

法官判决时拥有多少自由 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_AE\\_98\\_E5\\_88\\_A4\\_E5\\_c122\\_483625.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_B3_95_E5_AE_98_E5_88_A4_E5_c122_483625.htm) 译者按：此文为曾十余年担任美国第二巡回区上诉法院的大法官列纳翰

德(LeamedHand)于1935年所作的一篇演讲。演讲从探讨法律的概念出发，通过揭示法律语言的模糊性和有限性以及立法者的有界理性，得出法官在捕捉模糊的“公共意志”时永远无法摆脱介于法律文本和个人良知的两难困境的结论。此文发表距今半世纪有余，但其中对法律文字背后的文化观念的重视以及对个人良知、理性和集体意志的深入探讨，相信对处在“变法”过程中的中国的每一位立法者、法官都有不小的意义。今晚，我之所以选择关于法官判案的自由裁量权范围的题目，是因为我知道这个问题使许多人困惑不已。在有些人看来，法官作出判决应当求助于个人良知并遵从良知的指令，而不应被与自然意义上的善恶无关的纯技术性规则束缚。还有些人希望法官一丝不苟地遵从他们眼中的法律，即抱着在文本中可发掘法律的全部意义的心态来解读法律，对法律的解释永远不悖离字面意思。他们之所以这样要求法官，是因为他们理所当然地认为法官不应当篡夺行政机关的权力，而且实现个人正义或出于这样的目的追求结果正义，本身就构成这种侵占。在我看来，两方的看法都不正确。这个问题尽管是枯燥而抽象的，但谁也不能否定它的重要性。讨论这个问题将有助于我们对它的进一步认识，我们首先要做的是，找出所谓的法律究竟意味着什么。法哲学家们为廓清法律究竟是什么已经喋喋不休地争论了两千多年。有人认为

法律囊括某一社会中通行的习俗和惯例；有人认为法的范畴应当限定在国家机构以强制力保障实施的规则当中。关于法律这个词的用法可能存在颇多争议，但在论及文明、现代的社会时，更便于我们使用这个词的引申义。法律不意味着人们通常的行为，甚至也不意味着人们认为是正确的东西。当然，法律的含义也不仅仅指进步人士的所思所为。它是国家君主制也好，代议制也好迫使个人遵守的准则，它一定拥有某种机制保障它为人们一体遵循。承认这一点，我们就一定能找到一种界定作为指令的“法”的方法，因为法律是国家的命令，法律的有效实施要求它必然具有形式上的确定性。语言是法律表达自身内容的唯一途径，在现代文明的社会中法律通常是成文的。法律或是通过法定程序以成文法的形式制定出来，或是以书本中记录的由国家授权法官做出的权威判决的形式表现出来。正如发生在许多其他国家的事实所证明的那样，并没有一个不可避免的理由使得这些预先制订出来的东西被当作法律而存在，但这项原则在我们的国家以及绝大多数英国人定居并且讲英语的地方仍然适用。也许本不该这样，但事实就是如此。在所有的文明国家和近乎全部尚未步入文明社会的国家，法官都有责任解释法律的意思即说明国家通过法律发布的命令究竟是什么。当这些法官做出解释后，法律背后的力量便得以彰显。当法律已经被详细而谨慎地写入书本中后，这项工作看起来似乎挺简单人们只需阅读条文并讲解它们的意思即可。如果法律运用的语言是专为实现其目的创造的，好比数学、种种自然科学、音乐所用的语言符号那样，完成这个任务可能确实就像看起来那么简单。但在实践中，运用专门的语言必然是不可行的，因为统治

者勒令人们服从某一指令，该指令便大致要包含正义、便利、习惯几个要素，同时它们需用平常的语言写出。如此一来，这些指令方能被遵守它们的人们理解，同时不悖离人们关于善良、理智的行为的观念。不仅如此，如果法律运用一种特有的语言，这将使它无法应对突发状况。任何一个人的天分都没有高到使他具有预见到一切人类即将遭遇到的并制定出恰当规则予以调整的先见之明。举个例子来说，两辆汽车相撞了，在此特定案件的事实情况完全被搞清楚前，我们不可能事先认定每个司机在当时的情况下应当怎样做或不应当怎样做。法律在此开放性地向各方都要尽到合理的谨慎义务，但它无意解答什么是谨慎的意思，而将这个难题留给了从未接受过正规法律教育、碰巧成为十二名陪审员中的裁判者。这一案件的判决几乎全部诉求于法庭的良知。法官接下来从这些由平常语言表达的、并且一般不为多种多样的偶发事件提供解决方案的措词中找寻国家意志。现实当中这项工作是如何开展的呢？尽管他时常宣称并且确信他没有这么做，但他所做的就是阅读呈现在他面前的语言不论这些语言来自于成文法还是来自以前法官做出的判决并试图发现主权者或者他的先辈们在这种情况下会怎样做。他把这称作探寻法条和戒律的精神。而这，常常是站不住脚的。用语言文字书写法条的那个人在当时不可能对现在发生的案例有什么意图，刚刚发生的事并不在他的考虑范围之内。严格地说，即便立法者当时确有某种意图，今人也是无法探知的。立法者们所做的仅仅是将他们认为能够大致适用于某类情况的特定话语书写下来。逐字逐句地解释法条的结果，不是扭曲通常意义的理解，就是对人们给法条的适用范围做出的多种合理解释

充耳不闻。法官仅仅去查字典是不够的。如果他不再做点别的什么，他得到的答案在一个有理性、有常识的人看来很可能悖于立法者的本来意图。于是，一方面，法官不应超越前人之言，因为他的使命是去执行并且只执行那些既存的法律；另一方面，他也不能使先人之立法明显有违于自身目的或者目的落空。法官在权利义务关系不十分明朗的案件中常常处于这样的境地，就是说，在处理大量诉讼案件时都处于这样的境地。如我所说，那两个极端的流派中的任何一个都不会一以贯之地运用自身的理论，通常只在要维护的利益和自身理论相一致时才会想到它。其中一种学派认为法官应当毫无偏差地遵从法律的文意，我将其称为字典学派。在这一学派看来，不论产生怎样的结果，法官都以通常意义解读法律而从不越雷池半步。然而，没有一个法官以这种精神贯彻文本主义，人们不会长期容忍他这般行事。事实上，没有人会仅仅因为法律规定禁止在街道上流血去谴责在大街上为救助病人而给病人放血的外科医生，每个人都会说法律这么规定的意图仅仅在于防止街头斗殴，法律无意管辖上述事项。这个案例告诉我们，尽管国家通过了该项法律，尽管法律的字面意思包含了这一事项，法律也没有禁止医生对病人进行必要的救助。此学派的荒谬之处发展到极致的例子是，有个罪犯逃跑了，仅因为起诉状上遗漏了“该”字，该学派便宣称罪犯的所作所为危害了“国家安宁”而不是“该国的安宁”。诚然，成文法上规定了起诉状应当依后一种格式，但并不是说成文法的每一个音节都应包括在内。根据这些例子很容易得出这样的结论：法官过于拘泥于文字了，我们的社会需要的更多的是有常识的人。拥有一般常识的人永远是需要的

，可法官绝不总是这样的人他们和我们这些人也是很相象的。但当他们被给予过大自由时也很容易犯错误。另一个学派给予了法官几乎百分之百的自由他们辩称法官不应当考虑法律。直到现在这种主张还没有被实施过，尝试着去实施这种主张也不过是一种幻想。法官要使他的决定在一个诚实的人看来是正确的，最好的办法莫过于从自己的内心深处挖掘正确的决定。我已经说过，在某种意义上，当一个人试图解释法律时下述过程是不可避免的：法官试图找出统治者尚未用文字表达出的意图，于是将他认为的统治者应当说的话借统治者的嘴说出，这跟阐述他自己的是非观没什么两样。让他小心一些吧，否则他将侵占立法机关的权力，尽管在某些情况下他只有这么做才能执行法律的真实指令。在我们的国家，我们总是对混淆不同政府部门的工作职能充满敌意，尤其是那些立法的职能。法律只有在被制造出来后人们方能得知它究竟是什么。在我看来，权力部门职能的区分不应当被如此僵化地执行，它应当像制定宪法的前辈们所信奉的那样，拥有坚实而合理的基础并且具有指导意义；但人们也不会试图将职能划分当成“右行”那样的绝对法则。制定宪法的前辈们要建立属于人民的政府，同时他们相信实现这一目的的唯一途径就是授予人民直接或间接选择的团体以立法的权力，他们相信这一团体将表达国家的真正统治者人民的公共意志。弄清这些人或别的什么人究竟赋予了公意怎样的意义并不像看起来那么简单，不管他们认为公共意志是什么，我们只要知道他们没有将公意等同于任何一个人无论他是不是法官所认为是正确的和适当的东西就足够了。他们可能将法官设计成为公共意志的代言人，通过法官和广大人群的接触

找出公共意志。但他可能因此成为事实上的统治者，就像以色列的法官那样。所以，这些人仍然要将法官的活动限制在一定范围之内，在这个范围里法官作为有限的统治者发号施令。正如我们已经了解到的，不给法官一点点空间他们也不能完成自身任务。于是迄今为止，法官造法和法官解释法两者不能截然分开。法官必须永远记住的是，在面对个案时他绝不能超出国家所应行使的职能的范围。拿不准的时候，他必须先停下来，因为即便他知道怎样的结果才算正义，他也不能确定自己对社会中相互冲突的利益发表的观点带来的结果就将是正义。他不应当把自己的正义强加于人，否则他传播的就不是公共意志，人们的自我统治也就实现不了。所以你们也看到了，法官是处在如此自相矛盾的境地当中他同时被两个反方向的力牵引着。一方面，他只能执行由政府表达出的人民的意志而不是自己认为是最佳的东西；另一方面，他要尽十二分的努力将公共意志以具体的形式表现出来，试着诚实地解释其中潜藏的意思，而不是像个奴隶一样地在文字后亦步亦趋。没有人能准确无误地做好这件事，伟大的法官做的要比我们这些人好些。如果我们想将自我统制的理想变为现实的话，这件事就需要有人来做。一旦法官出现过失，人们随即找到判决中的瑕疵，大家就都将认识到事情的困难。在法官受到责难之前，他们应当被给予相信他们已经尽力而为的起码信任，这或许才是公平的。如果他们做错了什么，请不留情面地将他们写入教科书中去吧，但这件事情只应当由理解问题究竟出在那里的人来做。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)