

文章编号: 1671-6914(2007)02-0031-(09)

法律方法中的形式主义与反形式主义*

柯 岚

(西北政法大学, 陕西西安 710063)

〔摘要〕 法律形式主义已经成了法律理论中一个确定无疑的贬义词。形式主义实际上是法律方法中的元方法, 过度的反法律形式主义会使自身陷入非法律形式主义的悖论, 并使法学面临丧失自身自治性的危机。

〔关键词〕 法律形式主义; 法律现实主义; 法律的确定性

Abstract: In legal theories, legal formalism has always been used as a certain pejorative. In this article, legal formalism is the meta-method of legal methods. An excessive anti-legal formalism will sink itself into a self-contradiction of non-legal formalism, and bring legal science into a crisis of losing its autonomy.

Key Words: legal formalism; legal realism; certainty of law

中图分类号: DF0-051 文献标识码: A

20世纪下半叶以来, 大概没有哪个学科像法学这样更多地遭受丧失自身自治性的危机。形形色色的法律与××学理论, 以及带有各种社会政治背景的批判与后批判法律研究运动, 从各个侧面批判传统法律理论尤其是传统法律方法的不足, 提出了各种路数的从外部研究法律的方法¹。法律期刊和法律评论的编辑们面对大量研究这些新潮理论的文章, 因为缺少其它学科的知识, 很难客观地判断其品质的高低。在这一冲击之下, 法律学术日益变得碎片化和去中心化, 外部学科方法的大量引入使得法学家群体与法律职业者群体之间更多了一些后现代式的疏离和形同陌路, 法律人很难再用传统的法律教义学(实在法理的重述)视角来看待法理学, 只好把形形色色与法律实践甚少关系的交叉学科研究归入名为“法律理论”(legal theory)的新学科^④。这些新潮的理论不仅带来了法学研究和法律方法的危机, 也给传统法律教育添加了很多新内容, 提出了新的难题, “法学院是应该把人们培养成律师, 培养成思想者, 培养成有思想的律师, 还是培养成别的什么职业人员? ……也许法

律教育根本就不是要去承担培养一种职业人员的义务, 而是要去做些别的什么事情?”^{[1]378}

所有这些从外部研究法律的新思潮, 其理论渊源都要追溯到20世纪上半叶的所谓“反叛形式主义”(revolt against formalism)运动, 以法律现实主义(legal realism)为代表的“反叛形式主义”运动对传统法律方法提出了尖锐的批评, 认为形式主义法律方法的逻辑中立裁判和法律确定性都是虚构的神话, 根本没有反映裁判过程的真实情况, 抱怨其在推进社会改革

¹ 尽管这些法学流派主要是在美国产生的, 但其影响已经波及到欧洲大陆和其他国家的法学研究。当然, 这些新的法学流派首先出现在美国不是偶然的。这主要归因于两个因素, 首先, 美国司法制度的特殊性决定了其司法带有浓重的政治色彩, 正如托克维尔所言, “在美国, 几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题”(托克维尔:《论美国的民主》(上), 董果良译, 商务印书馆1993年版, 第310页), 这使得美国司法(尤其是联邦最高院的司法)更易受到社会、政治因素的影响; 其次, 美国社会的高度文化多元也使得其社会矛盾更为复杂, 社会群体更少政治共识, 法律本身也是高度政治化的。波斯纳认为, 法学自治性衰落的原因, 一是政治共识的丧失, 二是法律本身的政治化。See Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 *Harv. L. Rev.* 766-768(1987).

^④ See J. M. Balkin, *What Is a Postmodern Constitutionalism?*, 90 *Mich. L. Rev.* 1984-1986(1992). 一个有意思的疑问是, 如果法律与文学、法律与经济学可以成为法律理论, 法律与心理学、法律与医学、法律与精神病学也可以不再像传统学科分类那样列为边缘学科, 而跻身为法律理论。只要法律人不对经济学、文学这些显学过分势利, 犯罪心理学、法医学、司法精神病学的研究者们也足够努力, 未来不难出现更多的法律与××学“法律理论”。

收稿日期: 2006-12-10

作者简介: 柯岚(1972—), 女, 湖北孝感人, 西北政法大学副教授, 中国政法大学法学院博士生。

* 本文的写作, 承蒙华南理工大学葛洪义教授、西北政法学院刘治斌副教授、香港中文大学於兴中教授、中山大学熊明辉副教授鼎力协助, 在此致以诚挚的谢意。当然, 文中如有错误疏漏之处, 责任是由作者自己来承担的。

方面的软弱¹。自此以后,法律形式主义作为一种理论和方法都已经名声扫地了,尽管人们对于形式主义到底是什么并没有足够的共识,但有一点却达成了共识,即“不管形式主义是什么,反正它总是不好的”,^{[2]510}形式主义成了法律理论中的一个稻草人,一个确定无疑的贬义词,被用来指责任何人们自己不同意的司法裁决或法律理论^④。但现实主义自身也存在致命的方法论弱点,类似于法官早餐吃了什么都会影响裁判的幼稚观点极易遭人诟病。20世纪六、七十年代以来,主要是经由法律实证主义者对其摧毁性的批判,现实主义成了法理学中的一个“噩梦”^④。现实主义作为一场学术运动的生命是十分短暂的,但它确实提出了许多对司法制度的常识性的洞见。20世纪70年代以后从外部研究法律的各种运动,都从不同侧面重提现实主义对法律方法的批评,实际上是法理学中的新现实主义运动。新现实主义(尤以法律经济学为代表)试图避免现实主义的方法论缺陷,提出可以替代形式主义的规范性法律论证理论。但是新现实主义消解法学和法律方法自治性的进路也受到了主流法理学的抵制,迫使法理学重新审视形式主义法律方法。

一、法律形式主义(legal formalism)及其要素

对法律形式主义的最常见的误解就是将其等同于法律实证主义,或是将其理解为法律实证主义的一种形式,这种误解的最直接推论就是把现实主义的叛形式理解为对法律实证主义的反叛^{1/4}。尽管哈特在《实证主义和法与道德的分离》中明确指出,奥斯丁和其它实证主义者都不拥护严格的法律形式主义,都不否认语言本身的模糊性和开放性,也不反对法官在规则的阴影地带(penumbral area)立法^{1/2},却仍然不断有这样的误解出现,因为确实有一些实证主义者拥护形式主义的方法。这种误解的根源在于混淆了两种不同的法律理论,即解释法律自身性质的法律理论和描述司法过程的法律理论。实证主义是一种关于法律一般性质的理论,它试图通过对法律“概念”的分析,来解释存在法律的社会区别于不存在法律的社会特性^{1/4},这也正是哈特在《法律的概念》中把他的理论称之为一种“描述性的社会学”(descriptive sociology)的原因。实证主义在法律理论上解决的首要问题就是,一个社会中的规范要满足什么条件才可以成其为法律(主权者命令、基本规范或是承认规则),次要的问题则是,法律与道德作为两种不同的社会规范,在概念上是分离的。作为一种描述法律性质的法律理论,实证主义是与自然法相对立的,概念分析是

实证主义者使用的主要分析工具,但实证主义者并不必然认为法律是一个封闭的逻辑自足的概念体系。自然法学家也可能使用概念分析的方法,有可能认为法律体系是逻辑自足的,也就有可能成为一个坚决的形式主义者,布莱克斯通就是一个最好的例子^⑤。形式主义则是一种司法理论,一种“关于法官们实际怎样裁判案件和(或)关于他们应当怎样裁判案件的理论”。^{[3]1144}

形式主义作为法律史上的一个重要范畴,最先是用来描述原始的神判程序法(采用神谕、决斗等程序来裁判纠纷),后来被用来描述古代罗马法和早期英国法中的“严格法”(一个案件只有找到对应的诉讼形式才可以得到救济)。这两种古代法都被称为是形式主义的,根据韦伯的概括,前者是形式非理性的法,后者是形式合理性的法。形式性是指一种法律制度是否“使用内在于这种法律制度之中的决策标准,这决定了它的系统自治程度”。^{[4]75}现代的法律形式主义主要是一种描述资本主义社会形式合理性法的理论,而现代的形式合理性法同古代形式主义法之间尤其是“严格法”之间是有渊源关系的,韦伯认为现代西方的形式合理性法就是从罗马法的形式主义原则中发展出来的^⑥。

法律形式主义不是一个独立的学派,而只是一种研究方法,从这个角度看,美国法律形式主义和欧洲大陆的概念法学都是形式主义进路的。对形式主

¹ 更早一些时候,欧洲大陆法学出现了自由法运动对概念法学的批判热潮,这也是一种类似于反叛形式主义的运动。参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第62-72页。美国现实主义者从自由法运动中汲取了不少理论的灵感。See James E. Herget and Stephen Wallace, *The German Freewill Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 Va. L. Rev. 399(1987).

^④ See Frederick Schauer, *Formalism*, 97 Yale. L. J. 510 (1988).

^④ See H·L·A·Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*, in H·L·A·Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 125-128(1983). “尽管现实主义对美国法律教育以及律师、法官怎样思考他们所做的工作产生了不容置疑的强有力的影响,它对英美法理学的主流却几乎没有影响……哈特在《法律的概念》第七章中对现实主义者摧毁性的批评已经使得现实主义变成了英语世界中的一个哲学笑话”。Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 Tex. L. Rev. 270 (1997).

^{1/4} See Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, New York: Cambridge University Press, 108, 114(1998).

^{1/2} See H·L·A·Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71Harv. L. Rev. 608(1958).

^{1/4} See Brian Leiter, *Positivism, Formalism, Realism*, Book review on Anthony Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, 99Colum. L. Rev. 1140(1999).

^⑤ See H·L·A·Hart, *supra* note 7, 593, 610.

^⑥ 参见苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第219页。

义方法的拥护有程度的不同,如果不考虑程度的差别,将法律形式主义作为一个理想型,其核心主张就是坚信法律制度是一个封闭的逻辑自足的概念体系,法律证明的方法明显区别于非法律的证明方法(比如意识形态的、政治的、伦理的或者经济的证明方法),认为法律制度对每一个案件(至少是大部分案件)都能提供一个唯一正确的判决,可以通过形式推理从法律中推导出正确的判决,法律制度对于所有案件都是具有确定性的,“法律推理应该仅仅依据客观事实、明确的规则以及逻辑去决定一切为法律所要求的具体行为”。^[5]³概括地说,法律形式主义的最基本的两个要素就是机械的演绎推理和一个封闭的规则体系¹。

最常被反形式主义者作为驳斥靶子的就是哈佛大学法学院院长兰德爾(C·C·Langdell, 1826-1906)的理论。兰德爾的法律理论主要是受到当时自然科学的影响,认为任何特定领域的知识都可以构建成为由相互关联的、逻辑上可证明的基础原则所支配的科学^④,这种按照自然科学模式构建学科知识体系的唯科学主义是19世纪末期风行一时的思潮。1869年,哈佛大学校长、化学家艾略特任命兰德爾为哈佛大学法学院的首任院长,兰德爾在此之前是纽约市的一名律师,并没有涉足学术研究。兰德爾在哈佛大学任职期间,借鉴艾略特在哈佛教授化学的实验室教学法,创立了统治美国法学界五十年的判例教学法(case method)^⑤,而他在探索教学过程中提出的法律理论,也成为统治美国法学界五十年的正统法律教义,并被后来的批评者们誉为“形式主义”和“机械法理学”^⑥。兰德爾法律教义的中心就是把法律看作一种科学,“图书馆就是教授和学生们真正的工厂,它对我们的意义就如同大学实验室对化学家和物理学家、自然历史博物馆对动物学家、植物园对植物学家的意义一样”,^[6]³借助科学的方法,律师们可以从一些基础性的原则、概念中推演出正确的法律裁决。实际上,兰德爾的法律教义是借助19世纪末期理性主义者奉为圭臬的几何学方法,试图通过纯粹的思考从既抽象又精确的自明真理推论出关于世界的新知识,进而构建一个完整的科学知识体系。其具体内容包括这样一些要素:1. 法律的概念秩序(conceptual order)。实体的基础规则可以从少数抽象的原则和概念中推演出来。少数顶层的范畴和原则建基在大量的底层规则之上,形成一个概念化的秩序体系。当一个新的个案出现却没有规则可适用,它可以被范畴化,一个可适用于它的正确规则就可以通过运用一般的概念和原则而推演出来。2. 法律的融贯性(comprehensiveness)和整全性(completeness)。法律制度

在程序上必须是融贯的,即能为其管辖权内的每一案件提供一个程序性机制来作唯一的解决,不允许存在程序裂隙(procedural gaps)和程序重叠(procedural overlaps);在实体上必须是整全的,实体规范必须能为受其规范的每一案件提供唯一正确的实体的答案,不允许存在实体裂隙(substantive gaps)和实体重叠(substantive overlaps)。3. 法律的逻辑合理性。每一个司法裁决都应是经由可证明的逻辑推理得出的。必须指出的是,逻辑合理性是法律制度整全性的充分条件而非必要条件,例如,德沃金认为法律制度具有整全性,但不具有普遍的逻辑合理性,他认为每一个案件都有一个正确答案,但在疑难案件中不存在可证明的推理。4. 法律的可接受性(acceptability)。法律制度实现了法律以外的价值。兰德爾的教义中可接受性是一个次要的因素,他主张实质正义和当事人各方的利益对裁决法律问题是基本不相干的,裁决法律问题只应使用内在于法律之中的决策标准,可接受性只在法律概念秩序允许的限度内影响裁决。如果严格适用规则裁判会导致不合理的结果,那么宁可牺牲个案中的公平也要保证整个法律制度的可预测性^⑦。

概括地说,兰德爾的法律教义认为法律是(也应是)一个建立在法律概念公理基础上的不存在裂隙(gaps)的封闭的逻辑自足的规则体系,裁判是(也应是)一个依赖规则的科学的逻辑运算过程,裁判是非工具倾向的,即基本不考虑裁判可能产生的实际社会结果。当然,用兰德爾的教义来代表法律形式主义是很不确切的,形式主义只是一种大致的思想倾向,对于法律内部存不存在裂隙、依赖规则到何种程度,很多所谓的形式主义者都有精细的理论界定,并不都是像兰德爾的理论这样机械的^⑧。

¹ Frederick Schauer, *supra* note 4, 523.

^④ See Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 10(1997).

^⑤ *Id.*, 13-14.

^⑥ 兰德爾和他的追随者们并没有提出“形式主义”的概念,可以说,形式主义者并没有真正属于自己的概念定位,作为一种法律理论,它只存在于像霍姆斯、庞德、卢埃林、弗兰克这些批评者的反思当中。在某种意义上,形式主义作为一种系统的、内在一致的法律理论上被反形式主义者有意识创造出来的。See Anthony J. Sebok, *supra* note 6, 57.

^⑦ See Thomas C. Gray, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. Pitt. L. Rev., 6-15(1983).

^⑧ 有些研究者认为形式主义倾向可以分为两个不同的种类:“过度受缚于规则的裁决”(overly rule-bound decision making)理论和“简单案件形式主义”(easy case formalism)理论,后者认为只有在简单案件中裁决才完全依赖规则。See Martin Stone, *Formalism*, in *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 172-174(2002).

二、法律现实主义对形式主义的批判

法律现实主义也不是一个独立的学派,而只是一种理论倾向。现实主义者对于兰德爾的法律学说和判例教学法十分不满,都把霍姆斯作为他们的精神导师,从霍姆斯那里寻找批判兰德爾的便利的武器。自现实主义者开始鼓吹霍姆斯、猛烈批判兰德爾以来,美国法学的这段历史就被讲成了一个一成不变的漫画式故事:兰德爾是一个脑筋僵化、对实践一无所知甚至有些低能的怪物书呆子,这个无处不在的怪物统治了美国法学院长达五十年的时间,他发起编写了一堆毫无生气、刻板僵化的判例法教科书,用一种完全脱离实践的判例教学法向学生灌输他的机械法理学,禁锢了学生的独立思考能力和实践能力。他是美国法律史上最大的罪人,幸而后来一个叫霍姆斯的英雄在法学界发起了对兰德爾的英勇反抗,他使人们认识到,法律的生命不是逻辑而是经验,法律不是写在判例法教科书上的那些死板公式,法律是要去预测法官将怎样判决,这个叫霍姆斯的英雄终于拯救了美国法和美国法学¹。近一些年来,很多学者都已指出,弗兰克、卢埃林等法律现实主义者在美国法理学中虚构了一个霍姆斯反抗兰德爾形式主义教义的神话,夸大兰德爾法律学说的缺陷,甚至丑化兰德爾本人的形象,以此来反衬霍姆斯作为一个敢于反对法学院教条主义的叛逆英雄形象的伟大,从而为现实主义法律理论攫取了有力的合法性支持。但是这个神话根本不符合历史的真实,实际上霍姆斯在世时虽然对统治法学院的教义有一些不满,他自己却远不是现实主义的^④。他在世时根本没有过现实主义者所说的他同兰德爾之间的论争,他在哈佛法学院仅仅持续了两个月的教职就是应兰德爾院长的邀请而去的,被现实主义者奉为经典的《法律的道路》,其中有很多段落和兰德爾的教义都有惊人的相似^⑤,他在法官席上的所作所为也从来没有表现出他对概念和逻辑有过多的不屑。当兰德爾的《合同法教科书》最初出版时,霍姆斯是兰德爾学说的热情洋溢的鼓吹者,他建议每一个法学院的学生都应该购买和研读这本书,在评价兰德爾为该书编写的附录时,他说:“没有一个具有判断力的人能读了兰德爾附录的一页而不马上认出一位大师的手笔,每一行都洋溢着天才的和独创的思想……可以毫不夸张地说,把大量细节组织成原创性的理论,而且从表面上看是一堆相互冲突的元素中推论出逻辑的连贯性,这样一种耐心而深刻的智力的绝技,是不可能在这个国家的其他法律著作中发现的。”^⑦233-234 兰德爾的时代是美国法开始从英国普

通法的母体中分离出来逐渐成形的时代,而兰德爾的法律学说和判例教学法改革,在其中起了十分关键的推动作用。对于兰德爾的思想开创性和理论分析能力,霍姆斯是十分赞赏的,他只是反对兰德爾使用纯粹逻辑的方法来构建法律学说。现实主义者对于兰德爾的评价是有失公允的,现实主义者多半出身于律师,他们对兰德爾不满的真实原因是因为兰德爾在哈佛的教育改革终结了早期美国法律教育中的学徒制传统,夺去了没有学术资历的律师们对法律教育的控制权,另一方面律师们看待法律的视角往往固着于诉讼本身,对于艰深的法律理论他们一般也很少感兴趣。

霍姆斯主要反对的是兰德爾学说使用纯粹逻辑的方法,并且用生动的修辞表达了他的不满,“法律的生命不是逻辑,而是经验,时代的迫切要求、盛行的政治道德理论、公共政策的直觉认识,无论是坦率承认的还是讳莫如深的,在确定约束人们行为的规则的作用上远胜于三段论式的演绎推论,甚至那些法官们共有的偏见也是如此”^⑧，“一般性命题并不能决定具体的案件,判决将依赖于一种比任何明确表述的大前提都更为精微的判断或直觉”,^⑧76“逻辑方法与逻辑形式所彰显与满足的乃是冥涵于每一人心中对于确定性与和谐之追求。然而,确定性不过是一种幻象,而和谐亦非人类命运固有的状态”。^⑨325-326 归结起来,霍姆斯提出了三点对形式主义的不同意见:在判决过程中起最重要作用的不是逻辑和规则,而是经验,这包括政策的考虑、政治道德理论、个人的偏见还有直觉;法律本身是不确定的;法官在裁判中不应刻板适用规则,而应权衡社会利益。但霍姆斯从来没有认为逻辑和概念在裁决中是完全无用的,而是他的某些现实主义后继者们把他的观点极端化了。

杰罗姆·弗兰克主要继承了霍姆斯关于法律不确

¹ See Patrick J. Kelley, Holmes, Langdell and Formalism, *Ratio Juris*, Vol. 15, No. 1, March 2002, 29.

^④ 哈特认为,把霍姆斯作为反叛形式主义的先驱是一个错误,这种错误是因为把形式主义法律方法与霍姆斯时代联邦最高法院流行的经济自由放任主义联系在一起而造成的,而实际上二者之间并没有必然的联系。See H·L·A·Hart, *supra* note 5, 130. 近期还有学者认为,霍姆斯在法律方法上不仅不是反形式主义的,而且他的思想中仍有许多属于兰德爾传统的形式主义的因素,不同的现实主义者出于在智识上寻找一个先行者的需要,在霍姆斯的思想中断章取义地寻找投合他们自己需要的东西,而弃置和自己观点相冲突的东西。See Neil Duxbury, *supra* note 12, 41-46.

^⑤ See Albert W. Alschuler, *The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Ago*, 49 *Flor. L. Rev.*, n32(1997).

^⑧ O. W. Holmes, *The Common Law & Other Writings*, The Legal Classics Library, 1(1982), 转引自於兴中:《法律的形式与法律推理》,载于葛洪义主编:《法律方法与法律思维》第2辑,法律出版社2003年版,第95页。

定性的怀疑主义遗产,而且把他的怀疑主义推到极致。他称赞霍姆斯是“真正成熟的法学家”,遗憾的是他的理论却被公认为是现实主义中最幼稚的类型。弗兰克用庸俗化的弗洛伊德理论来解释司法过程,他认为法律本身就是不确定的,追求确定性是人类儿童期父权情结的残余。在司法过程中真正决定裁判的是法官的个人癖性,法官们不是从规则出发,而是首先对事实的刺激作出个性化的反应,接着根据直觉作出判断,然后才去寻找规则将自己的判断合理化¹。弗兰克关于法官个人癖性的主张成了使整个现实主义蒙羞的主要原因,英国法理学教科书首页关于现实主义的漫画大约都是以此为题材的。在司法过程中,一个合格、尽职的法官是不可能无节制地根据自己的个人偏好来裁判的,法官们经常会面临这样的情境,即“发现遵守规则是自己的义务,但适用这些规则产生的结果却有悖于自己的个人偏好。没错,一个任性的法官会在适用规则的伪装下径直使自己的偏好生效,至少直到一个更高级的上诉法院(如果存在这样的法院)推翻它为止。但这不是一个现代的发现,与其说这种情况是对法律客观性的可能性的威胁,还不如说这表明人们有时会不道德地行为进而威胁道德的客观性。”^{[10]1541}

当然,并不是所有的现实主义者都是这样极端的,把弗兰克作为现实主义者的典型代表而对现实主义一概予以否定对于现实主义这场确实产生了很大影响的思想运动也是不够公正的^④。现实主义当中不太极端的派别摒弃了个人癖性说,而认为司法裁决中起决定作用的是与法官有关的心理——社会事实,包括他们的职业化经验、背景等等,这些因素不是个人化的,通过分析这些因素对裁决的影响,可以帮助律师有效地预测法院将会怎样裁决。如果摒弃其中过于极端的观点,把现实主义作为一种比较严肃的司法理论,大致可以将其主要观点概括为:1. 法官在裁决过程中主要是对案件的事实作出反应,而不是对可适用的规则作出反应;2. 法官在遇到事实时是直觉式地下结论,这个过程中逻辑和概念都是无用的;3. 在形成结论以后法官将在事后以适当的法律规则和理由对该结论予以合理化;4. 决定裁决的主要因素是非法律理由(政策、道德等理由)而不是法律理由,法官是(也应该)根据对社会利益的衡量来作出裁决;5. 法律本身是存在裂隙的,法官应当通过裁决来立法以推进社会改革^⑤。

现实主义的司法理论确实非常富于法律人的洞见,在司法裁决过程当中,对案件事实的定性,即将具体个案归摄于一般法律范畴的这一关键过程,形式主

义者确实没有给出解说。问题在于,在这个过程中一般范畴是不是完全无用的^{1/2}。康德在《纯粹理性批判》中就已明确指出,将具体事物归摄于一般范畴的判断是一种只能被实践而不能被传授的特别的天赋。逻辑在怎样对具体事物进行分类时是无用的,逻辑只能从规则推出进一步的规则,而不能得出这种特殊的判断。现实主义者将这种判断能力完全归结为直觉,这是普通法传统中很多著名法官们支持的观点。哈奇森法官认为,“判决的至关重要的推动力是一种关于对这件事情中什么是对什么是错的直觉”。^{[11]276}肯特大法官也非常自得地描述了他的神秘的直觉在司法过程中的关键作用,他说在面对案件的事实时,他总能“看到正义在哪里,而且一半的时候道德感决定了判断。我于是坐下来寻求权威...但我几乎总是能找到适合我关于案件的看法的原则。”^{[12]22}对案件事实的直觉判断是一种实践理性的复杂的综合判断,但这并不是一种只可向鬼神道的神秘的“第六感”,而是一种结合了道德感、常识和职业训练的复杂的判断^{1/2},而其中职业训练即对法律一般范畴的准确把握是最为关键的。哈奇森法官和肯特大法官正是因为具备良好的职业训练,才能将准确的判断运用自如。如果缺乏职业素养,甚至对法律的一般概念和范畴都未

¹ 弗兰克将他的结论总结成了一个著名的公式: S(Stimulus, 刺激) × P(Personality, 个性) = D(Decision, 判决)。参见严存生主编:《西方法律思想史》,法律出版社2004年版,第358页。

^④ 很多学者都已指出,哈特对现实主义的批判很大程度上是对一种和他自己的法律理论不同性质的法律理论的非语境化的误解。See William Twining, *The Bad Man and English Positivism*, 1897-1997, 63 *Brooklyn L. Rev.*, 199 (1997), Brian Leiter, *supra* note 5, 270. 正如前文已经指出的,实证主义是一种关于法律一般性质的理论,而形式主义、现实主义都是一种描述司法过程的理论,并没有试图提出关于法律性质的一般理论,或者试图给出日常中使用的“法律”一词的意义。传统的英国分析法哲学很少涉及对司法过程的研究,边沁、奥斯丁和哈特都把普通法的司法理论归入特殊法理学(particular jurisprudence)而不是一般法理学(general jurisprudence)的范畴。这也正是造成美国法理学和英国法理学相互误读的关键原因,“美国人经常误读英国实证主义的一个原因就是他们把它解释成是一种(或是一种主要关注于)普通法司法的理论。把法律理论的中心聚焦于司法在很多局外人看来是美国特有的,而且这不仅仅是因为美国政体中法院的特殊地位。这种理论更多地属于特殊法理学而不是一般法理学,因为诉讼、法官和法院是经由具有历史偶然性和文化特殊性的方式而制度化的。当研究一般法理学时,边沁、哈特以及奥斯丁(在较低程度上)都把司法理论边缘化甚至几乎不予理会。”William Twining, *id.*, 196-197.

^⑤ See Brian Leiter, *supra* note 5, 278-285.

^{1/2} 形式主义者并不认为法律裁决是独立于案件的事实,没有人会否认对事实的定性在裁决过程中的决定性作用,形式主义司法理论只是没有涉及这个问题,而是把事实的定性作为其理论的不言自明的前提。See David Lyons, *Legal Formalism and Instrumentalism - a Pathological Study*, in David Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory*, 48-49 (1993).

^{1/2} See Thomas C. Gray, *supra* note 15, 22.

能全面把握,仅凭普通人的道德感和社会常识,直觉就难免出错¹。很多法官在司法中都会运用自己的直觉来做关键判断,但是这个直觉的过程不是什么人都可以熟练运用的,所以在判断过程中不断试错、运用法律一般范畴来检验、修正自己的直觉判断对每一个法官都是必不可少的,只不过经验越丰富、职业素养越深厚的法官,出错的几率就低一些,试错、检验修正的过程就短一些。在这一点上,形式主义者坚持法律推理是一种人为理性,需要特别的训练和经验,而不仅仅是一般意义的认清事实和作出有效推断的能力,这种立场是完全正确的^④。现实主义者认为在司法过程中,一般范畴和逻辑基本是无用的,这是一种流于表象的肤浅结论。在裁决过程中尊重规则的权威确实会限制法官的主动创造,而法官们往往不甘心墨守成规而沦为平庸,但是司法不是艺术创造活动,在大部分案件中墨守成规是每个法官不可推卸的政治责任,而且规则之治在绝大多数情形下都是公平之治。法官们可以在确实需要主动创造的案件中追求卓越,但是卓越的境界不是每个法官都能达到的。哈奇森法官和肯特法官在自得于自己的熟练直觉时,恐怕不会忘却自己多年法律生涯中的深厚职业素养和为之付出的智识的努力,而宣布自己是无师自通的。现实主义者正是忽视了这一点,而神秘化了司法过程中的直觉判断。这种错误的根源就在于把法律推理这种人为理性等同于普通人的常识理性,这就好像把武林高手无招胜有招的绝顶修为同庄稼汉胡抡草叉的瞎把式相提并论,把作曲家的神来之笔同唱歌走调的人对别人歌曲的随意篡改相提并论一样的荒谬。先下直觉判断,再寻找规则对其进行合理化的过程不是(也不应是)随心所欲、不受任何限制的,在这个过程中一般法律范畴不是无用的,而是内化于法官的职业经验中而对判断过程进行限制的。

现实主义的司法理论还是完全工具主义取向的,现实主义者认为法院不是一个科学权威机构,而是一个解纷机构,而解纷必须服务于特定时代的社会目的。因此决定司法裁决的主要依据不是法律理由,而是非法律理由。姑且不论是否大多数案件都需要这样裁决,即便在需要非法律理由、需要考虑规则的目的来克服规则的僵化时,非法律理由怎样经过法律论证而进入正当的裁决过程,现实主义者却没有提出令人信服的理论。“要么回到过去的形式主义,要么把所有的主张简化为粗糲的政治利益集团的要求,我们怎样才可以放弃这二者来进行规范的法律论证呢?”^{[13]467}大部分现实主义者都接受霍姆斯的观点,主张对社会利益进行衡量,问题是衡量的标准是什

么。尽管霍姆斯指出了法律形式主义的不足,认为政策和社会实际需要影响法律的发展,但他从来都不认为“不同价值间的选择可能被科学地证实,对霍姆斯来说,这种选择的仲裁者最终只能是赤裸裸的暴力”。^{[14]801-802}在《法律的道路》中,他表达了他对未来的期望,相信在未来社会利益可以借助经济学来精确地衡量,预言法条主义者的时代会过去,未来是属于经济学家和统计学家时代。这成了现实主义者构造司法决策中的政策科学的基本依据,也成了以法律经济学为代表的新现实主义引入从外部研究法律的方法的基石。

三、现实主义的悖论——从法律形式主义走向非法律形式主义

必须承认,现实主义者在把利益平衡、政策分析、目的性推理引入法律思想方面是极度成功的,但是如何才能把这些模糊不清的立场转变成可以导向规范性法律论证的一套术语和方法,他们却做得差多了^⑤。就好像老于世故的律师们对法理学家们艰深的大部头咕哝出了心底琐屑而又难成体系的不满一样,现实主义作为一场学术运动到20世纪60年代就难以为继了。但现实主义者对于裁决过程中的利益平衡和政策分析达成了一致态度,大部分现实主义者都主张法官采用某种形式的功利主义或成本——收益分析^⑥,这一立场到了70年代被继续其使命的法律经济学家们牢牢把握住了。

在对法律方法的观点上,法律经济学同现实主义是十分具有亲和力的。像现实主义者一样,法律经济学家们首先拒斥可以从抽象概念中演绎出法律权利的观念,而试图把法律同社会科学统一起来。其次,他们相信形式主义苦心经营法律原则作为裁判案件的规范性方法是不明智的,这不仅掩盖了司法裁决中的真实考虑,而且阻碍了裁决过程中对政策的开放式

¹ 苏力教授在《送法下乡》第六章中关于耕牛一案的分析中,一审法官显然是因为民法知识的缺乏,凭直觉将一个隐名合伙的案例判断为一般合伙而作了错误判决。参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年10月版,第201-215页。苏力教授因为没有意识到此案中的法律错误,还以此案为根据分析了乡村基层法官的司法过程步骤:1、考虑案件处理必须结果比较公平;2、判断先于法律适用、推理和法律论证;3、抓住核心争议;4、根据对案件的直觉把握剪裁案件事实。同前书,第274-277页。这几乎就是一个现实主义司法理论的翻版,苏力教授还就此得出了在基层司法中法律知识并不重要的错误结论。

^④ See Martin Stone, *supra* note 22, 170.

^⑤ See Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, Book review on Laura Kalman, *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, 76 *Calif. L. Rev.*, 504(1988).

^⑥ See *id.*, 513.

讨论。再其次,他们相信人们不可能从抽象的道德原则中演绎出法律问题的答案来,价值选择必须通过利益衡量来解决,通过比较不同法律规则的成本收益可以衡量案件中相互冲突的利益,他们批判概念主义而采取一种工具主义或结果主义的理论范式¹。

问题在于,法律经济学在坚决摒弃法律概念主义的同时,却毫不犹豫地拥护经济学概念主义^④。如果说兰德爾借用自然科学方法构建的法律科学是一种伪科学,那么借用理性人前提构建的法律经济学同样无法证明自己不是一种伪科学。人们在日常生活中行为往往不具有经济学意义的理性,而且把社会效益最大化完全定义为可用货币度量的财富最大化,也是一种非常片面狭隘的描述。哲学家们对于经济学的伪科学性已经发出了足够多的质疑^⑤,专研科学哲学的 Alexander Rosenberg 就认为,经济学只是一种算术化的政治(mathematical politics)。自1960年代以来,经济学开始同物理学、化学并列,成为社会科学中唯一获得诺贝尔奖的学科,这使得经济学家颇为沾沾自喜,认为经济学是和物理学、化学性质相近的经验科学。但诺贝尔奖不仅授予物理学和化学,也授予文学,也许授予经济学以诺贝尔奖的最好的理由,不是因为它同物理学、化学性质的相近,而是因为它同文学性质的相近^⑥。尽管法律经济学“声称要在规则的社会后果的基础上来估价规则,但不管是关于人们需要什么,还是关于可选择的规则的可能后果,都没有法律经济学著作提出了经验的证据……(法律经济学家们)经常以确定的口气这样主张,但如果没有必需的经验证据去支持他们的主张,这种确定的口气是毫无根据的”。^{[13]522}法律经济学家们津津乐道的科斯定理、交易成本、卡尔多-希克斯标准等等经济学命题,对于描述现实社会行为有多大有效性都是十分可疑的。在法律经济学理论中起着关键性作用的“交易成本”(transaction cost)概念,经济学家对其的定义一直是模糊不明的,而法律经济学家们则把这个概念教条化地使用,将其视为一个绝对不容置疑的、无需精确界定的起点性概念。但如果不对这个概念作精细的界定,不视具体情境说明到底交易成本包括哪些费用,很多法律经济学的理论公式都会成为空中楼阁。这成了法律经济学最致命的方法论弱点^⑦。

波斯纳法官的理论无疑是目前法律经济学各流派中最具理论野心的,其理论基本以交易成本和理性人为前提,再辅以自己的自发性和支付能力前提,将法律改写为刺激财富最大化的代价体系,改写了几乎所有部门法中的权利义务体系。波斯纳对于制度经济学基本概念的无反思的普适性应用,使得他成为当

代“经济学帝国主义”当之无愧的第一功臣,但他对科斯定理的运用却遭到了科斯本人的质疑。在把科斯的谨慎、非普适化的描述性理论转变成一种教条化的、完全普适性的规范性理论的过程中,波斯纳牌号的法律经济学起了关键性的作用,而这种转变实质是对科斯理论的误用,甚至完全违反了科斯的理论初衷^⑧。尽管波斯纳不遗余力地向全球推广他的理论,实际上法律经济学除了在财产法、反托拉斯法、侵权法、经济刑法等领域起到了一个边缘学科所应起的有限的作用之外,大部分理论都只是停留在纸面,远不像波斯纳所说的那样实用。甚至波斯纳法官自己在法官席上都没有贯彻他的法律经济学新方法,他的司法意见“证实了他的方法的传统主义,它们严肃、简短、缺少脚注而且缺少任何学科交叉学科方法,这些方面都很正统。甚至一个反托拉斯案例(Products Liability Ins. V. Crum & Forster Ins., 7th Cir. 1982),除了在先例允许的最低限度之外,都没有援引任何经济分析”。^{[12]51}波斯纳法官在用比学院经济学

¹ See id., 515.

^④ 法律经济学家们对于这一点也有一定程度的自觉。波斯纳法官在他的新著《超越法律》中开篇就提到了这一点,但他声称要用实用主义作为解毒剂来使法律经济学变得更为实用。参见波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第1-2页。

^⑤ See Brian Leiter, supra note 5, n193. Quoting Alexander Rosenberg, If Economics Isn't Science, What Is It?, 14 Phil. F. 296, (1983).

^⑥ See Brian Leiter, The Leiter Reports: Why is there a Nobel Prize in Economics? <http://webupp.utexas.edu/blogs/archieve/bleiter/000322.html>

^⑦ 科斯本人并没有明确给出交易成本的概念,只是列举了交易成本可能包括的因素,“为了进行市场交易,有必要发现谁希望进行交易,有必要告诉人们交易的愿望和方式,以及通过讨价还价的谈判缔结契约,督促契约条款的严格履行,等等。这些工作常常是花费成本的”。[英]罗纳德·科斯:《论生产的制度结构》,盛洪、陈郁译,上海三联书店1994年版,第157页。大部分经济学家倾向于将交易成本定义为“生产以外的成本”,又把生产定义为“人对自然的劳动”,把交易定义为“人与人之间的活动”。参见前书,译者的话第4页。问题在于怎样理解生产,如果生产只意味着“人对自然的劳动”,那就是把生产理解为一种鲁宾逊经济,获取信息的费用就应属于交易成本,但是现代经济显然不是鲁宾逊式的,在现代经济中获取信息很多时候本身就是一种生产活动(信息的生产)。把交易成本理解为“生产以外的成本”,交易成本的外延就太广泛了,它就要包括无数的因素,尤其不能忽略作为制度运行起点的立法的成本。外延过于宽泛的概念本身就没有太大理论意义,确切地解释经济学家们替科斯定义的“交易成本”,实际上它是指“生产以外所有造成资源配置无效率的费用”。See Pierre Schlag, An Appreciative Comment on Coase's The Problem of Social Cost: A View From the Left, 1986 Wis. L. Rev., n38, n39. 这几乎就是一个同义反复的概念,它也会使科斯定理成为同义反复,这样一来“科斯定理”就变成了:1、如果生产以外不存在造成无效率的费用,无论最初权利怎样界定,都可通过市场交易达到资源的最有效率的配置;2、如果生产以外存在造成无效率的费用,某些权利界定就会造成资源配置的无效率。

^⑧ 参见拙文《波斯纳与科斯之争》,载于《21世纪法律评论》创刊号(2005)。

家更为坚决的态度捍卫经济学理论的科学性、指责制度经济学权威科斯“反理论”(反经济学理论)的同时,他在法律方法上的主张却被德沃金指责为“反理论”(反法律理论)¹。他创立的法律经济学新教义,其思维之简单僵化,丝毫不亚于兰德尔的法律几何学教义,甚至有过之而无不及。形式主义只是一种方法,这种方法不是法学的专利,如果相信概念秩序、相信推理大前提的无所不在就是形式主义,波斯纳版的法律经济学不过是用财富最大化的大前提代替了法律推理的大前提,用经济学伪科学的概念秩序代替了法律伪科学的概念秩序,它从反叛法律形式主义的立场出发,自己却陷入了更为机械僵化的非法律形式主义。现实主义者对霍姆斯的格言“确定性不过是幻想”推崇备至,认为这才是一个法律人成熟的表现,试图彻底挣脱童稚期的确定性父权情结。看来当代最忠实的霍姆斯主义者波斯纳法官却没有挣脱这个父权情结,非常讽刺的是,恰好是新现实主义的法学教义会使逻辑而不是经验真正成为“法律的生命”^④。

四、结语:法律方法真的无用了吗——反思形式主义

如果把坚信法律的确定性理解为形式主义,德沃金就是最坚定的形式主义者;把相信法律词语具有明确含义理解为形式主义,哈特就是形式主义的;把认为裁判应当主要依据规则理解为形式主义的,大部分法理学家都是形式主义的。把兰德尔作为形式主义的典型范例,是从理想型的角度考虑的,实际上兰德尔自己也没有概括出这么系统的法律理论,他的理论实际上是被后来批判他的人们反思出来的⁽⁹⁾。现实主义者(包括新现实主义者)对形式主义的指责是如此的含混而又笼统,而又如此地经久不息,于是在某种意义上,所有不属于现实主义阵营的法律理论都是形式主义的。实际上,抛开程度的差别不论,形式主义倾向代表了法律方法的元方法,因为法律方法的核心就是要为裁决争端寻找法律理由(而不是非法律理由)。

应当指责的不是对规则和逻辑的依赖,而是一种机械的法律解释,法律制度应该为裁判者提供在规则的文字含义导致明显荒谬的结果时以变通的机制^{1/4},可能是诉诸更基础的原则,可能是考虑制定规则的目的而对其作目的性解释,但绝不是抛开规则,不做任何法律意义的论证而直接诉诸社会利益。现实主义

确实从反面为传统法律方法敲了警钟,法律方法必须把社会利益的衡量引入到规范的法律论证当中,用正当程序使法律论证成为向社会科学开放的领域。更重要的,法理学家必须尊重亲身实践法律的法律人的智识有效性,必须客观真实地描述司法过程,必须正视司法现实中和理论的“应然”不一致的复杂和含混,但这既不意味着彻底抛弃理论的“应然”,也不意味着把复杂的现实统统斥之为不规范的变态现象。法律方法自身的局限是十分明显的,因为它本身就不是科学,而是法律人在法治社会中必须捍卫的治理术,它也许只在简单案件中才可以坚持自己的封闭性,在疑难案件中就必须开放,但是毕竟大部分纠纷不是疑难案件,而且一个经过开放法律论证的疑难案件,以后就会转化成新的简单案件。坚持适度的形式主义,在大多数情况下都依赖规则和逻辑,相信大多数情况下法律都会提供确定的答案,这是一种法律人必须信守的禁欲,这也许使得法律人更少能企及工作的创造性和卓越,但却能确保法律的可预期性,确保法治社会中最为可能实现的正义——同样情况同样处理的形式正义。这种禁欲还是对强势政治势力保持警惕,使自己立于中立立场的必要条件,而法律人在政府权力和公民权利之间的中立,恰恰是法治社会可能建成的基础前提。罗伯特·戈登曾经这样描述法律职业,一个法律人,他应是“一个法律制度与原则的保守者,但并不是一个反动派;一个准备使法律同变动不居的社会需要和观点相适应的改革者,但并不是一个激进派。最重要的是——借助于他的从所有方面考虑问题但又独立于所有盲目狂热的派系和利益的能力——法律人可以成为一个制造和平的人和一个妥协争端的人,一个平息个人和社会狂热的人。”^{[15]7}法律人要做这样一个法律制度与原则的保守者,只有诉诸尊重规则和逻辑的法律思维和法律方法,而不轻易同影响裁决的社会利益相苟合,这种方法论上的保守性,对一个法治远未建成、司法更易屈服于强势集团利益的国家来说,恐怕更具有不同寻常的重要性。

¹ See Ronald Dworkin, In Praise of Theory, 29 Ariz. St. L. J., 355(1997).

^④ See Martin Stone, supra note 16, 196.

⁽⁹⁾ “形式主义几乎总是一个贬义词,因此它的明确学说,如果真地存在的话,很大程度上必须从它的批评者们那里一点一点搜集”。Martin Stone, supra note 16, 166.

^{1/4} See Frederick Schauer, supra note 4, 525.

参 考 文 献

- [1] Marijan Pavcnid and Louis E Wolcher: A Dialogue on Legal Theory Between a European Legal Philosopher and His American Friend, 35 Tex. Int. L. J. 2000.
- [2] Frederick Schauer, Formalism, 97 Yale. L. J. 1988.
- [3] Brian Leiter, Positivism, Formalism, Realism, Book review on Anthony Sebok, Legal Positivism in American Jurisprudence, 99 Colum. L. Rev. 1999.
- [4] 郑戈. 韦伯论西方法律的独特性[M]. 李猛// 韦伯. 法律与价值. 上海: 上海人民出版社, 2001.
- [5] [美] 史蒂文·J·伯顿. 法律和法律推理导论[M]. 张志铭, 解兴权. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [6] Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Clarendon Press. Oxford 1997.
- [7] Patrick J. Kelley, supra note 17, 31, quoting O. W. Holmes, Book Notice, The American Law Review 14, 1880.
- [8] Lochner v. New York, 198 U.S. 1905.
- [9] [美] 霍姆斯. 法律之道[J]. 环球法律评论, 2001, (秋).
- [10] Robert P. George, One Hundred Years of Legal Philosophy, 74 Notre Dame L. Rev., 1999.
- [11] Brian Leiter, Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence, 76 Tex. L. Rev. 1997.
- [12] Thomas C. Gray, Langdell's Orthodoxy, 45 U. Pitt. L. Rev., 1983.
- [13] Joseph William Singer, Legal Realism Now, Book review on Laura Kalman, Legal Realism at Yale: 1927- 1960. 76 Calif. L. Rev., 1988.
- [14] Lord Lloyd & M. D. A. Freeman, LLOYD'S Introduction to Jurisprudence (Seventh Edition) 2001.
- [15] Robert W. Gordon, Law as a Vocation: Holmes and the Lawyer's Path, in The Path of the Law and Its Influence, The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr., edited by Stern J. Burton, New York: Cambridge University Press. 2000.
- (本文责任编辑 马治选)

《月人词集》第四部出版

当代著名词人、词学家、中国作家协会会员、中国乡土作家协会理事、陕西电大中华词学研究室主任、陕西省文史研究馆研究员、西安诗词学会会长、陕西省高校学报研究会理事月人高级编辑独抒性情之作《月人词集》(四)近由中国文联出版社出版发行。该词集选收月人2002至2005年词作1000首,编为20卷,全面系统地展示出“长安词痴”月人先生跨进21世纪以来最新的创作成果和艺术风貌。至此,月人词集共出版4部80卷4000首,连续三次创造了中国词史个人存词最高记录,为切实继承弘扬中华民族优秀传统文化作出了独特的艺术贡献。走入中壮年时期的月人词作富有浓郁的生活气息和强烈的时代特征,堪称时代歌手描绘出的社会风情长卷。该书适合一切文学爱好者特别是中华诗词爱好者欣赏、阅读、研究和收藏。(710068 西安含光北路32号陕西电大校报编辑部 王二川)