

「司法積極主義」？對反改革之還擊
“Judicial Activism”? A Riposte to the Counter-Reformation

Michael Kirby

陳怡秀摘譯

在過去數十年來，對於法官用法的爭議，已經從爭執法官是否僅能適用法律，轉移至爭執法官何時且**為何**可以表達新的法律規則、以及其界線**為何**。然而，近來卻有反對此改革之主張，企圖將現今世界下之司法者角色帶回「司法決定應係無涉價值之決定」之**概念**。本文希望能闡述此種**概念**之相關背景、對其之改革及反改革，並分析評論。

過去在 1980 年代，澳洲的律師所普遍接受的嚴格法則是限制法官創造新法律權利義務之權力。這可能與英美法中英國自都鐸王朝以降之傳統有關—法官必須要在法律文本中找尋依據，就如同**宗教**改革後新主**教**必須在聖經經文中找尋依據一般。另外，對澳洲司法被動性影響重大的原因來自於 Sir Owen Dixon 所採取之**教**條立場。Dixon 是 1929 年以來澳洲最高法院之大法官，並自 1952 年以後擔任十二年之首席大法官。Dixon 認為對司法決定而言，沒有比嚴格之法治主義更加安全之指引，而此種想法持續影響澳洲的法律界。然而，嚴格且完整的極端法治主義，在二十一世紀的今日已經不可能實行且無法令人滿意。雖然對於法官創新之合法範圍及情形仍有討論空間，但是已經不可能回去那樣將法官當成機器一般之嚴格法治主義。普通法下的法官及律師必須聰明地處理此一議題，否則過去二十年來對極端法治主義之改革將付諸東流。

事實上，法官如何用法之方法不僅只是由邏輯形成；毋寧在於經驗。普通法是八百年來發展的判斷及意見，反映出司法者不僅意圖欲得出符合規則之判斷，更重要的是欲確保得出合法、正當且適當之結果。普通法有三項制度特色，可以用以解釋**為何**普通法蘊含此等司法創造性，並務實地一而不僅只是嚴格邏輯性地一成長及發展。第一，與資深司法者之同質性有關。第二，司法者有義務附理由並公諸於眾。此等義務**強**迫法官必須與過去及現在進行對話，而顯現出書本中的規則與特定案例中情境之不一致。第三、合議庭中法官得以表達不同意見，亦是另一普通法肯認且刺激司法創造性之特色。在澳洲最高法院過去若干關於失敗的結紮手術致意外懷孕之判決中，法官亦坦白地討論案例中公共與法律政策之議題。而不會假裝其決定可以從單獨適用法律以及過去之判例得出。

然而，現在反改革已在法律及社會中展開，其論點主要有二：其一、自憲法中權力分立原則之角度出發，認為司法權與立法權及行政權不同，不享有造法之權。作為回應，作者認為，在過去其所判定之

一連串的案例中，其並未違背此一限制。其二、許多法律上可執行之權利已然被引進普通法體系。就此，作者認為澳洲法律界的態度過於保守，忽視世界上其他地方新一代人權法之發展。

作者認為，必須尋找一個反映現代普通法務實性格之平衡點：不受限制之司法創造極端應軟化，但機械化適用既存法律之極端亦然。影響此一平衡點之相關因素仍然繼續發展，而不可能列舉窮盡，隨著時間的進行，司法體系勢必將反映不同的價值。法律有時係清楚且可即刻適用，有時則係模糊地而充其量能以類推之方式適用以解決案件。然而，在英美法底下，法官之義務在於就特定案件做出決斷，故如果沒有明確的法律可適用，法官有義務基於過去的判例及法律條文創造之以解決本案。此種情形在新類型爭端案件以及愈高層級之法院中尤然。因此，應肯認司法具有受限的創造性，而極端法治主義應被認為是童話故事而被拒絕。