

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第13卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

法律方法

(第13卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社
Shandong People's Publishing House

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第13卷/陈金钊, 谢晖主编. —济南: 山东人民出版社, 2013. 4

ISBN 978-7-209-07172-7

I. ①法... II. ①陈... ②谢... III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 073748 号

责任编辑: 李怀德

法律方法(第13卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社址: 济南市经九路胜利大街39号 邮编: 250001

网址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规格 16开 (180mm × 255mm)

印张 28.25

字数 610千字

版次 2013年4月第1版

印次 2013年4月第1次

ISBN 978-7-209-07172-7

定价 58.00元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633) 8221365

CSSCI 来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大本刊及作者知识信息交流渠道，本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时向本刊声明，本刊将做适当处理。

目 录

译 文

能动司法与审慎解释

——一般性导论 [法]居伊·卡尼维著 陈 萍 张平译(1)

日本法律职业培训机制之问题

——以经济分析为视角 [日]木下富夫著 王天玉译(18)

法律·事实·法律语言 [波兰]莱赫·莫拉夫斯基著 田荔枝 张婷婷译(38)

再次认真对待事实 [英]威廉·特文宁著 吴洪淇译(46)

论法律的语义学上的客观性

——作为真理品质之客观性 [英]马修·克莱默著 赵树坤译(61)

法律形式主义 [美]邓肯·肯尼迪著 陆幸福译(69)

法律方法理论

司法裁决的协调性论证 杨知文 万 平(76)

论规范分析方法在交叉性法学中的价值及应用 武 腾(90)

从概念法学到类型法学 张志坡(98)

现代法律思维应当是围棋思维 宋瑞兰(107)

民国时期的社会本位司法理念研究 李文军(114)

论法律原则的适用条件 李 鑫(123)

基于实践回应的法律方法自主型进路 宋保振(131)

法律方法教学

法学教育与司法考试关系再检讨

——以法律思维的培养为视角 刘 军(137)

案例分析三段论在模拟法庭教学与实训中的运用 刘 瑛 罗国强(146)

法律推理、解释

清代法律推理中的事实

- 以司法判决中的案件事实界定为例 杜军强(154)
- 司法三段论小前提的建构及其价值判断 郝建设(165)
- 重访“反对解释”之立场与命题 李 锦(176)
- 最高院司法解释权的经济分析 刘晓源 张伟强(187)
- 理解我国法律解释权的“监督”向度 张立刚(196)
- 扩张解释的控制性因素
- 周某诉响水县南河镇上王村民委员会一案评析 金枫梁(206)

法律修辞

论中国古代判词说理性修辞的意蕴及其价值趋向

- 以《名公书判清明集》为例 管 伟(215)
- 通过法律修辞的司法正义 陆 洲(226)
- 法官话语的修辞学意义 武 飞 门潇洪(238)
- “法治方法论时代”的修辞意蕴 孙光宁(248)
- 论修辞术与雅典直接民主制的关系 张云秀(257)

司法方法

法官作为补充性的立法者

- 比较法视野下《瑞士民法典》的百年历程及其对中国的启示
..... 史广龙(266)
- 判决的正当性与证成性
- 以《最高人民法院公报》选编的个案为对象 熊云辉(277)
- 演绎推理及其在我国法律适用中的价值 石现明(285)
- 裁判视野下的司法平等原则 杨 海(296)
- 类推的性质与司法实践活动中的类比推理 余 涛(309)
- 守法主义与审判权威 王国龙(321)
- 判决书中的道德话语研究 吕晓彤(329)
- 裁判规范的概念及用语辨析 宋旭光(340)

部门法方法

论量刑说理的规范性与透彻性	王瑞君(348)
刑法解释方法位阶关系否定论	温登平(360)
刑法类推解释禁止之证立	赵运锋(371)
抽象情节加重构成的解释规则	彭辅顺(384)
论排除合理怀疑证明标准的论证图表分析方法	纵 博 杨春洪(392)
美国保险合同法中弃权 and 禁止抗辩的解释	李秀芬(407)

书评

评波斯纳的《英国和美国的法律及法律理论》 [英]蒂莫西·A·O·恩蒂科特著 程朝阳译	(417)
寻求法律解释的规则 ——陈金钊新作《法律解释学》评介	张英民(421)
再论法律解释的立场 ——评王彬博士《法律解释的本体与方法》	朱 政(427)
经简而直,传新而奇 ——读张传新《自适应道义逻辑与法律推理研究》	姚从军(435)

CONTENT

Translation

Activisme Judiciaire et Prudence Interprétative; Introduction générale Guy	Canivet(1)
Problems with the Legal Professional Training Machinism: From the Perspective of Economics	Tomio Kinoshita(18)
Law, Fact and Legal Language	Lech Morawski(38)
Taking Facts Seriously-Again	William Twining(46)
On the Semantic Conception of Objectivity of the law	Matthew H. Kramer(61)
Legal Formalism	Duncan Kennedy(69)

Theory of Legal Methods

On Coherence Argument in Judicial Decisions	Yang Zhiwen, Wan Ping(76)
The Value and Uses of Normative Analysis Method in Cross-legal Theory	Wu Teng(90)
From Concept Jurisprudence to Type Jurisprudence	Zhang Zhipo(98)
Modern Legal Thinking Should be Weiqi Thinking	Song ruilan(107)
On the Judicial Philosophy of Social-oriented in the Republic of China	Li Wenjun(114)
Application Conditions of Legal Principles	Li Xin(123)
Autonomy Approach for Legal Method on the Basis of Practical Respond	Song Baozhen(131)

Legal Methods Teaching

Rethinking the Relation between Law Education and Judicial Examination	Liu Jun(137)
The Use of Syllogism of Case Analysis in Moot Court Teaching	Liu Ying, Luo Guoqiang(146)

Legal Reasoning and Interpretation

- On Fact of Legal Reasoning in Qing Dynasty Du junqiang(154)
- The Construction of Minor Premise in Judicial Syllogism and Its
Value Judgement Hao Jianshe(165)
- Rethinking "Anti-interpretation" Thesis Li Jin(176)
- The Power of Supreme Court of PRC: Yes and no Liu Xiaoyuan, Zhang Weiqiang(187)
- Supervision Dimension of Understanding Legal Interpretation
Power in China Zhang Ligang(196)
- On the Restrictive Factors in Expansion Explanation Jin Fengliang(206)

Rhetoric and Argument in Law

- On Retorical Reasoning Implication of Judicial Decisions in Ancient
China and its Value Trend Guan Wei(215)
- Justice through Rhetoric in Law Lu Zhou(226)
- Retorical Implication of Judges' discourse Wu Fei(238)
- Retorical Implication in the Time of Legal Method Toward Rule of Law
..... Sun Guangning(248)
- One Relation between Retoric and Athen Direct Democracy Zhang Yunxiu(257)

Legal Methods in Judicial Process

- Judge as Complementary Legislator Shi Guanglong(266)
- On Legitimacy and Justification of Decisions Xiong Yunhui(277)
- Deductive Legal Reasoning and Its Values in Law Enforcement in China
..... Shi Xianming(285)
- Principle of judicial Equality in perspective of Judiciary Yang Hai(296)
- On the Character of Analogy and the Analogical Reasoning in Judicial
Practice Yu Tao(309)
- Legalism and the Authority of Trail Wang Guolong(321)
- A Stufy of Moral Discourse in Judicial Decisions Lv Xiaotong(329)
- Analysis of the Concept and Usage of Dicision Norms Song Xuguang(340)

Legal Methods in Branch Law

- How to make Sentencing reasons to be standardized and penetrated Wang Ruijun(348)
- A Negative Theory of order of Criminal Interpretation Methods Wen Dengping(360)
- The Justification About Criminal Law Analogical Interpretation Prohibition
..... Zhao Yunfeng(371)
- Interpreting rule of Abstract the Plot Aggravating Constitution Peng Fushun(384)
- Reserch on the Demonstration Chart Analysis Method on the Standard
of Proof beyond a Reasonable Doubt Zong Bo, Yang Chunhong(392)
- Interpretation of Waiver and Estoppel in American Insurance Contract Law ... Li Xiufen(407)

Comments

- Comment on Posner's Law and Legal Theory in England and
America TimothyA. O. Endicott(417)
- Search for Rule of Legal Interpretation Zhang Yingmin(421)
- Discussion on Position of Legal Interpretation Zhu Zheng(427)
- Comment on Adaptive Deontic Logic and Legal Reasoning Yao Congjun(435)

能动司法与审慎解释

——一般性导论

[法]居伊·卡尼维 著* 陈萍 张平译**

摘要:判例能否作为法律渊源,这仍具有模糊性,但判例的概念的确有助于缓减存在于所有法律体系中的立法功能与司法功能之间的紧张关系。由于其多变的且容易引起无尽争议的特性,与“能动司法”相对峙的“审慎解释”的论点不可能最终解决关于法官创制法律的权力的争论。尽管争议不断,但在实践中,法官创制法律的权力随着时代、领域、标准、法律规定的产生时间、法院角色定位、解释技术、形势和司法体系的不同会发生变动。司法创造主要受到现实主义的激励,立法者和法官并非处于无意义的、教条主义的权力冲突之中;事实上,他们在法律的持久性和延续性方面起着互补作用。而这,自然地且民主地,是由立法者享有最终的决定权。

1. 每当论及法官创制法律的问题,我们就习惯将大陆法系国家与普通法系国家对立而论。在大陆法系国家(尤其是在法国),法官只能局限于自动售货机的角色,也就是说机械地适用法律;而在普通法系国家,法官作为法律的决断者(les oracles du droit),却享有对法律进行修正的自由。

然而,现实情况并不完全与这个反差强烈的图景相一致。在世界上很多国家都存在关于法官权力的争论。而且,相互间的论点往往非常相似。甚至,在某个国家新出现的批评,也经常使人回想起早已在另一个国度出现过的相同观点。

* 居伊·卡尼维(Guy CANIVET)先生写作本文 *Activisme judiciaire et prudence interprétative: Introduction générale* 时,任法国最高法院院长(1999~2007年)。2007年2月23日,卡尼维先生由法国国民议会议长提名,就任法国宪法法院法官至今。本文原载《法哲学杂志》(《Archives de philosophie du droit》)2006年第50卷,第7~23页。本文与迪迪埃·博登(Didier Boden)先生合著。博登先生为法官助理,现任巴黎第一大学(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)私法副教授。

** 陈萍,南京大学经济法博士生。张平,加拿大蒙特利尔大学法学博士生。本文系2010年南京大学与巴黎政治大学(Institut d'études politiques de Paris)交流项目成果。在本文翻译过程中,译者得到文章第二作者迪迪埃·博登副教授的热情帮助和精心指导。法国国立工艺美术学院王海英副教授对本文的译稿进行了认真细致的校对,提出了大量宝贵的修改意见,特此致谢!当然,文责自负。

例如,美国最高法院在最近的两个案件中引用了欧洲人权法院的判例,或者以较模糊的方式,引用了西欧国家的现行法律,当然仅仅是为了增加说服力而已。但美国最高法院的这种态度却引起了难以置信的剧烈反响:有些美国民众甚至认为这是严重的叛国行为,并据此提出罢免法官的动议。

对法国宪法法院、法国最高司法法院、法国最高行政法院、欧洲人权法院及欧洲法院的决定或判决的批评也接踵而至,因为这些法院的决定或判决经常使得经由民主选举产生的议会投票通过的法律被排除适用;这些批评要求法官在“停止创制法律(但继续做法官)”和“停止担任法官(但可参加议会选举并成功当选议员)”之间做出选择。在任何情形下,在任何国家,法官对抗法律抑或补充法律的行为的正当性都会受到质疑。批评意见可能直接针对这个要点或者,稍间接些,针对在判决中法官所运用的不正统的解释法律的技术。毫无疑问,对法官这些行为正当性的质疑必然触及到宪法。

或许,正如上所述,很多国家都存在关于法官创制法律的问题;而且,尽管各国法院实践各有不同,相互间的观点却经常雷同。

第一部分:论点(les arguments)

2. 该部分主要对如何平衡法官创制法律的权力进行阐述,主要包括四个方面的论点:第一方面阐述的论点与权力分立和职能分离有关(第一章);另外一些论点集中讨论法律条文(le texte)或法律空白的效力(le crédit)(第二章);第三方面的论点是历史的论点(第三章);最后,务实的论点同样常见,也同样客观(第四章)。

第一章 权力分立和职能分离

3. 每个对法官权力予以反思的现代民主国家均会权衡权力分立的优势与法律必然的不足(A),思考法官权力合法性的来源(B),反思联邦制或邦联制中不同层级的裁判权职能分配(C)。

A. 权力分立的优势和法律的必然不足

4. 我们(即指法国——译者注)所有的邻国都一致认为:正是在法国,权力分立的论点在反对法官创制法律这点上是最为坚定的,其根据在于被怪异地归为孟德斯鸠那句格言:法官就应该像自动售货机一样,仅仅是“法律的喉舌”(“la bouche de la loi”)而已。

然而,尽管这些词语均为孟德斯鸠所言,但是它们被赋予的内涵与孟德斯鸠的本意相比,早已面目全非。事实上,这只能归咎于1801年杰克—约瑟夫伽让—马易亚(Jacques-Joseph Garat-Mailla)委员的不当引用。

《论法的精神》中这些语句所在的段落经常受到援引。如读者所知,在这些段落中,孟德斯鸠针对的是英国诉讼架构。孟德斯鸠很羡慕英国的任务分配(la répartition des tâches):陪审团负责判定事实,而法官则是法律的喉舌,也就是法律的决断者(l'oracle du droit)(布莱克斯通用语)。这几乎与机械地重复立法者所言的自动售货机的形象彻底

相反。

波塔利斯(Portalis)深谙此点。他在法案评议委员会(le Tribunal)前责备伽让—马易亚将与其本人意思完全相反的观点强加给孟德斯鸠。正如引用史上经常发生的那般,误差取代了实意。那些没有读过孟德斯鸠的人(如伽让—马易亚)战胜了真正的读者(如波塔利斯)。

5. 波塔利斯在民法典法案的序言中明确地写道:

“一部法典——不管看起来多么完善——确切而言都不是十全十美的,成千上万未曾预料的问题会随时出现在法官面前。法律一旦制定就以制定时的文本存在;与此相反,人类自身却一直活动,从不停息。这个过程不会停止。它因情境不同而产生不同影响,时时刻刻会产生新的组合、新的现象、新的效果。

因此,很多事情必须交给惯例(l'usage)来决定,交给精英人士争辩,交给法官裁判。

总体来看,法律的任务是在框架上确定基本的理念,从而确立丰富的法律原则,而不要堕入各领域均可能出现的问题之细节当中。最终是由法官和法律家(le jurisconsulte)从法律基本精神出发引导法律的具体适用。

据此,在所有文明国家(les nations policées),在法律的圣殿旁,在立法者的监督下,在日复一日的法律实践和冲突激烈的司法论辩中,许多法律格言、裁判以及法律学说得以形成、纯化并沉淀。它们在已有的认知中不断地自我增长,同时也一直被认为是立法的真正补充。”

6. 然而现如今,在民主国家,波塔利斯所提倡的法官补充立法的权力的合法性源于何处?关于该问题,许多国家都有争论。

B. 法官权力合法性的来源

7. 莱蒙—德—黑柯禾(Raymond de Ryckère)法官是第一次世界大战时期比利时的反战人士,同时又是被占领国家的法官、理论家和独立运动的实践者。他堪称反思法官权力的合法性来源及其限制最为精辟者之一。在其战争期间所作出的判决中,他一以贯之地认为:在代表制下,所有的权力均源于国家,包括没有经过选举的国家部门——最好的例子就是法官。法官的权力源于国家,他们根据宪法和法律践行自身的权力。

若议员的合法性源于选举,法官的合法性就源于由自身的独立、勇敢以及威严和庄重的态度所产生的尊重和信任。若一个议员选举失败,那他就会失去作为立法者的合法性;同理,若一个法官丧失自身的独立、勇敢以及威严和庄重,随后失去尊重和信任,那他就会失去作为法官的合法性。莱蒙—德—黑柯禾法官通过该理论,得出关于宪法以及关于占领势力和被占领国的权利与义务关系颇为务实的结论。

8. 此外,也可运用其他方式来考察法官的合法性,即聚焦于司法官职位候选人的培养和获取这些职位(或更高的职位)的程序。比如,英国在最具才华和最富经验的律师中选择法官;该程序使英国法官获得世界上其他国家的同仁所艳羡不已的尊重和信任,故其存在合法性。又如,德国联邦宪法法院法官职位的获得需要德国联邦参议院和德国联邦议院分别以三分之二多数通过。这个繁重的选举程序非常利于该院判决权威的树立。这亦可

充分解释,为何通常是德国联邦宪法法院法官的选举程序,而非倚仗总统任命或者根据议会党派的比例来分配法官席位的其他程序,为年轻的民主国家提供研习的范例。

9. 进一步而言,因为法官的合法性源于由其独立性产生的尊重和信任,所以保障法官独立的种种措施均会加强该合法性,如终身制、无限期任职(如美国最高法院法官)、只能因为到退休年龄而终止任期(如法国职业司法官)、长期但不可连任的任职期限以及优厚报酬和不受行政权力干涉的职业纪律。这些保障一旦缩减或者终止,法官践行自身权力——尤其是创制法律的权力——的合法性就相继降低或消亡。

为了充分说明上述观点,我们只需假想这样一个国家:某国的宪法禁止国家元首再次参与连任竞选,该国议会多数派通过一项允许总统连任的违宪法律;同时,该国最高法院不具独立性。那么,该国最高法院将会屈服于当选者的意志。如此简单的行为即将宪法的权威和最高法院的合法性化为乌有。

C. 邦联、联邦、欧共体及国际公约背景下,裁判权职能的配置

10. 最后,在联邦制或者邦联制的国家中,法官权力的合法性会因为不同层级权力之间的职能配置而受到质疑。欧洲人权法院、欧洲法院或者某个联邦法院的决定会受到质疑,是因为有人 would 认为应由下级法院对争讼的问题进行判决。当然,这种责难也可以是反方向的。比如,某些主张鼓励或者维持邦联法院或者联邦法院体系的个人和政治实体往往会因为它们(即指高层级的法院——译者注)拒绝裁判或者宣称自身不享有管辖权而感到非常失落。

对于该争论,我们很难在制度论(如“某法院僭越管辖权”)、政治归属论(*les arguments identitaires*)(如“由非本国人士、不懂本国话、没有受过本国教育的人员组成的法院并不具有合法性”)、方法论及实质论(如“法院推理怪诞、忽视基本法律概念,作出的决定无法获得认同”)之间明确地予以区分。但是,合法性的这四个维度——管辖权,政治归属(*l'identité politique*),方法及实质——却充分地展现出我们研讨会的主题是一个广义上的宪法问题。

11. 结束关于权力分立和职能分离讨论之后,我们可转入同样存在于许多国家、涉及法律条文或法律空白的效力的更加技术性的论点。

第二章 法律条文或者法律空白的效力

12. 许多法院的权力,受自身组织法、其应保障实施的法律以及这些法律规定自身所形成的概念之影响——或严格受限,或得以扩展。这些限制或扩展表现为“有效目的”(*l'effet utile*)(A)、禁止原则性判决、立法义务与统一判例的使命(B)、裁判权的有限列举(C)。

A. 有效目的

13. 我们长期以来一直假定,立法者制定任何法律必定具有目的性。该假定是一项古老的解释准则。直到现代社会,在欧洲法院的影响下,我们才用法语美其名曰“有效目的”。美国宪法的“有效性假定”原则(*la présomption d'utilité*)使美国最高法院于1803年2月24日在对联邦法律应当符合联邦宪法进行审查时做出了著名的马伯里诉麦迪逊

(*Marbury v. Madison*) 判决。

同样也是以“有效目的”的名义——这次涉及《罗马条约》——欧洲法院在 1964 年 7 月 15 日考斯塔诉意大利国家电力公司 (*Costa c. ENEL*) 案中判决道:“任何成员国的法官均不得以其本国法高于共同体法为由拒绝适用衍生于《罗马条约》的法律(即欧洲经济共同体法——译者注), 否则就会使共同体法失去其特性, 并使欧共体的法律根基受到质疑。”

同样, 欧洲人权法院也以比较缓和的方式运用了“有效目的”这项诠释学(*le canon herméneutique*) 工具。举例而言, 在 1978 年 9 月 6 日克拉斯诉德国 (*Klass c. Allemagne*) 案中, 欧洲人权法院判决道:“《公约》(《欧洲人权公约》简称, 下文同——译者注) 的‘有效目的’(第 34 条) 要求: 尽管起诉人在诉状中无法证明自身曾经或正在受到监听, 但是他自称遭到违反公约行为侵害的诉讼请求仍可被受理。”

当然, 拒绝认可某法律规定“目的有效”的情形也会发生。反常的是, 该情形往往是受法律起草者自身意志的启发。比如, 法国最高司法法院在一系列的判决书中认为: 1990 年 1 月 26 日签订的《纽约公约》中有关儿童权利的部分没有直接效力。该院认为, 从多个参与公约制定的政府代表团的意见来看, 签约国一致同意该条约不能成为个人权利(*le droit subjectif*) 的渊源。考虑到这毕竟是签约国的最初意志, 法国最高司法法院民一庭在 1993 年的 3 个判决中, 排除了该条款直接效力。但最近, 法国最高司法法院又将该判例予以抛弃。从此以后, 依据《公约》起草者意志的、过于陈旧的解释技术便让位于那些脱离谈判期间政府代表团所言的解读方式。尽管前文所举之例已没有任何实践意义, 但是, 它在阐明法官不应机械式地赋予被引用的法律规定以有效目的这点上, 仍是值得关注的。

B. 禁止原则性判决、立法义务以及统一判例的使命

14. 《法国民法典》第 5 条禁止法国法官“对于其审判的案件以确立一般规则的方式判决”。该条文旨在限制法官, 事实上它也成功地发挥了此作用。该条文并没有引起很多争议, 也许是因为该条文只能结合已过往的时代来理解。

在两个世纪中, 除非在特殊案件中且在解释现行法律的掩护之下, 法国法官们竭力避免宣布一般规则。事实审的法官尽量具体并独立地核实每一个案件适用法律的条件, 并避免援引自身的判例或者法国最高司法法院的判例。他们已经形成严格遵循民法典第 5 条的习惯, 他们相信: 正如月亮只反射来自太阳的光芒那样, 判例也只不过在体现法律的尊严。

至于法国最高司法法院, 它并不惧怕受到审查。并且, 统一判例的使命本身就使它负有宣告一般且抽象的规则之义务。据此而论, 法国最高司法法院在这方面享有更大的自由。

但是, 该自由永远无法与中国最高人民法院的自由相提并论。中国最高人民法院, 在具体争讼之外, 定期地颁布解释性文件。这些解释性文件通常比被解释的法律本身要长 3 倍, 而且在司法实践中被赋予超越法律的权威。

15. “禁止以没有法律、法律不明确、不完备为借口拒绝裁判”(《法国民法典》第 4 条)

的规定更易引起争议。此条款与1790年11月27日——12月1日创建法国最高法庭(le Tribunal de cassation)的法律一样,不言自明地要求法官创制法律。为了填补法律空白,明确和完善法律,法官必须创制法律;为了统一法律的解释,法官需要在所有的可能性中选择所有人都能接受的解释。

将这些条文置于一国法律秩序(1' ordre juridique)中去看待,为法官创制法律的理论提供了决定性论据。

C. 裁判权的有限列举

16. 有时,法院解释说,法院组织法或法院所应确保尊重的法律,并未赋予它对诉讼人的请求进行裁判的权力(比如,1969年之前,欧洲法院一直以欧共体法律秩序自主为名,拒绝审查欧共体的法律是否符合各成员国宪法共同保障的基本权利。欧洲法院认为自身没有义务确保成员国现行的国内法,甚至其宪法应该得到遵守;另外,欧共体法律仅仅是经济性的法律)。反之,若欧洲法院自我确认该权力,则其反对者就会指责它越权[例如,如果欧洲法院在人法和亲属法(droit des personnes et droit de la famille)领域做出判决]。

这样的例子在每个国家都很多,以至于没有必要在此浪费过多时间。更值得关注的是,法院在解释那些直接地或者间接地划定其权力的法律时所遇到的困难。比如,很多国家在20世纪并且到现今依然不禁止对现行法律的合宪性进行分散式审查(le contr le diffus),比如法国就不存在这样的禁止性规定。在同样的情形中,希腊最高法院(古希腊雅典的刑事法庭)于1897年2月10日宣称自身有权进行该审查,此后该权力就一直没有被收回。同样的,比利时最高法院在1974年5月3日颇具争议性的判决中也确认该权力;随后比利时联邦宪法法院(仲裁法院)成立,比利时联邦宪法法院设立本身已使得1974年5月3日的判决失效。

我们并不愕于观察到:某些法院长期以来一直拒绝逾越某些界限,突然某天便欣然横跨之。比如,欧洲人权法院曾于1991年3月20日在克鲁斯瓦拉斯诉瑞典案(Cruz Varas c. Suède)的判决中,令人惊奇地拒绝认可欧共体委员会对被告国采取的临时措施(mesure provisoire)具有羁束力。而该院在2003年2月6日马马特库罗乌和阿博度拉苏罗维克诉土耳其案(Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie)的判决中,却宣布与前者完全相悖的结论。而后者在2005年2月4日,得到了大法庭的确认。

与此截然相反,某些法院时常横跨某界限,突然某天自我禁止逾越之。比如,美国最高法院于1938年4月25日在伊利铁路公司诉汤普金斯案(Erie Railroad Company v. Tompkins)的判决中,禁止联邦法院宣布联邦一般的普通法(common law)。然而,该院在1842年斯维福特诉泰森案(Swift v. Tyson)判决中却已经作出了完全相反的决定(即允许联邦法院宣布上述普通法)。

17. 在关于法官创制法律权力所包含的论点中,不仅存在关涉权力分立和权限配置的论点,以及关于法律条文或法律空白的效力的更技术些的论点,还存在一些更多地源于古代或者近代的历史的论点。

第三章 历史的论点

18. 第三组的论点涉及司法活动的总结(A)、最高法院预防或者引起民众争议的能力(B),以及在特定时间内,法官和政治人物被公认的优缺点(C)。

A. 司法活动的总结

19. 法官的权力,与所有权力一样,因以往令人满意的实践而能够得以维持。因此,当法国宪法法院的建立本身及其职权成为攻击对象时(该攻击主要来自于当时议会中的多数派政党,他们不满其所投票通过的法律受到违宪审查),那些想要为法国宪法法院的建立及其职能辩护的人只需要编制该院的判例目录,并一起见证:法国宪法法院——作为法律的守护者——长期以来添加到法律规定中的基本人权保障条款。

在1953年至1969年期间沃伦(Warren)院长统领下的美国最高法院也能观察到同样的现象。沃伦带领下的美国最高法院受到批判是因为它对联邦和各州权力进行配置;沃伦法院受到辩护是因为该院为美国居民提供基本保障,而鼓吹废除这些保障观点是一种政治冒险。

与此相反,旧制度下法国议会的灾难性判例,或大革命时期大部分政治人物的不光彩形象,成为要求最大程度地限制司法官权力的意愿的缘起。

所以,对权力进行总结,不管对支持该权力抑或反对该权力延续而言,均是非常重要的论点。

B. 国内和平

20. 在倾向分裂的国家,最高法院的权威很大程度上依赖于其防止分裂,而非予以放任或者使分裂加剧的能力。

比如,比利时最高行政法院的组织构建导致:对于讲荷兰语人和讲法语人之间的纠纷,或将其提交到单语法庭(那么,该庭的决定经常会被说另一种语言的当事人指控为偏袒对方);或将其提交到双语法庭(那么,该庭说法语和说荷兰语的法官人数相等,双方当事人都能够接受的和解根本无法达成)。而新的比利时宪法法院(其如此雄心勃勃地被称为仲裁法院)自建立以来,极大地缓解了语言所引起的争议。

在离我们远一些的美国,该国最高法院2000年12月11日布什诉戈尔案(Bush v. Gore)判决更清楚地展示了该理论。该案起因于佛罗里达州总统选举办公室发生的机器故障。为了使美国最高法院直面自身责任,史蒂文斯(Stevens)法官和布莱耶(Breyer)法官参考了1857年3月5日的推德斯考特诉约翰F. A. 斯坦福案(Dred Scott v. John F. A. Standford)的判决。推德斯考特(Dred Scott)案判决拒绝承认一个自由的黑人为美国公民;并且,该判决也确认密苏里和解协议(le Compromis du Missouri)因侵犯财产权而违反联邦宪法——根据该协议,一个进入非奴隶制州领土的奴隶,将成为自由人。普遍认为该判决,在根本上是丑恶的,在政治上是1861至1865年分裂美国的国内战争的根源。根据上述两个原因,该判决严重削弱了做出该判决的美国最高法院的权威。形同此理,尽管程度稍轻,史蒂文斯法官和布莱耶法官认为:以联邦宪法的名义,禁止在已经被证实存在机器故障的选