

- 書評：All Judges Are Political: Except When They Are Not: Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law [所有法官都是一也都不是—政治的—可接受的偽善與法治] by Keith J. Bebee [凱斯·貝比] (Stanford, California: Stanford University Press, 2010, Paperback, 177 pp., ISBN 978-0-8047-5312-8)

皇后的貞操 —法治的迷思、偽善與其他可能*

蘇彥圖

國立臺灣大學

在在美國，大概少有論者會否認—在一般公眾所認知與感受的司法與現實世界的司法間，存有一定程度的落差。^① 這種落差在某種程度上是法與司法制度日趨複雜與專業化的必然結果。畢竟，沒有接受過專業法學教育訓練的一般人，對於司法往往只有直觀性、常識性的粗淺理解與表面觀察。專業與非專業間的隔閡以及多重的資訊不對稱，也意謂著司法的外在形象與聲望—也就是公眾對於司法的觀感—是有可能在某種程度上跟可能只有少數「圈內人」才知道的司法現實脫鉤，而留有接受人為操作（包裝形象、塑造民意）的一定空間。這種在司法的表相（appearance）與現實間的差異究竟有多大，又是何種原因

蘇彥圖 獨立博士後研究者，研究領域包括民主法、民主理論、比較憲法、司法審查理論。
Yen-tu Su holds a S.J.D. and is an independent researcher.

* The English title is *The Queen's Chastity: Myth, Hypocrisy, and Other Possibilities of the Rule of Law*.

^① 為配合所要評論的論著，這篇書評以美國的法治作為主要的討論脈絡，也不就美國法治經驗的普遍性意義及其對其他國家法治的啓示多做討論。

造成的，容或有討論的空間。不過可以確定的是，「現實的司法決策究竟是如何做出來的」是一回事；「一般公眾是怎麼看待司法決策這件事的」則是另外一回事。

司法的現實與其表相 / 公眾觀感之間的關係，對於作為信念、制度與文化而存在的法治 (the rule of law) 而言，有著相當重要的意涵與影響。按法律人向來強調「法治」與「人治」的差別，而以「依法獨立審判」作為司法的正當性基礎。儘管法律實在主義 (legal realism) 與法律實用主義 (legal pragmatism) 對近百年來的美國法律思想有著深遠的影響，像「法官依法公正審判」這類根深蒂固的古典法律論述，還是深刻地形塑了一般美國公眾對司法的想像與期待。如果說公眾對於司法有基本的信賴的話，許多論者指出，那是因為他們多少還相信或者願意相信一法官通常是在公正無私地認事用法。然而，法律實在主義與司法政治領域累積了數十載的實證研究告訴我們，現實世界中的司法決策充滿了法與政治的複雜糾葛。在不少司法政治研究者眼中，所謂公正、超然、決策完全不受法官個人主觀好惡影響的司法，毋寧是只存在於一般公眾觀感的一種迷思 (Scheb and Lyons, 2000)。在這種看法的影響下，司法政治研究者經常向探查司法的公眾觀感的同儕探問：一旦公眾知道了司法決策的真相，他們還會相信司法、尊重司法嗎 (Gibson and Caldeira, 2011)？

任教於美國雪城大學法學院與麥司威爾公民與公共事務學院，同時也是該校之司法、政治與媒體研究中心 (IJPM) 之創始主任的 Keith Bybee，或許就時常被問到這個問題。不論如何，Bybee顯然相當熟悉有關法與法院 (Law and Courts) 的學術與公共討論，也對相關課題做了相當時日的思考。作為一個對司法政治、法理論與法律社會學的科際整合研究有相當企圖心的學者，Bybee不僅關心司法民意的向背，更在意公眾觀感就整個法治秩序而言所具有的意涵與影響。2010年由美國史丹佛大學出版社出版的《所有法官都是一也都不是——政治的一可接受的偽善與法治》(以下簡稱《所有法官都是 / 不是政治的》) 一書，便是Bybee近幾年來就相關課題所做研究的心得彙整，並且充分展現了作

者的學術功力與理論企圖。

在這本簡潔、平易但不失理論縱深的論著中，Bybee以他對司法政治與司法之公眾觀感的另類理論詮釋，強力挑戰了前揭熱門提問及其背後的兩種流行觀點。相對於「公眾對於司法決策往往存有誤會乃至迷思」這個常被提到的看法，Bybee認為，美國公眾對於司法的觀感—至少就其整體而言—毋寧相當貼切地反映了美國的現實司法中法與政治的糾葛併存（Bybee, 2010:5）。許多論者擔憂，一旦公眾開始懷疑法官「說一套，做一套」（說的是法律，做的是政治），首當其衝的將會是司法決策的公信力。Bybee不否認公眾對於司法偽善（judicial hypocrisy）的存疑對司法來說會是一種正當性危機，但是他認為這個狀態本身同時也是培力（empower）法秩序與司法、讓法治這件事成為可能的一種力量來源（Bybee, 2010:101）。Bybee指出，偽善是人性的一部分，甚至有潤滑人際摩擦、維持社會和諧的積極作用；一個存在著偽善可能的法秩序，對於生活在其中的偽善的人來說，剛好是「適得其所」而已（Bybee, 2010:103）。就此而言，法治的祕密不在於它是一種不能被戳破的迷思，而在於它容許、接受偽善的可能。

Bybee對於法治以及偽善在其間之微妙角色扮演的分析與詮釋，相當程度上傳承自美國廿世紀政治理論大家 Judith Shklar對於法律主義（legalism）作為一種政治意識型態以及對於偽善作為人性與社會機制的深刻省思（Shklar, 1964; Shklar, 1984）。《所有法官都是 / 不是政治的》除了有闡揚、創新這項法政理論傳統的重要貢獻，更將司法政治、司法民意、法與社會以及法 / 政治理論這幾個原本少有交流的研究領域做了初步的整合，從而促進了理論與實證研究之間的交互授粉（cross-pollination）。不過，本書對司法民意與法治文化所做分析與詮釋，恐怕還有未竟之處；Bybee所提詮釋性法理論的規範性意涵，也有待我們做進一步的檢討與反省。

壹、矛盾的公眾司法觀

《所有法官都是 / 不是政治的》一書分成三個部分。在第一部分〈法律實在主義的死與生〉，Bybee藉由檢討主宰美國法學思想的法律實在主義在一般公共討論中的曖昧地位，帶出了本書所要探究與詮釋的一個矛盾現象，也就是，在關於司法的公共討論中，法官既被肯定、或被期待為依法審判、公正不阿的仲裁者，又常被認為是具有特定意識型態或價值偏好的政治行動者（Bybee, 2010:4-5）。Bybee先是對美國的州法院與聯邦法院中的法與政治，做了介紹性的概論。這個概論指出，州法官與聯邦法官各自的處境，並沒有因為各州與聯邦在司法制度（特別是司法選任制度）上之差異而存有根本性的分歧；也就是說，所有的法官或多或少都要面對法與政治的糾葛與拉鋸。Bybee接著主要引用了2005年由雪城大學所作的〈Maxwell民調〉（另以2006年的〈Annenberg司法獨立民意調查〉作為佐證），來討論美國公眾對於法院的一般看法。根據這項民調資料，有82%的受訪者認為，「法官的政黨背景會對法院決策產生一些或是很大的影響」；在此同時，也有73%的受訪者同意，「我們應當持續保護法官免受外在壓力，讓法官得以根據他們自己就法律所持獨立見解來作決定」（Bybee, 2010:16-17）。Bybee就此申論，美國公眾對於司法抱持著兩種互相矛盾的看法，而這兩種看法合在一起也相當忠實地反映了美國法官在法與政治之間的現實掙扎。

Bybee進一步追問：「我們該要如何看待這個矛盾的狀態呢？」（Bybee, 2010:19）一個時常被提及的說法是：「這種矛盾的狀態創造了司法偽善的表相，而隨之而來的公眾猜忌則對司法的正當性構成威脅」（Bybee, 2010:19）。Bybee並不認為這種危機論是理解這個矛盾狀態的唯一可能，但是他也不認為我們可以去否認這項正當性危機的存在及其重要性。在本書第一部分的後半段，Bybee一一反駁了否認（此項司法正當性危機之）論者所可能提出來的三種主張；Bybee試圖證立（i）公眾對於司法偽善確實存有相當的懷疑

(Bybee, 2010:20-22)，(ii)「公眾對於司法的觀感」這件事情並不是無關緊要的 (Bybee, 2010:22-25)，以及 (iii) 公眾相當正確地掌握了現實司法行為中法與政治兩種元素的矛盾併存—儘管他們對司法基本上所知有限 (Bybee, 2010:25-32)。命題 (i)、(ii) 的爭議不大。命題 (iii) 則觸及到了法治的核心意義，值得我們特別注意。Bybee指出，如果說公眾所感知的司法矛盾是不正確的話，那麼現實的司法決策如果不是 (a)「唯法律」是論 (law-and-only-law) 或者 (b)「唯政治」是問 (politics-and-only-politics)，就是 (c) 在其法與政治之間毫無緊張關係可言。Bybee析論了 (a)、(b)、(c) 這三種「無矛盾司法觀」各自的盲點與侷限，從而反證命題 (iii) 為真。這項立論除了在一定程度上平反了美國公眾在法治迷思論底下所受到的冤屈，也對詮釋性的法理論設下了一個基本要求：認真看待司法決策中法與政治的矛盾。

貳、可接受的偽善與法治

《所有法官都是 / 不是政治的》一書的第二部分與第三部分，基本上便是 Bybee為達到自己對於詮釋性法理論所設要求而作的嘗試。藉由這兩個部分的論述，Bybee試圖告訴我們，除了將之理解為一種司法的正當性危機以外，我們還可以如何解讀、又要怎麼看待司法偽善的表相 / 公眾觀感這回事。按公眾對於司法偽善的質疑固然衝擊到了司法的正當性，司法並沒有因而崩潰！我們從而有必要追問，面對司法偽善的表相，人們為什麼還願意崇尚法治、尊重司法？在Bybee看來，答案就藏在問題—特別是司法偽善的表相 / 公眾觀感這回事—之中。他的基本想法是，偽善固然惹人嫌惡，卻不是完全讓人無法容受的窮兇惡極，甚至可能對社會還有正面效用可言；一般人際間的偽善如此，司法的偽善亦不例外。藉由重新認識偽善作為一種複雜的社會機制，Bybee認為，我們也將對於法治這件事有了新的或者更深一層的理解。

Bybee以兩個階段的論證來建構他對司法偽善的表相 / 公眾觀感的另類

詮釋。在第二部分〈一般性禮貌的要素〉，Bybee首先提出了一個建立在禮貌(courtesy)之上的分析模型，據以引導、構架我們對於法治之偽善的觀察與檢討。Bybee以禮貌作為理解法治之基礎的想法並不尋常，但其間的道理卻不難理解：作為一個規則本位(rule-based)的行為規範系統，禮貌的實踐經常伴隨著一甚至在一定程度上依賴著一偽善的可能，而且人們向來熟知、接受禮貌行為與內心世界實際想法上的落差乃至矛盾。在另一個規則本位的行為規範系統—法律，偽善是否也扮演著類似的角色？人們又是否會如接受禮貌之偽善一般地接受法治之偽善？這些無疑都是合理的提問，而且也有深入討論的價值。Bybee繼而聚焦於禮貌系統的兩個特色。首先，「正因為容許偽善的裝模作樣(hypocritical posturing)」，禮貌方能助成社會交往的和睦與平順—讓利益、價值互異甚至互相衝突的人，毋需真心相愛、摒除異議或者犧牲小我，也能夠平和地互動、往來、共同生活(Bybee, 2010:50-57)。其次，除了依靠偽善的效用外，禮貌系統的運作與存續，也有賴習慣的養成與實踐的愉悅，並與既存的社會階層/權力結構相輔相成；後三種因素的作用，一定程度上強化了禮貌系統承受反對偽善之道德批判的抗壓性(Bybee, 2010:57-66; 66-72)。Bybee的禮貌模型預設了人類社會具有多元的利益與信念，而且其間之衝突是無可避免的；它所設想的人性，則是理性與熱情兼具、高尚道德情操與庸俗自利無從切割的混合體。

在本書的第三部分〈宛如禮節規則的法治〉，Bybee根據上述禮貌模型而對偽善在法治中的意義與作用做了縝密的檢討。Bybee析論，作為一個程序性的系統，法律也跟禮貌一樣，具有以形式規則助成多元社會之共同生活可能的積極效用，而且這項效用的發揮，不僅容許(in spite of)、更在一定程度上緣於(because of)偽善之可能(Bybee, 2010:79-85)。關於禮貌模型所揭示之習慣、愉悅以及社會階層等因素在法律脈絡中的作用，Bybee也做了深入的討論(Bybee, 2010:92-101)。特別值得我們注意的是，Bybee就偽善之於法與司法程序的效用所為申論，係以既有文獻上的法律程序論作為基礎，但是他也進一

步對傳統的程序論提出了兩重修正。首先，Bybee認為，「在法治的建立與維繫上，司法論理的品質是較為次要的。比較重要的毋寧是一法律是一個多多少少接受了人性現實的紛爭管理手段〔……〕。」（Bybee, 2010:87）其次，Bybee強調，法律雖然常被視為一種供人實現利益的手段，其工具性價值卻是取決於法律能否被認為具有原則性、公共性與公正性；法治中的矛盾從而體現、肆應了人性的矛盾（Bybee, 2010:89）。歸結而言，Bybee運用了他所發展出來的禮貌模型，為我們詳細解說了一幅跟古羅馬神話中的雅努斯（Janus）一樣有著正反兩個面孔的美國法治圖象。在Bybee看來，這樣的法治「既不是特別公允的，也無法自外於矛盾的不安。但是藉由一而再、再而三地訴諸我們的利益、習慣與情感，它是耐用的，而且會持續地運作下去」（Bybee, 2010:79）。

參、公眾的司法觀真有矛盾嗎？

《所有法官都是 / 不是政治的》一書對於法與政治在美國法治中的矛盾併存，以及偽善在其間的意義與作用，提出了一個相當微妙而且精闢的理論詮釋。不過，美國的公眾是否真的同時對法官抱持著「法官都是政治的」與「法官都不是政治的」這兩種完全相反的矛盾看法呢？這個本書對美國司法民意現象所做初步判讀本身的正確性與妥當性，似乎不無疑問。James L. Gibson與Gregory A. Caldeira這兩位長年研究美國司法行為與司法民意的知名學者於2011年發表的論文〈法律實在主義真讓美國聯邦最高法院的正當性受損了嗎？〉，就對美國司法的公眾觀感做了不同於Bybee的判讀。Gibson與Caldeira的研究主要發現，一方面，(i) 有多數的美國人認為，司法決策是容有法官裁量的空間，而且法官會依據他們自身的意識型態與價值而為裁量決策；另一方面，(ii) 也有多數的美國人並不同意「法官不過是穿著法袍的政客」這樣的說法（Gibson and Caldeira, 2011:207-08）。Gibson與Caldeira就此認為，美國公眾拒絕了機械性法理論（mechanical jurisprudence）這樣的迷思，而對司法決策有

著相當吻合法律實在主義的看法。這兩位學者進而主張，這樣的公眾司法觀並未損及司法的正當性—因為在公眾眼中，講求原則與真誠的司法決策，還是清楚地有別於一般政客的自利權謀算計（Gibson and Caldeira, 2011:213-14）。上述的（i）跟（ii）這兩種公眾觀感，其實與Bybee所觀察到的司法民意相去無多，但是Gibson與Caldeira顯然並不認為在（i）跟（ii）之間有任何難以調和的矛盾可言—因為（i）與（ii）所指涉的，其實是不同的「政治」。

Bybee不否認這類區隔「高階政治」（“high politics”）與「低階政治」（“low politics”）的談法有其意義，但是有鑑於司法程序的參與者本身並沒有援引這類談法來為司法決策辯護，他也不認為法與政治之間的矛盾可以就此獲得調和（Bybee, 2010:27-28）。Bybee的這項看法就整體法治文化而言或有一定的道理，不過Gibson與Caldeira的解釋—就公眾究竟怎麼看司法這件事來說—可能更為直接有力。本書評認為，即便我們接受Bybee的判讀—認定美國公眾對於司法的觀感確有其矛盾之處，根據Gibson與Caldeira的分析，這個矛盾有可能是比Bybee所告訴我們的來得更為隱晦—一起碼不是如「唯法律是論v.s.唯政治是論」這樣的鮮明對立。Bybee的法治偽善論對於司法民意的解釋力，就此而言，仍有待進一步的實證檢討。我們必須進一步探問：美國公眾是否真的將司法決策中的法與政治的糾葛視為一種矛盾？而他們所理解與容認的，又是怎麼樣的一個矛盾？

肆、誠實不是最好的司法政策嗎？

一個近年來在美國經常被提出來討論的問題是，在參議院司法委員會的審查與聽證程序中，一個聯邦最高法院大法官的被提名人，對於有關其意識型態、世界觀或司法哲學的種種提問，究竟應該如何回答？被提名人應該要開誠佈公呢？還是應該要竭力維持法官無預設立場的傳統司法形象？《所有法官都是 / 不是政治的》一書並沒有直接碰觸這個現實爭議，不過Bybee的法治偽善

論對於「誠實是不是最好的司法政策」這個抽象議題，倒是表達了一定的猶疑。Bybee認為，要求法官應該坦誠面對法與政治之糾葛的規範性主張，只看到了公眾對司法偽善之質疑所引起的正當性危機，而忽略了偽善之於法治的積極效用；再者，對於司法誠實的追求是否真能達到強化司法正當性的預期效果，Bybee也有所質疑（Bybee, 2010:32-33）。我們還不能據此推論說Bybee認同近二十年來美國大法官同意權審查實務所發展出來的「實問虛答」模式；不過，要Bybee提出對於這項現實應答模式的評價，應該不算過分。按雖然《所有法官都是 / 不是政治的》一書的目的主要是在提出一套詮釋性的法理論，這套理論無可避免地帶有若干的規範與政策意涵，也無法迴避來自規範性法理論的對話要求。

然而，或許是爲了避免我們對於偽善的價值判斷干擾了我們對它的理解與想像，Bybee似乎有意識地將我們對於偽善的批判與接受理解爲是一體的兩面。也就是說，所有的偽善在道德上都有瑕疵，但也都是可以接受的；在Bybee所描述的法治社會裡，我們並無從分辨不同性質與不同程度的偽善。這篇書評就此懷疑，Bybee的法治偽善論對於相關現實爭議的規範性與政策性討論，到底能夠提供多少啓示。

伍、結論

《所有法官都是 / 不是政治的》一書成功地打破了「現實的司法政治v.s.公眾對於司法的迷思」這樣的刻板印象，也引領我們重新思考法與政治的糾葛以及偽善在法治中的意義與作用。儘管Bybee就美國司法之公眾觀感所爲判讀以及他根據禮貌模型而對美國法治所爲分析與詮釋，尙有值得商榷之處，《所有法官都是 / 不是政治的》一書整合司法政治、司法民意、法與社會以及法 / 政治理論的理論努力，應該受到我們的高度肯定。

參考書目

- Beebe, Keith J.(2010). *All Judges Are Political: xcept When They Are Not: Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law*. California: Stanford University Press.
- Gibson, James L. and Gregory A. Caldeira (2011). “Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?” *Law & Society Review*, Vol. 45, No. 1:195-219.
- Scheb, John M. II. and William Lyons (2000). “The Myth of Legality and Public Evaluation of the Supreme Court.” *Social Science Quarterly*, Vol. 81: 928-940.
- Shklar, Judith N. (1964). *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- _____ (1984). *Ordinary Vices*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University.