

The Bramble Bush

The Classic Lectures on the Law and Law School

荆棘丛

关于法律与法学院的经典演讲

〔美〕卢埃林 著

明 辉 译



The Bramble Bush

The Classic Lectures on the Law and Law School

荆棘丛

关于法律与法学院的经典演讲

〔美〕卢埃林 著

明 辉 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

荆棘丛:关于法律与法学院的经典演讲/(美)卢埃林著;明辉译.
—北京:北京大学出版社,2017.10

ISBN 978-7-301-28822-1

I. ①棘… II. ①卢… ②明… III. ①法学—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第240395号

书 名	荆棘丛——关于法律与法学院的经典演讲 Jingjicong—Guanyu Falü yu Faxueyuan de Jingdian Yanjiang
著作责任者	[美]卢埃林 著 明 辉 译
责任编辑	白丽丽
标准书号	ISBN 978-7-301-28822-1
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	北京大学印刷厂
经 销 者	新华书店
	880毫米×1230毫米 A5 8.5印张 206千字 2017年10月第1版 2017年10月第1次印刷
定 价	39.00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

本书标题源自一首 18 世纪的童谣：

我们镇上有一个男人

聪明绝顶

他跳进一片荆棘丛

划伤了双眼——

他发现双目失明时

竭尽全力

又跳进另一片荆棘丛

结果他重见光明

前言

(1951 年版)

这些演讲源于我 1929—1930 年在哥伦比亚大学法学院向学生们介绍如何学习法律的一次尝试。1930 年,我曾经私下印制过这些讲稿,并得到了相当的支持。但是,我心里非常清楚,这些演讲给法律的初学者带来的巨大困扰,更多地是在经过一段学习之后的 11 月,而不是刚刚开始接触法律的 9 月;一个人自身的观念——特别是基于全景与整体的观念——会随着个人经历的改变而改变。因此,我在此后 10 年的时间里打算重新撰写这些讲稿。

然而,我越来越清楚地发现,已经没有什么再值得重写了。曾经撰写讲稿的那个年轻人早已不在了,他做过的工作自有特色,我没有资格用事后的判断干扰他先前的工作,而从先前事物得出的事后判断已经过了 20 年时间。所以,此次再版,我只是做了一些常规修改,就像校对样章一样:删改标点,或者予以说明——但仅限于极少的部分内容。

无论哪一种导读,如何完成,都是一个持久存在又令人困惑不已的问题。而让我确信无疑的是:要透过材料与方法,直击行为方式本身。这篇教科书式的启蒙导读,尽管已经完成,且还说过得去,但仍有待改进。感谢上帝,依据现实材料进行思考、写作和出版的研习方式,现已初显成效。

然而,撰写一篇适宜的导读文本,则是另外一回事。它必须能

经得住检验,必须简明扼要,必须看起来能让从未接触过法律的学生容易接受,从而给他们一个立足点。他们虽然不需要透彻地理解导读的全部或者其中任何一部分,但从每一页、每一句中得到的收获应当会对他们的学习有所帮助。

但是,这种撰写适宜的教科书式“导读”的工作,现在也只是刚刚开始。它应该能吸引、激励人们去读第二遍、第三遍乃至第四遍。每一遍阅读都应该给读者带来更深入的引领,以使其一步步走近法律,并获得进一步深入阅读的资源。这是一篇导读唯一恰当的目标。为了实现这一目标,导读作者必须拥有相当的智慧和能力,深入事物本质,对其进行简明扼要的阐释。导读理应深入浅出,返璞归真。

我仍然认为,这一理念是显而易见的。一篇导读就像老师一样,让人回想起来时,须有所得,而非有所失,或者得失参半。因而,任何人的解决方案——无论是针对问题本身,还是在行为方式上——对他本人来说似乎都还不够充分,更不用说对其他人了。但是,当我们开始慢慢认识到应该怎样简单地触及这些重大问题时,在一种全新的意义上,显得尤为重要,应该牢记:合理的探究不可能经由浅显而至简明,而应经由深刻而至简明;尽管屡遭挫折,却又必须迎难而上。

与此同时,关于表达的问题,请让我重述初版序言中的一句话,这句话足以表达我始终坚守的原则:“我不太关注内容是否恰当,甚至更不在意表达方式,相对于公认的偶有下降的出版品味与高雅格调而言,更有可能给学生——学生是教师的生命——留下生动印象的,是一位教师满怀热情、激励生活的执著信念。”

序言

(1930 年版)

这些演讲源于我 1929—1930 年在哥伦比亚大学法学院向学生们介绍如何学习法律的一次尝试。如何完成这样的导读,是一个持续存在又令人困惑不已的问题。而让我确信无疑的是:要透过材料直击行为方式。这篇启蒙导读已经完成,并经受住了考验,但仍有待改进。导读必须能经得住检验,必须简明扼要,必须看起来能让从未接触过法律的学生容易接受,从而给他们一个立足点。但话说回来,无法详尽地介绍导读的全部作用。它应该能吸引、激励人们去读第二遍、第三遍、第四遍;每一遍阅读都应该给读者带来更深入的引领,以使其一步步走近法律,并获得进一步深入阅读的资源。导读作者必须拥有相当的智慧和能力,深入事物本质,对其进行简明扼要的阐释。我认为,这一理念是显而易见的。一篇导读就像老师一样,让人回想起来时,须有所得,而非有所失。如果这是合理的,那么,任何人的解决方案——无论是针对问题本身,还是在行为方式上——对他本人来说似乎都还不够充分,更不用说对其他人了。在这个问题上,几乎没有什么变化。

当我自己开始尝试去解决这个问题时,它却与曾经准备过的其他几篇演讲纠缠在一起。虽然这些演讲的基调和主题各不相同,但看起来仍然具有相当的一致性,因而有必要把它们编辑在一起。我既不想清除参差不齐和重复之处,也不想解读隐喻和调和

基调,更不想把品味的准则变成打印的文字。这些演讲并不打算代表教师讲话,而只代表一个人,表达并且应该表达几种不同的情绪。我更关注的是,这些演讲应该至少代表一个人讲话。我不太关注内容是否恰当,甚至更不在意表达方式,相对于公认的偶有下降的出版品味与高雅格调而言,更有可能给学生——学生是教师的生命——留下生动印象的,是一位教师满怀热情、激励生活的执著信念。

哥伦比亚大学法学院,1930年9月

卡尔·N. 卢埃林

致谢

(1951 年版)

本书先前私印版本的致谢名单中所遗漏的,有亚当(Adam)、欧里庇德斯(Euripides)、成吉思汗(Genghis Khan)、半人马座的阿尔法星(Alpha Centauri)以及我的猫儿们。

这类因疏忽造成的错误是明显的,但它们真的很重要吗?在这里,我们将继续根据常识来讨论我感兴趣的那些问题,在每一位愿意花时间审视和思考问题并且具有相当经验的人看来,那些问题显然是这样的。一位抒情诗人会花时间去感谢第一位偶出心裁在纸上写下“空谷百合,幽美静好”的人吗?

准备这些讲稿的那个年轻人已经充分意识到,他并没有提供任何原创性的观念,他只是在描述并且试图塑造可被看作是普通的大数据库中的某块材料而已。那个年轻人当时还没有发现,引证癖(Cititis)*是在这块土地上广泛传播的一种疾病。患上这种精神错乱疾病的受害者们妄想,出版之外,皆为浮云;即便出版,若无被引,亦当禁用。多年以来,我一直在与这种引证癖作战,特别是在法律评论上发表文章时(在诊治这种疾病的治疗方案中,或许会

* 引证癖(Cititis),在英文中与“citation fixation”同义,这个词的使用反映了卢埃林早期对偏执于论文引证的反感,因而1930年版的《荆棘丛》中没有一个注释,只是在1960年印刷版第八篇演讲中加入了一个注释,并标记了作者姓名的缩写及时间“KNL(1960)”。——译者注

追问:亚里士多德使用的材料来自何处?)。我不愿在这里加速这种疾病的传播。

纠正错误:这些法律官员在处理纠纷时的所作所为……

本书第3页上有这样一句话:“这些法律官员在处理纠纷时的所作所为,在我看来,就是法律本身。”*

这句话向每一位律师表达了一个深刻但又通常令人遗憾的真理:律师能从客户那里得到他实际上能得到的东西,仅此而已。这句话向每一位诉讼当事人表达了一个更加深刻但又通常更加令人遗憾的真理:无法实现的“权利”比无效的权利更糟糕;这样的“权利”是一个由拖延、花费和悲痛构筑的陷阱。这句话提出了一个对恪尽职守、诚实正直、审慎明智之人的需求问题。一方面,这句话表明了存在区别对待和偏见的可能性;另一方面,这句话也表明了从一个存在设计缺陷且杂乱无章的规范系统中塑造出好人的可能性。就此而言,这句话是有用的,也是真实的,我先暂且把它放在一边。

然而,如果没有得到充分的阐释,那么这句话就仍然是不恰当的,显然,这顶多是一种对全部真理存在偏见的表述。因为显而易见,法律机构在某种程度上控制着法律官员,并且在可能没有完全控制的领域指引着那些法律官员。同样显而易见的是,人们不可能从试图寻求控制或指引的行为本身找到其他人——而不是行为

* 这句话的原文为“What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself”,共由13个英文单词组成,因而,后文提及的“13个小词”“这个短句”或者“这些语词”,在本书的语境下,通常是指卢埃林对“法律”的这一经典描述。——译者注

人本人——对行为的指引和控制。此外,没有人从整体的视角审视法律,人们还总是忘记,即便是极其顽固而又专断的法律制度,也会存在某些鲜活的部分,即一种固有的内驱力——公开的或者潜伏的,充满活力的或者奄奄一息的,急切的或者迟缓的,但却总是当前存在的——使得法律制度及其组成部分以及法律官员更为深切地意识到正义的理想。这种内驱力总是以复杂多变的方式发挥作用,以至于在任何特定的场合,它都极为模糊地隐含在“这些法律官员在处理纠纷时的所作所为”之中。因而,这句话既无法恰当地解释法律机构作为一种有意识地塑造法律的工具的职责,也无法恰当地解释法律机构作为一种有时近乎无意识地追求理想的机器的功能与运作;因而,对这句话也需要做一些如前所述的扩展与修正。

然而,还有更值得思考的问题。这 13 个小词的历史含混地诠释了法理学论辩风格的方法、方式及伦理,尽管这种论辩风格现在恰好正在衰落,但仍然值得对其提出警告。下面我要谈的是,在这本书印制时,我作为统一州法委员会的委员已经工作了 4 年,并且为该委员会完成了一部极为艰巨的制定法的起草,而在《荆棘丛》付梓前几个月,我已经出版了一本关于销售法的书。在该书中,我详细讨论了判例和制定法在辩护和咨询中的运用,并且持续批评了该领域的法律规则,不仅提出了更有效的分析性陈述,而且还涉及法律规则的改革,而这些内容现已构成了《统一商法典》(the Uniform Commercial Code)的核心。* 正是在这样的背景下,茶壶风暴席卷而来,身处其中的“现实主义”(过去是,现在仍是一种旨在追求更有效的法律技艺的努力)被误认为哲学,并且通常被当成行

* 参见 Karl N. Llewellyn, *Cases and Materials on the Law of Sales*, Callaghan and Co., 1930。——译者注

政官、独裁者及渎神者所有——真实的与假定的——罪行的替罪羊。在频繁使用却也无需承担责任的情况下,整个茶壶中没有一丝风暴可以与这 13 个小词构成的段落相提并论。在现实主义的帮助下,我明确不相信规则,否认规则以及规则的存在与可欲性,认同并且强调冷酷的强力、专断的权力以及不受约束的暴政,不相信理想,尤其不相信正义。对我来说,这很痛苦。但更痛苦的是,我注意到,在那些批评者中,没有人——准确地讲,没有任何人——在围攻这个短句时能提出任何证据,证明他们曾经真正读过《荆棘丛》的其余部分。简言之,如果能为正在进行的争辩提供一句有价值的的不逊之言,也足以体现一个人及其特征鲜明的立场。对任何人来说,这都应该是很痛苦的。这时候,我已经把出自 12 位作家的不同段落铭刻心底,在那些段落中,这句糟糕的话肯定会让我意识到自己犯下了一项或者更多的智识罪行;写下那些段落的绝不可能是一些毫无经验的年轻人:狄金森(Dickinson)、古德哈特(Goodhart)、坎特罗威茨(Kantorowicz)、考克雷克(Kocourek)、帕特森(Patterson)、庞德(Pound),等等,都是极具影响力的名字。



坎特罗威茨



罗斯科·庞德

我对《荆棘丛》第3页上的这样一个段落感到一种有悖情理的自豪,因为仅仅是这一个段落,就涵盖了18个引证,而其中每一个引证又都是一篇详尽的文章或者一部生动的著作。

回想起来,兴味盎然,这故事听起来更像是一个怪诞不经的闹剧。我想,这正是因为美国法理学论辩的方法、方式及伦理都已经发生了巨大的变化。在整个美国,正如在整个西方世界,法理学已经开始试图以其本来面目示人:露其菁华,掩其糟粕。令人感兴趣的是,自1932年迄今,卡多佐(Cardozo)始终沿着“现实主义”的路径辛勤劳作,就在那时,风暴已经席卷茶壶。*

关于著作

正如本书后记中表明并且阐释的,这不是一本我现在愿意写的书。我觉得其中存在不足,特别是未能在开篇便向读者呈现关于法律技艺、法律技艺对未来的法律匠人的价值、法律匠人对法律技艺的责任的理念。但是,至少可以温和地说:一个人必须学会的第一项法律技艺就是法科学学生的技艺;有鉴于此,也应该尝试赋予手写的讲稿以一定的形式与意义。

卡尔·N. 卢埃林

哥伦比亚大学法学院

1950年12月

* 这或许是指卡多佐1932年在纽约州律师协会发表的一篇演讲,同年他被任命为美国联邦最高法院的大法官。参见 Benjamin N. Cardozo, Address Before the New York State Bar Association (Jan. 22, 1932), in Benjamin N. Cardozo, *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Matthew Bender, 1947, pp. 7—46。——译者注

致谢

(1930 年版)

像这样一系列普通演讲中所表达的意见看法,顶多是一些大体上半真半假的观察。因而,脚注就显得无关紧要了。即便如此,就算是剽窃,也应该留下一些有意识的记录。如果提供的仅仅是一些观念,那么至少也应该说明都是谁的观念。

我主要借鉴了下面这些人的观念,一方面,是萨姆纳(Sumner)、埃利希(Ehrlich)、马克斯·韦伯(Max Weber)、维布伦(Webster)和尼古拉斯·斯皮克曼(Nicholas Spyckman);另一方面,是霍姆斯(Holmes)、科宾(Corbin)、庞德和卡多佐。在司法逻辑方面,则借鉴了沃尔特·维勒·库克(Walter Wheeler Cook)、奥利芬特(Oliphant)以及莫蒂默·阿德勒(Mortimer Adler)。我专门从昂德希尔·摩尔(Underhill Moore)那里借鉴了病理学案例的概念,还从奥格登(Ogden)和理查兹(Richards)那里借鉴了话语层次的周期性概念以及逻辑与说服之间的区别。在诉讼程序的重要性方面,我特别借鉴了奥利芬特和克拉克(C. E. Clark)的观点。关于先例原则的论述,我在其他地方还没有找到如此清晰的阐述,尽管我认为,在表述时,这对每一位律师来说都是显而易见的。关于律师在创设先例方面的作用,是伍德拜恩(Woodbine)给了我最早的提示。关于雪松锈菌案的论述,我是从帕特森(Patterson)那里借来的。当然,我也随意抄袭了我自己先前的“抄袭”。

在重新捡起我在《现实主义法理学》(*Realistic Jurisprudence*)^{*}中的论证线索时,应该先纠正一个似乎涉及该文目的的误解。这篇文章并不打算表达一个原创性的观点,也不打算阐明这样一个观点,我过去把它当作、至今仍然把它当作可以使用的普通道具。我从来没有承认这样的观点,而那些持有这样观点的人是众所周知的。但是,为了避免更深的误解,当我在这里再次使用这些观点时,先声明一点,我选择的行为进路主要依据下面这些人的工作——除了影响我辈的霍姆斯,以及让我特别受益的萨姆纳和马克斯·韦伯之外——科宾、库克、奥利芬特、摩尔、杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank)、约翰·杜威(John Dewey)、埃利希·康芒斯(J. R. Commons)以及博厄斯(Boas)学派;并且,在许多观点上,斯特奇斯(Sturges)、茵特玛(Yntema)、雷丁(Radin)、格林(Green)都在我之前,杰罗姆·弗兰克则与我并驾齐驱。特别值得提及的是宾汉姆(Bingham),因为就在其他知名法律学者仍然处在为免受规则约束而抗争的初级阶段时,他就已经开辟出一条密切相关的道路了。

杰罗姆·迈克尔(Jerome Michael)和史密斯(Y. B. Smith)非常热心,他们克服困难,挤出时间,通读手稿,检核错漏,特别是检核针对诉讼程序方面的材料,因为我对这个领域很不熟悉。

关于教育方法的观点,我想,应该可以追溯至约翰·杜威,杜威强调应该把生活中的效果当作研究的重点,尽管我的想法更直接地受到前面提到的那些人的影响。关于运用幻想、幻灭的方法以及采取任何行动的假设,我借鉴了伊丽莎白·桑福德(Elizabeth Sanford)的观点;此外,我还从她那里学会了如何写作。

* 参见 Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence—The Next Step*, 30 *Columbia Law Review* 431 (1930)。——译者注

在这里,本应该对很多人表达感激之情,却因为我的遗忘而无法一一致谢。实际上,本应该努力地一一想起,但我觉得,我不能再奢求这么多了。

卡尔·N. 卢埃林

目 录

前 言(1951 年版)	001
序 言(1930 年版)	003
致 谢(1951 年版)	005
致 谢(1930 年版)	011

第一部分 荆棘丛

第一讲 法律是什么	003
第二讲 判例制度:隐于判例之后	022
第三讲 判例制度:如何对待案例	048
第四讲 判例制度:先例	073
第五讲 船、鞋子与封蜡	095
第六讲 法学院提供了什么	131

第二部分 另一片荆棘丛

第七讲 法律与文明	157
第八讲 不止稻粱谋	174
第九讲 第二年	196
第十讲 日出之前	214
随之而来	232
后 记(1951 年版)	234
送你一片弗吉尼亚的阳光(译后记)	246