

张芝梅 著

美国的法律实用主义

2



中国法律哲学临界丛书 邓正来 主编


法律出版社
LAW PRESS·CHINA

每个国家都有自己的国家哲学，这种国家哲学在美国就是实用主义。美国是个移民国家，就主流的意识而言，都可以在原来英国和欧洲大陆的各种思潮找到来源。但这些新大陆的移民面对新世界、面对更加激烈的竞争环境，需要新的哲学，用成功来证明自己，用实验来说明问题，从而形成了实用主义。值得注意的是，美国法学界和欧洲大陆和英国一样学派林立，不仅各个学派之间有批判和反批判，就是同一学派内部也经常发生这样或那样的对立以至分化，有时甚至很难用一种理论或一种哲学主张把它们区别开来。但是如果我们抓住美国的国家哲学——实用主义，就不难发现这些相互对立的法哲学流派之间都与实用主义哲学有着千丝万缕的联系，以至我们完全可以说所有这些法哲学的根都在美国土生土长的实用主义。张芝梅博士的著作探讨的就是这样一个问题。

——朱景文（中国人民大学法学院教授）

法律出版社·法学学术出版分社



一切为了思想

law academic 法学学术出版分社

独角兽工作室
平面设计

ISBN 978-7-5036-8476-0



9 787503 684760 >

定价：22.00元

2008

D971. 2/32

2008



中国法律哲学临

邓正来 主编

美国的法律实用主义

张芝梅 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国的法律实用主义/张芝梅著. —北京:法律出版社,
2008.6

(中国法律哲学临界丛书)

ISBN 978-7-5036-8476-0

I. 美… II. 张… III. 法律—研究—美国 IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 062968 号

© 法律出版社·中国

**中国法律哲学
临界丛书**

美国的法律实用主义

张芝梅 著

责任编辑 高山
刘文科
装帧设计 汪奇峰

开本 A5

版本 2008 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 7.125 字数 126 千

印次 2008 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8476-0

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国法律哲学临界丛书》学术委员会

学术顾问：邓正来 张文显 季卫东 徐显明

主 编：邓正来

学术编委：付子堂 黄文艺 郑 戈 章永和

赵晓力 胡旭晟 刘小平 强世功

赵 明 蔡宏伟 柯 岚 邹立君

徐亚文 王 恒 陈林林 朱 振

临界：中国青年学者的使命与担当

——《中国法律哲学临界丛书》总序

邓正来*

这是一套旨在建构中国法学未来的丛书。

一如我在“中国法学向何处去”一文中所指出的：1978年至2004年的中国法学，为中国突破此前法学或法律虚无主义的时代做出了极大的贡献，而且无数学人引进西方法律知识和研究法律的努力为中国法学的未来发展起到了铺平道路的重要作用。这是一个在中国法学发展史上极为重要的时代。但是，我们也必须承认，这个时代的中国法学在总体上却未能为评价、批判和指引中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”。因此，我认为，这也是一个没有中国自己法律理想图景的时代。在这个时代，我们没有属于自己时代的哲学，也缺乏一整套有关当下中国社会秩序之性质的基本问题意识的法律哲学。因此，我们需要在此前学人努力的基础上开启一个新的时代，一个建构中国法律理想图景的时代，一个开始追求我们根据什么进行思想的时代，一个开始追求我们自己的关

* 复旦大学社会科学高等研究院院长，国际关系与公共事务学院教授、博士生导师，《中国社会科学季刊》、《中国书评》主编。

于美好生活的理想图景的时代。

在我对中国法学进行批判和重构的基本设想背后,是我关于中国社会科学自主性问题的一贯思考。这种思考从两个向度展开。在国内向度上,我们必须思考和确立学术研究的场域与经济活动的场域、政治活动的场域和日常生活的场域之间的区别,由此建构和捍卫学术研究场域的自主性;在国际向度上,我们必须摆脱在接受西方社会科学过程及其价值标准时的我所谓的“前反思”状态,打破“西方文化霸权”对我们的支配。仅就国内向度而言,在我看来,作为知识分子的我们对中国知识生产和再生产活动所具有的那种“集体性”和“宰制性”仍处于一种不意识的状态之中。所谓“集体性”和“宰制性”的知识生产和再生产活动,亦就是我所说的中国在当下深陷于其间的那种由“自上而下”的“知识规划”与“自下而上”的“知识对策”构成的活动。我们可以发现,在这种活动中,中国社会科学场域中主要存在着两大知识生产趋势以及与其相应的两大“知识类型”:第一,存在着一种并不是以理论脉络和知识发展范式为依凭而是以某种“自上而下”的规划为根据的知识生产方式以及与之相应的“类型知识”。我把它称之为“规划的知识”。第二,存在着一种也不是以理论脉络和知识发展范式为依凭而是以其他各种需要(比如说社会需要、经济需要和政治需要)为根据的知识生产方式以及与之相应的“类型知识”,亦即违背知识场域逻辑的那种知识。在这个意义上,我认为,中国社会科学自主性的建构,在根本上取决于作为知识分子的我们对自身参与其中的

知识生产活动保持深刻的反思和批判。而这就不仅要求我们对知识研究本身的问题予以关注,而且还要求我们对中国既有的“知识生产机器”进行反思和批判。

毋庸置疑,正是在对中国法学乃至中国社会科学所处的这个时代进行整体性批判和努力建构一个学术自主性的新时代的诉求中,自然隐含了我对一种我称之为“临界”时刻的憧憬和预示。所谓“临界”时刻,在这里大体上是指中国法学在知识层面和知识生产制度层面上努力突破既有时代并可能进入一个新时代的时刻。这种“临界”时刻,与其说是一个事实性判断,不如说是一种源出于不同思想根据的主观建构或想象。这种“临界”时刻的达致,主要是通过知识分子从此前的状态中解放出来,进入一种我所谓的知识分子的“集体性反思”状态。坦率地讲,对这种“临界”时刻的追寻和想象,我本人也经历了学术认识和实践方式上的转换。我最早是通过与学术界的同仁创办并主编学术刊物的方式来践履自己提升中国社会科学和建构中国学术传统及批判体系的构想的,但是后来我发现仅此不够,因为这种重要的努力很难在提升学者个人学术水平方面有所作为。于是,我决意回到书斋专注于自己的学术研究。然而历经了对哈耶克自由主义理论的长达五年闭关的学术研究和批判以后,我发现,这些研究虽然具有很重要的基础性意义,但是面对建构中国学术传统这一整体性任务,个人学术研究再重要也不能构成中国社会科学的学术传统——尽管这种学术传统是由无数个人的研究汇合而成的。最终,我意识到,要建构起中国社会科学的学术

传统,期待中国法学“临界”时刻的到来,不仅需要每个个人的学术努力,而且还需要有良好的学术制度和评价体系的保障,更需要有学界同仁的集体性努力——这意味着,上述努力必须以一个庞大的旨在提升中国法学乃至中国社会科学之水平的学术梯队为支撑。

于是,达致这种“临界”时刻的关键便是年轻一代的知识分子。梁启超曾在“少年中国说”中对照老年人的衰朽而热情讴歌了少年人的激情和锐气,而我除了反对自然进步观这一点以外,也极赞同任公的观点。在我看来,无论是在物理上还是在精神上,年轻学者都代表着一种可能的学术新力量,一种可能承继并突破既有时代的新力量。他们是中国学术的未来和方向,甚至有可能是中国的未来和方向。这是我的一个基本判断。这一判断正是我历经十八年独立研究、五年闭关而一朝进入学术体制成为吉林大学教授的重要原因,正是我直陈研究生教育四大弊端并主张博士生招生制度改革的重要原因,也正是这套以青年法学博士为主体的“中国法律哲学临界丛书”得以面世的重要原因。

然而,必须指出的是,我关于年轻学者是中国学术未来时代建构者的判断,并不能被简单地视作是一种当然的定论。众所周知,年轻学者与既有的学术体制和学术时代有着千丝万缕的联系。在我看来,年轻学者,一如任何学者一样,都没有能力使自己完全摆脱生成他们、成就他们的这种学术体制和这个时代,正如理性不可能完全脱离其生成的条件而对这些条件进行彻底的反思和批判一般。我

在分析知识分子与既有学术体制和学术时代之间存在着一种深层的“合谋”关系的时候,实际上也曾指出过年轻学者与这个体制和时代的内在“合谋”关系。虽然在指出这种“合谋”关系的时候,我所依凭的乃是一种理性有限的知识论根据,甚或还在很大程度上保有着一种“同情性理解”的态度,但是需要指出的是,我对这个问题的强调,并不是要为年轻学者与这个体制和这个时代的“合谋”关系提供理据,而是旨在指出这个时代的学术体制和教育体制的影响也已深深地嵌在了年轻学者的身体之中。在这个意义上,《中国法律哲学临界丛书》在某种程度上就不只是年轻学者学术努力和学术成就的展示,而且也是经由展示他们的知识产品为人们认识这个时代建构起一个历史性的标本,据此人们可以洞见到他们的知识努力以及这种努力本身所深刻记载的既有教育体制和学术制度在这个“临界”阶段对他们所具有的隐而不显的影响。透过这个历史性的标本,人们会发现,对现时代的真正脱离乃是在严格限定的意义上而言的,因为在不意识知识分子与既有学术体制之“合谋”关系的情形下展开的批判,极有可能转换成一种与这种学术体制更深且更牢固的“合谋”:我们可能会通过我们自己的各种“改革努力”而把现有的这台知识生产机器粉饰得更加美丽,使其在生产和再生产那种规划的知识的时候更有效,进而使其生产和再生产出来的知识也具有更大的正当性。因此,这个历史性标本的确立,在一定程度上意味着一种深刻的对既有学术体制的关系性反思以及对作为建构者与建构者的同一性位置的自觉意识。

当然,透过这个历史性的标本,我们也同样可能发现其间所隐含着的未来中国法学建构的可能方向。在这一点上,我们的学术起点始终植根于既有的时代之中,因此我们所建构的并不是一个彻底空无的学术乌托邦。但是值得我们注意的是,在对既有时代的批判中隐含着未来学术的各种可能方向,而这些方向则蕴涵在批判得以展开的理据当中,蕴涵在批判既有时代的反向运动当中。因而,这些青年博士的研究成果,是我们建构学术新时代的曙光。实际上,关注这些法学博士的知识努力,本身就表现为一种对学术未来的期盼,因为他们就是学术未来;与此同时,这也是一种对某种学术批判的期待,因为他们的学术的合法性存在,本身就意味着学术批判的成就。

据此,我们可以说,《中国法律哲学临界丛书》既是对“临界”时刻的把握,也是对这一时刻的主动创造。现在,这种对中国学术未来进行建构的可能性就摆在青年法学学者的面前。这是一种责任,一份承诺,一种对中国学术未来的担当,也是中国青年学者特有的学术使命。当然,任何一个中国知识分子都不会把这项责任完全推卸给这些年轻的博士,我们将共同努力,因为我们知道,作为一种前后相继的学术传统的一部分,我们的智性努力也早已深深地嵌在了中国学术的未来之中。

是为序。

北京北郊未名斋
二〇〇五年十二月

引 言

在一个对哲学玄思没什么兴趣的国度,出现了实用主义这种不那么像哲学的哲学。尽管不是所有的实用主义者都在美国,实用主义也不是美国唯一的思想流派,但毫无疑问,实用主义在美国找到最适合它生长的土壤,美国人也把实用主义当作最适合他们、对他们的日常生活产生最主要影响的哲学,实用主义已经渗透到美国社会的各个领域。

实用主义对美国的法律理论和司法实践有重要的影响。但哲学中的实用主义和法律中的实用主义也有区别。此外,由于实用主义的理论来源庞杂、多样,和很多理论有密切的联系;而且,不同的实用主义者之间的差别也比较大,因此,实用主义历来是容易引起争议、误解和批评的理论。实用主义哲学曾经在国内被认为是反动哲学。近年来,随着研究的深入,简单贴标签的做法已逐渐被摒弃,对实用主义的研究也有很多有价值的成果。在法学界,由于语言优势和某种程度的文化霸权,有关美国的法律制度和美国法学家、法官的思想可能更容易为我们所关注。霍姆斯、卡多佐和波斯纳都是大家非常熟悉的法官和法学家,而他们都是法律实用主义者。对他们的法律理论我们可能多少都了解一些,但对法律实用主义的理论来源、思想

脉络的梳理仍然比较缺乏,造成对很多理论问题的认识出现混乱,因此,澄清这些问题无论对于我们理解实用主义哲学还是美国的司法理论和实践都十分重要。同时,揭示美国司法运作的过程同样可以为我国的司法改革提供一些比较法上的参照,或许有助于我们在司法改革过程中全面分析、更好吸收各个国家司法制度建设的经验。

鉴于此,本书力图对其中一些重要而有争议的问题进行探讨,或许可以给对这些问题感兴趣的人提供一点帮助。

本书的结构如下:

前面两章主要侧重历史方面。揭示美国如何从最初继受英国法的传统到发展出适合美国特点的司法传统,以及如何从法律形式主义向法律实用主义和法律现实主义转变的过程。通过对法律实用主义到法律现实主义再到法律实用主义的描述,勾勒出美国法律实用主义发展的基本脉络。第三章以美国著名的两个法学家德沃金和波斯纳为例,分析形形色色的美国实用主义的现实状况。前者否认自己是实用主义者,并且经常对实用主义进行批评,而后者以自己是实用主义者为荣,为实用主义辩护。本章分析了他们各自的观点,并且简要分析了他们观点差别的根本原因。第四、五章揭示实用主义的一些共同的理论特点,同时辨析实用主义与其他一些经常和实用主义联系在一起的主张之间的关系。旨在澄清对实用主义的一些误会。第六章列举了一些对实用主义的批评以及实用主义者对自己立场的辩护。最后对实用主义进行了简单的评价,并且指出对我们可能有的借鉴作用。

目 录

引言	/ 1
第一章 法律实用主义产生的背景	/ 1
一、美国法诞生背景	/ 1
二、美国的实用主义哲学传统	/ 13
第二章 早期的法律实用主义	/ 36
一、早期的法律实用主义	/ 38
二、法律现实主义	/ 62
第三章 法律实用主义的复兴	/ 77
一、法律中的疑难问题以及权利保护	/ 80
二、法律的客观性与自主性	/ 91
第四章 实用主义的家族相似	/ 111
一、实用主义的家族相似	/ 113
二、法律实用主义与哲学实用主义	/ 131
第五章 实用主义与其他主义	/ 143
一、与实证主义	/ 143
二、与功利主义	/ 148
三、与后现代主义	/ 159
四、与相对主义和怀疑论	/ 165

第六章 评价与启发	/ 171
一、对实用主义的批评以及实用主义的自我辩护	/ 171
二、实用主义能为我们提供什么	/ 178
结语	/ 197
主要参考文献	/ 199
致谢	/ 209

第一章 法律实用主义产生的背景

简单地说,美国法律是以英国的普通法为基础发展起来的。不过,美国法律在其形成和发展过程中,还吸收了来自欧洲的其他的思想成果,并根据美国自己的特点,对英国的普通法进行改造,形成了适合美国需要的法律思想和法律制度。美国法律在不同的发展阶段有不同的特点。19世纪70年代,美国法律的主流是形式主义;与此同时,作为美国哲学的实用主义也诞生了。实用主义哲学的出现改变了美国法律的状况。这是美国法律实用主义产生的内在和外在因素。

一、美国法诞生背景

关于美国如何接受普通法的传统并在此基础上发展出自己的法律制度是一个复杂而庞大的问题,这里不可能完整涉猎,只能勾勒出美国法律发展的一些和法律实用主义相关的粗线条。

按照美国著名法律史家庞德的观点,美国普通法的形

成主要得益于七个主要因素：(1)日耳曼法律制度和法律思想的最初基础；(2)封建法；(3)清教主义；(4)17世纪法院与王权之争；(5)18世纪的政治思想；(6)19世纪上半叶美国拓荒和农业社会背景；(7)美国法院改造英国普通法时流行的关于正义、法律与国家的哲学思想。^{〔1〕} 庞德完整地考察了对美国普通法有影响的各要素。我们暂且省略那些间接要素，只考察对美国法的形成有直接影响的要素。本书认为，对美国法的形成有直接影响的因素有：(1)英国的普通法传统；(2)清教主义；(3)19世纪上半叶美国拓荒和农业社会背景；(4)欧洲17、18世纪的哲学、政治思想。下面分别阐述：

1. 英国的普通法

关于英国普通法如何诞生、为什么会形成与欧洲大陆不同的法律制度，以及普通法如何发展演变等问题，不同的学者有不同的理论，但大多数人同意把公元1066年作为一个分界点。茨威格特、克茨的《比较法总论》认为：“英国法律史始于1066年。”^{〔2〕} 1066年诺曼征服后，“在法律面前，各种身份，各种阶级，一律平等”的英国法的基础已经被提出。^{〔3〕} 到了13世纪，普通法法庭已经成形，^{〔4〕} 从14

〔1〕 [美] 庞德：《普通法的精神》，唐前宏、廖湘文、高雪原译，法律出版社2001年版，第10页。

〔2〕 [德] 茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第273页。

〔3〕 [美] 阿瑟·库恩：《英美法原理》，陈朝壁译，法律出版社2002年版，第5页。

〔4〕 [英] R. C. 范·卡内冈：《英国普通法的诞生》，李红海译，中国政法大学出版社2003年版，第29页。