

引论 法律信仰论与法律工具论

从理论上讲,普通法不是通常意义的人定法;法官们揭示普通法(或发现普通法),法官不能造法;或者说普通法是被发现的,但不能加以篡改,在本质上,把普通法看作人定的或手段的或工具的现代法律观念对古代普通法是陌生的。

——[美]劳伦斯·M. 弗里德曼^{〔1〕}

在目前的政治经济学状况下……我们有责任考虑并且估量:立法目的、达到

〔1〕 [美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《美国法律史》,苏彦新等译,8页,北京:中国社会科学出版社,2007。

目的的手段以及成本。我们了解到每得到一样东西，都不得不放弃其他什么东西，我们被告知用我们得到之利益与我们失去之利益作比较，从而了解在挑选时我们是在干些什么。

——[美]奥利弗·温德尔·霍姆斯^{〔2〕}

一、问题的提出

自从伯尔曼那句“法律必须被信仰，否则形同虚设”的名言引入中国后，中国法学界就对“法律信仰”命题掀起了持续性的研究热潮，迄今为止以“法律信仰”为主题的论文在核心期刊就发表了多达三百多篇。“法律信仰论”对中国法学界影响甚深，多少学人前赴后继为之神魂颠倒和鼓吹呐喊，导致了一系列错误的法律理念。

国内学者对“法律信仰”命题的批判大致可以分为两种进路：第一种批判进路是论证人们误解了“法律信仰”命题的由来。比如，范进学教授认为“法律信仰”是一个被过度误解的神话，伯尔曼语境中的法律不等同于国家制定法^{〔3〕}；范愉教授认为这一命题是人们对伯尔曼关于法与信仰（宗教）关系的论述的误解^{〔4〕}；张永和教授认为“法律信

〔2〕 Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 10 Harvard Law Review (1897)457,469,474.

〔3〕 参见范进学：《法律信仰：一个被过度误解的神话——重读伯尔曼〈法律与宗教〉》，载《政法论坛》，2012（2）。

〔4〕 参见范愉：《法律信仰批判》，载《现代法学》，2008（1）。

仰”是一个错误命题^{〔5〕},等等。第二种批判进路是论证“法律信仰”命题在中国不可行。比如,李春明教授认为应该由“法律认同”来代替“法律信仰”^{〔6〕},沈永胜教授认为先由“信任”再到“信仰”^{〔7〕},等等。

虽然已经有不少学者对“法律信仰”命题进行过质疑和批判,但此命题的后续影响至今仍不同程度、不同面貌地表现在当下的法学研究之中。“法律信仰论”在中国的流行不仅是一种法治浪漫主义,更是遮蔽了真正的中国问题,同时还与社会主义法治理念相去甚远。因此,有必要对这一命题进行进一步地反思和批判,本书即是另辟蹊径的一个尝试。

本书拟从另一个视角展开对“法律信仰”命题的批判,即选取“法律信仰论”的对立面——美国法律工具论为研究主题,拟论证“法律工具主义”(法律只是一种工具而非目的)是美国当代法律文化的主流特征,“法律信仰论”已经式微而沦为边缘。进而,本书的研究也就论证了“法律信仰论”本就是一个被人们过度误解的神话,从而从根基和源头上对“法律信仰”命题进行了有力的批判。因而,本书的研究有助于对美国式的法律信仰和中国式的法律工具主义这两个极端的、对于中国法治建设而言都不可取的法律理念

〔5〕 参见张永和:《法律不能被信仰的理由》,载《政法论坛》,2006(3)。

〔6〕 参见李春明:《以“法治认同”替代“法律信仰”——兼对“法律不能信仰”论题的补充性研究》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版),2008(6)。

〔7〕 参见沈永胜:《对“法律信仰命题”的一种事后解读》,载《内蒙古社会科学》(汉文版),2006(2)。

进行更进一步的反思。

伯尔曼于1984年在波士顿大学法学院有过一番演讲。^{〔8〕}在该演讲中,他指出美国法律教育遇到了危机:这种危机既不是指学生或教师的态度问题,“我所说的危机,并不是说学生不勤奋好学,也不是说法律教员不兢兢业业,不胜任教职,没有尽到应尽的责任,没有具备相应的能力,或者不比从前”,也不是指“人们的这种批评,即如今的法科学生在如何服务于公共利益方面没有得到充分教导”,而是“我所说的危机,是人们对法律的态度危机,是法律思想的危机”,即“我们的法学院普遍相信,法律本质是立法机关,包括立法者、法官及行政官员为实施自己的政策而制定的东西;法律本质上是社会管理的手段;法律本质上是那些执掌政权的人为实现自己的意志所利用的实用手段,是一个工具”,而不是“法律不仅是掌权者所制定的事物;法律更是上帝所赐予的”。^{〔9〕}

〔8〕 该演讲是1984年4月28日伯尔曼在波士顿大学法学院斯图尔特(Stuart)会堂的辅楼“詹姆斯·沃伦·史密斯(James Warren Smith)楼”落成典礼上的致辞。参见[美]伯尔曼:《信仰与秩序》,姚剑波译,第17章“美国法律教育的危机”,北京:中央编译出版社,2011。

〔9〕 伯尔曼在该演讲中类似的表达还有:如今,人们普遍认为,法律只是用来实现特定的政治目标、经济目标及社会目标的一种手段。法律的任务是有限、物化、不带个人情感色彩的——就是把事情解决,让人们依特定方式行事。很少听人说起来法律是客观正义的体现,是生命的根本意义或目的的体现。他还通过回顾哈佛大学法学院过去85年来概览的变化来说明了这一点。参见[美]伯尔曼:《信仰与秩序》,姚剑波译,313、314页,北京:中央编译出版社,2011。

他将这种危机产生的主要原因归于对法律工具特征的专注,即视法律为手段,无论是广义上的社会控制手段,还是实施特定政策的手段,抑或是维护权力的手段,“不管怎样,法律只是一种手段而不是目的本身”,将部分原因归于形形色色的社会主义,“我们已从个人时代步入集体时代”。借伯尔曼对美国法律教育危机的上述诊断,笔者正好提出本书的问题:首先,伯尔曼所提出的主要原因正是本书的选题所在,笔者将其概括为“美国工具主义法律观”;其次,伯尔曼对该问题的关注充分例证了工具主义法律观在当代美国社会中的盛行;^[10]还有,伯尔曼所提出的部分原因恰好是笔者研究此选题的理由之一,因为中国正是社会主义社会,且从未脱离过集体时代。

工具主义法律观并不是美国所独有的,也不是首先在美国出现的。相对于自然法学、历史法学、分析法学等传统法律理论来讲,工具主义法律观是比较晚期才出现的。工具主义法律观的出现对于传统法律理论可以说是一场革命,它首先在欧洲大陆发生,自耶林始。耶林将利益分门别类,强调法律是保障各种利益的工具。耶林晚年对于当时盛行的各种法学潮流深表不满,他一反萨维尼的态度,认为法律乃是人类努力的结果,法学应该着眼于现实的目的和

[10] 伯尔曼的原话表述如下:“1984年的法学院师生对于法律性质的看法,其立场之偏,谬误之深,胜于此前美国任何历史时期。”参见[美]伯尔曼:《信仰与秩序》,姚剑波译,313页,北京:中央编译出版社,2011年。

功用,法学的重心应该转移至社会、社会的目的以及达成这些目的的方法。他反对拘泥于条文的概念法学,主张法律要致力于调整各种冲突的利益,法律不能与特定社会的实际生活相脱节。耶林的法学曾被人推崇为 19 世纪与 20 世纪之间的桥梁,负有继往开来的重任。耶林的理论引起了法学界革命性的转变,加上边沁功利主义的影响,工具主义法律观逐渐兴起,随后在美国、英国、日本等国家都有不同程度的体现。^{〔11〕} 其中,以美国最为发达,也最具代表性。

〔11〕 比如我们的近邻日本和韩国:日本的法治国家建设可以上溯至明治时代,从那时候起到现在,工具主义法律观持续地存在着,使得近代日本赶上并超越欧美国家的国家目标得以实现。“在日本官僚政治下的法,是官僚们为实现富国强兵的国家目标而对国民发出的命令系统。就是说,法律是为实现富国强兵的国家目标之手段。”只有更加有效地达成国家目标的法律才是最好的法律。在工具主义法律观的影响下,日本走了一条行政主导型、国家主导型的法治国家建设模式,以“赶上并超越欧美国家”为国家目标一路跑了近 150 年,结果是很好的促成了国家目标的实现。日本的实践说明,法律作为促进发展中国家迅速发展的工具,是极为有效的。再看韩国,“由于韩国法治形成的特殊的历史过程,工具主义法律观在社会主流的意识中产生了广泛的影响……工具主义法律观形成于法律移植过程之中,以经济开发为主导的 20 世纪 70 年代,工具主义法律观支配当时的立法活动和经济发展战略。”法律工具性的有效运用大大促进了韩国当时社会发展战略目标的实现。当然,教训也是存在的:最近十几年日本社会经济停滞,让人们意识到了国家主导型发展模式的极限,让人们意识到人民的自发性和创造性将会是社会发展的原动力;工具主义法律观在今天的韩国已然显现出其弊端,“60 年代开始进行的经济开发战略在客观上取得了一定的成果,但同时也造成法律工具主义的后果,立法的膨胀与人权限制范围的扩大,直接影响了法律的价值性。”参见倪正茂、杨海坤、铃木贤:《法治勿入工具主义误区》,载《社会科学报》,2002-08-01;韩大元:《东亚法治的历史与理念》,218 页,北京:法律出版社,2000。

反观中国,工具主义法律观并不陌生,换成另一种说法,我们更为熟悉,那就是“法律工具主义”。不同于国内已有的研究,在笔者看来,应将中国法律工具主义分成两个阶段比较妥当,即传统法律工具主义与新法律工具主义:传统法律工具主义是中国古代人治传统下的法律工具论、近代西方法律实证主义在中国的输入、苏联马克思主义法学理论对于法律是阶级统治工具的强调这三个因素的汇合;新法律工具主义是建设法治社会背景下的法律工具主义,自中国建设社会主义法治国家开始到现在,最新的表现形式是社会主义法治理念提出的“法律为大局服务”,即法律是为大局服务的工具。^{〔12〕}虽然美国的工具主义法律观与中国的法律工具主义在具体方面上是有区别的,但是二者在根本上都将法律视为达到一定目标的工具。

二、核心概念的界定

“语言问题也不单纯,它和政治,和经济,和文化,都有

〔12〕 范进学教授在对社会主义法治理念进行探讨时,就曾认为社会主义法治理念包含了一种法律工具论而给予笔者极大启发,他在谈到对社会主义法治理念的第三个困惑时认为,“法律、法治都是治理国家的手段,即法律或法治手段论、工具论。”《读本》明确指出:“国家是法治存在的政治基础和前提条件;法治是实现国家核心任务的手段和保障。离开了国家的存在,法律、法治等均无从谈起。……法治必须服从特定国家在特定历史时期的‘大局’。”这一理论概括就是将法治看作国家的工具,是服从国家“大局”的工具。参见范进学:《认真对待“社会主义法治理念”》,载《山东社会科学》,2011(2)。

扯不清的瓜葛”,^[13]因此,笔者有必要先对本选题的核心词汇进行一下界定。

首先,工具主义法律观更多的是一种对待法律的态度而非法律理论。由于美国人的务实风格和其本身缺乏理论上必要的细致和精密,工具主义法律观作为一种态度而非理论来讲更为合适。^[14]工具主义法律观可以说是美国法律文化的显著特色。美国和英国同是普通法系的代表国家,但相对来说,美国法律更重实质一些,英国法律则更重形式一些,即是证明。^[15]美国学者一般采用 instrumental view of law 或者 legal instrumentalism 这两种表述形式,

[13] 易中天:《大话方言》,16页,上海:上海文化出版社,2006。

[14] 美国学者对于美国是否拥有一般的法律理论即所谓的美国法理学是存在争论的。比如,Neil Duxbury 在 1995 年发表的作品中认为形式主义、政策科学、法律程序、法律与经济运动等构成了美国法理学的流派或运动的一部分,而 Brian Leiter 则在针对该作品进行的评论中认为,它们都与法理学没什么直接关联,只是对法律的哲学层面上的思考,“从法理的视角,几乎 Duxbury 笔下的人物和形式主义的相似点就在于缺乏法律理论的哲学深度及精确性。”再者,作为工具主义法律观智识来源的实用主义哲学本身就对理论有着天然的排斥。因此,在笔者看来,将美国工具主义法律观作为一种态度而非理论更为合适。当然,非理论并非是没有理论深度,相反,在笔者看来,美国工具主义法律观的理论深度是相当高的,贡献是相当大的。See Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1995; Brian Leiter, Is there an “American” Jurisprudence? *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997.

[15] 来自英国学者阿蒂亚和美国学者萨默斯的合作研究有力地证明了这一点。可参见[英]P. S. 阿蒂亚、[美]R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏等译,北京:中国政法大学出版社,2005。

译为“工具主义法律观”或者“法律工具主义”都可以，二者通用。鉴于法律工具主义这一术语在国内人人喊打而深具贬义，笔者特意采用了前者进行表述。

其次，工具主义法律观是一种统称，即视法律为达到一定目的的工具而非目的本身的观点的统称，其典型表现是重实质而轻形式，其对立面是非工具主义法律观。与工具主义法律观一样，非工具主义法律观也是一种统称，其共同点是不把法律视为达到一定目标的工具，代表性观点是：法律是先验存在的，是永恒不变的；法律是客观的，而不是人类意志的主观产物，也不代表任何人的特定利益；法律具有自治性和整体性；法律是被发现的，而不是被创造的。

具体到美国而言，工具主义法律观以非工具主义法律观的极致——形式主义法律观为主要对手，但它们都不是单一的法律理论或法律哲学，因此，试图给它们下一个简单的定义的方式是会带来很多问题的，不如将它们细化成多个方面并加以对比更为妥当。在笔者看来，美国学者罗伯特·S. 萨默斯在这方面的研究成果是可取的，他将形式主义观点与工具主义观点分成了12个方面进行了比较：^{〔16〕}

〔16〕 参见〔美〕罗伯特·S. 萨默斯：《美国实用工具主义法学》，柯华庆译，157～159页，北京：中国法制出版社，2010。

内 容	形式主义观点	工具主义观点
现行法律的全面和完整程度	现行法律几乎是全面而完整的；法律像是一个静态的闭合的逻辑体系	现行法律还远不全面和完整；法律更像一个骨架，需要在成长和变革的过程中不断充实和完善
在现存法律体中法律创设的空间	空间很狭小	空间很宽广
法院创制判例和解释成文法的效力	根据权力分立，法官只负责发现和宣布已经存在的法律	法官拥有制定法律的权力，并经常这样做（公然地或隐晦地）
最高法院对制定的法律进行合宪审查的职责	具有广泛的职责；制定的法律如与宪法条文在语义上相冲突，则推定此法律无效	具有狭小的权力；制定的法律推定为有效
创设新法的首要考虑因素	与现行法律一致、和谐、连贯	实存的需求和利益；由需求确定的目标；可利用的法律工具；预期效果；政策
现行的实际有效法律	主要是“书本上的法律”	可预期的“行动中的法律”
法律的适度一般性	高度一般化；在某个领域内，法律可以用有限的抽象和高度一般化来描述	仅有不确定的价值的一般性；在某个领域内，法律只容许许多具体而狭窄的共性来描述；法律是多元的；过度一般化是一个严重的弊端

续表

内 容	形式主义观点	工具主义观点
现行法律的权威性(特别是判例法)	法律的效力是无条件的、绝对的	法律的效力是有条件的;在情境中,许多条文可能发生变化
法律思维的首要关注点	权威的条文和单一的概念	事实、物件、效果;实例、情况、情境
判例法的解释和适用	意见语言和所表达的“逻辑”具有决定性	如果有什么可起作用,那么就是与事实情形相关的之前法官的判决
成文法的解释和适用	法律条文和所表达的“逻辑”具有决定性	起决定作用的在于条文中所灌注的目标、精神和政策
证明判决和理性的理想模式	由前提演绎推理出的结论	由推理恰当支持(非演绎的)结论

为了便于展开工具主义法律观对形式主义法律观的批判,本书认为有时候把形式主义分为两种比较妥当:概念形式主义和规则形式主义。所谓概念形式主义,是指法律的概念、原则有着内在的内容并且它们之间存在着逻辑上的联系,这些联系可以通过推理得出,从而构成固有的、协调一致的法律体系。所谓规则形式主义,是指法官可以从法律体系中机械地推理以发现每一个案件的正确答案。^[17]这两种形式主义是不一样的:一个人可能在否认法律规则

[17] Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 48.

和原则具有任何先定内容的同时，而相信法官是从给定的法律规则和原则下机械地演绎出结果；反之，一个人可能接受法律规则和原则具有先定内容的同时而不认为法官在特定的案件中能够机械地演绎出结果。也就是说，接受一种形式主义不等于也接受另一种形式主义。

由此可见，形式主义法律观和工具主义法律观相比较而言具有很多的不同之处。如果要概括出二者最大的区别，笔者认为：前者注重形式化的逻辑，而后者注重工具化的经验。比如，在对制定法的解释上，前者要求根据书面直白的字义，而后者则要求根据书面条文背后的目的；在对待先例的态度上，前者非常尊重先例，而后者则为了可欲的结果将先例抛弃；在司法裁判的作出上，前者以形式化的法律为导向，而后者则以经验化的结果为导向，等等。

三、文献综述

（一）国内研究现状综述

法律工具主义这个词汇在中国很多场合被提到过，包括著作、网络、期刊、报纸、会议讲话等，但是将其作为学术问题的研究甚少。文献搜索显示，公开发表的学术论文只有十几篇，代表性成果有谢晖教授的《法律工具主义评析》^{〔18〕}，蒋人

〔18〕 谢晖：《法律工具主义评析》，载《中国法学》，1994（1）。

文、黄竹胜教授的《司法工具主义功能观剖析》^{〔19〕}，周永坤教授的《法律工具主义及其对司法的影响》^{〔20〕}，等等。上述已有的研究成果鉴于当时的时代需要自有其合理性，但是如今看来有以下几个特点或是不足：第一，这些研究虽以法律工具主义为主题但基本上讨论的只是中国传统意义上的法律工具主义，而没有注意到法律工具主义在当代中国的最新发展；^{〔21〕}第二，这些研究对法律工具主义的论述皆是一致地批判而无人论述其合理性，且在笔者看来其中许多批判未经充分论证，感情色彩较浓，学术色彩较淡；第三，某些研究简单地将法律工具主义与人治相勾连，没有区分人治下的工具主义与法治下的工具主义；第四，已有的研究对国外研究成果基本上没有涉及。

以美国工具主义法律观为题的专门研究，在笔者涉猎的范围内，只有中国台湾学者林植坚发表过一篇论文《美国法律工具主义及其审判理论》，该文认为，“在美国法理学与

〔19〕 蒋人文、黄竹胜：《司法工具主义功能观剖析》，载《广西大学学报》（哲学社会科学版），2002（6）。

〔20〕 周永坤：《法律工具主义及其对司法的影响》，载《学习论坛》，2006（7）。

〔21〕 更有学者乐观地认为，中国正在走出法律工具主义范式。参见俞可平主编：《中国治理变迁三十年：1978—2008》，北京：社会科学文献出版社，2008。在笔者看来，这种观点显然是不成立的。中国只是在走出传统工具主义范式，而进入新工具主义范式。

法理论的发展方面,法律工具主义也有‘母鸡’的地位”,^[22]这篇论文以霍姆斯作为主要讨论对象,分析评价部分有诸多中肯之处,带给笔者一定的启发。但其对美国法律工具主义的界定、历史追因等的探讨明显地受到美国学者霍维茨观点的影响,笔者对此不敢苟同。再者,该论文毕竟篇幅短小,因而内容全面性、系统性方面的欠缺在所难免。大陆学者高鸿钧教授在2011年《中国法学》第一期发表的论文《美国法全球化:典型例证与法理反思》^[23]中在分析美国法的全球化问题时曾使用“美国的工具主义法律观”与“大陆的形式主义法律观”来定位二者的法学基本理论,但也只是一提而过。《美国实用工具主义法学》^[24]的译者柯华庆教授在序言中曾对美国工具主义法律观做过一番总结与评价,并在原著观点的影响下大力提倡实效法学,带给笔者一定启发。但是,原著本身的理论建构就很成问题(在国外研究现状部分有具体分析),因此,他所谓的“实效法学”理论也是站不住脚的。

对美国工具主义法律观有所涉及的研究文献还多一

[22] 林植坚:《美国法律工具主义及其审判理论》,载《东吴大学法律学报》,第14卷第2期。《深圳大学学报:人文社会科学版》2003年第20卷第5期关于这篇文章有一个内容摘要。

[23] 高鸿钧:《美国法全球化:典型例证与法理反思》,载《中国法学》,2011(1)。

[24] [美]罗伯特·S.萨默斯:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,序言部分,北京:中国法制出版社,2010。

些,主要是关于霍姆斯、卡多佐、庞德、卢埃林等法律工具主义者代表人物的个人研究和法律的经济分析、批判法律研究运动等法学流派的专题研究。相对来说,下面几本书跟美国工具主义法律观关联较多:关于美国法律实用主义的专门研究有两本专著,它们分别是苗金春的《语境与工具:解读实用主义法学的进路》^[25]和张芝梅的《美国的法律实用主义》^[26]。虽同是研究法律实用主义,但二者存在颇多不同之处:前者将法律实用主义视为美国实用主义法学派,将重点放在分析其研究进路上,以语境与工具作为该学派的研究进路,以霍姆斯、卡多佐、罗蒂、波斯纳作为代表人物;后者梳理了美国法律实用主义的历史过程,以德沃金和波斯纳为例分析了实用主义的现实状况,并将实用主义与其他主义做了辨析。此外,周汉华教授的《现实主义法律运动与中国法制改革》^[27]以现实主义法律运动作为起点来探讨中国法制改革,将现实主义法律运动的精华同“实事求是”“从实际出发”相勾连。该著作将重点放在了法制改革部分,现实主义法律运动只是引子,其国内问题意识强烈,给予了笔者一定启发。周教授在该书第一章第三节中

[25] 苗金春:《语境与工具:解读实用主义法学的进路》,济南:山东人民出版社,2004。

[26] 张芝梅:《美国的法律实用主义》,北京:法律出版社,2008。

[27] 周汉华:《现实主义法律运动与中国法制改革》,济南:山东人民出版社,2002。

将法律的工具性作为现实主义法律运动的第一个基本主张,当然他对现实主义法律运动的界定相当之宽泛而与笔者不同,因而论题区别较大。

(二) 美国研究现状综述

1. 从著作方面来讲,美国专门研究美国工具主义法律观的著作有以下两本专著,它们分别是罗伯特·S. 萨默斯的《美国实用工具主义法学》^[28]和布瑞恩·Z. 塔曼达哈与耶林著作同名的《Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law》(作为实现目的的手段的法律:对法治的威胁)^[29]。

第一本书以美国早期的法律工具主义者的观点作为孕育作者自身思想的跳板,分别从法律的要素、有效法律的创设和实施、法律的实施和运行、法律的功效四个方面以理论建构的方式进行了体系化的努力,并把其所谓的“实用工具主义法学”称之为专门研究法律应用的独特的法律理论,声称它同自然法学、历史法学、分析法学并驾齐驱而称之为第四大法律理论。这种努力在一些学者看来是失败的:有学者认为“实用主义哲学,对规范法律理论做出的贡献很小”

[28] [美]罗伯特·S. 萨默斯:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,北京:中国法制出版社,2010。

[29] Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.

“实用主义实质空洞而对规范法律理论贡献细微”^[30]；有学者认为萨默斯的努力“显然是一种冒险的实例，并且自身也呈现出许多矛盾之处”^[31]；还有学者评论说，“大部分萨默斯的社会学工作给人的印象是，任何一个恰当的集中的法律理论都不会关注他所提出的问题”，^[32]等等。笔者也如此认为，将工具主义法律观理论建构化让其足以担纲一种独立的法律理论而称其为第四大法律理论是不妥的。再者，该著作还有一个次要目标——史实性目标，但是该书却没有研究工具主义法律观在“二战”之后直至当代的情况，而将之作为已经消亡了的理论，因而是不完整的。

第二本书以史实性方式论述了工具主义法律观，比较全面，侧重点在于描述美国当代工具主义法律观的具体表现，目的在于提醒人们审慎对待其对法治造成的威胁。这本书给予笔者很重要的参考和启发。但是其中有些观点与内容在笔者看来是值得商榷的。还有，该书对美国工具主义法律观对法治的危害的论述过于夸大和悲观了，近似于伯尔曼对美国法律教育危机的忧心忡忡：“美国法律体系已

[30] Brian Z. Tamanaha, Pragmatism in U. S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and The Fact-value Distinction, *The American Journal of Jurisprudence*, 1996, pp. 316-317.

[31] Roger Brownsword, Summers, Instrumentalism and American Legal Theory, *The Modern Law Review* 116(1985).

[32] Michael S. Moore, The Need for a Theory of Legal Theories: Assessing Pragmatic Instrumentalism, *Cornell Law Review* 994(1984).

然脱离了正常的轨道，朝汹涌的暗藏危险的海滩的水域前进。”^{〔33〕}这种担忧也许在美国学者看来是有必要的，但在身处中国的笔者看来有些过了，因为美国存在着对工具主义法律观进行限制的诸多因素。当然，这种警示还是很有价值的。此外，还有一些对这两本书进行评论的文章，代表性论文是《Review of Law as a Means to an End》（对法律作为实现目的的手段的评论）^{〔34〕}。

除了专门研究美国工具主义法律观的著作之外，还有一些著作方面的文献比较粗略地提及了工具主义法律观的某个方面。比如，莫顿·J. 霍维茨的《美国法的变迁：1780—1860》^{〔35〕}，在本书的第二章中他对法律工具主义的产生与发展进程有一番论述，认为工具主义法律观在美国从19世纪早期开始兴起持续到19世纪中期，然后衰落，继而非工具主义法律观复兴。但是他的此番论述笔者不敢苟同，他错误地将功能性对待法律的态度等同于工具主义法律观，从而搞错了工具主义法律观的产生，后文对此有详细

〔33〕 Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 250.

〔34〕 Tey, Tsun Hang, “Review of Law as a Means to an End,” *Asian Journal of Comparative Law*: Vol. 3: Iss. 1, Article 13 (2008).

〔35〕 [美]莫顿·J. 霍维茨：《美国法的变迁：1780—1860》，谢鸿飞译，北京：中国政法大学出版社，2005。

论述。再比如,戴维·鲁本的《法律现代主义》^[36],该书在第六章将法律工具主义的起源追溯至古希腊时期,具体说是埃斯库斯德的著名戏剧《复仇三女神》。

2. 论文方面来讲,按照历史顺序探讨美国工具主义法律观的主要代表性成果,可以分为早期与当代两大部分,它们散见于诸多文章中。早期代表性成果,法律实务界以霍姆斯、卡多佐为代表、法律理论界以庞德和卢埃林等某些法律现实主义者为代表,他们一同掀起了一场轰轰烈烈的法律工具主义改革。这些赫赫有名的法律人物虽然在法律思想上是有区别的,但是,他们都无一例外的反对形式主义法律观、赞成工具主义法律观,都主张将法律作为实现一定目标的工具。比如,霍姆斯,作为美国工具主义法律观的开创性领军人物,为工具主义法律观的兴起与传播奠定了坚实的基础。托马斯·C. 格雷评价说,霍姆斯是第一个把法理学理论莫基于从法律实践出发的视角的人,“他发展了一种源于实践,反思实践的理论,这意味着把它当作一种服务人们目的的手段。”^[37]庞德《Mechanical Jurisprudence》(机械法理学)这篇简短有力的文章对于法律的工具性观点产生了重要影响。庞德宣称,“作为达成目标的手段,法

[36] [美]戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,北京:中国政法大学出版社,2004。

[37] Thomas C. Grey, Holmes and Legal Pragmatism, 41 Stanford Law Review 833(1989).

律必须由它达成的后果来判断,而不是由它的内部构造来判断……”^[38]。之后,卢埃林在其著名的论文《Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound》(关于现实主义的一些现实主义——对庞德主任的回应)中明确地宣称,法律是社会目的的手段而非目的本身,因此任何法律都应该经常从法律的目的和效果审视,并且从目的和效果及其相互关系的角度加以评判。法律现实主义者“把规则、法律视为达到目的的手段。”^[39]另一位法律现实主义者库克在其论文《Scientific Method and the Law》(自然科学方法与法律)中认为,任何法学研究都隐含着这样的前提条件:法律是调整人们行为以达成社会目标的工具;要评价法律规则,首先需要查清特定时期的社会目标,然后去判断法律是否达到所预期的目标。^[40]

到20世纪70年代,认为法律在本质上是一种工具的观点已经在法律学术界赢得主导地位。特别值得提及的一点是,自从这一时代开始,由于受到工具主义法律观盛行于整个法律学术界的影响,美国法学院的学生被训练为视法律仅仅是一种工具。代表性研究成果为《The Ordinary

[38] Roscoe Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 Columbia L. Rev. 613 (1908).

[39] Karl N. Llewellyn, Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound, 44 Harvard Law Review 1222, 1223 (1930—1931).

[40] W. Cook, Scientific Method and the Law, 13 Vol. American Bar Association Journal 308 (1927).

Religion of the Law School Classroom》(法学院教室中的惯常宗教)^[41], 该文探讨了法律工具主义如何深深地影响到美国法学院课堂教学, 法科学学生的思维如何呈现法律工具主义的思维。那一时代的法律学生中的许多人后来成为今天各种各样的法律人, 包括律师、法官、法律教授、受到法律训练的立法者、行政部门官员, 等等。不可避免的, 他们对于法律的这种工具性态度, 深深影响了他们的法律思想与法律实践。

当代代表性研究成果主要体现在主流的法律学术流派中法律工具主义的体现与法律实务中法律工具主义如何盛行的描述中。作为法律的经济分析成员的首要代表人物波斯纳法官, 在其论文《The Economic Approach to Law》(法律的经济分析)中指出, 这种经济分析是纯粹工具性的, 它去检验法律在每一背景下是否作为达成先前所设立的目标的一种有效性的工具, 其前提假定是“在法律体系中人们以理性最大化他们需求的方式而行为”^[42]。批判法律研究运动以彻底的工具性来刻画法律。在 1977 年召开的第一次批判法律研究运动大会上, 有学者宣称: “法律是社会的、经济的和政治的统治的工具, 都是为了促进统治者的利益, 并

[41] Roger C. Cramton, The Ordinary Religion of the Law School Classroom, 29 J. Legal Educ. (1978).

[42] Richard A. Posner, The Economic Approach to Law, 53 Texas L. Rev. 757, 61 (1975).

维持现存秩序的合法化。”^[43]其中，女权主义批判运动将法律视为“强化和维持男性至上主义社会秩序”^[44]的工具，而种族主义批判运动将法律视为“再生产种族统治的结构和实践”^[45]的工具。法律与社会运动的研究学者对于法律的理解采用的是一种完全工具性的视角，代表性人物诺内特、赛尔兹尼克 1978 年的作品《转变中的法律与社会》比较有影响力。他们主张，现代法律正处于通过更加工具地达成社会目标的导向而进化到一种更加高级的法律形式过程中。他们将这一新的形式命名为“回应型法”，在这种“回应型法”中，“工具主义的复兴……为了公共目标的达成。”^[46]即使形式主义法治的代表人物富勒与拉兹也同样持有工具主义法律观。在富勒看来，法律的内在道德相对于实体目标来讲是中立性的：“在表述我对法律的内在道德的分析时，我所坚持的一个观点便是：从涉及面十分广泛的一系列问题上看，法律的内在道德并不关心法律的实体目标，并且

[43] Louis B. Schwartz, With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land, 36 Stanford L. Rev. 413, 417 (1984).

[44] D. Polan, Toward a Theory of Law and Patriarchy, in Feminist Legal Theory, edited by D. K. Weisberg, Philadelphia: Temple Univ. Press, 1993, p. 419.

[45] Kimberly Crenshaw, et. al., “Introduction,” in Critical Race Theory, edited by K. Crenshaw, et al., New York: New Press, 1995.

[46] [美]诺内特、赛尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年版。

很愿意同等有效地服务于各种不同的实体目标。”^{〔47〕}约瑟夫·拉兹认为,法律就像刀子一样的工具,它可以用来切菜,也可以用来杀人。“法律并不是生活事实本身。……它是人们手中的工具,这个工具用途广泛并有能力服务于各种目的……像其他工具一样,法律拥有一种具体的优点,即由于工具实现的目的具有中立性,所以这种优点在道德上是中立的。”^{〔48〕}

在美国当代法律实务中,法学院的工具性教学以及律师职业中律师工具性的操作法律的现状非常盛行。戴维·鲁本教授在《律师与正义——一个伦理学研究》一段对于法学院某位学生的真实经历的描述很好地展示了这一点:“在模拟法庭辩论中……这种日常的甚至老套的做法很明显地揭示了工具主义者的思想状况:法律是如何规定的取决于我们一方需要它是如何规定的!”^{〔49〕}法院中无论是能动主义法官还是保守主义法官的判决,都离不开工具主义审判方式的运用,这一点得到了经验性研究成果的证实。代表

〔47〕 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 2nd ed., Yale Univ. Press, 1969, p. 153. 中文译文,参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第177页。

〔48〕 Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” in *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press 1979), pp. 225-226. 中文译文,参见[英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,196页,北京:法律出版社,2005。

〔49〕 [美]戴维·鲁本:《律师与正义——一个伦理学研究》,戴锐译,13~14页,北京:中国政法大学出版社,2010。

性研究成果表现为,政治学家在对联邦最高法院的投票模式进行统计研究后得出的结论是,大法官们“看起来运用司法克制……作为一个工具去合理化、支持和正当化他们的实质性政策考量。如果他们支持一项政策……司法克制作为一个有用的策略来掩盖他们实质性偏好的表述。”^[50]此外,立法与行政过程中也盛行着工具主义法律观,这种对于立法和行政过程的经济视角被威廉姆·兰戴斯和理查德·波斯纳总结为:“以经济学家对于政府利益集团理论的视角看来,立法过程就是团体或者联盟在竞标中出高价以击败竞争对手从而寻求对自己有利的立法。获得胜利一方的组织的竞标价格,取决于该立法对组织成员的保护价值……出价采取竞选资助、投票、有利于未来的隐性承诺等方式,有些时候还会进行贿赂。总之,立法由立法机关‘出卖’并由该立法的受益者‘购买’。”^[51]

需要指出的是,虽然早期的工具主义法律观和当代的工具主义法律观都认为法律是实现社会目标的工具,但是早期的工具主义法律观假定关于法律的目标的争论是可以被有效解决的,而当代的工具主义法律观已经丧失了这种

[50] Howard Gilliam, What's Law Got to Do With It? Judicial Behavioralists Test the "Legal Model" of Judicial Decision Making, 26 Law and Social Inquiry 465,466(2001).

[51] William Landes and Richard A. Posner, The Independent Judicial in an Interest-Group Perspective,18 J. L. & Economics 875,877(1975).

确信,指出这一点甚为重要。因为,当关于法律所服务的社会目标的分歧可以被有效解决的这种假定被确信时,法律是实现社会目标的工具的观点就会带来许多有益的效果。但是,如果没有对于这种假定的确信,工具主义法律观就具有一定的风险,从一种完全良性的东西变为一种可能有害的东西,甚至有时候成为危害法治的不良因素。

四、本书的写作思路

前文讲过,将工具主义法律观理论建构化让其足以担纲一种独立的法律理论的写作方式是难以成立的。由此,本书主要采用史实性分析的写作方式来进行研究。鉴于本选题历史跨度大,涉及面广,既有人物又有流派,既有理论又有实践,为有效聚焦突出主题以达到笔者设定的研究目标,本书的写作思路如下:

首先是引论部分。笔者在提出选题之后,紧接着对核心词汇进行了界定,然后综述了本选题的国内研究现状与国外研究现状,最后概述了本书的写作思路。

接下来是正文部分,分为六章,在每一章开始笔者都对该章的内容进行了概述。具体思路如下:第一章,论述了美国工具主义法律观的缘起。美国工具主义法律观不是一开始就有的,因此,笔者先阐述了其产生之前的两种非工具主义法律观。然后,笔者分析了给工具主义法律观的产生开辟道路的功能性对待法律态度的出现,并对其原因、性质进

行了分析。最后,笔者论述了在多种力量下工具主义法律观首先在立法领域中的出现,并对立法与司法的争斗进行了描述,为工具主义法律观随后在普通法领域的出现奠定了基础。

第二章,论述了早期的工具主义法律观。由于美国是普通法国家,因此,工具主义法律观在普通法领域中兴起才能说得上是工具主义法律观最终产生。笔者将此阶段的工具主义法律观称之为早期的工具主义法律观。它以美国古典实用主义哲学作为智识来源,在理论层面和实践层面皆逐渐兴起。在该部分,笔者先是对其智识来源进行了概要阐述,然后对其在理论层面的代表性人物——早期法律工具主义者的工具主义法律观进行了分析,最后对其在实践层面的典型表现——联邦最高法院的工具主义审判实践进行了阐述。

第三章,论述了工具主义法律观的衰落与复兴。在该部分,笔者先是阐述了工具主义法律观受到的批评并为其作了辩护,然后分析了在其衰落与复兴期间占主流地位的法律过程学派对形式主义法律观与工具主义法律观的调停,并对其失败的原因进行了探讨。接着,笔者分析了推动工具主义法律观复兴的另一个重要因素——美国法律精英之间的破裂,最后论述了在上述几大因素影响下工具主义法律观的复兴与盛行。

第四章,论述了工具主义法律观在美国当代法律理论

中的体现。在该部分,笔者选取了几个比较具有代表性的法学流派与法律理论来展示当代美国工具主义法律观的理论反映,它们分别是法律的经济分析、批判法律研究运动、法律与社会运动、法律实用主义、形式法治理论。这些法学流派之间虽然存有区别,但在根本上对待法律都持有一种工具性的视角。在该部分的结尾,笔者还特意指出了两点:其一,有很多法律学者虽然不属于上述任何一种法律阵营,但对待法律同样持有工具性态度;其二,在工具主义法律观盛行的今天,以新自然法理论为代表的非工具主义法律观仍然继续存在着,但其影响力是有限的,基本上处于法律学术界的非主流位置。

第五章,论述了工具主义法律观在美国当代法律实践中的表现。要想特别全面、详细地展示这一点既是基本上不可能的,也是没有必要的,因此,笔者在该部分选取了几个代表性的法律实践进行了阐述,它们分别是司法实践、律师实践、立法与行政实践和公益诉讼实践。在论述上述法律实践时,笔者将重点放在了展示当代美国社会中各利益群体如何为了通过抓住法律工具以增进自己的利益而展开的斗争上,并分别对之进行了评价。

第六章,论述了美国工具主义法律观的评价与启示。笔者先是对美国工具主义法律观进行了总结,接着对美国工具主义法律观给予了评价,并指出了其局限性或者说是负面作用。最后,笔者比较分析了中美工具主义法律观的异同,并据此得出了对中国法律的一些启示。

第一章 美国工具主义法律观的源起

简单说来,美国法的形成过程是继受并改造英国普通法的过程。在美国法形成的早期,美国法律文化中占据主导地位的是非工具主义法律观。当时的非工具主义法律观主要表现在对于普通法的两种理解上,一种称之为传统性理解,另一种称之为科学性理解。在 18 世纪,对于普通法的传统性理解是法律文化的主流。到了 18、19 世纪之交,对于普通法的科学性理解逐渐兴起并流行于 19 世纪。

19 世纪的美国处于急剧变革的时代,是美国法形成的重要时期。为了适

应社会变革,从英国继受而来的普通法被不断改造以处理美国独特、新颖的社会问题。维尔评论说:“美国人令人赞叹的成就在于,他们不仅接受和理解了他们所继承的政治理论和经验,而且他们运用了这一遗产,有效地并成功地对之加以改造,以满足一个新的、非同寻常的困难情况。”〔1〕这一评论同样适用于美国人对普通法的改造。当时相对处于强势地位的法院承担了改造普通法的主要角色,许多法官做出了明显不同于18世纪适用普通法的判决,法官开始以功能性的态度对待普通法,越来越多地考虑判决后果对于社会发展的影响,从而为工具主义法律观的产生开辟了道路。此外,来自欧洲大陆和英国的哲学、法律思想对美国的法律文化产生了一定的影响。在多种力量综合影响下,工具主义法律观在美国法律文化中逐渐兴起,并开始占领立法领域。

本章分为三节来论述工具主义法律观在美国兴起的历史过程:第一节,描述了美国法形成早期法律文化中占据主导地位的非工具主义法律观;第二节,论述了由非工具主义法律观向工具主义法律观转变过程中对待法律的功能性态度的出现;第三节,论述了在多种力量下工具主义法律观开始产生,并进而占领立法领域。

〔1〕 [英]M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,115页,北京:生活·读书·新知三联书店,1997。

第一节 美国早期的非工具主义法律观

所谓非工具主义法律观,是对于许多法律观点的一种统称,其共同点就是不把法律视为一种达到特定目的的工具。非工具主义法律观的基本观点可以概括如下:法律是先验存在的,是永恒不变的;法律是客观的,而不是人类意志的主观产物,也不代表任何人的特定利益;法律具有自治性和整体性;法律是被发现的,而不是被创造的。

美国历史上对于普通法的理解可以分为两种不同类型的非工具主义法律观:第一种类型,它盛行于18世纪,延续了欧洲中世纪时人们对于法律的那种传统理解,我们可以将其概括为对普通法的传统性理解;第二种类型,产生于18、19世纪之交并支配了整个19世纪和20世纪的早期,它将法律描述为一种科学,我们可以将其概括为对普通法的科学性理解。

一、对普通法的传统性理解

美国人对普通法的传统性理解继承了欧洲中世纪时人们对于法律的那种理解。研究中世纪的学者费格斯神父对于普通法的传统理解的描述展示了这种继承性:“普通法被描绘为带有一种尊贵的光环,一种只有最深刻原则之体现所特有的光环,以及人类理性和上帝植入人心的自然法的

最高表达所特有的光环……普通法是法律最完美的理想，因为它是由多少代人的集体智慧发展而来并加以阐述的自然理性……基于悠久的惯例和几近超自然的智慧，它的权威在议会的法令和王室的法令之上，而不是在它们之下，后者的短暂存在是由于国王反复无常的任性或其顾问们的一时高兴，它们只有物质的制裁力量，因此在任何时候皆可以废除。”〔2〕

在欧洲中世纪，两种不同类型但却混合的法律拥有这些特征：第一类是自然法和神法。它们是客观的，它们对整个人类社会具有普遍的约束力，它们构成了绝对的法律和道德真理，并为实在法提供了内容与限制。正如研究中世纪的学者沃特·尤尔曼所说：“作为社会外部管理者的法律，其基础是建立在信仰之上。信仰和法律相互支持并互为因果。”〔3〕第二类是习惯法。日常生活中的许多事项受到习惯法的调整。当时适用的习惯法有封建法、领主法、日耳曼习惯法、罗马法的残余、交易习惯和地方习惯。这些习惯法有的时候是相互重叠的，有的时候是相互冲突的。习惯法据说从古老年代以来就长期存在的，它们来

〔2〕 Figgis, *Divine Right of Kings*, 2d ed., 1914, pp. 228-230. 转引自〔美〕爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，30页，北京：生活·读书·新知三联书店，1996。

〔3〕 Walter Ullmann, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Middlesex: Penguin, 1965, p. 103.

源于并构成了共同体的生活方式。法律是“先验存在的、客观的……”〔4〕由此看来，习惯法的内容不是任何特定个人或团体的意志，而是集体意志的流露。因此，精确阐明和适用法律是一个发现和宣示业已明显的或者内在的存在于共同体生活之中的法律的过程。

普通法从16世纪晚期开始主导了英国的政治和法律思想。历史学家波考克对此进行了总结：“首先，‘古老的宪法’被宣称为是‘永恒不变’的宪法，人们深信它是以下列的方式生成。政府和统治的关系在英国被假定为由法律调整；被实施的法律在英国被假定为普通法；所有的普通法被假定为习惯，由法令阐述、总结并强制执行；所有的习惯被假定为永恒不变的，在这个意义上任何习惯的宣示甚至改变——由法官在法官席上言说，被法庭在先例中记录，或者作为一项法令被议会登记——都假定为已然存在的古老的习惯，它们只是在当时书写时未被记录罢了。”〔5〕虽然普通法在美国走了一条不同于英国的道路，但是其受到了英国普通法很大的影响。在17世纪，每个殖民地的定居者适用着他们故乡的法律，这种法律是宗教经典和普通法的混合。

〔4〕 Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, New York: Harper Torchbooks, 1956, pp. 70-71.

〔5〕 J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1987, p. 261.

这些人们强烈地相信他们受到英国古老的宪法和普通法的统治。在殖民地缺乏足够的律师,大多数的法官没有受到系统的法律训练。立法和司法的分离并不明显。在 18 世纪晚期和之后的时间里,布莱克斯通的著作《英国法注释》对于美国法律的发展具有难以估计的影响。这本书对于想要成为律师的学徒来说是基本的培训材料,还是早期法律学校主要的教材。〔6〕

在英国和美国,以不同的法律形式融合而成的两种根基支撑着普通法。首先,如前所述,普通法被认为是产生自悠久历史中人们的习惯的产物,它代表了共同体的生活方式,是“共同分享的价值、理性和共同善益的表现或彰显”〔7〕。其次,普通法同样被认为是包含了自然权利和自然原则。普适性的习惯和用法被认为反映了自然原则。更重要的是,法官通过理性分析提炼了普通法及其原则。当从事于这项活动时,法官是在宣示法而非创造法。“柯克……曾经将法律表达为惯常的和法官制定的,是数个世纪以来持续适用的成果。他主张法律的每一格言或者规则都包含了理性和经验,它们是如此的伟大和成熟,没有任何个人的

〔6〕 See Dennis R. Nolan, Sir William Blackstone and the New American Republic: A Study of Intellectual Impact, 51 N. Y. U. L. Rev. 731 (1976).

〔7〕 Gerald Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 6-7.

智慧可以达到如此的高度。”〔8〕在美国建立之时,《独立宣言》里就援引了“自然法”和“自然的上帝”;然后,呼应着约翰·洛克,它继续提出了现在已经耳熟能详的段落:“我们认为这些真理不言自明:所有人生来平等,他们被造物主授予了某些无法剥夺的权利,这些权利之中包括生命、自由以及对幸福的追求。”《独立宣言》中提到了自然法和自然权利,这些并不仅仅是修辞手段。相反,自然法看起来提供了社会价值和法律体系,特别是包括普通法的基础。〔9〕詹姆斯·威尔逊在1790年解释道:“自然,或者更为正确地说是自然的造物主,为我们做了很多;但是,按照他仁慈的安排和意志,我们也应该为自己做很多的事情。事实上,我们所做的,必须基于他所做的事情;而我们的法律的缺陷一定要由他的完美来补充。人类的法律必须基于其权威,而最终,必须要基于那种神圣的法律的权威。”〔10〕

1789年杰西·如特的阐述,包含了对于普通法的非工具性理解的全部因素。据他所言,普通法“是理性的完善”

〔8〕 J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1987, p. 170.

〔9〕 [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》,李国庆译,85~86页,北京:中国政法大学出版社,2005。

〔10〕 James Wilson, *The Works of James Wilson* (1967; reprint of 1804 ed., Gale Ecco ed.), p. 124.

“是普适性的”“包含了可能出现的所有情形和问题”“是清晰的和确定的”“优先于其他法律和规定”“所有实定法由它构建,当实定法违背它时是无效的”“它是永恒的”。^{〔11〕}把这些观点同布莱克斯通的观点做一番对比,可以发现它们具有显著的相似性。布莱克斯通声称,“这种自然法与人类同时诞生并且是由上帝本身所规定的,自然而然要在义务性上高于任何其他法律。它在整个地球上、在所有国家、在所有时期都具有拘束力;任何人类制定的法律如果违背了自然法就没有任何效力;而那些具有效力的自然法的所有效力、所有权威都直接或间接地来自这个最初的自然法。”“人类法只是宣誓要服从于‘自然法原则’”。^{〔12〕}

综上所述,这种以自然法、神法为基础的对普通法的传统理解是美国 18 世纪主流的法律文化。原因其实很简单,人们认为普通法不是英国特有的东西,而是一种普适性的东西,“如果普通法来自于自然法的普遍原则,而它又是由上帝神启或者通过人类理性发现的,那么普通法在美国就

〔11〕 Jesse Root, “The Origin of Government and Laws in Connecticut,” Preface to Volume 1, Root’s Reports (1798), excerpted in Mark De Wolfe, Readings in American Legal History, Cambridge Mass.: Harvard Univ. Press, 1949, pp. 16-24.

〔12〕 William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, William E. Dean, New York: Printer and Publisher, 1832, pp. 41-43

具有了合法性”，^{〔13〕}从而成为美国从英国独立出来的正当理由。此外，宗教因素也很重要，“很多美国人是如此地忠诚于新教、基督教，以至于它们特别容易接受有关以宗教为基础的自然法的宣讲。”^{〔14〕}

二、对普通法的科学性理解

布莱克斯通和其同时代的人们，包括美国建国一代，视他们自己为启蒙运动的参与者。启蒙运动弘扬了科学和理性的声望，人们开始将科学和理性作为真理和知识最可靠的来源。在牛顿发现力学定律之后，人们认为自然秩序的所有秘密都将得到揭示。物理学、生物学和化学的进步大大扩展了知识的范围。启蒙哲学家相信，正如自然秩序可以被理解和揭示一样，社会秩序也同样可以被人们掌握。“以牛顿的成就做后盾，人们信心百倍地开始系统阐述社会和政治关系固有的正义规则和合理规则。”^{〔15〕}人们相信，研究人类社会的科学将会拓展法律和道德的法则的知识，使得人类可以运用理性去塑造社会以不断进步。科学可以被

〔13〕 [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》，李国庆译，90页，北京：中国政法大学出版社，2005。

〔14〕 同上书，91页。

〔15〕 [美]爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，60～61页，北京：生活·读书·新知三联书店，1996。

用来帮助人类有效地发现秘密,“像 18 世纪理解的那样,科学调查这个概念以这样一个假设开始,即不管在哪个领域,都存在可以被鉴别、被描述、被分析、被理解的可以调查,引人瞩目的规律性的事件。一旦做到这些,就可以预见事件的未来发展。……同时,许多卓越的思想开始发现法律的历史,社会和经济行为的法律,或者我们可以说是,法律的法律。”^{〔16〕}

布莱克斯通在 1753 年宣称“法律不仅仅被认为是一项实践,法律也被认为是一种理性的科学”。^{〔17〕} 因此,法律是应该在大学中学习的“学术性的知识”。^{〔18〕} 他的《英国法注释》是科学系统地阐述普通法的努力。随着这些观点进入到 19 世纪,随着自然科学的声望提升到了前所未有的高度,19 世纪的社会科学倾向于对于经济和社会秩序法则进行逻辑性的抽象和识别。随着科学总体观念的变化,法律科学的具体观念也在发生着变化。19 世纪美国著名法学家斯托里在一篇 1829 年发表于波士顿力学研究所的演讲中

〔16〕 [美]格兰特·吉尔莫:《美国法的时代》,董春华译,6~7 页,北京:法律出版社,2009。

〔17〕 II Commentaries 2, quoted Daniel. J. Boorstin, *The Mysterious Science of Law: An Essay on Blackstone's Commentaries*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1996, p. 20.

〔18〕 I Commentaries 26-7, quoted in David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth Century England*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1989, p. 32.

强调了这种总体上的科学转变：“如果有人问我，就整体来说什么是我们的时代最引人注目的特征，什么在最大程度上体现了我们时代的精神，那么我会毫不犹豫地回答，它就是更为亲近实际的科学而非仅仅是玄思性的科学。不论我们在哪一个部门的知识中进行搜寻，我们都会发现，过去50年里几乎同一的倾向是，搞理论的越来越少，注意力越来越被局限于实际的结果。”^{〔19〕}这种总体性的科学转变直接影响到了人们对于普通法的理解。在上述影响下，人们普遍地对于法律怀有一种科学的、非工具性的理解。

此外，英国科学家培根的思想也直接促进了对普通法的科学性理解。詹姆斯·威尔逊解释了培根主义对法理学的适用性：“培根勋爵说，在所有的科学中，贴近细节的东西是最可靠的。实际上，通过从观察和经验中取得一些例子，并逐步简化成一般性的规则，一门科学才被最佳地组织成了一个体系；但是，之后仍旧会有未来的观察或者经验可能暗示的正确的改进。在获取知识时，人类思想的自然过程是从具体事实前进到一般原则。……按照这种观点，普通法，就像自然哲学一样，在被正确的研究时，就是一门基于试验的科学。……因此，在这两者当中，当进行精确的调查时我们就会发现，最为稳定和坚定不移的原则指引和控制

〔19〕 See Joseph Story, *Miscellaneous Writings*, reprint of 1852 ed., William W. Story ed., 1972, p. 478.

着最为多样化和杂乱无章的表象。”^{〔20〕}

在这些因素的刺激下,对普通法的科学性理解在整个 19 世纪占据了美国法律文化的主导地位。1859 年,著名法律改革家菲尔德认为:“没有任何科学在重要性方面比得过法律科学。”^{〔21〕}爱德华·瑞安,威斯康星州最高法院法官,他 1873 年在一个法律院毕业演讲中谈道:“法律是一门科学”。^{〔22〕}在众多对于普通法持有科学观点的学者之中,以兰德尔最为著名,也最有影响力。兰德尔在 1870 年被任命为哈佛大学法学院第一任院长的演讲中,发表了在今天经常被引用的一段话:“法律,被认为是一门科学,由一定的原则或教义组成,而且,基本的法律教义的数量要比人们通常认为的少得多。……如果这些教义可以被归类 and 排列,把每一个教义都放在其适当的位置里并且不放在别处,那么它们就不会再因为自己的数量而把人们吓倒了。”^{〔23〕}根据

〔20〕 James Wilson, *The Works of James Wilson*, p. 356.

〔21〕 David Dudley Field, “Magnitude and Importance of Legal Science” (1859), reprinted in Stephen B. Presser and Jamil S. Zainaldin, *Law and Jurisprudence in American History*, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Pub., 2000, p. 740.

〔22〕 Edward G. Ryan, *Address to the Graduating Law Students of the University of Wisconsin* (1873), reprinted in Dennis R. Nolan, *Readings in the History of the American Legal Profession*, Charlottesville, Va.: Michie 1980, p. 153.

〔23〕 Christopher Columbus Langdell, *Preface, Selection of Cases on the Law of Contracts*, reprinted in *Law and Jurisprudence in American Legal History*, pp. 746-748.

这一描述,法律是一门具有归纳性、分型性和演绎性的科学。根据先例可以推导出规则、概念和原则,以适用于未来的案件。法律原则类似于欧几里得几何学的公理:它们数量不多,可以被分类和安排成一个正式的体系,并且它们是对所有其他法律原则进行逻辑推理的源头。兰德尔主义者整齐地、理性地把整个法律体系排列成了一个类似于金字塔的概念框架,少数几个公理性的和抽象的原则位于金字塔的顶端,更为精细和大量的规则位于塔底。那些不能被整齐地放进正式的概念框架中的案件先例被认为是错误的,因而是无关的。^[24] 以兰德尔的法律科学观点看来,普通法形成了一致性、整体性的整体,依据其能够在每一个案件中作出客观的判决。这些观点形成了后来被称之为法律形式主义学派的基础。

到 19 世纪晚期,法律作为一门科学的这种非工具性描述在法律精英中已经颇为流行。比如,1892 年耶鲁法律评论上一篇名为“法律教育的方法”的文章明显地体现了这一点:“法律教育首要的和不可或缺的要求……是获取清晰和准确的概念,获取完整的知识,获取那些贯穿于普通法结构中的不可改变的原则,正是这些原则决定了法律的细节、法

[24] See Langdell, Teaching Law as a Science, 21 Am. L. Rev. 124 (1887).

律的结果以及法律对人类事物的应用。”^[25]另一个相似的观点认为,法律并不是由法院创造的,最多只是由他们宣布的。既不是法官也不是立法者创造了法律,他们只是宣示了法律。^[26]总之,这些文章强调了普通法的原则性,强调了普通法与理性的一致性,强调了普通法是社会内在的产物。

这些属性可以在卡特 1890 年美国律师协会的演讲中找到。卡特的这个演讲批判的特定目标是对于法律理解的一种工具性观点,即立法者拥有根据其意志制定法律的权力。在普通法成为法律的主导来源的数个世纪后,立法的现象开始出现并逐渐增长起来。立法由改革者们推动进行,他们声称立法比起普通法来讲更为民主、体系、清晰和确定。这种关于立法的主张受到当时保守的律师和精英法官的批评。对此,卡特回应道:“从一开始就要接受法官并不是在创造法律。每一个待决的案件都有一条已经存在着的法律规则,这一点是毋庸置疑的……我们都同意,真正的法律规则是需要被发现的。法官和拥护者一起致力于发现的过程……我们不成文的法律,作为我们法律的主体,并不是一个命令或者命令的集合,而是由源自正义的社会标准

[25] Edward J. Phelps, *Methods of Legal Education*, 1 Yale L. J. 139, 140(1892).

[26] Christopher G. Tiedeman, *Methods of Legal Education*, 1 Yale L. J. 150, 154(1892).

的规则所构成。”^[27]卡特重复的强调说,普通法反映了人们的生活方式,法官和法学家的工作是观察、形式化和理性化这些习惯和爱好。由此,“法律本身的真正属性是作为一门归纳性的科学”。^[28]“法律是社会的一个部门,是社会中最大多数人无意识参与而形成的法案。”^[29]卡特批评了边沁的观点,他认为“没有立法可以决定什么是法律。”^[30]立法改革是片面的,它没有反映人们的生活方式和有关正义的感觉,因此注定是要失败的。由此,卡特将边沁作为“一个庸俗的怪人”^[31]而摒弃。

这种作为一门科学的非工具主义法律观在美国一直持续到 20 世纪 30 年代。耶鲁大学法学院教授沃特·威尔勒·库克 1927 年在美国律师协会杂志上描述说:“杰出的法律教师仍旧告诉我们说,我们必须要保持他们所谓的法律的逻辑体系,所有法律的背后都是逻辑;他们谈论说,通过逻辑可以从一些‘基本原则’中推演出适用新情况的法律规则。”^[32]不久后,这种科学性理解受到了强有力的挑战与

[27] James C. Carter, The ideal and the Actual in the Law, Annual Address, American Bar Assoc. Reports, 1890, pp. 224-225.

[28] Ibid, p. 231.

[29] Ibid, p. 236.

[30] Ibid, p. 241.

[31] Ibid, p. 244.

[32] Walter Wheeler Cook, Scientific Method and the Law, 13 A. B. A. Journal 303, 306 (1927).

质疑而失去了在美国法律文化中的主导地位。

第二节 功能性对待法律态度的出现

上节论述道,美国法律文化中对于普通法的理解从 18 世纪的传统性理解转向为 19 世纪和 20 世纪早期的科学性理解。“在 18 世纪的美国,普通法的规则并没有被看作社会变迁的工具;任何法律变化都主要是通过立法实现的。在这一时期,普通法被认为是使私人当事人在具体案件中获得公平结果而适用的基本上固定的规则体系。因此,在 19 世纪前,美国法官很少从功能性或目的性的角度分析普通法,而且,他们也几乎从未自觉地把普通法作为引导人们积极改变社会的一种创造性工具。”^[33]美国建国后,社会发展非常迅速,18 世纪晚期和整个 19 世纪美国社会处于持续的变革之中。为有效应对社会变革,功能性对待法律的态度开始出现在法院的审判实践之中,有些司法判决明显地体现了法官在审判时不断地去衡量个案判决的社会后果。

于是,在法院承担了对普通法进行改造的主要角色的过程中,出现了功能性地对待法律的态度。正是这种对待

[33] [美]莫顿·J. 霍维茨:《美国法的变迁:1780—1860》,谢鸿飞译,1 页,北京:中国政法大学出版社,2005。

法律的功能性态度的出现，为工具主义法律观的产生开辟了道路。

一、出现的原因

功能性对待法律态度出现的原因主要有以下三个方面：其一，普通法处理社会变革的现实需要；其二，科学导向最终削弱了普通法的固有基础；其三，法院处于比较强势的地位。

（一）普通法处理社会变革的现实需要

美国在 18 世纪晚期和整个 19 世纪社会处于持续的变革之中，这一历史时期是美国从农业社会转变为工商业社会的时期，也是美国法形成的时期。英国法传到美国后，由于美国和英国的地理环境不同，很多英国法不能直接适用。美国人根据本国的特点，对英国法律进行了一系列的改造。^{〔34〕}社会的变革要求对继受而来的英国普通法进行适应现实的改造，而对普通法的改造也最终有力地推动了社会的持续变革。

首先让我们来看一下普通法的母国在 18 世纪晚期以来普通法的变革情况。英国在 18 世纪后半叶处于一个活

〔34〕 参见〔美〕伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，20～22 页，北京：中国政法大学出版社，1990；〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，353～354 页，北京：法律出版社，2003。

力变革的时代：启蒙运动正处于它的全盛时期；科学正参与一个急剧前进的时代；工业革命正在如火如荼地进行中。社会中的这些变化要求在法律中得到回应。对普通法的改革与立法是当时的法律领域中面临的紧要问题。受贝卡利亚影响，刑法改革，即强调威慑而非报应、强调强制的确定性而非模糊性，成为重要的公众性话题。商业的活力要求法律的变革，正如曼斯菲尔德爵士所倡导的那样。在英格兰，关注点主要集中在立法的改革上。当时制定法系统紊乱，以令人担忧的速度激增着。边沁将这种批评延伸至普通法。当社会现实的需求出现时，法官通过宣称它们与理性不一致因此无效从而绕开挡在路上的规则，或者通过使用法律的谎言去回避问题。

北美殖民地在这段时期比英国更加具有活力，正在进行各式各样的社会的、经济的、政治的和法律的变革。在18世纪中期，社会的主导力量是人口的增长和移动。英格兰人、爱尔兰抗议者、德国人等数以万计地涌向这个新世界。殖民地的人口数量每二十年就翻一番，自由民遍布在这片土地上，人们移动性强，缺乏社会联系。商业贸易成为每一个人的生活方式。“在19世纪的前60年里，美国的人口增长了六倍多。这个国家的地理上的面积也得到了同样急速地扩张：1847年的路易斯安娜购地把国家的大小翻了一番，而当美国在1847年赢得了墨西哥战争时，这个国家

实现了它所谓的‘命定说’，即从大西洋一路扩张到太平洋。”^{〔35〕}

殖民地独特的环境使得其法律环境不同于英国的普通法。在殖民地早期，只有很少受过训练的律师与法官，因此案例并没有像英国那样以僵硬、严格的方式发展，虽然他们制定的大量的法律可被辨认为同英国普通法相一致。陪审团经常既决定事实又决定法律。许多人拥有一些基本的法律常识，他们用来为自己目的而使用，尤其是与土地交易相关的法律知识。美国缺乏专制的传统，源自英国普通法的不动产法在美国是不适用的，破产法、合同法也在发生变化，等等。另一个显著的变化是对普通法犯罪体系的广泛的不信任。后来犯罪几乎在各地都被立法所规定了。因此，美国新奇的议题和环境使得英国普通法缺乏准备，所以法官根据需要而创新法律。律师们在美国建立时期发挥了重大作用，他们参与起草独立宣言，参与起草与批准宪法，被选为国会议员。美国宪法本身就是对法律的工具性运用的显著范例：为了迎合创造一个全新民族的目标，宪法的内容设计体现了政治上、经济上相互冲突的利益间的妥协。独立战争虽然带来法律上的影响——人们要求摆脱专横残暴的英国法律，然而与之相反的现实却是，普通法是他们所

〔35〕〔美〕斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》，李国庆译，121页，北京：中国政法大学出版社，2005。

熟悉的法律,在他们的意识中普通法并非是英国专有的创造物,普通法是理性、原理与共同体秩序的象征与缩影。

之前说非工具主义法律观一直持续到接近 19 世纪,并不是说在这段时间里法律并没有什么变化。许多变化发生了,不仅表现在具体、特定的法律规则上,还表现在对于自然权利和自然原则的理解上。在 18 世纪向 19 世纪的进程中,一个重要的变化是自然原则的目标从道德与宗教的目标——善与正义,转向政治原则的目标——政治自由与公正,再转向经济原则的目标——自由放任。

(二) 科学导向最终削弱了普通法的固有基础

前面提到过,启蒙运动以来的理性、科学导向促进了人们对普通法科学性理解。然而,这种导向也带来了巨大的副作用。尽管科学性趋向同先前存在的非工具法律观有所重合,但是,它导致了对于法律理解的关键性的变化。

科学导向主张揭示事物的因果关系、效果和功能,以系统阐述的方式来形成原则或者规律。非工具法律观将法律刻画为一种普适性的永恒的秩序,法律被视为社会秩序的来源,然而,如果以科学的视角来看的话,产生社会秩序是法律的功能或目的。这种科学的视角随着时间的演进,将会使得人们去质疑法律实现其功能或目的的效果。这种区别是微妙但却重大的:法律是秩序,还是法律维持秩序?这一变化是将法律本身视为目的转向了将法律作为实现一定

目的的手段的关键的一步。诉诸科学的做法，起初支持、鼓舞了非工具法律观，但是从长远来看，启蒙运动强力地腐蚀了中世纪以来普通法的根基。许多启蒙思想家是对制度化的宗教怀有敌意的自然神论者或者无神论者。神法和自然法开始越来越不被接受为是法律的来源。此外，启蒙运动对于传统的批判损毁了总是同法律密切联系的习惯的声望。“西方世界中的人们对于过去的无知与野蛮的零零碎碎的攻击是无处不在的”。^{〔36〕}曾经被视为时代的智慧的东西如今被视为是阻碍发展的盲目的束缚。作为启蒙运动产物之一的历史学，其研究已经显示了过去的历史时代和长期存在的习惯是野蛮和专横的，因而并不值得人们继续仿效或顺从。^{〔37〕}

许多那一时代的人们，包括布莱克斯通在内，同时持有先启蒙运动和启蒙运动的思想。但是，它们之间是有张力的。启蒙运动的主张最终不仅削弱了法律基础，同样也削弱了道德基础。当然，这一时代的哲学并不是道德相对主义或绝对主义。与之相反，哲学的目标是为法律和道德建立更为理性和科学的根基，以塑造更加有序、正义的社会。在开始时他们毫不怀疑他们会成功地发现理性的法律和道

〔36〕 Gordon S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, New York: Vintage, 1991, p. 192.

〔37〕 See John Milton Goodenow, *Historical Sketches of the Principles and Maxims of American Jurisprudence*, New York: Arno Press, 1972.

德的原则。理性曾经被认为有能力产生关于正义和善的实质性原则。但是在启蒙运动过程中和启蒙运动后,理性由于实质空泛而逐渐被人们以纯粹工具性的视角来看待。理性虽然能够使得人们有效地达成他们的目标,但是理性并不能够识别所欲的恰当目标。善和正义的观念开始被视为是文化环境和个体口味或激情的产物。反对启蒙运动的浪漫主义运动称颂了激情和感性,贬低了有限和机械的理性。

由此,启蒙运动不仅削弱了人们对于自然法和神法的信仰,也削弱了人们对于习惯和传统的推崇。它们曾经被认为是为道德和法律提供了正确的原则。但是启蒙运动在将它们削弱之后并没有提供任何有说服力的替代物。启蒙运动坚信人类能够塑造和提高其生存条件,这鼓励了对于法律的工具性观点,但是随之而来的相对主义为人类使用法律这一强有力的工具留下了不可解决的争论。

(三) 法院处于比较强势的地位

庞德认为,美国的司法史始于独立战争之后,美国司法机构和普通法的主体是在18世纪最后25年到19世纪前50年间建立起来的。^[38] 美国法院系统通过对英国普通法

[38] 参见[美]庞德:《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文、高雪原译,79页,北京:法律出版社,2001。

的继受与改造而对美国法律的形成起到了关键性的作用，进而引领了美国经济与社会的发展。这一点，得到了许多法律史学家的认可。施瓦茨写道：“在 19 世纪，美国法律形成的主要媒介是司法判决。法官们采纳并重新塑造了普通法。在 19 世纪的大部分时期，判例法是美国法发展的中心环节。法院把主要力量放在通过司法判决实现法律的发展方面。”^{〔39〕}霍维茨认为，“到 1820 年，普通法的裁判过程承担了许多立法性质的职责。法官逐渐认为，普通法的裁判过程不仅仅是一个发现法律规则的过程，也是一个制定法律规则的过程，所以他们基于对社会和经济政策的自觉的衡量，开始制定普遍性的法律。”^{〔40〕}究其原因，很大程度上在于当时相对于立法机关与行政机关来讲，法院处于相对强势的地位。

行政机关当时是处于弱势地位的。美国在殖民地时代并没有形式独立的行政机关，法院即政府。独立革命后，情况并没有立即改变：虽然宪法规定了权力分立，但在州的层面上立法与法院仍然是合一的，其功能还包括了行政。这一做法在有些州的宪法上还得到了明确规定。基于人民对行政权的传统反感，唯恐行政权做大以侵害个人权利，因此

〔39〕 [美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，60 页，北京：中国政法大学出版社，1990。

〔40〕 [美]莫顿·J. 霍维茨：《美国法的变迁：1780—1860》，谢鸿飞译，2 页，北京：中国政法大学出版社，2005。

无论是联邦还是州的行政权都遭到了人民的刻意贬抑。于是,在 18 世纪晚期和整个 19 世纪美国的联邦与州的行政机关都是虚弱的,其缺乏稳固的赋税来源、常备的公务员体系,没有足够的能力去领导美国社会与经济的发展。

立法机关当时同样也是处于弱势地位的。尽管美国建国后的立法机关曾经因其代表了主权意志而一度备受宠爱,“在革命的紧要关头,立法机关的至上地位受到了战火的考验。立法会议挑起了开展独立运动和领导战争这两副担子。由立法机关领导的这场斗争获得成功,说明立法者专门代表着至高无上的人民,拥有转交给他们的一切至高无上的权力。”^[41]1835 年韦伯斯特在参议院的一次讲话中谈到,虽然分权是头等重要的宪法原则,但他毫无怀疑基本权力在什么地方:“最重要和最有尊严的,首先是立法机关。”连麦迪孙都曾抱怨说,所有的权力都被卷入了立法的漩涡。法院当时也要对立法机关负责,甚至有立法机关直接行使司法权。^[42]但不久后其权威就大大下降了,“我国早期立法者们的过分自信和随之产生的公众对之寄予的期望,被接连破灭的幻想和日益增长的不信任情绪所

[41] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,74 页,北京:中国政法大学出版社,1990。

[42] 参见[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,74~75 页,北京:中国政法大学出版社,1990。

代替。”^{〔43〕}

立法机关至上地位衰落的主要原因有两个：其一，除了某些精明强干的立法议员外，大部分立法议员都是平庸之辈，能力低下。对此，托克维尔有着形象的描述：“当走进众议院时，这个伟大议会的粗俗举止会使你震惊不已……它的成员几乎全是一些凡夫俗子。”其二，腐败的阴云到处笼罩着立法机关，院外活动集团开始出现。1836年，一位纽约州的民主党领袖写信给马丁·范·布伦说：“整个冬季的立法成了一场交易和买卖……他们的行为赤裸裸地表现是受到了金钱的支配，而不是基于一种更高的出发点和品质之上的动机。”于是，在19世纪40年代，出现了一场广泛地讲各种对立法权的实质性和程序性的限制写入州宪法的运动。在公众的心目中，立法者从政治家变成了被人民嘲讽的对象。

在立法与行政机关皆相对处于弱势的局面下，法院脱颖而出，以强势的角色、出色的能力、高超的水平，通过司法判决有效地推动了美国经济与社会的发展，从而为美国社会从农业社会转变为新兴的工商业社会做出了巨大的贡献。“用同一时期内立法机关的领导作用所产生的长期效果与司法判决的长期效果相比，便可清楚地看到，前者相比

〔43〕 参见〔美〕伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，76页，北京：中国政法大学出版社，1990。

之下几乎无所作为。除了早期的宪法和人权法案,立法机关几乎没有制定出具有深远影响的创造性立法。”^{〔44〕}美国著名法律家吉尔莫在谈到这一历史时期的美国法时写道,“我们的确已在着手创造一个理性的有组织的法律体系。我们的确必须调整那个体系,以适应社会、经济和科技变化的令人混乱的步速。……联邦议会几乎没有做什么;州立立法机关也没有做什么。法官成了我们解决问题的首选。”^{〔45〕}约翰·迪金森在他的《宾夕法尼亚农场主信札》中写道:“英国的普通法被广泛地采纳了……可是我们的法院在决定普通法和制定法中的哪些部分应当得到沿用方面,行使着一种至高无上的权力。因为我们必须承认,环境的变化必然要求我们,在某些情况下否定这两种法律的结论……英国法的某些规则被采用了,有些则被舍弃了。”^{〔46〕}

在上述力量的共同作用下,到18世纪和19世纪之交,功能性对待法律的态度在司法实践中比比皆是。在此且举几个比较著名的司法判决作为例证:在1799年纽约州高等法院裁决的一个关于海事保险的典型案例中,一位法官从功能性角度来解释为什么法官会有漠视先例的权威性的自

〔44〕 参见[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,76页,北京:中国政法大学出版社,1990。

〔45〕 [美]格兰特·吉尔莫:《美国法的时代》,董春华译,54页,北京:法律出版社,2009。

〔46〕 [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,18页,北京:中国政法大学出版社,1990。

由。他宣称说,如果法院僵化地恪守先例,“我们肯定无法指望完善商事法。尽管单个判决建立在错误的基础上,它依然会具有约束力。而且,由于重复使用,该错误就会继续下去,或者错上加错,直到人类的常识以及案件的必要性迫使我们回到最初的诸原则,摒弃这些先例。”^[47]另一个例子是塔尼法院的一份判决。塔尼法院在一个案件中的司法意见中写道,法律应该被用来促进经济发展和繁荣,而不必考虑任何假定的对于财产安全和稳定的利益,“一切政府的目标和目的都是促进自己赖以建立的社区的幸福和繁荣。在像我们这样的自由、富有活力和创造力、人口和财富不断增长的国家里,每一天都会发现需要新的交通通道,以利出行和贸易,并且对于人民的舒适、便利和繁荣都是必不可少的。一个州永远不应该被假定放弃了这一权力,因为,就像征税权一样,保持这一权力不被削减是整个社区的利益所在。”^[48]还有一个例子是斯托里法官的一份判决。斯托里在1842年写作了最高法院在斯威夫特诉泰森案中的多数派意见,该司法判决认为,联邦法院判决商业案件应当基于一般的联邦普通法,而后者无疑会被用来促进经济活动。^[49]

[47] *Silva v. Low*, 1 John. Cas. 184, 190 (N. Y. 1799).

[48] *Charles River Bridge v. Warran Bridge Comp.*, 36 US (11 Pet.) 420, 547-548 (1837)

[49] *Swift v. Tyson*, 41 US (16 Pet.) 1, 19-20 (1842)

二、对工具主义法律观产生的推动

美国著名法律学者莫顿·J. 霍维茨在其拥有很高声望的著作《美国法的变迁:1780—1860》中认为,工具主义法律观在美国从19世纪早期开始兴起持续到19世纪中期,然后衰落,继而非工具主义法律观复兴。他分析说,之所以在19世纪工具主义法律观和非工具主义法律观交相替代是因为权力的转型:在独立战争后,“随着政治权力和经济权力向商业和企业集团的转移,这些集团开始与法律职业联盟,以改变法律制度,增进其自身的利益”,^[50]这一过程需要工具性地运用法律才能实现。结果是,到19世纪中期,“法律制度以农民、工人、消费者以及其他相对无力的群体的利益为代价,以有利于商业界和工业界的方式重塑了。”^[51]当权力转型完成后,受益人就要运用法律锁定既得利益,工具性的法律观就不需要了,“法律形式主义的兴起完全可以和这些实质性的法律变革紧密相连。即使一种灵活的、工具性的法律观念对促进美国独立战争后法律制度的转型是必要的,一旦这种变革的主要受益人达到了他们的大部分目的后,这种法律观念就没有存在的必要了。事实上,一旦法律变革完成后,只有这些政策变革产生的根源

[50] [美]莫顿·J. 霍维茨:《美国法的变迁:1780—1860》,谢鸿飞译,383页,北京:中国政法大学出版社,2005。

[51] 同上书,383~384页。

与基础,以及新确立的法律规则所代表的集团的自我利益被掩饰起来的时候,这些集团才可以从中受益。”^{〔52〕}

霍维茨的这一论述确实能为我们分析工具主义法律观带来启发,但是,他所描述的时间表是存在问题的。如前所述,19世纪呈现出未被打断的持续的非工具主义法律观特征。法官对待法律的功能性态度并非工具性的。在法官们的司法意见、演讲和作品中,有很多的历史证据显示了建国一代及其继任者一代的人们继续信仰自然法原则,他们对普通法持有传统的非工具主义理解。“普通法接受自然法的原则”,^{〔53〕}这一陈述能够在许多19世纪早期的法庭判决中找到。哈瑞·斯凯伯的一项历史研究表明,虽然在19世纪前半叶法官们对提高经济增长感兴趣,但是他们的行为仍然与普通法原则的要求相一致。^{〔54〕}

霍维茨认为,斯托里是19世纪早期最典型的法律工具主义者,因为斯托里将判决的经济结果作为普通法规则的考虑因素,并且愿意修改法律去适应商业的发展。然而,在 *Terrett v. Taylor* 案件中,斯托里法官宣布一项弗尼吉亚的法令因为违反“自然正义原则”和“每一个自由政府的基本

〔52〕 [美]莫顿·J. 霍维茨:《美国法的变迁:1780—1860》,谢鸿飞译,384页,北京:中国政法大学出版社,2005。

〔53〕 *Surocco v. Geary*, 3 Cal. 69(1853).

〔54〕 See Harry N. Scheiber, *Instrumentalism and Property Rights: A Reconsideration of American “Styles of Judicial Reasoning” in the 19th Century*, *Wisconsin L. Rev.* 1, 5, 7(1975).

法”而无效。他认为普通法的原则是“同人类共同的常识和永恒正义的准则相一致。”^[55]由此可见,斯托里是用18世纪自然法的观点来写作的。斯托里之所以将判决的经济结果作为普通法规则的考虑因素,是因为在他看来,普通法必须回应国家商业发展的需要。“普通法,作为一门科学,必须永远处在进步之中;不应对其原则或改进强加界限。在这个方面,它类似于自然科学:新的发现不断地导致新的、有时令人震惊的结果。因此,说普通法永远都学不完,这几乎就是在说一条真理。说人类的思想不能涵盖所有的人类交往,这仅仅是一个事实陈述。这是它真正的光荣:它具有弹性,随着社会的要求而不断扩展。”^[56]

为什么在面对18世纪晚期和19世纪早期如此之多的变化时,法律精英还坚持来自于古老原则与习惯的普通法呢?这一令人费解的问题有着不同的回答。笔者认为,答案主要在于普通法的一个基本特征,即普通法具有固有的双重性:普通法既被认为代表着永恒不变的习惯与原理,又被认为具有不间断适用、与社会相一致的优点。普通法就像一艘航行中的船,它的每一块木板在航行线路中都被逐渐的替换,因此它总是保持着良好的被修复状态,不断地吸收新的材料的同时保持相同的基础。“在这一信条的背

[55] Terrett v. Taylor, 13 US 43,52(1815).

[56] Joseph Story, Miscellaneous Writings, reprint of 1852 ed., William W. Story ed., 1972, p. 526.

后明显存在着法律是习惯而习惯会不断地适应的观念。”^{〔57〕}在上述理念下，普通法一方面保持着古老的描述——正确的原理与理性，另一方面不断的自我调整以适应社会。拥护和信封传统的非工具主义法律观的布莱克斯通，同样也相信普通法通过其历史证明了它同社会一起不断前进的趋势。^{〔58〕}这样的理解在当时的美国是非常流行的。普通法的这种双重性可以帮助我们解释为什么斯托里法官可以灵活的运用法律教义促进商业的发展。当他重复宣称典型的非工具主义法律观，即法庭判决不过是对于先前存在的原则的宣示而并非是在造法时，理解普通法的双重性的法官并不会认为斯托里法官的言行有什么不一致之处。普通法的双重性视角说明霍维茨的主张是错误的，斯托里法官从事法律的方式是与他的非工具主义法律观相一致的，而并非是工具性地运用法律去指挥社会变革。

上面的论述说明了 19 世纪早期法官对于普通法普遍地持有非工具主义的法律观。那么，到了 19 世纪晚期这种非工具主义法律观是否还存在并占据主导地位呢？让我们

〔57〕 J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1987, p. 170.

〔58〕 Daniel J. Boorstin, *The Mysterious Science of Law: An Essay on Blackstone's Commentaries*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1996, pp. 73-84.

考察下托马斯·库利这个代表人物,他对 19 世纪晚期形式主义司法风格的形成非常具有影响力。库利的著作和演讲表达了他对普通法的典型的非工具性观点。^[59] 他的著作《宪法性限制》集中讨论了对政府权力的限制的主题,成为“在这一时代自由放任宪法原则最充分的来源。”^[60] 库利的核心观点可以概括为:征税和支出仅限于公共目的;偏好某一特定阶级的立法是严格禁止的;宪法权利和普通法财产权利受到正当程序条款的保护以免受到立法的侵害。虽然法官在宣布在他们看来偏好被雇佣者的立法无效时经常援引库利的文章,但是库利警告说反对“集中的资本的无情权力。”^[61] 库利对“拥有巨额财富的公司对国家和立法的巨大影响力”^[62] 表示了关注。作为法官时,他在一系列案件中作出了不利于铁路部门的判决。作为州际商业委员会主席时,他为遭到铁路部门强烈反对的费用设置而辩护。从以上库利的文字和行为可以判断,他并不能被视为是一名热衷自由放任主义的拥护者,他秉持的是一种真诚的非工具

[59] Alan Jones, Thomas M. Cooley and “Laissez-Faire Constitutionalism”: A Reconsideration, 53 Am. J. Legal Hist. 758(1967).

[60] Clyde E. Jacobs, Law Writers and the Courts: The Influence of Thomas M. Cooley, Christopher G. Tiedeman, and John F. Dillon Upon American Constitutional Law, Berkeley: Univ. Ca. Press, 1954, p. 30.

[61] Alan Jones, Thomas M. Cooley and “Laissez-Faire Constitutionalism”: A Reconsideration, 53 Am. J. Legal Hist. 767(1967).

[62] Thomas Cooley, Constitutional Limitations, 6th ed. revised, Boston: Little Brown, 1890, p. 335.

主义法律观。

库利的观点是深具说服力的，因为那一时代的大多数人尤其是法官和学者的思想背景同库利差不多。在 19 世纪晚期，无论是美国还是英国，整个社会都崇信自由放任主义。在美国，自由放任主义由于社会达尔文主义的流行得到了进一步的巩固。美国政治文化的历史可以说是围绕着个人自由、平等、民主、恐惧政府权力等一系列的自由主义观点而展开的。理查德·霍夫斯塔特通过对于美国政治文化思想的考察概括出了当时作为共识性的信条：“在宽泛的法律限制之下，私人财产的神圣不可侵犯、个体处置和投资财产的权利、机会的价值、自我利益的自然进化对于社会秩序来讲是有益的，这一点已经成为美国政治意识形态的典型特征与核心信仰……政治，就是保护竞争的世界，有时候去适当地培育它，有时候去修补它偶然的滥用，而不是通过集体行动去削弱它。几乎美国整个的历史和现代工业资本主义的兴起与传播是相协调的。美国在物质力量 and 生产力方面取得了巨大的成功。在这种运作良好的秩序之下的社会有一种相互协调的惯性。它们并不培育给它们基本的工作安排带来敌意的思想。”^[63]当时的法官、学者大都遵循着这一信条。如此说来，那些运用普通法来增进经济发展的

[63] Richard Hofstadter, *The American Political Tradition: And the Men Who Made It*, New York: Vintage, 1989[1948], xxxvii.

法官并非是为了偏好资本利益,而是为了增进取决于经济发展的公共善益。

政府不应该干预市场的自然运作这一自由放任的思想在美国可谓找到了肥沃的土壤。对政府的不信任变为对规制市场活动的不信任,要求政府对于个人的财产权利、契约权利不要进行干预。自由放任主义的核心观点是:“个人——尤其是财产的所有者——是社会和经济体的基本单位。由于改善个人的生存条件是人的本性,因此,个人采取对其最有利的行为是个人的自然权利。……个人是自己福利的最好的法官,可以自由决定向何处投资自己的劳力和财产。……政府只不过是一种必要的恶,其功能是保护自由和财产。”^{〔64〕}根据自由放任主义的理论,国家的适当角色是“压制暴力和欺诈,保护财产安全,协助个人实施契约。”^{〔65〕}除此之外,别无其他。

建立在达尔文主义自然选择基础之上的社会达尔文主义,深深影响了美国 19 世纪最后几十年。社会达尔文主义的代表作品是赫伯特·斯宾塞和威廉·萨姆纳的作品,以斯宾塞作为代表人物。斯宾塞认为,自然的社会秩序充满

〔64〕 Benjamin R. Twiss, *Lawyers and the Constitution: How Laissez Faire Came to the Supreme Court*, Princeton: Princeton Univ. Press, 1942, p. 8.

〔65〕 L. T. Hobhouse, *Liberalism*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1964 [1911], p. 49.

了“适者生存”的斗争，政府干预斗争过程将会阻碍社会的发展。其美国本土的代表人物萨姆纳这样说：“应该了解，我们不能离开这样的选择：自由、不平等，最适者生存；不自由、平等，最不适者生存。前者推动社会前进，有利于所有它最好的成员；后者使社会日益衰落，有利于所有它最坏的成员。”^{〔66〕}在镀金时代的美国，这一思想的组合是显而易见的。约翰·D. 洛克菲勒在一个演讲中说道：“商业的增长仅仅是适者生存的斗争……在商业中这不是一种罪恶。它只不过是自然和上帝规律的实现。”^{〔67〕}在这些思想的影响下，美国中产阶级认为他们是适者生存竞争中的赢家，他们的胜利归功于可贵的品格、能力以及努力工作。穷人们的糟糕生活被普遍认为是其应得的命运。

这一时期爆发的关于劳工问题的争论，突出显示出社会达尔文主义的影响。中产阶级的多数人与雇佣者阶层结成了联盟，他们认为工会的行为与要求对社会而言是有害的。这一态度反映在 19 世纪 70 年代新闻报道的谴责中：“劳工联合会违反了永恒的‘法律和道德的准则’，并且对经济发展和资本积累是有害的。……劳工联合会以及所有保护劳工的形式，尤其是罢工，是受到谴责的。《纽约时报》将

〔66〕 [美]纳尔逊·曼弗雷德·布莱克：《美国社会生活与思想史》（下册），许季鸿等译，195 页，北京：商务印书馆，1997。

〔67〕 同上书，第 45 页。

罢工作为‘联合起来反对长久存在的法律’加以描述……”^{〔68〕}也就是说,在自由放任主义思想和社会达尔文主义思想的影响下,劳工组织被视为具有从事违反社会和经济秩序自然规律的反社会企图,这一企图将会摧毁整个社会。中产阶级对工会的行为感到恐惧,认为工会行为是对社会秩序和他们所努力赢得的社会位置的威胁。当然,这并不是说他们其中没有异议者。但是,这些观点在当时是非常之盛行,直到 19 世纪结束。

上述观点是法官看待普通法以及他们在政府体系中角色的思想背景。这些信条深深嵌入了法律文化之中。这一点,在卡特的演讲中得到了很好的展现:“我所经常坚持宣称的法律和立法唯一的功能,就是确保每一个人能够享有与其他人同样的最大的自由。自由、祝福、每一个人灵魂深处的愿望是至高无上的目标。对它们任意一个的剥夺都需要一个理由,而唯一的正确理由是为了更好地保护它。凡是能够达到这样要求的措施就是正确的,否则就是错误的。让每一个人自由地实现自己的幸福或者痛苦,自己承受自己行为的结果,是人类纪律真正的方法。”^{〔69〕}庞德将卡特的

〔68〕 Herbert G. Gutman, *The Workers Search for Power*, in *The Gilded Age*, edited by H. Wayne Morgan, Syracuse, N. Y.: Syracuse Univ. Press, 1969, p. 50.

〔69〕 James C. Carter, *Law, Its Origin, Growth and Function*, New York: Putnam, 1907, p. 337.

演讲视为一种“美国当前司法思想的权威性的表述。”^{〔70〕}

如果不对当时的社会文化进行考察,我们就不能够对形式主义司法风格的法官的判决进行恰当的理解。功能性对待法律态度的出现虽然是非工具主义法律观相一致的,但是它开启了重视法律功能的先河,这一先河为工具主义法律观的产生开辟了道路。

第三节 工具主义法律观在立法领域的产生

虽然在整个的 19 世纪美国法律文化中广泛流行的是非工具主义法律观,但是,工具主义法律观已经在 19 世纪后期开始占领了一个非常重要的法律竞技场,那就是立法领域。在人民主权思想、边沁对布莱克斯通的攻击等多种力量影响下,立法被完全视为工具性的东西,在数量上不断的增长,在重要性上也不断地提高。然而,立法地位的提在美国并非是一帆风顺的,其间伴随着立法与普通法的争斗。

一、工具性立法的出现与扩张

从根本上讲,“立法也不过是一项发明,与无数发明中

〔70〕 Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, 44 American L. Rev. 28(1910).

的任何别的发明一样,都是人用以战胜自然的手段,立法乃是社会集体智慧科学地控制各种社会力量造福于社会的一种机制。”^{〔71〕}随着“对于进步的追寻使美国人的态度通常变得十分工具化和实用主义。特别的,随着国家转向商业和积累财富,美国人的科学观发生了变化,更得更为实际、更为功利主义了”^{〔72〕},一些知识分子将这种刚刚出现的现代主义进步观同已经发展得很完善的美国的工具主义和功利主义的态度放在一起时,一种完全历史主义的意识就出现了:社会的无限进步可以来自于人类的聪明才智。^{〔73〕}立法,作为回应推动社会无限进步的历史要求的产物,开始成为越来越重要的法律渊源。

立法的出现与扩张是多种力量共同作用的结果,包括人民主权思想、边沁对布莱克斯通的攻击、杰克逊主义对法官权力的限制、普通法的法典化,等等。其中,人民主权思想与边沁对布莱克斯通的攻击是最重要的两大推动力。首先,立法与人民主权观念是相一致的,法律的正当性基础应该从自然法转为主权意志与人民的同意。“至少在政治理

〔71〕 [美]亨利·斯蒂尔·康马杰:《美国精神》,杨静予等译,321~313页,上海:光明日报出版社,1988。

〔72〕 [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》,李国庆译,136页,北京:中国政法大学出版社,2005。

〔73〕 See G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change 1815-1835*, 1991, p. 6.

论的层面，人民主权——即人民拥有最终的政治权力并且人民制定法律这一思想——会显得与实证主义法理学相呼应，而后者是现代主义的组成部分。也就是说，人民制定法律的思想可能潜在地与接受先验存在的自然法原则的做法相互冲突。”^{〔74〕}

其次，边沁对布莱克斯通的攻击，影响了美国的跟随者。按照詹姆斯·斯蒂芬爵士的描述，边沁对立法的实际影响只有亚当·斯密和他的门徒们对商业的影响能与之相比。边沁把法律发展的关键环节从法官转移到了立法者手里，第一次使制定法（而不是判例法）成为法律发展的工具。^{〔75〕}作为立法是法律来源的积极拥护者，边沁及其追随者指出了普通法的失败。边沁早在1776年就谴责了自然法，并且在18世纪90年代指责自然权利是“夸夸其谈的废话”。他宣称，政府可以、也应当按照“效用原则”进行工具性的立法。也就是说，政府应当通过制定法律来重塑社会，以促进个人以及整个社区的幸福。^{〔76〕}边沁对布莱克斯通

〔74〕 [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》，李国庆译，126～127页，北京：中国政法大学出版社，2005。

〔75〕 [美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，78页，北京：中国政法大学出版社，1990。

〔76〕 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), in *The English Philosophers from Bacon to Mill* 791, 792 (Edwin A. Burt ed., 1939).

的《英国法释义》进行了攻击,认为布莱克斯通掩盖了普通法极其混乱的真实情况。边沁声称,律师和法官为了保护他们的特权和收入而故意将普通法神秘化,他认为普通法其实并不真正地存在过。^[77] 在边沁的影响下,美国 19 世纪早期的法律改革者致力于将普通法作为“清除职业神秘”的事业。依据边沁的主张,法律是由法律官员强制实施的规则。^[78] 法律应该被设计为用来最大化最多数人的最大幸福。边沁致力于一种功利主义科学的立法,以使得法律精确化、明确化和一致化。边沁的作品为立法、法律工具主义、法律实证主义的连接提供了重要的视角。法律实证主义大体说来是这样一种理论,它认为法律是权威机构制定的规则,以法律的“命令说”或“意志论”为代表;法律工具主义是这样一种观点,它认为法律是达成目标的一种工具;立法,是法律最适宜、最有效的表现形式。这三者以一种相互巩固的方式互相混合。如果法律有效的服务于目标,那么其内容必须是开放性的,随着目标而调整。立法是最能够工具性地塑造法律的方式,以用来决定目标并填充内容。

在上述多种力量的推动下,到 19 世纪结束时,法律的来源已经从普通法转向偏爱立法,这一势头是非常明显的。

[77] See Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1988.

[78] See Jeremy Bentham, *Of Laws in General: Principles of Legislation*, edited by H. L. A. Hart, London: Athlone Press, 1970.

罗斯科·庞德，作为那一时代最负盛名的法学家之一，在1908年观察说“美国的许多立法建立在一种假设之上，即它对于国家来说足够命令……”^{〔79〕}这种转向不仅在于立法更具有民主合法性，还在于传统的普通法本身已经无法解决因社会急剧变革而带来的诸多问题。如果普通法不进行调适，那么它将会“阻碍社会进步的道路。”^{〔80〕}根据庞德的观点，立法是解决问题的有效方案：“一个时代的立法活动促进了法理新的发展，先是提供新的规则，接着提供处所，最终提供系统性的原则体系……进一步讲，现实中法律行动的觉醒正在通过立法进入我们当前的法律发展领域，正如法律家观察的那样，通过立法者也能如通过法官或者教义作家那样来影响结果。”^{〔81〕}也就是说，庞德对于立法作为现在和未来更适合的法律生成方式是持明显的赞成态度的。

二、立法与司法的争斗

然而，对普通法的传统理解为立法这一积极创造法律的行为只预留了很狭小的空间。在普通法传统下，立法的恰当角色主要是宣称先前业已存在的习惯法的效力（虽然

〔79〕 Roscoe Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 Columbia L. Rev. 613 (1908).

〔80〕 Ibid, 616.

〔81〕 Ibid, 621.

它经常做的不止这样)。法律家主张普通法是连贯一致的、有序的、综合的,而立法则对普通法的体系性和理性特征构成了威胁。^{〔82〕}法律家普遍认为,只有法官可被信任以忠诚的态度去辨认存在于人们之间的习惯。法官大都对立法频率的增长与立法范围的扩大持有敌意。普通法与立法之间、法官与立法者之间何者具有优先性的竞争在英国和美国都进行了数个世纪。这是后革命时期的中心动态,正如历史学家戈登·伍德所解释的那样:“正如麦迪逊预料的那样,在新共和政府日益增强的公共权力下保护私人财产和少数人的利益最终开始成为美国民主政治的巨大问题。早在18世纪70年代许多人就主张在美国只有司法系统才能足够公正和自由地解决私人利益问题,并维护人们的财产和权利以免受来自多数利益群体的专横意志的侵害……”^{〔83〕}

许多法官对立法进行了攻击。他们强调说,作为习惯的普通法,已经获得人民的同意,因而是具有民主合法性的,而立法则不可避免地会有盲目性的弱点。与普通法更为谨慎地从案件到案件的生成方式相比,立法者制定的法律规则只顾及眼前利益而忽略未来的利益。更为重要的是,相比较于普通法的理性和原则而言,立法会被特定利益

〔82〕 See Thomas C. Grey, Langdell's Orthodoxy, 45 U. Pitt. L. Rev. 10, 12 (1983).

〔83〕 Wood, Radicalism of the American Revolution, pp. 322-323.

群体、不可靠的激情与意志所玷污。“给类似财产权利、合同权利这样的权利施加法律限制，可以有效地将它们同大众的篡改、偏颇的争论和利益群体政治冲突隔离开来。一些事项，包括定义财产和解释宪法，并不是由立法者决定的政治利益事项，而是只有由法官才能决定的法律的‘固定原则’。”^{〔84〕}

对这一时代立法进程的重要推动力量，同时也是工具主义法律观产生的推动力量，是立法与司法在经济领域的斗争。弗里德曼写道：“美国法是经济斗争的必要工具或武器。这意味着……法律可以作为强者权力的社会工具。”^{〔85〕}历史学家埃里克·方纳指出：“在内战和 19 世纪结束之间，美国经历了任何国家从未经历过的经济革命，并且见证了资本主义历史上劳工与雇主之间最暴力的一些斗争。”^{〔86〕}到 19 世纪末期，美国的社会和经济状况相比于 19 世纪初期来讲发生了翻天覆地的变化，已然完全不同于普通法所构建的经济基础。因此，历史久远的普通法观念变得与之不相关或不适合了。有组织的不同经济利益群体之间的冲突越来越剧烈和集中，许多冲突发生在法律领域。

〔84〕 Wood, *Radicalism of the American Revolution*, pp. 324-325.

〔85〕 Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, 2nd ed., New York: Touchstone, 1985, p. 340.

〔86〕 Eric Foner, *The Story of American Freedom*, Norton, 1998, p. 116.

甚至可以这样说,19 世纪晚期和 20 世纪早期经济利益群体之间的斗争“主导、塑造了美国法”。^{〔87〕}

立法与法院之间的斗争有很多,表现在关于债权人与债务人、资本与劳动者、城市与农村、大托拉斯企业与政府等冲突领域中。劳工冲突引发的立法机构与司法机关之间的争斗充分地反映了这一点。为了阻止或破坏罢工,雇佣者阶层恳请法院发布劳工禁令。^{〔88〕} 法院接受了他们的请求,发布禁令以避免对财产利益造成无可挽回的损害。根据一项研究表明,“法院在 19 世纪 80 年代发布了 105 个劳工禁令;在 19 世纪 90 年代发布了 410 个劳工禁令;在 20 世纪初发布了 850 个劳工禁令;在 20 世纪 20 年代发布了 130 个劳工禁令。”^{〔89〕} 那些未能取消罢工的工会领导者以蔑视法官为由遭到监禁^{〔90〕}。在工会的请求下,州立法者制定了反劳工禁令条款以停止司法干预,但是法院宣布了这些条款中的 25 个无效,剩下的那些有效条款也被法院狭义解释着^{〔91〕}。1914 年通过的联邦克莱顿法案明确限制除非在

〔87〕 Friedman, *History of American Law*, p. 339.

〔88〕 See David Bicknell Truman, *The Government Process*, New York: Knopf, 1951, p. 497.

〔89〕 William Forbath, *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, p. 193.

〔90〕 See Friedman, *History of American Law*, pp. 556-557.

〔91〕 Forbath, *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, pp. 151-152.

极其必要的情况下不得发布劳工禁令,但是法院仍然继续自由地发布劳工禁令。^{〔92〕}法院与立法机关这种来来回回的拉锯战持续了数十年之久。

这样的斗争并非第一次发生,然而不同的是,法院在19世纪末期获得了更大的权力,并且法官们愿意积极地去履行它。在立法与司法的争斗中,司法审查权给了法官有利的地位。通过援引合同自由和财产权利条款、正当程序条款、商业条款、平等保护条款,或者运用普通法原则,有时甚至只是模糊地诉诸理性和自然正义,州和联邦法院从19世纪80年代开始持续几十年地宣布立法无效,尤其是对于劳工有利的那些法案。一项研究表明,这一时代有67项劳工立法被法院宣布无效,只有26项法案得到了法院的认可。^{〔93〕}其中的大多数宣布无效行为是由州法院作出的。当然,联邦最高法院对此同样也很积极。“根据一项统计,在1898年以前,联邦最高法院总共才宣布了12项联邦立法和125项州立法无效。然而在1898年之后,这一数字成倍的增长(50项联邦立法和400项州立法)。”^{〔94〕}

上述法院行为挫伤了立法的积极性与有效性,也流露

〔92〕 See Lawrence M. Friedman, *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale Univ. Press 2002, pp. 74-77.

〔93〕 See William Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought*, New York: Oxford, 1998, p. 133.

〔94〕 Ibid. p. 135

出法院对富人的偏袒。联邦最高法院大法官斯蒂芬·J. 菲尔德在一个案件中表达的观点可以作为典型的代表,他说:“现在对于资本的攻击才刚刚开始,但它将成为更大、更彻底攻击的垫脚石,直到我们的政治斗争演变为一场穷人反抗富人的斗争——一场激烈程度和仇恨程度不断加剧且日渐悲惨的斗争。”^[95] 霍姆斯在其 1897 年著名的作品《法律的道路》中对正在通过法律机构进行的阶级斗争有下面一番描述:“当社会主义第一次被讨论时,社会中那些舒适的阶级表现出了极大的惊恐。我猜测这种惊恐影响到了司法,无论是在这里还是在英国,即使它不是司法裁判中有意识的因素。我认为相似的东西让那些不再对立法抱有控制希望的人们转而寻求法院作为宪法的说明者,并且,在一些法院中这些工具体系之外的新规则已经被发现。”^[96]

三、法官背后的形式主义法律观

形式主义法律观常常被指责是法院宣布社会福利立法无效背后的真正推手。

为了更好地讨论形式主义法律观,我们可以把它可以分为两类:一类是概念形式主义,另一类是规则形式主义。

[95] Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co., 157 US 429, 607 (895) (Field, J., dissenting).

[96] Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 10 Harvard L. Rev. 457, 467-478 (1897).

所谓概念形式主义,是指法律的概念、原则有着内在的内容并且它们之间存在着逻辑上的联系,这些联系可以通过推理得出,从而构成固有的、协调一致的法律体系。所谓规则形式主义,是指法官可以从法律体系中机械地推理以发现每一个案件的正确答案。概念形式主义与非工具主义法律观相一致,都认为法律内容在某种程度上是既定存在的。规则形式主义则不然,它同非工具主义法律观是有区别的,它认为法律的内容是司法判决的产物。^[97]

臭名昭著的洛克纳案虽然在今天看来是荒唐的,但是在那一时代看来确是很正常的。对那一时代的法律意识的一项研究发现存在一种真实的“似乎在世纪之交成为一种共识的经验:难以抵抗的对于抽象的规定、客观性、非政治色彩的冲动……”^[98]当自然科学的声望越来越高并为其其他领域的知识研究所效仿时,形式主义思维就不可避免地渗入许多思想领域。那一时代的哲学、伦理学、经济学和社会科学,都强调内在的一致性、逻辑性、抽象性、永恒的规律性等,导致它们经常忽略密切注意社会现实。^[99]前面提到过,

[97] Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 48.

[98] Kennedy, “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness,” *the Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940*, 3 *Research in Law and Soc.* 3(1980).

[99] Richard Hofstadter, *The Progressive Historians*, New York: Vintage, 1970, p. 183.

在人民主权的民主合法性下法官造法的普通法传统是危险的,而无论是概念形式主义还是规则形式主义,都以不同的方式重申法官并不是在造法。约翰·杜威将 19 世纪末期的形式主义司法风格视为是法官用来支撑法官造法合法性的一个企图:正因为个人因素不能完全被排除,所以结论假定为尽可能地接近不带偏见的、客观的、理性的形式。^[100]

形式主义法官将所有阶级立法都视为是必须予以拒绝的对法律的威胁。“19 世纪的法院没有反对所有对于经济进行规制的法案,只是反对那种特定的‘阶级’或‘偏见’立法;也就是反对那些仅仅维护了特定利益群体或阶级的狭隘利益而非公共福利的立法。”^[101]法官并不是经常以偏爱资本利益的方式来运用他们的原则。例如,法官将市政贴补铁路建设的企图宣布无效。法院推理说,在“公共目的”名义下为了直接增进私人利益而使用征税和支出的权力是不允许的,即使这样做会间接的提高公共利益(某镇只有承担铁路建设的部分费用才能得到铁路服务)。

总之,这些法官的世界观推崇自然权利、自由放任、竞争的自然秩序,政府有限权力的存在和运用的前提是为了

[100] John Dewey, Logical Method and Law, 10 Cornell L. Quarterly 17, 24 (1924).

[101] Howard Gillman, The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence, Durham, N. C.: Duke Univ. Press, 1993, p. 7.

公共利益。在这种解释下,形式主义法官反对为了劳工利益的立法并不是偏袒资本家利益,而是为了公共利益。当然,毫无疑问的是,在他们许多的判决中受益的是资本利益。但是,法官们认为他们只是在按照法律的要求去做。在当时的社会思想背景下,人们普遍的认为通过促进经济发展才能提高公共福利,而这一点的实现需要保护自由竞争的资本主义制度。形式主义法官将他们自己看作避免偏爱特定利益群体的立法给法律的非工具性整体带来威胁的卫道士。首席大法官富勒在宣布联邦所得税法案无效时的司法意见中写道,宪法是“被明显的设计……为阻止对于积累的财产的攻击。”^[102]照此说来,法官只是在尽他们的宪法义务。1905年法官约翰·菲利普发表了一个演讲,他将当代立法的爆炸式增长作为“一种增长中的邪恶”加以反对,并认为“人们被鼓励去相信国家和社会的每一个想象到的疾病的治疗的希望都在于立法。”^[103]

然而,到19世纪末期,当法院仍然保持着对于普通法的传统观点的同时,周围的社会环境和思想背景都发生了巨大的变化:“19世纪接近尾声时,普通法传统进入剧烈动荡的时期。正如我们已经注意到的,那种从一个案件到另

[102] Pollock v. Farmers Loan and Trust Co., 157 U. S. 429, 583 (1895).

[103] John Philips, The Law and Lawyers, 17 Green Bag 433, 437 (1905).

一个案件的从容的法律调适方法,已不能完全适应快速城市化以及工业化进程所带来的许多新问题。……法院并不明知如何处理现在法律制度背景下所出现的纠纷,这是可以理解的,因为现在的法律制度在法律形式上和渊源上迥异于他们习以为常的在判例之上形成的法律。他们就像一群接受过小步舞训练的舞者,却突然被匆忙送入弥漫着陌生的华尔兹舞曲的舞会。他们笨拙地即兴表演着。乐队继续演奏着。”^[104]

当社会和经济的主导特征已然变为大公司、集体组织时,法官却仍旧抱着个人主义的财产权利观念。扒粪新闻报道等使得中产阶级越来越倾向于同情劳工的处境。此外,城市化的社会使得个人饱受强势的大公司、大组织的控制之苦。事实越来越明显,当用社会中大多数人的生活条件去衡量时,个人主义的自由放任的普通法观点是很荒唐的。于是,法官的意识与社会现实之间出现了明显的不符,法官对于普通法的守旧观点阻碍了他们调整法律以适应社会和经济变化的脚步,这使得法官备受指责。

就这样,随着 19 世纪的缓慢进行,随着科学对功能的强调渗入到法律,随着立法被工具性地理解,极细微的变化发生了,从而为法官从事于对法律运用一种工具性导向的

[104] [美]玛丽·安·格伦顿:《法律人统治下的国度——法律职业危机如何改变美国社会》,沈国琴、胡鸿雁译,183 页,北京:中国政法大学出版社,2010。

功能分析铺平了道路。但是将现代法律工具主义者的观点置于早期年代的人们的身上年代措置的，他们对于法律的功能性观点与他们对于法律的非工具主义理解是紧密相关的。对于普通法持非工具主义法律观的法官不会接受法律是一项社会工程，是实现社会变革的工具的观点。那不是匹配或反映社会的变革，而是在引起或指挥社会的变革。直到 19 世纪末期，法律应该被运用来引导社会变革的理念才得以确立。在这些力量的作用下，一方面，立法具有越来越明显的优势，对于立法的工具主义法律观逐渐盛行起来；另一方面，法官所坚守的传统普通法观念暴露出越来越多的问题，从而为工具主义法律观在普通法领域的产生、进而为工具主义法律观在整个法律文化中的盛行奠定了基础。

第二章 美国工具主义法律观的早期

前面谈到,随着自由资本主义逐渐地向垄断资本主义过渡,美国社会发生了翻天覆地的变化。为了处理复杂多变的社会问题,立法被作为工具开始对经济领域进行干预。然而,由于法官对于普通法仍然持有非工具主义法律观,许多立法被法院宣布无效。在普通法越来越难以有效应对社会出现的新问题的情况下,工具主义法律观在美国 20 世纪早期开始盛行起来,并一直持续到 20 世纪中期。这一时期的工具主义法律观被称之为早期的工具主义法律观,以区别于当代的工具主义法律观。

早期的工具主义法律观，以美国本土的古典实用主义哲学作为智识来源，影响巨大而深远：在理论上，以霍姆斯、卡多佐、庞德和法律现实主义者为代表的法律家开始了对传统普通法观念的批判，主张对于普通法的工具主义法律观；在实践上，以联邦最高法院为代表，开始贯彻工具主义法律观来判决案件，象征了非工具主义法律观被官方抛弃。后来由于“二战”的影响，早期的工具主义法律观受到批评而呈现为短暂的衰落。

第一节 智识来源

一、智识来源：古典实用主义哲学

“实用主义”(pragmatism)一词来源于希腊文 *pragma*，原意为行动、行为。实用主义者大多强调行动、行为、实践在哲学中具有决定性意义，他们认为哲学应当立足于现实生活之上，主张把确定的信念作为出发点，把采取行动看作主要手段，把获得成效看作最高目标。^{〔1〕}一般把实用主义哲学分为早期实用主义、中期实用主义和新实用主义三个时期。早期实用主义也称古典实用主义，以皮尔士、詹姆斯和杜威为代表人物；中期实用主义以米德、胡克、刘易斯等

〔1〕 涂纪亮：《美国哲学史》（第二卷），62页，社会科学文献出版社，2007。

人为代表人物；新实用主义以罗蒂、普特南等人为代表人物。古典实用主义哲学的创始人皮尔士和詹姆斯主要从自然科学、逻辑学或心理学的角度提出其实用主义理论，集大成者杜威则致力于把实用主义思想运用于社会、政治、教育、伦理以及审美方面，从而使实用主义在美国社会文化中发生巨大影响，并且具有了国际影响力。

古典实用主义哲学可以说是一种注重实际的行动哲学，是美国人在独特的历史发展过程中所普遍形成的自由、竞争、务实、实干、创新等所谓的“美国精神”的哲学反映，从而成为富有美国本土特色的哲学。众多移民建立和开发美国的历史过程使得美国人特别注重行动与效用，不看重身份而看重能力，不迷信权威，不怎么追求宏大的理论，等等。据说，富兰克林在向欧洲人介绍美国时曾经说过，一个人如果除了出生高贵而别无所长，就不应该去美国，因为美国人对陌生人不会问他的出生，而是问他能干什么。^{〔2〕}游历美国的著名学者托克维尔观察说：“美国人的思想缺乏一般观念，他们根本不追求理论上的发现。”^{〔3〕}但是，托克维尔指出，美国人虽然根本不重视哲学，但是他们却有一个共通的确定哲学的哲学方法：“摆脱一统的思想、习惯的束缚、家庭

〔2〕 转引自陈亚军：《实用主义：从皮尔士到普特南》，1页，长沙：湖南教育出版社，1999。

〔3〕 [法]托克维尔：《论美国的民主》（下册），董国良译，350页，北京：商务印书馆，1988。

的清规、阶级的观点，甚至在一定程度上摆脱民族的偏见；只把传统视为一种习得的知识，把现存的事实视为创新和改进的有用学习材料；依靠自己的力量并全凭自己的实践去探索事物的原因；不拘手段去获得结果；不管形式去深入本质——这一切即是我称为美国人的哲学方法的主要特征。”〔4〕亨利·斯蒂尔·康马杰在其名著《美国精神》中对古典实用主义哲学的解说为我们提供了很好的理解，他写道：“美国人讨厌理论和抽象的思维，不纠缠于任何深奥的政治哲学，但他们却靠一种注重实际的行动哲学使他们的政治机构像他们发明的机器一样灵活。”“美国人已经在新世界找到了幸福，因而他们的哲学就必须能说明上天和自然界的仁慈，说明人类的浪漫主义思想是正确的，并能对历史作乐观的解释。他们已经实现了自由，因而他们的哲学就必须容许打破常规和提倡民主。他们已经养成了个人主义，因而他们的哲学就必须容许进行实验和创造。他们是讲求实际的，他们的哲学就必须有助于功利主义的目的。他们是一帆风顺的，因而他们的哲学要容许发挥自由意志和经过努力取得报偿。他们是质朴率直的，他们的哲学必须避免高深莫测的细微思辨。”〔5〕因此，在他看来，实用主

〔4〕〔法〕托克维尔：《论美国的民主》（下册），董国良译，518页，北京：商务印书馆，1988。

〔5〕〔美〕亨利·斯蒂尔·康马杰：《美国精神》，杨静予等译，566、35页，上海：光明日报出版社，1988。

义的产生是美国精神水到渠成的产物,“从某种意义上说,美国过去的全部经历已为实用主义的诞生做好了准备,如今又好像为它的存在提供基础和依据。”〔6〕

实用主义更多的是一种方法和态度。在詹姆斯看来,“实用主义的方法,绝对没有什么新鲜之处。苏格拉底是用这方法的老手。亚里士多德有系统地运用了这种方法。洛克,贝克莱,休谟用这个方法对真理做出了巨大的贡献。”〔7〕在罗蒂看来,“如果说实用主义有什么不同之处的话,那么就在于它以更美好的人类未来观念取代了‘现实’、‘理性’和‘自然’之类的观念。”〔8〕如罗森塔尔所说:“实用主义并不想对传统的哲学问题提供更完善的解答,恰好相反,它打破了这些问题赖以存在的整个构架,而在打破这个构架之时,它也就拒绝采纳任何一种传统哲学立场。”〔9〕正是因为有了实用主义哲学,“美国这一年轻的近代化国家才真正挣脱其欧洲哲学的母体,首次从一个哲学和意识形态

〔6〕 [美]亨利·斯蒂尔·康马杰:《美国精神》,杨静予等译,565页,上海:光明日报出版社,1988。

〔7〕 [美]詹姆斯:《实用主义——一些旧思想方法的新名称》,陈羽纶、孙瑞禾译,28~29页,北京:商务印书馆,1983。

〔8〕 [美]罗蒂:《后形而上学希望——新实用主义社会、政治和法律哲学》,张国清译,7页,上海:上海译文出版社,2003。

〔9〕 [美]桑德拉·罗森塔尔:《从现代背景看美国古典实用主义》,陈维刚译,10页,北京:开明出版社,1992。

的‘进口国’变成了一个拥有自己独立哲学形态的国家。”^{〔10〕}

早期的工具主义法律观就是以杜威为代表的古典实用主义哲学作为其智识来源。对于什么是工具主义，美国古典实用主义哲学的集大成者杜威曾经作过这样的解释：“工具主义是这样一种企图，即通过主要考虑思想如何在对将来的后果作出实验性决定中起作用，来构成关于概念、判断和推理的各种形式的、准确的逻辑理论。这就是说，它企图通过从那种归之于理性的改造或媒介的作用中，引申出普遍为人们所承认的区别和逻辑规则，而把这些区别和逻辑规则建立起来。”^{〔11〕}韦斯特认为，“实用主义的共同特征是试图将思想作为有效行动武器的、以未来为导向的工具主义。”^{〔12〕}在这种哲学的影响下，美国法律人就会相应的把法律视为达成人类目标的工具，而不是一种进行超然分析的抽象客体。限于主题，笔者在此无意系统、深入地讨论古典实用主义哲学，仅对其做一番简单概述，然后重点讨论它为

〔10〕 万俊人、陈亚军选编：《詹姆斯集》，3页，上海：上海远东出版社，2004。

〔11〕 [美]杜威：《美国实用主义的发展》，载D.鲁勒斯编辑的《20世纪的哲学》，463～464页，1968。

〔12〕 Cornel West, *The American Evison of Philosophy: A Genealogy of Pragmatism*, quoted in Richard A. Posner, *What Has Pragmatism to Offer Law?* in *Pragmatism in Law and Society*, Edited by Michael Brint and William Weaver, Westview Press, 1991. p. 36

工具主义法律观提供的三个重要的智识来源,它们分别是皮尔士的意义理论(也称皮尔士原理)、詹姆斯的真理观、杜威的工具主义思想。

二、皮尔士原理与詹姆斯的真理观

作为实用主义的创始人,皮尔士强调,要从行动中把握概念和命题的意义,概念和命题的意义就是它们带来的实际效果的总和。如果概念和命题不能带来实际的效果,就是没有意义的,只有那些能够带来效果的概念和命题才是有意义的。这个思想被詹姆斯称为“皮尔士原理”,也是实用主义的原理。^{〔13〕}

实用主义的兴盛首先得益于詹姆斯。詹姆斯把实用主义哲学的主要理论做了归纳,他把实用主义概括为既是一种方法,也是一种真理论。詹姆斯对于气质与哲学的党派关系、意识流与经验世界、真理与效用的关系等问题提出了独到的见解。此外,与皮尔士保守、木讷、不善交往等的性格相比较,詹姆斯为人谦逊,是学术界的活跃分子,而且还经常去欧洲参加学术交流活动。詹姆斯的性格和才能使得单调、枯燥的哲学思想通俗化,提高了实用主义的知名

〔13〕 [美]詹姆斯:《实用主义——一些旧思想方法的新名称》,陈羽纶、孙瑞禾译,27页,北京:商务印书馆,1983。

度。^{〔14〕} 在詹姆斯看来,实用主义是一种方法,“实用主义的方法,不是什么特别的结果,只不过是一种确定方向的态度。这个态度不是去看最后的事物、原则、范畴和假定是必需的东西,而是去看最后的事物、收获、效果和事实。”^{〔15〕} “要弄清楚一个思想的意义,我们只能断定这思想会引起什么行动。对我们来说,那些行动是这思想的唯一意义。”^{〔16〕}

实用主义除了是一种方法外,还是一种真理观。“实用主义的范围是这样的——首先是一种方法,其次是关于真理是什么的发生论。”詹姆斯的真理观可以分为两部分:首先,什么是真理的问题。“真理的意义不过是这样的:只要观念(它本身是我们经验的一部分)有助于使它们与我们经验的其他部分处于圆满的关系中,有助于我们通过概念的捷径,而不用跟特殊现象无限地相继续,去概括它、运用它,这样,观念就成为真实的了。”^{〔17〕} 对于真理如何是两部分经验之间的一种圆满联系,詹姆斯在另一个地方解释说:“真理主要是和我们由经验的一个瞬间引导到其他瞬间上去的方式联系着的,而事后足以说明这种引导是很有价值的。

〔14〕 参见杨寿堪、王成兵:《实用主义在中国》,9页,北京:首都师范大学出版社,2001。

〔15〕 [美]詹姆斯:《实用主义——一些旧思想方法的新名称》,陈羽纶、孙瑞禾译,31页,北京:商务印书馆,1983。

〔16〕 同上书,26页。

〔17〕 [美]詹姆斯:《实用主义——一些旧思想方法的新名称》,陈羽纶、孙瑞禾译,32~33页,北京:商务印书馆,1983。

根本上,在常识的水平上说,基本上思想状态的真理意味着一种有价值的引导作用。”^{〔18〕}也就是说,一个观念之所以是真的,就在于它能起到一种有价值的引导作用。观点的真理理性在于观点的效用,“‘它是有用的,因为它是真的’;或者说‘它是真的,因为它是有用的’。这两句话的意思是一样的。”^{〔19〕}这就是詹姆斯著名的“有用就是真理”的命题。观念的这种真理性或有用性是需要证实的,因此一个观念成为真理有一个过程,“一个观念的‘真实性’不是它所固有的、静止的性质。真理是对观念而发生的。它之所以变成真,是被许多事件造成的。它的真实性实际上是个事件或过程,就是证实它本身的过程,就是它的证实过程,它的有效性就是使之生效的过程。”^{〔20〕}在此意义上,詹姆斯反对真理符合论,反对传统的真理观念。其次,真理的效用问题。詹姆斯认为,真理的效用在于能够使人的需要得到满足,“科学里的真理是那些给我们最大限度满意的东西,其中也包括兴趣在内。”^{〔21〕}他还认为,真理与满意是完全一致的,“每一个人在每一个时刻所体验的真理,总是在该时刻他所感到最满意的;同样,抽象的真理、最后证实的真理,和抽象

〔18〕 [美]詹姆斯:《实用主义——一些旧思想方法的新名称》,陈羽纶、孙瑞禾译,105页,北京:商务印书馆,1983。

〔19〕 同上书,104页。

〔20〕 同上书,103页。

〔21〕 同上书,111页。

的满意、最后证实的满意，也总是一致的。总之，如果我们拿具体的与具体的相比，抽象的与抽象的相比，真理与满意是完全一致的。”^{〔22〕}

值得一提的是，詹姆斯的“有用即真理”的命题遭到了同是实用主义者杜威和罗蒂的批评。杜威认为“真理即效用”这个命题并不主张人们可以把真理看作满足自己愿望的任意主观的东西，相反，杜威批评了这种观念。他说：“把真理当作满足私人野心和权势的工具的概念非常可厌，可是，批评家竟将这样一个意思归诸健全的人们，真是怪事。”而“所谓真理即效用，就是把思想或学说认为可行的拿来贡献于经验改造的那种效用。道路的用处不以便利于山贼劫掠的程度来测定。它的用处决定于它是否实际尽了道路的功能，是否做了公众运输和交通的便利而有效的手段。观念或假设的效用所以成为那观念或假设所含真理的尺度也是如此。”^{〔23〕}罗蒂批评说：“詹姆斯从来不知道该如何避免反直观的如下后果：对一个人或团体是真的东西可能对另一个人或团体不是真的。”^{〔24〕}

〔22〕 [美]詹姆斯：《实用主义——一些旧思想方法的新名称》，陈羽纶、孙瑞禾译，26页，北京：商务印书馆，1983。

〔23〕 [美]杜威：《哲学的改造》，许崇清译，85页，北京：商务印书馆，1958。

〔24〕 [美]罗蒂：《后形而上学希望——新实用主义社会、政治和法律哲学》，张国清译，153页，上海译文出版社，2003。

三、杜威的工具主义思想

杜威是古典实用主义的集大成者,古典实用主义在杜威那里达到了顶峰。怀特说:“虽然他在三位实用主义者当中是最年幼的一位,但人们都认为他是实用主义神圣家族中的家长——尽管在逻辑和科学的问题上不像皮尔士那样聪明,也不像詹姆斯那么机智而煊赫,他却在许多方面比那两位都显得是一位更严厉而有影响力的人物。”^[25]杜威在论述实用主义哲学思想的同时,还把实用主义的基本思想具体运用到其他学科,特别是教育学中去,从而扩大了实用主义的社会影响。此外,他还不遗余力地远赴海外传播实用主义哲学思想,使他成为世界级的哲学家的同时扩大了实用主义哲学在全世界的影响力。康马杰认为:“杜威忠实地实践自己的哲学信条,最后成为美国人民的良师益友和良心。可以毫无夸张地说,杜威阐明了一代人所关注的重大问题。他是教育改革的前驱,政治党派的组织者,政治家的顾问,争取劳工、妇女权利、和平事业和民权斗争的战士……他一生的事业说明,在改造社会方面,哲学可以发挥卓有成效的作用,而他认为这正是他的首要任务和责任。”^[26]罗蒂给

[25] [美]M. 怀特:《分析的时代》,杜任之译,178页,北京:商务印书馆,1981。

[26] [美]亨利·斯蒂尔·康马杰:《美国精神》,杨静予等译,146页,上海:光明日报出版社,1988。

予了杜威非常高的评价，把他和海德格尔、维特根斯坦并称为 20 世纪三个最伟大的哲学家。^{〔27〕}

杜威有时候把自己的哲学称为工具主义，他说：“工具主义是这样一种企图，即通过主要考虑思想如何在对将来的后果作出实验性决定中起作用，来构成关于概念、判断和推理的各种形式的、准确的逻辑理论。这就是说，它企图通过从那种归之于理性的改造或媒介的作用中，引申出普遍为人们所承认的区别和逻辑规则，而把这些区别和逻辑规则建立起来。”^{〔28〕}杜威提出他的工具主义思想是为了批判传统哲学割裂了理论与实践。他认为：“传统哲学把世界分为两种实在：一种是高等的，只让理性去接近，而且在性质上是理想的；另一种是低级的、可变的、经验的、可为感官观察到的……这种分法假定理论和实践是对立的，而这种对立总是对后者不利。”^{〔29〕}因此，在他看来，传统哲学把理论与实践、目的和手段割裂开来是错误的。他认为，一切知识都是具有工具性的，工具、手段与目的、效果同等重要，“知识是具有工具性的。但是，我们全书讨论的主旨却在于颂扬器具、工具、手段这些东西和目的、后果是有同等的价值，

〔27〕 [美]罗蒂：《哲学和自然之境》，李幼蒸译，3 页，上海：三联书店，1987。

〔28〕 [美]杜威：《美国实用主义的发展》，载 D. 鲁勒斯编辑的《20 世纪的哲学》，463～464 页，1968。

〔29〕 [美]杜威：《哲学的改造》，许崇清译，114 页，北京：商务印书馆，1958。

因为没有工具和手段,目的与后果都是偶然的、杂乱的和不稳定的。”^{〔30〕}杜威认为,对“经验”概念的改造可以消除传统哲学的二元对立,在他看来,经验是人和环境的相互作用,杜威提出:“经验变成首先在于做的事情。有机体并不是站在那里……静等着事情发生。它并不被动地、死板地等待某种东西从外面逼到它的身上。有机体是按照它自己的简单或复杂的构造对环境发生作用的。其结果,环境中所造成的变化又反过来对有机体及其活动起反作用。……行动和遭遇之间的这种密切联系,就形成了我们所谓的经验。没有联系的动作和没有联系的遭遇都不称其为经验。”^{〔31〕}“经验是这样一类发生的事情,它深入于自然而且通过它无限制地扩张”。^{〔32〕}他进而提出“经验的自然主义”命题,他认为“经验的自然主义的方法,给人们提供了一条能使他们自由地接受现代科学立场和结论的途径,而且这是唯一的途径。”^{〔33〕}

杜威从工具主义观点出发,否认观念、思想、理论本身的真理性。杜威强调指出,观念、思想和理论都只不过是一些假设,既不是先验论者所说的那种先天的理性原则,也不

〔30〕 [美]杜威:《确定性的寻求》,傅统先译,114页,上海:上海人民出版社,2005。

〔31〕 洪谦主编:《西方现代资产阶级哲学论著选辑》,165页,北京:商务印书馆,1964。

〔32〕 [美]杜威:《经验与自然》,傅统先译,4页,北京:商务印书馆,1960。

〔33〕 同上书,3页。

是反映论者所说的那种对于客观世界的主观映像,而是为了达到一定实际目的而设计的工具。观念、意义、概念、思想、学说以及理论体系,都是人们用以探索和改造当前环境的工具,要检验这些工具是否恰当,是否有价值,那就看它们是否能完成它们所负的使命。他说:“与一切工具一样,它们作为工具来说的价值不在于它们本身,而在于它们所能造就的结果中显现出来的功效。”^{〔34〕}但他否认他的真理观是纯粹主观的东西。实用主义者使用工具主义带有祛除工具的意识形态含义的意味。或者说,他们把工具看作中性的。^{〔35〕}因此,工具不存在真与假的问题,只有好用与不好用的问题,“既然工具既不是真的,也不是假的,因此真假均不是判断的特征。工具往往是有效的或无效的,适当的或不适当的,经济的或浪费的。”^{〔36〕}

在1914年的一篇文章中,杜威运用自己的工具主义思想对自然法原则表示了公开怀疑。杜威认为,对法律持有工具主义的观点更为优越可取,因为它导向人们可欲的后果。由此可见,杜威完全以纯粹的工具性观点来理解自然权利和自然原则,在他看来,“对个人的权力、权利或者自由

〔34〕 [美]杜威:《哲学的改造》,许崇清译,137页,北京:商务印书馆,1958。

〔35〕 参见张芝梅:《美国的法律实用主义》,29页,北京:法律出版社,2008。

〔36〕 [美]杜威:《逻辑:探索的理论》,278页,1938。

进行限制的问题,最终是手段的最有效使用以达成目标的问题。”^[37]此外,杜威对民主的论述也典型地反映了他的工具主义思想,在他看来,“一切社会制度只有一个意义,一个目的。这个目的就是要解放并发挥个人的能力,不分种族、性别、阶级或经济地位。这就等于说,这些制度价值的考验,就在于它们能够在什么样的程度上教育每一个人,使他充分发挥他的可能性。民主有很多意义,但如果它有一种道德意义的话,那就在于解决这样一个问题,即一切政治制度和工业设施的最高检验,应该是它们对社会每一个人的全面成长所做的贡献。”^[38]

第二节 早期法律工具主义者的法律观

在 19 世纪和 20 世纪之交,美国人民之间的经济冲突日益剧烈。知识界出现了一种新的激进主义。同时,据历史学家莫顿·怀特观察,同以上的思想相联系,一场普遍的“反对形式主义”运动正在知识的各个领域展开,“美国知识分子正在反对形式主义,因为他们已经确信,逻辑、抽象、推演、数学和力学对于社会研究来讲是不合适的,它们不能含

[37] John Dewey, *Nature and Reason in Law*, 25 *Int. J. Ethics* 25, 30-31(1914).

[38] 洪谦主编:《西方现代资产阶级哲学论著选辑》,219 页,北京:商务印书馆,1964。

有当前社会生活的丰富性、运动性。”^{〔39〕}各种各样的思想在挑战形式主义的教条，“实用主义、工具主义、制度主义、经济决定论、法律现实主义表现出引人注目的哲学亲密关系。”^{〔40〕}反形式主义和新激进主义的出现都是为了反对世纪之交日益剧烈的经济冲突，它们共同滋养了进步运动。此外，一些学者也对与自由放任主义相绑定的社会达尔文主义进行了尖锐地批判。还有，实用主义与斯宾塞主义可以说是两种不同的观点：“斯宾塞的观点是期望从自发进步与由放任中使社会得以挽救的那种时代的相应体现；实用主义则是人们考虑操纵与控制社会时被吸收进美国文化中来的。斯宾塞主义是必然性的哲学；实用主义是可能性的哲学……实用主义对社会思潮整个背景的最重要的贡献就是，鼓励人们相信思想的有效性和新奇的可能性……斯宾塞代表了决定论和环境对人的控制；实用主义则代表了自由和人对环境的控制。”^{〔41〕}

渐渐地，这一时期知识界的主流思想慢慢渗透进法律思想。在奥利弗·温德尔·霍姆斯的法律作品、实用主义哲学、边沁和耶林的著作、立法的增长、反形式主义和激进

〔39〕 Morton White, *Social Thought in America: the Revolt Against Formalism*, Boston: Beacon Press, 1957, p. 11.

〔40〕 Ibid, p. 6.

〔41〕 [美]R. 霍夫塔斯特：《美国思潮中的社会达尔文主义》，波士顿，123～124 页，1959。

主义的出现、进步运动、政治骚乱、通过法律的利益冲突的日益加剧,等等多种力量的共同影响下,法律实务界以霍姆斯、卡多佐为代表,法律理论界以庞德和卢埃林等某些法律现实主义者为代表,掀起了一场轰轰烈烈的法律工具主义改革。这些赫赫有名的法律人物虽然在法律思想上是有区别的,但是,他们都无一例外地反对形式主义法律观、赞成工具主义法律观,都主张将法律作为实现一定目标的工具。

霍姆斯,作为美国工具主义法律观的开创性领军人物,为工具主义法律观的兴起与传播奠定了坚实的基础。托马斯·C. 格雷评价说,霍姆斯是第一个把法理学理论奠基于一从法律实践出发的视角的人,“他发展了一种源于实践,反思实践的理论,这意味着把它当作一种服务人们目的的手段。”^[42]作为美国法律史上标杆式的、甚至是独一无二的人物,霍姆斯的法律思想可以说是极具影响但又饱受争议,因此,对其法律思想的任何解读也就充满了挑战与风险。正如美国学者韦尔斯所言,霍姆斯被贴上了很多不同的标签:“从某个层面上看,他的表达是很清楚的。他的智慧的清晰性使得他在具体问题的立场上很少留下疑问。但从另外一个层面上看,他又经常是晦暗不明的。尽管表面上看他的

[42] Thomas C. Grey, Holmes and Legal Pragmatism, 41 Stanford Law Review 833(1989).

文章很清晰,但学者们甚至在对他的理论观念的一般描述的问题上都无法达成一致。他被描绘成各种各样的人:现实主义者、实证主义者、工具主义者、功利主义者、实用主义者、自由主义者、保守主义者、法西斯主义者、理论批评家、犬儒主义者、理想主义者,甚至是虚无主义者。”^{〔43〕}尽管如此,笔者把霍姆斯作为一位工具主义者还是有说服力的,他的思想固然复杂,但在某种程度上也是存在连贯性的。^{〔44〕}从思想渊源上看,霍姆斯的工具主义法律观受到了尼采、艾默生和实用主义哲学的影响。波斯纳认为,“霍姆斯本人在道德上和认识论上都深受 19 世纪后期哲学思想的浸染;但是,很少有法律人意识到霍姆斯的哲学观不仅对于其法律思想而且对于其作为法官之伟大具有根本性。”^{〔45〕}尽管霍姆斯与古典实用主义哲学的关系复杂而有争议,但是,作为著名的形而上学俱乐部的重要成员之一,他的法律思想不可避免地受到了古典实用主义者的影响。此外,霍姆斯的

〔43〕 凯瑟琳·皮尔士·韦尔斯:《小奥利弗·温德尔·霍姆斯和威廉·詹姆斯》,载[美]伯顿主编:《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》,张芝梅、陈绪刚译,263页,北京:北京大学出版社,2005。

〔44〕 波斯纳也认可这一点:“霍姆斯的法理学观点散落于数千件司法意见、信件、学术著述、偶尔为之的短文甚至趣闻轶事中,如果其中表现出来的观点总是前后一致,那到会令人不可思议;事实是,它们并不一致。但这些观点的一贯性却要比初看起来高得多。”参见[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,23页,北京:中国政法大学出版社,2002。

〔45〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,529页,北京:中国政法大学出版社,2002。

工具主义法律观还受到了来自欧陆的法律工具主义者耶林和英国边沁的影响。1877年鲁道夫·冯·耶林发表了一部影响巨大的作品《法律：实现目的的手段》，挑战了当时德国法律思想界占据主导地位的萨维尼的历史法学思想。萨维尼的历史法学思想是一种典型的非工具主义法律观，他认为法律是民族精神的产物，是自然形成、客观化的。而耶林主张应该视法律为个人和群体用来达成他们目标的工具。这一作品1913年在美国被翻译出版，题目为《法律：作为实现目标的手段》。该书译版序言中将耶林同边沁相提并论：“美国法学家认为当前需要一个冯·耶林。我们的法学家，我们的立法者和我们的法院，包括律协在内，仍然在主张一种历史性的自然构成了普通法的先例……但是他们显然忘记了，法律本身并不是目的，社会善益才是目的。公众正在大声疾呼来反对我们结晶化的、无弹性的法律理论和法律实践。”

卡多佐法官，作为美国法律史上非常著名的法官之一，其脚步紧紧跟随着霍姆斯。卡多佐对司法过程进行了经典分析，其关于遵循先例的态度、法律的目标论、法律进步的力量论等分析都体现了他的工具主义法律观，并将其成功应用到他的司法实践之中，对美国普通法应对社会新问题的处理做出了突出性的贡献。

庞德，作为美国20世纪上半叶非常具有影响力的法律学者，从理论上系统性地推进了工具主义法律观。无论是

他对形式主义法律观的批判，还是他对社会学法学的诠释，抑或是他赤裸裸地提出“法律是社会控制的工具”，都明显地体现了他的工具主义法律观。

以卢埃林作为代表的某些法律现实主义者的理论与实践工作，将工具主义法律观进行得更为彻底，并且广泛性地扩大了工具主义法律观对于实践层面的影响。法律现实主义者主要宗旨是坚持认为法律应该以实际发挥的功能去看待，而不是被视为一个由规则、概念、原则构成的抽象实体。历史学家 G. 爱德华·怀特的评论对于我们理解法律现实主义者提供了很好的启示。他认为，法律现实主义者的观点反映了一种受到当时美国经济大萧条环境影响的态度，这种态度就是为了致力于修复大萧条的事业而“无论采取什么措施只要能达成目标就行”。怀特写道：“他们开展他们的任务时所处的环境是这样的：经济上是衰退贫困的、情绪上是犬儒主义的、他们幻想的英雄是注重行动的硬汉、他们的学术工具是行为科学、他们的政府哲学是经验主义和实用主义。他们倾向于通过试验来制定决策，他们偏爱经验主义而不是抽象，甚至他们对道德绝对性的质疑，也是与新政精神相一致的。”^{〔46〕}由此，法律现实主义者将法律视为达到目标的工具，非常重视发挥法律工具的经世致用

〔46〕 G. Edward White, *Patterns of American Jurisprudence*, Charlottesville, Va.: Michie, 1978, p. 139.

作用。

正是由于这些早期法律工具主义者的贡献,工具主义法律观逐渐在整个法律学术界兴起并盛行开来,普通法的危机才得以解决,法律与社会的距离才得以拉近。为了更好地阐述他们的工具主义法律观,笔者将其法律思想概括为以下四个观点进行分析。

一、工具而非形式:对形式主义法律观的批判

霍姆斯首先拉开了批判形式主义法律观的序幕。在霍姆斯看来,法律发展与司法判决的关键因素不是形式化的逻辑,而是工具化的经验。他早在19世纪末就大胆提出:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。感受到的时代需要,占主导的道德和政治理论,公开的或潜意识的公共政策的直觉,甚至法官和其同行共有的偏见,这些因素要比三段论的推理更能决定人们要遵守的规则。法律包含了一个民族许多世纪的发展历史。它不能被当作由公理和推论组成的数学书。”^[47]

霍姆斯称形式主义法律观的典型代表兰德尔为“现存最伟大的法律神学家”,他与兰德尔评价法律观念的标准是不同的,一个是工具性,一个是形式性。也就是说,“兰德尔

[47] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉晨、姚中秋译,1页,北京:中国政法大学出版社,2006。

将法律的范畴和原则想象为观念的本体，法律科学家可以发现和描述，并且一个法官可以简单地遵循。相反，霍姆斯评价法律观念的主要标准是工具性，只有在当法律原则服务于一个实际的目的时，他们才是正确的，这个目的是启发性的。”^{〔48〕}因此，他反对当时非常盛行的兰德尔的形式主义法律观。

霍姆斯认为，形式主义法律观片面地夸大了逻辑的作用。他在1897年1月8日波士顿大学法学院新大厅落成典礼上的著名演讲《法律的道路》中，谈到了逻辑在法律中的作用问题。霍姆斯并不否认逻辑在法律中的重要作用：“律师受到的训练就是在逻辑上的训练。类推、区分和演绎的诸过程正是律师们最为熟悉的。司法判决所使用的语言主要是逻辑语言。”^{〔49〕}但是，过分的强调逻辑在法律中的作用则是不正确的。他指出，在决定法律的内容及其发展的力量问题上，存在着一种错误的观念，那就是认为“在法律发展中唯一发挥作用的力量是逻辑”。尽管霍姆斯认为“在最宽泛的意义上，这一观念的确是正确的”，因为对法律的研究和对世界上其他事物的研究一样，都要探求因果关系、

〔48〕 苗金春：《语境与工具：解读实用主义法学的进路》，58页，济南：山东人民出版社，2004。

〔49〕 霍姆斯：《法律的道路》，载〔美〕伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，424页，北京：北京大学出版社，2005。