

英国和美国的法律及法学理论

[美] 理查德·A·波斯纳 / 著

郝倩 / 译

Law and Legal Theory
in the UK and USA

法译馆·讲演集

北京大学出版社



英国和美国的法律及法学理论

〔美〕理查德·A·波斯纳 / 著
郝倩 / 译
Law and Legal Theory
in the UK and USA



北京大学出版社



著作权登记号:01-2006-7526

图书在版编目(CIP)数据

英国和美国的法律及法学理论/(美)波斯纳(Posner, R. A.)著;
郝倩译. —北京:北京大学出版社, 2010. 6

(法译馆·讲演集)

ISBN 978-7-301-17376-3

I. ①英… II. ①波… ②郝… III. ①比较法学-英国、美国
IV. ①D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第116329号

书 名: 英国和美国的法律及法学理论

著作责任者: [美]理查德·A. 波斯纳 著 郝倩 译

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978-7-301-17376-3/D·2632

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 4.5印张 121千字

2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

定 价: 18.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

去年(指1995年——译者注)10月,我在牛津大学做了三次讲座。这些讲座是由牛津大学出版社举办的年度克拉莱顿(Clarendon)系列讲座的开场。我的讲座旨在对英国和美国的法律制度进行比较分析,其内容经修改即成本书。有关这个题目的论著甚丰,以 Atiyah 和 Summers 的名作为代表^[1],而且该领域的作者们对英国法律制度的了解远甚于我。但是我的视角与他们有两点不同:我本人既是法官又是学者;而且我比这两个国家中的任何其他法官和学者都坚信,社会科学,尤其是经济学应当贯穿于法律的研究与实施当中。

讲座一提出两个相关的论点。第一,通过比较本世纪(指20世纪——译者注)下半叶两位著名法理学家,英国的 H. L. A. Hart 和美国的 Ronald Dworkin,指出试图对“法”进行定义是偏离重点的无用功,体现了传统法学理论的贫乏。第二,我认为在很重要的意义上,英国法律制度更接近于大陆法系的,而不是美国的法律制度。由于种种因素,这一点被掩盖了。英美语言相通,美国的法律制度源于英国,英国与大陆法系有很多表面上的区别,而英美制度间又有同样多表面上的相似之处。例如英国的出庭律师(barristers),如果从其功能而不是名义看,在一定程度上更

[1] P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (1987). 有关此内容的另外一篇优秀作品是 Maimon Schwarzschild, "Class, National Character, and the Bar Reforms in Britain: Will There Always be an England?", 9 *Connecticut Journal of International Law* 185 (1994)。我说的“英国法律制度”是指英格兰和威尔士的法律制度,因为北爱尔兰和苏格兰(尤其如此)的法律制度独树一帜。

应该被视为司法助手而非律师,这样也就使法官和律师的比例更倾向于大陆法系。与第一个论点相联系,就是我所称的 Hart 法律概念中的大陆精神,与之形成鲜明对比的是 Dworking 法律概念中的美国精神。这些著名的理论家犯了将地方现象泛化的错误。从功能上讲,英国有一支类似其他欧洲国家的职业司法队伍,而美国没有。Hart 的法律概念,就是描述在职业化司法体制下的法官怎样看待法的。

讲座二分析了几个主要属于侵权法和合同法领域的英国案例。英国和美国法律在这两个领域的重合度最高。我认为,虽然英国法官一般会有效运用常识大体达到经济学家所推崇的结果,但如果他们在普通法上更愿意接受经济方法。也就是说,在这方面更像美国的法官,他们可以做得更好。

讲座三对比了英国和美国法律制度在运作层面而不是法理和教义层面的不同,对这些区别进行解释,并且反对两国法律制度零零碎碎的片面改革。两者之间最明显的区别是英国法律制度规模比美国小得多。其基本原因是体制性的,包括英国诉讼的收益与成本的比率低于美国,英国基本没有风险代理费 (contingent fees),而且英国法更简单,更具确定性。但是最终的原因可能是英国有很多可以替代诉讼的社会调控手段,所以没有必要采用一些提起诉讼的昂贵手段。在讲座三的结尾我提出一些根据英国经验改革美国诉讼程序的初步建议,尤其是要限制风险代理费。英国可以向美国学习在司法判决中运用社会科学,而美国也可以向英国学习怎样限制诉讼的增长。

在附录一中我列出英国司法组织结构表及巡回法官和地区法官的正式职责。两级法官的设置区别在讲座一中很重要,而组织结构表对局外人了解复杂的英国法律制度非常必要。附录二描述了一起真实的英国上诉案件,帮助读者掌握英国和美国法律制度之间的具体区别。

三个讲座采用不同的分析风格。讲座一主要是采用法理分析,但(在后半部分)也体现了讲座三中的浓重的社会学色彩。讲座二强调理论学说的经济分析。讲座三则主要是对两种法律

制度的量化或制度比较,但也对“国民性”的差别有所涉及。我希望这种三角式方法可以在讨论一个古老的问题中引入新的视角,甚至可以促发与其他法律制度的类似的比较研究。但是当然这要取决于读者的看法。我至少希望,此前没有发表的一些数据,特别是在讲座三中的部分,会对以后比较学者们有所帮助;而一些不从事比较跨国研究的读者也可以对其中的一些内容感兴趣,比如讲座三和讲座一中的司法管理,以及讲座一中的法理讨论以及讲座二中的普通法的讨论。

由于篇幅简短,显然本书只能触及问题的表面。尤其遗憾的是,我不能把比较范围扩展到其他英语国家的法律制度,特别是澳大利亚和加拿大,因为这两个国家在很多方面都介于英国和美国的制度之间,这很有趣。

学者的观察点总是局限于静止的瞬间而生活却不断变化。由于财政和案件量的压力,以及英国加入欧盟的压力^[2],英国法律制度正在经历快速变化。在本书中我在多处都提到了这一变化的种种方面。但我必须向读者说明,很多比较我都是基于英国制度的传统特征作出的,而待本书出版之时,英国的制度可能已经又有了很大变化。

我要向很多人致谢。当然,首先要感谢牛津大学出版社邀请我做这些讲座,还有出版社的 Richard Hart 和 John Whelan,他们成功促成了我和夫人对牛津愉快和难忘的访问。感谢 Gareth Jones 安排我访英期间同法院的主要成员会面。感谢上议院上诉委员会的 Lord Nicholas Browne-Wilkinson、案卷主事官 Sir Thomas Bingham 以及 Christopher Staughton 大法官,为我的研究所提供的慷慨协助。感谢 Court Service 的 Mark Camley 先生,为我解释了复杂的英国司法统计数据,并向我提供了未公开的数据和报告。感谢 Lord David Windlesham 和 Peter Birks 在我们到访牛津期间的盛情款待。感谢 John Gardner 博士、A. M.

[2] 例如,见 Jonathan E. Levitsky, “The Europeanization of the British Legal Style”, 42 *American Journal of Comparative Law* 347 (1994)。

Honore 教授及 Guenter Treitel 教授围绕我讲座内容的有益讨论。感谢牛津和芝加哥大学研讨会的参加者们的有用评论。感谢 Kevin Cremin、Anup Malani 和 Andrew Trask 出色的研究助理工作。感谢 Michael Boudin、Scott Brewer、Ruth Chang、David Cohen、David Currie、Neil Duxbury、Ronald Dworkin、Richard Epstein、William Eskridge、Elizabeth Garrett、Stephen Gilles、Thomas Grey、Gareth Jones、Daniel Klerman、Kevin Kordana、William Landes、Lawrence Lessig、Bernard Meltzer、Martha Nussbaum、Eric Posner、Todd Rakoff、Mark Ramseyer、Carolyn Shapiro、A. W. Brian Simpson、David Strauss、Cass Sunstein 和 Alan Sykes，他们对讲座草稿提出了极其有益的意见。

目录

Contents

125	117	105	63	35	1	i
索引	附录二 UDU 案	附录一 英国的司法系统	讲座三 法律体系的功能与系统比较	讲座二 普通法	讲座一 Hart 与 Dworkin，欧洲与美国	前言



讲座一

Hart 与 Dworkin, 欧洲与美国

I. 关于不问“法是什么”	3
II. 英国法律制度的大陆特征	19

1. 关于不问“法是什么”

1

如果有人说：“时间是宇宙和人类生活最重要和根本的特征，所以对它进行定义也至关重要”，你可能会不知所措。时间的确非常重要、根本，是行为的普遍媒介，如此等等不一而足。但只有那些无事生非的人才会觉得有可能或有必要去定义它。正如圣奥古斯都所说，我们完全明白“时间”指什么，只要我们不试图去定义它。

对于定义“法”的努力，我持同样看法。我于哈佛法学院的兴盛时代在那里读书时，所修课程的教授从来不要求学生“法”进行定义。当时有门法理课，应该提过这个问题。但上那门课的学生很少而我也不在其中。我教法理课总是在一开始就让学生定义“法”，他们提出的定义一眼就能看出严重不足。但就同时间一样，不能定义“法”并不妨碍他们正确使用这个词儿，此种使用不亚于我开始思考这些问题时，也不亚于其他法官和执业律师。

有些情况下是可能甚至必要对“法”进行定义的。比如，如下文所述，当该词出现在法令中；或者当有人问，法学院学生应当选修多少门法学课程才能毕业时，“法学课程”中的“法”就很容易界定。这些例子中的共同点是涉及“法”在一种特定语境或用途中的含义。而“法是什么”这个问题如果在法理课上或有关法理的文章中提出时，就是超出特定语境的。

2

A. 无无论

由于“法”如此难以甚至无法进行一般性定义，人们很自然

会期望 Hart 教授在他的名著^[1]开头就解释一下,他为什么认为值得这么做。也许他觉得有必要,因为他是在为法理课撰写课本,而对 Hart 这样的“分析”法理学派的人来说,法理课的中心(但不是唯一)问题就是“法是什么?”。^[2]又或许由于 Hart 的哲学背景,他可能觉得对概念进行认真定义很明显是哲学家的重要任务。A. M. Honore 教授向我提出,可能 Hart 觉得区别法律、道德和暴力有重要政治意义,因为把三者合一就是希特勒在德国用以颠覆传统法制规范的手段之一。

也可能 Hart 只是满足于以前著作中已经给出的答案。但就是那个答案仍不能解决我的困惑:“法”的一般性定义模式不能很好地适应法律,并且使其阐述复杂化。我认为其运用很多时候都割裂了法理学与对实际运作中的法律的研究。而且还导致了一种认识,即律师如果不借助复杂的哲学讨论,就无法阐释某些基本的概念。^[3] Hart 没有说明为何法理要与法律的实证研究相结合,为什么律师应当去解释基本概念,以及为什么要进行法理研究。对这些问题的答案并非不言自明,稍后我也会说明我为什么认为 Hart 所不满的割裂其实是件好事。

我承认即使“法”这个词不能定义,但法的概念可以讨论,而且那毕竟是 Hart 著作题目,虽然他多次使用的是“定义”一词。^[4]自柏拉图以来,对正义概念的哲学思考就一直硕果累累,而且也产生了关于时间的大量哲学作品。我并不反对哲学思考。

[1] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2d ed. 1994). 第1版于1961年面世,在 Hart 去世后第2版才出版发行,除了 Hart 的后记外,内容没有任何改变。因为我对后记特别关注,所以第二版对我来讲更加有用。

[2] 见 Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* 1—2 (2d ed. 1980). 我不希望被理解为厌恶分析法理学。我认为分析法理学,至少现在,是法律研究之中分析哲学方法的运用。举一个明显的例子,见 H. L. A. Hart and Tony Honore, *Causation in the Law* (2d ed. 1985)。只是对关注“法是什么?”这一问题的那部分(不过是很大一部分)分析法理学,我才认为是死胡同。

[3] “Definition and Theory in Jurisprudence” in H. L. A. Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy* 21 (1983) (本篇论文首次出版于1953年)。

[4] Dworkin 坚持认为 Hart 在尝试定义“法”,因而 Hart 的想法属于法学语义理论。Ronald Dworkin, *Law's Empire* 31—44 (1986)。

但人们总是希望思考能有结果。如果“法是什么”是个值得有正事干的人提出的问题,那该问题的答案就应该是有些意义的。但此路根本不通。我说得更明白一些,分析法理学的中心任务不是,或者至少不应当是回答“法是什么”,而是证明就不应该问这个问题,因为它只会引起混乱。

有的人可能会质疑这种对哲学的实用观点,称之为庸俗,可能会说哲学如同数学,即使不能引起行为后果,也自有其值得培育的美。但这并不是法理学教授们通常所持的反驳理由。他们相信阐明法律概念是对行为有意义的。我们看到 Hart 对法理学研究与运行法研究的割裂很失望。但我没有这种遗憾。

为了支持我对“法是什么”这一问题的价值的怀疑态度,我将分析三个该问题似乎有实际结果的领域。即使在三个领域中我都正确,也不能证明我的观点,因为那会犯以偏概全的错误。但是如果我的例子有说服力,至少可以挑战传统法理学者们。

纽伦堡

4

英国政府想不经审判就枪毙纳粹头子们^[5],但美国人坚持要审判,所以就有了纽伦堡审判。也许人们以为两国不同的立场是来自对“法”含义的理解差别,并且就是 Hart 与 Dworkin 对该用语赋予的的含义的区别。如果纽伦堡审判执行的原则不是“法”,那用审判来决定纳粹领导人执行其国内法的行为是否违法就没有依据。如果这些原则是法,而且就如同美国宪法优于法令一样高于国内法(或者由于国内法是恶法而不是“真正”的法——战后部分德国的案件中也涉及这一问题),举行审判就有

[5] 见 1945 年 4 月 12 日战时内阁的会议记录。W. M (45), 43d Conclusions, Minute 1, 262—264 (Cab. 65/50). 还有 Telford Taylor, *The anatomy of the Nuremberg Trial: A Personal Memoir* 29—33 (1992); Ann Tusa and John Tusa, *The Nuremberg Trial* 61—67 (1984); Matthew Lippman, “Nuremberg Forty Five Years Later” 7 *Connecticut Journal of International Law* 1, 20—21 (1991); Lawrence Douglas, “Film as Witness: Screening Nazi Concentration Camps before the Nuremberg Tribunal” 105 *Yale Law Journal* 449, 457—459 (1995)。英国是想审判级别低的纳粹的。见前 Taylor 注, 第 31 页。英国与美国立场的不同也许反映了他们政治文化的不同。英国人在习惯上认为国家领导人可以在某种程度上超脱于法律之外。因为英国的女王(或国王),至少在技术上而言是统治者,因而凌驾于法律之上。而美国没有君主的存在。

合理性。

我怀疑盟国政府最高决策层真的在乎审判是否符合哲学上受人尊敬的法律概念。他们也用不着在乎。他们应该也确实关心的一件事,是怎样永久铲除纳粹主义。美国人考虑到德国人的心理和传统,正确地预见到通过公开审判建立德国暴行的完整记录,并使之在对抗式庭审程序中彻底融炼,比简单的死刑处置更能有效地防止纳粹死灰复燃。纠缠于学术上争论那些据以审判纳粹头子的原则是不是“法”而偏离审判进程是错误的。“审判”和“法”甚至都不是相连的。审判是查证及(常常是)展览或展示的方法。即使不存在真正的法律争议,审判也可以并且时时被运用。例如,在最近的一次模拟法庭比赛中,就是由美国最高法院的三名大法官来审议牛津伯爵是否才是莎士比亚戏剧的真正作者。^[6]

正如“审判”与法可以分开,“追溯既往的法”、“未颁布的法”、“国际法”和“自然法”都不矛盾,而且都可以向纽伦堡审判提供其履行教育和改革功能的合法外衣。可能还不仅仅是外衣。即使是对纳粹头子的非传统指控,例如发动侵略战争和反人类罪,也可以在即使希特勒当政时期也对德国有效的国际法中找到合理依据。^[7]我就是觉得,对那些决定是否举行战争罪行审判的人而言,其关键的考虑并不是要纽伦堡的诉讼程序符合“法”的最佳观念,而他们这样想是对的。

虽然我强调纽伦堡审判的目标是在德国铲除纳粹主义,但即使存在其他同等或更重要的目标,比如给纳粹头子辩护机会的道

[6] Irvin Molotsky, “You-Know-Who Wrote the Plays, Judges Say”, *New York Times*, 26 Sept. 1987, p. 1; Amy E. Schwartz, “Three Justices, a Poetry-Starved Crowd and Shakespeare”, *Washington Post*, 14 Oct. 1987, p. A19. 当然,这起审判并没有实施惩罚的结果。

[7] 例如,见 Bernard D. Meltzer, “A Note on Some Aspects of the Nuremberg Debate”, 14 *University of Chicago Law Review* 455 (1947); Quincy Wright, “Legal Positivism and the Nuremberg Judgment”, 42 *American Journal of International Law* 405 (1948); Stanley L. Paulson, “Classical Legal Positivism at Nuremberg”, 4 *Philosophy and Public Affairs* 132 (1975); Taylor, 前注 5, 第 50—51 页。

德目标,或建立对之后战争犯罪行为进行的惩罚基础,或(与前一点相联系)将法治引入国家间关系中等,我的论点依然成立而不受影响。所有这些目标都可能是值得的。但它们是否真有意义以及审判怎样促成这些目标的实现,都不是通过有关法的概念的法理争论所能解释的。

6

也许有人甚至会认为有种价值比我所提到的更重要,那就是维护后来 Hart 提出“法”的含义上的法治,因而该审判是场错误。你可以从长期效果上认为这是更重要的价值,那我们就得争论一个现实的政治或社会问题,或把辩论转化到另一个层次讨论道德原则,我在此不想再展开。无论以上哪种情况,追问“法是什么”对辩论有何益处?

有些被告被无罪释放了,但这并不能就证明纽伦堡审判是 Hart 所认同意义上的“合法”,或者甚至审判组织者在乎这个问题。如果法官们没有认真对待法律形式,包括有罪判决必须建立在可靠和有力证据上的原则,那么针对纳粹头子进行审判的政治目标,以及前述的其他道德及政治目标,就会无法实现。

Hart 认为如果公众意识中不能把法律和道德、正义严格分开,对恶法的唯一谴责方式就是不称其为法,而这样既流于表面又没有说服力。^[8] 若按照 Hart 的说法,纽伦堡审判会面临指责,被告们遵守法律却遭受惩罚;而如果视制定法低于自然法,就如同美国法令低于美国宪法一样,那这种指控就站不住脚了。后一种反实证主义方法我觉得听上去更有效。因为不然就要推出令人难以接受的说法,即由于纳粹不能因遵守德国法而被依法惩罚,他们就应该直接被枪毙,或者无罪释放。但我觉得这仅仅是个说法的问题而已。

预期推翻判决

7

法院有时会先期推翻自己的决定。也就是说,法院宣布的新规则只能运用于之后才开始的案件。这样法院在创制事先无法

[8] H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review* 593 (1958). 据我所知,涉及纽伦堡审判的合法性时, Hart 从不讨论他的法的概念的含义。

预料的新法,而不是因为被推翻的判例违反(而非宣布或确立)现行法而拒绝运用。简而言之,这时法院充当立法机关,在创制法而不是运用法。Hart 最得力的追随者 Joseph Raz 确信,当一项司法判决不直接遵循法令、其他司法判决或风俗习惯(Raz 所认为的 3 种法律渊源),那么判决就是在创制法而非运用法,在该判决之前就不存在有关此问题的法。^[9] 当判案结果不来自任何一种法律渊源,法官就肯定在进行道德选择,而在实证主义者看来,道德不是法律渊源。^[10] 立法的预期性是法治概念的核心,因而也是对纽伦堡审判所适用“法”的批评意见的关键。那么,依据这种观点,法院改变了法而预期推翻仍属正当的情况,只能是法院超越了其司法角色变为立法机关,是在创制而非适用法。Devlin 法官对预期改判不满,因为“它跨越了司法权和立法权的分界线,把法官变为公开的立法者”。^[11]

但是关于预期改判的法理辩论很容易就能籍一个实际问题绕开。大家对一个以前判决的依赖是否应成为法院决定推翻判决的权衡因素,还是应该授权法院预期推翻判决而将此依赖因素排除不予考虑? 支持授权法院预期推翻判决的观点认为,如果不这样,法院会陷于研究旧判决的繁重工作。而反对意见的理由是,这会使法院太容易推翻自己以前的决定。争论的解决必须在司法进程的延续性和创造性两种价值中求得平衡,这很困难,但从实际出发,我们并不能靠追究“法是什么”找到出路。如果我们认定,预期改判会不必要地降低法的稳定性,那 Hart、Raz 和 Devlin 就是对的,法官推翻判例就是在创制而不是适用法。但这样引申一步又有什么用呢?

[9] “The Inner Logic of the Law”, in Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* 222, 232 (1994).

[10] 同上书,第 232—233 页。

[11] Patrick Devlin, *The Judge* 12 (1979). Devlin 是上议院上诉委员会的杰出成员。他有不少具有影响力的司法观点,其中之一将会在讲座二中着重介绍。

判决规则法

在美国著名的 *Swift 诉 Tyson*^[12] 及 *Erie R. R. 诉 Tompkins*^[13] 两起案件中, 中心问题是各州的法律是包括州普通法在内还是仅仅由法令构成。如果像推翻了 *Swift* 的 *Erie* 判决那样采用广义理解, 对那些根据判决规则法不是由于涉及联邦法, 而仅仅是由于当事人州籍不同而在联邦法院审理的案件^[14], 联邦法官就应该既适用州法令也适用州普通法。如果按照最高法院在 *Swift* 案中的狭义理解, 联邦法院只能引用不被任何州的判决所限制的一般普通法。两种立场的选择被认为是在不同法律概念间的取舍。所以, Lessig 教授认为当“普通法不是被创制或改变而是被发现, 这会强制改变责任在机构间的重新分配(从联邦法院到州法院)。*Swift* 案代表的老观点就是建立在这种对普通法的早期理解上。当这种理解变化了, 机构间的分配也必须改变”。^[15] 众所周知 *Holmes* 反对狭义理解, 其依据是所有法律都源自主权主体, 所以当州法院创制普通法时他们就成为州立法机关的代表, 同通过法令一样。^[16] 他们并非像 *Swift* 案中所认为的那样, 要去发现不来自任何主权的一套普通法适用原则, 用以取代很多不同主权主体的判决法, 以及联邦法官审理跨州管辖权案件过程中所发明的原则。

Swift 案和其他同类案件中的法官们如果认为普通法不能被当做与法令同等意义上的“法”, 就是犯了一个错误。这个错误是由于纠缠“法是什么”的问题引起, 因而也就是赞成把法理与实际法分裂这一 Hart 所不满的观点, 或者更广泛一点, 赞成哲学

[12] 41 U. S. (16 Pet) 1 (1842). *Swift* 案的判决实际上只是对已经在联邦法庭确立的惯例的确认。

[13] 304 U. S. 64 (19.8).

[14] Rules of Decision Act, now 28 U. S. C. § 1652.

[15] Lawrence Lessig, "The Limits of Lieber", 16 *Cardozo Law Review* 2249, 2266 n. 57 (1995) (emphasis added).

[16] 见 *Black & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.*, 276 U. S. 518, 533 (1928) (*Holmes*, J. 反对意见)。