

PALM TREE JUSTICE
A STUDY OF LORD
DENNING'S EQUITABLE
ADMINISTRATION OF JUSTICE
1947-1957

棕树下的正义

丹宁勋爵衡平司法解读(1947—1957年)

薛张敏敏 著



PALM TREE JUSTICE
A STUDY OF LORD
DENNING'S EQUITABLE
ADMINISTRATION OF JUSTICE
1947-1957

棕树下的正义

丹宁勋爵衡平司法解读(1947—1957年)

薛张敏敏 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

棕树下的正义:丹宁勋爵衡平司法解读:1947-1957年/薛张敏敏著.
—北京:北京大学出版社,2017.6

ISBN 978-7-301-28274-8

I. ①棕… II. ①薛… III. ①司法—研究—英国—1947-1957
IV. ①D956.19

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第093007号

- 书 名 棕树下的正义——丹宁勋爵衡平司法解读(1947—1957年)
Zongshu Xia de Zhengyi
——Danning Xunjue Hengping Sifa Jiedu (1947—1957 Nian)
- 著作责任者 薛张敏敏 著
- 责任编辑 王丽环 方尔琦
- 标准书号 ISBN 978-7-301-28274-8
- 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> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者 北京大学印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 880毫米×1230毫米 A5 11.5印张 276千字
- 2017年6月第1版 2017年6月第1次印刷
- 定 价 39.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“棕树下的正义”一词可溯源至圣经《旧约·士师记》，以色列人的女先知底波拉（Deborah）作士师（judges）的时候，就坐在“底波拉的棕树”（palm tree of Deborah）下，以色列子民都上她那里去听“判断”（judgments）。后以“棕树下的正义”来形容以法官个人自由裁量为基础的判决方式。

(一)

人们常常把“法治”和多多益善地生产法律文本联系在一起。几十年来，法学专家、智库和一般民众都在发出同一个声音“要制定某某法”，立法成为一种全民共识、一套永远立于不败之地的建言和一个长期通用的兴利除弊的方案。法律出台，又激发了司法解释、行政法规、行政规章、地方性法规的创作热情，法律文本在不断增生。可是，当人们被法律文本包围之后还是难以感到正义存在的时候，又响起了“完善”法律的呼声，又开始新一轮法律文本的生产。我们似乎忽视了一个经过经验反复证实的事实：法律是制度产物，法律无可避免地带着制度固有的优点和缺点，法律可能解决问题，可能制造问题，可能只制造问题而不解决问题，甚至阻断人们解决问题的探索——万事皆有可能。

顾炎武曾经这样批评明朝的立法崇拜，他说：“前任立法之初，不能详究事势，豫为变通。后人承其已弊，拘于旧章，不能更革，而复立一法以救之。于是法愈繁而弊愈多，天下之事日至于丛脞（繁琐）……此莫甚于有明之世。”（顾炎武，《日知录》卷八《法制》）

钱穆也认为：明代的政治弊端“就在太讲法，什么事都依法办。一条条文进出，一个字两个字，往往上下往复，把紧要公事都停顿了”（钱穆，《中国历代政治得失》，第140页，台北东大图书公司出版）。立法崇拜，也就是孔子说过的“文胜质”，典章、本本、条文被看成了能够自动预设正义和生成正义的超人。

立法崇拜常常把“依法审判”改造成一种编制条文、查找条文、比对条文和个案请示的司法政治。最高法院脱离审判而解释法律，制定下级法院必须遵循的法律细则，称之为“司法解释”；下级法院就个案请示上级法院，让二审、再审法院在脱离审判的情况下就个案发表意见；法官没有权力解释法律，无法通过推理而形成法律意见；任何判决都没有先例约束力，法官因此又获得了宽大无边的自由裁量权。正义止于条文，对错限于条文，裁决符合条文即免责，这是一种条文正义。法官可以诚恳地向当事人表白：“您看，这就是法律规定，我也觉得不公平，可我也没办法，我不这么判，行吗？”至于本案为什么适用此一条文而非彼一条文？条文的意思是什么，条文的解释有哪些规则？诸如此类的问题是永远不会进入司法过程的。

（二）

与立法崇拜、条文正义不同，丹宁法官践行衡平正义。在丹宁看来，“字词能杀人，精意能活人”，解读文本，字词文意不是释法要点，释法要点是领会法律精神。丹宁的衡平法思想与亚里士多德的矫正正义、个案正义不谋而合。亚里士多德强调伦理公道压过法律公正、个案公正超越一般公正。英国法官通过条文的个案解释而激活条文，通过遵循、区分、限缩和改变先例而创造法律，这一司法传统是

丹宁衡平法思想的制度源泉。丹宁的衡平法思想不是无本之木、无源之水，而是在知识传承过程中产生的知识增量。

虽然丹宁审理的案件不涉及合宪审查，但是，丹宁与美国的司法能动主义（judicial activism）法官有诸多相似：丹宁相信自己承担着“熨平法律皱褶”“填补法律空白”和追寻立法意图的使命；丹宁常常为了个案正义而创设一些适用范围远远超出个案的衡平法概念，如：家庭财产、信赖利益、不可反悔等；丹宁常常搁置先例而推崇与时俱进的政治理念；丹宁的法律意见不是谦卑地限缩论点和引申先例，而是大胆地表达有关正义的个人观点。如果站在保守主义立场，丹宁会被看成一个孤军奋进而不留退路的司法能动主义者——一个司法传统的异类；如果站在进步主义立场，丹宁则是一个对社会不公正、人际关系不平等保持高度敏感的、充满同情心的、总是不遗余力追求公道、正义的法律斗士。丹宁的价值不在于他创制了多少具有可持续性的衡平法规则，而在于他总是能够不计成败地发表异见，总是能够站在注定不能形成先例的少数派立场上反思法律，他那些充满激情的司法意见总是代表着一种推动法律进步的批判精神。

（三）

阅读丹宁审理的那些案件，我们可以发现：相同或类似的法律问题在中国每天都在发生，如：夫妻离婚，房子在丈夫名下，妻子在多大程度上拥有继续居住的权利？一个人做出许诺而没有得到相应回报，对方能否信赖该许诺不可撤销？专业人员为他的客户的诚信背书，导致第三人信赖该客户，专业人员欠缺专业注意义务的赔偿责任是否覆盖第三人？诸如此类的问题，要点不是去寻求普适的、一劳永

逸的答案，而是通过个案而积累经验知识。法律规则的产生、调整和更新就像接力编写故事一样，其活力在于注入新知。现实生活总是在给法律人提供解释对象和机会，就看法律人自身是否有使命感、是否有能力去做出贡献。

追求衡平正义也不是英国独一无二的法律现象。衡平法院最初的功能与当代中国的“信访办”颇为相似：条文语词陷人于无助，法律精神救人于困厄——那些投告无门的、因为审判止于“依法办事”而丢弃公道的、穷尽现有法律而救助无望的，还有另一扇门对他们开着。在中国，“信访办”传递的信息也是“‘终局司法正义’并不意味着救助已经穷尽，那些不愿意放弃希望的人还有一试”。衡平法最初是一种法外恩典——民众可祈求而未必可得的救助——与中国古代的“恩赦”“开恩”颇为相似，但是，前者演变成一种富含信息并且不断生成信息的法律制度，而后者只留下了或有历史学、考古学价值的遗存信息。

丹宁的“家庭财产”在英国曲高和寡，同行们都把这看成一种激进主义的司法主张，家庭财产在普通法、衡平法和制定法都是没有立足之地的。有趣的是，1950年的《中华人民共和国婚姻法》第10条第一次使用了“家庭财产”的概念，而1986年的《中华人民共和国民法通则》第29条区分个体商人、农户对债务的清偿责任，区分的基础就是经营资产为“家庭财产”抑或“个人财产”——这正是丹宁当年一再强调而没有得到支持的主张。当然，这纯粹是一种法律的巧合，但巧合背后也有一些不谋而合的、相通的法律理念。

(四)

薛张敏敏女士的新作《棕树下的正义：丹宁勋爵衡平司法解读（1947—1957年）》把丹宁的衡平法思想放到具体语境之下观察，这些具体语境包括：孕育丹宁衡平法思想的哲学、政治学、法学的知识渊源和英国的司法传统，丹宁借以表达衡平法思想的那些渐进累积的系列个案。该书向我们展示了衡平法在一个国家司法体系中的不可或缺的作用，丹宁衡平法思想的一致性、连续性与他的价值观念之间的相关性，丹宁的司法理念、风格、方法及其与主流法律群体的紧张关系，还有丹宁不减当年的思想层面的影响力。这本书不仅对我们了解丹宁的法律思想、衡平法的演进过程、衡平救济的必要性和局限性有重要意义，还能给我们带来举一反三、触类旁通的法律思考。

方流芳

中国政法大学一级教授

二〇一七年五月九日于北京

目 录

导 言	001
第一节 丹宁的衡平司法及其早期司法实践	001
第二节 研究现状与文献综述	010
第三节 研究视角、方法和意义	027
第一章 丹宁与衡平司法传统	032
第一节 衡平的哲学与历史维度	032
第二节 衡平法与普通法的融合： “合而不同”抑或“合而为一”？	052
第三节 衡平司法传统	071
小 结 衡平法的“良心”基因	100
第二章 丹宁法律哲学与衡平	103
第一节 丹宁法律哲学的三个维度	103
第二节 丹宁法律哲学中的衡平	122
小 结 与衡平理念高度契合的丹宁法律哲学	130
第三章 丹宁眼中的衡平司法空间	132
第一节 司法自由裁量权与衡平司法空间	132
第二节 在事实与先例之间：面对先例的 进与退	137
第三节 在事实与制定法之间：填补立法空隙	155

小 结 一条随案情而移转的界限	167
第四章 丹宁的创新型衡平司法:增设新型权益	170
第一节 衡平权益:创设路径与种类	170
第二节 分享型衡平权益:"家庭财产"	177
第三节 对抗型衡平权益:"弃妻衡平"	209
小 结 失之东隅、收之桑榆的衡平司法	252
第五章 丹宁的拓展型衡平司法:延伸普通法	
适用范围	255
第一节 衡平法对普通法的延伸:"良心"	
与"昧着良心的"行为	255
第二节 合同法范畴的延伸:允诺禁反悔原则	261
第三节 侵权法范畴的延伸:专业过失陈述	
责任	281
小 结 判决中的道德基石	307
结 论 丹宁与衡平——法律的救赎	309
参考文献	317
附录A 丹宁勋爵法律生涯一览表	329
附录B 丹宁勋爵司法外著述与演讲一览表	331
索引A 法官名索引	335
索引B 判例索引	341
致 谢	351

导 言

第一节 丹宁的衡平司法及其早期司法实践

一、为什么选择丹宁勋爵？

若论到 20 世纪普通法法域最具争议的法官，相信没有人会不同意，他就是英格兰前上诉法院民事庭庭长（Master of the Rolls）丹宁勋爵（Lord Denning）。^{〔1〕} 有人奉他为“普通法的灯塔式人物”^{〔2〕}，

〔1〕 丹宁勋爵（1899—1999 年），全名为阿尔弗莱德·汤姆·丹宁（Alfred Tom Denning）。其法律职业生涯履历如下：1923 年成为初级出庭律师（Junior Counsel），1938 年升格为御用大律师（King's Counsel），自 1944 年至 1948 年担任高等法院法官（Judge），自 1948 年至 1957 年担任上诉法院上诉法官（Lord Justice of Appeal），自 1957 至 1962 年担任上议院常任上诉法官（Lord of Appeal in Ordinary），自 1962 年至 1982 年担任上诉法院民事庭庭长（Master of the Rolls）。鉴于丹宁勋爵在法律生涯的不同阶段有着不同的头衔与称谓，下文在行文中将省略其头衔。

〔2〕 Michael D. Kirby, Lord Denning: An Antipodean Appreciation, 1 *Denning Law Journal* 103, 116 (1986).

亦有人贬其为“一支闪烁不定且反复无常的手电筒”〔1〕；有人赞扬他是“当代以怜悯之心追求真理与正义最强劲的力量”〔2〕，亦有人视其为“法治及社会民主进程的真正威胁”。〔3〕英国前上议院首席大法官、丹宁曾经的继任人宾汉勋爵（Lord Bingham），在1999年6月威斯敏斯特大教堂，以当时的高等法院首席大法官身份发表的对丹宁的感谢词中，盛赞丹宁为“本国历史上最著名与最受爱戴的法官”：

法律于他，非冰冷规则之汇集，而是温暖的人间故事，每一故事均饱含寓意；非桎梏之本，乃自由之源；非对社会弊病之无奈回应，乃为良好管治与社会和谐立下正义之基石。他总是瞻望，从不后退。致力于建造，而非摧毁。〔4〕

然而，在另一边厢，苏格兰邓迪大学的韦洛克教授（Willock I. D.），代表一众苏格兰同行，自喻为安徒生童话中那个令人尴尬的小男孩，他们也想问同样的一个问题：

那个（法官）皇帝穿衣服了吗？他那凭直觉、兴致甚至是偏见作出的判决，难道不是对真法律的公然冒犯？法律不是讲求高度一致性与可预见性吗？他惯常高擎的作为坏先例

〔1〕 Ian D. Willock, Foreword, in Peter Robson and Paul Watchman (eds), *Justice, Lord Denning and the Constitution*, Gower, 1981, p. vii.

〔2〕 Michael Havers *et al.*, Valedictory Speeches upon the Impending Retirement of the Master of the Rolls, 1 *Denning Law Journal* 7, 15 (1986).

〔3〕 Introductory Note, in Peter Robson and Paul Watchman (eds), *Justice, Lord Denning and the Constitution*, Gower, 1981, p. xv.

〔4〕 Tom Bingham, *The Business of Judging: Selected Essays and Speeches*, Oxford University Press, 2000, pp. 412-413.

阴霾中指路明灯的正义，其本身难道不就是一支闪烁不定且反复无常的手电筒吗？这样厚颜无耻的司法造法行为，又如何与议会民主制之理念相谐？〔1〕

如若借用同样来自苏格兰的沃区曼教授（Watchman P.）的话一言以蔽之，这位法官所实施的，是一种不折不扣的“棕树下的正义”（Palm Tree Justice）。〔2〕

对一位公认的杰出法官，法律界出现的这般南辕北辙的论断，实质上正展现了法律中维护秩序之确定性与作为终极价值之正义之间恒久的张力。两者在大多数场合并无矛盾，前者甚至更多时候是后者的一个指标。然而，现实世界总是存在一定数量的（即使是比例很小的）案件，它们对确定的规则叩问、甚至挑战，法官此时将不可避免地作出抉择，其决定将主导法律的走向：或推进，或延滞。丹宁之备受争议，即在于他惯常地以“打破旧习者”自居（a self-confessed iconoclast），以正义之名，打碎或意图打碎在普通法中久已确立的“偶像”。〔3〕对规则与秩序的拥护者而言，丹宁引入的是其主观而模糊的正义观念，由此带来众多法律上的不确定。

然而，无可否认的是，丹宁在英格兰普通法发展中占居独特的地位，这种独特性，部分来自历史的机遇，部分来自其本身对法律传统的继受与对法律价值的个人持守。具体而言，探究丹宁的司法实践及其展示的司法理念，主要理由如下：

〔1〕 Ian D. Willock, Foreword, in Peter Robson and Paul Watchman (eds), *Justice, Lord Denning and the Constitution*, Gower, 1981, p. vii.

〔2〕 Paul Watchman, Palm Tree Justice and the Lord Chancellor's Foot, in Peter Robson and Paul Watchman (eds), *Justice, Lord Denning and the Constitution*, Gower, 1981, p. 1.

〔3〕 Alfred T. Denning, The Way of An Iconoclast, 3 *Sydney Law Review* 209 (1960).

其一，丹宁所处的特定时代，为其造就了独特的发展与变革既有法律之历史机遇。丹宁之生卒，纵贯整个 20 世纪（从 1899 年至 1999 年），他开始以法官身份登上英伦普通法的“造法”舞台之时，正值第二次世界大战后，社会政治与经济状况发生剧变，牵涉法律与时代同步更新的问题。丹宁所处的时代，恰逢英伦普通法承前启后的关键时期：19 世纪及 20 世纪前半叶业已确立的法律原则与秩序，正接受着战后新情境与新需求的挑战，例如，合同法的发展如何更具弹性、更符合普通人（尤其是商人）的“合理期待”（reasonable expectations）；再如，家庭财产法领域，家庭房产的购置模式发生变化，当夫妻双方均对房产的购置有“实质性贡献”时，旧有的产权体系当如何应对新的法律问题等。在这样的历史背景中登台，丹宁的司法实践必然烙有变革、创新与发展这样的印记。他的司法生涯为此提供了明证：在先例过时之处勇于变革，在先例阙如之时敢于创新，将法律调适至与社会需要同步，一直是纵贯他司法实践的主线。

其二，丹宁的司法多历年所，在客观上导致其司法实践尤为丰富。若从 1923 年丹宁获得出庭大律师执业资格起算，至 1982 年从上诉法院民事庭庭长职位退休为止，可将这六十年之法律生涯按其身份的转换，划分为五个时期：出庭律师时期（1923—1944 年）、高等法院法官时期（1944—1948 年）、上诉法院法官时期（1948—1957 年）、上议院常任上诉法官时期（1957—1962 年）及上诉法院民事庭庭长时期（1962—1982 年）。在这五个时期中，不论是作为出庭律师的丹宁，还是作为初级高等法院法官的丹宁，其对普通法发展的贡献，丝毫不逊于他晋升至上诉法官甚至是最高级别的上议院常任上诉法官时的表现。纵观丹宁重要的司法实践，可以按众多法律主题归类，如法律解释、遵循先例、侵权法中有关过失的法律问题、合同法领域（包括免

责条款的解读与允诺禁反悔原则的创设)、程序法领域(包括玛瑞瓦禁令的开创与自然正义原则的阐释)、家庭法领域、言论自由领域、对公权力的限制、对工会滥权之管制等。就数量而言,仅任职最后二十年间,丹宁参与撰写与颁布的判决就逾千份。这些重要领域的判例,是了解20世纪后半叶普通法发展的重要素材。

其三,丹宁不仅是在判决数量上汗牛充栋的法官,同时还是一位著作等身的述者,其著述、演讲及在法律期刊上发表的论文,涵盖众多的法律领域与主题,系统而多彩地阐释了他的司法理念,使其法律哲学更显丰盈。在这些司法外的著述中,以丹宁为独立作者出版的达十册,著名的如《法律的训诫》《法律的正当程序》等。他在各地、各场合发表的演讲以及在学术期刊上发表的文章更是不胜枚举(详见文末“附录B”)。这些都是丹宁从自身角度就其对法律的理解所作的阐述,为研究其法律哲学重要的第一手资料。

最后,丹宁是位信仰特征尤为显明的法官,若要寻找法律与信仰在现代司法界之完美结合,丹宁必为其中之佼佼者。他把个人信仰毫无保留地书写于其判决中,他对正义、公平、公正等法律核心与终极价值的理解,均源自其基督教信仰。这一信仰因素,使得司法判决所承载的法律原则超越了法律领域,而触及宗教与道德领域,进而指向司法的终极价值。这亦是令丹宁区别于其同时代伟大同胞的一个重要方面。他以三个维度总结了自己的法律哲学——“让正义实现”“法律下的自由”与“信靠上帝”^[1],其中最后一项代表了其整套法律哲学的源头和基石。然而,与此同时,这种信仰主导下的司法思维,亦为丹宁引来诸多争议。法律界对丹宁司法实践的批评,除集中在其枉

[1] Alfred T. Denning, *The Family Story*, Butterworths, 1981, p. 172.

顾先例、任意创新方面外，就是针对他将个人信仰与法律原则、法律正义混为一谈。

上述诸多因由，令丹宁丰富的司法实践及由此而展示的独特司法风格与司法理念成为深具魅力的探究领域。

二、为什么专注于丹宁的衡平司法？

如果说丹宁的司法理念与实践是一片矿区，那么其衡平司法的理念与实践则无疑是这片矿区中混迹于其他宝石的钻石。在法律界，不论是认为丹宁的司法具有前瞻性、以正义为导向，还是批评其判案主观或飘忽不定，大家的视点实际上或多或少均聚焦于丹宁的衡平司法。“衡平”（equity）一词，究其本义，或是溯其历史，均代表了英格兰判例法中一种具有高度柔韧性与适应力的存在，可被誉为防止法律僵化的“润滑剂”与推动法律适应新形势以向前发展的“催化剂”。衡平法在法律体系中的地位、作用、未来去向，亦从来是普通法世界热议不休的话题。

在丹宁身处的 20 世纪，从管辖权上看，已无普通法法院与衡平法院（亦称大法官法庭）之分。然而，若对丹宁的司法实践作一近距离观察便不难发现，他这种以一个高于法律本身的价值为指引，并借此“跨越”确定规则之限制，冀达致一个符合公正、公义之判决结果的司法理念与风格，实质即为衡平司法理念与风格。纵观丹宁具有重要影响力的判决，如财产法领域的“家庭财产”（family assets）及“弃妻衡平”（deserted wife's equity）等概念与原则、合同法领域的允诺禁反悔原则（doctrine of promissory estoppel）、行政法上的多种救济方式等，均为丹宁通过行使衡平管辖权而结出之累累硕果。因而，丹宁在总结自己的法律哲学时，亦形容道：“我的法律哲学，极为接近