將讓選舉操作「奧步」的人更加猖狂，辯護律師更痛哭失聲，指法官失去勇氣，沒有作出對歷史與社會教育具意義的判決⁹⁰。如果有不同意見書的情況下，至少可證明法官並沒有失去勇氣。但高雄市長選舉案二審並無出現不同意見書，審判票決幾比幾無從證明，而受到質疑的聲音也並未減少。無論是否公開不同意見書，高雄市長選舉案由於有著顯著的政治性，支持、反對或質疑的聲音本就會現諸於輿論，並不在於因為一審有不同意見書而有質疑司法不公的聲浪；例如，上開二審之後的輿情就是顯明的例子。所以此次事件所引的質疑司法威信或權威的，反而是由於「政治性」，而不是因為「公開不同意見書」。

伍、不同意見書與司法權威

本節將說明公開不同意見書與司法權威之間的關係。司法權威或言法院威信乃是來自於人民的信任，而非以掩藏之方式，禁止公開不同意見。接著，嘗試對評議秘密原則作一個較為圓融的解釋，說明如何既能顧及司法獨立且又負有民主可問責性。最後，不同意見書作為一種程序正義而公開，有助於加強司法責任，而且更展現

⁸⁹ 鮑建信、侯承旭、葛祐豪，同註66。

⁹⁰ 何沛霖、馮惠宜，馬籲選民：用選票制裁奧步黨，中國時報，A02版，2007年11月17日。

法官的獨立性。使我們的司法權威不致建立於「高貴的謊言」之上⁹¹。

一、司法權威來自人民信任

司法權威或言司法威信從何而來？從人民對於司法之信任與信心而建立。如何使人民信任司法？在於其品質⁹²。何以是品質，而非依賴一致意見之判決？試問：今有一判決係由一致意見所作成，然其判決理由不能與時推移，囿於成見，論理依據無法使人信服；簡言之，其品質較劣，何以能取信於民。民眾又豈真盲目信服，而毫無疑問。是故，司法權威之建立與維護在司法之品質，不在一致意見之判決。如何維繫其品質，在於司法是否獨立、法官是否超然中立、審判是否不受干涉、判決是否公正與公平、程序是否正義以及司法之責任是否確立⁹³，或言有無民主可問責性等。

法院係經由其表現而獲得人民信任，而非掩飾的方式，司法審判獨立與公正方能促使社會大眾之認同與信任⁹⁴。美國大法官Hughes認為人民是從法官的性格與獨立性來決定是否信任司法，因此他說：

社會大眾對於法院之信賴，最終所繫者，乃在法官之人格與其獨立性。法官並非僅為審判案件，而係依其確信決定案件應為如何之判決而執行職務。彼等之意見未能經常相一致，固屬遺憾，但

⁹¹ 反對不同意見書公開的主要理由即為司法權威與評議秘密原則，故本節即是對於不同意見書是否違反司法權威與評議秘密原則正反立論上再進一步推演；由於為彰明主題，故論述方式上不獨以正面意見與反面意見分置而論，而是置於同此課題下一併討論。

⁹² 法治斌，同註21，頁67。

⁹³ 同前註。

⁹⁴ Barth, *supra* note 34, at 4-6.

與其犧牲獨立性藉以確保全體一致，不如堅持其獨立性，並予以承認為當⁹⁵。

Hughes主要是對終審法官發言，但是從該段論述可知對於所有法官和法院也是相同的道理，任何法官、各級法院或是整個司法體系，受人民信任皆是同等重要的。Brennan也提到法官有義務將其智慧運用於判決之上⁹⁶。可知司法權威乃是來自人民的信任、法官的責任以及判決的公正。

審判是否受到懷疑、是否影響法院的威信與尊嚴，乃在於判決「公正」與否，而非是否「公開不同意見書」。例如，高雄市長選舉案二審的判決，並無不同意見書，其判決公正性仍舊受到質疑，質疑二審法官失去勇氣，沒有作出對歷史與社會教育具意義的判決⁹⁷。再則，公開的不同意見書若更具說服力，恰可說明人民從其得知判決可能偏頗，進而監督法院，要求「公正審判」。

當然，若不同意見之理由更具說服力，將有損法院尊嚴，使人民對判決產生懷疑⁹⁸。若從民主本具有不確定性理解，與民主審議的角度檢視。民主制度下人民合理的懷疑，不應將之視為損害司法威信。合議庭的法官評議討論，即為一種民主式的，也是審議式⁹⁹，法官可以獨立的抉擇，勇敢的說出心裡話，用自己的良心去作出選擇（票決）¹⁰⁰。這也是民主可問責性的精神，人民監督司法提出質疑，為合理正常之現象，法院豈能以損及司法權威而規避

95 轉引自陳瑞堂，同註37，頁19。

96 Brennan, *supra* note 25, at 434-35.

97 何沛霖、馮惠宜，同註90。

98 劉鐵錚，同註3，頁12。

99 Stack, *supra* note 5, at 2252-54.

100 Douglas, *supra* note 26, at 107.

應負的責任？何況這樣的司法權威可能是不民主的。

公開不同意見書讓人民看見法官的責任，有助於法院威信之建立，而且有不同意見的發表亦彰顯多數意見的正當性¹⁰¹；也就是說，少數意見並非僅僅為了彰顯多數而存在，而是讓結果更客觀與更具有正當性。司法機關亦屬政府公權力之一部分，故而公開透明化是民主的正常現象¹⁰²。不同意見書確可使司法判決更為公開透明化，以符合民主可問責性，以此建構民主制度的司法權威，而不是一種威權體制或不民主的司法權威。司法權力既受人民之託付，當受民主之監督，公開不同意見書。我們所應追求的，是獨立且具有責任的司法。

二、評議秘密原則的圓融解釋

論者說明過去法官沒有外在獨立性的時代，評議秘密原則或有保障法官獨立之作用；今日法官之外在獨立已完全獲得，法官個人人格上的問題更為重要¹⁰³。法官獨立性得到保證，使法官在不受干預作出裁判的情況下，公開不同意見書並未妨礙司法審判獨立¹⁰⁴。而民主法治國家之民主公開理念，要求所有國家意思形成與權力行使過程，若非有不得已之理由皆須公開¹⁰⁵。

¹⁰¹ Stack, *supra* note 5, at 2258-59.

¹⁰² 陳淑芳，同註37，頁127。

¹⁰³ 陳淑芳，同註37，頁110。

¹⁰⁴ 同前註；關於法官獨立性大致上有身分保證、事物獨立性、法官內在獨立性、廢除送閱制度、事務分配之獨立和參與人事審議委員會等的討論與取得經過，詳見姜世明，同註46，頁28-33；其中透過事務分配、參與人事審議委員會和廢除送閱制度等方法，成就了司法的內部獨立，但民主政治卻無法有效從外部監督司法，詳見王金壽，獨立的司法、不獨立的法官？民主化後的司法獨立與民主監督，台灣社會研究季刊，67期，頁6-13，2007年9月。

¹⁰⁵ 陳淑芳，同註37，頁120。

究竟公開不同意見書是否違反評議秘密原則，進而影響司法獨立？上述已說明過評議秘密原則並非絕對。因此，從評議秘密原則來思考一個較為圓融的解釋，或許可以為公開不同意見書是否違反此原則來作分析¹⁰⁶。

(一)進行式與過去式

從評議秘密原則而論，應指法官進行評議之時不公開。因為評議進行之中，若評議過程與內容公開於外，可能引起無謂之滋擾和弊端，或導致私人間的恩怨，對於法官之身家性命恐有所危及¹⁰⁷。當事人也恐將得預先趨避，尤其於進行中，而公開關於論刑科處部分，將使當事人對其無謂猜測，減低其威信，對於主張較重刑之法官心生挾怨，而降低人民對審判之信賴與信心¹⁰⁸。

然而，為了確認判決是否公平正義，程序是否嚴謹，在確保進行評議時不公開原則中，公開不同意見書後，透過民主監督可以檢視判決是否公義、程序有無問題的效果，所以應該說正因為進行評議時不公開（暫稱為「進行式」守密），所以才更需要公開不同意見書（暫稱為「過去式」守密之放棄）來瞭解其評議過程，這樣才能更合理化進行評議時不公開的原則。不同意見書是在進行評議完畢之後與票決結束之後，才將與判決書一併公開（「過去式」守密之放棄）。因此，法官在進行評議時依舊是不公開的（「進行式」

¹⁰⁶ 在面對公開不同意見書究竟有無違法性問題或只是妥當性問題，本文主要係採以圓融的方式去解釋。感謝審稿人提點或可作更直接修法建議，所言甚是。修法的確是較為完備之作法，但法何時可修完仍是未定數；在此之前，似可採此解釋以行，則尚不生違法性或該法規有明顯違憲問題。若可修法而成，依本文旨趣更是樂觀其成。然礙於篇幅與論述主題，於此無法作更多討論，相關法規之修整仍待有志者共同努力，則本文不失拋磚引玉之效。

¹⁰⁷ 史慶璞，同註47，頁317。

¹⁰⁸ 呂丁旺，同註48，頁273。

守密），所以並未有危害審判獨立之虞¹⁰⁹。

(二)獨任審判之法官的疑問

若評議秘密原則意在保護法官之獨立性。為何獨任審判之法官並無此必要，受到評議秘密原則之保護。獨任審判法官在判決宣示或送達判決書之後，其理由、意見或見解皆公開於外，並無人因此懷疑其獨立性¹¹⁰。而且，獨任審判之法官難謂因無評議秘密原則之規定，就無須在判決進行中保密；雖無評議，但也理當遵守於判決進行中保密。若評議秘密原則採用「進行式」守密與「過去式」守密分開的解釋時，則無上開疑慮。

再者，獨任審判之法官其理由、意見或見解皆公示於外，其身家性命亦當有危險之思慮。然而，在我國對於法官之安全保護有所確保之情況下，以及對於司法民主化和民主公開之要求下，而公開判決書。因此，顯見兩相權衡，公開之效益大於其成本。

(三)意在保護少數意見法官

評議秘密原則意在保護少數意見的法官，因判決書中已明示多數意見的結論，故無秘密可言¹¹¹。如有論者說明：若法官為表明其法律確信與責任，認為可受公評，放棄評議秘密原則的保護，提出不同意見書，並無超越法官職務之虞¹¹²。

然而，上開所謂評議秘密原則之放棄，應將視之為「過去式」守密之放棄，而非評議進行中即可以放棄秘密原則。否則，於評議進行時，法官斷然放棄評議秘密原則（「進行式」守密），隨意公

¹⁰⁹ 陳淑芳，同註37，頁110。

¹¹⁰ 同前註。

¹¹¹ 張升星，同註56。

¹¹² 同前註；曾肇昌，同註76，頁7。

開進行中判決的內容、過程或各法官之理由與意見，將有損法官之獨立性等情況出現。因此，評議不公開原則解釋為進行評議時不公開（「進行式」守密），那麼審判獨立依舊確立。而少數意見法官願意在評議結束之後放棄秘密原則（「過去式」守密之放棄），亦可展現其獨立性，其堅定法之確信，勇於為人民負責。

（四）不同意見書並非評議簿

不同意見書雖為節錄及整理自評議簿，但仍非為完全評議之內容¹¹³。如僅知判決書，難謂即知評議簿之內容¹¹⁴。同理，如僅知不同意見書，亦難知評議簿之內容。即便判決與不同意見書兩者同時一併公開，仍無法完全推知評議簿之記載內容。而且，不同意見書論述結構理應會比評議簿完整，因為評議中之異議可能散見於評議簿各處，而不同意見書則是將其集中與整理而論述。

問及一個比之評議簿要完整的不同意見書，是否要花費很多時間撰寫？當時撰寫不同意見書的受訪者表示：「並不會花費很多時間撰寫，它並不需要像大法官撰寫方式，還要註明一堆資料，只要結構完整、論述合理、也就足夠表明自己心證。」其實我們可以這麼說；這些不同意見書的撰寫者，之所以不用花費太多時間的原因，更可能是因為，這本來就是他的意見與心證，當然要比撰寫與自己意見不同的判決書來得容易。

雖然評議內容之公開，可能易造成法官不敢暢言，多所顧忌，而當事人可能對某一法官心生怨懟，而有報復情事¹¹⁵。然而，不同意見書之公開，可免評議之內容完全公開所生之影響，又可促進

¹¹³ 假設該合議庭不但實質評議，而且也有認真書寫評議簿的情況下來論。

¹¹⁴ 呂丁旺，同註48，頁274。

¹¹⁵ 姜世明，同註46，頁162。

民主可問責性。而且，報復情事在獨任審判之法官亦同有此慮，但在與司法民主化和民主公開之要求下，兩相權衡下，公開之效益大於其成本。

(五)不同意見書作為一種程序

對於審判之事務，合議庭法官之抉擇可能不相同。但這時候，重點也許就不在於要試圖說服或折服對方，而是試著尋找出一種方式，以處理彼此的歧異。也就說注意的焦點，可以由「結果」轉到「程序」上。而不同意見書恰可作為此一程序。而就許玉秀大法官所言透明方可程序正當¹¹⁶，那麼程序公開才能追求正義的理念下，不同意見書作為一種程序，實則沒有理由拒絕其程序正義之實踐。

三、公開與品質

上開已論及司法判決品質之重要，一致意見品質不佳之弊，於不同意見書亦有此弊。故本文非謂一致意見即為不好，而不同意見書就可無限上綱；於此澄清。其糾結處在「公開」與否，若今有作成一致意見之判決，係以開誠布公，非以掩飾隱藏而作成，且又具有品質，其對司法之威信當有助益。而若其係以隱匿不同意見，而作成一致意見之判決，似將司法威信立於隱瞞之上，豈非司法之自誣誣人。所以公開為先，先求司法不誣，才能使民眾信服。

若判決品質不佳卻又公開，將使民眾質疑且無法信服司法權威，此疑慮並無有誤。然而，當可以公開之時，法官應有預期公示於民，而受公評之準備¹¹⁷。且公開也意味著負責，受民主監督之

¹¹⁶ 許玉秀，同註20，頁I。

¹¹⁷ 訪問中得知，評議簿書寫不同意見時，大部分只有寥寥要點幾句；問及為何

刻，理應更謹慎，其品質在受監督或有民主可問責性時，將不致低落，若如美國大法官Brennan「損害控制」之喻¹¹⁸。因此，公開反而似可提升其品質。

對於公開之品質要求，尤其對於公開不同意見書而言，其理應論述結構完整，而且對於判決之結果或理由若有異議，應要提出具體之理由才行¹¹⁹。再來，其亦不應有情緒化字眼，更不應涉及人身攻擊；而當瞭解提出異議者，意在表達己見、對法之確信或良知，而非批評或批判多數意見；亦必須考量提出不同意見書對於判決與個人良知之必要性¹²⁰。否則，幾句反對意見，既無完整之結構，又無具體之理由，或有情緒性批判，或僅係批評多數意見，並不能就因此說明異議，優於多數意見；凡此等等。最後，反較品質低落，如此當然對於司法之威信有害，亦有損民眾對法官之信賴。因此，欲公開者當思及此等情狀以顧及品質。

最後，再思及司法權威，法律也是由相對多數通過，卻沒有人因此而質疑其權威性和效力。何以判決非一致通過就會影響到司法威信和有效性。此無法解釋，在民主國家中，司法機關之威信何以是依賴掩飾的方法來建立和維護¹²¹。只要求法院一致意見，法官即便有異議也不能於判決書上附加不同意見書，法官僅須接受這樣的現實，這樣的現實卻是與其心證有悖，但礙於所謂一致意見構成

不把評議簿中的異議書寫成不同意見書，受訪者006說：「寫得不夠好啊！拿出來給人家笑嗎？」可能異議尚無法撰寫成一份完整結構的不同意見書，加上可能異議爭點尚小，對於其心證良知尚能接受，所以僅保留於評議簿中。可預見，若有公開文書之必要者，法官似會更要求其品質。

¹¹⁸ Brennan, *supra* note 25, at 430.

¹¹⁹ 陳淑芳，同註37，頁124。

¹²⁰ 陳淑芳，同註37，頁124-125。

¹²¹ 陳淑芳，同註37，頁111-112。

司法權威之維護，終將只能說出這「高貴的謊言」，告訴大眾判決只有一致意見，沒有所謂不同意見書之作成。

然而，從民主可問責性推出司法權威應以透明的方式來取得人民的信任，而非透過掩飾的方式維持表面一致的權威性。要建立司法權威，從民主可問責性推導而下，方法卻是大相逕庭，以公開透明的方式取得人民的信任，除展現法官個人獨立性、維護其良知外，也使我們的司法威信不致建立於謊言之上。因此，司法權威既係由人民信任所確立，故公開不同意見書可取信於民眾。而且，司法判決的公開化與透明化，人民亦將得監督司法，契合民主可問責性。不同意見書的公開，表示法官願意為個人的意見與判決理由負責，因此公開和負責，兩者是相輔相成的¹²²。所以，讓人民看見法官的責任，提升對司法的信任。

陸、合議庭法官之間的權力關係

本節將探討合議庭法官之間關係主要問題在於權力，而非和諧性。對於其權力關係與運作，也許我們無法深入其境的去瞭解；但是，站在一個質疑法官的立場，我們仍可質疑在秘密原則的保護傘下，法官是否認真地評議，合議庭是否達到真正合議的目的。最後，推論不同意見書制度可救秘密原則之窮。

一、權力關係的探討

既有的不同意見書研究中多是指法官之間的和諧問題，因法官公開其異議而破壞法院內部和諧，造成法官彼此的猜忌¹²³。然

¹²² 陳俊榮，註37，頁7。

¹²³ 見法治斌，同註37，頁9-10；程春益，同註37，頁69；陳淑芳，同註37，頁

而，有論者認為法院內的分歧未必有破壞性，不同意見能夠使法院關注相異的立場、釐清問題或提供不同的解決方式，亦可檢視多數意見的法官，具有正面的價值¹²⁴。而且，合議時法官有異議，此一事實於評議或評議簿中應該本就會有，只是未被揭示，若此有壞和諧性，應不待公開，已生齟齬。故何以謂公開將損及法官之和諧性。

關於台灣大法官會議，有論者實務研究已說明公開不同意見書並不破壞法官或合議庭的和諧，大法官解釋施行以來，已見「不同意見」與「多數意見」的良性互動¹²⁵。

透過訪問法官，瞭解到應該是法官之間的「權力關係」問題，可能才是和諧問題的關鍵所在。以本文兩個個案而言，不同意見書之所以可以公開，是其他兩位合議庭法官亦有同意，而許其公開¹²⁶，那麼這樣的情況下彼此權力關係是平衡的，所以無損及和諧。可以瞭解到不同意見書破壞和諧性的可能性並不高，不過須視法官間的互信與度量而定。問及是否會因有不同意見書而有損法庭和諧？受訪者003說：「法庭氣氛算是和諧，並沒有外界想像那樣很激烈的爭吵，據理力爭情況雖有，但是不至於好像在吵架一樣，都知道是在就事論事，也沒有翻臉。」

對於不同意見會破壞法庭和諧的原因，受訪者006說：

我覺得要看審判長和受命法官的度量。的確有這個風險。我覺得寫不同意見其實是大家可以接受的，重要的是你怎麼表達你的不同意

113-114；劉鐵錚，同註3，頁13。

¹²⁴ 程春益，同註37，頁71。

¹²⁵ 湯德宗，同註37，頁455；劉鐵錚，同註3，頁43。

¹²⁶ 有趣者係，兩份判決的不同意見書均為受命法官書寫，在審判長同意或支持的情況下，才得以公開。例如，其中一位審判長說：「這麼好的意見，沒有被公開，沒有受到檢視，那真是太可惜了。」

見。有人表達不同意見的方法就是批評和攻擊啊！有的人表達不同意見比較就是就事論事……這要看法官個人的民主素養有無問題。

如有論者說明若不同意見書使法官之間彼此對立與猜忌，雖有可能，但是純屬個人之因素¹²⁷；尤其上述提到的法官個人的民主素養。

我們從訪問中也發現到，對於法官而言，在意者乃是在上對下的權力關係，才是真正會影響到他們獨立性與和諧性的關鍵。如受訪者006說：「審判長在某種程度上還是有權力，認為沒有的，就是昧於現實。」並且進一步說：「有時候未必是審判長壓抑其他人的意見，就連其他法官都可能會很壓抑自己的意見。」

尤其當審判長又是庭長時，掌握著考績此權力時，對於同庭法官很難不影響到其獨立性，這是個很現實的問題，它會影響法官的升遷、調動跟薪水。在此情況下問及票決是否會等值？受訪者006說：「在一般的情況下，當審判長的是庭長，審判長的意見通常會被比較尊重，所以在這種情況下，可能會不等值。」而受訪者001表示，考績對於評議時法官意見表達，絕對有影響，因為在乎考績的人仍算多數，而且庭長也不會喜歡一個跟他唱反調或有不同意見的庭員¹²⁸。

此外，受命法官的角色以及其與審判長的互動對於評議過程也有關鍵性影響力。受命法官幾乎擁有著對於判決的最終決定權，而合議只是個形式。其可能原因，來自於受命法官寫判決書的俗

¹²⁷ 陳瑞堂，同註37，頁19。

¹²⁸ 法官考績制度顯見也是一個值得研究的課題，由其對於法官審判獨立性之危害，吾人應有所關注。本文意在研究不同意見書與民主可問責性，故而無法完全在此探討此議題。

慣¹²⁹。這也將容易讓評議流於形式，無論是受命法官一人決定，或者審判長強力（甚至是一種隱性權力）干涉受命法官希望按其結論撰寫，評議未見三人合議，加上陪席法官的邊緣性也易使合議流於形式¹³⁰。

合議庭對於裁判審議討論之時，由於評議進行過程的不公開，因此需要透過不同意見書來瞭解法庭中法官之間的權力關係。透過不同意見書的公開，我們或將可發現與矯正這不正當的權力關係。保護少數、警惕多數的不同意見書制度，似可對這不公平的權力關

¹²⁹ 受訪者006表示：「受命法官為判決書的撰寫者，不只是俗慣，在各法院內部計算各別法官分案比例、未結案乃至於考績過程中評估工作績效的過程，都是以此為前提而為運作。所以，它不只是俗慣，而是制度設計的一部分。」此問題遠比我們預期的複雜，但這已超出本研究預期的目標，必須留待另一篇論文來討論。

¹³⁰ 此外，雲林地方法院法官林輝煌對於此問題，提出一些自己的觀察經驗與看法；他說：「行合議時，法官的階級意識，往往是法官意見表達及表決時的最大障礙。所謂法官的階級意識，究竟是什麼？個人認為，法官的階級意識，乃法官意識到下列事實，而確認階級的存在，並感受到階級所支配的秩序，而願意遵從該秩序，或有時必須費力抗拒該秩序：一、階級權力：主要的是職務監督權。合議庭之成員得對其他成員考核、監督，即易造成隱形的、實質上的、全面性的、上對下的支配壓力。二、階級利益：主要的是工作量的減少。地主從事較少的工作，卻可以取得與佃農更多的收入，而可以將多餘時間、收入用來休閒或從事其他工藝，即為特定社會結構中的階級利益。」其中對於陪席法官的問題及解決之道，他說：「關於行合議審判時，陪席法官怠忽職責之現象：這個現象會導致合議流於形式。至於其成因，一方面是同仁間不好互相責問，另一方面則是因為案件量過多，合議庭成員共同以『讓合議流於形式』的方法減輕『工作量』的默契。若要徹底解決，當然是要針對這個事情的兩個成因加以檢討、改善。惟若要以強迫的手段解決，則可以考慮：以合議庭為分案對象，合議庭收案後，先依合議庭成員之分案比例選定受命法官，進行準備程序，但是等到評議後（而非辯論終結後），再依該分案比例抽籤決定草擬判決的法官。如此，也許可以督促陪席法官認真閱卷、聽訟、參與評議。」詳見林輝煌，關於司法院研擬兼採庭長制及審判長制意見書，未出版。

係有所減緩。

二、一個質疑法官的立場

合議庭在「評議不公開」這樣的保護傘下，使評議過程變成一個黑盒子，法官是否認真依規定進行評議也是令人懷疑的，實務上，有些法官很少會進行實質評議¹³¹。另一種疑慮，是法官中可能會以司法官訓練所期別作為衡量彼此的權力關係，尤其以期別為先後排列，作為人事升遷與業務分派的參考標準¹³²。所以司訓所的期別很可能是法官之間默認為權力地位與關係先後的依據，若無制度的保障，晚輩可能較不願對前輩提出不同意見；也有可能僅聽從前輩的評議意見，而未認真地進行評議，提出自己的看法。此外，還有上開討論的考績問題，對於法官獨立性之危害。如此一來，便失去了合議的意義。

如前述對於不同意見書與司法獨立所探討的重點在於，評議不公開原則應解釋為進行評議時不公開，而非審判結束後不公開其評議結果。而且，我國前大法官林紀東認為監督法官並非為干涉司法獨立，他說：「至於審判獨立為法官依照法律審判，不受任何干涉之意，非謂法官可專擅自為，縱令違法失職，任何人均不能過問¹³³。」

追求司法獨立的同時，也應該要使司法負有相當的責任。那麼

¹³¹ 對於法官有無進行實質評議的疑問，受訪法官或許言重，或許直言不諱，但此實務問題不得不考量。例如，受訪者006說：「有些庭所謂的評議，可能只是形式，也就是說不是我們所認知的法官評議。」又如受訪者003說：「其實有一、兩個案子，也是很大的案子，審判長是受命，像這種案子，我們沒有在過問的。」（底線為筆者所加。）

¹³² 劉恆姣，戰後台灣司法人之研究：以司法官訓練文化為主的觀察，思與言，40卷1期，頁130、155-156，2002年3月。

¹³³ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(三)，頁318，1982年1月修訂初版。

秘密原則究竟是保護了司法獨立，還是被用來隱藏法袍下不負責任的態度？無怪乎我國大法官許玉秀強調法袍「透明」的重要¹³⁴。承張升星所論：秘密原則意在保護少數意見法官¹³⁵；然而，諷刺的是，秘密原則卻可能被某些法官所利用來規避其應負有的司法的責任。這是個不能過問且隱匿不同意見的法院。

故而，不同意見書制度可救秘密原則之窮。在不同意見書公開的情形下，將可減輕法官之間的不平等權力關係；亦可促使法官認真進行評議，為其意見負責。而且可確保少數意見的法官可以對判決結果發表異議，展現其獨立性、堅忍不拔以及勇氣；不服權威，正是一位法官該有的超然地位¹³⁶。因此和諧性不是問題重點，重點在法官之間的權力關係和運作，以和諧性與秘密原則來反對不同意見書的公開，有欲蓋彌彰之虞——不想讓人看見其內部不平等的權力運作。

柒、法官的良知與追求真理

本節將說明不同意見書其隱喻未來的效果，以及法官的良知與真理之間關係。我們將發現到不具有良知的意見，很難構成真理的要件；而當站在一個肯定法官的立場，不同意見書制度的精神，是法官秉持良知、為了「追求」其法之確信與探究真理所做的努力¹³⁷。

¹³⁴ 許玉秀，同註20，頁1。

¹³⁵ 張升星，同註56。

¹³⁶ Douglas, *supra* note 26, at 106-107.

¹³⁷ 在此所強調者在「追求」真理此一動作上，我們並不能直接斷定誰或某種事物即為真理，而是法官基於良知而會持續不斷地「追求」真理的行動。而為保有讓法官「追求」真理的機制，確實有必要將其視為一種程序或者從程序

一、良知與追求真理

不同意見書另一項功能，是隱喻未來的可能，也就是成為預言；其一是上訴之後，上訴法院推翻、駁回，或撤銷原判決；其二是預測未來法律變更的走向或發展，今日的不同意見可能成為未來的多數意見，驗證了這不同意見才是「真理」¹³⁸。而且，人民亦可以透過不同意見書瞭解判決與法律可能的變化。然而，無論其是否成為預言，並非可作為公開不同意見書的必然理由。其精神要點乃是表達法官的良知，與其對真理的追求。回顧台南敬興公司詐欺案，可發現二審法官的判決是認同一審時不同意見書所提出的理由，因此可以說林臻嫻法官的異議隱喻與預言了二審判決，當然更重要的是，其對真理追求的精神。此外，不同意見書可讓二審法官參考比較不同的觀點與方向，使討論的理由越周全，亦有助於法官更客觀進行判決。

公開不同意見書，與法官良知有沒有直接關聯呢？法官良知固然非與公開不同意見書有必然關係¹³⁹；但是公開的情況下，將可以讓民眾瞭解且看見法官負責的態度與良知。因此普通法院應公開不同意見書的重要性在於民主可問責性，讓民眾有機會瞭解法官是否秉持公義來審判、心證是否合理。而且，不同意見書之意義，是本於保全法官良知良心與確信自由¹⁴⁰。法官的判決是由他們自己認定的法律見解與良知決定的。見解與良知如何，他們就如何做；如果對判決有異議，是因為有一個良知在推動他，即使冒著成為少

面來思考，不同意見書制度即為確保這種「追求」真理的程序。於此要感謝審稿人對於筆者論述上的提點，尤其從「程序」觀點加以理解，更可呼應本文所論不同意見書作為一種程序，而程序要透明才能正當之謂。

¹³⁸ Barth, *supra* note 34.

¹³⁹ 李建良，同註37，頁439-440。

¹⁴⁰ 陳淑芳，同註37，頁115-116。

數意見、挑戰多數的情況，還是會堅持提出不同意見書。

不同意見書的本意就在表達法官個人的思想與良知，將法官的異議，透過公開呈現，進而使民眾或大眾媒體瞭解，法官是否真實反應其思想，是否秉持良知提出自身見解與異議，若是秉持良知將可構成「真理」。當然也有非秉持良知而提出的不同意見，例如，法治斌所舉的例子，美國大法官丹尼爾（Peter V. Danial）為維護奴隸制度而提出不同意見書，其價值幾乎是零，沒有人重視¹⁴¹。這個故事可證明良知的重要，不具良知的不同意見，將不會是構成真理的要件，而這更應接受民主監督與民主的可問責。

二、一個肯定法官的立場

不同意見書的公開，從肯定法官的立場而言，即是其表達法官對於法之確信與真理的追求。現代社會變遷快速，法制改革有時不符時代進步與社會發展的需求。而在台灣民主化過程中，司法官很少參與興革民主政治。但是，可以藉由法律解釋，避免惡法亦法，來努力實現正義的職責，而這更有秉持良心與道德勇氣，盡力施為的必要¹⁴²。

一個秉持良知而提出不同意見書的法官，是欲申其法律見解讓人看見，而看得見良知的不同意見，即便今日為少數意見，他日將有可能成為多數意見，因此可以理解秉持良知提出的不同意見，在日後驗證才發現其為真理。不公開不同意見書，不僅看不見法官的良知，也掩蓋了可能為真理的不同意見，最重要者是看不見法官應負的責任。我們應給予法官最負有責任的裁判，對於司法有更大的

¹⁴¹ 法治斌，同註37，頁11。

¹⁴² 蘇俊雄，司法官的良心與倫理，載：憲法意見，頁385-387，2005年10月。

貢獻¹⁴³。總而言之，不同意見書的價值，並不在於其可能成為真理，亦不代表它就是真理。而是，在於法官為了追求其法之確信與探究真理所做的努力。

三、權利與義務

公開不同意見書究竟是法官的權利還是義務呢？在訪問中，曾問及法官有沒有這樣的權利？受訪者006回答：「說是法官的權利，我倒比較認為它是法官的義務，因為你拿人家的稅當你的薪水，作出判斷，你本就應該有義務讓人家可以檢視你。」的確，從判斷係法官義務的觀點，不同意見作為理由之一部分，公開似乎應該是義務。

美國大法官Brennan亦認為提出不同意見乃是義務。因為法官無法像立法機關一樣有權公布法律，但可以且有義務去解釋法律之內涵、運用之規則及適用之範圍，以淬鍊出一個原則或規則，此過程和結果同等重要，否則此一原則或規則之正當性將受動搖。不同意見在此過程扮演著重要角色，讓人民瞭解多數意見的可能瑕疵，及關注法條背後的隱喻意義，更重要的是，讓司法意見市場更豐富¹⁴⁴。這樣的淬鍊過程，若有不同意見相互砥礪與磨合，可以促進意見或見解上的對手，在智力上更加努力以求意見之合理與完整¹⁴⁵。

然而，考量到法官內在之獨立性，則似有必要將此不同意見書制度視為法官之權利，而非義務。若強要求於評議中有異議的法官一定要提出不同意見書，可能將危害到法官內在之獨立性。因此，

¹⁴³ Ginsburg, *supra* note 29, at 224.

¹⁴⁴ Brennan, *supra* note 25, at 435.

¹⁴⁵ Barth, *supra* note 34, at 18.

讓持有異議的法官自行決定，是否公開他在評議中，對判決結果或判決理由所持之不同意見¹⁴⁶。

那麼何謂法官內在之獨立性呢？姜世明說明，基本上法官內在之獨立性，無法直接透過制度擔保，乃因「法官，除良知之外，一無所有」；制度上僅有以間接方式，如身分保障、事物獨立性之確保，以使法官獲得內在獨立、自由之空間。乃因內在之獨立性，涉及法官個人涵養、品性及欲望之問題¹⁴⁷。換言之，此即法官個人人格之問題¹⁴⁸。無怪乎，在訪問過程中，受訪者001不斷說：「法官的心獨立，司法就獨立。」考量到此內在獨立問題，似乎窮制度之極，也無法完全規範法官之心。同樣的不同意見書制度問題，有些法官可能就會覺得會危害內在獨立，然而，有些法官則坦然於胸，自認可受公評¹⁴⁹。因此，法官之心是否能作為，構成贊成不同意見書制度公開與否之討論依據，不無疑問¹⁵⁰。

因此，若從公開不同意見書之品質探究，則似採權利說更為合當。由於若採義務說，則法官於評議中有異議就必須公布之，然其異議爭點或為些微，或尚無法作成一份結構完整的不同意見書，或其良知尚能接受；其形式不完整卻有義務公開，此時公開的書件量也將增加，此等情狀對於司法之品質將有折損，也將影響到司法之

¹⁴⁶ 陳淑芳，同註37，頁124。

¹⁴⁷ 姜世明，同註46，頁32。

¹⁴⁸ 陳淑芳，同註37，頁110。

¹⁴⁹ 受訪的六位法官也都是持可受公評的態度，並不認為這對於其內在之獨立性有太多動搖；其中幾位法官更指出考績制度才是影響法官內在獨立之關鍵所在。

¹⁵⁰ 再討論下去，僅係誅心之論，本文並無此意說：贊成此制度之法官即心胸坦蕩蕩，而反對之法官即會長戚戚之意。法官之心蓋難論斷，本文主旨係在制度面，以及司法之民主可問責性，無意針對個別法官。

威信¹⁵¹。不若採權利說，除法官內在獨立無干涉之疑慮外，更重要的是，對於判決品質之保證。

然而，若採權利說又有一疑，法官有選擇公開異議與否之權利，是否恐有司法之自誣誣人呢？其關鍵點在有無不同意見書之作成，若有則應公開，不應為求一致意見之判決而禁止，否則有司法自誣誣人之疑慮；若無不同意見書之作成，則其判決可能雖有異議，但尚不能構成一份不同意見書，雖不公開此異議，但不能謂之誣。因尚不能構成不同意見書之異議，仍書於評議簿，而評議簿亦能於日後予利害相關人參閱，故不誣。

再思上開兩說，若法官僅於公開與否擁有有限權利，而對於判決則有最大義務與責任。也就是說從法官之職務義務本係「判斷」而論，提出自己之理由、意見，而讓其程序最後能公示於民眾，接受公評，都是本為應當。然而，考慮到司法判決之品質，總不能任何微小或尚不能構成不同意見書之異議，附註於判決書一併公開，此對司法判決品質之傷害，將使人民減少對司法之信賴。因此，在此點上，法官個人尚有選擇空間；當然此空間有賴法官個人之良知，故本討論方置於本結前提下——法官的良知。若其異議已能作成不同意見書者，則有義務公開。如此，於法官克盡責，於人民可問責。

捌、結 論

本文旨在說明普通法院合議庭應該公開不同意見書。透過民主可問責性角度的分析，與民主監督的立場，瞭解不同意見書的公開並不妨礙司法獨立和危害司法權威。我們嘗試揭開合議庭中，法官

¹⁵¹ Wilhelm Karl Geck，朱武獻譯，同註36，頁89。

之間權力關係可能的影響，可能藉由秘密原則的保護來迴避其應負有的司法的責任。最後，闡釋不同意見書，是法官秉持良知、表達其法律確信以及對真理之探求和追尋的精神；以及此為法官之最大義務與有限權利（或最小權利），義務者在判斷之應該，權利者在品質之維護，而使法官作成不同意見書之前仍有選擇空間；然一旦作成即應公開。

首先，我們瞭解何謂民主可問責性與為何需要，否則可能會有司法暴政、司法孤立與傲慢之疑慮。尤其我國除了大法官具有部分民主正當性外，我們的法官僅憑藉著國家考試及格，卻是不具有民主正當性的法官，其所受到的民主監督及對民主的回應更是薄弱。不同意見書的公開將是可以增進民主可問責性的方法之一。

然後也論說就以「合議審判」有不同意見書制度而言，不同意見書制度非憲法法庭獨有，故本文將其置於普通法院來討論。我國在不同意見書制度中，只有大法官有明文規定；普通法院則以評議秘密（不公開）原則而有爭論。然而，民主監督應無分大小法官的差異，而且法官的意見或有良窳之分，但不應有大小之別。由於民主法治國家人民監督司法的決心與維護權利之強烈要求¹⁵²；法院組織法於本文討論相關條文均可發現是透明化與公開化的法律演進。透過不同意見書的公開，可以進一步透明化司法過程。

法官不是陪審團，所以有責任說明其判決理由。合議庭票也絕不是一般選舉投票，法官須為其判決負責，並且說明理由何在；不同意見書作為是理由的一部分，將其公開有其道理，而且如此更可瞭解票決的比數。此外，提出不同意見書的法官，為免司法機關日後究責不明，為使公眾可以檢視判決，無論從法律責任與社會責任而言，應似盡責而非卸責。

¹⁵² 史慶璞，同註47，頁317。

司法權威當來自司法判決品質，而使人民信任，而非一味掩飾方式取得人民之信賴。司法獨立受到危害之疑慮主要是主張評議秘密原則，認為公開不同意見書將會影響司法審判獨立；然而，如今，我們司法體系內部的自主獨立，不再受到人事干涉、分案干擾；在這樣的條件下，公開不同意見書並不妨礙司法獨立。而且，若對評議秘密原則提出另一番解釋，似可以圓融或緩和這樣的疑慮。將評議秘密原則採用「進行式」守密與「過去式」守密分開的解釋；也就說前者係評議進行時的絕對不公開，後者係判決結束後可視情況公開其評議過程。在此前提下，評議秘密原則意在保護少數意見，若法官為表明其法律確信與責任，認為可受公評，放棄評議秘密原則的保護（「過去式」守密之放棄），提出不同意見書，並無超越法官職務之虞¹⁵³。不同意見書的公開是在審判評議之後，評議已然結束，再附註於判決書一併公開，既不影響其評議心理，亦不妨礙審判獨立，而謂公開不同意見書影響司法獨立者，未免聳言聽聞。而且，若不同意見書作為一種序，為追求程序正義之實踐，實無禁止之道理。

公開不同意見書亦可以使司法判決品質有所提升。若係以隱匿不同意見，而作成一致意見之判決，以所謂一致意見之構成可維護司法權威，終將只能說出這「高貴的謊言」，告訴大眾判決只有一致意見，沒有異議。似將司法威信立於隱瞞之上，豈非司法之自誣誣人。若從民主可問責性推出司法權威應以透明的方式來取得人民的信任，而非透過掩飾的方式維持表面一致的權威性。從民主可問責性推導而下，以公開透明的方式取得人民的信任，除展現法官個人獨立性、維護其良知外，也使我們的司法威信不致建立於謊言之上。

¹⁵³ 張升星，同註56；曾肇昌，同註76，頁7。

探討合議庭法官之間的關係，本文發現權力支配關係較有可能是影響評議過程的關鍵因素之一。站在一個質疑法官的立場言之，在評議不公開的保護傘下，使評議過程變成一個黑盒子，我們當然可以合理懷疑法官是否認真的在進行評議。而且，更令人質疑的是，評議秘密原則究竟是保護了司法獨立，還是用來隱藏法袍下不負責任的態度以及不當的權力運作。黑色的法袍，需要透明的思考。所以透明、公開以及負責說明不同意見書制度，對於一個健全的司法制度有其必要性。

不具有良知的意見，很難構成真理的要件；而當站在一個肯定法官的立場，我們可以體會不同意見書制度的精神，是法官秉持良知、為了追求其法之確信與探究真理所做的努力。不同意見書制度並非是要否定多數意見法官的努力，而是在強調不同意見是有其必要。在民主法治的國度下，法律討論本來就是一種不確定性的，所以需要透過意見表達和議論，來解決紛爭。所以你當然可以不同意我的不同意見，而這就是民主法治的國度。法律本來就不是死板的條文字句，而是多面向的一種存在；其精神就像民主社會那種有著多重層面，僅僅要求判決的一致意見，可能是個虛偽的一致意見，反而是曲解法律的，也是不具有民主可問責性的。

不同意見書之公開，本文在分析權義之利害後，認為應為法官之最大義務與有限權利（或最小權利），義務者在法官有判斷之責任，權利者在品質之維護，而使法官作成不同意見書之前仍有選擇空間。

以司法意見市場概念而言，這些不同意見具可為將來民主法治社會之改善作準備¹⁵⁴。正確的方法是會隨著時代的移轉而改變，今日的巨人可能變成明日的侏儒，不同意見可能是一種改變的開

¹⁵⁴ Brennan, *supra* note 25, at 430.

始。在司法意見市場裡不該被一致意見所壟斷，它可以更寬廣。

公開不同意見書與判決書相互輝映出法官的性格；正如 **Brennan** 所言，我們可以經由觀察法官的好惡來瞭解法官¹⁵⁵。而這也正是本文不斷強調民主可問責性的重要所在，人民可以透過不同意見書來檢視其理由、聽聞其意見、瞭解其心證。法官公開其不同意見書，將會是司法增加其民主可問責性的一大步。

¹⁵⁵ Brennan, *supra* note 25, at 428, 435-36.

參考文獻

一、中 文

1. Wilhelm Karl Geck, 朱武獻譯, 憲法法院之不同意見書對憲法法院之威信及其裁判之影響, 輔仁法學, 4期, 頁79-105, 1985。
Geck, Wilhelm Karl, Zhu, Wu-Xian translator, The Influence of Dissenting Opinions on the Authority and Decision of the Constitutional Court, Fu Jen Law Review, no. 4, pp. 79-105, 1985.
2. 王金壽, 獨立的司法、不獨立的法官? 民主化後的司法獨立與民主監督, 台灣社會研究季刊, 67期, 頁1-38, 2007。
Wang, Chin-Shou, An Independent Judiciary, Dependent Judges? Judicial Independence and Democratic Supervision since Taiwan's Democratization, Taiwan: A Radical Quarterly in Social Studies, no. 67, pp. 1-38, 2007.
3. 王金壽, 台灣司法改革二十年: 邁向獨立之路, 思與言, 46卷2期, 頁133-174, 2008。
Wang, Chin-Shou, Taiwan's Judicial Reform in the Past Twenty Years: The Road to Independence, Thought and Words: Journal of the Humanities and Social Science, vol. 46, no. 2, pp. 133-174, 2008.
4. 王澤鑑, 大法官會議解釋意見公開制度之改進, 法令月刊, 28卷11期, 頁8-9, 1977。
Wang, Tez-Chien, Improving the Disclosure of the Interpretations of the Grand Justice Council, The Law Monthly, vol. 28, no. 11, pp. 8-9, 1977.
5. 史慶璞, 法院組織法, 2007。
Shih, Ching-Pou, Court Organization Act in Taiwan, 2007.
6. 吳從周, 新聞事件的民事法分析——民事判決書附記不同意見書, 月旦法學教室, 66期, 頁28-33, 2008。
Wu, Chung-Jau, Analysis of Civil Law in Current Events: Dissenting Opinions in Civil Judgment, Taiwan Jurist, no. 66, pp. 28-33, 2008.

7. 呂丁旺，法院組織法論，修訂6版，2008。
Lu, Ting-Wang, *Theories of the Court Organization Act*, 6th ed., 2008.
8. 李建良，不同意見書與釋憲制度，載：憲法理論與實踐(二)，頁415-460，2版，2007。
Lee, Chien-Liang, *Dissenting Opinions and the Institution of Constitutional Interpretation*, in *Theory and in Practice of Constitution* (2), pp. 415-460, 2d ed., 2007.
9. 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(三)，1982。
Lin, Chi-Tung, *Explanation of the Constitution of R. O. C.* (3), 1982.
10. 林輝煌，關於司法院研擬兼採庭長制及審判長制意見書，未出版。
Lin, Hui-Huang, *Suggestions of the Institution of Presiding Judges and Chief Judges*, Unpublished.
11. 法治斌，論憲法解釋中之不同意見，政大法學評論，21期，頁1-17，1980。
Fa, J.P., *Dissenting Opinions of Constitutional Interpretations*, *Chengchi Law Review*, no. 21, pp. 1-17, 1980.
12. 法治斌，當前建構法治社會面臨的問題——司法獨立、司法責任與司法負荷，載：法治國家與表意自由，頁65-72，2003。
Fa, J.P., *The Issues of Establishing the Rule of Law in Taiwan: Judicial Independence, Judicial Responsibility and Judicial Burden*, in *The Country Under The Rule of Law and Freedom of Expression*, pp. 65-72, 2003.
13. 法治斌、董保成，憲法新論，3版，2005。
Fa, J. P., *Dung, Bau-Tscheng, A New Theory of the Constitution of R. O. C.*, 3th ed., 2005.
14. 姜世明，法院組織法講義，修訂6版，2008。
Chiang, Shyh-Ming, *The Lecture of Court Organization Act*, 6th ed., 2008.
15. 許玉秀，透明的法袍——大法官解釋意見書(2003.10-2007.09)，2008。
Hsu, Yu-Hsiu, *Transparency and Justice: Opinions of the Constitutional Decision (2003.10-2007.09)*, 2008.
16. 陳俊榮，論司法院大法官會議解釋之不同意見書，憲政時代，11卷1期，頁1-19，1985。
Chen, Chun-Jung, *The Study on Dissenting Opinions of the Grand Justices Coun-*

cil, *The Constitutional Review*, vol. 11, no. 1, pp. 1-19, 1985.

17. 陳淑芳，法院判決之不同意見書——德國法學界對此一問題之討論，*政大法學評論*，62期，頁105-127，1999。

Chen, Shu-Fang, *Dissenting Opinions: The German Perspective*, *Chengchi Law Review*, no. 62, pp. 105-127, 1999.

18. 陳瑞堂，不同意見之實務上運作——美日與我國運作之比較研討，*憲政時代*，25卷1期，頁17-38，1999。

Chen, Jui-Tang, *Practical Applications of the Dissenting Opinions: A Comparative Study of the U.S., Japan and Taiwan*, *The Constitutional Review*, vol. 25, no. 1, pp. 17-38, 1999.

19. 曾肇昌，裁判「不同意見」的可貴，*全國律師*，11卷9期，頁6-7，2007。

Tseng, Chao-Chang, *The Value of “Dissenting Opinions”*, *Taiwan Bar Journal*, vol. 11, no. 9, pp. 6-7, 2007.

20. 湯德宗，大法官解釋不同意見的實證研究，載：*權力分立新論（卷二）：違憲審查與動態平衡*，頁427-489，2005。

Tang, Te-Chung, *An Empirical Study on the Dissenting Opinions of the Council of Grand Justices*, in *Separation of Powers Revisited*, pp. 427-489, 2005.

21. 程春益，論裁判解釋之不同意見，*律師通訊*，197期，頁63-78，1996。

Cheng, Chun-Yih, *Dissenting Opinions of Judicial Judgments*, *Taipei Bar Journal*, no. 197, pp. 63-78, 1996.

22. 劉恆妉，戰後台灣司法人之研究：以司法官訓練文化為主的觀察，*思與言*，40卷1期，頁125-182，2002。

Liu, Heng-Wen, *A Study of Judicial Officials in Postwar Taiwan: An Observation Focused on Their Training Culture, Thought and Words*, *Journal of the Humanities and Social Science*, vol. 40, no. 1, pp. 125-182, 2002.

23. 劉鐵錚，不同意見書之研究，載：*大法官會議不同意見書之理論與實際*，頁3-48，2003。

Liu, Tieh-Cheng, *A Study of Dissenting Opinions*, in *Theory and Practice of the Dissenting Opinions of the Grand Justices Council*, pp. 3-48, 2003.

24. 蘇俊雄，司法官的良心與倫理，載：*憲法意見*，頁375-388，2005。

Su, Jyun-Hsyong, Conscience and Ethics of Judicial Officials, in *Constitutional Opinions*, pp. 375-388, 2005.

二、外 文

1. Barth, Alan, *The Uses of Dissent*, in *PROPHETS WITH HONOR: GREAT DISSENTS AND GREAT DISSENTERS IN THE SUPREME COURT* 3 (1974).
2. Brennan, William J., Jr., *In Defense of Dissents*, 37 *HASTINGS L.J.* 427 (1986).
3. Burbank, Stephen B. & Friedman, Barry, *Reconsidering Judicial Independence*, in *JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS* 9 (S. B. Burbank & B. Friedman eds., 2002).
4. Cappelletti, Mauro, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, in *JUDICIAL INDEPENDENCE: THE CONTEMPORARY DEBATE* 550 (S. Shetreet & J. Deschênes eds., 1985).
5. Croley, Steve P., *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62(2) *U. CHI L. REV.* 689 (1995).
6. Douglas, William O., *The Dissent: A Safeguard of Democracy*, 32 *J. AM. JUD. SOC.* 104 (1948).
7. FRIEDRICH, CARL J., *CONSTITUTIONAL GOVERNMENT AND DEMOCRACY: THEORY AND PRACTICE IN EUROPE AND AMERICA* (1950).
8. Ginsburg, Ruth Bader, *The Obligation to Reason Why: Reaching, Writing, and Publishing Appellate Decisions*, 37(2) *FLA L. REV.* 205 (1985).
9. LEWIN, LEIF, *DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY: WHY CHOICE IN POLITICS IS BOTH POSSIBLE AND NECESSARY* (2007).
10. NONET, PHILIPPE & SELZNICK, PHILIP, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW* (1978).
11. Resnik, Judith, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure*, 26(2) *CARDOZO L. REV.* 579 (2005).

12. Russell, Peter H., *Toward A General Theory of Judicial Independence*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 1 (P. H. Russell & D. M. O'Brien eds., 2001).
13. Seidman, Louis Michael, *Ambivalence and Accountability*, 61 SOUTHERN CALIFORNIA L. REV. 1571 (1988).
14. Shetreet, Shimon, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in JUDICIAL INDEPENDENCE: THE CONTEMPORARY DEBATE 591 (S. Shetreet & J. Deschênes eds., 1985).
15. Stack, Kevin M., *The Practice of Dissent in the Supreme Court*, 105(8) YALE L.J. 2235 (1996).

Judges' Dissents and Democratic Accountability

Chin-Shou Wang* Hung-Ru Wei**

Abstract

This paper will discuss why judges' dissents should be made open to the public since their dissents are very important to the judicial democratic accountability. When judges express dissent at a trial, they should have the right to proclaim such dissent publicly. By comparing and contrasting judges' dissents, the public will be able to examine whether the judges' decisions are fair and just. In this sense, judges' dissents do not deteriorate the authority of the judiciary, and they do not violate the principle of secret of deliberation and that of judicial independence. Instead, judges' dissents may help maintain judicial independence. Moreover, this paper will also discuss how power relations among judges affect the deliberating process since judges' dissents may help balance unequal powers among judges. In order to increase judicial accountability, judges should have the right and obligation to proclaim their dissents publicly.

* Associate Professor, Department of Political Science, National Cheng Kung University; Ph.D. (2004), in Sociology, University of North Carolina at Chapel Hill.

** Project Employee, Department of Political Science, National Cheng Kung University; Bachelor of Arts (History), National Cheng Kung University, Taiwan.

Received: October 8, 2009; accepted: February 23, 2010

Keywords: Dissenting Opinion, Democratic Accountability, Deliberating Processes, Judicial Independence, Judicial Authority