

CAMBRIDGE

法律今典译丛

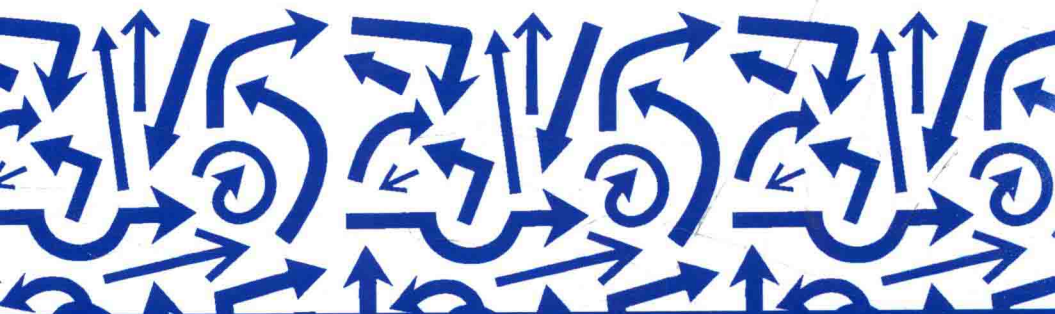


法律工具主义

对法治的危害

Law as a Means to an End
Threat to the Rule of Law

〔美〕布赖恩·Z.塔玛纳哈 (Brian Z. Tamanaha) 著
陈虎杨洁译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律今典译丛



Law as a Means to an End
Threat to the Rule of Law

法律工具主义 对法治的危害

〔美〕布赖恩·Z.塔玛纳哈 (Brian Z. Tamanaha) 著
陈虎杨洁译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2011-4141

图书在版编目(CIP)数据

法律工具主义:对法治的危害/(美)塔玛纳哈(Tamanaha, B.)著;陈虎,杨洁译. —北京:北京大学出版社, 2016. 8

(法律今典译丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 26812 - 4

I. ①法… II. ①塔… ②陈… ③杨… III. ①法律—研究—美国
IV. ①D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第009940号

书 名 法律工具主义:对法治的危害

著作责任者 [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈 著

陈 虎 杨 洁 译

责任编辑 王琳琳 李 昭

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26812 - 4

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965mm × 1300mm 16开本 22.5印张 274千字

2016年8月第1版 2016年8月第1次印刷

定 价 58.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

版权说明

Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law (ISBN-13 978-0-521-68967-0) by Brian Z.

Tamanaha first published by Cambridge University Press 2006

All rights reserved.

This simplified Chinese edition for the People's Republic of China is published by arrangement with the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom.

© Cambridge University Press & Peking University Press 2016

This book is in copyright. No reproduction of any part may take place without the written permission of Cambridge University Press and Peking University Press.

This edition is for sale in the People's Republic of China (excluding Hong Kong SAR, Macau SAR and Taiwan Province) only.

此版本仅限在中华人民共和国（不包括香港、澳门特别行政区及台湾地区）销售。

致 谢

本书梗概形成于蒂尔堡大学“孟德斯鸠讲座”课程(2004)的就任演说。我要感谢蒂尔堡大学法学院同仁赐予我此项殊荣,并鼓励我就法律理论在当代最为重大的发展提出我的个人观点。感谢剑桥大学出版社的 John Berger,感谢在我第一天向他提出关于本书设想的时候,他就给予我的热情支持,感谢 John 所邀请的两位匿名评审就全部书稿提出的极为有益的批评意见。我感激他们在艰难阅读杂乱初稿时的耐心,他们的投入对最后的定稿影响至深。感谢 Susan Fortney, Rob Vischer, Peter Margulies, Gary Minda, John Barrett, 还有 Marc Galanter 对某些章节所做的有益评论,感谢 Tim Zick, Nelson Tebbe 以及 William Twining 对全部书稿所做的评论。我要感谢 Lawrence M. Friedman 在本书写作早期,就各种历史问题的细节探讨上所做的回复。我还要感谢伯克利的法律与社会研究中心,斯坦福大学法学院全体教工,格罗宁根大学法律理论研究小组邀请我就本书的诸多内容进行学术交流,感谢大家提出的种种反馈意见。感谢 Mike Schindhelm 对我的研究工作提供的出色帮助。感谢 Astrid Emel 和 Jaenne Legrow,以及图书馆其他工作人员在我搜索一些古老或者模糊的文献资源时所表现出的良好修养和工作效率。感谢 Mary Cadette 和 Linda Smith 在本书编辑过程中所提供的出色帮助。我还要特别感谢 Honorata, Jolijt 以及 Kats 对本项目的理解和贯穿始终的支持,感谢 Sava 一直鼓励我

2 作为工具的法律：对法治的危害

完成此书的写作。

谨以此书献给 Lawrence M. Friedman, Marc Galanter, Morty Horwitz 和 William Twining。大概十几年前,他们分别在不同场合与我沟通,并对我的研究工作和我个人表现出浓厚的兴趣。对一个在学术界初出茅庐的年轻人而言,再也没有比有机会和这些成就斐然的学者进行交流更能够激励自己的了。这些年来,我有机会分别和他们共进午餐、晚餐,漫步甚至是彻夜长谈,和他们进行了许多私人 and 学术上的对话。我从他们的著作和为人处世中都获益良多。我知道,他们对本书的许多观点都会持反对意见,但是他们一定都会支持我的这一研究。他们每个人都指导了很多学生,我能忝列其中,实感无上幸运。这本书也代表了我对他们慷慨赐教的感激,表达了我对我们学术情谊的无比珍惜之情。

目 录

导论	1
----	---

第一部分 法律工具主义的传播

第一章 各种非工具主义法律观	15
第二章 19 世纪急剧变化的社会和普通法	35
第三章 19 世纪的立法与法律职业	60
第四章 法律现实主义者眼中的法律工具主义	88
第五章 20 世纪最高法院的工具主义	111

第二部分 当代法律工具主义

第六章 20 世纪 70 年代法律界的工具主义	143
第七章 法律学说中的工具主义	165
第八章 法律职业中的法律工具主义	187
第九章 公益诉讼中的工具主义	220
第十章 法律工具主义观和司法制度	243
第十一章 立法与行政中的工具主义观	270

2 法律工具主义:对法治的危害

第三部分 对法治的腐蚀

第十二章 高级法的坍塌,公共利益的堕落	303
第十三章 对合法性的威胁	319
结语	346
译后记	353

导 论

对法律的工具主义观念——认为法律只不过是实现某一目的的手段的理念——在美国一直被当作几乎和我们呼吸的空气一样理所当然的事情。这一观念以如下不同的方式同时并存：对法律本质的描述、教授指导学生看待法律的态度、对宪法进行分析的方式、看待法律的理论视角、律师在司法实践中的指南、有组织团体利用诉讼达到自身目的的策略技巧、看待法官和裁决的观念、立法者和行政官员在制定法律和进行社会管理时的立场。在所有上述存在方式中，人们都将法律看作是一种实现他们个人利益或其支持的个人和组织利益和政策的有力工具。今天，人们普遍认为，法律是一个能够承载人们欲望的容器，是可以被操控、施行和利用以实现特定目标的工具。

与之相反，几百年前，法律则被普遍看作是具有完备内容的实体，在某种意义上，这些内容早已被预先设定，无法改变。法律是一套能够约束所有人的正确的社会秩序规范。法律并不完全服务于我们个人或集体的想法或意志。这一观念有很多不同的表述。人们认为，法律的构成或者是存在于习俗和文化之中的规则和原则，或者是通过运用理性而得以揭示或发现的神定原则，或者是由人类本性所决定的原则，或者是客观的法律概念在逻辑上的必然要求。这些关于法律本质和内容的观念，每一种都曾盛极一时，但几乎都从上个世纪开始衰落。它们的过时实际上为法律工具主义观念战胜其他法学流派开

辟了道路。现在,这一观念开始大行其道。

尽管关于法律工具主义的观念在很多国家都已经站稳了脚跟,美国的法律文化对它的迅猛发展仍然起到了最为重要的作用。在某种意义上,我们是在没有任何先前经验可供借鉴,没有任何先前教训可供吸取的情况下开始这项巨大的社会实验的。有许多迹象表明,这一实验可能注定命运多舛。

最根本的危险可以概括如下:在就社会利益的问题上形成尖锐对立的场合下,当法律被看作一个强有力的工具的时候,社会中的个人或团体都会通过各种可能的渠道努力地依靠或者制定法律;去填写、解释、操控以及利用法律去服务于他们的目标。这就会在法律框架内或通过法律产生一种霍布斯式的所有人反对所有人的战争状态。与用来维持社会秩序和解决争端的功能相比(正如霍布斯所说的法律的角色),这些战士更愿意控制和使用法律作为在社会、政治、宗教和经济争端时的斗争武器。法律由此产生的争端和解决的争端同样多。甚至当某一方胜诉时,胜利者也会在进行短暂休整后再次投入战斗。这些斗争在每个州和联邦都在上演——立法的、行政的和司法的——从为法律的内容而斗争到为这些法律会如何以及被谁贯彻、适用和解释而斗争。即使是那些极力避免参与这种超越法律之斗争的团体都无法置身事外,它们多么希望自己仅仅扮演防御者的角色,只要能让那些不择手段的对手不要用法律作为攻击它们的武器就好。

这些超越于法律之上或者通过法律进行的争斗今天已经全部公开化了,而且正在逐渐恶化。在这些争斗的表象背后,有一个更为微妙和隐匿的威胁:法律的工具主义思维的传播有一种破坏法治的潜在力量。法律的工具主义观念和法治理念是美国法律传统的两个根本的支柱。任何在这一传统里浸染的人都会和我一样自然地认为,它们之间是互为补充的。直到我完成上一本书——《论法治:历史、政治、理论》的研究工作,我

才认识到,这种理念的结合有一种比较近的源流,而且,法律的工具主义观念在很多方面都有一种强有力的破坏法治理念的趋势。

我并不认为法律的工具主义观念是直到现代才出现的新鲜事物。对法律所采取的工具主义观念其实可以在美国和其他地方更早的历史中得到发现。我也不认为美国当今社会只有法律工具主义观念独占鳌头。对于法律的非工具主义理解同样存在。但是,在一个接一个的环境下,这些非工具主义的理解都已经(或者正在)开始退居边缘,而法律工具主义观念则开始取而代之。我在这里指出的这一转变还只是问题的一部分。法律的工具主义观念和非工具主义观念同时得以传播,而且还会继续如此,但是,在所有法律制度下,工具主义观念都在发生巨大的转变。我所指出的这些在每个法律活动领域里出现的问题,对很多人而言都很熟悉,但是,他们对于这些问题与遍地蔓延的工具主义现象之间具有什么样的关系可能就不甚清楚了。

我倒并不认为,刚才所说的霍布斯式的通过和超越法律之上的战争是我们不可避免的命运。相反,我的观点是,我们已经在这条道路上走了这么远,知识上的推进和情境的逻辑预示着一个更为糟糕的局面,如果不受到有效控制,很可能会导致一个可怕的境地。事物往往在其发展的顶峰由盛而衰,人类再有智慧往往也无济于事,因此,这些趋势的结局就并不确定。本书就是这样一种尝试,大致勾勒出我们从何而来,所处何处,又将去往何方,我们心里必须了解将要伴随我们的各种风险。

学者对法律普遍存在的工具主义的运用和超越法律之上的争斗进行评论,这也不是第一次了。约翰·杜威(John Dewey),哲学实用主义的开山鼻祖,就曾经在1916年写过一篇有关法律的不同凡响、直言不讳的文章,题目是《强力与强制》,这篇文章提出了一系列类似的问题:

4 法律工具主义:对法治的危害

所有法律的本质不都是强制吗?……我们所制定的行之有效的法律是否不仅仅是对之前在人类忍耐力领域内进行斗争的成果的固定?在许多社会领域中,改革者都在通过监督和管理为政府活动的扩展进行努力。通过对权力行使者进行限制,这种努力是否可以被看作是对权力行使范围的一种拓展?^{〔1〕}

约翰·杜威(John Dewey)使用完全工具主义的术语来描述法律:“因为达到结果要求运用一定的手段,法律本质上就是运用强力的一种形式。”^{〔2〕}

在杜威文章发表前四十多年,鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Jhering),一个当时非常杰出但却被后人遗忘的德国法学家,出版了两本著作:《为法律而斗争》以及《作为工具的法律》(后者就是本书书名的由来)。耶林详细阐述了下述观点:在法律发展背后的主要推动力量是社会中具有自身利益并得到法律支持的个人和团体持续不断的斗争。“在历史长河中,”耶林写道,“成千上万人乃至整个阶级的利益已经和法律的既存原则紧紧地结合在了一起,根本无法予以分离,但却没有给前者造成最大的伤害……因此,在服从于自我保护的自然规律中,每一份这样的努力都会唤起对身处险境的利益的最为强烈的反对,在这种斗争中,就像在所有斗争中一样,问题不是由理性的力量而决定的,而是由反对力量的相对强度来决定的……”^{〔3〕}耶林认为,法律是一种带有强制性的国家权力,个人和团体将其作为工具加以利用以达到和促进他们常常是自私的目的(经常以正义的名义)。

〔1〕 John Dewey, “Force and Coercion”, 26 *International J. of Ethics* 359, 359 (1916).

〔2〕 同上,第367页。

〔3〕 Rudolph von Jhering, *The Struggle for Law* (Westport, Conn.: Hyperion Press 1979) 10—11.

耶林和杜威对流行的法律非工具主义的观点都持批评的态度。耶林对当时法学家普遍持有的观念大加嘲讽,这种观念认为法律不过是人们文化和意识、或者是自然原则的一种表现形态。对当事人颇为神圣的观念投以怀疑和完全工具的看法,杜威写道:“自由”和“权利”是“达到目的所能使用的最为有效的两个工具”〔4〕。法律可以成为我们想让它成为的任何样子,他们认为,因为它不过是我们意志的产物。这些观点在一个对法律的非工具主义理解仍然在法律精英群体中占据绝对主导地位的当时提出,是极具震撼效果的。耶林的著作影响了奥利弗·温戴尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)、罗斯科·庞德(Roscoe Pound)以及法律现实主义者,而杜威也正是早期法律现实主义的重要人物。

总体而言,他们都是对美国法律工具主义观念的盛行起过重要作用的关键人物。一个世纪以后,才有可能对这些观念的后果作出判断。这并不是说这些法学家和改革者就要对今天的状况负责。他们所倡导的看待法律的主要观点,正如我们将要看到的那样,仅仅是与法律的工具主义活动的现实相吻合了而已。他们的意图就是优化法律制度的功能,而不是相反。以一种事后诸葛亮的眼光来看,他们主要的失败之处可能就在于对人类为更大的利益而努力奋斗并达到该目标的能力过于乐观了(霍姆斯除外)。

今天和他们写作的时代已经完全不可同日而语。耶林展望了一个总体上非常具有凝聚力的社会,并有与之相符的法律制度,因此他就会以一种非常积极的态度去把那些发生在法律领域的连续不断的论争,解释为一种健康的法律变化的动力。杜威则坚信,通过法律所实现的正确的社会目标,通过明智的判断和社会科学的支持,是可以被发现的。庞德和大部分法律现

〔4〕 Dewey, “Force and Coercion”, 26 *International J. of Ethics* 366.

实主义者都坚信,相互竞争的利益之间的平衡是可以达到的,社会最佳的结果也是可以通过法律达到的。当时和现在最大的区别并非各个集团之间的冲突,这种冲突其实在 19 世纪末的时候也曾达到过高潮。最大的区别恰恰是这段时间里,对于普遍的社会目标或者我们认同这一目标的集体能力的信念已经逐渐开始衰退。

这才是问题的关键。在早期,人们认为法律只是一种工具的观念由两个部分的命题组成:法律是实现社会利益的工具。这种决定性的转变发生在 20 世纪,在这一命题的第二部分开始逐渐站不住脚的时候,第一部分已经深刻影响了法律文化。在漫长的 20 世纪里,看上去不可阻挡的道德相对主义的渗透,伴随着强烈追求各自利益并且相信自己的主张是正义的的各种团体的广泛涌现,对人们拥有一种共同的社会利益的观念构成了巨大的挑战。本书将会勾勒出这一转变所蕴含的种种令人担忧的问题。与其说法律代表了一种提升公共福利的方法,倒不如说法律正在成为一种便于实现目标的方便而简单的工具。

许多读者可能不太相信从法律非工具主义观念到工具主义观念的转变已经发生,或者正在发生。我们是如此习惯于法律工具主义的观点,以至于很难相信非工具主义的观点:法律一直以来都不顾相反的看法而被看作是一种工具吗?第一章和第二章会介绍若干种法律非工具主义的观点,这些观念在英美普通法制度中已经存在了数百年,并持续到美国 20 世纪早期。这些观念的存在、一贯性以及生命力之长久都让人印象深刻,无法否认。

但是,同样难以否认的是,这些非工具主义观念中还有大量的神秘主义成分;这些部分非常抽象,并为那些事后看来明显不合情理的法律规定和判决提供理由。尽管如此,这些抽象的观念仍然得到了广泛的支持和真诚的信仰,特别是一些法律

精英群体——包括法官、法学家和优秀律师。理解这些观念,领会他们所表达的意思及其后果的唯一途径就是努力摆脱那种理想化的工具主义,而培养一种对法律不是那么厌烦的平和心态。

更为激进的怀疑论者会坚持认为,法律总是为精英或者特定利益服务的,律师也总是会操纵法律以达到这一目的,法官也总是会用自己等级或个人的偏见改变或解释法律,这正是法律非工具主义——不论是否被真诚的信仰或者只是一种逃避的遁词——试图掩盖的。根据这种观念,现代法律工具主义中的最为核心的变化就是让每个人都清楚地知道一直以来究竟都发生了些什么。之前由那些特定的不公开的利益所支配的法律已经被一种每个人都可以参与其中的、依靠法律的力量进行的公开竞争所取代(至少对那些有一定社会资源的人而言是如此)。这是一个的确产生了真实效果的真实转变,但却并非是从非工具主义到工具主义的根本性转变。法律在表面上看来一直都是工具性的。揭示这些潜在的现实是一个积极的变化,因为投身一种公开的法律竞争会产生更好的结果,或者至少能够揭示法律统治的真实面貌。

没有伴随激进的政治,从本质上而言,这正是耶林和霍姆斯的立场。他们主张,法律非工具主义观点在叙述上是有问题的,是对法律发展现实的一种错误描述。霍姆斯在《普通法》一书中以其著名的声明开篇:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。时代所感知到的必需品、流行的道德和政治理论,公共政策的直觉、无论是公开的也好,还是无意识的也好,甚至是法官及其助手们共有的一些成见,都会比根据人们所遵守的法律进行的三段论推理作用更大。”^[5]他认为,“到目前为止,大部分

[5] Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (New Brunswick, N. J.: Transaction Publishers 2005[1881]) 5.

人们对这一过程还是无意识的”〔6〕，如果这一过程能够有意识地进行，法律会更有助于达到最佳的社会状态。

怀疑论者的反驳其实非常有道理。法律被作为工具以满足特定的利益。甚至在其被概括为非工具主义的时候，法律一般也是在带有工具主义色彩的、有目的的竞争中产生和发展变化的。第三章表明，19世纪的立法和法律实践大部分都被看作是工具性的，尽管许多对法律的非工具主义表述在这段时间也不断被提及。

但是这远远不是问题的全部。对法律的非工具主义描述被广为表达和信仰，相应地，人们也根据这些信念采取行动。在很重要的一些方面，法律已经根据其内在的品质实现了自治或者是半自治，因为律师和法官都以这种方式来对待法律，虽然并不总是和全部如此，但是一般情况下也足够了。许多十分重要的结果——有些是好的，有些则不那么好——都是由于抛弃了已经存在一千年之久的法律非工具主义的原因导致的。

本研究的主题之一就是，理想主义者有一种仅仅根据其心中的设想就创造出现实的潜能，只要这些理想被真诚的信仰并被切实奉行。这可能听起来有些不切实际，就像建议按照心里的意愿变出想要的东西一样；或者听起来有些精英主义，就像“高贵的谎言”，这种观念认为，对于大众而言，有时相信神话更好，因为真相总是如此难以把握。但是这两者其实都不对。它其实只是对为社会理论家和社会科学家广为接受的那种主张的日常实践和运用而已，这种观念认为：大部分社会现实都是我们理想和信念的建构。

另一个主题——和刚才讨论的主题有些冲突但同样真实——一种意图明确的行动往往可能带来非意图的后果。本书详细描述了大量改革者的良好愿望——从启蒙时代的哲学家到

〔6〕 同上，第32页。

现实主义者,再到沃伦法院,到自由主义的公益诉讼——却带来了与其最初的设想和期望完全相反的不曾预料的后果。

这些评论的要点使得人们很可能会误读我的立场和观点。尽管本书带着一种紧迫的预感梳理了广泛存在的法律工具主义观念的各种含义,但是这并不应该被解释为是一种对法律工具主义的观念的整体排斥。这种法律观念因为某些合理的原因而得到强化,并展现出了许多优势。更为重要的是,这种法律观念现在正在发生。经济、政治和文化环境都在发生着种种阻止向法律非工具主义观念转变的变化。马克斯·韦伯在一百年前就曾指出过,更大范围内的朝向工具理性转变的社会运动是资本主义经济和大量官僚机构的特征。这就是现代的环境。这些问题的解决办法并不在于否认法律是工具这样一种观念,而在于——在不太适合这种观念的环境之下,以及运用这一工具会产生危险的场合,为其设置边界和限制条件。

对法律的工具主义态度

当我们说,法律被人们普遍作为一种达到特定目标的手段加以理解和运用,这样一种表述已经足够清晰了。但是,这种主张的具体含义还要依其环境的不同而有所变化。对于法律的工具主义理解因此会呈现出各种截然不同的形式。在这些显著不同的表象下面,他们又具有一种共同的基本方向。法律的工具主义观念意味着,法律——包括法律规则、法律制度以及法律程序——都被人们和各种团体看作是一种达到某种目标的工具或手段。这种可能结果是开放和没有限制的,从个人的(致富、侵扰或提高),到思想层面的(促进一种事业),到社会目标,比如最大化社会福利或者找到一种相互竞争利益的平衡。

下面我们要举几个例子,以更明确这一点。对法律带有纯