

## 面對複雜環境，依法審判是卸責？

簡資修

波斯納是美國當今最負創意的法學家，同時也是最負盛名的上訴法院法官，本書主要是以其自身逾三十年的上訴法院法官經歷，反思美國聯邦法院面對急遽變化的生活環境，其是如何的因應。波斯納的核心論點是，面對非法律的外界環境的逐漸複雜，法院內部也以複雜回應之，此是愈搞愈複雜了。他主張，法院應該直接面對問題，不應該遁入科層組織以及法律形式主義之自欺欺人中。這是他的法律現實論，其稱此是不同於二十世紀二、三十年代盛行於美國的法律現實主義運動。科學（尤其是經濟學）以及經驗研究之引入，波斯納認為是其間之區別。此的確是現代法學之特徵，而且也是必走之路，不過，波斯納有時也矯枉過正了，其忽視了法律作為規範系統，過度的個案之結果考量，是會侵蝕法治的。

本書的第一章是有關波斯納的求學、擔任法官助理、政府法務，以及被任命為聯邦上訴法院法官的過程，有些趣味。先指出一個小錯誤，本章的第二段開頭，波斯納進入耶魯大學就讀，其年僅十六，屬資優生跳級，而其生於 1939 年，所以該年應為 1955 年，而非書中的 1959 年，此年是其進入哈佛法學院之年。波斯納大學本科主修英美文學，但其往後的法學研究，法律與文學雖然也是其強項，法律的經濟分析畢竟才是其主軸。他說，當時新批評（New Criticism）在耶魯當道，這種不管作者的時代背景，直指作品本身的閱讀，影響了其法學思想，所謂原旨主義（originalism）或甚至所有的形式主義（formalism），自然非其所喜。另外一件與法學無關，但有趣的，是波斯納的母親是高中英文教師，在波斯納三歲或更早，就讀莎士比亞給他聽，這在現代的教養理論下，恐怕是揠苗助長了。波斯納被任命為聯邦上訴法院法官的過程，與今相比，令人有今不如古之歎。現今的美國聯邦法官之任命，極端的政治

化，因此平庸當道了。一位不是那麼支持任命他為法官的參議員在聽證會上語帶雙關說：「他〔波斯納〕在這麼多主題，寫了這麼多文章，其中任何一觀點，都足以令其絞死。」引來一陣大笑後，他繼續說：「這些論文無疑都是有爭議的，但即使反對者，也會承認其有新意、富想像力、雖大膽假設但也小心求證了。」波斯納說，在今天，具備這些特質的人，根本不可能通過法官的任命。

在台灣，美國聯邦最高法院，有些被神化了。波斯納在本書第二章，則指出如今的聯邦最高法院是過度科層化，其投入產出的報酬率，其實是在退化的。他的核心論點是，法官的助理增多了，素質也提高了，而且判決也變長了，或甚至也更規範了，但作為最高法院的「裁決」(decision)，其品質不見改進，甚至降低了。這是因為最高法院的裁判，涉及的是「困難案件」，這些即使由聰明助理代擬的意見，雖然有模有樣，但畢竟還是少了「經驗」。美國最著名的法學家霍姆斯(Oliver Holmes)曾說：「法律的生命，不是邏輯，而是經驗。」波斯納甚至認為，法官助理愈好，反而令裁判愈不好，尤其是法官助理的素質，與其法院的層級成正比時，更是如此。這是法官不親自初擬意見，而委由寫手自為編輯的後遺症。

面對生活世界的複雜性，尤其是科技所引起者，波斯納認為，法院除了上述將裁判過程科層化外，法律也被形式化了。波斯納認為，法官有如駝鳥，將頭埋於法律沙中，自欺欺人了。在本書第三章，他舉例說，美國的量刑委員會所提出的量型指南，頗可減少實際量刑的不當差距，但美國聯邦最高法院卻宣告此指南非強制性的，又加深了法律的複雜性。他又說，一方面，就一個簡單而直覺的法律名詞，例如合理懷疑(reasonable doubt)，過度解讀，增加了法律複雜性，另一方面，將性質不同的現象，歸在同一名詞下，同樣也增加了複雜性；他舉了相當因果(proximate cause)之例；的確，因果關係原本應僅是事實關係，將之賦予法律責任成立之充分條件，令因果關係負擔過重的「政

策」功能，法律即變複雜了<sup>1</sup>。

波斯納又說，所謂的法律解釋方法，多是無用的，僅是增加了法律的複雜性。在本書第六章，他處理了司法自制（**judicial self-restraint**）問題；在第七章，他處理了文本原旨主義（**textual originalism**）。波斯納說，司法自制有三種意思：一、法官是司法者，不是立法者；二、法官應該尊重其他有權機關的決定；三、法官不應輕易宣告法律違憲。的確，法律不是完滿無漏洞的、法院又是法令審查者，如果其又有法律的違憲審查權，則單純之司法自制之說法，僅表明了法院的審查結果，而非其理由，此無助於法律問題之釐清，因為法院虛問虛答了。這有點像所有權是否絕對之爭論。我國民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」從條文文字的「自由」與「排除他人干涉」看起來，是有那麼絕對的意涵，但民法第 773 條以下的有關相鄰關係規定，並非如此。有些所有人，並無排除干涉的權利，僅有請求損害補償的權利，例如民法第 787 條之袋地強行通行；有些甚至連損害補償都不可請求，例如民法第 793 條之忍受噪音等。更何況，我國侵權法是以過失責任為原則，並非所有權一旦受到損害，所有人即享有損害賠償請求權，而必須是行為人有過失，其請求權才成立。換言之，所有權之釐清，不是因為其是所有權（絕對）而受到了侵害，而是法律認定了其受到侵害（不管是排他或賠償），從而是所有權（絕對）了。

波斯納以前行道路在於現實論作為本書結論，他特別又以當今在美國甚夯的「民事救濟」侵權理論（**civil recourse theory**）為法律形式主義之例，就其反對懲罰性賠償，認為太不現實了。這裡有一弔詭，填補損害是侵權法的第一功能，波斯納在其上疊加懲罰嚇阻功能，必然產生了干擾，此有如其批判的單一詞，例如相當因果（**proximate cause**）包含了不同質的內容，則法律不必要地複雜了！

---

<sup>1</sup> 參見簡資修，因果關係的前邊與後界——最高法院一〇一年度台上字第四三四號民事判決評釋，月旦裁判時報，第 24 期，頁 14-20（2013 年）。