

大陸法系與英美法系司法過程中的法律思維差異研究

鍾小凱*

一、引言

隨着香港、澳門的回歸，在香港原來的英美法系的法律體系基本不變和在澳門原來的大陸法系的法律體系基本不變，當代世界的兩種典型的主要法系存在於中國，對這兩大法系司法過程中的法律思維差異進行比較研究具有重要的現實意義。

大陸法系國家和英美法系國家在司法過程中的法律思維上存在巨大差異，學界對該問題的研究已經產生了很多的成果。本文對大陸法系和英美法系司法過程中的法律思維差異研究秉持開放性的立場，把兩大法系司法過程中的法律思維差異主要概括為“科層和協作”、“依法判決和法官造法”、“權力和自治”、“理性主義和經驗主義”、“實體真實和程序公正”五個方面的主要差別。這五個方面是對兩大法系司法過程中的法律思維差異進行的宏觀的類型化的歸納，這可以使得我們對大陸法系和英美法系司法過程中的法律思維有個比較清晰的結構圖景，從而對它們之間存在的深刻差異和不同的司法風格有更加深刻的認識。

二、科層和協作

在司法體制安排和司法組織設置上，大陸法系國家和英美法系國家存在巨大差別。大陸法系國家的法院組織系統不是單一的，它在普通法院組織系統之外，還存在一個獨具特色的行政法院系統，這種情形

被稱之為法院組織系統的“雙軌制”。行政法院作為一個訴訟機關，同普通法院一樣，也有自己的管轄範圍與司法審級，但與普通法院相比較而言，它又有自身的特點。如，其審判官不是法官而屬行政官吏；其審判案件主要依據長期以來處理案件所形成的一套判例辦案，等等。與大陸法系國家法院組織系統“雙軌制”的情形相對立，英美法系法院組織系統中一般不存在獨立的行政法院，行政訴訟案件也同其他民刑事案件一樣，由普通法院依據一般的而非專門的法律調整。

美國學者達瑪什卡在《司法和國家權力的多種面孔》一書中將權力的組織結構劃分為兩種基本的理想類型，一為科層式理想型，其主要特徵是一個被組織到一種等級結構中的職業化官員群體，他們按照某種技術標準來做出決策；另一種為協作式理想型，主要特徵是一個非專業化的決策者群體，他們被組織到一個單一的權力層次中，並且根據未分層的共同體標準來做出決策。前者的特徵體現為官員的職業化、嚴格的等級秩序和決策的技術性標準。後者體現為外行官員、權力的平行分配和實質正義的標準。在科層型組織結構下的法律程序是：按部就班的漸進式程序、上級審查的重要性、卷宗管理、漸進式審判、官方程序的排他性、邏輯法條主義與程序規則。而協作型組織結構下的法律程序是：程序活動的集中化、單一決策層級的分叉、對口頭交流和當庭證供的信賴、集中開庭、私人程序活動的合法性、實質正義與程序規則。

他在書中說到，所謂的理想類型往往並非現實的直接反映，它常常是以一種極端的方式來體現現實生

* 珠海市中級人民法院法官、中國人民大學法學博士

活中的某些特徵。所以我們無須尋找這兩種權力組織結構下司法制度的歷史真實。儘管如此，我們仍然可以從歐陸和英美的司法體制中尋找到某些驚人的相似點。¹ 他在論述大陸法系和英美法系司法機制中的“科層型”和“協作型”的問題時指出，在16、17世紀，中央集權的官僚體制在歐陸主要國家佔據了主導地位，相應的，對於已被組織進科層結構中的司法官員來說，所能做的，只能是抹煞個性，甚至放棄個人判斷，“案卷中沒有的東西就不存在”，這是當時的官場格言。² 在英美法系國家，法官的個人獨立性很強，不同級別的法官之間的地位差別不大，而在大陸法系國家，法官精確地適用法律，嚴格的遵循法律，法官成為以科層制形式組織起來的國家權力機器中的一個部件，法官在這種權力網絡中湮沒不彰。同時，在這種權力網絡中法官的等級差異難以消除，雖然並沒有法律明確規定下級法官必須聽從上級法官的命令，但官員的級別和他們所掌握的知識一般是成正比的，接受上級法官指導的做法不可避免。而且上級法院掌握了下級法院組織的考核、培訓、晉升之權，法官很難從這種等級制中擺脫出來形成相對獨立的個人權威。因此，大陸法系的法官始終無法獲得創造普通法的法官們的尊崇地位。而這種知識上的地位也反過來制約了大陸法系的法官們在法律發展中權力的獲得和作用的進一步發揮。如何組織法院的權力，“正像那個世紀的另外一項產物——哥特式教堂——的向上凝聚型造型所表現的那樣，這種安排應當是金字塔式的和科層式的。”³

為了更好地理解大陸法系和英美法系“科層型”和“協作型”的比較特徵，有需要對典型的大陸法系國家法國和典型的英美法系國家美國的司法制度作個具體的比較。

1958年公佈施行的現行《法國憲法》對法蘭西第五共和國的司法體制作了明確規定。根據分權原則，國家的職能分屬於三類機關，即立法機關、司法機關和行政機關。從形式上看，這是很標準的分權制國家機構體制，但是與美國典型的三權分立體制相比較，法國獨立的司法體制具有其獨特之處。比如，《法國憲法》上的司法權和通常所講的司法權有所不同。法國的司法職能不但分屬於司法和行政兩個系統的法

院，而且對於涉及憲法和政治事務的管轄權又授予專業司法系統以外的特殊機構。憲法規定了一種置於共和國總統保證之下的“司法機關”，並由總統負責主持它的代表機構，即最高司法會議。《法國憲法》規定，“共和國總統保證司法獨立”，“最高司法會議協助總統”。“總統任最高司法會議主席，司法部長任當然副主席”。從《法國憲法》規定的司法權力的體制安排上，可隱約地感覺到一種司法和行政的含混不清，這種司法體制散發出了一種行政化的科層色彩。

現代法國法院組織的主要特徵⁴，可以概括為：首先是存在着兩個法院系統，即普通法院系統和行政法院系統。普通法院屬於司法機關，而行政法院隸屬於行政機關。法國這種雙軌制司法體制的建立，有獨特的政治文化背景和深刻的歷史原因。近代法國啟蒙思想家的三權分立學說和法國大革命的影響，使法國社會對三權分立的理解非常苛刻，及法國歷史上長久以來對司法機關的傳統不信任感。這些原因促成了近代法國兩大法院組織系統的獨立、並行發展。這樣的一種格局，往往使得司法權力更多的和行政權力糾合在一起，從而使司法權力也帶上了濃厚的行政官僚化的色彩。其次是在普通法院系統，法國初級法院具有職能專門化和多樣化的特徵。最明顯的是依據法院對刑事和民事案件的審判管轄，同一所法院擁有刑事法院和民事法院兩種稱呼。也就是根據其審判職能的劃分，在基層法院採用一套機構，兩個名稱的方式，雖然民事、刑事案件兼理，但是稱謂不同。即受理民事案件的初審法院，在受理刑事案件時稱違警法院；受理民事案件的大審法院，在受理刑事案件時稱輕罪法院。與初級法院的這種職能劃分形成鮮明對比，普通法院在上訴法院的管轄權上實行高度統一。上訴法院受理在它們管轄範圍內所有不服初審法院判決的上訴案件。上訴法院設有輕罪上訴庭，受理對違警法院與輕罪法院判決的上訴案件。重罪法院判決為終審判決，不得上訴。上訴法院還設有若干對民事案件的上訴擁有專屬管轄權的法庭，受理不太重要的普通民事、商事、社會案件。由於規定了“兩審”制原則，因此，上訴法院在整個訴訟程序中，具有特殊的重要性。享有終審權的法國最高法院，其審判權限僅限於

對違背制定法或者違背一般法律原則而引起的各類上訴案件的審理。這種法院組織層級的設置，往往使得整個法院系統的辦事程序傾向於行政科層化，初級法院和上訴法院之間的科層關係比較醒目，很容易使人對法院產生一種科層官僚化的印象。

相比較英美法系國家的美國而言，情形則完全不同。美國共有 52 個相互獨立的法院系統，包括聯邦法院系統、首都哥倫比亞特區法院系統和 50 個州法院系統。雖然聯邦最高法院是全美國的最高法院，其決定對美國各級各類法院均有約束力，但是聯邦法院系統並不高於州法院系統，二者之間沒有管轄或隸屬關係。從一定意義上講，美國的法院系統為“並行制”，一邊是聯邦法院，一邊是州法院，二者平行，直到聯邦最高法院。這樣的司法體制安排使得各個法院系統處於一種平行的協作共事的關係當中，“協作型”的司法體制風格自然流露出來了。在這種法院組織結構體制下，聯邦法院和州法院管轄的案件各有分工，各個法院系統互相協作。在刑事領域內，聯邦法院審理那些違反聯邦法律的犯罪案件；在民事領域內，聯邦法院審理以合眾國為一方當事人、涉及“聯邦性質問題”、以及發生在不同州的公民之間而且有管轄權爭議的案件。州法院的管轄權比較廣泛。按照《美國憲法》的規定，凡是法律沒有明確授予聯邦法院的司法管轄權，都屬於州法院。在實踐中，絕大多數刑事案件和民事案件都是由各州法院審理的。

在美國，無論是聯邦法院還是州法院，無論是普通法院還是特別法院，都可以根據基本職能不同而分為兩種：一種是審判法院，一種是上訴法院。一般來說，美國的審判法院和上訴法院之間的職責分工是明確和嚴格的。審判法院只負責一審；上訴法院只負責上訴審。但是聯邦最高法院和某些州的最高法院例外，它們既審理上訴審案件，也審理少數一審案件。聯邦最高法院是美國惟一由聯邦憲法直接設立的法院。其職能包括審理聯邦上訴法院的上訴案件，審理各州最高法院的上訴案件(如果涉及聯邦法律問題的話)，以及審理憲法規定其可以直接審理的一審案件。最高法院審理案件時由 9 名大法官共同組成合議庭，包括首席大法官在內的 9 名大法官的主要職責就是審判，他們並不承擔行政管理職能。在這些法官的

心中，法官之間並沒有嚴格的科層級別，每個法官只是根據法律規定的職能對屬於自己管轄的案件進行審判。在這個法院組織的設置上，各個法院之間是平行協作關係，並不存在上下級的科層分別，每個法院只是承擔法律規定的屬於自己管轄下的案件的審判工作，基層法院和最高法院一樣是一個比較獨立的法院，並不需要接受上下級法院之間的科層化權力制約。⁵

從以上對典型的大陸法系國家法國和典型的英美法系國家美國的法院組織狀況進行的比較描述可以看出，大陸法系國家法國的法院組織更加具有科層式組織類型的風格，而英美法系國家美國的法院組織更加具有協作式組織類型的風格。引入科層式類型和協作式類型的兩個概念，或許可以從一個全新的角度窺見兩大法系司法體制以及由此而來的在司法運作過程中的法律思維的差異。

大陸法系國家“科層型”的司法過程中的法律思維和英美法系國家“協作型”的司法過程中的法律思維，構成了兩大法系國家在司法運行過程中“科層”和“協作”法律思維的比較存在。

三、依法判決和法官造法

兩大法系在司法運行過程中反差最大的一點是關於司法審理過程中適用的法律依據的差別。大陸法系國家法院一般是依據立法機關制定的成文法典的法律規定為司法審判的法律依據，即“依法判決”。而在英美法系國家，法官地位顯赫，法官主要是運用區別技術，採用“遵循先例”原則，在司法審判過程中依據判例來裁決案件，即判例法。在實行判例法的英美法系國家都承認法官創造先例，即“法官造法”。

在大陸法系國家，制定了非常之多的法典，這使得一提起大陸法系就很自然的聯想到這些法典，如《法國民法典》、《德國民法典》。所謂成文法典，指的是由 19 世紀大陸法系的法典編纂運動而來的近代意義上的法典，主要是民法典。它是通過一定的國家立法機關，按一定的立法程序，就某一法律部門領域

的法律規範性文件進行全面系統的編纂而形成的表現為條文形式的具有普遍適用意義的正式的法律淵源。大陸法系國家的法律表現形式為成文法典，成文法典是法律的主要來源與依據，立法是立法機關的權限，法官絕無造法的職能，法官判決案件必須以制定法為依據。

大陸法系的哲學理念是重視人的理性，認為人的理性可以制定出完美無缺的法律體系，而司法應該只是一次運用立法機關制定出來的法律規範的過程。英美法系則不同，更加傾向於重視人的經驗而對由人為制定出來的法典抱深刻的懷疑態度。因此在英美法系國家法律體系中，找不到像大陸法系國家那樣的比較體系完整，規模宏大的法典。在英美法系國家看來，司法應該是法官在法庭上直接作出一項裁決的過程。二者可以如此概括：大陸法系是“事前計劃型”的審判，而英美法系是“即席創作型”的審判。

大陸法系的司法過程是嚴格的依據事先已經制定好的法律規定，法官只要做到“依法判決”就夠了，而不應該過多的去考慮其他方面的事情。最典型的例子就體現在當年拿破崙時代要求法官機械死板的遵循法律規範作出判決的僵化模式，認為法官不應該對法律作出任何的解釋和評價，法官就是一台輸出判決的機器，從而在這個意義上嚴格限制法官的自由裁量，達到讓完美的法典化的法律支配一切司法過程的目的。而在英美法系的國家，制定法一直沒有在法律整體中佔據主導地位，作為法官造法的判例法一直深刻的影響着整個的司法運作過程。梅利曼曾經說：“在普通法系國家人們的心目中，法官是有修養的偉人，甚至具有父親般的慈嚴。……我們不喜歡使用‘司法至上’之類的戲劇性語言，但是，當迫不得已時，我們也承認它是對普通法系的一種正確描繪。……大陸法系審判過程中所呈現出來的畫面是一種典型的機械式活動的操作圖。……大陸法系的法官不是那種有修養的偉人，也沒有父親般的尊嚴，常常就和我們普通人一樣。他的形象是一個執行重要的而實際上無創造性任務的文職官員。”⁶

在英美法系國家，“司法至上”，司法機關處於優越地位。英美法系國家奉行日耳曼的法律觀，認為法從遠古就存在，並且由法官宣佈和發現，這種法的

發現、法的宣佈的法律觀，構成了英美判例法主義的基礎。⁷所謂判例法，即以法官在司法審判中所形成的判決為先例，從而形成的一整套具有司法適用價值的法律原則和規範，它表現在法官的判決中。一般而言，英美法系國家的法並非由一定的立法機關制定，而是以法官的判決為先例，表現為判例。在法的適用上，上級法院尤其是最高法院的判例，對下級法院或本院以後的審判活動有約束力，此即英美法系國家所謂的“遵循先例”原則。判例法是由法官在判決過程當中長期積累而成，判例法的核心要求是遵循先例，即凡是與先例相同的案件，必須作出同樣判決。當先例已經過時或與案件事實不合時，英美法系國家又都承認法官創造先例的權力，這就使得“法官中心論”在英美法系得以形成並牢固確立。對法官在英美法系國家的地位，梅利曼曾經作過如下描述：“普通法系中有許多偉大的名字屬於法官：科克、曼斯菲爾德、馬歇爾、斯托里、霍姆斯、布蘭代斯、卡多佐。普通法系的最初創建、形成和發展，正是出自他們的貢獻。”⁸德國學者茨威格特和克茨比較了兩大法系的法官後也認為：“法國和德國一樣，沒有產生睿智、賢明的法官，而在英美法系國家，人們發現法官是如此的引人注目。”⁹英美法系國家的人們對法官非常信任，不存在對於法官造法和司法干預行政的恐懼，因而不需要像大陸法系國家那樣小心地提防和限制法官的權力。¹⁰

就法官作用來說，大陸法系國家的法官僅僅是“法律的奴僕”。大陸法系國家都有成文的法典，法官在司法活動中的職能就是根據法典的具體條文辦案。“關於法官作用的狹窄概念沒有任何地方象法國那樣突出。我們看到立法至上的原則在那裏採取了特別僵硬的形式，以致於竟禁止法官在判案時宣稱一般規則，並否認法官立法的可能。”¹¹英美法系國家法官地位顯赫，其影響力遠比大陸法系國家法官高。在英美法系國家的判例法主要是法官在司法實踐中創造出來的，所以英美法系國家的法律被稱為“法官法”。“英國法官和律師均認為：英國的法官制度運作良好，並因此而賦予法官良好的素質和勿庸置疑的整體性。他們認為，其他國家的法官晉升制度可能使法官更屈從於國家或者其他非正常的干擾。”¹²

大陸法系國家對三權分立的理解非常絕對，他們認為三權分立的權力機制要求司法的角色只能是使立法機關制定的一般、抽象性法律具體化，以得出立法者願意見到的結果。法官不能造法，否則就構成司法權的濫用以及與民主原則相衝突。在一個三權分立的國家中，司法的權力不是立法，立法是一個民主的立法機關代表民意來制定法律的過程。“分權理論的極端化，導致了對法官解釋法律這一作用的否定，而要求法官把有關法律解釋的問題都提交給立法機關加以解決，……通過這種方法，矯正法律缺陷，杜絕法官造法，防止司法專橫對國家安全造成威脅。”¹³大陸法系國家奉行嚴格的法律規則主義，在司法過程中要求法官遵守立法機關制定的法律規則，禁止司法權涉足立法權的領域。法官具有很強的機械性，“他所以是法官，並不是因為審判站在他面前的違法者的行為是他自己的意志和願望，而是因為他是選讀法律的喉舌，法律才是真正的法官。”¹⁴當然，從一個法社會學的視角來看，在司法實踐中，法官要將抽象穩定的規範適用於具體變化着的社會關係，必然會碰到成文法規定與個案解決要求之間的對立，正如埃爾曼所言：“至少從亞里士多德開始，如何根據正義的考慮減輕現行法律可能帶來的嚴酷與不公正就已成為法律理論與實踐面臨的一個問題。”¹⁵法律只規定一般性的抽象性的情況，而現實中的社會糾紛卻非常個別化和具體化，這難免會產生一般性和特殊性、抽象性和具體性的矛盾。個別正義與一般正義之間的矛盾衝突是一種客觀存在。法律規定無論多麼詳密，也難免會有遺漏，但法院必須對受理的案件作出裁判，這就使法官必須對法律進行一定的創造性工作，對法律進行解釋。隨着現代社會的發展，社會關係越來越複雜多變，法官造法在大陸法系也是客觀存在的，儘管在大陸法系國家的法官為了維護司法的權威一般都不願公開承認自己在這方面的創造性作用。

從法國的拿破崙到德國的法學家，人們都在竭盡全力而且充滿信心地編纂完整、至善的法典。然而，無論是1804年的《法國民法典》還是1900年的《德國民法典》，都已經被歷史證明是不完整的、不至善的，是需要司法實踐中不斷改進和完善的。¹⁶正如美國學者格林頓等人所指出的：“它的雄心是想要預

見所有可能的偶然情況，並將人類行為的範圍規定到無微不至的家庭瑣事，它的過分細瑣和不懂法律的限度，妨礙了它的運作。”¹⁷日本學者大木雅夫也指出：立法者“把對理性的信仰推向極端，不僅調整範圍過於寬泛，甚至把未來也置於其調整之下。他們過分的自信還導致了對法官和法學家作用的不近情理的輕視……然而，對法官和法學家的這種壓制，導致了日後法官和法學家以輕蔑對這部偉大的法典施加的報復——歷史法學派無視這部法典的存在，而法官們則在這部龐大的法典的每一條文下都附加了判例。”¹⁸

在大陸法系司法過程中，法官為減輕由於對法律條文的刻板適用而帶來的不公正就必須對法律作出一定創造性的工作，他們一般通過適用誠實信用原則、禁止權利濫用原則等法律原則來達到其創制法律的目的。“毫無疑問，在法國私法的大部分領域內，規則是地道的法官創造物，而這些規則常常與民法典只有微弱的關聯，但是要法國法官承認他在其司法活動中起到了完全創造性的作用，卻是難上加難，在法國，法官不喜歡讓人感到自己在創造法律規則。當然，實踐中他們的確是在創造，法官的職能不是也不可能是機械地適用那些眾所周知的和已經確定的規則。”¹⁹

在英美法系，法官造法是公開的事實，並不象大陸法系國家那樣對法官造法的忌諱。英美法系司法界長期堅持司法能動主義，法官更多地把自己看做社會工程師而不是單純適用規則的法官。在上個世紀美國的羅斯福新政時期，美國聯邦最高法院在動盪的社會矛盾中主動承擔了社會工程師的角色，在沒有先例可循或者遇到疑難案件時，允許法官造法，通過判決的方式對社會產生重要影響。它是司法精英推動社會進步的一種方式，是“法官造法”的一種形式。

從以上的論述可以看到，大陸法系具有制定法的傳統，制定法為其主要法律淵源，判例一般不被作為正式法律淵源，對法院審判無約束力。只有從預先設定的法律規範或原則的特定邏輯演繹過程中，才能得出對具體個案的判斷。因此，單一的法律淵源衍生而出的預先設定的法律規範，才是法院判決的依據。²⁰但是大陸法系的法官在實踐中的確是在創造法律，他

們不可能只是機械地適用那些已經確定的規則，只是他們對此總是遮遮掩掩，不喜歡讓人感到自己在創造法律規則。在大陸法系國家的法官並不僅僅是被動的執法者，他們有時候不得不“造法”，然而他們卻並不願意承認自身的創造性，而寧願認為自己是被動的執法者。“在法國，法官不喜歡讓人感到自己是在創造法律規則，他們喜歡給外界人士以這樣的印象，他們一揮動邏輯上從大前提到小前提這根魔杖，判決就從制定法的條文中蹦出來。尤其是，歐洲大陸各國最高法院的判決，有時仍反映百多年前專制國家的傳統：判決首先是以非個人的名義作出，體現的是國家的行為，它在敬畏權威的公民面前炫耀法律的尊嚴。”²¹ 因此，有必要申明，大陸法系是“依法判決”，那也只是一種為了對兩大法系進行比較研究而作出的一種非常粗糙的類型化的研究分類而已。

英美法系國家具有判例法傳統，判例法為其正式法律淵源，即上級法院的判例對下級法院在審理類似案件時有約束力，英美法系是“法官造法”。在英美法系國家中，儘管立法機關在理論上是國家的最高權力機關，但實際上“法官所言即為法律”。²² 對立法機關制定的法律來說，“英國法官們產生了這樣一種思想，即每個偏離不成文普通法的制定法，必定是一種例外性質，所以必須加以狹義解釋，並且準確地將其適用於它的言辭毫無疑問地涉及的那些情況，如果制定法經過這樣解釋後不適於爭議的案件，那麼，有關案件應根據普通法的一般原則裁決。”²³ 對於普通法系的法官來說，“無論他選擇的法律規定來自立法機關的成文法規，還是來自司法判例，它們的實際意義只能存在於具體案件之中，而這些又必須通過法官加以適用才能確定。”²⁴

四、權力和自治

法律作為一種糾紛解決方式，顯然是國家權力介入人們生活的一個重要手段。法治國家必須面對如何處理法律與權力的關係問題。對此，美國學者埃爾曼指出了法律與權力之間的辯證關係：法律永遠是部分原則加部分權力。如果法律要完成其目標便必須以權

力為支持，但是不受制約的權力卻極易由於其反復無常而漠視正義與安全的要求，這種反復無常使得法律無法衡量不同人行為的法律後果。²⁵

大陸法系國家和英美法系國家在司法權力的運用方式和運用程序上存在各自的特徵。在司法權力集中運用的法庭審判過程中，大陸法系取審問式，實行糾問主義；而英美法系則施行辯論式，實行當事人主義。在訴訟程序過程中，大陸法系國家一般採用審問式訴訟，在庭審中，法官在各個階段均居於主導地位，他主動對當事人和證人進行詢問，指出證詞的矛盾之處，並主動徵詢鑑定人的意見，向當事人及其律師展示有關證據和勘驗報告。英美法系國家則採取辯論式審訊，即原被告雙方處於對抗地位，權利平等，相互辯論，被告人有充分的辯護權。通過雙方相互對抗、激烈辯論，弄清事實。法官只主持辯論，維持法庭秩序，而不主動調查案件和詢問當事人，扮演着消極仲裁人的角色。

美國學者達瑪什卡在《司法和國家權力的多種面孔》一書中構造了相互對立的兩種國家類型，一種是傾向於管理社會，可稱之為能動型國家，一種則傾向於僅僅為社會交往提供一個制度框架，可稱之為回應型國家。前者的法律被國家政策所溶解，而司法則成為貫徹國家政策的一個工具。後者的法律傾向於確立使私人安排有約束力並且得到執行，其司法則意味着解決糾紛。能動型國家治理下的法律程序，他稱之為政策實施型程序，應當具有的特徵是：追求實體結果的正當性、當事人的輔助地位、官員對程序的控制和主動、律師的消極作用以及判決的可更改性。在回應型國家的治理下的法律程序，也可稱之為糾紛解決型程序，其特徵表現為：程序的實質性、當事人的主體地位和對程序的控制、決策者的消極、律師的主動以及判決的穩定性。“英國人重法而輕權，法國人重權而輕法。”²⁶ 這樣的一句法國作家的名言道出了英法兩國在政治法律文化方面的一個重要差異，暗示了在兩大法系國家司法過程中的不同的法律思維方式，大陸法系國家司法程序帶有更多的政策實施型程序的特徵，是“權力型”的，而英美法系國家的司法程序則更多的帶有糾紛解決型程序的特徵，可以歸結為“自治型”的。²⁷

司法判決的內容、結構和措詞是法律思維類型的具體表現。張志銘曾經對兩大法系國家的司法判決的結構和風格作出比較性研究。他提出，關於司法判決風格差異的諸個方面構成兩個系列的集合：

系列一的特徵是：①認為只有一種可能的答案，不公開承認存在解釋爭議或對制定法的不同解讀；②高比例的法條主義的專門語言；③抽象、一般的性質；④簡短、概要的判決；⑤從權威前提出發的邏輯演繹模式如三段論歸攝；⑥實體理由對形式理由的比例較低；⑦不承認司法裁判具有評估和創造性質，在本質上視裁判為認知、確定和適用現存法律的過程；⑧整體上的威權色彩。

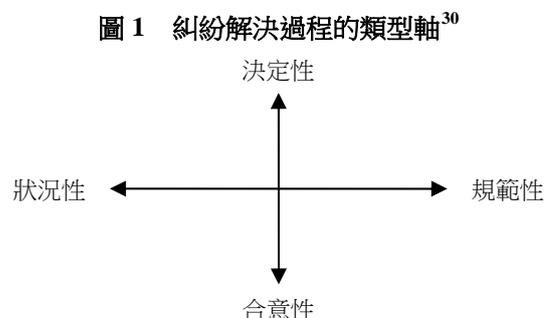
系列二的特徵是：①認為可能的答案不止一種，公開承認存在解釋爭議或對制定法的不同解讀；②低比例的法條主義專門語言；③具體、決疑的性質；④詳盡、擴展的判決；⑤對話合理性選擇模式；⑥實體理由對形式理由的比例較高；⑦承認司法裁判具有評估和創造性質，而不只是認知、確定制定法並將之正確適用於個案事實；⑧整體上的論證和對話色彩。

他認為，在司法判決風格的兩個系列上，法國和美國的情況顯然構成對立的兩極：法國是系列一的典型代表，美國是系列二的典型代表。大陸法系國家的司法判決在整體上呈現出更多的威權色彩，而英美法系國家的司法判決在整體上呈現出更多的對話色彩。²⁸ 大陸法系國家的司法判決本質上以權威為基礎。大陸法系國家法院往往緊扣制定法原文，常常採用的是語義或系統屬性的形式論點，以及邏輯演繹的合理性證明模式，最終結論是權威前提的必然產物。而英美法系國家司法的證明實踐訴諸實體理由，具有公開的創造性和評價色彩，採取的是對話性的“充分理由”立場，而不限於訴諸制定法的權威。因此，大陸法系國家法院在很大程度上訴諸的是立法機構的權威，司法機構是從屬性的，意在實施立法機構的意志。而英美法系國家法院是執行獨立司法功能的機構，不是其他政府部門的從屬機構，司法機構公開承認對制定法的解釋、補缺，甚至在適用中對制定法作某種修正和調整。在英美法系國家看來，立法機構不可能制定完美無缺的法律，對未來不可能有充分的預見，對於在法律適用時用於分析問題的形式不可能有

特別的優勢。因此，法官不應局限於權威的形式理由，而應實體性地訴諸在法律適用時出現的道德、經濟、政治和其他社會考慮。

劉兆興在對大陸法系的特點進行歸納的時候認為²⁹，大陸法系在法律運行過程中呈現行政化的傾向。大陸法系的法律從創制到實施，幾乎都是一個自上而下的過程。從法制的進化過程看，大陸法系屬於壓制型法，而英美法系屬於自治型法。在大陸法系國家中，政府在法的運行中起着舉足輕重的作用。古羅馬法隨着羅馬帝國的擴張而傳到被佔領地；《法國民法典》隨着拿破崙的侵略傳遍歐洲；《德國民法典》也是自上而下制定和實施。從司法實踐看，大陸法系採取職權模式，司法沒有獨立。從法的變革看，政府在法制改革和制度變遷中，既是改革的推動者又是改革的對象。因此，在大陸法系國家的政策實施型的司法運行過程中就不可避免的出現“權力型”的法律思維方式。

日本的棚瀨孝雄教授在《糾紛的解決與審判制度》中對糾紛解決過程的類型作出了一種分類。他提出，糾紛解決過程的類型化可以考慮以兩條相互獨立的基軸來構成，一條是按照糾紛是由當事人之間的合意還是由第三者有拘束力的決定來解決而描出。第二條軸則表示糾紛解決的內容是否事先為規範所規制這一區別。這軸的一極是嚴謹結構的規範體系，可以稱為規範性的解決。一極是表現在當事人雙方的力量對比關係決定糾紛解決的內容，可以稱為狀況性的解決。把這兩條軸組合起來就可以構成顯示糾紛解決過程類型的一個坐標圖：



這個坐標圖清晰的把兩大法系訴訟程序的基本特徵及其差異的關鍵方面表現出來了：大陸法系法律

審判程序更加注重通過三段論式的邏輯推出結論，更多的體現了注重審判程序中的國家第三方的干預和嚴謹結構的規範體系的糾紛解決方式的“規範性的解決”；英美法系法律審判程序更加注重民間的參與，當事人之間的合意，明顯的體現了通過當事人雙方的力量對比關係決定糾紛解決的“狀況性的解決”。

通過以上學者的研究和論述，可以得出結論：司法過程中更多的受到國家權力干預的“權力型”法律思維和司法過程中更加強調當事人合意的“自治型”法律思維構成了大陸法系和英美法系在司法過程中的不同的法律思維的重要特徵。

五、理性主義和經驗主義

在法律思想方法上，大陸法系國家與英美法系國家之間具有巨大差異。“大陸法法律家的推理自然地從原則到個案，普通法法律家則從個案到原則，大陸法法律家堅信三段論法，而普通法法律家則信奉先例；在每個新問題出現時，前者暗自思量：‘這次我們該怎麼辦？’，而後者在同樣的情況下則大聲詢問：‘上次我們是怎麼辦的？’……大陸法法律家的本能是從事系統化，普通法法律家的運作規則是在活動中解決。”³¹ 大陸法系國家信奉理性主義，採用演繹推理；英美法系國家堅持經驗主義，採用歸納推理。

大陸法系國家追求精妙絕倫的法典化的法律體系，而編纂一部法典需要一群理論深厚的法學家努力研究，它必須根據理性主義的精神，用演繹法和分類法追求各種觀念和邏輯原則的協調統一。英美法系國家的法律體系一般是由比較分散的單行的法律法規組成，而不存在邏輯體例嚴密的法典化法律體系。英美法系國家的法官習慣於具體地而不是抽象地觀察事物，相信的是經驗而不是抽象概念。美國的霍姆斯大法官就曾豪言：“法律的生命是經驗，而不是邏輯。”

在茨威格特和克茨合著的《比較法總論》中，他們提出，大陸法系的特徵是傾向於法律規範的抽象化，即傾向於將全部法律領域作為充分組織條理化的

體系看待，並且最後完全按照這種法律結構的思想方法行事。在大陸法系國家是就制度進行抽象思維；而在英美法系國家則進行具體的個案思維，即就“權利與義務”關係的一種思維。前者，長期以來存在着體系完整無缺性的觀念；而後者，則是從判決到判決進行摸索。前者有一種對科學體系的偏愛；而後者則對於一切簡單的概括抱有深刻的懷疑。前者用概念進行推理活動，常常帶着危險蠕蠕獨行；而後者則進行形象化的直觀，如此等等。³² 這就構成了大陸法系的法律思想方法理性主義與英美法系的法律思想方法經驗主義的對立存在。

在大陸法系國家，法官是成文法律的忠實執行者，法官通常被視為司法機構的國家公務員，由司法機構任命、提升，這些法官嚴格按照一部被認為是無所不包和明確具體的法典裏的法律條文來判決案件，遵循着嚴格限制司法創造性的極端的分權學說。司法幾乎成為了一項機械性的活動，法官酷似司法部門的工匠，他們出席法庭僅是為了解決各種爭訟事實，從現存的法律條文中找出適用案件的法律結果。大陸法系國家法官的思想方法是演繹性的，司法過程是以成文法為前提的一種三段論式的邏輯推理過程。對大陸法系國家來說，他們致力於塑造一部由法官機械地適用的完美無缺的法典，而對司法的創造性置若罔聞。大陸法系的這一現象主要形成於 18 世紀的資產階級思想啟蒙運動。中世紀封建制司法的腐敗及法官專斷造成了大陸法系國家的人們對司法機關的極端不信任。在法國大革命時期，司法機關作為封建保守勢力的維護者而成為革命的攻擊目標。為此，資產階級啟蒙思想家提出了立法權、司法權、行政權三權分立思想，司法權不得僭越立法權，司法和立法嚴格分離。而伴隨着歐洲大陸理性主義思潮的興起，理性主義者高喊人的理性的力量，甚至認為通過人的理性的力量，人們能夠發現一個理想的法律體系，凝聚人的理性力量的法典可以窮盡未來一切社會關係。於是從 18 世紀中葉開始，在歐洲大陸興起了一場聲勢浩大的法典編纂運動。那個時代的領軍人物拿破崙曾放言，人們可以忘記他的戰場上的勝利，但是他的法典將千秋萬代。這場法典編纂運動對大陸法系國家影響至今，奠定了大陸法系國家法律思想的理性

主義傳統。

在理性主義對大陸法系國家法律思想形成重要的影響的時候，英美法系國家則堅持他們的經驗主義。羅斯科·龐德曾指出：“普通法的原則是一種致力於經驗的理性原則。它體現出經驗將為行為的標準和判決的原則提供最滿意的基礎。它認為法律不是由君主意志的詔令武斷地創制，而是由法官和法學家對過去實現或沒有實現正義的法律原理、法律原則的經驗中發現的。在經驗中這樣的原理獲得的決不僅僅是法律規則的解釋和適用，而是在很大程度上對法律原理的確定必須留給法官作為懲戒的理性。”³³ 判例法制度是以經驗主義為哲學基礎的，判例法是經驗主義哲學的一種制度性經驗事實。從英美法系國家法制發展的歷史來看，其判例法正是其法制歷史經驗積累的產物。判例法不像大陸法系國家的制定法一樣是邏輯推理的結果，而是共同經驗的反映，是人們關於法律關係的集體經驗積累的產物。

大陸法系與英美法系雖然存在抽象的理性主義思維與注重個案分析的經驗主義思維的差別，但這兩種思維又並非截然可分的。大陸法系與英美法系法律思維交叉之處最典型的體現在作為一種個案思維產物的司法判例上，它對兩大法系都具有重要意義。英美法系國家實行判例法，從司法裁決中直接引伸出法律規則，這種法律規則成為此後司法裁判的依據。在大陸法系國家，由於實行成文法，法律規則是在法典中加以規定的，司法裁判必須以法典中的法律規定為依據。但在大陸法系國家，這種法律規範的僵硬性與現實生活充滿矛盾，為此，在適用法律的時候，不僅僅是機械地照搬法條，而且要考慮司法判例的因素。因此，文中把兩大法系法律思維的差異概括為理性主義和經驗主義的對立，是採用的一種類型化的分類方法，即大陸法系國家法律思維更加側重於抽象的理性主義思維，而英美法系國家法律思維更加傾向於個案分析的經驗主義思維。

六、實體真實和程序公正

大陸法系國家的法律觀念通常認為，人的權利是

生來就有的。他們把這些自然權利源於某些先驗的觀念，不因為是否存在司法救濟而受影響。大陸法系國家這種重視權利多於重視程序的觀念和大陸法系的理性主義傳統緊密聯繫。大陸法系理性主義的法律思維方式要求把人的權利通過法典的形式全部規定下來，而社會所要尋求的正義只要嚴格按照這部法典的關於人們權利和義務的規定就能產生。大陸法系國家案件處理必須遵循法條，從法律所確立的人們的具體的權利和義務的規定中通過演繹推理達到實質正義。因此，大陸法系國家非常注重制定完美無缺的法典，通過規定人們實質權利和義務的法典來保證他們得到所渴求的實質正義。

在英美法系國家中情形則完全不同。在英國的法制傳統中，“有令狀才有權利”，權利只有遵循嚴格的法律程序才能得到保障。英美法系國家特別重視程序的價值，認為正義只有通過無瑕疵的程序保證才能產生，從而形成了一項法律原則，即程序先於權利。程序先於權利致使“英國法學家的注意力長期來全部集中在各種不同的、非常拘泥於形式的、由各類命令狀規定的程序上。這些程序力求達到一個唯一目的：提出事實問題，送交陪審團。”³⁴ 英國重視程序法的傳統根深蒂固，即使在制定實體法越來越頻繁的當代，程序優先於權利的觀念也沒有多大的變化。《美國憲法》第5條修正案中直接規定：“非經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產。”這是對英美法系國家重視程序，“正當程序”原則的最清晰的表達。英美法系是補救之法，“補救先於權利”，英美法系重程序；大陸法系是權利之法，大陸法系重實體。“英國普通法是作為一連串的補救手段而產生的，其實踐的目的是為了使爭議獲得解決；大陸法的目的則與此相反，它是作為一種體系告訴人們，根據正義的觀念社會應當確認哪些權利和義務。”³⁵

程序公正的觀念在英美法系中的出現和發展有其深刻的歷史背景和思想淵源。日本學者谷口安平將英美法系程序公正觀念的發達歸結為三個原因。³⁶ 首先是因為英美法系的陪審團對案件作出勝敗的判決但不提供理由，這樣就無從檢驗判決結果的正當性，而只能由程序的正當性來間接地支持結果的正當

性。其次是英美法系的先例拘束原則要求法院在審理與先前的案件相同或相似的案件時，應按照以往判決所確立的先例，對於相似的法律問題作出同樣的判決。最後是因為英美法系的法官根據當事人的申請並運用其自由裁量權對案件作出適當的決定。在這裏，保證法官判決結果正確的仍然是程序。他認為在上述幾個因素的影響下，英美法系形成了重程序的傳統，即不是以某種外在的客觀標準來衡量判決結果正當與否，而是通過充實和重視程序過程本身以保證判決結果能夠獲得當事人的接受，這就是程序公正的精神實質。

大陸法系國家卻並沒有對程序公正的觀念如此迷戀，這主要是因為大陸法系具有成文的實體法的傳統，程序先於權利的觀念無從產生。羅馬法復興後的歐洲進入一個理性主義統治的時代，理性主義注重對知識的普遍必然性和絕對精確性的追求。³⁷ 理性主義者堅信，僅用理性的力量，人們就能夠發現一個理想的法律體系。因此他們更加青睞於法典。強大的實體成文法典的影響和人們認為法律程序損耗過多的效率而阻礙了人們對實體真實的發現的觀念都促使了大陸法系重實體而對程序公正相對不那麼迷戀的特徵的形成。

在大陸法系國家，裁判的可接受性主要來源於實體結果的正確性，即所謂實體真實；而在英美法系國家，裁判的可接受性則來自程序的正當性。在一個裁判正當性主要來自實體正確性的地方，其裁判過程追求實體真實是不可避免的，而在一個裁判正當性主要來自於程序正當性的地方，其裁判過程即使並沒達到實體真實，也同樣可以獲得裁判的可接受性。³⁸ 在大陸法系國家的法律觀念中，司法過程只是一次對法典條文中規定的人所應有權利的確認，只是一次確認人所應有權利的實體正義的實現。大陸法系國家在司法過程中往往非常重視對於案件客觀真實的追求。由於這種對客觀真實的追求，導致大陸法系國家更加重視案件的實體正義問題，而往往受到犧牲的是程序正義。在大陸法系國家一項重大的法庭證據一般不會因為其取得的程序瑕疵而遭到否定。大陸法系國家的法院認為只有查明案件事實，才能對當事人的權利義務關係作出真實的判斷。查明案件的事實雖然是一種難

以企及的理想，但放棄這一理想，就會動搖民眾對司法的信賴，喪失法院的威信，甚至導致整個司法制度的崩潰。發現真實是司法審判的不懈追求，人們對司法審判寄予的最大希望就是準確地對事實作出認定而後依據發現的事實作出判決。而在英美法系國家雖然也認為發現真實是法院審判的重要任務，但他們認為司法過程不是一次發現真實的科學調查，訴訟中發現真實受到諸多不利條件的限制，如事實審理者必須依賴不完整的信息淵源，人們對客觀世界的認識存在着主觀性，事實審理者可能無意識或有意識地曲解事實，法律構成的世界不同於生活世界。³⁹ 因此，他們認為在司法過程中完全查明事實是不可能的，轉而他們傾向於關注查明案件事實的程序，只要在整個司法過程中嚴格按照司法程序進行，那麼這個結果就應該是值得接受的。而且他們也確信，只有嚴格按照這種非常清楚具體的法律程序去審判案件才能得出無限接近於案件真實的正義判決。在英美法系的司法過程中，常常可以看到某些重要的證據因為其取得的方式或程序具有某種不法的因素而被排除在有效證據之外。

把大陸法系國家的法律思維概括為追求實體真實，而相應的把英美法系國家的法律思維概括為迷戀程序公正，粗看起來有點把二者完全對立起來的嫌疑。其實不盡然，正如上面所論述的，大陸法系國家法院一心追求實體真實，並把發現實體真實作為司法的基本理念，但是要從另外一個方面看到，追求實體真實的過程必然會涉及一系列相關的法律程序，因此，大陸法系國家追求實體真實並不否定其對法律程序的重視。實際上，“古代羅馬最早的時候，法律也曾在實質上是程序法。在那裏，訴訟程序具有至高無上的重要性。”⁴⁰ 只是到了羅馬社會中後期，羅馬法中實體法的內容佔據主要地位，訴訟程序變成具有附屬性功能，羅馬法復興後，法、德等許多國家繼承羅馬法重實體輕程序的法律傳統。而英美法系國家崇尚程序公正，也把追求實體真實作為一個司法目標的，只是認為只有嚴格遵從法律程序才能真正發現案件的實體真實，不能為了發現實體真實而傷害到法律程序的價值，始終堅持“程序優先”的觀念。

隨着法律全球化的出現，兩大法系出現融合的趨

勢，大陸法系國家開始越來越重視程序的作用，而英美法系過於重視程序忽視法律真實和司法效率的做法也受到越來越多的指責和批評，他們越來越難以忘記著名的辛普森案件帶來的難以接受的正義的教訓。但是，作為兩大法系各自司法傳統的法律思維在短期內是難以改變的，大陸法系的法官還會一如既往的堅持司法判決應該要努力發現法律真實的實現實質正義的做法，而英美法系的法官也不會對他們一直引以為傲的正當程序觀念表示真正的懷疑。

七、結語

大陸法系國家和英美法系國家在司法過程中的法律思維上存在巨大差異，本文重點介紹了“科層和協作”、“依法判決和法官造法”、“權力和自治”、“理性主義和經驗主義”、“實體真實和程序公正”五個方面的主要差別。這五個方面內容的概括基本上可以描繪出兩大法系在司法過程中存在的法

律思維差異的藍圖，這對於理解兩大法系司法過程中法律思維方面的特點具有重要的價值。當然，要強調的是，文中五個方面對兩大法系司法過程中的法律思維差異進行的類型化的歸納，是一種宏觀層面的比較法律文化類型的大概的分類。如果微觀地深入去比較兩大法系司法過程中的法律思維差異時，就會發現這種類型化的研究具有把兩大法系司法過程中的法律思維差異簡單化和僵化理解的嫌疑。坦率地說，本文五個方面的歸納是一種非常粗糙的歸納研究，深入的進一步研究由於研究能力限制只有留待後來進行。而反過來說，對大陸法系國家和英美法系國家在司法過程中的法律思維差異進行研究時必須保持一種開放性的思路，對該主題的研究既應該從微觀考究，也應該做一番宏觀的思考。

(中山大學法學院鄧偉平老師對論文給予過精心指導，在此予以致謝。)

註釋：

- ¹ [美]米爾伊安·R·達瑪什卡：《司法和國家權力的多種面孔》，鄭戈譯，北京：中國政法大學出版社，2004年，第44頁。書中採用的是類型化的分類方法，是屬於一種宏觀文化層面的劃分標準，因此，如果微觀地考察這種分類的話，那便誤讀了本來的劃分目的。
- ² 同上註，第51頁。
- ³ 同上註，第45頁。達瑪什卡運用歷史分析的方法從兩大法系的法官的不同地位着手分析其中折射出的司法文化差異，得出的結論具有一定的可信性。
- ⁴ 周道鸞：《外國法院組織和法官制度》，北京：人民法院出版社，2000年。在該書第五章法國的法院組織和司法制度中，對法國法院組織的特徵做了詳細的論述。該書是編寫者們實地考察取得的第一手資料，具有相當大的權威性，對研究法國法院組織的狀況具有重要的參考價值。
- ⁵ 同上註。在該書第一章美國的法院組織和司法制度中，對美國法院組織體系、法官制度和司法行政管理做了詳細的論述。
- ⁶ [美]梅利曼：《大陸法系》，顧培東、祿正平譯，北京：法律出版社，2004年，第34-37頁。
- ⁷ 蕭建國：《程序公正的理念及其實現》，載於《法學研究》，1999年第3期。
- ⁸ 同註6，第34頁。
- ⁹ [英]羅傑·科特威爾：《法律社會學導論》，北京：華夏出版社，1989年，第263頁。

- ¹⁰ 同註 7。
- ¹¹ [美]格林頓、戈登、卡洛茲：《比較法律傳統》，米健等譯，北京：中國政法大學出版社，1993年，第53頁。
- ¹² [英]馬塞爾柏寧斯：《英國的法官》，李浩譯，載於《現代法學》，1997年第2期。
- ¹³ 同註 6，第39頁。
- ¹⁴ 轉引自《西方法律思想史資料選編》，北京：北京大學出版社，1983年，第216頁。
- ¹⁵ 轉引自陳貴民：《關於法官“造法”》，載於中國法院網 http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=15679&k_title=&k_content=&k_author=。
- ¹⁶ 何家弘：《論法官造法》，載於《法學家》，2003年第5期。
- ¹⁷ 同註 11，第20頁。
- ¹⁸ [日]大木雅夫：《比較法》，范愉譯，北京：法律出版社，1999年，第177-178頁。
- ¹⁹ 同註 15。
- ²⁰ [美]艾倫·沃森：《民法法系的演變及形成》，李靜冰、姚欣華譯，北京：中國政法大學出版社，1992年，第32頁。
- ²¹ [德]茨威格特、克茨：《比較法總論》，潘漢典等譯，北京：法律出版社，2003年，第384頁。
- ²² 同註 6，第52-62頁。
- ²³ 同註 21，第386頁。
- ²⁴ 同註 6，第63頁。
- ²⁵ [美]埃爾曼：《比較法律文化》，賀衛方、高鴻鈞譯，北京：清華大學出版社，2002年，第75-76頁。
- ²⁶ 高毅：《法蘭西風格：大革命的政治文化》，杭州：浙江人民出版社，1991年，第53頁。
- ²⁷ 關於“權力型”和“自治型”的法律思維類型的詳細論述，見鍾小凱：《“司法為民”還是“司法在民”？——對大陸法與英美法司法過程中的法律思維的比較文化研究》，載於《高教理論導刊》，2006年第4期。
- ²⁸ 張志銘：《司法判決的結構和風格》，載於《法學》，1998年第10期。
- ²⁹ 該材料來源於人大期刊複印資料，並沒有找到其公開發表的出處，在此特予說明。
- ³⁰ [日]棚瀨孝雄：《糾紛的解決與審判制度》，王亞新譯，北京：中國政法大學出版社，1994年。書中對糾紛解決過程的類型所製作的這個圖表形象地反映了“規範性的解決”和“狀況性的解決”兩種分類的特徵。
- ³¹ 轉引自註 21，第377頁。
- ³² 同註 21，第132-133頁。
- ³³ [美]羅斯科·龐德：《普通法的精神》，唐前宏等譯，北京：法律出版社，2000年，第129頁。
- ³⁴ [法]勒內·達維：《當代世界主要法律體系》，漆竹生譯，上海：譯文出版社，1984年，第300頁。
- ³⁵ 畢競悅：《比較法、比較心態與比較方法——〈英國法與法國法：一種實質性比較〉評介》，載於《中國社會科學評論》(第四卷)，2005年。
- ³⁶ [日]谷口安平：《程序的正義與訴訟》，王亞新、劉榮軍譯，北京：中國政法大學出版社，1996年。在這本書中谷口安平先生對英美法系國家程序公正觀念做了非常詳細的介紹，這裏只是把其觀點概括言之。
- ³⁷ 陳宣良：《理性主義》，成都：四川人民出版社，1988年，第19頁。
- ³⁸ 齊滙：《大陸法與英美法證據制度及其相關領域的比較研究》，載於杭州法普網：http://www.law-lib.com/hzsf/lw_view.asp?no=4870。該文主要是以證據制度為視角來展開對該問題的論述。
- ³⁹ 沈達明：《英美證據法》，廣州：中信出版社，1996年，第1-6頁。
- ⁴⁰ [法]勒內·達維：《英國法和法國法：一種實質性比較》，賀衛方等譯，北京：清華大學出版社，2002年，第55頁。