

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

P.S.阿蒂亚 R.S.萨默斯 著

P.S. Atiyah and R.S. Summers

英美法中的形式与实质

——法律推理、法律理论和 法律制度的比较研究

Form and Substance in Anglo-American Law

A Comparative Study in Legal Reasoning
Legal Theory and Legal Institutions

金 敏 陈林林 王笑红 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中 国 政 法 大 学 出 版 社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

英美法中的形式与实质

——法律推理、法律理论和
法律制度的比较研究

Form and Substance in Anglo-American Law

A Comparative Study in Legal Reasoning,
Legal Theory and Legal Institutions

P. S. 阿蒂亚 R. S. 萨默斯 著
P. S. Atiyah and Robert S. Summers

金 敏 陈林林 王笑红 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

英美法中的形式与实质:法律推理、法律理论和法律制度的比较研究/(美)阿蒂亚,(美)萨默斯著;金敏,陈林林,王笑红译.

—北京, 2005.1

(美国法律文库)

ISBN 7-5620-2864-8

I.英... II.①阿...②萨...③金...④陈...⑤王...

III.法律体系-比较法学-西方国家 IV.D904.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 019429 号

书 名 英美法中的形式与实质

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 24.75

字 数 465 千字

印 数 000 1-5 000

版 本 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2864-8/D·2824

定 价 28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zfs620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1.版权所有,侵权必究。

2.如有缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳 邓正来 江 平 朱苏力

吴志攀 何家弘 张志铭 杨志渊

李传敢 贺卫方 梁治平

执行编委

张 越 余 娟

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”（**Presidential Rule of Law Initiative**），由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准，计划书目约上百种，既包括经典法学教科书，也包括经典法学专著。他山之石，可以攻玉，相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流，亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

序

本书的研究既涉及法律理论，也涉及比较法，着重探讨我们所认为的英美两国在法律特征与法律推理的总体风格上的主要差别——我们分别称之为“形式的”与“实质的”。在确认和阐释这些差别的过程中，我们感到有必要就作为法律体系之特征或属性的“形式性”（formality）* 建立一个颇为精致的理论装备（a fairly elaborate theoretical apparatus），并且，我们希望这本身是对法律理论的一个原创性贡献。倘若我们关于英国法和美国法之间的区别所作的结论是正确的，那么，这也是对比较法研究的贡献。借助于“形式与实质”的界分去观察英国法与美国法的总体特征，能使读者对这两种法律体系有更深入的了解。

我们的研究领域是法律和法律理论，并且多年来一直都身处实地研究两国的法律特征和法律推理。可本书的写作却迫使我们到更广阔的领域进行探索，包括政治学、管理学、社会学和其他社会科学领域。在写作过程中，我们深感自己缺乏社会科学的某些专门技能，因而（比方说）也就不指望自己能够提供有关两国法律之比较分析的复杂统计数字。不过我们认为，本书有关两国法律之差异的分析，主要是一种定性分析，而不是定量分析。因此，尽管在比较分析时，我们经常以“更形式化”这一用语指称英国的法律和法律推理，而以“更实质化”这一用语指称美国的法律和法律推理，但我们并不想量化这种差异，或者暗示这种差异是可以实际计量的。

我们还得补充说明，本书包括了许多断言（虽然这并非出自本意），这些断

* formality 强调对形式的遵奉，它兼具“形（正）式”、“形（正）式性/化”和“形（正）式的性质和状态”等词义，这为中文翻译带来了许多棘手问题。而原作者在本书导论部分亦列举了他们在术语使用上的困难，坦陈就“formal”一词的用法而言，有时“似乎有些荒谬……但就本书的意图来说，我们实在是找不到比这更好的术语来了（第14页）”。然而对中文译者来说，情况似乎更加糟糕。译者权衡之后，尝试将“formality”统一译为“形式性”，但这种译法在个别地方仍不可避免地会出现言不穷意或行文乖张的情况，因而敬请读者留意，并予谅解。——译者注

2 序

言是依据我们自己的判断作出的。尽管我们的确在书中首次大量引证了相关的文献资料，但一些有关两国法律体系及其不同“风格”的断言，完全是以我们自己的判断和经验为基础的。在此我们还可以这样说，我们各自都有颇为丰富的经验，不光熟谙自己国家的法律体系，也熟谙对方国家的法律体系。萨默斯教授曾在美国西海岸的俄勒冈和斯坦福大学执教十余年，在东海岸的康奈尔大学执教二十年之久，还在中部的密歇根和印第安纳大学短期执教，并利用整整三年的休假在牛津大学作研究。阿蒂亚教授多年执教于牛津和其他英国大学，也在哈佛、耶鲁、杜克和德克萨斯州立大学执教多年。

本书自始至终是共同合作的结晶。我们两人都参与了每一章的写作和修改（常常要修改多次）。

P. S. 阿蒂亚

R. S. 萨默斯

1987 年 2 月

致 谢

首先，我要感谢我的儿子西蒙（Simon）， he 现在是英国兰凯斯特—潘尼斯（Linklaters & Paines）律师事务所的一名助理律师。他在 1982 年准备期末考试时，向我询问有关美国法律现实主义的问题，这促使我去思考一个未曾有人解释过的问题——法律现实主义与美国法律体系各个制度层面之间的关系，并意识到这是一个值得从事的重要课题。

在过去的五年间，我的学术工作得到了如此之多的帮助，以致我无法一一铭记那些曾经帮助过我的人。我得特别提一下 1982—1983 年间参加我在哈佛、哥伦比亚、耶鲁、弗吉尼亚和杜克大学举行的专题讲座的诸位，要不是他们当中许多人的启发，我绝不会想到要去查找许多资料。在本书初稿的写作过程中，我尤其要感谢乔治·克里斯蒂（George Christie）、马丁·戈尔丁（Martin Golding）和罗伯特·史蒂文斯（Robert Stevens），他们都尽了很多力。我要感谢康奈尔大学法学院院长和全体同仁，他们对我的几次访问都作了盛情款待，尤其是 1986 年秋季那次，我和萨默斯在那里用两周时间完成了紧张的定稿工作。我也要向多萝西·萨默斯（Dorothy Summers）表达最诚挚的谢意，在那段时期，她既要忍受丈夫外出，又要应付我的造访。我还要与萨默斯一道，向康奈尔法学院的许多同行以及萨默斯的研究助手，表示衷心的感谢，他们毫不吝啬地付出大量时间阅读、评论本书的修改稿。还有，我们不会忘记伊丽莎白·萨默斯（Betsy Summers）所给予的宝贵帮助。最后——但绝非是最次要的，我要向克里斯汀（Christine）致以恒久的谢意，是她给了我持续不断的鼓励和灵感。

P. S. 阿蒂亚

于牛津圣约翰学院

致 谢

我也首先感谢西蒙·阿蒂亚，是他的发问最终促使他父亲和我去从事这一探索，这也是我学术生涯中最有意义的活动之一。

我欠了同事和别的人如此之多的人情，以致无法一一答谢。首先，我要感谢下列康奈尔法学院同仁们（包括全职教师和访问学者）：凯文·M·克拉默特（Kevin M. Clermont），罗格·C·克兰顿（Roger C. Cramton），赫伯特·豪斯马宁（Herbert Hausmaninger），詹姆斯·A·汉德森（James A. Henderson），罗伯特·A·希尔曼（Robert A. Hillman），罗伯特·肯特（Robert Kent），杰弗莱·马歇尔（Jeffrey Marshall），戴尔·A·奥斯特莱（Dale A. Oesterle），玛丽·普罗维尼（Marie Pronine），福斯特·F·罗西（Faust F. Rossi），查尔斯·沃夫兰（Charles Wolfram）。本书先后五易其稿，其间他们对书中的某些章节进行评论。我曾在哈佛法学院、康奈尔法学院、西安大略大学、图宾根大学、鹿特丹大学、耶路撒冷大学和前苏联科学院国家与法研究所举行过一些演讲和专题讲座，也感谢听众和参与者所提的那些评论和意见。最后，我还要感谢过去几年里我在康奈尔大学的几位研究助手，尤其是1987级的查尔斯·埃伯哈特（Charles Eberhardt），和1984级的斯特林·哈伍德（Sterlin Harwood），他们作出了可贵的奉献。在准备定稿以供出版时，小女伊丽莎白·安妮·萨默斯提供了宝贵的协助，我也非常感谢她。

R. S. 萨默斯

于康奈尔法学院

术语说明

在书名中我们用的是“英美法”（Anglo - American law）的提法，而在书中我们谈的是英格兰法及英国法，因为英格兰（或者更严格地说：英格兰和威尔士）是一个独立的法律辖区，并且英格兰法有别于苏格兰法。我们关注的是英格兰法和英国法，但英格兰并不存在任何独立的政治制度（与法律制度不同），要是使用“英格兰议会”或“英格兰内阁”的提法，会让人感到非常古怪。因此，我们采用的是“英国政治制度”的提法，尽管严格说来，更准确的做法是将这些制度和联合王国（the United Kingdom）的那些制度，视为一个整体。由于这种提法司空见惯，为简洁起见，我们也就采用了。

对几个在英国和美国都在使用但含义有所不同的法律术语，我们要作点说明：

“Brief”一词在美国是指一份详尽陈述涉案法律论点的文件，它由诉讼一方或上诉方当事人提供，以供法庭考虑。而在英国，“Brief”是指事务律师（Solicitor）为出庭律师（Barrister）准备的一系列书面指示。我们希望本书在使用这一术语时不会引起误解。

“Costs”在英国包括：诉讼费，律师酬金，以及一方根据法庭的命令支付给另一方的合理费用。而在美国，“Costs”通常仅指法院所征收的费用，而不包括付给律师的酬金。我们认为本书的表述是清楚的。

“Faculty”在美国大学里，指学院的全体教员；而在英国，指的是机构本身。因而在英国，法学院称为“law faculty”，而美国人则称“law school”。本书采用的是美国用法。

“High Court”这一术语在美国有时指美国联邦最高法院；在英国，单指那个拥有无限的一审管辖权的法院。

“Opinion”这一术语在美国指以资参考的涉案意见；而在英国，是指法庭或

2 术语说明

法官的判决意见书（或者，在上院，指议员的演说）。本书采用的是美国用法。

“Professor” 在美国法学院是指大部分教师；而在英国，仅指资深学者。本书仍然采用美国用法。

/ 目录 /

1	术语说明
1	一、 导言
1	1. 目的
5	2. 法律推理中的形式与实质
10	3. 法律推理中不同类型的形式性
18	4. 第二层次的实质性依据
24	5. 形式的与形式主义的推理, 实质的与“实质主义的”推理
28	6. 英美的差异
30	7. 差异的背景
36	二、判断法律权威性的标准
36	1. 引论
37	2. 内容取向的有效性标准
46	3. 其他有效法律之间的冲突
61	三、规则和其他形式的法律
61	1. 导论
62	2. 规则的性质和作用
65	3. 规则的灵活性
75	4. 两种规则观
80	5. 法律原则
81	四、制定法
81	1. 制定法所固有的形式性

84	2. 法条解释
93	3. 法规的法定形式
96	五、普通法
96	1. 导论
98	2. 遵循先例：差异
106	3. 对差异的若干解释
111	4. 法律改革的方法论
124	5. 公法诉讼
129	六、审判程序
129	1. 引言
133	2. 审判作为形式化的事实发现过程
140	3. 陪审团
147	4. 形式法的实质无效
155	七、法律的司法实施
155	1. 引言
156	2. 能够接近法院的程度
164	3. 司法程序的速度与效率
176	4. 判决的终局性与实施
183	5. 刑事程序中的终局性
186	6. 正当程序：一个可能的反例
189	八、英国与美国的法律理论：1776 年
189	1. 1776 年的英国法律理论
195	2. 1776 年的美国法律理论
203	九、英国与美国的法律理论：19 世纪和 20 世纪
203	1. 19 世纪英国的法律理论
208	2. 19 世纪美国的法律理论
211	3. 1900—1950 年间美国的法律理论
217	4. 1900—1950 年间英国的法律理论
218	5. 当代法律理论

226	十、法院
226	1. 终审法院的功能
230	2. 案件的选择
235	3. 上诉法院的诉讼程序
238	4. 法官助理
240	5. 异议的程度
245	6. 下级法院
253	十一、立法者与制定法的制定
253	1. 引言
253	2. 行政与立法机关的关系：英国
259	3. 行政与立法机关的关系：美国
266	4. 法律的起草
272	5. 立法过程中的差异：一些说明
277	6. 立法机关组成人员的差异
283	十二、法官
283	1. 引言
284	2. 司法系统的规模和结构
286	3. 法官的资格、任命方式与任职年限
292	4. 法官的职业化
297	5. 司法系统的差异性和同质性
302	十三、律师业
302	1. 引言
303	2. 英国出庭律师：一个独特的制度
310	3. 美国律师与英国事务律师
315	4. 律师资格与形式—实质差别
317	5. 律师的公共政策角色
322	十四、法学院、法律教育与法律文献
322	1. 引言
322	2. 法学院的性质和地位

4 目 录

326	3. 美国和英国的法律教育
334	4. 法律教授的政策角色
338	5. 法学院的总体影响
342	十五、结论
342	1. 概述
344	2. 两种法律观
348	3. 普遍法理学
351	4. 评价与批判
356	5. 实际改革——尤其是“移植”
358	6. 研究的继续
362	Tables of U. K. Cases
365	Tables of U. S. Cases
369	索引
378	译后记

导 言

1. 目的

本书旨在讨论关于法律推理、法律理论、法律制度和法律体系的一系列重要问题，并用比较的方法深化对这些问题的理解。我们的基本观点是：美国和英国的法律体系尽管在表面上存在着种种相似性，实则有着深刻的差异——英国法律体系是高度“形式的”，而美国法律体系是高度“实质的”。对这些概念的确切含义，我们随后将作一简要说明，并在下一章中展开讨论。在此，我们只想提出两点主张：第一，在作出判决或采取其他法律行动时，实质推理在美国法律体系中的运用远比形式推理广泛，而在英国法律体系中，情形恰好相反。第二，这种法律推理方法的差异，反映了流行于两国的法律风格、法律文化的深层差异，更笼统地说，反映了主流法律观（legal vision）的深层差异。在对我们的基本观点展开论证的过程中，我们将对这些源于两国间不同制度、历史和文化的差异，提出一系列解释。我们相信，许多观察者业已认识到了我们的观点所指出的真相，并且对此深信不疑。如果说本书有什么贡献，那么可能就是以一种有意义的、可靠的方式，清晰地表述并解释了这一真相。

概括地说：

首先，我们将指出，对两种不同类型的推理进行区分是可能的，也是有益的，我们分别称之为实质推理和形式推理。^{〔1〕}所谓实质性依据，是指道德的、经济的、政治的、习俗的或者其他社会因素。^{〔2〕}因此，D 故意伤害 P 这一事实，

〔1〕 一般参见 P. S. Atiyah, 'Form and Substance in Contract Law', in P. S. Atiyah, *Essays on Contract* (Clarendon Press, Oxford, 1986); R. S. Summers, 'Working Conception of the Law', in *Law, Morality and Rights*, 3 (M. A. Stewart, ed., D. Reidel, Dordrecht, 1983) reprinted in *Law and Philosophy* 263 (1982).

〔2〕 参见 R. S. Summers, *Two Types of Substantive Reasons*; 'The Core of a Theory of Common-Law Justification', 63 *Cornell L. Rev.* 707 (1978).

- 2 是判决 D 应当依法赔偿对 P 所造成的损害的一个实质依据。倘法律尚未以此特定形式运用这一实质推理,那么,将其整合入法律中成为一条法律规则(或者法律的其他形式),就会成为形式推理的一个新的渊源。一个形式依据不同于尚未被整合入当下法律中的某个实质依据。^{〔3〕}形式性依据是一种权威的法律依据,法官和其他人被授权或要求以其为基础作出判决或采取行动,这种依据通常排斥、无视或至少是弱化出现在判决或行动过程中的、与之相对抗的实质性依据。举例来说,一条据以判决的形式性依据是:在给定的情形中,存在一条有效的规则,即 D 应当赔偿给 P 造成的损害。与实质依据不同,形式依据必须预设存在一项有效的法律或其他有效的法律事实,例如一份合同或一份判决。的确,如前面所解释的那样,这项法律或其他法律事实的存在,就是一个形式性依据,或者说为解决某个问题提供了一个形式性依据。因此,权威性是形式性依据的基本特征。一般来说,形式性依据同样具有某种程度的强制性,即在法律适用的过程中优先于其他任何相反的实质性依据。举例说,如果一条规则的存在,被看作是一个用来按照规则所规定的方式进行裁决的形式依据,那么一般情况下,在法律适用过程中,规则的存在是拒绝考虑相反的实质性依据的一个形式依据。这并不是说在任何案子中都无须考虑那些实质性依据,我们只是指出,一个形式依据的功用通常就像一道屏障,它或明或暗地将尚未整合入规则中的实质性依据从决定过程中隔离出去。

一个形式性依据往往整合或反映了实质的推理过程。因而它是一种混合物:一方面具有某些形式特征,另一方面也具有某些实质推理的特征。我们在此所称的形式的法律依据,有时被其他人称为“权威依据”,虽然权威依据实际上只是形式性依据的一种子类型。在本章第二节,我们将详述实质推理和形式推理之间的差异,并更具体地说明形式法律推理的各种特征。

- 第二,我们认为,本书所欲讨论的实质性依据和形式性依据,在英美两国的法律体系中都得到了广泛运用,很难想像哪个法律体系能够在实践中撇开这两种类型的推理;事实上,这两种依据都是任何可行的法律观念所固有的。不过,更重要的是,我们将为本书所持的基本观点——英国法律体系更倾向于运用形式性依据,而美国法律体系更倾向于运用实质性依据——提供详尽的理由。因而,我们不但要指出,英国法律体系往往系统地按照规则的要求裁决案件,还要指出在其他各种各样的情形中,它同样依赖于形式性依据,而美国法律体系遇到那些情

〔3〕 参见 J. Raz, 'Reasons for Action, Decisions and Norms', 84 *Mind* 481 (1975); *Practical Reason and Norms*, especially at 35-48 and 58-62 (Hutchinson, London, 1975); J. Raz, 'Authority and Justification', 14 *Philosophy and Public Affairs* 3 (1985) See also H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, 243-68 (Clarendon Press, Oxford, 1982), and R. S. Summers, *supra*, n. 2, at 724-5 (将这种依据称为“权威依据”)。