

目录

[理想國譯叢序 2](#_Toc54511142)

[導 讀 英雄救美 3](#_Toc54511143)

[判例目錄 6](#_Toc54511144)

[謝 詞 8](#_Toc54511145)

[前 言 9](#_Toc54511146)

[第一章 恐怖主義與刑訊的故事 12](#_Toc54511147)

[第二章 我的每則判決都是謊言 24](#_Toc54511148)

[第三章 他的名字叫亨利：真相、和解與正義 30](#_Toc54511149)

[第四章 理性與熱情 44](#_Toc54511150)

[第五章 法律與幽默 49](#_Toc54511151)

[第六章 理性與判決 54](#_Toc54511152)

[第七章 哭泣的法官：司法權與社會經濟權利的保障 61](#_Toc54511153)

[第八章 人性尊嚴與比例原則 73](#_Toc54511154)

[第九章 當神圣與世俗相遇：同性戀婚姻的雙重挑戰 82](#_Toc54511155)

[第十章 開始與結束 94](#_Toc54511156)

[跋與致謝 96](#_Toc54511157)

# 理想國譯叢序

“如果沒有翻譯”，批評家喬治·斯坦納（George Steiner）曾寫道，“我們無異于住在彼此沉默、言語不通的省份。”而作家安東尼·伯吉斯（Anthony Burgess）回應說，“翻譯不僅僅是言詞之事，它讓整個文化變得可以理解。”

這兩句話或許比任何復雜的闡述都更清晰地定義了理想國譯叢的初衷。

自從嚴復與林琴南締造中國近代翻譯傳統以來，譯介就被兩種趨勢支配。

它是開放的，中國必須向外部學習，它又有某種封閉性，被一種強烈的功利主義所影響。嚴復期望赫伯特·斯賓塞、孟德斯鳩的思想能幫助中國獲得富強之道，林琴南則希望茶花女的故事能改變國人的情感世界。他人的思想與故事，必須以我們期待的視角來呈現。

在很大程度上，這套譯叢仍延續著這個傳統。此刻的中國與一個世紀前不同，但她仍面臨諸多嶄新的挑戰，我們迫切需要他人的經驗來幫助我們應對難題，保持思想的開放性是面對復雜與高速變化的時代的唯一方案。但更重要的是，我們希望保持一種非功利的興趣：對世界的豐富性、復雜性本身充滿興趣，真誠地渴望理解他人的經驗。

# 導 讀 英雄救美

熊培云

古希臘的時候，有個叫芙麗涅（Phryne）的人體模特，據說是雅典城最美的女人。因為“褻瀆神靈”，芙麗涅被送上了法庭，她面對的將是死刑判決。關鍵時刻，辯護人希佩里德斯（Hyperides）在眾目睽睽之下為她褪去了衣袍，并對在場的所有市民陪審團成員說：“你們忍心讓這樣美的乳房消失嗎？”

這是古典時代有關美與正義的最動人的故事。所謂愛美之心，人皆有之。在肉體之美（芙麗涅）和精神之美（希佩里德斯）的雙重感召下，雅典法庭最終宣判芙麗涅無罪。19世紀法國畫家熱羅姆（Jean-Leon Gerome）曾經為此創作了油畫《法庭上的芙麗涅》，場面香艷生動，不愧為世界名畫。不過，這個英雄救美的故事實在太過浪漫，以至于讓人覺得不真實。據說芙麗涅被釋放后，雅典通過法律，禁止被告在法庭上裸露胸部或私處，以免對法官造成影響。

本文將要重點介紹的是另一個“英雄救美”的故事。它發生在近幾十年，而故事的主角正是《斷臂上的花朵》一書的作者薩克斯（Albie Sachs）。

1935年，薩克斯出生于約翰內斯堡一個立陶宛猶太裔移民家庭。在父親的鼓勵下，他年少立志，愿投身于人權事業。十七歲，在開普敦大學學習法律期間，曾參與抵制惡法運動（Defiance of Unjust Laws Campaign）。幾年后，作為人權律師，薩克斯成為南非當局的眼中釘，并因此被拘禁和刑訊逼供。1966年，出獄后的薩克斯被迫流亡海外。

然而厄運并未因為流亡而結束。1988年4月7日，在莫桑比克從事法律研究的薩克斯慘遭汽車炸彈襲擊。雖然大難不死，他卻丟掉了一條手臂和一只眼睛。而兇手正是南非當局派來的特務。薩克斯在他的自傳里生動地回憶了自己醒來時的情景。他像天主教徒在胸前畫十字架一樣，對自己進行“眼鏡、睪丸、錢包、手表”式的檢查：

我的手往下摸，毯子下的我光溜溜的，所以很容易就能摸到我的身體，我的陽具還在！我的老雞雞啊！（當時我獨自一人，這么說應該無傷大雅吧。）這家伙曾經帶給我許多的歡樂與哀愁，我相信往后它也會繼續帶給我許多歡樂或悲傷。接著檢查蛋蛋，一、二，兩顆都在！既然在醫院中，也許我該稱它們為睪丸以示尊重。我彎曲手肘，人又有了欲望是多么的美好，其次就是能做我想做的事情……

薩克斯將自己近乎荒誕的反應歸功于他與生俱來的幽默感。但是，這并不等于說他對自己肢體的殘缺沒有一點悲傷，只是因為他知道空洞的悲傷已經于事無補。既然他以推進南非人權狀況為自己一生的志業，對于任何可能付出的代價也早有心理準備—

馬普托墓園葬滿了被南非特務謀殺的人。我們身邊已經死了好多人。所以當我在馬普托中央醫院里暫時蘇醒過來時，我感到勝利的喜悅。我活下來了。作為一名自由斗士，你每天都會猜想這一刻什么時候會到來，會是今天嗎？會是今晚嗎？會是明天嗎？我在面對它的時候能保持勇敢嗎？它真的到來了，而我活了下來，活了下來，活了下來。

莎士比亞說，懦夫在未死以前，就已經死了好多次，而勇士一生只死一次。薩克斯顯然無愧于勇士的榮譽。按說，如此遭遇足以在精神上毀掉一個人，讓他從此丟掉初心，陷入復仇主義的深淵。然而，這顆汽車炸彈不但沒有摧毀薩克斯，反而使他獲得了更加平靜而昂揚的生命。

我之所以說這是一個“英雄救美”的故事，是因為我看到許多心地美好的人在此打擊下難免以牙還牙，甘于同流合污，與敵同沉。而薩克斯幾乎沒有做太多的思想斗爭便救出了自己。早在第一次被拘捕時，薩克斯就意識到自己與南非白人政權的較量是意志與品格的較量。因為抓捕他的人對他的折磨已無關他手上的信息，而只是想打垮他。“他們的目的在于證明他們比我強大。”然而，即使是作為一個牢籠中的弱者，他也不希望與囚禁他的人互換角色。他必須將自己從復仇的野蠻中救出來，必須呵護好內心高貴的東西。他清楚地知道自己憎恨的是一種壞制度，而不是在這種壞制度中各扮角色的可憐人。作惡者人性的世界已經坍塌了，而薩克斯人性的世界還在。那里綠草如茵，繁花似錦。如果他也像敵人那樣以剝奪別人的自由為目的，那他就等于爬進敵人的戰壕，與他們為伍了。

在《斷臂上的花朵》中，薩克斯曾這樣重申自己的理想與道義—“讓所有南非人民都獲得自由，遠比囚禁、施加酷刑在那些曾對我們如此的人，更屬有力的復仇。以牙還牙意味著，我們將變成他們的同類，變成幫派分子、騙子和暴徒。雖然是為了更加高尚的目的沒錯，但最后我們就會和他們淪為一丘之貉，只比他們更加有權力而已。我們的靈魂會像他們的靈魂，而我們的兇殘也將和他們的兇殘無所區別。”

雖然肉體之我被迫害者做了減法，但在遭此劫難之后，薩克斯知道如何堅定信念，為精神之我做加法。“不管我怎樣身受重創，我還是比他們優越—我的行為準則和價值比他們更高尚，我的信仰深度為他們無法企及，我才是真正的人類，我為正義而戰、我為自由奮斗，我永遠不會變成他們那種樣子。某種程度上，慈悲為懷的信念，而非殘忍的以暴制暴，賦予我一種道德上的勝利，讓我能夠堅強地走下去。”

“我知道只要我能康復，我的國家也將會康復”—這是我在薩克斯書里讀到的最感動的一句話。我絲毫不認為這是一種狂妄自大，恰恰相反，在這里我聽到的是一個人在驚魂初定后立即找回的責任心。對制度之惡不同常人的理解，對同代人苦難命運的廣泛同情，對內心美好世界的堅守不移……如果不是這些觀念與責任心，薩克斯也不可能繞開冤冤相報的復仇，重新踏上康復南非的道路。

后面有關南非轉型的故事，早已廣為人知。被囚二十七年的曼德拉在1990年被德克勒克請出監獄。同年，薩克斯回到了闊別幾十年的祖國。四年后，曼德拉當選總統，并指派薩克斯擔負新南非的憲法法院大法官。大法官卸任后，薩克斯著書立說，經常去世界各地演講，分享南非轉型經驗與憲政成就，為那些深陷仇恨的國家愈合傷口。

維克多·雨果說過，最高貴的復仇是寬容。一個屢遭來自祖國的恐怖主義襲擊的人，沒有因此憎恨自己的國家，反而不斷要求提升自己的德行，并召喚同類，這在南非并不少見。南非能夠平穩轉型，正是有賴于那些長年斗爭的人徹底放下了心中仇恨，走向和解。一個漸漸達成的共識是，南非或許需要復仇，但它指向的絕不是人，而是人心中不義的觀念與現世不公的制度，包括仇恨本身。關于這一切，讀者很容易在曼德拉和圖圖的寬宏大量中找到共鳴。

在真相與和解委員會的主導下，身為大法官的薩克斯與當年參與汽車炸彈謀殺的亨利握手言和，為此亨利回家哭了兩個星期。新制度將原來的迫害者還原為普通人。曾經的作惡者終于回歸內心，如今眼淚汪汪。新南非無法做到將原來的迫害者統統關進監獄，也不能建立在大規模擴建的監獄之上，而應該奠基于一種全新的觀念和制度。以復仇為目的的清算不僅會使新南非國父們的理想顯得缺少誠意，而且會讓這個國家因為冤冤相報而永無寧日。在此意義上，寬恕不僅具有道義內涵，而且是理想南非必須支付的社會成本。

薩克斯曾在書中談及自己的理想追求，“若民主能在南非落地生根，那么代表純潔和殉道的玫瑰與百合花將從我的斷臂上開出”。在個人恩怨與理想之間，薩克斯選擇了后者。這就是他“溫柔的復仇”。而且，這種“溫柔的復仇”是強而有力的。“我在被監禁時所立下的誓言，現在終于實現了，但不是在意識形態斗爭上擊敗對方，而是升華為一套哲學與情感的圭臬，勾勒出我心中的理想人格、我想要生活于其中的理想國家，以及我愿意奉行恪守的理想憲法。”

薩克斯不辱天命。由于惡法和惡政的存在，他曾經由法律的研究者變成了“法律的敵人”，而現在他作為大法官成為新南非法律忠實的捍衛者。在這個猶太裔南非白人的主導下，南非憲法確立了廢除死刑，保障同性戀婚姻權利、艾滋病人權利等若干原則，成為“最受世界尊敬的一部憲法”。在薩克斯看來，法律不是冷冰冰的機器，法律必須像人一樣擁有靈魂。換句話說，我們不能一味地要求人要有法的精神，卻對法缺少人的精神置若罔聞。

寫作此文，并不是為薩克斯歌功頌德。我更愿意將他“溫柔的復仇”視作人類歷史中的寶貴經驗。畢竟，從遠古的同態復仇到博弈論中的報復平衡，從近現代仇恨煽動下的革命、戰爭到今日的核威懾，我們可以找出無數例子來證明人類的歷史就是一部復仇史。而薩克斯“英雄救美”的意義，在于時刻提醒那些有著遠大理想的人，如何做到不違初衷，不借口惡人的過錯而讓自己成為自己所反對的人。

轉型期南非的政治精英能放下仇恨，固然有時代整體氛圍的影響，但這一切又何嘗不是個體選擇的堆積。除了從流亡者到大法官的薩克斯，還有甘愿放下手中權力的白人總統德克勒克，主導真相與和解委員會的大主教圖圖，從監獄里走出來的黑人政治領袖曼德拉……這些新南非的國父無一不在向世人昭示他們的意義并發問：當世界坍塌之時，個人如何守衛自己心中的世界？在死握權柄與揚言報復之間，交戰中的精英該以怎樣寬廣的心懷去帶領受傷的人民？

還是讓我們回到芙麗涅的那場審判吧。人類為自己創立思想和制度，同時不得不接受它們的奴役。芙麗涅自法庭平安歸來，讓世人看到“瀆神罪”的彈性，也看到了由此而生的種種悲喜劇—與其說它們是來自上帝的威儀與審判，不如說是源于人類的自我裁決。當然，這既包括群體對于個體的群裁，也包括個體對群體的審視和自我意義的抉擇。

我不得不承認，與希佩里德斯那場古老的英雄救美相比，薩克斯在20世紀的“溫柔的復仇”更讓我為之動容。這不是一個簡單的自救救他的故事，它還有著關于人生美學的深廣內涵。薩克斯用他一生“溫柔的復仇”，昭告身懷理想的人如何聽從天命的召喚以抵抗不幸的命運。薩克斯是不幸的，他因為追求世界之美而不得不面對身體的殘缺。薩克斯又是何等幸運！他沒有因為憎恨而失去內心之美。而真正的英雄救美，就是同時對世界之美和內心之美擔起責任。

最后說點感謝的話。幾日來先后為曼德拉、圖圖和薩克斯的中文版圖書撰寫序言，傾聽他們卓然于世的心聲，對我而言都是莫大的榮耀。記得昨夜，當我沉浸于這最后一篇序言的寫作時，外面臺風呼嘯，暴雨難歇，今早醒來已是天朗氣清，極目千里。大自然竟是如此應景，想必這也是讀者合上“南非轉型三部曲”時的感受。依我之見，無論是曼德拉、圖圖，還是我最后著重介紹的薩克斯，他們能夠在抗惡的過程中不與惡同沉，都是基于以下思想與信念：作惡者囂張于一時，但并不掌控這個世界，包括你高貴的靈魂。作惡者表面不可一世，實際卑微十足，他們唯一能負責的只有自己的罪惡。而你真的可以和他們不一樣，因為你另有乾坤，當作惡者負責惡時，你必須負責美—美到作惡者暗淡無光，美到作惡者為自己流淚，美到作惡者為你鼓掌。

2014年8月11日

東京大學訪學期間

寫在前面

兩年前凡妮莎與我生下一個小男孩，

他只要問一聲“為什么？”就能帶給我們無比的喜悅。

如果有天他想知道為什么我們給他取了“奧利弗 ”這個名字，

為什么他的爸爸只有一只手，

以及為什么大家都叫他爸爸“法官”，

他會在這本書中找到答案。

# 判例目錄

阿扎尼亞人民組織案—療愈與和解的開始

穆罕默德案—政府必須作為尊重人權的榜樣

貝森案—利用國家權力非法害人，是對人性莫大的戕害

關達案—我們的立國精神就是基本人權

喬丹案—禁止性交易背后的性別歧視

阿扎尼亞人民組織案（續）—了解而非復仇，修復而非報復

迪可可案—名譽如何可用金錢衡量？

伊麗莎白港市拆遷案—法律應以仁慈與悲憫為念

S v M案—孩童的尊嚴與權利

刑事訴訟的核心矛盾—無罪推定原則

投票權的意義—尊嚴與平等的象征

宗教豁免于一般性法律—當信仰與法律相互抵觸

“笑笑就好”案—言論自由的寒蟬效應

瑪斯拉案—禮儀是憲政民主的黏著劑

羅倫斯案—禁酒的理由

丹尼爾案—被宗教壟斷的婚姻

索布拉曼尼案—當國家的資源有限

索布拉曼尼案（續）—痛苦的選擇

古特邦案—人，就應該被當人對待

霍夫曼案—愿偏見與歧視不復存在

艾滋病治療推廣運動—法院是基本人權的守護者

普寧司案—狎侮來自陌生

沃克斯案—結婚證書之外的付出

羅斯登堡白金礦案—憲法精神不只是用來點綴法條的飾品

芙莉案—同性戀婚姻合法化



手舉南非國旗的奧比·薩卡斯大法官（感謝21 Icons South Africa[www.21icons.com]和攝影師Adrian Steirn[www.adriansteirn.com]授權使用本圖片）

# 謝 詞

本書第四章部分參考了小威廉·布倫南大法官在《卡多索法學評論》的文章《理性、熱情與“法律的進步”》。

第五章有部分內容摘錄自拙著《一個自由斗士的溫柔復仇》（The Soft Vengeance of a Freedom Fighter）[[1]](#_1_1)。

[[1]](#_1)詳見Cardozo Law Review, “Reason, Passion, and ‘The Progress of Law’”, Brennan, William J. Jr (Vol 10, October/November 1988)與The Soft Vengeance of a Freedom Fighter, Albie Sachs (2nd edn, Cape Town: David Philip; Berkeley: University of California Press, 2000, first published in 1990 in Great Britain by Grafton Book), pp. 9-12 and 116-119。

# 前 言

在這些赤貧的人的眼神與言談當中，我看到他們為正義與自由奉獻心血，乃至于犧牲生命的決心。我同時也深深被他們的活力與笑聲鼓舞，它們對實踐正義所能有的貢獻，似乎遠勝于我的法學院里高妙但缺乏熱情的清談。

在不可思議的命運安排之下，我成為了一位法官。如果司法工作真的是我當初立定的生涯目標，那么我過去所做的一切都沒有浪費：八年的學業加上包括法學博士在內的三個學位、在開普敦十年忙碌的律師生涯，以及隨后橫跨三個大陸認真地在法律系執教，出版數冊專書，有些是學術性的，其他則是自傳性質。但若以法律對我人生的實際影響而言，過去的每件事都荒唐離譜：學生階段，我家曾在破曉前被警察突襲搜索，而我則受到當時所稱的“禁制命令”限制居住及行動；在執業階段，我曾兩度遭到國安警察處以“單獨拘禁”的懲罰，第一次一百六十八天，第二次則是三個月，期間國安警察還以剝奪睡眠的方式對我刑訊；當我完成博士論文時，卻有國歸不得，流亡于英格蘭；而數年之后，在莫桑比克從事法學研究時，我的祖國卻派了情報特務用汽車炸彈謀害我，導致我失去一條手臂和一只眼睛。

事實上，在我的大半生中，我既是法律的守護者，又是法律的敵人。任何參與過地下活動的人都會知道，若一個人在公共領域里以法律為行為準繩，而在暗中卻試圖顛覆法律，那么他的心靈會承受如何的撕裂。然而造成此矛盾的緣由并不難理解，而我的志愿也很清楚—只有當我們結束種族隔離，重新使法律與正義接軌的時候，我才能再次成為一個內在和諧完整的人。然而，在我這個法律人的靈魂深處，有一個好像不會產生明顯危險，但卻更加令我不安的憂慮，它被種族隔離下各種光怪陸離的現象給加劇，但其實有更深層、更復雜的起源。

開始產生這種不安時，我尚在開普敦大學就讀。陽光流貫我們的教室，而我善盡一個好學生的本分，認真聆聽教授們談論著法律向來廣受推崇的美妙的抽象性。為了應付考試，我將教科書上那些談論法治、基本權利，以及司法獨立的優雅詞句倒背如流。接著，入夜后，我會在僅靠忽明忽滅的燭光照亮的陋室里，主持開設給窮人學習的課程，并在這些赤貧的人的眼神與言談當中，看到他們為正義與自由奉獻心血，乃至于犧牲生命的決心。我同時也深深被他們的活力與笑聲鼓舞，它們對實踐正義所能有的貢獻，似乎遠勝于我的法學院里所有高深玄妙但缺乏熱情的清談。同一座城市，卻存在著兩個世界，彼此視同陌路，僅由痛苦而非希望來聯系，而我則彷徨踟躕于兩者之間。

在三十多年的律師生涯當中，我不停地與這個分裂的自我奮戰。我從沒想到，是那顆炸彈將這個分裂轟出我的人生之外。炸彈把我逐出日復一日的例行法律生活，從而讓我能自由地從頭開始過我的人生。我學習如何走路、站立、奔跑……以及草擬南非的新憲法。剎那間，令人歡欣、動容，法律教科書中那些堂而皇之的抽象概念，與過去那些被剝奪權利的人對正義的渴望，兩者融為一體，緊緊相擁。法律不再構成不義的路障，以至于為了追求自由而非沖撞、拆毀它不可，如今它反而是達成和平革命的主要工具。在接下來的制憲期間，我生命中原本捍格矛盾的力量得以調和。如果制定新根本大法的過程治愈了我的國家，那么它也一并消除了我自己深層的內在分歧。

因此或許可以這么說，若某些人生來就將做法官、從事司法工作，我則是法官一職自己掉到頭上并欣然接受的那種人。自曼德拉總統任命我和其余十位同事擔任南非的第一屆憲法法院法官以來，我有幸經歷了在人生與知識上皆精彩、豐富、引領著我精益求精的十四個寒暑。

對我來說，當法官從來就不是一個理所當然的選擇，我不認為這是我生來就該做的工作，也不是沒有其他的質疑。我早年與法律激烈的敵對關系本不該產生這種結果。更有甚者，在我流亡海外時所從事的社會與法律實證研究（social-legal studies）使我習慣觀察并反省法律人所作所為的實際意義。此外，我還不斷受到世界各地的大學和法律團體的邀約，希望我能解釋如何在一個本來幾乎要陷入種族相互屠戮悲劇的國家建立起民主憲政，在他們看來這簡直是奇跡。倘若你認為南非已民主化，卻又不相信奇跡這回事，你應當會加倍努力地找尋理性的解釋。民主轉型是如何發生的？而我的法官角色究竟在當中發揮了什么功用？

回首往事，我已在全球各地針對這些問題發表報告，各個不同的國家都得面對這些問題引發的相似爭論。這些年來我在紐約、倫敦、德里、劍橋和芝加哥等地反復進行的演講被集結成冊，準備出文集。但這卷文集缺乏貫穿首尾的內在肌理，因此為了把它們串在一起，我便開始摘錄并加入若干憲法法院的判決，有些判決是出自我自己，有些則來自我的同事。至少，這能在個人演講和司法判決之間提供有趣的對照：前者的風格相對平易近人，并有更多個人化的抑揚頓挫，后者則是如同神諭般的莊嚴公正。不過，我察覺到這個結合了我的敘事文字與法律判決摘要的作品所發揮的比較和對照作用，進一步替我的想象力提供了更加精彩的素材，它激發我去探索我在法律以外的生命閱歷和我作為法官的判決兩者之間所發生的化學反應，那雖然若有似無，卻十分微妙。一旦有了這樣的念頭，一本全新的著作開始在原有的手稿之間自然成形。

我人生中最具戲劇張力的經歷都與恐怖主義和酷刑虐待有關。對那些曾在種族隔離時期干過慘無人道之暴行的人嚴懲不貸，本會是對我的過去最直接、單純的反應。我本可以理直氣壯地問：那些當初全無惻隱之心而拒絕給予他人平等權與公正審判之人，如今怎能尋求并享受此等權利的庇護？我過去被視為恐怖分子；我反對用恐怖主義來當做爭取自由的手段；當被派來摧毀我所屬的解放組織的政府特務因事跡敗露而被擒獲時，我必須處理是否該嚴刑拷打他們的問題；我也是國家主導的恐怖主義的受害者。然而，回顧我留下來的司法文獻時，可以很清楚地看到，我在法庭上做出的響應卻是復雜許多。生命閱歷無疑已改變了我對法律的理解，而不變的是那些已經經久確立且仍能與時俱進的法律思想原則。

在撰寫這本書的過程中，最讓我驚訝的發現是，在處理我與真相與和解委員會（Truth and Reconciliation Commission，簡稱真和會）的關系時，當中恰巧包括一段插曲，也就是我和指揮在我乘坐的車中安放炸彈的那位特務的會面。我一直以為這段真和會的經歷，與我身為法官的思維邏輯是分得很清楚的。但從我歷年的判決來看，我發現和解在我的法律思維當中始終是個核心的主題，并在兩邊都鮮明地表現出來。一邊強調在諸如誹謗或中傷案件當中道歉的重要性，即一種修復式正義（restorative justice）。另一邊則著重調解溝通（mediation）在和解過程中所扮演的角色，使擁有廣大閑置土地的富人，可以和那些在他們的土地上搭建棲身之所的窮人和平共處。

當我開始思考組織這本書的架構之后，我便忍不住想加入一章來討論歡笑在民主社會中的功用。自由斗士常被說是一群陰郁寡歡的人，只有在仇敵潰敗時才會擠出一點笑容。我在反抗運動中的經驗并非如此。在我被炸彈攻擊并接受手術之后，我一醒來就立即對自己講了個笑話。幽默若在我生命中以及爭取自由的奮戰中占有一席之地，它在開放與民主的社會中也該有相同的地位。所以，在審理 “笑笑就好”一案，處理某商標遭到戲謔使用的問題時，我在判決書的開始便提問道：法律有沒有幽默感呢？

在南非制定憲法的過程中，最激烈的論戰莫過于人權法案（Bill of Rights）所規定的基本權利究竟該不該包括社會經濟權，即諸如健康、居住、獲得食物、受教育等權利。我們長久以來艱苦奮斗，爭取的便是讓這些“面包權”能和其他古典的“自由權利”一樣，納入憲法。但它們一經寫入憲法，該如何被落實的問題便接踵而來，成為對司法工作者的嚴峻挑戰。我們該如何做才能在給予社會經濟權實質保障的同時，又能謹守司法的角色與分際，不至于演變為非民選的法院篡奪了民選政府的職權？古特邦女士（Mrs. Grootboom）的案子為此立下了里程碑。每當冬雨即將來臨的夜晚，她和其他一千多人只能露宿街頭，每晚只能與星辰相伴入眠。經由憲法法院的合議，我成功地將自己的想法融入我同事查克·亞可布（Zak Yacoob）大法官主筆的判決書。如今它已成為相當知名的案例。后來，法院又處理了兩件涉及艾滋病患者權利的案子。當時我們的法庭擠滿了人，每個人身上都穿了一件寫著“HIV-POSITIVE”（艾滋病毒陽性反應）的T恤。現場的氣氛非常激烈，而那個當下我感受到一股逆向的感染力—不是生命改變了法律，而是法律改變了生命。因此這章的結尾是一個反省，回顧我參與法院審判的客觀經歷對我的主觀人格產生了什么影響。我替這章起的標題是“哭泣的法官”。

同性戀婚姻一案第一次讓我很清楚地意識到，強烈的個人生命體悟會如何左右司法判決。我在準備將于哥倫比亞大學發表的保羅·羅伯遜講座（Paul Robeson Lecture）時，我發現有兩個看似相互矛盾的過去經歷對我影響至關重大，并塑造了我對同性戀議題的看法。第一次是在我擔任法官之前，我曾出席同性戀大游行表達支持。另一次則是我代表憲法法院出席非洲基督徒法律人協會（Christian Lawyers in Africa）會議致詞。這些經歷并沒有影響我最后的立場，但它們凸顯了我們這個開放、民主的新憲法秩序必須面對的一樁重要任務，那便是俗、圣兩方該如何化解歧見、彼此和解。若有人對我過去的人生抱有過于單純的看法，他們也許會預期我的判決很可能會將全體國民一分兩半，一半開明進步，另一半蒙昧無知：開明進步的對憲法抱持著“解放束縛”的態度，或至少不排斥這種想法；而蒙昧無知的另一半則冥頑不靈地死抓著過往迂腐的偏見不放。然而事實上，因為我們有一個嚴重分歧的社會，而透過接觸其中的各種人物，包括參與大游行的示威者以及基督徒律師，我有機會發展出一套我個人以為更加成熟細膩的立場。雖然這個立場明確地支持同性伴侶應享有和異性伴侶平等的待遇，但同時也給予基于良心而持不同立場的宗教信徒應有的尊重與憲法的認可。

最后，這些故事背后的故事需要一番交代。我是如何做出決定并寫成判決（在美國判決稱為法院意見〔opinions〕）？當我在多倫多大學授課時，我的開場白是“我的每則判決都是謊言”。這句話吸引了學生們的注意。我解釋說，謊言指的不是我的判決內容，它們的每一字每一句都是我的肺腑之言。我所指的虛偽不實，是判決書行文所表現出來的那種冷靜、井然有序的風格，粉飾了我落筆時翻來覆去的思考與劇烈的猶豫和掙扎。我感到有必要澄清一種通俗觀念，即從法官們看似權威而堂皇的口吻當中，有人會以為司法判決完全是在理性的神奇引導之下自動寫成。這使我去找出我寫過的判決中所具有的四種不同的邏輯：發現的邏輯、證立的邏輯、說服的邏輯與潤飾的邏輯。最后我必須面對理性與激情之間的關系，還有人性尊嚴與比例原則（proportionality）的概念：這些相互交織、不可分割的概念，貫穿了這整本書。

像我這樣一個成長于啟蒙理性傳統中的人，實在很不想和有關煉金術的東西扯上關系。但我必須承認，許多影響我們決策的過程在理論上雖不難理解，但實際上像煉金術一樣，以一種很難定義的神秘方式產生影響。生命經驗進入法官判決的方式，或者至少是對我判決的影響，便是如此。所以我單純想指出，從我曲折離奇、多彩多姿的人生到法院里影響深遠的工作，其間的差距不可謂不大，而將兩者熔于一爐的煉金術盡管古怪，卻是充滿挑戰、險阻與喜悅的。在寫這本書的過程當中，我自然會問自己：“人生經驗究竟是怎么影響法律判決的？”我的回答是：“無從預期。”

# 第一章 恐怖主義與刑訊的故事

此人曾經手握生殺大權，威脅恐嚇了許多人，如今竟然當庭落淚。他的兩眼浮腫、雙頰通紅、淚下如雨。他過去曾是國家的劊子手，雙手可能奪去好多人的生命，如今我們卻眼睜睜地看著他泣不成聲，但他的流淚不是因為受到嚴刑峻罰，而是被問了一個簡簡單單的問題：“為什么人能夠對人做出這種事情？”

三十九歲那年，我發現我被南非政府視為恐怖分子，當時我正流亡海外，在南安普敦大學（Southampton University）法律系執教。我受邀參與一場在耶魯大學當代歷史系舉辦的會議，但無法取得美國簽證。為什么呢？因為我參加了非洲人國民大會（African National Congress，常被簡稱為ANC，即非國大），一個由曼德拉所領導的團體，而他曾是以推翻南非種族隔離為目標的“民族之矛”（Spear of the Nation，又稱Umkhonto We Sizwe）[[1]](#_1_3)的總指揮。因此，盡管我在英格蘭是個安分守己的法律教授，但就我參與非洲人國民大會來說，我是恐怖分子。幸好，幾個月后，支持非洲人國民大會的政治游說團在華盛頓占了上風，勝過南非政府雇用的游說團。美國國務院修改政策，于是我就從恐怖分子的名單上除名了。

“恐怖分子”這個標簽之所以惹人憎惡，并不僅因為它是個污名。在南非，成千成萬的人因為被視為恐怖分子而遭受駭人聽聞的對待。由于被當做恐怖分子，我們可以不經審判就被拘禁，單獨囚禁，無法與家人、律師或任何人聯系。什么理由呢？理由是有關當局正在對抗“恐怖主義”，對抗它們對南非進行所謂的全面開戰。而他們同時也會牽扯蘇聯帶來的威脅，與各種各樣的危險禍害，諸如“黑禍”與“紅禍”，以及當中國崛起時，“黃禍”的說法也隨之出現，通過這些把他們以反恐為名的自我防衛正當化。然后他們便恣意將我們從家里與工作場所押走，關進大牢。

此時要保持勇敢真是不容易！大禍尚未臨頭之前，你可能會單純地以為，倘若你被監禁了，就抬頭挺胸、保持信念，然后誓死不屈。現實則完全不同。你被困在小小的水泥方塊里。你一下瞪著你的腳趾，一下又瞪著墻壁。再瞪著腳趾、再墻壁、再腳趾、再墻壁，你不知道這到底要持續多久才會結束。你不知道能做什么，也沒有人可以與你聊天。這不是人該過的生活。人類是群居動物，我們是需要同伴一起過日子的。有些人想考驗自己的意志力，因此花費數年的時間獨自一個人坐在柱子頂端。我有位朋友是尼姑，她可以做到一兩個月內完全緘默不語。但這是她自愿選擇的結果，她是自己行為的主人。我被獨自監禁則是出于被迫，不是讓你借由沉思來陶冶靈魂，而是要透過孤獨來毀滅它。

我仍記憶猶新，我當時是如何試著讓自己有事可做，好讓我感到自己還是一個活生生的人、還有活躍的頭腦與正常的情緒。我曾試著背誦全美各州的州名。我依稀記得我有次背出四十七個州，但我無法把它們寫下來，所以在緩慢地按著字母順序一路往下背之后，我不確定我到底背出了幾個州。我那時兩只手臂都還在，因此我像英文字母J一樣吊單杠。然后我開始唱歌，再次按照字母順序來唱：Always、Because、Charmaine—可說是一套1963年暢銷單曲的私人精選。（順道一提，肯尼迪總統遇刺身亡后，消息立即傳遍世界，但我當時可能是唯一還不知道的人。大概有一周之久，我對此完全一無所知，因為我被監禁在一個與新聞隔絕的世界。一直到有個獄警實在忍不住，想把這驚天動地的消息講給一個還不知道的人聽，我才知道發生了什么事。）為了讓自己感覺更像一個人，一個活生生的人，我會唱歌：

我將待在這里，一直待在這里，一年又一年，一直待在這里。在我所熟悉的小牢房里。我會待得好好的，一直待在……

另外，我也喜歡哼著由諾埃爾·科沃德[[2]](#_2_1)詮釋、帶有中上階層風味的歐文·柏林[[3]](#_3_1)的曲子來振奮精神：

我不會離開，一直留下來，我會抬高我的下巴，一直抬著。不止一小時，不止一個禮拜，不止九十天，而是一直不停。

將我拘禁的法律稱為《九十日法》（90-day law），這部法允許政府在未經起訴的狀況下將嫌疑人單獨囚禁，最長可達九十天。九十天以來，我就像每個被關進來的囚犯一樣，在牢房的墻上刻畫記號，終于算到第九十天。我獲得釋放，我拿回我的領帶和西裝—它們是我遭逮捕時穿在身上的衣物，當時我正要走進我的律師事務所上班—我也拿回了自己的手表，然后我便說：“我自由了，我自由了。”但當我走出監獄來到街上，一名警員向我走來—他還先和我握了握手—對我說：“你被逮捕了。”我便又回到監所，再次交出我的手表、領帶、西裝。九十天可以再接著一個九十天、下一個九十天、再下一個九十天。

一旦你開啟了貶損法治的那一扇門，便也將法治的那一扇門關上，也將人身保護令（habeas corpus）、正當訊問、公正審判的那一扇門關上。對國安部門來說，開門與關門永遠不厭其煩。在破案壓力下，他們向來想打開更多方便之門，所以他們需要九十天，然后又一百八十天，最后變成無限期的拘禁。上面提到的是我第一次被拘禁，先關九十天，接著七十八天，當時我完全不曉得要被關到什么時候才能獲釋。

兩年之后（你并不會因為被關越多次而變得更堅強），我再次被拘禁。他們為了逼供，不讓我睡覺。我白天和晚上都無法睡覺，有一個訊問小組對我咆哮，敲打桌面十分鐘，再陷入死寂十分鐘，交替進行，輪班執行一整天。當我開口要求一些東西吃時，他們似乎顯得很愉悅，把飯菜遞給我時，看得出他們在竊笑：我很清楚他們在那些飯菜中下藥。而第二天早上，我的身體會反抗我的意志、我的心靈。想睡覺、想倒下休息的渴望幾乎征服了我。我知道有人撐過四天、五天、七天，而撐得越久，他們最后會崩潰得越徹底。他們失去了一切自制能力。我害怕會變成他們那樣子。理論上來說，我必須撐過三十六小時，使我的同伴有逃脫的時間。但我沒有負責保護什么人，而我手上的信息也是兩年前的舊聞。

他們對我的折磨已無關我手上的信息。他們只想打垮我。他們的目的在于證明他們比我強大。我當時沒有想到讓—保羅·薩特，后來我便想起他寫到過法軍在阿爾及利亞所實施的刑訊。他指出，法軍負責刑訊的單位，其目的不只是逼問情報而已，它更是要毀滅受刑人的意志、信心與自尊。這當中存在強烈的種族因素。透過刑訊，主事者企圖把這些人生而為人的身份剝奪，使之成為比人低下的生物。他們不只感到他們有權利這么做，他們更感到他們非如此不可，因為他們得與邪惡作戰，旨在消滅一群低等的、具有威脅性的生物。黑人受到種族歧視已有悠久的歷史，但在訊問者的眼中，我某種程度上比黑人更加惡劣。我身為白人，卻造謠生事，煽動原本純潔的心靈，從感謝政府變成痛恨政府。這個政府其實讓他們過得比非洲其他的同胞更好。

那是我生命中最糟、最不堪回首的時刻。這可不是某些學者所空想出來的思想實驗，拿來討論政府實施刑訊的成本與效益。此外，如同其他百分之九十九點九的刑訊案件一樣，當我癱軟在地上、他們對我潑水、把我硬生生地拉起來的時候，并沒有一顆正在倒數計時的炸彈要爆炸。我仍記得那些硬把我的眼皮扳開的粗重手指。我再次倒臥在地上，就會有更多的水潑向我，黑色、棕色的皮鞋在我身旁四處踩踏，表現出一種無聲而井井有條的緊迫，而他們看到我的抵抗逐漸瓦解時，我仿佛感受得到一股被消音的勝利歡呼在四周回響。我當時所知道的所有情報都過時了。或許他們是想要我作證指控其他參與反抗運動的人。如果我招了，他們就取得雙重勝利，因為我就可以被說成是叛徒，被我原先竭力對抗的體制所利用。他們追求的是霸權、宰制、權力、掌控和主宰。這些措施是系統性的，是預先組織好的，是被縱容的，更是種族隔離政策的一環。它們是這個尊奉白人至上的體制所不可或缺的，非采用這些骯臟齷齪的手段便無法維持這個泯滅正義的體制，而其不堪連在種族隔離的南非都讓人羞于啟齒，以至于被政府掩蓋與否認。腐敗的蘋果直接擺在箱口，而非藏在箱底。半年、一年、兩年后，施暴者陸續被法院傳喚出庭，并否認他們的行為。法官看得到作證指控迫害的證人，但他們看不到淌流的鮮血、折裂的骨頭和燒爛的皮膚。他們看到的是蒼白、神經質、結結巴巴的受害者聲稱遭到虐待，然后再聽取并接受國安警察的說詞。畢竟，后者表示，他們的作為是在保護法官和其家人免于受到恐怖攻擊。公允地說，確實有法官用行動證明，無論大環境如何黑暗，公正獨立的司法良心仍有施展的空間。不過，令人難過的是，這種法官實在不多。

我記得我第一次被囚禁時，我想著，如果我有機會成為一名位高權重的官員，我絕不可以對任何人做出這種事情。當你軟弱無力的時候，你會試著想象當自己和那些羞辱你的人一樣掌權時，會如何表現。什么是你所能施展的最大權力？你想到的不是以牙還牙、以眼還眼。你過于卑微渺小，以至于翻轉這個權力關系對你來說根本不可能、根本無法想象。情感上，更有可能對自己說的是，不管我怎樣身受重創，我還是比他們優越—我的行為準則和價值比他們更高尚，我的信仰深度為他們無法企及，我才是真正的人類，我為正義而戰、我為自由奮斗，我永遠不會變成他們那種樣子。某種程度上，慈悲為懷的信念，而非殘忍的以暴制暴，賦予我一種道德上的勝利，讓我能夠堅強地走下去。數年后，當我在記錄我被汽車炸彈攻擊并失去一只手臂的經驗時，我發現我不斷重復的一個句子是“這將是我溫柔的復仇”：如果在我的汽車上埋置炸彈的兇手，在莫桑比克的法庭上被起訴但卻因證據不足而獲得釋放—我寫道—這將是我溫柔的復仇，因為我們將生活在法治之下。讓所有南非人民都獲得自由，遠比將單獨監禁與酷刑折磨施加于那些曾如此對我們的人身上，更屬有力的復仇。以牙還牙意味著，我們將變成他們的同類，變成幫派分子、騙子和暴徒。雖然是為了更加高尚的目的沒錯，但最后我們就會和他們淪為一丘之貉，只比他們更加有權力而已。我們的靈魂會像他們的靈魂，而我們的兇殘也將和他們的兇殘無所區別。

最荒唐、最離譜的是，我們明明極力反對恐怖主義，卻被當成恐怖分子來處罰。從1960年代晚期到1970年代早期，到處都是“主義”。資本主義、社會主義、帝國主義、斯大林主義、托洛茨基主義—只有社會民主（social democracy）沒有落入這種主義的窠臼。而其中一種因為與我們的理念背道而馳而被我們摒棄的“主義”，就是恐怖主義。以暴力還諸種族隔離所施加的暴力，它就是不對。恐怖主義采取一種會傷及無辜的暴力手段，加害于所有恰好身在特定團體、種族、社群之中的平民百姓。這是完全欠缺政治理性的，并完全與我們的理念對立。我們對抗的目標是一套白種人至上的體制，而不是對抗一個種族。而此宗旨在我們的講臺和文獻上不斷三令五申，我不會說它是陳腔濫調，但確實是不厭其煩地被反復宣講，仿佛成為我們的抵抗運動的某種禱文。長年以來，我們篤信非暴力路線。這一部分是為了避免發生種族間的流血沖突，這很可能會造成永遠無法愈合的傷口；建筑物你可以毀掉又重建，而一旦受創的是心靈，悲憤怨懟將世代相傳，難以平息復原。因此當所有的和平示威都被禁止而我們的運動最終走向武裝反抗時，我們仍不考慮任何形式的恐怖主義。

因此，盡管當時世界各地的運動都紛紛制造轟動的劫機事件以引人注目，而許多非洲人國民大會的年輕成員都在質問，為何我們的運動領袖不效法相似的做法，但我們的領袖始終表達堅決的否定。不只是因為我們的代理主席奧利弗·坦博（Oliver Tambo）也會搭飛機旅行，或其他乘客中也會有支持我們使命的人。也不只是因為，這會讓我們這場分明是光明正大的奮斗，這一場對抗種族隔離、對抗制度化的種族主義的抗爭，被當成僅僅是兩個敵對種族為了權力和茍活所展開的斗爭。一個讓我們念茲在茲、不敢或忘的大問題是：我們真正的敵人是誰？不是某個種族，也不是特定的群體，違背正義的體制才是我們的仇敵。當我們以暴力來挑戰這個違背正義的體制時，針對的對象一定是這個體制的實際權力和宰制結構，而非平民百姓。而我確信，使奧利弗·坦博和其他非洲人國民大會領袖嚴加擯棄恐怖主義的深層理由是，他們不愿意我們也滋生出恐怖分子式的靈魂。恐怖主義對那些奉行它的人會有什么影響呢？他們會變成什么樣的人呢？你如何能自詡為自由斗士卻不分青紅皂白地濫殺無辜呢？我相信這是我們的基本道德原則，有時會明白宣示，有時則是每個人心底的默契。而此人道精神不僅沒有讓我們變得不堪一擊，反而還讓我們越戰越勇。它在非洲人國民大會之中構成一股強勁的力量，將我們團結起來，使我們得以一路挨過流亡海外的三十年，未曾經歷劇烈的紛爭或分裂。相較之下，當時其他的海外反抗運動幾乎都四分五裂了。

1985年，仍在流亡中的非洲人國民大會內部又針對暴力路線問題進行了一場激辯。戈爾巴喬夫的蘇聯改革（Perestroika）尚無眉目，因此我們當時所遭遇的難處與國際情勢無關。柏林圍墻倒塌也是幾年之后才發生的事情。我們當時在贊比亞的一座叫做喀維（Kabwe）的小鎮開會，并獲得贊比亞軍隊的保護，以防南非的特遣隊跑來把我們全部炸死。會議非常地嚴肅，真的非常嚴肅。我特別記得那場會議討論到的三個主題。第一個是關于我們的反抗運動可以采用哪些手段和策略。我還記得薩巴塔·達林迪耶博（Sabata Dalindyebo）國王的發言，他是東開普省傳統上的君主，非常愛國，拒絕成為南非國民黨政府的傀儡，因此被迫流亡。我曾在莫桑比克款待他和他的家人，還在去海邊時借給他我的泳衣—我之前從沒將泳褲借給一位國王過！他在會議上的發言，講的是我們該如何增強我們的反抗，推翻種族隔離。他用科薩語（isiXhasa）[[4]](#_4_1)發言，因此我們這一小群文化上落伍的聽眾因為無法聽懂而需要口譯的協助。（非洲人需要懂英語—壓迫者的語言，但壓迫者卻不用懂多數人所使用的語言。）他用非常生動的方式對我們演說，而聽眾都被逗得發笑；當我們在五分鐘之后聽到口譯的內容后，我們也笑了。這是他說的故事：“兩個男人用棍子在打架，打得不可開交。兩人都非常生氣，而他們的妻子在一旁鼓噪。甲男的妻子對他吼道：‘我的夫君啊，你是怎么回事？你比對方強壯那么多，也更會打架，但他卻要打贏你了？你會輸是因為你只用一只手拿棍子，而另一只手卻完全無用，因為你像個傻子一樣拿塊毯子遮掩你的裸體。快把那塊笨毯子丟了，不要再管你是裸體，然后用你的雙手來和他打！’”聽到這邊大伙兒都笑了；而當我五分鐘后聽到英文口譯時，我也忍俊不禁。

他所說的，是指我們因為怕被貼上恐怖分子的標簽，以至于不必要地限制了自己反擊的能力。有些與會者在走廊上彼此低語，說到白人只有在流著淚埋葬自己的兒女時，才有可能明白非洲人民所承受的苦難。但會堂中的與會者以極富非洲風度的方式對這番發言報以溫和的笑聲，仿佛是說，我們懂你的意思，我們聽進了你的故事，這故事相當有說服力而我們對你愿意和我們分享它感到非常敬佩，但是這并不符合我們的宗旨。接著，大家便跳到下一個議題。若是我來響應，我可能會跳起來說：“國王同志（我們平常都這樣稱呼他），非洲人國民大會長久以來的原則是反對恐怖主義，它背后的意識形態我們不能接受，原因在于這樣、這樣、那樣。”非洲風度相較之下更加內斂，也少了許多沖突和摩擦。而會議的結果清楚明白地否決了任何要求我們使用恐怖主義手段的提議，堅持了我們長久一貫的原則。

會議所處理的第二個主要問題與我直接有關。此前當我在莫桑比克擔任司法部的研究部門主持人時，奧利弗·坦博邀我前去和他談“一樁要務”，在盧薩卡（Lusaka），是非洲人國民大會那時的總部所在地。我很好奇那樁“要務”是什么。最后我抵達他小小的辦公室。他先問了我的健康、我的家人、我在莫桑比克的工作，以及該國的政治情勢。我記得一件讓我感到很有趣的事情，就是這位當代世界最重要的一名領袖人物竟然一邊和我談話，一邊將報紙卷起來打蒼蠅。我們終于切入重點。“我們現在有個狀況，”他一邊說著，一邊以敏捷的一擊拍去一只蒼蠅，“我們俘虜了幾個人，我們相信他們是奉南非政府之命而來的，企圖消滅我們組織。但我們目前沒有任何規范去規定如何對待俘虜。非洲人國民大會的組織憲章只有規定年會、干部選舉和政策等等。但對我們該如何處置落入我們手上的人員則未置一詞。我們目前不確定該如何填補這個漏洞。”他頓了頓，掃去另一只蒼蠅，并以其溫文儒雅且深富律師風度的方式補充說道：“我很確定要訂出一套妥善的規范并不容易。”而我則信心滿滿地回說：“這也不至于太過困難……國際公約對此講得相當明白：不可刑訊，不可采取非人道、屈辱人性尊嚴的處置。”他看著我并緩緩地說：“我們對俘虜用刑”，面色嚴峻。我簡直不敢相信。非洲人國民大會可是為了爭取自由而奮斗的團體，居然對俘虜用刑？

數年后我得知，那些被南非政府派來消滅非洲人國民大會領袖以及阻撓我們行動的特務被俘后，囚禁在非洲人國民大會的安哥拉基地，并受到刑訊。隨后非洲人國民大會高層對此展開調查，并證實非洲人國民大會的維安人員確實有對俘虜用刑。維安人員的說法是，捍衛解放運動免于可預期的威脅是其職責所在。現在，奧利弗·坦博把我找來，是要我以法律專家的身份來幫助我們的組織建立與實施一套合宜的行為準則來處理此類狀況。而依照坦博一貫的作風，他不會用他的領袖身份來由上對下發布一道命令，諭知全組織哪些行為準則須被遵守。相反的，他請我起草一份守則，并在循正當程序召開的集會中，以合乎民主的方式由組織全體來辯論。

我所面對的任務，是在一個流亡海外的解放運動組織內部建立法治，當時提供我們安身之地的地主國期待我們處理我們自己的法律事務。我最后寫出來的作品，無異于一部刑法與刑事訴訟法，并且也考慮到一個流亡海外且成員四散各處的政治組織所面對的迥異情況，而有所特殊設計。在我這一生所寫過的法律文字之中，有兩份的重要性遠超過我的其他著作和判決：一件是我入獄而遭剝奪睡眠的酷刑之后，偷渡出去的簡短筆記，而另一件便是這部行為準則。

奧利弗·坦博是個心思非常細膩的人，他認為我們應該審慎考慮一個解放運動組織是否能夠運用刑訊來保護自己免于重大危害，這是個攸關重大的道德與哲學難題。同時他也服膺民主原則，因此認為這個問題應該交由全體成員議決，而不是由領導者一人乾綱獨斷。所以該準則的草案被提供給所有流亡海外的成員（以及部分在南非從事地下工作的成員）以預先討論，以便各支部可以對相關問題表明立場。接著，各支部的看法被整理出來，并提供給會議代表。

我對這場辯論記憶鮮明。這部行為準則在會議上獲得壓倒性的支持。對于它把侵害組織的犯罪分為三類，并依其類別而分別制定調查程序與處分規則，與會者皆感到相當滿意。這種層級化的設計，是針對三種類別的行為人：僅在支部集會時擾亂秩序者，酒醉駕駛或犯下傷害、竊盜、虐待婦女等罪者，以及受派潛入組織內部企圖謀殺干部與癱瘓組織運作者。我們設置了與法院相仿的審判機構來處理第二和第三種類別的案件，職權獨立的司法官、負責起訴的檢察官、辯護律師、上訴權一應俱全。在會議上，毋庸置疑地可以發現，與會者都非常同意在組織內建置合宜的司法體制。

不過，另外有個問題特別的棘手，而且奧利弗·坦博認為該會議勢必不可回避這個問題。這便是，這部行為準則是否該在極端嚴峻的狀況發生時，破例允許“極端訊問方法”。“民族之矛”的年輕戰士一位接著一位上臺發言，對此表達他們的看法：絕對不允許。他們表示，從你允許例外或豁免的那一刻開始，非洲人國民大會的保安部門便會以它來瓦解禁止刑訊的原則。他們堅持一定要有清楚明確的規定，在所有的情況下，無條件禁止刑訊，不管我們賦予它多么委婉或動聽的名稱。他們沒有像某些學者那樣耐心地做理性的探究，討論在何時、何處可以劃出一條界線。可不可以將人刑訊致死，如果有一顆炸彈正在倒數計時？可不可以對囚犯使用電擊、水刑[[5]](#_5_1)，或睡眠剝奪？年輕的戰士—以及沒那么年輕的律師—斬釘截鐵地表明了我們是什么樣的人、我們是為何而奮斗，以及我們的道德和核心價值為何。親身的經歷告訴他們，刑訊不但剝奪了受刑人的人格，也讓刑訊者自己失去人性，刑訊將他們的朋友，那些和他們一起放棄學業和大學并投筆從戎的伙伴，變成禽獸。為了和禽獸交手，他們讓自己落入禽獸的狀態，即使只是剎那間的事而已。發言者立場堅定。他們無法參與一個允許刑訊的組織。這點不容妥協。

此時此刻對我來說委實非比尋常。我們漂泊海外，處境艱險，對抗一群火力強大、組織嚴密并且殘酷無情的敵人。任何時候，我們都可能因為一場特遣隊的伏擊或一顆從天而降的炸彈而身首異處。我們許多的朋友都被刑訊致死或遭到暗殺身亡。但是，我記得一位年輕的戰士走向麥克風說道：“我們是為了生命而奮戰的—我們怎么可以傷害生命呢？”他所說的生命不只是指生物性的活著，他所說的生命也包括了一種人格、人性尊嚴的展現。這份精神是我們得以在這場對抗不公不義的抗爭中保持斗志與活力的泉源，我們豈可違背、離棄它呢？聽著這些話，我的內心澎湃激蕩不已。這不但呼應了就我所知是奧利弗·坦博深信不疑的信念，也符合我認為是不證自明的公理，同時也體現了反抗運動的核心精神，是它使我們的成員能承受這堅苦的奮斗所帶來的顛沛流離，并使我們彼此緊密相連。

而且這也與國際法得來不易的原則完全一致。

查閱今天的國際法，我沒看到有哪個地方承認只要有倒數計時中的炸彈就可以暫時把《禁止酷刑公約》（Torture Convention）晾在一旁。刑訊就是刑訊，就是刑訊。你去到阿根廷，刑訊就是刑訊。你去到智利，刑訊就是刑訊。在這些國家，一整個世代的人受到刑訊，他們有切身之痛。他們親身經歷過它，對他們而言，刑訊這個難以釋懷的歷史創傷，仍然像惡靈一般糾纏著這個民族的靈魂，他們不可能輕易將之淡化為想象中的推理問題，像算賬一樣毫無感情地計算其利益與損失。

我現在來談一個常常在討論恐怖主義時忽略的主題，亦即，國家恐怖主義。比起“非正規團體”，國家恐怖主義所重傷、滅絕、屠戮和謀殺的人遠遠超過前者許多。國家除了一般所具有的可以殺害、中傷、刑訊和折磨人的權力之外，也同時因為掌控媒體而能恐嚇那些本欲挺身而出的證人，使得眾人對國家一切的為非作歹噤若寒蟬，從而使自己得以逍遙法外。我并未參與武裝抗爭。我的職責是當律師和寫作，以及（后來）在歐洲及美國推動終結南非種族隔離。然而，武裝沖突與國家恐怖主義主動找上了我—南非的特務來到莫桑比克，在我的汽車上裝設炸彈。我幸而未死。但收到郵包炸彈的露絲·福斯特（Ruth First）則不幸殞沒，她當時在位于馬普托的蒙德拉內大學[[6]](#_6_1)的非洲研究中心任職。馬普托墓園葬滿了被南非特務謀殺的人。我們身邊已經死了好多人，所以當我在馬普托中央醫院里暫時蘇醒過來時，我感到勝利的喜悅。我活下來了。作為一名自由斗士，你每天都會猜想這一刻什么時候會到來，會是今天嗎？會是今晚嗎？會是明天嗎？我在面對它的時候能保持勇敢嗎？它真的到來了，而我活了下來，活了下來，活了下來。基于一種深切的信念，我知道只要我能康復，我的國家也將會康復。

而這個盼望果不其然地成真了，我們也終于設置了“真相與和解委員會”，處理種族隔離期間所發生的暗殺與刑訊事件。該委員會帶給南非人相當大的震撼。我們借此聽到了許多的故事，而許多的細節都因此公之于世。重要的并不是事實、數據、記錄，甚至不是結果。重要的是看到受害者們的面孔、聽到他們的聲音、目睹他們的淚水，以及看著兇手痛哭流涕著承認暴行，并尋求原諒。這是大家掏心挖肺、坦誠相對的一刻。這些是我們的同胞，而非陌生且被貼標簽的個體，諸如：“仇敵”、“刑訊者”及“國安警察”。這是某某警官。這是某某女士，述說她看到她的兒子回到家里，頭發褪落，而被下毒的身體日漸枯槁。這就像一場舉國投入的戲劇，生動地上演著，我們每個人都參與其中。

有個有重大象征意義的插曲格外讓人難忘。那是一場發生在兩人之間的對話：非洲人國民大會武裝部隊的托尼·楊格尼（Tony Yengeni），以及本塞因（Benzien）警官，他曾刑訊前者，而現在他乞求赦免。我們在電視上看到，托尼要求本塞因警官對委員會示范他當初是如何將浸濕的帆布袋套在囚犯頭上。“示范給委員會看你當初是如何讓我們窒息，害我們以為自己溺水、以為自己即將窒息而死。”于是委員會請一個人平躺在地板上，一個布袋套在他頭上。“請示范給我們看，你當初是如何固定那個布袋—還有你綁住它多久。”本塞因警官跪在地上把那個布袋固定住，并持續一陣子。在他站起身后，托尼對他問道：“你可以解釋給我們聽，為什么人能夠對人做出這種事情？”這位警官接著便哭了起來。此人曾經手握生殺大權，威脅恐嚇了許多人，如今竟然當庭落淚。他的兩眼浮腫、雙頰通紅、淚下如雨。他過去曾是國家的劊子手，雙手可能奪去好多人的生命，如今我們卻眼睜睜地看著他泣不成聲，但他的流淚不是因為受到嚴刑峻罰，而是被問了一個簡簡單單的問題：為什么人能夠對人做出這種事情？

而某種程度上這成了委員會所面對的主要問題：為什么一群人可以對另一群人做出這種事情？想到這個問題總不免讓人感到驚駭與不可思議。這樣的行為威脅到我們社會的基本價值判斷。這并非僅是計算某項國家政策的利弊得失，在各個利害關系之間做權衡輕重。此事攸關我們是什么樣的一群人。我們關懷什么？我們的國家是怎么樣的一個國家？我們有羞恥心嗎？若有，那什么樣的事情會讓我們感到羞恥呢？而所有的證據與反省都指向一個確切的結論，即絕不可重蹈覆轍。不管你是什么人，不管你的動機是什么，不管你帶著什么樣的使命，有些事情就不該是人類對人類彼此相加的。或許在整個真相與和解的聽證中，最讓人永志不忘的場景就是那位過去的施暴者流淚的畫面。

本塞因警官得到了赦免。他坦白揭露真相。假設我們可以找到必要的證據將成千上萬如他這樣的人定罪，并通通關進監獄里，對我們來說反而所獲有限。但若民主能在南非落地生根，我寫道，那么代表純潔和殉道的玫瑰與百合花將從我的斷臂上開出。而這就是我溫柔的復仇。溫柔的復仇是強而有力的。我在被監禁時所立下的誓言，現在終于實現了，但不是在意識形態斗爭上擊敗對方，而是升華為一套哲學與情感的圭臬，勾勒出我心中的理想人格、我想要生活于其中的理想國家，以及我愿意奉行恪守的理想憲法。

故事繼續下去。我后來成為憲法法院法官，披上綠色的法袍，和其他十位法官一同列席法院，思索恐怖主義對我們的新憲法秩序所擁戴的核心價值有何影響。在我這些同事之中，至少有一半的人大半生都被視為恐怖分子，而另一半則是恐怖分子的辯護人。我的許多同事都曾忍辱含垢而活，不僅是因為三餐不得溫飽而已，更因為由于他們不是白種人而被羞辱、歧視。現任的南非首席法官有次和我開著車經過一棟位在德班（Durban）的建筑，他以嘲謔的口吻對我回憶一件陳年往事，說他還是一名十六歲的少年時，他曾在那棟建筑前面被迫和其他人排成一列、脫光衣物，并被人用消防水管噴水清洗身體、接受身體檢查，完畢后才準予“通行”。他當時還是個少年，對這種事可以過了就算了，人生就是這樣子，但他無法置若罔聞的是，許多比他父親還要年長的男人也受到這樣的待遇。我另一位同事在羅本島的監獄里關了十年。其他至少有兩位，我確定，曾冒著生命危險從事地下工作。另一方面，也有人擁有非常不同的生命歷程，盡管這讓他們能過著品嘗佳肴美酒、收藏珍本古書的生活，他們同時也始終是義無反顧、毫不妥協地反對種族隔離的律師。法官們背景各有不同，但無論我們的生活與專業經歷有何差異，我們所有的人都全心全意地擁護憲法。更準確地說，我們全都發自肺腑地服膺這部沒有種族與性別偏見的憲法，矢志獻身于捍衛以人性尊嚴、平等、自由為基礎的開放及民主社會。

就我而言，我確信倘若我們沒有在1980年代或更早之前，牢牢確立我們對于許多問題的原則與立場，包括真正的“敵人”是誰、什么樣的反抗手段是合法的、刑訊該如何被禁止，我們今天將不會成就這部被許多人認為是舉世最進步的憲法。在我們的反抗運動中，我們將人權法案的精神付諸行動，透過實踐來表明我們誓死維護自己作為自由斗士的榮譽和尊嚴，并再三重申這場抗戰所堅持的正義原則。因此，之后南非在轉型為一個遵從自由與憲法秩序的社會時，這些原則就相對容易被落實、接受。我們的憲法從而與我們反抗運動的指導原則有著深厚的淵源。我們的憲法是我們以極大的耐心盡可能地廣納社會各界的意見，在自己的土地上胼手胝足打造的。而它字斟句酌的條文則是經過了六年國會內外激烈的協商，并由憲法法院依據眾所同意的原則加以審查后，才公布實施，從而成為我們在處理許多當代的棘手問題時可資依循的重要工具。

其中之一是世界上許多國家的法院都曾被要求處理的議題。那便是倘若被告所犯的是窮兇極惡的罪行，其人是否有權受惠于其罪行所欲破壞的法律秩序，并獲得基本權利的保障？憲法法院審理的四件案子便是環繞著這個問題。

第一件案子牽涉到建立“真相與和解委員會”的一項法條的合憲性。那項條文規定，倘若當事人愿意完整地交代他或她在政治沖突期間所犯下的罪刑，則他或她不但可以得到赦免而免受刑事追訴，同時也免于民事求償責任。但有人質疑，免于民事責任的規定侵害到個人可透過公正審判解決紛爭的憲法權利。這是十分有力的挑戰，但最后不為法院所采納。我們的見解是，憲法本文在結語里非常清楚地宣布國會可以制定此類保障的規定。在一份格外鞭辟入里的判決書里，當時擔任憲法法院副院長而后轉任南非首席大法官的伊斯梅爾·馬霍麥德（Ismail Mahomed）說到，真相的厘清以及邁向和解所不可或缺的必需基礎，證明了立法者在處理過去的暴行上所采取的決定是正當的。

第二件案子的當事人是穆罕默德（Mohamed）先生，被控為美國駐坦桑尼亞大使館爆炸案的共犯。這是一樁非常非常令人發指的行動，奪走了六十條人命，一些是美國人，更多是坦桑尼亞人。這毫無疑問是恐怖主義，不只造成大量平民死傷，也因為是對國際外交機構下手而直接挑戰了國際法的原則。在爆炸案發后，穆罕默德先生化名并冒充成難民南下到開普敦。美國聯邦調查局發現他的行蹤，而南非的主管機關沒有給他任何機會求助律師，便把他移交給美方，使他在美國被起訴求處死刑。

我們的法院對此做出意見一致的判決。判決指出，主管機關讓穆罕默德先生被送到紐約受審，為這樁可怕的罪行承擔責任，自然是法律所允許的。但法院認為，本案在兩個方面對他憲法權利的保障有所不足。第一，在他落網后，我國政府拒絕提供他任何法律協助，無論如何都是站不住腳的—被起訴的罪名越嚴重，就越需要律師協助。第二，而且更重要的是，在未獲得美方保證不會在他被判有罪確定之后就予以處死的情況下，他不該被移交給對方。早在我們所受理的第一件案子里，我們便主張死刑侵害了人所應得的尊嚴與免受殘酷、非人性或羞辱式刑罰的權利。

批評者可能會懷疑，對高枕無憂地坐在約翰內斯堡法庭上、遙距恐怖主義現場十萬八千里的法官們來說，宣讀這些冠冕堂皇、四平八穩的判決，但卻遠離現實的話實在太輕松了。然而事實上，爆炸案在當時的開普敦此起彼落，那正是我住的城市。恐怖主義正是我們所必須面對的重大課題。一位警官和地方法院法官接連遇害，而兇手被認為是一個宗教激進主義組織。它對我們構成實實在在的威脅。但盡管我們生活在這種被焦慮和恐懼包圍的艱難處境下，我們并不允許它影響到我們的判決。有很多聲音冒出來，呼吁恢復許可無須審判之拘禁，但我們的國家沒有因此慌了手腳。殺人犯、爆破犯，都是經由警方得當的情資搜集、組織滲透，以及預備周詳的起訴而伏法。他們最后之所以紛紛落網，是因為他們在政治上都被孤立，失去原本根據地的支持。當他們變得越孤立的時候，要說服人們提供關于他們活動的情報就越加容易，而他們就越發難以找到合作的對象以及安全的藏身處。而現在已過了十年，這些活動已不再出現，而我們的憲法仍舊安然無恙。

第三件案子是審判一宗企圖大規模殺人的陰謀。被告是沃特·貝森（Wouter Basson）醫師，被報紙稱為“死神醫師”。貝森醫師是著名的心臟內科專家，在種族隔離期間的最后幾年，他主持南非軍隊的細菌與化學戰計劃。在民主肇始后，他被控詐欺及陰謀殺人而受審。一審法官不采信對被告所有的詐欺指控，并且不受理對本案最嚴重的控訴，即被告在南非境內偷偷研發一種毒物，并在納米比亞對“西南非洲人民組織”（South West African People’s Organization）大約兩百名的成員施用，先將他們迷昏再用小飛機載去海上拋棄，讓他們在汪洋中溺斃并葬身鯊魚之腹。法官認為，依據南非法律，共謀在境外殺人，是無罪名可審理的。

此事在南非國內外都引起廣大的關注，在國內尤其群情激憤。對我們來說，問題則很單純，即本案有沒有需要憲法法庭來審議的憲法爭點。我另外寫就一份不同意見書，強調此案對國際人道主義法這個古老原則的破壞事關重大，該原則已經在日內瓦公約之中明確規定，并被奉為國際法慣例的一部分，而且也是南非憲法所要求遵守的。我接著詳細地交代那些嚴重違反戰爭法的重罪有何特質。不過在闡明這些要點后，我的判決意見轉而強調，無論貝森醫師被控犯下的罪刑是如何的嚴重，都不該使他應受公正審判的權利受到一絲一毫的減損。我寫道，他被控犯下的種種駭人聽聞的罪行，恰好凸顯了公正審判的必要性。當被指控的犯罪行為所危害的是法治與國際法的根本原則時，便正是法治的原則最需要被恪遵的時刻。如此一來，你不僅僅是讓罪犯為自己的罪行負起責任而已。你同時也進一步鞏固了當事人所被控企圖破壞的規范和原則。唯有借由援用法治的精神，而非違背它，你才能真正捍衛法治。

第四件案子涉及一群策劃在非洲某處發動恐怖攻擊的南非人。約莫六十名南非人，據稱是一隊正前往赤道幾內亞意圖策動血腥政變的傭兵團，他們的飛機在哈拉雷[[7]](#_7_1)降落以領取裝備，而他們在那里被查獲，遭逮捕監禁。他們的妻子、情人和雙親便急迫地向憲法法院提出申請，要求我們援引南非人權法案對此進行干涉，讓他們免于在津巴布韋受到刑訊以及免于被移送到赤道幾內亞遭到進一步的酷刑，并很可能在不公正的審判后被處決。本案為國內法律與國際法之間的關系帶來許多復雜而新奇的問題。但我們可不能好整以暇地做詳盡的研究—倘若人都已經被嚴刑拷打也被處死之后，我們才宣讀我們思慮周詳的判決，那又有什么用呢？所以我們在法院的休會期間緊急開庭聽取辯論。傭兵對過去非洲所發生的許多殘酷暴行都難辭其咎；拿錢殺人的他們簡直就是法治的敵人的化身。但當傭兵的家人靜靜地相依坐在法庭里頭，恭敬地聆聽那些建立在人權原理上的深奧辯論，盡管這些原理被他們的另一半或子女所蔑視，這幅景象也確實令人鼻酸。

我們的決定是，南非政府有義務認真地看待家屬們的請求，并在其能力所及的范圍內（在它認為合適的時機透過它認為合適的方法）盡可能地保證南非公民在海外（無論他們原先計劃圖謀什么）免于不公正的審判與刑訊。我們幾位法官分別寫就各自的判決意見，在若干部分彼此意見相左。但我們一致認為，若國際法所保障的人權受到重大侵害，則政府負有法律義務，在法院的督促下，窮盡一切外交上的可能方法來加以干涉。

在辯論的階段里，我一度略嫌冒失地對家屬們的訴訟代理人說道，人若冒險進到獅穴，那他在遇到獅子時便也沒什么好驚詫的。媒體挑了這段話來報道，甚至還有借此發揮的漫畫。和訴訟代理人的針鋒相對是法律程序中艱巨的一環，但也是取得真相所不可或缺的。不過我們法官在最后需要對眾人交代負責的，是我們的判決，而非我們在過程中問的問題。

要去分析法院判決到底對真實的歷史事件有什么影響是不容易的。實質的影響很可能在于司法訴訟使得該事件受到更多的公眾關注，而在審判過程中被提出的證據與觀點很可能比判決本身對公共生活有更大的影響力。但不管法庭上的交相攻防如何尖銳、冗長，這總是遠勝過發射子彈。將我們這個時代的燙手難題交由司法機關來審理，以公開透明的方式根據國際公認的公平與正義價值來進行，便是在我們與傭兵團與暴力（無論是替政府效力的還是反政府的）之間劃下了一條涇渭分明、不可逾越的界線。它以務實的做法應對迫切的問題，同時協調三個國家的政府、法院和執法部門，彼此面對并審慎地思考國際法賦予他們的權利和義務。它也再次向南非的社會大眾宣示，在我們這個憲政民主國家里，一切的國家權力都必須在憲法的規范下行使。它指出了這個與我們休戚與共的國家的核心價值，也說明了堅持原則和理性辯論的重要性。它證明我們業已擺脫威權主義，并邁向以法律以及法律保障下的說理與權利為尊的文化。

世界各國的法官們想必都會因為我們這個時代的重重危機而頭痛不已。作為一名法官，或就算只是一個平凡人，只是人類大家庭的一員，要對這些危機無動于衷也是不可能的。然而，在這個時代我以作為一名法官為傲，不僅僅因為我是南非這個擁有進步憲法的國家的法官，更因為我屬于一個堅信基本人權與自由的跨國法律人社群的一分子。當美國聯邦最高法院對關塔那摩灣監（Guantanamo Bay）監獄的問題展現出我認為是堅定且周到妥切的立場時，那便讓全世界的律師都感到與有榮焉。同樣令人振奮的時刻還有，英國上議院司法委員會的同儕對刑訊以及自由社會的本質表達出同樣堅定且明智的立場。當考驗來到時，若我們作為法官卻未能透過判決宣揚我們國家所擁戴的核心價值，那便會是我們的失職。而當我看到許多遍布各地的法律同儕，盡管他們國家的憲法不如南非的完備，依舊致力于守護一個開放且民主社會的精神，認真嚴肅推動其實現，而非僅僅只是高談闊論、嘩眾取寵，那么此時的我不僅因為身為一個法官而感到驕傲，更在艱巨的挑戰當中看見蓬勃滋長的希望。我們將見證到林肯所說的，那股保護吾人心中“善良天使”[[8]](#_8_1)的智慧與道德力量。

[[1]](#_1_2) “民族之矛”主張以武裝抗暴來推翻南非國民黨政府及其所推行的種族隔離政策。（繁體版編注，后同）

[[2]](#_2) 諾埃爾·科沃德（Noel Coward，1899—1973），英國著名劇作家、作家、導演、歌手，善于諷刺中上階層，以機智與夸飾聞名，當紅于1960與1970年代。

[[3]](#_3) 歐文·柏林（Irving Berlin，1888—1989），美國歷史上最偉大的作曲家之一，留下九百多首由埃拉·費茲杰拉德（Ella Fitzgerald）等名歌手傳唱的歌曲，其中包括《白色圣誕》（White Christmas）、《臉貼臉》（Cheek to Cheek）等膾炙人口的曲子。

[[4]](#_4) 南非官方語言之一，約有七百六十萬的使用者。

[[5]](#_5) 將受虐者的臉部用毛巾蒙住并且灑水，讓受虐者以為自己即將溺水而死，因窒息感而產生心理恐慌。

[[6]](#_6) 馬普托（Maputo）是莫桑比克首都與最大城市，當地的蒙德拉內大學（Eduardo Mondlane University）是該國最大、最古老的大學，其名是為了紀念成立莫桑比克解放陣線（Mozambican Liberation Front）的人類學者愛德華多·蒙德拉內。

[[7]](#_7) 哈拉雷（Harare），津巴布韋首都，也是該國最大的城市。

[[8]](#_8) 典故出自林肯首任就職演說詞：“我們不是敵人，而是朋友。我們一定不要成仇敵。我們友情的紐帶，或會因情緒激動而繃緊，但絕不可折斷。那種不可思議的回憶之弦，從每個戰場和愛國志士的墳墓，伸展到這片遼闊土地上每一顆充滿活力的心房和家庭，它一經我們本性中的善良天使再度（而且一定會）撥動，終將重新奏出響亮的聯邦之曲。”（數據源：美國數據中心網站：<http://www.americancorner.org.tw/>）

[判例一]

阿扎尼亞人民組織案—療愈與和解的開始

許多在種族隔離時代犯下暴行的加害者紛紛向真相與和解委員會坦承他們的惡行，而真相與和解委員會也保護他們免受被害者的控訴。然而，本案的關鍵在于，真和會這么做是否有違憲的嫌疑？南非的真和會在全世界都受到推崇，因為它樹立了一個國家得以用非復仇的方式療愈過去歷史傷口的典范。然而，也有批評者認為，真和會讓過去的加害者得以不必為罪行負責，這在道德上是無法接受的。如今，阿扎尼亞人民組織（The Azanian People’s Organization，簡稱AZAPO）與受害者家屬聯合起來，質疑授予真和會權力的法律違憲，該條文不僅能讓施虐與暗殺的兇手免受刑事起訴，還保護他們免于民事責任。憲法法院否決了他們的挑戰，因為臨時憲法（Interim Constitution）的結語當中已明言表示應對那些人提供全面性特赦，以換取他們提供有關過去的真相。以下的文章摘錄自伊斯梅爾·馬霍麥德的判決，他當時是憲法法院副院長，后來還成為南非第一位黑人首席大法官。文中呈現出憲法起草者們責無旁貸需要面對的艱難選擇。

馬霍麥德副院長：

任何有良知的人若是知道曾犯下邪惡暴行的人可以自由自在地走在這片土地之上，因特赦保護而不受合法的追究，免于罪責，都會覺得如坐針氈。然而對于這件事的來龍去脈我們需要有更深入的理解。在那些慘絕人寰的暴行發生時，無論是當時的法律還是習慣文化都不易于我們的公開調查、定罪與矯治。當時的法律是允許對人的囚禁與偵查的，其習慣文化也如出一轍。在這段令人感到羞恥的時期，很多事情都被掩蓋、粉飾，因此我們很難挖掘真相。許多人的至親至愛忽然謎一般地消失得無影無蹤，大多生死未卜。其他有些人是自由被剝奪、人格遭踐踏，名譽在水火不容的沖突當中因為彼此抹黑而遭嚴重的侮蔑。不管是善良的老百姓還是窮兇極惡之人，都可能是受害者。

在集權主義與缺乏公開信息的文化當中，真相被隱匿在歷史的微小隙縫當中。檔案被封鎖，證人不是無處可尋、已經死了，就是不能或不愿意出來作證。唯一還有跡可循的就是悲痛不已的幸存者對往生者的記憶，然而，在嚴格的法律檢驗之下，這些記憶往往無法轉換成客觀、可靠的證據。《真相與和解法》（The Truth and Reconciliation Act）的目的就是希望能解決這個難題，它鼓勵那些曾經被虐待、折磨、重傷、殺害的受害者家屬或幸存者將他們的悲與痛向大眾講述，好讓這個新國家的人民都知道他們曾經做錯什么，而更重要的是用集體的力量幫助他們挖掘他們的親人究竟怎么了？他們人在哪里？發生了什么事？誰需要負責？真相，受苦受難的人亟需知道的真相，在這種情況下只有當那些犯下禽獸般暴行的人知道他們若是全盤揭露真相就不會接受處罰，才更有可能昭彰于世。這么做并不表示那些加害者本不應受罰，他們應該的。

若沒有赦免的保障，就沒有鼓勵人們坦白從寬、交代案情的誘因，受害者殷切期盼的真相大概就會石沉大海。有了這個誘因，我們才有可能獲得新憲法能夠良好運作所必需之條件。受害者家屬將獲得大力幫助以挖掘真相；加害者將有機會卸下糾纏他們多年的良心不安與罪惡感以重新做人；國家將得以開展治療過去歷史傷痛的漫長旅程，消弭憤怒、傷痛與結構性的積習以追求“和解與重建”，而這正是臨時憲法之結語在歷經艱難與痛苦的掙扎之后決定要保障之特赦的由來。

換個角度來看，如果不提供特赦，固然我們確保了對特定人士進行起訴的法律權利，但我們也無充分證據能保證訴訟會成功，而許多受害者家屬將永遠無法知道他們的摯愛究竟發生了什么事，他們對真相的渴望將永遠無法被滿足，他們的恨與痛將跟隨他們一輩子，而元兇也許能繼續逍遙法外，但恐懼、罪惡感、彷徨無助，甚至驚恐不安，將永遠糾纏著他們的良知，讓他們無法成為這個新國度里一個活潑有力、健康成熟的公民。

該法所構思的特赦并非地毯式的、毫無區別的授予所有人，那將形同于一種強制性的法律失憶癥。特赦的授予必須是為了能對促進民主政治有建設性的作用，只有當特赦委員會（Amnesty Committee）收到完整的事實揭露之后，才會授予特赦。或者是該罪行發生在上述歷史時期之中，而且是在過去的對立沖突當中有政治目的的行為，才能被赦免。

制憲者的選擇是為了讓國會能夠促進“社會的重建”，其過程中有個重要的概念叫做“修復”。為了達到修復的目的，國家在思考各個沖突的利益的同時，也會考慮那些在過去非常時期中，基本人權受到侵害的受害者與家屬的“被忽視的痛”。

根據立法者的判斷，不提供特赦不是一個好的選擇。提供特赦，根據我的看法，也沒有違憲問題。

[判例二]

穆罕默德案—政府必須作為尊重人權的榜樣

一個人被我國政府遣送到美國接受恐怖主義的控訴，但事先卻沒有獲得美國政府保證，就算他罪刑定讞也不會被處死。這樣的做法合乎我們的憲法嗎？

判決是以憲法法院的名義完成的。

憲法法院：

穆罕默德用化名與假護照入境南非。他為了申請政治庇護，用假信息來證明他的資格，并在申請期間獲得臨時簽證以暫時在南非停留。這些因素成了南非政府遣送他出境的原因。然而，故事還沒完，真正的關鍵在于穆罕默德取得臨時簽證之后發生的事。美國聯邦調查局發現他是美國駐坦桑尼亞大使館爆炸案的嫌疑犯，因此發出國際拘捕令，并與南非移民局在一場聯合行動中逮到他。兩天之后，在違反法令的情況下，南非當局將他送交給聯邦調查局，好讓他在美國接受大使館爆炸案的審判。他一到美國就被與爆炸案相關的各種罪名起訴，而且法院告訴他，若是罪行確立他會被判死刑。南非當局與美國聯邦調查局在磋商將穆罕默德移交美國政府的時候，必定也知道他有被判死刑的可能性。

另外一個嫌疑犯，馬赫穆德·薩利姆（Mahmoud Mahmud Salim）也被懷疑涉嫌參與爆炸案，于是從德國被引渡至美國。德國已經廢除死刑了，同時也是《歐洲人權公約》（European Convention on Human Rights）的簽署國。德國政府于是與美國交涉，要求美國政府保證就算薩林被定罪也不會被判死刑。對已經廢除死刑的國家來說，這樣的做法才合理。

既然我國矢志要以人權為重，我們就必須對人的性命與尊嚴予以加倍重視，國家在任何行為上也都須以此為念。但是，我國移民當局在將穆罕默德移交美國時，未能確保他不會被判處死刑，算是置穆罕默德的生命權于不顧。他該有的人性尊嚴被尊重、被保護的權利，以及他該有的不受殘酷、非人道、羞辱式懲罰的權利，也都被忽略。

（憲法法院特別強調人權法案所要求于國家的積極義務，即“保護、促進，并實現人權法案所舉出的權利”。接著繼續指出：）南非政府與外國政府合作，將一個逃犯移往另一國，但這個逃犯既不是該國國民，而且除了將在該國接受可能被判死刑的審理之外與該國也無任何關系，這么做是與我國憲法的根本原則相悖的。政府未能克盡保障每一個南非人生命權的義務，也背棄了隱含在憲法中的承諾，即南非不會施以殘酷、非人道、羞辱式的懲罰……

將穆罕默德交給美國政府代表來處理遣送至美國的事宜是違法的。這是一個重大的判決。南非是一個年輕的民主國家，因此仍在摸索如何最能實現憲法推崇的價值與理想。因此，國家以身作則非常重要。美國大法官路易斯·布蘭戴斯（Louis Brandeis）在奧姆史戴等人對美國（Olmstead et al. v United States）一案中，把這個原則說得最好：“在法治國家中，若政府不能兢兢業業地遵守法律，政府的存續就要岌岌可危……政府是強大且無所不在的導師。無論是好是壞，它都是所有人的榜樣……如果政府自己帶頭犯法，人民就會輕蔑法律；它告訴每個人都可以為自己制定法律；它將導致無政府狀態。”這個警告來自一個遙遠的時空環境，但實在是放諸四海皆準之至論。特別是對我國而言更是有切身的關系：在過去的歷史中我們看到國家為了自己的目的將法律扭曲，而在今天，我們有可能為了打擊犯罪而采取可議的手段。在面對想要摧毀政府的組織性暴力時，這個警告更需銘記于心。國家的非法行為不僅不能強化憲法秩序的正當性，反而會削弱它。在本案中，南非政府代表的兩項作為有悖于憲法，其一是沒有確保穆罕默德不會被判死刑就將他交出去；其二是在他沒有清楚意識到自己的權利，甚至被剝奪獲得法律咨詢權的狀況下，利用他的同意。

[判例三]

貝森案—利用國家權力非法害人，是對人性莫大的戕害

前南非生物與化學作戰計劃主持人貝森被控共謀殺人的案子被法院撤銷。這樣的判決是否有合憲性爭議是本文的核心。我的同事認為的確有爭議，我也另外寫了一份判決支持他們的觀點，于是憲法法院有權審理該案。

薩克斯大法官：

南非從過去一個嚴重破壞國際人道法案的國家，轉型為提供人權憲法保障的國家，這個過程有復雜的歷史與法律背景。要厘清本案，首先需要了解這個背景。在其他案件中可能只是如何詮釋法條或法院上訴之權力的技術性問題，但在面對戰犯時，就上升到了憲法層次。

暗中利用國家權力來殺害、處決敵人，是對平等、人性尊嚴、自由等原則的莫大戕害，莫此為甚。因此，若是司法權的作為會直接阻礙國家為這樣的行為負責，那自然屬于憲法秩序的核心問題。而當涉及的罪惡已經不只是一般的國家犯罪，而是戰犯，就更是憲法非關心不可的事了。

正是出于以上考慮，臨時憲法要求成立真相與和解委員會。它的目的是在過去與現在之間搭一座橋，并企圖在公共利益與私人利益之間達到平衡。被告并沒有訴諸真和會。于是我們也只好以一般的法律與條文解讀來處理這個案子，并時時參照憲法的規范與精神。在本案中，我相信法院之撤銷告訴，以及后續導致的最高上訴法院（Supreme Court of Appeal）拒絕接受上訴，都影響了憲法所期待的法律秩序，特別是在這種有戰犯牽涉其中的案子里。它們直接觸及我們民主憲政的核心價值。以上正是我們眼前的案子的關鍵問題，換句話說，上訴申請中的爭議的確是憲法問題。

必須強調的是，以上所言種種皆不表示因為事涉戰犯，憲法保護被告接受公平審判的權利就應該被打折扣。正因面對案情如此重大的指控，而維持法治的憲政精神又是本案所需捍衛的價值，審理與起訴工作的進行都應該嚴格、謹慎地尊重基本憲法權利保障。對戰犯做出妥當的處置，與被告接受公平審判的權利，兩者之間沒有沖突。相反的，它們都源自共同的憲法與人道基礎，也就是堅持法治與捍衛人性尊嚴、平等與自由等原則的需求。

[判例四]

關達案—我們的立國精神就是基本人權

本案的爭議在于南非政府有沒有法律義務提供保護給予在津巴布韋被捕，以及可能在赤道幾內亞被刑訊、處決的南非傭兵。有些大法官堅決認為政府有此義務，我也在協同意見書中撰文支持。我指出，南非憲法已經明訂國家安全的首要原則之一就是“為實踐和平共處，禁止南非公民參與任何未經憲法或立法同意的武裝沖突，不論是國內的或國外的”。

薩克斯大法官：

陰謀透過武裝政變推翻政府的傭兵嚴重地違反以上原則。政府有絕對的責任予以制裁，尤其是當這些傭兵滋生于南非的土壤時。

另一方面，南非憲法第一九九條是這么說的：“國家安全單位的行動，以及對其成員的訓練與要求，都應該遵守憲法與法律，包括對共和國有約束力的國際法慣例以及國際公約。”此條文強調的是，即使國家遭逢了極嚴峻的威脅，都不能因為有冠冕堂皇的理由而采取卑劣的手段……

憲法的價值與國際法推崇的人權原則是相輔相成、唇齒相依的。南非當初得以終結種族隔離政策，國際社會與團體的幫助以及他們信奉的基本人權價值厥功甚偉。今天如果我們反過來認為，針對那些幫助這個國家誕生的根本價值，我國政府可以選擇要不要遵守但沒有必定得遵守的義務，并根據此前提來解讀我們的憲法，那是十分荒唐的。

根據我的看法，南非政府有明確且不容推托的責任去幫助海外的南非人，無論被控的罪行如何重大，都不受刑訊、不公平審判以及死刑的對待。另一方面，至于如何才能提供最妥切的外交援助，政府應該享有充分的選擇空間。

我們后來從媒體上得知，在津巴布韋的那些申訴人每人都被判大約一年有期徒刑，只有首謀被判七年；而在赤道幾內亞的申訴人則幾乎都被確立陰謀推翻政府的罪名，且盡管檢察官要求判死刑，他們都只被判徒刑，最長的達三十四年。

# 第二章 我的每則判決都是謊言

法律相當倚賴神秘。正義的本質本身蘊藏著崇高的道德與歷史面向。法治、基本權利、司法獨立等觀念具有崇高、神圣的地位，并吸引人們前仆后繼地追隨它。

“我寫過的每則判決都是謊言。”這是幾年前我在多倫多大學演講的開場白，這話驚醒了許多打瞌睡的聽眾。我想告訴聽眾的是，法官在做判決時并不是不帶一絲感情地把法律條文按照邏輯順序理性地堆砌在一起就好。現在，也許我可以稍微調整一下這句話的重點：“我寫過的每則判決都透露了一個自相矛盾的謊言。”

身為憲法法院的新成員，每當第一眼看到我所寫的判決印制完成時，我心里總是微笑者。判決以一種條理井然、概念清晰、層次分明的敘述方式交代事情。一開始會先說本案爭點，接著是該案過去的訴訟過程及特別需要本院解決的事項。接著，它會列出相關的法律原則，將這些原則套用在本案事實之上，最后得出合適的結論。這是一個單純按表操課的過程，像鐘表運行時的滴答聲一樣，“滴”總是在“答”之前出現。然而實際上，“答”經常比“滴”早出現。事實上，在寫作判決詞時，我最后落筆的一句話經常變成是判決的開頭，用來勾勒出本案的重點所在。

我的判決事實上都是從殘缺甚至是混亂的心靈狀態開始，這和最終呈現的判決中清晰明了的表達方式可說是大異其趣。判決中的形式邏輯其實都無可避免地摻雜了大量靈光乍現的直覺判斷，以及自由奔放、飄移不定的感性元素。有許多次我對判決中那種完全平靜，甚至是平淡、冷漠的文字幾乎感到憤怒，因為它未能呈現判決過程中出現的熱情與激烈的論辯。

我從自身經驗學到，法律文書的撰寫絕非易事，其主要工作也不是把純粹的、理性的法律觀念與前進的思想結合，然后就能自動抵達完美的邏輯終點。雖然內在的理性是必要的，但這不是全部。判決書的撰擬就像是一趟旅程，始于最具嘗試性的大膽想法，經過徹底的懷疑和論辯，最終排除所有的可能錯誤，獲致經得起考驗的結論。那些偏頗的甚至是完全錯誤的嘗試則被隱藏了。我曾經對于撰寫判決的費心和艱困，感到驚訝不已。

上述的說法并非從法理辯論的角度來進行分析，毋寧是以參與者或觀察者的角色，針對我曾經實際經歷的過程，提出一些想法。我與個案的第一次接觸都是透過閱讀當事人提交給憲法法院的訴狀。通常我心中對于案件走向會浮現一些直覺反應和暫時的想法。我的助理會準備便條紙，然后我們天馬行空的討論。在那個階段，我們的主要工作是列出相關的法律問題。接著，在言詞辯論的前一晚，我重讀訴訟文件，記下我要問律師的問題。開庭時，每當提到某個問題，各種想法和可能的解決方式開始如潮水般涌出，但我會盡力遏制自己不輕易妄下定論。在這個階段，我還不會要求自己運用特定嚴格的形式推理程序來思考。我們憲法法院的特色之一就是避免我們被同事的觀點過度影響，所以我們在開庭之前并不討論案情。因此我往往會在言詞辯論時，驚艷于其他大法官對訴訟代理人所提出的種種問題：怎么會有這么多我不曾想過的分析角度？而且，經常可見的情形是，套句約翰·彌爾頓（John Milton）的話：我已有的困惑都變得更加混淆。

關于我對法律爭點的初步想法通常是“想當然耳”的直覺反應，而非嚴謹的理性分析，讀者并不需要大驚小怪。當一個人會被任命為像南非憲法法院大法官這樣的職位時，其直覺已不會是盲目、不專業，或是極為主觀的偏見。大法官也不能只是書呆子，或像我過去一樣的政治運動參與者，或蹲過監牢，或曾被流放，或是炸彈攻擊的受害者。這些生活經歷固然在我的生命中占有重要地位，也豐富了我對人世的看法，但只要牽涉到我的法律思維，這些生活經歷便會被過濾、轉換成一套與時俱進的法律原則，而這是我和其他與我有著完全不同人生歷程的人所能共同分享的。

“我寫過的每則判決都透露了一個自相矛盾的謊言。”這句話不表示我們應該原諒任何公共生活中的謊言。正如同古希臘人所說“自然界里不容真空”，一個憲政國家也必然拒絕謊言，毫無例外。公開與清白并不只是個人美德，也是同一政體下公民與政府互信的根本基礎。所有機關當中最不能說謊、不能造假的，就是司法機構。對于那些輕視司法程序，認為它不過是用虛偽的客觀來包裝空洞的主觀的人，我有一句忠告：人們永遠可以懷疑法律的矯揉造作，但絕對不可以對法律可能創造的結果失去信心。

在這里，我只能就我撰寫判決的經驗來談。很有可能我的同事們一坐下來就能毫無滯礙地運用理性的論辯法則，像判決所呈現的順序一樣，逐步導出結論。不過，我對此存疑。按照設計原理，憲法法院只處理棘手的爭議案件。基本上我們是上訴法院，自己決定是否受理案件，通常會剔除根本不可能勝訴的案件。我們受理各種合理期待下有可能勝訴的上訴案件，他們或許有理由、或許無理由。但他們絕非根本不可能勝訴的案件。就定義而言，我們審理的案件并沒有直截了當的答案，大法官們憑良心講可以選擇不同的論理構成來下判決。我們常覺得內心很糾結，我的一位同事很喜歡形容他在做成決定前都像是被“凌遲”一樣。說實在的，的確很難想象艱困案件可以簡簡單單就寫出來。

而且，我們也不是一個自滿的憲法法院。我們有十一位大法官，進行合議至少必須有八位在場。我們始終都在激蕩新的想法，新的解釋取徑。集體的討論就像一個大鍋爐，在激辯中把我們個人不合宜的主觀意見蒸散掉了。每次聽到同事們的卓越見解，總是會令我心悅神怡。我們很清楚，我們同時扮演兩種角色，一者是作為不分國界、不分時代的法律這一行的傳承者，另一者則是在一個既渴望變革也亟需可預測性的國家里，傳遞嶄新憲法思想的推動者。我們每周圍著會議桌開會一次、兩次、三次，甚至更多，我們隨意就坐，接著就開始用一種激烈、有話直說的態度，進行高度專業、審慎的探討，除了法律人（以及一些教會神職人員）之外，沒有人這樣的。當我們不斷嘗試不同的觀點時，你幾乎可以聽到我們大腦運轉的聲音。會議結束之后，我們寄給同事態度客氣但思考鋒利的電子郵件。在如此嚴格的思想交流過程中，我們一開始所抱持的各種主觀偏好都將盡可能地包裝在專業的法律論述底下。

“我寫過的每則判決都透露了一個自相矛盾的謊言。”這句話也不該被解釋為我所有的陳述都是不可信的（如此一來我就使自己陷入一個邏輯矛盾，因為這句話本身要求你不要相信它）[[1]](#_1_5)。這句話的意思僅僅是說，我所撰寫的判決在判決匯編或網絡上所顯現的外觀，和真實的思考形成過程之間有巨大的落差。前者只是表象，而后者是一個繁復的規劃、創造、解釋與形式化的過程。所以，“判決的書寫過程就像它所呈現出來的外觀一樣”，此一預設是錯的。所有的彷徨困惑、有時甚至是在某些關鍵點上的大翻盤，都是在判決書的最終版本中看不到的。所有過程中的交相攻防、反復波折都被抹煞掉了。最后縝密周延的結論是從復雜的過程得來的，但后者卻全部被排除在外。簡言之，最終的判決形式背叛了其誕生的過程。

結果是一些任教于多倫多大學的政治科學教授解開了這長久以來讓我困惑不已的矛盾。多倫多大學安排個別教授每晚邀請訪問學者到不同的餐廳用餐，我原本以為這是貼心的安排，讓訪問學者不必孤單的在旅館用餐，后來才發現天下真的沒有白吃的晚餐：校方安排的晚餐實際上就是研討會！而且我還發現，當我說明為什么我認為我寫的每個判決都是謊言時，政治學教授們的反應一點也不驚慌。“哦，”他們響應，“我們早就知道……這是‘發現的邏輯’（logic of discovery）與‘證立的邏輯’（logic of justification）之間的差異。”照他們的解釋，任何科學家都熟知這種差異，好像律師不知道也沒什么好大驚小怪的。不論是自然科學或政治學，人們早就知道“發現”是一個特定過程，有著自身的邏輯、自身蘊含的前提，以及因其本質而出現的驚奇。另一方面，“證立”的邏輯，則是基于可受檢證的證據以及邏輯推理所導出可重制的結果。證立的結論必須是經由同一方法也可導出的結論。“證立”建立在已經受肯定的確定原理原則之上，而“發現”卻是要從確定的事物當中提出不確定的新事物。

在比較成熟的最高法院，法理爭議通常不會任意透過新原則的創建來解決，而是根據該法院的判決先例來進行擴張或限縮解釋。只有在罕見的狀況，才會創造新的原則，帶動重大的司法見解進展。然而，以我國而言，憲法法院是新的，憲法也是新的，抑有進者，社會期待我們的憲法法院多去參考各國憲法原理，因此，我們的特色就是不斷發展各種創新的原則。我們的主要挑戰是為“帶來變革的憲法理論”（transformative constitutional jurisprudence）奠下堅實的基礎。然而我們這種新設的憲法法院和成熟的最高法院，譬如說和美國聯邦最高法院相比，最大的不同在于，我們特別重視各國法院法律推理演進的共通歷程。

了解到發現和證立的不同路徑之后，我恍然大悟為什么我撰擬判決書的過程如此不安。然而，我在發現（直覺）和證立（邏輯）之間并沒有太多選擇。證立的含義是，使用特定的、被接受的原則、法規、標準來獲致與前述原則、法規、標準一致的結論。一個不能被證立的發現就是不能成立。的確，證立的基礎是責任，以及建立在邏輯的絕對性上的原理。因此，一個人不能在直覺—那種基于你的個人生命經驗的強烈沖動—和嚴格的形式化推理之間有太多的選擇。

為了嚴格遵守應有的推理程序，我常常不得不放棄一些最強烈的直覺，放棄我身為法律人具有的敏銳。因此，在關于以刑法禁止賣春和妓院經營是否違反憲法保障自由和隱私權利的問題上，我曾堅定地認為國家有權利規范以性換取酬勞的交易行為，而非將其入罪化。我強烈地相信，企圖使用刑法來禁止賣春不只是沒有效率，根本就是偽善。正如同肯特里奇爵士[[2]](#_2_3)這位馳名于約翰內斯堡與倫敦的律師曾經告訴我的，他現在所居住的麥達維爾街在清教徒氣氛濃厚的19世紀時以聲色場所聞名，英國國會議員會在下班后搭著他們的馬車前來尋歡。然而，憲法要求我們在解釋人權法案條文時，必須提倡以人性尊嚴、平等、自由為本的開放民主社會的價值。于是我不得不做大量的研究，了解其他開放民主社會如何以法律處理賣春問題。讓我氣餒的是，研究結果顯示，無論是哪一種處理方式，只有極少數的民主社會采用我最初直覺以為是正確的方式。我被迫重新思考，并接受一個我原本以為最離譜的答案。我所能做的便是指出當國會議員考慮此問題時，可以考慮的方向之一是將賣春除罪化。雖然這觀念看似難懂，但唯有除罪化既不至于在法律上承認性交易，也不會以刑法將其入罪，且能夠正確地反映社會上存在的分歧意見，并減少執法上的問題。我這個淺陋的法學研究結果都寫在喬丹案判決摘錄文中。

正是發現與證立之間不同秩序的交互作用，迫使我們這些坐在法官席上的人必須戰戰兢兢、小心以對（當然也是一種刺激的腦力激蕩）。在解決問題的過程中，我們必須殫精竭慮地想方設法，不斷變化角度、觀點，在發現的邏輯與證立的邏輯之間來回轉換。“答”和“滴”兩者總不按順序出現，直到我們有天終于化解了前后的不一致，讓原本混亂跳躍的“答滴”、“滴滴滴”、“答答”又恢復成“滴答”、“滴答”、“滴答”。鐘表的指針一步接著一步穩穩當當地從六點走到十二點，它的機械設計強迫它永遠依循固定的邏輯，然而，我們人類依據腦中奇思幻想與即興節奏來撰擬判決書。

正是上述古怪的思考與寫作習慣，解釋了為什么我的判決中最后寫的一句話通常恰恰是第一句話：“本案的癥結在于……”我都是在把冗長的判決看完之后，才寫下這句破題的話，唯有在那一刻我才能夠概括全案，并找出串聯首尾的關鍵因素。事實上，我有時會在案子進行到后期才發現，原來關鍵的因素還被埋沒在蜿蜒曲折的幽徑之下，呼喊著我的注意。這幾乎就像是雕刻家可能會有的感覺，你追求的東西就埋藏在大理石或木材里。而且，也只有在發掘出貫穿首尾的內在邏輯并強化整體的陳述之后，我才有足夠的信心寫出判決的開場白。此外，我必須說明，我最后所確認的重大基本爭點，也就是有待解決的問題，常常和我在初稿里所認定的問題差異很大。

了解到發現的邏輯和證立的邏輯的不同，大大有助于我弄清楚自己撰寫判決書的迂回歷程。然而，除了要在發現與證立兩者之間取得調和之外，我感覺到還有一件事對我的工作也相當重要。我必須加入第三個要素：“說服的邏輯”（logic of persuasion）。

說服建立在證立的基礎之上。如果在推理的過程中有遺漏或跳躍，判決就會明顯地有瑕疵而無法說服任何人。但是，說服所需要的不僅僅是理性說明。若不是“修辭法”（rhetoric）一詞在英文里有負面的意涵，我愿意將說服視為利用修辭法幫判決加分的結果。修辭法是一種使人信服，并將個案中的特殊議題與更普遍的生活經驗聯結起來的論說方式。特別是它觸及了法律經年累月所創造的強大神秘特質。法律并不僅止于理性。人類認知法律意象的核心關鍵反倒是神秘感。雖然諸如法治與司法獨立等概念確實是由技術性的法律規則所建構起來的，但它們不能被當做只是這些規則的加總而已。它們具有超越時空的普遍共鳴和訴求。從而，修辭法的成功之處就在于它能夠將本杰明·卡多索[[3]](#_3_3)所說的粗糙原始的個案事實與千百年來熠熠生輝的法律真理給聯結起來。

有些法官具有見微知著、明察秋毫的能力，他們可以用三言兩語強而有力地總結他們的思想，絲毫不用遲疑。但大多數法官不是這樣。也許這種斯巴達式的作風根本也不是我們想追求的。我們覺得有必要去拓展更多面向的觀點，去更深入地掌握脈絡，去審視我們的想法會對當事者造成哪些沖擊，并且以能夠啟迪人們對法律的認識與想象的方式來處理問題。我們希望能引起大家的共鳴，而且我們知道真正能打動人的往往是一個畫面、一個能與群眾有所聯結的例子，或是一個衍生出來的弦外之音。簡言之，能說服人的是法律修辭，僅靠作為其基礎的形式化邏輯是不夠的。

最后，我想在判決寫作的復雜過程中加入第四個元素，我將其稱之為“妝點增色”（preening）。妝點增色是指法官在判決中的論證添加一些帶有個人特色的寫作風格，有點展現個性的意味。如果你喜歡這種做法的話，你會稱之為“畫龍點睛”，如果你不喜歡，那它就是“膨風”。當我閱讀其他案件的判決書時，有些擲地有聲的論點讓我發出共鳴，使我深以身為法律人為榮，并更加熱愛司法工作。如同我說過的，法律相當倚賴神秘。正義的本質本身蘊藏著崇高的道德與歷史面向。法治、基本權利、司法獨立等觀念具有崇高、神圣的地位，并吸引人們前仆后繼地追隨它們。如果妥善使用，這些原則可以為法律思維提供一個框架、一種尊嚴、一種風格，以及相關的歷史脈絡。我再重申一次，我認為只要節制得當，一點點擦脂抹粉，或是說得好聽一點是法官們榮譽感的恰到好處的展現，并不與法官的職責相左。

不過，那種為了制造新聞標題式的聳動語言確是該被譴責的。“司法民粹主義”（judicial populism）的確相當誘人，但它通常只有淺薄的司法口號，欠缺真憑實據的法理內容。在我們國家，法官不是透過選舉產生，而且，在我個人看來，法官也不應該追求個人名聲。然而，我認為，法官使用比較鏗鏘有力的語言或震撼人心的比喻以讓人留下深刻的印象，并沒有什么不對，盡管有人認為判決不需要這樣也可以成立，甚至還更有說服力。事實上，很少有其他公共領域的活動比司法判決更能影響人們的生活，其中又更少見有比司法更能控制政府的重要公共活動，而政府還是付薪水給法官的機關。因此，我們不應該認為社會大眾把我們看成是隱姓埋名的法條適用機器人是一件好事。我們應對自己的判決負責，勇于用自己的語言說話。

那么，以上所有的反芻能為下一份印著“薩克斯大法官意見”的判決書提供什么意義呢？無論下個案子能傳達多么令人興奮的法學思想，其誕生卻絕不可能是完美無瑕的。越是優雅簡潔、越是具有說服力而容易理解，就表示它經歷過越多令人心力交瘁的苦勞。而當我們在法庭上進行越多的討論，我潛意識里因為個人生活經歷所致的偏見就越會被我同事的觀點所調整中和。在上訴法院的合議庭工作并不必然剔除或沖淡每個法官的主觀經驗，但它確實能提供多元的個人觀點。我不只是認真聆聽同事們的邏輯推理，更嘗試著去理解他們的內心感受，進而對我最初的草稿進行重大修改。然而，最終公布版本的判決書都不會呈現這些內容。最終公布的判決排除了大量的增修刪節過程，而加入了許多同事提供的意見。而且判決書上既不會具體寫出哪個部分是為了響應同事的某項批判，也不會標明哪些段落是抄自某張便條紙上潦草記下的靈光一閃。

簡單、清楚、具有說服力，這是包括我在內所有法律人的夢想。但據我有限的所知，這樣的判決會誤導讀者對其起源的認識。但矛盾之處就在于，為了寫出這個有誤導之嫌的判決，我得投注所有的心力，對其推理邏輯琢磨再琢磨，推敲再推敲，驗證再驗證，并反復思考我的同事提出的正反兩面意見。然而，結果竟是每當我投注的心力越多、越成功，這份判決就越虛偽。答滴。

后記：如果有任何人認為本章也是帶有自相矛盾的謊言，我既不承認也不否認。

[[1]](#_1_4)如果“我寫過的每個判決都是自相矛盾的謊言”是真的，那么這句話本身也是個謊話，換言之，作者有些判決是說真話，這樣又推翻了原本的話，因此陷入邏輯上的前后矛盾。

[[2]](#_2_2)肯特里奇爵士（Sir Sydney Kentridge），南非出生的英國著名維權律師，曾代表曼德拉等反抗種族隔離政策的異議分子打官司。

[[3]](#_3_2) 本杰明·卡多索（Benjamin Cardozo，1870—1938），曾任紐約上訴法庭法官，1932—1938年擔任最高法院大法官。

[判例]

喬丹案—禁止性交易背后的性別歧視

本案涉及將性交易入罪的法律是否合憲的問題。憲法法院投票結果是六比五，我們甚至無法在“賣春”（prostitution）或“性工作”（sex-work）的名稱上取得共識。然而，我們的主要爭議點并不是遣詞用字甚或是采納什么政策—我認為，就算不是全部的大法官也有大多數的大法官贊成以規范來代替刑罰。我們主要的歧異在于，此問題應該是一個交由立法機構由多數選票決定的政策問題，還是一個應該由法院來決定的基本憲法權利保障的問題。由我和凱特·歐瑞岡（Kate O’Regan）大法官所撰擬的少數意見偏向后者。產生分歧的關鍵也是導致女性主義者分裂的原因：有些女性主義者主張，賣春是對女性最嚴重、最屈辱的壓迫，因此法律一定必須予以譴責。但另一派女性主義者認為，壓迫女性的其實是法律，因為正是禁止賣春的法律害女性容易受到暴力、犯罪，與疾病的威脅。在我看來，我們只有一個差強人意的共識，即開放與民主的社會在這個問題上無法取得共識。即便如此，我們認為，該法將女性而非男性視為潛在被告乃是對女性的歧視。

歐瑞岡與薩克斯大法官：

憲法法院無法決定，究竟性交易入罪化是可以減少暴力犯罪的有效措施，還是入罪化本身創造了一個容易讓暴力孳生的環境。在這些千絲萬縷的關系中，究竟何者是因、何者是果無疑是難以厘清的。同樣的問題正在全球上演，等待人們的決斷。此外，這是一個歸屬于立法選擇的問題，所有開放民主社會中的立法機構都具有正當性去決定適合他們社會的最佳選擇，也可以合理地和其他社會區別。

在檢討何種程度的隱私需受到保護的比例性原則同時，憲法法院必須依循開放民主社會的標準。開放民主社會對于性交易有著南轅北轍的不同反應，是以在這種社會有各種不同程度的開放：開放性交易但不開放經營場所、兩者都開放、兩者都禁止、設置性交易專區、開放場所經營并收取稅金等。此議題通常被視為由立法機構處理的政策問題，而不是法院決定的憲法問題。我們不知道有沒有哪個國家的法院曾宣告禁止性交易的法律違憲。此議題似乎被當做是應由立法機構來選擇，而非由司法機構來裁決。它的本質盤根錯節，諸如個體自主性、性別、商業、社會文化、執法等因素都應該被考慮到。種種不同的因應措施與調整都是可能的，社會大眾意見分歧，女性主義者也因此分裂。簡言之，這是典型的該交由須對選民負責的立法機關來解決的問題。

我們的結論是，雖然幾乎所有的開放民主社會都譴責性交易，但其對性交易的規范方式卻大不相同，此議題適合留給各國以民主方式選出的國會機關進行考慮。“性別委員會”（Gender Commission）、“性工作者教育及維權小組”（Sex Worker Education and Advocacy Taskforce，簡稱SWEAT）、“生育健康與研究小組”（Reproductive Health and Research Unit）等團體的聲音有助于導正大眾和國會成員的注意，最終達成男女平等的憲法目標。

歐瑞岡大法官和我繼續陳述我們與多數人在“該法是否不當地造成性別歧視”一節上的不同意見。我們的看法是，該法對于付錢的男性嫖客和收費的女性性工作者之間適用雙重標準，因此的確構成性別歧視。我們明白，該法表面上呈現出性別中立的外貌，而且理論上嫖客可以被當做共犯起訴。盡管如此，我們的意見如下：

法律直接課以刑責的對象是娼妓，這意味著法律懲戒與矯正的直接目標是賣春行為。在整件案子中假涉有嫖客的話，其刑責也只是因為娼妓賣春的行為在先而來。后者才是主犯，前者只是間接的。主要的罪行和恥辱均烙印在性行為的收費者而非付費者身上。

這是個長年累積下來的法律和社會問題。妓女是被社會所拋棄的，男性嫖客的行為則是被社會接受的或視而不見的。“她”是可見的、可被譴責的，“她”的存在因“她”的行為蒙羞。“他”則是隱形的，只是“她”的罪行的一部分，而非主動犯法的人。性交后“他”仍可以衣冠楚楚地做人。對于性，我們社會普遍有著雙重標準，“他”常被視為受到誘惑而情不自禁，或是這就是男人自然會做的事。因此，召妓的男人在我們社會上不常被認為是道德上有污點的，但從事性工作的女性則是千夫所指。

以上觀點背后的推論邏輯是，性交易問題的主要成因不是因為男人有性需求，而是女人響應了男人的性需求：她是墮落的，但他往好處講則是富含男子氣概，往壞處則頂多是太過脆弱。因此，這種差別對待潛在地貶低了女性的尊嚴與人格。

在本案中明顯存在對于男女兩性的差別待遇，亦即，在對兩性情欲的解讀上，它采取并強化了一種雙重標準。這種差別待遇造成的結果并非偶然，正如國家不起訴男性顧客并不令人意外。兩者均起源于我們司法制度的同一疏失：對同一行為的男女行為者有雙重標準。

# 第三章 他的名字叫亨利：真相、和解與正義

他興高采烈地離開了。而我幾乎癱倒在身旁朋友的懷里。后來我在一頭霧水的宴會主人那聽到，亨利突然離開宴會，回家后足足哭了兩個星期。

邂 逅

接待處通知我有位自稱“亨利”的男士求見，于是我從法官辦公室起身，帶著些許的期望走向安檢處。亨利幾天前曾打電話給我，他說他即將前往真相與和解委員會，為造成我失去右手的汽車爆炸案作證。自然的，我很想見見這位出于勇氣、傻勁，或單純只是好奇而想見我的人。

我開門讓這位身形修長的年輕人進來，他自稱亨利，并告訴我他的姓氏。我想，他曾經是南非國防軍的上尉軍官吧？當他大步走進我的辦公室時，腳步雖稱不上是昂首闊步，但仍保持著軍人的儀態。而我則以我認為法官該有的輕快步伐走在他身邊。

我們坐下并開始對話。我確定我們彼此都對對方感到困惑。他簡單地解釋他在汽車爆炸案中的工作，他只是照相，并將檔案交給實際執行行動的同僚。他說他在該爆炸案之前就退出行動小組，所以他無法對發生的事情直接作證。但他了解行動小組和其運作方式，他將前往真相與和解委員會訴說他的故事并尋求赦免。

我并不確定他為何要到這邊來講他的事給我聽，我也想對他有更多的了解。在此刻之前我從沒見過他，他是誰？為什么一個不認識我、與我無冤無仇，甚至對他而言我只是個反抗運動名義上領袖的人，他卻要置我于死地？當時他在想什么？他的職務是什么？而他又是如何成為“另一邊”（“敵人”、“種族隔離體制”）的一員的？我們雙方彼此不認識的“另一邊”。

我試著從他身上挖出更多內幕、更多他的背景。他說他家世清白，雙親都是正直善良的人，從小就教育他要有強烈的榮譽感，母親尤其重視這點。他在大學中表現優異，畢業后決定以軍旅作為其職業生涯。當他說到自己晉升快速時帶著一絲驕傲，他是個卓越的戰士，也因此被吸收為特種勤務人員。

我并不想搶先在真相與和解委員會之前偵訊他，我只希望他把想說的都說出來。他看過我的檔案。他必然知道我曾經被放逐于南非的鄰國莫桑比克，協助重建該國司法制度。檔案中應該也提到雖然我是非洲人國民大會、特別是所屬憲法委員會（Constitutional Committee）的活躍分子，但我從來沒有參與地下活動、軍事行動或情報工作。然而他們卻找上我，決定消滅我，為什么？難道是因為我是個知識分子，因為我反對他們提出的沒有一種政治制度能讓南非的黑人和白人平等共處的主張嗎？每個知識分子都希望自己的意見能受到重視，但不是這種“重視”……

我們談了大約兩小時。他幾乎是以一種嫉妒的眼神望著我。他坐在我懸掛著美麗畫作的辦公室中，我是這個國家位階最高的憲法法院的大法官，而他卻是個有著不堪的過去和絕望的未來的退伍軍人，他甚至沒有得到應有的禮遇，比起獲得金質獎章的退伍將軍們，他得到的只是一點金錢。他曾經愿意為這個國家、為了種族隔離政策付出他的心血、智慧，甚至是生命，但如今他不值一文。他也因此受過傷，他曾經被子彈打中腿，至今走路仍有點跛。他看來有些煩躁，我是法官，而他連工作都沒有。我們可以一直這樣對望著聊下去。

我起身說：“亨利……（我心中一度浮現一個沒有風度的念頭，我有沖動對他說—我不能跟你握手，你可以看到我曾經用來表達歡迎的手現在變成怎樣了）……通常有人來拜訪我，道別時我會和他們握手，但我沒辦法和你握手。我現在沒辦法。到真相與和解委員會告訴他們這一切吧，幫助這個國家，為南非做點事，那也許我們還會再次相見。”當他離開走到安檢處時，那英挺的軍人儀態不見了，相反的，他看來惶惶不安。我目送他出門，向他道別，直到他消失在我的視線中。

真相與和解委員會

全球各地共成立了三十個左右的真相與和解委員會，但沒有一個像南非的如此具有震撼力。這不是好壞的問題，而是因為其他國家的真和會不像南非的具有如此深遠的影響力并受到如此多的國際關注。為什么它這么特別呢？

首先是因為我們的真和會的成立并不是一群聰明人圍坐討論說，為了處理過去的不公不義，我們必須設立真和會。南非的真和會不是這樣的產物，相反的，真和會是因為南非社會內部強烈的、特殊的需求而產生的。

這一切起源于1993年8月非洲人國民大會的全國執行委員會（National Executive Committee）的一場交鋒激烈、炮火猛烈的會議，那是南非首次民主選舉前的八個月。那場會議討論我們該如何響應在解放運動時期，非國大干部在安哥拉營區所犯下違反人權罪行的調查報告，該報告來自非國大自己成立的調查委員會。報告中說非國大安全人員曾抓到幾名當時南非政府派到普里托利亞刺殺非國大高層并制造混亂的人。別忘了那是1980年代，警衛和安全人員大量地使用野蠻的手段進行偵訊。

我曾經在前面提到，組織本身對此事進行調查，也撤換了整組安全人員，并在1985年建立了行為準則（code of conduct），該行為準則實際上便是刑法和刑事訴訟法。這可能是世界上所有解放運動中唯一的一部行為準則，法院、檢察機關、被告辯護律師等都應有盡有，還有罪刑法定、檢察官起訴、證據優先并受檢驗，甚至有上訴制度。大體上來說，違反人權的罪行雖不是徹底絕跡，但已經大大減少了。現在是1993年，從那之后又過了十年，雖然武裝抗爭時期已經結束了。然而，曾經發生過的違反人權行為不該被假裝未曾發生。非國大自身會如何看待成員在武裝抗爭時期的所作所為呢？這份調查報告特別強調：“有人必須為此負責。”全國執行委員會的八十名委員討論該如何處理這事。

有些委員大聲呼吁：“我們設立了調查委員會，也收到了這份報告，我們要繼續處理這件事。”另一批人則義正詞嚴地反駁：“我們怎么能這么做呢？我們當時在安哥拉的叢林中艱苦地為自由奮斗，敵人又持續對我們做無情的攻擊。我們僅有沒受過訓練的年輕偵訊人員，他們盡其所能的保護領導階層。我們現在怎能反過來懲罰他們呢？”

另一方再度回應：“我們從事自由運動，為正義而奮斗。如果正義不從我們自身開始，如果我們不捍衛這些價值，如果我們使用和敵人相同的手段，那我們并不比敵人更好，我們和他們沒有差別。人們愿意支持我們、為我們受苦，是因為他們相信我們的目標—一個人不能既為捍衛生命而奮斗，同時卻又是生命的敵人。”就在此時，現任部長的帕洛·喬丹（Pallo Jordan）起身，用他那慷慨激昂又高亢的語調說：“同志們，我今天學到了件非常有趣的事情。有過去政權的刑訊，也有我們非國大的刑訊。過去政權的刑訊是不好的，而非國大的刑訊是好的。謝謝你們的啟發！”語畢他就坐下了。

整個會議室因此事分為兩派，這攸關重大的道德判斷，也不是可以舉手表決的議題。最后，有人起身問了個簡單的問題：“我的母親會怎么說？”“我的母親”這詞代表的是一位平凡、正直、勞動階級的非洲婦女，她并不世故但有著良善的內心，并對人和世界以誠相待，一位在艱困的生活中自然淬煉出榮譽與正直的美德的人。他先自己回答：“我的母親會說非國大八成是瘋了。我們在此反省檢討我們自身的脆弱和過錯，并將我們自身赤裸裸地攤開在世人面前。這也許是必要的。但與此同時，另一邊已經殺害、虐待、折磨我們的人民幾十年甚至幾世紀的惡棍卻不受處罰，沒有人去檢視他們做了什么、他們正在做什么。我們是如此倔強的自省，我們對自身道德純凈性的愛惜近乎潔癖，以至于不去思索另一邊的人對我們造成的傷痛，這些人完全沒有受到懲罰就離開，也不必負任何責任。當我們對數百萬平民的傷痛視若無睹時，我們所主張的又是什么樣的自由運動？公平何在？正義何在？”

卡迪爾·阿斯馬勒（Kader Asmal）教授起身說道：“唯一的答案就是南非需要真和會。唯有真和會能通盤審視雙方所有違反人權的行為。人權就是人權，不論什么人都該享有人權。所有刑訊或其他違反人權的行為都必須由公正無私的委員會進行調查，而不是由某一政治運動力量自行處理了事。這必須是國家層級的，要用國家的資源、以國家的角度來處理。”

他說得對極了。當下我們做了一個決定。如果非國大贏得選舉，且當時情勢也的確樂觀，選后將會成立一個真和會來調查種族隔離政策最后幾年的違反人權罪行，無論該罪行是在何處發生的。

真和會成立的第二個重要因素也是南非經驗。當時雙方簽署了一部新的、沒有種族歧視的民主憲法草案。我們以為大功告成了。我們制憲過程分為兩階段，我們大量參考印度經驗，這其中包括選出制憲會議（Constitutional Assembly），由制憲大會來起草出最終憲法版本。我們為制憲會議訂了三十四條規約，當時我們心想，只剩下選舉還沒舉行了。我當時到倫敦去向一個多年來支持我們的天主教公民團體說明南非新憲法的架構。隨著談判的順利進展，我們所受到的待遇也隨之升級，最后住到了機場的假日飯店。但現在我回到靠近國王十字區的普通旅社，與外界無甚接觸。有天當我正要就寢時，招待我的團體派來一個信差，他帶著歉意地敲我的門，并給我一份緊急電報。那是非國大總部發的，電報中說有個緊急事件需要處理。顯然南非的國安警察曾獲戴克拉克總統保證赦免，所以他們忠實地保護協商過程的進行，也確保選舉不受意圖破壞政權轉換過程的炸彈攻擊，未來他們也將捍衛新的政府和憲法。但是，如果之后他們因為支持前政府的行為而面臨牢獄之災，這樣的工作內容要求就不是他們可以接受的。他們并不是在以政變相要挾，但若沒有赦免的保證，他們就要集體請辭。

這真是給非國大領導階層丟了個大難題，畢竟赦免是戴克拉克總統而非非國大所承諾的。同時，非國大領導階層們也了解到國安警察已忠誠地確保協商過程不受多股右翼勢力的攻擊。在另一方面，非國大本身的安全人員因為對潛在攻擊者的認識不足，顯然難以確保選舉過程的和平。我們這一世代的人都夢想過在新的憲法秩序下，能實現人人平等、擺脫過去罪行的“一人一票”選舉。但若是選舉過程被嚴重破壞了，不只夢想無法實現，種族間的暴力也將持續下去。國安警察沒有威脅以武力破壞選舉，他們只是希望自己確保民主進程的努力能獲得肯定。然而與此同時，僅僅因為他們支持憲政進程而給予他們全體赦免卻違背了責任政治原則。當時我房里沒有便條紙，因此我將我的答案寫在電報背面。何不將赦免和真和會聯結起來呢？我是這么建議的。我們不能承諾全體赦免，但每一個挺身而出并坦白他或她做過什么事的人，都可以接受到個人的免責。

這個建議被接納了，也因此真和會和赦免便以個人為基礎聯結了起來。這就是后來極為成功的南非真相與和解委員會成立的原因。侵害人權的加害者、濫刑者、殺手等都有了將其過去所作所為坦承公之于世的誘因。相對的，南非國人將能得到真相。這不是別有所圖的嘩眾取寵的公開審判，也不是利誘或威逼。不是那些過去執政者施加的諸如單獨拘禁、倒立罰站、電擊折磨等摧毀受害者心理的威脅手段。這是以保證赦免為獎勵的自愿性告罪懺悔。

欲使委員會運作順利有三項要素。第一，真和會必須在憲法位階上有著明確的法律架構。憲法給予這些在過去政治沖突期間犯下罪行的人赦免的權利，但該權利必須由新國會訂定的法條詳細規范之。國會后來規定究竟如何赦免應由真和會根據不同個案來決定。

第二，雖然設立真和會的動力主要來自新政府，但實施細節不能由行政部門單方認定。不論有多么的不完整或不情愿，某些共識是必要的。光是立法工作就花了一年。那是艱苦的一年，為了納入所有利害相關者和公民團體，我們舉行了無數的協商和辯論，以確保這是公平、可靠的最佳機制。公民團體的角色變得特別重要。與世界上許多的人權團體相同，他們不愿見到任何暴行的加害者獲得赦免（有時候，不是身受其害的人反而更不寬容）。如果這程序要繼續下去，他們堅持必須要公開進行，大眾才知道發生了什么事。我建議不公開的錄像作證，因為我相信唯有這樣那些想要尋求赦免的人才敢走出來。我錯了。所幸公民團體對公開作證的堅持勝過我那過于謹慎的建議。

第三，真和會一定要有能干、杰出、正直，且過去沒有直接參與沖突的成員。這不是說我們要找尋“中立人士”。一個自稱自己過去在種族隔離時期保持中立的人，不會是我們需要的處理這些暴力案件的適當人選。我們需要的不是中立而是公正。這必須是對正義和人權有熱情，并能公正處理過去曾支持或侵害人性尊嚴的任何個人、團體、政黨或組織。也就是說，他們必須以同樣客觀、公正的標準檢驗非國大在安哥拉營區發生的事和國安警察過去曾長期犯下的大量罪行。具備以上特質的德斯蒙德·圖圖（Desmond Tutu）大主教便被邀請擔任真和會主席。經過一個復雜的甄選程序，來自不同社會、文化、宗教背景，許多具有卓越能力和才干的人才都被延攬進真和會。

真和會分為三個部門，各有其獨立的功能和人事。第一個部門負責聽取受害者提供的重大違反人權案件的證詞。我們應當記得，種族隔離政策本身就違反人權，而且早已被當做是對人性的重大戕害。當時的法律將人們以種族分級、（黑人被）強迫佩戴識別證、被逐離家鄉、不能接受教育、不能使用公共設施，也不能投票，這些都違反人權。但這不是真和會要調查的，過去嚴格的《國家安全法》（Security Law）動輒將人們不經審判就單獨監禁的事件也不是真和會要調查的。真和會要調查的是即使在《種族隔離法》（Apartheid Law）下也違法的行為。

那樣的行為因為過于丑陋、駭人，因此就連公開支持種族政策的人也不得不加以隱匿、否認。虐囚、暗殺、使人憑空失蹤、越界突襲行動等造成的綁架和殺害行為都是違反南非法律的，即使依據的是嚴苛的種族隔離時期保安法也不例外。這些罪刑才是真和會要調查的。其調查對象不是種族隔離政策，那樣的行為已經受到世人譴責并被南非新憲法所唾棄了。相對的，真和會的主要目標是在種族隔離時期被犯下并被掩飾的罪行，其中大部分是為了維持種族隔離制度所為，但也有些罪行是反抗該制度的人所犯下的。

圖圖大主教把這個由他主持的單位稱之為“小市民”發聲的部門。于是，不論是都市居民或是鄉下人，所有名不見經傳的無名小卒，都可以來申冤，倡言他們的不幸遭遇、他們的傷痛和他們的損失。像我這樣的人有機會上電視、寫書，或前往世界各地向無數的聽眾、讀者演講我們的遭遇。但有難以計數的人曾遭受暴力加害，失去兒子、女兒、母親、父親，卻只能將這樣的傷痛隱藏在心中。全國各地大約有一萬多人前來為他們自身和他們的家人作證，還有大約一萬人以書面方式作證。

法官不哭泣，但這顯然不適用于圖圖大主教，他哭了。這不是嚴肅的以發掘法律真相為目的的法庭，而是一個讓人們傾吐自身遭遇的人性化空間。在法院，證人是孤立的。但在這里，證人旁邊總是有安慰者，也許是拍拍他們的肩膀，也許是在哽咽的時刻遞上水和紙巾。聽證儀式通常以和諧的非洲音樂展開，希望這樣能給在場的所有人鼓勵和支持。有時也以禱告開始。接著，這個國家里不同地區和不同語言的人都來作證。證詞在電視上播出，因此全國人民都能親耳聽到當事人的故事，全國人民都成了證人。這些證人不是來法院告發、控訴別人，也不是因為曾受傷害而要求賠償。我們沒有懲罰或補償，我們只是提供一個說出真相的機會。

摘要和分析這些證詞的集結有五巨冊，其中包括照片和不少令人動容的證詞的節錄，構成珍貴的文獻。這不是枯燥的政府報告，而是發自肺腑能打動人的記錄。此外，它也深刻反省了不可饒恕的暴行如何被縱容且越演越烈，以及怎樣的機制、文化才能避免其再度發生。這也就是真和會最偉大的目標：不能只是讓傷痛抒發出來，而是要解釋這樣的不公不義是在什么環境之下滋生的，進而阻止其在未來復發。

沒有人能逃掉這場調查。商人們，你們在哪？畢竟生意就是要賺錢，要和國安警察直接合作，提供炸藥、卡車和信息。媒體們，你們在哪？有些勇敢的報社和偉大的記者，但媒體的組成結構本身就是種族主義的附庸，它的思維方式就是販賣恐懼，他們將反抗種族隔離者描繪成恐怖分子，繪聲繪色地說他們有多可怕，他們貪婪地攫取眼前的利益。因此，一份商業期刊的社論寫道，我整天游走于利刃之間，萬一我因利刃而死，也沒有人該抱怨。關于人們因肥皂而滑倒、從窗戶墜樓、從樓梯上摔下的事件都被記者們寫得像真的一樣，媒體同時散布不實消息，造成人們以為自由斗士是暴徒，他們被刑訊或殺害是正當的氛圍。

法律人，法官們，你們在哪？我們這些法官，無論新的或老的，對此曾有過激烈的辯論。最嚴厲的批判是因為過去的司法系統根據的是有種族主義色彩的法律，而且在面對酷刑與虐囚的指控時缺少警覺心，實際上已成為這些不公不義的幫兇。當時的掌權者濫用巨大的權力不經審判就逮捕和拘禁人民，并將證人日復一日、年復一年地囚禁以逼取供詞，而法官們卻將其視為正常程序。所幸，仍有些法官表現出卓絕的風骨和勇氣，他們證明了即使在最晦暗的環境下，人們仍然能堅持選擇正義的道路。他們在有限的空間里繼承了偉大的法律傳統，讓我能很自豪地說，他們當中的幾位現在是我在憲法法院的同僚。然而絕大多數的法官向不公正的法律與不公正的手段屈服了。最終，司法機關的領導人送了一份文件到真和會，承認司法系統在種族隔離時期未能善盡保障基本人權的職責。

賠償委員會（Reparations Committee）是完全獨立的。它從第一個委員會（聽證委員會）取得報告，并確保每位受害者取得一次給付的金錢賠償。這不僅是作證者的傷痛，而是整個世代的傷痛，是無法衡量的傷痛。雖然賠償經費不能從砍掉教育、醫療，或土地改革預算取得，但每位前來作證的人都能取得或多或少的物質賠償。然而，有些人對賠償的金額與賠償的方式有所抱怨，這也是可以理解的。與此同時，社會輿論呼吁對于遭到處決或虐待致死者重新舉行有尊嚴的葬禮。在我看來，建紀念塔、給予受難者小孩獎學金、以受難者的名字命名道路、花園或建造宏偉的紀念塔等等都是不夠的，我們需要的不是更多宏偉的紀念碑，而是一個素樸得像人民自己一樣的紀念碑，一個如同他們親身經歷的傷痛般哀痛逾恒、歷歷在目、念念不忘的紀念碑。

委員會的第三個部門，也是工作最困難的部門，就是特赦委員會。每個法庭有兩位法官，這也是真和會中最像是法院的部門。然而當刑事法庭通常判決一個人是否要被關進監獄，這邊做的卻是相反的，這里的法官決定一個人是否可以免于被起訴。因為牽涉到人身自由，正當法律程序（due process of law）等原則在此必須被遵守，但不像一般法庭要求嚴格的證據法則和正式起訴程序。我們處理過許多令人惋惜、鼻酸的案子。

克里斯·漢尼（Chris Hani）曾是首批游擊隊員的一分子，后來晉升為非國大軍事部門“民族之矛”的指揮官以及南非共產黨總書記，是受到人民愛戴的英雄。在一個復活節假期，當我們還在協商新憲法時，他在慢跑后返家時被槍殺。兇手走出車來，拿槍抵著他的頭，然后扣下扳機。對方是住在南非多年且與南非極右派合作密切的波蘭極端右翼分子。因為鄰居指證他作案用的車，警方迅速逮捕他。不夸張的說，那把槍甚至還在冒煙。諷刺的是，因為非國大反對死刑而使他和另一名同伙逃過死罪，并能尋求赦免。他們應該被赦免嗎？特赦委員會因為兩名兇手隱瞞太多事實而拒絕赦免，他們被起訴并被判終身監禁。

接著是關于溫妮·曼德拉（Winnie Mandela）足球隊的案例[[1]](#_1_7)。溫妮勇敢、孤僻、好戰、熱情、親切，令人如沐春風，有些人會說她可以用她的方式摧毀任何人或任何事。溫妮召集了一伙人犯下重傷害罪，并和當地非國大爆發沖突。那是曼德拉仍在獄中的種族隔離制度末期。血腥殺戮時有所聞。溫妮本人并未尋求赦免，是她的足球隊員來求饒，他們說是溫妮媽媽（Mama Mandela）命令他們去做這些事情。他們應該獲得赦免嗎？這個棘手、悲痛、折磨人的南非問題需要一個棘手、悲痛、折磨人的南非答案。我們的真和會還未臻完備。它引發許多爭議，并驅使我們進一步的反省。因此，殺害史蒂夫·比科[[2]](#_2_5)這位勇敢、爽朗的領導者的兇手們因為隱瞞太多事實而未被赦免。然而，以信件炸彈謀殺露思·法斯特和珍妮·朔恩（Jenny Schoon）的兇手們雖然手段兇殘，還是因為符合標準而被赦免。

知識與認知

我想分享一些我個人對于真和會的想法。首先是關于知識（knowledge）與認知（acknowledgement）的不同，這是斯坦·科恩[[3]](#_3_5)告訴我的一個概念，而他又是聽托馬斯·內格爾[[4]](#_4_3)說的。“知識”指的是擁有信息，并因而了解事實。事實上，對于南非境內的迫害案件有無以計數的知識，但卻少有關于人們付出多少代價的認知。“認知”指的是一種接受，但不只是對客觀事實的接受，還有對其情感與社會重要性的接受。認知的前提是對事件之發生抱有責任感，并了解到該事件對當事人以及整體社會的意義。

了解真和會運作的方式之一是將它視為把知識轉化為認知的過程。首先必要的是認知過去的傷痛。成千上萬的人受難的事實，這是廣為人知的“知識”—政府迫害人民、留下難以磨滅的創傷、人們枉死牢獄之中。然而人道和個人面向沒有彰顯，人民真實的苦痛沒有抒發的機會。然而，當你在電視上看到那些受害者，知道他們都是有名有姓的，聽到他們親口訴說他們的痛苦，那原本空洞的信息就不再空洞了。這對那些前來作證、回家后在電視上看到自己的人也是極有意義的。因為有了真和會充滿人性與關懷的做法，社會大眾可以認知到成千上萬過去被隱藏的私人傷痛。另一種認知則事關加害者自己，他們需要勇敢走向攝影機，公開承認自己的罪行。最終，整個國家認知到這樣的事情曾經發生，而且可能再次發生，所以我們必須把所有事實結合起來，這樣才能使我們了解其來龍去脈，并降低其再次發生的機率。

當初公民團體要求的公開性（publicity）成為真和會得以震撼南非與國際社會良心的關鍵。眼淚、聲音、嚴峻表情、悲泣皆歷歷在目。幾百萬雙的眼睛從電視上或從書本中見證劇力萬鈞的一幕幕。大家因而去反省，在那個環境之中他們做了什么、沒做什么、有什么是該做而沒做的。

真相的四個面向

身為一個法律人和一個法官，我常對真和會的許多特色感到困惑。它們大多跟我們該怎么看待真相這個概念有關。“什么是真相？”這個問題從將近兩千年前就被拿來開玩笑，但至今我們仍須回答。我并沒有受過認識論或存在論的訓練，所以我自己將真相分為以下四類：觀察所得出的真相（observational truth）、邏輯推演出的真相（logical truth）、經驗告知的真相（experiential truth），以及透過對話而歸結的真相（dialogical truth）。這樣的分類是非常有助理解的。

觀察真相，不論在自然或社會科學里，都要界定出一個特定的框架，并排除所有這個框架不考慮的變項。在法庭上，我們在界定的框架下運作，回答某特定問題，像是某人是否在某特定時間以某特定方式蓄意殺人。你確定目標，劃下范圍，然后找出真相。這就是觀察真相—巨細靡遺、鎖定焦點。

邏輯真相是建構在假設之上的普遍真相，蘊含在特定命題中的邏輯。邏輯真相的獲得是一個演繹和推論的過程，最后，我假設，借由文字的力量來解釋世間萬事萬物的抽象關系。許多法律就是在找出觀察真相和邏輯真相之間的關系，換句話說，將觀察真相放入邏輯架構中。

經驗真相則是另一套規則，它來自深入現象之中而后取得的理解。這種真相是我們每一個經歷過它的人都能體悟到的。我第一次想到這概念是在讀甘地的書《我對真理的實驗》（My Experiment with Truth）[[5]](#_5_3)之時，我當時對這書名感到困惑。這不是我對“實驗”一詞的了解啊！我們在學校用本生燈與盛著各種液體的燒瓶在控制條件下測試科學假說，那才是實驗。甘地卻沒有假說，他拿自己當實驗，而非一個想法或是一種對世界的理解。這個實驗是將他自己全心全意地沉浸于特定經驗之中，然后就其經歷做出結論。這個過程的核心是誠實、客觀的探索工作，同時也需要能客觀地排除個人想法，并以一個真正無偏見的方式來省思你的主觀經驗。如此的經驗真相是深入且深刻的。然而這樣的真相也讓我們法律人感到尷尬，因為它對我們來說是主觀且無用的，因此會試著將它排除。我們宣稱我們要的是客觀的真相，也就是我們稱為“事實”的東西。

最后，也就是我所謂的對話真相。這是一種從人們的交流互動中誕生的真相。我們都對客觀世界（reality）有不同的經驗，且我們不同的興趣和背景又影響了我們如何去詮釋這些經驗。正反不同的主張與觀點時而進行交鋒論戰，碰撞出新的綜合觀點，但綜合觀點維持不久就被挑戰、駁斥，然后開啟新一輪的辯論。這個過程永遠沒有終點，確定不移的真相永遠也不會產生。

觀察真相在其狹隘的框架之內是絕對的；經驗真相容許主觀詮釋，但它是私人的，且僅有個體意義；邏輯真相是客觀的、普遍的、非個人的，且獨立于外在客觀判準之上；對話真相囊括了以上三者的所有元素，并默認了一個包含許多聲音與多元觀點的對話社群，而且唯有在此條件之下對話真相才有可能蓬勃發展。以南非來說，沒有一個絕對正確的說法可以解釋為什么會發生這些重大的違反人權的事件。沒有一個絕對的權威可以宣稱擁有毫無疑問、不容挑戰的觀點。

所以，盡管人權受難者的經驗是強烈而真實的，但他們的經驗并不比加害者、記者或法官的經驗更真實。我這么說并不表示我認為世間上沒有一個衡量各種行為的價值的標準。真和會的立場是以一個行為究竟是尊重人權還是泯滅人權來作為衡量標準。真和會也假設人們永遠有選擇，且要為自己的選擇負責。對話真相借由聚集所有不同角度的真相、不同經驗和不同聲音，而歸結出最中肯的敘述和最有意義的現象衡量標準。真和會本身并不是一個由十二位、十五位或十七位機械式思考，看待事情的態度和人生經驗都相同的委員組成的同構型團體。報告中的敘述和評估都是透過不同委員間的對話而形成。圖圖有他本身特殊的坦誠與來自個人經驗的觀點。他的副手和他價值觀相近但生活經驗不同。其他的委員各有不同的背景，也反映出多樣的歷史和文化經驗。他們將不同的觀點和評價融會綜合，而非僅僅是東拼西湊起來。這就是對話真相的誕生經過。

真和會的威力，以及它為何能引發如此廣大的回響，乃是因為它奠基于對話，聽取各方觀點，并匯集各方觀點。真和會并不是像是檢察官的一群人跑來對你說：“我們代表國家，我們將要從你身上搜取真相。”國家無法從任何人身上取得真相，真相不是這樣產生的。唯有不同面向的聲音和觀點才能一點一滴地拼湊出豐富且真實的故事真相。真和會本身就是一個多元的組合體，其功能在于盡可能找出最有意義且最具說服力的語言、表達形態，以及陳述故事的方式。

在真和會取得豐碩的成果之后，我開始思考另一個新問題：“為什么法庭上得到的真相如此少，而從真和會得到的真相卻如此之多？”后者簡直像是條浩浩湯湯、橫無際涯的大江，細節和旁枝也許不太確定，但主干的方向是無可爭議、勢不可擋的。真和會的偉大貢獻之一就是讓我們不再拒絕面對真相。即使是舊政權最死忠的支持者，也無法否認那些以其名而為的暴行。另一方面，法庭記錄是枯燥乏味的信息。除去那些偵查所得的瑣碎細節，你知道的很少。該為侵害人權行為負責的社會因素與文化及制度系統，則仍逍遙法外。

要解開這個謎團，就得了解探求真相的不同途徑其實有不同的目的。法院的核心關切是個體的責任。罪責與賠償是它們首要處理的。正當法律程序在意的是證據，而非真相。你必須先證明被告的確犯下被起訴的罪行才能將他們送進監牢。當判決的罪刑與后果可能非常嚴重且大大改變一個人的一生時，你需要這套嚴格限制的程序。然而當一個國家意欲了解和處理其歷史時，要問的是更大的問題：“這是如何發生的？這對當時的人來說有什么影響與意義？我們要如何提早防患未然？要如何防止其再度發生？”當你處理的是這樣大范圍、長時間的問題時，重點就不僅僅是循正當法律程序來決定刑責或賠償就好，而是要讓整個國家社會能了解、能認知到究竟發生了什么事。唯有如此，療愈才能開始。對話是療愈的基礎。參與對話的人的自尊心是尋求公民意識的根本。當每個聲音都被賦予同等的重要性時，療愈才真正開始，因為屆時大家才會意識到彼此的道德與責任是緊緊相連的。

南非若要達到全面徹底的和解，最終我們需要的是建立一個人人受到同等尊重且享受相同機會的社會條件。然而，真和會的存在大大地推動了人與人之間關系的修復。我想這不但對我們的國家，可能對整個世界都是重要的一課。我們的確需要一個謹守正當法律程序、伸張美德打擊邪惡的國際刑事法庭（International Criminal Court）。但我們仍需要一套彈性、包容的制度來讓其他因素能夠與暴力及創傷取得妥協，在這套制度之下，人與人之間的關系不是原告和被告的關系，而是尋求共識的對話者。每個人都有平等的發言機會，有些人因為被聽見而如釋重負，有些人因為認知到自己的惡行而羞愧認錯，而重要的是他們都想與彼此對話，而非殺死對方。事實上，制憲的過程和真和會有一點是相同的，就是兩者都肯定我們有需要讓曾經勢不兩立、水火不容的雙方面對面看著彼此的眼睛，去發掘彼此心靈深處共享的人性價值。如果說憲法本身就是經由對話達成尊嚴和安全的產物，那它也應該被視為經由對話加速化解爭議的工具。而真和會的作用還遠超過幫助我們處理剩下的問題。彼此相互溝通了解，勇于面對過去慘痛的錯誤，已經成為我們文化中根深蒂固的信條。

此外，在接下來的阿扎尼亞人民組織案（續）和迪可可案（Dikoko Case）之中，道歉和調解是主導我的判決的核心精神，并改變了司法運作的方式。

真相與和解

嚴格地來看，一蹴即成的和解是很少的。少數的加害者得到受害者直接的原諒，但那只是極少數。人們感到不公不義、感到憤怒、感到不舒服，因為只有少數的加害者流露出人性的情感。但也有些例外。有個白人因為非國大在普里托利亞的炸彈攻擊而失明。炸彈客阿布貝克爾·伊斯梅爾（Abubaker Ismail）坦承這是解放運動期間，他的組織在軍事目標附近放置的炸彈，并尋求赦免。他說他因為被迫要以這樣的方式戰斗而感到非常的愧疚，也對受害者感到抱歉。然而受害者主動與伊斯邁爾握手，對他說：“我能理解你為什么這樣做，你當時是為了自由而戰，那是你的使命。現在我們可以放下過去，繼續向前了。”

在南非還有些像這樣的例子。惟就比例而言，它們雖不是唯一，但仍屬罕見。在大部分的案例中，創傷并沒有被化解。大多數的加害者西裝筆挺、在律師陪伴下前來，肢體僵硬、表情冷淡，像在法院般朗讀準備好的演講稿，而不是發自肺腑、敞開心胸地傾吐與哭泣。他們同意認罪是很重要的，但往往只限于對非法行為事實部分的認知，配上排練過的道歉，而不是真誠的悔悟認錯。非洲人們有很大的包容心，但唯有加害者表現出同等的坦誠與真心時才能得到寬恕。正如即使在這個高度商業化的世界，我們仍有權做利他的事情，所以即使在一個強調法律與道德責任的世界，我們仍有權寬恕他人。但問題在于，唯有當加害者認知到他們的錯誤行為，他們才能得到寬恕。

即使在和解程序上有這么多的限制，我相信為這個國家整體的和解奠定基礎的目標已經大致完成了。即使在個人之間和社群之間的和解，我們還有很長的道路要走，但在國家的層次上，南非首次有了對近代最悲痛的一段過去的共同單一歷史。一群沒有共同記憶的人不可能組成國家，也不可能孕育出共同的公民精神。你不可能在同一個時期、同一塊土地上有一套白人歷史、一套黑人歷史，而且兩者毫不對話，各自表述。你需要有一套單一、普遍、被大多數人接受的國家歷史。從這個角度來看，雖然我們仍然生活在一個不公平的社會，黑人和白人能享受的公共設施與生活機會并不均等，但至少現在我們的國家沒有像以前那樣分崩離析了。就像美國人說的：“我們現在都在同一塊土地上，或至少開始聚集在一起了。”這就是最大的收獲。

我們也要記住，負責任可以有許多方式。懲罰也不意味著一定要把人關進監獄里去。那些在電視上公開說“我們要把人分尸，然后拿去喂鱷魚”的人并不是真的沒被懲罰。他們的懲罰就是罪行被公之于世、就是羞恥感。他們看著已經不在自己權力統治之下的受害者家屬。他們以平等的方式看待對方。然后他們回家，忍受著鄰居、兒女、家人的目光。他們曾經受到肯定、受到晉升，如今他們被遺棄、被否定，許多人因為創傷后壓力癥候群而要接受心理治療。他們落寞的表情就像是警告我們—紙永遠包不住火，真相終將公之于世。

許多失蹤者的遺體被找到了。曾經花了幾年卻一無所獲的案子，例如史帝夫·拜寇和被稱作“克拉達克慘案”（Cradock Four）[[6]](#_6_3)的運動領袖的死因，如今都真相大白。所以我們在“知識”和“認知”兩者都收獲豐碩，這代價是赦免愿意挺身而出、說出真相的人。然而沒有證據是很難在法庭上起訴成案的，我們也很難去斷定誰應該被以什么罪名起訴。但我相信，南非因此和解過程而成為更強大的國家。

我們要如何避免這樣的事情再度發生？其中一個答案是我們必須讓這些國安警察知道沒有什么事情是可以永遠保密的。這些人絕不能再有國家無論如何可以保護他們的錯誤認知，真和會已經證明了這是不可能的，至少在我們的這個世代是不可能的。而其他的答案便是要重建一種新的社會文化。真和會運作的過程已經深入人心，希望日后報告內容能夠編入教材，而其結論能夠啟發所有南非人的思維。邪惡和殘酷必須以它們真實的面貌被看見，不能以保護國家免于想象的外來恐怖的攻擊，作為自身違反道德規范、為非作歹的正當理由。進一步來說，未來我們必須有強健的機構致力于保衛基本人權。我們的憲法對此著墨甚深，其中之一便是憲法法院，而我很榮幸是其中一員。

憲法法院

我們在曾經是約翰內斯堡最惡名昭彰的監獄的中心蓋一座新的憲法法院，它要以一種讓大家都看得到的方式表達“絕不重蹈覆轍”的原則，并成為拯救國家生命的象征。甘地曾經被囚禁于此，但除此之外，它和印度還有更深的淵源。我們為新法院的建筑設計舉辦了一場國際競賽：有六百人買了報名手冊，最終有一百八十人繳件，其中四十名來自國外。評審團主席查爾斯·柯利亞（Charles Correa）是孟買和麻省理工學院的建筑師。他被選為主席是因為我們認為他知道我們要什么，我們要的不是將北美建筑移植到南非，我們要的是一座符合南非歷史、文化，并針對當地特有的光線、物理結構、地形與需求而設計的建筑。

杰出的斯里蘭卡建筑師杰弗里·巴瓦（Geoffrey Bawa）是另一位評審團成員。柯利亞的夫人莫妮卡向我們展示了一幅她做的閃閃發亮的織錦。織錦中有棵緊緊附著于地面卻懸浮在半空中的榕樹，這象征著憲法法院是人們可以享其庇蔭的大樹，人們保護著大樹，而大樹也為人們擋風遮雨。憲法法院將她那幅帶有印度風的織錦放在法院中顯眼的位置上，但憲法法院和印度的關系可不僅止于表面上這么簡單。我們選定的地址是原來的“老碉堡監獄”（Old Fort Prison）。我們常帶著既得意又羞愧的口氣說，南非有著世界唯一一座曾經關過甘地和曼德拉兩人的監獄。而對甘地的南非歲月熟悉的人都知道，他大部分最深刻的人性實驗都是在這座監獄進行的。就是在這座監獄，當他看到印度囚犯有鹽配飯、非洲囚犯卻沒有時，他決定他也不取鹽。也是在這座監獄，因為鹽巴事件讓他決定放棄物質享受，以了解社會最底層的生活。慚愧的是，是南非給了他這么豐富的生活經驗。當印度犯人被要求戴上非洲犯人才戴的囚犯帽時，他并沒有反抗，而是說他將其視為一種榮譽。當他于1914年回到印度時，他也帶走這頂后來成為印度自由奮斗象征的囚犯帽。我們的憲法法院，就矗立在甘地戴上囚犯帽的地點。

我們的新憲法法院、新民主需要一座新建筑，但同時保有舊監獄的結構。監獄就這樣環繞著憲法法院，有條舊監獄的樓梯還留在新法院里，而監獄的磚塊就這樣包覆著法庭。憲法法院傳達的訊息不只是“絕不重蹈覆轍”這條重要的民主憲政原則，更象征了奮斗、希望，以及能夠戰勝絕望與殘酷的勇氣與人性。過去可怖的負面能量于是被轉化為迎向未來的正面能量。我們希望新的建筑是簡單的大樓，讓進來的人能夠感覺到正義是友善、溫暖的，而且并不遙遠。每當我走進今天南非的治安法庭，我都會感覺到我是罪人，但明明我就是這塊土地上最高位階法院的法官！目前的法院建筑都有一套制式的標準，目的是在彰顯其權威，它像是在對你說：“注意喔，國家統治著你。”我們的憲法法院并不展現權力，它限制權力。我們的任務是捍衛新憲法，確保所有的政府權力都在憲法所規范的程序下行使，并使之與憲法遵奉的信條與價值并行不悖。

正是這些價值把我們與甘地鏈接在一起。奠定我們的新民主的基礎價值都昭告在人權法案之中，也體現在平等的公民權利之上，它不只是被動地保護人民權利不受政府權力侵犯，更積極地主張所有人都有權過著正直、有尊嚴的生活。憲法法院被明文要求必須促進開放民主社會的價值。這樣的社會必須認知到，所有成員不論尊卑都享有平等的價值和尊嚴，并且也尊重一個事實，即人與人在外表與內在性格上都有可能是不同的。這些都是甘地的理想。

然而我們在這部憲法之中不只能找到甘地的精神，也能看到尼赫魯（Jawaharlal Nehru）的哲學。曼德拉的自傳取名《漫漫自由路》（Long Walk to Freedom）其實便是改編自尼赫魯的名句—“追求自由沒有快捷方式”。印度爭取自由的奮斗歷程，以及他們如何在民主政治體制中包容多元文化的經驗，曼德拉世代影響深遠，也反映在我們的憲法條文當中。因此，我們從一個印度偉人，以及另一人身上的悲天憫人與謙沖自牧的精神中，看到了民主的制度化。這兩大橫跨印度洋而來的助力厥功甚偉，因為它不只是透過文字傳遞，而且是透過與這兩位偉大印度導師共同奮斗的南非人的抗爭與被囚經驗而來的。

其他的影響來自世界各地，來自非洲其他國家、來自歐洲、來自北美洲和南美洲。普世主義和全球化其實是對立的概念。普世的人權概念并非某一套經過全球化之后，強加于所有人頭上的教條。人權不是從某個國家輸出到全世界的舶來品。相反的，它來自不屈不撓的奮斗，以及世人所共同信仰的理想主義。國際社會一致遵守的信念原則乃是全球各個角落的人們為了人性尊嚴而付出的成果。這樣的精神激勵著世世代代的人權斗士，不分國界，不分年齡，并體現在我國的憲法條文之中，而我，作為憲法法院的法官，矢志捍衛之。

后 記

在一整年繁重的工作之后，我在約翰內斯堡參加了一場輕松有趣的聚會。那是一場充滿勇敢和機智的電視連續劇幕前、幕后人員的年終聚會。主辦人也就是屋主，乃是導演之一。她父親在她童年時就被暗殺，是第一批被種族隔離分子派的殺手暗殺的人之一。她甚至眼睜睜地看著父親在她懷里死去。至今她仍不知兇手是誰。但她沒有因此被打垮，并成為有名的電影工作者。

在喜樂的音樂聲中，我聽到有人叫：“哈啰，奧比！”我轉身看到一張似曾相識的面孔對著我微笑，他看起來非常愉快。這人又說：“哈啰，我是亨利，你記得我嗎？”一開始這名字在我腦中完全沒有喚起任何記憶，他又說：“記得嗎？我去……”于是我想起來了，“你到我的辦公室，你說你要去真和會……”

音樂震耳欲聾，跳舞的人環繞著我們。我們到角落去以便聽清楚對方的聲音。他笑容滿面。我問他后來發生了什么事。他告訴我說他寫信給真和會，盡其所能地告訴真和會他所知道的，并對六件罪行尋求赦免。不久，他花了幾個小時回答蘇、鮑比、法若克代表真和會所提出的問題，他們都曾在艱困的解放運動期間生活于莫桑比克。我跟這三位都很熟，他們都曾在莫桑比克為自由而戰。亨利提到這些人的時候都是直呼其名，而且相當親切而興奮。

然后他停下來，看著我說：“你說如果……也許……？”我回應：“是的，亨利，我說如果你和真和會合作，如果你為南非做點事，那也許我們還會再次相見……當時你答應我，而我現在從你的眼神中知道，你已經說出真相。”

所以我伸手和他相握。

他興高采烈地離開了，而我幾乎癱倒在身旁朋友的懷里。后來我在一頭霧水的宴會主人那聽到，亨利突然離開宴會，回家后足足哭了兩個星期。

[[1]](#_1_6) 溫妮·曼德拉曾是南非總統曼德拉的妻子，兩人于1996年時離婚。在南非民主轉型過程中，她與其丈夫不同，始終采取不妥協的激進路線。她是非國大重要干部，作風非常有爭議性，并曾被判刑。1988年，曼德拉聯合足球隊（Mandela United Football Club）的一員從一位牧師家中綁架了一個十四歲的小男孩詹姆斯·賽比（James Seipei）與其他三名小男孩。該球員聲稱，因為溫妮·曼德拉懷疑該牧師曾性虐待這些小男孩，于是他們對小男孩施暴逼供。來年6月，賽比的尸體被發現了，身上有被棍棒毆打的傷痕。1991年，溫妮·曼德拉被定罪涉嫌綁架與共謀殺害賽比，但原本六年的徒刑被減為罰金。在1988年的最終報告當中，真和會指出溫妮·曼德拉應對曼德拉聯合足球隊違反人權的罪行負起政治與道德責任，且她須直接為多起謀殺、虐囚、綁架，與攻擊事件負責。2003年，她涉嫌詐欺被定罪，隨后辭去非國大所有職務。然而，由于她始終受到廣大非國大草根群眾的支持，在2009年仍代表非國大參與南非國會大選。

[[2]](#_2_4) 史蒂夫·比科（Steve Biko），反種族隔離人士，1977年死于南非警察的虐待。他曾發起“黑人覺醒運動”（Black Consciousness Movement），名言為“黑是一種美”（black is beautiful）。

[[3]](#_3_4) 斯坦·柯恩（Stan Cohen），倫敦政治經濟學院社會系教授，出生于南非。

[[4]](#_4_2) 托馬斯·內格爾（Thomas Nagel），紐約大學哲學系教授，擅長于倫理學、政治哲學、心靈哲學。

[[5]](#_5_2) 完整書名應為The Story of My Experiment with Truth，是甘地的自傳，記錄了他從童年到1921年的故事。

[[6]](#_6_2) 1985年，來自克拉達克的四位反種族隔離政策的南非青年，Matthew Goniwe、Sparrow Mkhonto、Fort Calata以及Sicelo Mhlauli，被南非警察以極其殘忍的方式殺害，在種族隔離史上留下最悲慘的一頁。

[判例一]

阿扎尼亞人民組織案（續）—了解而非復仇，修復而非報復

以下將用伊斯梅爾·穆罕默德在阿扎尼亞人民組織案的判決摘錄，深入說明《真相與和解法》的濫觴。

穆罕默德副院長︰

掌權的人開始與曾經被囚禁、被剝奪發言權、因為反抗國家控制而被驅逐出境的人協商，為建立一個不一樣的未來而努力。這些協商催生了一部承諾以保障基本人權，并朝更公正、更穩固的民主政治而努力的臨時憲法。參與協商過程的人非常明智地察覺到，由于過去歷史留下的創傷以及不容否認的不平等，要重新建立一個民主政權是極為困難的。要完成這個艱巨的任務，唯有我們以堅定的決心與慷慨的大度去追求和解與共生。

以下文字摘自南非憲法的結語，其內容清楚地闡述了上述的基本哲學：

國家團結與和解

本憲法旨在提供一座具歷史意義的橋梁，以聯結這個國家的過去與未來，前者是一個充滿了摩擦、沖突、被掩蓋的痛苦與不公不義的分裂社會，而后者將以對人權、民主，以及所有南非人，不分膚色、種族、階級、信仰、性別的共存共榮的承諾為前提。

欲達國家團結、所有南非人民的富裕以及和平，需要所有南非人民的和解和社會的重建。

本憲法的公布施行提供南非人民安全的保障，以免于過去的分裂與摩擦，與其造成的嚴重人權侵害案件、對人道原則的暴力破壞，以及充滿仇恨、恐懼、罪惡與復仇的惡習。

這些問題現在都可以根據以下共識來解決：我們需要了解而非復仇，需要修復而非報復，需要和解共生（ubuntu）而非尋找代罪羔羊。

為促進和解和重建，我們需要提供赦免給過去因為政治目的或在矛盾與撕裂當中犯下的行為、疏忽或侵害。為達此目的，依本憲法成立之國會應制定法律，限定明確日期，亦即1990年10月8日和1993年12月6日之間，并建立相關的機制、標準、程序，若是需要的話，還要建置法庭，以利該法通過后赦免案的處理。

借由這部憲法和這些承諾，我們南非人民為這個國家的歷史開啟了新的一頁。

依據上述憲法結語的誡命，國會通過了現今一般所稱的《真相與和解法》。

為達成功的協商與轉型，轉型的條件不僅需要過去的受害者的同意，也需要那些會被一個“基于自由與平等的民主社會”給威脅到的人的首肯。如果新憲法沒有杜絕復仇與報復持續發生的可能，那么，可能會受到新憲法秩序威脅的人就不可能支持新憲法。若是真的這樣，某些人的恐懼與某些人的憤恨將形成威脅，這部憲法所構筑的歷史橋梁將是搖搖欲墜的。正是基于這樣的考慮，參與憲法協商的人幾經思考之后做了一個重大的決定，我們需要了解而非復仇，需要修復而非報復，需要共生而非尋找代罪羔羊。

這結果不論在任何層面都是困難、尖銳的，甚至是極度痛苦的，必須要在過去受到國家暴力侵害的受難者尋求正義的需求、和解的需求，以及迅速轉型通往新未來的需求之間，找到一個平衡點。同樣的，在鼓勵犯錯者協助重建真相和因真相而得到補償的受害者之間、在糾正過去之錯誤和創造新未來之間，要取得平衡也絕非易事。這是一場在政治、情感、道德、邏輯等種種考慮下極度困難的實驗。這個判斷工作主要落在轉型前及轉型過程中被賦予立法工作的人身上。結果也許常不完美，轉型正義的追求或許也印證了康德的那句話：“在人性這根曲木之上無法造出正直之物。”針對立法者在憲法結語當中選擇出來的方法與機制，以及其意味的艱難工作，他人都有理由進行批評討論。但我們并不在乎該機制是否明智或有效，而只在乎其合憲性。

往昔沖突對立的敵人如今仍同住在一個國度之中。而他們必須生活在一起，并學習如何彼此相處。幸而這個國家如今已經做了最好的準備，能找出最能促進雙方和解與重生的管道。這一棘手的任務，南非人民唯有審慎地參考其獨特的歷史與種種復雜、矛盾的因素，還有其情緒性與制度性傳統，才有可能妥善處理。在特殊的條件與環境之下，懲罰在面對過去罪行時能扮演什么角色，這本身就是一個復雜的問題。

[判例二]

迪可可案—名譽如何可用金錢衡量？

薩克斯大法官:

在誹謗案中的損害賠償……我們把諸如名聲與榮譽這樣深深內在于一個人的人性尊嚴之中的事物，當做市場上的商品一樣在處理。不像其他產業，榮譽的價格不會標示在股市交易上。對受害者最真實而永久的安慰應該是法院在社會大眾面前還他或她一個清白。真正的勝利在于讓他或她能夠抬頭挺胸地離開，并知道即使是那個誹謗其名譽的人也承認了錯誤……

想要為受損的名譽設法找出一個成比例的補償金額，這樣的想法本身就是不合理的。被污損的名譽要么能夠被洗刷清白，要么就是繼續蒙冤。較高的金額不能恢復更多的名譽，較少的金額也不會恢復較少的名譽。最終能夠還原告一個公道的是，法院能夠發現證明其人格的證據，而不是他或她戶頭里的存款增加多少。

有人主張一個人的名聲的價值必須用賠償金額來予以呈現，但這樣的想法是有危險的，它會破壞掉法律最需要恢復的那個東西，亦即，受害者的令名清譽。它是抽象的、社會建構的，但具有重大意義。這類型的傷害需要通達人情世故的法官在常規之外，在訴訟當事人之間做出適當的判決，鼓勵雙方和解。現行法律對于誹謗罪的處理只會加大雙方的裂痕，迫使他們漸行漸遠，而不是讓他們化干戈為玉帛。如果有一方會勝利，那必然有一方要輸，輸贏的差距在于賠償金額的多寡……

我們現在急需的是更宏觀的視野，并鼓勵使主動撤告與道歉這樣的修補式價值（reparative value）能夠被引入訴訟程序。用法律術語來說，我們必須重新思考還有哪些補救方法得以讓我們拋開傳統的思維模式，而專注在人的問題上。首要的目標應該是修補雙方的關系，而非懲罰某一方。為了達到這個目的，我們必須將我們憲法所推崇的“和解共生”（ubuntu-botho）這個價值融入誹謗案的訴訟程序當中……

“和解共生”不是一個只是在法官們已經做出判決之后，為了讓這個判決看起來更仁慈、更積極正面，而另外找來為判決添加光環的陳腔濫調。它其實內在于我們的憲法，并且與其制定密不可分。從歷史角度來看，它是南非人的一道活水源頭，激勵著我們去追求和解，并驅使這個曾經深深撕裂受傷的社會去搭一座橋，以克服、超越一個支離破碎的過去。用現代觀點來看，“和解共生”具有歷久彌新且生生不息的特色，代表了人類團結合作的精神，而將自由與平等凝聚在一起，創造出能夠支持憲法核心價值的正面且相互支持的協奏曲，“和解共生”完全融入憲法所彰顯昭告的基本權利之中，并滋潤豐富著它……

“和解共生”也與在國際社會上當紅的“修復式正義”（resto-rative justice）這個概念不謀而合。這觀念不但深植于我們的文化，并且也與全球人士努力建立的以修復而非報復為核心的修復式正義體制相呼應。修復式正義的主要元素有四：面對、修補、融合、參與。“面對（對話）”讓受害者和加害者談論曾經發生過的傷害和未來的相處之道。“修補”著重在治療傷口而非制造另一個傷口。“融合”進同一個社會有賴于雙方的尊重與承諾。最后，“參與”需要的是一個較不正式的交流場合，并讓雙方的親友也能參與。這些觀念與我們國家傳統上排解紛爭的手法是若合符節的，而其根本精神即為“和解共生”，它已代代相傳，且將綿延不絕……

如同修復式正義原則，和解共生的哲學常在刑法中被引用，特別是跟孩童有關的案件。然而它不應該只在這些案件中被引用。在諸如死刑、非法占用一個勉強的棲身之所的人是否應該被驅離等等性質迥異的案件當中，“和解共生”的觀念都影響著法律人。最近，高等法院在判決一樁殺人案時，就很有創意地在判處附條件的緩刑時，應死者母親的請求，要求被告家族中的長老出面道歉……

種種既要恢復個人的公共名譽，同時又得撫平個人創傷與社會傷痛的案例，是我認為最需要善用“和解共生”概念的。我們在這些案子中應該注意的是其和“正式道歉”（amenda honorable）[[1]](#_1_9)這個羅馬—荷蘭法學說（Roman-Dutch law concept）[[2]](#_2_7)的關系……

雖然“和解共生”是南非文，“正式道歉”是法文，且分別來自不同的法律文化，但兩者皆有著相同的哲學內涵和宗旨。兩者都旨在促進面對面溝通，以利公開排解紛爭，恢復群體和諧。在兩種法律文化當中，訴訟程序的首要宗旨都在于創造一個良好的條件，以盡其可能地鼓勵一方真誠地道歉，一方寬容地接受……

然而今天，整個法庭運作的基本心態，從證據的推導到辯論的呈現，都只著眼于增加或減少賠償金額，而不是鼓勵有人道歉。我認為，以“量”為中心的法庭思維需要修正，如何提供修復雙方關系的藥方需要我們更多的關懷……

值得注意的是，關于仇恨言論，立法機關已經指出它支持新的以道歉為主的補救措施。因此，衡平法院（Equality Court）有權力下令，被告在其他的補償之外必須正式道歉。我相信這些深深為我們的憲法所擁護的價值，會鼓勵我們在誹謗案件中也采取同樣精神的措施。在“和解共生”這個核心憲法價值的鼓勵下，審判法庭應該設法嘗試新的機制，其目的不在于斤斤計較賠償金額之多寡，而在于幫助各方化解糾紛，圓滿和解。問題是，如果法律的愿景依然故步自封，那么，訴訟當事人就不太可能透過直接且有尊嚴的交流互動來修補關系。結果，道歉將仍被視為減低傷害的技術性手段，而不能發揮撥云見日、一掃陰霾，讓各方重修舊好的主要模式。

我想要澄清，特別強調修補雙方關系并非意味著要完全排除損害補償金額。在我們的社會，金錢的作用有如牲口，有其重要象征意義。只要我們仍處于金錢主導的世界，損害補償便需要被保留，以作為一種嚇阻違法的手段。因為即使是最讓人沒面子的道歉（不論真心與否）也不花費當事人一毛錢，許多匪類惡棍將相當高興只要道歉就好—“畢竟只要說幾句話而已”。除此之外，眾所皆知，一個人的名譽一旦受損就很難借由公開道歉獲得完全的澄清，傷害性的言論通常會一直留在人們的記憶里。所以即使損害補償無法療愈誹謗，仍能對意圖誹謗者造成威嚇，并能對受害者無法挽回的清譽帶來些許實質安慰……

在道歉與金錢賠償之間，我們需要有更具彈性、更具創造性的思維。從“和解共生”和“正式道歉”這兩個概念的交集之處著手，我們也許可以找到更佳的補救措施，前者蘊含一種新精神，后者是一種經過時間考驗的法律形式。不論我們采用多么創新的方式，也不論事實在每個具體案例當中對結果會有多大的影響，法律若是能提供更多的補救措施以供選擇，當事人之間就越有可能實踐正義，我們也更有希望實踐憲法所憧憬的人性社會……

[[1]](#_1_8) 法國早期的一種處分方式，要求犯人赤足裸身、手持火把、頸套繩環，在教會與眾人之前下跪，并尋求上帝、國王與國家的原諒。如今意指一種令人滿意的道歉。

[[2]](#_2_6) 指荷蘭人在17、18世紀建立在羅馬法之上的法律體系。荷蘭人自己在19世紀就廢止了這套體系，但它仍然在南非、斯威士蘭、印度、東帝汶、斯里蘭卡等國家流傳。

[判例三]

伊麗莎白港市拆遷案—法律應以仁慈與悲憫為念

以下系摘錄自我在伊麗莎白港市拆遷案中所做的判決。該判決指出，若未經進一步的談判調解就將身無分文的黑人自搭建在白人土地上的簡陋木屋中驅逐，那將是不正義、不公平的。

薩克斯大法官:

當無家可歸的人被迫四處尋覓供家人遮風避雨之棲所時，不只是窮人們的尊嚴受損而已。我們整個社會也會因為國家沒有設法幫助、反而惡化他們的不幸而蒙羞。赤貧者需要最基本的物資以過著勉強有尊嚴的生活，當他們的這種需求一再被拒絕，而國家的行為非但沒有幫助滿足他們的需求，反而將其拒之千里之外時，我們憲法所保障的基本權利就破產了。是以，我們需要一個特別的司法審查過程，以處理充滿壓力與沖突危險的社會爭議。

在《禁止非法強拆和不正當占有法》（Prevention of Illegal Eviction and Unlawful Occupation Act，簡稱“禁拆法”）的內容中，正義與公平兩個詞匯蘊含的標準并非只是一般土地法條文中的技術性規范。強調正義和公平是禁拆法的中心哲學和策略目標。法治與促進平等有時被視作不同且甚至是矛盾的目標，但禁拆法把它們當做是彼此相關、互補，且相互強化的。若沒有對每個個案的實質內容進行詳細分析，必要的和解就不可能達成。法院因此被要求在它的例行工作之外多做一點，在以公平為原則的前提下，對當前充滿矛盾的法律與社會爭端進行更積極的司法管理。這對法院應該如何處理這些議題有很大的影響，譬如說，法院要如何追查證據、采用何種程序、如何施展權力且要如何判決……

我國憲法和禁拆法要求法官在考慮合法性之外，也得判斷占有者的利益和處境，并以宏觀的視野將公平性與其他的憲法價值一并納入評估，如此才能獲致正義與公平的判決結果。所以，禁拆法明確要求法庭在法律的一般架構之外，須以仁慈與悲憫為念。這要求法院實行一種一貫的原則以平衡各方的利益，并推動憲法所憧憬的一個能夠敦親睦鄰、相互關懷的溫暖社會。我們的憲法和禁拆法都相信人并非孤島。“和解共生”的精神，不但是南非人民固有的傳統文化要素之一，也緊緊交織在我們憲法當中。它將個人權利與人權法案的中心思想融合在一起，而后者不外乎是我們的新社會對人性尊嚴、關懷，以及相互需要的結構性、制度化、可執行的宣言……[[1]](#_1_11)

過去我們國家在宏觀層面上所承受的不公不義，使得今天法院要在微觀層面上達到公平變得十分艱難。司法機關本身無法矯正所有我們社會上的系統性不平等。然而，面對無法享有公平資源的弱勢族群即將被迫驅離，司法機關至少可以設法減輕不公義、不平等的程度。正如同德國聯邦憲法法院第二宗墮胎案的少數意見書所指出的，有些因為不同價值觀而產生的問題是如此根深蒂固地內在于我們的社會，以至于無論是立法或是司法單位都無法用一個“正確”的答案來予以“解決”……

因此，在處理禁拆法所導致的兩難時，法院應當盡力善用其所能運用的證據與程序資源……

在尋求前述矛盾的解決之道時，正義與公平的程序及實體面向不能被拆開理解。法院的角色或許需要一點創新的思維。是以，一個兼具尊嚴和效率的達到不同利益之間的和解方式，乃是鼓勵并要求雙方以積極主動和誠實的方式與對方互動，以尋求大家都可以接受的解決方案。只要有一丁點的可能性，都應該先嘗試互相尊重的面對面溝通或經由第三方調解，而非直接采取零和游戲式的對立……

強制調解（compulsory mediation）是現代國家的普遍趨勢。然而必須注意的是，“強制”之意在于強制參與，而非強制以調解解決爭議。在南非，許多勞資糾紛案件在告上法院之前的調解或和解乃是必經程序。家事糾紛的調解狀況也類似如此，雖然其調解并非強制，但在判例之中越來越常見……

基于上述理由，想要國家執行強制驅離的人應該被勸說放棄一種觀念，即那些臉孔模糊、身份不明的非法居民應該被當做社會的毒瘤一樣被趕走。我國憲法不容許這種因循茍且的手段。正義與公平要求我們把每一個人都當做有尊嚴的個體來對待。同時，這些因貧困、無家可歸而被迫住在他人土地上的破屋里的人，也不應將自己視為無助的、沒有道德能動性的受害者。他們以堅忍刻苦的精神與創意巧思在斷垣殘壁中搭起房子，找到工作，讓孩子接受教育，凡此種種均足以證明他們的求生能力和適應能力。正義與公平也要求他們運用同樣的能力來克服他們的苦難，并以所有可能的方式來取得合宜的住所或土地……

# 第四章 理性與熱情

日后若有認真的研究者細心地整理我潦草記下的所有筆記，他們會發現上面可能殘存許多水滴留下來的痕跡。令我訝異的是，這些即興、隨意的揮灑反而是最受歡迎的珠玉之論。

雖然判決是我自己寫的，但我必須要說，和其他大法官一樣，我在判決中展現的思考都汲取自憲法這座智慧之泉。我在憲法法院的同僚以各種方式去克服、解決種族隔離所造成的屈辱與不義。這部憲法的核心精神是反種族主義。事實上，憲法條文就是締造于我們這個世代手中。它預設憲法法院的角色是積極能動的，愿意介入種族歧視、性別歧視和社會不平等的深層問題，尋找原則融貫和具有可行性的解決方案。而其條文也明白表示，希望我們應該力求置身于具有前瞻性的國際法學主流思潮當中，與之互相參照。

然而，盡管啟迪我們思想的是同一個源頭，同事們彼此也相處甚歡，但法官工作的本質卻是孤獨的。我判決的方式與風格一向與其他同事有所不同，這件事讓我更加覺得孤獨。幸運的是，在兩個意想不到之處我遇到了慰藉。第一個慰藉是我發現在一個社會和歷史環境與南非完全不同的國家中，有一個法官，極杰出的法官，也受到同樣的思考動力驅使。他就是曾經任職于美國聯邦最高法院的小威廉·布倫南（William Brennan, Jr.）大法官。

在美國講學時，我很喜歡讓聽眾猜猜我最常在判決中引用的兩位美國大法官是誰。答案是能夠以極其動人的方式闡述深奧、細膩法律理論的羅伯特·杰克遜（Robert Jackson）大法官，以及善于用個人獨特的口吻、有理有節地傳達進步主義司法愿景的布倫南大法官。一位聽眾告訴我他寫了一本布倫南大法官的傳記，并送我一本。其中有一篇是布倫南大法官為了向本杰明·卡多索大法官致敬而發表的演講，這段文字充分說明了我的法哲學。布倫南大法官開頭就指出，卡多索大法官提醒美國人民要注意司法判決過程中的人性面，亦即，判決一方面不只是將純粹理性運用到法律爭議之上，另一方面不可能讓法官完全按照自己的意志與熱情來判案。相反的，判決是理性與感性、意識與潛意識兩股力量融會之后的作用的產物，沒有一個法官能夠免于這種影響。布倫南大法官的理論是，這兩股力量的交會、理性與熱情的內在對話，非但不會有礙于司法程序，相反的，它正是司法程序的活力來源，尤其是在憲法解釋方面更是如此。對此我是由衷地同意。

布倫南大法官指出，在20世紀之初，對理性的關注是如此的強烈以至于我們的視野里容不下其他，而法律社群亦認為理性以外的觀點將會嚴重危及司法機關的正當性（legitimacy）和權威性（authority）。在他看來，更大的威脅其實是法律社群不了解理性以外的其他特質在司法程序中也扮演重要的角色。因為忽視了其他特質，司法部門錯失了許多能夠滋養豐潤理性，使其蓬勃昂揚的其他重要特質。布倫南大法官以“熱情”（passion）來含括這些特質，這個詞經過他深思熟慮而選用，因為這個詞涵義很廣，而且包含了許多看來像是與“理性”對立的觀點。所謂的“熱情”，根據他的看法，包括了對事實與觀點的情緒性與直覺性反應，也就是在我們的理性還沒開始推展三段論法（syllogisms）之前，就潛入我們意識之中的反應。他引用卡多索大法官的看法，法律也可以一針見血地讓人有直覺性的頓悟，也能讓人有豁然開朗的啟發。布倫南大法官延續他的觀點并指出，想象力的源頭與其說是邏輯，不如說是人類的生命經驗，那才是讓法律得以運行并有意義的場域。細心留意一個人的直覺與情緒，審慎觀察人類的生命經驗，是司法程序需要的，而不是該避免的。這是我們需要呵護的而非感到害怕的。

布倫南大法官的結論是法官身負重大的責任，而這個責任來自成文憲法的文本開放特性，以及透過不同方式來調和各種原則與熱情。而憲法解釋的工作，特別是在最高法院[[2]](#_2_9)這一層級，常是令人望之生畏的。不論一個人曾經多努力鉆研或思考憲法，憲法解釋的責任之重，往往也不是大法官能預期的。大法官經常掙扎于追求法律解釋的穩定性，這種掙扎是如此真實及持續，因為它涉及我們對于自己做出的解釋是否有信心可以成為未來的法律原則。然而，就算理想中的穩定性永遠無法到達，大法官仍然必須為之努力，因為唯有每個世代的大法官都能貢獻其經驗與智慧、其熱情與理智，法律才有進步的希望。再一次，我又由衷佩服布倫南大法官的觀點。

我獲得慰藉的第二個來源則完全是個驚奇。當我看到其他國家的法官引用我的判決時，我總是覺得新奇有趣。而且我注意到，他們引用的判決都是我在放下法律工作、心中想著別的事時，意識最深處突然蹦出來的靈感。以下我將舉一些例子來說明這些經驗。

針對死刑，我曾在一個判決里說了一段話。當殺人者被處決了，他或她反而獲得了畸形的道德勝利，因為國家執行的死刑會降低社會大眾對蓄意殺人的厭惡感。在一本寫給英國和各國讀者的死刑研究專書里，安德魯·盧瑟福（Andrew Rutherford）教授在前言引述了這句話。而我也記得當初是怎么寫下這句話的。我們南非憲法法院的第一個案件就是關于死刑的合憲性，這個案子引起了各方激烈的討論和余波蕩漾的情緒反應。而為了讓我的思慮和情緒能有片刻休息，我偶爾會讓自己享受泡熱水澡。也就是在一個這樣讓人昏昏欲睡的時刻，突然天外飛來一筆，讓我想起了日后被魯斯佛教授引用的這句話。在我所有的判決中，這句話是最沒有經過理性推敲、最未經深思熟慮的，但卻也是流傳最廣的。

不久之后，英國上議院司法委員會（Judicial Committee）[[3]](#_3_7)的約翰·斯泰恩爵士（Johan Steyn）寄給我一份他所撰寫的判決書片段，該判決處理一個很技術性的問題，關于某法條中舉證責任倒置對于無罪推定原則（presumption of innocence）的影響。“舉證責任倒置”要求在特定狀況下，舉證責任轉換到被告身上，因此被告需要提出其他事實來證明自己是無罪或不具有可歸責性。這種法律原則的運用結果，是否違反了無罪推定原則？斯泰恩爵士引述的話大意是，刑事案件中的無罪推定原則在本質上有個矛盾：越是重大的犯罪，越是眾人皆曰可殺，越須堅守被告的無罪推定。這又是一個當我懶洋洋地泡在浴缸里時的突發奇想，一樣一開始讓人吃驚，但其實卻是再合情理不過。

我猜，日后若有認真的研究者細心地整理我潦草記下的所有筆記，他們會發現上面可能殘存許多水滴留下來的痕跡。令我訝異的是，這些即興、隨意的揮灑反而是最受歡迎的珠玉之論。當然，它們并非真的憑空而來。在這些想法從石頭里蹦出來之前，要經歷幾周甚至幾個月嚴謹、理性的探索，要閱讀幾百頁的法律報告、教科書、論文，以及與同事的論辯激蕩，如此我的腦中才會先有各種點子的雛形。然而，也唯有當我接近我的佛教徒朋友稱之為“入定”的狀態，這些論述才會仿佛無中生有般浮現在我的腦海中。第二章中所討論的四種邏輯，即發現、證立、說服，與增色潤飾，竟在剎那間一氣呵成。

在一樁事關囚犯之投票權的案件中，我也有著類似的經歷。當時我正困惑著為什么我對這個議題有特別強烈的感覺，結果正當我放空思緒的時候，突然就頓悟了一個道理。我倏地跳出澡盆匆匆寫下，不只是因為投票是每個民主國家的公民都應享有的民主權利，更因為這個得來不易的權利涉及每個人最根本的尊嚴，因為投票權把這個社會里面最高不可攀和最謙卑低下的人都聯結在一起，而且如實地傳達“人人一票、票票等值”的訊息。這個道理其實早已在我腦海中形成，只是在那個瞬間從各種雜亂又矛盾的念頭中脫穎而出，并將它們全部調和融會。此外，這個概念與它的表達與修辭方式也是同時誕生、不可分割的。后來，這段話被加拿大最高法院在一個類似案件中引用。這個概念的創造過程并沒有用到笛卡兒式的抽象演繹。但它卻漂洋過海，被一個我向來景仰的法院引用。

我必須強調，南非憲法法院的其他大法官的判決也曾被國外法院引用，但我從未和他們討論過他們是在什么樣的環境中獲得這些想法。我猜，如果被認真追問，每個人都會回想起靈感就在他們心不在焉的時刻不請自來，例如在蒔花弄草時、在跑步時、在洗衣服時、在爬山時，甚或是在一趟無聊的旅程中握著方向盤時。我明確記得某位同僚說，有次他在判決當天早上淋浴時，想到了一個令所有人折服的論證。

據說阿基米德在他泡澡時有所謂的“我發現了！”時刻，但我懷疑把自己浸在熱水中和提升創造力之間有任何的關聯。不過，我現在的確變得更愛泡澡了，也不認為本院的判決因此蒙受任何損害。不過，巧妙的是，我最初三次被外國法院引述的判決，都是在我最沒有嚴肅思考法律問題時所想到的。

對此我有兩個結論。第一個是顯而易見的，這么說吧，當裁判的論證都已經充分形成時，熱情的生命經驗必然會逐漸擴散，并影響不帶一絲情緒的理性思維。另一個結論比較不明確，即生命經驗對法律思維的影響不是線性、可預測的。因此，成長于一個強力反對宗教的家庭環境中的我，理論上應該對要在公共領域中保護宗教情懷的呼吁比較無法感同身受。然而，我小時候沒有信仰卻就讀于一所宗教學校，這個經歷大大地讓我對宗教良心保持著同情的立場。這種傾向呈現在我另外一個在澡盆中想出來的判決里，而且還被英國上議院引用。該案強調國家應在合理的范圍之內，讓宗教信徒免受一般性法律的規范。

[[1]](#_1_10) 原注：伊馮·莫哥羅（Yvonne Mokgoro）大法官在一個憲法法院解釋死刑違反人權法案的案子中，如是解釋“和解共生”：

  “和解共生”通常被闡釋為“人道主義”（humaneness）。其最深層的意涵應該可以被翻譯為人性（personhood）與道德（morality）。用象征性的方法來說，就是umuntu ngumunt ngabantu，意指在族群的生存與繁衍問題上，群體的團結至關重要。它包含的概念有團結、慈悲、尊嚴、服從基本規范與集體合作，但其核心還是人性與道德。其精神強調尊重人性尊嚴，用和解取代對抗。在南非人建立民主的道路上，“和解共生”的觀念特別引起共鳴。這是我們繽紛絢爛的文化傳統的一部分，而它在過去和未來都可能在不同的社會形式下呈現不同的樣貌。在西方文化傳統下，尊重生命的觀念體現在“人性”（humanity）和荷蘭文“人的尊嚴”（menswaardigheid）這樣意味深長的概念之中，而且被人人尊奉為圭臬。這些價值正是我們的憲法要推動的。它們能為一個自由平等的社會的原則賦予意義與肌理。

[[2]](#_2_8) 美國聯邦最高法院（The Supreme Court of the United States）不僅是普通法院的上訴審，也是合憲性控制的最高層級法院，就此部分而言，與德國或南非的憲法法院相同。但由于美國采取分散型的憲法解釋模式，因此各級法院也都可以針對系爭法律是否合憲表達見解，和集中型的憲法法院模式不同。

[[3]](#_3_6) 在2005年《憲制改革方案》生效前，上議院的司法委員會亦即英聯邦司法體系的終審法院。依據普通法傳統，該委員會成員對于英國不成文憲法的闡釋與案例適用，具有最終的拘束力。

[判例一]

刑事訴訟的核心矛盾—無罪推定原則

英國上議院司法委員會斯泰恩爵士關于2001年藍博特案[[1]](#_1_13)的演講摘要。

斯泰恩爵士：

在2001年的麥金托什案[[2]](#_2_11)中，賓厄姆首席大法官[[3]](#_3_9)參考南非憲法法院薩克斯大法官在1997年柯慈案[[4]](#_4_5)的判決。薩克斯大法官對于無罪推定的說明可說是入木三分，因此值得在此全文引述（原判決第677頁第220段）：

在無罪推定原則的核心里有個矛盾：越是重大的犯罪，越是眾人皆曰可殺，憲法對于被告所提供的保障就越顯重要。若以涉及基本權利的比例平衡當做出發點的話，確保清白無辜的人不會蒙受任何的罪名、羞辱、刑罰的公眾利益，遠比確保罪犯必須被繩之以法的公眾利益更為重要……因此，無罪推定原則不只是為了保護個案中的人，也是為了確保社會大眾對司法長遠的公正性與安全性的信心。因此，特別指出某類犯罪的普遍或嚴重都不應該破壞這樣的優先級。前人在思考無罪推定原則時，本來就已經考慮過重大惡行的可能性了，因此不應該因為某罪行特別令人發指就改變了預設的原則。若非如此，謀殺、強暴、劫車、侵入民宅、毒品走私、貪污等各式各樣犯罪，都可以被說成是潛藏在所有角落而且危害甚巨，就都可以免受無罪推定的束縛了，或許，它殘留的一點價值就變成替那些最無關痛癢的罪行盡力辯護。

[[1]](#_1_12) R v Lambert [2001] UKH37.

[[2]](#_2_10) H M Advocate v McIntosh, P.C. (5/2/2001).

[[3]](#_3_8) 湯姆·賓厄姆勛爵（Lord Bingham of Cornhill），曾任英國上訴法院民事庭首席大法官（Master of the Rolls）、高等法院刑事庭首席大法官（Lord Chief Justice）、上議院首席大法官（Senior Law Lord），是英國地位最崇高的司法人員。著有《法治》（Rule of Law）一書。已于2010年去世。

[[4]](#_4_4) State v Coetzee [1997] 2 LRC 593.

[判例二]

投票權的意義—尊嚴與平等的象征

一般人該如何看待囚犯爭取在大選中能投票這件事：他們自作自受？或是他們的基本權利被剝奪了呢？以下是我在擔任憲法法院法官時寫的一段判決，該判決認為囚犯不能因為一紙行政命令就被剝奪投票權，唯有符合憲法誡命、經國會通過的法律才能剝奪囚犯的投票權。請參考1999年的奧古斯都案。[[1]](#_1_15)

薩克斯大法官：

成年人的投票權是我們憲法秩序中的基本價值。這項權利的取得具有非凡的歷史意義，一則是因為它表示所有南非人，不分種族，都取得了完整、有效的公民權，一則是因為它意味著我們國家開始平等接納所有的人。人人有選舉權不只對國家重要、對民主重要，每個公民的選舉權就像是象征著個人尊嚴和人格的勛章。它表示所有人都是平等的，正如每個人的那一票都是等值的。在一個財富和權力差異如此大的國家，人人有選舉權無異宣告了不論貧富、貴賤，我們都是民主南非的一員，且我們的命運都與這個國家休戚與共。基本權利的限制必須要有正當理由，而與投票權有關的法律應該被解釋有利于選舉權的行使，而非相反。

[[1]](#_1_14) August v Electoral Commission and Others (1999).

[判例三]

宗教豁免于一般性法律—當信仰與法律相互抵觸

民主國家應該在多大的范圍內容許宗教團體的成員可以不遵守一般性法律？以下是英國上議院司法委員會的沃克法官（Robert Walker）在2005年的教育及勞動部案[[1]](#_1_17)中的意見。

沃克法官：

請容我引用南非憲法法院最近的南非基督徒教育案[[2]](#_2_13)。該案和本案牽涉的議題相同，但脈絡卻不盡相同。不同的脈絡是因為南非憲法條文規定、獨特的歷史和社會背景所造成的，該國憲法法院格外重視后者。即便如此，我發現薩克斯大法官主筆的判決對本案非常有參考價值，特別是第68頁至第70頁（亦即第33段至第35段）的綜合討論。薩克斯大法官在第35段提到：

任何一個以人性尊嚴、平等和自由為本的開放民主社會都必須審慎正視良心與宗教自由的問題。而這個問題最根本的困難是，民主體制要給予宗教團體多大的空間去決定哪些法律是他們會遵守的，哪些又是他們不會遵守的。一個社會唯有所有的成員都同意某些基本規范與標準是有約束力的，才能凝聚在一起。因此，宗教信仰者不能以信仰為理由，主張擁有自動免受這片土地上的法律管制的權利。然而，與此同時，國家應該在合理范圍內，盡力避免逼迫信仰者必須在忠于信仰與恪守國家法律之間做痛苦且沉重的抉擇。

[[1]](#_1_16) R v Secretary of State for Education and Employment and others ex parte Williamson and others [2005] UKHL 15.

[[2]](#_2_12) Christian Education South Africa v Minister of Education (2000) 9 BHRC 53.

# 第五章 法律與幽默

幽默是民主社會里的偉大潤滑劑。它用一種非暴力的方式呈現這個社會上的曖昧與矛盾，讓社會上諸多的不滿以自發的、富有創意的方式抒發出來。最終，幽默可說是讓憲政健全發展的靈丹妙藥。

一切是如此的平靜和死寂，全然的無聲無息，連一點動靜都沒有。如果我死了，我不會知道。如果我還活著，我也不會知道。我對什么都沒有感覺，對我自己沒有感覺，對我的周遭沒有感覺，對任何人、任何事都沒有感覺。

“奧比……”，黑暗中突然有了聲音，不是旁人提到我的名字，而是正對著我講話，用那柔和而平靜的聲調喚著我的名。“……奧比，我是伊沃·加里多（Ivo Garrido）……”他的語調充滿了同情和溫柔，我認識艾佛，他是位杰出的年輕外科醫師，更是我的好友。“……你現在在馬普托中央醫院……你手臂的狀況令人同情。”他用了個優雅的葡萄牙詞匯來形容我的手臂，相對于英國文化，莫桑比克文化真是細膩啊！出院后我一定要跟他討教是哪個字。“……我們要開刀，答應我，你會堅強地走下去。”

一種全然的欣慰、安詳與喜悅包覆著我，我在前莫桑比克解放陣線（Frelimo）[[1]](#_1_19)手上，我在莫桑比克政府手上，我安全了。

“發生了什么事？”我對著黑暗發問，我的神智被艾佛的聲音喚醒了，我又能與人交流對話了，我又是一個活生生的人。

在我耳邊有個我想是女性的聲音回答我，“……汽車炸彈……”聽到這我怔了一下，我內心笑了，向無垠無際的虛空笑了一下。

當我再次有感覺時，人已經在別的地方了。我躺在沙發上，身上有條涼爽干凈的毯子，我可以感覺到我的身體，我能動能思考，甚至能開自己玩笑。每個東西仿佛都光明而美好，而我對這一切都感到快樂與好奇。這是重新了解和探索自己的好時機。我怎么了？我還剩下什么？又傷了什么？我當時的感覺很棒，思路很清晰，而不只是模糊的感覺。但也許內在正在崩解……

讓我來檢查看看……我突然想到一個笑話，一個從以前就知道的笑話，從我們猶太人還在用笑話來抵抗壓迫和羞辱的時代以來，從我還是年輕學生時，我的登山朋友每周都講一個笑話給我聽的時代以來，就知道的笑話。當我告訴自己一個笑話時，我對自己微微笑了，我覺得很高興自己還活著，因為我能夠告訴自己一個關于希米·柯恩（Himie Cohen）跌下公交車的笑話，當他爬起來的時候，他似乎在身上畫了一個很大的十字架記號。

一個朋友看呆了。“希米，”他說，“我不知道你是天主教徒。”“你說什么天主教徒？”希米回他。“就是你剛剛做的檢查眼鏡、睪丸、錢包、手表的動作啊。”[[2]](#_2_15)我的左手能動，能做出我想做的動作。嗯，既然是用左手，我決定把順序調整一下，相信希米在這種情況下不會有意見的。“睪丸”，我的手往下摸，毯子下的我光溜溜的，所以很容易就能摸到我的身體，我的陽具還在！我的老雞雞啊！（當時我獨自一人，這么說應該無傷大雅吧。）這家伙曾經帶給我許多的歡樂與哀愁，我相信往后它也會繼續帶給我許多歡樂或悲傷。接著檢查蛋蛋，一、二，兩顆都在！既然在醫院中，也許我該稱它們為睪丸以示尊重。我彎曲手肘，人又有了欲望是多么的美好，其次就是能做我想做的事情。我把手移到胸口，能自由移動身體真棒啊，人體真是美妙的藝術品啊！“錢包”，我的心臟還在，肋骨一根不少，血液還在流動，人體的中心，所有你視為理所當然的部分都在，我好好的，我會繼續活下去，堅強地活下去。“眼鏡”，我把手指頭放在額頭上，沒有傷口、沒有碎裂，而且我知道我現在神智清醒，黑暗漸漸褪去，不像之前那么漆黑了。“手表”，我的手從肩膀、上臂一路摸下去，突然摸不到東西了……所以我失去了一只手。艾佛并沒有告訴我是哪只手，也沒說可能會截肢，也許在他的言談中有暗示，但我沒聽出來吧？既然剛剛我都用左手在檢查，所以我失去的應該是右手。結論就是我失去了一只手，就這樣。我失去了一只手，就這樣。他們試圖謀殺我、將我炸得粉碎，但我只失去了一只手。“眼鏡、睪丸、錢包、手表”檢查完成，我自嘲，故我在。

這是個笑聲洋溢的時刻，所有的聽眾都發出了如雷的開懷笑聲。我會一直說這故事，而且雅各布·祖馬[[3]](#_3_11)，他在我出院后代表非洲人國民大會的領導階層來探視我，他更是從奚落我的過程中獲得許多樂趣，不時爆出笑聲，用這種富有抑揚頓挫的呼應來平衡我的講述；在此起彼落的笑聲中調整我的講述方式，并從中也得到喜樂。

我慢慢地跟祖馬講醫院這段經歷，聽到艾佛·賈瑞多醫師的聲音和他用委婉而禮貌的措辭來描述我手臂的狀況（大笑），講到他跟我說要開刀，還要我堅強地走下去那段（含蓄的笑聲），以及我慶幸為莫桑比克解放組織拯救的心聲（這個笑聲來自感激，感激長期以來有這么好的同志，以及用感恩與不吹噓的方式來講這個故事）。

講到故事結尾時，我倆正一起用午餐。“你說什么天主教徒？……還有什么眼鏡、睪丸、錢包、手表？”祖馬聽到這邊笑得不可遏止，他的嘴巴大開，笑到全身前后顫抖，他的眼神充滿了同情的笑意。我被這情境感動了，被我們之間真摯的互動感動了。這就是非洲人國民大會，我們加入這個組織后并不會抹去個人特質和文化，而是把每個成員的特質和文化帶到這個組織里面，互相分享。祖馬的非洲性、他重視對話和幽默的祖魯特質，和我的猶太笑話融為一體，滋潤它，并延長和加強了這笑話帶來的歡樂。我們很親近，但我們不必成為對方、不必改變個人品位、不必改變想法和做事的方式，相反的，我們將彼此的文化差異融入到整體的文化脈絡中。這就是我們將來要重建南非的方式，不是像壓路機一樣把不同文化碾平，而是把不同文化都找出來，將它們視為同一棵大樹的不同樹根，也許有些根比較強壯，但大小樹根都是這棵樹力量和美麗的源頭。

法庭上的笑聲

法庭上的笑聲是一回事，但法官們如何看待笑聲又是另一回事了。有時候，法官最冷的笑話都能讓律師與旁聽觀眾行禮如儀地大笑。我相信這不只是出于對法官的諂媚，反而更像是弗洛伊德關于小聰明和潛意識的一個小實驗的結論：是焦慮引發了笑聲。每當圖圖大主教說起上帝是有幽默感的，結果總是得到聽眾咯咯的笑聲以為回報，這又是因為釋放焦慮而引發笑聲的例證。然而，如果上帝有幽默感，那法律有幽默感嗎？法律和公共生活中的焦慮可以借由笑聲化解嗎？這就是我在“笑笑就好”案中所處理的問題。

[[1]](#_1_18) 成立于1962年的莫桑比克獨立運動組織，信奉共產主義。莫桑比克獨立之后成為執政黨，但旋即因為其一黨專政遭到反對而引發內戰。其反對者之中包括了南非的少數白人政府。

[[2]](#_2_14) 當希米·柯恩用手做身體檢查的時候，手依序撫摩眼鏡、睪丸、錢包、手表的動作仿佛是在身體上畫了一個十字架，因此讓人誤會他是天主教徒。

[[3]](#_3_10) 雅各布·祖馬（Jacob Zuma），現任南非總統，同時也是非洲人國民大會主席。

[判例]

“笑笑就好”案—言論自由的寒蟬效應

在本案中，憲法法院判決不禁止某T恤廠商對某公司商標的諷刺性改編使用，因為其對商標所有人財產權的侵害遠不及保護言論自由的重要性。在協同意見書中，我特別針對歡笑在民主社會中的作用提出意見。節錄如下︰

薩克斯大法官：

法律之中有幽默感嗎？這個難題每每在商標權保護的案子中出現，在其對立的兩造之中，一方是需被言論自由原則保護的諷刺性作品，一方是同樣強而有力的財產權原則。然而，參考世界各國的判決經驗之后我們會發現，各國法院不但沒有樹立一個明確的方針，我們反而能從千變萬化的判決當中看見法律的幽默。

在本案中，一位新聞學研究生與幾家大企業杠上了，他將自己的公司稱為“笑笑就好”，他毫不掩飾地將大企業商標或文字戲謔改造，然后印在T恤上出售。受害者之一，“南非釀酒公司”（South African Breweries）發現其知名商標被改編后印在T恤上并公開販賣。“黑標”（Black Label）和“卡爾林啤酒”（Carling Beer）商標分別被改為“黑勞工”（Black Labour）和“白人罪惡”（White Guilt），而說明性的副標“美國最生猛有力的啤酒”和“南非釀造”則被改寫為“非洲自1652年以來最生猛有力的剝削”和“全球無人喜愛”。可想而知，“南非釀酒公司”是笑不出來的。該公司前往開普敦高等法院聲請禁止該T恤的流通販賣，并獲得勝利。

“笑笑就好”公司不服判決而決定上訴，但南非最高上訴法院法官同樣不覺得這是一種幽默的表現。判決認為將種族剝削的形象加諸“南非釀酒公司”受保護的商標對該公司有害，更何況這么做的目的是販賣T恤以獲取金錢利益。最高上訴法院判決維持對該T恤的禁令。這個判決的效果非常矛盾，一方面“笑笑就好”的品牌一下子打開了國內外的知名度，另一方面它也面臨破產危機。隨后，這個案子上訴到了憲法法院。

這個案子的核心問題在于“笑笑就好”故意且明確地使用“南非釀酒公司”的商標，且還別有用心。它使用對手的品牌來挑戰“品牌”這回事，借此凸顯不只在南非，在世界各地都以商標法打壓言論自由。這是一步精心設計的險棋，而該公司的宗旨就在于顛覆與挑釁。另一方面，一個諷刺作品如果沒有尖酸挖苦的效果，那就失去意義了。我們要解決的，不是這個諷刺作品是否觸怒我們，或“笑笑就好”的行為是否勇敢、莽撞，或是好笑或愚蠢。我們要衡量的是“笑笑就好”的行為是否合法、合憲。我的答案是極度肯定的，理由如下。

諷刺作品自然是有矛盾性的。好的諷刺作品既是原創的，也是寄生的，既是新創造物，也是衍生物。而商標和諷刺作品的關系便是，如果諷刺作品和其寄生的商標沒有高度相似性，一般大眾就認不出那商標，也就無法理解作者的幽默。相對的，若是諷刺作品和原商標太過相似，不論其有多幽默，都會因為太少原創性而被視為侵害知識產權。

諷刺作品的確是挪用與模仿，但也包含匠心獨具的移花接木。最重要的是，諷刺作品其實默認了模仿對象的權威性與實際效果。諷刺作品保留原作的意象，并依賴觀賞者的能力來辨別其相似性并解讀或“破譯”其中的暗示。換句話說，觀賞者和作品的創造者進行了多種的交流，以呈現該諷刺作品。與以欺騙為目的的剽竊者不同的是，諷刺者依賴觀賞者辨認出原作品的能力。另一方面，觀賞者的機智與鑒賞力也是該諷刺作品成功的關鍵。

在這個充斥著消費主義和物質主義的社會，商標已經變成吸引消費者注意的重要營銷工具。企業和生產者無不投注大筆經費來設計、廣告，并保護其商標之獨特性。在這樣的運作過程中，知名商標自然成了諷刺作品嘲弄的目標。諷刺者各自為了不同動機而創作，也許是娛樂大眾，也許是為改造社會而發聲，也可能是因為有利可圖。魯茲（Rutz）曾說：

諷刺作品的笑點并非來自原作或原作者，而是其巧妙的移花接木之功。社會大眾可能在發現諷刺的對象之后而莞爾一笑；另一方面，觀眾也可能覺得生氣或驚訝，端視該作品的脈絡而定……

所以，一個公正、審慎的觀察家在看待這個案子的時候，會先仔細縱覽全局，并以憲法尊崇的言論自由價值為經，以商標法提供的財產權保障為緯，然后問一個最關鍵的問題：諷刺作品對商標所有人造成的財產損失，是否大于我們需要保護的言論自由價值？法官在權衡輕重時需要有所依據，并且輔之以每個法官都應該有的對人情世故的理解。此外，雖然諷刺作品將在法庭上被嚴格審視，其所涵蓋的內容（不論是視覺、言語還是兩者兼具）則須在具體社會情境中，對其重要性和（可能）對觀眾造成的影響作評估……

“笑笑就好”的唯一員工賈斯汀·納斯（Justin Nurse）表示那只是間小公司，僅憑捉襟見肘的預算來營運。其運作方式便是制作數量有限的T恤、架設網站，并在促銷T恤時辦些娛樂活動。

“笑笑就好”對于它對該商標的嘲諷戲弄做出如下解釋。品牌無所不在，它滲透進我們所有的公私生活領域中。在當代文化空間里，品牌將自己包裝成某種生活風格、自我形象定位、個性品位的代言人。品牌通常和產品本身關聯性不大，所以盡管全世界的“黑標”啤酒喝起來味道都不同，但全叫“黑標”。在南非，這個品牌和啤酒的實際口味、質量也沒有關系。該品牌廣告將喝啤酒、特別是喝“黑標”啤酒視為男子氣概、運動場上的勇猛表現甚至是性能力的象征，例子如下：

“卡爾林黑標”被定位為全球“男性”喜愛的飲品。這清楚地將飲用“黑標”啤酒和男子氣概做聯結；

“卡爾林黑標”是“最生猛有力”的啤酒；

“卡爾林黑標”飲用者具有或即將具有“大家伙”；

“卡爾林黑標”飲用者下班后更有活力。

“笑笑就好”堅信“黑標”啤酒塑造出一種男性形象，如果你想成為這樣的男性，就要用辛苦賺來的錢買些“黑標”啤酒。至于廣告主打的美國印象，以及所有有關美國的林林總總（例如，黑人小區年輕人被美國大城市里黑人區風行的嘻哈音樂所吸引）則全然近乎訴諸荒謬的“偶像崇拜”。“笑笑就好”在訴狀中申論如下：

我們生活在一個商業和文化彼此交錯、混為一談的社會。這成了今日爭議之肇端，企業努力讓他們的品牌躋身為南非文化的標志，一旦達成此目標，他們就躲在一套游戲規則（商標法和著作權法）的保護傘之下，但這些法律都不是為了壓制文化表現而制定的。不夸張地說，品牌深深地影響我們的行為與選擇……品牌是強大的、無孔不入的、潛移默化的。正是品牌這種不容挑戰、不受質疑的本質，令人無法接受……

因此，當愛惜羽毛的品牌遇到將其以諷刺方式印制的T恤，企業的反應就像是14世紀的修道院修士看到十字架被摔個粉碎一般。事實上，“笑笑就好”確實指出，數百年來都嚴厲反對任何挑戰與批評的教會，以及今日大企業小心翼翼地保護他們的品牌不容褻瀆，兩者之間實在大同小異。

“笑笑就好”在結辯中表示，在這個媒體無所不在的環境中，它運用的語言也是熟悉媒體文化的觀眾。這個主張頗為有力，因為我們這個時代的語言就是品牌。要在一個媒體肆虐的環境里激發社會大眾熱烈的討論，就得運用這個環境里的語言……

本案中的證據指出，不論是制造者或消費者，每個相關人士都了解這件T恤就是刻意對該品牌做文章，來引發笑點，表達對品牌支配生活的不滿。引發販賣者和購買者共鳴的是顛覆性的笑點，和啤酒毫無關系。此產品的核心就是使用（別人的）商標。此案中的諷刺作品并非被用來不當地“獲得注意或逃避創造新產品所需的辛苦付出”。

因此，本案的比例原則檢驗并不困難。要論傷害性，其實“卡爾林黑標啤酒”的營銷能力并沒有受損。這是一個顯示傳播效果遠比交易更重要的案例。交易是傳播的附帶產品。企業創造品牌的目的乃是在讓所有人獲得明確訊息，T恤的販賣只是為了傳播的持續進行。我們不能說這是一個用言論自由來偽裝商業競爭的案子。若我們說這個訊息可以用其他方式來表達，那便是混淆了諷刺作品的本質，畢竟訊息就藏在巧妙地將商標移花接木之中。原創者要質疑、挑戰的是品牌整體的作用與意義，只是利用特定的品牌借題發揮，而不是針對特定的品牌。該強調的是，關鍵問題不是該諷刺作品是否傷害了該啤酒品牌。因為該作品真正的用意是對我們社會的現狀嘗試采取犀利的批判。在此思維下，天平明顯地倒向“笑笑就好”一方。一位美國法官說得很好，本案中的諷刺作品其實是一種幽默，而非剝削或欺詐。所以法院不應該禁止T恤的販賣。

我將從憲法的角度補充兩點以使我的結論更完整。

第一點是關于寒蟬效應，即過度使用商標法將阻礙新觀念的流通。由此觀之，我們必須了解到一個商標權的訴訟對擁有商標的企業和以該商標搞惡作劇的人都是同等危險（例如本案的訴訟雙方）。原告尋求法院禁止對其商標濫用將面臨一場漫長的訴訟，他們所有的指控都可能回到他們自己身上，而對手卻不會因此有何損失。此外，任何企圖限制言論自由的企業都將會發現媒體支持他們的對手。事實上，訴諸法律這個沉重的武器的企業，很可能會讓他們的產品努力標榜的自由、活潑、輕松愉悅形象付諸流水。因此，在本案中“卡爾林黑標”啤酒提起訴訟所承擔的風險遠比“笑笑就好”販賣兩百件T恤的風險大，前者主打的歡快形象可能因此受損。打官司的原則就是，要提防任何人隨時都可能采取法律行動。

從更重要的憲法觀點來看，即使是威脅提出訴訟也可能引發是否有正當性的辯論。大企業掌握較多的財富與媒體及政府資源。就像是政客和政治人物，他們的商標能見度高，也容易辨識，反映了一定的社會規范與價值。知名品牌企業對大眾和政治議題有實質影響力，而這也使得企業和其品牌容易招致諷刺和批評。

然而，商標法里面的“淡化”主張，包括丑化或玷污（tarnishment）理論，當運用到非商業競爭者的諷刺藝術家身上時，就可能是以誹謗罪之名對藝術家造成威脅。如此一來，法律淪為被濫用的嚇阻工具。這將造成大眾的恐懼。因為每當有人想要發表意見的時候，他們就會擔心商標法的鉗制性，最后為了避免卷入訴訟而身敗名裂，不得不進行不必要的自我審查。

從這里又延伸出我對憲法之意義的第二點考慮。憲法不能規定郁郁寡歡者必須快樂起來。然而，憲法可以防止凝重肅穆之氛圍扼殺社會上歡快愉悅的情緒。事實上，若是我們的社會因為國家權力操之在一群老成持重的人手中而徹底變得嚴肅、古板，不只所有貌似不恭的笑聲將被壓抑，自我節制的精神最終將使得喝啤酒本身都可能被禁止。而且，我看不出為何拿政府開玩笑可以被視為言論自由，而拿“大企業”開玩笑卻不是言論自由？

笑聲不是無中生有的，必然有其情境。笑點可能是戲謔的、促狹的，有力者對弱勢者施加羞辱。在另一方面，笑聲可以具有安慰的效果，甚至也可以為邊緣化的社會批判所用，進而凸顯顛覆意義。在本案中，笑點便是該T恤挑戰了經濟強權，抵抗意識形態霸權，并增進了人性尊嚴。我們的身份不是作為品位或幽默的評審或裁判，我們也不被要求判決“笑笑就好”的諷刺作品有多成功。不論我們個人對該T恤的觀感如何，我們的工作是用法律來保障像“笑笑就好”這樣制造批判性幽默的當事人。不論幽默的形式是變裝秀中的模仿、報紙上的諷刺漫畫，或是T恤上的諷刺作品，這樣的保護都是必要的。喜劇演員獲得薪水，或是報紙、T恤贏得銷量，這樣的結果并不意味著它要表達的意涵可被視為單純的商品。這也不影響在談話節目上表達不同意見和T恤上的改作商標都是言論自由保護的范疇。“笑笑就好”選擇以諷刺作品作為針砭時弊的工具，并邀請年輕的伙伴加入這個以笑聲為武器的團體。

一個太過正經的社會得承受壓力緊繃的副作用，并將所有正統之外的事物都視為其威脅。幽默是民主社會能接受的偉大潤滑劑。它用一種非暴力的方式呈現這個社會上的曖昧與矛盾。它促進多元性，讓社會上諸多的不滿以自發的、富有創意的方式抒發出來。最終，幽默可說是讓憲政健全發展的靈丹妙藥。

# 第六章 理性與判決

法律社群不能被視為一個僵化、不知變通的群體，它不是由一群食古不化的人組成。它的規范和標準需時時接受檢驗，并與時俱進。不論你喜不喜歡，司法人員總是在這個過程中占據關鍵地位，有時候跟著前進，有時為之加油門，有時為之踩剎車。

當我被單獨監禁的時候，我常想，為什么做一個勇敢的人如此困難？而如今身為法官，我常感到困惑的則是，為什么理論符合邏輯如此困難？是的，我曾一度以為，判決（judgment）很容易寫：只要把法律原則套用到事實上，答案就出來了，像摩西以手杖敲擊巖石，活水就自動流出來一樣。然而事實上，撰寫每則判決都耗費我大量的心力，不斷地更改論證，總以為就要大功告成，但心里又老是覺得還不夠確定。不論是生活經驗或是訴諸權威性的法條都無法提供明確的答案。我的秘書曾對我說，我曾想要修改我的第二十六版的草稿，她和我的法官助理甚至想過要把最新版本藏起來，以免我看到又想再改一次。

但如果法律只是把簡單的邏輯運用到具體的情境，我在這么多版本的論證草稿中總該有個是正確的吧？我常好奇，彷徨踟躕真的是司法工作不可缺少的一部分嗎？在某次和多倫多大學法學院的政治哲學教授珍妮弗·納達斯凱（Jennifer Nedelsky）聚餐時，我得到了一些答案。她曾受教于漢娜·阿倫特（Hannah Arendt），而阿倫特試圖針對康德的著作進行符合20世紀的詮釋。我們當天討論的便是理性和判斷（judgment）的差異。我記得當天她對阿倫特就康德思想的詮釋，簡述如下：理性具有強制性，必須服從，而判斷則涉及衡量（evaluation）。純粹的理性像這樣：若A大于B，且B大于C，則A大于C。在另一方面，判斷則需權衡輕重。為了說明什么是判斷，她舉了一個例子。“我喜歡那幅畫”并沒有涉及任何判斷，而是在陳述一件純粹主觀認定、沒什么好爭執的事實。“那是一幅漂亮的畫”則在表達一個判斷，是判決，因為它可以用公認的美的標準來衡量。重點是，當我們說一幅畫漂亮的同時，預設了有一套評價“美”的特定標準。它由藝術社群的成員所共享，并根據這套標準來討論美是什么。

法律上的判決與此有相似點，例如當我說一個結果是正義或不正義的同時，也就是再一次的確認，根據法律社群（legal community）所接受的種種原則、規則、標準[[1]](#_1_21)，這樣的結果是正義或不正義。如果只是我個人發自內心深處堅決地相信它是正義或不正義，是不夠的。判決的作成是一項公共行為，將對公眾造成影響。判決不能像書評那樣單靠個人喜好來作成，但也不純然是像解數學方程式那樣的邏輯推理。判決是衡量評價的產物，是以公認的標準來對各項因素做權衡輕重。身為法官，我必須讓閱讀判決的人相信我作成的結果是符合正義的。所以我必須援引原則、規則、標準，訴諸法律推理方法和分析方法，而且這些都必須被我所對話的社群共同接受。每位社群成員都有主觀的偏好，也會做出主觀的價值衡量。但我們之間的討論對話必須有客觀的基礎。這種討論必須建立在我們之間對于支配司法過程的規則和價值所形成的共同理解。

純粹的理性推理永遠都是法律論述的一個元素，但也只是許多元素的其中之一。如果正義可以像一臺“法律自動販賣機”般自動產生，那我們只需輸入特定數據，建立法律規則的適用順序，然后這臺機器就會根據內在的邏輯自動完成所有后續工作。果真如此，訴訟費用可以省下來，判決的準確性不會有問題，每宗訴訟都保證會有公平結果。如此一來，沒有人會再要上訴，而我也就失業了。

然而，“判斷”這個人類心智活動最重要的就是預設了沒有絕對必然的結果。判斷是不同元素間權衡交融，依循特定的公認判準去形成決策結果。在珍妮弗的印象中，阿倫特對康德思想的理解是，判斷無法以純粹理性強迫讀者接受。相反的是，它必須以其論證的說服力來爭取讀者的接納。反過來說，法律社群也就在大家共同參與到法律理解與適用的過程中，逐步形成；因此我們必須爭取法律社群對于判決的接納。在彼此攜手研究法律的原理、程序與價值的過程中，法律人建立起他們的認同與自我意識。如果珍妮弗是對的，至少我相信她是對的，那說服就不只是一件說理縝密的判決附帶贈送的好處。它也是判斷的成分之一，也是用來證明為何司法過程的最終成品不是叫做“決定”，而是“判決”。

因此，進行審判絕對不只是分門別類而已。因為“判斷”本身就默認了價值判斷，這在法庭上和在花展、拳擊賽或溜冰賽都是一樣的。雖然放在法律天平上的構成要件是客觀的，但每個構成要件的個別權重，和最后綜合出來的衡量結果，會因不同法官而有所不同。所以我們必須設下一些管控機制，以避免過多的主觀偏見。

其中一項關鍵性的管控機制就是法官要有珍妮弗·納達斯凱所稱的“包容之心”（enlarged mentality），也就是說，一種不斷調適修正的態度，以讓法官拋下個人成見好去采納、吸收這個社群里其他成員的觀點。這需要我們在選任法官時，應該從他們的經驗與能力，去挑選那些能夠展現出具備“包容之心”的人才。第二個管控機制我先前已經說過，就是在多人組成的法院里，法官各自心里有一把尺，如此一來，不同的個人偏好和偏見才能彼此制約。最后，司法判決應該公開接受批評，法律社群和社會大眾應定期對判決的論理構成及內在融貫，進行分析與批判。

同時，我們必須要了解，所謂的法律社群不只包含專業法律人士而已。這點是很重要的。這是一個概念性的領域，任何人帶著法律意識在面對問題時，就屬于這個社群的一分子。當我在草擬判決時，我不自主地會覺得我正和整個法律社群對話。我心中會想到所有可能會讀這個判決，并被這個判決影響的人。我尋求一種可以被讀者認同的論述形式，或至少讓人覺得我以一種言之成理、有憑有據的方式在處理該案件。這并不是說我的判決是正確的，和我持不同意見的人是錯的。司法制度當中自然有一種謙卑性，它幫助我避免誤以為自己總是正確的，或誤以為法律問題有單一的正確答案，而我恰好知道那唯一的正解。這和個人是否謙卑無關，如果你不能勇敢地為你深信不疑的立場辯護，那你就不該當法官。我所謂的謙卑是制度性的，不是個性。身為法官，我不認為我們的功能就是提供唯一正解。事實上，我們每位法官的意見有這么大的不同，怎么可能每個都是對的呢？在我看來，法官在每個案件中的任務就是竭盡所能地做出正確的判斷。盡管我們提出自己所能想到最好的判斷，但我們很清楚知道這個判決要與未來無窮無盡的其他判決，有些甚至都還未誕生，一較高下，或是共同形成新的見解。

我曾經努力想象自己是羅納德·德沃金（Ronald Dworkin）筆下的赫拉克勒斯（Hercules），一個完美的法官，有著抗拒司法誘惑的英雄氣概，能明察秋毫，從不犯錯，在每個法律難題中都找出唯一正解。我了解這只是德沃金在哲學上的立場，他以此挑戰后現代主義者拒絕承認有正確答案的立場。另一方面，他也拒絕接受極端的法律現實主義者（super-realists）觀點，即我們最好承認無論理由編得如何天花亂墜，事實上我們只是用司法力量來包裝我們的個人偏見或時代主流的偏見。然而，我卻寧愿接受另外一種沒那么崇高偉大的見解，亦即，我的所作所為只是用我所了解的法律工具，在特定的脈絡、特定的時刻，誠懇、虛心地處理好眼前的案件。我盡可能地讓我的意見在法律上是清楚、真確且一致的，但我不得不說，這僅是許多意見中的一種而已。我寫在判決中的意見不會因為它具有法律效果，就必然是正確的。在我心中，法官的目的并非追求案件的唯一正確解答方式。法官的目的乃是在特定時刻的特定案件之中，在追求一個最完備、最恰當的法律解釋的漫長過程中，發出最誠實的聲音。而我所依據的判斷標準都是經過法律社群反復思考與實踐而確立的。

因為法律社群對法的理解經常是隨時間而演進，我多少都知道我所抱持的某些立場，可能走在這個社群多數人的前面，他們可能不認為我的想法是正確的。即便如此，我仍義無反顧，因為我的法律良知告訴我，改變的時機已經成熟，而新的憲法解釋途徑也應該因為我的判決合理而被接受。我的聲音只是諸多論述主張的其中一種，可能與其他的聲音一拍即合，也可能格格不入。若是我們只考慮純粹的法律推理，那或許我們可以說一個問題只有一個正確答案，但因為司法審判的核心其實就是判斷力的行使，我傾向認為最大的挑戰不是法律見解的穩定性，未來不會被推翻，而是判決完成當下所展現無比強大的說服力。也就是說，我不認為我們可以說奧利弗·溫德爾·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）大法官對言論自由那有名的不同意見書，在當時是正確的。我也不認為他的看法因為在后來獲得多數人支持而變得正確。我們也可以用同樣的角度來思考路易斯·布蘭代斯（Louis Brandeis）大法官偉大的不同意見[[2]](#_2_17)。他們所代表的是他們所處時代的法哲學意見，而且是融貫的意見。孤獨的不同意見最終成為位居主流的意見。這就是法律辯證的本質，少數意見最終可能變成主流意見，而這也是每位撰寫不同意見書的法官的期望。

所以每當我依著我的法律良知撰擬判決時，我想到的總是會閱讀到這份判決的同事們，我也安慰自己說若是在這個案子中我的論點不能說服同事，其實我是為這個新觀點播下種子，以供往后的案子使用。我想象當其他法院的法官和裁決人員在奮力擬判時，或許會讀到我的觀點，并且能從中獲得啟發。我也想到律師或檢察官，或許他們會攻擊我的論點，以找到有利于他們當事人的主張。我自己也曾經在大學任教多年，我可以想象法律學者著書立說批判我的觀點，與學生討論，然后也許將我的意見變成教科書的一個腳注。我特別重視的是學生，他們仍然充滿求知欲，且從他們身上可以看到理想主義的蹤影。最后，我會想到一般社會大眾，捫心自問，法律能為一般人做些什么呢？法律應該用怎樣的語言讓自己更親民、更具說服力？

另外還有一群特殊的潛在讀者：政府官員，他們可能和這些案件有關，或者須對相關問題負起特殊的責任。我記得一位加拿大最高法院大法官曾告訴我，在美國，許多法律推理的出發點都是把政府當做是敵人，所以他們會主張所有權利中最根本、最基礎的就是不被政府干涉的權利。但在加拿大，他接著說，法院視政府為友人而非敵人，因此法院會與政府攜手合作，一同確保人民的權利與福祉。我想，南非憲法和加拿大憲法相同，都將立法權、行政權和司法權同屬憲法所規劃要實現的計劃，其目的在改善人民生活，并保障人性尊嚴、平等、自由等價值。權力分立的意義是國家的不同部門各有其特殊責任，也受到不同的公眾問責方式約束。但基本假設是，三權間會以合乎禮儀的方式展開對話，而非粗魯的互動。也許有時候，司法權會因為違憲的政府行為而必須針鋒相對地表示意見。但盡管法院必須如臨深淵、如履薄冰般監督權力的濫用，法院也不該忽視行政權必須面對在種種選擇之間做出最佳決定的困難。在一個迫切需要轉型，而可以用來轉型的資源卻相對有限的國家，更是如此。

在公共生活中，禮儀（civility）的意義不僅限于態度溫良而已，它還是多元民主的重要元素。因此，禮儀在國家的三權之間是非常必要的。事實上，憲法的架構本來就要求司法和行政兩權保持對話關系。憲法法院有司法審查（judicial review）的強大力量，甚至可宣布國會通過的法案因違憲而無效。這也就是說，我們經常處理立法有效性與否的問題。就此而言，憲法法院被賦予的力量是極大的。當宣布法案因為違憲而無效時，我們可以附帶做出一些要求，只要它是公正、公平的，包括要求國會在一段期間內盡速修法。因此，和立法權的對話、互動本來就屬司法權的權力行使范圍。當國會議員草擬新法時，我想象他們將會讀到薩克斯大法官對某個問題的觀點，或至少他們的法案助理會瞄過我的某個判決的段落或是摘要。這讓我感到片刻的虛榮。

接下來當然就是媒體。媒體選擇法官的某些判決做報道，并與大眾對話。為了幫助媒體理解通常是又長又復雜的判決，憲法法院會提供整理出主要問題和結論的摘要。我們這么做的目標是，大眾應該對他們的基本權利和政府運作方式有所了解，而我們的判決可以作為這些知識的主要來源。判決的意義其實遠遠超過解決兩造當事人的紛爭。憲法法院的決定有助于建立社會的基本價值觀，并且樹立我們的民主憲政的特色。每個細節都是重要的。我們所撰擬的每個判決都必須重視其各個部分對公眾發揮的影響力，正如路德維希·密斯·凡德羅[[3]](#_3_13)評論他的建筑作品時說的，上帝藏在細節里。畢竟無論我們多么努力地追求精確，都仍有可能遺漏。

此外，無論我的判決的實際讀者有多么少，潛在讀者量總是巨大的。正因為意識到大量的讀者在未來有可能以各種不同的角度來檢視我的判決，我撰寫判決時總警告自己不能怠慢。撰寫判決時的目標不是要取悅或激怒某些人，而是要盡可能地要求自己做到嚴謹、公正、忠于憲法職責，且以這種態度與社會最大多數人對話。我的經驗告訴我，越是和基本權利有關的判決，越是能打動一般社會大眾的語言與概念，同時也越能吸引到專業法律社群中的精英人士。

所謂的法律社群，自然不是個界線清楚且固定的群體。當這個群體太過封閉且總是只與內部對話時，就會很難找出他們的共同性。在某個階段被該社群的領導階層當做是中立且無可置疑的標準，很可能在其他人眼中其實只是某種偏見，而且反而因為這個偏見被隱藏、被偽裝成真理而更加有害。譬如說，法律界習以為常的“理性人”（reasonable man）的概念，長久以來就被女性主義法學家批判，他們認為該概念恰恰反映出一種來自潛意識的偏見，因為所謂的“理性人”其實只是“理性的男人”。它把男人的觀點當做是唯一、自然的標準。他們認為，如果只是玩文字游戲，只把“理性的男人”修改成“理性的人”（reasonable person）是不夠的。舉例來說，法院在思考長期受暴力侵害的婦女要靠什么才能走出恐懼的陰霾時，應該仔細體察這類婦女的真實處境；不應該把懷孕當做一種生病狀態；在判斷帶有性暗示的玩笑是否構成性騷擾時，也該設身處地為低階女員工著想。

相似的，期望法律能幫助環保運動的人必須對抗法律社群長久以來的成見，他們某些根深蒂固的觀念很難在一夕之間轉變。因此，我們需要全新的法律視野。從最初的靈感到孕育出社會上約定俗成的規范（或稱軟法），再從軟法到具有強制力的規范，這過程往往跨越數十載。許多觀念都是嶄新的，譬如世代正義的信賴責任；跨越國界的法律保護；以預防原則取代習慣法傳統的過失原則，以及非直接受害的第三人也可以行使的損害賠償請求權。法律社群不能被視為一個僵化、不知變通的群體，它不是由一群食古不化的人組成。它的規范和標準需時時接受檢驗，并與時俱進。不論你喜不喜歡，司法人員總是在這個過程中占據關鍵地位，有時候跟著前進，有時為之加油門、有時為之踩剎車。

而關于誰來制定這些標準的問題，在像南非這樣的文化多元、信仰分歧的國家，尤其重要。過去，法律社群無論就規范面或實踐面而言，不僅由白人占大多數，而且其中大多數又是基督徒，經常會積極地或不自覺地將基督教的標準加諸全民之上。因此，即使所有的種族歧視法規都廢除了，我們仍然感到基督教戒律在國家法規中有特殊地位。我們的憲法非常尊重宗教信仰。約有百分之七十的南非人自認是基督徒。圖圖大主教等教會領袖在社會上有崇高的聲望。我們的憲法預設宗教團體與國家應該采取合作而非嚴格分離的態度。然而憲法堅決保護無神論者，也避免偏袒某一特定宗教。

在這樣的前提之下，當我在撰寫關于禁止在禮拜日、耶穌受難日（Good Friday）[[4]](#_4_7)、圣誕節販賣酒精飲料的禁令是否合憲的判詞時，我發現我必須思考，究竟應該采取誰的立場來衡量這個問題。是一個理性的基督徒的觀點呢？還是一個理性的非基督徒的觀點？還是不信教的人的觀點？應該采取哪一種審查標準？一個粗枝大葉、心寬體胖的人的態度嗎？還是一個極度纖細、脆弱的心靈呢？我最終決定，一個理性的人可以有任何信仰，也可以沒有信仰，他或她不應該太粗枝大葉，但也不會過于脆弱，一個理性的人應該對我們的憲法價值非常敏銳，這包括人人平等、民主開放，且國家不能特別偏袒某一種意識形態。在后面的羅倫斯案中我們可以見證這樣的思考模式。但我必須澄清，這可不是我在洗澡時想到的，這是清醒時深思熟慮的結果（所以它也沒有大受歡迎）。

另一個案件是關于某位依據穆斯林法嫁給某男子的穆斯林寡婦，可否從亡夫遺產中請求生活扶養費的問題。在我們有這部憲法之前，南非法院不承認穆斯林的婚姻制度與印度教教徒的婚姻制度，因為在基督教的眼中，他們的結合不是一個男人與一個女人的結合，而可能是一夫多妻。當我在撰寫憲法法院的多數意見時，我提到某些信仰單獨壟斷“配偶”（spouse）一詞的使用，違反了我國新憲法規定的平等原則。

法律社群的本質就是一方面在思想上保守，一方面卻又求新求變。因此法官必須面對的難題便是他或她要選擇作為既定法律原則的擁護者或改革者。然而，一個原則一貫的判決也不可能僅僅是因為法官個人的偏好而大膽創新或是謹守陳規。每個維持現狀或支持改變的判決，都必須充分思考（reasoned）和做出完整的論證（justified），提出法律社群就算不能被說服也會感到言之有物的論點。特別是對法律界長久以來接受的原則和標準提出劇烈修正的判決，在重新定義看待問題的方法時，必須和新憲法所帶來的沖擊進行強而有力的聯結。事實上，身為南非憲法法院法官最獨特且沉重之處即在于，這是一個新的法院、有一部新的憲法，因此每個判決都是在重新定義法律推理的規范與標準。尤其難的是，憲法法院法官在一方面引進新觀念以撼動法律社群的同時，一方面也必須借由原則一貫的證立方式，再次強化法律社群的前進改革。在此前提下，我相信每當我們需要改變法律社群認為是理所當然、不證自明的法律公式時，我們都是以最開放和最透明的態度在進行這種改變。

[[1]](#_1_20) 在英美法學界的討論脈絡下，規則（rule）指沒有衡量空間，必須一板一眼遵守的規范；標準（standard）系指具有彈性衡量空間的規范。規則和標準的特質，正好相反。原則（principle）則是與標準相近，通常是可以廣泛地運用以解決特定道德或政治爭議的一套價值規范。

[[2]](#_2_16) 在1919年的艾布拉姆斯（Abrams）對美國政府一案中，美國最高法院以七比二的票數，維持下級法院對艾布拉姆斯等五人違反間諜法的判決，因為他們在紐約書寫和印制傳單，呼吁美國人民反對美國在歐洲戰場持續進行第一次世界大戰。其中持反對意見的兩票分別是霍姆斯與布蘭戴斯大法官，他們主張艾布拉姆斯等人的行為應該受憲法第一修正案堅持之言論自由原則的保護。霍姆斯說：“法律不能處罰言論表達，除非言論的后果必將引起明顯而立即的危險（clear and present danger）。”霍姆斯的反對意見在當時雖然是少數意見，卻成為后世所推崇的標準。

[[3]](#_3_12) 路德維希·密斯·凡德羅（Ludwig Mies van der Rohe），德國建筑師，亦是最著名的現代主義建筑大師之一，以“上帝藏在細節里”、“少即是多”等主張而聞名。

[[4]](#_4_6) 即耶穌基督被釘上十字架的那天。因為是在星期五，所以稱Good Friday。三天后即復活節。

[判例一]

瑪斯拉案—禮儀是憲政民主的黏著劑

禮儀（civility）是憲政的必要條件。在總統突然迅速撤換國家情報局首長的案件中，我寫了一篇關于禮儀是憲政必要條件的協同意見書。

薩克斯大法官：

為了公平起見，在撤換一個高階職位官員時，為了顧全其名聲，應該予以合宜的禮節。人類不能僅靠食祿而活，尤其是對職業公務員來說，良好的名聲可能是食祿的基礎。但我們需要留意的遠不止于官員的實質利益與身份。一般大眾的利益當然也要顧及。憲政機關若要良好運作，就必須時時獲得滋養。欲達此目的，掌握政治權力者必須避免傷及社會大眾對政府官員操守的信心。

公平對待和禮儀是不可分的。從憲政的角度來看，禮儀不只是有禮貌或行為端正而已，禮儀是憲政民主的黏著劑之一。禮儀要求我們對意見不合者心懷寬容，對有所爭執者保持敬意。禮儀與和解共生（ubuntu-botho）密不可分，它深植于我們傳統文化之中，也是普遍認為現今民主社會良好運作的必要條件。事實上，正是前人在過去惡劣的政治環境中堅持作文明有禮的對話，為我們奠定了和平憲政革命的基礎。如此誕生的憲法自然也要求掌握政治權力者不可獨行獨斷，不可以不恭敬的態度造成負面的影響。

[判例二]

羅倫斯案—禁酒的理由

禁止在禮拜日、圣誕節和耶穌受難日販賣酒精飲料的法令是否違反宗教自由？在討論這個案件時，四位憲法法院大法官認為該禁令并未侵害宗教自由。三位大法官則認為它侵害了宗教自由，因為此舉形同只尊重基督教的節日。一個偶然的畫面堅定了我在這件事上的立場：當時我看到我的助理法蒂瑪（Fatima）臉上受傷的表情。當我問她為何眉頭深鎖時，她指出當原本看來微不足道的細節若是被用來當做一種排他的機制時，就能產生巨大的傷害。所以我撰寫不同意見并獲得另一位大法官的支持。我們認為，只要政府支持某一特定宗教，不論是多么微不足道的支持，便是實質上侵害了宗教自由。然而在本案中，我認為既然這樣的禁令其實可以找到非宗教性的正當理由，它將有助于降低雙休日的酒精濫用問題。

薩克斯大法官：

對于一個抱持某種意識形態或信仰的人而言是生活中稀松平常的小事，對抱持不同信仰的人來說，卻可能意味著壓迫和排擠。大多數人或主流族群不放在心上的事物，在受其影響的其他人眼中可能會被放大，而且無比的真實、刺痛，且令人窒息。特別是當表面上看來無害的事物，卻被那些受影響的族群視為一種象征，代表了更廣、更深的排擠與剝奪時，這種感覺就更強烈。

在檢視本案中，國家是否特別支持某些信仰而違反宗教自由的原則時，我首先應該做的不是去顧及什么是“理性的基督徒”的感受與觀點，也不是去探討什么是理性的猶太教徒、穆斯林、印度教徒、無神論者的感受與觀點，我要做的是去探討什么是理性的南非人（且不論其有無信仰或信什么宗教）的感受與觀點，這樣的人對宗教信仰既不冷漠也不狂熱，而且充分體會到憲法的價值規范。在我看來，理性的國民是一個有常識的人，他或她熟稔我國的民情文化，也對憲法的大原則與細節知之甚詳。理性公民一方面不會因為歇斯底里地擔心迷信與神權統治，而想要無情地鏟除這個社會上任何與宗教有關的事物，另一方面也不會因為有很多人與自己有一樣的信仰，就認為所有人都應該像過去一樣不分派別地篤信單一宗教。

這樣的理性公民，在我看來，不會特別排斥將對基督徒來說具有特別意義的禮拜日、耶穌受難日與圣誕節當做世俗性的國定假日。它們雖然已經成為南非民眾休息、旅游、節慶（以圣誕節來說）的一部分，但不代表國家對基督教的偏私。與此同時，他們應該也不會懷疑在這幾天禁止賣酒精飲料，而不是在別的沒有特殊意義的日子里挑選一天，就意味著國家恢復了前憲法時代的宗派偏見。

（后記：該判決主張，雖然販賣酒精飲料的禁令限制了非基督徒的宗教自由，然而該限制非常的輕微且間接，相對而言，在周末、連續假日禁酒所能創造的公共利益則非常巨大。所以，依照比例原則的分析，這樣的禁令是開放、民主的社會所允許的。最終，基于各種不同原因，禁令獲得參與本案的九位大法官中的五位支持而得以維持。判決之后幾周的某個禮拜日，我不假思索地去附近的超市想買啤酒，才發現因為憲法法院的判決，商家那天不能賣酒！）

[判例三]

丹尼爾案—被宗教壟斷的婚姻

在《遺屬扶養法》(Surviving Spouses Maintenance Act)的規定之下，一位穆斯林寡婦能否被視為“配偶”并主張繼承遺產？我的意見是肯定的。我的意見推翻了歷經殖民時期和種族隔離時期長久以來南非法院的判決，之前的判決認為經由穆斯林儀式結婚的女性，其地位被視為接近“妾”而非合法婚姻下的配偶。少數意見同意穆斯林妻子被歧視，但認為補救措施并非像我這樣重新詮釋“配偶”這個詞，而是主張這個法規違憲，并應在適用對象上加上“經由穆斯林或印度教儀式結婚”等字，以此方式來補救法條缺漏。

薩克斯大法官：

“配偶”這個詞的原始意思包含了舉行穆斯林婚禮的各方。語言學并沒有限制我們不準做這樣的解讀。相反的，如此的解讀才是這個詞一般被理解和使用的原意。從語言學的觀點來看，納入而非排除穆斯林婚禮中的各方才是正確的。過去法院如果按照一般的方式解讀“配偶”這個詞，就不會將他們排除在外。相反的，由于一種文化與種族霸權壟斷了該詞的使用，過去的法院采取了狹隘的解釋。這樣的解釋并沒有忠于英文本身，而是偏見的產物。不管是在主觀意圖上或實際影響上，狹隘的解釋都有歧視的意味，它明顯地獨崇基督教的婚姻概念，而與穆斯林的婚姻觀念相抵觸。

歧視性的解釋深深傷害了被舊觀念與舊判決影響的人。在新憲法之下它不能繼續存在。

如派厄斯·蘭加（Pius Langa）副院長所言：

我們的憲法處于一段轉型的歷史之中，從一個充滿分裂、不義、沒有民主程序的社會，邁向一個尊重所有公民的尊嚴、政府體制程序完備的社會。因此，在解讀憲法時，我們必須明了我們所處的環境，以及憲法追求的目標：一個以民主價值、社會正義與基本人權為基礎的社會。轉型與革新本是我們憲法的特色之一……憲政的運作需要法官在解讀法律時盡可能地設法闡揚憲法中的基本價值。以此觀之，當討論法律的合憲性時，法官有責任檢驗該法規的目的和主旨，并以符合憲法規范的方式來解讀這些法規。

在本案中，關于平等、包容、尊重多元的憲法價值均強烈傾向給予“配偶”這個詞更廣泛的解釋，如此一來，我們也才是回到了這個詞的原始意義。

# 第七章 哭泣的法官：司法權與社會經濟權利的保障

當我們離座返回審判席后方的通道時，我聽到一陣歡呼聲，而就在那一刻，我的眼眶濕了。我流淚不只是因為想到艾滋病對南非的傷害，更大的原因是我以身為大法官為榮，因為我能夠在這個位置上，為所有人捍衛基本人權、保障人性尊嚴。

古特邦案

古特邦太太覺得她真是受夠了。她和兩個小孩、她的姐姐、姐姐的三個小孩住在離開普敦市不遠的簡陋木屋里。冬雨季節又快到了，而她無法繼續待在一個冬天會積水的地方了。事實上，大約有五千人和她們一同住在這個沒有干凈飲水、沒有下水道設施、沒人清理廢棄物、同時也幾乎沒有電力供應的環境里。許多住戶曾向市政府申請搬到有補助的平價國民住宅，但在候補名單上最長等上七年，甚至更久。眼看著還要在這惡劣的環境中住上好一陣子，古特邦太太和其他將近一千名大人、小孩搬到附近空曠的山腳下，這塊地事實上便是規劃作為蓋平價國民住宅之用。她們和地主以及當地政府的協商一直很不順利。最后，一紙法院命令判決她們非法侵占土地，必須撤離。于是這一千人被當地政府突然不人道地強制驅逐。她們搭建的臨時居所被壓土機碾平后燒毀，房屋中的物品也被付之一炬。許多人甚至沒機會去搶救原本就少得可憐的財產。

一無所有的她們搬到當地風沙頗大的運動場。寒冷的冬雨季快到了，而她們只有一些塑料布能夠御寒避雨。于是她們找到一位律師，遞狀向當地政府說明她們惡劣的居住環境，并要求當地政府履行其憲法義務：提供臨時住宿。因為不滿當地政府的回復，她們又向高等法院申請緊急處分。因此，古特邦太太的名字便成了當今國際法學界前沿研究的最廣為人知的案例名稱。

我想象著，古特邦太太（以及數十億和她一樣的人們）躺在地上、望著星空中的烏云自問：“為什么我們的命運這么悲慘？為什么我們小孩不能在屬于自己的房子中成長？”這樣的問題可以轉換為更正式的法律爭議：“社會經濟權利可以被視為須由法院直接執行（enforceable）的基本權利嗎？如果可以的話，又該如何執行呢？”幾乎所有現代國家都通過了與居住、健康、教育、社會福利等相關的法律，并交由法院執行。癥結點在于，憲法是否直接保障民眾的居住權可以作為一種基本權利，而且對與居住相關的法律和政策具有指導及拘束效力呢？我回想起在我們為民權抗爭的年代，我們承諾，種族隔離政策的終止不只會賦予窮人投票權，也將會賦予他們教育、健康、居住的權利。

南非憲法事實上也闡明，每個人都有權享有合宜的住宅，且政府必須在可用的資源下，采取合理的立法等措施，以促進這樣的愿景逐步實現。但這些憲法條文對古特邦太太有意義嗎？

高等法院判決當地政府在申請平價國民住宅的結果出來之前，必須提供原告臨時居所，如此，法院便不必在雨季將至的壓力下處理這個困難且重要的問題。在聽證會上，政府表示了解原告是生活在怎樣的環境之下，但反駁說這是過去的社會不正義（種族隔離）所帶來的后遺癥，并非現在的新政府無法達到基本的憲法義務。相反的，政府主張其已經借由投入大量的住宅興建計劃來達到憲法要求，數以百萬的窮人將可從沒有合約保障、會漏水的臨時簡陋木屋搬到防風防雨的住宅，而且還享有所有權。七十五萬個家庭已經遷入完全補助的、有水有電的住宅。可以預期的是，隨著住房計劃的開展，未來更將有幾百萬人受惠于此政策。

高等法院同意政府的說法，認為政府實際上已經積極達到其提供合宜住所的憲法義務。然而，高院判決也指出，政府沒有滿足另一個特殊義務，也就是說，開普敦市政府沒有達到憲法中明文規定的幼童權利。高院指出，幼童有享有地方棲身的受庇護權利（child’s right to shelter）不會僅僅因為政府提及未來將在有限資源的范圍內實現的住房計劃而告滿足。憲法條文中所稱的幼童受庇護的權利可能沒有強到和適足居住權一樣，但政府至少有義務提供基本的保障。此外，既然幼童和父母無法分開，法院便下令相關人等至少都應該獲得基本保障。

政府將此案上訴到憲法法院。我先前可能提過，在召開辯論會時，我們得到“人權委員會”(Human Right Commission)和“西開普敦大學社區法律中心”(Community Law Center of the University of the Western Cape)的大力幫忙。而“法律資源中心”(Legal Resources Center)的律師代表這些住戶出庭，并成功地擴大攻防焦點，請求憲法法院考慮是否所有南非人都應該享有受庇護權利（right to shelter），不論有無小孩。這個案件充分顯示出富有創意的律師和充滿能量的公民團體在協助窮人保障他們的基本權利上能發揮多大的作用。

適足居住權究竟在憲法中是如何落實為具體規定的呢？同樣的問題在規范健康醫療、食物、飲水和社會安全等權利的人權法案條款中也存在。這些規范是如何被寫入憲法中，成為國家必須盡可能逐步實現的人民基本權利？憲法法院必須面對人權法案中大量存在的關于社會經濟權利保障的規范。我們了解到，在決定何謂合宜的居住權時，我們要解決的不只是古特邦太太這個案子，我們同時也要解釋憲法中關于社會經濟權利（socio-economic rights）的意義。更重要的是，按照我們憲法的規定，國家在面對人民的居住、健康醫療、食物、飲水和社會安全等權利主張時，究竟要承擔什么樣的責任。

可以實現的社會經濟權利之起源

我個人直接面對此問題始于1980年代中期，當時我是個流亡在莫桑比克的法學教授。有群納塔爾—德班大學（Natal-Durban University）的黑人法學院學生成立一個叫“反人權法案委員會”（Anti-Bill of Rights Committee）的社團。我嚇到了：搞什么啊？不是反種族隔離，他們竟然要反憲法中保障人民權利的人權法案！我震驚的是，被壓迫一方的理想主義者、種族平等與民主的奮斗者，竟然反對人權法案的理念。然而與此同時，我也了解并同情他們的動機。有些人將人權法案稱為“白人人權法案”，他們認為所謂的保障人民權利，其實就是得勢的少數白人用來防止社會、經濟轉型的工具。他們擔心，該法案將保障種族隔離政策所造成的不公不義的社會經濟狀況，持續捍衛白人擁有百分之八十七的土地和百分之九十五的制造業資本，保障白人的財產權，甚至對民主國家創造的追求財富的平等基礎施加嚴苛限制。最終，窮人雖然在形式上得到了解放，卻依然是窮人；富人在表面上看來不再占優勢，但卻變得更富有了。

然而，為了確保更大多數人的利益，有許多高瞻遠矚的白人法官和學者認為人權法案是必要的。他們的理由是，在每個人都有投票權、歧視被視為非法的情況下，人權法案將能確保白人族群在這個國家擁有受保障的未來。然而，法律發展的辯證關系即在于此，當這些觀念旨在緩和白人族群的焦慮的同時，不可避免的也引發黑人的不安。

我決定不要讓這個制造社會隔閡的辯證關系變得極端化。我清清楚楚地記得那一刻。那時我在莫桑比克，才剛剛脫離險境，南非的國安警察在我車上放置的炸彈幾乎置我于死地。我立刻寫了份報告給非洲人國民大會的憲法委員會，說明成立“反‘反人權法案委員會’”的急迫性。我在報告中指出，每個革命在成功之前都是看似不可能的，但是成功后又成為勢不可當的。在這樣的局勢中，我們必須要預先設想將來南非所需要的人權法案。前述法學院學生對此的想法是非常狹隘的，他們認為像這樣的文件只是為了限縮政府的權力以阻止改革。然而，從另一方面來看，人權法案也可以作為促進被壓迫者權利的工具。在此，我想進一步介紹權利的三個世代演進過程。

第一代權利主要包括古典的公民和政治權利，發源自法國大革命和美國獨立革命。這些是作為自由人的公民基本權利，因此任何大革命之后的文獻都應該已經清楚地介紹過了。

第二代人權則處理關于居住、健康醫療、教育、福利等權利的資格（entitlement）。這階段始于1848年革命后的法國，以及19世紀末葉的俾斯麥時期。在俄國大革命時期可說達到高峰，并成為20世紀所謂“福利國家”（welfare state）的政策主軸。因此他們的發展歷經了大革命、高壓威權體制和社會民主國家。二次世界大戰時期，美國羅斯福總統將“免于匱乏的自由”列入他的“四大自由”之中。在二次世界大戰之后，這些權利獲得了世界各國的普遍支持，并和公民及政治權利一起被列入了《世界人權宣言》（Universal Declaration of Human Rights）。接著，透過《經濟社會文化權利國際公約》（International Covenant on Economic Social and Cultural Right），這些權利得以最終確立下來。雖然這些權利和《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights）是分別通過的，但兩者的法律地位并無差別。

第三代人權的觀念以及將不同內涵的人權以“世代”的方式來分類，都是由1970年代末期一位在聯合國服務的捷克律師所提出。他最主要的主張在于人人都應該有權利享有一個干凈、健康的環境，這個權利尚不能歸類于當時所討論的任何一種權利，是一種新的整合性權利。所以他提出所謂的第三代人權這樣的理念，而這種權利是屬于整個社群和未來世代的，并非個體的權利。其他相似的權利有時候被稱為集體連帶權（solidarity right），包括要求發展和享有和平的權利。我的朋友卡達·阿斯摩將這三個世代的權利稱為：“藍色權利”（公民與政治權利），“紅色權利”（社會經濟權利），以及“綠色權利”（集體連帶權利）。

交代完人權的世代演進，讓我們回到社會經濟權利的相關討論。當南非的政治犯被釋放，像我這樣流亡海外的人開始重返故鄉，而新憲政秩序的協商被嚴肅地討論時，上述的辯論就進入新的一頁：是否可以透過公權力來強制實現這些權利。當時有三種涇渭分明的立場。有些人認為這些權利應僅被視為啟發性的，而不是將其具體規定于憲法中。第二種論點的支持者主張將這些權利規范于憲法中，但只是原則性的規范而不要求法院可以在判決中要求政府執行。還有最后一群人主張憲法用語需要更明確地指出，這些憲法上保障的社會經濟權利可以由法院進行審理，并且要求政府實現。

我們在各國憲法中唯一能找到的例子，剛好處于上述幾種論點的中間，也就是將社會經濟權利入憲，但僅僅是國家政策的指導方針，不能夠作為請求法院審理的依據。當愛爾蘭脫離英國獨立時，其憲法將社會經濟權利規范于憲法中，但也清楚指出這些規范是不能由法院來要求執行的。相似的還有印度，印度在二次大戰后獨立時，其制憲會議對社會經濟權利的處理方式是明確規范于憲法中，但只作為國家政策的指導方針，而不能由法院要求落實。（我曾表示，印度最高法院以一種靈活的方式來闡釋這些權利，利用這些條款來豐富公民與政治權利的脈絡與內涵，進而成為法院可以要求具體實現的權利。）在南非的辯論中，有一派即強烈主張在憲法中設專章規范可受法院要求執行的權利，然后另辟一章列出僅僅作為國家政策指導方針的權利，這些權利只是國家政策的指導，但不能由法院直接要求執行。

也大概是這個時期、我想是1990年代早期吧，我很榮幸地收到法國憲法委員會（French Conseil Constitutionel）主席羅貝爾·巴丹戴爾（Robert Badinter）邀請，有機會到巴黎訪問一周。羅納德·德沃金正好也在巴黎，他曾經和我合作，在種族隔離時期讓南非法官和非洲人國民大會流亡律師舉行對話。我希望能夠了解他對于非洲人國民大會憲法委員會所撰擬的人權法案草案的看法，特別是其中關于社會經濟權利可受執行的部分。我們在電話中有一段有趣的對談。“你住哪？”他問。“皇宮，”我回答，“不是‘皇宮旅館’，是真的皇宮！”當時憲法委員會在皇宮辦公，而我也的確被安排住在皇宮內的廂房。這讓我有吸引他來開會的誘餌：羅納德會不會想瞧瞧《人權宣言》的原件呢？在會議之后，當我們步下皇宮階梯時，他提出對我們的人權法案草案的疑慮。他問，把社會和經濟權利這些基本人權如此廣泛、詳盡地規范在憲法中適當嗎？在他看來，對人民提供平等的保護是最強而有力且最一致的工具，過去因為種族歧視而蒙受極大剝奪與不平等的弱勢，能從平等權得到良好的保障。

我花了很多時間思考他的觀點。然而我的結論是，光是有平等保護是不夠的，即使加上積極平權措施（Affirmative Action）都不夠。問題的癥結點不只是單純的防止長期或新的歧視，而且更要確保每個人有權享有生而為人最起碼的一點生活水平。平等權加上積極平權措施的確能有效地培養出漸漸成熟的黑人中產階級，但對于極度貧困的窮人們卻沒什么幫助。結果是，平等權的條文在我們的新版人權法案中取得一個核心的位置。然而，平權條文頂多只是禁止負面的歧視行為和協助改善弱勢者生存環境的行動。它本身并沒有要求國家采取積極行為，好讓人們能夠至少生活在符合最低限度人性尊嚴的社會。在一個多數人生活在極度貧困環境的國家，積極平權措施是不夠的，我們需要的是范圍更廣的社會改良。所以問題依然如故：是否應將國家需推動社會經濟發展一事，列為憲法上的義務？

在接下來的第八章我會討論，當未經選舉的法官被賦予權力去決定社會經濟議題，而這些議題通常都是由民選的行政部門來負責時，會衍生哪些問題。我的結論是，當主要考慮是保護邊緣化和弱勢族群的時候，法官非民選反而可能是個優勢。然而，在我看來，由司法權來落實社會和經濟權利的最大問題并不是制度上的合法性，真正的困難是法官能力上的力不從心。反對由法官來執行社會和經濟權利的主要意見認為，法官可能畫虎不成反類犬。畢竟法官傳統上出身的社會階級，以及固有的強調抽象形式的法律思維，往往都忽略真實生活中的人生百態，甚至傾向于維持現狀。我們已經有國會來處理居住、土地和其他的實際社會問題了，國會能夠舉行聽證會，并從各領域的專家那里得到專業建議。此外，政治過程的意義便在于利益的妥協與平衡。在一個開放的民主社會，基于互惠互利原則的政治妥協，而非贏者全拿，更應獲得肯定。相對的，在制度設計上，法官完全不適合對居住、健康醫療、學校和電力做出判決，法官沒有相關專門技術知識和能力來處理這些問題。不過，法官明了何謂人性尊嚴、何謂壓迫，什么樣的事物會造成一個人的生活淪落到低于民主社會所能容許的最低限度。效率可說是政府的主要原則之一，為最多數人創造最大利益的效用主義可以是討論公共資源如何分配的起點。但除了量之外，質的成分也很重要，我們不能忘記要尊重每一個人的人性尊嚴。司法機構在制度設計上本來就是以關照人性尊嚴為重，因此當可在此面向上發揮作用。而法院所追求的原則一貫的利益平衡，與政治折沖中磨合出來的妥協，亦極為不同。

另外我也懷疑，在技術性問題之爭論的背后有更深層的憂慮，即法院的介入將會傷害其他根本的公民權利與政治權利。更直白地說，有人擔心為了面包，丟了自由，在追求保障基本溫飽的權利時，可能犧牲了對自由權的保障。過去的歷史經驗不得不讓人有這樣的擔憂。許多國家會辯解說，他們為了努力追求國家發展、促進大多數貧窮人民的生活環境，不得不打壓言論自由，犧牲了多黨民主體制和開放社會。然而，人們會希望有自由權沒生存權？或是有生存權沒自由權？這是非黑即白的強迫二選一嗎？在南非，爭取投票權、遷徙權、言論自由等權利的奮斗從來都是和爭取居住、健康醫療、教育等權利的奮斗綁在一起的。官僚獨裁深植在種族隔離制度里面，人不被當成人看待，大多數的人口也只能得到低劣的住所和次級的教育。因此，要恢復所有南非人的尊嚴就必須把對人權的尊重、對自由權的尊重和創造有尊嚴生活的物質條件等量齊觀。

我們的經驗事實上證明了，自由權和生存權之間的關系并不是零和游戲，兩者是密切相關且互賴的。就如同阿瑪蒂亞·森[[1]](#_1_23) 所說，在一個開放的民主社會里，不會發生饑荒，因為食物的短缺將由具有公共責任的機關予以調節。相對的，在獨裁社會，即使和開放的民主社會有相同數量的食物，也會產生饑荒和饑餓，因為食物都秘密地被有錢人囤積或竊占了。更加羞辱人的是，他們說窮人對選舉權沒有興趣，或是不在乎言論的自由，或是不在乎被歧視，窮人只想吃飽！在一般狀況下，為自由犧牲最大的就是最窮的和最一無所有的人。他們奮斗爭取的就是選舉權和有尊嚴的生活。有些人認為，在全力為生活而奮斗時，選舉權與批評政府的言論自由權等都可能沒有實際意義。其實，選舉權可以是爭取更好生活的工具，相對的，在一個教育普及的社會，人民可以讀書、可以學習，自然也可以在充分知情的狀況下做出政治決定，并實現有意義的個人選擇。如果這樣的奮斗結果只是保證人民在餓死前用最后一口氣享有言論自由來詛咒政府，那將是極大的諷刺。

不同世代的人權之間彼此具有相互關聯，這個關聯性解決了自由意志主義（Libertarianism）和社群主義（Communitarianism）的沖突，這兩種觀點的沖突和社會經濟權利如何落實有著密切的關系。自由意志主義著重在個人，并強調個體自主和選擇。社群主義則主張我們都生活在同一個社群，且我們對于自己生活如何選擇與如何執行都和我們社會的制度息息相關。若是我們在古特邦太太的案子上采取極端自由意志主義的論調，將確保她“有權”被丟棄不管，當暴雨降到她簡陋的居所時，她會有無限制的言論自由可以抨擊政府。然而她需要的不是這種“不被干擾”的自由，她需要的是國家能確保她和她的孩子有個屋頂可以遮風避雨。另一方面，若是我們采用激進的社群主義路線，她和其他成千上萬入侵私有土地的人都將有正當權利對抗地主的財產權。然而，撇開地主的權利不說，其他人對這塊土地也可以行使“住房權”，在這塊土地上興建住屋，他們的權利也會因此受損。

在我看來，我們的憲法采取的既不是純然自由意志主義的主張，也不是單純的社群主義主張。我們需要的是尊嚴至上主義（dignitarian）。對人性尊嚴的推崇可以同時結合我們追求自主的權利，并承認我們都同屬一個社群的事實。最起碼的人性尊嚴獲得尊重，是所有人類的基本權利，而這也聯結了自由權和生存權。

索布拉曼尼案

在我們回到憲法法院如何處理古特邦夫人案之前，我必須先提之前憲法法院處理過的關于社會經濟權利的另一個案例。這是個關乎當事人生死的棘手案子，牽涉到獲取醫療資源的權利（right of access to healthcare），特別是關于急救資源的使用。

索布拉曼尼（Soobramoney）先生深受慢性腎臟衰竭以及與心臟和糖尿病相關的其他疾病之苦，他要求憲法法院判決公立醫院用洗腎設備盡可能延長他的生命。他之前曾經因為狀況緊急而在公立醫院接受過一個洗腎療程，但在療程結束后被告知無法繼續下一療程，因為醫療資源僅足夠供給百分之三十的慢性腎臟衰竭患者使用，所以必須優先用于將來有可能接受腎臟移植手術的患者。因為他的身體狀況被判定為不易接受器官移植，所以他在器官受贈名單上的順位很靠后。索布拉曼尼先生曾經自費在私立醫院繼續洗腎以延續生命，但在家人用盡積蓄后，他希望能回到公立醫院，繼續免費洗腎。遭到公立醫院拒絕之后，他一狀告上法院，他認為基于憲法，他有權使用醫療服務，有權接受緊急醫療，但醫院沒有善盡義務。

這是個令人痛心的案子。簡而言之，這個案子就是要憲法法院上的十一位大法官來決定這個人的生死。我們沒有前例可以參考—我們只有憲法條文、資源有限的醫院，以及一位瀕死之人的訴狀。

我們首先決定的是關于使用緊急醫療照護的部分駁回。在我們看來，要求使用緊急醫療資源的人可能是突然昏倒，也可能是遭到突然的重傷。即使慢性患者病情嚴重到生死存亡的關頭，仍不適用緊急醫療求助。如果所有的慢性患者都被視為緊急案例，當我們把所有的醫療資源都投注在這邊，那國家將沒有足夠的經費來處理其他急迫事項，例如親子關懷、健康教育、預防注射、防治肺結核、癌癥、瘧疾，以及艾滋病防治等等。

至于獲取醫療資源的權利，憲法法院的判決認為公立醫院提供給索布拉曼尼先生的醫療資源并非不合理。醫院提供的證據顯示，其醫療計劃非常合理，而且并未歧視索布拉曼尼先生，所以他的這項指控也是站不住腳的。

在言詞辯論過程中，我對律師表示，我尊重他的當事人在本案中的人性尊嚴，若是資源與同理心一樣豐沛，這個案子會容易處理得多。在協同意見書中，我指出所有涉及社會經濟權利的案件，最核心的問題就在于資源永遠是有限的。在這樣的脈絡下，我認為社會和經濟權利的核心在于合理的限量分配。限量分配與禁止取得醫療資源是不一樣的，而是為了其正常運作的必要措施。社會經濟權利和公民權利、政治權利就算不是本質上不同，至少在享受權利的方式上也是不同的。言論自由的本質使它并不需要受合理分配的限制。每個人都可以自由發表言論，每個人到了法定年齡都可以投票。以上的公民和政治權利的問題在實際行使的時候才會出現，例如廣播電視頻道的取得，成立獨立媒體的資金夠不夠，或投入選舉活動的競選經費來源等。但這些權利從一開始就是完整的，是全有全無的，并不需要逐步實現。但是，社會經濟權利必須在資源有限的環境中逐步實現，因此一個公平的分配系統對其存續至關重要。

我對以上兩種權利的區別效果還不是非常確定，困難在于：一方面，如何以清楚的概念將權利本質的差異表述出來，另一方面，權利受到侵害后如何決定適足的救濟，也有待研究。但我很確信，一種權利，若是就其本質來說在實踐時需要與其他權利人彼此共享，甚至是競爭的話，其法律特性一定與完全屬于個人自主且獨享的古典個人權利非常不一樣。

國家有逐步實現獲取醫療資源的權利的義務。因此，國家可以透過提供清潔飲水、干凈空氣、充足的營養等基本措施，來履行它的憲法義務。這樣的義務也可以是透過提供床位及昂貴的治療藥品給需要的個人來實現。重要的是，健康醫療計劃觸及的范圍越來越廣，而且每個人都有權受到平等、不受歧視的醫療救治。

再論古特邦案

讓我們回到古特邦太太的案子吧。認真對待基本權利的法官往往會對于兩種誘惑特別謹慎。一項是過度的形式主義，亦即以消極和無感的態度面對真實的人、事、物，另一項是希望透過保障窮人來博取報紙頭條的心態。我認為在古特邦案中所有法官都注意到要避免司法民粹主義（judicial populism），也就是說，不該做出只能一時地滿足民眾的渴望，但事實上無法行之久遠的判決。然而既然我們法官已宣誓要以全民的正義為職責，我們必須使人權法案中的社會經濟權利得以落實并具體化。古特邦太太和其他同病相憐的人要求政府有所回應。若是像本案的狀況，成千上萬的人因為國家的政策而失去住所，沒有地方好好睡一覺、沒有基本的遮風蔽雨之處，只有泥濘的土地和以塑料布當被子，所謂人民有要求合宜住宅的權利是沒有意義的。我們所面對的問題是，如何找到一個法理上的穩固基礎來處理他們的狀況。換言之，我們必須找到一個合情合理的分析與補救方式，既不會給資源有限的政府造成太大的負擔，又能強制落實社會經濟權利。

在查克·亞可布大法官主筆的判決中，我們無異議通過，憲法中關于合宜住宅的規定，最核心的觀念是，政府有責任通過“合理的法律與行政行為”以逐步實現居住的權利。我們覺得，法院對于“合理行為”這個概念是有能力做出判定的。若是這些措施無法達到“合理性”的門檻，那政府就是違反憲法義務了。在判決這些政府措施是否達到標準時，憲法法院同意政府在此一領域具有專業性，并了解到許多不同的政策都能符合合理性的要求。然而，不論政府的居住政策多么令人激賞，仍然有像古特邦太太這樣的公民，她們的居住環境是這樣的破陋不堪，她們的尊嚴也因此受損。換句話說，雖然從大方向來看，整個居住計劃是合理的，但距離滿足憲法要求仍有不小的落差。政府的措施當中并沒有完整的計劃來安置不得溫飽的無家可歸者，這包含重大天災后的難民以及像古特邦太太這樣的人。因此，我們判決，政府的居住計劃是不合理的，因為這些計劃“無法運用既有可利用的資源，為人民制定合理的法律……致使這一群人腳下無土地、頭上沒屋頂，命如螻蟻，朝不保夕。”

在宣判之后，也就是確立了國家在社會經濟權領域的義務后，我們讓行政部門去決定怎么彌補過去的錯誤，才是最佳方案。因此，我們讓行政部門去決定緊急救助的方案應該由中央、各省或地方去執行，還有救助計劃應該怎樣發展才是最合適的，是否只提供土地讓人民建避難所，還是土地和收容所都要提供？或者是國家直接提供金錢補助，讓有需要的人自行使用？基于同樣的權力分立思維，我們讓行政部門決定救助計劃的經費從哪來：可以從一般住宅計劃的預算中挪過來，可以從國防預算挪過來，可以增稅，可以從任何預算項目挪過來，只有一點，我必須聲明，不能從法官的薪水扣，這可是憲法保障的！

透過這種方式，我們不但提醒國家有保護人民基本人性尊嚴的責任，也確保是由政府來決定這些計劃的優先級、內容和細節，以便符合其憲法義務。

為了做出原則一貫的判決，并且具有可行性和實效性，我們深感若要實現憲法人權法案要求的權利，必須建立在一個基礎上：這些權利是息息相關且彼此依存的。憲法要求解釋人權法案時必須以促進人性尊嚴、平等、自由等價值為原則。我們的憲法因為這些價值，尤其是人性尊嚴的價值而受尊重，而能統領這個國家。我們明確主張，居住的權利不能和人性尊嚴的權利切割。這意味著國家若只說它蓋了很多房子供人居住是不夠的，即使從國際標準來看它提供的房屋在數量上已經很驚人，也還是不夠。國家對于這個問題的響應不能是形式上的，居住質量的面向同等重要。

艾滋病治療推廣運動

下一個關于執行社會經濟權利的案子發生在不久之前，但同樣充滿爭議。這個案子是關于我們國家嚴重的艾滋病毒攜帶者與艾滋病（HIV / AIDS）患者的問題。特別是關于感染艾滋病毒的孕婦能否在所有醫院、診所得到奈韋拉平（Nevirapine）[[2]](#_2_19)的治療，而不是像現在，衛生署在南非的九個省分里，僅各選兩處提供這類藥品。這種藥物能有效地阻止胎兒在孕婦體內感染病毒，而國家的政策是，這樣的藥物發放必須有所限制，以等待為期兩年的相關管理問題評估。

這個案子是由“艾滋病治療推廣運動”（Treatment Action Campaign）所提出，據他們的委任律師所言，這是南非最有活力、最有效率的公民組織，且該計劃也已引起回響。他們已經成功地幫助成千上萬的艾滋病毒攜帶者不因此可怕的疾病而被邊緣化，讓這些攜帶者仍然能盡可能地享受正常人的生活。這組織的某些領導者曾參與種族隔離時期的抗爭，所以知道如何整合街頭抗爭、媒體和訴訟。他們的主張是，政府在每個省份里只選兩處提供奈韋拉平不僅不合理，且有悖于其憲法義務。他們指出，事實上，藥廠免費提供該藥物五年，安全性也沒有問題，因為任何人都可以在藥房買到奈韋拉平。他們的證據顯示，不在前述范圍內的其他十八個醫療機構服務的醫生、護士也都迫切地希望能提供該藥物給患者。

另一方面，代表政府的辯護人強力反擊，他們指出這個問題根本就是行政部門的政策抉擇，不應該由法院來處理。他們不客氣地說：“法官可不是開處方的醫生啊！”本質上，他們的根據是權力分立的原則。而如果我們接受它，就某個程度上來說古特邦案判決的精神就被打折扣了。

我必須補充一點，“艾滋病治療推廣運動”的律師認為憲法法院在古特邦案中做得不夠。他表示，人權法案的基礎是個人權利這個概念。在他看來，憲法要求的是更強大的司法權，而非放任行政權擬定并執行他們覺得合理的政策。憲法要求法院來協助生活于最低限度以下的人民，使其能夠過上一種有尊嚴的生活。

我清楚地記得我和律師對此議題的討論。我拋出這個問題：“你的意思是說，住在深山里的人可以到法院要求說他想要自來水，即使為了滿足他的特殊需求所要花的錢可以供水給住在平地上的上萬人，我們都應該滿足他嗎？”“你這是個情緒性的問題。”他如此回答。“不”，我試著說明我的想法，這是關于如何才能夠最佳地運用有限的資源，以實現社會經濟權利的問題。我繼續問：“難道應該是手腕最靈活（而且律師最好）的人才能得到房子、水、電，還有更多嗎？難道憲法要被解讀為授予每個法官權利和責任，來決定誰能先得到稀少的社會資源嗎？”“是的。”他回答，“如果這些人的生活低于平均水平且無法過著有尊嚴的生活，他們的權利就是被侵害了。”

憲法法院最終的決定可能讓不少人權團體失望，因為我們認為政府透過不針對特定人的政策，以滿足人民最低限度生活需求，即已履行其最低限度的憲法核心義務，不需再針對任何個人滿足其特定的請求。要透過法律訴訟來處理個別案件有其困難，當類似的否決案件越來越多，民眾對社會經濟權利的信心就會動搖，而原本就處于弱勢中的群眾將更加困苦。

然而，從公眾的觀點來看，這個案件的主要爭議點是在憲法法院怎么面對衛生署的訴訟代理人提出來的主張，亦即，不論我們這些法官的個人觀點為何，在憲政制度下都不適合由法官來決定公共衛生政策。在響應權力分立的問題時，大法官反問衛生署律師，不就是憲法本身賦予憲法法院要求這些憲法權利應該獲得實施嗎？如果這個理解正確，那么憲法法院不就是在權力分立原則的規范下，取得司法在此一問題上的發言權嗎？

當我們要進法庭宣布判決時，我的同事桑岱爾·恩格庫波（Sandile Ngcobo）大法官開玩笑地遞手帕給我：“奧比，你今天需要嗎？”他的笑點是之前的一個他所主筆的憲法法院判決，而那也是我在世界各地演講時喜歡與聽眾分享的經歷。那案子是關于一個艾滋病毒攜帶者的男士應征南非航空（South Africa Airways）乘務員的工作，他通過了所有測驗，但最后卻因為身染艾滋病毒被宣布不適任。南非航空的解釋是，英國航空（British Airways）也曾因為擔心顧客流失而沒有雇用同樣病情的員工。在這份判決書中，桑岱爾·恩格庫波大法官明確指出，任何航空公司的商業慣例都不能作為限制南非人民的基本權利的依據。他代表憲法法院宣告，任何人都不應該被歧視，航空公司應該對抗歧視和偏見，避免這些人被邊緣化，而非屈服于歧視。因此，憲法法院認為原告受到不公平的歧視，因此判決他獲得勝訴，要求南非航空必須重新雇用他為乘務員，直到他的健康狀況不足以勝任該工作為止。

當時，法庭內擠滿了穿著“HIV-POSITIVE”T恤的旁聽民眾。宣布判決時，現場是一片寂靜。但當我們離座返回審判席后方的通道時，我聽到一陣歡呼聲，而就在那一刻，我的眼眶濕了。我流淚不只是因為想到艾滋病對南非的傷害，更大的原因是我以身為大法官為榮，因為我能夠在這個位置上，為所有人捍衛基本人權、保障人性尊嚴。當時的我不自覺地流淚，然而這一次，我準備好了。所以當我們要步入法庭宣布“艾滋病治療推廣運動”一案判決時，我回他：“沒問題的，桑岱爾。今天我有備而來，你留著你的小手帕吧。”

當我們步入法庭時，我又看到滿滿的、穿著“HIV-POSITIVE”T恤的人潮，不分男女老少、不分黑白，就像是代表我們這個多元國家的全體民眾。當然，也有來自世界各地的記者。空氣中彌漫著緊張氣氛，但當首席大法官亞瑟·查斯卡森（Arthur Chaskalson）以莊嚴的語調念出判決摘要時，整個畫面卻又像是凝結住了。“既然該藥物可以免費取得、又被視為可在私人診所和檢測中心安全使用，政府以需要進一步檢驗為理由限制供應，顯非合理。”我當時腦中浮現的畫面是，有許多嬰兒原本可以健健康康地出生，卻因為政府的一紙行政命令，使得醫生無法開這種藥，讓這些嬰兒一出生就成為艾滋病毒攜帶者。憲法法院宣判，所有的公立醫療機構都應該能提供這種藥物，并讓所有醫療人員能夠在告知患者并取得其同意后使用。又一次，在宣布判決之后，完全的寂靜。但當我們魚貫走出法庭，在走廊上等候離開時，旁聽群眾的歡呼聲再次響起。而我，也又一次地，哭了。

[[1]](#_1_22) 阿瑪蒂亞·森（Amartya Sen），哈佛大學哲學與經濟學教授，印度經濟學家，以其福利經濟學和社會選擇理論的研究貢獻，并且長期關心社會窮人問題，于1998年獲得諾貝爾經濟學獎。

[[2]](#_2_18) 也稱韋拉慕恩（Viramune），是治療艾滋病毒攜帶者與艾滋病患者的藥物。為避免產生抗藥性，它通常得與其他抗反轉錄病毒藥物一同服用。

[判例一]

索布拉曼尼案—當國家的資源有限……

索布拉曼尼先生深受嚴重腎臟衰竭之苦，因而請求憲法法院判決公立醫院應為他提供洗腎治療。他主張，憲法保證他有取得醫療服務的權利。憲法法院判決他敗訴，理由是憲法法院不應該介入由醫療主管機關做決定的事情，代為決定怎樣才是使用稀有醫療資源的最佳方式，特別是將稀有醫療資源用在狀況較佳的腎臟受贈者身上。這份判決是由當時的院長，后來擔任南非首席大法官的亞瑟·查斯卡森所主筆。

亞瑟·查斯卡森院長：

我們生活在一個極度貧富不均的社會。數百萬的同胞生活于極度悲慘、極端貧窮的狀態。我們有高失業率、不健全的社會安全政策，許多人甚至沒有足夠的干凈飲水和醫療照護。這些問題在制憲之前就已經存在，冀望能讓我們的國家成為一個有人性尊嚴、自由和平等的社會，這是我們的憲法核心。但只要上述不幸的現象繼續存在，所有的理想都只是空談……

若醫療單位把現有的洗腎設備都用在維持慢性腎衰竭患者的生命上，受惠病人不會比依照現有的指導方針更多，而且治療的結果也不會更好，因為它不能真正的治愈患者，而只是讓患者停留在漫長的疾病狀態。并沒有證據顯示這些指導方針是不合理的，亦沒有證據顯示亞丁頓醫院（Addington Hospital）診斷上訴人索布拉曼尼時，不適合使用洗腎設備的決定是不公平或不合理的……

負責夸祖魯—納塔爾（KwaZulu-Natal）地區衛生醫療事項的省政府必須要決定將多少經費用于醫療政策，以及這些經費該如何運用。做這些決定并不容易。在政治層面上省政府必須要填補醫療預算，在執行層面上，省政府又必須決定醫療資源使用的優先級。法院不會主動介入負責這些事務的政府機關和醫療機構基于理性與善意的決定，畢竟這就是他們的權責所在……

每個人都會同情上訴人索布拉曼尼和他家人的處境，他們可能要散盡家財來支付能讓他延續生命的醫療服務。悲慘的事實是，如果索布拉曼尼夠有錢，他就能到私立醫院使用洗腎設備，但他不是，他只能尋求公立醫院的診治。然而國家的資源有限、他又不符合使用洗腎服務的標準。不幸的是，這并不是個案。有許多和索布拉曼尼先生一樣需要洗腎設備的患者，也有許多其他疾病的治療面臨資源不足的困境。更進一步來說，也有人民需要房子、食物、飲水、工作機會、社會安全等等。這牽涉到一種權利，亦即“生命權（right to human life）：像一個人一樣活著的權利，與一個廣大的群體共享生命經驗的權利”……

國家必須在有限的資源上滿足所有上述需求，因此有時會出現不得不有所割舍的抉擇。國家必須從宏觀的角度來照顧整體社會最大的利益，而非將資源用在特定的少數人身上……

[判例二]

索布拉曼尼案（續）—痛苦的選擇……

在協同意見書中，我對一些社會經濟權利的宏觀面特質提出了看法：

薩克斯大法官：

盡管每個要求使用公共醫療資源的人都有權受到重視，但我們并沒有一個合理且一致的標準來決定誰可以得到醫治，而誰又不行。缺乏一致的標準比那些標準本身是否合理還受到更多的批評。一份聯合國教科文組織文件指出：“即使在工業化國家，雖然他們有能力借由公費補助的研究帶動生物醫學科技產業，社會大眾，特別是年長者，對高科技醫療設施的大量使用也將無可避免地增加政府支出，從而排擠了針對年輕人的預防醫療，以及對勞動人口的健康照護支出。這也就是為什么絕大部分國家的公共衛生系統對于像是洗腎或是器官移植的費用，并不給付，或是有著嚴格的限制（利用各種名目）。”……

如果政府無法為所有人提供相同的照顧，那它也不能只提供給某些人某些照顧。于是導致一個無法避免的難題，即在這種情況下政府只好什么照顧都不提供……

健康權的本質讓我們不能以傳統的、以人的自主性為核心概念的法律架構來看這個問題，我們需要的是一種新的、以人類互賴互助為本的分析架構。一個健康的生命有賴于整個社會環境：空氣和飲水的質量，以及國家為了公共利益而維持的衛生環境；人際間的關懷程度也和個人健康高度相關；醫療機構提供的正式診療與照顧；患者的家人、朋友、小區所提供的非正式醫療關懷也同等重要。正如同哈佛大學法學教授米諾（Martha Minow）所言：“互相倚賴并不是一種理想，而是一個不可逃避的事實。有限的資源讓我們不得不相互遷就。誰能夠用洗腎設備？誰應該先得到腎臟移植？”……

傳統的權利分析模式因此必須做出調整，我們必須規劃出一種宏觀的憲法架構，以處理同樣有資格的人彼此競爭有限資源時該怎么辦的問題。當某種權利必然是分享的、互相依存的時候，我們必須在平均分配給所有人或是給予少數有特別需求的人之間取得平衡，而這樣的做法并不能算是限制了這種權利……

不論生命權在南非被如何定義，事實上不可能有任何一種憲法權利可以強大到能夠排除死亡之發生。正如同美國聯邦最高法院的約翰·保羅·史蒂文斯大法官（John Paul Stevens）所言：“死亡是生命的一部分，死亡是生命的完成，而非與之對立。然而，我們能做的是與死亡和解，面對它而能處之泰然。”這是我們該用來面對本案的精神。以人為方法來延續生命的稀少資源在此需挪為他用，而我們必須做出這個痛苦的選擇……

法院并不是解決此類患者與醫療問題的適當場所。雖然憲法法院的違憲審查功能在民主體制中很重要，但囿于制度設計的局限，以及適度的憲法謙卑（constitutional modesty），我們對類似案件的審查必須格外審慎。司法系統提出的方案不可能取代那些非常個人層面的痛苦掙扎，這些掙扎都發生在“患者自己身上，發生在對病人施救的醫療人員以及關心患者的人們身上”。

此外，人權法案的條文規定不應該被過度解讀，讓法官處于自己是拿訴訟當事人的生命當賭注來判案的憂慮當中，并因此要求醫院將最昂貴的醫療資源或不適當的醫療程序用在訴訟當事人身上，占用了稀有醫療資源而排擠了其他人的權益……

本案原告展現出一種最值得尊敬的態度，并清楚意識到世上還有很多與他一樣病情急迫的病人。如果資源和同理心一樣豐沛，那我身為法官做決定就容易多了。不幸的是，我們的資源有限，而我也找不出我比這些醫療專業人士更適合來做這痛苦決定的理由。

[判例三]

古特邦案—人，就應該被當人對待……

法院判定，雖然政府已經提出大規模的住屋興建計劃使人民能從簡陋的木板屋搬到真正的房子，這并不表示政府可以停止給因為被驅逐，遭逢火災、水災而無家可歸的人，興建避難所的計劃。這份經全體通過的判決由查克·亞可布大法官主筆，內容如下：

亞可布大法官：

我們的憲法不但重視公民權利和政治權利，也重視社會和經濟權利。所有的權利在我們的憲法中是互相關連且相輔相成的。無疑的，一個人若是沒有食物、衣服、房子，也就沒有了人性尊嚴、平等、自由等等基本權利。賦予人民社會經濟權利是讓他們享有憲法保障的其他權利的前提。這些權利的實現也是促進種族和性別平等、不分男女都有平等機會實現自我的社會進步的關鍵措施……

由此觀之，買得起房子的人，不論房子是大是小，和買不起房子的人是有分別的。對于買得起擁有最低限度設施房子的人，國家主要的義務就是松綁政策，提供購買房屋的機會，或訂定相關立法與提供貸款以幫助愿意自建住屋的民眾。發展與社會福利則是要照顧靠自己買不起房子的人。國家政策必須同時照顧這兩個族群的人民。貧窮的族群較為弱勢，他們的需求更需要特別注意……

國家的住房政策必須有整體計劃，也可能因省而異、因市而異、因都市或鄉村而異，甚至因人而異。有些人只需要土地，有些人需要土地和建材，有些人需要貸款；有些人可能需要自來水、污水處理、電力供給、聯外道路等等的協助。在鄉村地區，務農的居民集體住在村莊里，所以適合那里的居住政策套用在都市地區可能就不適合，都市人需要的是就業機會和生活空間……

住房政策的合理性問題，也必須放在整個憲法人權法案的架構下來審視。人人都有權享有合宜的住所，毋庸置疑，因為我們重視生命，也希望國民都能享有基本的生活所需。一個社會若是基于人性尊嚴、自由和平等而結合，就必須確保社會中的每個成員都應配有必要的生活物資。一個合理的住房政策必須考慮沒有享受到權利的人被忽視的程度與廣度。這些人的需要是最急迫的，他們的權利受損也最嚴重，如果要實現社會經濟權利，所有的政策與措施就不能忽視這些人。光是用統計數字說這些措施已經照顧了很多人的權利并不足以滿足合理性的要求。此外，憲法要求國家照顧、關懷到每個人。如果這些措施只是在數字上好看，卻沒能照顧到這些社會邊緣人的需求，自然遠遠稱不上是合理的……

憲法上并沒有明確規定這些沒有土地、沒有房子、住在斷垣殘壁之中、因為天災而無家可歸或是房子要被鏟平的人，要如何能取得暫時的棲身之所。這些人對住屋有迫切的需求。若是有一批牢固、舒適、安全的住屋，能夠滿足目前住宅發展相關條例所規定的住屋標準，即可滿足他們的迫切需求……

其實住房計劃的執行已經取得了豐碩的成果。政府已經投注了大量的資金，也有不少的房子已經蓋好了。大量的心力、人力、資源和專家也持續投入，以期讓這些房子早日完工。這一切都是為了能夠促成居住權的逐步落實。然而有個問題一直存在：這些措施是否符合合理性標準？

各種權利之間是彼此相互關聯的，而且重要性不分軒輊。而這樣的觀念并非只是理論上的假設。對一個以人性尊嚴、平等、自由為本的社會來說，這樣的想法在觀念與實踐上都非常重要。任何一個國家的政策措施都必須兼顧人性內在的尊嚴才稱得上是合理的。我國政府的住房政策亦然，否則憲法推崇的人性價值就將形同具文。若我們從人權法案整體的角度來詮釋第二十六條[[1]](#_1_25)，被告有權要求國家在任何狀況下，特別是在處理關于人性尊嚴的問題時，都須有合理的政策措施。簡單來說，我要強調的是，人，就應該被當人對待……

[[1]](#_1_24) 南非憲法第二十六條屬于人權法案一章，有關國民居住權之保障。

[判例四]

霍夫曼案—愿偏見與歧視不復存在

南非航空拒絕雇用艾滋病毒攜帶者霍夫曼先生為乘務員。這個經一致通過的判決由桑岱爾·恩格庫波大法官主筆，判決指出，南非航空此舉造成歧視，并判決南非航空必須雇用他為乘務員，直到他的健康狀況不足以勝任乘務員的工作為止。

恩格庫波大法官：

我們禁止歧視的根本原因是憲法認為所有人，不論其社會地位如何，都應該享有平等的尊嚴。當一個人被歧視時，他的尊嚴就受損了。歧視程度的判斷標準就在于被歧視者受傷害的程度。其他相關考慮包含被歧視者的社會地位、歧視的目的是什么、被歧視者受損害的程度，以及該歧視對受害者的人性尊嚴傷害程度……

上訴人是艾滋病毒攜帶者，這樣的人在我們的社會是少數群體，而我們的社會對他們的困境投以強烈的偏見，使得他們承受了制度性的剝奪和歧視，他們被污名化和邊緣化。正如同本案所顯示的，即使霍夫曼先生勝任該工作，卻因為身染艾滋病毒而被拒絕。社會對他們的偏見導致許多攜帶者隱瞞自己的身體狀況以避免歧視，但這樣也剝奪了他們得到幫助的機會。艾滋病毒攜帶者與患者是我們社會中最脆弱的一群人。即使有許多醫學證據說明這種疾病的傳播方式，對艾滋病毒攜帶者的偏見和刻板印象仍然存在。這種歧視，在我看來，是一種新形態的羞辱，是一種對于人性尊嚴的攻擊。對艾滋病毒攜帶者的偏見有毀滅性的負面影響。在職場上尤其嚴重，而這剝奪了他們生存的權利。因此，這樣的狀況在法律上需特別保護……

當然，正當的商業考慮是企業決定是否要雇用員工的一個主要因素。然而，我們必須對抗以商業利益做偽裝的刻板印象和偏見。為確保更大的社會利益，每個人的人性尊嚴必須被承認，任何形式的歧視都必須杜絕。唯有當這些族群受到保護，我們才能確定我們的權利也受到保護……上訴人的憲法權利不能由偏頗的社會印象來決定，也不能引用不受我國憲法管轄的其他國家航空公司的例子來決定……

偏見永遠不能將歧視合理化。這個國家最近已經形成某些制度性的偏見了。我們的法學文獻充滿著現在我們視為理所當然的權利在過去被歧視的例子。我們的憲政民主被帶到一個新紀元，一個所有人的尊嚴都被尊重的新紀元。在這個新紀元，偏見和刻板印象將不復存在。事實上，如果我們想要建立憲法里我們追求的平等國家，那我們就不應該容忍任何直接或間接的偏見存在。南非航空身為國營航空，自然必須履行其憲法義務、捍衛憲法尊嚴，而非向偏見和刻板印象屈服……

我們對于艾滋病帶原者必須抱持同理心和理解。我們必須向他們展現“和解”的和平共存精神。他們不應該被譴責甚至被判“經濟（權）死刑”，如果不給他們平等的工作機會，那就是判他們“經濟死刑”。這項課題在我國尤其重要，因為據聞我國的艾滋病感染率高得令人不安。

[判例五]

艾滋病治療推廣運動—法院是基本人權的守護者

憲法法院一致判決，衛生署限制在兩年的試驗期間，每個省份只有兩處可以提供“奈韋拉平”這種抗反轉錄藥物是不合理的。判決認為這樣的藥物應該在所有公共場所，只要有醫師可以開處方和配藥，攜帶艾滋病毒的母親和她們的新生兒就應能立即取得，這份判決處理的是關于行政權和司法權的權力分立問題，內容如下：

憲法法院：

國家必須逐步采取負責任的措施以杜絕或減緩對我們社會傷害甚劇的大規模不公平……我們必須謹記在心的是，在處理這類事務時，法院并沒有足夠的資源去進行實務層面與政治層面的深度調查，因此也無力決定何謂最低限度的合理標準，或判斷公共經費應該怎么花才最合理有效……政府預算有許多需要急迫處理的事項……當法院命令會產生復雜的社會和經濟后果時，那就超出了法院的能力范圍。憲法賦予司法權一個明確但狹隘的角色，亦即，憲法要求司法權監督行政權是否有實行合理的政策措施以履行其憲法義務。這些合理性的決定可能有預算上的意涵，但法院不會直接影響預算分配。在這種方式下，司法權和行政權達到了一種權力分立上的平衡……

我們也意識到，政府得面對流行病帶來的許多棘手問題。除了流行病之外，政府還必須要處理教育、土地、房屋、健康醫療、食物、飲水、社會安全等龐雜的事務。這些都是我們憲法里明文規定的社會經濟權利，國家必須在有限的資源下，以合理的立法等措施來逐步實現這些權利。從我國的歷史角度來看，這無疑是個異常艱難的任務。但盡管如此，這是國家責無旁貸的憲法義務……

代表政府的律師主張，在權力分立的原則下，制定政策系行政權專屬權力，司法權不能以命令的方式凌駕于政策之上，并要求行政權執行。憲法法院過去的判決已經多次闡明，雖然行政、立法、司法三權間的界線并不明確，但某些事項顯然專屬于某一權力。三權及其所轄單位都應該尊重權力分立的原則。然而，這并不是說，法院不能或不應該以命令影響政策……

法院的主要任務是忠于憲法和法律，務使其“公正、無畏、無私、無偏見的適用”。憲法要求國家必須“尊重、保護、促進、滿足人權法案中的權利”。當國家政策有抵觸憲法之虞時，法院必須檢視政策本身和其施行是否符合行政權的憲法義務。如果法院要在任何案件中宣告行政部門未能滿足憲法義務，那也是基于憲法賦予司法部門的職權所致。如果這構成了司法權對行政權的干涉，那其實也是憲法要求司法權所進行的干涉。政府律師主張對政府的命令應該區分為宣示性（declaratory）與強制性（mandatory）兩種，但此舉實無裨益。即使是政府或國營單位的宣示性命令也會影響其政策與預算分配。政府有憲法責任去遵守法院命令，不論這是否會改變其政策，也不論其有無資源。因此，在普馬蘭加案（Mpumalanga case）中，憲法法院撤銷省政府的政策，判決政府須補助某些學校，且這些補助需持續數月。同樣的，在奧古斯都案（August Case）中，為能讓受刑人也享有投票權，即使所需經費可能很龐大，憲法法院仍要求選舉委員會修改選舉政策、計劃、規定……

艾滋病問題的嚴重性需要我們同心協力來攜手合作，且行政、立法、司法三部門應該各司其職，動員所有資源，相關公民團體也必須全力以赴。為達到這個目標，政府得善盡溝通協調的工作。同時，必須有一個公共衛生計劃，讓所有關心此議題的人，如第一線的護理師和患者，通通知曉。事實上，這樣的公共衛生計劃如果要符合憲法要求的合理性，它的內容就應該被適當地廣為傳播……

我們必須要有配套的全國性計劃才能對抗艾滋病的蔓延，而政府已經承諾要投入這場戰役。我們的判決指出，若是政府政策排除應該可以取得藥物的人，導致無法阻止親子間的艾滋病傳染，那這項政策就無法滿足憲法標準。

這并不是說每個人都可以馬上要求接受這項治療，盡管就像薩布拉博士（Dr. Ntsabula）所言，那是我們最終的目標。我們的每一項努力都應該朝這個目標邁進。預算的增加將能加速這一進程……我們認為這個社會的每一個部門，特別是公民團體的參與是達到這目標的重要環節。政府一向尊重并會履行憲法法院的命令，我們相信，在本案中，政府也會這么做。

# 第八章 人性尊嚴與比例原則

尤其是當政治領導人面臨來自民眾巨大卻不合憲法原則的壓力時，人性尊嚴瀕臨威脅，此時不需向選民負責的法官反而有施展的空間。法官們可以倚賴憲法所授予他們的獨立性，來確保正義無畏、無私、無偏倚地關照到每一個人。

如果說我常在浴缸中獲得頓悟，他人給我的啟發則常發生在餐廳里。某次我和當時服務于歐洲人權法院（European Court of Human Rights）的丹麥法官伊西·福吉（Issy Foigel）在約翰內斯堡共進晚餐，他告訴我，在歐洲人權法院里面，來自南歐的法官和來自北歐的法官思路有明顯的不同。他們對判決結果也許意見一致，但邏輯推論過程卻大相徑庭：來自南歐的法官相信他們的任務是分辨正義和不正義、正確與錯誤，而來自北歐的法官則認為他們的職責是在各自有理的權利主張中保持中立，主持程序工作。后者相信，在現代多元的民主社會里，極端的不正義已經很少見。他們認為人權法院的基本課題是要找出一個能夠平衡各種公共利益與私人利益的一致性做法，而不是劃分正義、不正義的界線。

對我來說，南非憲法法院處理的案子也多半是權利和權利之間的沖突，或說正確的主張和正確的主張之間的矛盾[[1]](#_1_27)。我們真正的難題不是辨別合法與非法，而是努力調和在開放、民主社會之中必然有的利益沖突。在這樣的前提下，抽象法釋義學的論理方式不是那么重要，取而代之的是以目的、脈絡、后果影響以及價值為中心的審判方式。這并不是說，前后一致的法律論證和法律融貫性（legal coherence）的要求不重要，難以捉摸且多半是個人主觀判斷的利益和欲望，反而成為法院的主要關心。正好相反，在這種情況下我們更需要預先取得客觀的原則與事實證據，以作為判決的根據。更重要的是，我們必須時時謹記在心，這些原則本身即蘊含平衡的元素。事實上，如果有天我漂流到一個荒島之上，而且只能帶兩樣憲法所蘊含的法寶，那我要帶的就是人性尊嚴和比例原則（proportionality）。

當我受邀和美國聯邦最高法院的斯卡利亞（Antonin Scalia）大法官在丹麥國會“六百周年慶”活動上發表個人演說后，我就一直在思考形式主義的法律論理和目的性衡平的法律論理之間究竟有多大的差異。顯然，我們兩個人同時受邀這件事情，也是基于一種衡平性的想法。講話充滿個人魅力、鞭辟入里的斯卡利亞大法官認為，法官的職責僅僅在于確保憲法的各項條文必須被遵守。他說，保障個人自由最好的辦法就是權力分立，一方面各州和聯邦政府必須分權，另一方面立法、行政、司法三權也恪守本分、互不逾矩，而非讓法官將他們的主觀偏好加諸透過民主程序通過的法律里面。因此，他完全不贊同將比例原則、價值平衡這些觀念作為司法權的武器。在他看來，立法者而非法官，才是這些必要的利益平衡的執行者，立法者必須在各種沖突的利益間取得適當妥協。這次的經歷真是太美好了，我有三大收獲：一、原來丹麥國會過的不是六百年生日，而是一百五十年；二、斯卡利亞大法官在法庭上十分嚴厲，但私底下他是非常和藹可親的；三、在丹麥的社會環境中，伊西·福吉告訴我的比例原則比斯卡利亞大法官所提倡的推理原則，更令人認同。雖然丹麥的憲法是比較傳統的憲法，在基本權利保障上沒有太多突破，但身為歐洲國家，以及其對《歐洲人權公約》（European Convention on Human Rights）的遵守，才培養出丹麥人民強烈的基本人權意識。倒是在法國，傳統上人民的總體意志透過國會呈現出來，有了很大的轉變。我聽過一位法國憲法委員會的法官發表如下觀點：19世紀是行政權控制國家的世紀，20世紀是立法權凌駕于行政權的世紀，至于21世紀，將會由司法權來確保立法權和行政權都會遵守有關人民基本權利保障的規范。

南非協議式的革命幫助這個曾經一度極權、充滿種族歧視的國家，脫胎換骨為一個民主政體。南非著名的公法學者艾蒂安·穆瑞尼克教授（Etienne Mureinik）因此有感而發，從司法的角度提出相當雋永的評論。他指出，我們正跨越一座橋梁，這座橋梁是從訴諸權威的文化通往訴諸理性論證的文化。不論斯卡利亞大法官的想法能否被視為訴諸權威的文化，我國的憲法法院無疑是建立在訴諸理性論證的文化之上。其意涵對司法的影響甚巨，而憲法法院有責任帶領著全體司法工作者去接納并吸收必要的改變。律師將這種改變視為從文義性解釋變成目的性解釋，但實際上必要的工作遠超過此類技術性轉換。我國憲法對司法權的運作帶來了極大的改變。憲法要求憲法法院以制憲之前我們想都沒想過的全新方式來處理三個大問題。這三方面都要求我們超越原本刻意固守條文的模式，進而承擔起在憲法范圍內進行審慎權衡的裁量。這樣的轉變就像是一段旅程，航程的起點是過去那種執著于概念分類和嚴格套用形式規則，終點是以原則一致的方式，在一個開放民主社會中必然會出現的沖突利益之間進行輕重權衡。我們的憲法鼓勵我們參照外國的法律，而我們也發現在全球如雨后春筍般出現的各國憲法法院，大家對司法功能的演變都有相同的理解[[2]](#_2_21)。

在制憲之前的年代，我國是議會主權國家，國會主宰一切，沒有人可以質疑國會所制定的法令。那年代法官勉強擁有的詮釋功能便是從國會立法程序中的討論去推敲立法者的原意。現在，法官的主要工作變成判斷法律是否符合憲法。即使在某種程度上文字是死的，我們仍努力活化法條文字，使其合憲。如此一來，司法的主要工作不再是從立法文字上去推敲國會的原意，而是判斷對法條內容的某種解讀是否超出了憲法所能允許的范圍。從議會主權邁入憲法主權，國會不再是最高的權力來源，過去主宰法律界的陳舊、高技術性法條解釋方式實際上已經不合時宜，法律爭論和判決的本質也已經改變。

第二個司法工作的全新變化是，司法者在處理法律違憲爭議時，不能再以迂回的方式，避免該法律對憲法保障的基本權利造成限制，以對被質疑的法條進行解釋。我們現今必須回答在制憲之前根本不存在的司法問題：在一個以人性尊嚴、平等、自由為本的開放民主社會，對權利的限制是正當的嗎？事實上，關于是否可以透過立法對某項權利進行限制的問題，很快就占據了憲法法院大部分的時間。憲法本身就提供了一系列可供參考的因素。根本上，我們必須根據比例原則，針對每一個個案做判斷：對權利的限制與其限制手段是否與其所欲保護的公眾利益成比例？這類問題的核心在于不同利益間的平衡。簡單來說，就是比例原則。比例原則、比例原則、比例原則，我再怎么重復這個詞也不為過。我們的第一個案子乃關于死刑的合憲性，便是以比例原則作為整個法律分析的脊梁骨。

我之后將會詳細分析比例原則的重要性，但在此之前，我必須先說明司法工作第三個天翻地覆的大變化。我將其稱之為救濟（remedies）的問題。如果一個法規不合憲，如果對某項權利的限制是不合法的，那么適當的救濟是什么？憲法對此給予憲法法院在個案的判決上極大的裁量空間。憲法法院可以剔除法條中某些違憲的文字，只留下合憲與符合該法意旨的部分。如果剔除違憲文字不能達到目的，憲法法院可以宣布該法的概念違憲（notional unconstitutionality），也就是說，打個比方，該法可能在甲、乙、丙部分違憲。這些都是我們在制憲之前未曾聽聞的方式。至于那些堅持以過去的方式、企圖盡可能順從立法者意志的法匠，這樣的改變更是難以驟然適應。現在，我們在解釋法律時，不再受限于法條文字，而會掌握更多的意涵。

我們第一次將這種法律解釋方法運用在個案之中，是針對一個移民法規的案子。該法很明確地是為了公共利益而立法，但卻是違憲的，因為它只限于用于合法結婚的夫妻而不包含同性配偶。在這被視為對性傾向的歧視后，我們決定不將其送回國會修法，而是由我們來加進一段話，讓同性配偶也能適用該法。該法的目的很清楚，我們以影響最小的方式進行改變，更省下大筆的政府經費。我們認為國會需要添加的文字，國會總是都會照辦以使法條合憲。如此一來，透過附帶條件的合憲性解釋，憲法法院深化了而非阻撓了國會原本的立法目的。

一般情形，當憲法法院宣告某法條違憲時，它也有權針對這項違憲宣告做出它認為符合正義且公平的配套命令。這賦予憲法法院廣泛的裁量空間去選擇給予救濟的方式。憲法允許法院讓違憲的法律存在一段時間后才失效，以便國會有時間修正疏失，這些都是在新憲法生效前不存在的。然而這樣的裁量空間不表示我們可以不提出合情合理的理由。相反的，我們在每個案件上都必須清楚地解釋推論過程，臚列正反意見，以及最終采取的單一救濟途徑或復合式救濟途徑是在什么基礎上做出來的。事實上，在每個個案的討論中，我們花在討論救濟途徑上的時間絕不少于討論實體爭議問題的時間。

我現在要回到憲法法院的核心實質工作，其中大部分都牽涉到比例原則如何運用在個案之上。在每個案子的最后我們都必須做出價值判斷，因此很快我們就意識到有需要盡可能全面、清楚地把判斷的基礎原則交代清楚。判決不能只是“法官這么說”或是法官主觀的看法，我們必須論證在什么樣的脈絡下，啟動了憲法基本權利的保障機制，分析受質疑的法條能如何促進公共目的，檢驗該法條在多大范圍內可以保障人民權利，還有最重要的，判定該限制的范圍是否符合比例。同時，為了達到平衡，我們必須尊重行政權應享有一定的裁量空間，可以選擇適合的措施以達到其政策目的。另外，我們也應該理解政府有一定能力對哪些政策緩、哪些政策急進行實務性的評估，并在需要時邀請立法單位介入。在政策會造成多重沖擊的地方，換言之就是會對諸多生活層面造成廣泛且不易計算的損害時，政府的裁量空間就特別應予以尊重。

與此同時，我們總是要以憲法為準繩來檢測每項政策，是否能夠在一個開放民主社會通過人性尊嚴、平等與自由的考驗。在援用這一判案準則時，我們盡可能地多參考各國的案例，從他們的法學思維與司法實務中汲取經驗。因此，我們認為我們有責任在做出判決時，讓讀者能完全理解我們考慮了哪些因素，哪些因素具有扭轉全局的關鍵性作用，以及背后的原因是什么。

在絕大部分的案件中，我們不斷辯論，直到我們取得足夠的共識，能夠以一致通過的方式來撰擬判決書。但也有些時候，大家對于比例原則的天平上應該包含哪些利益，各執一詞、無法妥協。例如，在關于拉斯特法里教派（Rastafari）[[3]](#_3_15)主張宗教自由應可以保障他們使用大麻而不受刑罰的案件時，憲法法院大法官們形成六票對五票的局面。雖然我們都采取比例原則進行平衡性的評估，但結果每位大法官對相關考慮給的權重都不一樣。這個案子是一位實習律師提出的，他按照本行的專業標準已經夠格成為律師了。然而，他曾經兩次因為持有大麻被定罪，而且根據他的宗教信仰，他無法保證不再吸食。憲法法院將此案延后開庭，以便收取拉斯特法里教派信眾和大量來自司法人員的證詞。在研究這些資料后，大多數的大法官認為沒有辦法讓警察以宗教因素為拉斯特法里教派破例。我在不同意見書中指出，多數意見并沒有對邊緣化的宗教族群給予足夠的尊重，這也讓主流思想掩蓋了不同群體的聲音。在我看來，警察可以將查獲的大麻分配一部分給指定的拉斯特法教派里牧師，以供信仰之用。詳見普寧司案的判決摘錄，該段顯示經過比例原則的平衡后可以有不同的結果。重要的是，在多數意見和少數意見中都充分揭露我們考慮的因素，特別是我們在論辯結構上相當倚重的因素。

類似的，在牽涉到平等保障的案件中，我們必須根據憲法去判斷對不同人的差別待遇是否構成了不公平的歧視。為了回答這類問題，我們被迫要去考慮該措施對特定族群所造成的實際影響。即使我們都以比例原則進行檢驗，我們的結論還是會有分歧。因此，在一個關于往生者（即被繼承人）財產只能給配偶，不能給未婚同居人的法規是否違憲的案子上，憲法法院形成了七比三的分裂。事實上，多數意見認為，就法律觀之，未婚同居人在伴侶過世前并沒有任何法律義務，死后將財產判給還在世的未婚同居人在邏輯上不通，也不公平。我所提出的不同意見書，先很不好意思地說，至少是判決書的兩倍長。我主張，該案不能以狹隘的婚姻法觀之，而應該以寬廣的家庭法來審視。家庭關系的本質和緊密度才是家庭的關鍵元素，家庭成員間的親密關系，以及活著的人對死者和孩子無私的奉獻，這些都限制了遺屬借此斂財的機會。盡管實際上一個人可以選擇的婚嫁對象往往有限，但從法律觀點來看，人的確有自由去做選擇。然而，我跟其他法官賦予這個事實的重要性不一樣，這是造成我們之間的重大分歧的原因。我的不同意見詳見沃克斯案的摘錄。

接著我們要處理的是社會經濟權利的執行問題，其中最值得關切的問題在于：國家在資源有限的前提下，是否能實行合理的政策措施來實現這些權利，這也是本書第九章所要探討的。比例原則、公平性、合理性：這些問題都不是光憑文義解釋和邏輯分析就能得到答案的。為體現憲法精神，針對每一個來到憲法法院的案子，我們都必須在重要的社會與道德議題上做出價值判斷。也就是說，問題不在于“要不要”做價值判斷，而在于“如何”做出符合憲法表面文字與內在精神的價值判斷。我國憲法是個承載豐富內在價值的寶庫，那些價值不只是隱含在其整體設計的民主政治架構中，更明白表示在憲法概論、制憲原意，以及對于人權法案的解釋方法之中。

從以上的兩個案子來看，在關于邊緣化的宗教團體和未婚同居伴侶的權利問題上，憲法法院的大法官們不必然對什么是最好的政策有不同的看法。關于賣春／性工作者的問題上，也是一樣。導致憲法法院分裂的爭議在于，該案應該完全交由立法部門來權衡，還是因為牽涉到基本權利問題而需要司法權介入？一般來說，制定公共政策，以及決定如何利用資源才最適當，并非法官的職責，而是選舉產生的國會議員的工作。這不僅是因為法院要避免干涉預算的決定，畢竟，要執行基本公民權利通常會牽涉到預算問題，例如法院要求舉行選舉，或是提供法律援助的條款便是明顯的例子。更深一層的問題是，法院在制度設計上，是否適合在許多選舉時會引發社會輿論激烈爭論的議題上，采取特定立場？答案通常是否定的。政府的政策是睿智或愚蠢是由民意和選民決定的，不是由法官決定。在民主憲政下，這是一般原則。我強調，是一般原則，但并不是完全不可變通的。

我的觀點是，在少數的狀況下，法官因為不需向選民負責所以在處理高爭議性問題上反而處于有利的位置。憲法要求我們捍衛顛撲不破的核心價值，它不僅成為舉世共尊的法律理念，更與我國日漸成熟的憲政觀念有直接關聯。這讓我深切地體會到，在憲法的設計中，獨立的司法權與保障人性尊嚴的工作是息息相關的。穩若磐石的基本權利保障提供給憲法一個面對每一個公民時的基本架構。法院的職責不是在社會上選邊站，不論這邊是強是弱。法院也不允許純粹個人的政治、社會、道德立場有過大的影響力。法官當然也有個人意見，而且常常還很強烈，但法官的個人意見就像是光線一般，必須經過憲法這個棱鏡的折射，才能發出光芒，才能在社會上發揮影響力。憲法本身將一個重大責任托付給法官，即要求他們確保人性尊嚴無時無刻不受到尊重。這就是為什么我們享有基本人權。

在一個不但異質性特別高，而且極端不平等的社會，對人性尊嚴的尊重是最能凝聚社會的憲政原則。這意味著我國憲法人權法案不只是為了確保有產有業者繼續享有這些權利，也為貧苦弱勢群體創造了獲得尊嚴的機會。如此一來，其實我們無須再辯論未經選舉的法官是否適合在具爭議性的政治問題上選邊表態。真正需要深思的問題是，如何審慎地為法官們劃定出一個有限且實務上可操作的界線，讓身為人性尊嚴捍衛者的法官也可以在高爭議性政治問題之中發揮作用。尤其是當政治領導人面臨來自民眾巨大卻不合憲法原則的壓力時，人性尊嚴瀕臨威脅，此時不需向選民負責的法官反而有施展的空間。正是在此關鍵時刻，司法權借由一種最純粹的形式發揮其功能。法官們可以倚賴憲法所授予他們的獨立性，來確保正義以一種憲法所期盼的方式，無畏、無私、無偏倚地關照到每一個人。

在確保特別弱勢的族群的權利時，法院將奉行憲法表面文字與內在精神所共同傳達的價值。大多數具有違憲審查權的法院都會透過比例原則的衡平檢驗，都會依照憲法誡命的價值去處理許許多多的個案。這個現象并非偶然。一個尺寸的鞋子不可能容得下所有的腳。比例原則有它的必要性、有它的邏輯、它所要求的證據門檻，以及它下轄的次級標準[[4]](#_4_9)。比例原則究竟要如何落實運用，還是要以開放民主社會中所通行的概念為準。這樣的“社會”只存在于概念上，不見諸世界上哪個國家，不見諸世界上哪一部憲法，也不見諸世界上哪一種司法制度。這是一個理想型的社會，依照各個被視為民主國家的社會里面，處理權力和權利議題的實際經驗而導出的理想型。這個社會消滅了所有的壓迫、困厄、隔閡與歧視，這些都是舊社會的產物（令人難過的是，在世界上許多角落仍有這些現象）。這個社會充分認知人性尊嚴的基本精神和原則，并以“接受每一個人他們現在的樣子”為目標。這個社會假設多元的存在，而且不但歡迎每個人，還以同等的關懷與尊重對待每個人。這是一個保護良知和言論自由權利的社會，這是一個確保政府需要向人民負責的社會，這是一個票票等值，而且少數意見不會被忽視的社會。

這個想象的社會成為我們用來衡量政府法規和施政之合憲性的藍本。在處理我們經常面對的難以決定的案件時，想一想這個理想社會里面的標準，不時能給我們啟發。身為法律人，同時也身為人類的一員，我們的工作始于辨別與欣賞該理想社會之輪廓。仿照美國聯邦最高法院的霍姆斯大法官在一個世紀前針對習慣法（common law）的評語，憲法的血脈不是來自邏輯，而是來自經驗。這句話要成立，必須補充一點觀察，憲法的動力是來自邏輯，但它整體的融貫和持續，則是來自邏輯與經驗是否能夠彼此交會。

[[1]](#_1_26) 作者用“正確和正確”（right and right）來對照前面提到南歐法官的“正確與錯誤”（right and wrong），但right同時有權利的意思，因此作者用此雙關語，同時指涉“正確和正確”及“權利和權利”的沖突。

[[2]](#_2_20) 憲法法院是否可以參考、引用外國法院判決，向來多所爭議。美國聯邦最高法院很少引用外國法院判決，斯卡利亞大法官更大力駁斥引用外國法院判決的必要性和正當性，認為有違國民主權原則和民主原則。

[[3]](#_3_14) 1930年代興起于牙買加的一個基督教教派，信徒以非洲人為主，并視埃塞俄比亞皇帝海爾·塞拉西一世（Haile Selassie I）為天父的化身，或是耶穌基督的再生。吸食大麻是他們的宗教行為的一部分。起源于牙買加的雷鬼音樂也與拉斯特法里教派有很深的淵源。

[[4]](#_4_8) 如適當性原則（手段是否有助于達成目的）、必要性原則（是否為最小侵害的手段）、狹義的比例原則（所受損害不得超過所失利益）。

[判例一]

普寧司案—狎侮來自陌生

從以下的判決摘錄可以看出，我和多數意見的大法官們都同意必須有平衡性檢驗。在天平的一端是拉斯特法里教派信眾要求的讓他們例外持有大麻以舉行吸大麻的宗教儀式“達加”（dagga）。而天平的另一端則是可行性，或者說是讓執法機關為了他們特別制定例外條款。多數意見認為，允許有限的例外將增加往后執法的難度，而且有限度的例外在任何狀況下也都無法滿足拉斯特法里教派信眾的要求。我則認為，多數大法官沒有對邊緣性團體的宗教自由給予足夠的重視，也不夠重視社會整體包容彼此差異性的重要性。此外，在平衡檢驗上，我們也必須弄清如海洛因這樣極度有害的藥物和酒精、香煙同等級藥物的區別，這些以休閑為目的而生產的藥物早在殖民時代之前就有了，而且還是從本土植物中提煉出來的。

多數意見：

爭論焦點不在于我們是否同意法律禁止人們持有、使用大麻。我們對此的觀點與本案并不相關。唯一的癥結在于該法是否合憲。上訴人主張該法侵害了他的宗教信仰自由和舉行宗教儀式的自由，這才是我們要處理的問題。

在憲法要求的比例原則分析之下，宗教信仰自由和舉行宗教儀式的自由，在一個以人性尊嚴、平等、自由為本的開放民主社會無疑是重要的，而法律對拉斯特法里教派舉行宗教儀式的自由造成了實質上的限制。但是，我們也必須知道，該法的存在是為了協助政府的反毒戰爭。上訴人主張，該法雖然用意與施加在一般大眾身上是有正當性的，但卻管得太寬，其規范限制了拉斯特法里教派的使用，那應該是合法的，不應該被禁止。

該法禁止持有與使用有害藥物，目的是在源頭切斷這類藥物的供給，使人無法取得。這個一般通則是毋庸置疑的。該法試圖借由阻絕所有對有害物質的持有（唯醫療或研究目的除外）來減少藥物危害，而非僅懲罰該有害物質的有害使用。這樣的規范有助于該法的執行。凡持有該藥物即為犯罪，是否自用或最終使用目的是否有害則所在不問。如此的管制法規事實上乃是沿用南非也參與的《1961年尼古丁藥物單一公約》（1961 Single Convention on Narcotic Drugs）。

大麻這種藥物在南非國內外都有大量非法貿易，此外，拉斯特法里教派在宗教儀式上所使用的大麻并非圣禮式或象征性的少量吸食。當兩個或以上的拉斯特法里教派信眾聚在一起舉行宗教儀式，他們就會集體或私下吸食大麻，且在其他時機與場合也會。上訴人提供之證據顯示，他在自宅及其他場所定期性地使用大麻。唯一能夠區別他與其他被禁止的大麻吸食有何不同的，只有他吸食是為了宗教目的。

然而，并沒有任何客觀方式能夠讓執法者分辨人們“吸食”大麻是為了宗教目的還是休閑目的。更難以客觀訂出標準的是要執法者去分辨人們“持有”大麻是為了以上哪一種目的，這幾乎是不可能的。要求執法者判斷大麻持有者所言“宗教使用”是真是假，也是不可能的。事實上，由于缺乏一個嚴格控管的合法大麻供應鏈，我們根本無法區別少數拉斯特法里教派信眾為了宗教目的而合法取得的大麻，以及整個外在環境中非法交易的大麻。合法的孤島處于非法的汪洋之中，恐終將被淹沒。

宗教性的使用大麻不能和醫療性的使用相提并論。僅靠拉斯特法里教派信眾所謂的自律，難以保證他們不會向其他的藥物吸食者一樣上癮。此外，就本案而言，若是政府另外頒發執照，特許“真拉斯特法里信眾”以宗教的名義取得大麻，那么這樣反而違反了宗教自由的本意。宗教自由的本質是人人有權選擇宗教，而不需政府任何形式的許可……許可制無法解決執法的問題……要確保持有大麻的人只在合法范圍內使用它們，完全只能靠他們自己的自制，國家非常難以監控。當然，也是有許多人更激進地認為，準許拉斯特法里教派信眾持有大麻是沒有意義的，除非準許他們自行種植……

我國政府為了公眾的整體利益并履行國際義務而禁止大麻，若是為了拉斯特法里教派而特別允許例外，不可能不危害政府的執法能力。因此，依照我國憲法，不針對拉斯特法里教派設例外條款是合理且合憲的。

容許特殊的例外一定會影響到國家的執法能力，然而，若是大麻的使用被限制在特殊的例外之內，那又無法達到拉斯特法里教派的要求。

薩克斯大法官：

不寬容可能以各種形式展現。而其中最驚人、最具毀滅性的形式之一便是以權力將他人的信仰或習俗視為異端邪說，并加以摧毀。另一方面，稍微仁慈一點的不寬容則反映在故步自封、不能接納異己的主流文化之上。

現在，大多數的大法官都認為，國家若是針對拉斯特法里教派而允許特例，那么在反毒工作上的執法能力就一定會被傷害到。如此一來，他們其實是等于要求其信眾在信仰與守法之間只能選擇一個，而我認為這種要求是不必要的。出現在通則之中的例外總是會迫使國家承擔額外的成本，然而，執行上的不便以及主流價值的調整，本來就是憲政主義要求政府必須承擔的。在我看來，本案判決不認同放寬限制，并對該措施的沖擊考慮不周，此判決的后果不僅限制了上訴人與其他信眾的基本權利，也傷害了我國憲法所要求的對所有多元文化的包容與尊重。

大法官在衡量本案中各相關利益的輕重時，不應只用純然的邏輯與抽象的理性來思考，這好比天平的兩邊不會是無重量的，其軸承也必會受磨擦力的干擾。真正的輕重權衡必須在活生生的歷史、社會與認知脈絡當中進行。就算為了完成判決，法官不得不進行抽象的概念式思考并使自己與現實保持距離，然而，法院的運作是在現實脈絡之中，而且必須考慮其判決在現實之中對人們的影響。此外，憲法法院本身即為現實的一部分，其運作必須同時既抽離現實又結合現實。我相信在本案中，歷史、想象、價值觀扮演了特別重要的角色，尤其是當我們考慮到天平上牽涉的諸多因素時。

為了取得平衡，某些法律（或某部分的法律）必須比其他法律更強調平等。因此，國家在全面禁止海洛因上所遭遇的實際困難可能和禁止“達加”所遭遇的困難并無二致。然而在比例原則的檢驗上，禁止海洛因對于執法造成的影響可能被放大了。在少數拉斯特法里教派信徒為了儀式而服用本土“達加”這件事上放松一點管制，對查緝海洛因、可卡因、非法鎮靜劑（mandrax）的大規模走私進口等真正要緊的工作不會有太大的影響。的確，假若給予拉斯特法里教派信徒于宗教儀式中使用“達加”的特別權利，而不是追緝逮捕他們，對于“反毒戰爭”可能是較有利的，這些資源可以挪用于禁止更加有害的藥物。

我們需要的是在所有考慮因素中，取得最大的平衡。眾多考慮因素包括：一個具有普遍性但可因個案做細微調整的方式；以國際經驗為依歸但兼顧南非實際情勢；以公正貫穿其中，并完成我國憲法彰顯的終極價值。為了達到這種平衡，憲法法院很可能會經常面對復雜的權力分立問題，它得決定什么應該屬于憲法劃分給立法權與行政權的裁量空間，什么又是屬于該由司法權來決斷的。

若我們把拉斯特法里教派和其他主要宗教信仰相比，便知它并非大到國會議員不敢忽視其利益的宗教團體。因此，在種族主義者禁止一般非洲人持有酒類的年代，基督教會卻有辦法在非洲人的聚會上提供圣餐酒（這正如同在美國最嚴格禁酒的年代，圣餐酒被視為例外特準）。相反的，想要私釀酒作為傳統宗教祈禱儀式之用的非洲人都遭到取締。差異之處不在于使用性質，而是所牽涉的宗教的政治社會地位。雖然俗語說“親昵生狎侮”，但在牽涉到宗教自由的問題時，我們必須承認狎侮都來自陌生。

我們很難想象，在今日南非，立法當局通過或維持任何壓迫基督教、伊斯蘭教、印度教、猶太教等主要信仰的法律。這些都是枝繁葉茂、基業穩固的宗教，他們有強大的能力去游說立法，且其影響力足以影響選舉結果。他們自然沒有需要向法院請求憲法保護。

沒有任何抽象性的憲法分析可以解決信仰和公眾利益之間孰輕孰重的平衡難題。然而信仰與公眾利益的最大交集在于寬容，它不只是憲法推崇的美德，更是對多元與開放的尊重。因此，宗教寬容不只應該保障人們免于在信仰與守法之間做出痛苦的抉擇，更對所有人都有深刻意義，因為宗教和信仰是重要的，因為生活在一個開放的社會是重要的。

綜上所述，本案的關鍵因素并非憲法法院同意或不同意拉斯特法里教派信徒使用“達加”，并非我們有沒有信仰，也不是我們是不是某個特殊宗教的信徒。事實上，在本案中，真正發出響徹云霄、金聲玉振之呼聲的是宗教寬容，而就算我們的道德良知讓我們對“達加”的使用打從心底厭惡，就算我們尊重信仰但卻不歸屬于任何特殊教派，都應該支持這個原則，更別說本來就是同情拉斯特法里教派的人。如果我們認為對差異的合理包容不僅是法律用來解決紛爭的一個技巧，更是整個憲政事業中的核心問題，那我們都應該對這個呼聲有所回響。

如果我們只是接納那些我們已經熟悉或沒有爭議性的事物，那稱不上是人權法案所憧憬的寬容，真正的考驗在于是否能夠留一個合理的空間給那些“陌生、古怪甚至是可怖”的事物。

[判例二]

沃克斯案—結婚證書之外的付出……

爭議焦點在于未婚同居伴侶在婚姻關系的認定上是否被不公平地歧視，因為他們被排除在《遺屬扶養法》的適用范圍之外。憲法法院的多數大法官認為本案并無歧視，但兩位女性法官提出不同意見書，我也提出不同意見書。下面的摘錄可以看出由西拜爾·斯奎伊亞(Thembile Skweyiya)大法官主筆的多數判決和我的判決之不同。

斯奎伊亞大法官：

婚姻和家庭是我們社會的重要機制。婚姻有其核心且獨特的地位，同時也是家庭生活的重要基石。

當我們考慮到婚姻背后伴隨的獨特權利與義務時，便不能說以有沒有結婚做區別是不公平的。夫妻需要對彼此負擔相互扶持的責任，未婚同居伴侶卻沒有這樣的法定約束。按《遺屬扶養法》規定，扶養費的利益是伴隨著婚姻所界定的扶養義務而來。該法適用于被繼承人未死亡時，在法律上負有扶養義務的對象身上。

婚姻不只是一張結婚證書。決定結婚的雙方清楚地知道從結婚的那一刻起，按法律規定雙方就負有一定的法律義務，不需要另外鑒定協議。這些義務有的可以持續到婚姻關系結束之后，甚至是婚姻一方死亡仍有效。相反的，同居伴侶之間若是有義務產生，也只是因為彼此之間有了協議，該協議之外則并無其他義務。若法律并不要求死者在生前負擔特定義務，死者自己在生前也沒有明白表示愿意承擔此種義務，那在他或她過世后，憲法也不應該將這種義務加諸死者的遺產之上。

我的結論是，區別婚姻遺屬和異性同居遺屬并沒有不公平。從有關在世配偶請求遺產酌予扶養金的規定來看，若死者生前依法無此義務，不許同居伴侶請求遺產酌予扶養金也是完全沒有問題的。若是強加，不僅不合邏輯、不公平，而且不理性且法理上站不住腳。

我對于想要結婚但未能結婚，結果只能成為權利不受保障的作為同居人的脆弱女性有極為誠摯的關懷。然而，我亦不認為將《遺屬扶養法》擴大適用能對她們有實質幫助，而且不這么做也不意味著對她們存在歧視。解決歧視問題的真正答案應該是趁同居生活的雙方都還在世的時候，透過法律規定改善生活境況不佳女性的處境。一旦法律依此修正，那我們解讀《遺屬扶養法》第二條第一款[[1]](#_1_29)的法律脈絡將會產生極大的變化。

薩克斯大法官：

當一個女人曾和一個男人共組一個家庭、共同生活、與他攜手生育教育子女、關心他的健康，并在他死后用她的余生繼續撐起這個家，卻只因為他們兩人從未結婚，應該在遺產關系上被視為陌生人且沒有任何權利要求補助嗎？婚姻應該被視為判斷一個人是否有權利作為往生者的法定繼承人或受遺贈人的唯一標準嗎？

把非婚姻關系中的遺屬排除在遺產繼承人之外是否公平？我們在思考這個問題時不應局限于較狹隘的婚姻法條文，而應該參考更宏觀、更注重具體細節的家庭法，該法的原則已經在新憲法時代中有了長足的進步。

家庭法的主要目的是在親密的家庭關系中促進穩定、責任與平等。

《遺屬扶養法》的目的是為了讓孤苦的遺孀有繼承遺產的法律依據。其主要的元素為家庭關系、親密的感情和實質需要。若我們將這三個元素列入考慮，只因為她沒有結婚證書而被剝奪該權利，不僅不近人情，更是于法不公。

……為自己的家人盡心盡力可以說是我們一生中最大的喜悅，因此理當不需額外補償，然而，這樣的犧牲雖然不能說是不公平，卻應該有更公平的處置。

憲法的目的是將無法改變的不幸轉換為可以被補償的不正義。若是我們認為一個女人因為能任勞任怨地對家庭與死前的丈夫犧牲奉獻，所以也應該能夠克服丈夫去世后的種種困難，那真是對家庭法的一個極為荒唐的誤解。《遺屬扶養法》的規范無異于要求她若非選擇正式結婚，就得離開這個男人，這是對一個弱勢、經濟上不獨立又頓失所依的人的歧視。這種陳義過高的道德要求不僅不合情理，在憲法看來也是不公平的。

當然，這個問題必須從多方面思考。我們社會的確有需求將婚姻塑造成提供親密家庭關系的安穩、安全、安定的制度。然而，任何想要改變這種不對稱負擔的措施，無論是家庭法還是社會福利法，都有可能被批評為破壞自主的精神。然而，若說干預過度的家長制將壓抑并妨礙我們實現社會平等，“司法創造出來的摯愛”（judicial tough love）就更可能無視人民必須在生活中親自面臨的重大問題。如果知道法律會介入并提供基本正義，那么這些人將不會感到如此無助而不得不向命運低頭。這也就是為什么法院要介入基本權利的保障。如此一來，司法就提升了而非貶損了人性尊嚴和自我價值。

許多新近喪偶、年邁、貧困的婦女發現她們除了衣服和廚具之外，并沒有任何的資產或存款，找到工作的機會也不高，只有政府發放的老人年金能讓她們免于三餐不繼。我們應該在這個現實脈絡之下去解讀《遺屬扶養法》的法律意旨。

她們的選擇實在不多，若不想繼續與一個沒意愿或沒能力娶她們的男人同居，就只能選擇過著孤苦困頓、甚或出賣自己肉體的生活。任何人若是在“公平性”與“將她們要求扶養的權利排除在外”之間，選擇了后者，必須要想清楚其后果。

綜上所述，持續將所有“家庭伴侶”（domestic partner）排除在《遺屬扶養法》的范圍之外，而無視于他們在另一半死后對家庭的付出與奉獻，是無法言之成理的。因此，該法若仍然拒絕讓終身相依相偎卻沒有結婚的伴侶繼承另一半的財產，該法就是無效的。

[[1]](#_1_28) 該條文大意為，如果婚姻關系中的一方去世，另一方又無法自己養活自己，就可以基于扶養需要主張對死者財產的權利，直到他或她再婚或死亡為止。

[判例三]

羅斯登堡白金礦案

—憲法精神不只是用來點綴法條的飾品

大法官們在審理一樁解雇案件是否公平時，對應該根據什么原則來判斷仲裁人依據勞工法做出的決定發生了爭議。在憲法法院進行言詞辯論時，討論的焦點集中在究竟是要采用相對狹隘的勞工法，還是較寬廣的行政法，來作為審理的依據。我的判決指出，我們需要兼容并蓄的思考，而且無論是采用勞工法或行政法，結果應該是相同的，因為真正的關鍵在于民主開放社會的核心價值。這個價值與文本不應該切割。

薩克斯大法官：

憲法價值的效力乃是明確而無遠弗屆的，而且明白清晰地彰顯在我國的憲政體制當中。它寓含于新民主秩序下的各個架構和設計之中。憲法的文字和精神不可分割：價值不是用來點綴某法條的華而不實的飾品，每項單一條文也不是獨立于其他條文之外，只有在被引用時才發揮效用的。法律條文不是空洞、中性、彼此毫無關聯的，而使之融會貫通的正是憲法價值。條文和價值相輔相成，以缺一不可的方式提供憲法所承諾的保護。

在一個以價值為本，且具有完備、有活力、能進步的規范性結構的憲政民主體制當中，我們需要一個整合了背景事實、多元利益與價值觀念的架構來處理人民對憲法所涵蓋的正義的吁求。

# 第九章 當神圣與世俗相遇：同性戀婚姻的雙重挑戰

判決書不能暗示某一方是性喜標新立異、惹是生非的煽動者，或暗示另一方是食古不化的老頑固。你若一旦開始以“好人”、“壞人”來區分這些憲法服務的對象，那我想你就已經脫離憲法的初衷了。

楔子：同志大游行

那是1991年11月的某日，那時我還不是法官，而且，我正流著滿身汗。畢竟這是經過二十四年的流放之后，我又再度開車駛往開普敦市區，我的背都濕了。11月的開普敦正值酷暑，而這也幾乎是我在莫桑比克差點被南非的國安機關放置汽車炸彈給暗殺之后，首度自己開車。只用一只手握著方向盤讓我既緊張又害怕。我冒冷汗的原因之一是對路感到陌生，太多新辟的單行道了，我們被吩咐在“老地方見”，哇！我雖然身為自由斗士，但我根本不知道“老地方”在哪兒。但是，讓我冒汗的最主要原因是：我即將參加我生命中第一次的“同志之光”大游行。

我遲到了，我可以想象主辦者會說：“好吧，奧比又放我們鴿子了！”前一年，他們曾經在約翰內斯堡辦過游行，因為我一向反對人們對性傾向的歧視，這種廣為人知的立場，使我受邀參加這次游行。但是到了游行當天，我只能向主辦單位說抱歉，因為我要去參加一場異性戀婚禮，所幸這對新人都是名人，所以主辦單位應該不至于認為我在找借口吧……但是同樣的事情如果又發生第二次的話，他們會怎么想呢？

猛然，我在市中心看到游行隊伍沖我而來，我不知道車子該停哪兒，所以我鉆進圣喬治大教堂（St George’s Cathedral）的停車場，大主教應該會赦免我這唯一一次的違規停車吧？我看著游行隊伍，最前頭的海報寫著：“吸就好，可別吞下去”，我想說：“慘了，明天我大概就會上報了吧！”為什么我不能拿著像是“我是異性戀，我挺同性戀”這樣的牌子就好呢？為什么游行隊伍沒有分出一區給像我這樣的支持者呢？但是這個念頭一閃而過，隨之而來的是我對自己的尷尬感到的羞愧，我想我在汽車炸彈攻擊之后仍舊不夠勇敢，所以我笨拙地邁開大步，跟上游行隊伍。我看到我在法學研討會上認識的愛德溫·卡梅隆[[1]](#_1_31)教授，所以我走到他旁邊。這時，一股美妙的感覺朝著我排山倒海席卷而來，我跨越了藩籬，而且感到自豪，我在游行隊伍中感到如此自在，完全地融入了他們之中。

我們又走了大約二十分鐘，直到游行的終點—綠意盎然的“瓦爾公園”（Waal Park），這兒曾經是我童年時的游樂場。游行者即席召開了一場會議，人不多，大約兩百個吧，我有點兒焦慮，因為那天稍晚我還要趕去參加另一場會議，他們要我當會議前段的講者。我的腦中首先浮現童年時在此公園的歡樂時光，接著，腦海中的畫面也出現當時這公園里“僅限白人”的牌子。這些都還是可見的標示，但是還有暗藏的“僅限異性戀”的不成文規定。異性戀情侶可以牽手、擁抱、在公園里自在地表現他們之間的愛意，但是同性戀情侶都知道，如果他們這么做，只會引來警察盤查。我與現場群眾分享這段回憶，我說，男同性戀、女同性戀的平等對于一個長期無法享受充分民權的社會而言，是很重要的，而且它的意義絕不只如此，這對整個國家都是重要的，因為我們就是一個多元族群融合而成的國家。差異性就是南非的基本特色，我們如何處理彼此之間的差異性，將決定這個國家是否能繁榮壯大。所以，這場游行引發我們思考幾個問題，在擺脫了對某些族群造成傷害的種族隔離政策之后，這是我們下一個重要的課題。新民主憲法應該致力于促成一個開放社會，而這也正是開放社會的核心。說完，我趕緊開車趕往下一個行程。

非洲基督徒法律人協會

游行拉開的序幕在2005年出現后續。我們這些憲法法院的大法官召開了會議，首席大法官皮斯·藍加說他收到“非洲基督徒法律人協會”的信，他們將在約翰內斯堡召開會議，所以邀請皮斯參加開幕儀式。但那是法院休庭期間，而皮斯已經計劃前往斐濟協助該國處理憲政危機，他問有沒有人可以代他出席？同事們面面相覷，沒有志愿者。最后，我試探性地舉起手說：“皮斯，我那時候會在這里，我可以去，但我想我并不是參加這個會議最適當的人選。”他搖搖頭說：“不！你‘正是’最佳人選。”皮斯是牧師的孩子、是基督徒，是法律人，同時更是非洲裔，不過我猜他并不想以這種“政治正確”的身份出席。我最后同意代表憲法法院和首席大法官出席該會議，歡迎由非洲各地前來與會的法律同業。

幾周之后我開車前往會場，這回我沒有流汗，因為當時并不是盛暑，但是我感到緊繃和緊張，一路想著我待會兒的開幕致詞。當我看到滿屋子來自非洲各地的紳士淑女穿著非洲各地的傳統服飾時，我沒那么緊張了，多元社會的展現總是能溫暖我的心。不過我還是有點兒不自在，因為我不想只是發表個客套的開幕歡迎詞，聚在這里的人都是社會的良心，我應該代表健全、活躍、以捍衛我國新憲法為宗旨的憲法法院，傳達給他們一個“真正”的歡迎詞，畢竟我們這部代價不菲、意義深遠的新憲法是在突破重重困難之后才寫成的。當然我的致詞也應該把我們這份工作的精神和本質，跟與會者的信仰聯結在一起。我環顧四周，我知道該怎么開場了。

我想告訴聽眾，1994年在曼德拉的監誓之下，我宣誓成為憲法法院大法官時內心的天人交戰。所以，輪到我走上臺時，我說明在宣誓成為大法官時，首先要無懼、無私地高舉憲法，并承諾成為全民的大法官，之后有兩種方式可以確認宣誓：一是說“我確認”就好，或是你也可以高舉右手說：“愿主幫助我。”在這兩種方式之間選擇，對我而言是個道德上的難題，我出身于一個非常、非常“不宗教”的家庭。我的父母曾經和他們的父母就宗教問題起爭執。他們要么相信一套根深蒂固的教條，要么相信一套修正過后的意識形態與規范原則，彼此互不妥協。后續的影響給我的童年留下了不好的回憶，在我就讀的學校中，信仰基督教和猶太教的學生各半，而我（一個猶太人）是唯一一個信仰不太虔誠、不太奉行敬拜的猶太人。我當時覺得，如果我只是為了不要被孤立而假裝信教，那是對我自己的不尊重、對我的良知的不尊重，而且最重要的—假如神存在的話—也是對神的不尊重。

結果是，在我的童年階段，我其實是靠著對信仰的疑問和信仰的中心—即建構“你是誰”這個問題來塑造自己的良知的。事實上，在我的心智成長期，那時候南非的種族不平等對我而言不太算一個難解的問題，我的母親為一位非洲領袖摩西·考塔尼[[2]](#_2_23)打字，年幼的我就覺得不平等是邪惡的。但是探索自我內在對神的感覺，以及拒絕假裝是信徒，對我而言卻很艱難。這樣的成長環境種下我一生都尊重所有信仰的種子。雖然被問到這個問題時，我自稱為無信仰者，但其實我有一套很強烈的信仰。我自己的世界觀從許多面向來說，都有很強烈的精神性，而且有一套完整的倫理意涵。這些信仰影響我生活的各個層面，影響我的婚姻對象，影響我住在哪里，最終甚至影響我的生理外觀，但它們并不是出于對宗教的信仰，也不以任何有組織的宗教形態顯現。

我告訴觀眾，因為我持續不斷地在思索與良知有關的問題，我得以在1990年代的憲政協商時，為許多人認為難以處理的問題提出解答，即憲法概論中的遣詞用字。許多參與協商的人認為憲法概論必須以下列這些字開頭：“謙卑地獻給全能的上帝”。有百分之七十的南非人自認為算是虔誠的基督徒，而南非也有百分之五強的伊斯蘭教徒或印度教徒，與為數眾多的猶太教徒和其他信仰的人民。對后者而言，這份最應慎重的公領域文件，如果沒有納入他們的信仰，價值將大打折扣。但如果少了這些字，對這個國家的大多數人口來說，這份文件就無法引發他們內心的共鳴。另一方面，對那些自幼沒有宗教信仰，或是宗教信仰不那么明確的人而言，如果這份理應最世俗、最以人為本、最憑人力誕生的文件，結果卻是以這種宗教性的語句開頭，應該會讓人感到十分不快。我馬上就想到一個解決方案，我說：“在開會之前，我們（當時我在非洲人國民大會的憲法委員會）唱了贊美詩—Nkosi Sikelel’ iAfrika[[3]](#_3_17)，我們將這首歌當成被壓迫人民的圣歌、歌頌國家的希望之歌。不論是黑人或白人、有信仰者或無信仰者，我們一起唱了這首歌，它是我們的未來之歌。就在憲法中以南非的十一種官方語言加入這些話吧—‘Nkosi Sikelel’ iAfrika, God Seën Suid-Afrika, God Bless Africa’。”我的提議被接受了，這些話成為團結我們這個分裂國家的黏著劑，而不像信仰，可能會分化我們的人民。現在，你會聽到我們的橄欖球代表隊—不分白人或黑人的隊員—一起唱國歌，而且正確的唱出“Nkosi Sikelel’ iAfrika”。有宗教信仰的人覺得國歌更肯定了他們信仰的重要性，而沒有宗教信仰的人，基于我們的歷史、基于我們國家的融合元素，也接受了這首歌作為南非的國歌。

我和所有“非洲基督徒法律人協會”的與會代表分享這段往事，然后回到神圣的大法官宣誓。宣誓順序按照姓氏的字母順序排列，我剛好排在最后。前面已經用了官方語言中的五種。而我當時在思索的難題是：輪到我宣誓的時候，我該怎么做？如果照著我兒時發展的道德良知，如果要忠于我的成長背景、我的信仰，我應該說“我確認”就好。然而在這個最特別的場合，我想我有必要舉起我的右邊斷臂，為了那些未能活著看到自由降臨的朋友，我必須舉起這段殘肢：他們是露思·法斯特、喬·加比（Joe Gqabi）、路克司馬特·所望德（Looksmart Solwande）、伊利亞·羅薩（Elija Loza），他們都因暗殺或酷刑折磨而英年早逝。這段不完整的手臂是我全身最肅穆的部位，舉起它代表我的宣誓（“adjuration”—如果容我使用這個法律術語）具有最深刻的意義和內涵—我將以無懼無私的態度守護憲法。所以，我舉起右手說：“愿主幫助我。”所有“非洲基督徒法律人協會”的來賓聽到這里，都起立為我鼓掌歡呼。后面幾位致詞者不斷引述我的故事。這讓我困惑了，我才剛對最虔誠的信徒說我不信教，怎么他們對我致上如此敬意呢？

隔天早上，大約有七十五位前一天的與會者來參觀憲法法院，我花了兩個小時為他們導覽我辦公的這棟美麗建筑。我很樂意當他們的導游，這群人和我同樣來自非洲，都是法律人，可惜我必須趕往下個會議了。（我似乎總是在會議之間趕場，我一度以為真正的“自由”就是不必再開會的自由，難道是我理解錯誤了嗎？）我已經遲到了。下一場集會在附近的舊女子監獄，現在它是歷史景點，同時也是“性別平等委員會”（Commission for Gender Equality）的辦公室。但當我和他們道別時，他們包圍住我說：“拜托，您還不能離開，我們要為您禱告。”禱告分短、中、長三種，長的禱告不只為我祈福，內容也包括許多這些教徒對世界的信仰。我被這漫長的禱告詞感動了，因為這就是我身邊這群人的價值體系真誠交流之后的成果。他們發自內心地祝福我一切順利。當禱告結束，我要趕場時又被攔住了，他們說：“您不能走，我們必須為您行按手禮。”[[4]](#_4_11)和超過七十五個人行按手禮要花點時間，好不容易全部的人都進行完了，我終于可以趕往舊女子監獄。

我舉這個故事為例是因為在憲法法院處理過的眾多案子中，同性戀婚姻最能驅使我積極思索生命和法律之間的奇妙關聯。我們有文本、有憲法，我們擔負著明確的責任，必須守護憲法。然而要把憲法套到個案上，有許多不同的方式。我所思索的是，要如何把兩種貌似對立的不同經驗（它們代表了兩種極端、沖突的來源的力量），在我所撰寫的判決書中，各自都能發聲。

“標新立異”與“食古不化”的戰爭？

首席大法官曾要我草擬憲法法院的首份判決書。就我記憶所及，在草擬判決書時，我從來不曾刻意提起過上述任何一次經歷。然而經歷就是經歷，經歷會變成你的一部分，它會塑造你的回答和反應、你的直覺、你在不同卻各自有理的法律論證之間的選擇，而這最終會造成不同的結果。在我意識的深處，我亟欲找到對兩個族群都有建設性的解答：男同性戀、女同性戀社群渴望自由、不受束縛、掙脫枷鎖、享受完全的人權；而虔誠的信仰者（這是族群中的一個大團體）則認為承認同性戀婚姻是受到詛咒的，是會導致天下大亂、貽害人間的。判決書必須試著與兩方公平地對話。判決書不能暗示某一方是性喜標新立異、惹是生非的煽動者，或暗示另一方是食古不化的老頑固（雙方的辯護人有時會用這些字眼描述對方、模糊焦點）。你若一旦開始以“好人”、“壞人”來區分這些憲法服務的對象，那我想你就已經脫離憲法的初衷了。終極目標是為了要發現每個人身上的人性、正直、誠實，也是為了在你回復之后，能讓每個人都說：“我了解判決的內容。我對于結果感到強烈的質疑。但是判決的確在乎了我的想法、我的立場，也把我的信念列入考慮，尊重我的良知和尊嚴；我沒有被一個號稱從頭到尾完全中立的過程強迫接受一個答案。我的信念、價值觀、看法，都被嚴肅地、確實地、認真地看待。”

在我早期寫過的判決書中，曾經處理過某些宗教團體的案件。他們主張，因為特殊的教義，他們應該不受某些政府法律的一般條款的限制。在美國、英國和南非做研究時，我曾在學者們的論文中感受到強烈的憤怒，他們之中有許多人既是虔誠的教徒，也是激進的社會改革者。傷他們最深的，是他們覺察到在主流的法學作品中，一切不能被合理性（rationality）與公共理性（public reason）解釋的，就不能被思想進步的精英接受，也就不能被納入公領域之中。但另一方面，宗教則被隔離到一個小角落，不管人們究竟相信什么，都可以自由自在地追尋他們以為是宗教的東西。他們認為這是把宗教從公領域中驅逐出去，因而表示反對。所以本案對我而言，最難的部分不是技術性的，而是要嚴肅面對宗教是公共生活的一部分，而且要讓男同性戀、女同性戀社群和宗教團體，都認為判決是衡平、符合原則，并且確實合理的。每個人都應該感到自己的主張和信念確實被審慎地放入憲法中考慮了。這是他們的權利。

芙莉女士和蒙思女士

瑪麗·芙莉（Marie Fourie）和塞西莉亞·蒙思（Cecelia Bonthuys）告訴憲法法院一個簡單的故事。她們相遇、互相吸引、開始約會，現在已經同居十年了。雙方的朋友都把她們當情侶，而她們也決定結婚。婚姻官（Marriage Officer）說他個人很愿意祝福她們的婚姻，但有個難以克服的問題：誓言。她們必須要宣讀的誓言文字是這樣的：“你，某甲，愿意讓某乙成為你的合法丈夫（妻子）嗎？”婚姻官認為“丈夫”、“妻子”這兩個名詞讓他無法辦理這樁婚姻。這對情侶告上高等法院，碰上了一位算是有同理心的法官。法官同意憲法禁止種種歧視，其中當然也包括對性傾向的歧視，這就跟對身體殘障、種族、膚色、教義、國籍、出生、婚姻狀況的歧視如出一轍。憲法條文都在那兒。但只要法規沒有刪修，他就無法命令婚姻官讓芙莉女士和蒙思女士合法結婚。所以兩位又上訴到最高上訴法院。最高上訴法院的一個判決讓她們獲得了小小的勝利。這是由愛德溫·卡梅隆法官—也就是我在開普敦游行時碰到的法官—所寫的。他的判決書指出，法規造成了同性戀婚姻的障礙，不過法規允許由教會官員擔任婚姻官，并根據他們自己宗教的信條為人證婚；而且的確也有些同性戀教會。即使教會的神職人員尚未被家庭事務部部長（Minister for Home Affairs）任命為婚姻官，但在可預見的未來，他們將被賦予這項權力。影響所及，便是開啟了未來慶祝同性戀婚姻合法化的小窗。

與此同時，“同性戀計劃”（Gay and Lesbian Project）有一個挑戰法規合憲性（該法規拒絕承認同性戀婚姻的權利）的案子正在約翰內斯堡高等法院審理。高等法院法官決定暫緩庭期，直到憲法法院對（前述）芙莉案的上訴做出判決，所以該案的文件也送到憲法法院來。我們決定將兩案一同審理。

法庭擠得水泄不通，有許多來自國際媒體的記者，也有同性戀婚姻的支持者和反對者。有時候雙方律師顯得情緒化，但大多時間雙方都很克制。芙莉女士及“同性戀計劃”的律師主張普通法和《婚姻法》（Marriage Act）歧視同性戀配偶，憲法法院應該發展判例，形成普通法，并在法規中使用“配偶”（spouse）這個中性的詞匯，讓同性戀配偶也能合法結婚。代表政府的律師則辯稱：法規或許有“空白”（缺漏），但即使普通法和《婚姻法》條文確實存在歧視，也必須尋求民意，且補救方式應該是經由國會，而非憲法法院。代表天主教教會和“生命醫師協會”（Doctors for Life）上訴的“法院之友”（Amici curiae）則強烈主張婚姻是為了確保人類的繁衍，這點應該受到保障，這是自古以來的宗教組織的立場。

我們有十一位大法官審理此案，我認為我并不適合公開我們內部的辯論。不論對于任何法院，保密與合作都是正常運作的必要條件。我也不能為我們最終的決定辯護，甚至描繪我們經歷的腦力激蕩。判決書無疑是具有公共意義的公開文件。法官不語，所有的一切都在判決書中。我所能說的是，最終的判決花了幾個月的時間。通常，憲法法院在處理這種復雜問題時，可能花上三到五倍的時間來研討，以確保所有大法官的看法都列入考慮。這么做的目的是要盡可能地達成原則性的共識。我可以提供一些指標，以便大家更容易了解主要爭點。讀者可以在本章的最后讀到判決書的原文，并自己判斷我前面提到的我對于兩種不同社群的互動經驗，是否可以在判決書中找到響應。

閱讀判決書時你將會發現，我們并沒有引用美國佛蒙特州、馬薩諸塞州、加拿大、英國等地的法院關于同性戀婚姻的判決。這個爭議在全球各國蔓延，對立雙方在各地法庭的論調也都大同小異。閱讀這些數據的幫助很大，不過最后，既然我們的憲法條文各不相同，這些參考案例中的復雜論點并不是我們做決定時的焦點。對我們做成本案判決最有幫助的是豐富的南非法律資料（其中討論了憲法中禁止性傾向歧視的平等意義），以及有關南非社會中家庭之組成方式有多么多元的相關數據。

性傾向

在南非，構成歧視罪是相對簡單的事情。憲法中明確禁止對性傾向的歧視。憲法法院曾經處理過五個此類歧視案子。第一個案例中，我們取消了雞奸罪（crime of sodomy）。第二個案例是家庭事務部案（Home Affairs case），處理的是移民法中，外國人同性戀伴侶在南非的權利問題，這些外籍同性戀伴侶的權利等同于外籍配偶（妻子和丈夫）所享有的權利嗎？外籍夫妻在南非享有兩項好處：工作不需特別許可，可以入境南非并申請成為南非居民。憲法法院判定，《移民法》（Immigration Act）未提供這些福利給外籍同性戀伴侶，已經構成歧視。然而，沒有必要對該法準許異性戀者結婚的規定進行修法，該法違憲并非是因為已規定的內容，而是因為有所遺漏，用法律術語來說，就是“涵蓋不足”（under-inclusive）。所以為了達到平等，憲法法院破天荒地在當時就擬定補充條款。我們在法規原文的“配偶”（spouse）后面加上“或同性的生活伴侶”（life partner in same-sex relationship）。同時也在判決書中定義這些詞匯，并交由家庭事務部決定如何具體執行。

在日后的案子中，我們認同凱西·薩奇韋爾（Kathy Satchwell）法官的主張，她認為她的女同性戀伴侶應該和婚姻關系中的配偶一樣，可以領取撫恤金。在下一個案子里，一位法官的女同性戀伴侶收養了一對雙胞胎，并尋求她對子女的平等親權，我們的判決認為《收養法》（Adoption Act）阻止同性戀取得這種平等地位，是違憲的—這個規定不僅對該位女士構成歧視，也違背了對小孩的最大利益。下一個類似的判決是關于對試管嬰兒的親權。

我所寫的判決書引用了這幾個案子。我也花了不少篇幅強調南非家庭組成的多樣性，在過去有很長一段時間，南非只承認基督教式的婚姻（在當時當然是指異性戀婚姻）。所以伊斯蘭教的婚姻并沒有法律地位，因為他們可能實行一夫多妻制，結果便是，同一個男人的英國籍妻子具有法律地位，但印度籍妻子卻沒有。當甘地對抗這些制度、當人們自愿入監以示抗議時，他正是在說我們的母親和我們的姊妹，正如他所說的，女性只能用虔誠的信仰當做武器，她們可能做出比男性更大的犧牲—入監只因為她們是妾，而且她們的小孩沒有法律地位。而非洲傳統習俗下的婚姻—這是南非最常見的婚姻—則幾乎完全沒有地位。所以，不同的婚姻形態，人們共同生活、表達親昵和締結人際網絡的多樣性，在這份判決書中都有所著墨。

歧視的起源

即使我們承認我們先前的判例和歷史顯示過去的確存在著對同性戀配偶的歧視，接下來還有兩個問題：究竟歧視從何而來？憲法法院可以直接提供補救、還是應該交給國會呢？為響應這個問題，可以有兩個考慮。主要考慮是，憲法法院不能以劇烈的手段侵入大眾文化，創造同性戀婚姻對于人們在過去幾世紀以來習以為常的風俗和法律來說變化太大了。這理當屬于國會的立法權。憲法法院的職權極限絕對只有宣布法律有疏失，并交由國會修法補正。次要考慮是，即使同性戀配偶之間的財產、繼承、租賃、撫恤金等關系應受法律規范，這并不意味著新的法定關系應該比照婚姻關系。直接用“婚姻”（marriage）這個詞，必須面對來自生物學、歷史、宗教和法律的許多疑慮。

這份判決書的結構環繞著相關案件中出現過的歧視。判決書指出：對于同性戀配偶，法律并沒有給予他／她們與異性戀配偶相同的身份、權利和義務，因此造成了不公平。身份的問題是一大重點。婚姻包含有形的和無形的東西。結婚會有婚禮，會有周年紀念，和社會上種種與婚姻有關的習俗。有人主張承認同性戀伴侶之間的愛、親密關系，以及社會大眾對同性戀伴侶的認同，將會貶低婚姻的意義。但這樣的說法會深深刺傷同性戀伴侶的尊嚴。

判決書的一個腳注指出：其實有些激進、想法跳躍的論者認為：“我們不想復制異性戀之間的婚姻關系，這種關系太壓抑了，而且也太注重財產關系了，那不是我們想要的。”但是一旦這場戰爭開始，大量來自男同性戀、女同性戀的聲音還是極力爭取可以結婚的權利。因為婚姻強烈的象征意義，同性戀伴侶選擇是否走入婚姻的權利就成了一個試金石，同性戀婚姻將代表他／她們取得完全的法律地位，也具備了與眾人舉辦喜宴同慶的機會（當然，他／她們也因而將要面對不幸的離婚）。

一旦確立了歧視的性質，接下來必須要處理的就是如何補救法條疏失。應該由憲法法院直接補救嗎？還是應該讓國會來負責呢？

我的同事凱特·歐瑞岡大法官—恰巧她曾就讀女子教會學校—認為該法明顯違反基本人權。因此她認為憲法法院必須要革新普通法，普通法當時仍依循英國法的海德告海德案（Hyde v Hyde）中的定義，亦即，婚姻是一男一女共同生活的結合。在她看來，憲法法院應該修正前述定義，讓新定義和我國的憲法接軌。新條文應該是：“婚姻是兩個人共同生活的結合”。她還認為：我們應該依循我們在家庭事務部案中的立場，將《婚姻法》的誓詞改為中性字句（“你，某甲，愿意讓某乙成為你的合法丈夫、妻子，或配偶（or spouse）嗎？”）。若是國會對這樣的法條文字不滿意，國會議員應該將法條修正為國會認可的字句，只要國會表示出對憲法法院在憲法議題上的尊重就行了。她提議的補救方式非常簡單，當下就可以完成，而且也有不少前例。她認為，憲法法院可以直接賦予同性戀婚姻的權利，不必等國會介入。

不過，有十位大法官認為國會在此議題上應該直接參與。國會和憲法法院同樣有著守護憲法的責任，這是國會議員們宣誓就職時所承諾的—不論他們是舉起右手發誓，或是以口頭承諾。憲法人權法案必須要受到政府各部門的支持、保護、捍衛，其中包括國會。國會甚至可以說是最重要的一環。讓國會參與，能夠確保是與全南非國民對話，也就是讓全國一起參與、一起面對相關議題。所以憲法法院的多數意見認為國會應在一年內完成修法，如果國會未完成，誓詞中的“或配偶”將被自動寫入《婚姻法》的條文。

最后的結果讓國會有機會決定“如何”消弭歧視，而非“是否”應該消弭歧視。這樣的機會鼓勵國會走出議事殿堂，與全國人民就此議題進行對話。而不論是在處理歧視的本質或是法規的修正問題，這份判決書都提供了為數不少的澄清和警示。

當神圣與世俗相遇

這份判決主要的關懷之一是如何確保神圣與世俗可以在同一個公共領域中和平共存。判決書中建議的答案并不是將世俗的公領域和神圣的私領域區分開來。相反的，我們接受宗教是公領域生活的一部分，宗教對數以百萬計的人民具有意義，這些信徒在為自由奮斗的過程中各有立場，在同性戀婚姻一事上亦然。該判決明確指出，《婚姻法》必須完全保障各宗教、信仰、教派依其各自教規所行的婚姻儀式。判決書的任何段落都不會強迫他們以違反自身宗教的形式舉行婚禮，各種宗教信仰都受到《婚姻法》及憲法的保障，宗教自由是所有人享有的權利之一。也許各宗教內部有對教義的不同觀點和爭論，但這是各宗教的自治事項，而非由國家來決定該怎么做。

這份判決強調，宗教事宜要嚴肅處理，而且人民的信仰應該被視為公領域的一部分，并受到尊重。但是法律也必須承認男、女同性戀配偶具有不可挑戰的、不容置疑的權利，可以在國家的支持之下以公開方式慶祝，法律也應該承認他／她們的關系、親密行為、對彼此的愛和感覺，這些都是他／她們受到憲法保障的人權。而國會所要做的，就只剩下決定并規范形式細節，讓同性戀們能享有平等權利。

葡萄園還是墓園的平等？

接下來要處理的問題是如何達到平等的問題？是應該達到墓園里的平等，還是葡萄園里的平等呢？這是我的同事勞瑞·阿克曼（Laurie Ackermann）在之前的同性戀權利案子中，引述一位美國作家的話所提出的觀念。消除不平等可以透過“鏟除”來達到（進入墓園），也可以透過“升華”來達到（進入葡萄園）。美國的平等保護法很重視確保每個人在類似領域都會受到相同的待遇：從形式上來說，不論是鏟除還是升華都符合憲法要求的平等。而這位美國作家想要找到一個原則來判斷何時該用鏟除法、何時該用升華法以達到平等。最后，他主張終結不平等的方式應該以憲法原則為本，即怎樣才是促進憲法原則最好的方式。

在同性戀配偶的問題上，并沒有法律明顯排除他／她們的權利，也沒有法律采取差別待遇，他／她們根本是被遺忘了。因此《婚姻法》并沒有明文規定“男、女同性戀不適用本法”。他／她們可以結婚，只是必須和異性結婚！《婚姻法》的問題是“涵蓋不足”，也就是做得不夠。補救之道難道是廢棄整部《婚姻法》嗎？你能想象南非憲法法院因為同性戀不能結婚，而宣布整部《婚姻法》無效嗎？事實上，“南非法律改革委員會”（South African Law Reform Commission）的確曾經提出過這樣的建議，他們建議改成人人適用的“民事結合”（civil unions），而將“婚姻”留給宗教團體。如果你想“結婚”，就到寺廟、清真寺或天主教堂辦理結婚，國家不會涉入。國家在這件事的角色僅限于提供民法儀式，慶祝一樁民事結合。雖然這個建議很合邏輯，但支持度卻不高。男同性戀、女同性戀伴侶會怎么想？他們只想和“一般人”一樣自然的結婚，卻發現已經沒有“婚姻”這檔事了？異性戀者又會怎么想呢？過去婚姻是再自然不過的了，但現在因為這些討厭的家伙和他們的游說團體，異性戀者連結婚都不能了嗎？這是平等，但卻不是讓人歡喜接受的平等。憲法人權法案要求的尊重是指讓每個人都能從枷鎖中獲得解放，而不是想要讓每個人都心懷相同程度的不滿。我們必須要強調的是，達到平等的意涵是指身份、機會以及社會上認為重要的事物的平等。所以在這個案子中，我們要的是葡萄園式的平等。大家絕對不希望我們挑選的補救方式引發后續無止境的憲法訴訟。

隔離但平等？

判決中另外提到的一般指導原則，是“隔離但平等”（separate but equal）[[5]](#_5_5)主義。有人建議我們使用英國式的“民事伴侶”（civil partnership）[[6]](#_6_5)方式處理此案，因為英國沒有用到“婚姻”一詞。英國以“民事伴侶”的方式，讓同性戀伴侶能夠以法定方式處理財產分配、繼承、租賃等實際問題。但是我們知道，如此一來也不會影響歷史悠久的“婚姻”。“隔離但平等”不僅在美國造成了劇烈而悲痛的歷史，在南非也是如此。在1930年代，曾經發生過印度裔的人民抗議在郵局里他們不能在白人排隊的柜臺排隊，當時南非的終審法院—也就是上訴法院—做出了一個荒謬的判決。四位法官中有三位沒看出問題：其實不管在哪一個柜臺，郵局的服務都是一樣的。只有一位法官—牛津大學出身、自認是社會學家、出過權威性刑法教科書的加德納（Gardiner）法官看出問題，他說：“這些人的尊嚴受到踐踏，這不只是郵局的服務好壞的問題。”

三十年之后，奧利弗·坦博，他當時是曼德拉的法律事務所合伙人，之后又成為非洲人國民大會流亡政府的代理主席，被要求向一位地方法官敬禮，而他所在的位置是專門保留給非歐洲人律師的。但坦博拒絕了，于是審理過程不得不中斷。而在下一次審訊中，他的助手戈弗雷·皮特杰（Godfrey Pitje）也拒絕這個要求。（我后來聽說坦博當時有地下工作，因此不能冒任何進監牢的風險，所以他的助手同意暫代他。）這位助手被判藐視法庭。這案子最后來到上訴法院，首席大法官認為不論來自律師界的哪一個部分，這位助手都應該向地方法官敬禮，所以維持罰款判決。

殷鑒不遠，南非的歷史顯示隔離其實都是歧視的產物，目的是排除某些族群。國會必須意識到這點，而非制造另一種名為“平等”，實為“隔離”的制度。

在本案中，各國媒體報道了南非憲法法院賦予同性戀配偶結婚的權利，并給予國會一年的時間來進行必要的修法。這是在我的人生中，照片第二次被登在《紐約時報》上。第一次是汽車炸彈事件后我在倫敦醫院復健，全身包著繃帶。這回，照片上的我穿著綠色的法袍，我的兩旁與后方是我的同事及助理。

國會稱職地舉辦了多場公聽會。有許多對同性戀婚姻的強烈攻擊，且只有少數人為同性戀婚姻發聲。尖銳的恐同癥言論都被記錄下來，但如果我們的社會有恐同癥，公開的討論總比視而不見、不處理要好。經過一番深思熟慮，“南非教會委員會”（South African Council of Churches）發表一份聲明，表示他們透徹地研究了判決書，并贊揚該判決有著所羅門王的智慧，這點特別讓我感到高興，因為我老爸的名字就叫所羅門·薩克斯（Solomon Sachs）。

國會的參與

在任何案件上，我們都給予國會一年的時間進行必要的修法。這是憲法賦予憲法法院的權力：宣布違憲，然后給予一段時間的緩沖以進行必要的修正。我們并不希望如果《婚姻法》在一年之后沒有修法，就因違憲而被宣告無效，那將是場災難。所以我們在判決書中指明，若是國會未能在一年之內完成修法，“或配偶”三個字將自動被寫入法條，這也是修正《婚姻法》之歧視的一種方式，可以說是預留退路。就在一年期限即將屆滿的前幾天，國會通過了《民事結合法》（Civil Union Act）。這和英國的《民事伴侶法》（Civil Partnership Act）有何差異呢？不只是因為它選用了“結合”（union）這個詞匯，而且，在同性戀舉行婚姻時，新人的誓詞可以說“我和你進行民事結合”，或是新人喜歡的話，他／她們可以說“我和你結婚”。《民事結合法》使用了“結婚”（marry）這個詞。

國會為了維持合理的彈性設立了一項但書，即在《民事結合法》的規定之下，婚姻官不必被迫為所有婚姻形式證婚。基于自身的宗教信仰、教義，婚姻官若是對同性戀婚姻發自內心地不表贊同，可以申請回避為其證婚。畢竟，被一個不甘不愿的婚姻官證婚可不是一個好的開始。原則上，國家應該采取合理措施，以避免虔誠的宗教信徒在守法或守教規上面臨困難的抉擇。重要的是，國家應聘請對新憲法價值感到心悅誠服的人，使其可以高高興興地，而非滿懷怒火地為同性戀配偶證婚。這也許會多花一點時間，但我們找到了這樣的婚姻官，他們能夠誠懇、莊重地主持同性戀婚姻，使之成為這片土地上的法律的一部分。

最終，我想重申憲法法院應該盡一切可能尋找與整個國家的人民對話的機會。法院判決的目的不是要透過一個二分法的選擇，把國人區隔為激進派和反動派、自由派和保守派，更不是要讓裂痕更深，造成人民與法院誓不兩立。法院應該找到一種與憲法精神契合的對話方式，并讓人民發自內心地說：“我對本案結果不是非常滿意，但我知道憲法法院這么判的原因。我知道我的意見也被納入考慮，也許下一次我就是勝訴的一方了。總結來說，我真正感受到在新南非憲法的保障下做一個南非人的意義了。”

終曲，以及終曲的終曲

所以，我以終曲作結，再用另一個終曲為終曲作結。就在新法公布施行之后幾周，時序正當1月，我正在開車前往開普敦的科斯坦博斯植物園（Kirstenbosch Botanical Gardens）的路上，那是坦伯山（Table Mountain）邊的美麗花園，也是我所知道最適合一家大小同樂的地方。我有點迷路，然后我看到一個簡單的箭頭路標：“往艾美和珍的婚禮會場”。我的心怦怦跳，因為這個指標是如此簡單、如此一般、如此地稀松平常。珍是南非人，和美籍伴侶艾美同住在華盛頓。她說她是用電話預約場地的，婚禮前幾天，她覺得應該告知經理她們要舉辦的是女同性戀婚禮，電話另一頭的女性經理響應：“太棒了！你們是第一對，我真高興你們決定在這里舉辦婚禮！”

終曲的終曲則是，不久之后，媒體大幅報道查基·艾哈邁德（Zackie Achmat）的婚禮，他是“艾滋病治療推廣運動”的卓越領袖，他的組織致力于改善艾滋病毒攜帶者的待遇。而他多年的伴侶則恰巧是來自自由邦郊區、一個說南非荷蘭語的白人家庭。這時已經是大法官的愛德溫·卡梅隆教授被安排為一日婚姻官，來主持這場婚禮。每個人都想收到這場名人婚禮的邀請函。查基和他的伴侶告訴愛德溫大法官，他們不想用“婚姻”這個字眼，那太不同志了！愛德溫大法官努力說服他們—是人們努力奮斗才爭取到婚姻權，這是身份、尊嚴的象征，這不是冷冰冰的“結合”、“伴侶”等詞匯所能取代的。所以最后查基說：“我和你結婚”，他的伴侶也說：“我和你結婚”。接下來就是社交場合啦，大家討論穿著、食物，有些人上臺致詞。但其中最令人印象深刻的是，查基伴侶的家庭—來自我國最保守地區的家人—上臺致辭時說，如果他們過世的父親今天也在場，一定會深深以兒子為榮。

[[1]](#_1_30) 愛德溫·卡梅隆（Edwin Cameron），現任南非大法官，同時也是知名法律學者、人權律師。此外，他不但公開自己的同性戀身份，更是第一個勇敢承認自己是艾滋病毒攜帶者的南非高官。1998年，南非婦女古古·德拉米尼（Gugu Dlamini）因在電臺公開自己是艾滋病毒攜帶者，被人用亂石和尖刀刺殺。這件事帶給卡梅隆很大的刺激與鼓舞。三個月后，在知道自己攜帶病毒十二年后，卡梅隆終于公告世人他也是一個艾滋病患者。在受訪時他表示：“如果古古都能說出來，我為什么不能？”

[[2]](#_2_22) 摩西·考塔尼（Moses Kotane），曾為南非共產黨總書記。

[[3]](#_3_16) 意思為“天佑非洲”。

[[4]](#_4_10) 基督教的儀式之一，將某人的雙手置于另一人的頭上。

[[5]](#_5_4) “隔離但平等”是過去美國種族歧視的一種形式，意指將不同種族在空間上分割開來，為不同種族提供表面上平等的設施或待遇。

[[6]](#_6_4) 2004年，英國立法通過給予同性戀伴侶幾乎所有、但不完全等同于異性戀婚姻的權利。

[判例]

芙莉案—同性戀婚姻合法化

以下摘錄自我所撰寫的判決書，該判決僅有一位大法官持不同意見。

薩克斯大法官：

差異與平等

平等的意義在于即使有差異，但彼此之間仍有平等的關懷和尊重。平等并不預設要消除或是打壓差異。尊重基本人權必須從對我們自身的肯定做起，而非否定。所以，平等并非暗示人人的同等化或均質化，它并非指某種形式較為優越，而另一種形式則應受到貶抑，平等乃是承認并接受彼此之間的差異。或者，至少要知道差異不應導致排他、邊緣化或標簽化。終極的平等則是人人可以享受到人與人之間的差異為這個社會帶來的活力。這個議題大大超出了過去對異性戀的排他性的假設，而這正是目前爭議的源頭。然而，像在南非這樣的國家，承認并接受差異特別重要—在過去幾個世紀以來，基于膚色這樣的生理特征，我們被劃分為優勢族群和劣勢族群。南非的國民形形色色，因此憲法了解到人類（生理、社會和文化）的多樣性，了解保持差異性的權利，并擁抱這個國家的多元性。因此本案的問題不只是消除某個族群過去受到的不公平待遇，而是更迫切需要了解我們的社會是奠基于包容和互相尊重。要測試寬容度，不是找那些原本就與我們相處融洽的人、事、物，而是得和自己所不喜歡的人、事、物進行溝通與和解。

古老的偏見

長久以來的社會偏見與因循守舊的結果是，同性戀配偶無法享受婚姻的好處和責任，但是，這不只是像必將蒸發的晨露一般的小小不便，這代表著法律偷偷摸摸地、殘酷地把同性戀視為外來的他者（outsiders），并認為他／她們的親密關系不像異性戀一樣，需要受到肯定和保護。雪上加霜的是，同性戀被當成生物學上的異類，是犯錯或誤入歧途的人類，和我們的社會格格不入，所以他們不適用我國憲法上對每個人都有受到關懷和尊重之權利的保障。這無異于暗示他／她們對愛、對承諾、對承擔責任的能力劣于異性戀配偶。

其結果就是，既然婚姻及其相關的社會關系在我們的文化中具有相當的重要性，否定同性戀婚姻，等于是以一種最徹底的方式否定他／她們定義、展現自我的權利。

這種古老的偏見沒有理由繼續存在。奴隸制度在這個國家持續了一個半世紀，殖民主義長達三世紀，禁止不同種族的通婚甚至更久，赤裸裸的男性霸權則幾乎有一千年那么長。前述這些原則都是因為明顯的生物和社會因素，并被宗教戒律或國家法律支持。奴隸制度和殖民主義現在被完全地摒棄，禁止異族通婚則受到不同程度的否定、羞辱或唾棄。類似的，如果今日的法律仍然繼續擁護傳統的主流意見，那歧視就難以消除。正是那些不能得到大多數人認同，或是無法在國會獲得足夠代表的族群，必須由憲法人權法案來確認、保障他們的基本人權。

宗教的社會意義

在一個開放、民主的憲政社會中，雖然沒有信仰和少數信仰的信徒的權利應該受到完全尊重，但在處理關于絕大多數南非人的信仰時，還是要特別謹慎。例如在基督徒教育案（Christian Education）中，本憲法法院曾指出，對個人良知不可侵犯性的保護只是宗教自由原則的一部分。對許多信徒來說，他們和神（或是造物者）的關系凌駕于一切，這涉及他們和自己、和社會、和世界以有意義的方式互動的能力。對于數以百萬計各行各業的人而言，宗教提供了個人和社會穩定及成長的架構，并給予他們支持與滋養。宗教信仰能夠喚醒自我價值和人性尊嚴的概念，而這也是人權的基石。這些信仰影響了信仰者的社會觀和道德觀。信仰的表達呈現在確立與維護習以為常的傳統，其悠久的特色時常超越時代和國界。對信徒而言，面臨挑戰的不只是便利或舒服的問題，而是他們一直秉持的一個概念—什么是好的、什么是正確的生活方式，以及他們在宇宙中的地位。

宗教團體透過學校、醫院和貧困救助計劃等發揮影響力，在公眾生活中扮演一個巨大且重要的角色。他們透過信徒的見證來推廣善良行為，并透過國家和私人團體壯大自己；他們提倡音樂、藝術和戲劇，提供小區活動的場所，并為信徒和一般社會大眾舉辦許多小區活動。宗教團體是公眾生活的一部分，同時也是我們這個奉行憲法至上的多元國家里的活躍分子。宗教不只是對信仰或教義的問答。它是許多人的習性和文化，對于許多信徒來說，更是他們的生活方式。宗教組織在國家層面的生活中也扮演重要角色，因此，他們有權針對重大議題，對政府和法院表達看法。在公共事務中，宗教組織是活躍分子，也絕對夠格對立法和執法表達意見。

進一步來說，雖然在所有有關同性戀權利的爭論當中，宗教性力量有時展現出一種不寬容，且宗教在這個國家常被用來將最不可饒恕的種族歧視合理化，然而，如果我們因此認為所有基于宗教因素的反同性戀主張都像種族主義一樣不值一提，那將是錯誤且沒有幫助的。如同勞瑞·阿克曼大法官在雞奸案中所言：

這個案子牽涉到深層的信念，也引發我們的強烈情緒。我們不應該認為結婚要被限制在一男一女的組合，并以繁衍后代作為婚姻主要甚至唯一的目的，只有冥頑不靈又食古不化的人才會這么認為。相對的，在審慎考慮宗教和其他因素后，不想表達其性傾向者，其法律上的權利也不應被剝奪。

但我必須強調他所提到的限制：

但是我也必須指出：這些觀點—不管多么誠實和誠懇—都不會影響到憲法對于性傾向歧視的譴責。

當神圣與世俗相遇

憲法法院了解到宗教在公眾生活中扮演的重要角色是一回事，但用宗教教義來闡釋憲法，則是另一回事。如果用宗教教義來導出憲法權利，這是相當不合理的。若是教友和神職人員有同性戀傾向，各宗教之間（甚至各宗教內部）的觀點和反應常有巨大的不同。法官若是被要求解釋教義、被迫在可能導致分裂的教義之間選邊站，那將會使他們處于一個無法忍受的窘境。

史密斯先生誠心地抄錄了《舊約》和《新約》的圣經句子來強化他的論述，亦即，如果“婚姻”的定義改變，也將造成對那些將婚姻視為上帝認可的異性結合，或是將婚姻誓言視為神圣的人的歧視。但在法律分析之下，我們對他的感激并不意味著他引用的經典可以被當做法源。不論這些圣經內容是否強化了他的論述，都不是憲法法院所關切的。從憲政的觀點來看，重要的是憲法法院能確保史密斯先生視其婚姻為神圣的權利，確保各宗教能以各自的儀式舉行婚禮，確保史密斯先生在公眾場合和憲法法院都能以合宜的方式自由表達他的意見。除此，就不是憲法法院被期待的角色和功能了。

在一個奉行憲法至上的開放民主社會，神圣與世俗之間應該要能相互尊重、共存共榮。憲法法院的功能便是確認上帝的歸上帝、凱撒的歸凱撒。只要各方都沒有對任何人、任何族群的偏見，法律就會確認爭議議題的多元意見都能得到表達。我要強調，前提是對基本權利沒有偏見。主流意見對于持少數意見的人常常十分殘酷。這正是憲法和法律必須介入導正、而非強化歧視的時機。不論是對多數或少數立場，檢視的標準都必須包含其是否彰顯或傷害了人性尊嚴、平等、自由等原則。

開放民主社會的特色乃是能以合理、公平的方式來調適、處理成員之間的不同意見和生活方式。憲法的目標是讓抱持不同價值觀念的人能和平共處，而且不是只有在表面上看上去政府讓大家得以平等的關懷和尊重的方式相處，內心卻想著互相毀滅。

共存的需要和對多元信仰的尊重，事實上明確規定在《婚姻法》之中。該法允許宗教領袖被任命為婚姻官，宗教建筑可以被用來當做舉行婚禮的場所，依循各自的教義舉行宗教婚姻儀式。這樣的結婚儀式不僅是被允許的，還受到國家的承認，并產生法律效力，且其效力和由地方行政官或婚姻官證婚的民事婚姻效力相同。若由神職人員主持婚姻儀式，其中的國家利益也會受到保障，因為家庭事務部已授權相關的宗教部門，也已認可這種婚姻方式。

沒有任何神職人員會被強迫去主持一個其教義不認可的同性戀婚姻。國家對宗教的保護，使其不至于直接或間接地被迫去主持其教義不認可的婚姻。

依據以上定義，我們可以很清楚地知道：《婚姻法》賦予同性戀配偶與異性戀配偶相同的婚姻地位、權利和責任，并不會與宗教自由權利（尤其是反對同性戀婚姻的宗教組織之宗教自由）產生沖突。憲法對同性戀婚姻的保護并不導致它對宗教自由的否定。這兩種利益并不沖突，在容納多元性的憲法架構之下，它們是共存的。

國會的角色

就像是《婚姻法》對同性戀配偶沒有平等的保護，因此導致他們遭受歧視，就某種程度而言，其實普通法定義下的婚姻也沒有滿足憲法的要求。因此判決必須宣告普通法定義下的婚姻抵觸憲法而無效，因為其未能提供同性戀婚姻與異性戀婚姻相同的地位和責任伴隨而來的好處。接下來的問題是，在如此判決之后，憲法法院是否應自己創造普通法來彌補其不足的部分？

（該判決指出，在《婚姻法》中加入“或配偶”的新定義，將自動取代普通法原本對“婚姻”的定義。）也就是說，既然憲法要求對同性戀婚姻和異性戀婚姻必須有相同的關懷、尊重，那么《婚姻法》自然必須符合這個原則。因此，同性結合的正式登記將自動產生異性戀婚姻所具有的普通法效力和法律效力……

現在的問題是，憲法法院是應該提出滿足原告和“平等計劃”（Equality Project）主張的立即補救措施，還是應該訂出失效期，讓國會有機會來彌補立法的疏失？在考慮所有因素之后，我們必須決定什么是公正、公平的……

事關身份的問題，需要有一個妥善穩當的補救措施。要找到這個穩當的補救措施，首先必須對這個長期承受艱苦壓迫的社會，以及其中有待解放的群體有深入的研究。本案的狀況需要能夠符合長遠需求的周詳立法，憲法法院一個暫時性的措施將難以達到憲法所承諾的平等，經由國會修法才是可長可久之道。

在我看來，芙莉案中原告所主張的婚姻權，其實是更大的期許的一小部分—她們希望能公開、自由地做女同性戀，不再被法律貼上標簽，讓她們能融入長久被排除在外的主流社會。慶祝她們結合的意義當然遠大于進入法律關系的意義，雖然后者可能也很重要—會有眾多賓客參與共歡，也有后續事宜。這代表著走向平等和尊嚴的重要里程碑。由國家機構對她們結合的認可度越大、越確定，就代表越穩固，而且其他此類的結合也將不再被法律遺忘，最終，此類的結合也將變得稀松平常，而且經得起時間考驗。

這問題在公、私領域都是很敏感的。我相信國會有辦法從冰冷的法條當中為同性戀配偶找到恰當的位置。法律也許不能自動消除人們的刻板印象和偏見，但法律可以是一個很棒的老師，建立社會規范，并讓這些規范自然地進入我們的日常生活中，保護弱勢不受脅迫、虐待或邊緣化。不只司法權有責任實現憲法人權法案中的權利，立法權亦責無旁貸。其原則性的功能之一便是確保憲法概論和第一條[[1]](#_1_33)中所列的價值。

本判決書宣告現行的法律未能平等地對待原告，并借此恢復原告該享有的權利。而同時，我認為在滿足這些平等權時，也應該謹守權力分立的原則，并讓國會能夠彌補現行疏失。在這方面我們必須知道，立法部門有許多合法的方式可供選擇，以補足現行法律的缺失……

考慮到公眾的高度關切、本案所牽涉的強烈敏感議題和建立這個領域平等標桿的重要性，應該由立法權來決定最佳的補正方式。我們有一個明確無誤的堅持—目前的普通法和《婚姻法》排除同性戀婚姻享有與異性戀婚姻相同的地位、權利、責任，是抵觸憲法的。這個缺漏必須補正，以確保同性戀配偶不至于被直接、間接地邊緣化或被法律排除在外……

在思考如何立法時，國會議員必須銘記在心的是，新措施的目標必須提升人性尊嚴、促成平等，并增進人類的權利與自由。也就是說，在去除普通法和《婚姻法》“涵蓋不足”的婚姻定義后，如果新的補救措施不是為大家帶來同等的權利的擴充，而是同等的權利的損失，那也是不可以的。因此，如果因為同性戀配偶不能享有婚姻的地位、權利和責任，便讓異性戀配偶也適用相同的規定，這不會達到平等。降低標準、讓所有人都不適用普通法的婚姻，這種“鏟除”法不會有正面效果。以等量的排除取代等量的接納只會帶來等量的不滿，而非創造平等。法律關切的是所有家庭的組成和婚姻都值得被熱烈支持，而不是被平等地邊緣化，這就是所謂葡萄園的平等，而非墓園的平等……

我們所選的法律補償方式必須是寬厚且有包容性的，接受同性戀婚姻有如異性戀婚姻，且在有形無形的方面都不應該有差異。

停止對同性戀配偶的排擠

本案的核心是希望能終結—或至少減少—法律長久以來對同性戀配偶的孤立。正因為婚姻在我們的社會扮演如此重要的角色，更顯得普通法和《婚姻法》把同性戀配偶排除在外會造成極大的傷害，所以建立新典范的基石更須謹慎、小心。讓國會在本判決的框架下放手去做是適當的，同時也是讓立法權在憲法架構下得以發揮功能……

（判決指出，若是國會無法在一年內提出適當的補救措施，“或配偶”一詞將自動加入《婚姻法》，并使同性戀配偶可以合法結婚。）

“或配偶”的措辭有簡單明了的優點，而且也是對法條原文變動最小的調整方式。憲法的價值可以得到守護，現行的婚姻機制也不會改變，對國家的財政負擔也是最小的。長久以來以法律保護和強化家庭生活的政策，也會維持和延續下去，而負面的刻板印象則將會消弭。宗教團體依據教義主持婚姻的權力不會受到影響，如果宗教團體堅持的話，也可以繼續只承認異性戀婚姻。國家可以貫徹合理包容的原則，確保有虔誠信仰的民事婚姻官得以拒絕主持同性戀婚姻，而不必在違反其意愿的方式下被迫履行職務。

歐瑞岡大法官同意判決書主文，但在如何補救法條疏失的問題上寫了一份簡短的不同意見書。在她看來，憲法法院本身應該改變普通法定義的婚姻，并立即在《婚姻法》中加入性別中立的詞匯“或配偶”，而不是將其送交國會，再多等一年。

歐瑞岡大法官：

憲法法院被賦予守護憲法的權力和責任，法院不應從這個角色上退縮。憲法法院下達的命令的正當性并非來自這個機關本身，而是因為它讓憲法條文產生效力。有時，我們之中有些人不愿意看到憲法權利被守護，但這絕不是憲法法院應停止捍衛這些權利的理由。

[[1]](#_1_32) 南非憲法第一條共四項，明列出立國的基本價值，其中包括尊重人性尊嚴、平等、人權、法治、成年人普選權等等，其中第二項則是禁止種族主義與性別主義。

# 第十章 開始與結束

若法律是一部機器，那我們就是賦予這機器生命的靈魂。良知良能是我們的領航員。

就法官這職務而言，從開始到結束都與文字有關。我們宣判，我們的工作就是處理文字，并成為我們的時代最具影響力的說書人。我們如何說故事常常與如何講道理同等重要。我們的聲音不能是不帶個性的神諭，憑著純粹超然的智慧下達解決人世紛擾的指令。我們更不能模仿計算機冰冷僵硬的聲音，拘泥于人工程序做不知變通的判決。我們是活生生的人，我們要細膩地了解案情之后，發出感同身受的響應。若法律是一部機器，那我們就是賦予這機器生命的靈魂。良知良能是我們的領航員，而那良知不僅得益于我們的學習、我們的生命體驗，也受法律理論與實務的啟迪。而且，我們會生活在被我們的判決改變的世界中。事實上，擔任法官并參與法庭工作本身就是富饒而繽紛的生命經驗。

我們發現合議庭的力量遠大于個別法官的加總。它有自己獨立的生命、獨立的動能與獨立的文化。我們樂在其中。歷來累積的判決是司法功能的核心，它們彼此是相輔相成的，且我們不會假裝不以我們的判決為榮。我們不但引以為傲，而且愿意以一種兢兢業業、戒慎恐懼的態度，自詡為全世界所有愿意以理性思辨取代暴力與金錢的人的榜樣。正如同我在文中再三闡述的，判決工作并非只是純粹的理性推論。完備的邏輯雖然是思考的一部分，但不是全部。精辟且令人信服的法律推論必然來自經驗，而且將從它與真實生命的匯流之中取得源源不絕的生命力。

心理學家、社會學家、政治學家可能會對法官的某些判決提出各自的解釋。然而，對法官的行為做出解釋是一回事，親自動腦筋判案又是另一回事。

我在念書的時候經常莫名其妙地遭到鞭打，被關時也常聽到被鞭打的青少年的哭聲，因此我對體罰印象很差。這或許可以解釋為什么我對體罰議題很敏感。但這些早年的生活經歷并不會完全主宰我對“基督徒教育學校案”的判決。雖然一般學校禁止體罰，但在該案件中，他們主張在特定學校使用體罰矯正偏差行為是他們宗教教義的一部分。我不認為學校的體罰可以淬煉出學生堅強的心智。但是，我在學校時的另外一個經歷又告訴我，一個人不去假裝接受他不相信的信仰的權利，是必須被尊重的。對宗教自由的尊重平衡了我對體罰的反感。

等到我開始做法官，上述經驗的能量被其他種種的經驗給轉化了，并交織進我在人生各階段的反省之中，形成了我復雜且仍在遞嬗演變的法律觀。法律觀念令人又愛又恨的地方，就是它一方面是完全抽象的，一方面又完全與現實生活息息相關。所以在穿過重重險阻障礙，最終要動筆寫判決書時，我覺得我不該用自身的經驗來解釋這個判決，而是得建構在相關的憲法價值之上。這些價值乃是凝聚過去千百年來千萬人的經驗而成的。這些價值能夠調和布倫南大法官所說的“法律的熱情”以及所有法律的規范特性。僅是就諸如身體權與良心自由權之間的矛盾寫出一篇深刻的哲學分析，還不足以做出一個好判決。一個好判決必須是在對以上問題有了透徹理解之后，在具體爭議當中，對這兩種權利做出平衡的取舍。而我會讓所有的讀者，特別是訴訟當事人，知道我做出這樣的判決的原因，尤其是我為什么會做出這樣的權衡。相關的哲學問題我已經寫在第四章的“宗教豁免于一般性法律”一案中，不再贅述。該判決牽涉到認定什么是合理的體罰的一般性法律，而結論是基督徒教育團體可以在家里采取符合于他們的信仰的體罰，但不可以在學校這樣的公開場合這么做。我會希望，盡管有的人在聽到判決時會感到失望，但他們也能知道法院確實有認真嚴肅地對待他們的信仰，而且希望他們與每一個讀到判決的人都會清清楚楚地知道，每一個關鍵因素分別被賦予了多少的權重。

回顧過去擔任法官的歲月，我深信生命經驗已經以各式各樣的方式融入了我的法律良知之中，有時候是很明顯的，有時候則比較匪夷所思。它們一方面改變了我服務的憲法法院文化，一方面也被憲法法院文化改變了。我唯一能肯定說的是，我們的責任并非只是以形式化的法律推理來解決問題，當然也不只是用被法律術語包裝起來的個人偏好來解決問題。法官的職責在于找出問題所在、衡量所有相關因素，以期達到符合比例原則的結果，且這樣的結果必須考慮到實務上的前因后果以及相關的憲法價值，并需與公眾分享獲得這個結論的思考過程。簡單講，這就是判決的真諦。

# 跋與致謝

我七十三歲了，在休假擔任福特基金會（Ford Foundation）駐點學者期間撰寫的這本書也接近了尾聲，但是，我發現我突然變成反革命分子了。怎么會這樣呢？因為我是憲法法院的一分子。根據一位非洲人國民大會資深官員的說法，憲法法院是想要阻止非洲人國民大會黨主席雅各布·祖馬成為南非總統的反革命團體之一。令人欣慰的是，幾周之后，為了回應反對聲浪，該資深官員表示那段話是被斷章取義的，非洲人國民大會重申其對憲法和司法獨立的支持。所以，我撰寫這篇跋的時候知道，在我生命中至少有幾個月，我不是個反革命分子。

與此同時，古特邦太太過世了，她這一生從沒能搬到磚造的房子里。政府在她死后贊揚她的所作所為堪稱是無家可歸者的斗士，更有無數的報紙社論向她致敬。但在另一方面，她的家人始終未能被安置在合理的居住環境里。這正反映出要實現我國憲法中的社會經濟權利是多么地不容易。

擔任大法官難免有痛苦和不安的時刻，在這些時候我總會提醒自己奧利弗·坦博是如何保持冷靜與沉著的。我們的孩子也是以他的名字來命名的。但總的來說，我的法官人生是精彩、快樂、有建設性的。寫書時，我曾希望我能分享我和同事們在會議室的精彩辯論內容，更渴望能描述判決出來之前經歷過的多次改變。然而我不能違背在憲法法院工作所要求的保密原則。為了充分將過程中的反復交鋒呈現出來，我唯一能做的是大量地摘錄我所撰寫的判決書內容。如此我才能分享我心中的“答”與“滴”又不至于違反保密義務。

然而即使已經如此小心翼翼，我仍然感到緊張，擔心自己是否觸犯了什么不成文的法律界禁忌呢？為了謹慎起見，我先把書稿寄給幾位法官同事。出乎我意料（也摻雜著得意的心情），大家都對拙作表達了欣賞甚至贊嘆之意。

曾經和我在憲法法院共事多年的理查德·戈德斯通（Richard Goldstone）大法官讀完書稿馬上告知我，他認為書中沒有逾矩之處。這真是讓我大大松了一口氣。緊接著我也收到澳洲的托尼·諾斯（Tony North）、加拿大的羅莎莉·阿貝拉（Rosalie Abella）和克萊爾·何瑞·杜貝（Clare L’Heureux Dubé）、荷蘭的威廉敏娜·托馬森（Wilhelmina Thomassen）等多位大法官充滿支持的評價。不久之后，我將書稿寄給幾位曾共進午餐的美國最高法院大法官。斯卡利亞在他迅速且親切的回信中，贊同我正確地表達了他的觀點（也正好和我的觀點截然不同），不過對于我描述他在法庭上十分嚴厲，但私底下非常和藹可親這段略有微詞。魯思·金斯伯格大法官則是花了數小時精讀，并給我精辟且極有幫助的批評，她同時也推薦我參考一本書及一篇近期《紐約客》雜志里的文章，兩者都顯示各行各業的人都有著和我在沐浴時靈光乍現高度類似的經驗。（一位當心理治療醫師的朋友告訴我三個“發現”經常迸出的地點：臥室、浴室、巴士。）

寫作是孤獨、艱辛而勞累的。當一個人發自內心地擔起責任，感激之心會特別強烈。倫敦大學亞非學院的薩拉·希賓（Sarah Hibbin）不但馬上聯絡牛津大學出版社，也把書稿寄給幾位我認識的英國法官。有些法官也許覺得不要回信比較好，但我收到的幾封回信內容都對此書極為支持。特別是首席大法官哈里·伍爾夫（Harry Woolf）、湯姆·賓漢大法官、羅伯特·沃克大法官給我最多的鼓勵；與斯蒂芬·賽德利（Stephen Sedley）法官的討論也極為有趣，他的疑問在于將一個人的判決放在法律著作中的適當性，但愿我成功地說服了這位極有格調的法學家：這取決于該書的性質；還有布倫達·黑爾（Brenda Hale）大法官，她實在不需要如此考慮周詳地說服我別用“我寫過的每則判決都是謊言”這么強烈的措辭。

許多法學家也給了我寶貴的意見。布魯克林法學院的厄休拉·本特爾（Ursula Bentele）在每一版的每一個章節都給予我巨細靡遺的幫助，她不只在我最不確定的時候給我信心，也使我免于將“我已有的困惑都變得更加混淆”這句彌爾頓的名言誤植為莎士比亞所說。接下來我要感謝的是兩位逐章精讀、對本書做出極大貢獻的人。一位是來自牛津大學出版社的審稿人，顯然是位學者，但沒有公布姓名—我必須說我要與無名氏合作了。所以首先，讓我感謝紐約大學的斯蒂芬·舒爾霍弗（Stephen Schulhofer），這位朋友以最真誠、專注的態度對本書的內容和風格都給出了修改建議。接著是我對無名氏的感謝。從無名氏的評論風格和其所使用的措辭中，我很難想象無名氏是怎樣的一個人，但他或她的的確確抓住了我內心的想法并給了我最生動、最有幫助的建議。以上種種都已融入并豐富了本書的內容。

還有一些幫助是我意料之外的收獲。例如，阿爾斯特大學授予我榮譽學位，而我致贈為我做致辭的克里斯汀·貝爾（Christine Bell）一份書稿，意外地使她成了第一位把拙作當教材的教授，她和學生的互動也促使我增加了人性尊嚴和比例原則部分的篇幅。芝加哥大學的約翰·科馬洛夫（John Comaroff）則對論證的結構提供了寶貴的意見，有些比較激進的部分可能要等有機會再專書論述。智利大學的何塞·薩拉奎（Jose Zalaquet）請我贊助他編輯的一本人權字典，我不但照辦還加贈書稿。他在我們設立真和會的時候給予了我們許多建議，也因此，他對《他的名字叫亨利》一章的評論別具意義。莫斯科大學的奧爾加·卡佐瓦（Olga Khazova）則拿她的寶貝兒子試驗，據她說小家伙的反應很不錯呢。而她為本書所建立的優雅架構，我必須要說，的確讓這本書變得更親近讀者了。

還有許許多多不同國家的法律同行提供了他們寶貴的意見。例如先前在巴黎的法國憲法委員會服務的多米尼克·雷米—格朗熱（Dominique Remy-Granger）細讀書稿，并告訴我最早將社會經濟權利以法律明定的，不是我以為的俾斯麥首相時期的普魯士（德國前身），而是1848年革命之后的法國。接著，在把《恐怖主義和刑訊的故事》書稿分送給到布宜諾斯艾利斯參加國際律師協會會議的各國代表之后，東道國代表之一的埃米利奧·卡德納斯（Emilio Cardenas）要求瀏覽全書書稿。他不但給了我許多洞見，更表示愿意將此書翻譯為西班牙文。卡羅爾·斯坦伯格（Carol Steinberg）則從約翰內斯堡寄給我對本書幫助最大的評論。而為了增加地區的多元性，不時會寄電子郵件給我的好朋友路易絲·斯塔克（Louise Stack）從一間英國的寺院寄出她對書稿敏銳的觀察意見。

還有兩位在紐約的人士以她們自己可能都沒意識到的方式鼓勵了我。首先是曾經幫我一位朋友編輯書的德迪·費爾曼（Dedi Felman）。她在我剛動筆撰寫本書的時候明確告訴我，要找一間愿意出版外國作家的法學專書的美國出版社是很困難的。她的真心話啟發了我，我總要找個方式來宣傳這本書啊。我想，這本書的規模絕不只是講述我這個南非法官的個人感想而已，畢竟過去我在世界各地演講的反應都不錯啊！費爾曼的真心話促使我去思考舉世接受的法官思考模式和司法體系運作方式。當我在思考這個問題的時候，“奇幻煉金術”（“strange alchemy”）這個詞不斷跑進我腦中。就這樣，一本新書誕生了。

另一雙援手則來自一位保姆，瓦內薩·西普坦博（Vanessa September）。有天傍晚當我們兩人沉浸在《南太平洋》（South Pacific）的配樂時，她說她看到放在書桌上的書稿，忍不住讀下去，但只看到一半，為此她感到非常抱歉。我們同居了很長一段時間，現在她已經成為我最美麗賢惠的太太了。

最后要感謝的是我在紐約的助理瑪佳麗·約翰遜（Majorie Johnson），以及在約翰內斯堡的法官助理吉姆·威廉姆斯（Kim Williams）、克萊爾·巴拉德（Clare Ballard）、伊曼紐爾·格盧夫（Emmanual de Groof）。她們都花費了無以計數的時間，不辭辛勞地協助我進行無止盡的校對和修正；在此我要再次表達最誠摯的感謝。同時，我鄭重宣布，“煉金術”已經完成了，真的“完成”了，不會再有新的修改版了！

當我忙著撰寫最后這段話時，書稿已經在亞歷克斯·弗拉奇（Alex Flach）的耐心和貝森·庫辛（Bethan Cousins）的細心下煉成一本書了。對于所有前述致謝的人士，我最后還有些話要說。雖然我無法避免你們出現任何錯誤—因為我不知道那會是些什么樣的錯誤，但我可以很誠摯地說出我有多么感謝你們的共事和協助。在2009年10月12日午夜，我在憲法法院十五年的任期就要屆滿了。無論這本書將來的境遇如何，無論我曾經服務的憲法法院未來命運如何，各位都協助我找到向這偉大奇跡致敬的方式。在這片被許多人視為世界上最不可能孕育憲法正義的土地上，人性尊嚴、平等、自由等最先進的思想落地生根了，而且我衷心地希望，它在將來可以繼續開枝散葉。