

法理文丛

严格规则与自由裁量之间

——英美司法风格差异及其成因的比较研究

崔林林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

严格规则与自由裁量之间

——英美司法风格差异及其成因的比较研究



崔林林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

严格规则与自由裁量之间:英美司法风格差异及其成因的比较研究/崔林林著. —北京:北京大学出版社, 2005.3

(法理文丛·5)

ISBN 7-301-08538-9

I. 严… II. 崔… III. 司法-对比研究-英国、美国 IV. ①D956.16
②D971.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 141544 号

书 名: 严格规则与自由裁量之间——英美司法风格差异及其成因的
比较研究

著作责任者: 崔林林 著

责任编辑: 明辉 李霞

标准书号: ISBN 7-301-08538-9/D·1067

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 13 印张 182 千字

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 22.00 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,翻版必究

序

历史像一笔从祖上那里继承来的房产。它作为一笔财产,使你更加富有,而且为你提供防风避雨、生活繁衍的场所,为你提供安居乐业、事业发展的基础。但同时,这块房产又常常使你感觉些许不便。窗户的朝向,间隔的大小,台阶的设置,均可能不完全符合你的新要求。当然,你可以对房屋进行改造,但改造的方式必须合适,否则有可能导致房屋根基不稳,甚至影响你的生活。

制度的设计与实施,以科学、合理、公平、效率为基准,充满着理性因素。而历史则通过背景文化和传统习惯得以延续,其中不乏非理性因素,包括那些在一定历史时期曾经代表理性主义最高水准的制度、文化。制度的理性与历史的非理性,作为影响维系国家与社会稳定、发展规范体系的因素,本身并无优劣高低之分,但这一规范体系在调控社会关系、稳定社会秩序、追求公正与效率这一制度设计目标方面,却显示出不同的效果。

历史不可跨越。以背景文化、传统习惯、民族精神等方式表现出来的历史,无论是对于个体,还是对于群体,都是不可忽略而必须面对的。当历史融入制度之中,这一制度必然表现出更强的韧性。

英美两国法律制度同属一系。严格说,美国法律制度是在普通法大树主干之上生长出的一根主枝。但这根主枝不像普通法大树上其他树枝,虽然吮吸着普通法的精华,却在很大程度上与母体相异。首先,美国是一个没有制度史的国家。严格意义上的“制度史”的研究对象是在现实社会中不再具有有效性的制度,从这一点出发,在美国,没有体系意义的制度史。没有制度史,当然自身就天然地没有历史的包袱。其次,美国人采纳了普通法,但却没有同时接受英国人的

历史观,也没有接受在英国融入制度中的历史。

英美两国法律的不同,体现在理论、制度、方法、立法、司法等各方面,而植根于两国在文化背景、民族风格、思想方法上的不同。崔林林以英美两国法官对于“严格规则”和“自由裁量”两种司法风格的取舍为主题,探讨其差异及成因,为同一法系内部不同国家法律之间的比较研究增添了一项颇具新意,又见功底成果。

朱 勇

2004年11月

CONTENTS 目 录

引言	1
----	---

第一章 判例法适用中的司法风格	9
第一节 遵循先例的历史进程	11
一、英国遵循先例原则的确立	11
二、美国继受遵循先例原则的历史过程	21
第二节 先例规则的适用	30
一、权威性先例	31
二、劝导性先例	43
第三节 司法过程中的推翻先例	44
一、推翻先例	44
二、推翻先例的依据的分析	51
第四节 适用判例法的司法技术	53
一、判例汇编	54
二、区别技术	55
三、判例法适用中的推理模式	65
第五节 判例法的发展模式	67
一、遵循先例与判例法的发展	67
二、推翻先例与判例法的发展	72
小结	75

CONTENTS 目 录

第二章 制定法适用中的司法风格	77
第一节 英美制定法的地位和效力	77
一、制定法的基本特征	77
二、英美制定法的地位和效力	81
三、制定法的编纂	94
第二节 制定法适用中的司法解释规则	98
一、制定法的解释规则	98
二、遗嘱与合同的解释规则	107
小结	113

第三章 司法风格差异的制度框架因素	115
第一节 司法权的地位及其运作模式的差异	115
一、司法权概述	115
二、英美司法权的历史发展	119
第二节 司法体制的差异	126
一、法院体系	126
二、上诉审理程序	129
三、陪审制度	132
第三节 司法职业制度的差异	138

CONTENTS 目 录

一、法官制度	138
二、律师制度	145
三、法律教育模式	153
小结	156
第四章 司法风格差异的法律学说因素	159
第一节 关于严格规则与自由裁量	
关系的理论根源综述	159
一、法律的内在秩序需求	160
二、法律的价值考量标准	163
三、法律的内在秩序需求和价值考量	
之间的矛盾	165
第二节 英美主流法律学说的差异	166
一、西方法律学说发展回顾	166
二、英美主流法律学说概述	168
三、英美法律学说的差异	174
小结	187

CONTENTS 目 录

几点思考(代结束语)	189
一、司法风格特征是英美两国整体文化的缩影	189
二、法律的实现主要依赖于法官的司法过程	190
三、中国法官的自由裁量应该缓行	192

参考书目	195
------	-----

引 言

庞德说,法律的历史表明,人们始终是在严格规则与自由裁量之间来回摆动,整部西方法学史就是在广泛而宽松的自由裁量和严格而详尽的具体规则之间,在据法司法与不据法司法之间不断循环反复的过程。^① 随着近代法治主义的兴起,如何在严格规则与自由裁量之间权衡取舍,是西方法学争论不休的主要问题,也成为司法过程中的两难选择。不过,由于西方国家的法律体系和制度经过几百年的发展和完善,已经相当详尽和完备,因此就司法实践来看,对于严格规则的全面遵循是司法的主题,自由裁量只在比较有限的情形和范围内被采用。在这个“有限的情形和范围内”,固有的法律规则要么完全空缺,要么其严格适用会造成相对不公正的后果,这是固有法律的“盲点”。如果这个“盲点”存在,并且被认识,就意味着将会有对固有规则的修正或新规则的诞生。对固有规则的修改和新规则的诞生,一般被认为是立法机关的任务,但这个“盲点”往往首先被法院发现和认识,那么法院是否有权通过判决在立法机关之前修改旧规则或创建新规则呢?毫无疑问,在素有“法官法”之称的英美法系,法官的自由裁量权高于大陆法系的法官。本书所讨论的是,在这个“有限的情形和范围内”,英国法官和美国法官相比,各自拥有的自由裁量权有何种差异?在作者看来,固守严格法治传统的英国和现实主义法学盛行的美国在这个问题上有着明显不同的倾向性,本书拟就英美司法风格的这种倾向性差异做出一个比较性的研究与探讨。

引

^① 参见[美]罗斯科·庞德著,曹玉堂等译:《法律史解释》,华夏出版社1989年版,第1页。

言

1

为了论述的方便,首先需要对几个基本概念做出简单的界定和阐释。

关于严格规则:规则的概念是相当复杂的,我们所谈的规则当然局限于一般的法律规则。但即便是法律规则,也有广义、狭义之分。本书所指的规则应当在最狭义的含义上理解,它的范围被严格界定,是指关于规定、禁止和允许各种行为模式的^①,具有明确的法律效力的一般性陈述。英美法中的规则不仅包括制定法规则,也包括判例法规则。在英美法产生和发展的漫长历程中,判例法作为第一位的法律渊源,具有无可争议的法律效力。尽管现代英美国家制定法的数量和地位不断提升,但从司法实践来看,判例法的主导地位仍未被颠覆,仍然是法律体系的基础和核心。因此,本书所称的规则是指通过正式的立法机关颁布的制定法规则和通过法官的判决表达的具有法律拘束力的判例法规则。对本书来说,最关键的一点是,强调规则的严格适用,即司法过程中对那些具备法定形式要求的有明确拘束力的法律规则的严格适用。对法律规则的严格适用,是指以维护法律的权威为目的,忠实地、不加变通地适用法律规则,这是法治主义的基本前提和核心。规则的首要特征当然是它的形式性,惟其具备了必需的形式,才能具有明确而直接的约束力。相应地,只要规则具有必需的形式,那么规则的效力就不容置疑,也就基本排除了适用规则的司法过程中任何变通的可能性。

关于自由裁量:关于“自由裁量”一词有多种解释,本书所指的自由裁量,是法官在法律适用过程中的自由酌处。进一步说,法官在裁判案件的司法过程中,可以以公平、正义、合理、道德、情势变迁等为依据,改变固有的法律规则,或创建新的法律规则。自由裁量的首要

① 参见〔英〕哈特著,张文显等译:《法律的概念》,中国大百科全书出版社1996年版。

特征是它的实质性,即它在形式性的法律规则之外,在实质意义上实现了法律的目的、意义和价值。特别需要指出的是,本书所称的自由裁量的基本前提是近代法治主义的确立以及司法权的独立,与前近代各国普遍存在的与强大的王权相结合的“自由裁量”有本质不同。前近代时期盛行的自由裁量在根本上依附于王权。从实质上说,它并非法官的“自由裁量权”,而是君主的“自由裁量权”。二者在形态上十分接近,实则有着本质的不同。鉴于本书以英美两国司法风格的比较为主题,美国的历史又是从近代开始的,因此依附于君主的“自由裁量”没有被列入本书的探讨范围。

关于司法:本书在相对狭义的范畴内界定司法的概念,即法官将法律规则适用于具体案件,并做出判决的过程。所谓司法风格,即法官在适用法律的过程中所展现的某种规律性特点。

二

严格规则与自由裁量之间的矛盾是司法过程中几乎不可调和的固有矛盾。严格适用法律规则,维护法律的权威是近代以来法治主义的基本命题之一。然而,法律规则的形式本身存在着固有的、无法从根本上克服的缺陷,这种缺陷有时表现为由于立法者无法预见法律适用中的各种可能性,导致个案中的“正义”无法实现;有时表现为随着社会的发展,现有的法律规则日渐陈腐,从而导致“正义”落空;有时表现为由于法律规则的语言表述方式存在一定的局限性,导致法律规则在适用中歧义丛生,无法实现立法者所预期的“正义”,等等。这样,在司法过程中,现实中的法律与我们理想中的法律之间就出现了距离。

本书所讨论的问题,归根结底,就是法律的实然与应然的关系问题。这个问题自法律诞生之日起便纠缠于司法过程之中,无论是英美法系,还是大陆法系,都为这个问题所困扰。司法作为法律实施的

动态过程,具有权威性、直接性和最终性,因此,人们尤其对于司法过程寄予厚望,期冀通过司法实现“社会制度的首要价值——正义”^①。而维护法律至高无上的权威,一直是司法的基本精神和首要任务。在上述情形下,如果在司法过程中严格坚持“白纸黑字”的法律规则,可能会导致正义的迷失,而对正义的一味追求,又可能会损害法律的权威,破坏基本的法治原则。如何协调理想法律与现实法律之间的矛盾冲突关系,就成了法官所面临的极大难题。

从司法过程来看,法官所面临的实际上是一个裁断上的两难选择。在大多数情形下,遵循严格规则能够保证法律适用中的确定性,使人们能够明确预见自己行为的法律后果,最大限度地限制法官的自由裁量权,维护法律的权威。但是,社会现实的多样化和不断变迁,使得某些固有的法律规则凸显出各种缺陷,在所谓的“疑难案件”中适用严格的法律规则可能导致诸多荒谬或不公。在此种情形下,是坚守严格规则维护法律的权威,还是运用自由裁量实现法律的终极价值目标——正义,不同法律文化背景下的法官会做出不同的抉择。

三

众所周知,英美两国法律之间存在无可置疑的继承关系。作为英美法系的两大代表国家,两国法律的整体特点,特别是司法风格特点非常接近或类似。一般从大陆法系学者的研究角度来看,英美国家司法风格的共性比他们各自的个性更加明显和突出。

但是接近或类似并不意味着完全相同,本书的主要研究对象恰恰是英美司法风格个性特征的差异。由于两个国家的自然条件、历史传统、制度运作、文化背景、民族个性以及社会发展的模式和特点并不完全一致,必然导致两国司法风格个性上的差异。其表现之一

^① [美] 罗尔斯著,何怀宏等译:《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

即在适用法律的司法过程中,当现有的法律规则与正义的价值标准之间有某种脱节时,英国法官倾向于严格固守现有的规则,以维护法律的权威。尽管这种对规则的严格遵守在个案中有可能导致不公甚至是荒谬的后果,因而呈现出“严格规则主义”的司法风格特点;美国法官则倾向于运用自由裁量,宁愿改变或破坏现存的法律规则,以避免出现严格适用法律所造成的不公或荒谬,实现法律的正义价值,呈现出“自由裁量主义”的司法风格特点。

事实上,英美两国司法风格上的这种倾向性差异,也是两国整体上的法律文化的倾向性差异。由于英美法律传统中的司法相对发达,这种倾向性差异在司法风格中体现得最为突出和具有代表性。一个被广泛认同的观点是,英国法律传统中最突出的特点就是稳定性和正规性,而美国法则显示出极强的适应性和灵活性特点。但是,据作者观察,在国内目前对这种特点的表现及其成因的归纳以及比较研究还不太多见,特别是从司法风格特点角度做出的归纳和比较研究还远远未能展开并深入。本书试图在这方面有所建树。

司法风格必然体现于司法过程之中。对英美两国来说,尤以判例法的适用,最能显现其规律性的特点,而判例法适用中最重要的原则莫过于遵循先例原则,因此本书以较大的篇幅对两国在司法过程中适用遵循先例原则的倾向性不同做了比对。制定法在英美两国正在发挥越来越重要的作用,但与大陆法系不同的是,英美制定法必须经过法官的“司法回炉”才有实际效用,即只有通过法官在判例中的进一步解释才能真正实施。因此,本书着重通过对有关判例中法官对制定法条文的解释的分析,揭示两国法官在制定法适用中呈现的司法风格特征。

英美两国司法风格的差异虽然并非在所有的案件中都有明显的体现,但也绝不是个案中的偶然差异。与司法相关的不同制度框架及其运行方式为司法风格的展示搭建了适宜的平台,构成了司法风格形成的直接因素。本书在阐释了司法权在英美两国的不同地位的

基础上,对法院体系、上诉审程序、陪审制、法官和律师以及与之有密切关系的法律教育模式等英美法中最具特色的相关制度及其运行做了细致的比较,探讨其对于相应司法风格形成的直接影响。

法律学说是司法风格产生的理论基础,虽然不能对司法风格的形成产生直接的影响,但是潜移默化的间接影响必然存在,更何况在早期的普通法中素有以权威学说作为法律依据的司法传统。本书选取了在两国法律学说中各自最具代表性的主要法学流派,即英国的分析实证主义法学与美国的社会学法学以及新自然法学,就几个相关问题分析比较了这些法学流派的不同学说与观点。

当然,造成两国司法风格差异的因素绝非仅此而已,还有待以后的进一步探索和论证,但是本书认为可以用一个含义更为宽泛的用语——“法律文化”来概括这些因素。

必须指出的是,英美两国司法风格上的差异仅仅是一种倾向性的差异,本书不赞同任何将这种差异绝对化的观点。英国严格规则主义的倾向并非意味着英国没有任何形式的法官自由裁量,美国自由裁量主义的倾向也不代表美国法官完全不受法律规则的约束。美国著名的大法官本杰明·卡多佐说:“在无数的诉讼中,法律都是非常清楚的,法官也没有什么裁量。他们确有权在空白之处立法,但那里常常没有空白。如果我们只是盯着那些荒芜地带,而不愿看一看那些早已播种且硕果累累的土地,那么我们就会有一个错误的全景图。”^①只有在那些有限的空白之处,或荒芜地带,英国法官和美国法官才表现出不同的倾向性。

本书无意对两国司法风格的优劣做出评价,因为这种评价既没有价值,也没有无可辩驳的说服力,我们无法非常自信地判断司法过程中对法律权威的捍卫与对正义的追求,哪一个更有意义,哪一个实现了整体的、真正的和最终的正义。每一种司法风格都有其优势

^① [美]本杰明·卡多佐著,苏力译:《司法过程的性质》,商务印书馆1998年版,第80页。

和劣势,任何对于绝对完美的追求都是徒劳的。重要的在于,我们通过对两国独具特色的司法风格及其成因的比较研究,能够获得启发,甚至取长补短,洋为中用。

四

作为实现社会正义的最后一道屏障,作为法律最直接、最有效和最终的实现,司法是法治社会永恒的主题。在英美法系,司法的地位则尤为突出,司法制度与理念也最为发达,并且特色鲜明。整个英美法律体系的主体和核心就是在司法过程中产生并获得发展的,整部法律发展史可以浓缩为关于司法的发展史,法律体系的方方面面无不与司法密切相关,因此,在司法过程中所体现的规律性特点可以折射出英美国家法律文化整体上的特点。单纯的制度本身的产生也许有其偶然性或特殊性,但英美司法风格的形成则绝非源于偶然或特殊的因素,因为司法风格的形成无法毕其功于一役,而是在漫长的历史进程中逐渐积淀而成的,存在着历史的必然性和现实的普遍性。惟有这种必然性和普遍性的存在,才能真正反映法律文化的整体的真实特征。从这个角度看,通过考察司法风格的特征,来探寻英美法律文化的特点是十分恰当的。

英国法与美国法之间的继承关系,使人们往往习惯于将两国的法律问题合并在一起考虑。两国在法律体系、法律概念、法律渊源、法律原则、具体制度,乃至法律的思维方法等方面,的确有许多共同之处。但是,事实上“这两种法从来就没有融合在一起”^①。自从美国独立,特别是南北战争以后,美国法与英国法就分开了,并且随着两国政治经济以及社会发展逐渐呈现出不同的特点,两国法律之间的差异也越来越明显。除了具体制度的差异以外,两国在整体上

引

宣

7

^① 转引自〔法〕勒内·达维德著,漆竹生译:《当代主要法律体系》,上海译文出版社1984年版,第378页。

也分别形成了各具特色的法律文化模式。虽然本书认为两国法律文化,包括司法风格的差异,是在同一法文化形态基础上的差异,与两大法系之间的差异并不在同一层面上,但是本书也同意这样一个预测,即英美法之间的差异必将继续加大,而两大法系之间的差异则会相对缩小。由于英美法的差异明显存在并有继续扩大和深化的趋势,因此,研究英美司法风格,乃至法律文化上的差别,又显得十分必要了。

他山之石,可以攻玉,虽然这句老话已被人们用得太多了,但它的确是本书写作的初衷。