



像法律人那样思考

法律推理新论

Thinking Like a Lawyer
A New Introduction to
Legal Reasoning



[美] 弗里德里克·肖尔◎著
雷磊◎译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



Thinking Like a Lawyer
A New Introduction to
Legal Reasoning

像法律人那样思考

法律推理新论

[美] 弗里德里克·肖尔◎著
雷磊◎译



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

像法律人那样思考: 法律推理新论 / (美) 弗里德里克·肖尔著;
雷磊译. —北京: 中国法制出版社, 2016.5
书名原文: Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning
ISBN 978-7-5093-7551-8

I. ①像… II. ①弗… ②雷… III. ①法律—推理—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 111277 号

北京市版权局著作权合同登记图字: 01-2014-4786

THINKING LIKE A LAWYER: A New Introduction to Legal Reasoning by Frederick Schauer.
Copyright © 2009 by the President and Fellows of Harvard College. Published by arrangement with
Harvard University Press through Bardou-Chinese Media Agency. Simplified Chinese translation
copyright © 2016 by China Legal Publishing House. ALL RIGHTS RESERVED.

策划编辑: 赵 宏 (health-happy@163.com)

责任编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

封面设计: 李 宁

像法律人那样思考: 法律推理新论

XIANG FALŪ REN NAYANG SIKAO: FALŪ TUILI XINLUN

著者 / (美) 弗里德里克·肖尔

译者 / 雷磊

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河汇鑫印务有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2016 年 6 月第 1 版

印张 / 17 字数 / 220 千

2016 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7551-8

定价: 45.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66070046

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

译序

P
R
E
F
A
C
E

美国学者弗里德里克·肖尔 (Frederick Schauer) 的《像法律人那样思考——法律推理新论》(*Thinking like a lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*) 的中文版已完成翻译即将付梓。我的同行好友雷磊是该书的译者，他把这个好消息告诉了我，并邀我作序。雷磊是我最关注、最喜欢也可以说是最欣赏的法理学—法哲学青年学者之一。他在规范理论和法律方法论方面的学术旨趣一直是相当单一而纯正的，这对于年轻学者来讲是非常难能可贵的。我认为由他来翻译这本书，应该是最合适不过了。

法律人是否具有一种独特的思维方式？说来也巧，苏力和我曾就“法律人思维”问题有过一次讨论。苏力在《北大法律评论》[第14卷第2辑(2013)]发表了《法律人思维？》，认为法律人不存在独特的思维。拙文《法律人思维的二元论》(2013年第6期的《中外法学》)和苏力进行了商榷，引起了学界广泛关注，也有不少学者撰文参与讨论。其实，我们的讨论所涉及的表面上是一个法律人耳熟能详的问题，但其深层次上是法教义学和现实主义法学之间、规范法学理论和社会法学理论之间的差异比较问题，也正是当下大家所关注的关于“规范

法学”和“社科法学”的比较和讨论。我们如何把握两者各自的运行机理？如何恰如其分地理解“像法律人一样思考”这句俗语？美国学者肖尔的这本著作，能帮助我们更真实、更全面地了解英美国家中法律方法和法律思维的特点。

肖尔在《像法律人那样思考》中的主要观点是：

第一，法律人思维（法律推理）的独特性。法律人思维的独特性不来自于独特的法律职业，不是因为优秀法律人通常所具备的那些优点（沟通技术、设身处地地着想、思维更加严谨、细致等），也不是因为法律领域存在着独特的推理形式，而在于它是一种基于权威的推理。这体现在，法律推理所得出的决定，往往可能并非通盘考量之后对于当下案件来说最佳的决定。基于权威的推理在日常生活中也存在，但肖尔认为由于它在法律领域大量存在（比其他领域加起来还要多），所以可以合理地主张有法律推理这回事。

第二，换用我们的话说，也就是法官并不以个案正义为唯一目标，基于权威的推理恰恰意味着即使当法官不赞成权威所作的指令，他也有义务去服从。权威的存在恰恰意味着，假如没有权威的指令，法官可能会去做不一样的事。所以，法官很多时候有义务去做他并不赞成的事（得出在他看来是错误的结论）。肖尔这里所说的权威，在英美法的语境中，主要是指成文法规则和先例。因为裁判涉及的问题不仅是要决定什么是正确的，而且更重要的是涉及谁有权作出那个决定。尊重权威——适用规则，遵循先例，即使法官认为在个案中它们会产生错误的结论——这就意味着尊重立法和上级法院、先前法院的决定。所以裁判不仅是关注个案正义的活动，它还要关照“更大的范畴”，即广义上的权力分立的问题。当然，肖尔并不认为在一切时候都一定要服从错误的决定，当出现“异乎寻常”“极端的错误”时，美国法院也有偏离规则和先例去追求实质正义的做法，但

此时需要“特别证立”(special justification)。但肖尔对这个问题没有展开仔细论述,没有处理诸如何时可以偏离规则和先例,特别证立需要达到什么样的论证程度等问题。他的整体想法类似于我说的, 遵从规则是常态,超越法律是例外。

第三, 法律思维和法律推理的独特性最终反映的是法律本身的独特性。法律最大的特点在于其“形式性”(formality)和“一般性”(generality)。法律的文义,即法律的字面意思,本身就很重,其不是到达正当价值所必须通过的透明玻璃窗,而就是法律本身。法律在一般化的过程中往往会省略掉个别的细节,这就造成有时它的适用会产生与目的不符的情况。但法律的文义(文本)并不仅仅是实现其背后目的的手段,即使有时它与目的不符,其仍要优先。肖尔并不主张法律的这个特点是它的优点,他也没有对此作出评价,但他认为这就是法律的独特之处。

以上是肖尔的主要观点,贯穿全书的始终。本书共有12章,除去第1章导论,其余11章中,除了第11、12章之外都曾发表过单篇论文。文章的重心在于第2、3、4章,前两章论述了规则和先例起作用的方式,第4章是前两章的总结,因为规则和先例是权威的两种形式。第5章区分了遵从先例和类比,这与一般人的想法不同,一般认为先例推理的方法就是类比,但肖尔区分了两者,认为先例推理反映的是尊重权威,上级法院、先前法院的先例是下级法院、嗣后法院必须要遵从的,而类比是法官面对一系列可选择但没有义务去遵从的案例时运用相似性判断的推理方式。第6章论述普通法的观念,个案积累方式发展起来的法律,尤其是案件发生后才形成规则,那么没有事前颁布的一般性规则,从而要应对这样的挑战:不具有可预测性的普通法是法吗?第7章是现实主义对规则和先例决定案件这一观点的挑战以及肖尔的回。第8章是关于成文法解释,主要处理了有文本、没文本、有文本但规定不合理等三种情况,中心思想还是上述

的第二点。第9章论及司法意见，是美国法院的特色，肖尔处理了说理的重要性问题以及一些技术问题。第10章讲述了规则 and 标准这两类规范的特点和关系。第11章阐释了法律事实（证据法）的特点，维持了法律与事实二分，但反对传统认为事实问题归陪审团和一审，法律问题归法官和二审的区分。第12章解释了证明负担、推定和尊重这三个概念，阐述了它们的相通性及其背后的法律价值，并与本书的核心观点——最佳的法律决定并不一定是最佳的决定，挂起钩来。

就像作者在序言里说的，本书是面向法学院新生写作的。尽管肖尔的想法比较深刻，但他运用的是比较平实的语言，举了大量的案例来佐证，而且也没有完全沿着他的基本想法一路深挖，有的时候是点到为止（比如法律为什么是形式性的，为什么会呈现出他说的那些特征，没有分析）。全书也照顾到了法律推理领域的方方面面（当然带有美国的视角），并不是像一般艰深的专著那样完全围绕核心想法在单线推进。因此，本书非常好读。

雷磊过去的研究和翻译工作基本上是以德国或者大陆法系的规范理论和法律方法为主，比如他的两部专著《类比法律论证》和《规范理论与法律论证》，还有四部译著也是以德国法学家的著作为主。现在他跨法系地翻译美国法律方法理论，对他自己来讲也应当会是一次大胆的挑战，更是一次长足的跨越。

孙笑侠

序言

I
N
T
R
O
D
U
C
T
I
O
N

这是一本有关思维与推理的书。说得更确切点，本书讨论的是律师和法官的思维、推理和论证方法。这个群体的思维、推理和论证方法可能与普通人不同，也可能与普通人没什么差别。法律人的思维方式是否有别于普通人，这个问题至今尚无定论，尽管如此，人们还是认为某些推理技术是法律决策所独有的。本书就着眼于这些技术。它的目标既在于对法律推理的各个话题进行严肃的学术探讨，更在于向刚进入或即将进入法学院的学生们介绍法律思维的本质。在典型的法学院，尤其是美国的法学院，教师们认为，他们在诸如侵权法、合同法、刑法、财产法、民事诉讼法和宪法等核心科目的教学过程中，就已经潜移默化或见缝插针地传授了法律思维和推理。其实，这种传授远不如他们认为的那般到位。即使存在这方面的传授，也仍然有必要从具体的学科中抽身出来，以专著的方式对学生在典型的间接教学中获得的东西进行描述和分析。同样，尽管大多数法学教师认为，学生知道法律推理领域的一些主要学者、话题和案例很重要，但在当下的法学院中，这些资料比较零散，所以也有必要将它们集中呈现出来。本书试图回应这些需求，同时，针对上述话题也提出一些观点，以供法律实务人士和法

学学者们思考和指正。

令人惊讶的是，一些重量级的法学文献一开始是面向法学院新生的。奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）的不朽名篇《法律的道路》（*The Path of the Law*）最初是波士顿大学法学院大楼落成典礼上的演讲，参加者大概多数是法学院学生。卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn）的《荆棘丛》（*The Bramble Bush*）一开始是一年级新生学习法律的指南。爱德华·列维（Edward Levi）的《法律推理导论》（*An Introduction to Legal Reasoning*）定位大体相同，而哈特（H.L.A.Hart）则明确将《法律的概念》作为面向英国法律本科生的入门读物。尽管目标读者主要是初学者，这些著作以及许多其他类似的著作都为法学研究打下了深深的烙印，以至于学者仍旧在饶有兴趣地围绕其阅读、撰文和争论，正如初学者们持续地从中汲取知识一样。

将本书与上面这些著作相比很冒昧，但我的目标是一样的。在讨论各个话题时，我不仅描述现有的各种问题，而且要解释和分析它们，进而提出新观点或至少要提出有效的质疑。总的来说，我赞同法律思维形式层面的理解，从而会对二十世纪与二十一世纪的许多美国法律思想提一点不同的看法。我采用的视角也许会忽略法律思维中的创造性因素，而是强调形式性的、反对在个案中追求绝对正义、重视法律成文性（written-down character）的法律推理。本书旨在描绘一幅图景来反映律师行业与裁判活动中现实的法律思维，同时也要说明法律对于社会决策（social decision-making）的独特贡献。

多年以来，我一直在研究本书的一些话题，例如规则、先例、权威、解释以及说理，也就此写了一系列相关的文章。但本书并不是我以前发表的论文的合集，它是一本新著，是一个融贯的整体。书中的案例和话题有时重复，因为我猜想读者们通常只会去读他们感兴趣的那部分，而不是捧着书从头到尾地通读。但书里所有的文字都是在本书特定目标的指引下

专门撰写的。其他的话题，例如判决依据与附带意见、法律与事实、类比、推定以及法律现实主义，在我以前的著述中被捎带提过，正好借本书之机对它们进行展开论述，从而阐明它们为什么是法律推理理论的必要组成部分。

多年以来，许多朋友对法律推理各种话题的讨论，以及对我先前手稿的评论对我帮助极大，然而，不可能一一致谢，在此我对他们一并表示感谢。书里的某些想法应当归功于他人，但我现在没法将这些想法摘出来；其他一些不错的想法也得益于那些慷慨的朋友与批评者长年以来的评论。当然，对他人就本书的直接帮助表示感激更多是一种愉悦，而不是一种负担。拉里·亚历山大（Larry Alexander），我的朋友与合作者，对全书的手稿给予了非常有价值的书面评论。哈佛大学出版社的一位匿名审稿人也给过书面评论。第1章原来是弗吉尼亚大学“裁判心理学”会议上的发言稿，后来经修改成为我在牛津大学乌希罗实践伦理学中心（Uehiro Centre for Practical Ethics）的一次讲座的底稿。第2章是提交给牛津大学的约尔迪·费勒（Jordi Ferrer）和理查德·图尔（Richard Tur）组织的“法律中的可辩驳性”会议的论文。第3章从布莱恩·比克斯（Brian Bix）、乔迪·克劳斯（Jody Kraus）和比尔·斯瓦德林（Bill Swadling）富有挑战的评论中获益匪浅，斯瓦德林对第5章的评论对我的帮助也很大。第4章在伦敦大学学院法律系、哈佛法学院公法学研讨会、剑桥大学法律与政治哲学论坛以及声名赫赫的牛津法理学研讨组（the Oxford Jurisprudence Discussion Group）——与会者参与度很高、提问也很尖锐——上分别被报告和讨论过。安迪恩·费尔莫勒（Andian Vermeule）对本章作出了极有价值的评论。牛津大学法理学研讨组的两位成员，乔治·奥利维拉（Jorge Oliveira）和诺姆·古尔（Noam Gur）也为本章提供了有帮助的书面评论。本章的某些部分曾以不同的形式发表在《弗吉尼亚法律评论》上。上面提到的布莱恩·比

克斯 (Brian Bix), 他的法理学知识可谓博大精深, 他和牛津大学法律研究会讲座上的一位听众都对第7章作出了富有价值的评论。最后, 博比·斯佩尔曼 (Bobbie Spellman) 对第1章到第7章都提出了极具挑战的评论, 她对本书涉及的几乎所有话题都进行过有益的探讨。不仅书里表达的某些观点应当归功于她, 更重要的是, 还有许多表达未尽的主张也应该归功于她。

本书的大部分内容是我在牛津大学做乔治·伊斯特曼访问教授 (George Eastman Visiting Professor) 期间完成的, 我在那里有幸成为巴里奥尔学院 (Balliol College) 的一员。牛津大学和巴里奥尔学院为我提供了大量有形和无形的帮助, 那里有互助互惠的跨学科学术氛围, 有一个由法律学者组成的独特团队, 他们对于法律理论与法律推理的共同兴趣是世界上其他地方无法比拟的。因为他们的支持和关注, 本书得以更加完善。

目录

C
O
N
T
E
N
T
S

第1章 引言：有法律推理这回事吗？ / 001

第2章 规则——法律及其他领域 / 013

2.1 规则概论 / 013

2.2 核心地带与边缘地带 / 019

2.3 规则的一般性 / 025

2.4 法律的形式性 / 031

第3章 先例的实践与问题 / 039

3.1 两种先例 / 039

3.2 先例的基本观念 / 040

3.3 一种古怪的想法 / 045

3.4 先例的认定 / 048

3.5 判决依据与附带意见 / 060

3.6 先例的效力：推翻、区分及其他规避方式 / 063

第4章 权威与诸权威 / 068

4.1 权威的观念 / 068

4.2 拘束型权威与所谓的说服型权威 / 075

4.3 为什么真正的权威无需具有“拘束力” / 083

- 4.4 有禁用型权威吗? / 085
- 4.5 权威是如何成为权威的? / 089

第5章 类比的运用与滥用 / 094

- 5.1 先例与类比的区分 / 094
- 5.2 相似性的确定 / 102
- 5.3 怀疑论的挑战 / 106
- 5.4 类比与法律变迁的速度 / 111

第6章 普通法的观念 / 113

- 6.1 历史与比较 / 113
- 6.2 普通法的本质 / 119
- 6.3 普通法如何变迁? / 123
- 6.4 普通法是法吗? / 128
- 6.5 衡平法概览 / 130

第7章 法律现实主义的挑战 / 136

- 7.1 规则和先例决定案件? / 136
- 7.2 教义即使没法指引,也能施加约束? / 147
- 7.3 一种经验性主张 / 151
- 7.4 现实主义与律师的角色 / 156
- 7.5 批判法学与现实主义的新装 / 158

第8章 成文法解释 / 162

- 8.1 规制国家中的成文法解释 / 162
- 8.2 文本的角色 / 166
- 8.3 文本没有提供答案时怎么办 / 173
- 8.4 文本提供糟糕的答案时怎么办 / 179
- 8.5 成文法阐释的规准 / 183

第 9 章 司法意见 / 187

- 9.1 司法意见的缘由与影响 / 187
- 9.2 提供理由 (说理) / 192
- 9.3 再论判决依据与附带意见 / 198
- 9.4 司法意见的衰落趋势 / 202

第 10 章 运用规则与标准造法 / 206

- 10.1 基本区分 / 206
- 10.2 规则、标准和裁量权问题 / 208
- 10.3 稳定性与灵活性 / 213
- 10.4 司法意见中的规则 and 标准 / 214
- 10.5 宽度与模糊的关系 / 218

第 11 章 法律与事实 / 222

- 11.1 事实的观念 / 222
- 11.2 初审事实的确定: 证据法及其批评者 / 225
- 11.3 事实与上诉审程序 / 232

第 12 章 举证责任及相关概念 / 239

- 12.1 举证责任 / 239
- 12.2 推定 / 245
- 12.3 尊重与决策责任的分配 / 250

译后记 / 256

第1章

引言：有法律推理这回事吗？

全世界的法学院都号称教学生如何“像法律人那样思考”。法学院认为，学习法律的主要目的并不在于掌握堆积如山的法律规则，因为法律规则远非三年法学教育所能教完的。更何况，学生在法学院中学到的许多法律规则在他们从事法律实务时都会发生改变。法学教育也不在于告诉学生在法庭上该站在哪里或者怎么写一份遗嘱，因为对于这类技巧，相比于大学，学生在实务中会学得更好。了解一些法律规则、掌握一些法律职业技巧对于胜任法律实务来说当然很重要，在法学院学习期间当然也能有效地积累起一部分知识，但真正能将法律人和其他人区分开来的标准，在于能否掌握一些论证和决策的能力，它们笼统地被称作法律推理（*legal reasoning*）。所以，法学院坚决认为，即便确实传授法律规则和实践职业技巧，但最重要的使命是通过训练让学生掌握法律论证、法律决策和法律推理的技艺——像法律人那样思考。^①

但真的有一种特殊的推理形式叫法律推理吗？真的有像法律人那样思

^① 在1973年的电影《力争上游》（又名《平步青云》，*The Paper Chase*）中，恶名昭彰的金斯菲尔德教授为这个传统主张提供了一个戏剧性的说明，他在合同法的课上说“你们自己去教自己法律，我负责来训练你们的思维。你们来的时候满脑子浆糊，但如果能挺过来，你们走的时候就会像法律人那样去思考。”

考这回事吗？当然，有一些法律人的确比其他人更善于思考和推理，但同样也存在这样的医生、会计师、政治家、士兵和社会工作者。有许多法律人比起普通人更擅长分析思维、精确思维或更严谨的思维，但许多经济学家、科学家和投资银行家也同样如此。所以当法学院号称在传授法律推理时，肯定不只是在教学生怎么进行更有效、更理性或更严谨的思考。确实如此。法学院希望教会学生的是怎么进行有所不同的思考——不同于普通人，也不同于其他职业的人。

早在1628年，柯克爵士（Lord Coke）就认为法律中存在某种“人为的”理性（“artificial” reason）^①，这种理性将单纯的理性与法律的特殊方法，尤其是法官的特殊方法区分开来。当然，柯克爵士的观点有可能是错的。也许法律推理并不像他所想的那样独特，法律推理无非就是一般的推理而已。它时好时坏，大多数时候介于两者之间，但终归是一般的推理。但柯克爵士的观点也有可能是对的。毕竟，法律推理与日常推理，甚至是非常棒的日常推理不同，这种观点是大多数律师、法官和法学院长久以来的传统信念。所以，虽然认为法律推理很特殊的传统信念有可能是错的，但我们有很充分的理由来主张，不应该从一开始就否认有法律推理这回事。

法律推理可能有它特殊的地方，但这肯定不是因为法律是一种独立的职业，因为特定职业者的思维推理并不一定与外行人相异。电工知道木匠不知道的知识，而木匠知道水暖工不知道的知识。但如果我们说“像木匠或水暖工那样思考”，这无疑很奇怪。实际上，“像法律人那样思考”这样的说法也许同样很奇怪。但法学院并不认为它奇怪，大多数律师和法官也

^① Sir Edward Coke, *Commentaries upon Littleton* 97b (Charles Butler ed., 1985) (1628). 当代更为详细的阐述参见 Charles Fried, “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know”, 60 *Tex. L. Rev.* 35 (1981)。

不认为它奇怪。法学院以及法学院训练出来的律师和法官都认为，判断不是法律人的标准，并不只是在于他们是否知道一些外行人不知道的知识。法律知识是很重要，辩护技巧与起草文书的技巧也很重要，但传统观点认为，法律人的独特性在于他们还拥有一些与此不同的东西。

我们并不容易确定，除了专业技巧和法律知识外，法律人还拥有什么。多年以来，对法律独特性的主张（law's claim to distinctiveness）一直存在众多的怀疑和挑战。所以要说明它是什么非常困难。相对来说，说明“像法律人那样思考”指的不是什么更简单一些。法律现实主义者（第 7 章将详细论述），比如杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank）和卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn，他不那么极端），认为律师和法官看待问题的方式与其他政策制定者、公共决策者没什么太大差别。很多研究最高法院决策过程的政治学者都提出过类似的主张，他们认为比起所有传统法律推理的方法，法官的意识形态、态度、政见和政策偏好在法院裁判的过程中起着更大的作用。^① 研究律师和法官推理过程的心理学家也不太关注法律推理所谓的典型模式，他们更加关注理性的缺陷，因为它困扰着所有决策者，无论是不是法律人。^② 如果我们往前追溯到十九世纪早期，注意到杰里米·边沁

① 例如参见 Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (1997); Saul Brenner & Harold J. Spaeth, *Stare Indecisus: The Alteration of Precedent on the U.S. Supreme Court, 1946-1992* (1995); Lee Epstein & Jack Knight, *The Choices Justice Make* (1998); Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002); Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will* (1999); Lawrence Baum, "Measuring Policy Change in the U.S. Supreme Court", 82 *Am. Pol. Rev.* 905 (1988)。

② 例如参见 Chris Gunthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, "Inside the Judicial Mind", 86 *Cornell L. Rev.* 777 (2001); Dan Simon, "A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making", 71 *U. Chi. L. Rev.* 511 (2004); Barbara A. Spellman, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence", 155 *U. Penn L. Rev.* PEN Numbra No.1 (2007), <http://www/pennumbra.com/issues/articles/155-1/Spellman.pdf>。

(Jeremy Bentham) 对法律职业的尖锐批评——他的称呼是“法官有限公司”(“judge and company”)——的话^①，那么可以说，对法律推理的怀疑或贬低在那个时候就已经出现了。这些对法律推理传统观念挑战的主线是：律师和法官同样也是人，他们拥有与普通人大体相当的才能和人性的弱点。比起律师或法官在法学院学到的知识以及在法律实务和裁判活动中掌握的技巧，律师和法官同样是人这个事实更能用来说明法律推理与司法推理的方式。

法律推理的怀疑论者并不是一概认为律师和法官在撒谎。他们认为，律师和法官对他们自身活动行为的认识常会掩盖掉更深刻的现实，那就是，政策选择及其他各种法外因素对于法律论证和法律结果所发挥的作用，比起这些内行人自己的观点或理解，要大得多。假如这些怀疑准确反映了现实，那么法律推理就可能真的不像很多人想的那么独特，也不像很多人想的那么重要。相反，假如传统的理解大体是合理的，也就是说律师和法官真的拥有独特的法律思维方法（即便他们与普通人在推理方面有许多共同特征），那么探究这些具体的特征和方法就很重要了。所以，要理解所谓法律推理的独特性，就要弄清楚，在律师和法官的推理中，有多大部分要借用他们所受的专业训练和承担的角色来说明，又有多大部分只是因为他们是人。^②

所以，主张有法律推理这回事是一个（有争议的）假定，它假定法律人理解问题和作出决定的方式不同于其他人。但究竟是什么方式呢？有时候人们认为，法律人的特殊技能在于他们善于处理事实与证据，以及理解

① Jeremy Bentham, “Introductory View of the Rationale of Evidence”, in *6 The Works of Jeremy Bentham* 22-24 (John Bowring ed., 1843).

② 参见 Frederick Schauer, “Is There a Psychology of Judging?”, in David E. Klein & Gregory Mitchell, *The Psychology of Judicial Decision Making* (2009 年待出)。

特定事件、争议或决定之间的来龙去脉。^①虽然这些技能对于优秀的法律人来说很重要，但成功的法律人不一定比成功的刑侦人员、历史学家、精神病专家和人类学家更多地具备或者需要这类技能。同样，也有人试图将法律推理的特征说成是多角度论证的高强能力，^②或者善于洞悉人心和设身处地处理问题的能力，^③但我们希望所有职业中善于思考和才能卓越的人都拥有这些特征。实际上，即使是经常被作为法律才能来自夸的类比推理^④也不是为律师和法官所独有的，因为几乎在一切领域，能不能有效运用类比都是区分专家与新手的标准。^⑤所以，虽然我们理所当然地希望律师和法官能够为人机警，有同情心，分析能力强，思维严谨、准确、开放，对于事实的细微差别很敏感等，但我们同样希望政治家、社会工作者、外科医生和投资银行家拥有这些特征，所以我们还是不清楚，究竟什么样的技能或特征（假如真的存在的话）才是法律人所独有的。

本书将研究与法律体系有传统联系的各种推理形式，比如依据规则作出决定，视某些渊源为权威，尊重先例（即使那会得出错误的结论），保持对举证责任敏感，熟悉决策的权限问题——也就是要明白，得出正确的结论是一回事，意识到某些机构有权得出那个结论而其他机构没有这种权

① 例如参见 Steven Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (3d ed., 2005); Richard A. Bandstra, "Kooking Toward Lansing: Gould You Be a Lawyer/ Legislator?", 89 *Mich. B.J.* 28 (2005); Martha Minow & Elizabeth Spelman, "In Context", 63 *S. Cal. L. Rev.* 1597 (1990)。

② 参见 Suzanna Sherry, "Democracy and the Death of Knowledge", 75 *U.Cinc. L. Rev.* 1053 (2007)。

③ 参见 Katherine Bartlett, "Feminist Legal Methods", 103 *Harv. L. Rev.* 829 (1990)。

④ 例如 Edward Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949); Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996); Lloyd Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (2005)。

⑤ 例如参见 Kenneth D. Forbus, "Exploring Analogy in the Large", in *The Analogical Mind: Perspectives from Cognitive Science* 23 (Kenneth D. Forbus, Keith J. Holyoak & Boris N. Kokinov eds., 2001); Keith J. Holyoak, "Analogy", in *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning* 117 (Keith J. Holyoak & Robert J. Morrison eds., 2005)。

力是另一回事。不过，我们不应该从一开始就对法律推理的独特性主张提出不切实际的要求。首先，我们无法将法律看作是一个像国际象棋那类游戏一样的封闭系统。在国际象棋游戏中，所有的招数都规定在国际象棋规则中，但在法律论证和法律决策中，并不是所有的解决办法都可以在法律规则中找到。^① 法律不仅必然要依靠大量法律外的技巧，而且也不可避免地受到人类不可预见的复杂境况的制约。我们充其量是对未来作出不完美的预测，却不能确定在未来应该怎么做。我们面对的是不可预期的世界，法律一次又一次地被迫逾越已有的规则，才能更好地为社会服务。也许法律本身有法律论证与决策这样一个宝库，从而适应不断变迁的社会。但假如如此，那么将法律看成具有规则以及法律论证实践的完全封闭的系统，也不太可能准确地描述法律及其运行。

不仅法律不是一个封闭的系统，而且法律的典型推理方法（假如真的有这类方法的话）也不仅仅为法律所独有。也许爱沙尼亚语与英语，或者文学批评与多变量运算之间没什么交叉，但不可因此否认，即使是最典型的法律推理形式在法律体系之外也比比皆是。自然，律师和法官通常依据成文法规则进行论证和决策，但官员、银行家以及每个遵守交通指示牌上限速标志的人也都是这么做的。法律体系好像与先例有着某种特殊的联系，也就是说，（法官会）仅仅因为某件事曾经被做过就重复去做。但这种思考方式同样不是法律所独有的，家长们对这一点了然于胸。他们会容许自己的孩子在某一个年龄做某件事，仅仅是因为他的哥哥或姐姐在相同的年龄曾被容许做同样的事。同样，尽管法律制度以基于权威的推理为特征，也就是将指令的来源而不是它背后的理由当作遵守它的正当化依据，但法律

^① 法律可以被视为一种封闭和演绎的系统，对这种观点最著名的批判参见 H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. Rev.* 593, 608 (1958)。

体系外的领域对这种做法同样不陌生。我们可以再次将家庭生活当作一个很好的例子。每个家长都可能曾经恼羞成怒地对他顽皮的孩子喊过“因为我说的”这句话，这个时候他就会意识到，求助于权威而不是理性的做法广泛存在于人类事务中。

尽管法律推理的典型模式经常可以在法律外的领域中找到，但这些推理和决策形式与法律体系的联系尤为紧密。不管我们多么普遍地运用这些推理形式来做决策，重要的是不能忘记，它们在某种特定意义上是独特的。这种独特性体现在，法律推理和法律论证的主要特征可以看作是这样一条道路：它可能只是通往某个决定，而不是通盘考量之后得出的那个对于当下案件来说最佳的决定。通常情况下，当我们遵守某个限速规定驾车时，它的时速未必就是我们自己认为——在交通状况、驾车条件和驾驶技术稳定的前提下——最佳的时速。所以，我们遵守限速规定就是在做某件自己并不认为是最佳的事。类似地，只有当如果不存在先例我们有可能作出不同决定时，遵循先例（仅仅因为以前做过某个决定就要作出相同的决定）才会变得重要。给年幼的孩子与年长的孩子相同年龄相同自由的家长，只有当他 / 她感到，如果不存在先例时有很好的理由来对两个孩子作区别对待，他 / 她才会感觉到先例的影响力，所以受先例的拘束同样不同于得出正确的决定。只有当我们听从权威的指示，去做不同于我们自己认为是最佳事情的时候，我们才真正是在遵守或遵从权威。如果容许士兵在做决定时可以不听从指示（或命令），他们很可能就会做不同于命令的事，就像乖巧的学生或孩子会压抑自己的欲望，去做符合指令内容的事。

我们一旦明白，这些被广泛认可的推理与决策的普遍形式在这种意义上是独特的，也就是说它们所导致的结果往往不同于做决定的人自己会选择的结果，那么我们就可以理解，正因为这些推理形式在法律推理中大量存在（比在其他所有决策领域中加起来还要多），所以我们可以合理地主

张，有法律推理这回事。由于这些推理形式导致的结论往往不同于做决定的人自己通盘考量后认为对于当下案件来说最佳的结论，所以它们在某种程度上有悖于直觉。但假如这些推理形式在法律中占据支配地位，而在其他领域中某种程度上是个例外，我们就可以得出结论说，有法律推理这回事，有我们所谓的“像法律人那样思考”这回事，相应地，律师和法官知道怎么做才好，法学院也必须教会学生怎么做才好就至关重要。重申一下，这些法律推理的方法并非为法律体系所独有，它们也不是法律所运用的唯一方法。法律推理的模式也存在于其他所有领域，我们可称之为“普通推理”（ordinary reasoning）的模式，其在法律论证和法律决策中占据着重要的一席之地。但归根到底，假如推理的方法虽然存在于任何领域，但在法律论证和决策中运用得特别频繁，并且占据着支配地位，那么主张说有法律推理这回事，最终还是能够成立。

法律的方法似乎有悖于直觉，这不仅仅是历史的偶然，它们是法律所固有的一般性（*generality*）功能的体现。尽管法庭内外的纠纷是特定人针对特定问题的特定争议，但法律倾向于将它所面对的特例当作类型化的一种情形来处理。法律的目标并不在于尝试针对每个争议都以一种完全特殊和情境化的方式得出最佳结论，而通常在于保证它的结论对于某个既定类型中的所有情形或至少大部分具体情形来说是正确的。柯克爵士曾提出过一个很有启发的观点：“法律与其造成危及多数情形的不利后果，不如忍受（只针对一个特定情形的）损害。”^①换句话说，柯克认为，得出一个对于特定争议来说是错误的结论，要好过采纳一个对于当下案件来说是正确的结论，假如后者的代价是在许多其他情形中导致错误结论的话。

^① Sir Edward Coke, as quoted in J.R.Stoner, *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, an the Origins of American Constitutionalism* 25 (1992) .

柯克的教诲可以在传统的苏格拉底教学法 (Socratic dialogue)^① 中得到印证，这种教学法常常在法学院一年级的课堂上被师生们演练。老师会引导学生对案例进行准确叙述，之后追问学生，他们认为手头案件的正确结论是什么。通常情形下，学生们会给出他们自己认为对于争议双方来说最公平或最公正的结论。这个时候，老师会质问他们，支持这一结论的规则或原则是什么。经典的苏格拉底询问法就从这里开始了。通过一系列具有代表性又构思精巧（但通常也是陈旧的）的假想案例，教授会对学生一开始给出的规则提出挑战，他想要证明的是，能为当下案件提供公正、公平或有效的结论的规则，在其他案件中可能会导致不那么公正、公平或不那么令人满意的结论。在让这个被选中的倒霉蛋^② 将她一开始选定的规则运用于一系列导致不良后果的案件之后，教授想要让课堂上所有的学生都明白，（就像柯克所主张的）最佳的法律规则有时在当下案件中或许会导致不公正的结论，但在更多的案件中却可能会得出更好的结论——当然当下案件除外。

值得注意的是，苏格拉底询问法并不限于法学院的课堂，它也是上诉论证活动中常用的司法询问法。因为上诉法院通常认为自己有权通过宣告规则来调整未来发生的案件，也认为应该表明意见来作为后续案件的先例。上诉法院的法官们不仅关注在当下案件中如何得出最佳的结论，也关注当

① 《柏拉图对话集》中苏格拉底采用的以问题为中心的教學法和在法学院课堂传统上进行的询问类型之间几乎没什么联系。即使柏拉图相对于他人拥有巨大优势，他能够同时写出答案与问题，苏格拉底的目标也在于从他的对话者那里提炼出某些潜在但非专业的洞见，而不是向他们灌输某种他们迄今为止没有掌握的专业技巧。所以，或许人人都潜在地拥有超脱当下案件或当下争议进行推理的能力，但假如它隐藏得非常深，以至于对于大多数人来说，需要一大堆法学教授花费三年的法学教育才能提炼出来，那么法学教育的灌输模式和提炼模式在结果上就没什么区别。不管哪种情形，法学教育的目的都在于培养学生的实际能力，去动手做某些他/她以前不会做的事。

② 这里指的是被教授选出来进行质问的学生——译注。

下裁判对于未来发生的案件的效果。所以，上诉律师在口头辩论中经常被问的问题是，他们主张的规则或结论在各种假定情形中会导致什么样的结果。就像在法学院的课堂上一样，法官将这些假定情景摆放在争论不休的律师面前。他们相信，法庭在特定争议中认为是对的结论，只有当它不会在太多可预期的未来案件中导致错误的后果时，才会实际上成为最终的结论。

典型的苏格拉底询问法想要向倒霉的学生或苦苦相斗的律师证明，最佳的法律结果可能对于当下争议来说并不是最佳的结果，它体现出法律普遍的愿景，即寻求一种结果，这一结果不同于在特定案件中通盘考虑后得出的最公平或最睿智的结论。例如最高法院受理的“美国诉洛克案”（*United State v. Locke*）^①就是这么一个案件：土地管理局驳回了一项在1982年12月31日提交的土地权变更申请，理由是，相关法律规定，这类申请应当在每年的“12月31日之前”提出。虽然在法院和几乎所有人看来，这个法律用语明显有瑕疵，因为议会真正想表达的是“12月31日当天或之前”，但瑟古德·马歇尔（Thurgood Marshall）大法官和其他五位大法官的结论却是，相比于最高法院能否修改存在明显错误的联邦制定法（尤其是关于截止期限和提交日期的规定）这个问题来说，洛克本人主张的对错并不那么重要，前者才是更大的问题。在本案中，其他案件亦然，法律关注的通常只是一般性规则和原则的充分运用，其结果是，法律经常要因为这种关注而付出代价，即很少像非法律决策者那样担心，在特定案件中可能产生错误、不正义或不公平的后果。如传统所理解的那样，法治是与人治相对立的范畴，法治的观念体现在，它对个人判断会保持高度警惕，它也不愿意过多依赖于不受控制的判断以及某人一时的心血来潮。所以，

① 471 U.S. 84 (1985)。

虽然有时存在不公平的情况，即将一个明确的规则或先例作为裁判依据会导致就连法官自己都认为是错误的裁判结果，但传统观念认为，让法官遵从自己认为是错误的规则或先例恰恰是法律希望决策者们去做的事。^①

重要的是要明白，相信存在一种还算独特的可称为“法律推理”的推理形式，终归是一个经验上的主张（empirical claim）。很多人都能描述独角兽，但世界上并不存在真正的独角兽，这两者并不矛盾。相似地，大多数人人都能指出真正能作自我牺牲的英雄的典范，但即使如此，我们也会承认这类行为十分罕见。这些例子教导我们，即使我们能够描述法律推理，甚至描述运用了法律推理的真实案例，也远远无法说明这类推理在律师和法官的现实行为中究竟占有多大的比重。例如，一个或一些受先例拘束的真实事例，根本就无法说明这类拘束在整个法律决策领域中的概率。而一些规则或权威起了重要作用的真实案例，也没法有力证明规则和权威能够经常发挥重要作用。然而，假如我们最终能举出大量真正的法律推理的实例，那么举证责任就会转移到那些认为这类推理要么十分罕见，要么全部或大部分是假想的人身上。怀疑论立场主张，独特的法律推理在现实法律实践中是例外而不是常态，这可能确实是有道理的，但本书预设的前提是，法律推理不仅确实存在（即使它无法代表律师和法官的全部行为），而且它的存在足以一般性地说明，在描述的意义上的确存在可被准确概括为“像法律人那样思考”这回事。

但是，即使我们认为有法律推理这回事，也不能必然推出说，法律推理是个好东西。实际上，或许法治也不是个好东西。众所周知，柏拉图（Plato）曾建议创造一个由哲学王来统治的社会。在这样一个社会中，不

^① 例如想一想路易斯·布兰代斯（Louis Brandeis）大法官的著名断言“在大多数情形中，设定可适用的法律规则要比设定正确的法律规则更重要”。*Burnet v. Coronado Oil & Gas. Co.*, 285 U.S. 393, 412 (1932)（布兰代斯持反对意见）。

能理所当然地说，睿智和优秀的哲学王就应该遵从规则而抛开他自身的最佳判断；或者，就应该受先例的拘束，即使先前的决定是错的也要因循守旧；或者，就应该遵守权威指令，虽然它很可能是错的。在一个由睿智与优秀的人统治的社会中，法律推理很可能会是障碍。在这样一个社会（假如真的存在这样一个社会的话）中，法治至少是肤浅的，也很可能是有害的。

当然，我们并没有生活在柏拉图的乌托邦^①之中，所以我们明白，法律推理与法治的价值在于为这样一个重要目标服务，即对缺乏柏拉图所设想的哲学王那般良善智慧的领袖们的行为施加限制。即使我们离开柏拉图的乌托邦进入现实世界，现实世界中领袖们的身上也有着真实的缺陷，同样的困境依然存在。特定意义上的法律推理和一般意义上的法治通常被视为是开明的（即使是不完美的）领袖们施行英明政策和合理运用裁量权的障碍。^②法治在何时何地沦为为错误的利益服务，或者它是否只关心防止对个人裁量权的滥用，却阻碍了裁量权的恰当运用，这不是本书关注的焦点。评价法律和法治是一件大事，实际上，它甚至是任何个人终其一生都不能完成的大事。所以，本书的目标要低得多，它只对法律推理的典型模式进行辨别、描述、分析，偶尔也作一点评价。总之，这种模式是否以及何时有价值，这个问题的答案远非不证自明，最好还是留给其他场合去解决。

① 柏拉图清醒地认识到，他自己也不是生活在这样一个世界中。

② 参见 Morton J. Horwitz, "The Rule of Law: An Unqualified Human Good?", 86 *Yale L.J.* 561 (1977) (书评)。

第2章

规则——法律及其他领域

2.1 规则概论

运用规则来推理或许是律师和法官最常见的行为。通常观念认为，律师借助普通人难以理解的艰深的规则来为案件而辩，而法官则通过查找满是这类规则的书籍来作出判决。按照这种想法，只要法官找到了正确的规则，然后将规则机械地适用到手头的案件上，问题也就解决了。

法律行家大多对这种想法嗤之以鼻，因为在法律内行看来它与法律实践的实际情况差得太远。这里面的原因很多，其中一个很重要的原因在于，大多数可以直接适用规则来解决的争议或案件压根就不会出现在法庭上。^①不过，对律师和法官行为的这种莫大讽刺尽管不尽准确，也难免夸大其词，但它却抓住了法律很重要的一个部分。规则的的确确在法律和法律推理中占有重要地位。律师常常要查找规则，法官也经常根据它们来作判决。法

^① 因为在诉讼中直接或简单地适用法律规则的情况极少，所以法院面对的案件主要是那些（某种意义上的）疑难案件。进入诉讼的疑难案件都是那些非典型的法律事件，这种现象通常被称作选择效应（selection effect）。参见 George L. Priest & William Klein, “The Selection of Disputes for Litigation”, 13 J. Legal Stud. 1 (1984)。我们将在本章第二部分来处理选择效应以及它的后果，并在第7章和第8章中再来论述这个问题。

律或许并不完全以规则为中心，但它很多时候确实要涉及规则，比如从财产法上的禁止永久性规则（Rule Against Perpetuities）^①，到合同法上的“信筒规则”（mailbox rule）^②，从刑法上的重罪谋杀规则（felony murder rule）到联邦民事诉讼程序规则（Federal Rules of Civil Procedure），再到其他不计其数的规则。正因为规则在法律活动中占据的分量很大，所以抱着积极的心态来搞清楚规则是什么以及它们是如何运作的，有助于我们来理解法律推理、法律论证和法律决策。

来看一个简单的例子——我们常见的限速规则。限速牌标示“限速 55 英里”，我们的第一反应是，这意味着限速 55 英里每小时吗？^③ 为什么是 55 呢？速度被限定为 55，是因为某个权威——可能是立法者，但更可能是高速公路管理部门、县长或州警察——认为，在这条路上开车时速超过 55 英里不安全。对于大多数情形来说可能的确如此，但限速牌的重要特征在

① 按照美国财产法理论，禁止永久性规则包括“反永久归属原则”（Rule Against Remoteness of Vesting）“反转移限制原则”（Rule of Against Inalienability）“反积累原则”（Rule Against Accumulations）三个层面。这三个层面分别限制委托人的三大自由，即控制财产未来归属的自由、禁止财产流通的自由和强制财产持续累积的自由。其中，作为禁止永久性规则最主要层面的反永久归属原则的含义是，一项财产必须自让与时存活之人的一生加上 21 年的期间内归属于受让人——译注。

② 按照美国合同法理论，信筒规则是指如果承诺的意思以邮件、电报表示的，则承诺人将信件投入邮筒或电报交付电信局即生效力，除非要约人和承诺人另有约定——译注。

③ 某些人会这样来回应这个例子：当设置“限速 55 英里”的标识时，“实际”限速却要高一些。对于许多司机，甚至是大多数司机来说，“限速 55 英里”意味着不应驾车超过 64 英里每小时，因为他们知道通常情况下警察不会拦住你，除非你超过限速至少 10 英里以上。第 7 章讨论法律现实主义时将会涉及这个问题，届时将更仔细地来考察这样一个事实：官方的惯例通常会偏离成文规则的字面意义。这种偏离行为导致了許多重要和复杂的问题。但通常来说限速规则要直接得多，大部分司机都知道警察可以接受的超速余地有多大。重要的是，即使大家都知道实际限速是被标示出来的限速加上 9 英里每小时，但正文中例子的所有重点几乎都不会变。

于它是恒定不变的，而且这个限速规定适用于几乎每个人。^①下雨时限速55英里，天晴时也限速55英里。交通拥挤时是55英里，交通顺畅时也是55英里。对于最高时速可达120英里的汽车来说是55英里，对于最高时速只有50英里的汽车来说也是55英里。对于安全驾车的老司机来说是55英里，对于粗心大意、毫无经验的新手来说也是55英里。虽然设置“限速55英里”是用来保障安全的，但对于实现这个目的来说，有些情况下55英里可能定得过高，而有些情形中又可能定得过低，所以没有必要。

假设在一个天气晴朗交通流畅的星期天早晨，你驾驶一辆保养良好的新车外出。你是一位经验老道、为人谨慎的司机。你从来没有发生过车祸，也没有因为交通违章而被传讯过。因为你是个好司机，外出条件也很理想，所以你决定以70英里的时速（非常安全地）驾驶汽车。片刻之后，你在后视镜里看到了警车的闪光灯，它指示你靠边停车。接下来的事情你肯定明白：警察会告诉你，你的车速记录为70英里每小时，而这一带的限速规定是55英里每小时。你对警察说：“我知道，但让我来解释一下。限速55英里每小时是为了保障安全，但我刚才开车非常安全。交通顺畅，天气晴朗，高速公路路面干燥，我的车况良好，我也有完美的行驶记录，你可以检查一下。我们都知道，55英里只是在考虑到一切条件和所有司机情况下的平均值，但限速的真正目的在于确保安全驾驶，而你不能否认我开车时非常安全。”

我们都明白接下来会发生什么事。警察会指着限速牌——如果可以看得到的话——对你说：“这条路限速55英里每小时。55英里就是55英里，不管你认为你安全驾驶的时速是多少。”谈话到此结束。你会收到一张超速罚单。即便限速规则的目的在于促使人们安全驾驶，你也会收到这张罚

① 目前我们不需要关注救火车、救护车和警车等情形。

单。最重要的是，即便你确实在安全驾驶，你仍会收到这张罚单。

这个例子似乎再平常不过了，甚至都有点白痴，但它充分地说明了规则观念的核心要点。每条规则的背后都有它正当化的依据（background justification）^①——有时也称为理由（rationale）——这是规则拟追求的目标。^②比如通常来说，限速规则拟促进高速交通的安全，禁止永久性规则的目标在于在合理的期限内对持有与处分财产的不确定期间进行限制。联邦民事诉讼程序规则第 56 条——即决判决规则（summary judgment rule）^③——的目标在于在法庭上排除那些法律上不重要、事实上得不到支持的主张。口头证据规则（parol evidence rule）^④的目标在于实现当事人以书面合同为准的意图，如此等等。每条规则都有这样的一个理由或背后的正当化依据，所以每条规则都可以被看作是实现它背后的正当化依据的尝试。

从理论上讲，规则通常是对背后正当化依据的简单重述。例如，蒙大拿州数年前废除了所有数字化的限速规定，而只是要求司机开车时应该保持“理智和谨慎”（reasonable and prudent）。^⑤但司机们对于什么叫理智

① 后文简称为“背后（的）正当化依据”——译注。

② 更详细的讨论参见 Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991)。同样可见 Larry Alexander & Emily Sherwin, *The Rule Of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law* (2001)。

③ 联邦民事诉讼程序规则第 56 条规定：“当没有真正的事实争议需要审理时，可作出有关是非曲直的裁断而无需进行听证。”——译注。

④ 美国合同法中的“口头证据”是指，在最终协议签订之前或签订同时存在的有关协商或协议的口头或书面证据。“口头证据规则”指的是，如果合同主体同意书面文件是他们之间协议条款的最终和完整的表达，那么协议前或同时的证据就不能被采用以否定或改变书面文件或给书面文件增加新的条款——译注。

⑤ 在 *State v. Stanko*, 974 P2d 1132 (1998) 一案中，Mont. Code Ann. 61-8-303 (1996) 由于过度模糊而被宣告无效。参见 Robert E. King & Cass R. Sustein, “Doing Without Speed Limits”, 79 B.U.L.Rev. 155 (1999)。

和谨慎的理解相差很大，警察和法官也一样。结果在限速执法中标准不统一，司机们完全不知道他们以多快的时速开车才不会违反法律。蒙大拿州高等法院认为这里面的不确定性太大，因此认定“理智和谨慎”这个规则过于模糊，从而推翻了它。实际上，即使这条规则没有被宣告为违反蒙大拿州宪法，立法者也很可能会废止“理智和谨慎”这个规则，重新制定数字化的限速规则。在蒙大拿州以及其他地方，人们都明白，规则背后的正当化依据常常过于模糊、含混不清和主观，没法向人们提供来自法律的指引，也难以操作；对它的解释也过于多样化，没法限制掌权者的行为。所以，虽然从理论上讲，限速规则可以是对一些抽象理由——安全驾驶、谨慎驾驶或小心驾驶——的简单重述，但在实践中，这些抽象理由或正当化依据通常要转变为具体的规则。具体的规则的确服务于它们背后的正当化依据，然而，是规则本身肩负着法律效力（the force of law），通常情况下，也是规则本身决定着法律后果。这就是为什么当一位司机以70英里的时速安全驾驶时，她还是会收到罚单。这只是众多例子中的一个。它说明，通常情况下，是一条规则的具体表述而不是它背后抽象的正当化依据代表着法律的要求。

让我们来看另一个例子。美国证券规制法里有一条稍微技术化一点的规则——1934年证券交易法第16(b)条，它禁止特定的公司内幕人士在六个月或更短的时间内买卖（先买后卖或先卖后买）自己公司的股份。^①这条规则背后的目标（理由）在于防止公司内幕人士根据内幕信息来进行交易，因为他们被假定拥有公众没法获得、潜在交易对象也不知晓的内幕信息。但这条规则本身并没有规定“实际拥有内幕信息”这个要件，相反，它直接禁止所有的官员、董事或持有公司10%或更多份额股份的股东在六

① 5 U.S.C. § 78p(b)(2000)。

个月内买卖股份。出台这条规则的考虑是，通过禁止所谓的短线交易，来大大增加内幕人士凭借地位和内幕信息获利的难度。这条规则是通过禁止短线交易来达成目标的，它不管从事交易的人是否真的拥有内幕信息，就像限速规则禁止超过限速驾驶汽车，而不管司机实际上有没有安全驾驶一样。参与短线交易的买家或卖家即使没有任何内幕信息，只要违反了这条规则，就要“吐出”获利，因为根据对内幕人士的准确定义，他们已被认定为内幕人士。相反，一个凭借内幕信息进行交易的人，只要这条规则没有将他定义为内幕人士，他就不会依据这条规则被追究责任，虽然很可能另一条规则会找他的麻烦。^① 这种情形就像低于限速规定开车却存在安全隐患的司机并没有违反那条限速规则一样。

还有一个例子，很多地方的法律都禁止持有盗窃工具。^② 法律真正关心的并不是盗窃工具本身，而是盗窃行为以及对它们发生频率的限制。虽然这条规则服务于制止盗窃行为这个背后的正当化依据，但它是通过更具体的规定来实现这个正当化依据的。这条规则只是禁止持有盗窃工具，而不是禁止任何可能增加盗窃几率的东西，就像限速规定通常是一条明明白白的数字化规则，而不是一个要求所有人都必须安全谨慎驾驶的命令；也就像短线交易规则禁止被定义为内幕人士的人在规定期限内进行一切交易，而不只是禁止那些凭借内幕信息来进行的交易。

从这些例子中可以得出的结论是，规则的一个主要特征在于，它的表述事关重大（*what the rule says really matters*），正是这个特征使得规则之所以是规则。这就是为什么如果你开车超过了一定时速警察就会向你开罚单，即便你驾车时十分小心，也很安全；这也是为什么如果公司高管和大

① 尤其是证券交易委员会颁布的10b-5号法规 [17 C.F.R. § 240.10b-5 (2007)]，它规定，除其他事项外，没有向其他交易参与方陈述重要事实的证券交易行为是非法的。

② 例如 Conn. Gen. Stat. Ann. 53A-106 (West, 1999)；Cal. Penal Code 466 (West, 1999)。

股东们在六个月之内进行股票交易，就要对公司的损失负责，即便他们可能压根就没什么内幕信息。回想一下第1章中对“美国诉洛克案”^①的讨论，在该案中，最高法院忠实执行了土地管理局的那条归档规则——“在12月31日之前”，即使国会的真正意思很明显是“在12月31日当天或之前”。在某些学者看来，洛克案的判决是错的，因为它过分看重规则的实际用语以至于到了荒谬的地步，^②或许真的如此。但事实上，六位联邦法院大法官都愿意严格执行“在12月31日之前”这条规则的字面含义，这说明一条规则的“规则性”（ruleness）很大程度上恰恰依赖于规则所使用的语言。规则是什么，它们如何运作，要回答这两个问题，“规则是怎么表述的”就是个关键要素，即便规则的字面含义看上去是错的或者与规则背后的正当化依据不一致，即便盲从规则的字义在特殊场合中会导致坏的结果。我们在第8章讨论成文法解释时，将会进一步来考察这些问题，包括要考虑到，在解释和适用法条时字面含义并不是法条的真义（the last word）。但即便规则的字义不是真义，它也几乎总不离文义（the first word）。弄明白规则是什么，它们如何运作，就会明白规则的文字本身就很重，它不仅仅是一扇通往其背后正当化依据的透明玻璃窗。

2.2 核心地带与边缘地带

虽然规则如何运作很大程度上取决于规则的用语，但对于律师和法官，

① 471 U.S. 84 (1985)。

② Richard A. Posner, “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, 37 Case West. Res. L. Rev. 179 (1986); Nicholas S. Zeppos, “Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation”, 76 Va. L. Rev. 1295, 1314-16 (1990)。

尤其是对于法律专业的学生来说，要承认规则的这个特征通常很困难。这是因为，法官、律师和法律专业的学生大部分时候都在规则的边缘地带而不是中心地带活动。英国法哲学家哈特（H.L.A.Hart）提出了一个著名的区分，即区分规则清晰的中心地带（核心地带）与存在争议的边缘地带（阴影地带），并举出一个广为流传的例子。^①在这个例子中，哈特让我们想象存在这样一条规则，它禁止“机动车”驶入公立公园。哈特说，这条规则显然会禁止汽车（驶入公园），因为根据“机动车”的公认含义，汽车显然是机动车。对于卡车、公共汽车和摩托车，哈特也毫无疑问地得出了相同的结论，因为它们也都属于“机动车”的核心地带。但哈特追问，当我们去考虑，自行车、滑冰鞋或玩具汽车是否也应被“机动车不得驶入公园内”这条规则所禁止时，我们的结论又会是什么呢？他或许还会问，那么童车又怎么算呢？要是搁在今天的话，我们可能还会问，滑板车或电动轮椅怎么算呢？这个时候我们就不那么确定了。我们不再处于规则的那个简单明了的核心地带。相反，我们转移到了规则的模糊边缘或阴影地带，我们可能要考虑到规则背后的目的才能来确定，是否应该将某种情形包含进（规则的）边缘地带，从而去适用（规则）。例如，如果上述规则背后的正当化依据在于保障行人的安全，那么童车或许就将被容许进入公园，而自行车或滑冰鞋将不会被容许。但假如上述规则的目标在于减少噪音，那么或许就没有理由禁止自行车、滑冰鞋或童车进入公园，却可能有充分的理

^① H.L.A.Hart, *The Concept of Law* 125-26 (Joseph Raz & Penelope Bulloch eds., 2d ed., 1994)。这个例子最早见 H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. Rev.* 593, 608-15 (1958)。深入的分析参见 Frederick Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", 83 *N. Y. U. L. Rev.* 1109 (2008)。我们在第 8 章中将再次提到这个例子，用它来更好地讨论成文法解释这个主题。

由将以燃气或电为动力的玩具车挡在门外。^①

规则存在可争议的边缘地带，对于此规则是否应该适用，正反双方都可以提出有力的论据，这对于法律人来说不算什么新鲜事。这类争议对于法律人来说说是家常便饭。但规则也有清晰和毋庸置疑的核心地带，这常常被法律人和法律专业学生忽略了，因为在上诉法院中，直接适用规则的情况很少。这种情况在法院中很罕见，法律人碰到它们的机会很少。如果一辆皮卡——后面坐着准备外出野餐的司机家属——的司机看到了“禁止机动车驶入”的指示牌，通常情况下估计他会直接掉头开走，压根就没有什么争议。类似地，一条精确规定限制时速的规则，虽然在边缘地带也可能会遇到困难和有争议的问题，但通常情形中，律师在联邦法庭上要么应诉，要么在联邦民事诉讼程序规则第12(a)(1)(A)(i)条规定的20天的期限届满前请求延期。直截了当适用法律规则的情形在案例教材里或法学院课堂上非常罕见，因此，法律专业学生、法律人，尤其是法官忽略了大量的对于法律规则来说至关重要的日常情形。^②

我们可以用一个真实的案件来说明规则的清晰内核与模糊边缘之间的区分。这个案件是几年前美国联邦最高法院判处的，有趣的是，它与哈特假想的那个公园中机动车的例子非常接近。在斯图尔特诉杜德拉驳船公司案（*Stewart v. Dutra Barge Company*）^③中，法院要解决的争点是，一台被

① 在《哈佛法律评论》上进行的一场冠绝一时的论战中，哈特的同代人、美国法学家朗·富勒（Lon Fuller）对这种观点提出了挑战：词语的明显意义（plain meaning）本身就可以提供清晰的结论，因而无需考虑规则背后的目的。Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart”, 71 Harv. L. Rev. 630 (1958), 它是对这篇文章的回应：H.L.A.Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958)。文本与目的之间的关系非常重要，它将是我们在第8章中处理的核心议题之一。

② 参见 Frederick Schauer, “Easy Cases”, 58 S. Cal. L. Rev. 636 (1985)。

③ 543 U.S. 481 (2005)。

叫做“超级铲斗”(Super Scooper)的大型挖泥机是否属于联邦海事法中所称的“船”(vessel)。“超级铲斗”是当时世界上最大的挖泥机,当时它正在开凿波士顿港,也就是大挖掘(Big Dig)工程^①的一部分。在“超级铲斗”上工作的工人威拉德·斯图尔特(Willard Stewart)在施工时受伤,他起诉挖泥机的所有者因过失导致他受伤。但后来发现,斯图尔特能否提起诉讼取决于“超级铲斗”是否是一艘“船”。如果它是船,那么联邦制定法“琼斯法案”^②将可以作为提起诉讼的(规范)基础。但如果超级铲斗不是船,那么另一部联邦制定法“沿海和码头工人补偿法案”^③将容许斯图尔特主张与工人补偿金等额的赔偿,但却排除了对公司提起过失之诉的可能。所以斯图尔特是否有权对驳船公司提起过失之诉取决于“超级铲斗”是否是船。

这是个疑难案件。虽然“超级铲斗”大部分时间都固定地停泊在某个地方挖掘河道,它也因缺乏自航能力而需要被从一个地方拖到另一个地方,但它上面确实有船长和船员,它也确实漂浮在水面上,无论是挖泥的时候还是从一个地方被移动到另一个地方的时候。所以斯图尔特提出了一个合理的论证:超级铲斗通常处于漂浮状态,加上它有船长、船员,这证明它是一艘船;而驳船公司则提供了另一个同样合理的论证:超级铲斗没法自航,在外观和功能上它类似于一座地面上的固定建筑,这证明它与船不一样。虽然在诉讼期限的最后一天,最高法院一致判决认为“超级铲斗”确

① 这里指的是波士顿的“马拉松城市交通道路改造工程”(波士顿中心隧道工程),它从二十世纪的1991年开始动工,直到二十一世纪的2006年其主体工程才算基本完成,有人戏称它是波士顿的“永恒之掘”。这个美国历史上规模最大、耗资最多、工期最长、难度也较大的城市交通道路改造项目,在造价与工期上都是史无前例的,仅其中一段1/10英里的地下道路造价高达15亿美元,此后该工程的陆续投入达到150多亿美元——译注。

② 46 U. S. C. App. § 688 (a) (2000)。

③ 33 U. S. C. § 902 (2000)。

实是艘船，但我们不需要受这个现实结论的羁绊。重要的是，虽然最高法院面对的这个案件是疑难案件，双方当事人也都提出了理由充分的论证，但最高法院的这个案件可能会对法律规则的常规应用和诉讼外的操作造成误解。不同于威拉德·斯图尔特案中的“超级铲斗”，大部分（几乎是所有）关于某物是否是一艘船的问题压根不会到达最高法院，也不会到达上诉法院，甚至都可能不会进入诉讼。假如问题是，一艘载有一千名乘客的大型游轮是否是一艘船，将不会有任何严肃的论据来支持说它不是，也不会有任何合格的律师会提出这种主张。或许在整个争论中还有其他可以使用的好论据，但不可能需要法院来裁定“邮轮是否是船”的问题。规则会被适用，但这并不是在法庭上发生的。相似地，假如一座码头的边缘是被一台以地面为基的挖掘机挖掘的，这台机器从没有进入水里，也无法进入水里，那么这台机器就不会被认为是船。对此，没有人会质疑，所以这个问题压根就不会在法庭上被提出来。

真正的简单案件以及法律规则的直接适用极少在法庭中发生争议，因而法庭解决的争议并不能真正代表所有法律事件。这种效应被称为“选择效应”（selection effect）^①，它指的是法院受理的案件只是（或几乎只是）这样一些案件，在特定法律问题上，观点相互对立的双方当事人都认为他们自己对于案件拥有合理的胜诉机会。假如一方当事人认为自己没有合理的机会在整个案件中胜诉，甚至没有机会在某个特定问题上胜诉，那么除了

^① 关于法律中的选择效应存在大量相关文献，但影响深远的一篇论文是 George L. Priest & William Klein, “The Selection of Disputes for Litigation”, *supra* note 1。同样可见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* § 21 (3d ed., 1986); Frederick Schauer, “Judging in a Corner of the Law”, 61 *S. Cal. L. Rev.* 1717 (1988)。对这些问题与文献的精彩概览参见 Leandra Ledeman, “Which Cases Go to Trial?: An Empirical Study of Predictions of Failure to Settle”, 49 *Case West. Res. L. Rev.* 315 (1999)。值得一提是多年以前卡尔·卢埃林提出的观点：诉讼案件之于潜在争议的关系就如“杀人癖或嗜睡症之于我们的日常生活的关系”。Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* 58 (1930)。

例外情形,^①他压根就不会提出争议。他要么会遵从法律,要么会支付赔偿,要么会达成和解,要么会在诉讼中寻求依靠某个其他论据。所以,只有当双方当事人都认为自己可能会赢得案件,尤其是当他们都可以提出合理的法律论证时,他们才会在法庭上进行对抗。就法律规则而言,通常当相关问题处于相关规则的边缘而非核心地带时,双方当事人就会合理地认为他们自己可能会赢。这种情形之所以被叫做选择效应,是因为法律体系鼓励去创造这样一个世界,在这个世界中,只有部分法律或规则的适用才会入选诉讼,其特征是位于法律规则的边缘地带(或宽泛地说,位于法律的边缘地位)。

选择效应是决定哪些争议或法律调整的事件能进入诉讼的主要因素,随着诉讼层级越来越高,这种效应会越来越明显。比如,在2007年开庭期,^②美国联邦最高法院——它几乎可以全权来决定审理哪些案件——面对来自联邦上诉法院与州最高法院超过9000件案件的审理请求,但只同意受理和判决了71件案件(判决包括完整的案情介绍、论证和意见)。^③这71件案件几乎都是不存在清晰法律答案的案件,所以将它们看作法律或规则如何运作的代表无疑是严重误解。

法学院案例教科书所选的案件十分相近。这些案件通常都是疑难案件,

① 一种例外情形是,一方当事人之所以在知道法律对自己不利的情况下依然提起诉讼或威胁要提起诉讼,只是出于通过拖延时间或耗费用来达到消耗对手的目的。从理论上说,法律体系备有防止这类诉讼的机制(如即决审判),但实践中的确存在当事人出于策略性原因去做毫无希望之事的情形,这些情形要比选择效应理论所预测的来得多。

② 最高法院的一个所谓开庭期(a Term)通常是从十月的第一个周一持续到最高法院结束它所审理的案件为止(通常是在六月份)。开庭期以它开始的那个年份来命名,例如,有时它被称为2007年10月开庭期,有时则直接被叫做2007年开庭期。

③ 对2006年开庭期——这是本书出版时可查找到精确数据的最近的一个开庭期——统计的结果是,最高法院共接到8922件待审查的上诉状或请愿书,它以不附意见的即决命令(summary order without opinion)的方式判决了其中的278件,同意审理和判决77件,其中对73件依据案情简介和口头论证以完整意见(full opinion)的方式作出了判决。“The Supreme Court: 2006 Term: The Statistic”, 121 *Harv. L. Rev.* 436 (2007)。

正因为如此它们的情节才显得有趣，它们才具有教学价值。对于这些案件，双方律师都可以提出强有力的论证，学生们也都可以针对相对立的立场进行分析和评价。正因为它们是疑难案件，所以总是可以对审理案件的法院的观点提出质疑，这种质疑构成了案例讨论课的主要内容。就它本身来说，这并没有什么错。学会如何站在对立立场上提出有力论证本身就是成为一个法律人的重要素质，学会如何揭露司法意见的缺陷同样也是如此。但是，假定所有案件或几乎所有案件都是疑难案件，假定大部分法律事件都存在争议，假定法律规则从不或很少给出清晰的答案，这些想法却是错的。上诉法院和法学院课堂聚焦于规则的灰色领域——模糊的边缘地带——自有其道理。但假定规则完全等同于灰色领域或模糊的边缘地带却大错特错了。

2.3 规则的一般性

虽然法律规则的典型适用情形是简单案件，但出于我们刚刚考察过的那些理由，司法裁判却主要用于解决疑难案件。这些疑难案件具有不同的表现形式。其中一种是处于规则的模糊边缘的案件，斯图尔特诉杜德拉驳船公司案是其代表。但另一种完全不同的疑难案件更加接近于公路限速的情境而不是“超级铲斗”案。当你对警察抱怨说，你实际上并没有危险驾驶时，你并不是主张说在这一场合中规则是不清晰的。这不同于其他一些场合：比如黄昏时你被（警察）拦下，理由是天黑了你却没有打开车灯；或者你在蒙大拿州开车时被拦下，理由是你没有遵守“合理和谨慎”的限速规则。通常，当司机试图免于被开罚单时会承认，依照字面含义，规则完全适用于她——她在限速55英里每小时的路段开到了70英里每小时——但她的主张是，将这条规则按照字面含义适用于当前情形会与规则背后的正当化依据相悖。她大概会这么说：她承认开车超过了55英里每小时，但

她肯定没有危险驾驶。

规则的语词明文规定的结论与规则背后的理由所暗含的结论之间存在冲突，这是个普遍现象。例如，宪法第七修正案规定，在普通法的民事案件中，只要争议标的额达到“20 美元”，当事人就有权在联邦法院获得陪审团审判。显然，20 美元这个最低标准背后的目的在于将陪审团审判限于标的额较大的案件。尽管在 1791 年通过第七修正案时，20 美元是一大笔钱，但在今天它微乎其微。十分相似的是宪法第 2 条，它要求总统任职年龄应满“35 周岁”。当时男性（那时没有人会想到女性可以投票，更别提当总统了）的平均寿命低于 40 岁，而在今天美国男性与女性合在一起的平均寿命超过 75 周岁。^① 但与获得陪审团审判的 20 美元这道门槛的通胀效应一样，“35 周岁”这一规则的字面含义与规则背后的目的相悖，这并没有对规则的含义本身提出挑战，它的含义依然被牢牢拴在制定规则时所使用的语词之上。假如你只有 32 岁，你就不能成为总统（除非是异想天开），不管规则背后的潜在理由是什么。^② 宪法第 2 条还规定，总统应当是“出生于本国的公民”（natural born citizen），这个争议更大的要求同样如此。这条规则排除了马德琳·奥尔布赖特（Madeline Albright）^③、亨利·基

① 整个十八世纪有很多儿童死于疾病，所以这些原始数据可能有误导性，因为大部分成年男性在那时活到了 60 岁或 70 岁。但即使对于那些成年了的人来说，1787 年与现在的差别依然是巨大的。

② 我们不清楚在 2009 年多大岁数相当于 1787 年时的 35 岁。在一个能够比以前更多更快地获得信息（例如通过电视、网络、出版业的技术进步和航空旅行）的年代，有人可能会主张，“35 岁”规则背后的目的其实指向更低的最低年龄。但假如宪法的缔造者们想要做的是，确保总统产生于人民中的年长者和经验老到之人的话，那么潜在的理由或许就会主张设立比 35 岁高得多的年龄门槛。

③ 马德琳·科贝尔·奥尔布赖特（Madeleine Korbel Albright, 1937 年 5 月 15 日—），捷克裔美国人，1997 年 1 月至 2001 年 1 月任美国第 64 任国务卿，是美国历史上第一位女性国务卿——译注。

辛格 (Henry Kissinger)^① 之类的国务卿以及阿诺德·斯瓦辛格 (Arnold Schwarzenegger)^②、珍妮佛·格兰霍尔姆 (Jennifer Granholm)^③ 之类的州长参选美国总统的可能, 这条规则背后的正当化依据最初无疑是为了确保 (对美国的) 忠诚与献身精神, 尽管这很可悲, 但规则的语词胜过一切。

虽然规则的语词在这些例子以及许多其他例子中战胜了它的目的, 但情况并非总是如此。经常被用来说明目的战胜字面含义的一个例子是美国诉圣三一教堂案 (*United States v. Church of the Holy Trinity*)。^④ 在该案中, 一家教堂被指控违反了一部联邦成文法, 该法禁止美国雇主为外国雇员支付因受雇从国外前往美国的路费。被告的教堂恰恰这样做了, 它雇佣一位新牧师的费用中包括了他的路费, 因而从字面上看违反了这部成文法。然而最高法院认为, 在本案中不能根据字义来适用这部成文法。大法官布鲁尔 (Brewer) 推理到: 这部法律针对的是那些从国外往美国输入大量廉价劳动力的雇主。而这家教堂为新牧师支付海上行程费用的行为明显不同于 (法院所认为的) 国会制定这部法律的目的, 所以法院认为, 这部成文法语词的字义应当向它的真实理由让步, 这家教堂并没有违反规则。

在得出这一结论的过程中, 布鲁尔大法官借助了一个采取相同做法的

① 亨利·阿尔弗雷德·基辛格 (Henry Alfred Kissinger, 1923年5月27日—), 出生于德国的美国犹太人外交家, 原美国国家安全顾问, 后担任尼克松政府的国务卿并在水门事件之后继续在福特政府中担任此职。基辛格在1969年到1977年之间在美国外交政策中发挥了中心作用, 1971年秘密访华, 为尼克松访华做准备, 促进了中美关系的发展——译注。

② 阿诺德·阿洛伊斯·施瓦辛格 (Arnold Alois Schwarzenegger, 1947年7月30日—), 生于奥地利, 美国好莱坞男演员、健身运动员、政治家, 曾担任第38任加利福尼亚州州长——译注。

③ 珍妮佛·马尔赫恩·格兰霍尔姆 (Jennifer Mulhern Granholm, 1959年2月5日—), 出生于加拿大, 美国政治家、教育家、学者、政治学者, 曾担任密歇根检察总长和第47任密歇根州州长, 美国第一位女性州长——译注。

④ 143 U.S. 457 (1892)。

先例，即美国诉科比案（*United States v. Kirby*）。^①在科比案中，被告是一位肯塔基州的执法官，他被控违反了一部联邦成文法，该法规定妨碍信件邮递的行为是犯罪，而科比恰恰这么做了。他的确妨碍了信件邮递，但这件事的背景是，他登上一艘汽艇逮捕了一个叫做法瑞斯（Farris）的邮递员，这个邮递员已被肯塔基一家法院合法指控犯有谋杀罪。与二十年后发生的圣三一教堂案一样，在科比案中，最高法院认为，当适用成文法的表面含义与成文法的潜在目的不符（正如在这个案子中所发生的那样）时，就不应当再按照其表面含义适用该成文法。

我们将在第8章讨论成文法解释时再来考察语言与目的之间发生张力的其他例子。但就目前来说，上述这些例子足以说明规则的一个重要特征，即一般性（generality）。与具体的命令（*commands*）——现在你把这个包从垃圾堆里拣出来——不同，规则并不是针对在某个时间实施某项行为的某个个体发布的。规则通常是针对在较长时间段内实施各种行为的许多人发布的。限速规则适用于所有司机、所有时间、所有情境，正如职业安全与健康管理局（Occupational Safety and Health Administration，简称OSHA）颁布的那个要求保护工人的规则，适用于某一类的所有工厂和这些工厂中所有的雇员。

规则的典型特征就在于这种意义上的一般性。但像大多数概括（或称“一般化处理”）那样，即使它们从统计学上看是合理的，也可能并非每次都是准确的。“瑞士奶酪上有小孔”是个很好的概括，但某些瑞士奶酪上却没有小孔。同时，极少有人会不同意这样一个概括，即芝加哥一月份的天气很冷，但暖和天气在一月的芝加哥也不是没有。一般化处理是一切规则的内在要素，但精确来讲，因为规则具有一般性，就存在它所包含的一

^① 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868).

般化处理无法适用于某些特殊情形的可能。尽管在大多数情况下司机确实不该以超过 55 英里的时速驾驶，但总有一些情形中“开车超过 55 英里每小时是不安全的”这一概括并不成立。一旦这些情形出现，规则就可以被认为是规定过宽（*overinclusive*）了。规则本身包含或囊括了它背后的正当化依据所没有涵盖的情形，科比案和圣三一教堂案、以 70 英里每小时安全驾驶的司机，以及落入“机动车不得驶入公园内”这条规则的文义范围内的救护车，都属于这类情形。在这些情形中，规则本身的适用范围要比它背后正当化依据所指向的范围大，所以我们说这个规则规定过宽了。

在另一些情形中，规则的一般化处理很可能规定过窄（*underinclusive*），也就是说，规则没有涵盖它背后的正当化依据所能直接适用的情形。假如“机动车不得驶入公园内”这条规则的目的在于防止噪音，那么对于无噪音电动车（它们当然是机动车）来说它就是规定过宽的，而对于乐器、政治集会和大分贝手提收音机（它们都会产生很大的噪音但却都不是机动车）来说它则是规定过窄的。对于科比案中的那个规则来说也一样，因为我们可以想象出妨碍邮政服务但又不能被算作是“妨碍”邮递的各种手段。

一个兼具规定过宽与规定过窄的鲜活例子是，越来越多的国家竭力禁止开车时使用手机。^① 这些法律的正当化依据是，比起开车时不使用手机，人们在开车时使用手机会导致注意力更不集中，而注意力不集中是交通事故的重要肇因。可能存在很多证据来支持这种正当化依据。但反对这些法律的人指出，对那些开车时使用手机但注意力很集中的司机来说，这些法律是规定过宽的，所以反对者们认为“禁用手机”规则的适用范围要大于“注意力不得分散”这一正当化依据的适用范围。另外批评者还认为，对

^① 例如参见 Cal. Stat. Ch. 290 (2006), Cal. Vehicle Code § 23123 (2006); N.J. Stat. Ann. 39: 4-97.3 (West 2004); N.Y. Vehicle & Traffic Law § 1225-c (Consol. Cum. Supp. 2004)。

于造成开车时注意力分散的其他来源（比如开车时吃东西、边开车边听收音机里播放的激动人心的体育新闻）来说，这些禁令又是规定过窄的。这些反对意见有时占上风，有时不占上风，^①但重要的是要认识到，至少在某种程度上，规定过宽与规定过窄是通过一般性规则来调整人类行为时不可避免的，正如限速规则的情形所证明的（这个例子相对没有争议）那样。^②

由于固有的一般性，规则会在特定情形中产生坏的结果。这一点早在手机尚未面世及最高法院对科比案和圣三一教堂案作出判决的很久以前，亚里士多德（Aristotle）就注意到了。在说明为什么要避免规定过窄和规定过宽这两类错误时，亚里士多德指出，“所有法律都是普遍的”，“法律考虑的是多数情形（事情），尽管它并非没有意识到会因此导致错误。法律依然是对的；因为错的不是法律，也不是立法者，而是事情的性质本身；因为人类行为天然地具有这种性质”。^③

亚里士多德解决这个问题的方法——衡平（equity）——将在第6章中予以论述，但就目前而言，只要明白规则不可避免地具有一般性就可以了。规则之所以是规则，就因为它们具有一般性。即使我们有可能预见到一条规则一切的适用可能，并将所有正确适用的结果都规定在这条规则之中，

① 参见 Note, “The 411 on Cellular Phone Use: An Analysis of the Legislative Attempts to Regulate Cellular Phone Use by Drivers”, 39 Suffolk U.L.Rev. 233 (2005); Note, “Driving While Distracted: How School Legislators Regulate Cell Phone Use Behind the Wheel”, 28 J.Legis. 185 (2002)。

② 一个更具争议的例子是，某些市政当局禁止人们饲养特定血统的狗，最常见的情形是比特犬（pit bull），根据是某些血统的狗比其他血统的狗更具有攻击性和危险性。但是大部分比特犬并不危险，所以这一禁令就规定过宽了；而其他血统的狗也可能有危险性，所以这一禁令又是规定过窄的。这样说来，禁养比特犬的规则与其他类型的规则几乎没有差别，但反对禁养特定血统的狗的人通常借用民权的语言，例如“血统主义”和“犬类种族主义”，来实施反对策略，所以取得了很大的实际效果。对这一争论更详细的讨论和分析参见 Frederick Schauer, Profiles, Probabilities, and Stereotypes 55-78 (2003)。

③ Aristotle, Nicomachean Ethics 1137 a-b (J.A.K.Thomson trans., 1977)。

这条规则也会因为过于复杂而无法为我们提供指引，而这恰恰是我们希望从规则那里获得的。就算我们愿意为了追求精确性而牺牲清晰性和有效指引（的功能），我们还是无法完美地预测未来。比如，我们不能去苛求专利法的最初起草者，说他们没有在十九世纪就预测到活体（living organism）能在实验室里被创造出来，^①我们必须承认，即使是最严谨的起草者也无法预测未来会发生些什么，更无法预测那时我们会怎么去面对。正因为规则不可避免地具有一般性，我们才必须面对规则的语词与它可能的最佳解释之间的紧张关系，这种紧张关系广泛存在于法律规则及其他规则的适用过程中。

2.4 法律的形式性

规则的语词是否应该以及何时应该让步于获得个案最佳结果的目标，这个问题没有统一的答案。当规则背后的正当化依据导致的结论与规则语词的字义所指向的结论发生冲突时，法律实践也并非总是给出相同的答案。虽然像美国诉洛克案那样从表面理解规则用语，甚至牺牲个案最佳结果的案件在美国法律实践中很常见（也许在其他法律体系中更为常见），^②但反之亦然。所以，忽视以洛克案为代表的语词的字义在法律裁判中占优势的大量案件固然会犯大错，但忽视圣三一教堂案处理原则——牺牲某个规则的字面含义来满足它的目的也是合适的举动（在美国和其他地方）——所

^① 参见 *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980)。

^② 例如在英国，法院在某种程度上更不会去忽视法律规则的语词，即使这么做对于满足规则背后的正当化依据而言是必要的。参见 Patrick Atiyah & Robert Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions* (1987)。更详尽的比较分析参见 D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (1991)。

展现的意义 (descriptive importance) 同样是大错。^①事实上,假如我们将上述两种态度看成法律的文字与精神之间频现的紧张关系的另一种体现,那么就不可能(尤其是在美国)得出其中一种比另一种更有支配地位这样的结论。

假如某个法律论证更偏重于法律的文字而不是它的精神,通常会被批评为是形式主义的 (*formalistic*),像洛克案之类的司法判决经常会引发对形式主义的指责。虽然在今天,将一位法官、一种观念或一份判决称为形式主义的实在不是什么溢美之辞,但我们并不完全清楚,究竟什么才是形式主义,抑或它的问题在哪里。^②

形式主义的指责通常针对的是这样一些人,他们否认在特定法律争议中法官有选择的余地。按照这种理解,如果法官实际上在法律规则的边缘地带活动却认为自己在核心地带时,他们就犯了形式主义错误。例如,佩卡姆 (Peckham) 大法官在洛克纳诉纽约州 (*Lochner v. New York*) 一案^③中总结认为,(美国宪法)第十四修正案中的“自由”一词必然包括如下情形:面包店雇员可以自由地签订一周工作超过六十小时或一天工作十小时的合同而不受国家干预。当他这样做时,给人的感觉就好像“自由”不可能存在其他含义一样。现在我们当然更清楚地知道,即使是那些赞成佩卡姆大法官结论的人也不相信(就像佩卡姆大法官似乎相信的那样),本案的结论完全是由“自由”一词的字面意思所决定的。像佩卡姆大法官这样的裁判者虽然实际上,或许在该案中必然是在进行政策上或政治上的选择,但却装作好像没什么选择的余地,只是将政策选择当作理解语词字面

① 概括参见 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* (2005)。

② 参见 Brian Bix, *Jurisprudence: theory and Context* 179-90 (4th ed. 2006); Robert S. Summers, *Form and Function in a Legal System: A general Study* (2006); Frederick Schauer, "Formalism", 91 *Yale L.J.* 571 (1987)。

③ 198 U.S. 45 (1905)。

意思的简单实践，他们的行为有时就被描述为是形式主义的。他们想让别人认为是形式在发挥作用，但实际上发挥作用的却是实质内容。这种司法欺骗（judicial deception）——或者说自我欺骗——理所当然应遭受批评。

佩卡姆大法官的形式主义立场是一种虚假的形式主义，这种形式主义该当其恶名。然而，当我们去看另一种形式主义的观念，也就是瑟古德·马歇尔大法官在美国诉洛克案中所持的形式主义立场时，它是否应被认为是一种缺陷就不再那么清楚了。在美国诉洛克案中，是“在12月31日之前”这一用语的字面含义而非看上去最合理的含义决定了案件结论，这种主张当然是形式主义的观点，因为它认为法律规则的形式比它的深层目的更重要，或者说比在个案语境中通盘考量后得出最佳的判决更重要。尽管从这一角度来看，洛克案的处理方法是形式主义的，但以下情形同样表现出了这种意义上的形式主义：依据55英里每小时的限速规则来惩罚以时速70英里以上的安全驾驶的司机，惩罚实际上并没有内幕信息的短线交易者，容许那些提起21美元之诉的人获得陪审团审判，禁止其他方面合格但只有34岁的候选人成为总统。在所有这些情形中，法律以形式化的方式操作，因为它将规则的语词看得比法律的深层目的以及在个案中获得理想结论更为重要。或许这种做法是形式主义的，但就像这些例子和不计其数的其他例子所表明的，形式主义恰恰是法律区别于其他事物的核心特征。^①

形式主义是法制（legalism）的一部分，这似乎已很清晰，但这并不意味着形式主义就是值得追求的，也不意味着我们一直使用或应该期待所有法律裁判者使用形式主义的规则解释方法。但是，如果我们能克服将“形式主义”当作贬义词的心理，就会发现，形式主义之所以选择纸上字面规

^① “在所有对文本主义（textualism）的批评中，最无厘头的批评是说它是‘形式主义的’。对此的回应是，它就是形式主义的！法律规则是关乎形式的。” Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 25 (1997)。

定的结果——而非通盘考量后的最佳结果，通常有很多的支持理由。比如在很多案件中，搜查证（search warrant）上写错了待搜查的房屋地址。虽然这些案件中有很大一部分最终还是肯定了这类微有瑕疵的搜查证的效力，^①但也有许多案件得出了相反的结论。例如在美国诉肯尼案（*United States v. Kenney*）^②中，美国哥伦比亚联邦地区法院宣告对华盛顿第8街2124号房屋的一次搜查行动无效，因为搜查证上写成了第8街2144号。相似地，在美国诉康斯坦丁诺案（*United States v. Constantino*）^③中，对杰克逊大街710号走私品的搜查也被制止了，因为搜查证上写的是杰克逊大街第807号。对于处理这些案件的法院来说，以形式化、技术化和字面化的方式来解释搜查证都是正当的，因为真正重要的问题不在于警察是否搜查对了那幢房屋，而在于当搜查证信息有误时，警察有没有权力来决定真正有待搜查的是哪幢房屋。

假如这种只看搜查证的字面用语的形式主义做法被认为至少有那么一点儿合理性的话，那么形式主义本身就不必然或不总是被认为是一件坏事。形式主义的优点来自于一种更重要的考虑：特定类型的决策者是否有权来决定，什么时候规则的字面用语（搜查证的用语与此类似，但它并不是一个规则）应该向更加不受限制的（例如）目的、合理性或常识判断让步。比如，那些为美国诉洛克案的判决辩护的人^④并不认为，因为洛克先生是在12月31日当日而不是在12月31日之前提交材料就拒绝他的主张，是那个案件最佳或最合理的结论。而是他们认为，重要的问题在于法官是否

① 例如 *United States v. Lora-Sorano*, 330 F. 3d 1288 (10th Cir. 2003)。

② 164 F. Supp. 891 (D.D.C. 1958)。

③ 201 F. Supp. 160 (W.D.Pa. 1962)。同样可见 *United States v. Ellis*, 971 F.2d 701 (11th Cir. 1992)。

④ 包括本文作者。参见 Frederick Schauer, "The Practice and Problems of Plain Meaning", 45 *Vand. L. Rev.* 715 (1992)。

有权以及何时有权来决定，什么情况下可以将国会的立法文本搁在一旁，去实现他们认为国会打算实现或更加偏爱的东西。假如改用这种方式来对问题进行叙述的话，我们就不再那么明确法律规则的形式主义路径是不是必然或总是要受到批评的了，即便这种形式主义在个案中导致的结果通常会很奇怪，有时甚至很荒谬。

前文的观点并不是说，法律总是拥有这种意义上的形式性，或者它应该拥有这种意义上的形式性。就像我们看到的，法院实际上也经常忽略或超越规则的文字，如果那些文字明显与立法目的不一致的话。与圣三一教堂案或美国诉科比案相比，美国诉洛克案在法律分析上并不具有更大的代表性。对美国法律体系中的法官和律师来说，形式路径与非形式路径（目的论路径）都是值得尊重的专业选择，我们可以找到数不清的例子来支持任何一方。所以这类案件并不罕见：一方当事人根据法律的文字提出某个主张，另一方当事人则根据法律的精神、目的或理由提出另一个主张。但是，即使是精神、目的或理由最终胜出，法律在整体上也依然是形式性的。就像圣三一教堂案那样，法律规则的文字让步于背后的特定目的是常事，但假如法官认为落实那个目的将与正义或公平、善良政策等更宽泛的观念不一致时，为实现规则背后的目的而让步的情形就相对要少得多。比如在一个案件中，法院因为一方当事人违反了一项程序规则不支持其主张，从而拒绝对他进行救济，因为法院认为它的工作不仅仅在于通盘考量后决定，诉造双方中哪一方当事人更值得保护。^①类似的情形还有，因为合同缺少形式要件而容许合同一方当事人不履行合同承诺，^②以及在过失相抵原则兴起之前，因为原告存在轻微过错而拒绝救济，即使相对来说被告的过错更

① 例如参见 *General Mills, Inc. v. Kraft Foods Global, Inc.*, 495 F.3d 1378 (Fed. Ct. 2007); *Speiser, Krause & Madole, P.O. Ortiz*, 271 F.3d 884 (9th Cir. 2001)。

② 参见 Robert S. Summers, "Why Law Is Formal and Why It Matters", 82 *Cornell L. Rev.* 1165 (1997)。

大^①。在所有这类案件中，法律无所不在的形式性，即，即使在某些情形中会导致不正义也要认真对待规则和规则文字的倾向，成为区分法律与许多其他决策方式的标准。

但有时候法律会展示其另一面。一个著名的例子是里格斯诉帕尔玛案 (*Riggs v. Palmer*)，^② 在该案中，埃尔默·帕尔玛 (Elmer Palmer) 在他祖父所立的遗嘱中被指定为继承人，但他杀害了被继承人，为的是尽快获得遗产。本案涉及的不是埃尔默杀害祖父这一行为的刑事定罪问题。对这一点，埃尔默几乎提不出什么抗辩理由，他被判处长期监禁 (lengthy prison term)。但是，埃尔默主张，即使他被宣告有罪并因谋杀被处以刑罚，他依然有权获得遗产。与此相关的纽约州遗嘱法并没有对继承人蓄意谋杀 (被继承人) 的情形作出规定，而只是规定，当遗嘱人死亡时，有效的遗嘱所指定的继承人有权继承遗产。埃尔默主张本案符合这一情形，所以他虽然知道自己必须坐牢，但同样相信自己有权继承他祖父的遗产。

众所周知，上诉法院驳回了埃尔默的主张，^③ 认为遗嘱法的字面语言必须向“任何人不得从他自己的错误行为中获利”这一原则让步。但在这个案件中也存在不同意见。同时，为了实现或具体或抽象的正义观念而对具体规则所规定的结论弃之不理，是否体现了法律裁判的典型特征，这一点也不那么清楚。在极端情形 (里格斯诉帕尔玛案是典范) 中，特定规则的确常常被搁在一旁，但在不那么极端的案件中，适用规则则是更普遍的做法，即使这么做似乎会导致某种不正义。实际上，在许多案件中，对立遗

① 例如参见 *Miller v. United States*, 196 F. Supp. 613 (D. Mass. 1961); *Cooperative Sanitary Baking Co. v. Shields*, 70 So. 934 (Fla. 1916)。

② 22 N. E. 188 (N. Y. 1889)。

③ 法哲学家罗纳德·德沃金在其所著的《认真对待权利》(1977) 和《法律帝国》(1986) 这两本书中对这个案件进行了深入分析。德沃金极为称赞判决结果，并认为它非常典型地代表了美国式的 (更准确地说是他自己的) 法律裁判路径。

嘱人之死负有责任的继承人被允许继承遗产。如一个案件中，继承人被宣告犯有故意杀人罪（voluntary manslaughter），他从被害人的死亡中获益了。^①在另一个案件中，继承人被认为是谋杀遗嘱人的同谋。^②还有一个案件，一个指定继承人（remainderman）杀害了一个终身地产（life estate）的持有人，为的是更快取得地产。^③最后还有这样一个案件，一个暴躁易怒、自私偏执的妇女因重大过失造成被继承人早逝，却比通常情况下更快地继承了遗产。^④

正如在一些案件中，规则即使会导致不正义也一样被容许适用；同样地，在更多案件中，法院执行了在它们看来是坏的规则，因为它们认为改变坏规则（至少那些来自于立法者的坏规则）属于立法者而非法院的权力。例如在布兰奇弗劳尔诉布兰奇弗劳尔案（*Blanchflower v. Blanchflower*）中，^⑤新罕布什尔州最高法院面对这样一个问题：《新罕布什尔州过错离婚法》将通奸清晰界定为只能在异性之间发生的行为，那么同性通奸行为是否应算是通奸。法院认为这部法律似乎过时了，而且根据平等原则它在道德上也是可疑的，但最终却得出结论认为，任何改变都应由立法者而非法院作出。对于新罕布什尔州最高法院来说（就像在里格斯案中持反对意见的法官，或者不同于里格斯案容许人们从他们已知的错误中获利的法院，或者像洛克案中的最高法院），法律规则的语词及字面实际所表述的含义关系重大。正如里格斯案中的多数意见、圣三一教堂案和科比案的判决所证明的，规则的文字或许不总有影响，也不总有根本性的影响，但忽视法律规

① *Bird v. Plunkett*, 95 A.2d 71 (Conn. 1953).

② *Reynolds v. American-Amicable Life Ins. Co.*, 591 F.2d 343 (5th Cir. 1979).

③ *Blanks v. Jiggetts*, 64 S.E.3d 809 (Va. 1951).

④ *Cheatle v. Cheatle*, 662 A.2d 1362 (D.C. 1995).

⑤ 834 A.2d 1010 (N.H. 2003).

则字义的普遍重要性就相当于忽视了规则的某种重要内涵。

规则实际所表述的很重要，这不仅仅是规则的一个要点。更加宽泛地说，忽视了这种即使适用规则会导致不公正也要适用它的傲慢，就相当于忽视了法律自身非常重要的内涵。当然，为了不公平而不公平并不是法律的目的。但有一些非常重要的价值——结果的可预测性、平等对待（同案同判）、对决策者个人（即使是法官）不受限制的裁量权的担忧——是尤其为法律体系所尊重的。这些价值通常被冠以法治之名，而法治的许多美德都在于将规则作为规则来认真对待。故此法律就不可避免地保持了形式性，所以有时在某些个案中似乎并不公正。但法律的任务并不只是在一个又一个的个案中去实现公正。有时法律勉强做的似乎是错误的，但使得法律成为法律（通常这样会更好，但有时也会更糟）的恰恰是这样一种观念：更为宏观层面的制度性与体系性价值十分重要，即使有时这将以丧失个案正义、英明决策或效率为代价。法律有许多方式来达成这一点，但最主要的方式就是认真对待规则。理解规则何时、为何以及如何作为规则对于法律来说是重要的，将帮助我们更好地理解法律本身。

第3章

先例的实践与问题

3.1 两种先例

法律通常具有保守性。多数情况下政策制定关心的是一项提案的未来效果，与此不同，法律决策则专注于回头看。通常来说，某个法律决策仅仅能在未来产生值得追求的结果是不够的（这对于其他决策来说通常足矣）；这个决策还必须来源于先前关于类似问题的决策，或至少与它们不冲突。实际上，比起关心未来的效果，法律推理更加忠于先例（*precedent*）。法律判决遵从先例是个惯常要求，借此法律表达出了这样的观点：通常来说，相较于一个正确的判决，一个与先例相一致的判决更好；相较于获得最佳结果，一个判决与先例相一致更为重要。

先例实践的现状要比上面这段文字所勾勒的更复杂，本章要探讨的就是我们希望法院遵从或服从先例（过往的决定）这样一个基本主题的诸面向。但在涉入复杂的情形之前，很重要的是要区分遵从先例义务在法律体系中呈现出的两种不同方式。一种可称为垂直先例（*vertical precedent*），即下级法院遵守管辖它的上级法院的先前判决，这种下对上的“命令链条”关系通常被理解为是垂直的。联邦地区法院有义务遵从巡回区内上诉法院的先例，上诉法院又有义务遵从最高法院的先例。州法院系统也一样，因

为它通常拥有类似的结构，也承担相同的义务。实际上，我们之所以将法院分为上级法院和下级法院，就是因为上级法院对下级法院拥有权威，这种权威主要体现在，下级法院有义务将上级法院的判决看作是有拘束力的。

除了有义务遵从司法等级中位居上位的法院的判决外，我们同样希望法院遵从它们自己先前的判决，虽然这个要求不那么明显，有时也更富于争议。这里的关系是水平的（horizontal），因为它涉及的是同一个法院的现在对于过去的义务。所以，水平先例并不关乎上级法院或下级法院，而是先前对于之后的一种人为的等级或者说被强加的等级。先前的判决具有较高地位，并不是因为它来自于某个上级法院；先前的判决之所以地位较高，只是因为它是先前的判决。法院遵从先前判决的义务通常被称为遵循先例（stare decisis）——这个拉丁短语表示“照章办事（不改变既有决定）”（stand by the thing decided），它是一种独特的受先例约束的形式。依照遵循先例学说，我们希望法院根据它过去决定问题的方式来决定争议，即使法院的成员已经变了，或者同一批成员改变了想法。像垂直先例一样，遵循先例（水平先例）涉及的也是遵从他人的判决。虽然垂直先例与水平先例都要求遵从他人的决定，但遵从上级法院的决定与遵从自身先前的决定还是不同的。这种不同在众多情境中十分重要，所以要先强调一下，即便我们现在还不清楚遵从（先例的）义务究竟意味着什么，也还没有考察这些义务在实务中呈现出的复杂性。

3.2 先例的基本观念

依照先例进行裁判的核心原则在于，法院应当遵从先前的判决，即它们对法律问题作出的处理应当与上级法院或先前法院作出的处理保持一

致。我们要关注“什么可算是相同的（法律）问题”，但首先我们需要考察的是，遵从先例的义务究竟是什么。在这种情况下，我们引入某些新的说明性术语。虽然在垂直先例的情形中先前判决来自于上级法院，而在水平先例（遵循先例）中先前判决来自于同一家法院过去的判决，但是在这两种情形中，我们都希望法院在另一个案件中遵从先前判决。为清晰起见，我们将目前应作出判决的法院称为当下法院（*instant court*），并将目前的争议称为当下案件（*instant case*）。我们可以将先前的法院（包括裁决先前案件的同一家法院）叫做先例法院（*precedent court*），将它的判决称为先例案件（*precedent case*）。所以，先例的效力与作用始终指的是先例法院对先例案件作出的判决对于当下法院在当下案件中面对的不同争议的影响。

现在我们可以来探讨遵循先例义务的性质了。首先，要理解先例的观念就要明白向过去学习（*learning from the past*）与仅因为存在某个过去的判决就遵从过去（*following the past*）之间的区别。前一种情形根本就不能算是真正的先例推理。当下法院可能会向某个先前案件学习，或者被过去的某个判决所说服（*persuaded*），但它之所以作出与另一家法院先前相同的决定，并不是出于先前案件的先例地位。相反，这一决定说明了人类向他人和向过去学习的基本能力。在许多情形中，当下法院都会被另一家法院的推理所说服，但假如当下法院真的被说服了，这并不是遵守（*obeying*）先例。^①为了说明这个道理，请想象一个法律领域外的例子：假设我在煮鸡蛋，我煮了六分钟，并高兴地发现它正好煮到我想要的硬度。所以，下次煮鸡蛋时我也煮六分钟，这没啥稀奇的。我已从过去的“案件

^① 这里提出的“遵从”或“遵守”与法理学文献中的并无二致，后者的焦点主要集中于这样一个问题：是否存在一种遵守法律的道德义务。参见 Donald H. Reagan, “Reasons, Authority, and the Meaning of ‘Obey’: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law”, 3 *Can. J.L. & Jurisp.* 3 (1990)。

(情形)”中获得了经验。但我之所以第二次也将蛋煮六分钟，并不是因为我先前煮了六分钟（这个事实本身），而是因为六分钟恰好是合适的煮蛋时间。我已从过去的行动中学到了这一点，随后我根据现在获得的知识作出了决定。

向过去的经验学习，这种做法广泛存在于公共决策过程之中。罗纳德·里根（Ronald Reagan）在1980年竞选总统时，采取了与先前的共和党候选人不同的做法，他将竞选的焦点放在能够吸引民主党阵线成员和南方民主党人的问题上，并且与这些团体的立场保持一致。这一策略获得了成功，随后就被其他共和党政治候选人所采用。但其他这些候选人之所以遵从里根的策略，并不是因为是里根运用了它，而是因为里根的成功使他们相信这个策略是正确的。

法律领域存在着相同的现象。^①在亨宁森诉布卢姆菲尔德汽车公司案（*Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*）中，^②新泽西州最高法院认为，汽车经销商与普通的小汽车买主之间议价能力相距悬殊，所以法院不能强制执行买方关于普通担保的弃权声明，即使它是书面的，也有签名。假设亨宁森案被判决之后，另一个州上诉法院的一位法官读到了亨宁森案的意见，并且服膺于这样一种观点：在现代公司经销模式和客观消费交易的条件下，这个意见在合同弃权声明方面代表了最公平的立场。她以前从来没想过有可能存在强迫性的不平等议价能力，甚至没想过，除了欺诈、胁迫和无行为能力外，还有其他可以不履行合同条款的情形。但在阅读亨宁森案的意见后，她修正了自己先前关于所谓合同神圣性的信念。现在她相信，在某

① 参见 Larry Alexander, “Constrained By Precedent”, 63 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1989); Lon L. Fuller, “Reason and Fiat in Case Law”, 59 *Harv. L. Rev.* 376 (1946); Frederick Schauer, “Precedent”, 39 *Stan. L. Rev.* 571 (1987)。

② 161 A.2d 69 (N.J.1960)。

些情形中，即使是签了字的书面合同条款也不应该被履行，即便并不存在明显的欺诈，也不存在传统所认可的可以不履行合同的理由。相应地，当机会出现时，她就会作出与亨宁森案一样的判决，并给出基本上是根据那个案件所作的意见。为了明确知识的来源，也为了给他人提供研究的指引，她引用了新泽西州的判决。但这并不是因为存在着新泽西州的那个案件所以她必须这样来作出眼前的判决，也就是说她并不是在遵守新泽西州的那个判决。她之所以作出这个判决，是因为在被亨宁森案的意见说服之后，她现在相信，在消费交易中，基于极端悬殊的议价能力而制定的不合理的合同条款不应该被履行。正如我从先前的行动中中学会应该将一个鸡蛋煮多久，也正如政治候选人从先前的案例中学到了获得成功的策略，这一假设案例中的法官之所以在当下案件中作出这个判决，并不是因为新泽西州的法院曾经这么做，或是因为在某种意义上她有义务服从新泽西州的法院。她这样做，是因为她从另一个案件中学到了一些东西，而这些东西反映了她目前的真实想法。这与从一本经济学或哲学著作中学会什么是显失公平没多大差别，甚至与从健身房的一次对话中学会什么是显失公平也没多大差别。所不同的只是学习的来源恰好是另一个州的一家法院，这基本上纯属巧合。

这些例子说明了法官运用先前案件的常见方式，但严格说来，它并不是先例推理（reasoning from precedent）——作为先前司法判决的先前案件的地位实际上并没有产生影响。相反，先例推理——或许将它称为“推理”根本就是错误——之所以遵从先前的判决，正是出于它作为上级法院或同一家法院先前所作的判决的地位，而不是因为当下案件中的法官被先例案件的推理所说服。例如，在亨宁森案后，新泽西州某个下级法院的法官或许仍旧会认为，所有非欺诈性合同条款都应该被严格履行，而作出亨宁森案判决的法院对消费者进行过度保护是错的。即使在读了亨宁森案

的判决之后，他依然没有被说服。但是，不管他多么相信有必要严格履行合同的书面条款，也不管他是多么相信亨宁森案的判决是错误的，作为同一辖区内的低级法院法官，他依然有义务遵守亨宁森案的判决。对于遵循先例来说同样如此。假如在1970年，也就是亨宁森案发生十年之后——此时新泽西最高法院的大多数法官早已不再是亨宁森案时的法官了——新任法官们认为亨宁森案判决是个重大错误，遵循先例的义务将依然迫使他们以相同的方式来判决相同的问题。他们被迫遵从一个他们认为是错误的判决，仅仅因为这个判决是该法院先前作出的。英国法理学家阿蒂亚（P.S.Atiyah）就直白地指出：“先例制度的观念迫使法官在某些案件中遵从他们并不赞同的判决。”^①

基本观念现在应当很清楚了。法院受到先例的拘束，这句话的意思不仅包括，当法院认为一个先例正确的时候有义务遵从它，而且也包括，当它们认为先例错误的时候也有义务遵从它。是先例的来源或地位而不是它推理的可靠性^②或当下法院认为它结论正确的信念，赋予了它效力。例如，当我们主张说，即使认为罗伊诉韦德案（*Roe v. Wade*）^③的判决错误的那些最高法院大法官们也应当在随后的案件中遵从它时，这一主张并不是说（或不仅仅是说）这些大法官们应当改变他们关于罗伊诉韦德案的观点。这一主张的真正意思是，即使这些大法官认为罗伊案判决是不正确的，他们也应该遵从它。

① P.S.Atiyah, "Form And Substance in Legal Reasoning: the Case of Contract", in *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré* 19, 27 (Neil MacCormick & Peter Birks eds., 1986). 同样可见 Lionel Smith, "The Rationality of Tradition" in *Properties of Law: Essays in Honour of James Harris* 197 (T. Endicott, J. Getzler, & E. Peel eds., 2006)。

② “假如先例真的（对法官）有拘束力，假如他忠诚地接受遵循先例的原则，那么他甚至都不会停下来想一想有什么样的实质性理由可以来支持相反的判决。” Atiyah, *supra note 4*, at 20。

③ 410 U.S. 113 (1973)。

3.3 一种古怪的想法

遵从先例使得法官作出的判决与不存在先例时他们根据自己最佳判断所作的判决不同，明白了这一点，我们就可以理解，为什么许多时候先例的拘束在许多方面都是反直觉的，至少从被拘束的法官的角度来说是这样的。从这点看，遵从先例——无论是垂直先例还是水平先例——的义务通常会要求他们得出他们认为是错误的判决。^①为什么法律要以这种方式运作？为什么法律体系要求法官作出不同于依据自身最佳法律判断所作的判决呢？

就垂直先例而言，先例拘束的正当性相当明显。我们希望孩子服从父母，即使他们并不赞同父母的命令；希望公民服从警察的命令，即使他们认为那是错的；希望天主教徒遵从教皇的谕令，即使他们认为那些谕令错了；希望雇员遵从他们管理者的指令。与此相通，我们也希望下级法院在一种军队中称为“命令链条”的结构之中去遵从上级法院的“指令”。不管我们怎样理解当下持异议的大法官遵从最高法院对罗伊诉韦德案这个先前判决的义务，只要这个先例没有被推翻，下级法院要遵从罗伊案判决就不足为奇。^②就垂直先例而言，受先例拘束不外乎是尊重法律体系的等级权威，它存在于大多数政府制度与非政府制度之中。

然而，当我们转向水平先例时，支持这么做的理由就不再那么明显了。

^① 斯卡利亚大法官不赞同最高法院遵循先例（的做法），他曾说：“（遵循先例）的全部功能在于迫使我们说，通过恰当的分析被证明是错误的东西却必须被认为是正确的。” Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 139 (Amy Gutmann ed., 1997)。

^② 例如，在一起堕胎案中，埃米利奥·加尔萨 (Emilio Garza) 法官说：“在我的司法生涯中，第二次被迫去遵从最高法院的一份意见，我相信它与宪法相抵触。” *Causeway Medical Suite v. Ieyoub*, 109 F.3d 1096, 1113 (5th Cir. 1997) (Garza, J., concurring)。

遵循先例是普通法的普遍原则，^①但在法律之外的情境中就未必如此了。比如，我们不会仅仅因为科学领域的前辈们曾得出某些结论，就希望后来的科学家得出与他们相同的结论。假如国会仅仅因为自己先前曾作出某些决定，现在就要作出相同的决定，这未免会让人大跌眼镜。没人会认为，总统即使不认同他的前任所制定的那些政策，他也应当遵从它们。实际上，我们之所以投票选出新总统，通常就是希望他能施行与前任不同的政策。所以不足为奇的是，逻辑学著作通常将先例论证看作是谬误，因为某人在过去曾得出某个结论并不能说明现在它是正确的。^②即使在法律中，先例观念常常也显得很古怪。奥利弗·温德尔·霍姆斯曾评论说，有些先例“残留下来的原因不外乎是……它是亨利四世的时代制定的”，而法院受到这些先例的拘束是件令人厌恶的事。^③杰里米·边沁（Jeremy Bentham）——他对先例深恶痛绝——总的来说十分痛恨先例制度，尤其痛恨遵循先例原则，他将它描述为“毫无理性、公然排斥理性因而有违理性”。^④

但正如霍姆斯在某些时候所认识到的（即使边沁没有），的确存在某些支持遵循先例的理由。布兰代斯（Brandeis）大法官曾认识到其中的一个，他说过这样一句名言：“多数情况下解决（问题）比正确地解决问题更重要。”^⑤在生活中，尤其在法律领域，解决问题本身通常就是有价值的，因

① 并非一直如此。虽然遵从垂直先例的义务可以追溯到十八世纪或更早上诉法院设立之初，但遵循先例的拘束力一直到十九世纪才开始被接受。参见 Thomas R. Lee, “Stare Decisis in Historical Perspective”, 52 *Vand.L.Rev.* 647 (1999); Edward M. Wise, “The Doctrine of Stare Decisis”, 21 *Wayne L. Rev.* 1043 (1975)。

② 例如参见 D. Q. McInerney, *Being Logical: A Guide to Good Thinking* 142 (2005); Christopher W. Tindale, *Fallacies and Argument Appraisal* 201 (2007)。

③ Oliver W. Holmes, “The Path of Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 469 (1897)。

④ Jeremy Bentham, “Constitutional Code”, in 1 *Collected Works of Jeremy Bentham* 434 (F. Rosen & J.H. Burns eds., 1983)。

⑤ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting)。

为这样一来他人就能依赖这些判决，并用它们来指引自己的行为。从事商业贸易的公司需要知道哪些交易是法律所容许的，哪些又是不容许的，如果相关法律规则变动不居，就会带来过大的风险，而使得这种信任和依赖丧失。从受法律拘束的人的角度来说，从法律的微小改进中所获得的收益远远不能抵消因无法依赖法律规则与先例而带来的损失，即使这些规则与先例是不完美的。

从受拘束的法院的角度来说，遵循先例带来了认识上和裁判上的效率 (cognitive and decisional efficiency)。我们没有能力同时开放所有的问题且一并进行思考，假如我们所有的决定都总是处于悬而未决的状态，那么就几乎没法做事情了。尤其是在法院中，限定争议的范围能增强聚焦论证的能力，将某些问题直接视为已决问题会使得法院的工作更轻松，对于那些希望依照法院的判决来规划自己生活和行动的人来说也是如此。当卡多佐大法官还是纽约州上诉法院的法官时，他就曾说过：“如果过去的每一个判决在每一个案件中都可以被重新开启的话，法官的工作量就会一路狂增至濒临崩溃的地步。”^① 在这一段精辟的话中，他抓住了一个要点：人类只能做这么一点事，而一旦做了某些事，就意味着我们最好将其他事留待其他场合去解决。

遵循先例——为了既判力而重视既判力，为了一致性而重视一致性——是为了实现一系列与稳定 (stability) 相关的价值。当然，稳定并不是全部，即使是布兰代斯也认识到：就像解决问题有时比正确地解决问题来得要重，同样地，正确解决问题有时也比不正确地或不完美地解决问题，或者说为了解决问题而解决问题来得重要。但无论某些时候正确性显得多么重要，遵从过去而不考虑它的正确性对于法律来说都是十分关键的。遵

① Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 149 (1921).

从先例绝不是一种决策体系的愚蠢附属物，当下的决策体系主要致力于作出正确的决定，实际上，它反映了这种决策体系的某些深层和持久的属性，它服务于稳定、一致性、既判力以及尊重过去等价值，而其他政府部门和其他决策体系则更加灵活、更不稳定、更不可预测以及更重视未来。

3.4 先例的认定

单说我们希望法院遵从过去的判决是很容易的。不论是在遵循先例的情形中遵从自身过去的判决，还是在垂直先例的情形中遵从上级法院过去的判决。但确定什么是过去的判决则很不容易。有时候任务很明确。例如，最高法院在处理一个涉及是否容许某州完全禁止堕胎的案件时，不将罗伊诉韦德案作为相关先例是无法想象的。假如某人在新泽西州主张，从公司经销店中购买汽车的消费者应该严格遵守书面的担保弃权声明，那么亨宁森案就将成为支配论证活动的先例。假如问题在于，两部成文法相冲突时，特定案件^①的法律适用应如何决定，法院对抽象成文法所作的解释就将为未来的案件确立法律标准。但更常见的情形是，哪些案件被算作先例案件并不那么清楚；更重要的是，甚至这些案件代表什么（主张）同样也不明显。

认定相关先例及判决依据的任务之所以会产生问题，很大程度上是因为没有两件事是完全一样的。所以，也没有两个案件会是完全相同的。例如在莱佛士诉维切豪斯案（*Raffles v. Wichelhaus*）中，^②英国财政法院

^① 参见 *Anastasoff v. United States*, 223 F.3d 898 (8th Cir. 2000), vacated as moot, 235 F.3d 1054 (8th Cir. 2000)。

^② 2 H. & C. 906, 159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864)。

(English Court of the Exchequer) 认为, 当棉花的买方认为他买的是一艘叫“皮尔利斯”(Peerless) 的船上的棉花, 而卖方却认为他卖的是另一艘恰好也叫做“皮尔利斯”的船上的棉花时, 这里就不存在什么合意, 所以也就不存在合同关系。莱佛士案与之后的每一个案件在某些方面都会有所不同, 至少在时间方面是不同的。但是, 如果某人主张: 因为另一个在其他方面都与莱佛士案相似的案件发生在伦敦而不是利物浦, 或者在这个案件中两艘船都叫做“艾克塞尔西奥”(Excelsior) 而不是“皮尔利斯”, 或者案件涉及的货物是茶叶而不是棉花, 所以莱佛士案并不是它的先例, 这种主张无疑是愚蠢的。如果一个先例案件与当下案件是如此相像, 以至于任何差别都是无足轻重的, 那么律师和法官通常就会说那个先例与当下案件“完全一致”(on all fours), 在这类情形中, 认定先例就几乎没什么问题。

但通常情况下, 当下案件与某个可能的先例案件之间的差别要比莱佛士案和与其相似而只是在船舶、港口和货物方面有所不同的案件之间的差别更大。如果这样, 就会出现两个相关的问题。第一个问题是对相关先例的初步认定。某个先前的判决是被看作一个先例案件吗? 第二个问题是确定那个先例案件现在代表什么。在两个案件或两件事之间不存在完全同一性的世界中, 我们的任务在于确定, 某个可能的先例案件与当下案件之间是否存在相关相似性(relevant similarity), 因为只有当存在这种相关相似性时, 当下法院才有义务去遵从先例法院的意见。

我们可以通过考察两个经常被用来探讨先例性质的案件, 来说明如何确定相关相似性。第一个案件是卡多佐法官在纽约州上诉法院任职时对麦克弗森诉别克汽车公司案(MacPherson v. Buick Motor Company)所作的判决。^①这个案件多少有些特殊。麦克弗森提出, 别克汽车公司(一家小

^① 110 N.E.1050 (N.Y.1916) .

客车制造商)应向一辆别克车的购买者进行赔偿,该购买者因为别克公司在汽车上安装了一个有缺陷的轮胎(轮胎是别的公司生产的)而受伤,尽管购买者与别克汽车公司之间并不存在直接的合同关系。但是,即便麦克弗森案显然是针对一辆有瑕疵的奥兹莫比尔车(Oldsmobile)或丰田车(Toyota)之诉的先例,或者是一个涉及不同于轮胎的其他汽车部件之瑕疵的案件的先例,大部分随后的案件也不会那么相似。比方说,假如在随后的某个案件中,伤害是由某个通常来讲比汽车的危险性要小的产品中的异物带来的,麦克弗森案还能被认为是具有约束性的先例吗?在麦克弗森案宣判一段时间之后,英国发生了一个同样知名的类似案件,多诺霍诉斯蒂文森案(*Donoghue v. Stevenson*)。^①在此案中,作为消费者的多诺霍女士是位于苏格兰佩兹利的维尔米多咖啡店(Wellmeadow Café)的老主顾。有一次,她的一位同伴在店里为她点了一杯生姜啤酒。多诺霍女士喝了大约半瓶啤酒,然后店主又用一个不透明的瓶子给她的玻璃杯里加酒,这时一只死蜗牛的残体跌入了多诺霍女士的杯中。这只蜗牛的腐烂状和散发的臭味引起了多诺霍女士胃部痉挛和精神惊吓,她随后起诉了生姜啤酒的制造商(同样也是装瓶者)。

就和麦克弗森案一样,在多诺霍案中,作为被告的制造商主张诉讼请求不应当得到支持,因为消费者和制造商之间缺乏直接的合同关系。假如这个案件是继麦克弗森案后在纽约州发生的,原告肯定会主张争议点早已确定,因而要求法院作出与麦克弗森案一样的结论。而被告则会主张这两个案件并不相同,麦克弗森案并不代表这样一个主张:在一个不涉及固有危险的机器(诸如汽车)的案件中,存在直接合同关系并不是必须的。面对这样两种相反的立场,审理当下案件——即假设生姜啤酒案发生在麦克

^① [1932] A.C. 562 (H.L.).

弗森案之后的纽约州——的法院要如何来判定，麦克弗森案究竟是不是它的先例？前者是哪些案件的先例？

这个问题一直以来就是永无止息的争议点。有一种共识认为，先例案件不仅是未来发生的大体相同的案件的先例，也是相似案件——涉及相似事实的案件——的先例。但是，是什么使得某个事实情形与另一个并不相同的事实情形相似呢？我们相信，有缺陷的丰田车与有缺陷的别克车是相似的，但一个装着令人恶心的异物的不透明饮料瓶与一辆装有缺陷轮胎的汽车究竟是否相似呢？两种情形的共同之处在于，它们都涉及消费者的交易行为，都是因为产品的缺陷造成了伤害或疾病，缺陷都不是一目了然的（这也是为什么多诺霍案中的瓶子不透明是个很重要因素的原因）。它们的不同之处在于，汽车不同于生姜啤酒，汽车昂贵而生姜啤酒便宜，汽车在被制造商指定的经销店出售而生姜啤酒在提供各种不同饮料的咖啡店出售。像任何两个事实一样，麦克弗森案与生姜啤酒案的事实在某些方面相似，而在其他方面则不同。^①既然如此，当下法院如何判定两个案件的相似度足以使得第一个案件能成为第二个案件的（有约束力的）先例呢？

一种可能是，某些事物与其他事物就是相似的，法律有义务将那些在深层和前法律（prelegal）的意义上的确相似的事物相似对待。根据这一观点，使得一个涉及丰田汽车刹车的案件与麦克弗森案足够相似，原因在于：丰田之所以类似于别克，是因为它们都是小客车；刹车之所以类似于轮胎，是因为它们都是汽车的组成部分，并且这些汽车的构造缺陷都能给人造成严重伤害。但这种对待相似性的态度的前提性观念是，存在自然的相似性（natural similarities），这并不可行。正如我们所知，麦克弗森案是

^① 因为任何两个行为、事件或案件都在某些方面相似而在其他方面不相似，所以先例制度的价值不可能基于相似案件相似对待的要求。参见 David Lyons, "Formal Justice and Judicial Precedent", 39 *Vand. L. Rev.* 495 (1985)。

一个有关侵权责任与构造缺陷的案件，但在随后某个有关证券监管和银行业的案件中，是否应该将位于日本的丰田公司与位于底特律的别克汽车公司同等对待就不那么清楚了。假如最终证明，轮胎是从一家轮胎制造商那里通过日常渠道购买的，而刹车是汽车公司自己生产的，那么在某些类型的产品责任案件中，刹车可能也就不再与轮胎具有相关相似性了。

哲学家们常常谈论自然类型（natural kinds），指的是就其性质而言根本不同的事物，它们并不是人为类型化或分类的结果。斑马不同于岩石，不是因为人类判定它们不同，而是因为它们在性质上本身就是不同的。使得斑马之为斑马和岩石之为岩石的原因，并不是由人类或人类制度决定的，而是由宇宙的自然设计造成的。但是，即便涉及自然类型，法律也有自己的目标 and 价值判断，它可能会有所选择地将性质不同的事物相似对待，就像它将相同的产品责任规则同时适用于果树和瓶装水的销售那样，同一套产品责任规则适用于两者，与果树和水属于不同的自然类型这一点并行不悖。相反，法律也可能将不同的规则适用于性质相似的事物。从法律的角度来看，我买来的钻石（通常）是我的，但我偷来的钻石（通常）不是我的，即便我买来的钻石和偷来的钻石在自然和前法律的意义上是相似的。

假如对于法律来说，即使自然类型在自然意义上也不相似的话，那么对于法律来说就没什么东西是自然相似的了。两个东西在前法律的意义可能呈现出相似性，通常是因为它们的相似性建立在某种共同的需求或目标的基础上。例如，大多数人会认为红色的手提包与蓝色的手提包是相似的，因为它们发挥着相似的功能，但如果问题在于两个手提包是否与一双特定的鞋子相匹配，那么两个包就可能不再如此相似了。如果一个知识产权案件涉及的问题是，不同颜色是否可能使得产品被轻易辨别出来，那么在该案中它们同样是不相似的。这也是为什么丰田与别克对于进口关税立法来说并不相同，为什么在运输安全管理局（Transportation Security

Administration) 的机场安检员眼中伏特加和水相似,而在执行禁止向未成年人销售白酒的法律人员眼中两者不同的原因。根据某些自然相似性来回答哪些案件与其他案件相似,这种做法会使我们走上一条南辕北辙的道路。

这并不是说,法律从不会将相似性和差异性的判断建立在前法律世界中的相似性与差异性的基础之上。在《法律的道路》中,霍姆斯讲述了下面这个很可能是虚构的故事:

有这样一个故事:在佛蒙特州,有个农民向当地治安法官提起一桩诉讼,原因是被告打破了他的搅乳桶。法官颇花费了些时间来想这个问题,然后说,他翻遍制定法也没找到任何写着搅乳桶的条款,所以判决驳回了原告的起诉。^①

霍姆斯明显是在取笑佛蒙特州的那位治安法官。他的主旨是想说明,只有没受过法律训练的榆木疙瘩才会认为“搅乳桶”是法律上的相关范畴。霍姆斯接下来的评论让这点更为清晰:

粗糙的合同法或侵权法规则要么隐藏在铁路、电报或……船运等开头语之后……要么被归拢在一个随意但据说对实务思维很有吸引力的标题之下,比如商法(Mercantile law)。假如某人步入法律的殿堂,就要费尽心力来掌握它,而掌握它就意味着透过生动的事件表面去识别预测的真正基础。^②

霍姆斯的这则小故事闻名遐迩,但他或许是错的。^③ 法律确实常常将那些在前法律或法律外的意义上互不相同的事物作相似的对待,比如它用

① 10 Harv. L. Rev. 457, 474-75 (1897)。

② 10 Harv. L. Rev. at 475。

③ 参见 Frederick Schauer, "Prediction and Particularity", 78 B.U.L.Rev. 773 (1998)。

合同的范畴来囊括劳动合同和出售莴苣的合同，比如 1933 年证券法案中的“证券”被理解为，不仅包括股票和债券，也包括某些保险单、银行账户和对于土地、赛马、油画、果树和红酒的部分所有权权益。^①但很多时候，法律关于法律相似性的判断的确基于法律外世界的相似性。在卡尔·卢埃林的领导下（他对于法律现实主义的贡献将在第 7 章中论述），统一商法典的起草很大程度上反映和遵循了商人在日常交易中的真实实践。^② 证券销售合同在大多数时候都受特别的联邦证券法，而不是州合同法的调整，这说明，证券与其他合同对象之间的真正区别被反映在了法律之中。在成为最高法院大法官前，路易斯·布兰代斯（Louis Brandeis）曾与人合作写就《池塘法》（*The Law of Ponds*）^③。这说明，与霍姆斯的观念不同，像池塘这类法律范畴经常建立在前法律世界的范畴基础之上。霍姆斯指出不存在搅乳桶法或许是对的，但当他暗示说不可能存在像搅乳桶法这类法律时，他就错得离谱了。

所以，为了评判是否构成先例而进行相似性的测定，可能在某些情境中仅反映法律目的下法律意义的相似性，而在其他情境中则可能反映其他领域的相似性。但是，只要这两种可能都存在，只要对相似性有前法律的判断以及不同情境和目的会产生影响，那么就无法得出结论说，对于法律相似性的判断不过只需去看看当下案件中的事实与先例案件中的事实是否真的相似就可以了。

既然追溯自然相似性的做法行不通，那么我们就必须要找出某种其他东西，让它来告诉我们，某个被声称是先例的先前案件是否以及何时真的

① 例如参见 Rutheford B. Campell, Jr., “Racing Syndicates as Securities”, 74 *Ky. L.J.* 691 (1985)。

② 例如参见 Zipporah Batshaw Wiseman, “The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules”, 100 *Harv. L. Rev.* 465 (1987)。

③ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Law of Ponds”, 3 *Harv. L. Rev.* 1 (1889)。

构成当下案件的先例。而这个其他东西通常（尤其是在除美国外的普通法世界中）被叫做先例案件的判决理由（*ratio decidendi*），即，法院判决的基础或理由。^①我们不仅需要知道先例法院作出了什么样的判决，而且也要知道它为什么作出这个判决。所以，在英格兰和其他地方存在这么一个共识：像规则一样，在先例案件结论的背后隐藏着正当化依据或理由，一个先例案件之所以是好的先例并且具有拘束力，就是因为嗣后所有的案件都落入了这个先例案件的判决理由之内。到目前为止看上去一切顺理成章，但现在问题来了：我们如何知道先例法院为什么作出了那个判决？我们如何知道判决理由是什么？一种可能在于，将先例法院所描述的先例案件事实以及其他事实与案件结论合起来当做判决理由。实际上，这正是法学理论家阿图尔·古德哈特（Arthur Goodhart）提出的一种非常有影响力的主张。^②但古德哈特的解决方案从根本上说帮助不大。假如事实是：麦克弗森先生从经销商那里买了一辆别克车，而经销商是从别克汽车公司那里买来的，别克车的轮胎破裂，造成麦克弗森先生受伤；结论是：麦克弗森先生对别克汽车公司胜诉，此时我们还是不知道如何来理解这些事实的抽象化程度（*level of abstraction*）或一般性程度（*level of generality*），在没有

① 参见 Geoffrey Maeshall, “What is Binding in a Precedent?”, in *Interpretation Precedents: A Comparative Study* 503 (D. Neil MacCormick & Robert S. Summers eds., 1997)。

② 美国人古德哈特从1931年至1951年担任牛津大学法理学教授。他主张判决理由包括法院所发现的实质性事实和结论，这一观点见于 Arthur L. Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, 40 *Yale L. Rev.* 161 (1930)。一些年后，古德哈特的主张引发了激烈的争论。参见 Arthur L. Goodhart, “The Ratio Decidendi of a Case”, 22 *Mod. L. Rev.* 117 (1959); J.L. Montrose, “Ratio Decidendi and the House of Lords”, 20 *Mod. L. Rev.* 124 (1957); J.L. Montrose, “The Ratio Decidendi of a Case”, 20 *Mod. L. Rev.* 587 (1957); A.W.B. Simpson, “The Ratio Decidendi of a Case”, 20 *Mod. L. Rev.* 413 (1957); Julius Stone, “The Ratio Decidendi of the Ratio Decidendi”, 22 *Mod. L. Rev.* 597 (1959)。

获得更多事实之前，我们也不知道法院为什么作出这样一个判决。^①与判决理由相关的究竟是什么：别克车？轮胎？消费产品？有内在危险的产品（比如1916年的汽车就被认为是这样的产品）？或者是其他东西？事实和结论本身不会提供理由来支持先例法院的判决，但离开这些理由，我们就无法辨识麦克弗森案究竟是一个别克汽车案？轮胎案？汽车案？消费产品案？还是某个完全属于其他类型的案件？相似地，假如法院判定，如果将烈酒非法卖给未成年人，就要对未成年人因酒精造成的相关伤害负责，^②那么将烈酒合法卖给成年人也要承担类似的替代责任（vicarious liability）吗？进而，非法出售枪支，枪支随后又被用于抢劫呢？合法出售枪支，枪支随后被用于同样的目的呢？真实发生的多诺霍诉斯蒂文森案是这个案件——瓶子是透明的，能够被消费者检查——的先例吗？在上述所有案件中，我们都不能够说，法院对事实与结论的陈述大体给我们提供了答案，尽管古德哈特是这么想的。

假如案件中单纯的事实与结论陈述本身无法告诉我们先例案件“代表”什么，那么就可以说，法律相似性的问题要由法律本身来决定。这就是为什么对于先例的讨论（包括古德哈特的讨论）通常涉及的不是事实，而是实质性事实（*material facts*）^③的原因。基于案件的判决依据（*holding*）^④，在

① 参见 John Bell, “The Acceptability of Legal Arguments”, in *The Legal Mind: Essays for Tony Honore* 45, 47 (Neil MacCormick & Peter Birks eds., 1986)。

② 例如参见 *Congini v. Portersville Valve Co.*, 470 A.2d 515 (Pa. 1983)。

③ 也可译为“重要事实”——译者注。

④ 根据《元照英美法词典》，*holding* 具有五种含义：(1) 裁决；(2) (从法庭裁决中引出的) 法律原则；(3) (个人或公司) 拥有 (的财产、证券等)；(4) (封建法) 保有 (封地)；(5) 持有 (某种职位)。与本文的内容最接近的显然是第 (2) 种含义，但将 *holding* 译为法律原则非常容易与法律推理涉及的 *legal principles* 相混同；且在下文中，作者将 *holding* 界定为“决定案件结果的法律规则”，如将其译为法律原则，则会产生让人费解的表述，即“法律原则是决定案件结果的法律规则”。因此，译者将 *holding* 据其内涵意译为“判决依据”，而将 *ratio decidendi* 译为“判决理由”——译注。

美国这一术语比 *ratio decidendi* 更为常见，虽然两者在含义上略有差别）由实质性事实与结果组成这一结论，古德哈特及其他学者解决了一般性的问题，但付出的代价是消解了自身观点的核心部分。所以在古德哈特看来，将别克汽车作为实质性事实是错的，因为汽车的“别克属性”（Buickness）并不比麦克弗森先生的姓以字母“M”打头更为重要。根据这一观点，当某个法律规则使得一个事实在法律上变得很重要（具有实质性）时，这个事实才是重要的（实质性的）。是法律规则告诉我们什么时候两个事物是相似的，也是法律规则告诉我们应该在何种一般性程度上来理解（并在初审法庭上来描述）事实。所以，是法律规则告诉我们，“汽车”是具有法律上重要性的范畴，而“别克车”则不是。虽然通常来说如此，但依据法律规则来确定哪些案件实质上是相似的而哪些不是，恰恰回避掉了我们正在试图回答的问题。假如重要性的标准来自于先例案件之外，例如成文法，那么真正起作用的就是成文法，而压根就不会有什么先例拘束了。也就是说，假如一个成文法规定，特征 p、q 和 r 是重要的，而先例显现了这些特征，那么这些特征的法律相关性就是由上述成文法而不是先例决定的。通过单个或多个案件而不是先例案件来判断重要性，情形也大体一样。假如某个既定法律规则使得先例的某个部分变得很重要，那么我们需要做的就只是去寻找规则的来源并直接适用它，而不会认为是先例案件施加了拘束。假如是某个法律规则告诉我们为什么“别克属性”不具有法律实质性特征，那么面对麦克弗森案后发生的一起案件时，法院遵从的就应当是那个法律规则，而不是任何可以从麦克弗森案本身发掘出的东西。

所以，很难理解实质性怎样才能来自于对（即便是）实质性事实本身的陈述？假如是一个外在于这些事实的规则决定了实质性，那么就是这个规则而非先例案件在发挥作用。而假如对实质性的判断并非来自于一个外在于案件的规则，那么先例拘束的观念就似乎是虚构的了，因为如果法院

希望获得与先前某个案件判决一致的结论，就会认定它们是相似的；如果法院想要获得相反的结论，就会认定它们是有差异的。这两种做法都不存在什么障碍。因为任何两个事件或事实情形在某些方面都是相似的，而在另一些方面则都有所不同。所以，说是法律决定了相关相似性，这个回答压根就算不上是回答。

但我们不必感到绝望，并主张说在大部分情形中根本不存在有效的先例拘束，因为我们需要记得，在绝大多数案件中，先例法院不仅给出了事实和结果（或结论），也告诉了我们为什么它得出那个结论。换言之，问题很多时候不在于从案件中提炼出判决理由，而在于直接去阅读法院所写明的判决理由。^① 假如麦克弗森案的法官卡多佐曾说过类似于这样的话：“我们得出这一结论，是因为消费产品的购买者在发现或纠正构造缺陷方面的能力较弱，而像别克这样的制造商有更大的能力来避免损失或承受损失。”那么，相比于没有这段话，我们就将更容易来认定，麦克弗森案是任何涉及消费者和制造商的案件的先例，因为这是卡多佐法官直接说的。

有时法院会清晰明了地说出规则。假如卡多佐法官说：“我们认为，在所有涉及非商业消费和产品制造商的案件中，消费者都可以因为构造缺陷从制造商那里获得补偿，而无需顾及制造商与消费者之间不存在直接合同

① 提炼判决理由在英国比在美国重要得多，因为在英国传统的上诉实践中（同样也在某些其他英联邦国家中），没有必须得出简单多数意见或法院意见的要求。每个听审的法官，不管是三个、五个还是更多，通常都会给出自己的个人意见。多数法官的意见就是案件的结论，但判定案件代表什么不可避免是这样一个过程，即，哪些法律命题以及哪些理由会获得多数法官的合意。例如，假如法官 A 出于理由 x、y 和 z 决定支持原告，法官 B 出于理由 p、q 和 x 也决定支持原告，而法官 C 决定支持被告，那么判决理由就是 x 这个多数法官所分享的理由（也是唯一分享的那个理由）。不发表这类个人意见的地方，比如美国（不考虑这样一种倾向：不断分裂的最高法院似乎就在向着那个方向运动），判决理由的判定问题没有那么复杂。

关系这一事实。”那么关于这个案件代表什么，即它是哪些案件的先例这一疑问就基本上消失了，因为现在有一个法院创制的规则可以适用于未来的案件。^①即便判决依据没有以如此明显的方式表述出来，法院的措辞依然是认定判决依据的指明灯。当被追问为什么得出那个结论时，法院会将它所面对的案件描述为某个类型的事例，但这个类型必然要比具体案件中的特定事例——哲学家们称为“殊型”（token）——更具一般性。所以，例如当最高法院对*纽约时报诉沙利文案*（*New York Times Co. v. Sullivan*）^②（该案以第一修正案为基础，极大地更新了美国的诽谤法）作出判决时，它不仅将沙利文专员描述为警监（police commissioner）——这本身就是对沙利文自己和沙利文的特殊工作进行抽象化的结果，也将他描述为“政府官员”（public official）。它不仅将《纽约时报》描述为独一无二的《纽约时报》，甚至也它不仅将它描述为一份报纸，而是描述为“出版业”（the press）。因此，*纽约时报诉沙利文案*从一开始就被认为是所有涉及政府官员诉出版业的诽谤案件的先例，而这正是因为，也仅仅是因为，最高法院恰好就是这么说的。假如法院将沙利文描述为警察，而嗣后案件的争论焦点在于，*纽约时报诉沙利文案*是不是被诽谤的原告是一个与执法毫无关系的政府官员这类案件的先例，那么，一方当事人会主张，将沙利文理解为所有的政府官员是合适的；而另一方当事人则会主张一种更狭义的解释。但是，没有任何一方能够主张，他倾向的解释就是早前那个案件强制要求的结果，就好像是最高法院表达实际意见时的语言所指向的结果。^③

① 参见 Larry Alexander, “Constrained By Precedent”, *supra* note 2. 同样可见 Larry Alexander & Emily Sherwin, “Judges as Rule Makers”, in *Common Law Theory* 27 (Douglas E. Edlin ed., 2007)。

② 376 U.S. 254 (1964)。

③ 这并不是说，假想出来的那个受到限制的*纽约时报诉沙利文案*与嗣后一个试图扩张它的案件之间不可能相关。这类论据的性质将是第5章的焦点。

3.5 判决依据与附带意见

明眼的法律行家会发现，前文的阐述与关于案件的传统区分，即判决依据（*holding*）和可能相随的附带意见（*dicta*）之间存在着某种紧张关系。^① 依照传统观点，^② 判决依据——与判决理由（*ratio decidendi*）非常接近但不完全一致——是决定案件结果的法律规则。例如，如果我们说，国际鞋业公司诉华盛顿案（*International Shoe Co. V. Washington*）^③ 的判决依据是，只要与国家有充分的最低限度联系且不违反传统的正当程序观念，国家就可以对国外的被告行使对人管辖权，那么我们就陈述了一个法律规则。法院有时是在重构规则，有时只是在重复存在于某个先前案件中或者从许多先前案例中提炼出来的规则。但判决依据并没有什么特别神秘的地方——它是适用于特定案件事实时产生某个结果的法律规则。因此，我们可以说，在国际鞋业案中，法院须找到被告与法院所在国之间存在最低限度的联系，才能行使对人管辖权；但我们也可以说判决依据包含了规则背后的特定理由以及规则对特定案件事实的适用。所以我们可以将国际鞋业案的判决依据描述为最低限度的联系加上法院的这个陈述，即要求被告在一个与自己基本上没有联系的国家中应诉是不公平的，因而这个一般性陈述就有了具体的结论：因为国际鞋业公司的商人一直在华盛顿从事商贸活动，所以有充分的最低限度联系来支持法院行使对人管辖权。

① 我们将在第9章中再回到判决依据与附带意见这一主题上来，与本章相比，那一章更加密切关注司法意见的本质。

② 例如参见 Glaville Williams, *Learning the Law* 62-88 (10th ed., 1978)。

③ 326 U.S. 310 (1945)。

对判决依据的这种理解本身没什么问题。法院表述出作为判决基础的法律规则，将这个法律规则适用于它所面对的事实，并宣判某个结果。这就是判决依据。但当法院没有明确表述出判决依据是什么，而是将它留给读者去判定时，问题就来了。根据传统的理解，只有结合法院关于实质性事实的陈述与结论才能确定判决依据，但我们已经明白，这种方法并不令人满意。假如法院并没有说明实质性事实为什么是实质性的，我们就只能去面对一个能以各种不同的抽象化程度来解释的事实陈述，我们既无法确定法院的观点是什么，也无法可靠地将先例判决适用于未来。只有先前的法院陈述出判决依据，随后的法院才能真正依靠（并遵守）它的判决依据，因为如果没有这种陈述，判决依据就不可捉摸。如果有相关陈述，并且我们了解了这类陈述在表明法院的判决依据方面所扮演的核心角色，那么判决依据（如同判决理由一样）就没那么神秘了。

根据传统的理解，事实陈述和判决依据之外所有的东西都属于附带意见（*Obiter dictum*）——这个拉丁语的字面含义是“顺便说明的东西”，或“捎带说出的东西”。它是某种额外的东西，在严格意义上，是某种对于得出、证立或说明案件的结论来说并非必要的东西。这些并非必要的陈述一般被缩写为“意见”（*dicta*），它们通常是法官关于要解决的问题之外的事实观点，或对于法院实际得出的结论来说并非必要之事的结论，甚至很大程度上是并不相干的题外话。例如，在马布里诉麦迪逊案（*Marbury v. Madison*）中，^①首席大法官约翰·马歇尔（John Marshall）认为，1789年的司法条例——根据这一条例，法院可以行使事项管辖权——是违宪的。但他还加上了这么一句：最高法院对于美国总统拥有管辖权。这就激怒了托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）总统，尤其是因为，这

^① 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

句话对于法院的裁判来说完全是没有必要的，因此它显然属于附带意见。假如法院从一开始就没有事项管辖权，那么它压根就没有必要来谈论谁会受制于这一假设的管辖权。然而，布莱克门（Blackmun）大法官在弗拉德诉库恩案（*Flood v. Kuhn*）^①中的意见（是否属于附带意见）就不那么确定了。这个案件延续了职业棒球运动不受反垄断法调整的历史。在这个案件中，布莱克门大法官花费了好几页判决书来通篇谈论棒球运动的历史、诗歌艺术、文学作品以及伟大的球员，并将这样一些材料——不得不说它们对于结论来说并不必要，所以属于附带意见——包含进了他的意见之中。

假如我们希望法院为判决提供理由，而提供理由对于先例制度的实际运作又是关键性的，那么关于判决依据与附带意见之间的传统区分就可能比通常所认为的问题来得更大。因为理由相对它所支持的结论必然要更宽泛，^②所以提供理由就是说出某种比判决特定案件所必须的依据更宽泛的东西。这似乎就是附带意见。技术上被认为是附带意见的东西——对于结论来说并不完全必要的东西——恰恰就是我们有必要从非常具体的裁判中归纳出来，并用作未来案件的先例的东西。所以，尽管在极端情形中，判决依据与附带理由之间的区分还算清楚——像纽约时报诉沙利文案那样陈述出一个新规则是判决依据，而像布莱克门大法官关于棒球知识的反复思考是附带意见——但认识到先例制度本身严格说来是依赖于附带意见的，我们便不再过分地进行这种区分，无论其起源多么悠久。

① 407 U.S. 258 (1972)。

② 这里的基本观念是，使得理由成为理由的原因，是它要比它所支持的观点更具有一般性。当我说，我有规律地去健身房是因为这有助于减肥时，我的意思是，减肥是我采取任何行动的理由，而不仅仅是我在特定时候去健身房的理由（尽管有可能不是决定性的理由）。对此的充分说明参见 Frederick Schauer, "Giving Reasons", 47 *Stan. L. Rev.* 633 (1995)。

3.6 先例的效力：推翻、区分及其他规避方式

区分垂直先例与水平先例的主要目的是说明两者对嗣后法院的拘束在方式上有何不同。垂直先例通常被认为是**有拘束力的** (*binding*)。这意味着，下级法院通常无权选择是否遵守上级法院的先例。纽约州的下级法院不能不顾及麦克弗森诉别克案的判决依据，就像它不能不顾及州立法机关通过的制定法一样；美国联邦法院与州法院必须将最高法院对诸如罗伊诉韦德案和国际鞋业公司诉华盛顿案的裁判视为造法活动，无论是在比喻的意义上还是在本义的意义上。^①

上级法院的判决具有拘束力，并不意味着下级法院就没有任何操作空间，即使对于某个因“切中要点” (*on point*) 而具有拘束力的先例来说也是如此。有时它可以主张说，上级法院的判决仅仅是附带意见，而不是希望下级法院去遵守的判决依据。这种论证在理论上是可能的，因为即使是垂直先例的规则在传统上也被理解为仅限于上级法院的判决依据，而不包括上级法院的附带意见。但在实践中，下级法院的律师要主张一个与上级法院的司法意见明显不同的结论是一件非常费力的事，并且要论证（上级法院所使用的）晦涩表述仅仅属于附带意见而非判决理由通常也是徒劳无功的。

但是，假如律师或下级法院的法官能将当下案件与先例案件区分 (*distinguish*) 开来，情形就不同了。虽然我们可以说上级法院所作的有拘

^① 当然，在现实中，被创制的法律将包括涉及同一主题的最近判决，如在堕胎情形中包括 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)；而在对人管辖权情形中包括 *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604 (1990)，*Bendix Aotolite Corp. V. Midweseco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888 (1988) 以及 *World-Wide Volkswagen v. Woodson*, 444 U.S. 296 (1980)。

束力的先例将迫使下级法院遵从它，但更准确地说可能是，有拘束力的先例将迫使下级法院要么遵从它要么将它与当下案件区分开来。在实践中，大量的法律论证呈现出这样的情形：一方试图主张上级法院的某个案例支配着当下案件的结论，而另一方则主张两个案件之间存在重要区别，所以先例案件的结论不能作为当下案件的结论。

例如，回想一下第2章中提到的里格斯诉帕尔玛案^①。在该案中，纽约州上诉法院认为，谋杀了祖父的埃尔默·帕尔玛不能依据他祖父的遗嘱主张继承，尽管纽约州遗嘱法的字面用语作出的规定恰好相反。多年以后，里格斯案对尤苏波夫诉哥伦比亚广播公司案（*Yousouppoff v. Columbia Broadcasting System Inc.*）^②发挥了先例作用，在该案中，曾于1916年谋杀俄罗斯皇室顾问拉斯普丁（Rasputin）的一位共谋犯起诉了哥伦比亚广播集团，因为哥伦比亚广播电台的一部影片将他作为人物原型，侵犯了他的隐私。诉讼在纽约州法院被提起，假如里格斯案是可适用的，它就会决定结果。哥伦比亚广播公司主张，尤苏波夫不能否认他参与了对拉斯普丁的谋杀，所以他适用里格斯案中的原则“任何人不得从他自己的错误行为中获利”；而尤苏波夫则主张两个案件应当被区分开来，因为他的错误与他试图获得的经济补偿之间没有直接关系。初审法院同意了尤苏波夫的观点，拒绝驳回案件，但也没有否认里格斯案的拘束力。相反，它说的是，当下案件的事实情形完全不同，所以法院没有义务得出与里格斯案相同的结论。

还有两个同样来自于纽约州的例子，即坎普诉斯科菲尔德案（*Campo v. Scofield*）^③和布拉沃诉C.H.蒂博与桑斯公司案（*Bravo v. C.H. Tiebout &*

① 115 N.Y. 506 (1889) .

② 265 N.Y.S. 754 (Sup. Ct. 1965) .

③ 95 N.Y.S. 2d 610 (App. Div. 1950) .

Sons, Inc.)^①。这两个案件都是下级法院裁判的，都涉及因疏忽导致缺陷的产品对“下游”使用者造成伤害，就像在麦克弗森诉别克案中一样。在两个案件中，原告都主张麦克弗森案具有拘束力。但在两个案件中，被告都主张麦克弗森案（与当下案件）不同，而法院表示同意。在坎普案中，一架被用来切除收获的洋葱头的机器致人受伤，法院认为，麦克弗森案只适用于无法为使用者所合理识别的缺陷。存在“显而易见的”缺陷不能用来支持一个针对远程制造商的主张，即使这家制造商可能有过失。在布拉沃案中，原告没有在砂轮上安装法定的安全装置，这使得它与麦克弗森案区分开来，即使在该案中制造商也存在过失，以及尽管直接购买者提起诉讼违背了成文法也可能存在责任。

在这些案件以及不计其数的其他案件中，一方律师会主张当下案件应适用某个有拘束力的先例，而另一方律师则会力图将它们区分开来。论证之所以是论证，就是因为如果事实无法被区分开来，下级法院就会被迫在当下案件中得出与先例案件相同的结论。然而，对于遵循先例（*stare decisis*）来说情形就不同了。这里的论证通常与垂直先例的论证相似，即一方当事人依赖于法院自己过去的判决，而另一方当事人试图将它们区分开来。但是，即使不存在合理的依据来区分两个案件，遵守先前判决的义务也不像遵循上级法院判决的义务那样绝对。与下级法院面对上级法院判决的情形不同，法院在考虑它们自己先前的判决时，偶尔有权推翻（*overrule*）它们。^②它们可以确认，当下案件出现了与先例案件中已决问

① 243 N.Y.S.2d 335 (Sup. Ct. 1963)。

② 在英国于1966年发布《司法判例实践声明》(Practice Statement on Judicial Precedent)之前，即使是上议院也被禁止推翻其自身的先例，那时的观点是，这种权力应该完全保留给议会。并且这种实践在英国也比在美国要罕见得多，这暗示在英国要比在美国存在一种更强的遵循先例的规范。参见 Rupert Gross & James Harris, *Precedent in English Law* (4th ed., 1991)。

题相同的问题，但却决定拒绝适用先前的裁判。

虽然法院有时会推翻自己先前的判决，但这么做不能仅仅是出于先前判决是错的这一理由。假如这样就足够了，那么遵循先例就将变得毫无意义。因为遵循先例的关键正在于，法院应当仅仅根据存在某个先前的判决、而不是认为它是对的，就将它视为是具有拘束力的。假如任何法院认为某个先前判决错误时都可以推翻该判决，那么压根就没什么遵循先例的原则了。

但是，法院有时会认为它的某个先前判决是极端错误的，或者（在当下法院看来）先前错误的判决依据所造成的后果过于严重，从而要求推翻它。最高法院在布朗诉教育委员会案（*Brown v. Board of Education*）^①中推翻了普莱西诉弗格森案（*Plessy v. Ferguson*）^②的判决，该判决认为隔离但平等的政府措施是合宪的，法院这么做是因为它认为后一个判决存在严重的宪法错误。同样地，最高法院在马普诉俄亥俄州案（*Mapp v. Ohio*）^③中推翻了沃尔夫诉科罗拉多案（*Wolf v. Colorado*）^④的判决，因为它认为非法获得的证据在州和联邦法庭的刑事审判中都不可采纳。在这些案件以及其他案件中，推翻先例的前提性观念与其说是“过去错了”，不如说是“错误已经超越了通常（可容忍的）差错的范围”——不管是错误的严重程度还是它的后果。要推翻自身先前的判决，法院就要承担更大的（论证）负担，美国最高法院称其为需要“特别证立”（*special justification*）^⑤，而英国的标准则认为，（推翻的前提是）先前判决应当是“明显错误的”

① 347 U.S.483 (1954) .

② 163 U.S.537 (1896) .

③ 367 U.S.643 (1961) .

④ 338 U.S. 25 (1949) .

⑤ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 443 (2000) ; *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984) .

(manifestly wrong)。^① 这些修饰语——“特别”和“明显”——是很重要的，因为正是这些修饰语说明：如果法院可以任意推翻所有那些它认为是错误的先前判决，那么遵循先例原则就将变得毫无意义。这些修饰词在认定过去的错误及其后果时，提出了更高的要求，从而确保了：法院遵从其自身的先前判决是一项真正具有约束力的义务，即使它并非是一项绝对不可推翻的义务。

^① 参见 William Twining & David Miers, *How to Do Things with Rules* 318 (4th ed., 1999)。

第4章

权威与诸权威

4.1 权威的观念

我们分别用了一章的篇幅来讨论规则与先例，因为它们在某些重要的方面有所不同。但受规则规制和遵从先例确有很多相同之处，比如两者都具有保守性（*backward-looking*）。^①过去制定的规则支配着现在的事件，遵从先前制定的规则未必能作出现在看来是最佳结果的判决。遵从先例也是一样，它意味着坚持先前判决而不是作出对未来来说最佳的判决。

法律思维模式的这种保守性与权威（*Authority*）的概念有着密切关联，因为规则和先例不仅将我们向后拉，而且也迫使我们搁置自己的最佳判断而去服从于他人的判断。当法院遵从一个规则时，它自己并没有作出关于这个规则好坏的判断。在此案中是否要遵守这个规则也不是法院能决定的事。相反，规则之为规则起作用的方式，就是排除或阻断有好的理由

^① 关于法律推理的保守性面向，参见 Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* (1961)。

而不适用规则的做法。^① 遵从规则的法官看的是规则而不是案件的内在价值。执行限速规则的警察关注的是司机是否超速，而不是她有没有安全驾驶。土地管理局官员之所以驳回洛克先生的备案申请，是因为申请迟了一天，他并没有对这位申请人的这次申请内容（通盘考量之后）本身如何作出评价。他只是认为洛克没有在12月31日之前提交申请而已。^②

就像规则在裁判时至少会排除某些原本会被考虑^③的因素，先例也同样如此。我们并不希望受到麦克弗森诉别克汽车公司案^④拘束的下级法院自己去判断，当制造商与消费者之间不存在合同关系时，让制造商承担责任是否是明智之举。将罗伊诉韦德案^⑤当作拘束性先例的下级法院法官知道，他并不需要去判断，完全禁止堕胎是不是道德上容许的、必要的抑或是合宪的。在这些情形中，存在相关先例就足够了，因为（拘束性）先例的存在恰恰就排除了对它明智与否的再评价，也阻止了遵从先例是否会在当下案件中产生最佳结果的判断。

规则与先例的核心观念在于，它们都是权威性的。它们的效力并非来自于它们的合理性，而是来自于它们的地位，法学家们将权威的这种特

① 关于规则所固有的排它性（*exclusionary*）或阻断性（*preemptive*）面向，尤其参见 Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1979); Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (1975)。同样参见 Patrick Atiyah, "Form and Substance in Legal Reasoning: The Case of Contract", in *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré* 19 (Neil MacCormick & Peter Birkseds., 1986); Robert S. Summers, "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", 63 *Cornell L. Rev.* 707 (1978)。

② *United States v. Locke*, 471 U.S. 84 (1985)，本案在第1章中被讨论过。回想一下：法律要求在相关年度的“12月31日之前”提交申请，即使几乎可以肯定国会的意思是“在12月31日当天或之前”。

③ “原本会被考虑”指的是“当不存在权威（规则或先例）时会被考虑”。出于翻译的简洁性，当后文相同语境中出现“原本……”的表述时指的就是“当不存在权威”时——译注。

④ 110 N.E.1050 (N.Y.1916) (Cardozo, J.)，本案在第3章中已进行了详细讨论。

⑤ 410 U.S. 113 (1973)。

征称为独立于内容 (*content-independence*)。^① 如果规则 (或命令、指令、指示) 是权威性的, 那么它的主体就应该遵守, 不管他们对其是否明智的看法如何。换句话说, 规则说了什么无关紧要; 它是谁说的则关系重大。如果一个恼怒的家长对他的孩子喊道: “因为这是我说的!” 很可能这位家长一开始曾试图向孩子说明, 为什么她应该做家庭作业或者清理房间。只有在这种用内容说服孩子的做法行不通时, 家长才求助于 “因为这是我说的” 这类理由。他这么做正是为了说明, 孩子应当听话, 不管孩子是否同意这么做的理由。在法律中也是一样, 法律体系要求法官 (以及其他所有人) 遵从规则和先例, 即使他们认为那是错的。不管法律的主体是否被规则和先例的推理内容所说服, 甚至即使他们并没有被推理的内容所说服, 他们都应该出于规则和先例的来源与地位去遵守它们。

现在有必要来考察一下独立于内容的权威性有何不寻常之处。在生活中的大多数场合, 我们都将自己的判断建立在理由的内容上而不是理由的来源上。我之所以吃菠菜, 是因为吃菠菜对我有好处。卡多佐法官之所以在麦克弗森诉别克案中作出他的裁判, 是因为他认为他的结论要比先前的法律决策更加公平和有效。这些理由——吃菠菜对我有好处, 不将 (合同的) 相对性作为特定消费交易的担责条件是公平的——是实质理由 (*substantive reasons*)。有时它们也被称为 “一阶理由” (*first-order reasons*)。^② 它们直接指向理由的内容。如果我并不认为吃菠菜对我有好处

① 将权威视为独立于内容的经典讨论见 H.L.A.Hart, “Commands and Authoritative Legal Reasons”, in *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory* 243, 261-66 (1982)。同样参见 R.A.Duff, “Inclusion and Exclusion”, 51 *Current Legal Probs.* 247 (1998); Kenneth Eimar Himma, “H.L.A.Hart and the Practical Difference Thesis”, 6 *Legal Theory* 1, 26-27 (2000); Frederick Schauer, “The Questions of Authority”, 81 *Geo. L.J.* 95 (1992)。对于独立于内容之观念的怀疑论观点, 参见 P.Markwick, “Independent of Content”, 9 *Legal Theory* 43 (2003)。

② 参见 Raz, *Practical Reason and Norms*, *supra* note 2。

(假设我不喜欢菠菜的味道),那么我就不会去吃它。假如卡多佐法官认为麦克弗森案的结论是不公平或糟糕的,他就不会作出那个判决。通常来说,只有一个人实际上相信她的所做所为的理由的内容,她才会将这个理由视为好的理由。但是,独立于内容的理由(*content-independent reasons*)之所以完全不同,正是因为理由是些什么无关紧要,^①而是理由的来源——“因为这是我说的”——赋予了它力量。

像父母一样,掌握权威的人通常凭借他们的官方角色或正式角色提出独立于内容的理由,要求主体遵从他们的命令或指示。比如,警官和老师一开始会试图劝导他们的下级或学生去理解做某事的实质理由并使之内在化(也就是将它作为自己行动的理由)。但权威的本质并不取决于这种内在化(*internalization*),而是与它无关。或许警官希望我会理解为什么我的制服裤上应当有道明显的折痕,老师当然也希望我会明白为什么我必须记住莎士比亚的一首十四行诗,但在这些以及不计其数的大量其他情形中,权威希望被理解的只是:我应当去做我被告告诉做的事,而这仅仅是因为某人告诉我这样做,即使我既不承认,也不赞同这么做潜在的实质理由。

践行权威或遵从权威是否是件好事是有争议的,比如说,在什么语境中。多年以来,许多人都主张,仅仅因为某个所谓权威的命令就去做一件她原本不会去做的事,这是不理性的。^②如果在深思熟虑之后,芭芭拉决

① 与一阶理由相反,独立于内容的理由具有二阶理由的性质。它们是关于理由的理由,比如这样一个理由,它告诉决策者不需考虑那些原本非常好的一阶理由。

② 例如,参见 Heidi M. Hurd, *Moral Combat* (1999); A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (1979); Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchism* (1970); Heidi M. Hurd, "Challenging Authority", 100 *Yale L.J.* 1611 (1991)。概括参见 Scott J. Shapiro, "Authority", in *The Oxford Handbook on Jurisprudence and Philosophy of Law* 382 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002)。

定选择律师而不是外科医生作为自己的职业，那么为什么仅仅因为她父亲告诉她应该选另一个职业，她就应该那样做呢？如果萨姆认为他要抽大麻，因为他相信抽大麻使他感觉良好而且没啥副作用，那么他不顾自己的最佳判断而去听从警察或政治家的判断是理性的吗？如果一个电子信号灯显示“请止步”，而在视野所及的范围内并没有车，那么我还是应该乖乖地站在路边吗？如果一个法官断定她的观点是她所面对案件的最佳结论，那么仅仅因为刚过半数的上级法院法官在相似案件中得出了不同结论她就要作出相反的裁判，这是理性的吗？权威也许在我们的生活中无处不在，但世世代代以来，它基本的合理性何在却不断受到挑战。

但是，权威遭受的批评有多激烈，它所得到的捍卫就有多有力。苏格拉底之所以在被处死前夜拒绝逃出雅典，就是因为他承认城邦的权威，即使在他看来这个城邦曾不正当地判处他死刑。艾森豪威尔总统在1958年将联邦军队派遣到阿肯色州的小石城，^①为的是执行一个他并不赞成的最高法院的判决^②，即布朗诉教育委员会案（*Brown v. Board of Education*）^③。他之所以这样做，是因为他承认最高法院的权威，就像他希望阿肯色州承认联邦政府的权威一样。对权威观念的质疑可能历史悠久，但是人们对它的承认和捍卫同样历史悠久。^④

权威的终极理性问题，以及一般意义上国家权威的正当性问题，都

① 参见 *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958)。

② 参见 Richard Kluger, *Simple Justice* 753-54 (1976); Kenneth O' Reilly, *Nixon's Piano: President and Racial Politics from Washington to Clinton* 170-75 (1995)。

③ 347 U.S. 483 (1954)。

④ 例如，参见 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986); Raz, *The Authority of Law*, *supra* note 2; Robert P. George, "Natural Law and Positive Law", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* 321, 327-28 (Robert P. George ed., 1996); Scott J. Shapiro, "The Difference The Rules Make", in *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Brian Bix ed., 1998)。对官方权威的一个更加恰当的辩护参见 Leslie Green, *The Authority of the State* (1988)。

不是我们这里的主要关注点。但是，明白权威本身极富争议这一点很重要，因为很多法律争议，不管是发生在法庭内还是法庭外，都涉及法律在多大程度上具有权威性。关于美国诉洛克案的判决是否正确的争议，^①实际上也是本案的大法官之间的争议，它涉及的是如果国会草率制定的立法确实有错误，那么仅仅因为它是国会制定就拥有的权威性究竟有多大。相似地，法院什么时候应当推翻它，涉及的是过去判决的权威。关于执行逃亡奴隶法^②、纳粹德国法律^③和南非种族隔离法^④的司法责任的争议，是关于不道德的法律的权威性的争议。^⑤所以，虽然对权威的哲学阐释极少会直接出现在法律论证中，但关于权威本身的深层争议必然在法律运作过程中若隐若现，因为独立于内容的权威正处于法律推理与论证的核心。律师的确试图让法官相信，他们的客户实质上是正确的，但他们所运用的语言是权威的语言。好的律师会诱使法官明白他委托人的立场实质上是正当的，但他凭借的是规则和先例的权威，以此告诉法官，她应该作出有利于他委托人的判决，即使她不赞同这是实质上正确的结论。

在法律中，权威的概念经常与法律渊源（*legal source*）联系在一起。

① 请比较 Richard A. Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", 37 *Case West. Res. L. Rev.* 179 (1986), 以及 Nicholas S. Zeppos, "Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation", 76 *Va. L. Rev.* 1295, 1314-16 (1990) 1314-16 (1990) 和 Frederick Schauer, "The Practice and Problems of Plain Meaning", 45 *Vand. L. Rev.* 715 (1992)。

② 参见 Robert M. Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (1975)。

③ 参见 Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958); Stanley L. Paulson, "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses", 13 *L. & Phil.* 313 (1994)。

④ 参见 David Dyzenhaus, *Hard Case in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy* (1991)。

⑤ 对这些问题的重要分析参见 Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality* (1987)。

实际上，法律渊源——最常见的是宪法、法律、法规和已发布的判例——通常就被称为权威，不管它们是否以权威的方式被运用。例如，美国法律人所称的“陈辩书”（Brief），即关于某个法律问题的书面论证，有时就被称为“法律陈述状”（memorandum of points and authorities）。在这种广泛的意义上，某个法律权威——不仅指宪法、法律、法规或已发布的司法意见，有时也指学术论文或法律评论上的文章——之所以被运用，有时并不是因为它具有权威性，而是因为它真的充满智慧、经验或信息。例如，司法意见对霍姆斯或卡多佐精辟见解的引用与国会议员的发言对亚伯拉罕·林肯（Abraham Lincoln）或温斯顿·丘吉尔（Winston Churchill）观点的援引并无二致。因此，我们不应受到标签的迷惑，认为在法律论证中一切被叫做“权威”的东西都是权威提供的，或是因为其权威而被运用的。就像从一本书中学得如何做某事与只因为书中载明了某事就认为它是对的这两件事完全不同，基于权威的推理与法律决策者借助大量公开材料来进行的各种推理之间也完全不同。

尽管法律论证与司法意见常以非权威的方式来运用渊源，但大多数法律活动依然是通过运用真正的权威性渊源来进行的，事实上，这才是法律活动的典型特征。与援引著名法官的观点或其他司法管辖区的法律不同，这类渊源依据自身的存在而非它们的内容来为某个决定提供理由。这些基于渊源且独立于内容的理由通常与法官原本就会采取的做法相一致，但有时也并非如此。根据真正的权威性渊源作决定可能会要求法官作出不同于她自己可能会做的决定，即使她考虑了所有自身及他人的知识会有的智慧与信息。由此，法律推理就不同于其他决策领域的推理，这种不同即使不是性质上的，至少也是程度上的。在其他决策领域，权威或许会起到某些作用，但起支配作用的通常还是一阶的实质性考量。但是在法律中，权威具有支配作用，只有在极少情形中，法官才会参与

进行通盘考量的决策活动，而这种活动在法律体系外十分普遍。^①更加普遍的是，法律论证依赖于渊源，不仅因为法律将许多渊源视作权威，而且因为法律上的权威性渊源取代一阶实质性考量仍然是法律推理的基石。

4.2 拘束型权威与所谓的说服型权威

一旦我们理解了真正的权威是独立于内容的，我们就会明白，说服（persuasion）与对权威的承认（不管是否出于自愿）^②基本上是相反的概念。被全球变暖成为问题，或者言论自由包含着鼓吹种族仇恨的权利所说服，就是承认，这些结论有合理的实质的理由。假如我们真的被实质理由所说服，那么就没有进行权威宣告的必要了。一位科学家得出全球变暖成为问题的结论，并不是因为七位诺贝尔奖得主都曾这么说，而是因为她自己的研究证明了这一结论。但当我认为全球变暖成为问题时，并不是因为我的确知道它是对的，因为我并没有独立于权威的认知途径。换句话说，我得出这个结论是因为许多我所承认的权威都曾这么说过，并不是我被说服认同全球变暖成为问题，而是我信赖其判断的那些人被说服认同全球变暖成了问题。

① 有时人们用“实用主义”一词来描述或激励这种通盘考量的决策，即使在法律体系中也一样。但更精致的所谓法律实用主义——例如参见 Richard A. Posner, *How Judges Think* (2008)——很大程度上承认法律推理的权威根基属性。

② 我承认某个权威来源或权威者之权威的理由在于，出于这样或那样的原因，我相信这么做是对的。但另一个理由是，假如我不这么做就会遭遇不幸。权威与正当权威是两件不同的事。集中营的囚犯之所以去做纳粹看守让他去做的事，仅仅是因为害怕被送进毒气室。但他的做法依然是将看守的命令当做权威——是命令的来源而不是它的内容使得囚犯去遵守命令。

同样的区分遍布法律领域。一方面，^① 官员或下级法院法官相信对言论自由原则的最佳解读包括容许提倡种族仇恨；另一方面，提倡种族仇恨在美国是被容许的，因为最高法院在勃兰登堡诉俄亥俄州案（*Brandenburg v. Ohio*）^② 中作出了这样的判决。在前一种情形中，起作用的是实质理由，而在后一种情形中，完全是权威在发挥作用。一位下级法院的法官必须遵从勃兰登堡案，即使他认为它是错的，即使他自己通过法律分析认为，提倡种族仇恨在宪法上不受保护。因为先例披上了权威的外衣，所以法官被迫去遵守它，不管他认为它合理与否。^③

像勃兰登堡案这样的先例通常被称作是有拘束力的（*binding*）。下级法院的法官有义务遵从它们。或者更准确地说，对于拘束型权威，下级法院必须要么遵从它们，要么进行区分，就像纽约州的下级法院必须要么遵从麦克弗森诉别克汽车公司案，要么说明为什么当下案件不同于这个先例。法院不容许认可麦克弗森案的可适用性却拒绝适用它，也不可以推翻麦克弗森案。它必须遵从麦克弗森案，就像它必须遵从美国宪法、纽约州宪法以及任何可适用的联邦或纽约州成文法一样。正因为法院无权选择是否遵从这类权威，所以有时不把它们叫做“有拘束力的”，而是叫做强制性的（*mandatory*）。强制性的意思是说，它们必须被运用或必

① “权威和等级在法律中起着某种作用，而这对于科学研究来说无疑是有害的。” Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 62 (1990)。波斯纳法官夸大其词了，因为真正的权威也存在于科学领域之中。参见 C.A.J. Coady, “Mathematical Knowledge and Reliable Authority”, 90 *Mind* 542 (1981)；John Hardwig, “The Role of Trust in Knowledge”, 88 *J. Phil.* 693 (1991)。但波斯纳的基本论点，即，权威在法律领域比在其他领域重要得多，无疑是对的。

② 395 U.S.444 (1969) (法院全体意见)。

③ 参见 Larry Alexander, “Constrained By Precedent”, 63 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1989)；Evan Caminker, “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, 46 *Stan. L. Rev.* 817 (1994)；Michael Gerhardt, “The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory”, 60 *Geo. Wash. L. Rev.* 68 (1991)；Frederick Schauer, “Precedent”, 39 *Stan. L. Rev.* 571 (1987)。

须被遵从。

然而，简单地浏览一下任意的司法意见就会发现，法院常常诉诸各种既不必须运用也不必遵从的判决及其他渊源来支持它们的论证。纽约州的一家法院或许会援引佛蒙特州的一个案例，就像联邦第三巡回上诉法院或许会参考其他巡回区或同一巡回区的其他地区法院的案件。法院甚至无需援引这些“权威”，更别提遵从它们了。第三巡回区不仅不需要遵从弗吉尼亚州西区联邦地区法院的一个相似案件，它甚至无需承认这个案件的存在。但是援引这类不具有拘束力的渊源的做法是普遍存在的，援引法学期刊上的法律论文和文章也一样。这类次要渊源（*secondary sources*），比如来自其他管辖区的判决，在司法意见中比比皆是，但法官并不是必须要运用或参考它们。并且，是否运用学术论文或法律评论来支持结论完全取决于撰写意见的法官的自由裁量。

有时，来自于其他管辖区与下级法院、专业论文、法律评论及非法律渊源（比如词典、报刊文章、非法学期刊）的案例被叫做说服型权威（*persuasive authorities*），因为只有当法院被所引渊源的推理说服时，它才会运用它们。^①但假如援引这类资料的法院真的被说服了，那么认为这些渊源具有权威性就根本是个误区，因为说服与权威根本上是相对立的概念。更好的做法是，将这些不具有拘束力的渊源描述为非强制性的，或更贴切地说，选择性的（*optional*）。

我们将在下一节中看到，将强制性权威称作是“具有拘束力的”同样有些误导人。所以，比起拘束型权威与说服型权威，一种更好也更精确的区分是选择性权威与强制性权威，因为两者真正的差别在于，决策

^① 例如参见 Morris L. Cohen, Robert C. Berring & Kent C. Olson, *How to Find the Law* 3 (9th ed., 1989); Robin Wellford Slocum, *Legal Reasoning, Writing, and Persuasive Argument* 13–24 (2d ed., 2006)。

者是否有权选择运用权威。在明尼苏达州法院处理的一个产品责任案件中，一篇关于明尼苏达州产品责任法的法律评论显然是相关的，但是否运用它是可选的，就像一个事实几乎相同的亚利桑那州产品责任案件对于明尼苏达法院来说也是可选的一样。相反，明尼苏达州的一部涉及产品责任的成文法也是相关的，但明尼苏达州的法院只能适用它，并无其他选择。

强制性权威与选择性权威之间的区分说明了，为什么纽约州南区的联邦地区法院必须要遵从第二巡回上诉法院和最高法院的判决，但却不用遵从纽约州东区、纽约州上诉法院、第三巡回区、《威格摩尔论证据》、《哈佛法律评论》、澳大利亚高等法院或者欧洲人权法院的结论。虽然容许援引上述这组渊源（即使不是强制性的），但这种容许援引与不容许援引的渊源有很大区别。南区法官是不要求援引或借助《威格摩尔论证据》的，但这种援引显然是容许的，而依据或援引占星术、法官与兄弟之间私下的交流及《国家调查》（*National Enquirer*）上的文章则是不容许的。因此，为了理解法律论证的本质，仅仅区分强制性权威与选择性权威是不够的，区分可选且容许的渊源与不容许的渊源同样重要，就像我们将在 4.4 节中看到的那样。

但对于选择性权威还要多说几句。选择性权威的确不是法院必须运用的，那么它如何选择某个选择性渊源？选择援引某个来自于另一巡回区上诉法院的意见与选择援引亚伯拉罕·林肯或伍迪·艾伦（Woody Allen）^①的一段话真的就没有差别吗？

有时是这样运用选择性渊源的：法官之所以运用和引述一个渊源，是

^① 伍迪·艾伦（1935—），本名艾伦·斯图尔特·康尼斯堡（Allen Stewart Konigsberg），美国电影导演、编剧、演员、作家、音乐家与剧作家——译注。

被这个渊源中用来支持其结论的理由所说服。但这种情形中，渊源（权威）并不是作为权威被运用的，而另一管辖区法院的有说服力的意见就与法官的岳父提出的有说服力的意见几乎没有差别。出于礼貌以及为他人提供研究索引，法官通常会明示她十分赞同的观念与结论的来源，但援引另一辖区法院的判决并不是在诉诸权威——目前我们所理解的那种权威。相反，它就像在一篇学术论文中注明作者思想的出处，区别只不过在于，它是以司法的形式来进行的。

所以，假如运用某个选择性渊源是出于运用者对渊源推理实质合理性的确信，那么这个渊源——即使在传统习惯上被贴上“权威”的标签——并没有被作为权威来运用。虽然这个结论似乎会使得选择性权威像说服型权威一样成为自相矛盾的概念，但对此还有另一种解释。虽然有时选择性权威是因为它们的说服力而被选择的，但更常见的情形是，它们是作为权威而被选择的，因为选择者信任权威，即使他并不赞同权威所作的结论，或更有可能的情形是，他认为自己无法得出可靠结论，而认为权威——无论是学者还是其他法院——更可靠。所以，在证券案件中，虽然联邦第十巡回法院的法官没有义务去诉诸第二巡回法院的结论或洛斯（Loss）与塞利格曼（Seligman）关于证券法规的专著，^①但法官或许会认为她自己关于证券活动的判断不够可靠，所以她更愿意诉诸她认为在这些事情上更专业的法院或学者。第十巡回法院法官寻求第二巡回法院对证券案件指导的做法，更像是初审法院对专家证词的信赖，或者业余修车爱好者对专业机修工意见的信赖。法官很大程度上并不是被专家的理由所说服，而是被专家

^① Louis Loss & Joel Seligman, *Securities Regulation* (3d ed., 2004).

的专业性（这是法官所作的非内行评价的结果）^①所说服了，因此这一渊源是以真正权威的方式被运用的，尽管这个权威是被它的主体——法官——自己选择，而不是（法律）体系强加于该主体之上的。

现在我们明白了，通常运用选择性权威的方式，并不是法官相信某个选择性渊源的内容，而是她相信：比起她自己作决定，这个渊源正确的几率更大。所以，虽然纽约州南区法院的法官要遵从第二巡回法院的决定，即使他认为第二巡回法院所有的法官都是蠢货，但他也会诉诸某个选择性权威，因为他相信权威通晓他所谈论的主题，即使他并不能确信权威是否真的是对的。诉诸这类权威是他自己的选择而不是强制的结果，但由于这种做法同样基于来源而不是内容，所以可以算得上是对于权威真正的依赖。由于体系的要求而诉诸权威（例如下级法院遵守上级法院的判决）与由于认为某权威更专业而依赖它之间是有差别的，但两者都是真正的权威。

更多时候，对选择性权威的运用不稳定地徘徊在真正权威的边缘。当律师在陈辩书中，法官在司法意见中，学者在法律评论中提及某个权威时，它通常会为某个主张提供所谓的支持。法官会要求律师为他的论点提供支持，法律评论的学生编辑也会不断要求作者为他们的观点提供支持。但“支

^① 如何对专业性作非内行评价是个重大的问题，尽管这个问题通常更多是在证据法领域而不是在法律渊源的语境中被讨论的。但无论是当陪审团成员（或裁判事实的法官）试图决定两份相反的专家证词中哪份是正确的（很多时候作决定时考虑的是例如专家看上去是不是位大学教授）时候，还是当上诉法院的法官决定对某部成文法（法官自己对它所涉及的主题几乎一无所知）的来自于不同学者的相反解释该选哪个的时候，对专业性的非内行评价都是个反复出现的两难困境。参见 Scott Brewer, "Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process", 107 *Yale L. J.* 1535 (1998)。答案有时取决于某些人在某些场合中对资格证明进行内行评价的能力，即使他们没有能力来评价拥有这些资格证明之人所作的结论。例如，第六巡回法院的法官可能会很内行地知道获得证券事宜的指导之处是第二巡回法院，而获得联邦印第安法问题的指导之处是第十巡回法院。在不对专业性进行实质评价的前提下，是否可能存在对专业性的内行评价，这本身就是个问题，但如果这种评价是不可能的，那么困境就变得更加窘迫了。

持”(support)的概念在这里显得有些奇特。因为某个权威为某个主张提供支持,而另一个权威却否定这个主张。^①这种“支持”是权威的特别意义,因为所有权威彼此平衡之后有可能不会指向某个确定的方向,甚至可能会指向与声称得到支持的主张相反的方向。然而,法律引证惯例只要求诉诸某个先前得出特定结论的法院(或其他渊源)来支持某个主张,即使其他法院或渊源曾得出不同的结论,甚至后者的数量比前者要多。所以,常见的情形是,用某个渊源来支持某个法律主张不外乎是说,至少有某个人或某家法院在某个先前的场合曾说过同样的话。

这种支持似乎毫无意义,通常如此,但它也的确起到了一定作用。尤其是在陈辩书和司法意见中,提供这种最低限度的支持不仅反映出法律所固有的权威性,而且也反映出内在于法律(非政治意义上)的保守主义。或许让很多人感到惊讶的是,某个法律论证之所以更好,就是因为某人以前曾提出过它,而某个法律结论之所以更好,也正是因为另一家法院先前曾得出过相同的结论。运用某个并不必然比支持相反主张的权威更具说服力或更具权威性的权威,至少提供了这种最低限度的担保:权威的运用者并不是凭空捏造出了这一论证。

所以,司法意见、陈辩书或文章的作者提供了最低限度的非原创性担保,从这一点出发,读者们可以得出什么样的结论呢?结论取决于这个前提——各自公布的渊源对法律主张肯定和否定的支持并不相当。法律之外的领域通常就是如此,在科学领域中,许多基本原则得到一致赞同,所以并不存在分别公布相反结论的情形。假如法律领域也是如此,那么某家法

^① 引证直接对立的支配性权威是法律人的一项伦理义务——参见《职业伦理标准法》(Model Rules of Professional Responsibility)第3条第3款——但除了“直接”和“支配性”这类限制之外,(不幸的是)这项义务并没有得到普遍服从。参见 Roger J. Miner, “Professional Responsibility in Appellate Practice: A View from the Bench”, 19 *Pace L. Rev.* 323 (1999)。

院或值得信任的学者曾在早前得出过某个法律结论，就将在某种意义上暗示了它的合理性。

因此，美国法官经常会用“无需详述”（it won't write）^①这样的表达来指某个他们倾向于得出，但又无法找到可资运用的权威来提供充分支持和证立的结论。实际上，他们的意思是，某些法律主张（甚至是某些在特定案件中值得追求的主张）压根没有法律上的支持。但问题在于，这种情形出现的频率有多大，也就是说，在一个案件中，某种可能的结论“无需详述”的频率有多大。这个问题在第7章讨论法律现实主义时还会再讨论。就像法律现实主义者卡尔·卢埃林有时所认为的，如果引证某个案件、规则或原则可以支持几乎任何法律结论，那么（为结论提供）支持的要求就没有多大约束力。但假如相反，既定权威——即使是选择性权威而非强制性权威——通常情形中完全站在某个法律问题的一边，那么法律结论必须得到法律权威支持的要求就会真正对法官的裁判自由起到约束作用。但多大程度上如此，是个可被还原的经验问题，就像我们将在第7章中看到的那样，关于这个问题的意见分歧很大。

只要卢埃林说对了哪怕一点点，（为结论提供）某种支持的要求就通常不会对法官有很大的约束力，但值得注意的是，要求获得最低限度的支持依然是某种真正的权威形式（尽管很弱）。陈辩书或司法意见的作者之所以要提供某种支持来否认他的原创性，就是想让读者们认为，因为某个观点以前曾被说过，所以其支持的主张要比以前没有说过的多那么一点可信度。而通常来说，这么做依据的就是某个渊源的存在本身，而

^① 参见 Patricia M. Wald, "The Rhetoric of Result and the Results of Rhetoric: Judicial Writings", 62 *U. Chi. L. Rev.* 1371 (1995); 同样可见 Paul A. Freund, "An Analysis of Judicial Reasoning", in *Law and Philosophy* 282, 284 (Sidney Hook ed., 1984); Patrick J. Schiltz, "The Citation of Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals", 74 *Fordham L. Rev.* 23, 50 (2005)。

不是它所包含的实质推理。人们可以去问，为什么法律体系如此关心是否存在某个支持性的“权威”，即使权威支持的观点恰好相反。虽然这种做法很成问题，但关键之处在于，即使是对权威的这种较弱的、有争议的普遍引证也是真正权威的一种体现，它与法律本身的权威属性是一致的。当法律人诉诸某个权威来寻求支持时，她实际上是在要求（人们）认可她的论述，而在法律以及生活中，有人认可总比没有人认可要好。

4.3 为什么真正的权威无需具有“拘束力”

那么，强制性权威又如何呢？它们真的像传统术语所表明的那般具有“拘束力”吗？答案取决于“拘束力”意味着什么，而我们最终会发现，“拘束型”权威的说法可能也像“说服型”权威的说法一样具有误导性。

通常情形中，当我们认为某个规则或束缚具有拘束力时，我们就会将它想象成不可避免的，不留任何选择的余地。我们会假定有拘束力的束缚是绝对的，它们无法被其他考虑所推翻。最常见的情形中，拘束型权威是一种决策者无法逃避的权威性束缚。如果先例具有拘束力，那么受到它约束的法院就必须遵从它。如此而已。

然而，没有道理非得以这种方式来理解拘束型权威。虽然拘束型权威创制出了一种义务，即受约束的法院必须去运用这一权威，但这类义务（就像其他任何义务一样）无需绝对得以贯彻。在生活中和在法律中一样，真正的义务可以被更强的义务所推翻而不丧失其效力。比如说，我有义务信守诺言，我也是这样认为的，所以我必须守约去与你共进午餐，即使我不再对你感兴趣或者后来又收到了一份更好的邀请。但可以理解的是，假如有位近亲生病了，我信守午餐之约的义务就会被帮助亲属这个更

强的义务所推翻。如果一位男士开车载着怀孕的妻子飞速奔向医院，而警察并没有向他开具超速罚单，那么警察就已很恰当地认为，遵守（和执行）限速规则的义务可以被更为急迫的义务所推翻。实际上，权利也以同样方式来行使。依据宪法第十四修正案平等保护的条款，政府并非在任何时候都不能基于种族的原因进行区别对待。不过，只有当为了实现重大利益（*compelling interest*）^①时，政府才能进行区别对待。这里的利益必须是不可抗拒的（而不只是重要的、正当的或理性的），这恰好说明了一项权利——就像一个规则和一项义务一样——如何真正产生影响，但又不绝对。有理由去做的事有别于通盘考量之后应当去做的事，就像有权去做什么有别于权利享有者在通盘考量之后实际上所做的。

就像义务可以具有义务性而不必是绝对的，权威同样也可以具有权威性而不必是绝对的权威。一个权威理由的存在并不能否认分量更重的其他权威理由或其他类型理由的存在。所以，大多数权威并不具有绝对意义上的拘束力或支配力，将某个渊源视为权威（甚至是强制性权威）也不必然要盲目地遵从它。马里兰州联邦地区法院的法官受到联邦第四巡回上诉法院判决的约束，但他也受到联邦最高法院判决的约束，假如在某案中，第四巡回法院的相关先例指向某个结论，而最高法院的相关案例指向另一个结论，那么遵从最高法院先例的义务就将推翻遵从第四巡回法院先例的义务。类似地，对遵循先例的最佳理解是，嗣后法院有义务去遵从同一法院先前的判决，但这也不是一项绝对的义务。当最高法院说，只有在进行“特别证立”的条件下才能推翻自己的先例时，^②它强调的是，仅仅是法院现在认为先前的判决是错的还不足以推翻先例，还需

① *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

② *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984).

要某些更多的东西，某些“特别的”的东西，但这并不意味着这种更高的证立负担永远无法满足。就此而言，最高法院与上诉法院的做法总的来说是一致的：通常会保留推翻自身先前判决的权力，但同时强调推翻是例外情形，只有当这么做的理由特别重大时才去这么做。先前案件是有拘束力的先例，但与涉及垂直先例的情形——我们将这类先例的拘束力理解为不可被其他任何考虑所推翻的——不同，遵循先例的拘束力真实存在但明显并不绝对。

4.4 有禁用型权威吗？

我们已经区分了强制性权威与选择性权威，现在我们来讨论禁用型权威（*prohibited Authority*）的观念。是否有些渊源压根就不能被运用呢？回答是肯定的，尽管问题有些复杂。例如，在某些美国法院，尤其是联邦上诉法院的实践中，法院在判决许多案件时都会发布“请勿引证”（no citation）或“无先例效果”（no precedential effect）的规则。^① 这些规则，法院为当事人着想，通常会随判决发布一份简要意见，但依据规则，这类意见尽管可以被公众查阅到，却无法在嗣后的案件中被援引或作为权威来

^① 参见 Jessie Allen, “Just Words? The Effects of No-Citation Rules in the Federal Courts of Appeals”, 29 *Vt. L. Rev.* 555 (2005); William L. Reynolds & William M. Richman, “The Non-Precedential Precedent- Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals”, 78 *Colum. L. Rev.* 1167 (1978); Lauren Robel, “The Practice of Precedent: Anastasoff, Noncitation Rules, and the Meaning of Precedent in an Interpretive Community”, 35 *Ind. L. Rev.* 399 (2002); Amy E. Sloan, “A Government of Laws and Not Men: Prohibiting Non-Precedential Opinions by Statutes or Procedural Rule”, 79 *Ind. L. J.* 711 (2004)。

运用。这种实践极富争议，^①而现在《联邦上诉程序规则》(Federal Rules of Appellate Procedure)第32条第1款禁止各个联邦巡回法院发布“请勿引证”规则，即使第32条第1款并没有明确规定，法院是否有权宣告它的某些判决不具有先例效果，就像最高法院对诉讼案卷调取令的否认并不具有先例效果一样。^②但是，尽管“请勿引证”规则在联邦法院系统中被消除了，但某些州法院依然还在采取这种做法，^③从而创造了一类禁用型引证、禁用型渊源和禁用型先例。此外，实践中仍容许指定某些司法意见不具有先例效果，而这趋向于将这些意见视为禁用型权威了。所以，即使现在规则^④有所变化，问题仍旧存在。法院能否掌控哪些案件成为先例，能否宣告它所判决的一些案件嗣后不能被运用呢？

如果我们只是将先例视为某种预测，那么禁止使用它们就将显得很奇怪。但是，就像我们将在第7章中所看到的，如果人们在法庭上争辩和预测法院将会做什么，而不是争辩法院应当做什么，这就显得更奇怪了。如果我们坚持认为法院并不造法，那么司法判决或许可以理解为既存法律的证据，而在这个前提下，禁止律师向法庭提供关于法律是什么的一切证据都将是有问题的。但司法判决并非法律是什么的证据，它本身就是法律。假如它就是法律，那么就没有理由来质疑，为什么法院就不能像立法机关那样有权来决定它什么时候造法，什么时候不造法。由于法院担心完全出于当事人利益考虑而基本没考虑案件其他影响所发表的观点会在嗣后案件

① 请比较 *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, 1170-74 (9th Cir. 2001) (Kozinski, J.) 与 *Anastasoff v. United States*, 223 F.3d 898, 899-905 (8th Cir. 2000)，后者被撤销为假设案件 235 F.3d 1054 (2000) (全席审理)。

② 参见 *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288, 296 (1989)。

③ 例如参见《田纳西上诉程序规则》第90条(i)款。Tex. R. App. Proc. 80 (i)。

④ 此处的“规则”指的是上面所说的《联邦上诉程序规则》——译注。

中被用作理由,^① 所以对待某些实际上根本不具有权威性的渊源, 采纳“请勿引证”或“无先例效果”规则。通过这些规则, 法院否认了它的某些偶然、仓促或很大程度上只关注当事人陈述的权威(不仅是绝对的权威)。我们似乎也并没有什么理由去剥夺法院这么做的权力。^②

可以比照的是, 米德尔堡学院(Middlebury College)历史系曾在2006年禁止学生在他们的课程论文中引用维基百科的资料。系里担心的并不是米德尔堡的学生会将任何从维基百科上获得的资料都看作是不可更改的信条, 而是担心学生会将维基百科这个门户网站看成严肃的信息来源和权威性的指引。实际上, 米德尔堡学院禁用维基百科的行为, 类似于法学院学生的法律写作指南中的强烈警告: 不要引证《法律大全》(*Corpus Juris Secundum*)与《美国法律百科全书》(*American Jurisprudence*)中的文献。^③ 禁用维基百科的行为或许也类似于最高法院在每个案件中都运用的程式化表述, 大意是: 判决的要旨是由判决记录者, 而不是法院自己来准备的, 所以不要将它作为权威来看待。^④

① 法院在案件中为其判决提供理由时, 宣告的理由将被运用于嗣后的案件。因为理由总是要比它们所支持的结论更具有一般性, 所以法院通常会试图来评估, 它们在前一个案件中用来支持某个好的结论的理由是否会在嗣后的案件中导致不那么好的结果。有时, 法院会考虑在当下案件中得出错误的结论, 为的是避免制定一个在未来案件中会导致糟糕结果的规则。参见 M.P.Golding, “Principled Decision-Making and the Supreme Court”, 63 *Colum. L. Rev.* 35 (1963); Kent Greenawalt, “The Enduring Significance of Neutral Principles”, 78 *Colum. L. Rev.* 982 (1978)。假如法院希望既在当下案件中避免得出糟糕的结果, 又避免因为它在前一个案件中制定的规则而在未来案件中得出糟糕的结果, 它就可以在当下案件中得出正确的结果, 同时限制它在未来案件中的运用。参见 Frederick Schauer, “Da Cases Make Bad Law?”, 73 *U. Chi. L. Rev.* 883 (2006); Frederick Schauer, “Giving Reasons”, 47 *Stan. L. Rev.* 633 (1995)。

② 最高法院也经常做同样的事, 在布什诉戈尔(Bush v. Gore)案中, 它言明它的判决只限于2000年总统大选的特殊情境。同样值得注意的是, 最高法院自己后来也从未引用过该案件。

③ 参见 William H. Manz, “The Citation Practices of the New York Court of Appeals”, 49 *Buff. L. Rev.* 1273, 1287 (2001)。

④ *United States v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 U.S. 321, 337 (1906)。

影响米德尔堡历史系决定的某些考虑也适用于一个备受争议的问题，即美国法院应不应该援引或诉诸外国法。这场争议突出体现在最高法院关于死刑^①和同性鸡奸行为^②的意见上，也曾在法律评论上引发广泛讨论。^③对于斯卡利亚（Scalia）大法官和其他反对援引外国法的人来说，关键不在于外国法是否会被认为具有绝对的拘束力，因为没有人主张这样一种立场。确切地说，反对者担心的是，经常援引外国法或国际法会将外国法作为正当的渊源（即使法院在这么做时是有选择的，即使它们也不是有拘束力的渊源），从而作为真正的权威。例如，对于审理劳伦斯诉田纳西州案（*Lawrence v. Texas*）的肯尼迪（Kennedy）大法官来说，他所援引的那些对同性鸡奸行为作去罪化处理的国家的实践就是美国采取相同做法的理由，即使这些理由远不是终局性的。与对权威性来源的其他选择性援引——例如第十巡回法院借助第二巡回法院的判决，或第二巡回法院借助洛斯与塞利格曼的专著——一样，无论是对权威的选择性运用还是非绝对运用与权威的权威属性都是相容的。引证某事通常意味着重视它，就像上诉法院禁止援引它们所作的某些思虑不周的意见一样。而认为援引外国法是成问题的或不容许的人，想要树立起这样的观点，即某些渊源不应被重视。对这个问题的争议有可能会持续一段时间，它们提出了有关民主和造法等与本文无关的问题，但需记住，这些争论涉及哪些渊源应被

① 参见 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)。

② *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)。

③ 例如参见 Roger P. Alford, "In Search of a Theory for Constitutional Comparativism", 52 *YCLA L. Rev.* 639 (2005); Vichi C. Jackson, "Constitutional Comparison: Convergence, Resistance, Engagement", 119 *Harv. L. Rev.* 109 (2005); David S. Law, "Generic Constitutional Law", 89 *Minn. L. Rev.* 652 (2005); Nelson Lund & John O. MacGinnis, "*Lawrence v. Texas* and Judicial Hubris", 102 *Mich. L. Rev.* 1555 (2004); Michael D. Ramsey, "International Materials and Domestic Rights: Reflections on *Atkins* and *Lawrence*", 98 *Am. J. Int'l L.* 69 (2004); Mark Tushnet, "Transnational/Domestic Constitutional Law", 35 *Loy. L.A.L. Rev.* 239 (2003); Jeremy Waldron, "Foreign Law and the Denominator Problem", 119 *Harv. L. Rev.* 148 (2005)。

作为真正的权威，即使它们不具有绝对的权威性。就像下一部分将阐明的，这场争论深入到了法律本身的权威性这一核心问题。

4.5 权威是如何成为权威的？

尽管我们可以区分出强制性权威与选择性权威，但这个差别最终是一种程度而不是类型的差别。理论上，渊源可能通过单个行为就成为权威，比如西弗吉尼亚宪法条款就承认弗吉尼亚（西弗吉尼亚以前是它的一部分）法院的某些立法性判决可以成为西弗吉尼亚的权威。^①但更常见的情形是，权威获得权威的地位是一个持续不断的非正式过程的结果，在这个过程中，当某些渊源一再被运用和接受时，它就不断积累起了权威性。例如，从前的英国法院不容许在律师的论证或法官的意见中援引尚在人世的学者的二手渊源。但假如某部专著或某篇文章（后一种情况很罕见）的作者已亡故，援引就是容许的，否则不行。这么做的原因尚不明确，尽管从表面看它可能是因为担心比起已故之人，活着的人更容易改变观念。重要的是，这条禁令已经逐渐改变了，转变的契机是，上议院于1945年援引了当时尚在人世的法学家亚瑟·古德哈特的一部著作。^②一旦出现对尚在人世的学者著述的第一次援引，嗣后的法院做同样的事情时就不再像一开始那么犹豫，随着时间的流逝，这种实践就变得被广为接受起来。^③

对于尚在人世的学者二手渊源的援引，并没有什么特别之处。极少有

① West Virginia Constitution, § 2-1-1.

② 参见 Neil Duxburg, *Jurists and Judges: An Essay on Influence* (2001); Frederick Schauer & Virginia J. Wise, "Legal Positivism as Legal Information", 82 *Cornell L. Rev.* 1080 (1997).

③ 比起在美国，这种做法在英国还不是那么太被接受，但对于在一般意义上对二手渊源的援引来说同样如此，无论它们的作者是否还活着。

正式的规则来规定，应该将什么承认为法律。英国法哲学家哈特提出的广为人知的“承认规则”（rule of recognition）^①，与其说是一个规则，不如说是一系列持续变迁的实践或惯例，很像构成语言的那种流动的实践和惯例。^②同样，也没有任何清晰的规则来确定，哪些权威能在法律陈辩书、论证或司法意见中被正当地援引。确切地说，什么是法律权威，什么是法律的正当渊源，取决于这样一种持续不断的实践：在其中，律师、法官、学者和其他法律参与者逐步以分散和非线性的方式来决定，什么是正当的渊源，什么不是，因此也以同样的方式来决定什么是法律，什么不是。所以，斯卡利亚大法官、米德尔堡历史系和“请勿引证”规则的守护者真的有理由来担心，使得某种渊源的运用正当化将会激起一个无法掌控的膨胀过程。实际上，法律引证拥有重要的两面性。引用者在援引特定渊源时并不只是在陈述说，这是个好的渊源，引用者（尤其是法院）同时还进行了这样一个陈述，即，这类渊源是正当的。

所以，我们经常看到一个从禁用型权威到选择性权威再到强制性权威的进程，在这个常见的过程中，渊源从无疑是非法律性的“东西”转变为强制性权威。虽然从技术意义上说，第十巡回法院不援引第二巡回法院关于证券案件的判决并没有什么错，但是不援引处理证券事务最杰出的法院的判决总归会引起人们的不满与批评。而不满越大，看起来像是选择性的东西实际上就越可能是强制性的。^③越是依赖特定类型的技术上可选择的权威——例如，在马萨诸塞州最高法院中，不参考利亚科斯（Liacos）的《马

① H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Penelope A. Bulloch & Joseph Raz eds., 2d ed., 1994)。

② 参见 A. W. B. Simpson, "The Common Law and Legal Theory", in *Oxford Essays in Jurisprudence* 73 (A.W.B. Simpson ed., 1973)。

③ 参见 J.M. Balkin & Sanford Levinson, "Legal Canons: An Introduction", in *Legal Canons* 3 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., 2000)。

萨诸塞州证据手册》^①基本不可能提起或裁决一起证据案件——权威从选择性转变为强制性的可能性就越大。

所以，对于反对援引外国法与国际法的斯卡利亚大法官（及其他人）来说，对于告诫法学院一年级新生哪些权威容许引证，哪些不容许引证的法律写作导师来说，对于全力克服“请勿引证”规则的上诉法院来说，看上去只涉及形式的小问题，到头来却是关于“法律是什么”的根本性问题。在社区学校家长诉西雅图第一街区学校案（*Parents involved in Community Schools v. Seattle School District No.1*）中，^②布雷耶（Breyer）大法官提供了长达三页的渊源——大部分的历史渊源和行政渊源不在随后的陈辩书与档案之内——他的引证实践不仅表明，对他来说什么是法律，什么构成了法律，它同样也服务于一种权威性的功能（虽然，如果这份意见不是反对意见的话，它将更有权权威性），即告诉律师和法官他们可以将什么用于法律论证，进而也告诉了律师与法官法律是什么。^③

因为法律是一种权威性实践，所以问题很大程度上取决于权威是什么。为什么是最高法院和美国国会而不是《纽约时报》的编委会？为什么是联邦贸易委员会而不是沃尔玛的董事会？为什么是洛斯与塞利格曼而不是马克思和恩格斯？为什么是《哈佛法律评论》而不是《乡村之音》（*village voice*）？为什么是托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）的著作而不是杰斐逊·戴维斯（Jefferson Davis）的著作？

① Paul J. Liacos, *Handbook of Massachusetts Evidence* (6th ed., 1994). 这本书（所有的版本合计）在马萨诸塞州最高法院与上诉法院中共被引用了 894 次，所以除非很勇敢（或者说很莽撞），一个试图在这些法院之一中提起有关某个证据论点之诉的律师不可能不去关注利亚科斯的观点。因此，说这种渊源不是强制性权威就过于草率和简单化了。

② 127 S. Ct. 2738, 2800 (2007) (Breyer, J., dissenting).

③ 所以，类似地，在米德尔堡和其他地方关于维基百科的争议并不是关于引证或如何作脚注的争议，而是关于什么构成了历史以及什么是（作为实践的）历史的争议。

这些看上去像是修辞的问题都不完全是修辞性的。至少在美国法院，引证实践正在经历一场迅速的变迁，不仅在引证美国以外渊源方面增量迅猛，而且在引证那些数年前还被轻蔑地驳斥为“非法律的”渊源方面同样进展迅速。例如，在锦湖轮胎公司诉卡迈克尔案（*Kumho Tire Co. v. Carmichael*）^①中——该案涉及专家证人的资格问题——布雷耶大法官所代表的多数意见参考了一本随后没有被引证的书，书名叫做《如何购买和保养轮胎》。当然，远离传统法律渊源的愿望并不为布雷耶大法官所独有。美巡赛有限责任公司诉马丁案（*PGA Tour, Inc. v. Martin*）^②中，最高法院[斯蒂文（Steven）大法官执笔写下了多数意见]借助和引用了大量关于高尔夫赛性质的非法律渊源——这些渊源同样没有被记录在档案中，但大法官（或更可能是他们的书记员）会去查找——为的是确定一位得了循环系统疾病的职业高尔夫选手违背高水平职业高尔夫球赛规则乘坐高尔夫赛马车，是否符合美国残疾人法案的要求。在布什诉戈尔案（*Bush v. Gore*）^③中，多数法官认为：通过总统选举中百分之二的选票未有效投票这一事实来架构整个判决。法院显然认为这一点很重要（这个主张在整份司法意见中独占一个段落），但为了得出这一结论，它借助了几篇自己查找的报刊文章[例如有一篇来自于《奥马哈世界先驱报》（*Omaha World-Herald*）]，这些文章记载了这一历史时刻。

这些例子绝非例外。在美国，某种程度上也在其他普通法国家，律师和法官越来越多地援引，有时也依赖于经济学、社会学、心理学和政治学的非法律期刊，法律以外其他主题的著作、报刊和流行杂志的文章。如果从引证实践变迁的角度来看，这可能至多只是司法意见形式方面的变化。

① 526 U.S. 137 (1999)。

② 532 U.S. 661 (2001)。

③ 531 U.S. 98 (200)（法院全体意见）。

但这些变化并不仅仅反映引证实践的转变。它们包含了有关什么是法律渊源的变化，因而是有关什么是法律论证的变化；而什么是法律论证——区别于道德的、宗教的、经济的或政治的论证——则是决定什么是法律的主要因素。法律的界限是由法律权威的界限来确立的，而法律正是通过其渊源发挥法律的作用的。如果先前被禁用的权威变成了选择性权威，先前的选择性权威变成了强制性权威，那么法律渊源的性质就已经改变，而随着这一改变，法律的性质本身也就发生了转变。

第5章

类比的运用与滥用

5.1 先例与类比的区分

令一些读者感到奇怪的是，本书用整整一章来论述先例，然后又用一章来论述法律权威，现在还要单独提到“类比”（analogy）一词。毕竟，类比是法律论证与司法意见的普遍特征。在法律中，像其他领域一样，人们主张，因为现在的处境与过去的某个处境相像，所以应该用对待过去处境的方式来对待现在的处境。因为律师与法官所作的大部分类比都是对过去案件的类比，所以，就像许多学者曾做的那样，许多人会倾向于假定，依照先例作判决这个法律概念（我们已在第3章中进行过详细探讨）实际上是类比论证的一种形式，甚至说两者完全是一样的。^①

但是这种想法应受到抵制。虽然运用类比在法律论证中十分普遍，但

^① 例如，参见 Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949); Lloyd Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (2005); Barbara A. Spellman, “Reflections of a Recovering Lawyer: Hae Becoming a Cognitive Psychologist— and (In Particular) Studying Analogical and Causal Reasoning— Changed My Views about the Field of Law and Psychology”, 79 *Chi.-Kent L. Rev.* 1187 (2004)。

类比推理与受先例约束并不一样。^① 律师们通常不规范地将任何先前公布的判决称为“先例”，这助长了这种混乱，但真正有拘束力的先例与可能被用于类比的先例是不同的。在运用类比时，我们认为当下问题的某个方面与过去某问题的某个方面是相似的，所以我们应当从过去的事件中学到——有时遵从，有时避免——某些东西。例如，在1991年爆发第一次伊拉克战争时，假如某人主张，萨达姆·侯赛因（Saddam Hussein）很“像”阿道夫·希特勒（Adolf Hitler），他是为了说明：因为希特勒是个危险的独裁者，他入侵其他国家的行为需要被制止，所以结论是，萨达姆·侯赛因同样是个危险的独裁者，他入侵其他国家的行为也需要被制止。因为极少有人会不赞成迫切需要制止希特勒，所以那些作类比的人——尤其是乔治·布什（George H.W. Bush）总统——希望他人会同意迫切需要制止萨达姆。^②

对于反对2002年第二次伊拉克战争的人来说，他们也会运用与上述相同的类比论证结构，只不过他们是将这场战争与越南战争作类比。他们的论证核心在于，在伊拉克战争和越南战争中，采取传统作战方式并不可行，而美国军方又缺乏相应的文化、地形和语言知识。因为越南战争变成了一次漫长、昂贵且最终并不成功的军事冒险，而在伊拉克也显现出了相同的危险，因而应该被避免。

这类类比论证在法律论述中很普遍。比如看这个论证：禁止同性婚姻

① 所以正确的做法是将两者作为有区别但相关的主题，例如参见 Grant Lamond, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (N. Zalta ed., 2006), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec>。同样可见 Frederick Schauer, “Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy”, 3 *Perspectives on Psychological Science* 454 (2008)。

② 参见 Barbara A. Spellman & Keith J. Holyoak, “If Saddam Is Hitler, then Who Is George Bush?: Analogical Mapping between of Social Roles”, 62 *J. Personality & Social Psych.* 913 (1992)。

违反了美国宪法第十四修正案的平等保护条款，因为这种禁止类似于对跨种族婚姻的禁止，而后者已被最高法院在洛文诉弗吉尼亚州案（*Loving v. Virginia*）中宣告为违宪。^①在这里，论证的形式结构与上述伊拉克战争的例子是一样的：禁止同性婚姻与禁止跨种族婚姻是类似的，因为两者阻止那些想结婚的人缔结婚姻的唯一原因都在于他们不可改变的个人特征。对跨种族婚姻的禁止已经被正当地推翻。因此，按照这一逻辑，对同性婚姻的禁止也应当被推翻。^②

依照研究类比的认知心理学家的术语，我们可以将先前的案件称为来源（the *source*）或类比源，而将当下案件称为目标（the *target*）。^③当律师在论证中运用类比（或法官在司法意见中运用类比）时，律师主张的是，来源案件的某个特征——例如因为人们不可改变的个人特征就对他们作区别对待——在目标案件中呈现，所以目标案件应当与来源案件作同等对待。

类比标准图景的隐含意义是，作类比的人从多个可能的备选类比源中选择其一，依据的是它对于作决定来说最有帮助或者对于说服他人接受决定的合理性来说最有益。因此，法律人运用类比是因为它们有帮助。它们

① 388 U.S. 1 (1967)。

② 本段描述简化了问题，为的是阐明论证的结构。按照这一思路所进行的充分论证，例如可参见 William N. Eskridge, Jr., "Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of the Civil Union", 64 *Alb. L. Rev.* 853 (2001); Andrew Koppelman, "Why Discrimination against Lesbians and gay Men Is Sex Discrimination", 69 *N.Y.U. L. Rev.* 197 (1994)。

③ 概括参见 *The Analogical Mind: Perspectives from Cognitive Science* (Dedre Gentner, Keith J. Holyoak, & Boris N. Kokinov eds., 2001); Keith J. Holyoak & Paul Thagard, *mental Leaps: Analogy in Creative Thought* (1995); *Similarity and Analogical Reasoning* (Stella Vosniadou & Andrew Ortony eds., 1989); Keith J. Holyoak, "Analogy", in *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning* 117 (Keith J. Holyoak & Robert G. M. Morrisson 2005); Isabel Blanchette & Keith Dunbar, "How Analogies Are Generated: The Roles of Structural and Superficial Similarity", 28 *Memory & Cognition* 108 (2001)。

有助于作决定，它们有助于说服他人接受决定的正确性，它们阐明了当下情形中那些有可能被掩盖的方面。所以当布什总统为了获得对第一次伊拉克战争的支持，将萨达姆·侯赛因类比于阿道夫·希特勒时，当第二次伊拉克战争的反对者将这场战争类比于美国在越南的军事冒险时，他们都从成千上万潜在的候选对象中选出了各自的类比源——分别是希特勒与越南战争，因为他们接下去所进行的类比能够说服那些有可能不赞同他们立场的人。

虽然有时类比被用于反对而不是支持某种行为——例如，因为禁酒令（Prohibition）^①失败的教训所以不应禁烟，或者，因为洛克纳诉纽约州案（*Lochner v. New York*）^②导致不幸的结果，所以最高法院不应以宪法第十四修正案规定的正当程序条款之名对立法施加实质性限制（与程序性限制相对）——但即使如此，选择这些类比也是因为人们相信它们能提供相应的指引，给出相关的阐释，给予相关的教训，有助于提高相关的说服力。运用类比的人不会选择那些会妨碍自己（或试图说服的对象）实现观点的类比，决策者也不会选择那些会阻碍行动的类比，甚至会对这样的类比视若罔闻。换句话说，律师不会选择那些他们认为无法引导某人——法官或陪审团——得出他们所要的辩护结论的类比，法官也不会选择那些他们认为无助于司法意见的读者弄清其结论合理性的类比。

① 美国禁酒令（1919年至1933年），即美国宪法第十八修正案（Eighteenth Amendment），该法案宣告除私下拥有、饮用外，酒类酿造、运输和销售是违法的，实质上颁布了酒类饮料的禁制令。但由于实施难度太大，1933年2月，美国国会通过第二十一条宪法修正案以取消禁酒之第十八修正案——译注。

② 198 U.S. 45（1995）。洛克纳案是个著名（或者说臭名昭著）的案件。在该案中，最高法院运用宪法第十四修正案的正当程序条款废止了纽约州的一部调整面包房工作时间的制定法。这份判决催生了霍姆斯大法官的反对意见，他谴责多数法官运用宪法在相竞争的政治与经济哲学中进行选择，而他认为这应该属于立法者而不是法院的任务。

但是，正如我们所见，先例这一法律概念非常不同。强制性先例有时会基于其权威地位阻止法官得出一个她更倾向的当下判决。我们将强制性先例称为“有拘束力的”，正是在强调它们的约束性，正因为法官被认为在某事上没有选择余地，这种约束作用才得以发挥。因此，先例的法律运用与类比的法律运用差别很大，因为后者选择某个先前判决是为了支持当下的某个论证，而前者的效果是某个先前判决强制要求排除掉法官更倾向的结论。

想一想波特·斯图亚特（Potter Stewart）大法官在1973年罗伊诉韦德案（*Roe v. Wade*）中的协同意见。^① 本案最重要的先例是1965年的格里斯沃尔德诉康涅狄格州案（*Grisword v. Connecticut*）^②，后者宣告康涅狄格州一部禁止销售避孕药的法律无效。对于那些赞同格里斯沃尔德案的大法官们来说，罗伊案的结果毫不奇怪。在他们看来，罗伊案只不过是扩展了格里斯沃尔德案中早已确立的原则，即隐私与实质自由。虽然斯图亚特大法官是格里斯沃尔德案的异议者之一，但他并不反对罗伊案的判决。他依然认为宪法并不包含隐私权，但他认为——令他沮丧的是——格里斯沃尔德案及其他案件已经复活了实质性正当程序（substantive due process），并且在罗伊案中，他认为法官有义务遵从那些即使是错误的先例，这种义务强制他在罗伊案中去遵从它们，这说明，他“接受了”他并不赞同的先例案件的权威。

举出最高法院绝对尊重遵循先例的例子或许比较难，但也不是没有。例如，在19世纪50年代和60年代，约翰·马歇尔·哈伦（John Marshall Harlan）大法官在刑诉案件中经常加入多数阵营，尽管他在先前案件中并

① 410 U.S. 113, 193 (1973) (Stewart, Jr. concurring).

② 381 U.S. 479 (1965).

不赞同他们的基本原则；^①正如拜伦·怀特（Byron White）大法官在1981年的爱德华诉亚利桑那州案（*Edward v. Arizona*）^②中认为有义务遵从最高法院1966年关于米兰达诉亚利桑那州案（*Miranda v. Arizona*）^③的判决，尽管他是该案的异议者之一；正如安东尼·肯尼迪（Anthony Kennedy）大法官在林恩诉亚利桑那州案（*Ring v. Arizona*）^④中清晰地指出，“尽管我依然认为早先的阿普伦蒂案（*Apprendi*）判错了，但阿普伦蒂案现在已经成为法律，所以原则上它的判决依据必须被贯彻。”

这些例子都来自于最高法院，但那里是我们最不可能发现真正的先例约束的地方。因为每年有超过九千份审查请求提交给最高法院，而它最终只是受理和裁判其中的七十余个案件，即使是这九千个案件在整个司法体系中也只是沧海一粟，所以最高法院可能是寻找那些结论真正受到先前判决约束的案件的最后处所。正如我们在第2章考察选择效应时已经明白的，规则或先例所指引的法律结果相对来说不太可能被起诉，假如被起诉也不太可能被上诉，因此从总体上说，上诉案件，尤其是最高法院受理的上诉案件基本偏重于这类争议——它们的结果并不确定，甚至并不完全受既定先例的指引。但当我们去考察美国上诉法院时，情形就有所不同了。法院的上诉管辖权是权限问题，而不是由法院自由决定的，在上诉法院，不仅超过百分之八十的判决是全体一致通过的，而且其司法意见被认为不值得通过官方公之于众。我们在那里可以找到更多这类案件：不管法官不顾先例所认为的正确或合理的结论是什么，既定的强制性权威为它们规定了特

① 参见 Henry J. Bourguignon, “The Second Mr. Justice Harlan: His Principles of Judicial Decision Making”, 1979 *Sup. Ct. Rev.* 251。

② 451 U.S. 477 (1981)。

③ 384 U.S. 436 (1966)。

④ 536 U.S. 584 (2002)。

定的结论。所以，当我们考虑到整个法院系统时，观点就变得很清楚了：法律系统运用先例的方式并不是律师或法官从不计其数的作为类比源候选案件中选择其一，也不是用类比帮助律师在当下进行论证或帮助法官在当下得出较好的结论。确切地说，它涉及的是法官遵从早先（在她看来）错误判决的义务，原因仅仅是因为存在这个判决。质言之，它涉及的是法官作出她认为是错误的判决的义务。“假如遵循先例只是意味着法院应当坚守它认为是对的先例，那么遵循先例就没起什么作用。只有当法院认为有义务去坚守它视为不合理或不公正的先前规定时，遵循先例才是有意义的。”^①

先例约束与经典的类比推理之间最大的区别或许在于，遵守先例的人通常缺乏选择先例的自由。如果说类比推理者有对各个作为类比源的候选案件进行广泛选择的权利的话，那么真正的先例约束通常就没有这种选择权。斯图亚特大法官会觉得这种观点匪夷所思：如果找到另一个先前的案件，他就可以免除受格里斯沃尔德案约束的义务。怀特大法官无疑也会嘲笑这种观念：随后的讯问案件受米兰达案的约束只不过是在选择最佳类比源案件时不能过于随意。虽然有创造力和影响力的律师偶尔能让法院从全新的视角去认识某个案件或争点，但更常见的情形是：某个关于争点 X 的先前判决是如此有力，以至于法官不可能通过主张当下案件实际上涉及 Y 而非 X 来回避先前的判决。在某种微弱的意义上，没有任何一辆 2004 款森林绿丰田花冠车与其他任何 2004 款森林绿丰田花冠车是相同的，但当这款车的车主对另一位车主说“我也有一辆相同的车”时，这并没有什么好奇怪的。这里也一样。任何两个先前的案件、事例、行为、争点或事件在某些方面都是有差别的，但实际上它们的等同性通常不可

^① United States *ex rel.* Fong Foo v. Shaughnessy, 234 F.2d 715, 719 (2d Cir. 1955).

避免，因此，在法律（有时也在其他领域）中，有待作出的当下判决涉及与先前场合中已被提出和回答的同一个问题，通常不足为怪，也不容置疑。

所以，通常情况下先例约束的特点是，当下的争点被普遍认为与某个先前判决中已被解决的争点相同，因此（从政治与职业的角度来说）当下决策者无权主张存在相关的差异。外交政策决定者在1991年无论是将萨达姆类比为伊迪·阿敏（Idi Amin）——一位残酷的独裁者，但美国并没有与他的国家乌干达（Uganda）交战——还是类比为希特勒，似乎都有相当的道理，但在2008年对一部完全禁止堕胎的州法进行合宪性裁定时，最高法院的大法官基本上（在逻辑上、语言上、心理上、职业上和政治上）不可能将该案件与罗伊诉韦德案区别开来。

一旦我们明白，在先例情形中，对来源判决的选择通常根本就不被视为选择（通常也根本就不是选择），我们就领会了类比与先例的区别。假如说在类比情形中，律师或法官是为了寻求帮助去获得最佳判决（或为了说服他人认为这是最佳判决），那么在先例情形中效果恰好相反。如果来源与目标之间存在不容否认的相似性，而由于垂直先例或遵循先例的约束，法官要依照判决先例案件（来源案件）的方式来判决当下案件（目标案件），那么法官就不得不得出她有时会认为是糟糕的结论。如果说在类比情形中，律师或法官寻求某个来源案件是为了帮助她在当下作出最佳论证或最佳判决的话，那么在真正先例的情形中，法官则被迫作出她可能会认为是错误的判决。类比在法律中十分重要，好律师和好法官也知道该怎样有效地运用类比。但他们同样明白，先例有时会起到约束作用。他们也明白，有效运用类比与承认先例的约束力根本不是一回事。

5.2 相似性的确定

类比论证不同于先例约束并不意味着类比推理在法律中不重要。相反，类比推理在法律体系中广泛存在。许多学者都尝试来说明律师运用类比论证以及法官运用类比证立判决的机制，这毫不奇怪。^①虽然法律论证中对类比的运用与日常生活中对类比的运用没有本质区别，类比推理在法律领域外与法律领域中一样普遍存在，但是类比在法律中是如此常见，以至于我们需要更仔细地来考察这种被频繁运用的法律论证的结构。

类比推理的核心在于这样一个主张：我们当下所面临的某个事件或事情与我们以前遇到的某事相似。在法律中运用类比的通常方式是，律师在作论证或法官在对裁判结论进行证立时，认为当下案件与过去的另一个案件是相似的。但如此一来，我们就必须要面对这样一个事实：任何两个事物在某些方面都是相似的，而在其他方面则不同。我的2004款蓝色斯巴鲁力狮旅行车与你的2004款蓝色斯巴鲁力狮旅行车相似，因为它们都是蓝色的，它们的构造和样式都一样，它们是产自同一年的车型。但它们也是不同的，因为一辆是我的而一辆是你的，在驾驶里程数上也肯定是有区别的，至少在某些机械性能方面也有所不同。类似地，黑猫、黑寡妇蜘蛛和黑墨水显然不同，但它们的相似之处在于它们都是黑色的。

假如任何两个事物都在某些方面相似而在其他方面不同，我们又如何能说某个事物与另一个事物相似呢？难道不能说，某个事物与任何其他事

^① 例如参见 Levi, *supra note 1*; Weinreb, *supra note 1*; Scott Brewer, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument", 109 *Harv. L. Rev.* 923 (1996); Cass R. Sunstein, "On Analogical reasoning", 106 *Harv. L. Rev.* 741 (1993)。

物都相似，或者与任何其他事物都不同，因为它（几乎）与任何其他事物在某些方面都相似，而肯定与任何其他事物在某些方面都不同吗？所以，难道不能说，任何当下案件在某些方面都与大量的先前案件相似，而在某些方面又与它们中的每一个都有所不同吗？假如如此，那么类比论证又怎么着手进行呢？

让我们回到第3章中用来讨论先例的例子上来。假设（颠倒实际发生的顺序）在麦克弗森诉别克汽车公司案^①中有人主张，先前裁判的英国案件多诺霍诉斯蒂文森案^②类似于麦克弗森案的情形，因而纽约州上诉法院应当依照英国上议院裁判多诺霍案的方式来裁判麦克弗森案。显然这并非是有拘束力的先例约束的情形。没有人敢主张，出于英国案件的某种神秘的权威地位，纽约州法院应当依照英国法院裁判相同争点的方式来裁判案件。简单来说，裁判麦克弗森案的法院压根就没有义务将多诺霍案视为具有拘束力，或具有别的某种权威性。但麦克弗森的律师仍然可能主张，纽约州法院应受到英国法院对多诺霍案所作的（在他看来）类似判决的指引。

但是，为了进行论证，麦克弗森的律师必须要证明，这两个案件在某些方面是相似的，而别克公司的律师必须回应论证它们是不同的。例如，麦克弗森的律师可能会主张，多诺霍案与纽约州法院面对的案件都涉及消费者交易，缺陷不易为消费者发现的产品以及终极目标在于将产品出售给消费者（尽管是通过中间零售商来进行的）的制造商。因为这些相似性，麦克弗森的律师会主张，纽约州法院应当遵从英国法院多诺霍案的指引。作为回应，别克公司的律师会指出，别克销售商可能在出售前已经检查过

① 111 N.E. 1050 (N.Y.1916)。

② [1932] A.C. 562.

车辆而密不透明的瓶装饮料的零售商不曾做过这种检查，汽车的偶然缺陷是可预期的，而姜汁啤酒瓶中的蜗牛残肢是不可预期的，汽车的买家（尤其是在1916年）通常有能力来承受损失，而一家咖啡馆的老主顾通常没有这种能力。

最重要的是，在这幅场景中，双方律师都是对的。确实有相似性，也确实有差别。但并非所有的相似性都是相关的，也并非所有的差别都是相关的。在麦克弗森案之后发生的一个案件中，假如主张，因为案件涉及的是福特汽车而不是别克汽车就意味着它是不同的案件，这就是个糟糕的论证，虽然福特汽车当然在某些方面有别于别克汽车。在随后发生的另一个案件中——零件供应商对于别克汽车工厂有违约行为——不可能主张，因为别克汽车公司在麦克弗森案中负有责任，类似地，它在本案中也应该负有责任，虽然在两个案件中被告是同一家公司意味着至少在一个方面两个案件是相似的。

所以，好的论证与坏的论证区别不在于，好的论证基于相似性而坏的论证不基于相似性，因为两者都是基于相似性的。不如说，好的论证运用了相关相似性（*relevant similarity*），而坏的论证运用了根本不具有法律相关性的相似性，尽管这些相似性可能对于其他目的来说是相关的。所以，当律师主张枪械经销商应当对任何因向未成年人非法出售枪支而受伤的人（或任何死者家属）负责时，^①他可能是将它类比于这样的情形：酒精饮料销售者（尤其是向未成年人出售酒精饮料的人）通常要对那些因为醉酒者的行为而受伤或死亡的人负责。^②在这种情形中所进行的论证并不是惯常与严格意义上的先例论证，因为两个案件有充分的差异性，所以法官不会因

① 例如参见 *Pair v. Blakly*, 388 A.2d 1026 (N.J.Super.1978)。

② 例如参见 *Petolicchio v. Santa Cruz County Fair & Rodeo Ass'n*, 866 P.2d 1342 (Ariz. 1994)。

为不遵从先例，拒绝将针对酒精销售者的替代责任规则扩张到枪械经销商的替代责任而受责备。确切地说，这一论证恰好是基于这样一个前提：法官可能认为由酒吧承担替代责任是个好主意，而这个争点与先前某个正确解决的争点之间存在充分的相关相似性，所以法官相信（或至少希望）赞同酒精案的法官会基于类比被说服赞同枪械案。

但是，虽然啤酒销售商与枪械经销商在某些方面是相似的，在其他方面却不同。啤酒与枪械毕竟存在很大差别，它们被出售时的典型情境也存在很大差别。所以，假如既有明确的相似性又有明显的区别，选择一个类比而非另一个类比的法律人，依赖的就是某种使得相似性成为相关相似性的东西。例如，在1978年，美国纳粹党想要在伊利诺伊州斯科基（Skokie）的大街上举办一次公共游行，而这个城市生活着大量的纳粹大屠杀幸存者。^①通过主张纳粹公共游行案与十九世纪六十年代的民权运动者公共游行案^②具有相关相似性，为纳粹辩护的律师列举了某些相似性——一个不受欢迎的组织，拥有少数成员，试图对抗多数人的观念——而为斯科基民众辩护的律师则列举了纳粹示威者与民权运动示威者之间的明显差别，以主张这是个糟糕的类比。支持纳粹的律师主张，如果法官认为民权运动示威案判决是正确的，他就应当作出有利于纳粹的决定，因为两个案件之间存在相关相似性，与此相同，支持斯科基民众的律师主张，即使法官认为民权案的判决是恰当的，他也有足够的理由来拒绝将这类案件类比于涉及纳粹的案件，因为两者存在相关的差异性。

就像斯科基案件以及不计其数的其他案件中的论证一样，法律中的类

^① 参见 *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978); *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (111. 1977)。

^② 例如，*Gregory v. City of Chicago*, 394 U.S. 111 (1969)。

比论证包含这样的论证，即，哪些相似性具有或应当具有法律上的相关性，哪些差异性具有或应当具有法律上的相关性。支持纳粹的律师可能会主张，宪法第一修正案的要义在于保护不受欢迎的观点与组织，因此民权示威者与纳粹在不受欢迎这一点上具有相关相似性。作为回应，支持斯科基民众的律师则会主张，纳粹案件中的游行试图引起旁观者的精神痛苦，而民权案件则不存在这种情况，所以两类案件具有相关差异性。

假如出现这些关于各种相似性与差异性的相关性或不相关性的论证，那么如何决定就取决于先前案件（尤其是具有支配性的先前案件）在多大程度上宣告了哪些相似性是相关的，哪些又是不相关的。因此，法律相关问题越是已经被某个一般性规则——例如从民权示威案中产生的规则，即，游行、列队行进和示威不能因为示威者拥护的观点而受限制——所决定，类比论证就越可能转变为先例论证。纳粹最终在斯科基案中胜诉（尽管实际上没有进行游行），是因为最高法院在先前的案件中曾指明，演讲者的观点是不具有法律相关性的因素，无论它多么令人厌恶。但是，法律相似性与差异性越是难以决定，法律中的类比论证与其他各行各业中所运用的类比论证就越是相像。假如民权案件的判决没有使用清晰的表述来指明哪些因素是相关的，哪些是不相关的，假如民权案件被另一家司法辖区的法院而非最高法院所裁判，那么就像大多数涉及相冲突的类比的情形一样，要解决这里的问题，就要来决定：在裁判案件的法官看来，哪个类比更具有说服力。就此而言，法律中的类比推理很重要，但它的重要性取决于它的说服力，而不是它有别于法律或在法律上的独特性。

5.3 怀疑论的挑战

虽然一直以来律师与法官都在运用类比，大量的著作与文章也一直都

在对法律中的类比推理进行分析、说明与辩护，但还是需要来回应一种重要的挑战。这种挑战并不否认存在类比推理，也不否认类比推理在法律论证与决策中十分普遍。它真正要否认的是，区分类比推理与其他各种依照（法律）规则和政策进行决策的形式具有重要意义。^①

再次来考虑酒店对非法或过失酗酒的受害者承担的责任与枪械店对非法或过失用枪的受害者承担的责任之间的类比。我们已经看到，两个情形之间既有相似之处也有不同之处。我们也已明白，能够主张后者类似于前者的前提是，需要相关相似性的分量超过了任何相关差异性。但如何来确定这种相关相似性呢？按照怀疑论者的观点，只能有两种确定相关性的方式。有时它可以在先前案件的表述中被发现，例如最高法院在十九世纪六十年代的民权运动示威案中证明，要依照宪法第一修正案保护示威者免遭州的限制，理由在于，无论是某个组织的观点不受欢迎还是这些观点可能会引发旁观者的强烈反感，都不能证明对那些践行第一修正案权利的人施加限制是正当的。正因为最高法院说得非常清楚，所以就相当于制定了一个使得美国纳粹党在道德上的可谴责性并不具有法律相关性的规则，也相当于制定了另一个使得引发旁观者敌意的可能也不具有法律相关性的规则。所以，在1977年对涉及美国纳粹党的斯科基案件进行裁判时，就只是将在先前案件中已确立的规则运用于这一情形罢了。^②怀疑论者承认民

^① 参见 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 86-100 (1990); Larry Alexander, "The Banality of Legal Reasoning", 73 *Notre Dame L. Rev.* 517 (1998); Larry Alexander, "Incomplete Theorizing", 72 *Notre Dame L. Rev.* 531 (1997); Larry Alexander, "Bad Beginnings", 145 *U. Pa. L. Rev.* 57 (1996); Richard A. Posner, "reasoning by Analogy", 91 *Cornell L.Rev.* 761 (2006); Richard Warner, Note, "Three Theories of Legal Reasoning", 62 *S. Cal. L. Rev.* 1523, 1552-55 (1989)。

^② 参见 Kent Greenawalt, *Law and Objectivity* 200 (1992) ("类比推理与依据一般命题的推理没有太大差别。"); Peter Westen, "On 'Confusing Ideas': Reply", 91 *Yale L. J.* 1153, 1163 (1982) ("不去表述出用以认定 A 与 B 具有相关同一性的法律规则，人们就无法宣称 A 与 B 具有法律相似性。")。

权运动示威者与纳粹之间的确有相似之处，但他们坚持认为，类比并不能决定结论。确切地说，类比反映或表达了最高法院于十九世纪六十年代的案件中所宣告的规则。

有时并不存在这种事先宣告的清晰规则，但怀疑论挑战仍旧存在。假如最高法院只是在十九世纪六十年代宣告民权运动示威者受到第一修正案的保护，而该民权案件又是1977年的纳粹案件出现前唯一存在的（类似）案件，那么处理纳粹案件的法院就必须自己来决定，对于第一修正案来说，民权运动示威者与纳粹之间的相似性是否比他们之间的差别更重要。为了做到这一点，法院不能只是简单指出，因为纳粹与民权运动示威者之间具有相关相似性，所以两个案件应以相同的方式来裁判（这实际上指的是得出相同的结论），因为这恰恰是争议点所在。不如说，法院必须设想出一条规则或原则来决定什么是相关的，什么是不相关的，而在设想这条规则时，法院并不是在进行类比推理，就像在任何其他案件中所做的那样，它只是在决定：依据政策、原则或其他因素，规则应当是什么样的。^①

怀疑论挑战的主要动机在于这样一种担忧：在怀疑论者看来，法院通常在后一个案件中伪称类比存在于决定相关性的规则之前，但事实上恰恰相反。是规则决定了类比，而不是类比决定规则。伪称类比在起作用——在没有规则的前提下通过类比本身得出结论——掩盖了嗣后法院对决定相关性的规则加以选择的事实。问题在于，在怀疑论者看来，嗣后的法院一边在做选择，一边却装得好像是某种天然和深层的相似性要求它得出某个结论。因此，怀疑论者的动力在于，过度赞扬法律领域的类比推理是一种自欺欺人，实际上它是嗣后法院的一种极具原创性的活动。虽然在今天反

^① 参见 Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law* 83 (1988) (“类比推理与先例推理、原则推理只具有形式上的差别。”)。

对普遍的司法创制有些不合时宜，而司法创制也没什么错，但是在今天抱怨利用类比方式来规避对相关规则实际上为何的陈述以及法院用看起来是必然的（类比）方式去掩盖背后的创制选择，这种抱怨似乎并不过时。

对这些怀疑论者可以进行各种各样的回应，但所有的回应无论如何都指责怀疑论者犯了心理学还原主义（psychological reductionism）的错误。运用类比并不只是另一个演绎的过程，也不只是运用先前存在的规则或者新近创造出来的规则的活动。确切地说，从特殊到特殊，并且不借助结合两者的一般化规则的能力，是人类推理的普遍形式，所以它也存在于法律领域，这没什么好奇怪的。想一想亚当斯诉新泽西轮船公司案（*Adams v. New Jersey Steamboat Company*），^①这个发生在纽约州的案件经常被相关文献拿来讨论法律领域的类比推理。^②亚当斯案的焦点在于设有客舱的轮船的所有人对一位钱财被窃的过夜旅客所应承担责任的性质。据称，由于公司的疏忽，小偷潜入了原告的卧室。有趣的是，两部不同的法律都有可能适用。如果关于火车车厢中开放式卧铺的法律可以适用，那么公司就没有责任；但如果关于旅店老板的法律被适用，那么原告就能够获得救济。所以问题在于，带有密闭客舱的轮船是更像火车卧铺车厢还是更像旅馆。在现实中，法院裁定应当适用旅馆法而不是铁路法，但怀疑论者并不认为这是类比推理的结果。他们会认为，法官思维中存在一个规则（尽管它存在于法官的思维里而没有出现在判决书中），这个规则确立了轮船客舱与旅馆客房之间的相似性。但回应怀疑论挑战的人会认为，在决定轮船更像旅馆而不是火车卧铺车厢时，法院并没有首先根据政策或原则来设想出最佳规则，然后据此来决定相似性。确切地说，它是看到了这两种可能性，

① 45 N.E.369 (N.Y.1896)。

② 参见 Weinreb, *Legal Reason*, *supra* note 1。

然后直接“看到”其中一种方向比另一种更相似。在理论上，这也许可以被还原为某个规则，但当法官辨别出相似性时，他们在思维中并没有有意识地感觉到这个规则的存在，所以实际上对于法官来说，辨别相似性是首要的精神活动。非怀疑论者坚持认为，法官所做的就是人们在职业与非职业的决策环境中一直在做的事，一本关于类比的畅销书的题目恰好表明了它——《思维跳跃》(*Mental Leaps*)。①

最终，怀疑论者与传统论者（假如我们可以这样来称呼的话）之争需要部分借助于认知科学家的成果来解决，它不只是法律人或法哲学家的事。这场争议关乎人们如何思考，因而关乎这样的问题：正如有时怀疑论挑战的那样，人们在思考问题时总是从某种一般性的东西出发，然后将它运用于特殊的情形，还是说人们通常会从比较特殊的洞见或直觉出发，然后再来寻求对它们的说明。假如人类的大部分推理都包含这类从特殊到特殊的直觉式和非审思的跳跃，那么将类比为这种思考与推理在法律论证中经常显现的方式就很重要。但假如从特殊到特殊的直觉式跳跃实际上以在某种意识层面上建构出的一般化规则为中介，那么在法律领域对类比推理的狂热最终就只是站在心理学的薄冰之上。这种主张不仅在心理学上是不可靠的，而且也会在律师和法官所否认但在法律决策中（至少在普通法国家司法中）普遍存在的真正创制与造法活动的漫长历史中呈现别样的篇章。

即便怀疑论挑战最终具有分析上的合理性，它也不是对法律领域存在类比推理这一事实的挑战。它挑战的只是类比推理具有独特性这个主张。就像许多其他争论那样，这一争论最终不会有明显的赢家和输家。但是，通过对这一争论的理解，我们不仅能够理解确定相似性的规则在类比过程

① Holyoak & Thagard, *Mental Leaps*, *supra* note 6.

中的核心意义，而且能够理解，这个规则何时先于类比存在，何时（至少在决策者看来）又并不先于类比存在的重要性。

5.4 类比与法律变迁的速度

类比推理是否有别于先例约束？类比是否真的是独特的抑或只是被伪装了的其他事物？除了这些问题外，还存在这样一个规范性问题：类比推理（尤其是对于法官来说）应当受欢迎还是被避免？尤其是，人们有时会主张，类比推理就其本质而言具有渐进性（incremental），因而类比推理是这样一种工具，它推动着缓慢而非迅速的法律变迁，它迈着小步子而不是大踏步地前进，它在促成法律变迁的同时保证了大部分法律（甚至是涉及同一主题的大部分法律）不加变动。^①

这种渐进式变迁的多样性通常被描述为就事论事的裁判（case-by-case decision-making），这一语词表达的是：法院只有当面对代表着变迁机会的具体争议，并且只有在正确解决争议的必要范围内，才能进行变迁。因为类比推理要求当下判决以某种方式与先前的某个判决或某些判决相联系，所以，运用类比必然是渐进式发展的方式，因而也是更加缓慢地发展的方式。

当然，缓慢发展并不一定是件好事，但缓慢发展什么时候是可欲的，什么时候是不可欲的，这个问题属于规范政治学、伦理学与法律理论的研究对象。即使对于法律来说，缓慢发展有时是件好事，但也还有类比推理如何达到这一目的的问题。

正如我们在前面的章节中看到的，什么是类比并不是一个可以严格从

^① 例如参见 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1991); Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996)。

逻辑上得到回答的问题，因为任何两个事物、事件、行为或决定在某些方面都是相似的，而在其他方面则不同。只要是这样，就没有什么先验或逻辑的理由来认为，类比的跳跃肯定是小跳跃而不是大跳跃。严格从逻辑上讲，麦克弗森诉别克汽车公司案可以被认为类似于任何针对别克汽车公司的案件，任何涉及汽车的案件，或任何涉及将产品出售给消费者的案件。同样，莱佛士诉维切毫斯案^①可以被认为是关于船舶、棉花或任何类型错误的类比的来源。赖兰兹诉弗莱彻案 (*Rylands v. Fletcher*)^②可能类似于任何涉及水、洪灾、土地或危险状况的案件。

当然，在实践中不完全是这样。认为麦克弗森案类似于主张所有消费产品的制造商要对这些产品对于所有消费者所引起的所有损伤负严格责任这样的判决或者将它作为这样的判决的跳板，是不合理的。即使我们能建构出这样的类比，证明从麦克弗森案到所有消费产品的制造商的全面严格责任的跨越在逻辑上是无瑕疵的（就像从麦克弗森案到诸如多诺霍诉史蒂文森案这类案件的跨越一样），情形也没有差别。事实上，有说服力的类比——类比通常就是被用来进行说服的——让人相信它们在某种意义上具有更深层的联系，解决的是具有更深刻的相似性的事情。但是否真的如此？因为人们的思考方式或者现实生活偶然被建构的方式是一个属于心理学而不是哲学领域的问题，但是，类比式的思考是以我们视为既定之相似性为基础的思考，这至少还是有可能的。就此而言，比起其他替代方案，类比式的发展可能最终将被证明是一种更具渐进性和审慎性的法律变迁途径。但重要的是要记住，严格说来它更多是一种不具有逻辑必然性的思维方式。

① 2 H.& C.906, 159 Eng. Rep.375 (Ex.1864) .

② L. R. 1 Exch. 265 (1866) .

第6章

普通法的观念

6.1 历史与比较

有一种普遍的观念将法律想象成写在一本包罗万象的规则手册中的规则的集合。这种想象在很多方面都具有误导性，尤其是关于法律的规则手册观对于典型的普通法法律体系来说特别不适合。这些体系起源于中世纪的英格兰法，现在则包括英国、美国、澳大利亚、新西兰、加拿大（魁北克省的法律体系除外）、印度、以色列、南非（尽管荷兰对它影响很大）、爱尔兰、加纳、马来西亚、百慕大群岛以及大多数其他在历史上受到英国殖民地规则影响的国家的法律体系。这些体系合在一起构成了普通法法系，它们共同的祖先是《大宪章》之后的英格兰法。^①就像我们将会看到的，这个法系的方法与结构不同于其他任何法系。当人们谈论普通法或普通法法律体系时，他们指的是这些国家中法律体系的总体进路，并试图将普通法进路与民法进路区分开来——后者存在于这样一些国家，它们的法律传统可

^① 关于普通法之历史渊源的代表性著作参见 J.H.Baker, *An Introduction to English Legal History* (4th ed., 2002); S.F.C. Milsom, *A Natural of the Common Law* (2003); S.F.C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (2d ed., 1981); Theodore F.T. Plunkner, *A Concise History of the Common Law* (5th ed., 1956); Gerald J. Postema, "Classical Common Law Jurisprudence", 2 *Oxford Commonwealth L. J.* 155 (2003), 3 *Oxford Commonwealth J.J.* 1 (2003)。

以追溯到罗马法以及法国的拿破仑法典，并且与伊斯兰法系、中华法系、社会主义法系以及其他法系中的法律体系区分开来。

就普通法最纯粹的形式（原型而非现实）而言，其典型特征在于缺乏包罗万象的法典。普通法国家从英国继承了这样一套法律体系，在其中，比起普遍的法律规则手册观所认为的，成文规则并不被认为是那么地重要，相反，判例法（judge-made law）——在裁判特定争议的过程中创造的法——则占据着中心位置。在纯粹的普通法体系（这更多是幅漫画而不是对任何现实法律体系的准确描述）中，人们希望法官无需借助于成文法或其他成文规则来裁断特定的争议。法官们依据他们自己的公平感、合理感、习惯和良策去作判决，然后为他们的判决提供理由。凭借着先例体系与判例汇编制度（law reporting）的运作，未来的法院从先前的法院那里学会如何裁判，随着时间的流逝，法律领域就在没有法典、成文法或法规的前提下发展起来了。法律是被法官创制的。因此，当人们论及个案式造法时，他们在很大程度上指明了普通法的核心方法，借助这种方法，法律在裁决特定争议的过程中逐步发展起来，这里或许从不曾有过对特定法律规则清晰和标准的表述。所以，人们在谈论普通法规则时，指的是从一系列司法意见中提炼出来的规则。霍姆斯法官认为，“普通法的实质在于，它首先裁判案件，然后才确定原则。”^①

普通法规则不仅是在裁判具体案件的过程中被创造出来的，而且它们也是可废止的（defeasible）。^②这意味着，任何普通法规则都具有暂时性，随时可能在特定案件中作废，或当出现新情形时被修正。普通法的典型

^① Oliver Wendell Holmes, “Codes, and the Arrangement of the Law”, 5 *Am. L. Rev.* 1 (1870).

^② 参见 H.L.A.Hart, *The Concept of Law* 136 (Penelope A. Bulloch & Joseph Raz. Ed., 2d ed., 1994)。进一步的澄清参见 G.P.Baker, “Defeasibility and Meaning”, in *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart* 26 (P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977); Bruce Chapman, “Defeasible Rules and Revisable Rationality”, 17 *L. & Phil.* 443 (1998)。与哈特的观点不同，有论者认为可废止性是普通法但不是法律自身或不必然是法律规则的重要特征，参见 Frederick Schauer, “On The Supposed Defeasibility of Legal Rules”, in *Current Legal Problems* 223 (M.D.A. Freeman ed., 1998)。

方法是，法官有权在适用规则的同时改变它们，尤其是在迄今为止不曾预见，且适用既定规则会导致糟糕结果的情形中。因此，哈特认为以“但书”条款作结尾的规则仍然是规则，^①并强调普通法的重要特征在于所有可能的“但书”清单没法事先就穷尽地列举出来。波斯纳法官表达了相同的观点，他主张法律规则总是，也必然受制于“特定的例外”（*ad hoc exceptions*）。^②

正因为普通法规则可以不断被修正，所以法官能根据现实的变化来塑造和重塑规则，并且，当新情形呈现出不断改善规则的机会时，能够调整规则，使其在遇到新情形时更完善。^③曼斯菲尔德勋爵（Lord Mansfield）曾说，普通法能“自我纯化”（*works itself pure*），^④这一说法后来借由美国法理学家朗·富勒（Lon Fuller）之口而名声大噪，^⑤这句话恰当地把握住了这样一种信念：普通法在不断流变，也总是可以借由普通法法官之手改进，所以它逐渐趋近于完美的程度——规则几乎不会产生次优的结果。

普通法的这幅图景在现实世界中没有实现。即使是从最早的英国普通法开始，运用固定语词表述的成文法也扮演着重要的角色。在今天，工业化了的普通法国家越来越倚重精确、细致、复杂、通常也十分冗长的成文法。即使是最匆忙地来查看一下比如1990年的《清洁空气法修正案》（*Clean Air Act Amendments*）以及1933年的《证券法案》（*Securities Act*），或者最粗略地瞥一眼《联邦法规汇编》（*Code of Federal*

① H.L.A.Hart, *supra note 3*, at 110.

② Richard A. Posner, “A Jurisprudence of Skepticism”, 86 *Mich. L. Rev.* 827, 834-35 (1988).

③ 参见 Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (1988)。

④ “普通法通过来自正义之源的规则而自我纯化，因此要优于国会的立法。” *Omychund v. Baker*, 26 Eng. Rep. 15, 23 (Ch. 1744) (Mansfield, L.J.)。

⑤ “普通法自我纯化，并调整自己来适应新的需求。” Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* 140 (1940)。

Regulations), 也会毫无疑问地确信, 法官从零开始制定法律的图景很难代表现代工业化普通法国家的法律样态, 即使它是对普通法体系的确切描述。此外, 随着时间的流逝, 除了成文法和法规外, 普通法教义也会变得更加牢固和僵化。它们的范围为熟悉, 它们的内容变得越来越缺乏柔韧性。这种普通法教义的确立过程当然会使它们更容易被知晓, 但也更没有能力来应对特殊案件中不可预期的紧急情况。

虽然完全由法官创制普通法的景象略有夸大其词, 但它的确抓住了普通法国家中司法的重要特征。法官在普通法中确实扮演着核心角色, 由于先例体系的存在, 司法判决成为普通法法律论证的试金石。即使是在解释细致的成文法时, 普通法思维通常也会发挥作用, 从而对成文法的司法解释变得与成文法本身一样重要。^①事实上, 普通法的精神很多时候是以法官为中心的渐进主义 (judge-centered incrementalism) 精神, 因为裁判具体争议的必要性显现着以经验为基础的渐进式法律发展。^②

将普通法夸张地说成彻头彻脑的判例法, 恰好可以与通常对民法法

① 参见 Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (1982)。

② 有部重要文献, 主要是从经济学的视角论及了普通法演进时被系统性地改善的程度, 以及诸如选择效应 (见 2.2 节) 等因素及其他诉讼诱因以这样或那样的方式影响普通法之演进的程度。更值得一提的一些论著, 有的支持普通方法的一般效用, 有的则横加批评, 参见 Richard A. Epstein, "The Social Consequences of Common Law Rules", 95 *Harv. L. Rev.* 1717 (1982); Richard A. Epstein, "The Static Conception of the Common Law", 9 *J. Legal Stud.* 253 (1980); Gillian K. Hadfield, "Bias in the Evolution of Legal Rules", 80 *Geo. L. J.* 583 (1992); Ronald A. Heiner, "Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules", 15 *J. Legal Stud.* 227 (1986); Herbert Hovencamp, "Evolutionary Models in Jurisprudence", 64 *Texas L. Rev.* 645 (1985); William M. Landes & Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", 8 *J. Legal Stud.* 235 (1979); George L. Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", 6 *J. Legal Stud.* 65 (1977); Mark J. Roe, "Chaos and Evolution in Law & Economics", 109 *Harv. L. Rev.* 641 (1996); Paul H. Rubin, "Common Law and Statute Law", 11 *J. Legal Stud.* 205 (1982); Paul H. Rubin, "Why Is the Common Law Efficient?", *J. Legal Stud.* 51 (1977); Douglas Glen Whiteman, "Evolution of the Common Law and the Emergence of Compromise", 29 *J. Legal Stud.* 752 (2000)。

系——存在于欧洲大陆、中南美洲和那些被法国、西班牙、葡萄牙、荷兰以及德国和意大利（范围稍小）殖民时或在它们的影响或控制下形成法律体系的国家组成的法系——的夸大形成鲜明对比。依照这种夸张的观念，所有的法律都包含在一本或一系列标准的规则书中，后者通常指的是法典。民法法系国家的法典往远了说起源于罗马法和优士丁尼法典，往近了说起源于十九世纪初拿破仑统治欧洲大片领土期间实施的拿破仑法典。所以，正如普通法的分布可以用英国殖民统治模式来说明，民法法系之所以囊括魁北克、阿根廷、巴西或印尼，^①也一样主要是法国、西班牙、葡萄牙和荷兰海军武力征服的结果。

民法法系的标准图景是：法律只由立法者而非法官制定，法典是一种对几乎所有的人类活动进行广泛和内在一致的调整的产物。虽然民法法系法官在解释和实施法典时发挥着作用，但在疑难案件中解释法典的法官还是不断从法典本身获得指引，最多将其他法官的早先判决视为是具有一定启发的例子，因为它们说明了其他人曾如何处理同一类问题。因此，在纯粹的民法法律体系中，判例根本不是什么重要的观念，因为在民法法系大部分法律都不是存在于一些偶然的司法观念之中，而是存在于细致、详尽和内在一致的法典之中的。^②

就像关于普通法的标准图景一样，这幅关于民法法系的图景也更多是幅漫画而不是现实。民法法系国家也承认，用一部法典来决定所有行

① 在很大程度上也包括路易斯安那州的法律，因为那儿曾是法国殖民地。

② 关于民法法系更详尽的介绍，参见 James G. Apple & Robert P. Deyling, *A Prime on the Civil-Law System* (1997); H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World* (3d ed., 2007); Arthur T. Von Mehren & James R. Gordley, *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law* (1977); John H. Merryam & Rogelio Péro-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3d ed., 2007)。

为只能是个“高贵之梦”(noble dream),^①这个梦在现实中没有藏身之所。目前,在民法法系国家中,法官(也包括具有影响力的权威学者)拥有大得多的裁量权,先例是个被普遍接受的观念,认为司法机关不仅在解释法律时,而且在造法过程中扮演着某种角色的观点也越来越流行。实际上,经验丰富的比较法学者经常谈论融合现象,依据是在民法法系国家中不断增长的普通法要素(例如先例),正如民法法系的要素——尤其是运用详细的成文法——在普通法国家中也越来越普遍。^②尽管普通法法系与民法法系的融合还远未达到叠合的程度,但典型的融合论坚持认为我们正在趋近这么一个点,即普通法法系与民法法系的相似性要比它们的差别更重要,而法律体系与法系之间的差别更可能是当代政治与经济发展及其发展的结果,而不是某些国家恰巧在数个世纪以前对外殖民的结果。

尽管在当今,融合论是个复杂的观点,但最好不要太过复杂。在类型、基调、态度,甚至某种程度上在形式结构等方面,普通法法律体系与民法法律体系都存在着真正的差别。普通法国家中的法官实质上要比他们的民法法系同行们扮演着更为核心的角色,将法典而非先例视为法律论证的试金石则仍然是民法法系思维的普遍特征。虽然普通法法系与民法法系有诸多重合,在很大范围内也正相互融合,但通过观察可以发现这一现实:民法法系实质上以法典为核心而普通法法系实质上依然以法官为中心。

① 参见 H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and Noble Dream", 11 *Ga. L. Rev.* 969 (1977)。

② 例如参见 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition* 24-25 (1969); Katharina Pistor, "The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies", 50 *Am. J. Comp. L.* 97 (2002)。

6.2 普通法的本质

在历史引导我们反对普通法法系与民法法系之间根本性对立的背景下，是时候来更深入地探究普通法推理的基本特征了。它最重要的观念是普通法决策中的法官中心主义和案例中心主义。美国法学院中通行的案例教科书习以为常地将司法意见很自然和很明显地视为中心，值得注意的是，美国法学院学生最开始就是通过阅读记载着一系列法官判决的教科书来接触法律是什么的。实际上，尽管现代案例教科书充斥着大量成文法和法规条款，以及问题、评论、对专著与文章的摘要，有时甚至包括卡通画与照片，值得注意的是，传统案例教科书就是那样的——它是本案例集，或更准确地说，是编辑过的司法意见集。在传统案例教科书中，跟在一个案例之后的不是一系列问题、质疑或评论，而是另一个案例，接着是一个又一个的案例。传统上（很大程度上现在依然如此）我们希望学生通过阅读司法意见学到法律。

虽然司法意见在普通法中占据着中心位置，但我们不应忘记，上诉意见只是一个特定争议所启动程序的最后阶段。无论是多诺霍小姐在咖啡馆中的虐心经历，^① 麦克弗森先生不幸的车祸，^② 还是恰好有两艘停泊在利物浦港口名叫“皮尔利斯”的船所造成的混淆，^③ 或是一系列使帕尔格雷芙（Palgraf）女士受伤的匪夷所思的事件，^④ 抑或赖兰（Ryland）先生

① Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562.

② MacPherson v. Buick Motor Company, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

③ Raffles v. Wichelhaus, 2 H.&C. 906, 159 Eng.Rep. 375 (Ex. 1864).

④ Palsgraf v. Long Island Railroad Co., 162 N.E. 989 (N.Y. 1928).

的地产上不断上升的水位线，^①理解普通法的核心在于：我们承认法律在特定当事人之间特定争议的语境中被创制、发展与改变的程度。

一直以来，普通法信奉这样的观点：经由所谓的严酷经验检验来创造法律规则是创制和发展法律的好办法。当然，在早先的时候，随意声称普通法法官在“造”法通常会引起激烈的反对。人们通常认为，普通法法官并不创造法律；确切地说，他们是在“发现”法律，他们运用具体的案例来发现一种先前就存在的法律，后者存在于人类理性、上帝颁布的自然法或者某种同样神秘的事物之中。当霍姆斯将普通法讥讽为“天空中无所不在的沉思”^②时，他嘲笑的是这样一种普通法的幻想：在解决特定争议时，法官不是在造法，而是在寻找那一直就存在的固有的法律。

即使在普通法发展的早期，许多法官与学者对它的态度也要现实得多。他们承认法律是被法官所创造而不是发现的，但他们相信在裁判特定争议的背景下塑造法律无疑仍是最好的造法方法。与民法法系——它靠的是对法律所适用的行为、事件和争议的抽象推测——不同，普通法法系只创造法律，或至少主要在面对真实主体之间的真实争议，且在判定这些争议应该如何解决时才会去造法。柯克所鼓吹的人为理性^③会帮助法官来裁判这些争议，随着时间的流逝，判决也会越来越受到先前判决以及先例概念的指引，但核心的观念依然在于：法官通过具体争议这个平台来造法。

我们并不完全清楚，普通法造法在心理学上的假设是否完全合理。让当事人在特定争议中对他们的争议进行辩论，对于那个争议的解决来说或许是最好的办法，但假如我们认为普通法方法部分基于这个前提之上，

① Ryland v. Fletcher, 2 L.R. 3 H.L. 330 (1868)。

② Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U.S. 205, 222 (1917) (霍姆斯持反对意见)。

③ 参见第1章，见前文。

即，面对特定的具体争议对于创造将影响未来其他案件的法律来说是最可靠的办法，那么普通法方法之中就隐含了这样一种信念：法院所面对的案件在同类案件中具有代表性。所以，当法院针对那个特定案件提出最佳解决办法时，它在这个过程中就已经为同类案件找到了最佳解决办法，因为它面对的那个特殊案件就是这类案件的一个示例。普通法大概就是这么认为的。

然而，普通法相信的东西可能事实上并非如此。近年来，心理学家研究了所谓的易得性直觉 (*availability heuristic*)，也就是说，人们通常会将最可见、最明显或他们最易得的东西当作某个更大类别的事件的代表，即使那个最可得例子事实上并不是特别具有代表性。^① 例如，假如上周有飓风经过，人们就会倾向于认为飓风发生的几率很大——比它们现实中发生的几率大；假如某人在聚会上碰到一位脑外科医生，他可能会认为世界上或医生群体中有很多脑外科医生——比真实情况中更多。

假如易得性直觉是个真正的问题，并且因此人们总体上会认为易得的事件具有不切实际的代表性，那么至少有可能，法官在面对实际当事人的实际争议中的所有细节时，并不是为更广泛类型的争议创制法律的理想情境。面对和裁判具体争议的过程很可能让法官高估这个争议在这类争议中的代表性，即认为某个更广泛类型中的其他案件与这个案件相似，而事实上两者并不相似。因为从事造法活动的法官是在为某类案件——她所面对的案件是其中一个——创制法律，所以，比起通常对普通法方法的大肆颂扬，从具体案件特定和生动的争议情境出发来造法可能并不那么

^① 这种观点最早见于 Amos Tversky & Daniel Kahneman, "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", 185 *Science* 1124, 1127 (1974)。也可参见 Scott Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making* 125-16, 178-80 (1993); Robert M. Reyes, William C. Thompson, & Gordon H. Bowers, "Judgmental Biases Resulting from Differing Availabilities of Arguments", 39 *L. Personality & Social Psych.* 2 (1980)。

理想。^①

虽然特定争议可能不具有代表性这一警告值得考虑，但它不应该过于分散我们的注意力，我们还是得承认普通法的基本观念在于，法律是在真实诉讼案件的情境下制定、发展和改变的。我们也不应当忽略普通法对于不具有代表性这一反对意见可能作出的回应。据说，普通法一次处理一案，^②因而不仅有能力来面对关于某个主题的第一个案件，并且也有能力来面对嗣后所有的案件。假如第一个判决对于那个争议中的当事人来说是正确的，但有理由或观点认为它会在嗣后某个案件中导致不那么令人满意的结果，那么处理嗣后案件的法院就可以在那时作出必要的改变。当曼斯菲尔德勋爵对普通法作出“自我纯化”的隐喻时，他自然是在颂扬普通法的方法，并给出了一种现实主义的理解，即普通法并不必然是一次（或二次、三次）就做好所有的事情。但曼斯菲尔德相信普通法能够自我纠偏。虽然曼斯菲尔德的年代并没有相机，但最好的比喻可能是相机的对焦。当摄影师透过取景器看到一个模糊、没有对好焦的影像时，他会向一个方向移动对焦，而且通常会在那个方向上移动距离过大。接着他会往回移动对焦，在相反的方向上也会移动距离过大，但不如他在一开始那个方向上的移动距离偏差来得大。接着他不断来回、反复对焦，每次都缩小了他对焦的点与可能的最佳对焦点之间的差距。相似地，曼斯菲尔德勋爵及其继任者都相信，普通法不断纠正自身的错误，不断用较小的错误去替代较大的错误，逐渐趋近完美，因而自我纯化。

① 对这一观点更具体的阐述参见 Frederick Schauer, "Do Cases Make Bad Law?", 73 *U. Chi. L. Rev.* 883 (2006)。

② 参见 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court* (2000)。

6.3 普通法如何变迁?

普通法的经典形象不仅在于,普通法的方法中包括修正自身先前错误的的能力,也在于普通法能灵活地适应不断变迁的社会条件。卡多佐大法官在麦克弗森诉别克汽车公司案中的意见是美国普通法的一个文化标志,这部分是因为,在合同相对性原理最初被提出的那个年代(远早于麦克弗森案),既没有汽车,也少有大额度的消费交易。虽然相对性原理最初是在经济、技术和文化上完全不同的时代被提出的,但汽车的发明与消费者购买他们所需品的方式的重大改变都没有超出普通法的适应能力。据说卡多佐法官承认这一点,这也是为什么麦克弗森案例示了普通法有能力在不断变迁的环境中演进的原因,就像亨宁森诉布卢姆菲尔德汽车公司案^①面对消费者-零售商之间经济关系的变化,严格责任的发展面对危险产品,^②平静享有(quiet enjoyment)、推定驱逐(constructive eviction)和适居性默示担保(implied warranty of habitability)原理面对关于租赁交易的新时代和现代感^③所做的那样。在所有这些例子以及不计其数的其他例子中,颂扬者宣称,普通法的完美和庄严很大程度上来自于它随着世界变迁而变迁的能力。

① 161 A.2d 69 (N.J.1960)。同样可见 Williams v. Walker Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C.Cir. 1965)。

② 例如参见 West v. Caterpillar Tractor Co., 336 So. 2d 80 (Fla. 1976); Sovada v. White Motor Co., 210 N.E.2d 182 (Ill. 1965); Restatement (Second) of Torts § 402 A (1965)。

③ 例如参见 Javins v. First National Realty Corp., 428 F.2d 1071 (D.C.Cir. 1970); Park West Management Corp. v. Mitchell, 391 N.E.2d 1288 (N.Y. 1979); Johnson c. Pemberton, 97 N.Y.Supp. 2d 153 (Bronx Mun. Ct. 1950)。

但普通法是如何做到这一点的？^① 普通法变迁的主要手段是通过适用规则来修正规则的能力。在亨宁森诉布卢姆菲尔德汽车公司案之前，新泽西州（其他地方也一样）相关的普通法规则是，双方当事人受他们书面协议条款的约束，除非存在欺诈或无缔约能力的情况。这有些过于简单化，但它的确抓住了一个基本点，即在亨宁森案之前曾有一条黑体字法律规则^②，而有抱负的新泽西州律师假如不知道这条规则就很难通过新泽西州的律考。与对特定领域的法律发展作出贡献的许多其他案件不同，在这个案件中并不是说不存在法律，不是说法律是模糊或模棱两可的，也不是说有两条同等可适用的法律规则发生了冲突。当下案件中有一条规则，它在大多数情形中都基本是清晰的。^③最重要的是，这条规则清楚地指明了当下争议的结果——亨宁森先生签署了担保弃权声明，因为他签了弃权声明，所以他要受其约束。

显然，实情并非如此。当案件送达新泽西州最高法院时，法院认为将既定规则适用于这一案件是不公平的，所以它就在适用规则的过程中改变了它。虽然现有的规则拒绝救济亨宁森，但在本案中被修正的规则恰恰包含了这样一个例外，它针对的是在交易能力不平等的背景下将不合理的消费合同强加于消费者的情形。所以，根据案件中被创造出来的新规则，亨宁森胜诉了，虽然根据本案之前存在的法律他不可能胜诉。

普通法变迁的其他大多数典型例子也殊途同归。麦克弗森案之前，纽约州的规则会依据麦克弗森与别克汽车公司之间缺乏合同关系来否认后者

① 关于普通法变迁之动力和动态发展的经济学视角，参见前注9中所引的各个文献。见前文。

② black-letter legal rule，黑体字法律规则，一种非正式用语，表示被法院普遍接受的或体现某一特定司法管辖区的制定法中的基本的法律原则，其字体被设置为粗黑体——译注。

③ 新泽西州最高法院熟知这一点，它引用了 *Fivey v. Pennsylvania R.R.*, 52 A. 472 (N.J. 1902) 来支持这一主张。

有责任，就像里格斯诉帕尔玛案^①之前，纽约州关于继承的规则应该会容许遗嘱受益人继承遗产，即使他们谋杀了立遗嘱人。就像这些案件以及许多其他案件所说明的，普通法变迁的典型特征在于，先前存在的规则恰恰在它们适用的过程中被改变了。

普通法规则在适用时有时会被改变，这点揭示出大量奇妙的含意。其中之一是溯及既往问题。也就是说，不仅规则在特定案件中被改变了，而且被改变的规则适用于那个案件中的当事人，即使他们曾根据旧规则来计划他们的活动。别克汽车公司可能已经以各种方式来免除对于消费者的责任，也许包括起草免责声明，决定提取一定数额的保证金来应对未来的责任，或者投保了特定种类和特定额度的保险。所以，纽约州上诉法院不仅改变了规则，而且它溯及既往地改变了这个规则。别克汽车公司不仅对于未来从零售商那里购买其汽车的消费者要承担责任，而且也要对麦克弗森先生承担责任，即使在麦克弗森购买别克车时当然不存在这个新规则。这公平吗？

正是普通法变迁的这种特征使得法哲学家罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）坚持认为，像麦克弗森、里格斯和亨宁森这样的案件根本就不是真正的法律变迁的情形。^②他主张，当这些新案件出现时，的确存在看上去像法律规则那样的东西，但同样也存在更宽泛的原则，就像十九世纪所表达的那个原则，即任何人不得从他自己的错误行为中获利。所以，当在里格斯诉帕尔玛案中，纽约州上诉法院作出不利于埃尔默·帕尔玛——这位继承人谋杀了他的祖父，为的是根据他祖父的遗嘱继承财产——的判决时，判决的依据是“任何人不得从他自己的错误行为中获利”这一原则，

① 22 N.E. 188 (N.Y. 1889)。

② Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)。同样可见 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986)。

这个案件特征使得德沃金认为法律压根就没有发生真正的改变。他坚持认为这一原则原本就是法律的一部分。他主张，这种做法看上去像是法律变迁，实则不过是法院在深挖和展现先前存在的正确答案，它并没有创造出新的答案。

德沃金的主张激发了旷日持久且富有价值的争论，^①但这场法理学争论不必在这里详述。为达到我们的目的，重要的只是要注意到溯及既往的难题，因为当普通法根据更大的原则来改变其规则（就像在里格斯案中那样）时，或者即使当它根据对社会条件变迁的理解来改变规则（有些像在亨宁森这类案件中所做的那样）时，普通法值得注意的一个特征是：法院有时会在特定案件的背景下来感知，先前存在的规则是需要被大改，还是被小改。当普通法法院相信必须改变（规则）时，它所作的改变就不仅适用于未来，也适用于手头的那个案件。

德沃金压根不将里格斯案看作是法律变迁，这一结论会令埃尔默·帕尔玛感到惊讶，后者理论上很可能已经根据他合理期待的既定法律来计划他的行为，结果纽约州上诉法院却釜底抽薪。虽然很难对埃尔默的所作所为表示同情，但假如普通法的变迁基于法院的这种观点之上——只因为世界上发生的某种变化促使提出政策性论据来支持废止某个规则，或者支持某个不可抗拒的新规则，就认为规则需要改变——那么表示同情就会更容易一些。例如，新泽西州最高法院在亨宁森案中很大一部分工作都在于提供这样的前提：消费交易的经济本质已发生了重大变化，社会与经济条件的这一变化使得有必要来改变涉及担保弃权声明的规则。类似地，我们可

① 在溯及力问题上对德沃金的重要回应参见 Kenneth Kress, "Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions", 72 *Calif. L. Rev.* 369 (1984)。关于德沃金的“唯一正确答案”主张，早期的某些较好的回应参见 *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Marshall Cohen ed., 1984) 以及 "Symposium", 5 *Social Theory and Practice* 267 (1980)。

以想象，法院相信不管是邮轮客舱应受到调整铁路卧铺车厢的法律的规制，还是应受到更有利于房客的调整旅店店主的法律的规制，都会随着时间流逝，当在游轮上过夜旅行越来越普遍，甚至更加必要时发生改变。^①

在对普通法的传统说明中，这类基于政策变迁的例子通常被隐匿在神秘的语言“理性”之中，有时也被隐匿在同样神秘的概念“习惯”之中。^②普通法总是被认为是基于习惯的，但什么是“习惯”？我们所谈论的又是谁的习惯？几乎不清楚的是，究竟习惯是不是普通法本身（与成文法相对立的习惯法），普通法的部分任务是不是在于反映它所处社会的习惯的变迁，或者普通法所包含的习惯是不是由法官创造的、与社会整体习惯相对的法律习惯。但不管究竟是习惯还是理性，也不管习惯法涉及的是谁的习惯，很难否认普通法的核心特征在于：当普通法法院在决定某个既定的普通法规则是否需要改变时，它将去考察它所处的社会，而不只是简单地去看以前的案件。实际上，这一调适和渐进的过程经常被认为是普通法的显著优势，因为普通法的典型方法论中包含着这样必要的手段，普通法通过改变来回应特定案件中特定争点所抛出的问题和挑战。正是这个过程使得普通法有能力变迁，也正是这个过程使得曼斯菲尔德勋爵及其继任者们相信，普通法能自我纯化。普通法变迁导致（普通法）体系不断修正和改善，而不是不断恶化、衰退或更随机，这当然是乐观主义的观点，但这种乐观主义从一开始就浸透在普通法之中。

① 参见 *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* 45 N.E. 369 (N.Y. 1896)，在第5章中被讨论过。

② 关于理性与习惯在普通法决策中的角色，参见一本颇有助益的论文集 *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Amanda Perreau-Saussine & James Bernard Murphy eds., 2007)。

6.4 普通法是法吗？

众所周知，杰里米·边沁这位历史上普通法的著名批评者将普通法称为“狗法”（dog law）：

如果你的狗做了某件你想要它戒掉的事，你会等到它做了之后再为此去打它。这是你为你的狗立法的方式；这也是法官为你我立法的方式。^①

虽然这是边沁一贯的风格，但他还是有些夸大其词。他的基本观点很简单：普通法的典型方法在于，事先几乎不存在什么已知的规则，这迫使普通法只是在事后才去施加惩罚（和责任），施加于那些事前可能并不知道他们应该去做或不做什么的人的身上。但就像我们已经清楚的，普通法的确是有规则的，所以像边沁那样将它理解为完全不受规则约束并且必然是任意的活动多少显得有点极端。然而，在边沁的担忧之中存在着某种真理的胚芽，因此值得更深入地探究他的担忧。

我们已经明白，普通法规则——确实存在普通法规则，尽管边沁对此表示怀疑——可以在适用的过程中被改变。所以就最简单的形式来说，普通法似乎抵制错误的结论。假如既有的某个普通法规则可能会在某个特定案件中导致糟糕的结果，那么这必然是因为这个既有的规则还不够“纯正”，所以应当，也需要被修正。修正的动力来自法院的这种判断：依据对原则和政策——法院用它们来评价结果或判决的合理性，或者，在根本不存在规则或特定案件处于既有规则的边缘而非中心地带的背景下，根据它

^① Jeremy Bentham, “Truth v. Ashhurst; or Law as It Is, Contrasted with What It Is Said to Be”, in 5 *Works of Jeremy Bentham* 231, 235 (J. Bowring ed., 1962) (1823).

们来作判决——的充分考量，某个结论是“糟糕的”。

这正是问题所在。假如某个结论是糟糕的或在某种意义上是次优的，而结论是基于法院或其他任何人在没有规则的情况下对政策和原则的充分考量之上形成的，那么规则又发挥了什么作用呢？假如说我们对某个规则导致错误结论的感知能力必然要求有一种正确结论是什么的观念，假如我们无法通过援用现在看来不那么合理的规则来作出这个判断，那么普通法法官就是在依据某个另外的规则或根本脱离了任何规则来判定，什么是正确的结论。假如每个案件——其中既定规则所导致的结论不同于根据规则外评价所导致的结论——都会引起规则的变迁，那么我们为什么不完全摒弃规则呢？假如认为在不适用规则时得出的结论最佳，就需要改变规则，假如在规则会得出次优结论的每个案件中，都只需改变规则以保证它不再得出那些次优的结论，那么规则就压根没有作为规则在起作用，因为所有的事情都被脱离规则的最佳判断包办了。这就可能说明边沁的观点终究是对的。

然而，边沁的观点是否正确，取决于既定规则能否按照规则的观念足够牢固地树立起来，以忍耐或容忍至少某些次优的结论。^①此外，需要指出的是，假如每个次优结论都足以构成修正规则来确保它得出最佳结论的充分条件，那么规则就压根没有作为规则在起作用。但另一方面，假如既定规则拥有某种——依照德沃金所使用的贴切术语^②——分量（weight）或重力（gravitational force），那么并非每一个导致次优结论的案件都要对规则进行修正。假如重力或分量假定（weighted presumption）某种程度上赋予了既定规则以抵制修正的能力，那么至少某些次优的结论会被接受，尽

① 参见 Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* 38-111 (1991)。

② Ronald Dworkin, *Law's Empire* 111 (1986)。

管它们只是次优的，但它们却恰好服务于那些规则所珍重的价值。假如只有当普通法规则导致非常糟糕或十分不理想的结论时它们才会被修正，而当它们只是导致有点不理想或稍微不理想的结论时它们不会被修正，那么规则就依旧作为规则在起作用，即使它们有时会容忍某些有些许糟糕或不那么理想的结论存在。

所以，问题在于既定普通法规则的分量或分量假定的大小，以及既定先例所拥有的分量。假如普通法的本质在于，任何普通法规则和先例都不容许法院在特定案件中得出它所主张的（脱离规则和先例的）理想结论，那么普通法究竟是不是法就真的是个问题，至少当我们假定规则与法律之间至少具有某种联系时是这样。^①但假如普通法将其规则作为规则来对待，将其先例也作为规则来对待，即使这并非绝对，那么普通法规则就依旧作为规则在起作用，普通法也依旧能准确地被描述为法，即使它是以渐进和与时俱进的方式，而非立法者在特定时刻以一次性规定的方式发展起来的。

6.5 衡平法概览

规则与做正确之事之间的紧张关系并不是当代才出现的新鲜事。实际上，规则与正确性（rightness）之间关系的问题可以往前追溯到亚里士多德，甚至更早。想一想关于所罗门王的圣经故事和我们对他智慧的称赞。两位妇女都主张自己是一个新生儿的母亲，面对不同说辞的所罗门王建

^① 参见 Frederick Schauer, "Is the Common Law Law?", 77 *Calif. L. Rev.* 455 (1989)。在斯卡利亚大法官看来，规则与法律处处对接。参见 Antonin Scalia, "The Rule of Law as Law of Rules", 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989)。但是，虽然现实法律体系在很大程度上都关乎规则，但认为它们只关乎规则当然是错的。参见 Frederick Schauer, "Rules and the Rule of Law", 14 *Harv. J. L. & Pub. Pol.* 645 (1991)。

议将婴儿分作两半，这不是一个真正的解决办法，却是一个可以用来确认两位妇女中哪个才是真正的母亲的方法（按照圣经故事，这是个成功的办法）。^①

虽然我们颂扬所罗门王的智慧，但我们这么做并不是因为所罗门王检索某本法律书之后找到了一个规则，是这个规则告诉他，作为一位法官应当如何来处理争夺母亲身份的案件。我们赞扬所罗门王，是因为他在没有借助任何现有规则的情况下，针对这个独一无二的问题想出了最佳解决办法。所罗门王并没有遵从任何规则。他只是做了正确之事。不借助规则，甚至规避规则来做正确之事——作出正确的判决——是亚里士多德随后提出的观念，今天我们称之为衡平（*equity*）。亚里士多德认为规则（他称为“法律”）总是一般性的，他同样认为，作为一般化的产物，规则可能会在具体的场合导致糟糕的结论（正如我们在第2章中所看到的）。在亚里士多德看来，衡平是“当法律因其一般性而具有瑕疵时对法律的一种矫正。”^②实际上，值得来详细引述亚里士多德的观点：

所有的法律都是普遍的，（但是）在必须提出一般性宣称但又不能完全做到时，法律考虑的是大多数情形，虽然它并不是没有意识到错误会由此而生。法律依然是正确的；因为错误并不在于法律和立法者本身，而在于案件的性质；因为人类行为天然地必然拥有这种性质。所以，假如法律陈述了一条一般性规则，而某个案件属于例外情形，那么当立法者的一般性用语错误地未涵盖该案件时，通过某个——就如立法者自己当场时也会作出的，或者他在认识到案件细节时也会制定的——规定来纠正这种缺失就是对的……

① 1 Kings 3: 16-28.

② Aristotle, *Nicomachean Ethics* 1137b (J.A.K. Thomson trans., 1977).

这就是为什么衡平……并不比绝对的正义更好——只是比因一般化导致的错误更好。^①

亚里士多德给予了我们所谓衡平的观念，但他并没有说明，现实中法律体系应当如何来处理因法律的一般性规则（即使是在被忠实执行时）而导致糟糕结论的案件。对此更系统化的研究应当归功于西塞罗（Cicero）以及继承西塞罗的事业发展出罗马法中衡平（*aequitas*）观念与制度的罗马人。^② 因为罗马法高度形式化、极端精确，只有证明对于某个值得救济的原告至关重要时，才能对严苛和技术化的法律要求作最微小的偏离，所以衡平的出现就是用来缓和罗马法的僵化性的。在发展过程中，罗马裁判官（the *praetors*）被赋予特殊管辖权来纠正因严格适用成文法而导致的错误，当正式法没有施予救济时，他们有权给予额外的救济，当给予正式法上的救济会导致非正义时，他们也有权拒绝给予救济。

在英国法发展的初期，也存在类似的衡平观念。从十三世纪到十六世纪，国王的首席大臣——大法官——有权对那些在正式的成文法中找不到救济的人给予救济。衡平最初之所以出现，仅仅是因为普通法在其早期高度不完善，而衡平是当某个争议的内在特点要求获得救济但现有的普通法不能提供时大法官施加救济的办法。但随着时间的推移，大法官的衡平权越来越类似于亚里士多德最开始提出的观念，在法律无法或未曾给予正义时，大法官被认为有权来实现个案正义。^③

大法官的衡平权最终发展成为衡平法院（Court of Chancery），因而

① *Id.*, at 1137 a-b.

② 参见 Bruce W. Frier, *The Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's Pro Caecina* (1985)。

③ 概括参见 Jill E. Martin, Hanbury & Martin, *Modern Equity* 6 (16th ed., 2001)。

十六世纪初克里斯多夫·圣·吉尔曼（Christopher St. German）在《博士与学生》一书中写道：

在某些案件中，必须要远离法律的语词，去遵从理性和正义的要求……这意味着，去缓和与减轻法律的严苛性。^①

尽管在英国法中，衡平最初就是被理解为大法官以及衡平法院手中用来实现个案正义的这种灵活和非规则化的权力，但这一亚里士多德式的衡平观念逐渐消失了。衡平一开始指的是能做法律不能做之事的广泛权威，但随着时间的推移，它也变成了法律的一部分（通常有独立的法院），负责裁断那些来自于衡平法院历史性管辖的问题和救济（例如禁令、强制履行和赔偿）。因此在1941年，一位主流的衡平法学者指出：

可以很肯定的是，在今天，衡平法院的任何管辖权都不能直白有意地去尝试纠正法律的严苛性或弥补它的瑕疵，以任何方式，在任何程度上作出与既定规则相反的决定，或者在任何情境中偏离已确立的衡平法原则……在今天也没有一位大法官能独立于固定的规则之外，依据他自己的善良和正义的标准来裁断争议事实……在司法功能体中，他受到先例中包含的教义与规则的统治，就此而言，他所拥有的自由并不比（普通法）法官来得更大。^②

当独立的衡平法院在大多数州中消失，程序法规则与衡平规则合并时，衡平的去衡平化就变得更加彻底。但是，虽然衡平大体不再在制度、程序

^① Christopher St. German, *Doctor and Student*, dialogue 1, chap. 16 (T.F.T. Plucknett & J. L. Barton eds., 1974).

^② Spencer W. Symons, *Pomeroy's Equity Jurisprudence* 61-62 (5th ed., 1941).

或管辖等方面保持独特性，虽然衡平所统治的法律领域现在变得跟传统上认为属于“法律－衡平”二分中的“法律”一样以规则为基础，但是衡平法的观念依然维系着。当我们颂扬普通法的灵活性及其适应环境变迁的能力时，当我们容许法院拥有某种创设新救济的自由时，当我们赋予所有法院（像我们在第8章中将会看到的那样）某种权力来磨圆即使是最精确的成文法的锋利边缘时，我们已经认可了最宽泛意义上的衡平在法律体系中拥有一席之地，即使我们像边沁那样，认为一个完全基于衡平观念之上的体系无法满足安定性、可预测性和既定力这类法治价值，而这些价值通常被认为与纯粹的实质正义一样重要。早在十六世纪，塞尔登勋爵（Lord Selden）就认识到，“衡平是个摸不准的东西。法律好歹有个尺度……衡平是按照大法官的良心来衡量的，长些或窄些都是衡平。这就好像将大法官的尺寸作为了衡量（纵尺）的标准。”^①

塞尔登对大法官尺寸可变的担心迄今可见，尽管大多数法院和大多数法官依然保留了某种实施传统意义上的衡平的权力，但现在我们同样认识到了对这种权力的限制。^②假如存在太多的选择，生活与法律都不必然会更好。正如人们在面对250种芥末或100种橄榄油之间的选择——这是两个来自于最近关于“选择专制”（tyranny of choice）的心理学研究的例子^③——时会畏葸不前，更大的社群、法律体系甚至是法官自己在不受限

① *Table Talk of John Selden* (Frederick Pollock ed., 1927), as quoted in William Holdsworth, *History of English Law* 467-468 (1903).

② 参见 John Tasioulas, "The Paradox of Equity", [1996] *Camb. L. J.* 456。

③ 参见 Sheena S. Iyengar & Mark R. Lepper, "When Choice Is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing?", 79 *J. Personality & Social Psych.* 995 (2000); Sheena S. Iyengar & Mark R. Lepper, "Rethinking the Value of Choice: Considering Cultural, Individual and Situational Mediators of Intrinsic Motivation", 76 *J. Personality & Social Psych.* 349 (1999)。同样可见 Barry Schwarz, *The Paradox of Choice: Why More Is Less* (2004)。

制的选择自由成为主流态度时也会退缩。正如当普通法的规则在某种程度上有能力抵制不断修正时普通法就变得像法律了，当衡平失去其不受限制的裁量的伪装时它也就变得更像法律了，对于法律体系（包括普通法体系）的最终目标来说同样如此，这个目标通常来自于两个方面的平衡：灵活性与严苛性、适应性与安定性、获得正确答案与获得一个尽管不完美却可以让人们和法官依赖的答案。

第7章

法律现实主义的挑战

7.1 规则和先例决定案件？

但这最终是场骗局吗？我们花了六章的篇幅来探究法律推理的基本方法，但法律推理真能决定案件吗？即使在理论上我们可以理解法律论证和法律推理的方法，即使我们可以找到它们运用于现实案件的真实例子，但这些例子又具有多大的代表性呢？换句话说，法律推理在法律人的大部分论证活动中能起到多大的现实作用？法律推理以什么样的频率（和能在多大程度上）对现实世界中法官所作的真实判决产生影响？

这些都是以法律现实主义闻名的怀疑论观点提出的主要问题。当然，如果意识到其主要创立者的观点和大本营，也可以称它为美国法律现实主义。^① 尽管我们可以在十九世纪晚期至二十世纪初叶的德国自由法学

^① 这一常见的标签也用于区分美国法律现实主义与斯堪的纳维亚法律现实主义。后者是活跃于二十世纪中叶的一个法律理论学派，代表性学者包括阿尔夫·罗斯（Alf Ross）、卡尔·奥利维克鲁纳（Karl Olivecrona）、阿克塞尔·哈格斯特罗姆（Axel Hägerström）和安德斯·威廉·伦德斯塔特（A. Vilhelm Lundstedt），他们的观点是，所有重要的法律特征都可以运用经验社会科学来描述。有益的概览和批判参见 Michael Martin, *Scandinavian and American Legal Realism* (1997); Greory S. Alexander, "Comparing the Two Legal Realism—American and Scandinavian", 50 *Am. J. Comp. L.* 131 (2002); Jes Bjarup, "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", 18 *Ratio Juris* 1 (2005); H.L.A.Hart, "Scandinavian Realism", 17 *Camb. L. J.* 233 (1959)。然而，斯堪的纳维亚现实主义者几乎不关注法律推理和法律论证的特性，所以他们的观点在很大程度上与本书的焦点无关。

派 (*Freirechtsschule*)^① 和同时代的法国理论家弗朗西斯·惹尼 (François Geny)^② 那里找到相似观点的蛛丝马迹, 但美国法律现实主义最重要的根源在于奥利弗·温德尔·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 大法官的那些超越了法律领域的著述。当霍姆斯一针见血地指出“法律的生命从来不在于逻辑, 而在于经验”^③ 时, 他对当时关于普通法发展方式的惯常见解提出了具体而又可能十分激进的挑战。当霍姆斯写下这句话时, 或许更早一些时候, 大部分律师、法官和学者都将普通法的变迁理解为一个发现而非创造的过程。^④ 在他们看来, 法律的发展不仅是一个查找一直存在的法律而非创制新法的过程, 它同样也可以被概括为一个大体是从一个案件到另一个案件进行逻辑和演绎式行进的过程。^⑤ 但霍姆斯不赞同这一观点。尽管他肯定赞成当时的传统观点, 即认为法律教义通常决定着法律结果, 他也相信独特的法律范畴在预测法律后果时真的很重要,^⑥ 但他还是认为, 法律教义的变迁很大程度上是以法官阅历为基础的经验性要素的结果, 而在改变法律时, 法官无疑是在做政策选择, 这种选择既不来自于逻辑也不来自于现有的法律。

以后见之明来看, 霍姆斯的观点没啥特别之处, 更谈不上激进。今天,

① 参见 Hermann Kantorowicz, *The Definition of Law* (Arthur Goodhart ed., 1958) (1917); Albert S. Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtsschule)”, 55 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 367 (1969)。

② 参见 François Geny, *Science of Legal Method* (4 vols., 1914–1924)。

③ Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law* 1 (1881)。

④ “实际上没有法官法这回事, 因为法官并不造法, 虽然他们常常将既有的法律适用于新的情形, 而在这些情形中并不存在先前的权威性规定说这个法律是可以适用的。” *Willis v. Baddeley*, 2 Q. B. 324, 326 (C. A. 1892)。“然而, 正统的布莱克斯通式观点是, 法官并不造法, 而只是在宣告一直就存在的法律是什么。” R. W. M. Dias, *Jurisprudence* 151 (5th ed., 1985)。

⑤ 例如参见 Eugene Wambaugh, *The Study of Cases* (2d ed., 1894); John M. Zane, “German Legal Philosophy”, 16 *Mich. L. Rev.* 287。

⑥ Oliver W. Holmes, “The Path of Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 475 (1897)。

几乎找不到异议者对此表示反对：当法官改变法律时，他们将自己的决定基于政策和原则之上，而不是演绎或逻辑之上。因为预料到了大多数法律行家和学者现在习以为常的共识，霍姆斯，就像稍晚一些的罗斯科·庞德（Roscoe Pound）和卡多佐法官那样，^①已经领先于他的时代。但换个角度来看，他关于法律推理的观点仍然坚定不渝地站在传统阵营之中。他相信，法律教义，作为一种教义，对法律结果起着主要决定作用，正是这一观点（而不是别的什么观点）使我们更多地将霍姆斯视为现实主义的鼻祖，而不仅是现实主义者。^②霍姆斯承认，依赖对人类经验主义的事实的认识改变普通法是必要的，但普通法本身除了变迁之外也有稳定的要素。在霍姆斯看来，这种稳定性主要是从传统上来理解的法律教义的产物。与钦佩和继承他衣钵的现实主义者不同，霍姆斯真心实意地赞同这样一种观念：司法意见汇编（reported judicial opinion）的用语中所包含的相对具体的法律原则是法官如何判决案件、律师如何辩论的主要决定因素。当霍姆斯坚持认为，观察法律最重要的立场是“坏人”（bad man）的立场^③——他只关心法律会为他做些什么，更具体地说，是法律会对他做些什么——时，霍

① 参见 Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921); Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", 8 *Colum. L. Rev.* 605 (1908)。卡多佐与庞德也都反对法律对于逻辑的过度依赖，并像霍姆斯那样认同公共政策对于法律的健康发展的重要性。

② 霍姆斯确实相信“一般性命题无法决定具体案件”[*Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 76 (1905), 霍姆斯持反对意见]，但他也相信，对于判决案件来说足够具体的命题大部分是法律命题，而不是政策、哲学或心理学命题。

③ “假如你只想知道法律而不是别的什么，你就必须要像一个坏人那样来看它，他关心的只是实际结果，这些知识使得他不像一个好人那样来进行预测，好人会在模糊的良心制裁中为他的行为找到理由（不管是法律内的还是法律外的）。”“The Path of Law”, 10 *Harv. L. Rev.* at 459. 这段话引发了长篇评论。例如参见 Sanford Levinson & J. M. Balkin, "The 'Bad Man,' the Good, and the Self-Reliant", 78 *B. U. L. Rev.* 885 (1998); William Twining, "Other People's Power: The Bad Man and English Positivism", 1897-1997, 63 *Brook. L. Rev.* 189 (1997); William Twining, "The Bad Man Revisited", 58 *Cornell L. Rev.* 275 (1973)。

姆斯是在主张，法律的本质在于预测对部分事实情境的司法回应（judicial reaction）。在霍姆斯看来，法律分析必须聚焦于“法院实际上会做什么”。^①

当霍姆斯关注预测，也似乎认可“法院实际上会做什么”在逻辑上可能不同于正式教义的结果时，他已领先于他的时代，但他并没有领先得太多。当问题的关键在于勾勒出一位好律师用以预测法官行为的要素时，霍姆斯无疑是位传统主义者，因为他认为法律教义依然是其中最重要的因素。实际上，霍姆斯嘲弄那位虚构的佛蒙特州治安法官——他认为“搅乳桶”是个法律上相关的范畴——的确原因在于，在霍姆斯看来，法律上相关的范畴——它们使得“法律行家”（master of law）能够精确预测法官实际上会做什么——是诸如危险手段（dangerous instrumentality）、财产寄托（bailment）、重罪谋杀（felony murder）、相互误解（mutual mistake）、风险承担（assumption of the risk）和影响公共利益的交易（business affected with a public interest）之类的东西。^②它们是法律上的类型，是技艺娴熟的法律人用来装填实际事件的相对具体的工具箱，是帮助好律师来做霍姆斯和坏人希望他们做之事——预测法律将来对所有人类行为的回应——的范畴。

但假如最终证明，法律范畴与法律教义并不是对司法决策特别有效的预测工具，那又会怎么样呢？假如法律教义外的因素在决定法官实际上会做什么时起着主要作用，又会如何？这些问题构成了对法律现实主义核心的挑战，这一挑战大大偏离了霍姆斯传统上关于法律教义在预测法律结果时所起之作用的观念。因此，为了充分理解法律现实主义，我们必须先将

① “The Path of Law”, 10 *Harv. L. Rev.* At 461.

② *Id.* at 474–75. 具体的故事在前文中已被引用，参见第53页。对这个故事的具体分析及其与霍姆斯思想的关联，参见 Frederick Schauer, “Prediction and Particularity”, 78 *B. U. L. Rev.* 773 (1998)。

霍姆斯搁在一旁，（至少在一开始）去看看那群主要活跃于二十世纪三十年代的（几乎都是）美国学者。

在这些早期的现实主义者中，最活跃的当属杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank），1930年他是纽约州的一位著名律师，后来成为杰出的联邦法院法官。虽然在弗兰克之前已有一些法律现实主义者，但他迅速成为了现实主义最著名的代言人。他的关键主张——应和了一位叫约瑟夫·哈奇森（Joseph Hutcheson）的田纳西州法官一年前在《康奈尔法律杂志》（*Cornell Law Journal*）上发表的论文观点^①——在于，法官并非最初或主要依据法律来判决案件。^②当时传统的观点是，法官在确定事实之后，要查找成文法、案例以及其他法律材料，以找出法律对于这些事实或情景的回应。但在哈奇森和弗兰克看来，这幅标准图像颠倒了事情的顺序。哈奇森与弗兰克主张，法官并不是先去查看法律然后决定如何裁判，他首先是来决定——或由直觉感到〔因此哈奇森称之为司法“直觉”（hunch）〕——他们想要如何裁判，然后才去查看法律。哈奇森和弗兰克认为，如同一开始站在客户的立场上来思考问题，然后寻找法律支持来巩固这一立场的律师，法官在确定了事实之后，一开始就有了关于正确结论的观点，然后再去寻找案例、成文法以及其他法律材料，来为他们已经作出的判决提供一种事后的正当化（after-the-fact justification）或理性化（rationalization）。

这一主张本身并不是个非常激进的概念。哈奇森将法官的最初决定称为“hunch”，而将它只是描述为直觉或“直觉的”与法律教义在决定法官的初始反应时起着重要（即使不是那么有意识的）作用这一点并无分歧。毕竟，某种直觉很可能是法律上的直觉（legally informed hunch）或基于

^① Joseph C. Hutcheson, Jr., "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial decision", 14 *Cornell L. J.* 274 (1929).

^② Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930).

法律知识的直觉。例如，棒球裁判在判断（投手的）一击是坏球（ball）还是好球（strike）前几乎不会进行非常有意识的思考，因为他们在作快速判断时已经将判断某些击球为坏球而其他击球为好球的规则内化了（internalized）。国际象棋大师可以与三十位不同的对手同时下三十盘棋，他没有太多思考的时间，但他看上去像是直觉式的招数依旧是一位国际象棋专家的招数。相似地，法官可能会将法律规则内化，以至于即使她关于案件应当如何判决有快速的直觉，这种直觉也是来自于法律规则与法律教义的深层知识。这个立场并没有什么特别激进或好怀疑的。

但哈奇森和弗兰克走得更远。哈奇森认为（弗兰克在很大程度上也认为），初始判断——直觉——与其说是基于案例、成文法和法律原则，不如说更多是基于大量其他因素，虽然法律在正式场合拒绝承认这些因素，但弗兰克认为这些因素实际上扮演着尤其重要的角色。人们通常夸张地认为，弗兰克相信司法判决与“法官早餐时吃了些什么”有关^①，但实际上他的主张要精致和微妙得多。在弗兰克看来，法官的人格特征的确相关，弗兰克也不会否认，因为某个炎热的夏天法庭上通风条件较差，甚至会因为法官吃了一顿不愉快的早餐而影响到法律结果。但“法官早餐时吃了些什么”

^① 我们完全不清楚弗兰克究竟有没有说过类似的话。有时他说的话可以被这样理解。参见 Jerome Frank, *Courts on Trial* 161-62 (1949); Jerome Frank, "Are Judges Human?", 80 *U. Penn. L. Rev.* 17, 24 (1931)。也有人主张，弗兰克只是妙手偶成地举出了早餐的例子，参见 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, at 176 (1992)。但从弗兰克的观点来看，更有可能的是他替罗斯科·庞德背了黑锅，这句话实际上是庞德的戏谑之语（参见 Charles M. Yablon, "Justifying the Judge's Hunch: An Essay on Discretion", 41 *Hastings L. J.* 231, 236 n.16 [1990]）或者是最高法院欧文·罗伯茨（Owen J. Roberts）大法官在二十世纪三十年代晚期说的话（参见 Richard D. Friedman, "Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and Constitutional Transformation", 142 *U. Pa. L. Rev.* 1891, 1896 n.11 [1994]）。然而，这句话已经作为对现实主义者关于司法判决渊源的观点的共同描绘而拥有了自己的生命。参见 Alex Kozinski, "What I Ate for Breakfast and Othe Mysteries of Judicial Decision Making", 26 *Loy. L. A. L. Rev.* 993 (1993)。

这幅漫画对于弗兰克来说是不公平的，因为他认为是大量其他不那么轻率的非法律因素通常决定着司法判决。例如，它们包括法官的政治倾向，关于拥有某些种族、宗教或外表特征的诉讼参与人的观点，关于律师的观点，对于案件情境中哪个结论更加公平的整体感受，以及或许是最重要的——法官的人格构成。^①但是，尽管弗兰克认为比法官早餐时吃了些什么多得多的因素在决定着法律结果，但他也相信，大多数决定法律结果的因素是法律教义所没有认可的。他同样认为这些因素是高度个别（特殊）化的，它们与当下场合中当下案件的各个方面相关。弗兰克有时以看上去非常现代的方式，质疑人类（包括但不限于法官）依据规则、原则或一般性范畴来作决定的能力，他认为法官主要是依据对于特定案件而言非常特殊的大量因素——严格说来，它们中有许多与法律无关，但他相信它们实际上在决定（因而也是预测）法律结果时发挥着因果关系的作用——来进行裁判的。

除了被与“法官早餐时吃了些什么”这幅漫画绑定在一起之外，弗兰克在今天还经常因为这一点受到驳斥：他的第一本，也是最重要的著作《法律与现代精神》（*Law and the Modern Mind*）充斥着晚近心理分析的痕迹。实际上，比起法律是法官早餐时吃了些什么，描绘弗兰克的一幅更生动的漫画是这样一种观念：法律裁判由法官与他母亲的关系来决定，^②因为弗兰克信奉某些粗糙且在很大程度上未经批判的精神病学与心理分析的教条，这使得他将更多的精力放在法官的人格和精神构成上，而不是所有其他也

① 认为法官的人格和心理构成与他/她的判决有某种关系或很大关系，在这一点上，比弗兰克更早的观点参见 Theodore Schroeder, “The Psychologic Study of Judicial Opinion”, 6 *Cal. L. Rev.* 89 (1918)。

② 或者与父亲的关系，因为在《法律与现代精神》中，弗兰克谴责了那些依然相信将法律视为“严父”（father figure）的法律教义神圣性的人。

可能影响法官关于案件应当如何判决的前法律观点上。^①但是，弗兰克著作中那些绝非偶然的过分夸张和心理学幼稚病不应妨碍我们去发现他那些与哈奇森相同的重要且可论证合理性的洞见。通过坚定主张结论先于法律存在而不是相反，弗兰克提供了对裁判活动的一种解释，对此当时和现在在任的法官少有不赞同的。^②弗兰克与哈奇森对于得出结论的动机可能存在分歧，对于法律教义对法官所偏好的那些决定结论的前法律或超法律因素的规训与约束的程度也肯定存在分歧，但当他们主张法官对于可欲之结论的前法律或超法律观点先于对法律进行独立于结论的查询而存在时，他们一同建立起了现实主义立场的基本框架。^③

当弗兰克坚持认为裁判活动并不怎么基于法律教义，而是很大程度上基于法官及诉讼参与人的各种与法律无关的特性时，在大约同一时间，他的同代人卡尔·卢埃林将法律规则描述为“漂亮的玩偶”（pretty

① 值得注意的是，弗兰克关于司法意见是高度特殊化的信念与他关于法官的人格会造成重大差异的信念是两个分开的主张。人们可以相信人格很重要，但人格可以被类型化，人格类型会对相同的事实情形作出相同的反应。例如，某人可能会认为矮个子法官在诉讼中通常会站在居下风者一方，假如确实如此，法官如此作为时，他的判决就受到了他人格的驱使，但他的判决是系统化的，因而具有高度可预测性。实际上，关于司法判决由法官早餐时吃了些什么所决定的观念也是一样的，即使弗兰克并不这么认为。假如当某法官早餐时喝燕麦粥而不是吃鸡蛋时，会更频繁地倾向于作出支持原告的判决，那么法官早餐时吃了些什么就会是预测司法判决之能力的组成要素，这再次说明，超法律之决定因素的存在，例如早餐，与可预测性是完全相容的。

② 正如大法官威廉·道格拉斯（William O. Douglas）在向首席大法官查里斯·埃文斯·休斯（Charles Evans Hughes）报告时所说的，“在我们所工作的宪法层面上，百分之九十的判决都是情绪化的。我们心中的理性部分会为我们的偏好补充上理由。” William O. Douglas, *The Court Years: 1939-1975*, at 8 (1974)。

③ 对这一观点最强有力的辩护并非来自于任何现实主义者，而是来自于一位同样受过法律训练的哲学家：理查德·华瑟斯特罗姆，参见 Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Process: Toward a Theory of Legal Justification* (1961)。在对判决的逻辑与证立的逻辑进行区分之后，华瑟斯特罗姆认识到，即使是最具法律说服力的司法意见也不旨在从时间顺序或历史发生学的角度来说明法官是如何得出结论的，相反，它提供的是对某个可能出于其他理由而得出之结论的最佳法律证立。

playthings)。在《荆棘丛》(*The Bramble Bush*) 这本一开始面向哥伦比亚大学法学院一年级新生所写的书中,^① 卢埃林与弗兰克一样, 认为正式的法律规则——卢埃林称它们为“纸上的规则”(*paper rules*)——对于法官的实际行为没什么影响, 但卢埃林远非是像弗兰克或哈奇森那样的特殊(个别)主义者。他认为, 法官完全可能适用一般规则, 但它们很少是那种人们可以在法律书籍中找到的规则。例如, 某位法官可能认为在涉及工矿企业的案件中工矿企业都应当胜诉, 这只是因为它是家工矿企业, 无论诉讼是由寻求针对矿工联盟之禁令的工矿企业提起的, 还是由某相邻土地所有人因对地产的污染或损害而针对工矿企业提起的。^② 假如法官在两个案件中都认为工矿企业应当胜诉, 仅仅因为它是家工矿企业, 那么法官就是在适用一条规则——工矿企业应当胜诉, 这条规则在理论上超越了特定案件的特殊事实。这条规则甚至可能建立在经过深思熟虑的道德、政治或政策基础之上。但它无法在案例或成文法中被找到。

因此, 虽然某些学者主张, 现实主义者的特征是他们关注案件事实而非法律规则,^③ 但这种看待现实主义的方式是基于错误的二分法之上的。

① Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1930). 本书的1960年版添加了卢埃林所写的一个说明性和澄清性的前言, 它很大程度上撤回了“漂亮的玩偶”这个说法。

② 早期现实主义的代表之一是威廉·道格拉斯, 他当时是新成立的证券交易管理委员会(*Securities and Exchange Commission*) 的年轻委员, 随后成为哥伦比亚大学法学院教授, 从1939年直到1975年去世之前担任美国联邦最高法院的助理法官。道格拉斯对税收案件情有独钟, 在他所判决的税收案件中, 晚年的道格拉斯几乎总是站在纳税人一边去反对国税局(*Internal Revenue Service*) (参见 Bernard Wolfman et al., *Dissent without Opinion: The Behavior of Justice William O. Douglas in Tax Cases* [1975]), 而不顾实际上可适用的成文法、法规以及先前的案例, 他就是这类现实主义者的一个活生生的例子。

③ 例如参见 Brian Leiter, “Positivism, Formalism, Realism”, 99 *Colum. L. Rev.* 1138, 1148 (1999); Brian Leiter, “Legal Realism”, in *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory* 261 (Dennis Patterson ed., 1996)。

现实主义的反对者同样认为密切关注案件事实很重要，否则就无法确定哪个法律规则能够决定案件结果。相信制定法所规定的案件结果就是法官一贯应当获得的结果的人依然会接受，法官为了得出判决必须关注案件事实。因此，真正的争议并不是，一方认为法官关注的是事实，而另一方认为法官关注的是规则，而是，一方认为法官依靠正式的法律规则来确定哪些事实具有法律相关性以及这些事实带来的结果是什么，而另一方则认为法官依靠法律典籍之外的规则、规范与因素来确定哪些事实是相关的，依据这些事实应该做什么。

因此，为了确定法官实际上如何判决案件，卢埃林强调要进行旨在确定霍姆斯所称的“预言的真实基础”（true basis for prophecy）^①的实证研究。法官实际上运用的规则与原则是什么？它们是像“工矿企业应当胜诉”或“纳税人应当胜诉”这样的规则，还是实质上更精致的基于原则或政策的规则，例如“效用最大化”、“作出能产生最佳长远经济效应的判决”或“在所有民事案件中判决支持处境较差的一方当事人，除非这么做会鼓励不当行为”？为了确定诸如上述这些法律典籍所包含的正式规则之外的规则实际上能否导致司法结论，卢埃林倡导进行实证研究，因为它能揭示出法律体系的真实规则，而不仅仅是伪装成规则的“纸上的规则”，后者实际上对法律结果几乎不起任何作用。在响应卢埃林呼吁的人中有一位叫昂德希尔·摩尔（Underhill Moore），他是另一位早期的现实主义者，是耶鲁大学法学院的教授。摩尔一开始就参与了卢埃林所倡导的那类实证研究，他主要试图来确定，康涅狄格州纽黑文市的停车管理实践究竟主要是依据官方法律中的停车规则来进行的，还是会因为诸如不同的时间段、车

^① “The Path of Law”, 10 *Harv. L. Rev.* at 475.

的类型、街道等因素而有所不同。^①摩尔的方法在今天很多学者看来很粗糙，但二十世纪三十年代的社会科学比不上今天的发达程度。以二十世纪晚期和二十一世纪的标准来衡量，摩尔所运用的受控性田野实验（controlled field experiments）不那么精确。但通过聚焦于分离与辨别法律适用过程中的实际变量，摩尔很好地掌握了社会科学研究的基本原则。^②通过运用这些基本原则，摩尔发现，实际上影响法律结果的那些因素无法仅仅通过援引法律教义来确定。并且摩尔与他的现实主义同道一样认为，只有当教义会对结果造成重大影响时它才值得重视，这不仅是个实证问题，而且至少有某种实证证据来支持这样的观点：法律教义所扮演的角色比传统观念所假设的要小得多。

因此，在卢埃林·摩尔以及许多同代人——例如赫尔曼·奥利芬特（Hermann Oliphant）、赫塞尔·英特玛（Hessel Yntema）、马克斯·雷丁（Max Radin）、菲利克斯·科恩（Felix Cohen）、瑟曼·阿诺德（Thurman Arnold）、约瑟夫·宾汉姆（Joseph Bingham）、瓦尔特·惠勒·库克（Walter Wheeler Cook）、韦斯利·斯特奇斯（Wesley Sturges）和莱昂·格林（Leon Green）——看来，法律现实主义要远远比“法官早餐时吃了些什么”这幅模糊的漫画来得复杂，也要比简单的经验主义来得复杂，尽管后者可能标志着他们所运用的某些方法。现实主义者的核心观点是，司法判决是可预测的，预测法律结果的关键既不在于对正式法律权威的求助，

① Underhill Moore & Charles C. Callahan, "Law and Learning Theory: A Study in Legal Control", 43 *Yale L. J.* 1 (1943)。参见 John Henry Schlegel, "American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore", 29 *Buff. L. Rev.* 195, 264-303 (1980)。同样可见 John Henry Schlegel, "American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience", 28 *Buff. L. Rev.* 459 (1979)。

② 参见 Donald O. Green & Alan S. Gerber, "The Underprovision of Experiments in Political Science", 59 *Annals* 94 (2003)。

也不在于法官自身的内在理解或自我陈述。确切地说，预测法律结果最成功的做法是通过系统的经验（外部）研究去发现是什么造成了案件判决的差异。^① 弗兰克认为是法官的人格特质以及特定案件的特殊背景产生了最大的影响，而卢埃林以及其他大多数现实主义者则认为，是对法律外一般规范的适用产生了最大的影响，但两者的这种差别不应当影响我们对（现实主义者）基本观点的理解。现实主义者从外部关注法律，并相信，我们能够发现法律实际上如何运作，我们能够将法律教义与法律结果之间的关系视为可以并应当通过严格的经验测试来确定的关系。现实主义者认为这种关系是很弱的，但更加重要的是，他们认为存在这种关系的假定是要被检测的，而不是简单地信以为真的。

7.2 教义即使没法指引，也能施加约束？

让我们来总结一下法律现实主义者核心主张的脉络。依照现实主义者的观点，法官通常依据既定法律教义之外的某些东西，或者说除了既定法律教义还依据某些东西来做判决。支持判决的这种非法律理由可以是一种非法律的直觉，一种基于诉讼参与人或法官个性的判断，一种关于出于公平起见谁应当赢得案件的通盘考量后的判断，或者一种关于哪个裁定可以导致最佳结论的政策判断。但鲜有法律结果是通过适用现有的案例、成文法及其他权威法律资料来决定的。当卢埃林讥讽说“假如规则就是结果的话，那么几乎就不需要律师了”，他暗示的是，法律最重要的部分包含着

^① 参见 William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973); Karl N. Llewellyn, "Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound", 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1931); Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930)。

规则表面上所说的与法院实际上所得出的结论之间的差别。

然而，现实主义者知道，从专业和文化的角度来说，法官不能用直觉、个性、抽象的正义呼吁或者直接的政策分析这类术语来解释他们的前法律或超法律判断。即使现实主义者并不乐意如此，他们也知道，法律体系的规范要求法官用传统的法律术语来使他们的裁定正当化，不管这些裁定的实际动机是什么。因此，专业上可接受的法律判决必须用案例、成文法、法规、法律规则、法律原则和普遍认可的次要权威法律资料等语言来包装——换句话说，用传统法律渊源的语言来包装。

正因为现实主义者认可，根据非法律理由作出的判决需要用传统法律术语实现正当化，所以现实主义立场的要旨在于，这种传统的法律证立几乎总是可以用来使基于其他理由而获得的结论正当化，不管结论究竟为何。假如情形并非如此——假如大多数根据非法律理由所获得的结论无法通过援引传统法律渊源来正当化——那么现实主义者的主张就是无足轻重的。即使是现实主义者所反对的传统论者也承认，法官通常想要得出教义无法提供的结论。所以，如果现实主义的挑战要成为一种真正的挑战，就必须主张，法律教义并不具有像传统论者所相信的那种约束力，当法官出于几乎任何理由想要得出几乎任何结论时，都可以借助于教义学的证立，得到传统法律渊源的支持。

所以现实主义者的立场依赖于这样的主张：在所有或至少大部分诉讼案件中，案例、成文法、准则、原则、标准、权威资料或专业法律论文中的命题都可以用来使有利于任何一方当事人的判决正当化。假如支持原告的判决可以援引标准法律渊源来正当化，而支持被告的判决同样可以援引标准法律渊源（尽管是不同的）来正当化，那么实际上就不是法律在解决纠纷。这正是现实主义者所主张的，虽然他们认为这里的问题是个实证问题：在多少情形中，法律规则、原则和渊源能使两个相互排斥的结论正当

化？现实主义者相信，法律决策的普遍特征是，在大多数诉讼问题中，双方当事人都可以获得大体相当的值得尊重的法律权威来支持其结论——但他们的观点是正确的吗？

在思考这一问题时，我们可以将卢埃林在1950年发表的一篇关于成文法解释规准的经典论文作为出发点。^①这些规准——我们在第8章中还要论及它们——意图指引法官和其他法律解释者来对模糊或模棱两可的成文法进行解释。例如，宽宥规则（rule of lenity）这一规准要求以有利于被告人的方式来解释模糊或模棱两可的刑法条文。但在检验这些规准之后，卢埃林得出了这样的结论：对于每个支持某一观点的解释规准来说，都存在着一个恰好支持相反观点的“冲突性”规准（“dueling” canon）。例如，一个规准是，当成文法的语言十分清晰时，就不应该用外部辅助手段——如立法史——来帮助解释。但另一个规准是，假如适用成文法的字面意思会产生与立法者意图相悖的结果，那么不应当适用成文法的字面解释。相似地，以拉丁语在类似情况下（*in pari materia*）著称的规准规定，在解释涉及同一对象的成文法时要注意彼此一致，但另一个规准则要求新法优于旧法。诸如此类等等。卢埃林这篇文章的魅力和出色之处不仅在于这些例子，而且在于它说明，对于他所找到和列出的几乎每一个解释成文法的规准来说，总是存在另一个恰好指向反方向的规准。卢埃林将这种情形称为“冲突性”规准间的“刺击”（thrust）与“躲闪”（parry），他运用这种剑术用语来说明，传统法律可以支持相互排斥的法律结论，这是法律的普遍特征。因而他认为，法律权威可用以支持大部分相竞争的法律问题的两造，这意味着，真实的判决——如果你愿意的话，也可称之为决胜局

^① Karl N. Llewellyn, “Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statute Are to Be Construed?”, 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950). 它的修订版参见 Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 521-35 (1960)。

(tiebreaker)——要在传统上理解的法律之外去寻找。

卢埃林的主张要比它看上去更温和一些。^①早在1930年出版《荆棘丛》时，卢埃林就竭力将他的主张限定在那些值得争辩的案件上。在预感到了关于所谓选择效应——这一术语直到五十年后才出现^②——的法律与经济学洞见之后，卢埃林承认，所有法律都一面倒地支持某一方当事人的简单案件极少会引发诉讼。实际上，它们压根就极少会导致争议。许多美国人都乐意在4月15日这个截止日期之后去交税，但这种做法得不到法律上的支持。这意味着，《国内税收法典》(Internal Revenue Code)规定的“4月15日”指的是不是4月15日，对于这一点极少会产生争议，更别说被提起诉讼了，它也基本不会出现在上诉法院之中。相似地，通常情况下，账单会被支付，警察会获得拘捕令，合同会得到履行，保险公司会为被保险人造成的事故向受害者偿付。法律中充斥着大量这类简单的适用情形——我们可以称之为“简单案件”——而最终出现在法院中的那些案件(出现在上诉法院中的那些数量更少的案件)很多都是这样一些案件，其中双方当事人都认为自己拥有某种似是而非的法律论据，这无疑值得花费时间和金钱去对簿公堂，对于败诉一方而言，也值得花费时间和金钱来寻求上诉。因为绝大多数法律适用的情形都不是主张对立的双方当事人合理地认为自己有机会胜诉的案件，即不可避免地位于法律的模糊

① 卢埃林关于解释规准的观点究竟对不对，这点并不十分清楚。参见 Michael Sinclair, "Only a Sith Thinks Like That": Llewellyn's 'Dueling Canons,' One to Seven", 50 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 919 (2006); Michael Sinclair, "Only a Sith Thinks Like That": Llewellyn's 'Dueling Canons,' Eight to Twelve", 51 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 1002 (2007)。

② 参见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* § 21 (3d ed., 1986); George L. Priest & Benjamin Klein, "The Selection of Disputes for Litigation", 13 *J. Legal Stud.* 1 (1984)。同样可见 Samuel P. Jordan, "Early Panel Announcement, Settlement, and Adjudication", 2007 *B. Y. U. L. Rev.* 55 (2007); Leandra Lederman, "Which Cases Go to Trial?: An Empirical Study of Prediction of Failure to Settle", 49 *Case West. Res. L. Rev.* 315 (1998)。参见前文 2.2 部分更详尽的讨论。

边缘的案件，对于那些数量更少的上诉案件（它们基于价值判断并以附带完整意见的方式被裁判）来说就更是如此了。

卢埃林承认存在选择现象，而他关注的是非典型的上诉案件。因此，他的主张最好理解为关于疑难的上诉案件判决的主张，而非关于一般意义上法律的不确定性（indeterminacy）的主张。对于法律现实主义来说，整体上大体如此。然而，在非典型的法律事件——它们构成了上诉案件的主体——中，卢埃林和其他现实主义者坚持认为，通常情形中法官受到的正式法约束要比传统上认为的少得多，也比法官们的意见中所假装受到的约束少得多。但是，约束的程度随着支持其他结论的法律证据的存在程度而变。因此，卢埃林的“刺击与躲闪”不仅涉及成文法解释的规准，也不仅涉及成文法解释。在卢埃林看来，它是疑难案件中关于法律的普遍事实的例证：在上诉法院所面对的案件中，通常可以用大量合乎情理的法律论据来为许多可能的结论（但绝不是所有可能的结论）^①进行辩护。所以他主张，正式的法律规则不仅极少决定结果，而且对基于其他考量所选择的结果也几乎没什么约束。

7.3 一种经验性主张

因此，现实主义关于司法决策的基本立场是个双重假设。第一重假设是，大多数法官在查寻正式法律之前就有了倾向性的结论——不管是基于诉讼参与者的个性、法官的个性、正义的观念、意识形态还是对明智政策的评估所形成的倾向。通常情形中，法官先是感觉到了某个结论，然后再

^① 因此卢埃林声明，在他看来，站得住脚的法律正当化依据（defensible legal justifications）的数量通常十分有限。The Bramble Bush, at 73。

去寻求法律上的正当化依据。第二重假设是，在为基于其他理由选择出来的结论寻找法律上的正当化依据时，身处复杂而又散乱的普通法体系中的法官很少（但并非从不）会感到失望。可能偶尔会存在“无需详述”的倾向性结论，但这很少见，现实主义者主张，更常见的情形是，裁判不会遭受挫折，而总是会为基于非法律理由选择出来的结论找到某种合理的法律正当化依据。

现实主义立场的这两个部分最终都是经验性的，而这一问题同样也是：假如不是正式法，那么什么是前法律或超法律的司法偏好的主要决定因素？正因为现实主义的主张是经验性的，所以没有理由来假定，这些经验性的结论对于一切时间、一切地点、一切法官以及（或许是最为重要的）一切争点和一切法院来说都是一样的。因此并不令人惊讶的是，美国联邦最高法院位于法律极端不确定的那个端点上。一些年来，政治学家们运用了精致的多元回归分析技术来确定，究竟是什么在影响着最高法院的案件结果。研究者检验了一系列因素，并得出结论认为，意识形态——而非法官的个性、语境和先例等法律变量或其他任何因素——才是最高法院裁判结论的主要预测器。^① 这些研究者——基于这一研究结论，即司法态度比起法律会造成更大的影响，他们有时被称为“态度论者”（attitudinalists）——得出的结论并不令人惊讶。最高法院控制着自己（待判决）的待审案件表，

① 例如参见 Larry Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (1997); Saul Brenner & Harold L. Spaeth, *Stare Decisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992* (1995); Jeffrey J. Segal & Harold J. Spaeth, *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the United States Supreme Court* (2001); Jeffrey J. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (1993); Jeffrey J. Segal & Harold J. Spaeth, "The Influence of Stare Decisis on the Votes of Supreme Court Justices", 40 *Amer. Pol. Sci.* 971 (1996)。某种意义上更恰当的观点参见 Lee Epstein & Joseph F. Kobylka, *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty* (1992); Thomas G. Hansford & James G. Spriggs II, *The Politics of Precedent in the U.S. Supreme Court* (2006); Paul J. Wahlbeck, "The Life of the Law: Judicial Politics and Legal Change", 59 *L. Politics* 778 (1997)。

通常，它每年（以完整论证和完整意见的方式）判决的案件不会多于七十起，而这七十起案件是从超过九千件（一方当事人请求最高法院审查的）案件中挑选出来的。最高法院偶尔也会接受和判决相对简单的案件，起因可能是下级法院犯了难以言明的错误；但更常见的情形是，某个案件到达最高法院恰恰是因为，要么在该事项上不存在法律，要么双方都拥有同等有力的法律论据。此外，考虑到最高法院所作所为的性质，它们在很大程度上是涉及那些牵扯到人们（最高法院的大法官们也不例外）所拥有的强烈前法律或超法律观点之争点的案件。很少有法官非常关心《联邦杀虫剂、杀菌剂与杀鼠剂法》（FIFRA）的解释技术问题，或《退休职工收入保障法》（ERISA）的适用，或高度晦涩的信托法问题，或一般来说关于保释的法律，所以在这类案件中，法官或大法官们很可能并没有动力在查寻法律之前得出某个结论。但当涉及（例如）堕胎、平权法案、卖淫、对公立学校的财政资助、死刑及总统关于国家安全方面的权力的问题时，几乎难以想象一位最高法院的大法官对此没有道德、政治、社会或意识形态上的立场。正因为如此，所以令人毫不惊讶的是，最高法院在司法金字塔顶端所自选的那些数量极少的待判案件与大法官们可能拥有强烈个人观点的争议问题合在一起，产生了这样一个领域，该领域中现实主义者的立场大多数时候得到了认真的经验研究的支持。^①

然而，推定最高法院的情形也同样适用于其他法院及其他争议问题却是错的。比起对最高法院的研究，对州法院和下级联邦法院的研究相对要少，但后者的研究数量依然可观。去看看那些研究的结论，我们就会发现，

^① 参见 Richard A. Posner, "The Supreme Court, 2004 Term—Foreword: A Political Court", 119 *Harv. L. Rev.* 31 (2005)。然而，虽然至少在最高法院这一层面上，波斯纳法官的“政治”概念与现实主义者的观点在广义上是一致的，但它并不限于党派意义或是狭隘的意识形态意义上的“政治”。参见 Richard A. Posner, *How Judges Think* (2008)。

法律教义在司法决策中所扮演的角色要比极端的现实主义者所假设的大得多。^①虽然法官的结案报告可能会夸大正式法对于他们判决的影响，而那些研究得出的（公认被过度简化了的）结论是，即使在下级法院，一系列的非法律因素所起到的作用也比传统模式所假定的大，但比起最高法院的决策，下级法院的决策受法律因素的影响要大得多。虽然现有的研究几乎没有以这种方式消除掉问题，但这样假定是合理的：现实主义者的解释通常更适合充满意识形态之争的问题，而不是那些不具有这类争议的问题，更适合高等上诉法院而不是初审法院，更适合混乱的普通法而不是成文法解释。

虽然对最高法院决策的经验主义分析变得越来越专业和精致，但现实主义者的经验主义主张在方法上基本是不可知的。某些现实主义者呼吁运用当时最前沿的社会科学方法来进行研究，因而倾向于采用目前更精致的方法论。但其他现实主义者认为，对实务法律人进行仔细观察就足以辨识出司法结论的“真正”决定因素，以及法律的真正分类或范畴。所以，虽然假如霍姆斯曾写过一本侵权的案例教材，它有可能被划分为诸如过失、故意侵权、严格责任和因果联系等章节，但是现实主义者

① 这类研究包括 Sara C. Benesh, *The U.S. Courts of Appeals and the Law of Confessions* (2002); David E. Klein, *Making Law in the United States Courts of Appeals* (2002); Paul Brace & Melinda Gann Hall, "Studying Courts Comparatively: The View from the American States", 48 *Pol. Res. Q.* 5 (1993); Frank B. Cross, "Decisionmaking in the U.S. Circuit Courts of Appeals", 91 *Calif. L. Rev.* 1457 (2003); Tracey E. George, "Developing a Positive Theory of Decisionmaking on U.S. Courts of Appeals", 58 *Ohio St. L. J.* 1635 (1998); Richard L. Revesz, "Congressional Influence on Judicial Behavior?: An Empirical examination of Challenges to Agency Action in the D.C. Circuit", 76 *N. Y. U. L. Rev.* 1100 (2001); Richard L. Revesz, "Ideology, Collegiality, and the D.C. Circuit: A Reply to Chief Judge Harry Edwards", 85 *Va. L. Rev.* 805 (1999); Richard L. Revesz, "Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit", 83 *Va. L. Rev.* 1717 (1997); Donald R. Songer & Sue Davis, "The Impact of Party and Religion on Voting Decision in the United States Courts of Appeals", 43 *W. Pol. Q.* 317 (1990)。

莱昂·格林 (Leon Green) 写的那本侵权的案例教材恰好是按照霍姆斯在《法律的道路》中曾嘲笑过的方式来进行章节划分的。霍姆斯说,像“航运”和“电报”这类范畴无法为精确预测法律提供基础,因为它们不是真正决定司法结论的范畴,^①但格林的经验主义假定恰好相反。例如,在格林那本书中,对“运输”和“动物”的章节划分隐含着格林的一种典型的现实主义信念:这些范畴不仅使得学生能最好地理解侵权,帮助法律人来最好地预测司法结论,而且还能最好地解释真正影响司法行为的因素。假如运用现代多元回归分析法,格林或许会做得更好,但这里的基本要点在于:作为一个现实主义者,他想要实证地考察司法判决真正的决定要素,他认为这些决定要素与法官在其意见中所提供的法律论证无关。

然而,值得重复强调的是,事实上,对于某些法院、某些争议问题以及某类法律来说,现实主义者所呼吁的实证评价与传统的法律观念间的一致性程度或许要比早期的现实主义者所认为的更高。例如,很可能关于成文法解释问题的司法判决的主要决定因素是相关成文法语词的通常意思,关于上诉案件中合同法问题的主要决定因素是传统规则、原则以及传统合同法案例教科书和科宾 (Corbin) 与威利斯顿 (Williston) 的论文中能找到的合同法学说。这种结果可能会令现实主义者感到惊讶,但这种对司法结论的传统法律解释可能对于某些领域或许多领域来说都是合理的,在最大的意义上,将它视为实证的问题或许正是现实主义计划最重要的特征和遗产。^②

^① “The Path of Law”, 10 *Harv. L. Rev.* at 475.

^② 参见 Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, “The New Legal Realism”, 75 *U. Chi. L. Rev.* 831 (2008)。

7.4 现实主义与律师的角色

然而，我们也别忘记霍姆斯。虽然他对于典型法律范畴的重要性的信奉绝对是反现实主义的，但他关于预测与“坏人”的原创性洞见确实不是。当然，坏人的立场不是观察法律的唯一视角。^①“坏人”的形象是不幸的，因为大多数想要或需要知道法律会对他们或为他们做什么的人都不“坏”——在这个词的任何标准意义上都一样。一家报纸发表了某些得罪某位政治家的言论，它希望预测到可能的司法反应，这很难被贴上“坏的”标签。对于普通公民来说也是如此，她可能只是想知道她应该付多少税，她应该以多大的时速驾车，为了确保在她死后财产能归她的孩子她需要什么。在所有这类情形中，预测法律体系对各种行为的反应很重要，霍姆斯正确地强调了法律的这一关键维度。现实主义者同样如此，他们明白，在这类情境中典型的公民更感兴趣的是法律会做些什么，而不是法律说了些什么。假如法律所做的事与表面上说的不一样——假如你可以 60 英里、甚至 64 英里的时速驾车而不必担心被拘捕，尽管指示牌上写着限速 55 英里每小时——那么前者才是大多数理性的公民（不管是坏公民还是好公民）想要知道的事。

但这对于围绕案件展开争辩的律师来说又意味着什么呢？首席大法官查理斯·埃文斯·休斯（Charles Evans Hughes）并非现实主义者，但他在早年的职业生涯中曾说过一句臭名昭著的话，“宪法是什么由法官说了

^① 参见 William Twining, “Talk about Realism”, 60 *N. Y. U. L. Rev.* 329 (1985); William Twining, “The Bad Man Revisited”, 58 *Cornell L. Rev.* 275 (1973)。同样可见 Michael Steven Green, “Legal Realism as Theory of Law”, 46 *Wm. & Mary L. Rev.* 1915 (2005)。

算”，^①这句引文成了现实主义视角的一个标志。但即使从被误称为坏人的视角来看，宪法是什么真的由最高法院说了算，站在最高法院审判庭上的律师却没法对法院说，法律是什么由法院说了算。这类陈述或许从某个角度来看是对的，但法院想要知道的是，为什么它应该指出宪法说的是这个意思而不是那个意思，而对于这个问题来说，指出宪法是什么由最高法院说了算没有丝毫用处。对于律师和他们的客户来说，预测司法判决或许是重要的，但在法庭上争辩的律师难以采取这样的姿态，即法律是对法院判决的预测。

虽然法院想知道的要比“它的判决将创设法律”这一点更多，但现实主义告诉律师的是，法院或多或少有意地想要知道比法律教义更多或更少的东西。假如像持态度论的政治学家及其他人所主张的那样，决定最高法院决策的主要因素是（广义上的）意识形态，那么聪明的辩护律师就会竭力说服大多数最高法院的法官，有利于其客户的裁判将巩固他们特定的意识形态。律师不会很明确或直白地表达这一点，但好律师会构想出诉诸司法决策的真实基础的论据。相似地，假如知悉某位法官更倾向于赞成他最后听到的论据（据说十九世纪七十年代的一位众所周知但已不在人世的地区法院法官就是以这种方式下判决的），好律师就会设法最后一个发言。假如一位法官被认为很看重外表，也有证据证明外表真的是他判决的一个决定因素（即使不是唯一的决定因素），那么好律师就会确保他的外表以及他客户的外表不会引起法官的反感。假如另一位法官更关心公平而不是法律的字义，那么在这位法官面前争辩的律师就会竭力确保她的许多论据——无论是在初审、书面的陈辩书还是上诉审的论证中——会向法官提

^① “我们在宪法之下，但宪法是什么由法官说了算。” 纽约州州长查里斯·埃文斯·休斯在埃尔迈拉商会（Elmira Chamber of Commerce）的演讲（1907年5月3日），载于 *Addresses of Charles Evans Hughes, 1906-1916*, at 179, 185（2d ed., 1916）。

供充分的事实细节，即使有些细节在技术上与法律无关，为的是让法官获得据以得出这个结论的信息，即有利于她客户的裁判是公平的裁判。

但这决不是说，好律师会或者应该忽略法律，因为就像我们已经明白的，极少有法官会认为，用传统的法律依据对基于其他理由获得的判决进行正当化不重要。受现实主义的影响，律师不仅会用诉诸某位法官的真实判决基础的术语来为案件争辩，也会向法官提供法律教义——它就像是个“钩子”（hook）——来作为悬挂判决书并使之正当化的基础。例如，即使是基于与法律无关的衡平、正义或政策来作判决的法官，也需要这类教义学的钩子或框子，现实主义的视角也不反对好律师为法官提供这类东西，虽然律师会恰当地将他论证的焦点放在其他事情上。

7.5 批判法学与现实主义的新装

虽然法律现实主义的大多数先锋活跃于二十世纪二十年代到四十年代之间，但现实主义的观点今天依然方兴未艾。俗谚说“我们现在都是现实主义者了”，当然，那肯定是错的。不仅“都是”这样的表述过分夸大了实情，而且当下存在的现实主义已经是高度美国化了的。法律教义决定一切的信念或许已经改变，但今天的侵权法案例教科书与其说是像莱昂·格林所写的，不如说更像半个世纪前所预言的那样，因为典型的现代教科书非常倚重侵权学说的传统范畴。宪法依旧被广泛地讨论、争辩和系统化，基本上没有顾及态度论者牢固确立的观点，而任何认为鲜明的现实主义观点会帮助他在法学院考试中获得高分的学生也会遭受严重的打击。

对于这种看上去依然很常见的情形，（至少）存在四种解释。第一种解释是，作为现实主义基础的强烈的经验主义主张是错的。即使某种不同于法律教义的东西真的是最高法院关于堕胎、平权法案和总统权力之决策

的核心因素，但一旦我们离开这类罕见情境去关注下级法院中不那么与意识形态相关的案件（更别提非诉性法律了），就可以主张，现实主义是将法律决策的偶然特征误认为更加普遍的东西了。这是对经验主义主张的经验主义回应，这种解释就其本身来说也服务于现实主义，对此我们没什么好说的，除了这一点：假如现实主义对于许多法律的观察在经验上是正确的，那么现实主义现在被大大忽视这一现象就令人惊讶和困惑了。但假如现实主义的核心主张更多是错的而非对的，更多是夸大其词而非不刊之论，那么我们就应该对此感到惊讶，因为它的意义相对来说终究不那么显著。

第二种解释是，现实主义实际上存活着，但却披上了不同的外衣。例如，法律经济学以效用最大化来解释许多法律决策，它就可以恰当地被理解为采纳了卢埃林式的政策导向进路来研究法官实际上的行为。而大量其他的进路——例如，法律社会学对“行动中的法”的关注——同样可以被视为现实主义遗产的衣钵传人。实际上，任命最高法院大法官的听证程序通常关注的是被任命者的超法律政治信念，这尤其是现实主义意识在强化的显著的证明。因而可以说，现实主义成功的体现，并不是顽固的现实主义分子的数量，而是我们无处不在的现实主义观点的存在。

第三种解释是，法学院可能试图更多向学生传授的是关于法律证立的表达能力而非司法判决的决定因素。可能有人会主张，即使法官实际上的确将他们的判决建立在宽泛的衡平与正义观念、政策考量甚至法官与诉讼参与人个性的基础之上，但法律人所需知道的、法学院的独特定位所要求传授的却是法律对话所要借助的法律用语、语词、范畴和概念，即使在这种对话背后起作用的完全是另外的东西。法律人或许可以成为现实主义者，但只有当他们理解了法律体系真实运作所倚重的非现实主义语言和范畴时，他们才会获得成功。

第四种解释是，或许现实主义被边缘化了，因为它太有威胁性了。这是批判法学运动（Critical Legal Studies Movement）许多成员的观点，他们中的一些人试图或曾试图明确地扛起现实主义的大旗。批判法学——这场运动在二十世纪六十年代蹿红，并在二十世纪七十年代到八十年代达到影响力的巅峰——的某些部分与现实主义几乎没什么关系，因为至少批判法学的重要主张之一是，法律教义可理解为偶然的政治与意识形态的决定的反映。在批判法学的这一重要主张中，法律教义反映了既存的权力结构或者服务于特定阶级或社会群体的利益，所以它的主张与现实主义只存在松散的联系，与本文所关注的法律推理和法律论证问题也只存在松散的联系。

但在其他方面，批判法学明显是现实主义式的。某些批判法学学者强调法律教义的非决定性，主张——就像卢埃林用不同的表述所主张的——法律决策者通常在教义学上拥有诸多开放性的选择，这要比传统观念上法律可能拥有的选择多得多。^①所以这种论点认为，鉴于法律教义的这种非决定性，理解司法决策的真实基础很重要。例如，当邓肯·肯尼迪（Duncan Kennedy）主张，有职业声望的法官总是有足够多的“招数”来规避哪怕是最清晰的法律规则的含义时，^②他所提出的经验主义主张与现实主义的核心调子完全一致。当马克·图什内特（Mark Tushnet）坚持认为政治意识形态是许多宪法决策的主要决定因素时，^③他不仅为美国宪法提供了一种与那些持态度论的政治学家相同的解释，而且也提供了一种会让卢埃林（即

① 例如参见 Joseph William Singer, "Legal Realism Now", 76 *Cal. L. Rev.* 467 (1988) (书评)。同样可见 Joseph William Singer, "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", 94 *Yale L. J.* 1 (1984)。

② Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology of Judging", 36 *J. Legal Educ.* 518 (1986); Duncan Kennedy, "Legal Formality", 1 *J. Legal Stud.* (1972)。

③ Mark V. Tushnet, "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", 96 *Harv. L. Rev.* 7841 (1981)。

使不是杰罗姆·弗兰克)倍感亲近的解释。的确,图什内特以及其他强调的是意识形态而非政策,是政治而非个性,是广义上的社会科学而非特定案件的公平合理,但用现实主义者的透镜来看,这些差别可以忽略不计。虽然关于现在哪些超法律因素在事实上推动着司法决策与法律论证还存在不同版本,但对传统上曾被认为是非法律因素的共同坚持使得批判法学与二十世纪三十年代的现实主义的核心主张关联在了一起。

所以,要再重复一遍的是,正如法律现实主义包含的是关于法律的观点,而不是哈奇森、弗兰克、格林和卢埃林等人聚焦于法律推理时表露出来的观点,批判法学也包含着与法律现实主义无关,实际上也与法律推理、法律论证和司法决策无关的要素。但只要批判法学的某些部分与这些论题存在明确关联,这些学者的许多著作就可以看作是对现实主义的发展。作为一套经验主义的主张,现实主义者的计划现在很难被谴责为完全是错的,但也很难被颂扬为完全是对的。现实主义的真知灼见本身局限于具体的领域,传统的法律推理工具和方法在多大程度上真正决定着法律结果,这个问题依旧是有待认真研究而尚未终结的课题,它的结果会随着司法决策的对象、层级和地点的变化而变化。

第8章

成文法解释

8.1 规制国家中的成文法解释

普通法的方法起源于中世纪，在十六世纪得到极大改善，并一直存续至今。那些沉醉在普通法传统中的人认为，法官有权创造全部法律，就像他们在侵权法、合同法甚至刑法发展的早期所做的那样，所以直到现在，要求法官承担类似任务的呼声也不绝于耳。例如，当法官被迫去解释1890年的《谢尔曼反托拉斯法案》(Sherman Antitrust Act)时，他们就几乎凭空创造出了美国反托拉斯法的很多内容，因为这部法案的一个主要操作性条款只是简单地禁止“所有限制交易或贸易的合同、联盟……或同谋。”^① 国会在制定这部法律时运用了不精确的语言，这不能被归咎于起草时的粗心大意。国会十分清楚它在做什么，只要它想，它也知道该如何来运用狭义和精确的语言。因此，用宽泛和不确定的语言来起草谢尔曼法案，是国会在有意避免运用具体的表述和清晰易懂的规则，而这么做就是在指示法院以普通法的方式创制出差差不多整个反托拉斯法。采取类似做法的另

^① 15 U.S.C. § 1 (2006).

一个例证是1934年《证券交易法案》(Securities and Exchange Act),它主要的反欺诈条款,第10条b款,授权证券交易管理委员会采用监管措施来禁止“任何操控或欺骗手段。”^①尽管管委会可以颁布针对证券欺诈的监管规章细则来履行国会所要求的职责,但它却只采用了一条监管规则——第10条b款第5项——来简单地禁止任何“欺骗性的手段、图谋或诡计。”^②管委会有意留待法院(同样是以普通法的方式)去塑造大部分证券欺诈法,包括大部分涉及内幕交易的法律。美国的很多宪法诉讼活动也很相似。例如,对于“生命、自由或财产”、“法律的正当程序”、“法律上的平等保护”、“不合理的搜查和扣押”、“残酷和非常态的惩罚措施”及“数个州之间的州际贸易”等用语的司法解释看上去压根就不像是在作解释。宪法文本中的这些宽泛用语——罗伯特·杰克逊(Robert Jackson)大法官曾称它们为“宏大笼统的规定”(majestic generalities)^③——可以理解成一个普通法发展过程的开端,这个过程在很大程度上并不受文件用语的约束。^④

然而,在当代的美国,就如在其他发达的普通法国家中一样,诸如此类的例子很大程度上属于例外情形而非常态。对于现代美国社会而言,更典型的是1970年的《职业安全与健康法案》(Occupational Safety and Health Act),^⑤它的29个章节规定细致,在《美国法典》(the United States Code)中占了44页的篇幅,另外,它的补充性法规在《联邦法规汇

① 15 U.S.C. § 78j (2006) .

② 17 C.F.R. § 240.10b-5 (2006) .

③ W. Va. Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 639 (1943) .

④ 参见 David A. Strauss, “Common Law Constitutional Interpretation”, 63 *U. Chi. L. Rev.* 877 (1996)。同样可见 David A. Strauss, “Common Law, Common Ground, and Jefferson’s Principle”, 112 *Yale. L. J.* 1712 (2003)。

⑤ 29 U.S.C. § 651 et.seq. (2006) .

编》中占了 88 页的篇幅。这种情形决不罕见。1970 年的《清洁空气法案》(Clean Air Act) 及其随后的修正案有 464 页。而我们比较熟悉的法律, 如 1933 年的《证券法案》、1964 年的《民权法案》(Civil Rights Act), 当然还有《国内税收法典》(Internal Revenue Code) 都是规定十分详细的成文法。通常还有一大批规定更加详细的行政法规、官方评注和解释性规则来对它们加以补充。在这些以及不计其数的其他情形中, 立法规划的目标在于广泛精确地规制大量的私人、政府和团体的活动。

这种复杂的立法规制活动可能会令某些人倍感倾心, 例如杰里米·边沁, 他坚定地相信, 精确而广泛的立法将大大挤压司法干预的空间。经年以来, 边沁和其他一些人主张, 假如公民和官员准确地知道(法律)对他们的要求是什么, 那么就几乎没什么必要来进行司法解释、阐释以及令边沁及其追随者们不寒而栗的那些活动了。边沁相信, 法官可能偶然会被要求去强制实施法律, 或者在十分罕见的情形中被要求对它作出解释, 但在日常事务中, 律师和法官都不能去阻碍精确、为公众所知、很大程度上可以自我实施的成文法典的运作。^①

现在我们已经清楚, 边沁错得多么离谱。尽管规定细致的成文法在现代规制国家中普遍存在, 但成文法解释或成文法阐释的行为同样如此。或许是因为糟糕的立法(回想一下在第 1 章和第 2 章中讨论过的“美国诉洛克案”^②, 该案中, 对归档截至日期是“12 月 31 日之前”而不是“12

① 参见 Jeremy Bentham, “A General View of a Complete Code of Laws”, in 3 *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed., 1843) (1962)。事实上, 边沁相信, 律师往往会出于自利的原因故意使法律变得更复杂, 以至于他在 1808 年的时候建议取消律师收费制度, 而代之以国家向律师支付固定薪金的做法。他相信, 这种方式会消除律师和法官(在边沁看来是“法官公司”)使法律变得越来越不可理解、因而也越来越多地依赖于欲壑难填的律师的诱因。Jeremy Bentham, “Scotch Reform”, in 5 *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed., 1843) (1962)。

② 471 U.S. 84 (1985)。

月31日当天或之前”唯一合理的解释是起草错误),或许是因为国会或其他立法主体将某个困难的决定交给司法机关在政治上更安全,绝大多数时候是因为即使是最精确的成文法也无法预见到现代生活的复杂性和流变性,所以规定细致的成文法会增加而非降低司法干预的频率。边沁没能预见到这一点,假如他预见到了无疑会大吃一惊。法院一再被要求去解决成文法语言解释方面的争议,而盛行的复杂立法规划不仅没有大大降低成文法解释的需要,相反却催生了这样一种事态:关于成文法解释的争论在当代关于法律论证、法律推理和司法决策的讨论中无所不在。^①

成文法解释的问题不仅出现在由立法机关制定的成文法的情形中,同样的问题也困扰着对行政法规、地方条例(municipal ordinances)和各种类型的规则所进行的司法解释。实际上,成文法解释中广泛存在的这类问题很大程度上也渗入到了宪法中。或许对宪法平等保护和正当程序条款所作的司法解释更多的是脱离文本的普通法发展而不是解释,但对于更具体的宪法条款来说就不是这样了。例如,对设定立法程序的条款的解释,^②或

^① 对这一主题更深入的把握以及这类争议的样本可以在大量文献中被找到,例如参见 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* 339-69 (2005); William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation* (1994); William N. Eskridge, Jr., Philip Frickey, & Elizabeth Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation* (2d ed., 2006); D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (1997); Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (1997); Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation* (2006); Stephan Breyer, "On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes", 65 *S. Cal. L. Rev.* 845 (1992); John E. Manning, "The Absurdity Doctrine", 116 *Harv. L. Rev.* 2387 (2003); Frederick Schauer, "Statutory Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning", 1990 *Sup. Ct. Rev.* 231; Cass R. Sunstein, "Interpreting Statutes in the Regulatory State", 103 *Harv. L. Rev.* 405 (1989)。

^② 例如参见 *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986); *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)。

对第六修正案中“对抗”（confrontation）一词的解释，^①就很像是对国会或州立法机关制定的成文法的解释。

8.2 文本的角色

成文法解释的实践通常始于颁布成文法本身的语词——书面记载的符号。针对这一实践的学术评论在相当大程度上反映出这一观点。但是，虽然普遍认可的观念认为语词构成了起点，但它们是否也构成终点，恰恰是成文法解释中引发最大争议的核心问题。此外，虽然从确定成文法语词的意义着手来进行解释似乎是个简单活计，但某部成文法或法规的某个语词、短语或句子的意义究竟是什么，本身就是个有待回答的问题，这绝非易事。它也不是个限于成文法解释的问题。成文法语词的意义是什么，这种探究与合同、遗嘱或信托中语词的意义是什么这一问题有着重要的关联性。实际上，辨别出意义之意义的问题，^②在法律中，如同在哲学、神学、文学评论、艺术及大量其他解释性活动中那样，居于核心地位。我们将看到，某些关于成文法解释的争论试图声称，成文法解释在多大程度上（假如可能的话）类似于对毕加索（Picasso）的绘画、莎士比亚（Shakespeare）的戏剧或圣经中一段文字的解释。但那就超出我们现在关注的问题了。所以在一开始，让我们再次回到那个饱经检验的例子——“公园中的机动车”——上来，这个例子曾是1958年《哈佛法律评论》上一场论战的焦点，论战

① 比较 Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990) 与 Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012 (1988)。

② 参见 C.K.Ogden & I.A. Richards, *The Meaning of Meaning* (1923)，这是二十世纪早期的一部关于语言与解释的重要著作，作者为哲学家与文学理论家。

的双方是英国法哲学家哈特和他的美国同行朗·富勒。^①

哈特在他关于法律规则的性质的讨论中提出了这个假想事例，即存在一条禁止“机动车”驶入公立公园的规则，从而开启了这场论战。^②哈特运用这个例子是为了指出，像这样的规定（或成文法）总是拥有“意义固定的核心地带”以及适用性可争议的“阴影地带”。^③哈特说，汽车“明显”属于它固定的意义，因而要被挡在公园之外，“那么自行车、滑冰鞋、玩

① Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart”, 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958); H.L.A.Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1958). 这场论战并不主要是围绕法律解释展开的，相反，它围绕的是法律本身的性质。哈特为现代版的法律实证主义辩护，他认为法律的概念有别于道德的概念，而富勒提出了他独特的程序性自然法理论，认为假如法律未能满足某些最低限度的道德要求它就难以再成为法律。实证主义与自然法之间的论战在数代人的时间内占据着法哲学的中心舞台，不幸的是双方的立场都常常成为被嘲讽的话题。尽管对于哈特与富勒来说，双方关于法律解释的论战都与法理学中更大的论战关联在一起，但他们关于解释的论战及其核心例子自身已具备足够的重要性，因而我们可以一边用它来阐述成文法解释这一富有价值的主题，一边对更抽象的法理学论战保持中立。参见 Frederick Schauer, “A Critical Guide to Vehicles in the Park”, 83 *N.Y.U. L. Rev.* 1109 (2008)。

② 71 *Harv. L. Rev.* At 606–15. 哈特在 *The Concept of Law* 125–27 (Penelope A. Bulloch & Joseph Ra eds., 2d ed., 1994) 中运用了同一个例子。

③ “核心地带”与“阴影地带”这两个术语来自：Bertrand Russell, “Vagueness”, 1 *Australasian J. Psych & Phil.* 84 (1923)，他区分了核心地带与“边缘地带”。在这篇文章中，罗素提出了一个著名的谬误，它困扰着法律论证和政治论证。法律人过于经常地主张，假如我们无法在所有情形中将一个事物与另一个事物清晰地区分开来，那么区分就是没有价值或不融贯的。例如，他们会主张，为了确定是否具有海事管辖权（admiralty jurisdiction）而区分可通航水域与不可通航水域是不融贯的，因为某些水域只有在涨潮时可通航而在退潮时不可通航，或者在雨天可通航在天晴时不可通航。但这是一个荒谬的论证，罗素试图用秃顶的例子来说明这一点。虽然的确有些人很难说是秃顶还是不是秃顶，但这并不意味着，对那些明显秃顶的人和那些并非明显秃顶的人进行区分是没有用的。埃德蒙·伯克（Edmund Burke）对于黑夜和白天作出了相同的结论，他指出，黄昏的存在并不能使白天与漆黑夜的区分变得不融贯。但最好的例子或许来自巴尔的摩金莺队（Baltimore Orioles）的垒球运动员约翰·洛温斯坦（John Lowenstein），他讥讽说“他们应该把一垒往后推一步，然后淘汰掉所有比分接近的比赛。” *Detroit Free Press*, April 27, 1984, at F1。

具汽车呢？飞机又如何呢？”^①随后有人对这个例子稍加改动，提到，童车呢？如果是在今天，那么滑板车或电动轮椅呢？为了在这些处于阴影地带的情形中确定，自行车或滑板车或其他任何例子是否可算作是机动车，裁判者必须来确定这个规定的目的，并运用裁量权（作出决定）。假如规定的目的在于（例如）禁止噪音和污染，那么就允许自行车和童车进入公园（因而将它们排除出“机动车”的定义），但假如规则的目的旨在保障行人的安全（自行车可能会危及这一点）或让狭窄的通道保持畅通（童车会造成堵塞），那么或许就不会允许（自行车或童车进入公园）。实际上，哈特预料，假如规则背后的要点或目的并不明显，那么法官在这类处于阴影地带的案件中对裁量权的运用就十分接近于立法者的行为，因为他会考虑政策因素，而这正是我们期待立法者去做的事。

虽然哈特似乎区分出了规则清晰适用的情形与不清晰适用的情形，但核心地带与阴影地带的区分绝非是一目了然的。实际上，对于每个规则来说，都不仅会存在关于如何解决处于阴影地带的案件的争议问题，而且也会存在某种适用情形究竟属于核心地带还是阴影地带的论争和彷徨。^②因此，就像日食时太阳周围的阴影，核心地带与阴影地带或者说核心与边缘的划分最好被看作是一个标尺、一段光谱或一个连续体，而不是一下子就能干脆划定的划界。在这个连续体的一端，我们可以找到几乎没有争议的适用情形——一辆载着司机一家及野炊用具的皮卡进入公园，这正是对“公园内禁止驶入机动车”这个规定的任何理解都希望排除的那类举动——而在另一端，我们会看到几乎没有争议的不适用情形，例如，一位边慢慢散

^① 飞机的例子来自 *McBoyle v. United States*, 293 U.S. 25 (1931)。这个案例可能启发哈特提出了自己的例子，它涉及的问题是：当驾驶一架偷来的飞机从一个州飞越到另一个州时，是否违反了一部禁止驾驶偷来的机动车穿越州界线的成文法？

^② 参见 Timothy A.O. Endicott, “Vagueness and Legal Theory”, 3 *Legal Theory* 37 (1997)。

步边欣赏美景的行人明显不属于机动车。但是在两者之间，我们找到的不是清晰的适用或不适用的情形，而是一个标尺，当我们从一个端点向另一个端点移动时，发生争论的几率就不断上升。

回到哈特自己关于法律规则形态和属性的表述上来，现在我们可以来检验富勒对于哈特这幅图像的挑战了。这一挑战并不指向法官在阴影地带应该做什么。富勒对于在语词不清晰时法官需要诉诸别的东西这一点没有质疑，尽管此时哈特认为法官是在行使准立法性质的裁量权，而富勒却认为法官应当诉诸成文法背后的目的。关于法官在语言不确定的阴影地带应该做什么这一点，两者的分歧相对较小。更严重的分歧在于被哈特贴上“意义固定之核心地带”这一标签的情形的理解，因为富勒认为哈特对意义固定之核心地带本身的理解有误。为了回应哈特的这一主张，即汽车明显属于规则的核心地带，富勒让我们去思考：假如“当地的某些爱国主义者想在公园内的一个基座上安放一辆“二战”中曾被使用过的卡车（它运行良好），而其他公民将这个被倡议摆放的纪念物视为眼中钉，并以‘公园内禁止驶入机动车’的规则来支持自己的立场”^①，那该怎么办？在富勒看来，虽然乍看上去卡车明显属于机动车，但出于这个理由就将它挡在公园之外同样是明显荒谬的。富勒坚持认为，对于法律规则的适用来说，仅靠法律规则的语词本身无法决定它是否属于清晰的情形。

富勒假设出的战争纪念物来自一系列或假想或真实的案例，它说明，对于任何法律规则来说，总是存在这种可能：适用规则语词的字面意思会产生与规则所要实现的目的相悖的结论，甚至产生与简单常识相悖的结论。在提出那个被用作战争纪念物的卡车的例子之后，富勒在同一篇文章中还提出了另一个例子。有一条规则禁止在火车站内睡觉。很明显，这条

^① 71 *Harv. L. Rev.* at 661.

规则是用来驱赶无家可归者（富勒在 1958 年称之为“流浪汉”）的，但富勒问，这条规则是否适用于一个疲倦的商人，他错过了火车，而当他在等下一列火车时靠在椅上打盹。富勒主张，在这种情形中适用那条规则是可笑的，这强化了他的论点，即规则的语词从来就不能——在仅运用自身而不考虑规则目的的前提下——决定哪怕是所谓意义固定的核心地带。塞缪尔·冯·普芬道夫（Samuel von Pufendorf）所举的一个十七世纪的判决也大意如此：博洛尼亚的一部成文法禁止“在街道上见血”，这可能是为了禁止决斗，但它不应该适用于一个正在实施紧急手术的外科医生。^①回忆一下第 2 章中交代的美国诉科比案，^②最高法院拒绝依据禁止妨碍信件邮递的成文法来对一位执法官提起指控，起因是这位执法官逮捕了一位被控犯有谋杀的邮递员。这个例子进一步说明，成文法的语词经常无法预见到世界的复杂性。

富勒以某种不恰当的哲学来支持他的论点，他坚持认为，除非考虑到它们被运用的特定语境，否则语词没有意义。这是错的，因为语词（或句子）承载意义的能力从根本上就预设了语言习惯至少会将某种意义附着于语词本身，而不必考虑它们运用的特殊情形。“狗”这个语词指的是狗而不是猫或蝙蝠。尽管这个例子很粗糙，但它提醒我们，只有当语言的构成要素（无论是语词、短语还是句子）本身具有意义时，语言才能运作，因为离开这一点，它们就无法将言说者的思想传递到听众的思维之中。因此，说一部成文法的语词或文本意味着某事，这是完全有意义的，尽管成文法的意思是否就是它文本的意思恰恰是有争议的问题。

有讽刺意味的是，富勒在语言哲学上的误入歧途恰恰减损而不是支持

① Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libro Octo* (1672), 转引自 1 *William Blackstone, Commentaries* * 59-60.

② 74 U.S. (7 Wall) 482 (1868).

了他那具有高度价值的核心论点。那辆作为战争纪念物且仍可使用的军用卡车的确是机动车，^①就像那位疲倦的商人的确是在车站中睡觉，也正如科比案中的那位执法官的确阻碍了信件的邮递。这些例子以及不计其数的其他例子（无论是假想的还是真实的）都说明，适用规则的字面含义有时会产生荒谬、可笑或至少是与规则背后的原则性目的相悖的结论。即使在不那么极端的情形中，遵从规则的字面含义甚至会更经常地导向愚蠢、低效或者从某种其他角度来说毫无疑问是次优的结果。富勒的论点是，尽管有哈特的例子在，但语言从来就不足以产生处于核心地带的清晰的案件，因为至少在某些情形中，对清晰语言的简单适用会产生荒谬的结论。富勒相信，只有不断考虑规则背后的目的，我们才能使得法律规则，实际上是法律本身变得有意义。

我们没有必要对哈特与富勒之间的论战盖棺定论，但这场论战一个有价值的特征在于，它提供了一个思考成文法解释这一更大问题的框架。这一框架的核心是区分三种类型的案件，即成文法的语言本身提供了合理答案的案件、语言未提供答案的案件以及语言提供了糟糕答案——答案可能与立法意图、成文法的目的或某种更为一般意义上的正确结果相冲突——的案件。假如语言本身提供了一个合理的答案（第一种类型），那么通常来说事情就到此为止了。如果法律的语词为问题或争议提供了一个合适的

① 当然，虽然富勒纠缠于哈特的例子，但“机动车”或许不是用来支持富勒论点的最佳语词。具有以自身动力来发动的能力可能是定义“机动车”的关键，但如此一来，当那辆卡车附属于、甚至成为纪念活动的一部分时，它就不再是机动车了。但这只是例子本身而不是核心论点的瑕疵。富勒可以通过举救护车或消防车的例子来提出相同的问题，他的论点将维持不变。富勒的那个疲倦商人的例子同样如此，因为他睡觉是个生理事实，并不取决于他为什么睡觉或怎么睡觉。对于餐馆或商店门口张贴的“禁止带狗入内”的规则是否禁止盲人带导盲犬入内这一问题来说，也是一样。几乎可以肯定，禁止带导盲犬入内是荒谬的，但将这条规则适用于导盲犬是荒谬的，并不意味着导盲犬就不是狗。

答案，即使不是唯一合适的答案，语词的字面意义也会决定法律的结果。事实上，这类案件不太可能产生争议，如果产生争议，也不太可能提起诉讼，如果提起诉讼，也不太可能上诉。法律人经常谈论的是疑难案件，但也要看到，同样存在许多简单案件。^①假如成文法的语言是清晰的，它产生的答案是合适的，那么我们面对的就是一个简单的成文法解释的案件。在这类案件中，成文法语词提供的合适解决办法本身通常就具有决定性。

然而，一旦当我们将眼光从简单案件移开，事情就变得不太容易驾驭了，因为此时我们将面对两类疑难案件。一类疑难案件产生于语言的不确定性（linguistic indeterminacy）^②。成文法的语词没有为法院要处理的争议提供一个确定的答案，要么因为语言是模糊的，如“法律的平等保护”、“合理努力”和“不当迟延”这类情况；要么因为在其他适用情形中，确定的语言对于正在讨论的问题来说是不确定的，比如这个问题：自行车、童车或滑板车是不是机动车，应不应该被挡在公园之外。但还有另一类疑难案件，这类案件压根与语言的不确定性无关。不如说，这类案件之所以疑难，正是因为人们可以合乎情理地主张，某个语言上确定的结论——战争纪念物是机动车，科比案中合法逮捕邮递员的行为妨碍了信件传递，洛克案中截止日期就是被错过了——不是最佳的，有时甚至不是一个好的法律结果。它们是疑难案件，不是因为语言没有提供答案。它们之所以疑难，正是因为语言提供了答案，但语言提供的答案看起来是错误的答案。

因为涉及成文法解释的诉讼案件基本上呈现出的是这两类困难，所以

① 参见 Frederick Schauer, “Easy Cases”, 58 S. Cal. L. Rev. 399 (1985), 也参见上文 2.2 部分的讨论。

② “indeterminacy” 更佳的译法是“非决定性”，因为它指的是语言无法决定某个结果，而不确定性对译的是“uncertainty”。但基于译习的考虑，这里还是将 linguistic indeterminacy 译为“语言的不确定性”——译注。

比较好的做法是分别来考察它们。我们将首先来考察那些因语言不确定而变得疑难的案件，接着再来处理语言确定却带来看上去错误的结论而变得疑难的案件。

8.3 文本没有提供答案时怎么办

前述关于成文法解释的问题构造中隐含着一个强化的核心论点，它不仅涉及成文法解释，也涉及一般意义上的成文法。成文法——法律本身所运用的实际语言——是重要的，不是因为它们是立法机关所思所想的证明，而是因为它们是成文法。就像麦克白 (*Macbeth*) 不仅是莎士比亚想法的证明，就像《蒙娜丽莎》这幅油画的重要性不仅在于它告诉我们关于列奥纳多·达·芬奇 (Leonardo da Vinci) 的事，成文法的重要性在于其本身。它是基本的法律术语 (法律本身的一部分)，它的地位并不来自于揭示出某种别的东西。^①

因为成文法就是法律，而不仅是我们寻获法律的指示器，所以毫不奇怪的是，它的实际语言在法律推理中意义重大。在涉及成文法解释的案件中，如果律师过快或过多地谈论意图、推论和宽泛的正义原则，法官很可能就会马上提出质疑：“你说的有道理，但成文法实际上表述的是什么，律师？”正如我们已经明白的，成文法的语言或许不是涉及成文法的案件所要考虑的唯一要素，成文法所表述的事或许不是相关问题的真义，但不承认它的文义是出发点，就会对法律本身的性质产生重大误解。

^① 相反的观点参见 Ronald Dworkin, *Law's Empire* 16-17 (1986)，他声称，在像美国法典这样的地方所能找到的规则表述的背后，隐藏着“真正的”规则。德沃金对于司法裁判更宏大的解释性说明可能很有道理，或至少部分如此，但如果说存在某种有别于书面规则之外的“真正的”规则，这更多的是让人感到神秘，却没有多大帮助。

虽然成文法的语词几乎总是作为出发点，但通常来说这些语词并没有为特定问题提供清晰的答案。有时这是因为成文法使用了模糊的语词，例如“合理”、“过度”或“视情形而定”，在这些情形中，法官不可避免地必须要去查看成文法语言背后的东西。在这类情形中，我们通常会说法官拥有“裁量权”，虽然这到底是指什么恰恰是有争议的。根据哈特提出公园中的汽车这个例子时所采纳的观点，在这类语言不确定的案件中，法官要像立法者那样去行为，她要在充分考虑那些通常在立法时考虑的政策因素之后，再来决定不确定的成文法应当如何变得更具体，特定的争议应当如何解决。这并不是说，模糊的成文法没有提供指引。尽管《谢尔曼反托拉斯法案》实际上授权了联邦法院去创制大部分反垄断法，但这部成文法的语言本身及相关的立法史都清楚地表明，法律的要点在于禁止联合性的反竞争实践，进而反对采纳一种完全自由放任式的态度。所以，尽管法院拥有相当大的余地来补充细节，但人们也希望它们在这么做时考虑到特定的目标。

有所争议的是，确定成文法目标时是否应当或必须援引立法史——立法机关明确意图的记录，通常来说，它主要不是从成文法本身获得 [这就是这一历史通常被称为是“外在的”（*extrinsic*）的原因]的，而是从委员会报告、立法听证记录和立法论辩副本中收集而来的。关于何时应当运用这类材料（假如能运用的话）的争论是一场积极的争论，因为那些支持运用这类材料的人主张，成文法就是被用来体现立法意图的，所以任何能证明那种意图的材料都是可用的，尤其是当语言给出的指引并不充分时。^①支持运用立法史的人同样主张，在我们正在讨论的这类语言本身并没有提供答案的案件中，不试着运用所有可用的证据去发现立法机关在这类案件

^① 为成文法解释的意图论主张提供的有力和广泛的辩护，参见 Lawrence M. Solam, “Private Language, Public Laws: The Central Role of Legislative Intent in Statutory Interpretation”, 93 *Geo. L.J.* 427 (2005)。

中想要怎样做，是愚蠢的。^①

在这场关于运用真实立法意图证明的争论的另一边，反对运用立法史的人——有时被称为“文本论者”（*textualists*），因为他们不愿意超越法律的文本——怀疑立法史记录的证明价值。通常，不同的立法者心中有不同的目标，所以他们指出，记录下来的是谁的意图并不是那么清楚。有时，某位立法者会将某些材料塞进立法史中，这么做可能仅仅是为了表明某个论点，吸引记者的眼球或迎合立法者的选民，即使那份材料并没有反映立法机关整体上的集体意图（假定一个集体能够拥有意图的话）。然而，对于大多数文本主义者来说，最重要的或许是，立法机关投票通过的就只是这个文本而已。他们认为，将未经投票的立法史作为立法的一部分是极端反民主的。^②

当成文法不清晰时是否允许（或有必要）追溯立法意图（*legislative intent*），这个争论不应当与关于成文法目的（*purpose*）的论证相混淆。立法者（或与他们承担相同功能的人）拥有意图，而成文法可以拥有目的，

① 英国传统实践不容许去考虑真实的议会论辩记录，即使是法院试图去确定议会的意图时。这种实践的部分理由在于，只有成文法本身才是权威性的（参见 *Black-Clawson v. Papierwerke Waldhof-Ashaffenburg*, [1975] A.C. 591），部分理由在于，议会论辩的记录被认为是对真实意图不可靠的指引（参见 *Davis v. Johnson*, [1979] A.C. 264 [H.L.]），还有部分理由则在于担心鼓励去查找很难找到的立法记录会增加诉讼的成本（参见 *William Twining & David Miers, How to Do Things with Rules* 291 [4th ed., 1999]）。对立法材料的排斥在 *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593 (H.L.) 一案中所有缓和，但相比于美国目前的情况，英国的实践大体上仍然更不愿意接受对这类材料的运用。

② 当代最具影响力的文本主义者是斯卡利亚大法官。除了 *Scalia, A Matter of Interpretation*, note 9 *supra* 之外，例如还可参见 *Johnson v. United States*, 529 U.S. 694, 715 (2000)（斯卡利亚持反对意见）；*Holloway v. United States*, 526 U.S. 1, 19 (1999)（斯卡利亚持反对意见）；*Bank One Chicago v. Midwest Bank & Trust Co.*, 516 U.S. 264 (1996)（斯卡利亚持协同意见）；*Green v. Bock Laundry Machine Co.*, 490 U.S. 504, 527 (1989)（斯卡利亚在判决中持协同意见）。也可参见 *Frank H. Easterbrook, "Textualism and the Dead Hand"*, 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1119 (1998)；*Frank H. Easterbrook, "Statutes' Domains"*, 50 *U. Chi. L. Rev.* 533 (1983)；*Manning, "The Absurdity Doctrine"*, note 9 *supra*；*John F. Manning, "Textualism and the Equity of the Statute"*, 101 *Colum. L. Rev.* 1 (2001)。

通常可以通过成文法本身的语词来确定成文法的目的。^①当然，成文法有时会说它的目的是什么，这种现象被卡尔·卢埃林描述（和赞扬）为响亮的理由（*singing reason*），这一术语用来指那些不仅拥有目的而且大声清晰地宣告出这一目的的制定法。^②但是，即使成文法的目的没有明确表述在成文法的文本本身之中，通常我们也能够有充分的信心，仅凭成文法语言的各个部分就推断出成文法的目的。一个规则，如果禁止机动车、乐器、收音机和扩音器进入公园，就基本可以断定它的目的在于防止噪音，因而我们能运用这一规则来禁止载有汽笛风琴的汽车，但不能禁止自行车或童车（进入公园）。但假如一个规则禁止的是机动车与篝火，我们就可以根据这个二合一的禁令来断定，这条规则的目的在于减少污染，因而在某些边缘情形中不会造成污染的机动车——如滑板车和自行车——就可能会被容许（进入公园），而会造成污染的边缘情形——例如以燃料为动力的模型船和模型飞机——就会被制止（进入公园）。

容许运用哪些渊源来补充不确定的成文法，对这一问题存在广泛的争论。我们已经对政策、立法意图和成文法目的进行了概览，它们是可选择补充形式，当然我们还可以加上广义上的正义——当成文法语词没有提供清楚的答案时，这些是法官在决定该怎么做和求助于什么时会去查找的目标清单。法哲学家罗纳德·德沃金的观点最为醒目，他认为，法官在这类案件中必须设法来解释成文法，使得它与其他成文法、发布的案例、宪

① 参见 Felix Frankfurter, "Some Remarks on the Reading of Statutes", 47 *Colum. L. Rev.* 527 (1947); Max Rabin, "Statutory Interpretation", 43 *Harv. L. Rev.* 863 (1930)。也可参见 *Richards v. United States*, 369 U.S. 1, 9 (1962)。

② Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 183 (1960)。也可参见 Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* 189 (1931)。卢埃林同样将响亮的理由看作是司法意见与成文法的美德。Karl N. Llewellyn, "The Status of the Rule of Judicial Precedent", 14 *U. Cinc. L. Rev.* 203, 217 (1940)。

法、广泛的法律原则、同样广泛的政治和道德原则以及法律无缝之网中的所有其他构成要素最相“適切”。^①但当我们将这些方面加入这一清单时，通览清单也仅仅是让我们了解到当法规不清晰时可能产生各种争议以及在这种案件中法官可以诉诸各种渊源。问题只在于，成文法在语言上通常是不清晰的（无论是有意如此还是偶然的产物），虽然在这类案件中关于法官应该如何行为争议很大，但并不存在关于法官是否必须去别处（寻找依据）的争议，因为在这类案件中，没有来自于别处的某种依据作补充，再怎么从一部模糊或有歧义的成文法之不确定的语言出发也找不到答案。

在我们离开不确定的成文法这一主题之前，区分两种类型的不确定性是有意义的。一类是模糊^②或不精确的成文法，它本身基本上没有提供答案。一部成文法规定，在涉及孩子抚养权之争的案件中，应当以促进“孩子的最佳利益”的方式来安置他们，就像许多州的家庭关系法所明文规定的那样。这部成文法的规制标准是模糊的，这要求运用司法裁量权或至少在某种程度上求助于目的、意图、正义、平等或其他东西。由于模糊性的规制标准广泛存在，基本上在每个有争议的案件中，都要求采取这种求助于语词之外的某种东西的做法。调整“有危害的”产品或“危

^① Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977). 实际上，德沃金坚持认为，即使当最直接可用的成文法的语言看上去是清楚的时候，法官也在（也应当）寻求这种適切性，但他的观点是否正确是一个法理学上持续不断的争议点。参见 Frederick Schauer, "The Limited Domain of the Law", 70 *Va. L. Rev.* 1909 (2004); Frederick Schauer, "Constitutional Invocations", 65 *Ford. L. Rev.* 1295 (1997)。

^② 在法律文献中，一部在某种适用情形中不清晰的成文法有时被称作“有歧义的”，但对于这一现象来说它是种误用。一个语词，只有能容纳两种（或更多）完全不同的意义，它才是有歧义的，例如我们无法确定“bank”一词指的是河岸还是我们存钱的地方，或者“vessel”指的是某种我们注入水的东西（容器）还是某个漂在水上的东西（船舶），但这几乎不属于成文法解释的问题。在解释成文法或其他法律文本时，问题经常在于语词没有清晰的意义，而不是拥有这个或那个清晰的意义。对于这一法律现象来说，正确的称呼是“模糊”而不是“歧义”。

险的”动物的法律同样如此。我们可能十分确定，链锯是有危害的而响尾蛇是危险的，但对于大多数可能适用的情形来说，这两个语词本身需要用别的东西进行补充，这恰恰是因为这两个语词被用于法律时具有语言上的不精确性。

然而，在其他时候，看上去精确的语词以及对于大多数适用情形来说确实是精确的语词，在某些特殊的适用情境中会变得不精确。哈特的假定是，“机动车”是个相当精确的术语，因而在大多数适用情形中，都可以相对轻松地得出结论说，它们是或者不是机动车。只有当面对某个不寻常的适用情形——滑轮鞋、自行车或玩具汽车——时，任何术语潜在的模糊性——它的开放结构^①——才会浮出水面。所以，虽然将反欺诈法（它规定，只有书面形式的合同才有效力）适用于涉及土地的交易可能看上去相当精确，虽然对于大多数适用情形来说它都是精确的，但如果合同涉及的是出售或租赁空气权或海滩通行权时，它就不那么精确了。这类情形处于“土地”这一术语的模糊边缘，在这里，就像普遍不确定的成文法一样，求助于语词本身之外的某些东西对于解决争议问题来说就是必要的。

因此，成文法语言上的不确定性可能导致成文法的普遍模糊性的结果，也可能导致案件突然出现在通常精确的成文法的模糊边缘的结果。这两种现象是不同的，但在两种情形中，文本本身都无法单独起作用。有争议的是，在这类情形中应该求助于什么——例如立法意图、成文法的目的、好的政策、经济效益、道德原则、与同一部成文法其他部分的一致性或特殊

^① 哈特用“开放结构”这一术语来指，一部清晰的成文法在某些适用情形中可能会变得不确定。哈特这一术语的来源参见 Friedrich Waismann, “Verifiability”, in *Logic and Language: First Series* 117 (A. G. N. Flew ed., 1951)。值得强调的是，“开放结构”与模糊性并不相同，它毋宁是任何语言的特征，即使是最精确的语言在未被预见的适用情形中也会变得模糊。开放结构不等于模糊性，而毋宁是无所不在的模糊性的可能性。

案件的衡平等——来解决问题，但成文法解释之所以存在这种多样性，恰恰是因为，在一个远比生硬的成文法语言表达更复杂的世界中，语言是无法预见到所有可能的场景的。

8.4 文本提供糟糕的答案时怎么办

尽管成文法解释的许多情形都产生于成文法不确定——无论是在一般意义上还是在某个特殊的潜在适用情形中——的时候，但另有一类完全不同的情形。在这类情形中，语词确实给出了答案，但这个答案看起来是不能接受的。在极端情形中，语词给出的答案简直就是荒谬的。当富勒举出他那两个例子，即被用作战争纪念物的机动车和在等火车时睡着的商人时，他就是这个意思；当普芬道夫举出他的例子，即抠字眼地适用一部预防决斗的法律去逮捕那位外科医生时，他说的也是这个意思；这同样是那些反对最高法院关于洛克案之判决的人的主要论点。^①这种主张认为，法律的本质在于它的合理性，出于这一理由，坚持从字面意义上来适用一部产生荒谬或明显不合理结果的成文法本身就是荒谬的。在这些情形中，不应该将文本奉为圭臬和终极目标，因为这与法律作为对人类行为合理规制的基本性质严重不符。

然而，就像最高法院关于洛克案的判决所显示的，这个主张还有另外一面。这一面向部分地认为，允许语词在似乎会产生荒谬结果的情形中作出让步，就会开启通往万劫不复之地的道路，因为即使（结果）荒谬，

^① 参见 Richard A. Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", 37 *Case West. Res. L. Rev.* 179 (1986)。

通常也只是在旁观者看来是荒谬的。^①从这一角度来说,问题不在于,驳回洛克的土地申请权、对普芬道夫例子中的那位外科医生进行追诉或者将富勒例子中的那位疲倦的商人赶出火车站荒不荒谬,而在于,是不是任何人——包括法官——都有权来决定,某种适用情形荒不荒谬,以及什么时候是荒谬的。法治的观念教导我们,要对与形式法律之治——就像传统上所描述的,它是法律的统治而非人的统治——相对立的人治保持警惕,因而在极端情形中,我们并不放心让哪怕是法院来决定什么是荒谬的。这说明,遵从成文法语词的行为本身终究可能并不是什么荒谬的事。^②

即使成文法的文义明显荒谬也不规避它,这尽管是合理的态度,但这种态度在现实中并没有被贯彻。在英格兰法中,成文法解释的“黄金规则”(Golden Rule)一再被提及,它意味着,文本的表面意义将起支配作用,除非出现荒谬的情形。^③在美国,即使是那些最固执地主张文本具有极端重要性的人也承认(即使有时并不情愿),所谓的文本主义在明显荒谬或

① 例如参见 John L. Manning, "The Absurdity Doctrine", 116 *Harv. L. Rev.* 2387 (2003); Frederick Schauer, "The Practice and Problems of Plain Meaning", 45 *Vand. L. Rev.* 715 (1992)。

② 在一篇题为《洞穴奇案》[62 *Harv. L. Rev.* 616 (1949)] 的迷人而不朽的论文中,朗·富勒证明,直接适用法律有时会产生不正当的结果,此时有许多应对的方式。这篇文章诞生于他与哈特论战之前数年。在富勒的例子中,一组探险队员被困山洞,他们面临一个与真实的案件即 *R. v. Dudley & Stephens*, L.R. 14 Q.B.D. 273 (1894) 中遭遇海难的水手类似的问题,即以类似的方式去吃掉其中一个成员,以便让其他人活下去。在富勒的故事中,幸存者获救之后被提起诉讼,他们提出了一系列抗辩理由,而每种理由都得到了坐在审判席上的一位法官的支持。最有趣的是,富勒承认可能存在数种不同的方式来避免得出不正当的结论。一种是以与其显著的意义相反的方式来解释成文法。但还有其他方式,包括主张他们的行为违法但施加最低限度的惩罚,主张他们的行为违法但拒绝执行法律,施加惩罚但同时敦请行政首长赦免罪犯。

③ 参见 *Grey v. Pearson*, (1857) H.L.Cas. 61; William Twining & David Miers, *How to Do Things with Rules* 279-83 (4th ed., 1999); M.D.A. Freeman, "The Modern English Approach to Statutory Construction", in *Legislation and the Courts* 2 (M.D.A. Freeman ed., 1997)。

存在十分清楚的编辑错误时也容许存在例外。^①

除了荒谬的情形外，总是将文本视为（几乎）具有优先性，支持这种观点的论据并不限于法治的价值，即要对个别决策者（即使他们是法官）的裁量权保持警惕。正如前文已简要提及的，或许更为重要的论据是民主本身。当立法机关制定成文法时，它制定出来的是一套语词，并没有对话词之外的目的、目标或背后的正当化依据进行表决。它当然也没有对个别立法者通过言语或书面表述出来的意图进行表决。实际上，有时不同立法者的心中很可能有不同的意图或目的，被制定的语词可能代表着怀有不同目标和不同计划的立法者之间的妥协。民主论据主张，将立法机关的表述视为具有优先性，就是尊重了立法机关的民主起源。但事情总有另外一面，现在就让我们来看看它。

论证的另一面与富勒－哈特论战中的富勒一方有着紧密关联，它将成文法看作理性的显现、集体立法意图的表达以及拥有要旨或目的的法律作品。虽然理性、意图和目的是三件不同的事，但它们的共同之处在于都赞成这种观点：法官的任务在于努力从成文法中获得意义，而不只是以一种可笑的方式去盲从它的语词。是的，从成文法中获得意义的权力的确可能被滥用，但我们不应当忘记斯托里大法官（Justice Story）在马丁诉亨特的承租人案（*Martin v. Hunter's Lessee*）中的告诫：“因为存在被滥用的可能，就反对运用某种权力或不允许它存在，这通常是可疑的思路。”^②所以，这一主张认为，虽然可能在某些决策情境中，有时荒谬的结论——容许对科比进行追诉或驳回洛克的主张——所带来的后果要比授权法官去决定哪些结果是荒谬的，哪些不是所带来的后果要轻微，但前者也可能比后者要严

^① 有时被称为“文书错误”（scrivener's error）。参见 *City of Chicago v. Environmental Defense Fund*, 511 U.S. 328 337 n.3（斯卡利亚持协同意见）。

^② *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816)。

重，此时就没有理由怀着幽暗的心理去看待司法权。假如如此，那么可能在许多情境中，都可以也应当授权法官在理性引导下来解释成文法，并允许他们去决定哪些解释是不合理的，哪些是合理的。在这些情境中，法官就有权这么做：试图猜测在这些情境中立法者会希望怎么做，并尝试去理解，从而推进成文法的基本目的。

假如后面这种观点盛行开来，法官就被信赖去追求理性，即使他们有时会犯错误。最好将对成文法的字面解释理解为是可废止的 (*defeasible*)，我们在第 6 章讨论普通法的方法时已经碰到过这个术语了。这个术语一开始来自财产法，现在则频繁出现在法理学的著述中，^① 它的意思是，在某些情境中，一个规则、原则或法律所指示的结论可以被推翻。所以在成文法解释的语境中，它的观点是，字面解释依然是标准情形，依然是首要的方法。但是，不仅当字面解释荒谬时，而且当字面解释会产生与常识不符、与可能的立法意图不符或与成文法的目的不符的结论时，法官可以基于获得最合理的结果这一目的而偏离字面意义。

相同的观念可以用术语“推定 (*Presumption*)”来表述。法官通常以文本为出发点，他们推定文本所说的就是成文法的意义。^② 但就像许多其他推定一样，这种推定是可驳斥的。推定的作用在于转移论证负担，但人们仍有可能主张不应该去遵从文本，因为这么做可能会背离成文法的目的或立法者的意图，或者产生荒谬或不合理的结果。要进行这些论证绝非易事。反对文本的清晰语词（重要的是要记住，我们在这里假定文本的确拥有清晰的意义或字面意义）绝不轻松，某些时候就像是在逆流而上。但在

① 例如参见 D. Neil MacCormick, “Defeasibility in Law and Logic”, in *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning* 99 (Zenon Bankowski, Ian White & Ulrike Hahn eds., 1995); Richard H. S. Tur, “Defeasibilism”, 21 *Ox. J. Legal Stud.* 355 (2001)。

② 例如参见 *Crooks v. Harrelson*, 282 U.S. 55, 60 (1930)。关于推定的一般论述参见第 12 章。

许多法律体系中，或许尤其在美国法律体系中，^① 这类论证是可能的，实际上也常常会胜出。所以，虽然忽视这一点——成文法文本的直白意义在很大程度上是成文法解释的决定性要素——是错的，但忽略这样一个重要事实同样是错的：即使文本构成了出发点，它通常也不构成终结点，最终确定的成文法意义并不总是与成文法所包含的语词、短语或句子的意义相同。

8.5 成文法阐释的规准

通常来说，成文法并不像本章所举的这些例子那样简单。现代成文法并不只是简单地禁止机动车驶入公园或禁止妨碍信件邮递，它们是复杂的事物，拥有众多的章、节、条、款，也有对术语的定义，这些定义通常与所谓的主体章节（operative sections）本身一样重要，甚至更加重要。例如，1933 年的证券法案规定，证券发行人在向公众发售证券之前必须要在证券交易委员会登记发售。但是，虽然主体章节的第五节包含着登记的要求，但整部成文法中几乎所有的“活动”都包含在定义之中，因为这里是决定了什么是证券，哪些发售行为可以免除（登记的义务），哪些不行，什么时候可以走简易登记程序。法律人如果不理解成文法定义之间复杂的关系，就压根无法理解成文法是如何运作的。

因此，1933 年的证券法案呈现出了解释的复杂性，这是因为它本就是复杂的，因而要求（人们去）仔细地认真地阅读（法律文本），这种阅读与良好的法律思维有关。但有时即使在非常认真地阅读之后也还不是那么清楚，一部成文法的语词究竟意味着什么，这不是因为（语词）模糊或有歧

^① 参见 Patrick S. Atiyah & Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions* (1987)。

义。为了使这样一部成文法有意义，经年以来人们发展出了一系列成文法解释的规准 (canons)，它们的作用在于指引我们来确定，如何对即使看上去精确和清晰的成文法语词进行解释。

有关成文法解释的规准的文献汗牛充栋，在这里，对这些问题——它们包括哪些，它们如何操作等——做一番哪怕是浅尝辄止的探讨也是不可能的。正如我们在第7章中看到的，它们也曾被嘲讽过，尤其是卡尔·卢埃林。假如许多成文法解释的规准基本上总是能用来支持相互竞争的解释的任何一方，那么这些规准到头来就不外乎是对出于其他理由所作论证的补充而已，这样一来它们就完全丧失了提供指引的功能，而这却正是它们一开始打算要实现的目标。

尽管如此，在这里简单感受一下规准都是什么或许不无裨益。例如来考虑这一规准（格言）：*expressio unius est exclusio alterius*（大多数规准都有拉丁文表述，这可以追溯到这样一个时代，那时自如运用拉丁文被认为是内行法律人的标志）。这个规准翻译过来是“明示其一即排除其余”，它的意思是，没有表达出来的东西要被理解为排除在外的东西。而对许多人来说这只是常识。再次来考虑禁止机动车驶入公园这个规则。假设能够确定，规则的目的在于维系安宁的氛围，因而人们可以放松身心而不受机动车噪音和潜在危险的干扰。再假设出现了这样一个问题：是否禁止在公园里举办摇滚演唱会。它产生的分贝当然很大，有时也会造成危险，通常会干扰那些不想参与者的宁静安详的心境。但那条规则禁止的只是机动车而已，不管我们怎么理解摇滚演唱会，它也不可能是机动车。所以结论就是，明确禁止机动车（驶入公园）应当被理解为几乎同样明确地不禁止（在公园举办）摇滚演唱会。

这个例子是虚构的，但真实的例子并不罕见。因为《联邦民事诉讼程序规则》第9(b)条要求针对欺诈或过失的指控进行详细答辩，假如适

用前述“明示其一”的格言，就会认为对其他任何主张都不需要进行详细答辩。^①类似地，根据美国宪法条1条商业性条款的授权，国会有时明确预先制止（阻止）州对同一对象进行规制，这被某些人反复认为包含了这样的意思，即，如果不存在明确的预先制止，就被看作是允许州作出并行规制。^②因为国会为公司和个人创设了一项针对《濒危灭绝物种保护法》（Endangered Species Act）的“困难”豁免权，所以有人认为，国会明确赋予公司和个人困难豁免权要被理解为，排除政府享有任何这类困难豁免权。^③

“明示其一”的格言只是成文法解释的规准之一，还有海量的其他规准。“相同种类”（*ejusdem generis*）规准要求，成文法列举式规定中的开放式术语（或其等同物）要被解释为只包含与列举出来的那些对象相类似的对象。根据这一准则，一个要求政府对“水果、蔬菜、粮食和其他产品”进行检验的成文法条款应被理解为，“其他产品”只包含食品，不包括机动车或电视机。因而在电器商城公司诉亚当斯案（*Circuit City Stores Inc. v. Adams*）^④中，最高法院认为，《联邦仲裁法》的一个将此法案的一部分适用于“水手、铁路职工或任何其他从事外贸或州际贸易活动的工人”的条款应被解释为，只适用于运输工人，而不适用于所有从事州际或外贸活动的非运输工人。另一个被普遍运用的规准要求，不同成文法或同一成文法不同部分的条款要以同一方式（*in pari materia*）——合在一起——来解释，为的是产生一个融贯和内在一致的成文法体系。因此，法

① 例如参见 *Leathermann v. Tarrant County Narcotics Intelligence & Coordination Unit*, 507 U.S. 163, 168 (1993)。

② 例如参见 *Cipollone v. Liggett Group, Inc.* 505 U.S. 504, 517 (1992)。

③ *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153, 188 (1978)。

④ 532 U.S. 105 (2001)。

院将 1964 年《民权法案》(Civil Rights Act) 的反歧视条款、《美国残疾人法》(The Americans with Disabilities Act) 和《就业年龄歧视法》(Age Discrimination in Employment Act) 的司法管辖权和程序条款解释为统一的整体, 这是为了尽可能在各该成文法语言所能承载的范围内产生, 或者至少试图产生一个统一而一致的反歧视成文法框架。^①

对于本章和本书的目的来说, 没必要列出关于成文法解释规准的完整清单。刚才描述的那些规准已经让我们感受到它们是如何被操作的, 但卢埃林一针见血地指出, 有如此多的规准通常会指向相反的方向, 所以很难看出它们最终如何能对任何案件起到支配作用。但是, 这些规准确实从整体上说明, 即使是确定成文法的字面意义也不总是一个直截了当的过程。但它们同样说明, 不管运用什么技术, 成文法解释的过程通常始于对文本的仔细阅读, 并可能借助于诸如成文法解释规准这类解释手段来进行补充。所以, 虽然在极端情形中, 成文法解释的特征让人联想到纯粹的普通法发展历程, 但忽视了成文法的实际语言是如何构成分析(与成文法相关之)案件的起点的, 就忽视了现代法律体系的支配性特征。

^① 参见 *Jennings v. American Postal Workers Union*, 672 F.2d 712 (8th Cir. 1982)。

第9章

司法意见

9.1 司法意见的缘由与影响

普通法的典型特征在于司法意见 (judicial opinion) 占据着中心位置。当然这不是最重要的,但在普通法司法中几乎没有法律论证不去充分引证公布的法官意见的,也几乎没有司法意见不去援引其他司法意见的。思考普通法世界中的法律推理时,不考虑法官的书面意见是难以想象的。

尽管司法意见是现代普通法法律论证的普遍特征,书面司法意见所提供的“理性阐释”(reasoned elaboration)通常被说成是法律值得追求的特征之一,^①但是认为所有或者大多数法律结果都伴有对判决理由的书面陈述却是错的。我们不仅不希望作出裁定的陪审员为他们的决定提供理由,通常也禁止他们这么做。最高法院以完整的论证和意见 (full argument and opinion) 所作的判决在提交给它的数千个案件中只占很小的比例,^②而当它

① 参见 Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* 143-52 (William N. Eskridge, Jr. & Philip Frickey eds., 1994); G. Edward White, "The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change", 59 *Va. L. Rev.* 279 (1973)。

② 在2006年10月的开庭期,据精确统计,最高法院收到了8922件调卷令请求以及(极少的)其他形式的审查请求,在提交陈辩书和口头论证之后以完整意见的方式判决了其中的73件。"The Supreme Court, 2006 Term — The Statistics", 121 *Harv. L. Rev.* 436 (2007)。

拒绝受理其余案件时通常只是声明“驳回调卷令请求”。^① 一个逐渐增加的趋势是，那些案卷堆积如山但人手过少的上诉法院在判决许多案件时都不再附上意见，在判决许多其他案件时，出于当事人本身利益的考虑，它们只给出扼要的“不公开”意见。^② 在美国，尽管大多数法律论证并不发生在上诉法院，而是发生在初审法院，也就是由独任法官来对诉讼作出裁定的场合，但是绝大多数这类裁定并不附带理由，无论是书面的还是其他形式的。

然而，即便书面司法意见只占美国法官所作判决的很小一部分，但它们的重要性却不可被低估。司法意见勾勒着法律论证，也在很大程度上构造着法律。在普通法国家中，对律师及其客户来说，法律是什么这个问题主要是由司法意见来告知的。因而，司法意见不仅对于有争议的案件来说很重要，同样重要的是，它能指引我们意识到，某个争议是否值得起诉，在初审败诉后是否值得上诉。但司法意见本身是什么，我们要如何来理解它呢？

例如在美国（通常不在英国），上诉的意见就是法庭的意见，它代表着听审的大多数法官的观点。有时存在协同意见（concurring opinion），这意味着法官赞同多数意见（majority opinion），但想对多数法官所说的观点进行更精致化的处理。通常也存在反对意见（dissenting opinion）。在最高法院，我们经常看到“与裁判协同的”意见（opinions “concurring in the judgment”），这意味着大法官赞同结论，但他的理由不同于大多数法

① 一个存在已久的惯例是，最高法院对调卷令的驳回不应被理解为说明了下级法院所作判决的优劣，所以不能被引证为任何案件的先例。Teague v. Lane, 489 U.S. 288, 296 (1989). 报刊通常将驳回调卷令报道为“赞成”下级法院的判决，驳回调卷令确实具有让下级法院判决生效的实际效果，但在法律体系中它并不允许被推断为赞成。

② 对这一现象更为广泛的考虑和分析，参见前文 4.4 节。

官，因而拒绝加入多数意见。偶尔也可能并没有在单个意见上形成绝对的多数，在这种情形中压根不存在多数意见，此时裁判通常将根据简单多数意见（*plurality opinion*）来宣告。但通常情形中在美国存在多数意见，它也被称为法庭的意见（*opinion of the court*）。值得注意的是，这与英国的实践形成了对比。在英国，传统上每位听审的法官都要发表他/她自己的意见，而一直以来律师和法官的一项（有些困难的）任务在于，在未来的案件中法官个人单列的意见拼接为判决理由（即大多数法官赞同的理由）。

在美国，通常由于存在单一的多数意见而使得法律人的任务大为减轻。司法意见是个奇妙的东西，这不只是因为它并不具备单一的标准形式。司法意见通常是法官对于他/她得出某个结论的推理的说明。这种意见包含充分的案件事实，为的是使读者或嗣后的法院能够理解案件的语境，必要时能将它区别于其他案件。并不是所有事实都需要被描述出来，所以一个合理的推断是，法院所陈述的大部分事实在法律上都是重要的。当然，也有一些事实——相关日期、双方当事人的姓名等——只是为了说明特定语境和识别案件，而不具有法律上的相关性。在陈述事实之后，法院接着会描述案件的诉讼历程，说明在下级法院中所发生的事，案件是如何到达上诉审的，目前在上诉审中涉及的争点是什么。接着，司法意见会陈述和说明法院所主张的相关法律是什么，将这个法律适用于这一案件的特殊事实，并宣判结果。^①

这固然很好，但现在开始出现问题了。一个主要的问题是，司法意见是否应该诚实。看起来答案很明显是肯定的，但事实上关于司法坦诚

^① 参见 John Leubsdorf, "The Structure of Judicial Opinions", 86 *Minn. L. Rev.* 447 (2001); John J. O'Connell, "A Dissentation on Judicial Opinions", 23 *Temple L. Q.* 13 (1949)。

性 (*candor*) 的争议恰好提出了这一问题。^① 支持坦诚性的论据相当简单。毕竟, 在民主国家, 公共官员 (包括法官在内) 在与他们的选民进行对话时应当诚实和坦率, 这一点在今天几乎不需要多加论证。然而, 虽然诚实或坦诚性或许是我们默认的立场, 但反对坦诚性的论据也很吸引人。它们当然不是支持或强迫法官去撒谎。但它们将某个司法结论的动机 (*motivation*) 或历史与它的书面证立 (*justification*) 进行了区分。正如法律现实主义者 (见第 7 章) 所认为的, 某个司法判决事实上的动机——法官事实上如何得出, 为何得出她所得出的那个结论——通常不同于法官嗣后是如何对判决进行说明、证立或理性化的。^② 即便我们将现实主义的这幅粗俗讽刺画——“法官早餐时吃了些什么”——搁在一边, 也不能否认现实主义观点的核心信条在于: 很可能像大多数人大多数时候会做的那样,^③ 法官以一种近乎直觉和整体的方式——某些人喜欢使用“格式塔” (*Gestalt*) 这个迷人的词汇——来发现某个她所偏好的结论, 之后, 也只有之后她才会寻找法律上的正当化依据去支持那个结论。根据这个观点, 法官的第一印象是一种瞬间的理解, 随后发生的大多是支持一开始就产生的那种瞬间理解的尝试。但即使是现实主义者——例如卢埃林, 他相信规则

① 参见 Scott Altman, “Beyond Candor”, 89 *Mich. L. Rev.* 296 (1990); Micah Schwarzman, “Judicial Sincerity”, 94 *Va. L. Rev.* 1276 (2008); David Shapiro, “In Defense of Judicial Candor”, 100 *Harv. L. Rev.* 731 (1987); Michael L. Wells, “‘Sociological’ Legitimacy in Supreme Court Opinions”, 64 *Wash. & Lee L. Rev.* 1011 (2007); Nicholas S. Zeppos, “Judicial Candors and Statutory Interpretation”, 78 *Geo. L. J.* 353 (1989)。

② “现实主义的核心是关于法官如何判决案件的描述性主张, 即, 在确定事实之后, 法官再对根据其他原因得出的判决进行理性化。” Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence* 16 (2007)。

③ 关于这一点在道德决策语境中的情形, 参见 Jonathan Haidt, “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”, 108 *Psych. Rev.* 814 (2001)。最近对于更宽泛的心理学文献的概览, 参见 Jonathan St. B. T. Evans, “Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition”, 59 *Ann. Rev. Psych.* 255 (2008)。

具有指引判决的能力，尽管他说的规则并不是人们可以在法律典籍中找到的那种“纸上的规则”——也相信，法官通常要依据规则来证立他们的结论，而这些规则有待在法律规则的汇编中被找到。因此，即使是从最温和、最不激进的现实主义者的观点出发，我们也会看到这样的观点：对司法结论的说明基本不是去复现导致法官得出她所获得的结论的过程，而是事后对法律规则、先例以及其他法律教义渊源的考量，这些渊源是用来支持而不是促发那个结论的。实际上，看起来持非现实主义观点的法官都在频繁谈论“无需详述”^①的判决，这说明，关于正确结论的法感先于为它寻找正式法律支持的司法尝试，这是主流观点而不是激进的观点。事实上，司法意见（的任务）很大程度上是为某个基于非法律或准法律根据获得的判决提供最强有力的法律支持，这是个被普遍认可但备受争议的观念，但是，司法意见很大程度上涉及如何使得作为选择和裁量产物的判决看上去像是早前案件和其他法律材料所导致的必然结果，这就远远不只是被普遍认可观念了——几乎可以肯定，它是惯用的智慧。^②

一旦我们理解，撰写司法意见是一种为判决（它通常包含正式法律之外的要素，例如正义、效率、英明的政策，甚至是同情或怜悯）提供法律支持的实践，我们就会明白，许多（甚至是大部分）司法意见并不是完全坦诚的。它们输入的语言是法律的或基于规则的动机或强制，但它们的目标在于为判决提供支持或正当化依据，这些判决是基于并不相同的理由而获得的。或许改变这一情形会是件好事。或许司法意见应该精确描述法官

① 参见 Frank Coffin, *The Ways of a Judge: Reflections from the Federal Appellate Bench* 57 (1980); Richard A. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform* 106-11 (1985); Patricia M. Wald, "The Rhetoric of Result and Results of Rhetoric", 62 *U. Chi. L. Rev.* 1371, 1375 (1995)。也可见第4章。

② 参见 S. F. C. Milson, *A Natural History of the Common Law* 107 (2003); Richard A. Posner, *Overcoming Law* 245 (1995); Richard A. Posner, "Judges' Writing Style (And Do They Matter?)" , 62 *U. Chi. L. Rev.* 1421 (1995)。

实际上是如何得出判决的。但只要将司法意见作为对决策过程精确复现的观念仍然是一种愿望而不是现实，所谓司法坦诚性很重要这种说法在很大程度上就最终只是夸大其词。

9.2 提供理由（说理）

我们已经看到，在法律中，提供（而非拥有）理由的活动并不像通常所主张的那样普遍。有时法官或法庭并不提供理由，因为这么做在实践中没有效率或者不可能。最高法院每年拒绝复审的案件数以千计，我们不可能期望它为每个案件都提供不受理的理由。对于在审判中裁定不采纳证词的初审法官，以及必须裁定大量通常十分寻常的审前动议的法官来说，情形大体相同。法官直接宣告“同意（sustained）”、“推翻（overruled）”或“否决动议（motion denied）”，在现实的法律实践中是常见之事。假如法官要为每个判决提供理由，即使是口头说明，审判过程也将停滞下来。我们不要求陪审团为他们的裁决提供理由，这不仅是因为试图让那十二个人在得出裁决时就共同的理由达成一致很困难（也很没效率），而且因为陪审团决策的理论就像民主制中秘密投票的理论那样，通常要避免对陪审团为何作出某个决定进行外部评价（除非有可信的理由相信，陪审团有渎职行为）。

但是，对典型的上诉意见以及初审法院的许多实质性裁定来说，法官的确为他们的判决提供理由，值得考虑的恰恰是，当他们这么做时究竟是在做什么。我们从这个论点开始：理由几乎总是要比理由所支持的结论或判决更具有一般性，也就是说范围更广。假如你问某人他为什么带伞，他回答说，因为天气预报有雨，那么这里潜台词是，无论何时当天气预报有雨时他都会带伞——不仅是今天，而是天气预报有雨的所有场合。假如一

个外科医生说，因为病人胆固醇高所以她开了一种抑制类药物，那么她的意思就是，不仅在当下这个高胆固醇病例中有理由（有时它的分量会被其他相反的理由所超过）开抑制类药物，而且在所有类似的高胆固醇病例中都有理由这么做。

司法意见的说理与此十分类似。当最高法院在布朗诉教育委员会案^①根据第十四修正案判决认定实施种族隔离政策的学校违宪时，指出“隔离但平等即内在不平等”，它宣告的不仅是堪萨斯州托皮卡市实施隔离但（表面上）平等政策的公立学校违宪，而是所有实施隔离但（表面上）平等政策的公立学校都是违宪的。类似地，当加利福尼亚州最高法院在奈特诉凯撒公司案^②（*Knight v. Kaiser Co.*）中拒绝原告的主张，即致使他儿子死亡的沙堆是“诱人的公害”（attractive nuisance）时，它是通过说明为什么一般而言沙堆——所有的沙堆而不仅是使得原告的儿子窒息而死的那个沙堆——不能被认为是诱人的公害来支持其结论。

因此，当法院为其判决提供理由时，它提供了一个比那个判决必然要更宽泛的正当化依据，相应地，它实际上宣告了一个比判决本身更具有一般性的规则（或者原则、标准、规范或准则）。为一个特殊的案件提供理由，恰恰要超越那个案件本身的特殊性。实际上，当法院试图使一个规则或原则正当化时，它的操作方法具有相同的结构。就像为某个结论提供理由通常会将那个结论带到更高的一般性程度层面上，为一个理由提供理由——或者为一个规则或原则提供理由——同样如此。当最高法院在格里斯沃尔德诉康涅狄格州案^③中推翻了康涅狄格州禁止销售避孕药的法律时，它之所以推翻这部特殊的法律，是因为它代表着更广泛的禁止销售避孕药的法

① 347 U.S. 483 (1954) .

② 312 P.2d 1089 (Cal. 1957) .

③ 381 U.S. 479 (1965) .

律。最高法院最终认为，所有这类限制避孕药销售的法律都是违宪的，理由在于，这类法律是对隐私的限制。因而对于最高法院来说，所有限制隐私的法律都有违宪的嫌疑，都需要通过这种方式才能被正当化，即说明，容许它们通过是因为存在重大的利益。因此，在提供理由来说明为什么禁止销售避孕药的法律违宪时，法院提供了一个比本案中的结论更为宽泛的理由，这个理由甚至要比它所正当化的规则都要宽泛。所以，就像随后大量案件所证明的，^① 法院将隐私权当作对结论——它涉及限制避孕药销售的合宪性问题——进行正当化的依据，这意味着自此以后，隐私权可以被当作支持压根不涉及避孕药的案件结论的正当理由。

理由具有一般性的重要结果是，为某个决定提供理由的人（或法院）通常会在未来的场合恪守那个理由。假如我告诉一位朋友，我捐钱给乐施会（Oxfam）^② 是因为它向非洲的贫困儿童提供食物，那么不会让人感到惊讶的是，我的朋友会接着问我是否会捐钱给他自己开的一家宠物慈善机构，因为它同样向非洲贫困儿童提供食物。我可能会在这里作出区分——这两个组织在其他某些方面可能有所不同，或者我也许恰好缺钱——但在第一种“情形”中提供理由之后，至少可以假定我将在随后的情形中决心遵从它。因此，在法律领域，当法院为某个判决提供理由时，我们就会希望它在随后的案件——它们落入了法院在先前场合中所表述理由的范围内——中去遵从那个理由。说某个判决“不可原则化”（unprincipled），通常意味着，法院为某个判决提供了一个理由来作为理由，但事实上法院并不希望它在嗣后的案件中被遵从，因而这说明法院所给的理由并不是它十

① 最明显的是 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)。

② 乐施会于1942年在英国牛津郡成立，原名 Oxford Committee for Famine Relief，最初组成的目的是在“二战”运送食粮到被同盟国封锁的德国纳粹党占领区希腊。现由十三个独立运作的乐施会成员会组成，是一个具有国际影响力的发展和救援组织的联盟——译注。

分严肃对待的真正理由。^①对这一现象频繁讨论的一个例子是最高法院关于谢丽诉克雷默案 (*Shelley v. Kraemer*)^② 的判决, 它宣告因种族原因施加限制的不动产契约是无效的。法院最终认为, 因种族原因对“私人”事务施加限制的契约实际上是国家行为 (state action), 是为了实现宪法第十四修正案对国家行为施加的要求。无论何时, 当国家通过法律和法院来强制实施私人行为时, 私人间的歧视就变成了国家行为。但是, 法院并不希望嗣后案件去遵从它在谢丽案中提供的理由。不足为奇的是, 例如法院并不希望将国家有责任实施遗嘱、合同或反抗侵入权的所有场合都等同于国家行为, 即使这些遗嘱或合同包含了因种族原因施加限制的条款, 或者即使驱除侵入者的理由在于种族仇恨。^③相反, 当奥康纳大法官 (Justice O' Connor) 在纽约诉美国案 (*New York v. United States*)^④ 中代表最高法院, 根据宪法第十修正案执笔宣告一部要求各州以某个特定方式规制放射性废料的联邦法律无效时, 她说, “联邦政府不能强迫各州去制定或执行某个联邦规制计划。”当这样做时, 它是促使法院去承诺这样一个主张, 即任何强迫各州执行联邦规制计划的法律至少都被假定是违宪的。但这里并不存在证据说, 法院不愿意在嗣后案件中认真对待它在此案中提供的理

① 参见 M. P. Golding, “Principled Decision-making and the Supreme Court”, 63 *Colum. L. Rev.* 35 (1963); Kent Greenawalt, “The Enduring Significance of Neutral Principles”, 78 *Colum. L. Rev.* 982 (1978)。

② 334 U.S. 1 (1948)。

③ 因此, 法院在涉及因种族原因施加限制的政府补助和信托的案件 (例如 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 [1966]) 中, 或在出于种族原因驱逐所谓静坐示威者而适用的国家反侵入法的案件 (*Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964); *Griffin v. Maryland*, 378 U.S. 130 (1964); *Peterson v. Greenville*, 373 U.S. 244 (1963)) 中, 刻意回避提及谢丽案或其推理。也没有任何暗示说法院乐意审理像 *Gorden v. Gorden*, 124 N.E.2d 228 (Mass. 1955) 这类案件, 在该案中, 州法院强制实施了一份书面遗嘱, 它规定, 立遗嘱人将遗产转移给受益人的前提是, 后者要与拥有“犹太信仰”的人结婚。

④ 505 U.S. 144 (1992)。

由，以及在此案中所作的承诺。

因此，当法院为它的判决提供理由时，这种理由为法院创造了一项承诺（commitment），也为那些试图用司法意见来指引自己行为的人创造了一种期待。当然，在嗣后案件中，这一承诺可能会受到攻击说，它仅仅是附带意见（对此参见章节 3.4 以及本章随后一节），但我们不能忽视，法院实际上所表述的在很大程度上对法律实践和法律论证有很大影响。当然，律师会主张说，现在应用一份先前意见用语的语境是不同的，他们也会坚持不懈地去对最开始应用这些用语的那些案件进行区分。当然，根据传统的解释，某个看上去起支配作用的早前判决所采用的明确表述并不具有拘束力。^①但在现实中，法院所运用的实际用语对于嗣后的场合来说并不是那么苍白无力的。如果有拘束力的司法意见中存在规则式的语言，或在这类意见中存在对某个法律原则的陈述，就至少转移了论证负担。律师如果想要否认这个法院或某个更高级别的法院先前所表述的效果，可能会竭力主张这些用语仅仅是附带意见，或早前案件的实际裁判依据并不是早前法院的用语所表述的，但在这种情形中，律师就要承担起说明或说服的负担，而直接指出相关的用语的律师却没有这种负担。语词事关重大，在法律和生活中都是如此。假如不得不去反对某个有拘束力或影响力的法院（尤其是目前正在处理他们所代理的案件的法院）在先前某个场合实际说出的观点，那么就很少有支持者会对这么做感到津津有味。

因此，当法院为它的判决提供理由时，可以想象它卷入了一个与许诺（promise）相似的社会实践。我们通常相信许诺会产生承诺，因为引导某人依赖某个主张，接着又食言并釜底抽薪地切除了这种依赖的基础，这么做是错误的。提供理由同样如此。提供理由诱使（我们对它产生）合理的

^① 参见 William Twining & David Miers, *How to Do Things with Rules* 313, 339 (4th ed., 1999)。

依赖，对于法院来说，这也创造出了一项表面的承诺，即依照它在先前场合中明确提供的理由来判决嗣后的案件。

假如法院在表面上或被假定在未来会恪守它现在提供的理由，假如这些理由（正如我们看到的）必然要比它们所支持的结论更宽泛或更具有一般性，那么为判决提供理由的法院就已决定了一系列未来案件的结论，虽然它现在并无法充分或精确地预测这些案件的事实细节。因此，当法院为判决提供理由时，它就限制了自己在未来的案件中的决定自由，而理由越宽泛，法院对其未来自由的限制度就越高。理解这一现象有助于我们来明白，为什么我们并不总是要求法律决策者为他们的决定提供理由，因为提供理由的美德必然会与接下来的决定灵活性的美德发生竞合。即使对于传统上被要求提供理由的法院来说，提供宽泛理由所带来的指引性和透明性这些好处也必然会与提供狭窄和特殊化理由的好处发生竞合，因为后者允许法院在面对不确定的未来时保持灵活性。^①因此，提供理由的司法实践（这一实践恰好位于司法意见观念的核心），即提供充分说明，所带来的益处并不是没有成本的。法院在为其做了什么和为什么这样做提供充分说明时很谨慎，它可能从不草率和懒惰，通常可能就是因为它理解了，它在今天所说的会在未来变成承诺。假如法院并不希望作出这种承诺，那么除了提供绝对必需的理由来说明它对于案件的处理办法，它就可能不愿意提供任何比这更宽泛的理由，因为它担心的是，它在这一案件中所做的事会对未来出现的其他案件造成比它所希望的更多的限制。

① 最高法院通常应该提供狭窄而非宽泛的理由，由此来限制其判决对于未来其他案件（无论是最高法院还是下级法院受理的案件）的影响，对此很有影响力的论证参见 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999)。相反的观点则强调，法院对案件作出判决时为下级法院和官员提供指引很重要，参见 Frederick Schauer, “Abandoning the Guidance Function: *Morse v. Frederick*”, 2006 Sup. Ct. Rev. 378; Frederick Schauer, “Opinions as Rules”, 62 *U. Chi. L. Rev.* 1455 (1995)。

9.3 再论判决依据与附带意见

前面的讨论在很多方面都与案件的判决依据（它与英国所称的判决理由只是粗略等同）和附带意见这一传统区分相联系，法院可能在发布（司法）意见的过程中同时提供它们。依据这一传统区分，案件的判决依据由支持案件结论来说是必要的东西构成。^①其他所有的东西都属于附带意见（*Obiter dicta*），或简称为意见（*dicta*），它们更容易在嗣后案件中被嗣后的法院不予考虑。传统上认为，先前案件或上级法院案件的判决依据是有拘束力的，但所有其他的——附带意见——则可以被正当地忽略掉。一本经典的英国法导论将这种传统观点表达如下：“（附带意见）只是稍带提及的，偶然的评论，它对于未来的法院没有拘束力，虽然它会因为法官的名望、法院的声望及它被宣告时的情境而得到尊重。”^②

比起过去，律师和法官现在对判决依据和附带意见谈论得比较少了，这种衰落趋势的产生可能有两个原因。首先，即使仅仅是所谓的附带意见，通常比起传统解释所带来的论证转移效果也要更多。如果最高法院明确支持一方当事人的陈述，那么在嗣后下级法院的案件中，甚至在嗣后最高法院自己处理的案件中，都随即会使得那方当事人在论证中占据上风，而只

^① 例如参见 *Diaz-Rodriguez v. Pep Boys Corp.*, 410 F.3d 56, 60 (1st Cir. 2005); *Cal. Pub. Employees Retirement Sys. V. WorldCom, Inc.*, 368 F.3d 86, 106 n.19 (2d Cir. 2004); *United States v. Johnson*, 256 F.3d 895, 919-21 (9th Cir. 2001) (全席判决) (Tashima, J. 持协同意见); Eugene Wambaugh, *The Study of Cases* 18 (2d ed., 1894)。当代关于判决依据与附带意见之间区分的一般性讨论，概括参见 Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, “Defining Dicta”, 57 *Stan. L. Rev.* 953 (2005); Michael C. Dorf, “Dicta and Article III”, 142 *U. Pa.L. Rev.* 1997 (2004); Note, “Implementing Brand X: What Counts as a Step One Holding?”, 119 *Harv. L. Rev.* 1532 (2006)。

^② Glanville Williams, *Learning the Law* 72 (10th ed., 1978)。

能主张陈述仅仅属于附带意见的律师则处于论证上不利的地位。其他法院的陈述同样如此。律师能够，也的确是在主张（司法）意见中的哪部分属于判决依据，哪部分又属于附带意见，但如果律师能够指出明确的语词，并依据具有权威性 or 影响力的法院已表述的观点来提出主张，就已经将他的对手掀倒了。

不仅附带意见具有这种实践效果，而且判决依据与附带意见之间在理论上的区分也同样受到了挑战。正如我们在这里以及第3章中已经明白的，法院在简单复述事实和宣告结论之外所作的任何陈述都要比当下案件更宽泛，因而严格说来它们对于结论来说是不必要的。每当法院为其判决提供理由时，它必然要考虑除了手头案件之外的其他案件，^①所以严格说来，所有关于理由的陈述都具有某种围绕它们所展开的附带意见的味道。即使某些理由对于结论来说确实是必要的，这些理由也不必然一定要具有某种特定的一般性程度，而不是另一种一般性程度。因为卡多佐法官在麦克弗森诉别克汽车公司案^②中的确可以宣告，在那一特定案件中支持结论的理由在于，尽管汽车制造商与那些因汽车的缺陷而受到伤害的终端消费者之间不存在合同关系，它也要承担责任，所以他的实际理由——指向的是制造商而不仅是汽车制造商——会由于包含了汽车之外产品的制造商而显得不必要地宽泛吗？即使是后一种情形，它会因为包含了别克之外的汽车制造商而显得不必要地宽泛吗？正如我们在第3章中看到的，不借助案件本身关于它支持什么的陈述，试图去认定案件支持什么是十分困难的。因此，任何借助所谓的对于判决来说必要的与不必要的这一区别来区分判决依据与附带意见的尝试，很可能最终都只不过是关于嗣后案件中哪部分

① Frederick Schauer, "Giving Reasons", 47 *Stan. L. Rev.* 633 (1995).

② 111 N. E. 1050 (N. Y. 1916).

属于判决依据，哪部分属于附带意见的论据，而所谓具有拘束力的那个案件恰恰没有为这个问题提供清晰的答案。例如，在社区学校家长诉西雅图第一街区学校案——最高法院在 2007 年开庭期审理的一个涉及平权行动（affirmative action）和在公立学校中种族安置的案件——中，^①多数意见和反对意见都斥责对方仅仅诉诸早前案件的附带意见，这里的教训或许具有怀疑论的色彩：附带意见不外乎是辩护人或嗣后法院现在想要排除的早前法院的某些陈述，而判决依据则是律师或法官现在想要依靠的早前法院的陈述。

但这种观念不应该扯得太远。在弗拉德诉库恩案^②中，法院支持了职业棒球运动相对于反垄断法在历史上的豁免权，布莱克门大法官所代表的多数意见将国会并没有对两个早前的最高法院判决——图尔森诉纽约扬基队案（*Toolson v. New York Yankees, Inc.*）^③与联邦棒球俱乐部诉全国棒球联盟案（*Federal Baseball Club v. National League*）^④，它们作出了相同的结论——作出回应作为得出上述结论的主要理由。法院推理道，作为一个成文法（而非宪法）案件，国会没有取消法院所宣告的豁免权，这本身就可以视为国会批准了这一豁免。因为这是法院作出判决的理由（虽然这个理由要比支持结论所绝对必要的依据更宽泛），所以对于嗣后案件中的律师来说，出于它的权威性而支持这样一个主张是完全合适的：国会没有推翻最高法院的某个成文法决定可以被理解为对这一意见的采纳或包容。持对立立场的辩护人则会主张——看上去也是合适和合理的——这种宽泛的陈述比起对于支持弗拉德案的结论所必要的依据宽泛得多，所以它应该被

① 127 S. Ct. 2738, 2800 (2007).

② 407 U.S. 258 (1972).

③ 346 U.S. 353 (1953).

④ 259 U.S. 200 (1922).

视为没有拘束力的附带意见，而法院在推理过程中解释相互冲突的情形再寻常不过。

但案件事实与对上述理由的说明并不是布莱克门大法官的意见所提供的唯一的東西。这份意见同样包括了关于棒球的冗长讨论，它向（司法）意见的读者提供了一份长长的、记载着这一运动史上著名球员的清单，引用了《凯西在击球》（*Casey at the Bat*）^①、《三个好汉一锅粥》（*Thinker to Evers to Chance*）^②，也参考了大量关于这项运动的诗歌、文学和流行文化刊物，以及其他各种具有娱乐性但并非特别相关的关于美国历史上棒球运动的观察评论。^③在这部分意见——它们十分接近于威廉姆斯教授所说的“偶然的评论”（*chance remarks*）——与实际上支持结论的宽泛的理由陈述之间，存在着明显的差别。^④就此而言，前者可以被认为是“真正的”附带意见，而后者则恰是关于判决依据的宽泛陈述。所以在这一意义上，依然存在某些实质性的标准来区分判决依据与附带意见，但需要强调的是，这一区分无论就其理论根基来说还是就其实践根基来说都很脆弱。实际上，

① 这是欧内斯特·劳伦斯·泰尔（1863-1940）于1888年6月3日在《旧金山检察报》发表的一首诗，被认为是“公认的棒球杰作，棒球运动的颂歌和主题曲”——译注。

② 这是阿尔特·阿伦斯（Art Ahrens）出版的一本书，全名为《芝加哥俱乐部：三个好汉一锅粥》。副标题提到的三个棒球运动员乔伊·廷克（Joe Tinker）、约翰尼·艾弗斯（Johnny Evers）和弗兰克·钱斯（Frank Chance）原为芝加哥棒球队的三个优秀队员（1903-1910），三人搭档却战绩平平，成为棒球界笑谈——译注。

③ 大法官拜伦·怀特（Byron White）早年是一位职业足球运动员，他加入过除这份判决之外的所有其他多数意见，因为他认为在最高法院的意见中引用这类材料是不合适的。

④ 与布莱克门大法官在弗拉德斯诉库恩案中颂扬棒球史形成有趣对比的是，首席大法官伦奎斯特（Chief Justice Rehnquist）在田纳西诉约翰森案 [*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)] 中的意见。在此案中，首席大法官不同意多数法官所作的裁定，即焚烧或以其他方式亵渎美国国旗的行为受到宪法第一修正案的保护。首席大法官同样采纳了大量有关美国国旗的历史、民谣、歌曲和诗歌，但他的要点是，国旗是独一无二的，因而有权要求与政治抗议的目标或工具作区分对待。从这个角度出发，在首席大法官看来，历史对于他的结论是必要的，将它仅仅作为附带意见搁置起来将产生更多的困难。

8 $\frac{1}{2}$ × 11 的白纸”——接近于精确 / 规则这一端。这两个极端之间呈连续状态，其中某些法律指令更接近于规则这一端，而其他法律指令则更接近于标准这一端。“谨慎驾驶”很显然属于标准，同样，“限速 55 英里”很明显属于规则，但“减慢速度注意儿童”、“礼让过往车辆”和“天黑时打开车灯”则处于两者之间的某个位置。以宪法规定由两个证人证明叛国罪和三十五岁为担任总统的最低年龄为一端，以禁止残酷和不同寻常的刑罚及无理搜查和扣押为另一端，大体位于两者之间的是宪法第七修正案对于“普通法诉讼”由陪审团审判的保障以及宪法第一条对于“褫夺公权的法案”的禁止。相应地，比起规则与标准的区分，或许更好的思考方式是在“模糊—精确”这一连续体上进行定位，而“多么模糊”和“多么精确”这样的提问方式也许要比去追问某个指令是更像规则还是更像标准更加有用。

10.2 规则、标准和裁量权问题

这一“规则—标准”的连续体很重要。这里的原因很多，但其中最重要的是，在这条光谱带上进行定位对于应对裁量权问题来说是一种非常有效的手段。裁量权当然是法律的核心关注点。在什么情境中，哪些官员会被赋予自由来运用自身的判断并作出自己的选择，在什么情境中那种自由会受到限制乃至基本上消除？例如，当法官在决定什么样的监护权判决符合孩子的最佳利益时，她可能面临这样的选择：一边是富有的母亲，她能为孩子提供高品质的教育、居住条件、娱乐活动和文化氛围；另一边是不那么富有的父亲，但他似乎比母亲更能理解孩子的内心。在这类情形中，某些法官倾向于母亲，而某些法官倾向于父亲，但裁量权的基本观念在于，依据“孩子的最佳利益”这一标准，两个决定在法律上都不被认为是错误的。人们或许会批评其中一个判决，认为它在道德上是错误的，在心理

学上是无知的或者是基于错误的事实前提之上的，所以主张这两个判决同样正确是不对的。但主张这两个判决在法律上同样正确却是对的。所以在通常情形中，任何一个判决在上诉审中都会被维持。相反，假如法官面对的不是“孩子的最佳利益”这个标准，而是这样一个规则，它规定监护权总是应该归属于更加富有的家长，那么法官就不再有裁量权将监护权赋予不那么富有却更有爱心的家长。我们也可以预料，这样的判决将在上诉审中被推翻，因为它逾越了法官的裁量权。^①

这种裁量权观念拥有许多不同的标签。有时它被称为“余地”（leeway），有时它被视为各种形式的尊重（deference），在欧盟法和欧洲人权法，有时也在其他法中，它用术语“自由判断的界限”（margin of appreciation）来指称，这种自由被赋予成员国，来对最终受欧洲法支配的事项作出自己的判断。^②但是不论被贴上什么标签，裁量权的观念都在于，某个拥有控制权或审查权的机制将容许各种大相径庭的决定，包括这一控制性机制认为是错误的某些决定的存在。就像“机动车不得驶入公园”的规则容许法官行使裁量权来决定，是将自行车、滑板车和童车包含（进规则）还是排除（于规则之外），任何拥有裁量权的官员都有权从一系列不同的决定中选择任何一个。

在这里，对裁量权观念进行分析不是我们的主要目标。但从法律推理工具的角度来看，很重要的是要领会到，将适用的法律或法规表达为标准是赋予裁量权的通常方式。当蒙大拿州在数年间取消了数字化的限速规定，而代之以一个模糊的要求（标准）——开车应当保持“理智和谨慎”——时，

① “裁量权的滥用”是个常见的短语，实际上滥用裁量权通常是司法机关宣告某个行政决定无效的根据。主要可参见 Charles E. Koch, “Judicial Review of Agency Discretion”, 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 469 (1986)。然而，只有当我们假定官员或法官拥有无法滥用的大量决定自由或余地时，这个短语才有意义。

② 参见 Douglas Lee Donoho, “Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity within Universal Human Rights”, 15 *Emory Int'l L. Rev.* 391 (2001)。

它赋予了警官以裁量权来决定，在什么条件下，驾驶时速保持在什么水平算是理智和谨慎的，它同样赋予了交通法庭的法官几乎相同的裁量权。^①蒙大拿州最高法院随后判定，“理智和谨慎”太过接近于标准，因而无法用来支持一部施加刑罚的成文法。但应当清楚这里的基本观念。当用宽泛和模糊的术语来表述某个指令时，它不仅赋予那些肩负实施指令的人（如警官）以裁量权，同样也赋予那些有义务解释它的人以裁量权，所以对于这两类人都进行了授权。

同样的道理，在连续体的规则一端来运用指令可以被理解为限制或收回裁量权的手段。例如，假如提交签名（这对于在选票上记载候选人来说是必要的）的截止时间是下午五点，决定是否受理提交行为的官员所拥有的裁量权，就要比只要求提交行为“及时”或“在选举前留出印制选票的充分时间”这种情形中小得多。^②类似地，南非宪法第35条第1款规定：

每个因被称犯罪而被捕的人都有权……在合理时间内尽快被诉至法庭，但不应晚于逮捕之后的48小时；或者，假如48小时届满时不在日常开庭时间内或不在日常开庭日内，则不应晚于48小时届满后的第一个开庭日结束之时。

① Mont. Code Ann. 61-8-303 (1996)，这一规定在 *State v. Stanko*, 974 P.2d 1132 (1998) 中因模糊而被宣告无效。参见 Robert E. King & Cass. R. Sunstein, “Doing without Speed Limits”, 79 *B. U. L. Rev.* 155 (1999)。

② 参见佛蒙特州的一个未发布案件：*Hunter v. Norman*，此案被记载于 Frederick Schauer, “Formalism”, 97 *Yale. J. L.* 509 (1988)。

一旦行政官员或法官相信他们有某种灵活处理事务的权力，相比于截止时间“5:00 P.M.”，他们对于截止时间“5 pm”就可能拥有更大的灵活处理权吗？相比于截止时间“5:08 P.M.”，他们对于截止时间“5:00 P.M.”就可能拥有更大的灵活处理权吗？司机更可能驾车超过被张贴的时速限制“55英里”而非“54英里”或“57英里”吗？恰恰因为对“55英里”非常熟悉——对整数习以为常——所以司机通常会期待有（超速的）余地，但“54英里”代表的却是“就是这个意思！”

说得委婉些，这一条款比美国宪法第六修正案规定的“从速”审判和第五修正案规定的“法律正当程序”要精确得多，这并不令人惊讶。警察、检察官甚至法官滥用权力在南非种族隔离时代是普遍现象，这一时代直到1995年南非新宪法制定时才终止。所以我们完全可以理解，当时宪法的起草者是多么不乐意将裁量权赋予那些在种族隔离时期拥有太大权力的警官、检察官和法官，因为他们基本上还是同一批人。即使当官员的人员构成发生改变之后，我们依然可以理解，对于刑事司法体系中官员裁量权的顾虑还是存留了下来。对官员裁量权的这种怀疑自然会导致（立法者去）选择规则而非标准，而上面引述的这个高度具体化的条款正是这种怀疑态度的产物。

对裁量权的怀疑并不总是不信任官员造成的。有时我们对过度裁量表示担忧，是因为我们担心过大的裁量权会带来丧失可预测性的结果。假如我想要知道我的车能开多快，那么告诉我必须理智和谨慎地驾驶，就并没有回答我的问题；同样，除了不得缔结限制交易的合同之外，还要告诉我更多的东西，才能让我明白如何去遵守反垄断法。事实上，这正是传统上最高法院创设所谓固有反垄断规则（*per se antitrust rules*）的一个原因，根据这些规则，诸如协议售价、维持转售价格和搭售协议等行为本身就被认为是违反谢尔曼法案的违反，无需考虑它们在特殊情形中的经济效果。^① 这些固有规则中的一部分现在已经被废除或弱化了，^② 但基本要点依然成立：比起不那么确定的标准，固有规则更可能为行为的可能结果提供更多的信息。

① 例如参见 *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953) (搭售协议)；*United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940) (协议售价)；*Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, Inc.*, 220 U.S. 373 (1909) (反维持转售价格的固有规则)。

② 最近的例子参见 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007)，它废除了关于维持转售价格的固有规则。

有时我们仅仅是出于效率的考虑而希望限制裁量权。边境海关检查站的食物安检员可以快速确定，携带入境的某个物品是不是“肉”，但假如这位官员被授权视个案情形来确定某个物品是否“不安全”或“不健康”，他用来监控毒贩和恐怖分子的时间就可能会少得多了。精确的规则不仅使官员们在日常决定上花费更少的时间，而且它们也使决策情境的设计者可以雇用不那么专业或不那么有经验的人。倾倒入河流的特定种类和等级的工厂污水对环境是否有害也许需要由有经验的环境专家作出判断，但某种化学物质的浓度是否高于或低于某个具体的数字却更容易交给不那么有经验、也没有经过专业训练的技术人员去判断。

尽管这些效率方面的考虑很重要，但在“规则—标准”连续体的规则这一端来运用指令通常是出于这种判断：在每个案件中都去做个别化的判断，会导致太多无法接受的错误。这正是出台《联邦量刑指南》（Federal Sentencing Guidelines）^①背后的动机，这部指南提供了一个高度精确化和具有约束性的量刑体系，它（后来在某种程度上被最高法院软化了^②）旨在取代以前的一种量刑裁量制度，该制度在对相同的犯罪进行量刑时产生了大量不平等的后果。相反，在标准这一端来运用更为模糊的指令通常反映了这样一种判断：个别化的或依个案作出的决定最为重要，与其忍受因严格精确的规则（规定）过宽或过窄而导致的错误，不如忍受个别化判断所导致的错误。实际上，正因为设定了某种与此类似的目标，最高法院才使得《联邦量刑指南》在某种程度上变得不那么像规则。但是，并没有针对一切语境的最佳策略，所以我们得到的教益是，应当允许官员们在多大程

① Pub. L. No. 98-473, 98 Stat. 1837, 2017, 法典化后被编为 18 U.S.C. § § 3551-2673, 28 U.S.C. § § 991-998 (2002)。对最初目标的权威解释参见 Stephen Breyer, “The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises on Which They Rest”, 17 *Hofstra L. Rev.* 1 (1988)。

② 参见 *Rita v. United States*, 127 S. Ct. 2456 (2007); *Unites States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005)。

度上顾及特殊情形的特殊语境——官员们在多大程度上应当依据标准而非规则来行事（或相反）——本身就属于情境化的判断。

10.3 稳定性与灵活性

在“规则—标准”连续体上进行定位的确是一种在指令的发布者与适用、实施或解释的人之间分配裁量权的重要方式。但规则与标准的区分同样也是在当下与未来之间分配决策权的方式。假如立法机关、机构或法院设定了一个规则，它就在当下作出了未来该做什么的决定。相反，假如它趋向于连续体的标准这一端，它就使得事情对未来保持了开放态度，容许对明天的问题持有灵活的态度。

如何去适应我们至多只能模糊预见的未来，是一个在法律中反复出现的问题，基本可以肯定，也是一个不断增长的问题。例如，因为电子通信技术的迅速发展，任何在此刻作出具体法律规定的尝试都注定要被淘汰，就像那些仅仅在一代人时间之前制定的具体规则没有预见，也无法预见移动电话的普及程度，网络的发展与支配地位，以及高密度的卫星通信技术让那些限于广播、电视和电影的通信技术变得落伍的情况。在其他许多领域也是如此。几乎可以肯定，以今天的科学知识作为基础，来规划我们希望在未来有效的规则，随着克隆、转基因、DNA 鉴定和许多其他技术的发展注定会失败，或至少可以预见它将会过时。

因此，就像“规则—标准”连续体的定位有助于分配裁量权，它同样能在现在与未来之间分配决策权威。一部以非常具体的规则来起草因而必然运用当下而非未来知识的通讯法规将权力分配给今天，在不确定的未来（为不确定的未来）来决定（法律）结果；而一个模糊得多的标准——例如“通信手段”——将让未来自己去做决定，但代价是它对于当下来说不那么

具有指引性，也不那么精确。

所以，在当下与未来之间分配决策权威意味着，规则与标准的问题中存在一种基本权衡。非常具体的指令——规则——会使得安定性（对决策者的）、约束和可预测性最大化，但这么做的代价却是丧失了某个目前不可预见的案件或情形中获得正确结果的能力。而模糊得多的指令——标准——恰好会释放未来决策者的能力，去作出正确的决定（出于论证的方便，假定那个决策者事实上会这么做），但代价却是它几乎无法保障安定性、可预测性和对决策者的约束。

需要强调的是，对于这种不可避免的权衡不存在正确的解决办法。也不能说究竟这种态度还是那种态度与法治的价值更相一致，因为虽然法治的某些价值要通过精确、可预见和可理解的规则来获得，但其他价值却要通过相对开放的标准来获得，后者将赋予法官及其他公共决策者以实现个案正义的裁量权。尽管不存在简单或一致的答案，但理解了“规则—标准”连续体对于在官员之间分配权威，在当下和未来之间分配决定权，在可预测性和个案正义之间分配我们的关注力来说是一种有价值的工具，就使得法律体系的参与者真正理解了法律及规制性制度设计的一种最重要的手段。

10.4 司法意见中的规则 and 标准

规则与标准之间的区分对于立法控制和行政裁量来说是核心问题，所以在宪法条款、成文法，尤其是在行政法规中，常见的做法是将规则 and 标准看作拥有具体程度和模糊程度的事物。但司法意见同样可以是指引、命令 and 权威的来源，所以它们同样可以用这样的方式来加以分析，即司法意见所提供的指引在什么程度上更像规则，在什么程度上更像标准。

来看一个几乎位于“规则—标准”连续体之一端的例子：最高法院在

1996 年所作的米兰达诉亚利桑那州案 (*Miranda v. Arizona*) 判决。^① 在本案中，法院认为宪法第五修正案（要么直接适用于联邦政府，要么通过第十四修正案适用于各州）规定，只有提醒接受侦讯的犯罪嫌疑人有保持沉默的宪法权利以及委托律师的权利之后，他的认罪书或其他供述才能用作呈堂证供。为了得出这一结论，法院可以宣告一个实际上是标准的东西，这是下级法院在评估嗣后依据米兰达案所提出的主张时要遵从的。例如，法院可以指出，当且仅当它认为认罪书或其他供述是自愿作出时这些供述才可以被采纳，它也可以澄清，对自愿性的判断是语境化的判断，应当考虑到作出供述时的整体情境。或者，法院也可以指出，不公平、不公正或被迫作出的供述是不可被采纳的，这同样给下级法院留下了余地，后者可以在特定案件中依照情境来决定，某个供述是否公平、公正，或是被迫的。假如法院采取这一做法，运用了那种灵活、语境化和模糊的要求，那么我们就可以说，法院选择制定的是一个让警察和下级法院等主体去遵从的标准。

对于电视和电影的观众来说（更别提对于律师和法官来说了）众所周知的是，法院在米兰达案中并没有采取这一做法。相反，它告诉警官的是基本准确的话语：“你有权保持沉默，但你所说的每一句话都将可能被作为法庭的呈堂证供。你有权利委托律师。如果你付不起律师费，将免费为你指定一名律师。”法院强调，假如警察在开始侦讯之前没有精确地说出这段话，嫌疑人所作的任何供述都将被排除于审判之外。在判定警察的行为是否吻合米兰达案判决及第五修正案的要求时，下级法院的任务基本上只在于确定，警察是否说了这段“咒语”般的话。

因此，最高法院在现实中采取的做法很接近于规则。法院准确地告诉了警察和下级法院应当做什么，值得一提的是，现在，当警官们调查嫌

^① 384 U.S. 436 (1966).

疑人时，他们基本上会去阅读最高法院的司法意见。写在所谓米兰达卡片（*Miranda card*）上的话，警官们随身携带并向他们拘捕的对象大声念出的文本，几乎都是从最高法院的司法意见中逐字逐句摘录下来的。当精确规定警官们应该怎么做时，法院的行为就十分接近于立法机关或高速公路管理部门了，后者规定司机开车时时速不得超过张贴（在路边）的限速标识，而不只是告诉司机他们应当明智、谨慎或理智地开车。

有争议的是，法院是否应该采取最高法院在处理米兰达案或罗伊诉韦德案（*Roe v. Wade*）^①时那样的做法，后者精确地规定，各州可以对怀孕三个月的妇女的堕胎权施加限制。在很多批评者看来，制定细节化的规则是立法机关的权限，如果法院照立法机关的样子去行事，它就逾越了自己的权威，也超出了法院的特殊权能。^②但这一批评看上去多少有些奇怪，至少在以下情况下是这样的——假如我们假定其他法院、政策制定者和普通民众应当受到法院判决的指引的话。^③假如我们认为法院的任务不过是为当事人提供判决，那么其他人无法从这些判决中获得指引或许也不成问题。但是，尤其对于目前判决案件如此少的最高法院来说，这种看待法院角色的观点看上去既不称职，也不现实。某些规则的受众是法院，它们意在告诉法院如何裁判案件；某些规则的受众则是只希望知道该做什么的公民或官员，^④而类似于位于“规则—标准”连续体上规则这一端之指令的司法意见，通常十分合

① 410 U.S. 113 (1973)。

② 参见 Robert F. Nagel, "The Formulaic Constitution", 84 *Mich. L. Rev.* 165 (1985)。同样可见 Akhil Reed Amar, "The Supreme Court, 1999 Term—Foreword: The Document and the Doctrine", 114 *Harv. L. Rev.* 26 (2000)。

③ 参见 Henry P. Monaghan, "The Supreme Court—1974 Term: Constitutional Common Law", 89 *Harv. L. Rev.* 1, 20–21 (1975)；Frederick Schauer, "Opinions as Rules", 62 *U. Chi. L. Rev.* 1455 (1995)。

④ 参见 Stephen McG. Bundy & Einer Elhauge, "Knowledge about Legal Sanctions", 92 *Mich. L. Rev.* 261 (1993)；Meir Dau-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law", 97 *Harv. L. Rev.* 625 (1984)。

理地致力于为公民和非司法官员这类人提供一种指引的来源。尤其是当司法意见涉及的是被众多个体日复一日重复的行为时，规则的精确性的价值就在于向人们提供合理的建议，而这么做的好处也通常将超过放弃标准的灵活性而带来的坏处。^①

对于法院颁布类似于规则的指令持批评意见的还有这样一些人，他们主张上诉法院应当只以“一次一案”^②的方式来作判决，他们通常坚持认为法院最好这么做，或者这是法院唯一能正当地去做的事。^③正当性的问题离法律推理和规则—标准连续体的问题有些远，但另一个论证的维度就没那么远了。它主张一次裁判一案——裁判特殊争议的同时不得为裁判其他争议设定宽泛的规定。支持这种主张的一个论据是，作出宽泛的判决——作出实际上会对法院并没有面对的案件进行裁判的判决——要求我们拥有超出上诉程序所期待的事实发现能力。当法院宽泛地对某个争点作出判决——当它判定，所有警官在所有情境中对所有嫌疑人进行所有侦讯活动之前，都必须先提出最高法院在米兰达案中描绘的那类警告——时，它实际上判决了一大批案件，但这样的话在诉讼过程中它就只得去猜测这些其他案件是什么样子的。例如，它很可能假定，许多这类其他案件与它所要处理的案件非常相像，这种假定与心理学家所称的易得性（*availability*）^④——即这样一种

① 参见 Frederick Schauer, “Abandoning the Guidance Function: *Morse v. Frederick*”, 2006 *Sup. Ct. Rev.* 205。

② 参见 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999)。

③ 参见 Edward A. Hartnett, “A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion”, 74 *N. Y. U. L. Rev.* 123 (1999)。

④ 最早的洞见参见 Amos Tversky & Daniel Kahneman, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, 185 *Science* 1124, 1127 (1974), 现在的文献已经是汗牛充栋了。例如参见 *Heuristic and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, & Daniel Kahneman eds., 2002); Scott Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making* (1993); John S. Carroll, “The Effect of Imaging an Event on Expectations for the Event: An Interpretation in Terms of the Availability Heuristic”, 14 *J. Exp. Soc. Psych.* 88 (1978)。

信念：在认知上最易被我们获得的东西就被视为某类更广泛的行为、事件或案件的代表——是吻合的。但通常来说，上诉法院必须关注的事实压根就不具有代表性，就此而言，在具体案件的语境中作出宽泛的裁定或许不是制定宽泛法律原则的最佳方式。^①

上诉法院在判决案件的过程中应该制定宽泛的规则，还是应该将注意力集中于提供对于手头案件来说最佳的答案，而将其他案件留待其他决策者在其他场合去解决，对这一问题同样不存在正确或错误的回答。但是，关于在多大范围内作出判决，因而创制出多少法律——今天还认为法院并不造法的观点就显得落伍了——的判断，很类似于规则与标准之间的区分。它包含着潜在决策者之间决策权的分配；它包含着在特定的当下与不确定的未来之间决策义务的分配；它包含着两方面价值之间的普遍紧张关系，一方面是灵活性，另一方面是与此相竞争的价值：让公民、官员、律师和其他法院知晓法律是什么，即使他们所知的法律对于每个具体的争议和每个特定行为来说并不总是最佳的法律。

10.5 宽度与模糊的关系

我们在本章一开始描述了精确的规则与模糊的（或不确定的）标准之间的惯常区分，接着我们逐步过渡到法院是应该发布宽泛的裁定还是狭窄的裁定这个问题。因此，现在是时候来指明这一点了：从宽到窄的标尺与从精确到模糊的标尺之间没有什么关联。

^① 参见 Neil Devins & Alan Meese, "Judicial Review and Nongeneralizable Cases", 32 *Fla. St. L. Rev.* 323 (2005); Jeffrey J. Rachlinski, "Bottom-Up versus Top-Down Lawmaking", 73 *U. Chi. L. Rev.* 933 (2006); Frederick Schauer, "Do Cases Make Bad Law?", 73 *U. Chi. L. Rev.* 883 (2006)。

我们可以从一个简单的例子开始。想一想昆虫这一范畴。这是个庞大的范畴。首先有大量的昆虫存在，数以亿万计，比哺乳动物、鱼类和鸟类加在一起还要多得多。也有大量不同种类的昆虫。同样，昆虫的种类要比动物王国的其他成员加在一起多得多。尽管有大量的、各种各样的昆虫存在，但昆虫的范畴却非常确定，“昆虫”一词同样如此。与其他任何语词一样，它不是绝对确定的，当然可以想象存在这类语境，在其中，我们对于玩具昆虫或死昆虫是不是昆虫感到犹豫不决，就像我们对于自行车或滑板车是否满足“机动车禁止驶入公园内”这条规则的目的的机动车一样。但是对于昆虫这一范畴来说，临界情形（borderline cases）的比例非常小。不是说这些情形不存在，而是说它们与非临界情形的比例，相较于（例如）机动车、学校或——哲学家路德维希·维特根斯坦（Ludwig Wittgenstein）所举的那个著名例子——游戏^①等情形要小得多。因此，昆虫的例子告诉我们，宽泛的范畴可以是极端精确的。当然，狭窄的范畴也可以是模糊的。即使英勇行为的例子比昆虫少得多，即使大多数人都会赞同英勇行为十分罕见，但这个术语本身是高度模糊的，对于什么可算作英勇行为，什么不可算作英勇行为几乎不存在一致观点。

在法律领域，精确与模糊的区分很大程度上是一个裁量权的问题，一个关于灵活性的问题，关于可预测性和个案正义这两种相竞争的目标的问

^① “某人对我说：‘教导孩子们玩一场游戏。’我教他们掷骰子赌博，另一个人说‘我说的不是这类游戏’。” Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations* 33 (G.E.M. Anscombe trans., 3d ed., 1958)。这个例子无数次被运用和滥用，也催生了汗牛充栋的文献，但它的基本观念在于：就像它在语言中的运用方式一样，“游戏”一词可以指许多相互之间具有家族相似性（family resemblance）的不同事物。这意味着，对于所有适合运用“游戏”一词的情形来说，不存在列举出充分必要特征的可能。然而，即便如此，也存在游戏一词的清晰例子——如全球、国际象棋——以及边缘的例子——或许如玩转股票市场——无法说明使得清晰的例子之为清晰的充分必要条件，并不意味着这类清晰的例子不存在。

题。而宽泛与狭窄之间的区分很大程度上关涉的问题是：当法院、立法者或其他规则制定者在决定某个情形或制定某个规则时，他们的行动范围应当有多大。宽泛与狭窄、精确与模糊这两种区分——当然，两者都是关于在某个连续体上进行定位的问题而不仅是关涉某一件事——是重要的，但它们并不是一回事。例如，一家法院，如果不想作出过多的决定但同时却想提供指引，那么它就会作出包含精确但狭窄的规则判决。最高法院在米兰达案中，可能依然会对警告必须包含的精确话语作出具体规定，但可能同时会对必须说这些话的情形施加限制（它事实上没有这么做），即将它们限定在一类范围狭窄的警察侦讯活动或犯罪活动上。在这种情形中，它会选择一种制定规则的方式，让它处于“规则—标准”连续体的规则这一端；但同时处于“宽泛—狭窄”连续体的狭窄这一端。这种做法就与它在米兰达案中的实际做法完全不同了，在现实中，法院设定了一个类似于昆虫这类范畴的规则，既宽泛又精确。

相反，在一个类似但不同于米兰达案的假想案件中，法院可能认为灵活性要比提供指引更加重要。例如，它可能认为，在1966年是无法预见到未来警察会采取的行为及不轨行为的所有可能的，或者它面对的案件——一个真实的争议，它涉及亚利桑那州，一个叫做欧内斯托·米兰达（Ernesto Miranda）的特定个体，关于特定事实的特定刑事案件——是无法为法院在未来制定宽泛规则时提供足够信息的。因此，它可能更倾向于选择某种类似于标准而不是规则的裁定——例如，假如认罪书是在“不知情的”（uninformed）情况下写的，它就不能被采纳。但它依旧必须对那个标准的适用范围作出选择。它可以仍旧判定“知情”（或“不知情”）的标准适用于所有的刑侦活动，也可以认为最好将它的适用对象限于更为狭窄的某类警察行为。有时支持创制标准的论据类似于作出狭窄而非宽泛的判决的论据——例如，两者都将某些决定留待未来去作——但同样地，某个规

则或裁定的范围问题不同于它的精确性问题。

关于造法的技术可以写出大部头的著作来，^①实际上，有一些关于如何起草立法草案的操作手册就非常接近于这一目标。但造法不仅仅是立法机关的事，一旦我们承认法院与立法机关一样在造法，法院与行政机关都依法在创制规则，那么我们就要将司法造法视为一项值得密切关注的任务，至少要让它获得比迄今为止更多的关注。

^① 令人惊讶或许也令人困扰的是，事实上很少有这类作品面世。或许人们认为这类事情是不证自明的，但实际上它们并不是。或许人们认为造法的技术可以从别的地方学会，但同样地，事情实际上恰恰相反。

第 11 章

法律与事实

11.1 事实的观念

大多数关于法律推理和法律论证的讨论（包括本书的很大一部分）都倾向于将注意力集中在法律上，而不那么集中在事实上。这种标准的处理方式假定，多诺霍诉斯蒂芬森案^①的焦点在于，尽管缺乏直接的合同关系，多诺霍女士能否针对姜汁啤酒装瓶者主张救济，而大多忽略了从瓶里倒出来的究竟是不是蜗牛的残肢，或者，蜗牛残肢的景象使她感到恶心的程度实际上有多大（假如有的话）。在莱佛士诉维切毫斯案^②之后，我们知道，当缔约双方从根本上误解了合同的对象时就压根不存在合同关系，但我们如何知道有两艘叫“皮尔利斯”的船，我们又如何知道缔约双方真的都误解了它们？英国女皇诉达德利和斯蒂芬斯案（R. V. Dudley & Stephens）^③主要是个刑事案件，只是，幸存者事实上有多饿？在被杀死以救活其他人之前，那个客舱服务生离死亡有多远？尽管最高法院在布朗诉教育委员会

① [1932] A.C. 562 (H.L.).

② 2 H.& C. 906, 159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).

③ 14 Q. B.D. 273 (1994). 一个重要而有魅力的阐释参见 A.W.B. Simpson, *Cannibalism and the Common Law* (1984).

案^①中似乎将其结论基于实施种族隔离政策但硬件相同的教育机构损害了黑人儿童的教育权这个命题之上，但法院是如何获得这一信息的？获得的信息是正确的吗？

所有这些问题都是事实问题：是蜗牛的残肢吗？两艘船都被叫做“皮尔利斯”，还是一艘，或者有三艘？遭遇灾难的水手离死亡有多远？在一所依法隔离的全黑人学校中——它的硬件设施和教育训练与全白人学校并无二致，黑人儿童接受的教育会更糟糕吗？这些问题在传统上与法律问题是相对的：当一个姜汁啤酒瓶中存在蜗牛残肢时，生产商（或装瓶者）对消费者负有直接责任吗？当缔约双方对于他们缔约的对象有不同认识时，存在合同关系吗？生存困境是针对谋杀控诉的辩护理由吗？一种隔离但名义上平等的种族隔离教育制度是否违背宪法第十四条修正案？典型的法律问题包括一开始对已发生的事——事实问题——的评估，然后再去判定，面对已发生的事法律应该做什么——法律问题。

区分法律问题与事实问题并不是件轻而易举的事。关于如何说明法律与事实之间的区别存在争议，也可以听到不计其数的论调，^②甚至包括这样的观点：这一区分完全是个幻象。^③许多争论都围绕这种传统区分的意义来展开：陪审团（或明确作为事实裁断者的法官）的任务在于确定事实，而法官的工作在于解释和（或许）适用法律。然而在事实上，陪审团所作的许多判断就部分包含了对法律的确定，比如某人的行为是否“合理”，或被告的行为是否“造成了”原告的伤害。相反，法官在得出法律结论时通

^① 347 U.S. 483 (1954) .

^② 例如参见 Richard D. Friedman, “Standards of Persuasion and Distinction between Fact and Law”, 86 *Nw. U. L. Rev.* 916 (1992); Henry P. Monaghan, “Constitutional Fact Review”, 85 *Colum. L. Rev.* 229 (1985); Stephen A. Weiner, “The Civil Jury and Law-Fact Distinction”, 54 *Cal. L. Rev.* 1867 (1966) .

^③ Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, “The Myth of the Law-Fact Distinction”, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1769 (2003) .

常要作出关于事实的判断，有时仅仅是因为必须对某个规则或先例是不是法这一问题作出事实判断，有时则是因为（尤其是当涉及宪法上的争点时），判断事实构成了我们所期待的法官行为的一部分，这是为了确保宪法价值得以维系。^①

虽然法律中事实—法律的区分可能很容易混淆，但产生这种混淆并不总是因为事实与法律之间缺乏根本性的区分。假如我们简单地将它想象为这样一些传统区分的变种：事实与价值、是与应当、描述与规定，^②那么它就不再那么神秘了。确切地说，这一混淆来自于法律上的传统成见，即事实由陪审团判断，而法律由法官决定。实际上，陪审团所做的许多事已通过适用法律包含了法律决定，而法官所做的许多事则包含了事实判断。假如我们认同，法律和事实之间的区分并不对应于，也不能对应于法官所做的事和陪审团所做的事的区分，那么我们就需要拒绝这个基本区分——发生了什么事和应当对此做什么，这是为了确认，事实判断属于法律体系中所有推理与论证阶段的核心部分。

因此，虽然法律判决——即使由法官，甚至是上诉法院的法官作出——通常同时包含着事实要素和法律要素，但对法律推理的讨论传统上主要只聚焦于后者。^③ 它们假定，考量事实问题属于证据法的领域，或者事实判

① 参见 David Faigman, “‘Normative Constitutional Fact-Finding’: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation”, 139 *U. Pa. L. Rev.* 541 (1991); Monaghan, *supra* note 5; Note, “Corralling Constitutional Fact: De Novo Fact Review in the Federal Courts”, 50 *Duke L. J.* 1427 (2001)。

② 当然，对于这些庄严区分同样存在争议和挑战，某些（但不是所有的）争议和挑战来自于被宽泛地贴上“后现代主义”标签的立场。有许多所谓的描述的确包含规范性要素，在这里价值潜入了号称中立描述的外衣之下。然而，坚持认为“约翰开火，子弹击中了玛丽的心脏并造成她死亡”与“因谋杀玛丽，约翰应该被处以监禁”没有区别，这完全是不合理的，因此针对文中任一区分所进行的自以为精致的挑战都不需使我们就此停下脚步。

③ 一位杰出的法律现实主义者构成了值得一提的例外，参见 Jerome Frank, *Facts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (1949)。

断实际上压根不属于法律推理。但只要法律问题几乎总是取决于对事实的判断，只要事实判断以各种方式受到法律规则和典型推理方式的塑造，那么将事实问题排除于法律推理的主题之外就显得很奇怪。所以在本章中，我们将处理事实问题，并来考察法律决策者在初审过程中对所发生之事的推理过程。

11.2 初审事实的确定：证据法及其批评者

通常说来，确定发生了什么事属于初审法院的任务。被告人向她的丈夫开枪射击了吗？在一份遗嘱的最下边是立遗嘱人的真实签名吗？在赖兰兹诉弗莱彻案^①中，溢出的水造成了什么类型的损害？为了弥补它，原告要花费多大的成本？这些争点通常由初审而非上诉审来确定，它们由被称为“事实审判者”（trier of fact）的人或制度来决定。在普通法体系中，^②经典的事实审判者是陪审团，尽管在许多刑事案件和大多数民事案件中，对于所发生之事起最终决定作用的是主持审判的法官。

假如我们暂且将法律放在一边，我们就能够明白，有大量的方式来找出关于这个世界的真相。例如，在法律体系之外，确定过去所发生之事的常见方法是户外调查，比如犯罪活动发生后刑事侦探的做法或者当国会发起一项针对某起灾难（比如挑战者号太空飞船的爆炸事件，或三里岛的核泄漏事件）的调查时国会调查员所做的。调查本身可以采取多种形式，但它们都带有这样的观念：调查者应该去事发现场，询问，周转，询问目击

^① 3 L. R. E. & I. App. 330 (H.L. 1868) .

^② 一般来说在民法体系中不存在陪审团，法官同时确定事实和适用法律。然而，在某些民法体系中，法官偶尔会与几个非专业人士（通常被称为“陪审员”）一起来裁判案件，尤其是刑事案件。

证人，勘验物证，接着作出自己的判断。

在其他语境中，尤其是在科学领域，发现某事真相的方式是做实验。有时实验会在实验室里进行，有时它是给某人一瓶麻醉药，给其他人一瓶安慰剂涉及的某种变化，有时科学家和其他人可以来分析自然实验，在这样的情境中，是世界而非科学家创造出了实验条件，其中，除了（我们希望识别出其原因的）某种结果或征兆外，几乎一切都是一样的。实证社会学家通常通过收集和分析数据来发现世界的真相，这些数据通常位于被称作数据组（data sets）的庞大计算机信息阵列之中。他们用不同的变量进行回归分析，试图代表性来界定各种社会现象的原因和结果。

当然，还有其他各种发现世界事实的方式，但在这里列出它们的目录毫无意义。然而，之所以不提更加广泛的事实发现方法，主要是为了强调，法律确定已发生之事的典型方式是难以普遍化的，也基本上不是发现事物——即使是法律出于其自身目的需要知道的事物——真相的唯一方式。事实上，与普通法世界中的法律相联系的事实发现方法——对抗制诉讼，其中不论用作法官或陪审团判决基础的信息是什么，都要由双方当事人来提供——本身也难以普遍化。例如在法国，法官在处理和指挥重大刑事调查时发挥着积极作用，^①而这一方法的各种变体存在于许多其他普通法国家。在十五世纪之前的英格兰，陪审员很大程度上要自己去获得信息，他们被希望要部分依靠对诉讼参与人的个人了解，部分依靠他们关于案件情境的个人了解，部分依靠他们可以通过自己的调查来发现的事实。^②陪审员——或作为事实审判者的法官——应当在很大程度上忽略掉具体的诉讼

① 一个尤其有益的叙述参见 Bron McKillop, "Anatomy of a French Murder Case", 45 *Am. J. Comp. L.* 527 (1997)。

② 参见 Sanjeev Anand, "The Origins, Early History and Evolution of the English Criminal Trial Jury", 43 *Alberta L. Rev.* 407 (2005); Thomas A. Green, "A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800," in *Twelve Good Men and True* 358 (J.S.Cockburn & Thomas A. Green eds., 1988)。

参与人和审判要面对的具体事实，这一观念本身是相对现代的产物，也几乎不是什么普遍的观念。但即使不考虑陪审员事前拥有相关信息这一问题，这一观点也远远不是不证自明的，即作出事实判断的最好方式是让双方当事人自己来承担举证责任，接着让非专家群体以对抗模式——而不是例如调查模式或合作模式，也不是依靠具有相关专业知识的人——去评估证据。普通法的对抗制方法本身也不一定就是错的，实际上，在其他决策情境中可以找到它的对应物。毕竟，罗马天主教会已使得魔鬼辩护士（devil's advocate）的概念制度化了，这种方式确保，在被提名的圣徒实际上成为圣徒之前要听取反对性的论据，以使得对于圣徒候选人的第一印象不会成为终极印象。因此，在大多数普通法国家中，事实判断以这种信念为前提：在对抗制程序中，让双方当事人承担主要的举证义务，是一种很好的确定真相的方式，即使不是唯一的方式。正如支持言论自由制度的一个论据基于这样的假定之上：对立观念间的碰撞是发现真相的好方法，对抗制程序也依赖于类似的假定。^① 让双方当事人提出证据，让证据经受特殊形式的审查 [我们称之为“交叉询问”（cross-examination）]，接着让真相浮现，或至少让我们能够获得的最接近真相的事情浮现。我们大概就是这么认为的。

无论是对于天主教会、公共审议还是对于法律来说，这里都不是来对对抗制作为发现真相之方法（的能力）进行评价的合适场所。但将法律领域的事实发现方法与其他语境或其他国家中正在运用或曾被运用的其他方法进行对比，的确是观察法律领域事实发现方法的合适视角。此外，将对

^① 这并不必然等于说，对抗制的认识论是一种特别值得信赖的确定真相的方式，无论是在公共辩论之中（参见 Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* 15-34 [1982]）还是在法庭之上（参见 Frank, *supra* note 9, at 80-81; Leon Green, *Judge and Jury* [1930]; David Luban, *Lawyers and Justice* 69-92 [1988] | John H. Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52 *U. Chi. L. Rev.* 823 [1985]）。

抗制与其他方法作对比的做法提醒我们，陪审员乃至法官不仅在他们能够考量的证据方面受惠于双方当事人，也更易于犯许多认知错误——偏见、疏忽和大量其他错误——这些错误影响着大多数人类决策者。实际上，大量社会科学的研究（多数是心理学家的研究）不仅聚焦于陪审员（同样还有法官）如何犯下许多我们在所有决策者那里都可以发现的认知错误，^①而且聚焦于这样一个事实：法律领域的典型方法甚至潜在地比法律传统上所认为的还要容易犯错误。例如，目击者证词的可信度比起许多人传统上所认为的要低得多，^②即便是可信的科学方法，如 DNA 鉴定，也会受到那些

① 这方面的研究不断增长且极富价值，它们关注于陪审团、作为事实发现者的法官以及作为法律之解释者和适用者的法官的认知错误。文献最关注的是陪审团，例如参见 Dennis J. Devine et al., "Deliberation Quality: A Preliminary Examination in Criminal Juries", 4 *J. Empirical Legal Stud.* 273 (2007); R. Hastie, D. A. Schadke, & J. W. Panye, "A Study of Juror and Jury Judgments in Civil Cases: Deciding Liability for Punitive Damages", 22 *L. & Human Behavior* 287 (1998); R. J. MacCoun & N. L. Kerr, "Asymmetric Influence in Mock Jury Deliberations: Jurors' Bias for Leniency", 54 *J. Personality & Social Psych.* 21 (1988)。论作为事实发现者之法官的作品，参见 Paul H. Robinson & Barbara A. Spellmann, "Sentencing Decisions: Matching the Decisionmaker to the Decision Nature", 105 *Colum. L. Rev.* 1124 (2005); Barbara A. Spellmann, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence", 155 *U. Penn. L. Rev. PENNumbra* (2006); Andrew J. Wisreich, Chris Gunthrie, & Jeffrey J. Rachlinski, "Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding", 153 *U. Pa. L. Rev.* 1251 (2005)。论法官与法律的作品，参见 Chris Gunthrie, Jeffrey J. Rachlinski, & Andrew J. Wisreich, "Inside the Judicial Mind", 86 *Cornell L. Rev.* 777 (2001); Frederick Schauer, "Do Cases Make Bad Law?", 73 *U. Chi. L. Rev.* 883 (2006); Dan Simon, "A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making", 71 *U. Chi. L. Rev.* 511 (2004); Dan Simon, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Look Through the Lens of Cognitive Psychology", 67 *Brooklyn L. Rev.* 1097 (2002); Dan Simon, "A Psychological Model of Judicial Reasoning", 30 *Rutg. L. J.* 1 (1998)。

② 例如参见 Elizabeth F. Loftus & James Doyle, *Eyewitness Testimony: Civil and Criminal* (3d ed., 1997); Elizabeth F. Loftus & Edith Green, "Warning: Even Memory for Faces May Be Contagious", 4 *L. & Human Behavior* 323 (1980); Gary L. Well & Elizabeth F. Loftus, "The Malleability of Eyewitness Confidence: Co-Witness and Perseverance Effects," 79 *J. Applied Psych.* 714 (1994)。

操作试验和分析结果的人的瑕疵的影响。^①

法律领域的事实发现不仅受制于对抗方式在确定真相时带来的大量问题，而且也受到被称为证据法的独特规则的塑造。这里不便花大篇幅对证据法的实质内容来作一个概览，但强调一下它的独特假定却很重要。部分出于对抗制的特殊需要，部分出于对刑事被告人权利的密切关注，还有很大部分因为在传统上发现事实属于陪审团（它并没有接受过法律和事实分析方面的专业训练）的任务，大量法律发展的主要功能在于使证据（即便相关）远离通常不被信任的陪审团。出于这种担忧——陪审员会过于看重某个证据，又会过于看轻其他证据——证据法包含了一系列看起来怪怪的排除规则（*exclusionary rules*）。例如，虽然我们通常会对人们从他人那里听来的事情有所考虑，但法律传统上禁止陪审员听信这类传来证据。尽管我们通常认为，某人过去曾做过什么有助于我们来判断他现在是否做了件类似的事，但这种“不良品质”（*bad character*）、“先前不端行为”（*prior bad acts*）证据，甚至先前关于同一类犯罪的记录，在典型的事实审中都会被排除在外。

证据法上的排除规则使得我们的老朋友杰里米·边沁大为光火，他很是希望能消除掉所有的证据法规则，以实现他所称的“自然的”（与“技术的”相对）制度，其现在以自由心证（*Free Proof*）制度而闻名。^② 依照自然的制度或自由心证制度（边沁认为它与普通人在日常生活中的做法差别不大），不应当在一开始就依据这样的规则将证据排除在外：这些规则将

① 例如参见 Brandon L. Garrett, “Judging Innocence”, 108 *Colum. L. Rev.* 55, 63, 84n. 109 (2008); Edward J. Imwinkelried, “The Debate in the DNA Cases over the Foundation for the Admission of Scientific Evidence: The Importance of Human Errors as a Cause of Forensic Misanalysis”, 69 *Wash. U. L. Q.* 19 (1991); William, C. Thompson & Simon Ford, “DNA Typing: Acceptance and Weight of the New Genetic Identification Tests”, 75 *Va. L. Rev.* 45, 66–67 (1989)。

② Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827)。

整个证据类型，如传来证据和先前的犯罪记录，都排除在外。莫不如先基本上认可所有的证据，接着再对比其他证据来进行筛选、权衡和评价，这是为了给予每个证据以它应得的分量。某些证据会被视为不可信从而被丢弃，其他证据则会被赋予一些分量但要打折扣。关键在于，当我们试图弄清楚发生了什么事时，我们并不人为去设立这样一套制度：仅仅因为潜在相关的证据符合某种不完美的证据类型，就将它排除于事实发现的过程之外。

为了反对这样一套事实判断制度（它在很大程度上受制于一系列类型化的排除规则，边沁认为它们完全是人为的），边沁的观点在当时得到了许多人的拥护，甚至越往后得到的拥护越多，其中包括不少主要关注认识的哲学家。^①在许多重要的方面，边沁和他的同盟者已经获胜了。尤其是随着陪审团重要性的下降——出于一切实践目的，除美国之外，陪审团在整个普通法世界的民事案件中都消失了，因为美国宪法第七修正案以及州宪法的相应条款拯救了民事陪审团，使它免于濒临灭亡——正式的证据规则一再被放松。脱离了陪审团之后，法官们通常很随意地对待证据规则，他们也几乎毫不犹豫地声称，因为没有陪审团，所以大多数证据排除规则就直接被忽略了。^②此外，如传来证据规则和原始证据规则（original documents rule，通常被称为“最佳证据”规则）这类排除规则越来越多地受制于各种例外，大量其他的排除规则也被正式删除或被非正式地忽略了。我们或许离边沁所偏爱的自由心证制度还有很大的距离，但我们离当初惹

① 例如参见 Alvin I. Goldman, *Knowledge in a Social World* (1992); Larry Laudan, *Truth, Error, and the Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (2006); Susan Haack, "Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way", 49 *Am. J. Jurisp.* 43 (2004)。

② 参见 Frederick Schauer, "On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law", 155 *U. Pa. L. Rev.* 165 (2006)。

得边沁大怒的那种高度规则化且多数情况下都是排除性的制度同样也已经有很大距离了。^①

有点独特的对抗式制度，更加独特的陪审团制度，尤其独特的严格的证据排除规则，这些观念与本书更大的主题是一致的。法律是独特的（不管是好还是坏），法律确定案件事实的方式与其他决策者查明周遭世界的方式不同，这与法律对我们先前已考察过的独特方法（如遵循先例和拘泥于规则所产生的有时是次优的调整结果）的运用是相吻合的。就像法律推理的某些其他方式一样，发现事实的法律方法并不完全为法律所独有。对抗制的（事实）判断方法可以在其他决策情境中被发现，甚至排除性的证据规则也一样。但是，法律的方法并不为法律所独有，并不意味着法律与其他事物没有差别。所以不需要惊讶的是，不论是涉及事实还是涉及法律时，如果没有认识到法律体系的决策至少有那么一点不同，这本身就是错的。

法律有自身独有的事实判断方法的信念甚至反映在法律体系关于法律问题的决策结构之中。因为法律坚信事实审判者与法律决定者之间的区分，因而当同一位审判法官同时肩负这两项任务时，她通常要将事实发现与法律决定区分开来。更重要的是，在上诉审程序中，事实发现通常被认为是神圣不可侵犯的，除非出现最异乎寻常的情形。毫不夸张地说，如果陪审团认为月亮是由鲜奶酪制成的，要对关于月亮或鲜奶酪的法律问题作出裁定的上诉法院就应该将陪审团的这个错误结论视为是正确的。我们在全书各处都已觉察到，宽泛意义上的管辖权问题——不仅作出什么样的决定很

^① 一旦我们意识到，边沁很大一部分的怒气是冲着适格规则（rules of competency）——这些规则使得大多数妇女、少数民族、被定罪的重犯和大多数诉讼参与人自身都无法在审判中成为证人——去的，这一点就尤其明显了。在美国，适格规则在很大程度上被消除了，虽然依然存在某些证人无法举证的事情，但已很少有基于证人的地位或个人特征而进行的总括性排除了。

重要，而且由哪个权威作出这一决定同样很重要——是法律分析的一个普遍特征。而这种宽泛意义上的管辖权与事实判断干系很大。判断事实属于陪审团或者作为事实审判者的初审法官的任务。即便事实审判者所认定的事实在上诉法院看来似乎是错的，事实认定者似乎错误的事实结论也必须要被认为是对的。有时这看起来很奇怪，但它或许是法律本身的一个更大和更普遍特征的组成部分。法律的独特之处在于，法律决策——无论是关于法律还是关于事实的——不同于简单地命令法官和其他法律决策者直接“去做正确的事”。就像基于规则和基于先例的决策通常要求法律决策者去做不同于正确之事的事，接受事实认定者所认定的事实这种强烈的义务有时也会产生一种次优（的结果）。在某些人看来这或许是件坏事，但在其他人看来这恰好构成了法律在整体上获得最佳结果这一信念的一部分，即使这要求特定决策者在特定案件中放弃去做他认为正确之事的愿望。

11.3 事实与上诉审程序

在本章一开始我们提到了布朗诉教育委员会案，最高法院在该案中依靠心理学的研究成果来说明，被隔离的非洲裔美国儿童因为被排斥于白人学校之外而遭受了教育上的不公。布朗案的这一结论引发了大量争议，原因有几个。^①首先，我们不清楚这一研究结论究竟对不对。其他心理学家曾得出过不同的结论，对于诉讼是否是解决有争议的科学事实问题的最佳手段，也存在担忧。

^① 对这一争议的描述，参见 John Monahan & Laurens Walker, *Social Science in Law: Cases and Materials* 84-99, 106 (1985); Mody Sanjay, Note, "Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court's Quest for Legitimacy", 54 *Stan. L. Rev.* 703 (2002)。

更重要的是，最高法院似乎对这一问题作出了自身的评价，而不仅仅是依靠了初审法院关于事实争点的判断。就像我们在前一节中讨论过的，诉讼和对抗制或许不是解决某些事实问题或所有事实问题的最佳方式，但这就是法律的方式，它已存在数个世纪之久。然而，对于上诉法院来说并非如此。同样是数个世纪以来，人们假定，判断事实属于初审法院的任务，而对初审法院的法律适用进行评价则属于上诉法院的任务。除了明显的错误和偏见之外，假如初审法院——无论是法官还是陪审团裁判——认定了 x ，那么 x 就必须被认为是真实的。试图在上诉法院中主张 x 并不真实的律师，马上就会遭受法院的责怪，因为他试图利用上诉法院来作为对事实判断提起再诉的平台，而上诉法院应当将这一判断视为终局性的。

这是个不错的模式，但它可能并没有完全抓住这一点，即上诉法院本身在多大程度上参与了对事实问题的判断。布朗诉教育委员会案可能使得这一争点更加突出，这是因为该案的关注度很大，也因为最高法院（判决书）脚注中对相关研究的参引十分明确地显示了它在做什么，但布朗案最终也并不是那么不同寻常的。

例如，想一想纽约时报诉沙利文案，^①在这个发生于 1964 年的案件中，最高法院使得全美的诽谤法宪法化和全面革新了，它认为，只有当公共官员（嗣后变成了“公众人物”^②）能以令人信服的清晰性证明，不仅关于他们的言论是扭曲的，而且（被告）在散布这些言论时知道存在这种扭曲时，他们才能在诽谤案中胜诉。换句话说，原告不仅要证明存在故意散布行为，而且要证明存在扭曲的故意。这在普通法当中是个重大转变，法院为这种转变提供的理由是，只有当出版者可以免于为他们出于过失的虚假言论负

① 376 U. S. 254 (1964) .

② 388 U. S. 130 (1967) .

责时，对公共官员的批评才能是“不受限制、坚定有力和言路通畅的”。这种经验性的结论很可能是对的，但并不十分清楚的是，最高法院如何知道这是对的。某些人可能认为这个命题不言自明，但一旦我们意识到，出版者对于公共官员的不受限制、坚定有力和言路通畅的批评也存在于比美国有着更为严格的诽谤学说的国家（例如澳大利亚），那么为法院的结论提供关键论据的事实主张还是不是像最高法院所认为的那样不证自明，就不那么清楚了。但这一关于出版者的事实主张却构成了法院结论的必要条件。对法院观点的对错（两者都是可能和或然的）作评价在此并不重要。重要的是，一个潜在可被争论的事实主张——它压根就不是审判程序的组成部分——在多大程度上最终成为法院的法律结论的核心要点。或许因为在沙利文案中，法院并没有像在布朗案中那样援引非法律渊源，所以法院论证链条中的事实环节并不那么明显，但是，与布朗案一样，法院在沙利文案中将它的结论基于一个可争论的事实主张之上，但并没有随之进行事实认定。

就最高法院在马普诉俄亥俄州案^①中得出的结论——非法获得的证据不得用于随后进行的刑事审判，尽管它是可信的——来说也基本是如此，该案的争议程度更接近于布朗案而非沙利文案。例如，假如在一次非法搜查的过程中真的发现了属于被告的毒品，那么在马普案中，这些毒品就不得用作法庭上的证据。法院的结论建立在这样的信念之上，即一项排除规则将制止警察去从事不合宪的行为，但这又是一个经验主义的论断，理性人可以不赞同它，也确实有人不赞同它。^②也许警察并不那么担心审判过程中会发生什么事，他们关心的主要是逮捕犯罪嫌疑人，又或许来自针对

① 367 U. S. 643 (1961)。

② 参见 Yale Kamisar, “Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a ‘Principled Basis’ Rather than an ‘Empirical Proposition’?”, 16 *Creighton L. Rev.* 565 (1983)。

警官个人之内部惩戒的威胁更能制止不合宪的警察行为。但无论事实是什么，重要的是，法院惯常通过这样的事实判断来创设新的法律规则，即它的大部分证据似乎来自于大法官个人的信念、经验、直觉、灵感和扶手椅社会学（armchair sociology）^①。

最后来看一下布什诉戈尔案^②中的多数意见。最高法院认为，佛罗里达州最高法院拒绝了乔治·布什（George W. Bush）对于佛罗里达州计票程序提出的平等保护挑战是错误的，它认为重要的是，历史上，将无效选票计算进来的做法并非罕见，许多无效的总统选票曾在大多数先前的选举中被计算进来。对于法院来说这究竟应不应该是重要的，这一点与我们关于事实判断的讨论并不相关，但这里的相关之处在于，在这一事实主张的背后同样基本没有附带关于这一事实究竟是如何认定的说明，法院将它的结论（第 4 章中已经进行过比较详细的讨论）建立在几份报刊文章的基础之上，它们很有可能是大法官们（或更有可能是他们的助手）通过搜索“新闻全文数据库”（Nexis）找到的。

布朗案、沙利文案、马普案以及布什诉戈尔案都是最高法院处理的宪法案件，但要是认为这种现象仅限于宪法领域就错了。当霍姆斯坚持认为“法律的生命从来也不在于逻辑；而在于经验”^③时，他指明的是，上诉法官——他们同时在遵从和创造“法律的道路”——不得不依赖于经验和事实判断，这一现象在几乎一个世纪之后被麦尔文·艾森伯格（Melvin Eisenberg）广泛地理论化了，他揭示了（法官）对于他所称之为“社会命题”

① armchair sociology 指的是脱离实际，仅凭坐在扶手椅上想象而不做实际经验调查就得出结论的社会学——译注。

② 531 U.S. 98 (2000)。

③ O. W. Holmes, Jr., *The Common Law* 1 (1881)。

(social propositions) 的依赖如何构成了普通法推理中的一个基本要素。^① 例如, 亨宁森案的前提是关于消费交易本质的观点, 它很大程度上来自于法院自己的印象, 而当纽约州法院在亚当斯诉新泽西轮船公司案^② 中认为, 轮船的特等舱更类似于旅馆而不是火车的卧铺车厢时, 这很大程度上依赖于它如何看待关于涉及轮船、旅馆和火车的通常用途和相关期待的争议性的事实主张。

但假如社会命题——它们是关于事实的结论, 尽管是关于一般社会条件而不是特定案件之特定事实的——在上诉审法律决策中扮演着如此重要的角色, 那么上诉法院又如何来发现对于得出这类结论而言确属必要的事实呢? 这一直是个不断出现的争议点, 而最高法院的布雷耶大法官比其他任何人都更多地将它置于法律争论的前沿, 尤其是在关于科学问题的语境中。^③ 布雷耶大法官自己并不惮于创纪录地作出他认为对于解决案件而言确属必要的事实判断, 在洛佩兹诉美国案 (*Lopez v. United States*)^④ 中, 他的反对意见中满是对经济学、社会学和政治材料的参考记录, 它们指向的问题是, 在公立学校中拥有武器是否会对州际贸易产生影响。相似地, 布雷耶大法官关于高等学校平权行动的案件, 即社区学校家长诉西雅图第

① Melvin A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (1988)。

② 45 N.E.369 (N.Y.1896)。该案已成为讨论法律推理中类比之运用与滥用时的主打案例。参见 Richard Posner, *How Judges Think* 169-70 (2008); Lloyd Weinreb, *Legal Reasons: The Use of Analogy in Legal Argument* (2005); Scott Brewer, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", 109 Harv. L. Rev. 923 (1996)。也可见前文第5章。

③ 参见 Stephen Breyer, "Introduction", in *Reference Manual on Scientific Evidence* (2d ed., 2000); Stephen Breyer, "The Interdependence of Science and Law", 这是1998年2月16日作者在美国科学促进协会年会与科学革新展会上的一次演讲, 参见 www.aaas.org/meetings/scope/breyer.htm 以及 280 *Science* 537 (1998)。

④ 514 U.S. 549 (1995)。

一街区学校案^①的(反对)意见不仅大量参引了他自己关于这一案件事实背景的研究^②,而且也借助了大量关于美国公立学校学生名额分配的历史、社会学、心理学和政策的经验调查。布雷耶大法官认为,在上诉审中进行事实和科学调查在一段时间都是个迫切的问题,但我们可能还没有特别接近于一个答案。

假如霍姆斯所称的经验和艾森伯格所称的社会命题是普通法传统中法律决策普遍和确属必要的构成要素,那么上诉审法官(或者做法律决定而非事实判断的初审法官)又从哪里获得对于得出事实和和经验结论来说确属必要的信息呢?布雷耶大法官的意见、布朗诉教育委员会案中的社科数据和布什诉戈尔案中肯尼迪大法官意见的报道很好地展现出了大法官们所依靠的来源,而沙利文案、马普案、亨宁森案和亚当斯案有更重要的理由。即使当法官没有引证非法律领域的学术期刊、报纸或其他来源时,她依然(尽管更不明显地)依靠于事实上很重要的信息来源——它们很可能被提出异议,但它们最终会成为法律的一部分(只是以某种程度上是暗箱操作的方式),即使这类命题会对双方当事人中的一个产生不利影响,而那方当事人也并没有什么机会在通常的对抗式程序(包括但不限于交叉询问)

① 127 S. Ct. 2738 (2007)。

② 这一实践既不常见,也备受争议。传统上存在立法事实与司法事实的区分,前者对于制定或支持某个规则来说必要的事实,而后者是特定争议或规则适用的事实。这一区分对于正当程序和听证权来说有一定的意义,因为人们认为,对于会对个人产生不利影响的司法事实来说,他们有被告知和听证的正当程序权利,但对于会对他们产生不利影响——只因为他们是受到立法规则不利影响的某个阶级的成员——的立法事实来说却没有这种权利。参见 *Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization of Colorado*, 239 U. S. 441 (1915); *Londoner v. Denver*, 210 U. S. 373 (1908)。与告知和听证问题相关但有所不同的是这个问题:上诉法院是否应该对下级法院没有认定的司法事实进行调查,甚至对事实裁判者认定的司法事实进行再评价。对这些问题的传统回答很显然是否定的,而在正式运用证据规则的对抗式审判程序外,法官在多大程度上可以或应当对本案事实进行研究,要比这一观念——法官可以也必须自行对立法事实进行研究——更富有争议,获得的认可度也要小得多。

中来挑战这些命题。^①

一旦被争论的事实命题越来越多地被法律领域外的资料来“标识”，^②争议点就变得更加明显了，但深层的问题涉及的并不是法官用以咨询或引证来作出法律决定（而非司法事实判断）的资料本身。即便没有明确进行咨询和引证，进行造法活动的法官，通常也恰恰是适用法律的法官，同样必然依赖于堪堪潜藏在表面之下的经验性结论。假如这类结论并没有通过（例如）引证报刊、非法律书籍或学术期刊来宣告，那么就存在这样的风险，即我们可能会忽略这类结论公开遭受质疑的程度，因为可能是这样的：在法官看来属于常识的东西，其他人却希望提出挑战。某些情况下引证传统法律准则之外的材料可能是令人警惕的来源，但它也很可能是经验性命题（它们必然构成所有司法性立法和很多司法性法律适用的一部分）借此得到论辩和挑战的一种方式，而不只是简单地被伪装为常识，或者法官所认为的未必总是正确，未必与法官自己的背景、与人类一般的智慧无关。

^① 这里值得注意的是，传统的英国实践禁止法官在律师不在场时自行进行（事实）调查（现在所有缓和），即使对于法律来说也是如此。没有被当事人所引用和主张，或者没有在公开的法庭上被讨论的案件和成文法甚至都不被视为是存在的。这一实践或许在美国人看来是奇特的，但它是言辞性（*orality*）传统的一部分，它强调，对于所有当事人来说，不透明和不可为论证所用的信息都不应当在诉讼中被呈交。参见 Delmar Karlen, *Appellate Courts in the United States and England* (1964); Suzanne Ehrenberg, “Embracing the Writing-Centered Legal Process”, 89 *Iowa L. Rev.* 1159 (2004); Robert J. Martineau, “The Value of Appellate Oral Argument: A Challenge to the Conventional Wisdom”, 72 *Iowa L. Rev.* 1 (1986); Richard A. Posner, “Judicial Autonomy in a Political Environment”, 38 *Ariz. St. L. Rev.* 1, 10 (2006)。这一传统会产生超长的上诉审理辩（它通常会花数天时间，而不像在美国上诉法院中每方通常只有三十分钟时间），因为人们期待的是，法官依赖的所有信息对于双方当事人来说都可以公开辩论，它产生了一种依赖于很少一部分被广泛接受的法律渊源的倾向。但它的确预先制止了大多数这类反对意见：法官的判决是根据双方当事人未知或未被争论的信息来作出的。

^② 参见 4.4 章节的讨论，见前文。同样可见 Frederick Schauer & Virginia J. Wise, “Non-Legal Information and the Delegalization of Law”, 29 *J. Legal Stud.* 495 (2000)。

第 12 章

举证责任及相关概念

12.1 举证责任

法律穿梭在不确定性的迷雾之中。为了查明过去所发生的事情，法律体系必须应对记忆错误、文件遗失、证据下落不明、陪审员注意力不集中和不计其数的其他障碍，以便满怀信心地了解数个月或数年之前发生了什么。即使是在试图对应当将什么样的法律适用于如此不完美的事实作出评估时，律师和法官也会面对一个充斥着矛盾的先例、模糊的成文法、重大的分歧及大量其他障碍的世界，他们要能够在这个世界中决定法律的要求究竟是什么。

不仅法律确实在不确定的条件下运作，而且法律体系也是个复杂的体系。权力分立，就这一术语非技术性（或至少非宪法性）的意义而言，在其中是个支配性的原因。上诉法院必须要考虑分配给初审法官和初审陪审团的任務，联邦法院要从宪法上认可州法院的恰当管辖领域，反之亦然；对立法和行政行为进行司法审查的法院要承认立法机关和专业化的专门机关的专属责任。法官要面对的极少只是“什么是对的”这个问题，而几乎总是充斥着“谁有权决定什么是对的”这个争点。管辖权（*jurisdiction*）对于民事诉讼法来说或许是个重要因素，但它对于法律本身的结构和观念

来说更为核心，因为法律的独特之处在于，它不仅关注作出什么样的决定，而且也关注作出这一决定属于谁的权力。

在这种不确定性和责任分担的情况下，举证责任及相伴随的概念——尊重（*deference*）和推定（*presumption*），扮演着重要的角色。这些概念恰恰告诉我们，为了获得特定的结论，法律体系需要达到何种程度的确定性；它们也间接地指引法律体系，在不够确定的事件中将会发生什么后果。通过明确法律要达到何种确信度才能产生特定的法律后果，举证责任（尤其）反映出的是深层的实质价值，而不仅仅是程序性价值，这些价值的变化取决于产生何种法律后果。

举证责任对于刑事案件来说再熟悉不过，在这里我们碰到了那个著名的要求，即控方必须要证明案件达到了“排除合理怀疑”（*beyond a reasonable doubt*）的程度。但这意味着什么，它又反映出什么样的价值？为了回答这些问题，也出于简单和清晰的目的，让我们来为举证责任分配一些粗糙的数字概率。^①例如我们可以从这样的假设开始：为了宣告有罪，控方必须证明案件使得陪审团对被告的罪行产生 95% 的确信度。这一百分比在某种意义上是任意的，或最起码只是个粗糙的估计，但它抓住了这样一个核心观念：排除合理怀疑这一标准要求：为了作出有罪宣告，陪审团或法官对于被告的罪行要拥有非常高的确信度。假如他们没有达到 95% 的确定度，那么就必须作出“无罪”的判决。

这种严格的举证责任的一个重要特征在于，假如它被认真对待——没有理由认为在大多数刑事案件中并非如此——就可以系统性地预见到，95% 这一“排除合理怀疑”的标准会让很大一部分有罪的人逃脱惩罚。假

^① 参见 Frederick Mosteller & Cleo Youtz, “Quantifying Probabilistic Assessments”, 5 *Statistical Sci.* 2 (1990)。

设有十个被告，他们中每个人犯罪的概率都是 90%，也都只是 90%。假如陪审团恪尽职守，那么所有这十个被告都将被释放，因为在这些案件中，控方都没有满足对被告的罪行达到 95% 的确信度这一举证责任的要求。但因为十个被告中的每个人事实上都有 90% 的概率从事了控方所指控的那种犯罪行为，所以我们可以预料到，十个被宣告无罪的被告中有九个实际上会是有罪的，尽管现在他们被释放了。

因为可能会让这么多的有罪者脱逃惩罚，所以“排除合理怀疑”的标准看起来像是很糟糕的观念。当然，在许多政治家看来它确实如此，他们声称法律体系过于放纵罪犯，让太多罪犯逃离了罪有应得的处境。但威廉·布莱克斯通给出了关于这一法律态度的标准辩护。他在 1769 年写道，“法律认为，即使让十个有罪者脱逃惩罚也要好过让一个无辜者被错误地惩罚。”^① 布莱克斯通的想法是，假如法律体系在刑事案件中采用了较低的举证责任，例如 60%，那么我们可以预料到，对于每十位犯罪概率不多不少恰好达到 60% 的被告来说，所有这十个人都将会被送进监狱，但他们中却只有六个是有罪的。^② 无罪的人应该被释放，但有四个无辜者受到了惩罚。对于布莱克斯通及其拥护的法律体系来说，这太过分了。布莱克斯通当时认为，我们现在依然认为，让有罪者脱罪是不幸的，但让无辜者被判刑则还要糟糕得多。因此，法律体系就以这样的方式来校准举证责任：让法律

^① 4 William Blackstone, *Commentaries* * 358. 布莱克斯通并不是表达这一观念的第一人，约翰·福蒂斯丘在 1471 年就已经写道，“实际上，我宁愿让二十个有罪的人侥幸脱逃，也不愿意让一个无辜者遭受不公正的惩罚。” Sir John Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae* 65 (Dr. Chrimes ed., 1942) (1471). 在 1824 年有人说，“九十九个……罪犯脱逃也要好过一个无辜者被惩罚。” Thomas Starkie, *Evidence* 756 (1824). 福蒂斯丘、布莱克斯通和斯塔基表达的都是同一个原则，但十比一、二十比一、九十九比一之间的差别反映出了关于两类错误之相对危害性的不同观点。概括参见 Alexander Volokh, “n Guilty Men”, 146 *U. Pa. L. Rev.* 173 (1997)。

^② 值得注意的是，对于统计倾向来说，布莱克斯通的十比一比率反映的是 0.91 这一潜在的举证责任。

可以因宣告有罪者有罪而服务于社会利益，但同时使得它所惩罚的无辜者的数量保持在一个非常低的水准上。^①

布莱克斯通关于不确定性问题的解决办法——这也是我们的解决办法——远非完美。假如我们真的从来不想宣告无辜者有罪，那么我们会设定极其严格的举证责任——绝对的确定性，或由前后相续的三个陪审团都达到 99.99% 的确定性程度，或诸如此类的标准——如此一来我们就能解决大部分宣告无辜者有罪的问题了。但假如我们真的这么做了，其代价将是宣告太少的有罪者有罪。普通法体系所选择的标准反映出某种平衡，但它认为重心大大倾向于宣告无辜者有罪的社会判断的平衡要比释放有罪者糟糕得多。但同样地，避免宣告无辜者有罪也不是这里唯一的社会价值。

现在让我们来将刑事标准与通常运用于民事案件的标准作一对比。在民事案件中，只要原告能以优势证据（preponderance of the evidence）来证明她的案件，她就将胜诉；英国人称之为“概率均衡”（balance of probabilities）。假如原告以刚好够的优势——例如，50.000001%——来证明她的案件，她就将胜诉，但假如她没达到这条线，她就将败诉。

这个标准完全不同于刑事案件中所运用的标准，因为两者涉及的价值完全不同。是的，假如（例如）一个实际上无过错的被告被认定要为一起侵权行为负责并支付赔偿，这是令人遗憾的。但在法律看来，另一种情况更加令人遗憾：因他人的过错而受伤害的人，因被告被错误地认为不需要负责而无法获得救济。不同于刑事案件——在这里，我们将监禁无辜者的错误视为比释放有罪者的错误更加糟糕，在民事领域，我们认为原告不当地未受补偿的错误并不比被告不当地承担责任的错误要小。这两种错误是

^① 参见 John Kaplan, "Decision Theory and the Factfinding Process", 20 *Stan. L. Rev.* 1075 (1968)。

相当的，这里采纳的举证责任反映出了双方价值的这种潜在平等性。^①

尽管排除合理怀疑的证明与优势证据的证明是最知名和被最广泛运用的法律举证责任，但事实上还有许多其他的证明标准。例如，人们不会被送进精神病院，除非有“清晰且令人信服”（clear and convincing）的证据证明他们对于自己或他人会造成危险，而一般认为这一标准在某种程度上要高于优势证据的证明，但在某种程度上又要低于排除合理怀疑的证明。^②只有当警察能基于“合理依据”（probable cause）——宪法第十四修正案准确使用了这一语词——认为，搜查活动会找到他们正在调查的犯罪证据时，他们才能获得搜查令。虽然将这一标准转变为数字或许更加困难，但很容易理解的是，比起“合理怀疑”（reasonable suspicion）的标准（当警察要拦住某人进行询问但并不想搜查他的住所时会运用这一标准），它使得警察负担了更高的举证责任。^③

虽然在对民事案件或刑事案件的结果作出终审决定时，举证责任的作用是最明显的，但当它与终审判决之前必须作出的各种决定一起运用时，或者当这种责任依据案件的各个要素被分配于一方或另一方当事人时，它甚至更加盛行。为了准备审理案件的法官要听取的大量法律和事实问题，为了审判过程中出现的程序和证据争点，也为了大量的实质争点，一方或另一方当事人将承担起所谓的说服责任（burden of persuasion）。例如，在刑事案件中，被告人将为诸如精神障碍、不在场证明和正当防卫的辩护承

① 事实上，事情比这还要更复杂一些，因为原告必须用优势证据来证明某行动过程的每个要素。换句话说，原告为了胜诉，必须用优势证据来证明所有的要素，而被告只要证明有一个要素满足了这一标准就会胜诉。其效果在于将这样一种负担置于要想实际胜诉的原告一方，它比刚好够的优势要高一些。参见 Ronald J. Allen, “The Nature of Juridical Proof”, 13 *Cardozo L. Rev.* 373 (1991)。

② 参见 *Addington v. Texas*, 441 U. S. 418, 432-33 (1979)。

③ 参见 *Alabama v. White*, 496 U. S. 325 (1990); *Terry v. Ohio*, 392 U. S. 1 (1968)。

担说服责任。而在涉及侵入或殴打的侵权诉讼中，主张（已与对方达成）合意的被告必须说服事实审判者确信存在着这种合意，相反，原告必须说明不存在这种合意。在审判时或审判前出现的大多数程序性争议中，将由提出主张的一方来承担说服责任。

说服责任需要与出示责任（burden of production）区分开来，后者有时也被称为提出证据的责任。很大程度上因为一方或另一方当事人更可能拥有相关信息，法律通常会将出示充分事实的责任分配给特定的一方当事人，以开启对某事的论辩，这就是所谓的出示责任。有时承担出示责任的当事人也会承担说服责任，但通常来说两者还是有区别的。例如，在涉及强制履行的合同案件中，通常由被告承担责任来举出充分证据，对相互误解、履行不能或解除合同等可能性展开争论，但一旦被告满足了这种出示责任，说服责任就将落在主张强制履行合同的原告一方，他要说明的是，合同没有解除，不存在相互误解，也缺乏履行不能的情形。^①

无论是案件整体上的举证责任，还是特定争点的说服责任，或是出示证据的责任，重要的是要记住这个重要的主旨：这些手段被称为“责任（负担）”是有原因的。从律师的角度来说，这些责任（负担）就像大部分其他责任一样，几乎从定义就可看出是人们不想去承担的东西。举证责任（无论针对的是案件整体还是部分）是某种律师希望她的对手去承担的东西，法律论证活动的很大一部分通常都在于，试图说服法官（或陪审团）去让你的对手承担论证责任（负担）。我们可以稍带夸张地说，一旦你让你的对手在某个争点上承担了论证责任（负担），你作为律师的工作也就完成了。我们知道，在刑事案件中，即使是严格的举证责任也经常会得到满足。

^① 参见 Robert E. Scott & George C. Triantis, "Anticipating Litigation in Contract Design", 116 *Yale L. J.* 814 (2006)。

尽管如此，能够说服决策者让对方去承担举证责任的律师就已经在很大程度上取得了先发优势，其结果是，在法律论证中，关于举证责任的论证如同关于法律和事实本身的论证一样频繁地发生。

12.2 推定

就像我们刚刚看到的，分配证明、说服和出示的责任是法律在事实不确定的情况下决策的一种方式。但它不是唯一的方式。法律通常会运用推定 (*presumption*)，推定是事实调查的出发点，它明确了假如承担举证责任的当事人没有满足举证责任从而推翻该推定，那么什么样的事实将被认为是真实的。也明确了当一方当事人证明了某个特定事实时，什么样的其他事实会被认为也同时得到了证明。

从某些方面来说，推定优先于举证责任，但也与举证责任有着密切联系，因为通常是推定确定了由谁来承担举证责任，而该方当事人需要证明到何种程度才能满足它则是另一个问题。同样是推定明确了，假如在某个争点上承担举证责任的当事人没有满足它，会发生什么样的后果。例如，当我们说刑事案件的被告被推定无罪时，我们同样也说由控方承担举证责任，假如不能满足它，就会导致被告被无罪释放的后果。类似地，当认为遗嘱被推定恰当地签署时，^① 它的效果是，主张存在欺诈、胁迫或无能力的当事人必须证明这些否定性条件中的一个现实地成就了，如果没有进行这种证明，法院就会承认遗嘱的效力，即使主张遗嘱有效签署的当事人什么也没有证明。相同地，普通法传统中存在着婚生推定，即一个孩子被推定为他父母的婚生后代，此时的举证负担落在对婚生提出挑战的人身上（例

① 参见 *Slack v. Truitt*, 719 A.2d 129 (Md. 2002)。

如在围绕遗产继承发生争议的场所)，他要说明被推定的婚生事实实际上并不存在。^①或许我们最熟悉的推定是“事实摆在眼前”（*res ipsa loquitur*，“事情不言自明”），它的效果在于确定，例如，在手术后有一块海绵或一把手术用具留在了外科手术病人的腹腔里，他就不需要证明（护士或医生存在）过失，因为这件事情本身就足以推定存在过失了。^②

十分常见的推定并非在一片空白的基础上进行，而是要求一方当事人证明某事，借此推定其他事情存在。一个合适的例子是大多数管辖区中存在已久的一个规则，即只要证明一封信已被投递，就可以推定它已被接收了。^③因此，无罪推定也许是不同寻常的，因为它是法律体系的背景性假定。但在通常情形中，法律体系会要求一方当事人证明 A，并当 A 得到证明后推定存在 B。事故死亡保险单的受益人必须证明，死者死于自然原因之外的事件，但依据“非自杀推定”（*presumption against suicide*）通常可以认为，假如索赔人已证明这一点^④，那么将推定（死者死于）事故而非自杀。因此，保险公司将承担提出和证明自杀的责任，如果不能满足这一责任，死亡就会被推定为由事故引起。^⑤

常见的做法是区分可推翻的推定与不可推翻的（有时也被称为“终局性的”）推定。前者与举证责任联系密切。当被告被推定无罪时，当海绵

① 例如参见 *John M. v. Paula T.*, 571 A.2d 1380 (Pa. 1990); *Joseph Gullen Ayer, Jr.*, “*Legitimacy and Marriage*”, 16 *Harv. L. Rev.* 22 (1902)。

② 例如参见 Fla. Stat. § 776.102 (4) (2004); *Armstrong v. Wallace*, 47 P.2d 740 (Cal. 1939); *Fink v. Bonham*, 183 N. E. 312 (ind. 1932)。

③ 例如参见 *Hagner v. United States*, 285 U. S. 427 (1932); *santana Gonzalez v. Attorney General*, 506 F.3d 274, 278-79 (3rd Cir. 2007); *Holt. v. Mississippi Employment Security Commission*, 724 So.2d 466, 471 (Miss. Cit. App. 1998)。

④ “这一点”指的是前述“死者死于自然原因之外的事件”——译注。

⑤ 参见 *Davision v. National Life & Accident Insurance Co.*, 126 S.E.2d 811 (Ga. 1962); *Schelberger v. Eastern Savings Bank*, 458 N. E. 2d 1225 (N. Y. 1983)。

被推定由于护士或医生的过失遗留在了病人的腹腔之中时，当孩子被推定为婚生时，当遗嘱被推定为已有效签署时，另一方当事人仍有机会——通过分配给他的论证负担——去证明，推定出的事实在本案中实际上并非实情。例如，遗嘱有效的推定并不妨碍另一方当事人尝试去证明，这份遗嘱是被胁迫立下的，或是受欺诈的结果，或是由某个署名时精神状态并不健全的人所立的。假如能获得这类证明，那么推定就可以被认为推翻了。就此而言，推定实际上是对举证责任的分配，是对承担举证责任一方当事人所负的举证责任的具体规定，是对这一事实的声明：假如负有责任的一方当事人没有举证，或者举证了但没有满足他的举证责任，那么这一事实就被认为存在。

不可推翻的推定完全不同。在结构上，它们类似于可推翻的推定，因为不可推翻的推定同样说明了法律假定存在的事态（即使并不存在）。但因为法律不允许另一方当事人挑战不可推翻的推定的结论，所以它与程序性争点，诸如出示责任或举证责任，并无关联。实际上，不可推翻的推定与我们所简称为法律规则的东西几乎没啥区别，除了表述形式外。例如，像所有其他州一样，佛罗里达州的一部法律禁止非法销售和传播毒品，包括可卡因。这部法律对那些从事非法毒品交易的人施加的处罚，要比对那些只是拥有毒品的人施加的处罚高得多。它进一步规定，凡拥有 28 克以上可卡因的人都被不可推翻地推定在非法从事毒品交易，因而有罪。^①换句话说，假如你拥有的可卡因被认定为超过了 28 克，那么你就被推定是个可卡因贩子，无论你实际上是不是。举证责任并不构成争点，因为法律就是不允许你去推翻那个推定，即使在你看来它完全是错的。

也许这样的推定看上去是不公平的，实际上，如果让时间往回退上数

① Fla. Stat. § 893.135 (1)(b)(1)(Supp.2002) .

年，回到二十世纪七十年代，这类推定在最高法院看来的是非常不公平的。^①但正如最高法院在进一步的反思之后逐渐意识到的，^②不可推翻的推定与任何其他法律规则之间几乎没有差别。是的，拥有 28 克可卡因的人可能并不是毒品贩子，但在限速 55 英里每小时的地带以 70 英里时速开车的人也可能并没有不安全驾驶，在六个月之内先买后卖自己公司股票的内幕人士也可能根本就没有任何内幕信息。但就像我们在第 2 章中看到的，规则起作用的方式恰恰在于切断了对它们背后的正当化依据的追问，基本没有人会对此感到惊讶：超过时速限制但非常安全地驾驶仍然会收到超速罚单。

一旦我们明白，即使当规则产生的结果并不等于直接适用理由或背后的正当化依据所产生的结果时，规则依然有效，那么我们就可以用恰当的视角来看待不可推翻的推定。假如是为了应对可卡因销售的问题（背后的正当化依据），佛罗里达州直接禁止拥有 28 克以上可卡因，那么无交易行为的（毒品）拥有者并不见得比超过时速限制安全驾驶者拥有更好的论据。就像我们会对安全驾驶者说，即使他不在法律所意图包含的那类人之内，他也违背了法律，我们也可以对无交易行为的毒品拥有者说同样的话。因而不可推翻的推定恰恰是描述所有法律规则的普遍特征的另一种方式，没有任何理由可以假定这里存在什么深层错误。

因此，利益的范畴就属于可推翻的推定的范畴，因为它们实际上造成了程序上的影响。通过分配证明和说服责任，通过明确我们所认为的事实“默认”（default）是什么，可推翻的推定就成为构造诉讼的基本要素，不仅服务于实体性的法律目标，而且试图来确保，稀缺的法律和司法资源不会因迫使当事人将时间和金钱用于证明通常但不总是为真实的对象而浪费。

① 参见 *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U. S. 632 (1974); *United States Department of Agriculture v. Murry*, 413 U. S. 508 (1973); *Vlandis v. Kline*, 412 U. S. 441 (1973)。

② *Weinberger v. Salfi*, 422 U. S. 749 (1975)。

大多数推定出现在关于事实的语境之中。但推定既可以是法律上的，也可以是事实上的。例如想一想美国关于平等保护主义的结构。目前，广为接受的是，州基于种族、宗教、族群特点和民族出身所作的区分被推定为是不合宪的，只有当州能证明是为了重大利益来作这种分类，并同时能证明，没有（对平等）限制更少的替代性手段用以实现那种利益时，这种区分才能得到支持。^① 这里涉及的不是事实问题而是法律问题，但我们在谈论的依然是推定。法律被假定为不合宪，但州可以通过满足一种沉重的证立责任来推翻这一假定。相反，当一部成文法在这一“可疑的”区分范畴之内进行区分时，它被假定为宪法上允许的，只有当质疑者满足了它的负担来证明这种分类不理性时，它才会被宣告无效。

最终，这类推定不仅流行于宪法领域，而且可能也是对美国的许多法律运作特征所作的一般性描绘。就像我们在本书中多处所看到的，在美国法律中，法官有时会将形式法字面的或最直接的指示搁在一旁，为的是服务于法律的目的，或实现正义这一更大的目标。例如，里格斯诉帕尔玛案^②、圣三一教堂诉美国案^③和美国诉科比案^④的特征是追求公平，这在美国法律风景中属于司空见惯的现象。但也有这样的情况，即使当形式法产生的结果在某种程度上是不公正的，或从其他角度来说在某种程度上是次优的，它依然经常会发挥效力。我们正可以用这种方式来解释田纳西流域管理局诉希尔案（*TVA v. Hill*）^⑤，宪法的权力分立案件如移民归化局诉查达案

① 参见 *Palmore v. Sidoti*, 466 U. S. 429 (1984); *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)。这一标准实际上起源于一个臭名昭著的案件 *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944)，在该案中，最高法院认为，在“二战”期间拘留日裔美国人满足了“重大利益”这一标准。

② 22 N. E. 188 (N. Y. 1889)。

③ 143 U. S. 457 (1892)。

④ 74 U. S. (7 Wall.) 482 (1868)。

⑤ 437 U. S. 153 (1978)。

(*Immigration and Naturalization Service v. Chadha*)^①以及鲍舍诉西纳尔案(*Bowsher v. Synar*)^②为代表的大量案件(与埃尔默·帕尔玛案不同,在这些案件中,应以某种方式对立遗嘱人之死负责的卑鄙受益人被允许继承遗产),甚至美国诉洛克案^③。或许法律或规范性推定的观念至少是对这两组看上去相互对立的案件和判决进行部分调和的最好方式。这意味着,对大多数美国法律的最佳描绘方式或许是指出,法律形式性的方面——规则或先例所表述的——会被假定起到支配作用,但形式法所指示的结果并不会是案件的最终结果,假如承担形式结果的一方当事人能证明或说服法庭,作出这一指示的结论将是十分不公正的,或从其他角度来看并不只是简单错误,而是错得离谱了。在关于规则与先例的效果上采取这一态度时,美国法律也许将通过推定的观念,一边调和稳定性和可预见性的需求(它们通过形式化地对待法律而得到满足),另一边承认形式法无法总是给出正确的答案,有时错误的答案是错得如此离谱,以至于假如法律体系对此无所作为就将是负责任和应受谴责的。

12.3 尊重与决策责任的分配

在举证责任与推定的同一个观念集合中,我们还可以找到尊重(*deference*)的观念。或许比起其他制度,法律在技术和非技术的双重意义上更加关注管辖权问题。在技术的意义上,法律关心的是,某法院是否有权以及什么时候有权作出判决,并执行一项不利于特定个人和其他组织

① 462 U. S. 919 (1983).

② 478 U. S. 714 (1986).

③ 471 U. S. 84 (1984).

的裁判。例如，对人管辖权 (*personal jurisdiction*) 涉及的是，法院能否审理和裁决某个与法院所在地几乎没有任何联系的人的案件，或者，它有时涉及的是，法院能否对持有特定类型立场的人行使权力。^① 有时候管辖权问题并不那么在意法院可以审理谁，而更加在意法院可以裁判什么。因此，我们所称的事项管辖权 (*subject matter jurisdiction*) 涉及的是，法院是否能审理诸如这类案件：例如，联邦法院必须决定，它对不同州公民之间的公民身份多样性案件的判决权，是否包含着判决涉及某个州的公民与另一个州本身之间的案件。^②

但就像前面简要提及的，假如我们只关注对人管辖权和事项管辖权的程序问题的话，那么管辖权的概念在法律中所起的作用要比我们猜想的更大。在这一更宽泛的意义上，管辖权涉及的是谁有权决定什么，而法律思维普遍关注的问题是，作出决定的机构是否有权这么做。尤其是对于法律来说，决定是正确的还不够。作出决定的法官或其他人，或作出决定的机构，必须要得到法律的授权去这么做。联邦主义是否是属于宪法层面的事，国会立法什么时候优先于州立法，该由法官还是陪审团来判断事实问题，大部分法律决定都（有时是明显地、但通常是隐含地）不仅包含着关于某判决是否正确的问题，而且也包含着它是否由正确的机构作出的问题。

许多这类争点出现在直接确定管辖权或决策主体的语境之中。但有时它们包含在尊重这一重要的问题之中：在什么情境中，决策者会尊重另一个主体的决定，即使决策者认为这另一个主体的决定是错的？^③ 从某些方

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803). 该案因确立了司法审查权而名声大噪，但在当时它争议极大，并激怒了托马斯·杰弗逊 (Thomas Jefferson) 总统，因为它声称对政府行政分支的官员拥有管辖权。

② 它并没有这种权力。 *Moor v. Alameda County*, 411 U. S. 693, 717 (1973)。

③ 概括参见 Philip Soper, *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals* (2002)。

面来说，这类似于我们在第4章中所处理的权威问题，但通常尊重恰恰在相反的方向上起作用。当我们想象权威时，我们通常将它设想为一种从上到下的关系。那些拥有权威的主体——警官、父母、教师、最高法院——发布命令或作出决定，而那些地位低于他们的主体则被希望去服从（这些决定），即使他们并不赞成决定。尊重权威就是从底端望向顶端。尊重同样包含着对尊重者并不赞成的决定的尊重，但相反，它通常是从顶端望向底端，而不是从底端望向顶端的。通过尊重这种方式，那些居于阶层体系中更高位置的主体容许那些位处他们之下的主体拥有某些（决定的）余地，这是为了追求效率、尊敬、专业化、多样性或者广义上的权力分立。

因此，很常见的情形是，一家上诉法院会尊重初审法官的决定，当这么做时，它会指出，即使它在阶层构造中的地位高于初审法官，它也会承认某些初审判决是有效的，即便它并不赞同后者。当法官尊重陪审团，最高法院尊重国会或行政机关，或者欧盟人权法院容许成员国自己享有涉及个人权利决定的“自由判断的界限”时，都是如此。

尊重以重要的方式与推定和举证责任紧密联系，通常它们之间的中介性观念是审查标准（*standard of review*）这一观念。当上诉法院审查下级法院的判决时，或者当法院审查某个行政机关的行为时，它通常是依照某个明确的审查标准来操作的，后者在某种意义上是举证责任的镜像。例如，法院通常不会推翻某个行政机关的行为，除非它认定这一行为是专断任意和反复无常的（*arbitrary and capricious*），^① 上诉法院一般不会推翻初审法院所作的关于采纳或排除证据的裁定，除非它认定存在滥用裁量权的

① 参见 William S. Jordan, "Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability to Achieve Regulatory Goals through Informal Rulemaking?", 94 *Nw. U. L. Rev.* 393 (2000)。

情形。^① 这类标准具有高度尊重的性质，因为它们的言下之意是，大部分关于证据的决定和行政决定都将得到维持，即使法官们并不赞成它们，除非这些决定（例如）是异乎寻常或极端错误的。根据这些高度尊重的标准，在上级法院看来只是有些许错误，甚至是有重大错误的决定，都将容许被维持。

类似的标准适用于对陪审团裁决的审查，或对初审法院事实认定的上诉审查，或者大量其他问题。但另一些时候，审查标准就不再这么具有尊重性了。当上诉法院审查“新发现”（*finding de novo*）——“从头开始”（*from the beginning*）——时，它的观念是，上诉法院不应尊重下级法院或机构，而应该作出自己的决定，这也是或明或暗地用于审查法律问题的标准。例如，当上诉法院审查初审法院关于成文法解释的裁定时，它通常会指明或者会假定，它解释那部法律的能力并不低于初审法院的能力。这里不存在需要倾听的证词，也没有需要被评估的外在证据，所以上诉审尊重初审决定的标准理由并不存在——除了简单的效率追求外，在这些情境中，上诉法院几乎会毫不犹豫地用它们自己的司法判决来取代另一个法官的判决。传统上，对于行政机关所作的法律决定来说同样如此，在这种情形中，行政机关被推定在事实和政策问题上更为专业，但对于成文法解释的问题就并非如此了。^②

所以，尊重、法律推定和举证责任不仅是协作合作的概念，而且在某些方面和某些语境中，它们也是从不同的立场叙说同一件事的不同方式。

^① 参见 *Old Chief v. United States*, 519 U. S. 172 (1997)。

^② 在最高法院对 *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984) 一案作出判决之后，进行审查的法院甚至被希望去尊重行政机关对于它主要的规制性成文法的解释。审理谢弗林案的法院为这一立场转变提供的正当性依据在于，行政机关被推定在理解它总是要处理的那些技术化和细节化之成文法的来龙去脉方面更为专业，但谢弗林案判决的正当性依据也可以被简单地看作是为了避免浪费稀缺的司法资源。

在刑事案件中被告人有权得到尊重，这种观念或许是难以理解的，因此在刑事案件的语境中，对于控方承担举证责任这一事实或许并没有必然的推论。然而，在其他语境中，举证责任、尊重和审查标准之间的关联更加明显。所以，这种说法非常合理：因为某个行政机关被推定在其专业范围内作出了正确决定，所以它有权获得尊重，因此只有当质疑者能满足举证责任来证明，这一机构的决定（例如）是专断任意和反复无常的时候，它的决定才能被推翻。在前面这句话中只存在一个关系，尊重、推定、举证责任和审查标准都是从不同角度描述这同一个关系的不同方式而已。

本章所描述的关系与概念不仅彼此相连，而且也与本书的更大主题相关。当一家法院尊重下级法院或行政机关时，或者当它依据很高的审查标准来运作时，它实际上就已准备好来承认——或许用容忍一词更好——某些它认为是错误的结论了。对于推定来说同样如此，在不确定的条件下，它有时会迫使（人们）得出并不真实的事实结论。而当一方当事人发现自己要承担起举证责任时，他有时无法来证明某个事实上存在的东西。就像刑法中“排除合理怀疑”的标准会宣告某些可能有罪的人无罪，任何高标准的举证责任都会使得运作它的体系犯某些错误，尽管但愿它们都是那类对的错误（mistakes of the right kind），就像宣告有罪者无罪那样。

在承认某些多半属于那类对的错误不可避免，且它们从战略上或长期来看是可欲的时候，法律体系对举证责任、推定、审查标准和尊重原则的运用（或许尤其是尊重原则）就很类似于法律体系对规则和先例的运用，也类似于法律体系至少部分地对形式性的忠诚。它也许同样类似于法律体系的这种意愿，即根据并非最好或最可资利用的信息来作决定。在所有这些层面上，相比于许多其他决策机制，法律更乐意认可错误的答案或至少是次优的答案，而这么做是为了实现更大或更长远的制度性价值，同时也是为了实现这样的观念：从长远看，获得最大数量的正确决定的最佳途径

通常不在于在所有场合都试图去作出最佳决定。就这种运作方式而言，法律和法律推理或许与其他决策机制在类型上（in kind）并没有差别，但它们在程度上（in degree）却有差别。大多数时候，当法律运用它的典型推理方式时，它的核心在于接受这一事实：最佳决定并不总是最佳的法律决定。法律并不是故意想要举止乖张才以这种方式运作的。但是，它的确想十分严肃地去对待制度性价值，这么做的目的是希望从长远来看，依靠正确的制度要比让每个人自己去直接作出最佳决定，对于我们来讲会更好。

译后记

2013年的法理学界因为一场论战而显得有些热闹。论战的一方是北京大学的苏力教授，另一方是复旦大学的孙笑侠教授，论战的主题则是“是否存在法律人思维（或者说独特的法律人思维）”。苏力教授首先在《北大法律评论》第14卷第2辑刊发了《法律人思维？》一文，矛头直指“矫情地、望文生义地”寄情于所谓法律人思维的中国法律人。文章延续了苏力教授一贯的思路和风格，从美国法学院“像法律人那样思考”这句口头禅的实际含义说起——像法律人那样思考从来也不意味着法律人有什么独一无二的思维，它的本意在于鼓励法学院新生尽快熟悉实践中的制度环境与法律技术，接着运用了大量例子和经验材料论证法律人并没有专有的思维，考虑社会后果是包括法律人在内所有人的特点，最终认为它是中国法律人为了自己的特权有意营造出来的说法。面对如此挑战“常识”和“尊严”的观点，作为最早在中国倡导法律思维和法律职业化的学者之一，孙笑侠教授奋起应战，于2013年《中外法学》第6期刊发《法律人思维的二元论》一文，指出苏力教授以偏概全，以实用主义所偏好的结果主义导向遮蔽了通常情形中法律人的规则主义取向，以“超越法律”这种例外情形替代“遵循规则”的常态。孙教授认为不能夸大“超越法律”的功能和意义，更不应否定法教义学上法律人特有的思维方法。法律人思

维的二元论中，法教义学是基本的，是主要的；法律现实主义是补充的，是次要的。法律人思维真实存在，它并不是中国法律人的假意（有意）虚构。一些青年同仁立刻将两位学者的论文传到了网上，并引发了大量跟帖、热议和争论。

机缘巧合，当我在微博上读到两位学者的文字时，正在为下一学期即将面向本科生开设的“法理学研讨课”做准备。当时初步选定了弗吉尼亚大学弗里德里克·肖尔（Frederick Schauer）教授的《像法律人那样思考：法律推理新论》（哈佛大学出版社2009年版）一书，并刚开始阅读。肖尔教授曾执教于哈佛大学肯尼迪学院，是美国当代知名的宪法学者和法理学者，以研究美国宪法第一修正案著称，也是法理学领域“新形式主义”的代表人物。他在法理学方面的著作除了上述这本外，尚有出版更早、学术性更强的《以规则来游戏：对法律与生活领域基于规则之决策的哲学探究》一书（牛津大学出版社1991年版）。由于《像法律人那样思考》是写给法学院新生的，据闻是美国法学院流行的参考书，所以我选定它作为本科生阅读和讨论的对象。恰好因着苏力和孙笑侠两位教授的论战，尤其是看到苏力教授也援引了这本书，但用来支持的立场却与本书主旨相异，所以更坚定了选择此书的信心，并存了让头脑中不带任何前见的本科生们来探讨和评判这个问题的念头。

2014年上半年，以肖尔的书为基础，并参阅其他辅读文献，我和法大涉外法学实验班一年级的本科生们就这一问题展开了一个学期的讨论。学生们的热情让我感动，他们的外文阅读能力和思考问题的深度超过了我的预期。当然，也存在一些问题。虽然从整体上说，大部分学生都支持有法律人思维这回事，但理由、立场各有差异。没有经受过学术训练的学生们虽然思维活跃、想法新鲜，但也往往无法区分问题讨论的层次，会将大量

[General Information]

书名=像法律人那样思考

作者=Frederick

页数=260

SS号=14026915

DX号=

出版日期=2016.07

出版社=北京中国法制出版社