

依法審判與公正審判的隱藏張力：一個和解方案的嘗試

（本文為研討會文章，未經同意請勿引用）

章弘裕

*Lawyers and judges are working political philosophers of a democratic state.*

—Ronald Dworkin, (2011).

## 壹、前言

眾所周知，政治思想家漢娜·鄂蘭（Hannah Arendt）後期轉向探討「判斷」（judge）此一人類精神官能（faculty）。按照鄂蘭的寫作計畫，《心智生命》（The Life of Mind）的第三部分正是以「判斷」為名。然而，突如其來的逝世使鄂蘭未成功完成其判斷理論，讓後世的我們無從探究其對判斷的完整、充分觀點。所幸，但鄂蘭仍然留下許多「線索」，待後人可以藉此推測鄂蘭的想法。而在這些「未完待續」中，「判斷」緊密相連於以下的立場：不偏不倚（impartiality）。

若容許本文進行一些詞語上的「抽換」，Judge 不僅意味著判斷，同時也意指「裁判」；不偏不倚，同樣也可以被理解為「公正」。我們可以發現，兩者同時體現出某種令人好奇的「一語雙關」。而且，正因為「裁判<sup>1</sup>」與「公正」分別在法律領域中扮演相當重要的角色，以致於對研究者而言，將鄂蘭對「判斷」的討論以及分析引入法學領域中，似乎是再自然不過的選擇。事實上，前南非大法官奧比·薩克思（Albie Sachs）在其自傳中，直截了當地表示，當我們試圖理解「裁判」或者說「下判決」這一項法律活動時，我們可以「正當地」參考鄂蘭對

---

<sup>1</sup> 我們不能忘記哈特（H.L.A Hart）的次級規則之一便是裁判規則（rules of adjudication），請參見：H.L.A Hart 著，許家馨、李冠宜譯，法律的概念，頁 121-122、125-126。

「判斷」的闡釋和說明。薩克斯大法官更認為，在某種程度上，「判斷」與「原則之間的衡量」具有相類似的結構<sup>2</sup>。

不過，本文目標不是考察鄂蘭眼中的法律「裁判」，究其本質而言，是否便是所謂的「審美判斷」(aesthetic judgement)，亦不是企圖將鄂蘭的「判斷理論」轉化為「裁判理論」(theory of adjudication)，而毋寧是想要援引鄂蘭的思想，來重新檢視對「裁判」或「審判」的既定理解。本文以下將先分析「法治」這一原則或理念的特徵，考察當法治理念得到依循時，法官或是司法的活動會呈現何種態樣，並指出毫無反思的依循「法治」可能存在何種風險？接著，本文將考察鄂蘭的判斷理論，說明本文為何認為鄂蘭的分析可能可以成為法律「裁判」的借鑑、參考標準甚或是典範？

貳、依法即公正？

Carl Schmitt 雖然認為法治僅僅是自由派的徒勞空想<sup>3</sup>，但仍在《憲法學》中對「法治國」此一概念或者說理念提出相當詳盡且有益的分析。海耶克(Friedrich August von Hayek)便曾在其書中特別強調 Schmitt 的重要貢獻<sup>4</sup>，而海耶克的法治理論又進一步影響當代法理學家 Joseph Raz<sup>5</sup>。因此若要研究「法治」一詞所具

---

<sup>2</sup> Albie Sachs 著，陳毓奇、陳禮工譯，斷臂上的花朵，頁 158-159。這無疑讓我們想到德沃金的論點，此部分請參見：Ronald Dworkin 著，孫建智譯，認真對待權利，頁 69-76。

<sup>3</sup> Tracy Strong 著，萬毓澤譯，政治性的神聖特質，政治與社會哲學評論，22 期，頁 5 (2007 年)。

<sup>4</sup> 這自然是《自由的憲章》，海耶克的描述如下：「The conduct of Carl Schmitt under the Hitler regime does not alter the fact that, of the modern German writings on the subject, his are still among the most learned and perceptive; see particularly his *Verfassungslehre* (Munich: Duncker und Humblot, 1928) and *Der Hüter der Verfassung* (Tübingen: Mohr, 1931).」請參見：Friedrich August Hayek, *The Constitution of Liberty* 309 (2011).

<sup>5</sup> 顏厥安，法治原則包含民主嗎？一個當代理論的反省，頁 10-11。原文為研討會論文：〈民主與法治：當代的反省〉，殷海光誕生百年紀念國際研討會，財團法人紀念殷海光先生學術基金會主辦 (2019 年 9 月 27 日)，現修改後投稿審查中。本文所引用者係修改投稿版。

有的意涵<sup>6</sup>，從 Schmitt 對「法治國」（Rechtsstaat）的分析入手，或許是一個可行的出發點。Schmitt 認為，任何無條件尊重有效客觀法和現有主觀權利的國家都能被稱作法治國<sup>7</sup>。但若法治國被限定在當代憲政主義的意義下，則著眼於公民自由的法治國不僅需要建立在「法治」或者說「法律的統治」之上，更要求作為統治者的「法律」必須具有某種特定的「品質」（quality）。且正是這種「品質」，使我們能夠將命令（command）或措施（measure）與法律相互區隔<sup>8</sup>。Schmitt 指出，在「法治」理念的悠久傳統中，法律被賦予或者要求各式各樣的「屬性」（property）中。然而在眾多屬性或要素中，Schmitt 強調，唯有一項是法治或者說法治國來說絕不能放棄的，亦即法規範的「一般」（general）特徵。若拋棄法律的「一般特徵」，我們根本無法合乎邏輯的闡釋或說明「法律之治」或「規範之治」<sup>9</sup>。在這一意義上，我們必須和「形式」法律概念（formal concept of law）保持距離，不能將法律理解為被授權立法之機關依據法律程序所制定者<sup>10</sup>。Schmitt 指出，構成憲政思想之基礎的法律觀，絕非上述所謂的形式法律概念，毋寧在於法律是一種按某種邏輯屬性來規定的條款（satz）。關鍵區分始終是：法律是一般合理的原則（a general rational principle），或是措施、具體裁定（decree）

---

<sup>6</sup> 當然，法治國和法治，在思考取向以及誕生脈絡上都有所差異，因此進行更詳細的區分和分析是有必要的，但因為本文的書寫取向，只能暫時擱置這一問題。

<sup>7</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory* 172 (Jeffrey Seitzer, trans., Duke University Press 2008)(1928).

<sup>8</sup> Schmitt 並指出，就此而言法治國是一個法律國（statutory state、Gesetzesstaat），但這裡的法律必須與事實相互區分，不能直接將立法者的產物等同於法律，亦即本文中不斷強調的法必須被理解為普通規範，此部分請參見：Schmitt, *supra* note 7 at 181. 需要注意的是，Schmitt 在《The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes》中重申此論點，但在該書中，他似乎更側重 19 世紀以降的法治國發展呈現出的趨勢，亦即將前國家的法權轉換為法律、將正當性轉換為合法性。要如何融貫說明 Schmitt 之著重點的變化，已非本文現在所能解決的論題，本文只能初步指出，部分的理由或許在於「法」和實然的脫節與對立，以及權威概念的喪失。此部分請參見：Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol* 66-67 (George Schwab & Erna Hilfstein trans., 1996) (1938).

<sup>9</sup> Schmitt, *supra* note 7 at 183-184.

<sup>10</sup> Schmitt, *supra* note 7 at 184.

或命令（order）<sup>11</sup>。這些均可以追溯至一個有著歷史悠久的區分：nomos 對立於 thesoms、ratio 有別於 voluntas<sup>12</sup>。

除了區分實質法律概念與形式法律概念，以正確掌握「法治」或「法治國」之外。在 Schmitt 眼中更重要的，或許是去察覺到民主與自由的區分或是齟齬，即便兩者最初不僅是「天然」盟友，甚至被視為一物<sup>13</sup>。Schmitt 卻始終強調，自由與民主作為政治價值或理念，不僅取向有所不同，亦是建立完全不同的原則之上；民主是被統治者（governed）與統治者（governing）的同一（identity）<sup>14</sup>，自由主義的基礎卻是「真理越辯越明」<sup>15</sup>，強調公開性（openness），兩者無法被直接等同。而若忽略自由與民主的差異，將兩者相互等同，自然便會導致政治法律概念／民主法律概念——人民的意志即法律（law as the will of the people）——與法治國法律概念——法律作為具有特定品質的規範（law as a norm characterized by certain qualities）——被不加區分的看待<sup>16</sup>。

更進一步，即便自由與民主在表面上相互重疊，我們仍應謹慎地區分兩者面臨的對手，前者旨在對抗「君主」專制主義（princely absolutism），後者則旨在對抗「一切」專制主義；前者強調人民代議機關於立法過程中的參與，後者則要求任何對自由或財產的侵害都必須基於（on the basis of）法律而不是透過（by）法律；前者是自由主義的落實，後者卻是出於平等的要求；Schmitt 深具洞見地

---

<sup>11</sup> Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary* 43 (Ellen Kennedy trans., 1988)(1923).

<sup>12</sup> Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* 11 (Jeffrey Seitzer trans., 2004)(1932).

<sup>13</sup> Schmitt, *supra* note 11 at 24

<sup>14</sup> Schmitt, *supra* note 11 at 14.

<sup>15</sup> Schmitt 原文為：「真理能夠透過不受拘束的意見衝突被發現，這種競爭能產生和諧」德國浪漫主義所謂「不斷的交談」（unending conversation、ewiges Gespräch）可以被用於闡釋此一狀態。Schmitt 並認為，強調論辯不僅是因為這是一種有用的權宜之計，而是自由主義真正關切存亡的問題。此部分請參見：Schmitt, *supra* note 11 at 35-36

<sup>16</sup> Schmitt, *supra* note 7 at 187-188.

指出，兩者的結合僅僅是「因緣際會」<sup>17</sup>。雖然在台灣，我們往往基於「自由民主秩序」的觀念，理所當然地將自由與平等並列。但是，正因為字由意在限制任何的恣意侵害，自由／法治與民主毋寧是處於潛在對立與衝突中<sup>18</sup>。有別於我們司空見慣的想法，「法治」理念的當代意義或許反倒必須透過自由與民主的衝突來理解。

回到 Schmitt 對法治以及法治國的分析上，我們可以發現他清楚地區分「法律之治」（rule of law）和「依法而治」（rule by law）<sup>19</sup>。法治國的理論正是基於法律與個人命令之間的對立：法律是一般的，並且總是公之於眾，有著無例外的普遍拘束力，從原則上說適用於任何時間；後者則總是因事而異<sup>20</sup>。正是對法律之「普遍特徵」的尊重，使法治國不至於淪為變動不定之議會多數決專制主義<sup>21</sup>，這是近代（modern）法治國的根本基礎，在此 Schmitt 引用法國公法學家 Léon Duguit 的說法指出：

---

<sup>17</sup> Schmitt, *supra* note 7 at 190-192.

<sup>18</sup> 此部分亦請參見 Schmitt 對自由與民主之對立的說明，請參見 Schmitt, *supra* note 7 at 235-236。值得注意的是，Schmitt 認為，正是自由個人主義與民主同質性間無法迴避的衝突，導致議會制面臨危機。此部分請參見：Schmitt, *supra* note 11 at 17.

<sup>19</sup> Jeremy Waldron 亦從介係詞 of 與 by 的差異切入，指出 rule by law 通常意味著法律僅僅是作為工具或手段以實現特定目的。Brian Tamanaha 亦曾提出頗為知名的形式與實質區分。以上請參考：Jeremy Waldron, *Rule by Law: A Much Maligned Proposition*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-19 2-3(2019); Brian Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory* 91(2004).

<sup>20</sup> Schmitt, *supra* note 11 at 42.

<sup>21</sup> 請參考 Schmitt 的以下敘述：「誠然，議會立法國的法律概念內在對最變化多端的内容有著廣泛的中立性，但這一法律概念必須涵蓋諸如規範的普遍性、實質的具體和持續性，藉此支持一個立法國。最重要的是，它不可中立於自己本身和自己的前提條件。若議會組織僅被視為一般大眾選舉的功能，且其多數決定將制定法律，卻忽略其成員的特定品質，以及任何法律的實質要求，那麼所有正義和合理性，法律的概念和合法性本身，都將終結於一種根植於多數之算術式理解上，沒有實體和内容的內在一致功能主義觀點中」、「在法治國中，應當由法律進行統治，所有國家活動都處於法律保留之下。應該避免被授權立法的機關建立自己的統治來取代規範的統治，使『法規』無從再與任何個別給定指令、措施和命令相互區分。一種形式法律概念，例如將法視為任何立法組織經由立法程序制定的事物，會將法治轉換為立法機關的專制主義，且取消立法、行政和司法的任何區分。」以上請分別參見：Schmitt, *supra* note 12 at 27; Schmitt, *supra* note 7 at 191.

法律可能邪惡、不公正，但此一危險因為法律的普遍和抽象結構 (composition) 而降到最低限度。法律的保護性特徵，甚至其存在理由 (raison d'être) 本身，都基於其一般特徵<sup>22</sup>。

我們可以透過 Schmitt 引用的康德論點來概括法治／法治國的結構，在《論永久和平》 (Zum ewigen Frieden) 中，康德寫道：「統治的是法律本身，而非具體的個人」 (law itself is dominant and not a particular person)<sup>23</sup>。而正如前述，法律必須被理解為一般、普遍的規範，唯有如此，個人原則上不受限制的自由方能得到充分的保障。不論是專制君主、行政機關、議會，或者是「法官」本身，都受到法律的拘束。此種規則的拘束面向，是法治之所以能夠保障自由或是權利的基礎，因為這對國家的活動，設下可以預見、測度的範圍。Schmitt 便以行政法為例，指出「法律是徵收 (expropriation) 的基礎，一般前提條件，而非其工具<sup>24</sup>」，不論是刑罰或是行政高權的施加，都以一般規範做為其「先決條件」<sup>25</sup>。重要的是，「法治」規範的不僅僅是行政權與立法權，司法權亦受到法治理念的涵蓋。因此我們必須在此一條件或框架下來理解法治國中的司法權會如何運作，或者更具體的說，法官的「裁判」會如何運作。

Schmitt 注意到，縱使法治國有透過依據司法程序作出之判決來解決衝突的傾向，然而，我們絕不能忽略這些判決或是裁判乃是以「有效、一般的規範」作為前提。亦即，法官之所以能夠「獨立審判」，必然是因為預先存在特定有效的規範的，且法官無條件的仰賴於 (一般) 規範。更直接地說，法官能夠「獨立」，在於法官「從屬」於 (普遍的) 法規範<sup>26</sup>。按照法治／法治國的理念，法規範乃

---

<sup>22</sup> Schmitt, supra note 7 at 195-196.

<sup>23</sup> Schmitt, supra note 7 at 183.

<sup>24</sup> Schmitt, supra note 7 at 191-192.

<sup>25</sup> Schmitt, supra note 7 at 194.

<sup>26</sup> Schmitt, supra note 7 at 176, 195.

是法官之裁判的界限。在探究司法權是否適宜作為「憲法守護者」進行討論，Schmitt 強調：

世界上不存在一個沒有司法獨立的市民法治國，也不存在一個**內容上不受法律拘束**的司法獨立，更不能在法律與司法判決間不做實質區分的情況下討論如何受法律內容的拘束<sup>27</sup>。

因此，市民法治國的核心概念正是「依據法律」（auf Grund eines Gesetzes），法官的「判決」終究有別於法律：前者是「依據法律」做出的「個案」決定，其內容必須出自另一個規定於法律之中可衡量、可預測的決定之要求。因此如前所述，對規範的服從構成法官之獨立性、客觀性和身分保障等等的基礎<sup>28</sup>。事實上，現行憲法亦抱持同樣的觀念。憲法第 80 條便規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」法官在進行審判時，固然具有一定的判斷自由，然而其範圍或限度都受到一個事先或業已存在之規範的「拘束」，裁判的基礎是能夠進行確定及可測度之涵攝的規範<sup>29</sup>。簡言之，法治國或是法治理念具有「規則拘束」（rule binding）的面向，這一拘束不僅關涉於國家權力的行使、立法的程序，同時也指向司法權的運作。

在此我們可以稍微總結，法治意味著由作為普遍規範的「法律」作為統治者。法治顧名思義便是法律「之」治（rule “of” law），進而衍生出某種規則的「拘束力」。法官或是司法者的裁判，受限於既有規範設下的範圍。但這同時也保障法

---

<sup>27</sup> 又 Schmitt 對此的分析應當可以視為 Schmitt 眼中所有司法權均應謹守之界限。請參見：Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯，憲法的守護者，頁 53、90。粗體為本文所加。

<sup>28</sup> Schmitt（註 27），頁 91-92。Schmitt 亦認為這種拘束構成司法審查權唯一的證立基礎，請參見：Schmitt（註 27），頁 69。

<sup>29</sup> Schmitt（註 27）頁 73。需要注意的是，Schmitt 此處的討論的固然是針對司法審查權，然而對 Schmitt 來說，這種用帝國法院所行使的司法審查權，在本質上與一般法官的裁判權是相同的，請參見：Schmitt（註 27），頁 66 以下。

官審判的客觀性以及獨立性，使法官能夠免於官方——尤其是政府——命令或指示的干涉，亦即對政治的否定（the rejection of the political）<sup>30</sup>。

對台灣法律社群而言，鑒於過往政治介入司法的經驗，我們鮮少會對透過法律限制國家，或是避免政治力量介入的理念有所懷疑。透過司法院大法官解釋的中介，「法治」理念在法學社群中已經堪稱欣欣向榮，受到廣泛繼受與發展，事實上也推動台灣自由民主化的進程。而這些似乎都建立在司法者對於法律的「忠誠」之上：「法律人」透過對憲法或法律的闡釋（當然還有其他因素的共同作用），從而催生所謂的「自由民主憲政秩序」，然而，這種「忠誠」是否可能反過來成為「公正」——法律的另一項重要目的或理念——之落實的阻礙？這一提問乍看矛盾：既然法官必須依法審判，在不受到外在政治或是私人因素的干預下。法官「盡忠職守」，涵攝、適用法律，難道還不足以確保審判的公正無私嗎？

誠然，透過預先存在的普遍規範，我們可以防止特定因素的介入，確保審判結果不受影響，並提供一定程度的精確性、可預測性。然而本文認為，正是這種作為法治核心的「規範拘束性」，可能導致或是無法避免最終審判結果的不公正／偏袒。這種不公平／偏頗的情形可能出於以下兩種情景：首先，對特定法規範的詮釋適用固然沒有違反法治原則——因為沒有逾越法規範的拘束——的要求，卻是不公正的。其次，我們往往忽略，審判依據的「法律」本身可能「內建」特定意識形態。結果便是，即便審判的結果可能是基於普遍、抽象規範而來的「制度化」壓迫，卻仍然符合法治理念的要求<sup>31</sup>。正是在此一意義上，「依法審判」反倒與公正以及不偏不倚背道而馳。

---

<sup>30</sup> Schmitt, *supra* note 7 at 300.

<sup>31</sup> 因為法治理念的重點，在於避免個別、具體的侵害，以使人們的自主性不受干涉。但回到十九世紀的美國，我們不難預料黑人或是其他族裔可能受到的迫害，而既然迫害是可以預料的，那這些壓迫和侵害，或許便不會被認為違反「法治」原則。

就此而言，即便存在弔詭之處，但法治的「非政治性」或許正建立在「政治性」之上<sup>32</sup>。此一「弔詭」正是本文在眾多討論「法治」或「法治國」的思想家中，特別選擇 **Schmitt** 之分析的原因。因為 **Schmitt** 指出，市民法治國以及法治理念，是和具體特定政治情勢、發展相互結合的。從近代政治發展史來看，法治國欲保護的毋寧是資產階級的自由<sup>33</sup>不受國家侵害，內在相符或指向特定階級的利益<sup>34</sup>。因此司法裁判之所以必須免於政治——這主要導向於行政權和立法權——介入或影響，原因之一便在於透過權力分立保障原則上不受的限制的個人權利。又或者說，資產階級的個人利益<sup>35</sup>。若我們將目光投向美國歷史或是美國法律史，可以發現一個現在看來相當荒謬的狀況，法治固然保障「人民」的自由，卻也容許「奴隸制」運作很長一段時間。這要不基於某種「正確卻又偏頗」的法律論證，要不便是因為法規範本身便代表著特定階級的利益。甚至可以說，特定階級往往透過法規範來鞏固自己的利益<sup>36</sup>。這樣的歷史案例，不免總人聯想到「正像你們的法不過是被奉為法律的你們這個階級的意志一樣」<sup>37</sup>。

若 **Schmitt** 的分析是正確的，我們似乎難以否認法治具有的政治意涵，也無法否認法治在某種程度上受到「政治—經濟條件」的決定。不過，本文認為我們需要過度擔心這種「政治性」，因為即便是「單薄」的法治觀，仍然很大程度促進並改善許多過往存在於人類生活中的缺陷，法律制度的運作也不宜被單方完全

---

<sup>32</sup> 因為規範的無條件適用總是預設排除與區分。

<sup>33</sup> 這並不是指平等的理念在法治國中便蕩然無存，**Schmitt** 便認為法治國之法律概念的內在屬性便是法律前人人平等，因為法律作為普遍規範得出如此的結論：個人的特權或是豁免不被容許。這裡的個人自然必須被理解為普遍的對立。請參見：**Schmitt, supra note 7 at 194.**

<sup>34</sup> **Schmitt, supra note 7 at 170.**

<sup>35</sup> 我們很難忽視第一代人權跟資產階級訴求間的高度重疊。

<sup>36</sup> 顏厥安（註 10），頁 24。

<sup>37</sup> 或許法律現實主義（**Legal Realism**）的重要主張：法律的不可決定性，便必須放在此一脈絡下來理解。

化約為政治—經濟條件；更重要的則在於，本文認為，存在透過另一種「政治性」來解決「形式法治觀」之問題的可能。這種政治性主要而言並非源於法規範的制定過程，反倒來源於法官的「裁判」活動。亦即，我們不僅需要透過某種「非政治性」，也需要透過某種「政治性」來追求審判的——法律詮釋——的「公正」。

### 參、判斷的政治性意涵

始於對二戰極權主義災難的反省，終於突如其來的逝世，鄂蘭不僅未能完成其判斷理論，其判斷理論似乎也無法被視為一個前後融貫的整體。事實上，我們毋寧可以認為鄂蘭的前後論點、主張，所關心的主旨有所變化。其中之一便是隱隱相對立的「行動者」與「旁觀者」<sup>38</sup>。本文無法對鄂蘭的思想進行系統性的重構與詮釋，然而因為本文所關心的乃是法官的「裁判」，故傾向援用鄂蘭基於旁觀者立場所建構的理論。此部分最重要的文獻，便是鄂蘭在紐約新學院（The New School）授課時所使用，後續由學生彙整出版的：《康德政治哲學講稿》（Lectures on Kant's political philosophy）。

相較於晚近的政治哲學發展，因為政治哲學家羅爾斯（John Rawls）的發展，咸認康德的契約論在政治哲學中佔有重要的一席之地。然而，鄂蘭認為康德真正的政治哲學，並不在於康德以一致性規則／不矛盾律為基礎所闡釋的定言令式（categorical imperative）<sup>39</sup>。相較於側重《實踐理性批判》（Critique of Practical Reason）的傳統康德研究，鄂蘭斷言：「康德哲學中真正的政治能力不是立法的理性，而是判斷<sup>40</sup>。」康德之所以沒有書寫所謂的「第四批判」，是因為康德的政治哲學，業已蘊含在康德自發書寫的第三批判，《判斷力批判》（the Critique

---

<sup>38</sup> “Hannah Arendt” by Maurizio Passerin d’Entrevès, Stanford Encyclopedia of Philosophy, ISSN 1095-5054, <https://plato.stanford.edu/entries/arendt/>, 2022/03/13.

<sup>39</sup> Hannah Arendt, Lectures on Kant's Political Philosophy 37(1992).

<sup>40</sup> 漢娜·鄂蘭著，蔡佩君譯，政治的承諾，頁 232。

of Judgment) 中<sup>41</sup>。在此，我們不需要繼續詳加討論鄂蘭對康德獨特的詮釋是否正確，但我們有充分理由認為，鄂蘭對康德《判斷力批判》的詮釋，可以構成我們理解鄂蘭「判斷理論」的重要文獻。

《康德政治哲學講稿》的主軸之一，是我們該如何看待歷史上的各種事件，甚至是以鄂蘭對「史家」（觀點）的討論告終，這或許是源於康德在《判斷力批判》中對法國大革命的思考。然而，本文將先不討論我們應該如何看待歷史——亦即史家或是旁觀者應當採取何種立場，而將先討論另外一個對鄂蘭來說同樣具有深刻政治意涵，並且與「判斷」密切相關的概念，亦即批判性思考。

什麼是批判性思考呢？直覺上，我們或許會認為和「換位思考」相當類似。然而，鄂蘭強調，若要正確理解「批判性思考」，絕不能將移情（empathy）與批判性思考兩者相互混淆。而要說明兩者之間的差異，我們便必須從從康德對啟蒙／啟蒙運動的理解出發，正如康德自己所指出的一般，啟蒙時代便是批判的時代（age of criticism），啟蒙運動也正意味著自偏見與權威之中解放<sup>42</sup>，在《純粹理性批判》中，康德如此寫道：

我們的時代在特殊的程度上是批判的時代，所有事物都必須受到批判。宗教...和...立法或許會嘗試讓自己豁免於此，但它們這樣只會引起懷疑，且再也無法誠摯的尊重，理性只將這種尊重賦予那些能夠承受自由且公開審視之考驗（the test of free and open examination）的事物<sup>43</sup>。

在這樣的脈絡下，思考必須被理解為 *Selbstdenken*，亦即獨立思考，這正好有別於傾向被動的「偏見」（prejudice）。啟蒙的重點即在於擺脫偏見；而移情或是

---

<sup>41</sup> Arendt, supra note 39 at 9.

<sup>42</sup> Arendt, supra note 39 at 31.

<sup>43</sup> Arendt, supra note 39 at 32.

換位思考，卻是以他人的偏見來取代自身既有的偏見，仍未擺脫所謂的「自我利益」（self-interest）<sup>44</sup>。

釐清常見誤解後，在哲學傳統上，我們可以將批判性思考追溯到蘇格拉底；鄂蘭認為，蘇格拉底所做的不外就是將自己的思考過程——我與我自己的無聲對化——透過話語而公共化（make public），蘇格拉底並在這一公共「展演」中發現支配思考的唯一規則：一致性原則（the rule of consistency）或者說不矛盾律（the axiom of noncontradiction），這點亦為康德所接受<sup>45</sup>。更重要的是，他們均認為批判性思考要求盡可能地將其自身置於「自由且公開審視之考驗」之下。思考過程中，他人的參與將多多益善。康德所謂「理性的公開運用」正是如此：理性並非用於將自我隔絕於社群之外，而是要使自己和他人一同融入其中<sup>46</sup>。這又涉及康德對人類「思考能力」的獨特理解，對康德來說，若是欠缺「自由且公開檢驗的考察」，思考和意見之形成都是不可能的。換言之，批判性思考要求「一般的可交流性」（general communicability）；重要的是，鄂蘭認為「判斷」亦是如此<sup>47</sup>，或者說，批判性思考所需要的「公共性」與「判斷」（以及其如何可能）之間有著天然的親和性，而這又使鄂蘭認為批判性思考以及判斷與「政治」密切相關。

值得注意的是，這種作為思考以及判斷之前提條件的可交流性或是公共性（publicity）並不要求我們親身走入人群，而毋寧是運用「想像力」（imagination）。對康德而言，人類的想像力具有如此的能力：讓不在場（what is absent）在場

---

<sup>44</sup> Arendt, supra note 39 at 43.

<sup>45</sup> Arendt, supra note 39 at 37. 這種對權威的挑戰正是批判性思考之政治意涵的來源。

<sup>46</sup> Arendt, supra note 39 at 39-40.

<sup>47</sup> Arendt, supra note 39 at 40. 這或許便是為何鄂蘭會選擇以《判斷力批判》來重構他所謂康德並未書寫的政治哲學，因為判斷與人的複數性息息相關，請參考鄂蘭的這段話：「以聖經的話來說，哲學家必須接受的奇蹟——如同他們以無言以對的驚奇接受宇宙、人以及存在的奇蹟——不是神創造了大寫單數的人，而是『祂創造了男人和女人。』他們將必須在承認人性弱點之外，接受一個事實：『讓一個人形單影隻是不好的。』」請參見：鄂蘭（註 40），頁 97。

(present)<sup>48</sup>。透過想像力，我們能夠將對象轉換為某種不需直接面對的事物，也將其內化 (internalized) 至某種感覺之中。我能夠被其感動，彷彿其是被以非客觀感受賦予我一般。藉此，人們透過想像力所接觸到的，是事物的表象，而非其直接存在 (presence)，人們並因此「置身事外」 (uninvolved)。接著，人們討論的不再是品味，而是判斷，因為人們已經透過再現建立某種適宜的距離，或者說「無關利益」 (disinterestedness)<sup>49</sup>。此一態度或者說立場對鄂蘭——以及康德——來說相當重要，因為這種「事不關己」的態度，構成一切判斷的先決條件。透過想像力，人們能夠「後退一步」而不被直接捲入特定行動或者事務之中，或者用鄂蘭的說法：「藉由閉上自己的雙眼，一個人變成一位可見事物不偏不倚的旁觀者，免於直接影響<sup>50</sup>。」我們可以從鄂蘭引用的康德書信，來進一步理解「判斷」的特色：

你知道我並非基於純粹駁斥的意圖而去著手處理那些合理的異議，而是在對其的仔細思索中，我總是將這些異議納入我的判斷中，並向它們提供推翻所有我最珍視之信念的機會。我懷著希望，透過從他者的立場不偏不倚地審視我的各種判斷，某些能改善我先前深刻理解的第三種觀點能夠有所可能。

---

<sup>48</sup> Arendt, *supra* note 39 at 65. 鄂蘭並於同頁給出更詳細的說明：想像力將客觀感覺的對象轉換為「被感受」 (sensed) 的對象，彷彿它們是某種內在感受的對象。這一轉換並非透過反思對象，而是透過反思對象的表象 (representation) 而發生的。被再現 (represented) 的對象引起人們的愉悅或不快，而非對象的直接感知 (perception)。康德將這稱作「反思的過程」 (the operation of reflection)。

<sup>49</sup> Arendt, *supra* note 39 at 67. 鄂蘭指出，康德認為人們唯有在面對美時所感受到的快樂是「無關利益的愉悅」 (disinterested delight)，並正是這種對於美無關利益的愉悅，使鄂蘭認為康德有必要預設「原初協定」 (original compact)。此部分請參考：Arendt, *supra* note 39 at 30, 74-75.

<sup>50</sup> Arendt, *supra* note 39 at 68.

[心靈需要合理程度的放鬆和消遣]使其能夠另外從每一角度重新審視某個對象，且因而擴大其觀點，由微觀的觀點轉向普遍展望的觀點，並相應地接受各種可以想像的觀點，透過所有他者來驗證每一種觀察<sup>51</sup>。

鄂蘭指出，之所以能夠企及這種不偏不倚的「德行」(virtue)，並非因為思考者於處在一個「更高的立場」之上，而在於對他人觀點顧及、考量。又或者說，人們擴大自己的想法以考慮他人想法。這便是康德所謂「心智的擴大」(enlargement of mind)，透過「比較我們自身的判斷與他人可能而非實際的判斷，並將我們自己置於所有他人的處境上」而得到實現。這正是為何前述鄂蘭強調，我們不能將批判性思考與單純的移情或換位思考相互等同的緣由。「擴大的思維」首先源於「擺脫那些偶然附著於我們判斷之上的限制」<sup>52</sup>；簡單的說，擺脫我們因為處在特定時空、條件下所導致的偏見<sup>53</sup>。這也意味著，當我們意圖進行判斷時，我們必須「善解人意」(considerate)——鄂蘭指出，其原意便是我們必須為了他人而克服自己的特殊、主觀的條件；判斷(以及品味)始終是「他者導向」(other-directedness)的，我們必須反思他人及其品味，以便將其判斷納入考量<sup>54</sup>。

接著，在康德哲學以及鄂蘭對康德的詮釋中還有一項相當重要的概念，亦即共同感受或常識(common sense、sensus communis)。對鄂蘭來說，康德所謂反思過程(the operation of reflection)——亦即對特定事物下判斷的實際活動——的判準是可交流性，而可交流性的基準標準是共同感覺。亦即，「擴大的心智」是判斷是否正確的必要條件，而心智的擴大是否可能，又取決於一個人的「共同

---

<sup>51</sup> Arendt, supra note 39 at 42.

<sup>52</sup> Arendt, supra note 39 at 42-43.

<sup>53</sup> 鄂蘭對偏見的分析，請進一步參考：鄂蘭(註40)，頁162-166。

<sup>54</sup> Arendt, supra note 39 at 67.

感覺」<sup>55</sup>。這是因為一個人只能「懇求」(woo)或「尋求」(court)他人對其判斷的認同，而無法訴諸於「強制」，而當人們再從事、進行如此的說服性活動中，人們訴諸的乃是「共同體感覺」(community sense)<sup>56</sup>；鄂蘭強調，正如邏輯需要仰賴自我的在場才得以整全，判斷則需要藉由他人的在場來獲得有效性<sup>57</sup>。

不過嚴格來說，在康德的理論脈絡之下，「共同感受」／「常識」是一種使我們適應於他人共有之生活圈的感覺(sense)，使我們成為社群中的一員，能讓我們自己的五官感受到的事物進行溝通<sup>58</sup>。透過想像力與共同感覺的作用，我們因為想像力而得以不偏不倚地做出判斷，而此一判斷的有效性又因為我的共同感覺而可以擴及整個社群。而作為人類心智能力，想像力和共同感受的共同運作，甚至使人們可以再現某種他並未親身感知到的事物，並對其做出判斷，鄂蘭曾以此為例說明道：

假定我看著一座貧民宅，在這具體的建物中感知到它所沒有直接呈現出來的普遍概念，貧窮與悲慘的概念。藉由想像如果我生活在此會有何感受，我得到這樣的概念，我試著站在貧民窟居民的立場來想。我所獲得的判斷結果，絕對不必然是居民自己的判斷，時間和無望已經使他們感受不到自身處境的慘酷，但是，它會變成我未來在判斷這類事情時的一個突出例子。此外，我在做判斷時也考慮到他人，並不是說我使自己的判斷與他人一致。我還是用

---

<sup>55</sup> Arendt, *supra* note 39 at 69, 73.

<sup>56</sup> Arendt, *supra* note 39 at 72. 康德並認為：「瘋狂的唯一一般症狀是共同感覺的喪失，和堅持私人感受(one's own sense、sensus privatus)的邏輯固執。」而正是共同感覺能夠使我們克服自己私人癖好或是個性的限制，並做出判斷，請參考：Arendt, *supra* note 39 at 70-71. Passerin d'Entreves, *supra* note 38.

<sup>57</sup> 漢娜·鄂蘭著，李雨鍾、李威撰、黃雯君譯，*過去與未來之間*，頁 302。我們同樣必須注意鄂蘭對人類複數性的強調。

<sup>58</sup> 漢娜·鄂蘭著，蔡佩君譯，*責任與判斷*，頁 208。

自己的聲音說話，不是數人頭來決定我認為什麼才是對的。但我的判斷也不再是主觀的，只考量自己的觀點而做出我的結論<sup>59</sup>。

鄂蘭認為，在《判斷力批判》的第一部分的闡釋中，康德在毫未察覺的狀況下，掌握「判斷」與「政治」的密切關聯<sup>60</sup>。判斷的能力（capacity）是一種特定的政治能力，讓人們不僅僅通過一個人的單一視角，而且還通過所有恰好在場者的角度來看見事物<sup>61</sup>。這種對他人立場的考量，突顯判斷的「代表性」（representative）<sup>62</sup>，而這亦是政治的特徵。鄂蘭強調，所有嚴格意義上的政治思考都必須將他人的意見納入考慮，因此：

政治思想是再現／代表性的。我通過從不同觀點來考慮某一特定議題，通過讓那些不在場者的立場在我心中呈現，來形成一個意見；換言之，我再現／代表了他們。這個再現／代表的過程並非盲目採納不同位置上的立場，並由此從一個不同的視角來看待世界而已；這既不是那種試著去成為他人或像他人那樣去感受的同理，也不是盲目從眾或隨大流，而是在我實際上不在的自我認同之處（in my own identity where actually I am not）存在並思考著。當思考某個特定議題時，我越是在自己的心靈中呈現出更多人的立場，越是能夠想像在他們的位置上會如何感受、如何思考，我進行再現／代表性思考的能力也就越是強大，我最終的結論、意見也就越是有效<sup>63</sup>。

---

<sup>59</sup> 鄂蘭（註 58），頁 209。

<sup>60</sup> 鄂蘭認為，康德之所以極力反對「事關品味，無可爭論」的論點，便在於此一斷言冒犯了其政治感，而非美感。請參考：鄂蘭（註 57），頁 303-304。

<sup>61</sup> 鄂蘭（註 57），頁 302。

<sup>62</sup> 鄂蘭（註 58），頁 210。粗體為本文所加。鄂蘭並指出代表性思想也被康德稱作「範例性思想」，我們或許可以說，鄂蘭後期判斷理論的典範正是之於法國大革命的康德。此部分請參考：鄂蘭（註 58），頁 212-213。

<sup>63</sup> 鄂蘭（註 57），頁 333。粗體為本文所加。

至此，我們已經透過鄂蘭的闡釋，了解到蘊含在「判斷」之中的政治性義涵，也體認到此種「政治性」的分析與比較是有益且必要的。然而，回到本文先前提到的「旁觀者」（spectator）的問題。對此，鄂蘭曾提問：透過「擴展」心智——而達到的不偏不倚，亦即「一般的立場」（general standpoint），僅僅是旁觀者的立場嗎<sup>64</sup>？對此，康德的態度相對曖昧難解，一如他對法國大革命的矛盾態度。事實上，這個問題涉及鄂蘭的思想變化，亦即判斷是否僅僅歸屬於「旁觀者」<sup>65</sup>？

限於篇幅，讓我們直接進入鄂蘭對康德觀點的總結，亦即康德在政治事務上對旁觀者／行動者的區分，甚至是對立。並且，旁觀者先於行動者，正如觀眾先於藝術家／天才<sup>66</sup>。當康德滿懷興奮等待法國大革命的消息時，他自己正是採取如此的態度：

未涉入的群眾滿懷興奮，深感同情地觀望，然而沒有任何參與的念頭……<sup>67</sup>

「同情卻不參與」似乎有點矛盾，但正因為旁觀者的不予介入，旁觀者方可以為大革命這一事件賦予意義：「亦即，我預言（人類種族）它朝向更好進步，從現在起，絕不會徹底反轉走向。因為人類歷史上的這一現象，是不會被遺忘的<sup>68</sup>」並且正是「同情」點燃希望：「希望諸多革命塵埃落定後，隨著革命帶來的轉變影響，自然的最高目的，即世界主義存在（a cosmopolitan existence）最終將實現，人類族群的一切原初能力都在這種狀況下得到充分發展<sup>69</sup>。」我們可以發現從鄂

---

<sup>64</sup> Arendt, supra note 39 at 44.

<sup>65</sup> 從鄂蘭早期的文本來看，前期的判斷理論似乎更關注行動者，如《責任與判斷》一書，後期則主要以旁觀者為出發點，如《康德政治哲學講稿》以及《心智生命》卷一〈思考〉的後記一般。

<sup>66</sup> 在此鄂蘭很自然地轉向康德的「審美判斷力批判」（Critique of Aesthetic Judgement），請參見：Arendt, supra note 39 at 61-62, 65.

<sup>67</sup> Arendt, supra note 39 at 46.

<sup>68</sup> Arendt, supra note 39 at 46. 粗體為鄂蘭所加。

<sup>69</sup> Arendt, supra note 39 at 46-47.

蘭對康德的詮釋中發現，旁觀者立場似乎亦是「史家」的立場。在對歷史概念的討論中，鄂蘭表示「不偏不倚」與歷史書寫有著至關重要的關連，當荷馬賦予亞該亞人和特洛伊人、阿基里斯與赫克托爾相等的讚美與頌揚時，便是最初也最真正的歷史書寫，並得到希羅多德的追隨<sup>70</sup>。

回到康德對旁觀者與行動者的區分，旁觀者之所以先於行動者，是因為觀看者（onlooker）能夠在事件行進的過程中，發現一種為行動者忽略的意義，而這一洞見的存在根據（*existential ground*）正是旁觀者的無關利益、不參與、不涉入。是觀看者無關利益的關懷使法國大革命成為偉大的事件<sup>71</sup>。康德的評價顯然深受哲學傳統的影響：相較於行動者的偏頗，旁觀者本質上是不偏不倚的。從直接參與中撤離，退到遊戲之外的立足點，乃是所有判斷的必要條件（*a condition sine qua non*）<sup>72</sup>；其次，因為行動者對 *Doxa*（意見）的關注，行動者先天的仰賴旁觀者。然而，鄂蘭認為，康德並沒有完全追隨傳統「旁觀者的生活方式至高無上」（*the supremacy of the spectator's way of life*）的想法，因為康德明確指出：旁觀者「理論的」、「觀看的」的立場正是「法官」（*the Judge*）的立場。透過放棄我實際存在的立足點，放棄這立足點上一切隨機、偶然的處境，我達到一個一般立場，一種如法官裁斷時理當具有的那不偏不倚的立場<sup>73</sup>。既然康德如此認為，那麼鄂蘭的想法又是什麼？在本文看來，鄂蘭追隨康德的腳步，因為鄂蘭在其著作中，多次將法官與史家相互並列，強調他們共同具有的「不偏不倚」立場<sup>74</sup>。

---

<sup>70</sup> 鄂蘭（註 57），頁 69-70。

<sup>71</sup> Arendt, *supra* note 39 at 54.

<sup>72</sup> Arendt, *supra* note 39 at 55.

<sup>73</sup> 這並意味著對「意見」——我覺得如何（*it seems to me*）——的放棄。請參考：Arendt, *supra* note 39 at 56.

<sup>74</sup> 鄂蘭（註 57），頁 359。於《責任與判斷》中，鄂蘭同樣將法官與史家並列：「如果可能，我們在什麼程度上可以對以往的事件或我們不在場的事件下判斷？……如果我們否定我自己的這項能力，很顯然就不可能有任何歷史書寫或訴訟程序。……我們在運用判斷力時，……這對寫史者和審判法官來說也一樣。」請參考：鄂蘭（註 58），頁 75。

更進一步，鄂蘭從語源學（*etymology*）的考察出發，指出「歷史」一詞最初源於希臘語動詞 *historein*（探究以說出其過往所是、*to inquire in order to tell how it was*），這一動詞又源於荷馬《伊利亞德》（*Iliad*）中的另一個名詞：*histor*（史家、*historian*）。這一考察最重要之處在於，荷馬意義下的史家是「審判者／判斷者」（*the judge*）<sup>75</sup>。對這兩位思想家而言，旁觀者所抱持的不偏不倚，是史家的，也是法官的立場。

至此，我們可以稍微概括一下本章的分析。透過想像力，人們可以擴展自己的心智，將自己放在所有他人的位置之上，並做出不偏不倚的判斷；而這一判斷是否有效、正確，又取決於判斷的可交流性，亦即是否能夠與共同感受相互符合。而「判斷」這一心智活動，與史家的書寫／法官的裁斷具有某種共通性，我們也因此得出一個違反（法律人）直覺的結論，即法官公正無私／不偏不倚的判斷，究其本質竟然是「政治的」。當然，只要我們明白鄂蘭的關懷，便能立即理解鄂蘭眼中的「政治」與我們慣見的黨派政治或是意識形態有著相當不同的取向。而本文接下來便將以「判斷」所具有的「政治性意涵」作為出發點，嘗試分析鄂蘭的思想對法學所可能帶來的幫助。

#### 肆、轉向「政治」：法官作為代表

在本文看來，鄂蘭的理論對法學領域能有許多的啟發，其中之一便是對司法之「抗多數困境」（*counter-majoritarian difficulty*）的回應。對一位鄂蘭式（*Arendtian*）的法官而言，當其考慮完所有人可能所處的立場，並做出判斷／裁決時，即便有悖於多數人的想法，我們仍可以想像此時之所以存在衝突，正在於不偏不倚的判斷，不總是和多數人的「偏見」<sup>76</sup>相互一致。不過在此，本文想先回到先前提到

---

<sup>75</sup> Hannah Arendt, *The Life of the Mind* 216(1971).

<sup>76</sup> 這指的既是受限於個人立場而得出的結論，亦指向人們對訴訟當事人的移情。

的論點，亦即某種「政治性」似乎有助於司法裁判的公正，而這又得從前文曾提到的奴隸制和法治的相容性開始。

在其對法治與民主之關係的探討中，學者顏厥安教授指出，美國的戰前法學具有一種妥協性。因為當時的法學家希望能夠透過法律和司法，在廢奴與蓄奴間取得妥協，從而維持美國的完整。為此，美國南方的政治菁英勞費心力的去建構一套得以與「奴隸制」相容的法律論述理論，這些法律理論又奠基於一組對於種族與奴隸的「法概念觀」（conception of law）之上。對本文來說最重要的是，顏厥安教授在該文中指出以下兩點：一，這些法概念觀源於當時南方政治菁英對自身經濟利益與政治觀點的「共通理解」（common understanding）；二，共通理解認為法治的核心是「公正」適用規則<sup>77</sup>。

共通理解就是康德或是鄂蘭所指的共同感受嗎？兩者似乎並不能簡單地相互等同，然而美國內戰前南方政治菁英的例子卻向我們表示，不論法律論述多麼精緻、嚴謹，單純的適用規則都是有所不足的，因為這忽略當法律在制定過程中排除私人因素時，所排除的不見得是政黨、商業等要素，反倒是「制度性」排除特定性別、族群或是階級的「政治性言論」。就本文的理解，當時的美國應當不存在「制度性保障」的概念，但我們可以想像那些政治菁英若得知這一概念，應當會很自然的這運用在對「州權」（state's right）的保障之上，相關的法規範或是闡釋自然也合乎「法治」要求，即便這實際上是對「黑人」或「女人」的制度性「排除」。就此而言，縱使我們肯認前述案例中（大）法官在進行法律論證時的傑出之處，卻難以否定他們在面對特定案件時，「想像力」是如何的匱乏，以及他們又是多麼地與「常識」（common sense）脫節。這正是本文引用鄂蘭的判斷理論所欲表達的論點：作為判斷者／法官，我們能夠也應該擺脫自身所處位置所帶給我們的成見，並擴展自己的心智，以便能納入盡可能多的觀點，考慮所有

---

<sup>77</sup> 顏厥安（註5），頁26、31。

可能他人的意見，亦即政治地／代表性思索。一味機械化操作法律，固然不見得違反法治原則，卻也稱不上不偏不倚，有時更是毫無反思接受法條中的既有意識形態。

更進一步，本文亦認為此等「不偏不倚」的態度，能透過另一種方式協助法官的判決——亦即訴訟當事人將欠缺根據，從而無法合理的拒絕判決結果。Thomas Nagel 認為政治理論的倫理基礎，源於每個個體所擁有的兩種分離立場，亦即個人 (personal) 與非個人 (impersonal) 觀點，後者表彰集體性 (collectivity) 的訴求，並賦予它們之於每個人的力量<sup>78</sup>。Nagel 主張，發現正當性便意味著：為一個要求所有人生活於其下的政治體制，尋求證成的方法，而此一證成是否成功，取決於沒有人可以合理抱怨此一體制對其個人利益和觀點的斟酌和衡量。更值得注意的是，Nagel 表示：「整體而言，生活在一個將個體的意見與所有人的觀點一同納入考量的體制下，沒有人對該制度對待其的方式之異議是有根據的<sup>79</sup>。」此一理論取徑似乎帶有鄂蘭的理論色彩，亦即不偏不倚／擴大的心智，這更進一步政治秩序的正當性 (legitimacy) 相互關聯：「某種不偏不倚從根本上進入對正當性的追求之中，不僅是因為其驅使那一追求，也在於不偏不倚便是提供可欲證成時被訴諸的動機性資源<sup>80</sup>。」。

因此鄂蘭或許不青睞當代自由主義或是其對康德的詮釋，我們卻可以在此發現當代自由主義與鄂蘭思想的相通之處。Nagel 相信，不偏不倚的態度就其本身和涵義而言是平等主義 (egalitarian) 的，這種態度源於人類能夠從自己所處位置抽身開來，充分領會並認真看待每一個人的生活與福祉 (welfare) 的能力。我們設想自己處於每一個人的境遇下，並將這對他而言所具有的價值視為我們賦予其

---

<sup>78</sup> Thomas Nagel, *Equality and Partiality* 3(1995).

<sup>79</sup> Nagel, *supra* note 78 at 33.

<sup>80</sup> Nagel, *supra* note 78 at 35.

價值的初步指引<sup>81</sup>。不僅 Nagel 本人，Nagel 的老師，羅爾斯的理論中同樣具有此一面向，這展現在羅爾斯基於社會契約論所提出的理論設計：「原初立場」（original position）之上。Nagel 指出：

羅爾斯對支撐正義感之道德態度的解釋（construal），將強烈個人化（individualized）的不偏不倚關切納入作為其根本要素。因為我們被要求在不知道我們是誰，必須全然將自己放在社會中每一位代表者的立場來選擇原則<sup>82</sup>。

在此，鄂蘭與羅爾斯的理論展現出某種驚人的契合，兩個人同樣意識到「代表化思索」所隱藏的涵義，甚至連「隱喻」都相去不遠。羅爾斯提出所謂的「無知之幕」，鄂蘭則在討論判斷時運用「盲詩人」的譬喻。就此而言，即便雙方所側重的分別是康德的第二批判和第三批判，兩人卻在某些觀點上雷同。更進一步地闡述、比較鄂蘭和羅爾斯的理論固然有其價值，但這並非本文篇幅所能達成，亦遠遠超出本文目前為止的能力。然而我們可以發現，他們同樣肯定「不偏不倚」的立場具有某種突出而重要的意義以及價值。又「裁判」既然是司法、法官的核心活動，同時也在政治經濟結構中扮演重大角色，我們便很難滿足於「有裁判」——亦即我們無法也不能滿足於「法律如是說」的宣稱——而已，更必須去思索，一個裁判／判決要如何才是正確、合理而令人信服的。

## 伍、結論

即便本文在上述似乎對「法治」頗有微詞，但本文絕無意「倒洗澡水時把嬰兒一併倒掉」，本文所批判的毋寧是某種形式、單薄的法治觀，本文也相信上述的論點能夠和實質、厚實的法觀相互兼容甚至是相得益彰。就此而言，法官或

---

<sup>81</sup> Nagel, *supra* note 78 at 64-65.

<sup>82</sup> Nagel, *supra* note 78 at 67.

許能在不同意義上作為人民的「代表」，一方面是因為法官認真適用表現為憲法的人民意志，另一方面則是盡其所能的在其判斷／判決中考量社群中的所有人。

在《過去與未來之間》（*Between Past and Future*）中，鄂蘭曾提到：「（教師）他的權威是立足於他為了世界而承擔起責任<sup>83</sup>。」教育領域自然不能簡單地與公共和政治生活相提並論，但鄂蘭在討論權威於當代的淪喪時指出：「真正的權威無論在何處，它都伴隨著世界發展的責任。假若我們從政治及公共生活當中移除權威，可能表示從此時此刻開始，每一個人都被要求對世界發展承擔起同等責任。但這同時也意味著對世界的主張以及對秩序的要求，也有意無意地遭到否決，所有對世界的責任都遭到了拒斥<sup>84</sup>。」從鄂蘭的文字中，我們可以發現「權威」和對「責任」的承擔兩者相互關聯。而 Nagel 提出「道德分工」的想法，嘗試透過讓社會制度具體化（*externalize*）「不偏不倚」之觀點提出的要求，藉此調和所謂私人觀點和非私人觀點的衝突，因為人們藉此生活在一個體面的（*decent*）全面制度中，而不會從他人可以避免的苦難中獲益，或是對其視而不見<sup>85</sup>。

在社會的諸多制度中，司法似乎是我們在討論不偏不倚／公平時會直接聯想到的制度，本文認為，正因為法官的裁判不可避免的呈現在公眾的關注之下<sup>86</sup>——亦即康德所謂自由且公開審視之考驗，透過讓法律／司法承擔判斷者的角色，法官或許能夠成為鄂蘭所謂共同感受之喪失危機的潛在恢復者，同時也透過其判斷在整體社會中所發揮的作用，重新承擔起業已陷入危機的「權威」。就此而言，法官是訴訟的旁觀者，也是社群中的行動者。上述曾提到所謂的代表性思想又被康德稱作「模範性思想」，正如我們提到阿基里斯時會想到勇氣。當我們選擇範

---

<sup>83</sup> 鄂蘭（註 57），頁 260。

<sup>84</sup> 鄂蘭（註 57），頁 260-261。

<sup>85</sup> 本文的想法是，法官中同樣可以存在此一分工設計，亦即讓大法官來承擔不偏不倚的責任，而法官則專注於適用法律之上。請參見：Nagel *supra* note 78 at 60.

<sup>86</sup> 請參照法院組織法第 86 條規定：「訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之。」

例時，我們也同時在「下判斷」，就此而言，法律社群同樣必須選擇我們的典範。這些論點都有待更進一步的深入發展，本文在此只能先以 Ronald Dworkin 在《Justice for Hedgehogs》中的這段話作為結語：

因此我們必須在詮釋的界限中，盡我們所能讓我們國家的根本法律相稱於我們正義感所將稱許者，這不是因為我們有時必須在法與道德間做出妥協，而是因為這正是被正確理解之法律本身的要求<sup>87</sup>。

---

<sup>87</sup> Ronald Dworkin, Justice for Hedgehogs 415(2011).

## 陸、參考文獻

### 一、中文文獻

Albie Sachs，陳毓奇，陳禮工譯，斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範，初版，台北：麥田。

Carl Schmitt，李君韜、蘇慧婕譯，憲法的守護者，初版，新北：左岸文化。

Hannah Arendt，蔡佩君譯（2017），責任與判斷，二版，新北：左岸文化。

Hannah Arendt，蔡佩君譯（2017），政治的承諾，新版，新北：左岸文化。

Hannah Arendt，李雨鍾、李威撰、黃雯君譯，過去與未來之間：政治思想的八場習練，初版，台北：商周。

H. L. A. Hart，許家馨、李冠宜譯，法律的概念，二版，台北：商周。

Ronald Dworkin，孫建智譯，認真對待權利，二版，台中：五南。

Tracy Strong，萬毓澤譯（2007），政治性的神聖特質：重新思考霍布斯與施密特，政治與社會哲學評論，22期，頁1-63。

顏厥安（2019），法治原則包含民主嗎？一個當代理論的反省（原文為研討會論文：〈民主與法治：當代的反省〉，現修改後投稿審查中。本文所引用為修改後投稿版。），殷海光誕生百年紀念國際研討會，財團法人紀念殷海光先生學術基金會主辦，2019年9月27日。

### 二、英文文獻

Arendt, Hannah. 1978. *The Life of the Mind*. New York: Harcourt. Inc.

Arendt, Hannah. 1992. Lectures on Kant's Political Philosophy. Chicago: The University of Chicago Press.

Dworkin, Ronald. 2011. Justice for Hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Tamanaha, Brian. 2004. On the Rule of Law History, Politics, Theory. Cambridge: Cambridge University Press.

Hayek, Friedrich A. von. 2011. The Constitution of Liberty. Chicago: The University of Chicago Press.

Schmitt, Carl. 2004. Legality and Legitimacy. Durham: Duke University Press.

Schmitt Carl. 1996. The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes. London: Greenwood Press.

Schmitt, Carl. 1988. The Crisis of Parliamentary Democracy. Massachusetts: The MIT Press.

Schmitt, Carl. 2008. Constitutional Theory. Durham and London: Duke University Press.

Passerin d'Entreves, Maurizio. Hannah Arendt. In Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/arendt/>. 2019.

Nagel, Thomas. 1995. Equality and Partiality. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, Jeremy. 2019. Rule by Law: A Much Maligned Proposition. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-19. 1-23.