

形式抑或实质: 英美司法风格的差异及其启示

任才峰

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 遵循先例作为普通法系各国共同的基本规则, 在英美两国司法过程中却存在差异。在贯彻先例规则时, 英国的法官更注重形式推理, 司法过程呈现明显的克制性与统一性; 而美国的法官更注重实质推理, 强调能动司法, 司法过程具有明显的灵活性, 并呈现出动态的发展模式。两国司法风格的差异根植于两国的文化之中。中国的法官现阶段应秉持司法能动的理念, 但应当是司法克制下的司法能动, 以衡平法律秩序与社会正义的内在冲突。

关键词: 司法克制; 司法能动; 形式推理; 实质推理

中图分类号: D 92 文献标识码: A 文章编号: 1007-8754(2011) 01-0035-06

英美两国法律制度同属普通法系。美国法律制度作为普通法系这棵大树上的一根主枝, 在吮吸着普通法的精华的同时, 在众多方面发生了变异。作为一个移民国家, 美国建国至今只有二百多年。没有悠久的历史也就意味着没有历史的包袱。美国人接受了普通法, 但并未同时接受英国人的法律观。两国在司法风格上存在着微妙的差异, 概言之, 英国的司法风格是高度“形式的”, 而美国司法风格是高度“实质的”。在案件审理过程中, 英国的法官注重维护法律的内在秩序, 强调司法克制, 而美国的法官更注重法律的价值考量, 强调能动司法。

一、司法克制与司法能动

关于司法克制与司法能动, 学者们往往持以下观点: 大陆法系的法官多坚持司法克制主义。如孟德斯鸠认为, 一个民族的法官, 只不过是宣布法律之语词的喉舌, 是无生命的人, 他们既不能变动法律的

效力也不能修正其严格性^[1]。而英美法系的法官则坚持司法能动主义, “法官造法”是英美法系的显著特征, 法官在审理案件的过程中, 也扮演者立法的角色。诚如美国著名大法官本杰明·卡多佐所言: 司法过程的最高境界并不是发现法律, 而是创造法律^{[2]105}。在英美法系漫长的历史发展进程中, 精于法理、经验丰富的法官们通过一个个经典判例, 确立了英美法系的司法模式——遵循先例。但是, 即使在英美法系内部, 依然存在着司法能动和司法克制之别。遵循先例原则在两国的运作有着显著的不同, 而这些差异也证实了本文的基本主旨, 在许多重要方面, 英国司法体系较之美国司法体系更为形式化。

司法克制与司法能动之间的矛盾是司法过程中几乎不可调和的固有矛盾。严格遵循先例能够保证法律适用的确定性, 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, 社会生活的变迁使得某些现存的先例确定的规则凸显出各种缺陷, 严格适用往

往导致不公正甚至荒谬的判决。这时,法官是严格遵循先例、维护法律的权威,还是能动司法,运用自由裁量权实现法律的终极目标——正义,英美两国法官会做出不同的选择。

相对来说,先例规则在英国得到了较为彻底的遵从。英国的法官不能合法地漠视具有约束力的先例。法官在判决与以前本院或上级法院所判类似案件时,即使他确信以前判决明显错误,也不能背离其所确立的法律原则。西蒙兹勋爵在中部硅酮有限公司诉斯科拉顿有限公司一案中表达了如下观点:“我不会轻易被某种不切实际的正义感所激发的盲目的热情所左右,而忽略我们的首要职责——依法执法。法律是通过国会的法案或有约束力的判例而确定的,旧的条例在新形势下的应用又使得法律得到了发展,法律的真谛就在于此,通过废除这些原则来修改法律不是法院而是国会的职责。”^[3] 尽管对于同僚和上级的判决持不同意见,英国的法官更愿意遵循他们不认同的判决,尽管他们没有义务必须这样做。对我们来说,更加接近真理的是一位英国法官的话:“构成我们普通法制度的是,将我们从一些法律原则和司法先例中推导出来的法律规则运用于新组合的境况,并且,为了获得统一性、一贯性和确定性,只要这些规则对于发生的所有案件并非明显不合理和不便利,我们就必须运用这些规则;在尚未慎重地适用这些规则的时候,我们没有理由因为这些规则在适用上的不够便利与合乎情理而拒绝这些规则,并放弃对这些规则的所有类比。”^{[2][42]} 因此,英国的法官在法律推理时倾向于通过论证法律的形式合理性来寻求法律自身的正当性,走的是形式推理的路径,整个司法过程呈现出明显的克制性。

与英国的司法克制不同,美国在司法能动性上表现出积极的姿态。美国更注重判例法对社会环境的适应能力。在美国,法官从未将遵循先例认为是一种不可抗拒的命令,而认为遵循先例的义务是受到有关推翻早期先例的权利的限制的^{[4][567]}。普通法从来不是固定的,而总是处于流变之中。法官可以合

法地漠视有约束力的先例,并且美国的法官更愿意运用各种技术来规避本具有约束力的先例,尽管某些规避技术看起来不那么正当^①。联邦最高法院和所有的州最高法院都有权推翻其下级法院的判决以及其本身以往作出的普通法判决。例如,在著名的1952年布朗案中,美国联邦最高法院以9:0的一致意见推翻了1896年普莱西案确立的“隔离但平等”^②的原则。在本案中,首席大法官厄尔·沃伦指出:对于种族隔离教育是否合理或合法的问题,不能靠从历史中寻找根据的做法来证明,而应将公共教育放在其全面发展和目前在美国生活中的地位的背景下来思考。只有这样,我们才能决定公共教育中的种族隔离制度是否剥夺了原告的平等保护的权利^[5]。不难看出,在进行法律推理时美国联邦最高法院采纳了社会学的调查结果,从如何促进公共福利的角度重新思考先例的约束力,走的是实质推理的路径。可见,在美国法官倾向于通过论证法律的实质合理性来寻求法律自身的正当性。

二、法律的内在秩序与法律的价值考量

秩序是法律的基本目标之一,它所关注的是法律制度的形式结构和内在的逻辑关系。正是通过规则的形式,才使秩序的架构搭建起来。法律秩序具有形式性、稳定性和统一性的特点。正义是法律的价值标准,是法律的精神实质,它蕴藏于法律之中,既体现于形式规则之间,又在形式规则体系之外评判、制约和引导者法律形式规则体系的构建和运作。

英国法律体系更注重法律的内在秩序,满足秩序需要的法律规范必定具有形式上的确定性和内在的逻辑关系,这类规范遵循严格的程序产生,并依据纯形式性的标准获得绝对的权威。规则越是形式化,就越能严格限制法官专断的范围,从而有助于保证相同的案件相同对待,有利于公民按自己的决定进行自治^[6]。英国的法官认为法律规则不包括价值、目标和原理,因此在司法过程中他们往往拒绝考

①在司法实务中,遵循先例常常是指在相互竞争的先例中做一个有政策根据的选择,或对一个先例做一个受政策影响的解释。相对于推翻先例,法官更乐于让先例先暂时“死亡”,以维护法律连续且稳定的表象。当然,如果需要,曾经死亡的先例也会因为契合当时的司法理念而重生。参见(美)理查德·波斯纳《法官如何思考》苏力译,北京大学出版社,2009:42。

②“隔离但平等”的原则即 the separate-but-equal rule,该原则为1896年的普勒新案所确立,认为在公共交通工具上的种族隔离不违反平等保护原则。参见邓冰、苏益群《大法官的智慧》,法律出版社,2009:12。

虑规则之外的价值衡量,他们认为那种主观的、经常令人困惑的价值标准会导致法律的混乱和无序。他们坚持“法律就是法律”,而非主观臆造的东西。“法律的存在是一回事,它的优劣是另一回事”。“法律”是法院的事,“道德”是立法机关的事,因而法官一般不应介入法律改革。法律改革属于立法机关的职责范围。

美国法律体系更注重法律体系的价值考量,正义是其法律体系的最高目标。法律的立法理由消失,则法律本身也不复存在。当法律体系的统一性、稳定性、形式性与正义价值标准的个别性、多变性、实质性相冲突时,美国的法官会不惜牺牲法律的稳定性而追求个案的公正。他们认为法律规则仅是一般的指南,引领他们做出公正的判决,并坚持认为他们可以相对自由地在宽泛的范围内处理个案,以满足当事人对正义的需求,并能够接受普通人的一般理性的检验。例如,弗兰克福特法官在赫尔弗林诉哈洛克一案的判决书中着重指出,“我们承认遵循先例体现了一项重要的社会政策。它反映了法律的连续性成分,并且根植于人们满足合理期望的心理需要之中。但是,当遵循先例同一个适用范围更广泛的、在实质上更合理的且为经验证明是优先的原则发生冲突时,遵循先例只是一项政策性原则……在涉及否弃业已确立的先例的每一个案件中,法院都必须慎重地把法律制度稳定性和连续性的利益同改革和完善法律制度的利益予以平衡”^{[4]59}。因此,美国的法官认为,司法过程在遵循先例的前提下,也必须与社会现实相适应,法官不能因为某项规则是为先例所规定,就放弃了自己的社会责任。社会学方法是美国法官面对明显错误或不合时宜的先例时常用的方法。^①

三、英美两国法律观差异的 深层次原因

英美两国法律观的差异是两国整体文化的缩

影。英美两国的文化传统深刻地影响了两国的法律文化^②,造就了两国司法风格的差异。英国是一个国土面积相对狭小、自然条件相对单一的岛国,人口成分单一,外来人口较少,有着基本一致的宗教信仰。英国人向来以循规蹈矩的谦谦君子形象而闻名于世,保守主义传统根深蒂固。英国文化中的这种保守性和单一性的特点,促成了固守传统和既定规则的法律文化的形成,是英国司法克制主义的原动力。而美国国土面积辽阔,人口组成极为复杂,大量的外国移民,宗教信仰多样。在殖民时代早期,在英国普通法难以满足新世界的社会需要的地方,美国法官毫不迟疑地宣布可适用补充法律的殖民地习惯^[7]。美国人崇尚个性张扬,权利意识极为突出,传统的权威或规则的藩篱无法阻碍他们对权利与公正的追求。此外,美国人以崇尚实用主义而著称,实用主义观是美国社会蓬勃发展的助推器。实用主义观没有亘古不变的固定模式,而是有充分的内在容量来使之不断契合时代的要求。实用主义更为重要的是一种观念,一种能够充分引导司法过程,一种能够直观地昭示诸如公平、正义等永恒的法律价值的观念,一种可以标识着回溯过去、立足现在、塑造未来的开放式的诉讼结构的观念,一种根植于民众心理、易于为民众所接受,这种观念促成了实用主义司法观的形成。不仅如此,在美国,法律文化与其他文化是相通的,各种哲学思想、经济学思想渗透到法律文化中来,这与(英国)那种封闭的法律文化——法律是自给自足的思想体系,独立于法律实践、社会科学以及本国商业和政治生活之外,是“有着天壤之别的”^[8]。因此,美国文化中的多变性和多元化的特点,是美国司法能动主义的深层次原因。

制度是历史的产物,无论是英国式的司法克制还是美国式的司法能动,都是两国法律制度长期发展的结果。中国的司法制度的发展深受西方法治思想的影响,发展的灵感源于对他国法律精髓的借鉴。在现实国情之下,中国的司法制度该怎么改?应坚持何种司法理念?通过比较英美两国的司法风格的

①社会学方法是通过创造性的、合理的诠释对相互冲突的社会利益进行平衡,以促进社会福利的增加。当法律规定存在空白、模糊或者严格遵循先例将导致明显不公和损害社会福利时,法官就必须运用社会学方法,以社会福利为目的进行裁判。社会福利是法官造法的基本依据和最高考量。

②法律文化是指某些社会对法律和法律制度所持的理念、价值、态度和意见。法律文化是法律的源泉,它的规范创造了法律的规范:它决定了法律规范对社会的影响。参见(意)D. 奈尔肯《比较法律文化论》,高鸿钧等译,清华大学出版社,2003:198。

差异,我们也许能得到一些启发。

四、中国现阶段的法律推理及其应秉持的司法理念

20世纪90年代以来,中国司法改革的基本方向由职权主义向当事人主义转变,走的是专业化和职业化的路子。就司法的专业性而言,建立在法律知识、理念基础上并保障法律实现的司法职业化使得特有的司法职业传统与司法职业阶层相互强化,从而可以抵御外来干涉。就法官的职业化而言,这主要通过法官的遴选制度来加以具体地实现^[9]。推行庭前证据交换制度,实施查审分离制度,试行证据失权制度,进一步强化当事人举证,使当事人举证制度化、规范化,进一步明确法院调查收集证据的职权范围^[10]。以加强权力制约和监督为重点,优化司法职权配置,规范司法行为,推进司法民主和司法公开,努力建设公正高效权威的社会主义司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权^[11]。总的来说,司法改革的整体方向是正确的,符合司法规律,有利于建立公正、廉洁、权威、高效的司法体系。但是,为什么在中国司法改革启动十余年并取得不少进步之后,司法政策风向突变,最高人民法院又提出“能动司法”和“调解优先”的口号?为什么整个司法界、学术界都在强调民俗习惯在司法中运用的意义?

不难看出,过去十余年,中国的司法改革与英国的司法克制主义颇为相似,表现为过于强调形式法治,忽略了老百姓对司法正义的朴素感受,在一定程度上超越了本国的现实国情。比如严格的当事人主义审判模式在广大农村就难以适用。因此,最高人民法院适时提出“能动司法”的理念,注重在司法过程中因地制宜,以善良风俗作为裁决依据,鼓励以调解方式结案。以上种种,与美国的能动主义司法观不谋而合,但在具体实施过程中,各地方法院在能动性的把握程度上分寸不一。

(一)民俗习惯在民事司法中的运用,形式推理抑或实质推理?

中国有着悠久的历史 and 传统,幅员辽阔,人口众多。56个民族在宗教信仰、思维方式、人文传统等方面差异较大,各地民风民俗也多不相通。在如此复杂的社会结构中推行严格的形式法治必定窒碍难行。

近年来,随着中国司法功能的定位从实现“规则之治”到实现“解决纠纷”的转变,民俗习惯在司法过程中的运用逐渐成为法学界和司法实务部门的关注热点。司法功能定位的不同将引起司法运作的变化,规则之治下的司法功能定位要求法官依照国家制定法进行裁判,其价值取向是为社会秩序提供一般指引;而纠纷解决的司法功能定位要求法官妥善解决纠纷,法官裁判的依据更多的是“地方性知识”而非统一的国家制定法。因此,在依法治国的进程中,仅仅靠大规模的立法和移植西方的法律制度是远远不够的,还要注意吸收善良民俗习惯,更好地利用本土资源解决纠纷。因此法官在司法过程中适用的规则不仅是国家制定法,还包括这样一些规则,它们“既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民们的内心里;它形成了国家的真正宪法,它每天都在获得新的力量,当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,而且可以不知不觉地以习惯的力量取代权威的力量。我所说的就是风尚、习俗,而尤其是舆论。”^[12]善良民俗习惯凝结着普通民众的普适的价值观,将民俗习惯引入司法过程中,有助于提高司法裁判的社会认可度,实现“情理法”的有机结合。“法益、人情,实同一体。循人情而违法者不可也,守法益而拂人情,亦不可也。权衡二者之间,使上不违法意,下不拂人情,则通行无弊也。”^[13]在司法实践中,各地法院也逐步认识到民俗习惯在纠纷解决中的重要性,开始逐步探索将善良风俗引入民事司法,从而增强司法判决的社会认同度,实现法律效果与社会效果的统一^①。民俗习惯是一个民族文化的积淀,它过去发挥着、现在依然发挥着、将来永远发

①汤建国《姜堰法院将善良风俗引入司法审判的报告》载齐树洁主编《东南司法评论》(2009年卷),厦门大学出版社2009年版;张志松等《民俗习惯的理性解读及其在司法实践中的运用》载《法律适用》2009年第4期;江苏省高级人民法院课题组《民俗习惯司法运用的价值与可能性》载《法律适用》2008年第5期;广东省高级人民法院民一庭、中山大学法学院《民俗习惯在我国审判中运用的检查报告》载《法律适用》2008年第5期。

挥着对社会生活的指引作用,因此,在完善立法和引进西方先进制度的同时,更要充分挖掘本土资源的潜力。诚如苏力所言:在中国的法治追求中,也许最重要的并不是复制西方的法律制度,而是重视中国社会中那些起作用的、也许并不起眼的习惯、惯例,注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度。否则的话,正式的法律制度就会被规避、无效,而且可能会给社会秩序和文化带来灾难性的破坏。^[14]因此,在乡土中国的大背景下,司法过程中的法律推理依然是实质推理要高于形式推理,唯此方能实现社会之安定、和谐。

(二) 中国应秉持的司法理念——司法克制抑或司法能动?

在我国,在司法过程中应遵循何种司法理念?我国正处于经济高速发展、利益格局多元、社会矛盾频发时期,适度的司法能动有助于法院应对处于变革时期的社会对司法的诉求,亦可填补立法缺失可能带来的弊端^[15]。从我国法官整体素质偏低、法院系统的公信力还未建立的现状来看,也许更应遵循司法克制。随着群体性纠纷不断增加,以公益诉讼的方式解决群体性纠纷的呼声一浪高过一浪。但考究司法实践,除2008年湖南省望城县人民检察院作为原告提起环境公益诉讼、2009年浙江省南湖区人民法院支持当地居民提起公益诉讼等极少数案件顺利进入司法程序外,绝大多数案件被法院以法无明文规定拒绝受理。这体现了司法克制的一面;我国最高人民法院享有几乎不受限制的制定司法解释的权力,如2002年开始实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》和2008年11月颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督

程序若干问题的解释》等司法解释就在某些方面突破了现行《民事诉讼法》的规定^①。又比如,在当今“大调解”的司法政策指导下的司法实践中,一些地方法院甚至要求法官将“零判决”作为司法工作的目标,要求法官不拘泥于法条来强行调解^②,这表面看来是司法能动,但实质上是一种无序的司法能动。

如何祛除僵化的司法克制与无序的司法能动是我国司法界的一个难题。中国现在的司法过程仍是政策实施型而非纠纷解决型,司法政策的风向一变,司法活动的理念也随之改变。金融危机以及群体性纠纷的增加,使我国的司法系统面临前所未有的困难和考验,最高人民法院适时提出能动司法的理念,地方法院也在逐步探索适合本地的能动司法模式,如陕西省“陇县经验”、山东省“东营经验”、江苏省“泰州经验”等。能动司法的理念已经深入人心。能动主义司法的最终目的在于将国家政策贯彻到法官的审理的案件之中^[16],司法过程中不仅需要法院及法官对法条和法律适用技术的熟稔把握,更需要对特定社会中社会目标的深刻领悟和感知。不仅如此,司法能动主义视野中的社会目标往往并不是“自由”、“正义”这些抽象的政治价值,而是“社会福利”、“公共善品”、“有效”等具有很强的感验性、容易明确认知的社会功利,或者是一些更为具体的社会任务或社会倡导^[1]。但是,能动司法仍应遵循司法本身的规律,如司法的被动性与中立性^③,司法的独立性、司法的程序性、司法的公正性和效率性、司法的终局性和权威性等,司法能动应保持上述边界之内。

关于中国现阶段应秉持何种司法理念的问题,笔者同意以下观点:法官有责任通过司法能动在维护法律秩序与实现社会正义之间维持一种有益的平衡。但这种司法能动应是可以预期的,应当是司法

①《证据规定》中的一些制度突破了《民事诉讼法》的规定,如举证时限、证据失权、新的证据,对增加、变更诉讼请求和提出反诉的限制等,造成司法解释与法律的冲突,在一定程度上限制了当事人的诉讼权利,损害了法律的权威。参见齐树洁《民事证据规定的困境及其启示》,载《证据科学》2009年第4期。

②审判工作的基本要求是“以事实为根据,以法律为准绳”。调解的初衷是合法地规避正式的实体法来终结案件,如适当地引用善良风俗作为裁决依据,有助于弥补实体法的不足,有助于案结事了。但强制要求以调解方式结案,不但侵害了当事人对自己权利的处分权,还会造成司法系统内部的盲目攀比,助长弄虚作假之风。

③司法的能动性和司法的被动性并不矛盾,从司法权本身的规律来看,能动与被动式司法的一体两面,司法的被动性更多的只是对司法的某个阶段的程序要求,而不是对司法的整体价值判断。质言之,司法的被动性属于制度范畴,而司法的能动性属于司法哲学范畴,是一种司法方法。参见邹政《试论能动司法的边界与实现途径》,载齐树洁主编《东南司法评论》2010年卷,厦门大学出版社2010年版。

克制下的司法能动。法官对法律的适用与解释不但要受到当事人提交案件与争议的制约,而且要给出合理性的证明,同时这种证明要能为当下社会关于该问题的一般正义的理解所包容^[18]。

参考文献:

- [1] (法) 孟德斯鸠. 论法的精神 [M]. 张雁深,译. 商务印书馆,1997:76.
- [2] (美) 本杰明·卡多佐. 司法过程的性质 [M]. 苏力,译. 商务印书馆,2000:105.
- [3] (英) 丹宁. 法律的训诫 [M]. 杨百揆,等,译. 法律出版社,1999:327.
- [4] (美) E. 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来,译. 中国政法大学出版社,2004:567.
- [5] 王希. 原则与妥协. 美国宪法的精神与实践 [M]. 北京大学出版社,2000:379-390.
- [6] (美) P. S. 阿蒂亚. R. S. 萨默斯. 英美法中的形式与实质——法律推理、法理理论和法律制度的比较研究 [M]. 金敏,等,译. 中国政法大学出版社,2005:63.
- [7] (美) H. W. 埃尔曼. 比较法律文化 [M]. 贺卫方,高鸿钧,译. 清华大学出版社,2002:36.
- [8] (美) 理查德·波斯纳. 法官如何思考 [M]. 苏力,译. 北京大学出版社,2009:231-232.
- [9] 厦门大学法学院课题组. 司法体制和工作机制改革问题研究 [M]//张卫平,齐树洁主编. 司法改革论评(第8辑). 厦门大学出版社,2008.
- [10] 张卫平. 回归“马锡五”的思考 [J]. 现代法学,2009:5-10.
- [11] 齐树洁. 我国司法体制改革的回顾与展望 [J]. 毛泽东邓小平理论研究,2009(4):1-8.
- [12] (法) 卢梭. 社会契约论 [M]. 何兆武,译. 商务印书馆,2003:70.
- [13] 王志强. 南宋司法裁判中的价值取向——南宋书判初探 [J]. 中国社会科学,1998(6):110-118.
- [14] 苏力. 法治及其本土资源 [M]. 中国政法大学出版社,2004:37-38.
- [15] 张榕. 司法能动抑或司法克制 [M]//齐树洁主编. 东南司法评论(2010年卷),卷首语.
- [16] (美) 米尔伊安·R. 达玛什卡. 司法和国家权力的多种面孔 [M]. 郑戈,译. 中国政法大学出版社,2004:130.
- [17] 顾培东. 能动司法若干问题研究 [J]. 中国法学,2010(4):20-28.
- [18] 张榕. 司法克制下的司法能动 [J]. 现代法学,2008(2):10-21.

(责任编辑 黎尚健)

Formalism or Substantialism: the Diversity and Apocalyppto of Judicial Style between England and America

REN Cai-feng

(School of Law, Xiamen University, Xiamen, Fujian, 361005, P. R. China)

Abstract: As the joint general rule of Civil Law, stare decisis differs in judicial practice between England and America. When the rule of stare decisis is implemented in practice, the England judges emphasize on formal reasoning, adhere to the severe rule, and the judicial process reveals obvious restraint and entity, while the American judges emphasize on substantive reasoning and judicial activism, the judicial process reveals obvious flexibility and dynamicity. The judicial style differences between England and America root in their culture. The Chinese judges should follow the idea of judicial activism to balance the conflict between legal orders and social justice, but the idea of judicial activism should be under the constraints in the judicial restraint.

Key words: judicial restraint; judicial activism; formal reasoning; substantive reasoning