

国家“十一五”出版规划重点图书

西方著名法哲学家丛书（第二辑）

吕世伦 徐爱国 主编



卢埃林： 书本法不同于现实法

付池斌◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

国家“十一五”出版规划重点图书
西方著名法哲学家丛书（第二辑）
吕世伦 徐爱国 主编

卢埃林： 书本法不同于现实法

付池斌◎著

图书在版编目(CIP)数据

卢埃林:书本法不同于现实法 / 付池斌著. -- 哈尔滨 :
黑龙江大学出版社, 2010. 6

(西方著名法哲学家丛书/吕世伦,徐爱国主编.第2辑)

ISBN 978 - 7 - 81129 - 278 - 7

I. ①卢… II. ①付… III. ①卢埃林, K. N. - 法哲学 -
研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 087882 号

书 名	卢埃林:书本法不同于现实法
著作责任者	付池斌 著
出 版 人	李小娟
责 任 编 辑	孟庆吉 国胜铁
出版发行	黑龙江大学出版社(哈尔滨市学府路 74 号 150080)
网 址	http://www.hljupress.com
电 子 信 箱	hljupress@163.com
电 话	(0451)86608666
经 销	新华书店
印 刷	哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本	880 × 1230 1/32
印 张	8.5
字 数	175 千
版 次	2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978 - 7 - 81129 - 278 - 7
定 价	28.00 元

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家的思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008 年 12 月

目 录

导论:真实的卢埃林	1
第一章 与众不同的早年生活	7
第一节 出身名门	7
第二节 家庭变故	10
第三节 早年留学	15
第四节 参加世界大战	20
第二章 出类拔萃的青年才俊	26
第一节 就读法律名校	26
第二节 担任《耶鲁法学杂志》主编	34
第三节 加盟“国民城市银行”	39
第四节 喜结良缘	43
第三章 现实主义法学的提出	46
第一节 现实主义法学的真正出处	46
第二节 卢埃林的艰辛探索	51
第三节 现实主义法学提出后的反响	60
第四章 与庞德的法理论战	65
第一节 卢埃林与庞德的关系	65
第二节 庞德当时的地位及其影响	71
第三节 论战的理论储备	78

第四节	点燃论战之火	83
第五节	庞德对现实主义法学的批判	93
第六节	卢埃林对庞德院长的回应	98
第七节	论战的结果	107
第五章	卢埃林的现实主义法学观	114
第一节	规则不确定论	114
第二节	“规则不确定论”的内涵	116
第三节	“规则不确定论”所揭示的“真”	120
第四节	对“规则不确定论”的评价	126
第六章	引领现实主义法学运动	129
第一节	开启现实主义法学运动	129
第二节	形成现实主义法学研究的两个中心	137
第三节	促成与“罗斯福新政”的靠拢	152
第四节	推动美国战后法学新发展	162
第七章	担纲起草《美国统一商法典》	176
第一节	《美国统一商法典》简介	176
第二节	《美国统一商法典》的立法背景	179
第三节	卢埃林 15 年的艰辛付出	182
第八章	卢埃林的主要论著	187
第一节	《法理学:现实主义法学理论与实践》	187
第二节	《普通法传统》	193
第三节	《荆棘丛》	199
第九章	现实主义法学的地位及其影响	203
第一节	美国 20 世纪最重要的法理学运动	203
第二节	批判法学对现实主义法学的继承与发展	210
第三节	新现实主义法学的复兴	222

第十章 后人对卢埃林的评说	228
第一节 美国法律辞典中的评说	228
第二节 百科全书中的评说	232
第三节 反现实主义法学家的评说	237
第四节 我国法学界的评说	241
参考文献	249
后 记	255

导论:真实的卢埃林

卡尔·尼克森·卢埃林(1893—1962),这位美国20世纪著名的法学家、现实主义法学的创立人、《美国统一商法典》的担纲起草人,其名声、地位和影响,与霍姆斯、卡多佐、庞德等法学家并驾齐驱,在美国被评为20世纪最有影响力的“四大法学家”之一。

由于我们对美国现实主义法学了解甚少,缺乏系统、完整的研究,仅仅是从别人的简单介绍中去读取其法学理论观点,甚至是从反对现实主义法学的专家学者那里获取有关现实主义法学的相关信息,难免会对现实主义法学产生一些歧见,进而对现实主义法学的创立人卢埃林及其法学思想、观点都会产生一些偏见,甚至是歪曲。因此,了解一个全面、真实的卢埃林,客观准确地把握其现实主义法学思想是十分必要的。

卢埃林一生对法学的最大的贡献体现在两个方面:一是创立了美国现实主义法学,领导了“现实主义法学运动”;二是担纲起草了影响世界的《美国统一商法典》。在美国的法学历史上,他第一次正式提出“现实主义法学”这一理论学说,将美国法学理论推进一个新阶段,致使现实主义法学成为继庞德社会学法学之后的在美国居于主导地位的法学思想,其直接影响长达

2 卢埃林：书本法不同于现实法

半个多世纪,至今影响力犹在,当前美国“新现实主义法学”的兴起就是一个很好的例证。

卢埃林学识渊博,思想深邃,才华出众,学贯欧美。思维敏捷,见地精辟,善于开拓,勇于挑战。他一生主要在美国著名的耶鲁大学法学院、哥伦比亚大学法学院和芝加哥大学法学院担任法学教授,曾经留学德国、瑞士和法国,并两次到德国讲学,同德国的许多法学家、社会学家关系密切。其研究领域宽泛,跨学科交叉性强,主要研究法理学、商法学、法社会学、法人类学等,创造性地提出了现实主义法学的理论。他一生著述丰硕,公开出版和发表的论文、论著多达 250 多件,还有许多没有公开发表。主要代表著作有《荆棘丛》、《法理学:现实主义法学理论与实践》、《普通法传统》、《美国统一商法典》、《夏安人之路》、《买卖法的判例与资料》等。他发表的具有较大影响的论文主要有《现实主义法学的现实主义》、《现实主义法学——引领未来》、《论美国法哲学》、《论法的真善美》、《法与社会科学》、《美国普通法传统与美国民主》、《弱势群体的法律援助》、《法学研究的条件、目的和方法》、《法学研究对经济的影响》、《法学教育技巧的地位》、《合同判例法中的法律原则》、《法学问题的社会意义》、《论新法理学的理解与运用》、《论所谓的法学教育的过错》、《到底是什么决定法学研究的价值?》、《离婚法的背后》、《合同的深层探究与超越》和《论私法教育的问题》等。

卢埃林对待工作和研究非常认真和执著,在耶鲁上大学时就担任《耶鲁法学评论》的主编,对法律的社会作用进行了精深的研究,提出了“书本上的法”不同于“现实中的法”的著名论

说。他为了研究美国的法学理论,从事了大量的研究工作,不仅注重文本研究还非常注重结合法学与社会现实现象的关联研究,努力探究法学背后的社会价值和意义。它不仅对统治美国法学一百多年的法律形式主义进行了犀利的批判,大胆地对法学权威兰德尔的法学理论进行了否定,而且对当时著名的法学泰斗庞德进行理论上的挑战。他带领大批学者从事法律现实问题研究,尽力去揭示法律的本质属性和法律运行的决定性要素,提出了“法律规则不确定论”。为了系统完整地阐释自己的理论观点,他花费了5年多的时间写一篇文章,并到欧洲国家学习了解相关的新法学理论,最后终于形成自己的理论学说——现实主义法学,将美国的法学理论向前推进了一步,使现实主义法学成为美国继社会学法学之后占主导地位的法学理论,成为罗斯福“新政”时期的官方法学,有力地促进了“新政”的顺利完成,使美国摆脱经济危机走上崛起。正如美国当代法学思想家得克萨斯大学法学教授布莱恩·雷特(Brian Leiter)2003年所指出的那样:“美国的现实主义法学是20世纪美国本土最重要的法理学运动,它不仅对美国的法学教育和法学学术产生了深远的历史影响,而且还推动了美国的法律改革和律师业的发展。”^①

卢埃林一生对法学的研究基本上可以划分为两大阶段。第一个阶段可以说是注重对美国法学理论的研究;他领导美国法学家们开展了一场声势浩大的现实主义法学运动。该运动影

^① Brian Leiter, American Legal Realism, The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory, p. 1.

4 卢埃林：书本法不同于现实法

响美国政治、经济、文化、社会生活的方方面面,对美国后现代法学思想也产生了巨大的作用,在美国形成了一个以现实主义法学为起点的“左派”法学思想链:现实主义法学→批判法学→种族批判法学→女权主义运动法学→新公法运动→新现实主义法学。卢埃林不仅是现实主义法学运动的发动者,而且是现实主义法学运动的组织者和领导者,他直接给庞德写信,跟庞德进行法理论战,使“卢埃林—庞德论战”成为法学史上的佳话。他还是现实主义法学思想的传播者,他通过到欧洲讲学,把美国现实主义法学思想传播到欧洲大陆,并进而使现实主义法学思想影响到北欧、非洲、东南亚等地。正如中国社会科学院法学研究所周汉华研究员所评价的那样,“现实主义法律运动是一场适应社会变革的进步运动。它看到了抽象原则的局限性,看到了制定法的局限性,看到了价值的相对性,并因此系统地提出了适应社会变革的新主张”^①。第二个阶段就是负责起草《美国统一商法典》阶段。由于卢埃林对法学理论研究的精深,在美国所享有的巨大声誉,美国法学会就聘请他负责组织起草《统一商法典》。他曾经担任美国统一商法起草委员会主席,专门研究商法的起草和修订,他花费了15年的时间终于将该法典起草、修订完成,使《美国统一商法典》成为世界商法的典范,对国际商法产生深远的影响。由于卢埃林对美国商法典所作出的巨大贡献,因而许多人都将该法典称为“卢埃林法典”或“卡尔法典”。

^① 周汉华:《现实主义运动与中国法制改革》,山东人民出版社2002年版,第20页。

卢埃林兴趣广泛，多才多艺。他没有仅仅把自己局限在法学研究领域，做一个古板的法学家，而是做一个爱好广泛、乐观豁达的博学者。他利用业余时间创作了大量的诗歌、散文和书评。他的诗歌、散文多数属于情景式，触景生情，油然而发，多涉及到校园、树木、小猫、法官、判决等。其中最著名的就是《荆棘丛》，他用诗歌的形式来阐释相关的法律问题，使枯燥、严肃的法律问题变得琅琅上口，便于理解和记忆，该书深受学生喜爱，至今，在美国许多法学院中，仍然将《荆棘丛》作为法学本科生的必修课程。他的另一部诗集就是《颂歌》，于1931年在伦敦出版。就是在他突然去世后，人们在他的办公桌上还发现一些还没有来得及发表的诗歌。他的讲课同样具有诗人般的才情和气势，因此他的课大受学生们的欢迎。他还写了许多书评，表达自己的法学观点和他独到的见地。

卢埃林一生有过三次婚姻。第一任妻子跟他一起生活了5年，最后离他而去。第二任妻子跟他生活了13年，第三任妻子陪他到老，并负责整理出版了卢埃林没有来得及发表的论文和论著，她对后人研究卢埃林的法学思想作出了巨大的贡献。

当然，由于卢埃林的思想比较激进，看法比较独特，他的许多观点都没有得到人们的认同，甚至遭受到许多人的指责和批评。在美国存在着大批反现实主义的法学家，他们对现实主义的观点不予接受，并对以卢埃林、弗兰克等为代表的现实主义法学观点进行批判。其中我们所熟知的法学家博登海默、富勒、波斯纳等都是属于反现实主义法学者，他们对现实主义法学的理解和把握难免有所偏颇，甚至偏激。可我们许多学者就是通过阅读他们的作品来了解现实主义法学的，来了解卢埃林

6 卢埃林：书本法不同于现实法

的,难免会出现一叶遮目、以偏概全的现象。因此,本书全面、客观地对卢埃林及其法学思想进行专门介绍,以便让读者真正了解到一位全面真实的卢埃林,了解一位现实主义法学家的真实思想,感受到现实主义法学重要的理论价值和现实意义。

第一章 与众不同的早年生活

卡尔·卢埃林,法学教授,最善于辞令的美国现实主义法学的捍卫者。

——米歇尔·马丁(Michael Martin)

第一节 出身名门

卢埃林全名叫卡尔·尼克森·卢埃林(Karl Nickerson Llewellyn,),于1893年5月22日出生在美国华盛顿州的西雅图市,是英国威尔士贵族移民的后裔。西雅图是华盛顿州最大的城市,城市面积369.2平方公里,城市人口326.35万。它是一个多民族城市,其中白种人约占全市人口的70.1%,黑人占8.4%,印第安人和土著人占1.0%,西班牙/拉丁美洲裔占5.3%,混血人占4.5%,华裔约占全市人口的3.45%。白人移民最早于1851年11月13日到达这里,1852年4月他们将他们的居民点移到依利雅特湾(Elliott Bay)。从1865年到1867年它还是一个镇,从1869年开始正式成为一个市。西雅图目前是美国太平洋西北部商业、文化和高科技的中心,也是贯穿

8 卢埃林：书本法不同于现实法

太平洋及欧洲斯堪的纳维亚半岛的主要旅游及贸易港口城市。19 世纪末的美国西部淘金热为西雅图带来了一个短暂的快速繁荣发展时期,20 世纪初的造船业也为西雅图带来了极大的繁荣。现在,西雅图是微软公司、波音公司、星巴克公司等世界大公司的总部所在地。西雅图地区拥有领先的经济群体,如航空航天、信息技术、生命科学及生物科技工程、洁净技术及环境工业、后勤和国际贸易。最新的波音 787 飞机的设计和装配也将在位于西雅图以北的艾俄瑞特市进行。西雅图及华盛顿州的大约 6 000 家与软件行业相关的公司共雇佣员工 68 000 人,从事软件行业的就业人员占总人口数的百分比来排,西雅图被列为全美第五位,年销售收入达 250 亿美元。西雅图及华盛顿州拥有 133 家生物科技公司,其中多数是在以华盛顿大学为技术支撑,弗瑞德哈金森癌症研究所、系统生物学研究所、阿米金公司的研发中心、爱伦脑科学研究所、健康研究合理技术项目中心、西雅图生物科技研究中心以及弗吉利亚梅森研究所等研究机构都为生物公司的发展提供了先进的科技服务。西雅图还拥有 400 家洁净技术及环境工程服务公司。西雅图气候温和,是一个非常适宜居住的地方。卢埃林的父亲名叫威廉·亨利·卢埃林(William Henry Llewellyn),是英国典型贵族威廉家族的后代,当年随着英国大批的淘金贵族来到美国。他父亲性情温和,为人和善,容易亲近,专门从事交通贸易行业,是一位乐观积极向上的生意人。威廉家族是威尔士的豪门望族,在英国的历史上占居十分显赫的地位,势力很大,影响很广。其中威廉一世就是英国第一代君王,其王室血脉一直延传至今。当前的英国威廉王子就是威廉这一家族的后裔。威廉·卢埃林