

统一的正义

美国联邦上诉审及其启示

陈杭平 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

陈杭平·著

统一的正义

美国联邦上诉审及其启示



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

统一的正义：美国联邦上诉审及其启示 / 陈杭平著.
—北京：中国法制出版社，2015. 12
ISBN 978 - 7 - 5093 - 7091 - 9

I. ①统… II. ①陈… III. ①刑事诉讼 - 上诉 - 诉讼
程序 - 研究 - 美国 IV. ①D971. 252

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 284096 号

策划编辑 刘 峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑 张 津 (zj2007011567@163.com)

封面设计 蒋 怡

统一的正义：美国联邦上诉审及其启示

TONGYIDE ZHENGYI; MEIGUO LIANBANG SHANGSUSHEN JIQI QISHI

著者/陈杭平

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 毫米 × 1230 毫米 32

版次/2015 年 12 月第 1 版

印张/ 8.75 字数/ 182 千

2015 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7091 - 9

定价：39.80 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66053217

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010 - 66032926)

作者简介

陈杭平 男，浙江富阳人，清华大学法学学士（2003）、法学硕士（2005），北京大学法学博士（2009）。曾任教于对外经济贸易大学法学院（2009~2015），担任诉讼法学系主任、院长助理等职务。美国哥伦比亚大学法学院访问学者（2013.8~2014.8）。现为清华大学法学院副教授。

研究领域民事诉讼法学、司法制度、法社会学。在《法学研究》《中国法学》《中外法学》等刊物发表中、英文学术论文多篇。

序

大约从秦朝开创“大一统”政制时起，“统一”在中国的意识形态及理论话语里就具有不言而喻的正当性。自新中国建立以来，经过数十年的探索与试错，形成了“有中国特色的财政联邦制”（Fiscal Federalism with Chinese Characteristics），在中央与地方之间就财政收入（财权）、支出责任（事权）达成分权/集权的大致均衡。在此背景下，地方主义（decentralism）虽被有效遏制，但因地区自主、区域竞争引起的利益“地方化”“条块化”现象有所抬头。随着经济乃至社会逐渐进入“新常态”，通过法治（规则之治）重整中央与地方的关系已成为决策层的“顶层设计”，并正在凝聚社会共识。宪法或政治意义上的“统一”因此更具有法治化的意蕴。司法内在的统一或者说“同案同判”，也就此走出角落，来到历史舞台的中央。

遗憾的是，我国司法审判存在“同案不同判”、司法冲突的沉痾宿疾，而现行立法、司法缺乏有效的应对手段。无论由最高人民法院制定施行司法解释，就个案中的法律解释适用问题作出“批复”，还是分批次发布典型案例（“指导性案例”），均力所不逮。由于缺乏足够的历史经验积累，在中国这样一个超大型国家里应在何种程度上统一司法、如何统一司法都颇令人困惑和踌躇。作为法治后发国家里一种通行的研究范式，以“域外的眼光”研究“中国的问题”，或者从事有识别力的法

制“进口”工作以丰富想象的空间、选择的“菜单”，就很有意义和必要。而“中美国”（Chimerica）的另一半、同为超大型国家的美国具有旨在统一司法最为成功和成熟的联邦上诉审制度。有鉴于此，本书将围绕“美国如何通过联邦上诉审制度在全国范围内统一司法”这一“命题”或核心问题展开分析，以期从中汲取可资参考的理论及制度资源。

美国联邦上诉法院与联邦最高法院同为“法律审”法院，具有统一司法的双重审级制度结构。作为举世闻名的“诉讼爆炸”国家，全美每年受理超过三千万件民事、刑事案件（加上交通违法案件等则多达一亿件），而进入联邦上诉法院的不过五、六万件，最终被联邦最高法院裁定移卷并实体复审的仅八十件左右。事实上，在“联邦/州”两套并行的法院系统下，联邦上诉审法院的司法“统一”是以各州司法各行其是或者说“不统一”为前提的。通过诉讼程序的设置与管辖权限的划分，在“统一”与“不统一”之间达到微妙的动态平衡，既保持各州、各地司法的个性和特色，又在全国范围内确保重大联邦法律问题的统一解释与适用，是为美国得以通过联邦上诉审统一司法的秘诀之一。

在更具体的司法知识与技术的层面上，美国联邦上诉审在区分“法律问题”与“事实问题”的前提下原则上只审理“法律问题”，并就此形成具有先例效力的裁判，为本院及下级法院在今后处理相同或相似法律问题提供规范命题或法律依据。为了实现统一司法的功能，美国联邦上诉审法院一方面充分发挥上诉律师的作用，使其通过“封闭”案卷、规范撰写法律理由书（brief）等集中呈现法律争议焦点及根据；另一方面在司法辅助人员的协助下通过筛选程序或裁量受理程序进行繁简分流，从中择取具有统一本辖区或全国范围内法律解释适用价值的案件；再一方面对法律问题、事实问题、裁量问题适用遵从度（deference）不等的复审标准，从而确保上诉审司法资源向法

律问题的辩论与审判聚集。

“司法统一”，从主观的角度来看就是在法律共同体内就法律解释适用问题达成具有共识的见解。为了保障共识的形成，避免法官之间即产生分歧和冲突，美国一方面通过行之有效的法官“养成”路径，使来源五花八门的上诉审法官具备必要的“协作性”（collegiality）；另一方面联邦上诉审法院内部呈现平等分权/协作共事的组织结构，其中的法官连同其助理、秘书等构成一个个“小型律师事务所”，通过“多数决”机制及彼此的合作形成一个法院判决意见，用一种集体的声音宣告裁判结果。加上上诉律师、法官助理（精英法学院最优秀的毕业生）等参与其中并提供智识，可以说上诉审裁判的“判决理由”在相当程度上代表了法律共同体的共识。

犹记得2013年秋在纽约访学期间去美国联邦第二巡回区上诉法院（U. S. Court of Appeal for the Second Circuit）旁听开庭的经历。与联邦或州初审法院“剧场化”的庭审明显不同，与州小额法庭有如菜市场般的熙熙攘攘更相去甚远，上诉言辞辩论恰似在上诉法官与代理律师之间展开的一场“论文答辩”。三名上诉法官居高临下，对站着陈述的律师轮番轰炸，随时打断追问，甚至不耐烦地勒令“Sit down”。旁听席坐满了西装革履正轮候开庭的律师。他们静默地看着眼前备受煎熬的同行，大概也很忐忑地盘算着自己届时的际遇和应对。除了最终的裁判文书，这样一种在法律共同体之间进行的“苏格拉底式”对话场景，是整个联邦上诉审程序唯一向社会公开的环节。而将视野从美国上诉法庭的物理空间拉伸开去，则可以看到在这个超大型国家里，司法统一正通过这种略带神秘的诉讼制度得以实现。

带着对中国问题的强烈关怀，本书希望能与读者一道展开一次域外法制探秘之旅。

目 录

第一章 导 论 / 1

- 一、本书的“命题” 2
- 二、“命题”的缘由 3

第二章 美国联邦上诉审法院的历史、组织与功能 / 21

- 第一节 联邦上诉审法院的历史沿革 23
 - 一、“嵌入式”的双层法律审 23
 - 二、从“巡回审判制”到“固定审判制” 27
- 第二节 联邦上诉审法院的组织结构 29
 - 一、联邦上诉法院 29
 - 二、联邦最高法院 34
- 第三节 上诉审法院的统一司法功能 37
 - 一、“统一司法”与“纠错” 38

二、“统一司法”与审级制度	39
三、“统一司法”的社会政治意义	40

第三章 通向美国联邦上诉审之路 / 45

第一节 州法院对案件的分流	46
一、“五花八门”的州法院	46
二、州法院对案件的分流	49
第二节 联邦地区法院的过滤	52
第三节 联邦法院上诉途径	57
一、终局上诉	57
二、中间上诉	60

第四章 美国联邦上诉审的受案范围 / 69

第一节 “事实问题”与“法律问题”	70
一、“事实问题”“法律问题”与“法律应用”	71
二、诉讼中和哲学上的“事实”与“法律”	76
三、英美法系中的事实问题/法律问题	83
第二节 联邦最高法院的裁量受理标准	91
一、司法冲突	93
二、法律事项的重要性	96
三、裁判错误	98

第五章 美国联邦上诉审的审理模式与复审标准 / 101

第一节 “事后审制”的实现	103
一、案卷的“封闭性”	103
二、法律理由书 (brief)	107
第二节 上诉审的复审标准	111
一、“事实问题”的复审标准	114
二、“法律问题”的复审标准	120
三、“裁量问题”的复审标准	121

第六章 美国联邦上诉审程序：受理 / 125

第一节 联邦最高法院裁量受理程序	127
一、审查程序	129
二、审查结果	133
第二节 联邦上诉法院筛选程序	137
一、筛选标准	140
二、筛选程序	140
三、实践效果	142

第七章 美国联邦上诉审程序：审理 / 145

第一节 言词辩论	147
一、言词辩论的功能	148

二、言词辩论的展开	154
第二节 重审程序	159
一、“重审”概述	159
二、联邦上诉法院的重审	163
三、联邦最高法院的重审	167

第八章 美国联邦上诉审的制度主体 / 169

第一节 联邦上诉审法官	171
一、联邦上诉审法官的“养成”	171
二、联邦上诉审法官的“协作性”	177
第二节 上诉律师	180
一、上诉律师的司法角色	180
二、“披露不利的法律规则”义务之争	183

第九章 美国联邦上诉审的裁判 / 191

第一节 联邦上诉审裁判的形成和类型	193
一、联邦上诉法院的裁判	193
二、联邦最高法院的裁判	198
第二节 上诉审裁判的法律效力	200
一、上诉审裁判的法律效力	200
二、“判决理由”及其确定	206

第十章 结论 / 215

第一节 “协作型” 上诉审判模式	216
一、“协作型” 上诉审判模式的概念	216
二、“协作型” 上诉审判模式的理论价值	218
三、“协作型” 上诉审判模式的制度涵义	222
四、与“协作型” 上诉审判模式相关的制度	227
第二节 对中国的启示	228
一、通过上诉审统一司法的必要性	229
二、通过上诉审统一司法的可行性	231
三、如何通过上诉审统一司法	235

参考文献 / 247

后 记 / 259

第一章

导 论

一、本书的“命题”

所谓“命题”指的是贯穿论著始终的中心论点，是论著集中探讨或论证的基本问题（general issue）或基本观点（general position）。本书的“命题”或者说探讨的核心问题是：作为超大型国家，美国如何通过联邦上诉审制度在全国范围内统一司法？^① 美国同中国一样，无论从国土面积、人口数量还是从案件总量来看，都是超大型国家。“上诉审”指的是针对当事人提起的上诉或移卷令申请（petition for a writ of certiorari）进行受理、审理和裁判的程序制度。“统一司法”即消除不同法院、同一法院内不同审判组织之间的司法冲突。根据“既判力”（res judicata）或“请求排除”（claim preclusion）原则，法院对同一诉讼标的或案件实体内容只能审判一次，因此理论上不会发生对同一案件所涵盖之基本事实认定的“冲突”。如果认定事实不符合客观真相或者说“事实认定有误”，在裁判生效之前通过改判或撤销原判发回重审予以解决，在裁判生效之后则经由再审予以纠正。在此意义上，所谓“司法冲突”只可能是法律解释和适用的冲突，也即对同一“法律问题”（question of law）作出了相互矛盾、相互抵触的裁判。从程序的视角来看，“统一司法”是指美国联邦上诉审法院受理并审判由当事人提起的上诉或移卷令申请，在有分歧的法律观点之间

^① 由于美国联邦有上诉法院与最高法院两级“上诉”法院，本书所谓“上诉审”包括这两个上诉审级，并在此意义上使用“上诉审法院”“上诉审程序”“上诉审法官”等概念。

作出抉择或者另辟蹊径，通过终审判决形成具体明确的法律规则，以供下级法院或本院在今后的审判中遵照适用；从实体的视角来看，“统一司法”是指对一个“法律问题”确定一个具有先例效力的判决。

二、“命题”的缘由

为什么以“美国联邦上诉审如何统一司法”作为本书的“命题”？这一追问可以分解为两个“支问题”：第一，为什么研究统一司法（而不是事实发现、判决既判力或其他）？第二，为什么研究美国联邦上诉审（而不是中国、德国、英国或美国各州的上诉审）？

（一）研究“统一司法”

“法律面前人人平等”是我国宪法的基本原则，“相似情况相似对待”或者“同案同判”是司法公正的基本要求。案件事实可能各有殊异，但法律规则的效力应具有普遍性。只有对相似的情形作相似处理，才表明法律在实践中具有确定性和可预见性，“法治”即规则之治才能得以贯彻落实。因此只要作为适用前提的要件事实相同或相似，法律规则所预设的法律效果就应无差别地发生。司法“不统一”就是对要件事实相同的案件没有适用相同的法律规则，或者对同一法律问题作出了歧义的解释，导致法律效果发生背离或冲突，有违司法公正。

随着我国裁判文书上网的全面铺开，通过各类检索系统可以发现大量司法不统一现象。仅以法院关于“诉讼标的”的裁判观点飘忽不定为例，就可见一斑。

案例一：原告 EOS 工程公司先起诉请求被告返还工程款，之后申

请变更诉讼请求为被告返还不当得利。一审法院判决驳回诉讼请求。EOS 公司上诉后又申请撤回上诉。之后，EOS 公司以侵权纠纷为由起诉，请求同一被告承担侵权赔偿责任。一审法院裁定不予受理。EOS 公司不服，提起上诉。最高法院作为二审法院认为，原告基于同一纠纷事实，以相同的当事人为被告，向原审法院先后提起不当得利返还之诉和侵权损害赔偿之诉。“尽管前后的诉讼理由不同，但实质的诉讼标的是相同的，即 EOS 工程公司是为了解决其于 1995 年向山西省新绛县电厂筹建处汇付 100 万美元产生的纠纷而向人民法院提起诉讼的。”原告就同一诉讼标的再次起诉，违反一事不再理原则。^①

案例二：甲起诉乙请求返还汇入其银行账户的 100 万元之不当得利。甲在庭审中陈述双方存在民间借贷关系，法院向甲释明是否将诉讼请求变更为偿还民间借贷，甲不予变更。经审理，法院判决驳回甲的诉讼请求。后甲再次起诉，请求乙偿还民间借贷 100 万元及利息。乙辩称甲的再次起诉违反一事不再理原则。一审法院认定两起案件的诉讼标的不同，故不违反该原则。乙不服一审判决，提起上诉。二审法院认为两起案件的诉讼主体、诉讼标的物等虽然相同，但起诉的理由、所依据的法律关系等并不相同，因此后诉并不违反一事不再理原则。^②

在民事审判实践中，针对同一起纠纷事实，当事人可否在后诉中以不同性质的法律关系或实体请求权作为理由提出与前诉相同的诉讼

① “美国 EOS 工程公司诉新绛发电公司等侵权纠纷案”，最高人民法院（2003）民四终字第 2 号。

② “罗永辉与陈强民间借贷纠纷二审民事判决书”，浙江省金华市中级人民法院（2011）浙金商终字第 1146 号。

请求，是一个极易引起争议的法律疑难问题。“案例一”中最高人民法院旗帜鲜明地反对，认为围绕同一笔100万美元汇款所产生的纠纷构成一个诉讼标的，经过法院审判即不可再诉，而不问当事人所依据的法律理由是不当得利抑或是侵权。“案例二”中后诉法院所持立场则截然相反，认为100万元人民币仅是双方争议的标的物，而后诉与前诉所依据的法律理由不同，构成不同的诉讼标的，因此后诉并不会被前诉判决所遮断或禁止。从笔者检索到的裁判文书来看，尽管“案例一”选登在《最高人民法院公报》上，可以说反映了最高人民法院部分法官在一定时期内的权威判解，但“案例二”中法院的裁判观点与理由在实务界似乎也有相当的市场。^①

为什么不同地区不同层级的法院、同一地区的不同法院甚至同一法院内部都会出现司法不统一或“同案不同判”现象？究其原因，可能是法官对法律的理解和认知有错误（包括“法律素质”不够高，也包括主观认识有偏差），也可能是受到外部干预或法外因素影响，还可能由于个人偏好（政治、宗教、道德、伦理等等）不同，甚至可能是出于司法腐败的枉法裁判。这些个体性因素是社会的多样化实在，可以描述和归类，但难以对之进行一般层面的理论分析。本书关注的是即使具备相应司法知识、技能和操守的法官，仍然可能出现“同案不同判”，由此追溯司法不统一在制度、程序乃至组织上的根源。就此而言，以下几个因素不容忽视：

第一，制定法的原因。我国属于制定法国家，成文的宪法法律法规是最重要的法律渊源，而制定法本身隐含着司法冲突的风险。一方

^① 例如，“郝桂亮等合伙协议纠纷审判监督民事判决书”，北京市第一中级人民法院（2015）一中民再终字第03831号；“张浩诉郝静不当得利纠纷民事判决书”，呼和浩特市中级人民法院（2015）呼民四终字第00248号；等等。