

美国法的形式主义 与实用主义

〔美〕托马斯·格雷 著

实践法史与法理丛书 〔美〕黄宗智 田雷 选编

美国法的形式主义 与实用主义

〔美〕托马斯·格雷 著

实践法史与法理丛书 〔美〕黄宗智 田雷 选编

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国法的形式主义与实用主义/[美]托马斯·格雷著;
[美]黄宗智,田雷选编. —北京:法律出版社,2014.9
ISBN 978-7-5118-6805-3

I. ①美… II. ①托…②黄…③田… III. ①法律—
美国—文集 IV. ①D971.2-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第204359号

美国法的形式主义与实用主义	[美]托马斯·格雷 著	责任编辑 高山 李峰云
	[美]黄宗智 田雷 选编	装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2014年12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 三河市龙大印装有限公司

印张 17.5 字数 250千

印次 2014年12月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6805-3

定价:40.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

美国法的形式主义
与实用主义

作者简介



托马斯·格雷 美国当代杰出的法理学家，先后毕业于斯坦福大学（1963 年）、牛津大学（1965 年）和耶鲁法学院（1968 年）。格雷教授从 1971 年开始执教于斯坦福大学法学院，自 1990 年起担任斯坦福法学院斯韦策法学讲席教授，直至 2007 年荣休，荣休后投身鸟类摄影。格雷教授著述等身，围绕着霍姆斯大法官与兰代尔院长，对美国现代法律思想的形式主义、实用主义和现实主义进行了深入的论述。而他由“不成文宪法”出发切入美国宪法的历史和理论，也已成为经典命题。格雷教授是美国人文科学院院士，在全职进入斯坦福法学院任教前，曾担任联邦最高法院瑟古德·马歇尔大法官和联邦巡回区上诉法院斯凯利·赖特法官的助理。自 2002 年起，特别是在荣休后，格雷教授成为了一名有着专业水准的摄影师，足迹遍布斯坦福所在的旧金山湾区，甚至远至北美大陆和世界各地。

译者简介

(按翻译文章在书中出现顺序排序)

田雷 重庆大学人文社会科学高等研究院副教授。香港中文大学政治学博士(2008年),耶鲁大学法学院法学硕士(2010年),哥伦比亚大学法学院艾德华访问学者(2008~2009年)。主要研究领域为美国宪法史、中国宪法与政治、香港基本法。主编“文字斋·雅理译丛”、“布鲁斯·阿克曼文集”,担任《政治与法律评论》、“政法:中国与世界”、“法政文丛”编委。曾出版译著多部,近期作品有《我们人民:转型》和《看不见的宪法》。

许可 对外经济贸易大学法学博士生。平素以实践和理论互动为志业,以法律与经济交错为旨趣。曾在《政法论坛》、《法学家》、《法制与社会发展》等学术刊物发表论文数十篇,近期出版译著《所罗门之结:法律能为战胜贫困做什么》。

屠凯 英国爱丁堡大学法学博士,现为清华大学法学院助理教授。主要研究领域为特别行政区制度、民族区域自治制度、新分析实证主义法学和中国传统法律思想。担任《历史法学》等刊物编委。本文翻译得到清华大学法

学院陈志瑜同学的帮助,特表感谢。

陶菁 中国人民大学法学博士,现为福州大学法学院讲师。主要研究方向为法理学、西方法律思想史。曾担任《朝阳法律评论》执行主编、《中国梦与法学研究——法律实践》执行主编、“中国法理网”编辑。

王珏 重庆大学法学院博士生,主要研究领域为侵权法、法经济学和法律与文学。

编译者说明

《美国法的形式主义与实用主义》，为美国当代杰出的法理学家托马斯·格雷先生的文章精选集。托马斯·格雷早年毕业于耶鲁法学院，自1971年起任教于美国斯坦福大学法学院，已于2007年荣休。此次应黄宗智教授的邀请，格雷教授从他关于美国法律/法学实用主义的论述中选择了五篇最具代表性的论文，结成文集。更难得的是，格雷教授还特别为中文读者撰写了文集的序言，同时借此编辑过程整理了其学术生涯的论著目录，这些都为中文读者理解格雷教授的学术思想以及更一般意义上的美国法实用主义提供了宝贵的智识地图。

在文集篇目基本确定之后，黄宗智教授邀请了五位青年学者担任此次翻译工程的工作者，她/他们分别是田雷、许可、屠凯、陶菁和王珏，首先由每一位译者各自完成所承担篇目的翻译或初译工作，接下来由本书另一位编者田雷负责文集的校对、统稿和编辑。而在这项中译工作的进行过程中，经黄宗智教授的安排，Brill出版公司推出了格雷文集的英文版（即 Thomas Grey, *Formalism and Pragmatism in American Law*, Brill, 2014），收入黄宗智教授在该出版社主持的“实践社会科学”书系（The Social Sciences of Practice）。

在中文版的《美国法的形式主义与实用主义》即将由法律出版社推出之际,特别有必要指出,虽然 Brill 出版公司的英文版问世在先,但文集的中文版却并不是根据 Brill 公司的版本译出的,文集所收入的篇目皆由格雷教授直接做出版权授权,译者根据所承担篇目的原版论文译出了中文稿,而编者也是在此基础上进行了相应的编译工作。不仅是基于版权原因,同时也是为了中文读者阅读以及进一步阅读的便利,中文版格雷文集的页边码对应的是这些论文原初刊发时所载的期刊页码,因为读者可以通过电子数据库比较容易地取得这些期刊论文,在此特别提醒读者注意本书页边码的标注方式。

本书编译者特别感谢格雷教授接受我们的邀请,从退休状态中短暂重返学术创作状态,特别为中文读者编排篇目和撰写导言。感谢法律出版社对本书出版的支持,特别是高山编辑为本书出版所付出的工作。

中文版序言

本书的启动起始于黄宗智教授同我的联系,他提议安排我的论文选编的中译和出版。我一度好奇,我的论著大部分都是关于美国法的,它们能否对中文读者有所裨益。但考虑到黄宗智教授在他杰出的学术生涯内对两个法律系统都有深度参与,我认可了他令我荣幸备至的判断,中文读者应当认真对待我的作品,我也特别感谢黄教授做出了必要的安排。于是就有了这本我的论文选集,而我也为此写下了这篇序言。

黄宗智教授 2007 年的论文《中国法律的现代性?》,^[1]让我得以理解,为什么他认为中国的法律研究者和学者可能会对我的这些论著产生兴趣。黄教授的文章,以一系列具有示范意义的案例研究为例,生动地总结出过去一个世纪内西化论者与本土传统论者在中国法理路线上的斗争。文章也回答了其标题所提出的问题,主张走向中国法律之未来的最佳道路,在于接受各学派在相互竞争条件下的共存,而不是任何一派学说的完胜。为了证成这一建议,黄宗智教授援引了他在美国现代法律思想和实践中所发现的一种可比的发展。“如果美国法律的现代性在本质上在于其古典正统和

[1] *Whither Chinese Law?*, 33 MODERN CHINA 1 (2007).

法律实用主义的共存,那么中国法律的现代性本质上很可能就是在西方形式主义与中国实用道德主义之间的共存。”^[2]

我本人的学术生涯,很大部分都在致力于论述 19、20 世纪美国法律思想中的古典正统与实用主义。在收录于此的两篇论文中,分别是《兰代尔的正统》(1983)和《霍姆斯与法律实用主义》(1989),^[3]我努力尽可能地准确且系统地去记述这些法理的趋势。如果被视为趋势,它们很容易被认为是彼此间紧张的,正因为如此美国现代法律思想的历史就是一种对它们持续斗争的叙述。

同时,我也主张,法律实用主义,如果根据小奥利弗·温德尔·霍姆斯表述的法律理论,与约翰·杜威的一般实用主义哲学相和谐,作为一种法律学说,就支持着黄宗智教授所说的美国现代法律的“本质”,也就是古典趋向与实践且灵活的实用趋向的“共存”。为了避免术语的混乱,我倾向于以“法律实用主义”这个概念去指称这一普遍的法理叙述,以此为两种相互竞争的趋向留下空间。而我分别以形式主义与法律现实主义去标签这两种趋向。因此,古典正统作为一种法律学说,它试图让全部的法律领域都服从形式主义者趋向。(我认为,中国在引入德国民法典这个欧洲古典法律科学的集大成者时,所感受的就是某种如同此法律学说的理论的影响力)而在我看来,这种普适的形式主义不可能成功地成为一种普遍性的法律叙述,但也要承认,它背后的驱动力量,让法律变得体系化和可预测的动力,是任何成功的法律系统所必需的一个面向。

我对法律实用主义的理解追随着霍姆斯,其学说内核将法律理解为一种在如下两种意义上是实践的事业。第一,法律是“由实践所构成的——语境化的、嵌入性的,植根于共享的期待内”;第二,法律是“工具性的,一种实现社会所欲求之目标的手段,可加以调整以服务目标”。^[4]第一种意义强调的是实践,代表着法理学的历史学派;第二种意义强调实用

[2] *Whither Chinese Law?*, 29 MODERN CHINA 1 (2007).

[3] 1983, 1989. 参见本书附录 1 的“托马斯·格雷论著目录”,论著目录的格式为文章的具体发表年份加上完整的引用信息。我在序言的脚注内仅引用文章发表年份,读者如要获取原始文献,请参阅本书附录 1。

[4] 1989 at 805.

性,代表的是分析—功利主义学派。它们在 19 世纪被认为是相对立的学说进路,但正是霍姆斯洞察到,两者之间是伙伴而非对手关系,每一学派都陈述着关于法律重要但却不完整的真理。因此霍姆斯所推动的法律实用主义是一种“综合”(both-and)而非“取舍”(either-or)的理论——它综合了历史和分析法学,法律既是由过去的实践所引导的,又以一种实用精神去期待着未来的结果。

历史法学认为,法律是建基于习俗以及共同体的社会规范的,它们代表着集体经验的智慧,因此不太可能为理性主义者的法律重构方案所改进。分析法学将法律视为由当下的立法主权所表达的命令,该主权既有权力也有义务去摆脱过去的死人之手,自觉地塑造法律,以实现当下以及未来的最大多数的最大幸福。霍姆斯曾有一句典型的格言:“与过去的历史连续性并非一种义务,它只不过是一种必然”,这句话反映出霍姆斯对这两种路径的综合,强调了历史法学的描述力和分析功利主义的规范力。^[5] 尤其是在历史剧变的时期内,自觉的改革是一种对愈发落后之传统的根本矫治,但是社会生活的复杂性又使得我们不可能从头开始去重建一整个法律系统。

如果我对黄宗智教授的理解是正确的,在此可以认为,那些主要汲取本土资源去发展中国法律的人们是历史法学的继承人,而那些主要面向西方去追求法律进步的人们则令我们想到作为边沁之追随者的功利主义改革者。如果这一判断可以得到大致承认,那么黄宗智教授劝诫中国法律人接受甚至是迎接这两种路径的并存,就让我们想到作为“综合”而非“取舍论”的倡导者的霍姆斯。

在收入本书的有关兰代尔和霍姆斯的文章内,我努力由历史材料出发去建构起两种理想类型的法律思想,分别是古典正统的纯粹形式主义和法律实用主义的总括实用性。^[6] 而在本书的另三篇文章内,我致力于研讨宪法、财产法和侵权法这三个主要法律部门内更大的概念结构。

[5] 同上,第 807 页。

[6] 我其他论文讨论霍姆斯的实用主义,有 1992、1995、1997 和 2000b;还有一些论文讨论与霍姆斯思想无关的法律实用主义是 1991c、1996b 和 2003。

在《我们是否有一部不成文宪法?》一文内,^[7]我论证了虽然此问题的常规答案是“否定”的(英国有一部不成文宪法,美国人有一部成文宪法),但一种肯定的回答可以更好地符合美国实践的现实。当然,我们美国人确实生活在一部成文宪法之下,它在1789年得到通过并自此后有过27次的修正,而且我们承认该成文宪法自我宣布为“国土上的最高法律”。^[8]但是,我们还有一部不成文宪法去补充着这一最高的成文宪法,此不成文宪法是由建国文件所授权或至少为其所承认,并由我们的法院在两个多世纪内通过一种普通法的过程发展而成。

当美国法院基于立法侵犯了根本权利而推翻制定法时,特别是当相关权利从来未曾得到原初宪法文本以及其后修正案所正式表述或保护时,不成文宪法就得到了最生动的自我呈现。案例包括私隐权以及在性私密事务内的选择自由,它们在成文宪法中无迹可寻,但在过去半个世纪内,确由法院援引去废止禁止避孕、堕胎和同性恋性关系的法律。

这篇论文(以及我讨论不成文宪法问题的其他文章^[9])呼应着实用主义法律理论,共同批判了普遍化的形式主义,同时也强调实践以及实用理性作为根本法律规范的根源。过去半个世纪以来,美国宪法的形式主义路径体现在文本主义和原旨主义的相关理念内。文本主义者相信宪法规范的唯一正当渊源就是已制定的宪法文本。原旨主义进一步主张,广义并且有弹性空间的宪法条款,它们的含义要根据原初制宪者和批准者对它们的理解来加以确定。

两种持续的实践与它们针锋相对,首先是法院对未成文宪法限制的表达和执行,其次是广义用词之宪法条款的调适式解释,它们都是通过进化式的普通法方式的裁决而得以展开的。关于这种普通法式的“活宪法”,一种常例性的实践理据在于,如果美国的立宪政府是要可运作的,如不成文宪法此类的机制就是必需的。这个国家以及它的宪法都是古老的,正式的宪法修正案又极其困难,同时时移世易,因此宪法

[7] 1975.

[8] 美国宪法第六条。

[9] 参见1978、1984、1988a、1988b。

发展必须要有一定的空间,不仅要有修正案的轨道,还要有解释性的调适。

这样说来,我关于不成文宪法论述的要旨,并不是说它的正当性是不可辩驳的;在宪法条款之调适解释和严格解释之间的辩论,每一代人都会上演。而我们最为确立的实践之一就是,这些相互对立的解释态度在持续的张力内彼此共存。

《财产权的解体》一文^[10]主张,无论在普通法系还是大陆法系的世界内,财产法作为一个主要的法律分支,因为其内部的逻辑紧张正在失去它的融贯性,而发达资本主义和信息时代所特有的经济技术发展也加剧了这种趋势。这种融贯性的丧失意味着财产权的衰落,不再是我们法律系统内至关重要的一种操作概念。

在财产法的古典期,它的组织是以绝对所有权的范式为中心的,众所周知,布莱克斯通曾将绝对所有权界定为“一个人对世上外在物品所主张并行使的独占和专断的支配权,且有权完全排斥世上其他任何人的权利”。^[11]这反映出一种流行的财产观念,它在今天仍有相当的说服力——这是我的,不是你的或者他的,因此这就意味着我可以任意进行处分。

在18世纪那种小农场主和业主的经济内,大量甚至是大多数财产大致都能归入布莱克斯通的描述。但是,在布莱克斯通的定义内,“独占和专断的支配权”和“外在物品”都对基于所有权的财产观念造成了内在融贯的问题。

首先,布莱克斯通的支配权如要是专断的,看起来就必须包括完整的处分自由,可以是完全的,也可以是部分的。一位所有权者可以占有并且使用他的财产,也可将财产出售,赠予他人或者放弃。但是他也可以便利地去处理一部分而非全部的所有权。他可以将财产出租,实际上就是在有限时间内出售财产的占有和使用权利。他还可能想要出售特定使用的权利,比如其土地上的放牧权或者地下矿物的开采权。他还可以出售他所有权的50%,或者将那所有权转移给一个合伙或者公司,让他自己成为

[10] 1980a.

[11] 1980a at 75.

一位合伙人或股东。这就意味着,一位所有权人的完全处分自由,就包含着该对物所有权在时间维度内、在各项用途间以及在不同利益相关方之间的一种几乎完全的分解。美国的法律现实主义者正是基于这一洞见,才提出了财产权的“权利束”观念,不再是所有权人对一物体的独占支配,而是在不同人之间对一物体的多项权利和义务。权利束要多大才能构成所有权?任何回答看起来都必定是恣意的,因此完全所有权的理想已经失去了它的一些力量。

其次,为什么财产权只能适用于“物”,即实物对象呢?在一个成熟的市场经济中,越来越多的财产都是无形的:“公司的股票份额、债券、各种形式的商业票据、银行账号、保单”,我在1980年曾做以上列举。我当时还事后增补了一些内容:“更不必说更神秘的非实体物,比如商标、专利和版权……”过去数十年以来,信息经济的超常规增长,已经让知识产权完全不再神秘,日益成为一种最重要的财富形式。

“对物所有权”的范式失去了它的核心地位,结果之一就是在法律专家之间财产话语的碎片化,我在文章中曾详加论述,法律专家们现在正在以种种方式去区分财产权和其他权利。这些方式彼此间相互冲突,基本上已完全不同于对物的独占和专断的支配权。财产权概念的多元碎片化就要求我们去认真对待如下的问题,我们何不完全摒弃“财产权”作为我们法律话语中的一个主要概念。

《事故/偶然的侵权》是我近期的一篇文章,也是我就这个学术生涯始终讲授的科目所写的唯一文章,此文分析了侵权在19世纪晚期作为一个基本法律范畴在普通法世界内的出现。这篇文章展示出了法律实用主义的两个重要特征:第一,不同于许多法律现实主义者的主张,法律的概念结构具有真实的实践意义;第二,法律的概念结构,一旦得到普遍接受并成为讲授法律的框架,看起来似乎就是必然的,组织我们法律知识的唯一合理方式。但是,这经常并不是事实。侵权在今天被普遍承认为一个主要的法律分支,就是这方面的一个好例子;它本有可能从未变为一种基本的法律范畴,而它在未来也有可能不再是基本范畴。法律的结构更多的在于其历史性和传统,而不是自然的和永恒的。

我在该文中研讨了1870年至1890年这一时段,正是在此阶段,美国

和英国民事程序的改革废除了陈旧的普通法诉讼形式(form of action)。而这些新近被废除的诉讼形式曾是用以组织起法律知识的主要范畴。这就刺激该时代最伟大的法律心灵开始工作,去创造一种有关实体法律范畴的新分类。这些范畴将提供入门法律学习的科目,同时构成组织性的标题,索引编写者据此可以对案例和立法这些权威法律材料进行归类,评论者可以识别并且组织起阐释这些材料的学说。法律人因此将会认为法律天然地就是存在于这些分支内的。

一种共识渐渐出现:刑法、财产和合同将是基本的范畴;它们被设定为美国精英法学院内的一年级课程。关于这些科目也都已有了公认的专题论述(treatise),而案例书(casebook)作为教学工具也很快得到编撰。侵权法作为一个候选者,也有可能与它们一起成为一个基本的法律部门,但侵权法的地位被认为还有待探讨。

霍姆斯就是这样一位年轻的法律知识人,他有志于进入为实体法律提供一种概念学说结构的事业。在他看来,这一事业是实践性的,同时也是他所说的“哲学的”;最好的范畴体系对法律的归类可以最好地揭示出法律的性质和内容。起初,霍姆斯否定侵权法可以成为基本的法律分支,他曾写到侵权“并不是一本法律书的适当题目”。^[12]但是他后来又改变了主意,两年后发表了一篇题为《侵权法原理》的论文,概述了此领域的一种概念结构,其大部分我们直至今日仍沿用。

罗马法和大陆法的学说更倾向于将侵权作为一种基本范畴,但是边沁和奥斯丁的分析法学——霍姆斯以及那同代的年轻人所认定的最高级的法律思考形式——却反对这一结论。根据他们的观念,侵权不可能成为一种实体的法律范畴,而只能是一种救济式的范畴,包括了损害赔偿作为法律回应的过错行为。但也并非覆盖了所有的过错行为;合同法补充了界定违约过错的实体法律,因此提供了作为标准救济的损害赔偿。正是因此,侵权作为一种笨拙的总括式范畴,显然是缺乏融贯性或实践意义的:关于那些并非起因于合同的过错的民事责任法。

霍姆斯起初相信这种论述,但是他逐渐认识到,有些民事诉讼所基

[12] 2001 at 1232.

于的实体法律,并未被刑法、合同或财产包括在内:这些诉讼涉及一个人非故意地对另一个人造成的人身伤害或者财产损害。霍姆斯的洞见在于,有一个单一的法律概念,围绕着它可以去建立起一种治理事故伤害的融贯的法律体系,这个概念就是过失,或者说是未能行使常规注意的过错。

在此之前,侵权的论述者通常将直接侵害之诉作为他们的范式,它支配着有关袭击和殴打的诉讼。这些故意侵权大多还都是犯罪,事实上,刑法已经提供了支配这些概念的实体法律。但是,过失,虽然被认为是一种过错行为,但却是罪责最小的可归责行为的形式,极少被认为是犯罪。赔偿损失的诉讼,已经为由常规过失所造成的损害提供了常规的救济。而根据霍姆斯的表述,侵权中的过失概念并不是一种应予责难的主观心理状态——疏忽大意,而是任何未及合理安全之标准的行为。

霍姆斯因此将过失的客观概念置于侵权法领域的核心,包括了大量的案件。此概念还辅以两个重要性更小的侵权次级范畴。在更具责难性的方面是故意侵权,比如袭击和殴打,这些严重的过错行为不仅是侵权,而且通常构成了犯罪,因此不仅要有民事诉讼中的损害赔偿,还有惩罚赔偿。在责难性更小的方面是一个由霍姆斯创造的范畴,取自于零落分散的普通法先例,这就是高危活动的严格责任。因此,在市镇上储藏炸药的行为本身并非是过失的,但是基于公共政策的理由,炸药的爆炸将让被告人承担起损害的侵权责任,即便无法证明疏于合理注意的任何特定过错。

霍姆斯围绕着过失去建设侵权法的理念,开始得到普遍接受,至少部分是因为在他本人论述侵权问题时不曾提到的一个现实因素。数世纪以来,因过失造成的事故伤害的责任已经存在,但所形成的只是一些零星的案例。但是工业革命意味着,就在霍姆斯写作的同期,涉及有清偿能力的被告的事故伤害正在大跃进式地增长,在此时期,铁路、有轨电车以及机器工厂的快速成长越来越多地夺去了乘客、游客和工人的生命,这也导致了那些以提起或辩护事故伤害诉讼为生的律师人数的同样迅速增长。

在霍姆斯关于侵权法的全部早期论述中,没有证据表明,他是因为身边工业事故的激增才开始以过失诉因为中心去建设侵权法。霍姆斯甚至可能并未意识到这一社会现象。终其漫长的职业生涯,霍姆斯在他广泛