

西方法哲学文库

美国实用工具主义法学

[美] 罗伯特·S. 萨默斯 / 著
柯华庆 / 译

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

西方法哲学文库



美国实用工具主义法学

[美] 罗伯特·S. 萨默斯/著
柯华庆/译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

美国实用工具主义法学/(美)萨默斯著;柯华庆

译. —北京:中国法制出版社,2010.2

(西方法哲学文库/许章润,舒国滢主编)

ISBN 978-7-5093-1766-2

I. ①美… II. ①萨… ②柯… III. ①实用主义-法的理论-美国 IV. ①D909.712

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第030607号

著作权合同登记号:

图字:01-2009-3725

责任编辑 王兵

封面设计 李宁

美国实用工具主义法学

MEI GUO SHI YONG GONG JU ZHU YI FA XUE

著者/(美)萨默斯

译者/柯华庆

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850×1168毫米32

版次/2010年3月第1版

印张/12 字数/225千

2010年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-1766-2

定价:30.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

传真:66031119

编辑部电话:66022958

邮购部电话:66033288

本书作者亦是下列作品的作者：

Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code, with
James J. White

Teaching Materials on Commercial and Consumer Law, with
Richard E. Speidel and James J. White

Essays in Legal Philosophy, editor

More Essays in Legal Philosophy, editor

Law, Its Nature, Functions and Limits, with Charles G. Howard

Justice and Order through Law, with Gail Hubbard and A. Bruce
Campbell

The American Legal System, with John Bozzone and A. Bruce
Campbell

Collective Bargaining and Public Benefit Conferral—A Jurispru-
dential Critique

Het Pragmatisch Instrumentalisme

Pragmatischer Instrumentalismus und amerikanische Rechtstheo-
rie

献给多萝西
For Dorothy

西方法哲学文库

总 序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣摩法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，

人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢 谨识

孔诞两千五百五十二年，西元 2001 年秋

代译序

法律：工具、实用与实效

柯华庆*

美国人一般被认为是没有哲学头脑的，原因在于大多数人认为哲学是玄奥的。十四世纪逻辑学家奥卡姆提出著名的剃刀原理：“切勿浪费较多东西去做用较少的东西同样可以做好的事情。”同样，我们切勿用深奥的哲学去解释浅显的生活。简单既是自然界的法则，也是思维的经济原则，特别适用于信息爆炸时代。詹姆斯认为，哲学在人类事业中是最崇高而又最平凡的，我们每个人都有一种哲学。美国实用主义哲学就是这种平凡浅显而威力无比的哲学，她不仅仅能够给人带来精神食粮，而且还能烤出香喷喷的面包。美国的法律制度为大多数法律人所景仰，其背后的理念是什么？罗伯特·S·萨默斯（Robert S. Summers）教授在《美国实用工具主义法学》中首次将美国独特的法律理论

* 柯华庆，中国政法大学法学院副教授，法律经济分析中心主任。法律经济学网（www.law-economics.cn）创立者，实效主义法学倡导者。

阐释为实用工具主义法学，并且指出实用工具主义法学能够与自然法学、分析法学和历史法学派并驾齐驱。

—

实用主义哲学是美国实用工具主义法学理论创立的最重要智识之源。詹姆斯的哲学就是实用主义，而杜威则被称为工具主义的奠基人。实用工具主义法学主要关注法律的工具性和实用性方面。工具性主要体现在，法律规则和其他形式的法律制度本质上是被人们设计出来的经世济用的工具。该理论集中关注法律现象的工具性方面，例如，法律所服务于的目标的性质、种类和复杂性，实施法律的机构，法律中手段与目标之间的关系，法律的功效，法律的局限，等等。所谓实用，是关注法律的应用，研讨“行动中的法律”而非仅仅“书本上的法律”。实用工具主义理论提出法律与现实之间的交互作用，关注法律的应用对社会生活造成的实际影响，关注法律的总体效用，关注法律的局限性。（第21-22页）^① 对于法律的工具性与实用性的关注必然导致法律作为工具实现法律目标的实效性。

萨默斯所说的实用工具主义者指称一群二十世纪的美国理论家，他们包括奥利弗·温德尔·霍姆斯、罗斯科·庞德、约翰·杜威、约翰·奇普曼·格雷、卡尔·N·卢埃林、瓦特·威勒·库克、菲力克斯·科恩等人。不过，萨默斯特别强调，即使从未有人从事于实用工具主义，人们仍然可以构建一个实用工具主义理论，因为法律现象的某些基本层面就可以合理地概括为工具性

^① 本书英文版 *Instrumentalism and American Legal Theory*. Cornell University Press. 1982. 下文仅标页码者出处相同。

(instrumentalist) 和实用性 (pragmatic) 的。本书首要关注点并不是美国实用工具主义者, 而是一个关于法律及其应用的意义之深远且独具特色的实用工具主义理论本身。

在法治国家, 法律被人们顶礼膜拜, 好像法律就是目的。但是, 实用工具主义者所问的第一个问题就是: 法律在多大程度上是实现社会目标的工具? 实用工具主义者都认为, 法律本身不是目的, 所有法律形式本质上均是服务于目标的工具。庞德经常说“法律是工具, 而不是目的”, 而且“法律的生命寄于法律的实施中”。在卢埃林看来, 实用工具主义者视规则、法律为实现目标的工具; 且仅仅是工具; 且仅仅在作为实现目标的工具的范围之内才有意义。(第 71 页) 对于法律顶礼膜拜本身也只是实现法律的目的的手段。既然所有法律都是服务于目标的工具, 我们首先就要解决目标问题, 也就是价值问题。萨默斯明确指出, “缺失价值理论的法学理论是不完整的。法律规则和其他的法律形式不仅仅是形式的容器, 而是有实质内容的。当法律被创设和适用时, 它的内容必定被价值锁定。这些价值体现在法律自身的制定中, 体现在立法者、法官及其他公职人员为其行为辩护的理由上。价值理论勾勒出一个评价法律的标准。”(第 41-42 页) 任何价值理论都包含两个核心要素: 价值的概念和解决价值冲突的原则。实用工具主义者们大体追循了边沁、奥斯丁和詹姆斯的观点。首先, 所有关于社会的需求来自个体, 个体的需求与利益是具有价值的, 但在性质上没有区分, 即一个人的需求与另一个人的需求本质上没有差等。但是当这些需求发生冲突时, 应遵循一个功利主义的基本要旨: 以最少的成本满足最多的需求。也就是边沁的最大多数人的最大幸福。边沁认为, 立法者应以公共利益

为目标，最大范围的功利应成为一切思考的基础。了解共同体的真正利益是什么，是立法科学使命之所在，关键是找到实现这一利益的手段。^①

接着，萨默斯强调许多目标并不具有多大意义，除非其与被拟定的可行手段联系起来。可以说，手段就是这些目标的必要组成部分。目标与手段之间不可分离，工具必定是对某事物具有工具性。目标脱离了手段就如画饼充饥，手段离开了目标就失去了方向。所有法律规则和法律概念只是一种工具——实现目标的工具。为了使得工具有效地实现目标，大部分美国理论学家认为法律的手段和目标来源于特定的实际情况——时间、地点、环境、具体的需求，而不是法律工作者在处理实际情况时所引用的一般原则和抽象概念。（第22页）

实用工具主义的实用性就在于，它强调公职人员——特别是法官——的角色作用，而非仅仅关注规则和其他法律形式。从上世纪初，兰德尔等形式主义者主张有效法律只能在书本中找到。而实用工具主义者则主张任何被认定为有效的法律一定是依据行动中的法律构建出来的。庞德的著名论文《书本上的法律与行动中的法律》就很好表达了这一分歧。他声称书本上的法律经常不同于行动中的法律，一种真正现实的和科学的方法必须要考虑它们之间的区别。由于美国是判例法国家，对于行动中的法律的关注必然重视法官的作用。霍姆斯、庞德、格雷及其他人详尽地证明了法官可以而且一定要创设法律，尽管霍姆斯说他们仅应

^① 边沁：《立法理论》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社2004年版，第1页。

该“间隙性地”立法。(第 141 页)

形式主义者布莱克斯通认为法官不制定法律，他们只是搜寻和发现法律。法官应根据“直白涵义”来“字面地”解读法律。实用工具主义者对那种解释的本本主义予以谴责，相反，他们支持“目的性”或“目标导向”的法律解释。(第 154 页) 在实用工具主义者看来，法律方法问题就是在创设、解释、适用、修改有效法律过程中出现的问题。创设法律终究是用来达成目标的，如果法律不能顺应目标，就不能可靠地服务于目标，至少其不是真正的法律形式，或者说根本不认为其是法律。当实用工具主义者想到法律，通常会在脑海里呈现出，它至少是最小限度有效地促进其目的的。特定法律形式从整体上看是一种手段和目标的复合体。(第 72-73 页)

萨默斯还特别指出实用工具主义法学形成的时代背景和目标。实用工具主义者认为，社会立法与自由放任主义和社会达尔文主义完全背道而驰。社会立法实际上意味着一种改良运动。美国实用工具主义法学家主要产生于 1890 年至 1920 年，也就是所谓“进步运动”时期。进步分子并不是激进社会主义者，但他们相信：被大企业、信托机构、政治大亨的集中政权所腐化的民主一定会复兴；选举权应当扩大，特别是普及到妇女；产业应当被规制和调控；贫穷和老龄化应得到缓解；工人应当被保护；应当采取措施保护自然资源。由于进步论者和他们的先驱不可忽视的作用，众多旨在达致进步主义目标的法律得以颁布，如《谢尔曼反托拉斯法》、《洁净食品和药品法》、关于参议院普选的第二十七次修正案、扩大妇女选举权利的法律等。萨默斯认为，美国实用工具主义在进步主义时代扎下根来不足为奇；实际上，但凡

进步主义者所表达的法律理论几乎必定是工具性和实用性的。甚至，进步主义的榜样力量——视法律为实现社会目标的工具并广泛运用之——引领了法学理论者运用相同的术语构建法律，抵制形式的、静止的、保守的有关法律本质的概念。（第 23 页）

二

如果我们论证了法律目标是合理的，而法律制度只不过是实现目标的工具，那么我们应该追求的是通过具体法律制度实现法律目标的实际效果。官方和公众必须根据实际效果来判断法律的应用情况，即看法律在多大程度上实际服务于最初设定的目标，这是实用工具主义者一直以来的口号。罗斯科·庞德指出，“应该研究……法律制度和法律学说的实际社会影响，……以便促使更有效地实现法律目标。”库克也强调说：法律规则的价值只由其所产生的效果来判断，也就是说，在其尽可能的范围内，确定它是否促进或阻碍了所追求的目标的实现。要完成这些，我们必须清楚一段特定时期内所追求的目标是什么，以及所选择的法律手段是否真正保障了这些目标的实现。（第 239 页）杜威则明确宣称法律应用之成败的判断标准“孕育在后果之中，我们必须调查法律规则所引起的后果。”事实上，这正是实效主义哲学创始人皮尔斯所追求的。皮尔斯曾说：“考虑一下我们的概念所设想的对象具有什么样的、可以想象的、具有实际意义的效果。于是，我们对这些效果的认识就是我们对于这些对象的完整概念。”通过这种方法，法律的预测理论按照法律对于将来可能的经验之影响，即以法院未来行为的形式发生的实际效果，来建构法律。（第 121 页）皮尔斯是一位实验科学家，所谓“皮尔斯原则”就是其用实验科学方法解决哲学问题的尝试。根据大多数

美国工具主义者的观点，法律行为、法律裁判、以及法律都应根据其产生的效果来进行评判。对现实后果的关注标志着一种进步。为形式主义所浸染的法官和法学教育者在评价现行法律和提议新法律时，只看其是否与过去法律和谐一致，而不去衡量其是否能达到预期的理想后果。他们倾向于把法律看作是自足的体系，也即无论怎样都能自我证立。因而，他不需要依靠任何外在标准来判断，更不必说依靠结果的好坏。实用工具主义者对后果的关注导致了后果导向功能主义（result-oriented functionalism）的诞生。（第 53 页）因此，几乎所有的实用工具主义法学家都倡导“科学地”制定和实施法律。霍姆斯曾说过“理想的法律体系应该是从科学中汲取假定条件和立法理由”。^①许多工具主义者把法律的运用看作是在社会这个大实验室中加以经验性检测的假设命题，创造一个关于法律及其功效的经验科学。十九世纪末到二十世纪初的技术进步强化了工具主义者认为人类可以通过努力改变社会秩序的观点。实用工具主义者几乎一致主张，法律是一项技术，被社会工程师用以实现社会目标的技术。法律和政府如同“工具”、“机器”、甚至是“发动机”，法律被视为一种“技术”，法律公职人员犹如“社会工程师”，法律的运用类似“社会工程”。（第 28-30 页）

实用工具主义的独特贡献在于重视科学和技术对于社会秩序的关系。例如，杜威号召“科学调研方法的应用、发明创造中的工程思维以及深远的社会规划”，强调社会科学与社会进步的

^① Oliver Wendell Holmes, Jr., “Learning and Science,” in Oliver Wendell Holmes, Collected Legal Papers (New York, 1921), p. 139.

关联性。为此，杜威创立了一套包含形式和内容的“新逻辑”，也就是用于研究法律及其他社会决定和行动效果的“探效逻辑”（logic of inquiry）。（第 33 - 34 页）

在实用工具主义法学家看来，法律就是一种社会应用技术，法律人就是社会改良工程师。法律的制定应该符合科学规律。实用工具主义者认为造法者需要了解经济低效率、官员腐败、超长时间工作、允许不洁食物和药物进入市场等实际情况的原因。而且最好，如果社会科学方法得到最为严格的实行，解释这些社会问题的社会因果关系的规律就能科学地得到确定和揭露社会因果律。具有社会因果关系的规律的一般模式是：“如果某种条件被满足，则某种特定效果将必然出现或以某种特定的频率出现。”造法者们可以依赖法律中的社会因果关系和法律因果关系来预测法律手段的效能，核算相应成本和收益，最终选择更恰当的手段目标组合付诸实施。（第 88 - 89 页）在萨默斯写作本书时，在法学院，社会科学，特别是经济学，已经显示出繁荣昌盛的局面。很多社会学家在法学院任教，经济学者们不仅传授科学，还传授一种功利价值理论。但是，在萨默斯写作本书之时，法律经济学的发展还处于刚刚起步阶段，萨默斯认为，法律对于实效（actual efficacy）的追求是有限的，在第 12 章“有限的功效”中，萨默斯明确指出，“在美国工具主义理论学家未完成事业的议程上，法律有限功效的本质值得占有重要的一席。时至今日，我们还没有关于法律有限功效的普遍认知和理解。”（第 258 页）法律经济学经过五十年的发展已经取得瞩目的成就，发展到法律博弈论和行为法律经济学阶段。可以说，法律博弈论和行为法律经济学实现实用工具主义法学到实效主义法学的转变。

法律经济学的逻辑遵循探效逻辑。探效推理最重要的特点是推理附属于目标，规范与实证、目标与工具之间不可分离。在对待法律与立法的关系上，我们要考虑法律是不是社会欲求的和有效运行。现有的法律或者立法是不是社会欲求的？如果是社会欲求的且有效运行的，让它维持现状。如果是社会欲求的但并不有效运行，那么看看能不能通过具体的操作手段实现，如果不能的话那么这样的法律或者立法尽管是社会欲求的但是不现实的，只有废弃掉。如果现有的法律或立法是社会所不欲求的，我们自然希望改变，立出社会欲求的法律，关键在于这种社会欲求的立法能否通过具体的立法使其实现。所以，我们在考虑不管是现有的还是未来的法律或者立法，不仅仅要考虑该法是不是社会欲求的，更重要的是，要考虑其能否操作实现。目标、工具与效果是三位一体的。只有这样，社会才能通过立法进步。

工具的好坏直接与效果联系在一起，由效果来检验。杜威区分了两种效果：一种是实际的效果，另一种是预期的效果。所以要看实际的效果与预期的效果符合不符合。^① 仅仅重视法律的预期效果会使得我们的法律只是“书本上的法律”，法律家大脑里的法律，仅仅重视实践的法律是“行动中的法律”，忽视了我们人类的理性能力对未来的把握。怎么使得“书本上的法律”与“行动中的法律”一致，要求我们的理性认识从操作层次实现理性目标。人类对过去的认识是为了预测未来，但效果如何要由实践来检验。通过立法来实现社会目标的关键在于其实效性，也就

^① 杜威：《试验论理学》，载袁刚等编：《民治主义与现代社会——杜威在华讲演集》，北京大学出版社2004年版，第338页。

是说，立法实施后能否达到其预期目标。法律经济学通过假定人是理性的来达到这一点。理性的人守法和违法都是基于成本与收益的计算。我们设计法律时要考虑到怎么实现社会福利最大化，也就是社会欲求性。通常法律的主体是多个，他们面对法律有一个博弈的过程。

工具主义的“理性人”假设是：目标选择先于行动的选择，行为与目标一致。霍姆斯说：“如果你想了解法律而不是其他什么东西，那么你就一定要从一个坏人的角度来看法律，而不能从一个好人的角度来看法律，因为坏人只关心他所关心的法律知识能使他预见的实质性结果，而好人则总是在比较不明确的良心许可状态中寻找他行为的理由——而不论这种理由是在法律之中还是在法律之外”。^① 这里的“坏人”实际上就是经济人，由经济人假设，守法与违法都是为了利益，为了实现效用最大化。当一个人的违法预期所得超过守法的预期所得时，经济人就会选择违法。按照邓小平的说法，好的制度能使坏人变好人，而坏的制度能使好人变坏人。好法律的前提假设是“坏人”，就是想破坏该规则的人，其动机是利益驱动，立法机制就是使这种人破坏该规则的所得小于其所失。当他是一个理性人时，他就会遵守该好规则。由此，经济学提供了一个行为理论以预测人们如何对法律的变化作出反应。在人是最大化自身利益的假设下，就可以解决法律规则下的行为人是否与经济行为人具有相同的行为方式的问题。法律经济学通过一个基本的类比来使法律规则下的行为人具有与经济行为人一样的行为方式，即将法律规则体系类比为市场

① 霍姆斯：《法律之道》，载《环球法律评论》2001（秋季号）。