



西方法学思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

现实主义法学

Legal Realism



付池斌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西方法学思潮与流派
The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

现实主义法学

付池斌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现实主义法学/付池斌著. —北京:法律出版社,
2004. 10

(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 7-5036-5075-3

I. 现… II. 付… III. 法学流派, 现实主义法学—
西方国家 IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 085829 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙东育 赵 佳 陈 慧		装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社		编辑/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司		经销/新华书店
印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司		责任印制/陶 松
开本/850 × 1168 1/32		印张/7.5 字数/152 千
版本/2005 年 10 月第 1 版		印次/2005 年 11 月第 1 次印刷
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		销售热线/010 - 63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn		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	西安分公司/029 - 85388843	重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636	北京分公司/010 - 62534456	
深圳公司/0755 - 83072995	苏州公司/0512 - 65193110	
书号:ISBN 7 - 5036 - 5075 - 3/D · 4793 定价:15.00 元		

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

产生于 20 世纪 20 年代的现实主义法学是 20 世纪西方法学的重要流派。现实主义法学以实用主义哲学为基础，以法的客观社会现实为研究对象，强调行为和政治因素对作出司法判决的至关重要性，并轻视抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响。现实主义法学注重具体诉讼过程，注重法律程序中发挥作用的行为和这些行为的政治、社会和心理方面，进而强调法官行为，注重司法效果。现实主义法学对当代西方法学具有重要影响，其思想、观点 and 传统被当代西方行为法学、经济分析法学、批判法学等继承。



Legal Realism

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科学生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力襄助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



第一章 什么是现实主义法学 1

第一节 现实主义法学的概念	1
一、现实主义法学的概况	1
二、现实主义法学的定义	3
三、现实主义法学发展的四个阶段	8
第二节 现实主义法学的界定标准	11
一、理论基础的标准	12
二、研究对象的标准	13
三、研究方法的标准	15
四、基本主张的标准	17
第三节 现实主义法学的渊源	19
一、自由法运动	19
二、概念法学的批判	21
三、实用主义	23

第二章 现实主义法学的三大派别 25

第一节 欧洲大陆学派	25
------------	----

一、法国反法律形式主义的法学思想	26
二、德国的法社会学	28
三、社会职能法学	31
四、社会心理学法学	32
第二节 美国的现实主义学派	34
一、美国现实主义法学的发展阶段	34
二、美国现实主义法学的组成部分	36
三、美国现实主义法学的基本主张	37
第三节 斯堪的纳维亚学派	42
一、乌普萨拉学派	42
二、法律是一种社会事实	44
第三章 现实主义法学的主要代表人物	46
第一节 欧洲大陆	46
一、埃利希的主要著作和主要法学观点	46
二、赫克的主要著作和主要法学观点	56
三、狄骥的主要著作和主要法学观点	63
第二节 美国的主要代表人物	75
一、霍姆斯	76
二、卢埃林	103
三、弗兰克	116
第三节 北欧的主要代表人物	125
一、哈盖尔斯特洛姆主要著作和主要法学观点	126
二、伦德斯特的主要法学观点	129
三、罗斯关于法律有效性和正义的观点	132
四、奥利弗克罗纳的主要法学观点	134

第四章 现实主义法学的进程 140

第一节 祸起萧墙——法律形式主义的沦丧 140**一、概念法学的兴衰 140****二、兰德尔“判例教学法”的否定 148****三、哈佛大学的反法律形式主义主张 150****第二节 官高位重——霍姆斯的奠基 154****一、实用主义法学的创立 154****二、普通法理论的阐明 160****三、联邦大法官的司法实践 165****第三节 敢于叫板——卢埃林挑战庞德 170****一、卢埃林、弗兰克对庞德的挑战 170****二、庞德对现实主义法学的批判 173****三、现实主义法学家对庞德的回应 176****第四节 高歌猛进——官方法学 178****一、从社会学法学到现实主义法学的跃升 178****二、现实主义法学对行为科学的运用 180****第五节 薪火相传——战后现实主义法学的
继承与发展 183****一、耶鲁法学院的新发展:1945—1950 183****二、耶鲁现实主义法学的平和期:1950—1960 187****三、哈佛大学的现实主义入侵:1946—1960 190****四、批判法学对现实主义法学的新发展 196**

第五章 现实主义法学的地位 199

**第一节 现实主义法学是美国的一个重要
法学流派**

一、众多的现实主义法学家	200
二、大量的现实主义法学著作	202
三、深远的历史影响	204
第二节 现实主义法学是北欧的主流法学	206
第三节 现实主义法学对中国法制现代化的 指导意义	209
一、加速政策法制化,实现政治民主	209
二、加快司法改革,确保司法独立	210
三、加大改革力度,完善法学教育	211

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	217
主要名词术语与代表人物索引	221
参考文献	224

第一章

什么是现实主义法学



现在,我们都是法律现实主义者了。

——[美]约瑟夫·威廉姆·辛格

第一节 现实主义法学的概念

一、现实主义法学的概况

现实主义法学,是西方法学领域的一种重要的法学思想,它同形式主义法学、实证主义法学、后现代法学等一起,构成 20 世纪西方法学的主要流派。在英语中,现实主义法学叫 Legal Realism,也有人将它翻译成“实用主义法学”或“法律现实主义”。

这一法学流派,在西方持续时间之长,波及面之广,实属罕见。它不仅表现为 20 世纪初期的反法律形式主义活动,而且形成了声势浩大的现实主义法律运动。从 20—30 年代正式诞生以后,一直延续到现在。不仅在美国有突出的表现,而且在欧洲大陆和北欧,都有其广泛的传播。它主要是以实用主义哲学为基础,以法的客观社会现实为研究对象,突出强调法官行为,注重司法效果。

现实主义法学,是从反对概念法学的过程中产生的。发轫于德国的自由法运动,在美国和北欧得到迅速的发展成长,逐渐形成了自己独特的理论体系。

在美国,现实主义法学是从霍姆斯的实用主义法学发展而来的,是由卢埃林、弗兰克等现实主义法学家创立的。20 世纪 20—30 年代,在美国形成规模宏大的现实主义法律运动,将现实主义法学推向高潮。这场运动一直持续到 60 年代,在美国法律思想界、法律实务界和法学教育界都产生了深远的影响。到 70 年代以后,现实主义法学的思想、观点和传统被行为法学、经济分析法学、批判主义法学等继承。甚至到 90 年代,在美国出现的“新公法运动”里,都闪烁着现实主义思想的火花。2003 年,在美国著名的哈佛大学法学院,仍然在讲授现实主义法学。

在欧洲大陆,现实主义法学表现为反法律形式主义的运动。这场运动,从 1900 年开始,持续到 1950 年左右。其“反法律形式主义”的自由法运动,对整个欧洲和世界产生重大的影响。在这一过程中涌现出来的自由法学派、利益法学派、社会职能法学派、社会心理法学派等,都是反对“书本上的法”,强调“现实中的活法”,关注法官的司法行为和司法实践。它们的共同特征,呈现出现实主义法学的特点,它们的法律主张明显具有现实主义法学的倾向。

在北欧的斯堪的纳维亚半岛,现实主义法学也相当盛行,成为影响世界法学思想较大的一支流派。它主要是以瑞典的乌普萨拉大学为中心,在哈盖尔斯特洛姆教授的领导下,以他的弟子为主体发展起来的,成为影响比较大的另一支力量。

在我国,由于对现实主义法学研究不够,又加上受到

现实主义法学的反对派的影响,人们对现实主义法学的理解就不够系统、全面,甚至是误解。因此,本书将尽量全方位地为读者提供有关现实主义法学的客观信息,以便大家真正能够了解这个法学流派。

现实主义法学,以其独特的法学研究方法和丰硕的研究成果,在西方漫长的法律思想进程中,发挥了举足轻重的作用。尤其是20世纪20—30年代开始的现实主义法律运动,使现实主义法学成为美国官方法学,从而大大推动了美国和西方许多国家的法学发展,有力地促进了国家法律制度的完善,至今,在世界法学园地中仍闪烁着熠熠光芒。按照美国著名法学家弗里德曼的话说,“现实主义法律思想在战后深入到每一个法学流派之中”,现实主义法学的主要观点成为法学理论和法律实践的有机组成部分。

二、现实主义法学的定义

根据研究的视角和研究的理念不同,中外法学界对现实主义法学的定义表述各有特色。由美国法学家彼得·G. 伦斯特洛姆主编的《美国法律辞典》把现实主义法学定义为:

“现实主义法学,一个强调行为的和政治的因素对作出司法判决至关重要的法学流派。法律现实主义极为轻视抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响。最主要的现实主义法学主义者如奥利弗·温德尔·霍姆斯、杰洛姆·弗兰克、罗斯科·庞德。相信法律并无超验的性质,而是社会力量和诉讼活动中人们对那些社会力量作出反应的行为的产物。虽然现实主义者更倾向于主要从官

方行为的角度观察法律,但是,在某些方面法律现实主义还是与社会法学相似。法律现实主义不承认判例中形成的规范,因为法律既没有那么确定又没有那么明晰。相反,判决是以法官运用‘正确的’规范和提出的书面判决理由为基础的。从理论上来说,判决理由是建立在经验主义的基础之上的。”

从这个定义中,我们可以清楚地看到,美国法学家是将现实主义法学看成一个流派来对待的,不像我们国家的有关学者认识的那样,不把现实主义法学当做一个流派。也不像我国有些学者一味认为的那样,现实主义法学是否定“法律规范”的。其实,它只是轻视“抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响”,强调的是规范和判决结果之间的一种内在的因果关系。它所不承认的只是“判例中形成的法律规范”,对于非判例中产生的法律规范,它并没有否认。之所以会这样认为,那是因为“法律既没有那么确定又没有那么明晰”。在判决中发生作用的主要因素是法官运用“正确的”规范和提出的基于经验基础之上的书面判决理由。

按照北京大学贺卫方教授的观点,现实主义法学并不是一概地否认法律规范和法律原则,它是强调法官行为和政治因素在判决中所发挥的重要作用。“法律现实主义者认真地致力于研究法律制度和法律程序以及其运作的环境。他们力图解释在法律程序中发挥作用的行爲;注意力集中在行为的政治、社会和心理方面。法律现实主义增加了法研究的实际分量,而且极大地加深了我们对法律制度的理解。”这个定义与我们国内的通常认识有显著的不同,它把庞德作为现实主义法学的重要代表人物之一,纳入到现实主义法学的流派之中了。

我国的《法学辞源》中,现实主义法学被定义为:“现实主义法学,又译‘实在主义法学’。以实用主义哲学和心理学、行为主义心理学来解释法律的法学流派。因反对传统法学、强调对法应采取‘现实’态度而得名。20世纪在美国兴起。在一些著作中把美国19世纪末20世纪初的著名法学家霍姆斯和格雷列为该派的创始人。但作为一个派别,真正的创始者应是30年代美国法官弗兰克、法学家卢埃林。该派认为法是不确定的,就具体情况而言,法只是行政官员尤其是法官的行为,而这种行为往往又以他们的个性决定的。该派产生后,在美国法学界中与社会法学派一起长期占据支配的地位。”

这个定义,明显地带有著作者的主观色彩,虽然它揭示了现实主义法学的理论基础是实用主义哲学,但它将现实主义法学的基础理论跟方法论混在了一起,把现实主义法学运用来揭示法的本质和特征的心理学、行为主义心理学同她的哲学理论基础混为一谈;虽然它表明了现实主义法学的创始人,但它却将弗兰克放在了卢埃林的前面,让读者误认为在现实主义法学的贡献方面,弗兰克比卢埃林大。虽然它揭示了现实主义法学的法律地位,但作为辞源的法条来解释现实主义法学,那就太不够了。个人的主观认识,必然会误导读者。在没有把现实主义法学问题搞清楚之前,就妄加评述,难免会有很大出入。例如,现实主义法学从来就没有认为“法是不确定的”,它只重在强调“本本上的法”不同于“现实的法”,强调法官的能动性。因此,这样的定义,过于武断,会给读者研究现实主义法学设置人为障碍,有可能会引上歧路。

在《北京大学法学百科全书》中,现实主义法学的定义就比较客观了。它把现实主义法学界定为:

“现实主义法学,当代西方研究法律的一种方法和思潮。现实主义法学家们把法律看成是一批事实而非一批规则体系,即是一种活的制度而非一套规范。他们认为法官、律师、警察、狱官在实际上对法律案件的所作所为,实质上就是法律本身。现实主义法学在美国和在北欧的斯堪的纳维亚半岛各有表现。他们把法律的规范性或规定性成分降到最低的限度。美国现实主义法学的奠基人是霍姆斯和格雷。霍姆斯把法律定义为对法院事实上将作什么判决的一种预测,认为法律的生命不是逻辑而是经验。格雷认为法律是法院为确定法律权利和义务而制定的规则,法官不是发现法律而是在创造法律。美国现实主义法学的重要代表是霍姆斯、卢埃林和弗兰克等。其他代表有穆尔和奥利芬特等人。卢埃林提出法学研究的重点应是观察司法人员的实际行为,特别是法官的行为。他对法律规则能指引法官判决的传统观点表示怀疑。因此,卢埃林为代表的美国现实主义法学有时被称为‘规则怀疑论者’。弗兰克把法律归纳为两种:一是实际的法律,即关于一个具体案件的一个正在对过去作出的判决;另一是大概的法律,即对一个未来判决所作的预测。弗兰克注重研究初审法院的实情调查过程。他对初审法院能否准确地确定事实表示怀疑。因此,以弗兰克为代表的现实主义法学有时被称为‘事实疑论者’。弗兰克认为初审法院的实情调查是司法中的弱点,主张法官或陪审员在确定法律事实的过程中隐秘的、无意识的、私人的、带有个人特性的因素对法律的判决起着重要的作用。为此,弗兰克主张扩大司法裁量权,认为法官不应过分地受法律一般概念和抽象原则的束缚。

斯堪的纳维亚法律现实主义者也主张法理学的研究

应集中于法律生活的事实上,反对法律的形而上学和纯理论的思想观点。斯堪的纳维亚法律现实主义的奠基人是哈盖尔斯特洛姆。其人为瑞典乌普萨拉大学教授,故斯堪的纳维亚法律现实主义又称为‘乌普萨拉法学派’;其他代表人物有伦德斯特、奥利维克罗纳和罗斯。与美国现实主义法学相比,斯堪的纳维亚法律现实主义较少强调司法行为问题,如司法行为的政治动机、情感动机和查证事实的问题;而较多地讨论较为抽象的问题,如法律规范有效的根据和权利义务的性质。

现实主义法学在美国和北欧有一定的影响。在法律实践上,其影响体现在对有关公民权利和社会福利的立法上,有关法官、陪审官、律师和诉讼程序制度上在法学理论上,现实主义法学对美国批判法学运动的产生有着决定性的影响。”

这个介绍性的定义,比较客观地反映了现实主义法学的概貌,并进行了比较符合实际的评价,与现实主义法学的真实情况基本吻合。说明作者对现实主义法学是进行了比较深入的研究的。但这一定义也有不足,一是里面人名的翻译不够规范。奥利弗·温德尔·霍姆斯,不应当翻译为“霍姆斯,O. W”;卡尔·尼可森·卢埃林,不应该翻译成为“卢埃林,K. N”;杰洛姆·弗兰克不应当翻译为“弗兰克,J. N”。二是视野还不够开阔,仅仅依据美国人对现实主义法学的研究成果来介绍,没有将欧洲大陆现实主义法学的表现形式纳入进来。三是介绍的还是不够深入,对现实主义法学的理论根基没有介绍,对现实主义法学的地位没有进行准确地定位,只是认为“现实主义法学在美国和北欧有一定的影响”。在这一点有待于进一步研究,给予其准确定位。