

「司法积极主义」？对反改革之还击
“Judicial Activism”？ A Riposte to the Counter-Reformation

Michael Kirby

陈怡秀摘译

在过去数十年来，对于法官用法的争议，已经从争执法官是否仅能适用法律，转移至争执法官何时且为何可以表达新的法律规则、以及其界线为何。然而，近来却有反对此改革之主张，企图将现今世界下之司法者角色带回「司法决定应系无涉价值之决定」之概念。本文希望能阐述此种概念之相关背景、对其之改革及反改革，并分析评论。

过去在 1980 年代，澳洲的律师所普遍接受的严格法则是限制法官创造新法律权利义务之权力。这可能与英美法中英国自都铎王朝以降之传统有关——法官必须要在法律文本中找寻依据，就如同宗教改革后新主教必须在圣经经文中找寻依据一般。另外，对澳洲司法被动性影响重大的原因来自于 Sir Owen Dixon 所采取之教条立场。Dixon 是 1929 年以来澳洲最高法院之大法官，并自 1952 年以后担任十二年之首席大法官。Dixon 认为对司法决定而言，没有比严格之法治主义更加安全之指引，而此种想法持续影响澳洲的法律界。然而，严格且完整的极端法治主义，在二十一世纪的今日已经不可能实行且无法令人满意。虽然对于法官创新之合法范围及情形仍有讨论空间，但是已经不可能回去那样将法官当成机器一般之严格法治主义。普通法下的法官及律师必须聪明地处理此一议题，否则过去二十年来对极端法治主义之改革将付诸东流。

事实上，法官如何用法之方法不仅只是由逻辑形成；毋宁在于经验。普通法是八百年来发展的判断及意见，反映出司法者不仅意图欲得出符合规则之判断，更重要的是欲确保得出合法、正当且适当之结果。普通法有三项制度特色，可以用以解释为何普通法蕴含此等司法创造性，并务实地——而不仅只是严格逻辑性地——成长及发展。第一，与资深司法者之同构型有关。第二，司法者有义务附理由并公诸于众。此等义务强迫法官必须与过去及现在进行对话，而显现出书本中的规则与特定案例中情境之不一致。第三、合议庭中法官得以表达不同意见，亦是另一普通法肯认且刺激司法创造性之特色。在澳洲最高法院过去若干关于失败的结扎手术致意外怀孕之判决中，法官亦坦白地讨论案例中公共与法律政策之议题。而不会假装其决定可以从单独适用法律以及过去之判例得出。

然而，现在反改革已在法律及社会中展开，其论点主要有二：其一、自宪法中权力分立原则之角度出发，认为司法权与立法权及行政权不同，不享有造法之权。作为响应，作者认为，在过去其所判定之

一连串的案例中，其并未违背此一限制。其二、许多法律上可执行之权利已然被引进普通法体系。就此，作者认为澳洲法律界的态度过于保守，忽视世界上其它地方新一代人权法之发展。

作者认为，必须寻找一个反映现代普通法务实性格之平衡点：不受限制之司法创造极端应软化，但机械化适用既存法律之极端亦然。影响此一平衡点之相关因素仍然继续发展，而不可能列举穷尽，随着时间的进行，司法体系势必将反映不同的价值。法律有时系清楚且可即刻适用，有时则系模糊地而充其量能以类推之方式适用以解决案件。然而，在英美法底下，法官之义务在于就特定案件做出决断，故如果没有明确的法律可适用，法官有义务基于过去的判例及法律条文创造之以解决本案。此种情形在新类型争端案件以及愈高层级之法院中尤然。因此，应肯认司法具有受限的创造性，而极端法治主义应被认为是童话故事而被拒绝。