

司法裁判中的平衡方法

——以丹宁勋爵的判决为视角

任 强

(中山大学法学院, 广东 广州 510275)

[摘要] 判决不仅靠严密的逻辑推理和精准的计算,还必须借助于多项标准进行平衡裁断。丹宁勋爵的裁判是对判决中平衡方法的最佳阐释。平衡是疑难案件审判中实现公正的最重要的司法方法。除了考量权威、清晰、逻辑一致、计算精确之外,判决还要符合情景化的大众常识。另外,制约公权力、保护私权利是法律的目的之一。当司法权介入公权力领域的时候,只有存在司法要素或者半司法要素,才能对其进行司法审查,否则就是越权,法官要在保守和能动之间进行平衡。同样,对个人权利的保护也应符合平衡原则,倘若私权利的边界无限扩张,使公权力无法正常运作,社会的秩序就会崩溃,个人权利也无法得到保障。此外,判决通过理性实现公正。由于法官的理性是有限的,当理性不能实现公正的时候,判决便不得不求助于信仰和道德,良心裁判必须同情弱者。但是,法官不能违背法律的目的滥用同情,而必须把握同情的限度,以同情来补救理性的局限,以理性来约束同情的滥用,做到同情与理性的平衡。平衡方法在司法裁判中的功能体现在:当法官在法条原旨、字面含义和立法意图等因素之间进行平衡,找到一个最佳解释,就支撑了解释法条的合理性;当法官的原则裁判基于自己的良心抉择和道德信念,尊重对公正的不同理解,容忍社会目的与伦理标准的多样性,平衡各种价值判断,然后做出最好的选择,就保障了价值判断的正当性;当涉及个人利益、公共利益等多种相互冲突的利益时,法官运用平衡方法对后果进行预测和取舍,就维护了利益权衡的公正性。

[关键词] 平衡方法 丹宁勋爵 理性 常识 公权力 私权利 同情

[中图分类号] D926.2 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2022)05-0075-11

公正是司法裁判追求的终极目标,但实现公正并不是简单的推理,这条路往往崎岖不平,甚至布满了荆棘,它需要法官在理性、价值、情感、效益等方面权衡,这个过程的复杂不亚于一个学生写一篇富有启发的作文,或者一个中医开一个妙手回春的药方,其间虽有规律和标

准可循,但没有两个优秀学生能写出完全相同的作文,也没有两位名老中医会开出一模一样的药方,法官的情感、认知、体悟、价值观、经验有独特性,一份精彩的判决书就会受其影响,判决的公正可以模仿的,但是,对公正的阐释却闪烁着法官特有的人格魅力。以下通过对

收稿日期: 2022-05-05; 修回日期: 2022-06-18

作者简介: 任强, 教授, 博士研究生导师, 主要从事法理学、法律文化研究。

英国最著名的法官和享有世界声誉的法学家之一——丹宁勋爵判决的探讨，来展示司法裁量中平衡方法的运用。

一、理性与常识的平衡

丹宁说，法官必须无所畏惧地履行自己的职责，不仅在人与人之间而且在个人与国家之间把握天平的平衡，他根据法律和习惯，不受恐惧或偏爱，感情或恶意的影响，对所有人做到公正。^{[1](P255)}如何保证公正的实现？在简单案件中，法官只要依法判决，很容易在当事人之间实现公正，但是，在疑难案件中，这个目标却不容易达到。当法律无法直接给出答案时，每一个新的疑难案件都是一个试验，而检验的标准就是理性。

那么，如何作出一份理性的判决？理性的判决必须维护法律的权威，准确理解立法者的意图和目的，在表达上尽量清晰，在类比上尽量合理，在逻辑上必须保持前后一致，在法律结构上保持对称，在法律体系上保持统一。^{[2](P1.4)}但是，在疑难案件中，法条缺席、模糊、错误、过时、荒谬等，原则抽象，事实含糊都使理性本身就充满了争议，任何生搬硬套的理解都必然产生错误的判决。丹宁做过一个精彩的比喻，他说，可以把判决比作你将要穿过的丛林中的一条小路，为了达到目的地，你当然必须沿着它走。但你决不能让路上的荆棘横生，你必须砍去枯枝，修剪枝杈，否则，就会在乱木丛中迷失方向，理性就是清理横在公正之路上的种种障碍。^{[3](P356)}

理性往往被学者推崇为严密的逻辑推理和精准的计算，但是，在法律的发展过程中，逻辑并不是唯一发挥作用的力量。^{[4](P997)}推理和计算只能保证过程的正确，一旦前提和事实有些许的误差，结果就是“差之毫厘，谬以千里了”。更何况，一旦涉及情感、价值观等要素，推理和计算便力所不逮了。因此，理性的判决还必须符合一般常识。常识是大众日常积累的直觉体验和

观察经验，它不见得是严密推理和精确计算的结果，但却往往能直达裁决的公正性。

比如，英国上议院曾经确立了一项规则：在为了达成一项合同而作的陈述中，不能对无害陈述造成的损害提出起诉，不管做出这种误述的人多么疏忽。这就意味着，必须证明对方犯有欺诈行为或者一项间接的保证，才能起诉他。对此，丹宁不以为然。他认为，一个人签订合同的时候，并不是对保证言词的准确而承担责任，而是对他在说出这种言词的时候必须要加以适当的特别注意而承担责任，如果他自愿说了一句带有过失性的错误言论而使另一个人和自己或者第三者达成一项合同，那么他可能要由因此而给他人带来的损失负有法律责任。这里说的自愿并不意味着，他已经自觉地同意承担责任，如果他暗含着同意的意思就足够了。^{[3](P307,309)}

那么，如何判断暗含的自愿呢？丹宁说，在任何情况中，任何富有理智的人都会认为他已经同意承担责任就足够了。除非已有明文加以排除，只要以大众的一般常识对案情能够作出推断，这种暗含就存在。暗含并不限于那些从事技术性工作的专业人员，在普通人做一件极为平常的事情的时候，也可以发现。每一个人在说话的时候都负有特别注意的义务，只要他的陈述是马马虎虎作出的，就是错误的，这就足够了。^{[3](P309,310)}这就是常识判断。常识是一种天生的、直觉的人类活动，它不是以规则的形式制定出来的，也不是由逻辑一步一步推导出来的，更不是依赖数学计算出来的，但它能帮助法官实现公正的判决结果。

当然，判决中的常识不是抽象的，对其进行情景化的理解，才能作为公正裁量的依据。如果合同的陈述与职业和专业事务有关，如果一方有做出估计的特殊知识或技能，针对另一方的询问，他马马虎虎地提出了一种无根据的劝告或者一则不可靠的消息或发表了一种错误的意见，使另一方与他订了合同，那么，合同的性质就使询问的严肃性和回答的重要性及其

影响变得十分重要,他对另一方的损失就负有法律责任。判断这一责任的一个最重要的细节就是在具体的对话情景中展现询问与回答的方式。^{[3](P312,313)}

丹宁对常识的情景化进行了精辟的论述。他认为,当修车人、投资人、产品制造商、建筑师、地产主、会计师、医务人员等专业人员从事本职工作时,如果有人询问或者商量与他的工作相关的事时,就意味着该人在征求经过仔细考虑过的建议,并且打算按照这种建议行事,这一点没有必要直接向陈述者说明。即使这一陈述是为第三者做的,而第三者又转达给合同的一方,或者做出陈述的人知道或应该知道,这项陈述可能将转达给合同的一方,并且合同的一方会依此行事,这就足够了。人们理所当然地认为,该专业人员在提出这项建议的时候,就为他在所有的细节问题上带来了一种特别注意的义务。当然,常识的情景化必须考虑“询问的严肃性”和“经过仔细考虑过的建议”,这是为了把在街上或者火车上偶然的谈话,或者随便提出的一条未加思索的意见或电话中的即兴之言排除在外。^{[3](P313,314)}

显而易见,丹宁从大众常识的视角出发,以具体的场景来判断合同双方的诚实义务。在很多情形中,陈述人只要发表意见、提供消息或者提出劝告,哪怕他无意做出了一个错误表述,但是以当时的情景来看,这一问一答足以使另一方相信他的陈述,对于接受者来说,它就不再是一种未经仔细考虑过的不合理的陈述了,因为接受方无需进一步的考察就可以照此行事了。除非陈述方有充分的证据证明,他当时有充分的理由认为他的陈述在事实上是正确的,否则他必须承担法律责任。可见,只有在具体的时空体验中,才能还原常识的微妙和复杂,抽象的常识容易沦为偏见,它的合理性就要打折扣。

因此,理性的判决不仅意味着权威、清晰、逻辑一致,计算精确,它还要符合常识。法官的

判决不是依赖于确定性的直线推理,它背后是往往是复杂的各种社会因素,判决就是对具体争议抽丝剥茧,在流动和可变的世界中确定法律的边界和发展,使结果和公正相互和谐,在具体案件中寻求永恒的价值。

二、公权力的制约及其平衡

权力分工和制约是每一个社会的重要命题。分工划定权力行使的内容和边界,监督和制约使权力正常运转。但是,权力的内容和边界一旦出现模糊,监督就会变得敏感。监督者既要行使监督权,也要经得起权力的诱惑,不可随意踩过界,否则,便会引起过度干预或者争议,从而走向权力分工和制约的反面。因此,法官要谨守自己的职业本分,以保守的心态行使司法权。但在法律运作的场合,如果其他权力机关恣意妄为,将司法权排斥在外,法官就可用理性的方法估量司法权的边界和行使的正当性,决定是否对其进行司法审查。

丹宁说,假如某些公共权力机关执行行政任务,它的决定就完全不受法院的管辖,但是,如果它是在执行司法任务,那么,法院就可以制约它的行为。当然,在有些案例中,“司法”和“行政”之间的界限已经缩小到很小的程度,但是,只要其中有司法因素,一项“行政”决定就不得仅仅因为它是行政的而不受审查,法院有权这样做。^{[3](P101,105)}假如法院不能干预,那就意味着行政机关可以无视法律,但任何人都不能无视法律。判断的标准就是行政机关是否否定了法律的权威,是否向司法公正挑战;或者有其他充分的理由,行政行为也要接受司法审查。在“多顿诉博格诺里季斯市政府案”中,市政府检查员对建筑商盖的房子进行验收时疏忽了,在检查工作中把不合标准的工程误当成符合标准的工程,房子交易后出现了裂缝,丹宁判决市政府对检查员的过失负法律责任。^①

^①Dutton v Bognor Regis Urban District Council, [1972] 1 QB 373.

在“多尔赛特游艇公司诉内政部案”中,7个少年教养院的孩子夜里从教养院逃出来,弄坏了一只游艇,本案涉及内政部是否对从监狱逃出来的囚犯所造成的破坏或对囚犯在假释期间的行为负有法律责任。丹宁说,尽管在英国的法律书籍中,从来没有一个案例说监狱当局对破坏行为负有法律责任,但是这种论据是难以说服人的。人们都是相互为邻,共同生活的。在政府创办一所教养院的时候,附近的居民当然有权指望,政府要对这些孩子给予适当的注意,以便保护他们的利益。如果法官宣布,政府没有责任注意这些孩子,那么人们对法律的信念就会动摇。政府在理应发现孩子们可能逃跑并且干出损害他人的行为的情况下,他们没有发现,就必须对这些破坏行为给予赔偿。^①因此,公共机构不能以行政事务为借口,给自己界定是否承担法律责任,一旦涉及法律因素,法官就不能回避。

丹宁认为,不独对行政机关,英国法院对国务大臣的制约也应如此。大臣决定的适用范围在很大程度上取决于他正在处理的问题的性质,如果大臣不公正行事,或者如果他按照那些不应该对他产生影响的无关的考虑行事,或者如果他在事实上或者在法律上明显地有误,法院进行干预就是合适的,大臣的决定就不能免受司法审查。^{[3](P111-112,118-119)}

在理性限制公权力上,丹宁进一步指出,即使有些机构的职能不是司法和半司法的,仅仅是行业性的,它也必须公正地行事。如果它没有这样做,法院就可以审查它做出的决定。比如,行业裁判所可以在事实上做最后仲裁人,但是,它不能在法律问题上做最后仲裁人,它不能阻止法院审查它的裁定,它必须处于法院的控制之下。^{[3](P169,170)}

再比如,英国法律规定:工会、工会干部和会员的任何“蓄意引起或加剧职业争端的行为”具有豁免权。如此,某些工会、工会干部和

会员有意诱使雇主开除非工会会员或者不服从工会的雇员;有的工会因他人的信仰或出版,以罢工威胁要求雇主解雇雇员;有的工会甚至以发动罢工威胁无辜的第三方,这些行为都被看作是“蓄意引起或加剧职业争端的行为”,不违法,也不能对其起诉。^{[3](P212-213,215)}丹宁认为,当任何人联合和他一起工作的人以罢工相威胁、要求雇主开除某个雇员、剥夺他的工作机会,就是以威胁诱使雇主破坏了他和雇员之间的合同,这不是职业争端,这是强行干涉雇员的合法权利和雇主的经营。^{[3](P212)}针对无辜的第三方的罢工威胁只是工会的头脑状态,而不是使争端“加剧”的事实,它对争端来说是间接的,所以,不能对上述行为给予豁免权。^{[5](P188-189)}

因此,当司法权在公权力和类似公权力的疆域之内巡视时,法官追求的公正不但是一个裁判结果,而且是对公权力的理性制衡。司法权不可以侵蚀立法权和行政权,也不可以轻易干涉社会自治组织的运作,司法权也不能放任其他权力的野蛮生长。在正义受到威胁的时候,司法权必须挺身而出,捍卫法律的权威,维护社会的公正。但是,当司法权介入其他权力领域的时候,必须要在各种争端中梳理出“司法要素”,至少是“半司法要素”,才能名正言顺地对其进行司法审查,否则就是越权。这种在保守和能动之间的平衡就是理性的司法,只有理性控制权力与权力之间的冲突和容忍,法官才能通过诉讼实现公正。

当然,从上述见解可以看出,作为英国法律史上最具创造力的法官之一,丹宁的司法触角伸得更远。在他看来,即使一个纯粹的行政机构或者社会团体处理业务范围之内的事,也没有不受限制的自由裁量权,它们不能凌驾于法律之上,而应该接受法律的管辖。尽管权力有分工,但是,所有的权力都必须服从宪法和自然公正的原则,司法的介入不是扩权,而是对法律权威和公正原则的宣示。

①Dorset Yacht Co Ltd v Home Office, [1969] 2 QB 412.

三、私权利的保护及其平衡

从理论上讲,可以对公权力与私权利做二元的划分,但在实践中,它们不过是一枚硬币的两面。限制公权力的最重要的目的之一是为了保护私权利,保护私权利则往往以限制公权力的方式进行。公权力代表权势,它非常容易被滥用或者误用。一旦发生这种情形,如果公权力既无法被制约,也无法提供补偿,当被侵害者不能忍受时,他们就会寻找自己的救济方式,这将会导致无政府状态,使整个社会陷入非理性的混乱。因此,只有公正才能保证理性秩序的实现,而人类理性的选择莫过于通过法律实现公正。丹宁认为,公权力和私权利都必须通过法律的正当程序实现,但是,法律必须将私权利的保护放在第一位,必须优先考虑个人权利。^{[1](P236)}究其原因,公民享有丰富多彩的私权利才是社会的美好图景,离开对私权利的保护,任何公权力的许诺都是空洞的,社会终将枯萎。

丹宁提醒人们,在法律面前,即使正当的目标,运用的手段也必须是合法的,决不能使不正当的手段合法化,理性的司法首先要保护公民的个人自由、个人秘密和个人的基本财产权,这是司法公正的最重要的目的。^{[6](P133)}其次,要保证公民言论权利。即使批评法院的判决,也属于言论权利。在“王国政府诉大都会警长案”中,丹宁认为,法官决不能把审判权作为维护自己尊严的一种手段。尊严必须建立在更牢固的基础上,法官决不用它来压迫那些说自己坏话的人。法官不害怕批评,也不怨恨批评。人们可以如实地评论法院在司法过程中所做的一切。不管他们的目的是否在于上诉,他们都可以说我们做错了事,我们的判决是错误的。就我们的职务的性质来说,我们不能对批评作出答复。我们不能卷入公开论战。我们必须以我们的行为本身进行辩白,批评法院是公民行使自己无可置疑的权利,我们必须最大限

度地确认他的权利。^①

那么,报纸是否可以发表评论和文章“预先判断那些尚未了解的案件”呢?是否构成藐视法庭罪?对此,上议院宣布了一项原则:只要存在恶意,就是藐视法庭,这种恶意极有可能给正当的司法程序带来偏见。丹宁则认为,报纸社论可以对案件的解决发表意见,法院不能以“尚未决定”这样一种不可思议的言词来禁止人们讨论。更何况,这种讨论不会损害对诉讼案公正的审判,因为法官不见得会阅读报纸上的报道,更不用说受报纸的影响了,陪审员也如此。法院不可以发布命令来封别人的嘴,不让人们讨论。丹宁的观点,随后得到了欧洲人权法院的支持,成为约束英国法院的法律原则。^{[6](P53-55)}

当然,法律对个人权利的保护也应符合合理性原则,倘若私权利的边界无限扩张,使公权力无法正常运作,社会的秩序就会崩溃,个人的公正也无法得到保障。比如,法律规定:警察的行为必须适当,决不能用恐吓或许诺进行逼供,决不能未经授权就搜查某人的住宅,也决不能不顾情况允许过分使用暴力。但是,丹宁认为,拐骗犯勒索赎金后逃之夭夭,行凶抢劫犯打倒老妇后逍遥法外,公司董事欺骗股东后携款而去,再没有什么比这些事对法律的危害更大了。此时,应允许警察没有逮捕证就进行逮捕,只要他有合理的理由怀疑被捕人犯有重罪,他的逮捕在法律上就是合法的。他无需像平民必须做的那样,进一步证明这种重罪在事实上已经构成。^{[6](P110,113)}

同时,丹宁说,当一个警察凭一张搜查证进入一处住宅搜查赃物时,他不但可以扣留那些他有理由相信是搜查证中所包括的物品,还可以扣留他有合理的根据相信是偷来的,或是可作为指控某人或与该人有关的任何人偷盗或窝赃的物证的任何其他物品。可以想象,如果警察走开,十有八九,在他去拿搜查证的这段时

^①Regina v. Commissioner of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 2), [1968] 2 Q.B. 150 at 154.

间里,这些物品就会不见了。真正的物主就不能找回这些物品。犯罪的证据也就消失了。那样只会有利于小偷而不利于正直的人。即使最后证明是警察弄错了,那些物品根本不是赃物,但是只要警察办事掌握分寸,只要他扣留的物品没有超出必要时间,警察就应该受到保护。警察行为的合法性应在当时判断,而不能根据后来发生的事情判断。^{[6](P124,125)}

丹宁认为,有时候,需要法官运用自己的权力干预公民的私权利,才能保证审判公正地进行。例如,法官可以签发命令允许一方当事人入室检查或者扣押另一方的财产,法官也可以发布一项禁止令,制止转移和案件相关的财产。当然,法官不可以随意单方面签发命令,只有在以下情况下才可以发出:原告必须进行检查才能做到对双方公正执法;被告事先得知消息关键证据有被销毁的危险;文件有被烧毁、丢掉、隐藏起来或者运到法律达不到的地方去、从而公正执法的目的有遭到破坏的危险;检查不致对被告或者他的地位造成真正损害等。^{[6](P137,158)}在关于国家安全的特殊情况下,丹宁主张,个人自由的自然公正原则必须放到第二位。也就是说,对于国家保护普通人民生命的责任来说,国家安全优于个人自由。尤其是在反恐怖主义时,知情不报罪有其正当性。^{[7](P276,280,284)}

有时候,个人权利和公权力之间的界限并不是截然两分的。一个公民的个人权利可能是他与其他千百万人所共享的一种个人权利,当这种合法权利遭到侵害时,需要公权力机关代表所有的受害者向法院提起诉讼。丹宁说,如果该机关没有履行其职责,或者拒绝依据职责采取行动,受到侵害的任何一个公民有权直接向法院申请命令或者提起诉讼。这种情形既适用于民事侵权行为,也适用于刑事犯罪,公民都有权亲自到法院要求保护。倘若法律要得到遵守,正义要得到伸张,法院就必须允许个人在他的私人权利和利益受到违法行为和犯罪行为侵害的情况下,以自己的身份亲自对犯罪分子进行

起诉。如果公民个人不能起诉,就没有什么人能起诉了。因此,当公权力运转不灵,无法保护为许多人共享的个人权利和利益时(经常被称为公共利益),应该支持公民个人捍卫自己的合法权利和利益。当然,这种权利和利益必须是充分的,丹宁强调,这种最后的方法只能在没有其他适当的法律援助可保证法律得到实施时使用。^{[3](P150,145)}

可以说,私权利和公权力的冲突与平衡几乎贯穿了司法活动,一部法律史主要是两者契合与限制的历史。在审判的情景中,法官想在诉讼的丛林中厘清它们的关系,做到既不伤害个人权益,也不损害社会秩序,绝不是一件容易办到的事,它需要法官运用平衡的方法,睿智解读国家、社会与个人的关系,分析权利和权力的结构、边界、互动与交融,体察社会的发展,才能既保证个人公平,又实现社会正义。

四、同情与理性的平衡

什么是公正?丹宁说,许多比你们或者我都聪明得多的人都被问过这个问题,但没有一个人能找到一个令人满意的答案。公正不是你们能看到的什么东西,它不是一时的,而是永恒的。一个人怎样才能知道公正呢?它不是他的智力产品,而是他的精神产品,信仰关心的是人的精神,人凭着这种精神就能认识到什么是公正;而法律只是在我们日常事务中运用公正——尽管还不是完全正确地运用。如果信仰烂死在地里,那么真理和公正也将烂死在地里。让我们回到那里去,因为它是惟一能够拯救我们的东西。虽然法律与信仰、道德之间是可以分开的,但它们不是互不搭界的,没有信仰,可能就没有道德;没有道德,也就没有了法律。^{[1](P240,242)}归根结底,法律是对善与公正事物之促进,除非它是合乎正义的,否则,有法律犹如无法律。^{[8](P94-95)}

可见,虽说法律通过理性实现公正,但是,由于人类智识的局限,法官在裁判中不时会遇

到障碍物,试图用理性绕过去是徒劳的,最好在手边准备好信仰和道德。在谈及自己做过的裁判时,丹宁动情地说:“我是问心无愧的,只要我认为我这样做是公正的,我就感到满意。我晚上就能睡得着觉。但如果我做得不公正,我就会因苦恼而睡不着觉。”测量自己的判决是否公正,“完全是凭良心”。^{[1](P242)}良心裁判的渊源是信仰和道德,它浸润着法官同情的直觉,而不是通过逻辑操作从前提理性演绎得出的结论。^{[9](P88,97,110)}

因此,当理性不能实现公正的时候,良心裁判必须同情弱者。因为强者本身拥有高于一般人的能力和优越条件,具备竞争优势,即使普通人也能够享有温饱或一般的生存条件,但弱者往往挣扎在社会的底层,有时候连最低的生活条件也难以满足。一个有良心的法官不能罔顾弱者站在寒风中瑟瑟发抖,而和强者围在火炉边一边喝咖啡一边高谈阔论人类的幸福,判决应该让弱者感受到社会的温暖和生存下去的希望。

回到丹宁生活的时代,无论在家庭中和还是在社会上,妻子都是弱者。在“H诉H案”中,妻子行为正当,没有过失,但丈夫要把她和儿子赶出他们居住的房子。丈夫主张,这所房子是他作为结婚住宅提供的。丹宁说,我一个判例也没有引用,只根据原则进行审判,把妻子和儿子赶出去是不公正的。^①同样,在“哈德威克诉约翰逊案”中,婆婆花了12,000英镑为儿子和媳妇买了一所房子,如果儿子和媳妇想拥有这所房子的话,他们每周应付给婆婆7英镑。后来儿子出走了,婆婆企图把媳妇赶出家门。丹宁认为,在父母和子女之间进行家庭调解,常常不能按照处理对他们有约束力的合同那样进行,也不能寻找双方以前的意图来解决,因为发生的情况是双方从未料想到的,因而对此毫无准备。只要稍微考虑一下情理所在,在我看来,不

管怎么说,只要媳妇每周付7英镑,婆婆就不能把她和孙子赶出家门。^②显然,丹宁对两个案件都没有按照合同法进行逻辑推理,而采用了更朴素、更直接的方法,摸摸自己的良心,如果支持丈夫和婆婆,妻子和孩子将流落街头,情何以堪?正义何在?

鉴于那些一心操持家务、养育孩子的妇女在家庭中往往处于从属地位,一旦被丈夫以离婚的方式抛弃,在财产的分割上就会沦为弱势群体,丹宁认为,对于夫妻双方婚后取得的财产无法公平区分时,应该断定,受益人的利益归双方所有,即使房子的产权在丈夫的名下,在钱财上作出贡献的妻子也应得到一半的所有权。在这种情况下,利益均等就是公道。^{[6](P251,265)}在关于妇女就业的“内格尔诉菲尔登案”中,一位训马女士向赛马总会申请执照,总会管理人员因为她是女性而拒绝了她的请求。丹宁说,训马与赛马骑师或高速赛车驾驶员那种不适于妇女的职业不同,它是一种妇女可以从事而且能够干得很出色的职业。没有什么道理把她们排斥于这种职业之外。^③一个妇女只要和男人做的工作价值相同,她就有权得到和男人同样的报酬,只要有她能干的工作,她就有权要求去做,并有权以和男人同等的资格得到工作。^{[6](P271)}

在裁判中,丹宁还将同情给予了非婚生子女、退役兵、陷入贫困中的债务人等弱势人群。在“塞道尔诉铸件有限公司案”中,丹宁承认了非婚生子女属于死者的“受其赡养者”或“亲属”,有权领受死者的保险金。他说,过去的法官们通常认为,如果他们允许非婚生子女得到利益,他们就是在鼓励不道德的行为,他们依据的是当时的道德规则。现在,它们完全过时了,要么应该推翻那些旧规则,要么对其扩张解释,使“受其赡养者”和“亲属”这些词汇能包括非婚生子女。^④另外,在英国,养老金大臣

①Hutchinson v Hutchinson, [1947] 63 TLR 645 at 646.

②Hardwick v Johnson, [1978] 1 WLR 683.

③Nagle v Fielden, [1966] 2 QB 633.

④Sydall v Castings Ltd [1967] 1 QB 302.

和养老金裁判庭一直运用的一个原则是：一个人因在战争中服役致残或得病，可以领养老金，但是，他得证明自己是在战争中服役而致残或得病的。在“米勒诉养老金大臣案”中，丹宁认为，证明是不是在战争服役期间致残或得病是养老金大臣的责任，不是服役兵的责任，他推翻了养老金裁判庭的判决。^①在“斯达尔诉养老金大臣案”中，养老金大臣和养老金裁判庭拒绝发放养老金，丹宁判定当事人享有养老金。^②丹宁对此类案件的判决，使许多曾经的服役兵领到了养老金。在“D和C建筑有限公司诉李斯案”中，债务人陷入困境，无法偿还对债权人的欠款。于是，债权人同意，债务人可以以还一部分欠款抵消全部欠款，由于确信这一点，债务人努力凑钱，还了其中的一部分欠款。当时债权人是满意的，其后却反悔要求债务人偿还余款。丹宁认为，不能允许债权人以后再强迫偿还剩余欠款，即使从法理上来说，这样做对债权人不公正，也应如此，法律应该伸出一只怜悯的手来帮助债务人。^③

当然，法律怜悯陷入困境的弱者，并不意味着法官可以滥用同情。在“韦斯顿的财产转托案”中，韦斯顿和妻子、孩子去了泽西岛，在那里安家，3个月后他向衡平法院提出申请，要求批准他们的信托财产向泽西岛转移，理由是这在经济上对他未成年的孩子和尚未出生的孩子有很大好处。丹宁说，仅仅为了逃税就背井离乡迁居别的地方，对孩子并没有什么好处。孩子就像树木，根深才能叶茂。孩子得到的财产越多，腐败堕落的可能性也就越大。逃税也许并不违法，然而总不是一种美德。因此，拒绝批准转移。^④

假如一个法官滥用同情，违背法律的目的，对法治社会来说，也是一场灾难。法官必须把握同情的限度，以同情来补救理性的局限，以理性来约束同情的滥用，做到理性与同情的平

衡。在对医院手术过失导致病人成了植物人的赔偿上，丹宁认为，为了植物人在其灾难性的一生中得到很好的照顾，赔偿金额应该从宽规定。除此之外，对痛苦和享受生活方面的损失，可按一般惯例予以赔偿，但是数字不宜过大，因为这样对植物人并没有什么好处，只能在其活着的时候把这些钱存起来，给予其死后还活着的人们以好处，而且，如果数额判得很大，保险费也越来越高，结果都转嫁到公众身上，他们得付越来越高的医疗费。同样，对于医院因过失导致儿童残废，丹宁主张，应该支持家属提出“未来抚养”的赔偿，但不应该支持“未来收入的损失”。不管赔多少，都要落入父母手中，而且这种损失太难推算了。^{[10] (P160-163,174-175)}

丹宁认为，当一个人在事故中丧了命，或者说受了伤，只能对其损失进行赔偿，而不能支持对失去的幸福生活的赔偿。对于痛苦、苦恼和享受生活方面的损失用金钱进行估量是错误的，因为没有固定的标准来衡量它们的数量。这些项目都应以抚恤金代替。对于没有知觉或思维能力的伤者不应给予抚恤金，因为对他的感觉起不到任何安慰作用，这样对本人并无好处，无非是增加他死后的财产，而这些财产将落入近亲手中。因此，在道路交通死亡案件中，只能按照《死亡事故法》的规定给予赔偿，对“生命希望的损失”或对“未来幸福的损失”都不应该判给赔偿，那是不能用钱来估量的事情，也是不着边际的空谈。^{[10] (P178-180,169)}

可见，在拒绝滥用同情上，丹宁做到了融情于理。一方面，要参透法律的目的，对弱者和受害者要“不忍心”^{[11] (P5)}，在法律许可的范围内最大限度地给予其同情和温暖。另一方面，应确保法律的稳定性、连续性和可诉性，不滥用同情，以免同情被人所利用，从而损害公共利益，这就是对理性和同情的平衡。

①Miller v Ministry of Pensions, [1947] 63 TLR 474.

②Starr, Nuttall and Bourne v. Ministry of Pensions, [1946] 1 KB 345.

③D&C Builders Ltd v Rees, [1966] 2 QB 617.

④Weston v Weston (Weston's Settlements), Re, [1969] 1 Ch 223 at 242.

五、平衡方法的功能

法条至上是法治社会的必然选择,它体现了立法权对司法权的制约。一个好的法条是对社会利益和个人利益的最佳协调和保护,公正的司法判决应该符合法条,因此,法条至上是每一个法官应该遵守的基本信条。但是,在司法实践中,法条缺失、案件事实和法条无法对应、法条存在竞合或者冲突等情形,都使法条主义陷入了困境。从丹宁的判决中可以看出,在疑难案件中,平衡是实现公正的最佳方法。

那么,平衡方法主要有哪些功能?

首先,平衡支撑了法官解释法条的合理性。传统上,人们认为,法官对法条的解释首先应该是语义解释。^{[12](P4)}立法机关通常期望法官严格按照法律字面的标准裁决案件,法官没有陪审团那样的可以忽视法律文字而适用社会情感意见的自由。^①法官希望立法者在制定法条时能考虑到未来现实的每一种可能性,直至每一个细节,这样法官就可以毫不费力地适用法条。但是,这种要求会把立法者推入一个巨大的立法泥沼,他们就得竭尽全力想象所用词汇运用的每一种场合以及对它们产生误解的种种可能,并因此采取预防措施,制造出大量使人无法理解的累赘之词,即便如此,也无法解决法条的模糊问题,却反而可能带来更大的混乱。

此时,法官不可能止步于条款的词句,而要研究法条产生的社会条件和所要纠正的损害。^{[5](P95-96,99)}法官必须把立法看作一个整体,探求背后的立法意图,正如丹宁所言,“最好远点儿看它,走近看它,就会见木不见林”。^{[7](P72)}法官既要考虑立法者当时想到的情况下的意图,还要考虑立法者没有想到的情况下的意图。如果是前者,法官就要透过文字,探寻该法条的语言没有达到的明确的目的。如果是后者,那就意味着立法者立法时未能预见的事情发生

了,法官就可以根据立法意图进行扩张解释。这个过程需要法官在法条原旨和字面含义、立法者想到的和没有想到的等因素之间进行平衡,找到一个最佳解释。

其次,平衡保障了法官价值判断的正当性。当法官遭遇法条困境时,也往往求助于法律原则、道德原则或政治原则。这些原则被理解为“法律的真义”或“法律的真正精神”。^{[13](P238)}丹宁说,法官应该求助于“自然公正的原则”去减轻法律的严厉性,软化法律的僵硬性。^{[1](P230)}美国联邦最高法院的约翰·马歇尔(John Marshall)法官曾判决佐治亚州(Georgia)立法机关制定的一部大规模没收私人财产的法律无效,他说并不是宪法真的规定了这些内容,而是“宪法的整个精神”。与他持一致意见的多数派法官均认为,佐治亚州大规模没收私人财产的法律因违反“自然公正原则”而无效。^②可见,有些原则是成文的,有些是不成文的,它们无法被列举,法官要对法律整体进行抽象才能发现。在“奇尔诉行政文员和计算机员工联合会案”中,丹宁就曾宣称,他是根据最基本的原则采取自己的立场的。这一原则是:个人有加入他所选择的工会的自由。^③实际上,在此之前没有人提出过这个原则,它是丹宁根据个人自由权利发现的。

当法官选择原则裁判时,“宪法精神”“自然公正原则”“道德信条”等原则都包含了应然的价值,原则裁判就离不开法官的良心判断和朴素的正义感了。这种判断和感觉也被称为“法感”。虽然经历过相同社会化过程的个体法感具有相同性,但是,因每个法官的个人经历、道德感、素养、对社会的认知不同,法感自然就会有差异。^{[14](P218)}此时,法官必须要在不同的价值判断中进行平衡,这种平衡应基于自己的良心抉择和道德信念,尊重对公正的不同理解,容忍社会目的与伦理标准的多样性,以“善”作为直觉的起点,从法律精神中获得灵感,不受恐

①Petition of R.一, 56F.Supp.969.(D.Mass.1944).

②Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87 (1810).

③Cheall v Association of Professional, Executive, Clerical and Computer Staff (APEX), [1982] 3 WLR 685, CA.

惧或者偏爱、感情或者恶意的影响,平衡各种价值判断,做出最好的选择。

最后,平衡维护了法官利益权衡的公正性。美国联邦上诉法院的波斯纳法官认为,在司法实践中需要一种注重产出的社会影响的司法决定模式,而不是单纯的法条主义所奉行的规则至上的模式,通过在司法实践过程中把不同的社会需求明确为不同的后果种类,以此依据单独案件裁判后果与影响来推演、验证和评价裁判的科学性。^{[15] (P167-168)}很多疑难案件中,都涉及个人利益、公共利益等多种相互冲突的利益,法官需要对后果进行预测和取舍,这时平衡就是一种行之有效的裁判方法。比如,在慈善机构关于举报虐待婴儿的保密问题上,丹宁主张不能强迫说出提供情况者的姓名和住址,固然说出提供情况者的姓名和住址,可以帮助受害人提出起诉,但是,如果这么做,慈善机构的信息来源就会枯竭,法院还会强迫该机构毁掉人们对它的信任,举报者也可能被指控犯有诽谤或中伤罪。^①因此,保密是符合公共利益的,合法赔偿是个人利益,对两者进行后果平衡,前者比后者重要得多。

当然,并非所有的公共利益都高于个人利益,也不是所有的公共利益都可以作为判决的根据。利益种类的划分并不是固定不变的,有些重要的个人利益就包括在公共利益当中,它们的内容是重合的。美国法学家罗斯科·庞德认为,公民享有的安全、健康、和平、合法获取和交易财物等权利,享有的家庭、宗教机构的安全,接受的普遍的道德风俗,对经济、政治、文化上的利益和创新的追求,个体享有的自我肯定、平等机会、最低生存条件等生命权和合法利益,都既是个人利益也是公共利益。^[16]在此情形中,法官将重要的个人利益提升到公共利益的层面从后果进行平衡,可以防止政府或者有些政治组织以公共利益的名义去压制重要的个人利益,通过对个人利益的保护推动公共利益的整体发展。

另外,在疑难案件中,还存在相互冲突的公共利益,法官必须对其后果进行平衡和预判。比如,丹宁说,法院不应该把申请就业者的一切有关证明材料或大学入学者的成绩单或类似的资料泄露出去,因为这会导致严重的混乱和不安,这对公共利益是十分重要的。除非某份文件对公平审判这一公共利益极为重要,而且其重要性远远超过对这种文件的保密,法院在十分必要时才可以发布命令要求公开,但这种情况应属于不常有的例外。可见,平衡方法是利益权衡的公正性最重要的保证。

当然,司法裁判中平衡方法的运用,背后是法哲学的支撑。丹宁说,他的法哲学就是:实现公正、法律下的自由和爱的信仰。这是一种精神,承认它的存在比给它下个定义要容易得多,它感觉得到,却看不见,体会得到,却不能学。^{[1] (P223,252)}每个心怀悲悯、追求卓越的法律人都应该像丹宁一样,在传统的熏陶下和长期的经历中淬炼自己的思想和意志,以独特的悟性和体验形成自己的法哲学,将平衡方法浸润到司法裁决中去。

参考文献:

- [1]丹宁勋爵. 家庭故事[M]. 刘庸安,译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [2]本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力,译. 北京: 商务印书馆, 1998.
- [3]丹宁勋爵. 法律的训诫[M]. 杨百揆,刘庸安,丁健,译. 北京: 法律出版社, 1999.
- [4]Oliver Wendell Holmes. The path of the law [J]. Harvard Law Review, 1997, 110 (5): 991-1009.
- [5]丹宁勋爵. 最后的篇章[M]. 刘庸安,李燕,译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [6]丹宁勋爵. 法律的正当程序[M]. 李富强,杨百揆,刘庸安,译. 北京: 法律出版社, 1999.
- [7]丹宁勋爵. 法律的界碑[M]. 刘庸安,张弘,译. 北京: 法律出版社, 1999.
- [8]登特列夫. 自然法: 法律哲学导论[M]. 李日章,梁捷,王利,译. 北京: 新星出版社, 2008.
- [9]理查德·波斯纳. 法官如何思考[M]. 苏力,译. 北

①D v National Society for the Prevention of Cruelty to Children (NSPCC), [1978] AC. 171.

京: 北京大学出版社, 2009.

[10]丹宁勋爵. 法律的未来[M]. 刘庸安, 张文镇, 译. 北京: 法律出版社, 1999.

[11]古斯塔夫·拉德布鲁赫. 法律的不法与超法律的法[C]//雷磊. 拉德布鲁赫公式. 舒国滢, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2015.

[12]桑本谦. 法律解释的困境[J]. 法学研究, 2004 (5): 3-13.

[13]丹尼斯·帕特森. 布莱克维尔法哲学和法律理论指南[C]. 汪庆华, 魏双娟, 等, 译. 上海: 上海人民出

版社, 2013.

[14]徐雨衡. “法感”在法律推理中的价值及其适用[J]. 法制与社会发展, 2020 (2): 216-224.

[15]理查德·A·波斯纳. 法理学问题[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.

[16]Roscoe Pound. A survey of social interests[J]. Harvard Law Review, 1943, 57 (1): 1-39.

【责任编辑 刘绚兮】

Balance Method in Judicial Decision: Taking the View of Lord Denning's Rulings

REN Qiang

Abstract: Ruling is not only strict logical reasoning and accurate calculation, but also must be balanced by a number of criteria. Denning's rulings are the best illustrations of the balance in judicial decision. Balance is the most important judicial method to realize justice in hard cases. In addition to considering authority, clarity, logical consistency and accurate calculation, the judge's decision should conform to the situational common sense of the public. In addition, one of the purposes of law is to restrict public power and protect private rights. When judicial power intervenes in the field of public power, only when there are judicial elements or quasi-judicial elements, judicial review can be carried out, otherwise it is overstepping the power, then the judge should balance between conservatism and activism. Similarly, the protection of individual rights should be in line with the principle of balance. If the boundary of private rights expands infinitely and public power cannot function normally, social order will collapse and individual right cannot be guaranteed. Moreover, ruling achieves justice through reason. Because the judge's rationality is limited, when the rationality can't realize justice, the ruling has to resort to faith and morality, and the conscience ruling must sympathize with the weak. However, the judge cannot abuse sympathy against the purpose of law, but must grasp the limit of sympathy, remedy the limitation of reason with sympathy, restrain the abuse of sympathy with reason, and achieve the balance between sympathy and reason. The functions of balancing method in judicial adjudication are as follows: When the judge balances the original purport, literal meaning and legislative intention of the rules and finds the best explanation, it supports the rationality of the interpretation of the rules. When a judge makes a judicial decision on principle based on his conscience choice and moral belief, respects different understandings of justice, tolerates the diversity of social purpose and ethical standards, balances all kinds of value judgment, and then makes the best choice, the justification of value judgment is guaranteed. When a variety of conflicting interests such as personal interests and public interests are involved, the judge predicts and selects the consequences by using the balance method, the fairness of interest balance is maintained.

Keywords: balance method; Lord Denning; rationality; common sense; public power; private right; sympathy