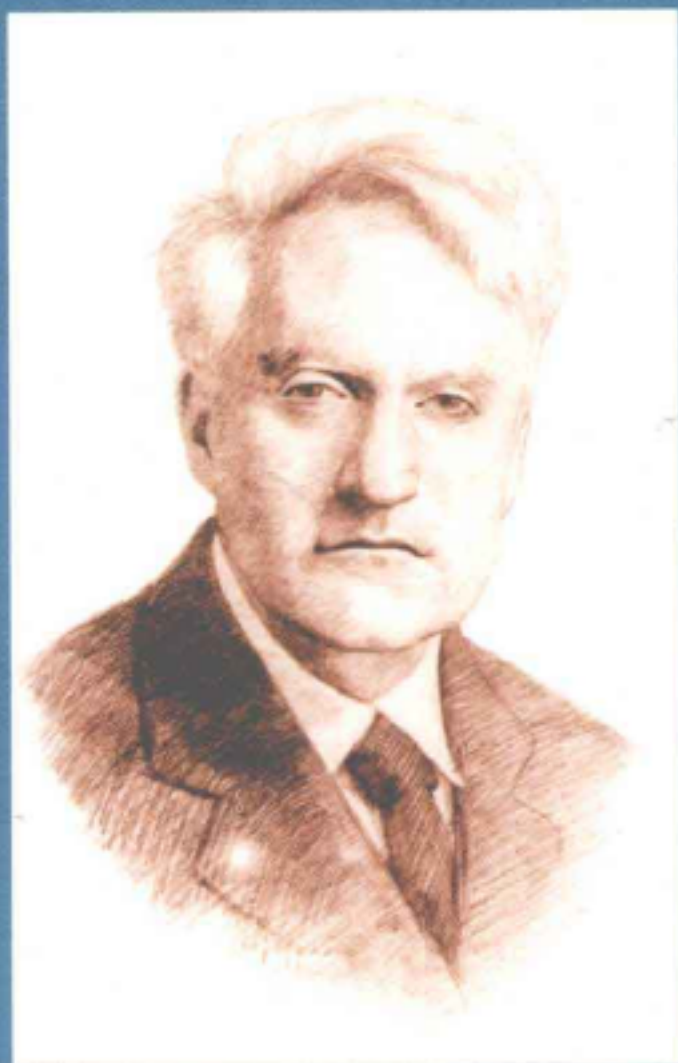




西方经典悦读

大师经典·通俗阅读



司法过程的性质 及法律的成长

(美) 卡多佐 著 | 张 维 编译

英美法系法官裁判的典范样本

北京出版集团公司
北 京 出 版 社



与世界接轨 让思想先行

*To Read Masters' Works
In An Easy Way*



卡多佐 美国历史上最伟大的法官之一，社会学
法学的代表人物

《司法过程的性质》 一本为你解析何谓法律、
司法及深藏于其中的精神及技术的经典

ISBN 978-7-200-09270-7



9 787200 092707 >

定价：23.80元

IN AN EASY WAY

西方经典悦读

The Nature of the Judicial Process & the
Growth of the Law

司法过程的性质 及法律的成长



(美) 卡多佐 著 张 维 编译

北京出版集团公司
北 京 出 版 社

图书在版编目 (C I P) 数据

司法过程的性质及法律的成长 / (美) 卡多佐著;
张维编译. — 北京: 北京出版社, 2012.5
(西方经典悦读 / 杨玉成主编)
ISBN 978-7-200-09270-7

I. ①司… II. ①卡…②张… III. ①司法制度—研究—美国 IV. ①D971.26

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第089816号

西方经典悦读

司法过程的性质及法律的成长

SIFA GUOCHENG DE XINGZHI JI FALÜ DE CHENGZHANG

(美) 卡多佐 著 张 维 编译

*

北京出版集团公司
北京出版社 出版
(北京北三环中路6号)

邮政编码: 100120

网 址: www.bph.com.cn
北京出版集团公司总发行
新华书店经销
北京画中画印刷有限公司印刷

*

787毫米×1092毫米 16开本 11.25印张 146千字

2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷

ISBN 978-7-200-09270-7

定价: 23.80 元

质量监督电话: 010-58572393

编者的话

将经典学术名著全新通俗化编译的《西方经典悦读》经过精心准备终于面世了。对这套丛书在尊重和保持原作权威、经典的基础上进行通俗化的编译，目的是减少阅读障碍，使读者在享受轻松阅读的同时，对西方历史文化有所了解。

说起来很有意思，策划这样一套大型普及型丛书，源于一次常规的新编辑培训。其间有老编辑教育新人，要想成为一名合格的编辑，涉猎一定要广，多读书至关重要。大家很自然地谈起应该读什么书，于是亚里士多德、孟德斯鸠、休谟、卢梭、黑格尔、达尔文、马克思、爱因斯坦等一批对人类影响深远的人文社会科学、自然科学大师的名字及其相关著作被提了出来。但接下来的即兴调查却让人大吃一惊！在座的新老编辑近三十人，无论从学历还是所从事的职业看，都应该属于博览群书的人，但通读过《政治学》、《战争论》、《相对论》的竟然没有；读过《人性论》、《法哲学原理》、《资本论》的仅有一人；读过《社会契约论》、《物种起源》、《国富论》的也只有两人……由此看来，对这些名家名著我们几乎都是只闻其名未见其详，阅者寥寥，令人汗颜。

为什么从中学到大学都耳熟能详的这么多传世经典学术名著，我们居然都没有拿起来读一读，真值得好好反思一下。

于是我们就此进行了简单的问卷调查，结果可想而知，上面提到的这些西方经典学术名著，读者阅读率低得惊人。令人欣慰的是，同样的调查也表明，相当多的人从中学时代开始就非常想读这些“人人皆知”但“人人皆未读过”的西方学术经典。之所以一直没有读过，与这些经典著作艰

涩难懂或篇幅太长有很大关系。作为普通读者，大家只是想从整体上去了解这些学术名著，而并不需要深入研究。所以，几千年上百年的历史跨度、不同时期的艰深译文、动辄几十万上百万字的鸿篇巨制……都成为挡在学术名著与普通读者之间的鸿沟，是阻碍经典学术名著从“人人皆知”到“人人皆读”转变的关键！

要实现这种转变，让经典学术名著通俗易懂、变繁为简最重要。换言之，就是要让尽可能多的人对这些经典学术著作想读、能读、爱读。虽然现在我国的出版事业极其繁荣，然而多数学术经典名著至今却尚未有通俗普及本，这不能不说是一件憾事。历史上，康德曾不得不作《未来形而上学导论》，以相对通俗的表述推广普及其《纯粹理性批判》；休谟更不得不作《人类理智研究》，乃至尝试亲自撰写《〈人性论〉摘要》，以补救其艰深的《人性论》出版时所遭到的冷遇。

鉴于此，我们在广泛征求有关专家学者意见的基础上，精选出几十部西方经典学术名著，组织一批学有专长的青年学者，进行全新的编译，推出了这套《西方经典悦读》，希望普通读者也能来共同领略经典名著的思想精髓，从而达到丰富知识和充实、提升自我的目的。

出于这个目的，在内容上，我们一方面将一些大部头经典做了瘦身，力求这个版本能化繁为简，提炼出原著精华；另一方面也对一些文字量虽不多，但因时代久远或表述拗口的知名精短著作进行了语言通俗化的梳理。同时在封面、版式设计上，我们也尝试改变传统学术著作的固有风格，力求简洁清新，从而更方便各类读者轻松、快速地阅读。对于没有能力也没有时间“啃”原著的读者来说，希望这套《西方经典悦读》有“替代”原著的作用，能满足大致了解原著的基本需要；同时，我们也希望这套丛书能够引发大家对西方经典的阅读兴趣，并随着年龄及阅读能力的提高，为最终阅读原著起到引导入门的作用。

当然，要实现这样的出版初衷难度很大。目前对国内外文学作品的简写或改编的尝试较多，有些也较为成功，而对于人文社会科学乃至自然科学学术名著的简写或改编的尝试则比较少，像我们这样成规模重新编译改写的更是很少见到。

有些朋友质疑我们将经典通俗化的意义，认为原著难懂可以去看解读

文章啊。我们以为，尽管有些经典名著可能不乏有解说性的文本，但这毕竟只是解说，而且还是解说者的“一家之言”，既无法让读者看到作品的原有概貌，也无法让读者领略到作品原有的内涵和韵味。所以，能够通俗展现经典学术著作的原汁原味必要且重要。

大师们的学术著作所表达的很多观点在今天看来似乎顺理成章，但在当时都是超前的思想火花，所以对这些先进思想的表述，不可能在当时的历史背景下就达到通俗易懂、传播普及的水平。正是经过时间长河的积淀和考验，通过现代人自身的理解，才能将其更好地诠释出来。

文化只有传播与借鉴才能彰显其价值。近一个时期以来，对中国古代传统文化的开掘与推广非常引人注目，并催涨起学习传统文化的热潮。在这样一个背景下，我们也希望西方的先进文化思想能够引起大家关注。与“世界接轨”的口号喊了很久，而人们的理解似乎还停留在只要采用一些西方的技术和方法就是与世界接轨的层面上。殊不知，我们今天所见到的西方文明，无不有其历史、文化的根源，是诸多西方思想家、科学家对社会、对自然长期思考的结果。如果仅从其外部现象或技术角度进行模仿，是难以深入了解西方之所以先进的深层内涵的。所以我们要想真正做到“与世界接轨”，首先就应该“让思想先行”。《西方经典悦读》丛书就是本着这样的理念，对西方经典文化进行推广普及，希望能让更多的读者分享到人类思想的硕果。

我们和众多专家学者一起，经过一段时间的努力，终于迎来了丛书面世的一天。我们不敢奢望像康德和休谟自己改写其著作那样使这个通俗普及本也成为经典，但我们确实希望这套丛书能够使广大读者对经典不再望而生畏，真正实现对学术经典的轻松“悦”读。

最后，我们还是想说，编译毕竟不能替代原著。希望阅读完这套丛书后，有更多的读者有兴趣和勇气，并且满怀敬意地去研读经典原著，更为直接地感受和领略大师的思路历程。

|| 导读 ||

英美法系法官裁判的经典样本

作为美国历史上最伟大的法官之一的本杰明·N·卡多佐(1870—1938),从来都不缺狂热的追随者和坚定的信仰者。无论是在他身处的那个时代,还是斗转星移后的今天,卡多佐所被关注的热度似乎从来都不曾减退过。任何一个对司法有兴趣的人、任何一个以法律研究为业的人,都不可能绕过卡多佐及其经典名著《司法过程的性质》去揣测何谓法律、司法及深藏于其中的精神及技术。

法官如何作出一个令人信服的判决,这几乎是每一个人尤其是法律人最为困惑也最感兴趣的话题。那么,就让我们跟随在其任职期间“静悄悄地”完成了普通法的革命的大法官卡多佐,到他的人生和著作中去寻找答案。



卡多佐的一生原本就是充满故事的一生。1870年5月24日出生于纽约当地一个著名犹太闪族家族的卡多佐和他的孪生妹妹,是这个家里最小的孩子。卡多佐的父亲艾伯特,就是纽约州最高法院的一名法官。只是卡多佐出生后不久,艾伯特就因为曾给人司法好处,恐遭弹劾而被迫辞去法官职位,进入律师行业。卡多佐童年时代就经历丧母之痛,九岁时,母亲离开了他。不幸在六年后再降,父亲也去世了。此后,卡多佐最大的姐姐艾伦成为他的依靠,并抚养他长大成人。自15岁开始,卡多佐到哥伦比亚大学学习。四年后毕业时,他已

经是全班成绩最优秀的学生，随后又进入哥伦比亚大学法学院学习。但两年后，未等获得学位，他就离开了法学院，进入了父亲昔日的律师事务所。有猜测认为，此举或是为了维持生活。

卡多佐的律师生涯毫无疑问是成功的。在律师界获得极好声望的他，顺理成章地成为纽约最高法院法官。在从事法律实务工作20多年后的1913年，卡多佐被提名为纽约最高法院法官的民主党候选人并顺利当选。在州最高法院的位置上仅仅一个月后，卡多佐又被调到纽约上诉法院协助处理工作。1917年，卡多佐正式当选为纽约上诉法院法官。在此期间，他日渐成长为对美国普通法产生影响力的法官。在卡多佐所发表的言辞中，总有一些回应现实需求的独特见地，包括对新形势下侵权行为、契约、刑事等问题的再认识，都使得他在美国法律界具有了举足轻重的地位。在司法活动之外，他还积极参与法学理论界的活动。他是美国法律协会的创始人之一，也是法理学领域的著名演讲者。所有这些，都使其更加声名显赫，并获得了更多的认可。1927年，他当选为纽约上诉法院首席大法官。1932年，他又被胡佛总统任命为联邦最高法院大法官，接替了著名的法学家霍姆斯大法官的职位。当年，正是霍姆斯大法官退休之年，尽管卡多佐并未寻求提名，但从联邦最高法院的大法官包括霍姆斯本人到普通律师，从哈佛、耶鲁和哥伦比亚大学等法律院校那些享有威望的校长们到劳工和企业界的领袖们，都以卡多佐为不二人选。1932年2月15日，卡多佐获得总统提名，几天后未经参议院唱票，就获得了一致通过。《纽约时报》作出如是评论：“一项任命受到如此普遍的赞扬，这在最高法院的历史上，即使不是前所未有的，也是极其罕见的。”

就在卡多佐担任联邦最高法院大法官的那段时期，正值美国经济大萧条时期，政府锐意变革，而法院则常常难于达成一致。卡多佐的作用尤为凸显：他为政见分歧的盟友发言，论证政府有权为促进经济调整制定社会福利纲领，从司法方面以卓有成效的行动支持了罗斯福“新政”立法，推动了美国宪法及美国社会经济制度的多项变革。尽管在最高法院的时间不算长，但是，短暂的时间已经足以让他被评为伟大人物且完全当之无愧。有学者称“在宪法年鉴和历史上没有一个法官曾经在这样短暂的年月里作出过这样经得起时间考验的贡献”。

命运只允许他在最高法院的职位上任事六年多。在进入最高法院时，卡多佐就已疾病缠身，但他仍承担着繁重的事务。1937年，一次心脏病将卡多佐击倒，1938年夏，他永远离开了自己的岗位，撒手人寰。卡多佐一生都没有结过婚，有人认为，这与他内向害羞的性格以及将全部精力投入于工作而又少有社会交往等因素相关。此外，基于族群的原因，他不可能和纽约闪族社区以外的人结婚，因此择偶范围受到了很大的限制，这或许可以让我们更容易理解为什么卡多佐终身未婚。

如果我们想要多一点儿了解是什么促成卡多佐光辉的一生的话，我们可以转向对卡多佐性格的认识。就目前可见文献来看，至少可知他能力很强，工作勤奋，喜欢读书，谦和有礼。据说，经他手的所有法律意见书都是他亲自动手写的，而并非有法律助理或他人代其完成。他的观点很少与律师或者下级法院法官截然对立。波斯纳在《卡多佐：声望的研究》（张海峰译）一书中对卡多佐性格的总结可谓全面而深刻：“第一，他温和、羞怯内向，至少不蛮横。第二，他有着非常良好的习惯。第三，他对别人的赞扬都是感情的真挚流露，他不是过分的阿谀奉承，因为他的情感流露对象包括那些无助于他升迁的人，譬如他的法律助理。第四，他对别人的感情总是考虑周到，另外，从来不考虑能否给自己任何可能的利益。第五，他是一个谦虚的人，不是那种虚伪的谦虚。他不乏自尊，不会无视自己是一位杰出的法官，但是，他知道杰出的人物甚至更容易犯错误，所以有很多要向别人学习，包括向年轻人学习。第六，卡多佐是一个非常中庸的人。他没有极端的观点，无论是政治上的还是方法上的，没有激烈的信仰；他不是一个社交高手。他是一个谨慎的自由主义者、中庸的改革论者，在他的时代稍微持进步观点，但不是持那种大众反对、可能激怒他的激进观点。”



《司法过程的性质》的成书建立在一个讲演稿的基础上，该讲演稿本是卡多佐在耶鲁大学法学院所作的，为纪念该学院一个已故毕业生阿瑟·P. 麦金斯特里的。在讲演开始之前，卡多佐自认为这个讲演不会令多少人感兴趣，而校方在场地的安排上也犯了错误，最初定在一个小教室里。但事实远远出乎预料，观众人数不断增加，最后耶鲁大学法学院不得不作出调整，将其安排在了耶鲁最大的讲堂。该讲演被认为是卡多佐对自己多年担任法官经验的一个总结，也是“对美国自霍姆斯以来形成的实用主义司法哲学的一个系统的理论化阐述”，后世也多将其评价为“卡多佐的第一部用心之作”。该讲演一经发表，就引起了轰动效应，从那时开始，它就在美国法学界和法律界享有盛誉，获得了高度评价，并成为美国法学界与法律界最广泛引用和学习的著作之一。甚至被认为是和卡多佐所属的现实主义法学流派所对立的德沃金，都承认自己从卡多佐的这些讲座中得到了很大的灵感和启发。卡多佐在讲演中所列举的遗产继承案，成为德沃金在他的著作《认真对待权利》和《法律帝国》中分析问题与提出理论的引子。这种从疑难案件着手的研究方法，与卡多佐可谓如出一辙。

司法过程的性质是什么？每一个法律人，尤其是整日浸淫于其中的法官们，都要面对和审慎思考这个重要课题。曾几何时，受到19世纪主流法学思想即法律形式主义的影响，人们将法律仅仅当做一套无所不包、法官只需机械适用即可的规则体系而已。然而，以此方式进行的司法裁判并没有足够能力去解决纷繁复杂的社会纠纷，甚至导致法律的停滞不前，并成为社会前进的羁绊。因此，法官以什么方式进行司法活动就成为一个必须着力解决的问题。卡多佐的《司法过程的性质》，就很好地回应了上述问题。他给人们展示了一个司法判决形成过程的全景及其中所运用的各种方法，并对这些方法在法官审理案件中如何被选择、平衡和应用进行了细致的分析，指出司法过程的实

质就是法官在遵循先例的前提下创造法律的过程。

普通法下法官日常处理的案件，在卡多佐看来，可以分为三类：在第一类案件中，事实清楚，规则的适用简单明了，法官只需要解决“对事实如何适用法律规则”的问题，这对法官来说最易操作。大多数案件均属此类。在第二类案件中，事实倒也清楚，规则也相对确定，只是在规则适用上却易形成多种可能性。在这种情况下，法官必然需要在各种可能中进行甄别考虑，选出最为合适的那种。在第三类案件中，事实非同寻常，而可适用的规则又在现有法律中难以寻到，或者即使有却模糊不清，这就导致判决结果会因之不确定。这对法官的要求就更高。法官需要进行周密权衡，审慎揆度，作出最符合正义的判决。而正是在这一过程中，法官承担起了立法者的职能，即所谓的“法官造法”。司法过程的最高境界也体现在这类案件中，即并非只是发现法律而是“创造法律”。这一类案件就是我们通常所谓的疑难案件，尽管它们的数量比较少，甚至很少，但是法官们因为它们所伤的脑筋和耗费的时间可不少，因此非常有必要对法官处理这类案件的方法进行充分讨论。

卡多佐将法官决断疑难案件时运用的方法和力量具体归纳为逻辑的方法、历史的方法、习惯的方法和社会学的方法四类。一是逻辑的方法，也称做类推的规则或哲学的方法。即以法律为大前提，后以事实为小前提，再运用形式逻辑推理得出判决结果。二是历史的方法，也称做进化的方法，即法律原则沿着历史发展趋势发挥功能。三是习惯的方法，也称做传统的方法，即法律原则按照社会的传统或习惯路径发挥功能。四是社会学的方法，即法律原则按照正义、伦理和社会福利、当时的社会风气发挥功能。

卡多佐对第四种方法尤为看重。他指出，法律的目的正是实现社会福利，体现社会正义，而社会正义包括各种社会道德、正义观念、公共政策等在内的多元的、复杂的、不断变化的混合体，都构成了社会正义。司法必须将自身与社会实际紧密结合，才能真正实现司法的目的与功能，并由此引出法官的定位和社会学方法在法官如何在空白处造法——遵循先例、法官造法。他肯定遵循先例是司法过程中的一项基本规则而非例外，同时指出法官只能在“法律的空白处”立法。

卡多佐认为，法官造法并非于因为法官具有高人一等的特殊造法才能，而是因为处于特定环境下的法官必须如此。在《法律的成长》中，他进一步表述了自己的这一思想，指出法官通过纷繁复杂的个案案情，对于社会现实和社会所追求的正义会有更多的了解，他更能集中精力把原则运用到个案中，通过逐案调整法律的方式使得法律更加适应社会的变化。该书本是卡多佐于1923年10月在美国耶鲁大学所做的演讲的总结。它历来被认为是对《司法过程的性质》的演讲中所陈述观点与论据的补充。卡多佐指出，法律既需要稳定，又不能僵化不变。为了在法律的稳定与发展之间寻求到某种平衡，这就需要某种哲学来解决这方面的冲突，以提供法律持续生长下去的原则。法律的生长历程，正是不断回应因社会发展而产生的新需求而随之调整的过程。如何在日新月异的现实需求与刻板的司法传统中保持平衡，促使法律良性生长，就需要给予它充分的养料。而这养料便是法哲学对于法律的起源、发展、目的和功能的阐释。为了便于全面了解卡多佐关于司法过程的思想，《法律的成长》也纳入本书中一并供读者参考。需要说明的是，限于篇幅，我们在编译过程中将《法律的成长》第五讲的内容做了一些节略。《法律的成长》第五讲的内容主要是对第四讲的再补充，观点与前文基本相同，因此对其中一些重复的或不重要的论述做删减，并不会影响读者对卡多佐思想的理解。



卡多佐生活的年代具有特殊的时代背景。美国在完成南北战争之后，经济迅速发展，19世纪末20世纪初已跃为头号资本主义强国。在美国工业化、城市化高速发展的社会里，产生于农业社会并主要回应农业问题的普通法已不能适应多变的社会现实，尤其是作为其基本精神的“严格遵循先例”原则已无法调整日益复杂的社会关系。而在此时诞生的实用主义法哲学无疑有了一种“应运而生”的意味。它所内含的多种思想如重经验轻逻辑，将法律从刻板的“本本上的法”解放出

来,使之成为“活的法”;承认法官在判决中的自由意志作用及创造性的立法活动;讲究法适用的便利与正义的协调等,在带来法理、司法等各部门的一系列变革的同时,也就解决了这一难题——实用主义法哲学对于美国最实用的,就是审判方式的“严格遵循先例”的英国法精神向自由主义的美国法精神的转变。这样的变革并非源自法学界的倡导,而是由从事法律实务的法官完成的。不仅包括实用主义法学的创始人霍姆斯,而且还有“在其任职期间‘静悄悄地’完成了普通法的革命”的大法官卡多佐。例如,在著名的“麦克弗森诉别克轿车公司”这个案件中,卡多佐提出了一个后来为普通法所普遍采用并影响了现代各国产品责任法或消费者权益保护法的原则,即产品制造商和购买产品的个人之间存在一种隐含的安全保证,即使其间有零售商这个环节,因此,如果消费者因使用产品而受到伤害,那就可以对产品的制造商提起诉讼。这就表明了卡多佐对于法律的现实主义和实用主义的理解。

能够体现卡多佐法律思想的主要是他发表的著作以及大量的司法意见。在卡多佐的那个时代,很少有美国联邦最高法院的法官著书立说,而卡多佐就是其中为数不多的几个人之一。他的文字明确简洁、精致完整,包括那些出自他手的司法意见,也被认为学术意蕴丰富。他的学术著作中以《司法过程的性质》最为经典,此外,还有《法律的成长》(1924)和《法律科学的矛盾》(1928)。在他去世以后,有人汇集他的论文出版了《卡多佐文选》(1947)。但是在所有的著作当中,最能体现他的思想的便是《司法过程的性质》。卡多佐经久不衰的地位源自于他的司法裁决方法。他是第一位告诉我们法官如何判案、如何造法并暗示为何会这样做的现代法官。而这些思想正集中体现于这本于1921年宣读、出版的系列讲演集。

上述这些思想或许并非全是卡多佐的独创和首创,但是将其加以系统化、理论化的表述却是他的贡献。尤其是在卡多佐之前,尽管霍姆斯就已经阐述了反对那种僵化的布莱克斯东式对普通法理解的观点,但卡多佐却是第一个指出了法官在司法中应该怎样去开辟一条道路,去“填补法律空白,弥补法律形式化带来的缺陷”的人。他在书中多次将法官判决比作一个包含有各种化学成分“化合物”,司法

过程也就因之成为一个制作化合物的过程。并强调，构成这一“化合物”的各种成分并非杂乱无序地随意丢在一起，它们的组合与各自的比重总是遵循着一定原则的。而要弄清楚这些原则，就涉及法官为了实现社会正义，在哲学、历史、传统以及社会学这四种方法性资源中如何取舍。

通读全书，也许读者并不能在该书中直接寻找到“司法过程的性质是什么”的答案，但对法官是如何判案的，而判案过程又是如何完整呈现出来的，相信人们都会了然于心。司法过程的真正目的和功能不为别的，正是为了实现社会福利和社会正义，司法过程的性质就是法官在遵循先例的前提下创造法律。卡多佐这些见解独到的观点，突破了自19世纪以来法律形式主义对司法界的束缚，使司法成功摆脱了恪守先例的禁锢，对推动美国司法更具活力地顺利前行，具有显著的历史影响和重要的现实意义。

值得注意的是，卡多佐尽管在倡导法官突破先例上是个先行者，但这不代表他就是一个绝对的理想主义者，事实上将他称为“中庸的实用主义者”似乎更为妥帖。在他看来，法官可以适时造法，却也应受到先例、习惯、社会生活的约束；判决会受到法官个人因素的影响，但司法判决仍应当由法官尽量客观地作出；遵循先例应该成为规则而非例外，但在某种程度上又应当放松这一规则。

联系到此书出版时美国社会政治变革的大背景，其对于处于转型时期的中国也同样具有重要意义。随着市场经济体制在中国的逐步确立并走向完善，很多前所未有的新情况、新问题都日益显现，新的社会关系也在不断产生，这些都使得我们的司法在立法尚未有规定可循时却不得不裁判新的纠纷。由此，法官如何在正确考察社会事实的基础上形成正确的判决，用法官自己的良知和社会的正义标准赢得令人尊重的判决，是值得中国的法官们审慎思考的问题。反观中国的立法现状，先是有了某方面丰富的司法审判经验，才在此基础上总结出新的法律、法规。由此，法官工作的职责也多多少少地有了立法的性质。当下有关司法改革的讨论如火如荼，相信《司法过程的性质》一书对此会有所裨益。而著者卡多佐作为一名法官，他始终不忘自己的责任，对法律怀有虔诚的敬仰，对正义有着矢志不渝的追求，也为当

代中国法官们树立了一个典范。



由于本书力求通俗性，为避免学术化的形式给读者轻松阅读带来某种障碍，故而在参考文献的处理上未采取专门列出注释的方式，而将引文出处等内化于文中。体例则大体上依照原书，适当做了些细微改变，尤其是为了便于读者提纲挈领地快速了解主题思想及内容，提炼出多个小标题，一改原书作为讲演稿的长篇大论而内容相对较散不利于初学者理解的特点。

尽管编译者愿望美好，也竭尽全力做了些改变，但基于自身能力或有限，加之法律终究是一门精深的学科，难免有许多不足之处，敬请读者多提宝贵意见。

张维

· 司法过程的性质及法律的成长 ·



Cardozo
(美) 卡多佐

|| 目录 ||

编者的话 1

导读 英美法系法官裁判的经典样本 5



第一部分 司法过程的性质 1

第一讲 引论、哲学方法.....	2
一 法官判决是一个“化合物”.....	2
二 原则在法官制造“化合物”的过程中起了重要作用.....	3
三 有的案件直接援引法典和制定法即可.....	5
四 自由决定的方法.....	7
五 法官的工作必须以先例为起点.....	8
六 判例法的规则和原则并非终极真理.....	10
七 法官面临着一个两面性的问题.....	13
八 类推的规则或哲学的方法居于首位.....	14
九 人们偏好于司法的逻辑性.....	16
十 用正义来考察和检验哲学.....	18
十一 与大陆法学家的观点并不相悖.....	21
第二讲 历史、传统和社会学的方法.....	24
一 什么是历史的方法.....	24
二 历史造就了法律的发展.....	26
三 习惯的介入及其作用.....	28

四	法律的第四种指导力量	30
五	填补法律空白的重点原则应是社会福利	32
六	正义和效用是我们前进的指导方向	34
七	以宪法为例	35
八	新时代要求有新的标准和规则	38
九	法院关于理性和正义的标准必须是客观的	40
十	过去的司法裁决必须重新塑造	42
第三讲	社会学方法、法官作为立法者	45
一	社会学方法在各领域被普遍运用	45
二	法律研究最主要的问题是法律的目的	47
三	法官是否应当有一种标准作为衡量依据	49
四	法官不应把个人信仰强加于社会	50
五	逻辑、历史、习惯、效用都是推动法律进步的力量	52
六	法官只能在空白处立法	54
七	立法与司法中的造法有别	55
八	填补法律空白需要借助于社会需求	57
九	应当寻求回应现实的法律概念	59
十	法官造法不是没有边界的自由	61
十一	法官立法具有必要性	63
十二	法官要在被诸多规则限制的空间里寻求社会正义	65
十三	“马格劳德现象”和依法审判的区别	66
第四讲	遵循先例、司法过程中的下意识因素、结语	69
一	规制法官行为的还有他们的良知	69
二	判决应否有溯及既往的效力	71
三	遵循先例应当成为规则而非例外	73
四	法院有义务部门法建立在符合现实的基石上	74
五	证据法领域的相关例证	76
六	遵循先例正在减弱之中	78
七	法官应是一个集大成者	79

八 法官所面对的三种案件.....	81
九 影响裁判的法官的下意识因素.....	83
十 法官也受制于人性的局限.....	85
十一 每个法官的奇特个性会达致某种平衡.....	87
十二 法律在反复的重新制作中获得持久的生命力.....	89

第二部分 法律的成长 91

第一讲 法律重述的必要：促进法律的确定性..... 92

一 历史的难题：法律的稳定与发展的平衡.....	92
二 法律的确定性的意义.....	93
三 美国法律研究所有志于法律重述.....	95
四 法律重述给法官松绑.....	97
五 庭审之外的力量对庭审的影响正在增强.....	98
六 大学在引导审判过程中的力量.....	100
七 我的两个忠告.....	101

第二讲 需要一种有助于法律生长的哲学..... 104

一 法哲学建立的必要性.....	104
二 法哲学的内容.....	106
三 什么是司法过程和法律.....	107
四 法院的判决才是法律吗？.....	109
五 作为秩序原则的法与作为道德科学的法.....	111
六 未达预期的法是错误的法吗？.....	113
七 判决与法律的关系.....	114
八 判决有可能被推翻.....	115
九 法律就是某种预期.....	117
十 狄骥对“规范性法规”和“建构性法规”的区分.....	118
十一 摒弃极端的思想认识.....	120

第三讲 法律的成长和裁决的方法..... 122

一 法官在司法过程中必然有选择行为.....	122
------------------------	-----

二 法官奉行的哲学对他的工作有重要影响.....	124
三 四种法官应当遵循的力量.....	125
四 为了形式牺牲正义是不值得的.....	127
五 原则或先例是探索或然性的结果.....	128
六 法律问题的解决涉及方法选择.....	130
七 没有一种方法固定地居于最高位置.....	132
八 逻辑和功利的夺权战争仍在继续.....	133
九 不同的情况下使用不同的方法.....	134
第四讲 法律的功能和目的.....	136
一 庞德对法律目的的分析.....	136
二 正义的标准无法被完全客观化.....	138
三 正义与对称和秩序原本是一致的.....	139
四 直觉在真理发展中的作用.....	140
五 法官要受到立法者所宣告的价值标准的约束.....	142
六 我们时常在充当着哲学家的角色.....	144
七 哲学常常是新情况下进行裁决的基础.....	146
八 如何使用历史的方法.....	147
九 方法应当结合在一起.....	149
第五讲 法律的功能和目的（续）：结论.....	151
一 什么是法律的功能.....	151
二 法律的功能有时候会被歪曲.....	152
三 法院一切棘手问题的根源.....	154



The Nature of the Judicial Process
& the Growth of the Law

第一部分

司法过程的性质

第一讲 引论、哲学方法

一 法官判决是一个“化合物”

每一天，法官们都在进行着裁判案件的工作，这在我国数百个法院中无一例外。但是，如果让法官们将自己这种日常工作是如何具体完整地描述出来，却很难做到。这在很多外行人看来或许不可思议，但是事实的确如此。也许有人执意想要法官对此说个明白，但他会发现，法官在这个话题上不会持续太久就将转向其他话题，理由或许冠冕堂皇：“司法过程涉及晦涩难懂的专业术语，即使告诉你，你作为没有受过法律专业训练的人，也是听不明白的。”人们可能会将法官的这种说法理解为：法官为了掩饰自己解释不了的尴尬而找的借口，当然也不排除其故弄玄虚的用意。不过，即便人们认定此二者，也还是很难在“法官是如何裁决案件”的问题上就此止步，毕竟，谁都有好奇心，加之司法关乎社会正义，人们很难在判决出台的前前后后上停止追问。因此，一旦法官们用所谓高深莫测的理由打发不掉那些执著于此问题的非专业人士，就必然要面对这一问题。

具体来说，法官需要对下列问题作出回答：我在裁判案件的过程中究竟做了哪些事情？我在所收集的信息资源中做了怎样的取舍和选择？这些信息在决定案件裁判结果上各自占了多少分量？尽管有些案件是有先例可循的，但我最终拒绝遵循先例，这又是基于怎样的考虑？而如果压根儿不存在可遵循的先例时，我又该依据怎样的规则来作出判决，而使其成为以后类似案件所应当遵循的先例？我在“造法”的过程中，如果注重追求逻辑一致及法律结构对称，又应当注意些什么问题？我的“造法”行动是否应当在其与社会习惯、公共福利、我个人的或公共道德准则发生冲突时停止？

事实上，上述这些问题，每天都出现在法官裁判案件的过程中，只不过有时候这个问题所占的比重多些，有时候另外一些问题所占的比重多些。正是对于这些不同问题的考虑，最终形成了法官判决。就此意义而言，法官判决无疑是一个包含有各种化学成分的“化合物”。在这里，法官究竟有无权力来制造出这样的化合物，并不是我所关注的重点。因为，无论我们是否认同法官造法的合理性，它都已是当下生活中的一个现实存在。法官正是在制造这一化合物的过程中完成了司法裁决。

二 原则在法官制造“化合物”的过程中起了重要作用

构成这一“化合物”的各种成分并非杂乱无序地随意丢在一起，它们的组合与各自的比重总是遵循着一定原则的，尽管这些原则从未被法官言明，或许根本就很难用语言表达，又或许仅仅是法官的下意识。但不可否认的是，原则的确在法官制造“化合物”的过程中起了重要作用。这些原则并非所有法官在某一特定时空中都会遵循的，也

不是某一法官在所有时刻都一成不变地予以遵守的。说到底，这里会涉及选择问题，绝非一个听天由命的问题。如何选择，究竟会涉及对哪些因素的考虑，或许是难以言喻的，但也并非无法分析。我接下来要做的工作就是试图分析这一问题。

我在分析中会对有意识的和下意识的因素作出明确划分。在认识“有意识的因素”时应当注意，有意识的因素固然更贴近于事物表层，但并不能因此就认为这些因素总是可以让人一目了然，或轻而易举地察觉并能为之命名。只能说，与下意识的因素相比，这些有意识的因素更容易被辨别和标示，而且也更容易获得认同，从而作为指导我们行动的原则。但易为人们忽略的恰恰又是对案件决定起着重要作用的在表层之下的某种力量，即下意识的因素。正是靠着这些下意识因素的作用，法官才有了自己独特的标签，并使得自己的行为能够保持前后一致。威廉·詹姆斯曾在其关于实用主义的一篇讲稿中，专门用一整页的篇幅提醒我们：即使是从从来没有听说过甚至其本身非常厌恶哲学名词和概念的人，都在事实上践行着一套自己的生活哲学。哲学，一种如潺潺流水般不间断的倾向，支撑着我们的生活，每个人都概莫能外。正是因为哲学的存在，人们的思想和行动才有了一致性和方向性。法官也是如此，一直在与一些连法官自己都无可名状的力量，如遗传本能、传统信仰、后天确信进行着博弈。博弈的结果最终形成某种对生活的认识、对社会需要的理解或是对如詹姆斯所描述的“来自宇宙的整体压力”的感受。如果上述种种因素能够平衡至某种精准的程度，那么，它们将共同决定最后的选择结果。由此，每个问题的解决结果都不可避免地存在上述背景。我们或许愿意尽我们所能去客观公正地看待事物，但我们的“客观”却永远都不可能与他人眼中的事物完全一致。无论是诉讼请求还是议会法案，无论是犯罪的穷人还是公正的君王，无论是乡规民约还是民族宪章，都必须接受这一标准的检验。

我并没有足够的信心将司法过程以某种程式的方式表达得能让我自己觉得是合理的，对于他人来说，这种表达更是大打折扣。这种技术必须借助于本学科领域外的其他知识。这就如同当我们想要研究法官造法时，必须借助于华莱士先生的定量分析法，这种方法是被证明科学有效的，尽管其原本是用于政治研究领域的。因此，当我想要把司法过程表达清楚时，也同样需要不限于法律领域的更为渊博的知识。但是，毕竟知识的获取需要时日，而在这一准备工作完成之前，一个每天致力于司法判决工作并试图使它保持生命力的法官，却还是免不了对“司法过程的性质”这一问题产生兴趣，哪怕这种兴趣是转瞬即逝的。这就是我为何将问题的研究最终转向“司法过程的性质”这一主题上来的原因。

三 有的案件直接援引法典和制定法即可

谈及“司法过程的性质”，就要涉及之前所说的“化合物”中各组成元素的比例，而比例问题又建立在这些元素究竟是什么的问题基础上。因此，我们的第一个追问便是：作为判决依据的法律，是法官从什么地方找来的。有时候，在宪法、制定法里，法官就可以找到明确可适用的依据，在这种情况下，法官所需要做的只有一件事情，那就是服从，而无须在寻找法律依据上费尽周折。法官在这种情况下的造法充其量就是生成了二等法律，因为宪法作为一等法律，高于一切法律包括制定法在内，法官的造法就是从属于由立法者创立的制定法的。但这并不意味着法典及制定法的存在就使得法官的造法显得多余，法官所做的也因此而草率和机械。

即使有法典和制定法可直接援引于具体案件中，我们还是必须

面对以下这些问题：法典和制定法本身无法避免地存在盲点，也有需要作出详细解释的不清楚之处，在具体案件中的法律适用并不容易，甚至可能产生结果实质不公的问题。人们总是以为法律解释只是为了探究藏于立法者心中的立法目的，即使这可能是非常难以捉摸甚或根本找寻不到的，却仍然被作为确定的真实存在。司法过程有时候确实如此，但更多时候又远非如此。在实践中，在司法过程中对于法律进行解释时，探究立法意图恰恰是法官所面临的所有问题中最容易的。格雷在他的一篇题为《论法律的性质和渊源》的演说中说道：“事实上，之所以在司法过程中出现法律解释的困难，是因为立法者在立法之时对后来者适用法律时所遇到的问题不可能完全预料到，也就是说，立法时根本未考虑这一问题并将其规定于法律之中。此时，法官所要做的并不是去探究立法者在立法时对某一问题的考虑如何，而是要去揣摩如果法官当时能想到这一问题的话，他会对此问题作出怎样的规定。”布鲁特也曾就此说过：法官“需要探究制定法的更深层次的含义，这是司法过程中适用法律的艰难之处。但还有比这更有难度的、更重要的工作，就是司法过程中的第二项工作，对实在法中出现的每一个空白点进行填补”。如果人们愿意，也可以称为立法。但无论如何，只要存在制定法，就不可能脱离对这一过程的需求。

如今，大陆法系中就有一个学术流派，专门研究如何在解释和建构法律中有更大的自由度，以将解释工作做好。他们认为，制定法通常都或多或少地存在着散乱于各处、安排不周详及在直接适用后产生结果实质不公的问题。所以，法官作为法律解释者及社会秩序的维持者，必须提供那些从制定法中找寻不到却在适用中不可忽略的要素，以纠正法律适用的不确定性，并通过“科学的自由寻找”，即通过自由决定的方法使得审判结果符合正义的要求。惹尼、埃利希、格梅林及其他一些人都持上述观点。

按照惹尼的说法，法院应当“从隐藏于法院需要处理的各种事

实背后的各种社会因素中去探究并寻找到有助于案件解决的真正有用的，我们称为活跃的力量”。可见，法院所掌握的权力是非常大的，而正如所有的权力都不可避免被滥用一样，司法权也有可能被滥用。但即便如此，我们也不必过分担心法院被赋予的权力太大。埃利希曾经说过：“只有法官的人格才能够保证正义的实现，除此之外别无他途。”这是从长远的意义上来说的。它同样可以用于我国的法律适用，因为我国的法律适用一样面临着法律的文本规定与其内涵精神存在差异的问题。

四 自由决定的方法

首先以宪法适用为例。时至今日，上文所讲述到的自由决定的方法已经成为宪法领域用得最多的方法。宪法的规定多为概括性，这就使得它可以随着时代变迁而被添加进新的含义。而这种看似随世事变幻莫测的现象，却可以通过自由决定的方法来实现某种恒定不变，因为它能够将某些具有阶段性的问题点破。由此，法律解释就不必拘泥于立法者意图和立法者想要表达的意思了，解释的范围和功能可以被扩大。法律解释可以补充立法，填补它的空白，而事实上这种功能在习惯法的形成过程中也获得过运用。即便法典和其他制定法的修改、废止或限制性规定会威胁到司法的这项功能，但是基于其本身是应运而生，且正是因为司法可以不断回应人们的需求，所以司法才得以发展延续并繁荣至今。尽管当年查士丁尼曾专门下过命令，禁止人们对《查士丁尼法典》及相关法律作出任何评论，但这一禁令已经在实践中被证明完全落空。

宪法和制定法作为法律渊源的重要性在此姑且不谈。固然，法官

在对宪法和制定法作出解释的过程中也会遇到难题，但是与法官处理其他事务遇到的难题相比，其在类型和程度上并无特别之处。而且，在我看来，与其将精力花在这些难题的求解之上，倒不如先去搞清楚其他问题。毕竟相关问题在宪法和制定法里都已规定得很清楚，所以这一领域的难题并不算多。而即便偶遇有规定含糊不清的状况，在解释它们的时候，也会因为其本身所内含的微妙元素，使得我们难以在此施展创造力。只有在宪法和制定法中寻找不到具体的法律依据时，我们才有可能进入创造的神秘地带，探究可以适用于个案的具体规则。布莱克斯通曾经生动地把法官描述为“活的法律的宣示者”。那接下来，就让我们看看这些法律的宣示者们在自己的日常工作中，是如何不偏不倚地运用实用主义哲学来开展工作的。

五 法官的工作必须以先例为起点

法官所要做的第一件事情，是将他手头的案件与之前的某些先例进行比对，这些先例可能凭记忆就可以找到，也可能还需要他去摆放在桌头的书卷中寻找。将先例摆在首要位置，并不意味着先例才是法律的终极渊源，而是因为先例是存放于法律武器库中唯一的装备，也就是梅特兰口中的“法律车间”的唯一工具。某些基本的法律概念需要从先例中挖掘，而它们本身又是司法推理的前提；还有一样更深层次的东西隐藏在基本法律概念的背后，它就是社会生活习惯及社会制度等。二者之间彼此作用，形成某种互动关系，受社会生活习惯及制度影响的法律概念，也会反过来影响乃至修改后者。

在我们这样一个法治高度发达的国家，先例所涵盖的领域几乎是无所不包的，这就决定了法官的工作必须以先例为起点。法官的首

要工作通常就是考察和比较先例。如果发现先例与手头的案件恰好契合，且并无含糊之处，法官的工作就相当轻松了，几乎无须再做任何多余的事情了。遵循先例是我们普通法系法官进行工作的基本规则。当然，某些时候我们也会放弃遵循先例，但这是极少发生的例外情况。关于这一点我会专门再讲。在这里我还是先讲遵循先例。

通常所做的依照和手头案件明显相符的先例作出裁决的工作，与直接按照制定法决定案件的性质的工作并无不同。除了寻找和比较这两项工作内容以外，这一过程几乎很少再需要做别的事情。这几乎是我们中一部分法官的全部工作内容。他们自认为，自己的职责就是将手头的案件与摊在他面前的许多样品案件进行色彩比对。最后将色彩与手头案件最接近的样品案件拿来，从中提取适用于手头案件的规则。但需要注意的是，没有一个有生命力的法律制度可以仅仅通过这样的工作流程来实现延续和发展，也没有一个名副其实的高级法院的法官，会就此定义自己的职责。如果以之为法官的全部职责，我看连我们自己都不会对这样一个不包含任何智慧元素的工作感兴趣。而那些只要会做案件卡片索引工作的人，也就足以成为所谓最杰出的法官了。

事实恰恰相反。严格意义上的法官工作只有在色彩比对失败，查看索引也未能成功，也就是根本找不到可援引的先例时，才真正开始。此时的法官需要为诉讼当事人专门制作法律。对此，培根曾经有过一段经典的表述：“很多时候，促使你作出司法判决的因素或许是某个个体的，但由此产生的判决理由和结果却可能影响到所有人的财产。”今天的裁决结果将是决定明天是非对错的依据。如果法官能够认识到自己裁决的重要性，因此希望自己作出的判决是明智的，那他就必须运用恰当的原则，在各种可能获得法律认可的判决中选择出正确的。

精神如同物质一般，也有一种类型再生产的能力和倾向。每一个

判决也具有繁殖力，即按照自己的样子进行再生产。这就是雷德林克所谓的每一个先例“对未来的同类或类似性质的案件具有某种指导力量”。在判决宣布之前，先例的形式和内容都无从确定，很多原则都可能在其中发挥主导作用，施加自己的影响力。一旦判决宣布，它将成为先例家族中的新成员，由此成为法律渊源。而从它那里产生出的某些新的原则和规则，将影响到日后的类似案例。如果我们硬要去探究何以能如此的精神基础，我想应该是习性使然。无论如何，法律制度中的一个新生力量就这么产生了。

六 判例法的规则和原则并非终极真理

但是，并非每一个判决孕育出来的所有原则都能够顺利长成。一些在经验的检验标准面前不能证明自身价值和能量的先例，会随着时间的流逝被无情地抛弃。这就是普通法的运作原理：它是归纳，从具体中推导出一般；而非演绎，从所谓普适性的永恒真理中推导出具体。芒罗·史密斯对于这一过程的表述令人叹为观止：“以规则和原则的形式来表述社会正义感，会发现法律专家们所运用的方法总是实验性的。而判例法的规则和原则也并未被当做终极真理，它们只是可资利用的假说，在那些重大的法律实验室，即法院中，被不断地重复检验。一个新案件就是一个实验。如果感觉到某个貌似可以适用且已经被接受了的规则在适用中产生了不公正的结果，便会重新考虑这一规则能否被适用。也许不是立刻就会修改，因为试图使每一个案件都达到绝对的公正，就不可能发展和保持一般的规则；但是，如果一个规则不断造成不公正的结果，它一定会被重新塑造。这些原则不断地被重复检验，只要从它们中推导出来的规则被证明不起作用，它们就

免不了要受到重新的检验。”

重新检验规则需要某种方法，下面的例子可以帮助我们去认识这种方法。50年前，有一个被认为是一般性的原则：只要甲的活动不损害公共利益，即便他就是以侵害乙的利益为目的，他也可以自行其是。最常见的情况是，为了给邻居带来不便而恶意建立起篱笆，此时不承担侵权责任就被认为是一个普遍规则而非例外。就规则本身而言，如果只将其适用于一个成分单一且社会结构趋于同质的某个社会，仅调整居住在此的人们之间的关系的话，这个规则也许可以一直用下去。但是，如果将其运用于社会关系复杂的环境中，这一规则就显得力不从心了。在争议数额较大或案情较为复杂的个案中，如果我们还是试图用旧的原则来裁判，结果将只会产生出错误，我们预想的正义的结果也不会到来。这就需要我们对旧有的原则进行再审视和重述。

时至今日，大多数法官已经越来越趋于认同这一点：曾经被认为是例外的才是规则，而曾经被认为是规则的原来只是例外。上面所提到的那个规则也就会变为：甲在做自己事情的时候，除非确有合乎情理的和正当的原因，否则永远都不能有任何旨在伤害他人的行为。将重述过的规则适用于新出现的具体争议，其结果会与争议本身更为协调，也更趋于达到正义，更重要的是，它更符合社会福利的要求。以这种方式修正规则的工作是循序渐进的，效果会在几十年甚至几个世纪后才显现出来，其背后是一种类似于冰川移动的力量和压力。

这一力量值得引起重视。“从来没有哪一个信条未被撼动，从来没有哪一个曾经备受赞同的教条未显出过疑点，从来没有哪一个我们传承下来的传统未受到过质疑。”这是40年前一位传记作家针对他所生活的那个时代所写下的，在那个时代里，怀疑主义正日趋盛行。这句话同样适用于对法律发展史的描述。今天的某个规则很有可能同曾与其对立的规则相匹配。比如，按照今天的规则，一个人通常只有

在具有主观过错包括有意或过失的时候，才对自己的行为承担绝对责任。但在过去，无论是否有主观过错，都须承担绝对责任，这是一条普遍规则。人们会发现，对早些年这一类规则的修改见诸立法，是最近一段时间的事情。再如，按照现在的规则，双方达成某种协议后产生债权、债务关系，而一旦其中一方违约就会引出另外一种关系，即关于请求损害赔偿的诉讼权利，但曾几何时，如果协议上并未加盖印章的话，这个协议不可能产生出债权、债务关系并引发诉讼救济。再如，如今诉权是可以进行转让的，那些受让了诉权的人可以通过对诉权的行使去获得判决，即使他就是为了诉讼而诉讼，但是诉权的转让在历史上曾经是不可能的，甚至法律将其定性为犯罪。再如，按照今天的规则，提起欺诈诉讼如果没有其他根据的话，就必须证明一个本该获得执行的承诺已经被违反了，但是在过去则恰恰相反，违反本该获得执行的承诺本身就被认定为欺诈行为，故而能够在普通法上获得救济。

上述这些变化，可能大多数变化正是由法官主导的。法官在进行这类改造时所使用的工具，与今天其使用的工具并无二致。由于只是从单个的案件中发展出来的变化，所以也许不能用重大来形容这些变化。但是，当这一过程延续了很多年之后，所导致的结果就不仅仅是对法律的某种细枝末节式的补充和修饰了，而是发展成为一种法律的革命和蜕变。过去的每一种倾向，似乎我们如今都能找到与其对立的倾向；过去的每一个规则，似乎我们也能够找到与其对立的规则。一切都在流动和变化之中，没有什么永恒不变的，也没有什么是绝对的。世界本身就是一个永无止境的“变成”。我们像是回到了赫拉克利特。而这这就是我心中的司法全景。

七 法官面临着一个两面性的问题

毋庸置疑，在过去长达三个世纪的时间里，曾经摇摆不定的路线已经变得非常稳固。立法机关因此将有更多的工作要做，而法官们所要做的工作则相对较少了。但是，即便如此，十年一次的大的变化依旧会发生。因为我前面所说到的如“冰川移动”般的力量依旧存在。

在这永恒的流变当中，法官面临着一个两面性的问题：首先，他必须从一些先例中抽象出基本的原则，也就是判决理由；其次，他要为这些尚未被弃用的原则的运行和发展，确定前行的路径和方向。在这两个问题当中，我们更关注对第一个问题的理性探讨。案件不会自己寻找到解决原则。我们在研究案件的过程中，要想将所应适用的原则慢慢呈现出来，就要首先还原案件的本来面目，但这绝非易事。因为法官拿到的案件，已是经过律师包装后的，除非我们将这一包装剥离，不受其提交的可能会混淆视听的司法意见的不当影响。我们仅从法官们对于前辈们的论证、评述及眉批的崇拜程度尚且存在差异就可以看出，在司法意见的看法上他们更是存在分歧。法官们大概都同意这一点：有人提交司法意见的时候，可能会存在反对意见，但有些法官似乎同时认为，在这之后就不会再有反对意见了。在这个时候，多数法官的意见被一种类似宗教信仰的灵感渗透。当然了，谁都没有公开表示自己有着这样的信仰，但是这一点却的确隐含在法官们的行动中。

我承认，我本人对此也感到很困惑，我不明白为什么在世界上，只有法官是应当将他们的信仰置于自己的工作当中的。在我自己的司法意见发布几个月之后，当我将它们拿出来再看时，或许带着某种悔

悟，我会发现意见中仍然漏洞百出，尽管我担任法官的时间还不够久，但这些问题早已经充分暴露。一个人自以为不会犯错，其实这是一种错误的认识，它很容易让你在故步自封中将这种错误认识发展到极致，即唯有自己才不会犯错误。法官的司法意见不是永远正确的，更何况人们也不大可能一眼就认出哪些意见出自法官。正如法律研究者所熟知的一样，辨别出法官的意见需要不断地将先例中的某些本质的和非本质的因素、偶然和必然的因素区别开来。但是，即便我们真的能够将这一工作顺利完成，甚至可能已经了解到了先例的真实面目，将先例中的原则很技术性地抽取并精确地描述出来，这也只是完成了所有工作中的一半甚至还不到一半。还有问题亟待解决，那就是确定所抽取并描述出来的那个原则的边界以及它的发展趋势，以保证这一具有指导功能的力量能够在十字路口选择正确的道路前行。

八 类推的规则或哲学的方法居于首位

原则的指导力量可能按照逻辑的发展路径发挥功能，因之将它称做类推的规则或哲学的方法；原则的指导力量也可能按照历史的发展路径发挥功能，因之将它称做进化的方法；原则的指导力量还可能按照社会的传统或习惯路径发挥功能，因之将它称做习惯的方法；原则的指导力量更有可能按照正义、伦理和社会福利、当时的社会风气发挥功能，因之将它称做社会学的方法。

在我看来，在一切上述可选规则中，类推的规则或哲学的方法居于首位，它是我们用于选择路径的指导规则。将它作为首位规则，并不是说它就是最重要的规则。事实上恰恰相反，它常常会让位于其他规则或方法。而我之所以将其作为首位规则，主要是因为它有一个

其他规则或方法所没有的优势，即它拥有某种确定的前提条件。实践中案件的数量繁多，相关主题的判决也堆积如山，最好能有一个原则将这些案件都整合起来，使其具有某种共同的合乎法理的倾向，并能反映出这个原则使其得以运用到新的案件当中去。而能做到这一点的只有类推的规则或哲学的方法。因为只有它才具有某种源于自然的、秩序的、逻辑的力量，这是其他方法如历史的、传统的、正义的方法都不能做到的，所以我们理当给其以高于其他规则或原则的尊重。某些原则或许能夺取到类推所占据的首要位置，但是即使它能做到这一点，也是靠吸收了类推的力量后才能做到。任何想要获取如类推所具有的支配地位的原则，都不可能绕开类推。

一些伟大的法官曾经对此不以为然，好像哲学的即逻辑的原则在我们的法律中根本不算什么。也从来没有人在工作中真的就将其当做信条。哈尔斯伯里爵士在昆因诉勒色姆案中说：“一个案件只在它实际决定的那些问题里享有权威。我完全否认可以引证它来支持某个貌似从它的逻辑中推演出来的命题。那样一种推理程式假定了法律一定是一个逻辑化的法典，但每个律师都一定会认为，法律不总是完全合乎逻辑的。”这话描述得可能不假，但是我们不能将真理推演得太远了。逻辑一致从来都不会因为它不是最好的从而就不好了。霍姆斯有一句经典的话：“法律的生命从来都不在于逻辑而在于经验。”但是，霍姆斯却没有告诉我们，当经验无能为力时也要忽视逻辑的存在。如果不是因为必要，考虑到某些历史、习惯、政策或正义等因素，我并不想引入不一致、不具有关联性的和人为的例外，因为这样或许会破坏了法律结构的对称。而如果没有上述理由，我就必须按照逻辑做事，因为只有以逻辑类的东西作为基础，才能让自己做到不偏不倚。法官不能在一个案件当中以这样的方式裁决，而在另外一个类似的案件当中以完全相反的方式裁决。米勒在《法理学资料》中说：

“如果前后两个案件在关键方面都极为相似，那么后一个案件的当事

人一定会对法官作出与前一个案件同样的裁决抱有期待。而如果依照截然相反的原则裁决了后一个案件，这就是一种很大的不公。这就如我在过去的一个案件中作为被告，得到了不利于我的判决，而如果在今天的又一个类似案件中我变成了原告，我会指望今天案件的判决与之前案件的判决一致。如果不同，我就会有一种愤愤不平和受到不公正对待的感觉，这种不同的判决也构成了对我的实体权利和道德权利的侵犯。”而当两个案件的判决一样时，人们将从中体会到遵循先例的力量。因此，要想让当事人确信司法的公正，就须坚持遵循先例是规则而非例外。尽管它在司法过程中呈现出来的程度可能会有所不同，但是究其根源，先例总是有着一种沿着逻辑而自我延伸下去的功能。

九 人们偏好于司法的逻辑性

毫无疑问，这种精神之所以会得到强化，完全是因为人们更偏好于司法的逻辑性及形式与司法的对称。这种偏好是一种理想，它对于职业法学家们具有某种程度的吸引力。它对于古代罗马法学家的意义远比对英国法学家和我们的意义要大，而且肯定比它对于我们的法律客户的意义要更大。米勒在《法理学资料》中曾经说过：“法律客户并不关心他的案件是否会做得‘漂亮’，而只关心如何能运用最有利于他的法律规定而让他赢得案件的胜利。”但也并非总是如此。随着判例法的发展，受当事人利益驱使的诉讼中也能产生光辉的真理，本来只是偶然的和暂时性的东西，也产生出了必然的和永久的东西。法官用哲学方法重塑了法律，他也许会因为由此达到了法律形式和实质的对称而感到满足。但是，事实上，他更可以因为他在这一过程中回

应了某种对法律更深层次的和迫切的情感而骄傲。也许，法官工作的质量如何，只有法律专家们才会去评头论足，但是他们作为专业人士的判断也必将会传给他人，让普通人受到感染，增加他们对于司法的认同和信仰。如果将偶然因素和人们的偏好都排除在考虑范围之外，认同所有事物应当受到有尊严的而且公正的无差别对待，那么，在缺乏其他检验标准的情况下，哲学方法无疑就是法律的推理工具。

或许你们会认为我还是没有说清楚。对于我所说的在没有更好方法时应使用哲学方法，我应该拿出一些恰当的检验标准。在我结束这一讲演之前，我希望能够描述出决定方法选择的最基本考量因素，哪怕只是最粗略的纲要。当然，很难将所谓的检验标准制作成精确的目录供我们使用。许多工作的进行都需要能熟练使用工具，而这又需要大家自己的实践经验的积累。也就是说，我只能提供给大家一些建议，其余的则需要你们以专业技术的标准来要求自己去做。但是，我现在能够将哲学方法确定作为诸多推理工具中的一种，自我感觉已经很满足，我会在以后去讨论具体选择哪一种方法。而为了将哲学方法放在一个其实也不算很高的位置上，我已经付出了很多努力。

首先，我发现在耶鲁大学法学院，它的这种地位就不会受到质疑。这所学院的一位杰出教员，已经故去的韦斯利·霍菲尔德在他的著作中，就对这种方法的重要性予以了肯定。在这本书中，我还发现了一些运用这种方法获得成功的实例，这令我欣慰。他这本著作就叫做《司法推理中适用的某些基本概念》。这本书的主旨可以概括为“要求”，即要求对这些基本概念做更为清晰的辨识，将它们的哲学意义和逻辑结论一以贯之地展开。“没有人比他更清醒地认识到，尽管分析性技术是一个不可或缺的工具，但是对于律师来说，光是用这一工具还远远不够。”“他一遍又一遍地强调，分析工作仅仅是为法理学的其他分支打下基础，并且，如果没有了后者的辅助，法律问题就不可能获得令人满意的解决方法。”即使我们或许决定放弃逻辑和

哲学的方法转而求助于其他方法，我们都必须要了解逻辑和哲学的导向。很多时候，除了按照它们指出的道路走下去别无他法。

例证即使比不上戒律，它也至少容易获得验证。当我们运用某种方法去研究某一类问题的时候，对适用了该方法的问题也可能就有了认识。我用下面的例子来说明，法律通过概念发展出的逻辑会导致有害的结果。例证之一：甲同意出售给乙一件动产。在该动产的所有权转移之前，动产遭到毁坏，甲依照普通法提起诉讼，要求获得原来的定价，而判决的结果是由出售方来承担损失。例证之二：甲同意将一所房屋和房基地出手，该房屋和房基地在其所有权被转移之前灭失。售卖者甲依据衡平法提起诉讼，要求特别履行，判决的结果是损失由买方来承担。尽管这些观点是否正确，已经饱受争议，但是这确实是通行的观点。之所以产生不同的结论，并不是因为基于不同的政策或正义因素，而是因为不同的原则应用于这些案件后形成的逻辑结果不同。衡平法在处理这类问题时运用的原则是“应当这样行为”，而土地买卖合同就属于衡平法调整范围，而不同于动产的买卖合同。根据衡平法，不动产的买家从购买行为发生伊始就变成了不动产的所有者。由此，不动产的一切收益和损失都应归于他。

十 用正义来考察和检验哲学

为了更加清楚地表达这个意思，我们再看看另外一个例子。这类案件涉及的是尚未实际占有动产的受让人的权利。讨论这些案件时，你会发现在一些基本概念上，人们存在着很多分歧。有的意见说，受让人拥有普通法上的所有权。有的意见则说，受让人的权利应该是衡平法的权利。但是，一旦基本概念确定了，在无论用什么方法去演绎

而得出结论，哲学的方法始终是占优势的这一点上，人们会达成共识。这样的例证在信托、合同以及许多其他领域中都存在，可谓是不胜枚举。

但是，逻辑的指导道路并非一片坦途。如果将一个原则或先例推到你逻辑极致的时候，也许会指向某个结论。而另一个原则或先例遵循类似的逻辑，则可能会得出另外一个具有同样确定性的结论。在二者的冲突里，我们必须从中选择其一，当然我们也可以开辟出第三条道路，这第三条道路要么是前二者合力的结果，要么是取两个端点的中间点。以里格斯诉帕尔默这个广为人知的案件为例。在这个案件当中，衡平法院最终作出了不允许谋杀遗嘱人的遗嘱财产继承人享有遗嘱权益的裁决。不同原则的冲突在这个案件当中就体现得尤为明显。在普通法中有这样一个原则：遗嘱人依照普通法对自己的遗产进行处分的遗嘱具有法律效力。按照这一原则的逻辑，这位继承人虽然谋杀了立遗嘱人，但依然可以继承遗产。在这一原则之外还有一个原则也支持谋杀者的继承，即民事法院不能对触犯刑律的罪行增加惩罚。但是，在这些原则之上还有一个更具普适性的原则，即任何人不应当从自己的错误中获利，这个原则是植根于最朴素的正义情感中的，它最终击败了其他原则而成为裁判的依据。那么，法官为何会选择它呢？这是因为法官相信这样的选择最终可以产生正义的结果。

在案件的裁判过程中，会有许多类推和先例及其背后的各种原则出现逼迫你对它们作出选择，但只有真正代表了最根本、最广泛的社会利益的原则才能胜出，成为最终决定裁判结果的原则。在之前所说的关于不动产转让的案例中，最后判决法定所有权在达成协议时已经转移，就实现了逻辑上的前后一致，表现出了“衡平法的良知”。在这种境况下，所有权证书的持有人更像是一个受托人，他不能保留该不动产的收益。这里所运用的方法更像是一个补救措施，通过它来获得运用其他方法无法得到的公平正义的结果，由此实现法律制度的

原则和其对称性相吻合。补救措施具体如何我们姑且不去管它，更值得我们去深究的是补救措施内在的动力及创造力。谋杀者因为其谋杀行为而丧失了遗嘱继承权，这是因为不让罪犯从其犯罪行为中获利所实现的社会公共利益，比让罪犯继承遗产以严格执法所实现的社会公共利益要更大。这个案件就是司法过程的缩影。

在我们接触到一个案件的时候，我们会运用逻辑的、类推的、哲学的方法去尝试获得正确的结论。最开始，这些方法都不会有任何问题，而当我们达到某个阶段时，它们就开始分岔了，这就要求我们必须从分开的各条道路中择一而行。历史或者习惯、社会效益或让你无法抗拒的正义情感，有时候或许就渗透在法律的精神当中，它会让法官产生某种半直觉性的领悟，以祛除选择中的焦虑不安而坚定地向着某个方向行进。

不断地用正义来考察和检验哲学，或是用哲学来考察和检验正义的例子，在司法过程中数不胜数。就拿一个规则来说吧。在这个规则之下，当一方已经对合同实质履行但还没有完全履行时，有权就履行的缺陷获得赔偿。这一规则常用于保护建筑者，他们容易在某些无伤大雅的细节上违背合同的约定，但其本身并无主观恶意。在这类案件的裁决中，法院常常为遵循逻辑的方法而伤脑筋。二者的不契合及因此带来的麻烦，在今天的很多学术著作及司法裁决中都能够看到。我在最近遇到的一个案件当中说过：“某些人并不看重法律在事实上应当带来正义的结果，而认为遵循法律发展中的对称性和逻辑性更重要，他们迄今‘还在’为某种区分而感到烦恼，因为原本分界线就是模糊不清的。”我坚信规则给予的启示是正义的情感。司法过程不可能与这种情感绝缘，遵循先例中也有它的影子。能够将遵循先例和正义情感统一起来的原则，无论是怎样被找到的，法官们最终都会发现，在法律武器库里有一个已经许久不曾被用过的可能已经生锈的原则，正是开辟正义之路的武器。当法官在不同的逻辑之间作出选择时，

正是正义在对逻辑发挥作用，情感在对理性发挥作用。反之，法官通过理性来祛除情感中专断随意的因素，控制或许过量的情感，将情感与方法、秩序、融贯性和传统联系起来，理性对情感的反作用也由此体现。

十一 与大陆法学家的观点并不相悖

或许有人认为，依照大陆法学家的观点，理性的或哲学的方法不应该作为一种推理工具，但是我并不认为这与大陆法学家的观点相悖。毕竟大陆法学家所主张的取消这一方法在法律体系的地位，其针对的法律体系与我们的法律体系原本就不一样。我们判例法体系的发展基础是归纳，以演绎为基础的成文法体系所固有的那些问题在我们的法律体系中是不存在的。就算很多大陆法学家倡导要使用其他方法，这也并不意味着他们绝对禁止了逻辑和哲学方法在法律原则中可以被使用。他们所反对的只是将逻辑和哲学方法置于最高的或终极的目的来使用。因此，我们只是不能滥用逻辑和哲学方法。惹尼就曾经说过：“可以确定，不应该在实证法律科学中滥用三段论推理和逻辑的方法。”他认为：“滥用逻辑和哲学的方法，在于把应然的当做永久存在的实然。在我看来，这种观点是错误的，这是中世纪绝对实在论的残余思想，其结果是将整个实在法体系作为一种先验的东西，限定于有限的逻辑范畴之中，而这些逻辑范畴本质上是事先确定的，牢不可破，受制于毫无灵活性的教条支配，并因此使自身无法适应不断变化着的现实生活。”

法律中归纳出的某些真理，趋向于共同构成某种法律的前提，并进而展开新的演绎。一代又一代的律师和法官，就其自身而言，不会

去不断重复这一证明过程，这就像大多数人都不会去反复求证天文学或物理学的真理一样。在大量的司法概念和公式发展起来以后，我们把这些现成的拿来用就可以了。如合同、占有、所有、遗嘱及很多其他概念，都是可以供我们直接使用的现成的概念。我们不必再去探究它们是从何得来的。我要说的并不是法律的进化史，而只是对将法律概念运用于司法这一过程的素描。

一旦确定了基本法律概念，它们就将构成逻辑的起点，由此推演出新的结论。最初，这些结论只是暂时性的和试探性的，通过反复检验和运用才获得一种新的永久性与确定性。最后，它们自己也变成了人们公认的基本公理。可见，法律概念和公式都有一个从先例到先例的成长过程。或许，一个决定的深意在最初确实是含糊不清的，但是通过在案件中的具体运用和人们对它的评论与阐释，其所内含的精髓便会被抽取出来成为一个规则或原则，并由此成为法律渊源和法律判断的起点。一条新的前进路线又由此开辟出来，而它也将成为一个新的进程中的衡量标准。人们在使用这个规则的过程中，有时会发现对它的界定过于狭窄或者过于宽泛，需要重述；有时则会将其作为此后相关推理的一个先决条件，并完全不问出处，它由此也就变成了法律家族中的一个新成员，与其他因素构成一个共同体，深深植根于法律之中。你可以将这个过程的随便叫做类比或逻辑，或哲学的过程。但无论作何称呼，它的精华都是取自一个规则、原则或先例中，是从它们当中引申出来的结果。

在这里，我对于哲学的使用并不是在严格意义上使用的。如果将这种方法按照强弱分级，那么一端是三段论，另一端则是类比。有的时候一个先例会一直延伸下去，直到逻辑的极限，而有的时候则无法走那么远，还有的时候，它会通过类比，走得比逻辑还要远。这是任何一个法律体系都无法弃置不用的工具。在某个领域内发挥着重大作用的规则，即使不是对该领域内一切事件都起作用，也都会延伸到另

外一个领域并对其施加影响。我把可以说明这一过程的诸多例证，以及与那些逻辑有着更为密切的联系并具有约束力的例子都放在相同的主题下。归根结底，就其内在目的而言，它们均属于同种方法的不同阶段。引领它们的都是共同的因素，即对于一贯性、确定性、计划和结构的同一性的迫切要求。它们植根于人类内心对于一个更大、更具包容性的统一体的不懈追求。而正是在这统一体中，相互冲突的矛盾可以获得调和，不正常的现象不会发生。

第二讲 历史、传统和社会学的方法

一 什么是历史的方法

在司法过程中，除了哲学方法外，还有其他方法也会获得运用。在这些方法之中，就有一种我称为历史的或进化的方法。

原则本身有无限延伸直至其逻辑极限的倾向，但这种倾向有时也许会为另外一种倾向所抵消。也就是说，一个原则的历史限度会限定它本身。这也正是历史的或进化的方法的由来。我并不是说哲学的方法与历史的方法总是截然对立的。以为对立的观点是会遭受到批评的。因为二者的界限原本是模糊的和存在交叉的。霍姆斯曾经说过，更多的时候，历史的方法可以服务于哲学方法的运用，为后者扫清可能遭遇到的各种障碍。布赖斯说，无论对司法发展产生影响的是那些与过去保持一致的原则，还是预先就确定好的规则或是一般性的法律概念，抑或是与某些“内含的具有创造性的原则”保持一致的原则，都无法否认司法发展的逻辑性。无论是在那些推动司法呈现出今天面目的事件中，还是我们可以认为使司法就当如此的原则中，都能够发

现先例的指导力量。司法发展所涉及的，或者是对起源的追寻，或者只是理性作用的结果。但无论哪种，它们都有自己的某种逻辑。

在此刻，我们会更倾向于把历史的方法归结于其中之一，而将逻辑的或哲学的方法界定为另外一种。某些法律概念之所以以现在的这种面目示人而非别的，这是历史的方法使然。如果不把它们看做历史的产物，我们几乎是无法理解它们的。历史的方法在这些原则的发展过程中所起的作用，多半是要超过逻辑的或哲学的方法的。然而，在另外一些法律概念的发展中，尽管其发展的过程本身也是一段历史，但是对它施加影响的更多的是哲学或比较法理学。此二者是《万民法》的组成部分。逻辑的方法在这些法律概念发展中的作用则有可能要超过历史的方法。从法人或公司人格概念的形成及发展史中就可以看出这一点来。当有两种以上的方法都适用于某一案件的裁决时，我们就会考虑到运用的习惯或是由此产生的实际效果，以此作为决定最终选择哪种方法的依据。其他可能影响法官裁决的还有法官个人的人格、喜好、其所受到的教育甚至他的精神状态。我的意思并不是说法律的发展只是在重复历史，历史对于法律的指导力量能够限定未来，而是说，历史在照耀过去的同时也照耀了现在和未来。“如果确实有过这样的可能，”梅特兰说，“即历史的精神——理解《古罗马法典学》和《十二铜表法》、《萨利卡法》、所有时代和地方法律的精神——是宿命论的，不利于变革，那个时代已经成为永久的历史……今天我们或许以为历史研究不过就是在解说过去，因此认为过去对现在、现在对将来的影响都不大。但事实上我们对过去的研究，并不会让过去占据现在有所作为的空间，同样地，现在也不会占据未来可能作为的空间”。

二 历史造就了法律的发展

我首先谈一下没有历史就不可能有进步的领域。不动产领域就是最好的例证。我们如今的立法者在制定不动产的相关法律制度时，不可能去考虑封建社会的土地所有制，尽管不动产制度最早发端于封建社会并与之一起成长起来。我们也不可能只根据抽象的所有权概念和逻辑演绎，对没有限制继承条件的地产及终生占有的地产所分别涉及的权利和义务进行区分，或是对终生占有土地的与在一定期限内占有土地所分别涉及的权利和义务进行区分。“一页历史的作用抵得上一卷逻辑的作用”，说的就是这种情况。这种例证在土地法的领域俯首可拾。土地转让的限制、绝对所有权的中止、不确定继承、未来履行义务的遗赠、私人信托和慈善委托等法律概念及规定，都是在历史的方法中发展起来的，我们也只有用历史的视角才能够对它们作正确的理解。当然这并不意味着哲学的方法在此就不发挥任何作用了。一旦将某些土地法的概念确定下来，其逻辑结论也将随之产生。在此我想要说明的是，这些法律概念不是来自于法律内部，而是从法律的外部发展而来的；它们体现得更多的不是现在的思想，而是过去的思想，如果不结合过去对它们加以认识，你就无法理解它们的外延和内涵，而以之为随意的结果。因此，要想真正符合逻辑地去认识它们的发展，就必须去探究它们的起源。这在我们理解大多数法律概念上都适用。

在不动产之外，还有很多例子可举，但是都不如不动产的例子体现得那么明显。“我们已经埋葬了这些诉讼形式，”梅特兰说，“但是，它们依然从坟墓中发出指令。”霍姆斯也持同样观点：“如果我

们考察一下合同法”，“我们会发现合同法中充盈着历史的元素。债务合同、专约合同以及口头合同等不同种类合同的划分，均是历史的产物。法律将某些支付货币的责任确定为某种准合同，而不考虑其中可能包含的各种讨价还价的因素，也是历史的产物。对价原则也是历史的产物。印章在合同法中的特殊地位也是历史使然。”还有，遗产执行人的权利和职责、将非法侵占财产和贪污区别对待，以及外人非法侵入的现场规则和管辖，它们也都是在历史中产生并受历史的影响。

当在司法过程中适用这种和那种方法并无多大不同的时候，法官个人的偏好和其所接受的训练就决定了最终的路径选择。庞德曾专门就此主题作过深入细致的探讨。我就用他举过的一个例子来说明。逝者生前已经赠与他人的动产，如果并未实施交付行为，是否也已经产生法律上的效力？关于这个问题的热议一直持续了很多年才有所降温。有的法官借罗马法的规定来解决这个难题，有的法官则依据法律中关于转移生效方式的历史发展来回答这个问题。一些法官所做的是，首先分析基本法律概念，然后将分析结果延伸到逻辑结论上，并据此宣布，仅仅是赠与人赠与的意愿和受赠人接受的意愿，就足以使得该赠与行为生效而无须其他生效要件。这与法律交易的某些界定所昭示的“应然”是一致的，它构成一种法律行为。但是其他法官则认为，核心问题并不是与某个法律概念在逻辑上应该前后保持一致，而是应当考虑其与历史中的“实然”要保持一致。在卢姆利诉吉尔案中的司法意见，是当乙和丙的合同受到甲的恶意干预时，乙和丙有权利对甲提起诉讼。我认为，这个司法意见就将两种方法的不同重心展示出来了。事实上，这两种方法经常可以互补。在某个案件中，最终决定是由哪种方法占据支配地位的，有时或许只是直觉上认为使用哪种方法将更为便利和更为恰当，而这种直觉是无法通过精确的语言系统描述出来的，它太微妙、太精细，也太易变。有时候，法哲学家们的新作中所展现的流行趋势也会对司法裁判产生影响。这就像文学、艺

术及服装界一样，法理学中也会有一些前沿的和时尚的东西。我将在讨论司法过程中下意识因素的影响时再对这一点作详细分析。

三 习惯的介入及其作用

如果历史和哲学的方法在确定法律原则的发展方向时仍显得力不从心，那么习惯就可能介入。这里说的习惯与大家平时所说的习惯可能并不是一回事。“惯例”，柯克曾经说过，“与普通法和制定法，一起构成了英格兰法律的三大支柱。”普通法和习惯在这里被区分开来而作为两种不同的事物。但是，布莱克斯通却不同意这种看法：

“不成文法或普通法应被正确地划分为以下三类：（1）一般的习惯，作为整个国家的普遍规则，它是更为严格和一般意义上的普通法。

（2）特别的习惯，其中大部分只对某些地区的人产生影响。（3）某些特别法，它们是某些特殊的法院适用的，这些法院通常根据习惯具有较大的管辖权。”

毫无疑问，在普通法的发展中，习惯在今天的创造能力已经远不及过去了。甚至在过去的时代里，它的能力也很有可能只是被布莱克斯通及其追随者们夸大了。“今天，我们都同意，”庞德说，“习惯是司法决定而非民众活动的习惯。”格雷则说：“在法律发展的所有阶段中，是否法官制定的规则都没有产生出习惯，而只是由习惯产生了规则。”这是“值得怀疑的”。近些年来，我们对于习惯的追寻，在很多时候不是为了创设规则，而是为了寻找检验标准，以确定如何适用某些既定的规则。当习惯不止于完成其作为检验标准的任务时，法律就获得了更大的生长空间：立法者将会对法律的发展有所作为。而如果立法者并未及时地对可能违背习惯的新事物及新的社会需求作

出回应，将其及早纳入法律体系，使其作为一种确定的法律权力的话，法官就会对此需求产生紧迫感。但是，这种权力不会因为急于行使而丧失。一位英国法官曾说过：“商法不是僵化不变的，它不会因为被载以法典的形式而在生长中受到限制；用首席大法官柯克伯恩伯爵在古德温诉罗伯特案中的话来说，它能够被拓展和延伸应用到贸易领域中的所有事物。”在与制定法的规定一致的情况下，一些新型的商业票据也许就是在商务实践中被创造出来的。而不论公有公司还是私有公司，其责任也许就是保持票据的可流通品质，即使票据上有按照普通法规定会影响到票据流通品质的印章。海克特曾说：“如果它们的流通是基于商业的必要性，那么就不存在什么不道德或者违反公序良俗的问题。法院或普通法的教条不可能束缚住商业领域的发明创造或者上个世纪所没有的新的证券种类。”所以，在当下还活着的人们不会忘记，铁路、汽船、电报和电话等这些体现了蒸汽和电的力量的伟大发明，推动建立起了一系列新的习惯和法律。

但是，习惯的创造力在今天新规则的制定中还不像在旧规则运用中体现得那么明显。一些关于权利和义务的一般性标准在此时已经确立，所以习惯必须在坚持还是背离这些标准中作出选择。我的合伙人在这个行业中就经常要行使一些权力。或许是因为这些权力已经广为人知的原因吧，法院会非常慎重而周全地去考虑这些权力。我试举一例来说明：某贸易商号的成员在该商号的业务中拥有对商业票据制作或背书的权力。法院在商业票据的审理中常常要求提出证明这种权力确实存在。主人在履行保护其仆人不受伤害的义务时，必须要有通常情况下一般人所具有的最起码的那种谨慎。审查者在审查主人是否已经尽到了谨慎义务时，必须参考一般人在这类问题上的生活习惯以及日常的信仰和实践。在其他许许多多的案件上，司法过程都要考虑到某个特别的贸易、市场或职业的习惯，或者准确来说是“常例”。有一个贯穿于法律始终的恒定假设，它就是将习惯与习惯性道德、关于

正确行为的通行标准、社会风俗等同起来。传统的方法和社会学方法之间的交叉点就在这里，它们具有同样的土壤基础，各自维护着行为和秩序、生活与法律之间的互动。生活塑造了行为的模式，而行为在某一天又会被法律固定下来。法律维护的就是这些从生活中获得其形式和形状的模式。

四 法律的第四种指导力量

法律的三种指导力量：哲学、历史和习惯的作用已经体现出来。对于法律力量问题的复杂性，我们有了足够的认识。我们注意到，严格遵循先例或是遵循先例支持的原则，并不能让我们在这条路上走得很远。因为这不是一个原则，而是一系列复杂的原则。我们固然应当保持前后一致，但关键问题在于我们应当与什么保持一致：是与规则的起源保持一致，还是与发展趋势保持一致，还是与逻辑、哲学或比较法学中所揭示的法学基本概念保持一致。上述种种保持一致都是完全可能的。那么，我们应当作出何种一致的选择呢？撇开这个问题，事实上我们的选择又是如何作出的呢？从某种特定意义上而言，某些法律概念本身就是历史的产物。在涉及这些法律概念的领域里，历史会倾向于对法律的发展作出指导。而在其他领域，某些基本法律概念是比较法理学中所表明的高度发达的法律制度所共有的，它们的地位就要高于所有其他概念。在这些领域，应当给逻辑性和对称性更大的伸缩空间。在更为广阔的领域里，规则或许已经以这样或那样的方式确定下来，这时习惯就更像是发挥着主导性的力量了。最后，当社会需求决定了是用这种方法而不是其他方法的时候，我们往往要为了追求更大目的，而牺牲对称、历史和习惯。这样，我们就在历史、哲学

和习惯之外，寻到这样一种在当今这个时代和我们这一代人中最强大的力量，即社会学方法中能表现出来的社会正义。

社会福利是法律的终极目的。如果某个规则无法达到这一目标，就不可能永久性地证明其存在是合理的。如迪伦所说：“这就如同一个人不可能从他的房间和生活中排除必不可少的空气，伦理也不可能从司法过程中被排除，正义是所有民事法律的目标。”在法律中，逻辑、历史和习惯都有一席之地，我们会尽可能地使法律符合它们，但这只是就一定范围内而言，而以社会福利为内容的正义将支配上述所有这些方法。有一个古老的传说告诉我们，有一天上帝祈祷：“让我的正义被慈悲所支配。”当形式主义的阴影笼罩着我们，让我们总是为科技所诱惑而迷失了自己认识的时候，我们也需要不时地做这样的祈祷。当然，我并不是要法官随意地将现有规则丢在一边，去创设他们认为是便利的或正确的新规则，而是他们对现存规则的延伸或限制进行说明时，必须要以社会福利作为依据、方向和边界。乔治·杰塞尔爵士在一个常被援引的判决中说，这里有一个至高无上的公共政策，契约自由不能轻易被用来干预它。司法过程中的确有这样一个至高无上的公共政策，那就是必须要充分考虑到法律的确定性、统一性、秩序性和连续性，即使因此带来某种不便或暂时的艰难，我们仍然要充分考虑这些作为社会福利主要构成因素的东西的分量。而法官的任务恰恰就是去发现社会福利。在一个已经完成裁判的案件中，我们或许会发现上述这些价值占据优势，在其他一些案件中，我们或许会发现它们的价值是从属性的，我们将尽力评价它们。

五 填补法律空白的重点原则应是社会福利

如前所述，法官并未被授权按照他们自己的喜好和认识随意制作或废止规则。法官也不应该像霍布斯所说的那样：“一个君主之后又是一个君主，一个法官过后又来一个法官，但天地从来都不会消失，自然法也不会过时，因为它是永恒的上帝之法。因此，即使将所有先前法官的判决全都加到一起，也不能与自然公道相抗衡；任何先前法官的范例，也都不能容许一个不合情理的判决，或者使现任法官不再苦苦研究什么才能使他通过理性原则作出公正的判决。”一位英国法官的话更有道理：“我们从一些法律原则和司法先例中推导出法律规则并将其重新组合成普通法的内容。同时，为了让这些规则保持统一性、一致性以及确定性，我们必须运用这些规则，除非它们适用于个案有明显的不合理和不便利之处。适用这些规则之前，我们没有放弃它而进行自由选择的权利，不能以它们不如我们想象的那么便利和合理而拒绝适用。”这并不意味着这些规则中没有盲点，判决必须受到其限制。大法官霍姆斯对此有一段经典的概括：“我一点儿都不会犹豫地承认如下这点：法官必须而且确实立法，但这种立法活动只是在有限的间隙中进行，如同克分子之间的运动一样。”这种将法官的立法权理解为“在空白处起作用”的看法，与外国法学家所熟悉的“法律中的空白”的理论很相像。

吉斯说：“将法律适用于个案，其实就是将制定法所确定的大体框架，通过充实法律原则的法律解释来填充满。在任何一个案件中，法院的工作都不外乎于提供制定法所省略的东西，这全都是通过法律解释来完成。”如果法律解释用的是由“自由决定”的方法，那么这一过程与英、美法官发展普通法的过程，也就只是程度的不同而非种

类的不同。埃利希在其最近出版的一本著作中引用了一位英国学者的话：“一部法典只可能对约束法官的具体形式有所变化，而不可能对法官已经实际拥有的自由裁量作出限制，例外只存在于少数现有法律规定不明确的个案之中。”我觉得这个说法有点儿言过其实。存在于普通法中的空白之处远比存在于制定法中的空白之处要多，至少在英、美法系国家是这样。尤其是在那些立法时并不着眼于细节问题处理而仅为宣示一般规则的制定法国家里，立法更是很少对法官的自由裁量权予以限制。这就是我们对宪法的解释远比对一般制定法的解释有更大自由的原因所在。与一般的法律相比，宪法就是宣布一些必要的基本原则的法律，再将其适用于具体的个案当中。在这里，所应当关心的并非法律空白有多大，而应当关心填补这些空白需要的法律原则是什么。依照社会学方法，填补空白的重点原则应是社会福利。

社会福利是一个含义极为宽泛的术语，它可以用于涵盖许多在性质上有所关联的概念。比如，它既可以用来表述人们常说的公共政策和集体的善，要求法官在审理相关案件时必须考虑适用的便利和审慎；也可以用来指坚守社会认可的正确行为的标准所收到的社会效益，所谓的正确行为标准可以从当时的社会风气中窥见一斑。在这类案件中，不管社会福利的要求是否表现为信条、体系或者常人固有信念的形式，都可能等同于宗教的要求、伦理的要求或是社会正义感的要求。这些要求和目的往往并不处于同一层级，有的还存在着交叉和重叠，这就使得想要用一个术语将它们都涵盖进去变得非常困难。我本来想退而求其次，在找不到合适术语的时候干脆使用“文明”这个“只可意会不可言传”的词语，这也是柯勒、布鲁特和贝洛尔兹海姆的倾向性选择。可惜，这个词语被近些年来的历史给毁了，以至于使用这个词语的人的名声也因之而变坏。所以，我只好选择了另外一个可替代的术语“社会福利”。也许在哲学家看来这个术语并不够精准，但是将其用于法官的工作领域，是可以达到司法适用的目的的，

它也具有这个领域所要求的确定性和包容力。

六 正义和效用是我们前进的指导方向

在现行法律中的任何一部分，体现福利社会这一价值的规则都已经成为一个越来越重要的检验标准。庞德院长在其著作中就曾提及这一点已经为我国律师认同。“现代法律科学中的一项最重大的进步。莫过于对待法律的态度从分析转向实用。”“重心已经从纸面上的法律规定转向法律在实践中的实际功能，从是否能在法律规定中寻找救济的依据，转向将作为制度设计的救济能否得到落实。”国外的一些法学家们也持同样观点。“司法的全部功能”，格梅林说，“都已……转移了。这种转移表现在司法裁决中的国家意志，表现为法官通过自己主观上的正义感来决定裁判结果，依据则是法官对各方当事人利益的权衡，并参照社会中普遍流行的对这类争议的看法。除非为法律明文规定所禁止，司法裁决在任何情况下都应当遵循商业交往所要求的诚实信用原则以及社会现实生活的需要。在对各种相互冲突的利益进行权衡的时候，应当更倾向于对那些根植于理性的且更具保护价值的利益的保护。”“一方面”，惹尼说，“我们应当拷问自己的理性和良心，从我们最本质的天性中去发现正义的根本基础，而另外一方面，我们也应当关注社会现象，确定使社会和谐的法律及社会迫切需要的一些秩序原则。”他还说：“正义和一般效用，将是我们前进的指导方向。”

这种精神已经浸淫到了法律的所有部门并得以升华。在一些部门，这种社会学方法与哲学的、历史的或习惯的方法在功能发挥上，是极为协调一致的。这些部门是必须以追求逻辑性、一贯性和前后一

致为目的的领域。在其他部门，社会学方法似乎还取代了其他方法，如在某些时候，对司法权力运行的空白作出限制的领域内，前后一致的要求可能要被牺牲。就某种意义而言，当我们把逻辑性、一贯性和前后一致当做更重大的社会价值去追求的时候，我们所使用的确实就是社会学的方法。在这里，真正让我关心的是，在这些领域里，社会学方法与其他方法并非协调一致而是对立的。社会学方法和其他方法究竟各自在什么地带起作用固然难以精确划分，但是社会学方法能够起到有效作用的广阔地带却是可以大致标注出来的。我接下来就举一些社会学方法起作用的例子。这个例子我会先到宪法领域去寻找，社会学方法在这个领域内的作用体现得是最为明显的。然后，我会到某些私法部门寻找，公共政策在这些部门已经创建了一些规则且公共政策有能力去对这些规则作出改变。最后，其他领域内也会有相关例子，尽管社会学方法在这些领域还不甚流行，但也能或多或少地有所体现，尤其是在技术、逻辑和传统无能为力的时候，社会学方法就会忽然出现在台前。

七 以宪法为例

我先来说宪法，并将着重于宪法中以一个人的自由为中心的重大豁免。宪法中有一个最普遍的概念，那就是：不经正当程序，任何人都不应该被剥夺自由。但是，自由作为一个整体而言，究竟是什么含义，它的边界在哪里，都是法院在面对自由概念时所需要解决的难题。自由到底是指什么？是否其含义在时代轮换中始终不变？那些在过去被认为是对自由的专断而恣意的限制，在今天能否转换为对自由的合理、合法且有必要的限制？而那些在今天看来是专断而恣意的限

制，是否会因过去到今天的变化，也会在将来实现合法化？对于上述所有问题，我的回答都是肯定的。而在司法史上的某个阶段，关于这些问题的答案一度都是否定的。在那个时候，自由首先被理解为某种恒定不变的且绝对化的东西。《独立宣言》将自由奉若神明。在经历了大革命鲜血的浸染后，自由变得神圣。卢梭、洛克以及后来的斯宾塞和曼彻斯特经济学派所宣扬的政治哲学，也将自由视为神圣不可侵犯的东西并将其理性化。自由已经不仅仅是优秀的政治家们必须予以重视的谋略，更是演化为政治家们乃至法官们都必须服从的绝对命令。“这种19世纪的理论”是“一种永恒的法律概念，它与基本的正义观相关，隐含着通过绝对的逻辑演绎过程获得适用于个案的精确规则”。在一种新的政治哲学从政治家们的著作里反映出来并最终反映到法院判决中之前，自由的时代就不会结束。戴雪在他的著作《英国的法律和舆论》中就对这个转变表现出了很大的兴趣。“从个人主义的自由主义向非系统的集体主义的转变”已经给社会秩序带来了某种变化，因应这些变化，必须对基本的权利和义务等法律概念重新进行系统阐释。这种需要在我国还没有那么快地体现出来。我们的法院仍然在用服务于旧时代的哲学语言讨论问题。但是，个人自由领域已经出现对宪法性限制的重要的新理解，尽管常有人反对甚或发生某种倒退，但是这一新理解必将最终获得认同并占据主导地位。

霍夫法官在一个很有趣的讲话中，指出1883年是这个新时代的黎明，法院在这一年论辩了赫塔多诉加利福尼亚的案件。如果在那个时候就已经算是新时代的到来的话，那也只是在浓重的雾霭之中。尽管穿透雾霭的微弱光亮或许能够预示新的一天终将到来，但是这些光亮还不足以亮到照耀道路。甚至直到1905年，在洛克纳诉纽约一案中，新的精神之光也未触及当时的论辩。唯有霍姆斯大法官的反对意见，才于这一新时期的开始有着实质意义。尽管霍姆斯在这个案件中的意见属于少数派意见，但是原则上，它已经成为一种新体制的声音，并

进入法律体系当中。“《宪法》第14条修正案中不会有赫伯特·斯宾塞的社会统计学。”“一部宪法无意于体现具体的经济理论，不管它是家长制理论还是公民与国家的有机关系理论，还是自由放任理论。”“当《宪法修正案》第14条中的‘自由’被认为是避免受某些意见支配的自然后果时，自由就被扭曲了，除非人们可以说：所有具备理性的、讲公道的人都必定会认为，所提议通过的制定法将损害人民心目中同时也是法律传统所认可的那些基本原则。”这就是今天对自由的主流理解。到现在，仍然有人批评这种理解，但它已居于主导地位是不争的事实。无疑，当一个如此精细的概念被运用于不同的具体情况时，自然会有不同的理解和认识。人们的理解也往往受制于未充分展示出来的条件。而在许多案件中造成条件有限的原因往往在于某些机构，正是这些机构，使得很多认识和理解从一开始就被毁了。这种结果最终也常常会祸及法院，导致法院对某个制定法是否有效作出错误的评价。其原因归根结底不在于错误理解了法律，而在于错误理解了事实。

纽约州就发生过这样的事情。1907年，一个禁止妇女夜间工作的制定法被宣布为专断和违法。1915年，由于对社会上工人的调查有了更完全的认识，一个类似的制定法被认定为合情合理从而生效了。今天，法院认识到不能孤立地或将其置于真空中去看待制定法，要将制定法视为宣告，它所宣告的某些抽象原则虽然是用于指导理想社会的，但却存在于目前的法律环境和框架中——关于这一点，我国以及国外的一些经济学家早有论述。对于制定法的流变性的理解，制成了现代的宪法性豁免向个人自由作出保证的自由概念，这种理解也必定要支撑与自由相伴的平等概念。各州在其辖区内都不能违背“对每个人无一例外的平等法律保护”的原则。从狭义上看，某些限制或许会滋生不平等，但是从广义上看的话，这些限制又可以是“为最终确立双方地位的平等从而使自由契约得以开始之必备条件”。查芒特在

《文艺复兴的自然法》中持同样观点：“现在有一种趋势认为，除了契约双方处于不仅是一种自由的而且是平等的关系外，没有什么契约是值得尊重的。如果一方抵抗或没有资源，从而被迫要服从于另一方的话，那么这个结果正是对真正自由的压制。”

综上所述，宪法性豁免的内容并非永恒不变，而是随着时代的变化而变化的。“一代又一代人的需求，也许使得一些限制在过去被认为是无效的和恣意的，却在今天成为必要的。”“我们不应当忘记，”马歇尔曾掷地有声地说道，“我们所解说的是宪法。”制定法是为应对眼下突发的紧急性事件的，而当这些紧急性事件发生改变时，修改制定法比较容易。在这一类案件中，一旦对制定法进行了解说，制定法的含义就趋向于按照这种解说的内容用法律规定的形式予以固定下来。一部宪法所宣告的或者是应当宣告的规则不是为了稍纵即逝的此刻，而是为了向后延展的未来。如果宪法违背了这个标准，当它被运用于具体的细节和问题上时，它就失去了灵活性，解释的范围也就缩小了，含义也由此而僵化。只有宪法忠实于它的职能，它才有望保持变通力、适应性，真正发挥其应有的功能。

八 新时代要求有新的标准和规则

值得注意的是，即使在解释宪法之外一般的制定法时，也有一些法学家，至少在国外有这样的法学家，认为法律在今天的含义并不必然就是其在明天的含义。门罗在《法理学》中说：“法国最高法院院长M.巴洛·博普雷几年前就曾经对此解释道，拿破仑时代的立法已经通过‘进化论的棱镜’作出司法解释而顺应了当下的社会环境。他说，‘我们要追问的不是一个世纪前立法者是怎么想的，而是如果

他了解我们当下的社会环境，他会怎么规定的问题’。”柯勒也说：

“种种现象表明，制定法的解释不一定要永远保持相同。没有什么排他性的正确解释，而认为一个制定法的解释可以从这个制定法制定之初到制定法失效的整个过程当中始终正确的观点，是完全错误的。”即使在英国法或美国法中，这种解释被应用于普通法的也很少见。我不否认，为了在各州和联邦宪法中确定宽泛的规定，准确界定豁免的范围和确切含义，在过去它的确被适用过，在未来它也会被频繁地适用。只要是依照类似纲要制定出来的成文法，无论其结果是将范围或含义收缩了还是扩大了，都应当从“进化的棱镜”中去解读这些法律。

在新近的一些制定法和司法裁决中，可发现一些相反的例证。很久以前，联邦最高法院曾认定立法机关有权控制和规范影响“某种公共用途”的商业。现在，联邦最高法院又认定，当商业影响“某种公共利益”时，立法机关享有类似的权力。火灾保险业就被纳入这一范畴。基于当战争带来的战时紧急状态或混乱会给不受限制的竞争秩序带来困难，新近一个下级法院作出的司法裁决又将煤炭销售业纳入这一范畴。在纽约，新近制定的住宅规制法的倡导者们承认，限制古老的财产权的正当理由是在类似的原则中找到的。这些法律的某些方面是否会被法院认定走得太远？我不想对此问题发表评论。我只是想说明这个问题的实质和内涵于这一方式中的精神。

和自由一样，尽管依据美国《宪法》的规定，财产神圣不可侵犯，但是财产权要受到旨在实现共同福利的法律的约束。应当如何做这个规制，一定要由那个时代的人自己来确定。芒恩诉伊利诺伊州及类似案件中的司法裁决的作出者声称，只要企业“影响了公共用途”，就可以对其行使这种规制的权力。这句话在适用中意味着：任何时候，只要社会有紧迫的需要，法院就可以这样说，即这一原则的阐释可以根据这个时代的某些紧急情况而定。现在，在政治和司法

的观念中有这样一种日益明显的趋势：更深入地去探讨这一原则并对它做更宽泛的阐释。大家都认为，财产制度也应该和其他社会制度一样，履行某种社会功能。那些破坏了这个制度的立法是一回事，而那些实实在在履行了该制度功能的立法又是另外一回事。在欧洲大陆、在英国甚至在美国，国际法专家和其他法学家们中就有一个新的后劲十足的流派持这种主要观点。在法国，我们也许能发现，狄骥在《拿破仑法典以来司法的总体转变》一书中，专门对这一思想做了有力的和更具启发性的阐述。现在当然还谈论不到这种对于立法功能和责任的新理解究竟在法律中应该占据什么样的位置的时候。也许最终我们会发现，这不过是给芒恩诉伊利诺伊州案的判决穿上了新的哲学外套。我并不打算要预测我们应当在多大程度上采纳它，甚至我也不会公开表明我们就是应当采纳它。在当下，我只想强调新时代和新手段会要求有新的标准与新的规则，这对我来说就足够了。

九 法院关于理性和正义的标准必须是客观的

因此，法院在规定个人豁免的限度，以按照理性和正义来决定其判决方面是自由的。但这种自由并非意味着法院可以用它们自己的关于理性和正义的观点，去替代本应由它们服务的一般人的观点。法院的标准必须是客观的标准。在这些问题上，真正用得上的并不是那些我认为正确的东西，而是我有理由认为这是具有正常心智的人都认为合乎情理的正确的东西。尽管法院一定要行使自己的判断，但这决不意味着每个法官认定是过分的、明显不符合立法目的的立法，或者法官不认同的某些道德观念上的立法，都是无效的。法院只能——如果还能的话——在对具体情况尽量做到全面了解的情况下，必须给不

同观点以一定的自由度。否则一部宪法就会仅仅体现根本性的权力规定，如英语国家普遍理解的那样，只是印证了某些具体的伦理观点或经济观点。因此不应当用“始终有效、普遍有效或总体有效”的说法来描述宪法。法律中常有的规定是“只考察行为的外部标准，而不涉及其主体的主观因素”。布鲁特也说：“法律解释者首先应摒除其个人的政治价值观和立法价值观，要试图在当事人所处的当时环境中以纯粹客观的标准来衡量这一行为，并根据社会生活秩序来判断适用什么样的法律规则。”当然，法律领域中也有一些主观想象的空间存在，自由度很大。在此我们姑且不去涉及这些领域。无论这种自由空间中个性化的因素有多大，即使有，也不应当超越立法所确定的权限范围。政府中的一个部门在行使自己权限的时候，不能因为越权而对其他部门产生影响。正如密苏里说：“应当记住，立法机关在相当程度上与法院的功能无异，它们都是人民自由和福利的最后守护者。”

有些人批评我们的公法。他们认为，法院在某制定法是否侵犯个人自由权利上的认定权力应当被取消。因为这种权力在实践中有一定的随意空间，或许会很大或许会很小。如果对这种权力不予节制的话，它很容易成为法官将自己的个人信仰和人生哲学强加于政府其他部门的借口，或将立法限制在19世纪甚或是18世纪的便利形式和限度之内。最终将会阻碍法律的发展，并使司法的权威和公信力受到质疑。另外，如果对这种权力进行广义的和灵活的解释——我认为这才是真正的解释——除非制定法专断和压制的痕迹过于明显，否则法院一定会支持制定法，这是正常人都能得出来的合情合理的结论。当然，有人会说，这种监督权也存在被滥用的危险。大法官勒尼德·汉德说：“制定法有时候确实会出现压制人和荒谬的情况，任何明智的政体都不能容忍它的存在。”的确，有时候会出现这种情况，但是很少。立法机关很少会去颁布一个适用很宽泛却也会受到指责的法律，而且，就算立法机关未考虑周全，仓促之间或一时冲动颁布了对某些

个人或群体产生不利影响的法律，后来的立法机关也可以来改变这种错误。以上便是那些对法院的权力持否定态度的人的主要观点了。我认为，这种观点忽略了某些“无法估量的因素”的价值。

十 过去的司法裁决必须重新塑造

从外部去制约立法判断的权力，不应当因为其使用的次数多来判定其效用高。自由和平等的伟大理想之所以能够得到保存，没有因为受到来自机会主义的攻击，以及试图损害它的东西的腐蚀，还有对这些原则缺乏耐心的人的嘲笑和轻视等而受到损害，就是因为它们被置于宪法的神圣保护之下，而维护它们的职责又神圣地落在了一个能够维护它的机构身上。拉斯基认为，限定性权力或许是在背景暗淡的情况下出现的，但却始终处于备战状态，它趋向于使立法判断得以稳定和理性化，并向立法注入原则的光辉，使这一标准巍然挺立在那些持有同样信念的人仰首可见的地方。当然，也会有司法审查有副作用的情况。立法机关有时放弃自己的责任，责任由此转移至法院。但是我认为，这种可能产生权力滥用的危险，与另外一种缺乏约束的权力的危险相比，并不如后者可怕。另外一种危险是选举产生的任职期间比较短的公职官员在自身独立而又缺乏传统力量约束时所导致的危险。如果一些伟大的公理只是在口头上被遵守，违反它也不会受到惩罚，那么对于这些公理的口头遵守容易异化为完全不遵守。司法的价值并不是在那些需要超出立法机关规定的裁量权范围的某些极少数个案中体现。恰恰相反，正是在法律所规定的权限范围内，司法为了保证让那些容易被湮没的传统理想仍能够发出并持续发出声音，使其获得持久的生命力，所做的规范指引才是司法的主要价值所在。这一职能也

使得法院能够对其现在所行使的权力持续拥有，不过这建立在一个前提之下，即司法权的行使可以洞见社会价值、因应社会不断变化着的需求。

让我们现在将目光投向另外一个领域，在这一领域当中，社会学方法占据支配地位，这或许已是被确定下来的。有一些私法规则在其创制之初就深受公众政策的影响，而这种影响并非在幕后完成，而是被公开宣称的；也不是与其他因素的合力构成的共同影响，即使其不是唯一影响因素，也差不多是最主要的起决定性作用的影响因素。这些公共政策往往随着当时的社会条件而制定，所以通常是多变的。在此，我以关于普通法反对限制贸易的合同规则被放宽的一些判决为例来说明。法院在这些情况下，给了自己一种在其他许多普通法领域不愿道明的行动自由。如在诺顿费尔特诉马克西姆的案件裁判当中，华生伯爵清楚地表达了这一点：“无论作出司法决定的法官有多么的优秀，他们基于公共政策的特殊性，都不可能在有关公共政策的司法决定上，拥有同处理和阐述与纯粹普通法原则决定相同的约束性权威。时代在向前推进，国家的商业也在繁荣之中，相应地，国家所追求的与商业发展相关的或促进商业利益的政策都必然也会经历变革，变革的诸多原因却与法院的活动完全没有关系。在英国，至少塑造和确立国家政策，无须通过法院进行。当像本案这样一种情况的案件被送到法院的时候，我认为，法院的职能并不是必须去接受100年前甚至150年前就被确定为政策规则的东西，而应当以当下情况所允许的、最接近精确的方式来确定，究竟怎么样裁决才能符合时下的公共政策规则。而一旦这个规则被确定下来，法院的义务就变成否定那些违背这一规则的或者强制执行会给社会带来伤害的合同的效力。”

这一思想在我们自己的一些法院中的司法裁判文书中也能得到体现。“一些在一开始具有坚实基础的专断规则也因此获得了修改，以服从变化了的外部环境，不仅如此，一些支撑性原则被适用于现存的

商业活动方法中。这正是大多数美国法院目前的发展方向。”我想，从这些法院对待公会活动的态度中，也许可以发现类似的发展痕迹。正如拉斯基所说，以前那代人对工会心存疑虑甚至敌视，在法院的司法裁决中都能够体现出来，而随着社会价值理解的不断变化，已经使得过去的这些司法裁决必须要重新塑造。旧观点的某些残存的痕迹依然存在，但是它们也仅止于此。这是一个法律在制定，或者更准确地说，是在重新制定的领域。

第三讲 社会学方法。法官作为立法者

一 社会学方法在各领域被普遍运用

我将在下文选择一些法律部门来讲社会学方法。之所以选择它们而不是别的，只是因为在这被选择的部门里，社会学方法被运用的痕迹最为明显，并不代表它在其他部门里就不会被运用。事实上，在任何一个部门里，社会学方法都会得到普遍运用。就算这一方法在运用的过程中并非主要方法，至少它也是一个随时备用的方法。在决定另外两种方法中最终应择谁舍谁时，常常需要用到社会学方法，它在这里就像一个居间的裁判者一样，在彼此形成竞争的两种方法中进行衡量，设定各自权利行使的界限，平衡二者的利益，缓冲二者的矛盾，协调二者的配合使用。

在我们所处的这个时代，只剩下很少的规则被证明是非常确定的，它们已经不可能再被拿出来去证明它们作为手段存在是为了顺应某个目的的正当性。如果真有一天它们不再具有影响力，那么它们就不再是健全的，如果它们不健全了，那么自我繁殖也一定不会再在它们

身上发生。有的时候它们被切除甚至被彻底根除，而有的时候也会被保留下来，但这种保留只是如同幽灵般存在，它已经不具有自我繁衍的能力，如同被阉割了一般，也就没有可能产生任何危害了。

有一个相关的典型例证，这是我们在受益者依据合同获得利益时所享有权利的相关案件中发现的。首先，它说明了逻辑前后一致的力量；其次，它说明了在某些孤立的或例外的事件中，当可行性和便利性被强调时，逻辑一致将遭到土崩瓦解的命运；最后，它说明了作为新生事物成就的一个新种群，例外事件所具有的生命力。英格兰法律素来严格遵循逻辑上的一贯性，所以对于上述这类案件，它持反对态度，不予支持诉权。美国的纽约州和其他大多数州则更倾向于便利性原则的要求，支持这种诉权，不过这在一开始也只是偶然为之的，而且对此施以诸多限制性要求。随着发展，限制才逐渐被放开，例外才被日益扩大，以至于到今天不断扩大的例外给规则所留下的空间已经所剩无几。规则得以存活在这样一类案件中，即如果将诉权延伸到并非缔约方的第三人，就会使得契约意图受损或很不便利。如狄骥所说，在效用和正义缓慢但坚定且具有侵蚀性的行动面前，一些既有规则，主要是那些从过去对契约和债的理解推演而出的规则，已经破碎。

同样的过程也发生在其他领域。当我们在对合同作出解释的时候，如果发现与合同的精神相背离，我们已经不会再过分认真地去纠结于法律的字面表达。如果我们用“某种有责任感的本能”发现了合同在表述上的不完善，我们就能从合同中读出一些深意来。伍德说：

“想当年，最有力的法宝莫过于字词使用的高度精准，每一次疏忽于此都有可能带来致命的后果，但是现在，法律已经走过了它的形式主义的初级阶段。”在程序领域里，这种变化体现得尤为明显，我们已经对此有目共睹，经过我们的努力后，相信这种变化还可以更大和产生更重要的意义。如今，人们以一种更为宽容的眼光来看待起诉指控

和民事答辩。法院也越来越多地将判决中对于证据问题的认定权，纳入主审法官的自由裁量权范围之内。如果将某案的判决推翻会招致重新审判该案的大麻烦，那么法院就不再会仅仅因为字词差错就推翻了原有判决，除非上诉法院认定这种差错足以对判决结果构成实质性的影响。那么，此时如果我们非要坚守正义，摆脱旧有做法的束缚，我们有时候就必须求助于新法的创制。因为在这种情况下，如艾利斯所说，法官们的保守性已经在一定时间段里构成有损立法效率的危害可能。在庞德看来，在一些从业法典首次颁布时，法官对待类似改革的态度，就能体现出这种危险性来。某些在那个时代就确定的先例，直到今天依然产生着令人不适的结果。

二 法律研究最主要的问题是法律的目的

尽管如此，今天的发展趋势已经成为向自由主义日益增长的方向迈进。新的精神逐渐开辟出了一条自己的道路；尽管在这个过程中，每一步的迈出都显得那么微小而不为人所注意，但当我们回头再看的时候，就会发现它已经走过了遥远的一段里程。虽然其所呈现出来的面目依然是过去的形式，但是其内涵已经是全新的了。我们已经从埃利希所说的“竞赛式的和数学式的辩白”中走出来，不再把诉讼当做一个数学问题或是一种运动员的游戏去理解。为此我们国家的威格摩尔做了大量的工作，使得这种概念的过时成为理所当然。我们如今正在思考的是法律的服务目的，以使法律的规则适合于这一目的的要求。

耶林对法律的目的的解读是，如何决定法律生长的方向，这也正是庞德等法学家认为耶林对法学理论作出的重大贡献所在。按照社

会学的方法，这种解读找到了法律的研究方法和研究工具。法律研究中最主要的问题并不是去探究法律的起源，而是去探究法律的目标。如果我们根本不知道道路的尽头指向何方，我们就根本不可能对于我们要走的路径作出理性的判断。这一点，对于法官理解自己的职能也具有重要意义，法官应当将这种目的论永远藏于心中，并以此为依据来认识自己的职能。在庞德看来，这就意味着，普通法的法律哲学说白了，就是实用主义的哲学。它的真理是相对的，而不是绝对的。功能发挥得较好的规则容易获得人们的认可，就如同它有了一个资格证书一般。只是在让这些规则的功能如何得到有效发挥上，我们不能过于狭隘地看待这个问题。布鲁特说过：“我们一定不要为了个别而牺牲了一般，一定不要为了在个案中实现正义而完全放弃了前后一致和齐整性的优势。”我们要确保法官的造法行为必须是在普通法的空白地带实施的，这一界限是几个世纪以来由无数个先例、习惯和法官的长期沉默及其他几乎难以名状的实践最终确定下来的。但是，在已经确定的界限之内，法官在有充分自由度的范围里，其造法行为和立法者的行为一样，也要受到某些原则的限制，那就是合目的原则。萨雷斯说：“目的是内在的生活和被掩盖的灵魂，但它却是所有权利的源泉。”我们对于日益成熟的法律规则的获得，绝不像从树上摘果实一般容易。每一个法官在根据自己的经验对案件作出裁决的时候，必须要认识到这样一个时刻的存在：在为了推进某种共同的善这一目的的引领下，法官的创造性活动会生成某一规则，而此刻法官的自由意志几乎就决定了这一规则的形式和发展趋势。

三 法官是否应当有一种标准作为衡量依据

萨维尼将法律理解为一种不需要任何斗争，也无须有目的性和终点的东西，它只要自然发展下去就能成就其自身。在他看来，法律就是一种在大家的不知不觉中悄然生长起来的东西，它是在一个民族的历史中持续发酵而成的，是这个民族生活方式和习惯的积淀结果。关于法律，萨维尼为我们所展现的是一幅并非全貌甚至有些偏颇的画面。如果将萨维尼的这段话仅仅理解为，法官在创设法律规则时应当将他所处的那个时代的社会风俗也考虑进来的话，这句话倒也不错。但是如果说这句话想要表达的意思就是法官所处的那个时代的社会风俗会自动地去塑造法官从前辈处继承下来的既有的成熟的法律规则的话，那么，很多法学家都会认为这句话是片面的，而且与事实不符。其实质是混淆了法律规范与法律原则。不可否认，法律是历史的生成物，毕竟它是习惯性道德的表现，而习惯性道德在从一个时代发展到另外一个时代的过程是悄然不觉的。这一点，正是萨维尼关于法律起源的学说中最了不起的真理。但是这并非法律的全部，法律不仅仅是历史的生成物，它还多了一种意识性和目的性。法官在造法的过程中，其本身就有着想要追求合乎道德，并将其体现为法律规则的形式动机，否则习惯性道德也就不可能在法律中体现出来。如果要实现想要的结果，就必须有意地朝着这个方向努力。法官要从社会生活里提炼社会效用及道德评价的标准和格局，这与立法者在立法时需要做同样的事情是一个道理。但是，这并不代表法院这一机构创设出来的法律与立法机构制定的法律相比，更像是后者单纯的复制品。

对于法官在寻求正确的且有实际效用的行为规范的过程中，是否

应当有一种主观或客观的标准作为衡量依据，外国法学家们对此说法不一。观点对立者们也曾为此展开激烈的论战。有的时候，论战的焦点看似只是在词语的使用上，但是，实质上真正的分歧在于，根据法理学的传统要求，我们应当使用客观标准。我这么说并不意味着我们真的达到了或曾经达到过使用完美的客观标准的程度。但是，这却值得为之努力，我们应当尽力去实现这一理想。当人们能够真正认识到这个真理的时候，在法官的职能究竟是什么的问题上，人们也就能获得共识了。法官应当依据理性和正义来宣告法律，这一点被认为是法官在履行其依照习惯宣告法律义务中的一个必要阶段。通过法官的宣告，普通人的习惯性道德获得实施。如果法学不能不断地与某些客观的或外在的标准发生关系，这种法学就会有沦为德国人所谓的“情感法学”，即仅仅是用情感或感觉来表述法学的危险。斯塔姆勒说，一个司法判决“应当是一个客观上正确的裁决，其中不包含法官个人的主观或随意的观点，应当是一个裁断而非个人化的命令”。当人们提到司法判决时，正如喜剧《维罗纳的两位绅士》第一幕第二场中所说的那样：

我除了一个女人的理智之外，什么都不具备；

我之所以认为他是这样的，是因为我就是认为他是这样的。

而正因为如此，所以这个案件出了大问题。

四 法官不应把个人信仰强加于社会

有些非常优秀的学者认为法官应当使用一个更为客观的标准。

“我们都认为，”格雷教授说，“法院应当依据是非对错的观念来裁判案件，而且，我们也都认为，法官可能会将他所生活的社会中流行的是非对错的观念融入他的判决当中；但是，问题在于如果在某个案件中，仅有是非对错观而再无其他来指导法官的话，而法官自己的是非观又与这个社会的是非观产生了分歧，那么他应当遵循哪一种呢？是他个人的还是这个社会通行的是非观？”卡特先生在他的《法律的起源和渊源》这本书中指出，法官应当遵循社会的是非观，但格雷教授则认为法官应当遵循他自己的是非观。当然，格雷教授所提出来的法官个人的是非观与社会通行的是非观发生冲突的情况是很少出现的。在是非观上存在冲突，而又没有其他需要考虑的因素来打破这种对峙僵局的情况即使存在，也是非常少见的。但是，如果真有这样的案件，我也不认为法官应当把他个人的行为观和信仰强加于社会，以之为生活准则，而如果法官确实这么做了，那他显然犯了错误。

我举一例来说明这个问题。假设有一个法官认为，到剧院去看戏是一种罪恶，在缺乏相应规则的法律的空白地带，如果他在明知自己的观念与占主流的是非观发生冲突，却执意在进行司法审判的时候将自己的这个观念融入其中，那么我们能说他的这种做法是正确的吗？我个人认为，法官有服从业已为众人所接受的这个社会的通行标准和所处时代道德风气的义务。但是，这并不是说法官压根儿不能去提高社会通行的正确行为标准。在这样或那样的活动领域里，都可能会产生与这个时代的情感和标准相对立的做法，如果不将这一做法驱逐出这些活动领域，它就很有可能会生根发芽，直至盘根错节，产生一定的危害性。不过，虽然这些做法会在一时占据着一定位置，但是由于和人们普遍接受的道德规范相冲突，所以它们不可能持久地在这个领域里存在下去。一些为社会的审慎判断所批评的做法，已经为司法领域的懒惰和消极容忍多时。法官在这一类案件中的最高职能之一就是，应当在行为和职业之间建立起真正的关系。但也会在有些时候，

想要达到某些客观标准的要求，就必须采用一些主观的办法。这样来说或许会有些矛盾。对于生活中有些关系所要求的义务，只需按照当今社会的道德准则去履行即可。而如果这种社会道德准则不是以社会中道德感比较强的人的道德为准的话，人们所奉行的社会标准恐怕就只能是“货物出门，概不退换”。生活中的其他一些关系，则需要行为人为人依据一种最高标准，如在委托人和收益人之间或者被担保人和担保人之间的关系中，就要求行为人以谨小慎微、看重自己名誉的方式去行为。因此，在与之相关的案件中，法官也必须遵循这种行为标准，这是法官的义务所要求的。当这类案件发生时，法官在判定这些新出现的情况中的行为方式，选择较低标准还是较高标准的社会关系来作为判定标准时，必须要考虑类推、便利、适当和正义等因素。

五 逻辑、历史、习惯、效用都是推动法律进步的力量

我曾经说过，在那些法官无须受制于既有规则所限定的领域里，人的主观的或独有的良知与客观的或一般的良知之间的界限，在事实上是模糊的，是孱弱的，而且这种区别正日益倾向于演化为仅仅是字词表达上的不同。这种区别意义的近乎玄妙，对于那些思辨者和哲学家们或许还有着值得探究的意义，但对于法官来说并无实质性意义。客观权利论最坚定的主张者布鲁特就持这一观点。洞察客观权利总是难免要带有主观的色彩，而得出主观的结论也不免要考虑到习惯的做法和客观化的信仰。在外部因素和内部因素之间，持续的、精彩的互动总是不断在发生。一方面，我们也许会认同塔德和他的学派所倡导的社会创新均源于“通过模仿得以传播的个体的创造”；而另一方面，我们也会同时认同迪尔凯姆所主张的社会创新源自“社会心灵的

活动”。在这两种观点中，无论社会创新的原动力是出自个体还是源于社会，是来自内部还是外部，部分和总体都是不可能独自发挥作用的。从总体上而言，个人的心灵和意志也都是不可分离的一个统一体。无论是这种司法义务理论还是另外的理论，其分歧也不过只是在关注重点、具体处理方式、观点及视角上有所不同。这种差异并不明显，只是通过一种下意识的或者接近下意识的影响力，才能反映在司法判决之中。

综上所述，我对司法过程的分析结论就是这样的：逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为的标准，都是能够独立或者共同推动法律进步的力量。在个案中，是哪种力量占据主导地位，这在很大程度上取决于其能够推进或损害的各种社会利益的相对重要性或相对价值。在所有的社会利益中，最基本的就是法律应当统一且不偏不倚。在司法活动中，法官一定不能有偏见或偏好，一定不能专断任性或反复无常。因此，对于法官来说，首要的任务还是要遵循先例。在司法过程中，法官应当充分考虑法律的对称性。当历史或习惯成为影响既有规则的推动力或是主要推动力的时候，法官应让自己的判决与历史或习惯保持一致；而当逻辑或哲学成为影响既有规则的推动力或是主要推动力时，法院就应让自己的判决与逻辑或哲学保持一致。不过，实现这种对称性要求的发展并不容易，可能还要付出非常大的代价。但是当一致性变得有压倒一切的态势的时候，一致性就不再好了。这时，对称性或确定性服务的社会利益就必须通过衡平、公道或其他社会福利因素所服务的社会利益来保持平衡。这些利益或许会要求法官另外寻找一个方向，沿着新的路径走下去并设置路标和新的起点，以确保后来者们能够按照这些指示从这里开始他们的征程。

六 法官只能在空白处立法

如果你们想知道法官怎么能够察觉到在什么时候，一种利益会超过另外一种利益，对此我的回答只能是，除了像立法者那样从经验、研究和反思中汲取智识，别无他途。事实上，这也正是立法者和法官各自工作的交叉点和衔接处。遴选适用的方法、评估各自的价值，最后都离不开用类似的支持不同方法和价值的考虑因素作为指南。事实上，每一个法官都在他力所能及的范围内创制法律。当然，对法官来说，这个范围设定得或许让人有些施展不开的感觉，但法官也就只能在法律的空白处创制法律，以填补这些空缺地带。而他在这个界限里的地带要走多远，是不存在一张标示清楚的地图供他使用的。想知道自己应当走多远，只有通过自己从经验中的习得来掌握，这就像你只有通过多年的某种艺术实践，才能体会到什么是真正的得体和什么是真正的比例协调一样。而即便在法律的空白地带里，法官也并非完全自由，他和律师一样，都要受到某些难以捉摸的限制。这些限制是多少世纪以来积淀下的传统确立的，也是法官的前辈和同事们共同建立起来的，可以说这是基于法官行业的共同意志而建立的，它也是法官履行对社会通行的法律精神的遵循义务的结果。

“他可以干预，”查芒说，“但只是对正式权威的补充，而且，即使在这个领域里，既有的法律规则也会对他形成某种限制。法官既不可能违背立法中已经明确或暗含的限制司法行为的一般原则，也不可能借用一些滞后性的程式或公开的规则，来为增加自己的特权行使而创设新的规则。”尽管如此，法官在为种种限制性规则所圈定的范围内、在受制于先例和传统的情况下，仍然有很多自由选择，这就使

得选择活动也会被烙上创造性的印记。而作为创造成果的新的法律，它就不是属于被发现的，而是属于被制作出来的。因为这个过程具有立法的性质，所以这一过程要求法官也应具有立法者的智慧。

事实上，上述关于司法功能的观点中，并无任何革新性的东西存在。几个世纪以来，在普通法系的法院，都一直是按照这样一种方式来处理事务的。如果说不同的时代在这个问题上存在差异的话，这种差异在很大程度上也并非是在法律需要服务于这一个目的的认识上，而恰恰是因为这一目的的性质，法律需要服从它。曾几何时，法律的整齐划一，甚至僵化适用被视为最高目的，在这里，个人化的因素被完全视而不见。为了实现这一目的，实践中由于存在某种悖论，而异化为完全只考虑手段因素而绝不考虑目的因素。由于这种看起来的无心之失，即拟制性错误的经常发生，旧规则和新规则之间本应有的鸿沟常被跨越。而值得注意的是，只要目的的重要性居于支配地位，这种跨越就会发生。到今天，拟制被使用的可能性则越来越小，而如果拟制有一天被封存起来不再被使用，司法活动的原动力也将因此完全丧失。但是，即使到今天，那些实际上在运用拟制的人，其自身甚至都不完全了解拟制。这个过程在很大程度上是无意识的，或者说几乎是无意识的。人们对于法院所宣称的目的及所谓的指导法院裁判的理由和初衷，并没有什么深刻的认识，他们只是似是而非地对此有所感知，这几乎是一种直觉，而法院对此也并没有很明确地予以阐述。

七 立法与司法中的造法有别

在这里，仔细地内省、解剖、分析和哲学反思都很欠缺。其结果便是产生了一个人们对其成分说不清道不明的混合物。这也能解释

在人们发现法律混合体中出现立法性政策这一构成物时的震惊表现。

“我们都没有意识到，”霍姆斯说，“只要公众的思维习惯发生了一些变化，我们的法律中就必须有相当一部分内容需要重新予以改变。对于一些具体的命题，不管我们是如何地心悦诚服而不愿意对其进行任何改造，它们也都不是不证自明的永恒真理，即使是赫伯特·斯宾塞先生关于每个人都有权利按照自己的意志行为，而只要不干涉邻居的类似权利的命题，也不例外。”他还说：“如果一个人在提供关于某个仆人的信息时坦诚地提出了一个不真实的而且具有伤害性的陈述，那么为什么这种陈述享有豁免权？这是因为人们认为，信息自由的表达，与保护一个人不受这种伤害相比更为重要，但是这种事情要是发生在其他情况中就不会如此了，很可能会面临被提起诉讼的危险。为什么一个人在明知可能使他的邻居破产却仍然可以自由从事某种职业？原因在于，在人们心目中，自由竞争更有利于促进公共的善。很显然，这一类关于相较而言谁更重要的判断，有可能会随着不同的时间和场景发生不同变化。我想，法官自己都还没有充分认识到这一点，即他们有责任对影响社会利益的诸多因素予以考虑和衡量。这种责任是不可推卸的，但由于司法常常宣告自己不愿意处理这类因素，结果对于这些本来作为司法决定根基的因素不置一词，而且正如我所说的那样，常常处于一种无意识的状态。”

不仅在普通法系中，人们已经开始接受了这种观点，甚至在其他法系，即司法的造法权为立法所严格限定的那些国家，这种观点也开始被广为认同。环顾四周会发现，如今法官的职能被更多地强调与立法者的职能颇具相似之处。以弗朗索瓦·惹尼所说的话为例，他曾经大胆地并具有预设性地提出了这一相似之处。“先验地看，”他说，“法官在发现法律时必须进行的研究过程，如今看来与立法者在立法之前必须进行的研究过程颇为相似。除了这一情况，当然，这个情况是不可忽略的而且还是次等重要的。这一过程通常在某些具体情况下

启动，并且为了使法律与这些具体情况相适应。就获得的最终目的而言，那些应当指导法律适用的考虑因素与应当支配立法活动的因素在性质上是完全相同的，因为，二者面对的同样问题都是如何使得具体规则在个案中的适用，能达到正义的目的和社会效用的要求。因此，当法官在正式的法律渊源中找不到可资适用的法律依据时，我会毫不犹豫地指示，要将下面这段话作为他的基本行动路线：他应当遵从立法者在面对这个问题时会考虑到的目的，并以此为依据来创制他的司法判决。尽管立法与司法存在如上文所述的某种相似之处，但是仍然需要严格区分立法活动与司法活动在这方面的界限。这就是，立法者在估量总体情况时，不会受到任何的限制和约束，因为他对于具体情况的规制方式完全是抽象的，而法官则不同，法官在作出司法判决时能看到具体的案件和一些绝对实际存在的问题，所以他必须遵循现代组织的精神，且为了摆脱危险的恣意行为，需要尽可能地使自己从每一种人性的或其他产生于他所面临的特殊情况的影响中解脱出来，并将他的司法决定建立在某种具有客观性质的因素之上。这就是为什么我有理由将法官的恰当行为称之为‘自由的科学研究’的原因：它是自由的，因为在这里它摆脱了实在权威的活动；同时它又是科学的，因为它能在独有科学才能揭示的那些客观因素中发现自己的坚实基础。”

八 填补法律空白需要借助于社会需求

范德·艾肯在他的《解释法学的实证方法》中就阐释了这种现代观点的理由，令人非常信服和钦佩：以前，人们总是将法律当做立法者自觉意志的产物。今天，他们在法律中看到了一种自然的力量。

由此，我们可以在法律之前加上“自然的”这样一个形容词，但是值得注意的是，这与我们通常说的“自然法”可不是一个概念。“自然法”所要表达的是自然在我们身上打下了某种印记，使得我们的法律由此包含了理性的根本要素，并体现为法律的某些原则，而法律的所有规定不过都是这些原则的具体运用。但是，在今天，我们应当这样表述类似的事实，即法律产生并存在于事物之间实际发生的一些关系。自然的法律和这些事实的关系一样，都处于从不断变化中获得新生的运动之中。我们已经没有必要再从理性推演的法律文本或规则体系中，而是应当从社会效用中、从某些后果一定会追随某些假说而来的必然性中，去寻找法律的渊源。对于这些法律，立法者通常只有一些碎片式的自觉，他通过他制定出来的规则将之翻译过来。但当我们面对这些规则的含义应当如何确定的问题时，该去哪里寻找它们的真实含义呢？规则的含义体现在它们的渊源中，也就是说，体现在社会生活的迫切需求中。同样，当我们需要对法律的空白作出填补的时候，对我们有帮助的并非逻辑演绎，真正有用的能够解决这一问题的还是社会需求。

在普通法的发展进程中，对于法律空白的填补，很多都是借鉴其他法系的结果。在我们的法学中，所有关于权利及资格类的东西都是借用罗马法的。我们的一些最伟大的法官，如英格兰的曼斯菲尔德、美国的肯特和斯托里，也总是不厌其烦地从《学说汇纂》中援引学理来支持他们的判决。当然，我在这里并不是要去讨论罗马法在多大程度上修正了英国的普通法或我们的普通法，这显然已经离题万里。罗马法也始终并不具有多大的权威性，其所继受的伟大历史运动也远未波及英伦三岛。但是，罗马法还是提供了一些类比和一些解决问题的思路，为一些原本棘手的问题提供了明智的解决方案。尽管如此，外国法系中可资借鉴的东西一直都是建议性的，而不具有强制性。它所提供给我们的并非新的方法，而只是提供新的素材。当我们用我们之

前考察过的那些方法，如哲学的、历史的和社会学的方法去适用法律和创制法律的时候，我们就会利用到这些素材。这些素材中不仅仅包含有社会经验，还包含有真理和智慧等，它就如同一个巨大的宝藏，而普通法的法官们必须在这个宝藏里获取知识和启示。

我承认，法官在宣告法律的权力之外，还具有在法律存在空白的地带，在法律所限定的范围内制定法律的权力。尽管我对这一点表示认可，但这并不意味着我和那些似乎认为法律根本不存在、法律只是法院的司法决定的法学家们持同样观点。在我看来，这两者未免都显偏颇，事实上真理恰恰就是在这两个极端的中间。这两端分别是以柯克、黑尔和布莱克斯通等人为代表的一端，以奥斯丁、霍兰德、格雷和杰思罗·布朗等人为代表的另一端。早些年的学者们普遍认为，法官根本不立法。庞德对此曾有个描述：既有规则摆在那里，其要么是隐藏，要么是湮没在习惯法的机体里，法官所要做的全部工作不过就是将外衣剥离，使其本来面目展现出来。从边沁和奥斯丁以来，人们认为，已经再没有必要去毫无削减或毫无保留地接受这个理论了，尽管这种理论直到现在都或多或少地影响着我们的司法决定，在司法决定中依然能够觅到它们的踪迹。

九 应当寻求回应现实的法律概念

到今天，另外一种危险产生了，错误来自于截然相反的方向。信奉奥斯丁那套分析理论的人们，有时候从法律从来也不是法官制定的这个观点中又演绎出了另外一个结论，即法律从来也不是任何其他人制定的。奥斯丁认为，无论习惯的确立有着何等坚实的基础和不容置疑的力量，如果其并不为法院所采用，就根本不能称之为法律。甚

至在奥斯丁及其追随者看来，连制定法都不是法律，因为它们含义的确定也是由法院来完成的。格雷在他的《法律的性质和渊源》这本书里就阐述了这样的观点。“我确实认同这样的观点，”格雷说，“法律是法官所宣布的那些东西，而制定法、先例、博学的法学家们的意见、习惯和道德等，充其量都只是法律的渊源。”杰思罗·布朗则在他的一篇论文《法律与进化》中宣称，一个制定法只有在被法院解释过以后才可以称之为真正的法律，而在此之前，它不过是一种“表面的”法律，因为真正的法律只能在法院的判决中发现，除此之外再无出处。照此观点推论的话，甚至于连法院的判决都不能叫做法律，因为它是有可能会被法院推翻的。同样的道理，当下的司法决定也不能叫做法律，除了它对当事人双方有着某种具有约束力的法律的意义以外。这样，人们每天所做的事情看来都是按照某种根本不存在的目标，约束自己的行为，因为他们据以遵循的法律事实上根本不是真正的法律。法律也从来不是固定不变的，而是处于不断的流变之中。一个判决只有在它产生的那一刻可以称之为法律，但是，也正是在这一时刻，它也要过期了。于是，这个世界上根本不存在所谓的规则或原则，有的只是一些零碎孤立的判决。

由此可见，以这样的方法来定义法律的概念，其本身就否认了法律存在的可能性，因为它对于一些可普遍适用的规则的存在表示否认。这就产生了某种荒谬的现象，概念具有自我否定的错误性。显然，如果某种分析事实上破坏了它试图要阐释的东西，那么这种分析就没有任何价值。法律和服从法律，是我们每天的生活经验都能对之予以确认的事实。如果关于法律的定义，最终只是让法律看上去成为某种虚幻的东西，那么这个定义就是非常失败的。我们必须对这个定义进行改造，我们要扩大它的释义范围，使它大到足够包容更多事物以回应社会现实。当生活的明显的真实、社会的伟大而且不容置疑的现象不符合我们的小小模式的时候，它们并不会像某些神秘莫测的现

象一样，争论已经终结。只要存在着必要性，我们就应当修改我们现有的模式，去寻求一个真正能够回应现实、符合实用主义精神的法律概念。当制定法的含义存在疑问或者有含糊不清的地方，法官需要对制定法作出解释的时候，制定法并不会因为法律的解释权在法官那里而不再是法律。否则，人们也可以据此推论，合同作为一种合意的表现，其本身并无实际存在的东西，因此合同也就不是合同了。一切长期得到确认的先例，都不会因为法院行使了推翻这些先例的特权而不再具有法律的特质。我认为，这些都是实用主义引导我们所必然得出的结论。

十 法官造法不是没有边界的自由

毋庸置疑，确实存在某种地带，司法判决在这个地带里的变动不会受到既有原则的限制。制定法、先例、习惯或社会习俗的含混不清，或者它们的某些部分甚至所有部分之间存在冲突，都会使法律变得不确定且使得法院被要求承担起一种责任，即运用立法性的权力去宣告法律，只是与立法者的立法所不同的是，法官所立之法具有溯及既往的效力。在这种情况下，争议所涉及的各方当事人可能做的，就是尽量去预测到宣告的规则，并据此约束自己的行为。我们不当让这些很偶然的通常很少发生的事件遮挡了我们的眼睛，以之为常态，事实上有无数的事件在法律适用上并不会存在含混不清的问题，或者是有冲突的问题，也不会因此得出有争议的司法判决。大多数人都过着清醒地恪守法律规定的生活，需要诉诸法院来厘清彼此权利和义务的情况少之又少。对于绝大多数人来说，很少有去法院打官司的经历，他们认为这是一种灾难，而且，即使真发生了这样的灾难，通常

人们争议的也并非法律本身，而是事实。在数不清的诉讼中，法律都是非常清楚的，法官根本无须有自由裁量。当然，法官是有在空白处创制法律的权力，但是在这些大量存在的案件中，法律并不具有盲点。如果法官只是把注意力放在那些空白地带，而不愿意看一下事实上早已经播下种子且生出累累硕果的土地的话，那么我们将会被完全错误的全景图误导。

在我看来，之所以出现这种难解的问题，在于权利和权力没有得到明确区分，法官在司法判决中的命令与法官应当服从的司法原则也没有得到区分。的确，法官有权力忽视一个制定法的命令，而且可以不必受制定法的约束作出判决，但这不是他的权利。同样地，法官也有权力在法律空白地界之外，超越先例和习惯的约束而通过司法创新设定新的边界，但这也不是他的权利。尽管法官有上述这些权力，如果他们滥用了这些权力，就违犯了法律。如果这种违反基于主观上的恶意，那么由于这种违反具有某种问心有愧的邪恶动机，就算他们所作出的判决依然能成立，他们也会因此构成法律认定的过错，并为此过错被免职或受到惩罚。总而言之，法官的自由造法行为不是没有边界的自由，它要受到某些司法原则的限制，而且，这种限制在很多我们并不一定认同他们观点的学者那里，被认为构成了对国家自身自由的限制。对于无数的个人来说，他们根本不需要受困于这样一个境地——在这里，法律可能会被错误理解，而且这种误解确实是法官滥用司法权力使然的结果，他们也许可以平平安安地度过一生，正常有序地生活。事实上，大多数人的生活就是在这样的有序和安稳中度过的。他们一辈子可能都不会触及争议发生地段的边界，即使那个边界原本就很模糊。他们的生活，从出生到去世，在人生的任何一个转角，都坚守国家法律的规制，他们终其一生都不曾去找过法官寻求帮助，来为他们确定是非对错的界限。谁又能说，在驱使人们这样行为的背后，不是法律这一规则在发挥着强制力？

十一 法官立法具有必要性

略显过时的布莱克斯通的学说认为，法官的工作是发现法律，即发现既有的法律规则，而非创制规则。这种论调与更为古老的理论，即自然法理论如出一辙。这种理论在法学和政治学的学科发展史上是非常有趣的一个章节，长期占有重要地位，并在斯多葛学派时代发展至顶峰。这一理论在数个世纪以来持续发展，在不同的历史阶段皆具有生命力，它已浸入人们的日常言语和思维思想的表达中，人们关于治国之术和法律的思考都深受其影响。自然法理论一度因为分析法学派的兴起及占据统治地位而名气大跌，甚至被弃用。不过，新近它又因为法学家们的思考重新回到了人们的视野，尽管其形式已经发生了重大变化，使得这种理论的存活意义仅仅在于其名称。如今，人们不再将自然法理解为某种固定不变而且永恒存在的法律了。它的地位也不再绝对高于人定法或实在法。只是当其他的法律渊源都枯竭的时候，它才构成人定法或实在法的源泉。

霍兰德曾经说过：“现代法律哲学与自然法哲学的衔接点，就在于二者都是追寻正义的科学。但是现代法律哲学与自然法哲学在一个最基本的问题上存在分歧，那就是：自然法哲学想要在实在法之外找到一种正义的、自然的法律，现代法律哲学则更愿意在实在法，现有的或将来会成为实在法的法律中寻找公正的因素并将它们固定下来。自然法学派寻找的是一种绝对正义的、理想的法律，‘自然的法律’的旁边才是实在法，而实在法只具有次一等的重要性；但是现代法律哲学则只承认世界上有一个法律，即实在法，但是它又试图挖掘出实在法更理想的一面，挖掘实在法所蕴涵的永恒理念。”霍兰德接着发

问，那么是否有必要去维护自然法这一个术语的精准性？是否因为这一术语的存在，法官就有必须服从理性和良知的义务，自然法在被法官运用从而获得法律认可之前，就具有了法律的名义？霍兰德说，这些都不是他所关心的内容。如果我们和奥斯丁、霍兰德、格雷以及其他许多人都一样认为，在司法判决之前它们不过就是些道德的戒律，我不会觉得有什么不妥之处。我对于这样的关于字词使用的争议，并无多大兴趣。我所真正关心的是这一点，即法官有义务在他的创新权的限度内、在法律与道德之间、在法律的戒律与理性和良知的戒律之间保持某种联系。我认为，从某种意义上来说，也从未有人怀疑过法官应当具有这种义务。

但是，有时候，也会有人感觉到分析法学派的学者们搅浑了这一点，这些学者过分看重如何在字词上精确地作出定义，而相应地牺牲了对一些更深刻也更精妙的实体，如法律的目的、目标和功能的强调。他们也坚持不懈地声称道德与正义不是法律，这促使人们日渐滋生对法律的不信任和轻蔑情绪，把法律看成是与道德和正义完全相反甚至是势不两立的东西。如果德国的自然法能为我们引入一些新的正确的方法和思想，那么即使它存在用词不当的问题，似乎也可以获得原谅。但是我们并不需要这种不会有结果的词义之争——仔细地去区分法律与正义的不同，而几乎忘记了二者之间在更深层次上存在的和谐。在此，我们需要的是《法国民法典》的紧急号角：“法官不能以法无明文规定或规定得不明确为借口而拒绝审判案件，否则将被以拒绝审判罪受到法律的追究。”一个凌厉的批评者说：“我们的法院的职能就在于，通过对法律原则的一次又一次的重述，而赋予它们不间断的新的内容，以使得它们不落后于道德与习俗而与这二者保持同步前行。”其中所指法院的职能即为司法性的立法，这种立法的风险是由法官自己来承担的。即便如此，这对于法官来说也是一种基于立法行为的必要性而赋予法官的最高荣誉，也从未有哪个胆子大的爽直的

法官会畏惧这个风险和推卸掉这个义务。

十二 法官要在被诸多规则限制的空间里寻求社会正义

你们也许会说，天地之间没有任何东西能够保证法官会比其他人对于他们所处时代的道德习俗解读得更准确和更真实。对此，我也不否认。但是，我认为这话并没有抓住要害。这里的要点更在于我们应当把对法律进行解释的权力放到什么地方，依照政治体制的传统，这一权力已经归属于法官。如果法官要履行其作为法官的职能，就必须行使这一权力而不能让这一权力旁落到他人手中。的确，法官的判决必须不断受到检验和再检验，但是，只要他们的判决是按照良知和知识作出的，那么这些判决就应当具有相当程度的符合客观事实和理智的合理性。我们承认法官有权力和义务按照习惯性的道德去影响法律，并不意味着这是要毁灭所有现存的规则，要在每一个案件当中以所谓的个人的正义感和善良人的判断替代法律。而那些做法也很容易导致一种仁爱的独裁，如果将法官们因之认定为仁爱者的话，但是，这样做的结果是终结了法律的规制。然而，即使以比过去更大的自由来运用社会学的方法，也不会让我们面临这样的灾难和变化。法律是一个形式和结构都很稳定的有机体，即使其细胞在运动变化之中，这也不会改变法律这一有机体总体的比例；法官创新的权力总是受到来自各方面的压力，以及法律规则本身的限制，这都使得法官的创新权的行使并不容易。但是，法官必须进行某种程度的创新，因为新情况的出现决定了法官必须要制定相应的新规则。

社会学的方法对此所做的要求是：法官要在一个已经被诸多规则限制的狭窄空间里寻求社会正义。法律的历史上曾经有过这样一些

阶段，即适用法律不必过多考虑使用心理学的方法。过去也曾有过对真相的量化考察，随着这一方法被使用的次数日益增多，它也被发现可以适用于社会的需求。但是，这样一个年代已经走远了。在现代社会，运用法律思想对司法过程作内省式的严格审查，才是现代法律思想的精神，而这正是我们已经进入了一个新的阶段并在此阶段有了新的重心的表现。不过实际上，这个方法也不是什么创新。这一方法一直都被那些伟大的衡平法法官们使用着，衡平法体系正是他们通过不断地诉诸正当理性和良知的学说而建立起来的，同时，在这个过程中，法律的一致性和确定性也得以保留。正是在这些伟大的普通法大师的手中，普通法才得以传承并不断获得新的生命力，这也是曼斯菲尔德和马歇尔使用的方法，是肯特和霍姆斯使用的方法。

十三 “马格劳德现象”和依法审判的区别

在过去以及当代，确实都曾有过这样一些运动，即将法官个人对法律以及道德中“什么是正义”的直觉认知作为衡量是非对错的唯一标准。用惹尼的话来说，这种运动的实质如同让我们受邀参加一个前所未有的糟糕时代的“司法上的无政府主义”体制或最好时代的“司法上的印象主义”体制的建立。前不久，法国就有这种实验或至少类似的东西出现了。而我们自己的法院中，也有一些持类似观点的法院批评家。

惹尼在1919年出版的最新版本著作中的“后记”里就专门讨论了这个在法国以“马格劳德现象”而著称的实验。“马格劳德现象”得名于当时法国沙托-蒂埃里的一审法院的院长马格劳德的名字。1889年到1904年之间，这个法院在其院长的领导下，进行了一场挑战旧有

法律秩序的革命。该法院的法官们都以“令人满意的法官”而著称。这些法官们在他们所要处理的每一起案件中，都会扪心自问：面对我所遇到的这些问题，一个心地善良的人会希望怎么裁判？然后以此为依据作出他们的判决，即使这样做有时候会造成对制定法的违背。他们这种工作究竟是好还是不好，我因为缺乏一手资料而不敢妄加评论。但是，惹尼对于这种做法是持批评态度的。而且在他看来，这个运动已经失去了生命力并走向没落。这样的印象主义有优点也好，有缺点也好，它都不是我们普通法应有的司法过程。我们的法律严格依照康德的绝对命令——“依据你可能希望它成为普适性法律来规范行为”，它反对为了比较狭隘或微小的善而牺牲更大、内涵更丰富的善。比如，一个合同已订立，对其的履行会比较烦琐而且可能会给人压力感，但是如果我们仅仅因为考虑到某些个别的特殊情况，就很容易使得本该履行合同的一方违约而无须为此承担责任。但是，如果我们能超出这个特殊情况而在普遍的意义上来看待这个问题的话，我们就会坚决服从“合同应当切实履行”这一服从社会根本利益的原则来制作我们的司法判决书。前一种做法是用法官个人的正义情感取代了法律，后一种做法则只是将法官个人的正义情感作为对法律进行解释或拓展的标准和试金石之一，两种做法截然不同。

我认为，1907年的《瑞士民法典》第一条就很好地表述了一个现代法官应当为自己的工作所确立的基调，并且，已经有大量的法律评论围绕这一条面世。《瑞士民法典》第一条规定：“本法统管属于本法任何一条规定的文字或精神之内的所有事务。法官在无法律规则可适用的时候，应当依照习惯法，而在无习惯可依据的时候，如果法官是立法者，那他当然可以制定规则来宣告判决。但是，法官应当从已经为学者的学说以及法院的法理所验证并具有权威性的解决方法中获得裁判结论的启示。”最后一句话就将“马格劳德现象”和依法审判的根本区别彰显出来了。即使法官在自由的时候，他也不是完全不

受约束的。他的创新也不是随意的。他不是闲庭信步四处追寻自己的真、善、美理想的游侠。他必须从一些经过考验并享有权威的原则中获得启示，而不能屈从于容易激动的情感，屈从于含混不清而泛滥的仁爱之心。他应当运用一种以传统为知识依据的裁量，以类比为方法，受到制度的纪律约束，服从“社会生活中对秩序的基本需求”。在所有的良知中，仍然有一个相当广阔的自由裁量区域留给法官。

第四讲 遵循先例、司法过程中的 下意识因素、结语

一 规制法官行为的还有他们的良知

如果在司法过程中适用先例和习惯的尝试都归于失败，或者是这二者都根本不可能用，而这时候在我所使用意义上的自然法，也没能为法官提供判决的主要规则的话，那么想要在判决出台之前为其提供可资援引的规则，即创制法律，并不容易，而且还需要承受巨大的压力。想来这的确给人以沉重负担。默认接受这一方法，是建立在如下信念的基础上，即在任何法律既有规则没有涉及的空白地带，法律不可能有任何作为，在此，我们只能指望公正无私的居间裁判者来宣告在这种情况下，作为公正的、通晓事理的且熟谙这个社会的生活习惯及普遍认同的有关争议解决和公平交易标准的人，他会怎么做；此时，能够规制他们行为的除了习惯和良知，就再无其他。时间一长人们会有这样的感受：最后体现于司法判决的规则，如事先已经作为制定法的明文规定，那么凡是思维正常的人在行为时，其十有八九都会

与体现在司法判决中的规则保持一致。

在一些案件中，有少数意见认为某些无知因素影响了案件的判决，这固然会对当事人一方产生影响，但另一方也会受到影响；而且，已经发生的争议迫切需要法官作出判决，此时如果没有既定的规则可以适用的话，那么在事件发生后制定规则并将其体现在权威性的审判结论中，就成为必需。任何一个案件当中都会有输家，这就是生活的游戏规则；我们必然要为我们缺乏先见之明而以各种形式付出代价。毋庸置疑，在理想的体制里，如果它确实存在的话，法律的规定必然非常细致和灵活，以至于它能事先照顾到各种案件的特殊情况，为它们提供公正而且适合的规则。但是，以人类的能力来说，构建能应对极其错综复杂的生活的完备的理想体制是不大可能的。

惹尼说，我们必须承认一个真理，即促成一个制定法生成的意志“只是涉及一个由一些具体事实组成的、非常狭窄的空间有限的地带。一部制定法通常几乎只能注意到几个方面而不能顾及全部。历史告诉我们，只有在现行法律的某个弊端已经被确认存在并对正义构成实质性危害、使得公众情感不堪忍受的时候，立法才会现身干预。这些原有的内容之不合适迫使立法者作出不得不变的决断，而只要立法者的干预行为一启动，其所做的就是终结这些本来在法律中已经规定得很清楚的内容在个案中的适用。立法者觉得，在既定目标的实现上，应当采取的相对妥帖的办法莫过于在由公众意见和抽象公式构成的路径上行进，他希望自己宣告新原则的价值仅仅涉及一些他应当去尽力摧毁的邪恶的措施，以及由这些邪恶引发的类似条件，而尽可能避免殃及其他。立法者并不怀疑已经有其他的规定由这些原则演绎推出，而如果在宣告这些原则的时候就能够对此有足够的预料，那么他必然会毫不犹豫地废除其中的某一些甚至是更多的相关逻辑判断。在这一行为日益走向神圣化，已经没人能说得清楚自己所做的，究竟是属于遵循立法者意志的行为，还是只是借用了立法者的逻辑判断。

因此，法官所做的，就是要提出一条原则，而与这条原则相伴而生的，还有一个为创造该原则而产生的单个且独立的意志，以及其所转化而成的某种新的实在法的规定，这个实在法的规定通过自我发展，反过来又赋予了原则独立的生命，它并不会考虑甚至会全然不顾立法者意欲何为”。所有上述这些话语，都出自这样一位法国的法学家，这是他针对一部法典的法律体制而说的。

二 判决应否有溯及既往的效力

波兰克说，法律的空白之处在制定法体制中尚且存在，更不用说在我们这样一个通过诉讼当事人的争议而杂乱建立起来的判例法体系了，至少我们法律体系的空白与制定法律体系的空白的存在程度是同等的，都是无可避免的。在所有的体制当中，都存在行为规则滞后于行为的困难。这本身也是人类有限理性的必然结果之一，立法者和法官不可能有预知无限未来的能力。但如我前文所述，事实上法官也不可能在一无所知的情况下去决定案件的裁判结果。最常见的是在那些纠纷无论如何都会发生的情况中。比如，一辆被制造出来的车子，其轮胎存在瑕疵，问题在于制造商除了要对买主负有商品检查的义务以外，是否还应当对其他什么人负有同样的义务。当这个车子的乘客因为车轮的瑕疵受伤，他向法院提出的看法，恐怕就要和制造商对相同问题的认识完全不一样了。但是，不管最后是哪一方获胜，都不大可能发生这样的情况，即二者如果事先已经获知规则而产生不同的行为。这个制造商也没有自顾自地说：“我才不检查这些轮子呢，因为这并不是我的义务。”制造商至少应当对直接买主负有检查义务，这是已经为世所公认的。但无论如何，错误已经发生。现在要解决的问

题是应在什么程度上让有过错的主体承担不利后果。

由此，我认为，在绝大多数案件中，法官制定的法律产生溯及力，可能与这些难题本身并无实质关联，而是有可能涉及在公开宣布规则之前必然要遇到的棘手的问题。我认为，有一点非常重要，那就是如果溯及既往会带来更多的难题或者显然毫无必要时，就应该停止这种固有的做法。我举个例子来说明，比如，一个终审法院先是宣布某个制定法无效，其后自我更正，又说这个制定法是有效的。而在此之前，其第一个决定一直在对此期间发生的交易产生着约束效力。在第二个决定推翻了第一个决定之后，那么这期间发生的交易应如何看待，就是一个很大的问题了。在大多数奉行实用主义的法院看来，被宣布无效的制定法在此期间被搁置了。也许，让这样的判决符合字面上的法律规定及法理中的抽象教条与概念，都是一件非常困难的事情。

当法院所做的大多数事情都有着溯及既往的效力时，我们有什么必要非得在这二者之间画上一条明确的界线？埃文斯说，我想，答案是，如果我们不画上这条界线的话，因此产生的不正义会给我们施加令人无法承受的巨大压力。而那些信赖某些下级法院判决的人，也必然会因此产生疑惑，我们将无法助其明了。在这些案件中，人们能感受到如果估算失误而为自己招致风险，只不过是生活游戏中的正常一面，这与任何其他对权利和义务的认识发生某种偏差而导致的风险，在程度上并无多大区别。他认识到，自己已经遇上了这种事是运气使然，而如果能够小心谨慎些就可以避免遇上这种事情。人们也会感受到这个终审法院的判决之所以成立，是建立在不同基础上的。我并不清楚，是否能够在以下三个判决之间画出一条足够清楚的界线：一个变更了某制定法合法性的判决、一个变更了制定法规则含义或适用的判决及一个变更了普通法规则含义或适用的判决。我同样也不会说，这个界线在将来某一天，在某个地方出现并固定下来。但是，我却可

以肯定地说，无论这条线出现在什么地方，决定其位置的将既不是对法官造法行为性质的抽象理解，也不是对某些不可改变的信条比如政府权力划分的崇拜，而是出自对便利、实际效用以及对最深层次的人类正义情感的考虑。

三 遵循先例应当成为规则而非例外

最近有很多讨论都提及是否应当完全摒弃遵循先例的规则。就我本人而言，如果那样就走得太远了。我认为，遵循先例应当成为规则而非例外。对此，我在前文已经给出了相关论据来支持这一论断。但在这里，我还要再加上一点，如果要将在过去审结的每一个案件重新开庭，如果我们走在前辈已经为我们铺好的坚实道路上，却不是在做添砖加瓦的工作，那么我们法官的工作量必然会产生不必要的大幅增加，那将会令法官有不能承受之重。而我所在的法院历来也许就坚持着对于这一信念的强调。我所在的法院现在已经有十名法官，但听审的一度只有七名法官。当法官们的意见发生分歧而又相持不下难分伯仲的时候，关于这个案件所作出的判决就会发生这样的情况：这个星期是这样的，而在下个星期如果还是第一次听审的话，又会出现另外一个不同的判决。这样会导致一种令人无法容忍的境地，即因为每周审判庭组成的不同，法院判决也会不同。而如果想要一致，那就只能是即使我们认为前一周法官兄弟们的判决是错误的，且无论我们自己是否喜欢这种错误，都只能对这个错误予以坚持。但是，我也会同意这样的观点，即尽管不应当完全放弃遵循先例原则，但是在某种程度上放松这一规则应当是允许的。在我看来，只要已经过了正当的检验，发现适用某个法律规则会有违社会正义的情感或者给社会福利

带来某种损害，就应当无须太多犹豫地让公众知晓这一点，并彻底放弃对这个规则的适用。也许，在一些不是非常重视社会效益的私法领域，我们更应当经常这样做。一个应当被抛弃的规则，就自然不会被用于法官的司法审判中，特别是当作为该规则来源的某些机构或特定条件已经随时光的流逝有了新的意义和变化时，那就更应该准备放弃原本就不坚定的立场。

如何面对这种情况下出现的这一问题，维勒法官曾在德威诉康涅狄格公司一案中给出了处理的基调：“能做好法律适用工作的法院应当是这样的：它承认人们可能会发现产生于久远时代的法律规则被运用于当代人时将产生糟糕的后果，而且只要是它依据之前固有的判决发现了另外一个法律规则代表了‘应当’，而且抛弃这一旧规则不会影响到在相当程度上依赖这一规则的既有财产权利时，就可以放弃对这一旧规则的适用。正是因为我们这样做了，普通法才得以不断延续，并让一些了不起的普通法专家们发现了保持其持久生命力的渊源和方法。而普通法的健康和生命，也正是在普通法的这一生长过程中被重新认识的。普通法不是也不应当是稳定不变的。立法机关也不应当改变普通法的这一特点。”如果法官们不幸误用了久远时代的旧的习俗，而这一习俗已经不适用于法官所处的时代了，那么法官就不应该为先辈们的传统束手束脚，只是一味屈从于此而毫无作为。

四 法院有义务部门法建立在符合现实的基石上

为了进一步说明我想要表达的意思，我再试举一两例。这些例子只是某种尝试，并不一定很贴切，但是它们会有助于我们理解上述观点。这些事例日后可能也会被弃用，但是其中所蕴涵的原则会在法律

中保留下来。普通法上有这样一个规则，当主债务人和债权人在未经担保人同意的情况下，便以合意的方式将支付时间延期时，担保人的责任将就此解除。就算支付时间延长了只是一天，也会产生同样的结果。试想，如果支付时间未延期，那么担保人在债务到期时就可以向债权人进行支付，并要求直接替代债权人向主债务人提出赔偿请求。可见，支付时间的推迟会影响到担保人这一权利的行使时间。有人认为，担保人责任的豁免，应当建立在这样的前提下，即担保人确实因为这一权利行使时间的推迟而受到利益的损害。对此规则适用所具有一定的公正性，我并不怀疑，只要担保人能够证明延期给其造成了实质性的损害——或是由于主债务人在延迟的期限里变得无力支付，或是由于担保物的价值在这段时间里受到了损害，即使存在延期，免责程度依然要依照公正原则，实现与受损害程度的相对应。也许公正的做法是，只要担保人为债务人清偿了债务，并已经向债务人提出赔偿请求，无论这发生在什么时候，都应当允许担保人免责。或许，应当由债权人来承担否认担保人从中受到损害的举证责任。但是迄今为止还没有类似的规定。这一普通法规则适用于那些清偿与实际损害都不存在的或无人宣称存在的案件。普通法作出判决的时候通常依据这样一个假定，即一个担保人会因为不知道哪一天将被要求清偿债务而夜复一夜地难以成眠，而事实上让他纠结于心的正是如何让一个很难伺候的或反复无常的债权人被迫接受他原本不想接受的支付行为，担保人为完成这一支付的欲望和因此承受的烦恼而不得安宁。而延长期已经过去，担保人还是什么都没有做，甚至没有不怕麻烦地去询问一下情况；但他还是被法律免责了，原因在于，如果不是因为他对此完全不知情甚至不能通过自己的行为控制的延期事件，他自然会很愿意去清偿债务。这样的规则源自于早年尚为简单的商业交易时期，是那个时代的遗风。那时的人们并不是很清楚什么是担保公司，那时的担保人也通常只是债务人比较大方的朋友，但是这种基于朋友之间的信

任被滥用了，而且那时候法院把主要的注意力一直都放在如何给担保人找到一些合乎情理的借口，以确保他们能从麻烦中解脱出来。在近段时间的一些司法决定中，可以看到一种新的迹象，司法决定在这方面的精神已经有所改变。我认为，我们完全可以问问自己：法院有没有义务在这条路上走得更远，将这个部门法建立在一个符合现实的商业经验和生活道德的基石上？

普通法还有一个规则，就是口头协议即使是在正式的书面合同之后订立的，也不能对先前已加盖公章的书面合同作出改变或者撤销。这在人们对印章非常看重的那些年代是有道理的，毕竟那个时代印玺被认为是庄重的、权威的乃至有些神秘化了的的东西。但是，当时间推进到我们这个时代，合同中的这种印章已经很少见，替代它的可能只是一个非常潦草的签名，甚至只是名字的缩写，如“L.S.”。如果在这个时候，法律还是坚持沿用已经逝去许久的过去时代的规则，其中的荒谬应该被认识到。法官们对此已经作出了也许并不引人注目但却极有价值的努力，他们用一些例外违背这一规则，并且借用一些区分方法将这个规则变成一个泡影，使得他们只是在口头上宣称对于这一规则的重视。最近出现的一个案例就表明，这一规则本来早该彻底被废除，但只是由于法官们的谨小慎微而非只为遵守才得以保持下来，但这不过是将废除的时间推迟了。迟早会有人给它最后的致命一击，而这个人应当得到普通法的感谢。

五 证据法领域的相关例证

我在实体法领域里已经找到了相关例证。这些例证主要存在于证据法领域和通常关乎程序问题的领域，在这些领域，甚至可以用更

大尺度的自由换取合适的变更。如果当事人在关于赔偿的法律问题上存在争议，这就需要法官在涉及实质性权利的判断上严格遵循既有法律规则，而不必过多涉及对政策因素的考量。我将举一个证据法领域的例子来说明。一个男子被指控强奸，他为自己辩护，称这位女子曾经表示过愿意和他发生性关系。他还可以证明这位女子名节原本就有污点，但是他却不能证明她曾经与其他某一个或某一些男子之间具体的、即使是反复多次的不贞洁行为。任何一个有理性的审理者在对此事实作出判断时，无疑都最想知道该男子的辩护内容是否属实，但是根据一条不可撼动的规则，这些都应当是在陪审团的考虑范围之外。就算是这名女子自己都认同该男子所说的那些话，也不代表这会有利于被告的辩护，或许他可以事后再就其他事实对该名女子提出反击，但在此案当中，唯一能决定他命运的还是该女子就该案事实的回答。毋庸置疑，法官在认定这类证据时是具有一定自由裁量权的，如果证据太间接，法官就应当将这些证据毫不犹豫地排除，这样继续案件的审理才能防止因出现相反事实证据引来的难题。

但是现行规则运行的结果却并非如此。这样的证据被绝对排除并且总是被排除的情况并不多。实践中已经有很多法院采取了不同的观点，但是很不幸，这样的法院数量还很少。在这里，如同在证据法之下的各个分支领域里，过度夸张地依赖一般名誉作为确定诉讼人或证人品行的标准都随处可见。这种确信源于早些年代社会关系较为简单的情况。或许，在如今的某些乡村地区，适用这种确信还有一定道理。但是如果在当今一些大城市的社会生活中，还将这种品行性证据作为认定证据，那就显然成为一种笑话。和程序法的其他许多分支领域一样，适用于当今社会生活的应当是一种实用主义的精神与它所带来的在现行规则与现在需要之间的某种和谐。

六 遵循先例正在减弱之中

尽管如此，在美国，遵循先例的规则在适用中并不如英国那样僵化，而且，在我看来，原本就不够严格的遵循先例也都在减弱之中。英国的贵族院认为法官应当受先例的绝对支配和约束，而美国联邦最高法院和好几个州的法院曾在发现适用先例有明显错误的时候推翻了这些先例。波洛克曾在四十多年前写过《案例法的科学》一文，其中在谈及美国法院这样做的自由时，似乎认为法律只不过是个人看法的问题。从这以后如果说有什么变化在继续发生的话，那就是这种趋势在不断强化之中。联邦最高法院新近推出的一个司法判决中就有一个极端的例证。在这个案子当中，原告对某汽车制造商提起诉讼，称自己因为汽车的质量缺陷而受到人身损害，要求获得赔偿。在该案的初审中，原告如愿以偿，法院判决他获得赔偿。但是该判决却被联邦的第二巡回区上诉法院推翻。理由是制造商对于作为该车乘坐者的原告并不负有损害赔偿义务；因为原告不是汽车的最初购买者，而是从其他人那里买来的车。第二次审判在遵守这一规则的前提下，拒绝受理原告的诉讼请求，并用一纸误判再审令将其发回同一上诉法院。就在这段时间里，纽约州的上诉法院在另一起汽车制造商被诉的案件里则判定，即使这类案件中汽车制造商与乘客之间并没有直接的合同关系，但是汽车制造商对于后者仍然存在损害赔偿的义务。该联邦上诉法院便沿用了这一司法判决，否认并推翻了自己先前作出的判决，即按照该法院司法决定的要求作出的不予受理的判决。在这一案件当中，判决第一次被推翻，是因为初审法院不曾对原告的诉求不予受理，而判决第二次被推翻，则是因为法院对原告的诉求未曾受理，二

者都依托同样的证据；司法过程的性质究竟是什么，此案的被告可能对此会有自己的看法。我本人也不打算去探讨在这种情况下违反遵循先例的规则是否合适。

在这个案件当中，有一个表示不同意见的法官认为，无论先例是否正确，它都是作为铁一般的法律应该适用于本案，就如同一些已经有判决结果的案件中的某些原则一样。但是这个法院的大多数法官的结论则不同，且不论他们的观点是对是错，至少这都证明了一点，即在司法过程中涌动着这样一种新的暗流和精神：先例应当服从于正义。如何将这种生长之中的且从总体上而言是有益的趋势与法律所要求的一致性和确定性协调好，正是当前我们的律师和法官所面临的一个重大课题。在这里，我们将不得不和在其他法律领域一样，需要在尊重昨天和赞同今天之间的某个地方寻到合适的中间点，探索出一条尽可能安全的道路来走。

七 法官应是一个集大成者

我认为，我们已经从之前对司法过程中要运用到的几种方法的评述中上了一课，那就是法理学所涉题材之广及其所蕴涵的丰富内容，比我们思维定式中的想象要更有灵活性和可塑性，它们也并不是被限制在一个非常固定的模子里，是非对错的界限也非像事先确定好的那样稳固和永恒不变。我们倾向于在一个已经绘制好地图且其中有显著标记的法律园地中工作，我们也已经在其中划出了一个个小小的界限，如果我们不有意为之，尽力让这些界限模糊化，那么它们就会很难消失。这就如同我们对时间和空间所做的区分，更多的是为了方便操作而设立的假设命题，纯属为便利之用。现在，我们则越来越倾向

于对一个真理的认识，即归根结底，可直接适用于个案的只是很少的一些规则，法律可资提供的更多的还是有关标准和程度的参考。对于我有还是没有过失的认定，其实质就是一个关于程度的问题。而我在使用自己的土地时是否给邻居造成一种可能必须由他自己来消除的损害，这也是一个关乎程度的问题。一个法律如果剥夺了我的财产并限制了我的行动，它是否属于不当地损害了我的自由，这仍然是一个关于程度的问题。

如此看来，法官的义务就完全演变成了一个关于程度的问题，他能否精确地估测这些措施，成了评价他是一个好法官还是一个不好的法官的标准。法官必须将自己所拥有的全部原料，如他的哲学、他的逻辑、他的类比、他的历史、他的习惯、他的权力感及其他所有的东西放到一起进行平衡，要么在这个地方加一点，要么在另外那个地方减一点，最重要的还是尽可能明智的决定有其决定性作用的应是哪一种因素。如果上述这些总结看起来似乎立论不足或者根本缺乏明确的结论性的东西，那么原因或许只是在我。

在我看来，法官就像一个很聪明的药剂师，只要有一个看似普通得不能再普通的药方放在那里，法官就可以根据它配出良药来。但是，许多人都认为应当有某种确定的原则来规制某种艺术实践，我们也许应该对于这种观点作出批判。W.杰思罗·布朗在新近发表的论文《法律与进化》中提醒道：“乔舒亚·雷诺兹爵士关于绘画的著作，对于那些想要成为著名画家的人并未提供多少实质性的指导，即使有，也是非常少的。就作为一个规则而言，那些关于艺术风格的著作都徒有虚名而并无多少实用价值。”法官们在这些枯燥烦闷的分析结束后，就需要在此基础上亲历亲为地完成一项新的综合工作。他可以期待的最多也不过是在长久的思考和研究之后，在他多年的律师或法官实务工作完成之后，在所面对的各行各业的人的情感与心理的辅助下，这种分析或许会有一些价值，从而使得他最后完成的综合工作

成为一个真正意义上的集大成者。

八 法官所面对的三种案件

前已述及，对于那些争议的焦点并非法律规则而是事实如何适用法律规则的案件来说，或许我投入了过多的注意力在其背景和反面上。但是，毕竟这些案件才是法院日常事务中的主要部分。对于案件中的各方当事人来说，这些内容都至关重要。它要求审理此案的法官必须有足够的智识、耐心，而且有通情达理的辨析。尽管如此，这些案件对于早前已确立的法理并不会造成撼动。这一司法过程在被运用于这类案件的时候，就如同我开篇就说过的一样，是一个搜索和比较的过程，而几乎没有其他内容。萨尔蒙德说过，静态的先例和流变的先例应当被区分开来。由于静态的先例要比动态的先例在数量上多出好多倍，如果法官将注意力仅仅是放在那些包含着创造性或流变因素的司法过程的草图上，就容易给人们法律不确定和法官自由裁量发生错误的印象，就像绘制了一幅色彩太重的图画一样。在我担任法官的法庭上出现的大多数案件由于理由相似，所以我认为只能用一种方式而不是任何其他方式来决定。法律和法律适用在这些案件里都同样的一目了然。甚至可以说，这些案件无须经过司法审判其结果早已可事先预知。

而在另外一些所占比重也不小的案件当中，法律的规则也是确定的，只是规则的适用仍存疑问。法官必须将纷繁复杂的案卷记录中的内容一一分解出来，必须对在某种程度上存在着一些前后不连贯而且很难看得懂的证人证言仔细分析辨别，根据是非对错的界限图将一个现实发生的情况放进这个区域或者是那个区域。如果一个行人在知道

自己行进的道路上会有铁轨横穿，那么他必须要在走路中注意看着有没有飞驰而来的火车。这至少也是个一般规则。在无数的诉讼中，你所研究或描述的应该是司法过程的全景，要尽量注意避免自己被“一叶障目”，避免做什么可能让行人失去本应有的警惕的事情。当然，在法官当中，这些案件以及其他一些类似的案件经常容易引起意见纷争。但是不论结果如何，都不会去撼动法理。最后，还剩下一定比例的案件，尽管为数不多，但也并非少得可以对其视而不见，对于这些案件的判决，也同样对未来有着重大意义，它们对于法律的发展也有着时大时小的推进或阻滞的影响。而这些案件也给司法施展其创造性提供了机会和动力。

在我的全部演说内容中，我所关心的也正是这些案件。在某种意义上，它们中的许多案件在司法中确实是既可以得出这样的审判结论，也可以得出那样的审判结论。我的意思是，无论是哪种审判结论，都有相当充分的理由和论据来为它们提供支持。在这些案件中，审判从对判决进行平衡那里启动，法官需要对类比、逻辑、效用和公正等因素进行综合的考量、检验和分类整理，而这个过程就是我致力于描述的司法过程。法官也正是在这类情况中肩负起了立法者的职责。以我自己来说，在我担任法官的第一年，我发现自己起航一年都未能在自己航行过的海面上留下任何印记，我对此一度感到懊恼，这是因为当时我注重的是法律的确定性。当我发现这种努力并无任何显著益处的时候，我感受到了压力和挫败感。我便试着回到陆地，到那种由固定和确定的规则构成的坚实陆地，以期到达正义的乐园。在那里，司法将以一种更为简单明了而且威严的方式宣告其自身，这比在我经常犹豫不决的内心和良知中折射出来的司法的形象更为清晰。我甚至感到如果能“和布朗宁的《帕拉塞尔萨斯》中的航海者一起航行，前方就是真正的天堂”。我越是去反思司法过程的性质，就越甘心于这种法律的不确定性，因为我已经逐渐认识到这一点是不可避免

的。我也将逐渐懂得：司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律；所有的疑惑和担忧、希望和畏惧都是心灵努力的组成部分，是死亡的折磨和诞生的煎熬的组成部分，而正是在这里，一些曾经服务过自己时代的原则消失了，而一些新的原则又诞生了。

九 影响裁判的法官的下意识因素

在此之前，我已经讨论过司法过程中的另外一些因素的力量，这些力量被法官们公开宣称在他们的判决从形式到内容的形成过程中有着一定作用。这些力量虽然非常接近表层，也具有较大的影响，但却极少能被人注意到。但是，仅仅是对这一力量加以承认，还远未穷尽这个题目。在有意识的更深的层面上，还有另外一些力量，如法官个人的喜好和厌恶、偏爱和偏见、本能、情感、习惯以及信念的复合体，而正是它们，构成了一个个具体的个体，无论这一个个体是法官还是诉讼当事人。我希望自己可以有更多的时间去好好研究这些因素，如果可能，我不会止步于在这里提醒你们这些因素的存在。在很多涉及这一话题的讨论中，与其说是讨论，还不如说是否认了其存在的讨论，都似乎缺乏面对现实的真诚，似乎一提到法官也免不了常人所具有的局限性，法官就会失去权威和公信力。将法官理解为其居于一种纯粹理性的高度，高于并超越那些令人不安的和令人有所偏倚的力量的约束，我不怀疑这种对法官的理解是庄严伟大的。尽管如此，如果我对司法过程的分析有任何实实在在的东西，那么，它们都不是凭空矗立在令人望而生畏且难以靠近的高山之巅；如果我们的行为和说法都如其所述的话，我们也很难追求到真理。那些易于感受到的吞没其他人的伟大洪流并不会在行进的过程中偏离方向，有意避开法官。我

们都希望司法过程是一个理性的完全客观的且排除个人化因素的过程，把法律幻想成一个真实的客观存在，它分散而且孤立地存在着，并通过祭司和法官们说出了他们不得不说出的话。这是一种追求客观真理的理想，每一个法律体系都追求这种理想。这是一些伟大的国际法专家和法官都曾经描述过的一种理想，看似这种理想是有可能实现的东西。

“一个民族的法官，”孟德斯鸠说，“只不过是宣布法律字词的喉舌，是没有生命的人，他们既不能改变法律的效力，也不能修正其严格性。”在奥斯本诉合众国银行的案件中，马歇尔曾经这样说过：司法部门“在任何案件中都没有自己的意志……行使司法权的目的从来都不是为了赋予法官意志以效力；而总是为了赋予立法机关或者法律的意志以效力”。这话说得很高尚，也很漂亮，但是，这始终都不过是部分的事实而非全部。马歇尔自己的职业生涯就是一个显证，它说明了这样一个事实，即这个理想超越了人的感官所能达到的境地。马歇尔大法官在美国宪法史上刻下了自己内心认识的印记，我们的宪法性法律之所以有今天这样的形式，就是因为马歇尔在它还有弹性和可以被再塑造的时候，以熔入自己强烈信念的火焰锻铸了它。法国法学家萨莱勒斯则持另一端的观点，他在自己的论著《论法律的人格》中说：“一个人是在一开始时就有了意志，然后他才发现了原则，这就是所有的司法解释的起源。一旦人们接受了这种解释，毫无疑问，它就会使自己表现在总体的法律学说中，但这种表现却是以相反的形式表现。因果由此被颠倒过来了。似乎这个原则才是最初的原因，人们是通过它才得出结果的，但却发现这个结果都是演绎出来的。”我不想把情况说得那么宽泛。这样一个宽泛的命题夸大了自由意志的因素。它忽视了决定论的因素，而是后者把无限选择的范围限制在了狭窄的限度之内。尽管如此，也正是由于过分强调自由意志，这个命题才为那种不可能实现的客观性理想提供了必需的校正。

十 法官也受制于人性的局限

有另外一个人的观点处于这两个极端之间，而且他的话也更接近于真实。这就是老罗斯福总统在1908年于美国国会发表的咨文中的一段话：“在我们国家，主要的立法者也许是而且经常是法官，因为法官是最后的权威。在他们每一次解释合同、财产、既得权利、法律的正当程序以及自由的过程中，都免不了要在法律中引入某种社会哲学体系的某些部分；而且，由于这里的解释通常是带有根本性的问题，他们也相当于在给所有的法律制定提供了指导意见。法院对经济和社会问题的决定，取决于他们自己的经济哲学和社会哲学；而且，为了我们民族在20世纪的稳步前进，我们应当将其中的大多数功劳归于那些坚持20世纪经济哲学和社会哲学的法官们，而不是归于一种早已陈旧的、其本身就是初级经济条件产物的哲学。”

我还记得，这一命题在提出之际，曾在当年招致了暴风骤雨般的批评。批评家们说，这一命题是建立在对司法过程的性质完全不懂的基础上的。这些批评家们对我们说，法官要做的就是去发现已经客观存在的真理。法官应当将自己微小的个性、分散的而不成体系的一些哲学积累，以及他所有的弱点和没有意识的偏见，都应当在审判中被完全丢到一旁并彻底忘却。人们所关心的法官是如何理解永恒真实的，完全不值得记录。这个世界追求的只是永恒真实本身。在这里我并不是要否认永恒真实是我们每个人都必须要奋力追求的目标。那些认为自己肩负神圣职责，有义务推动法律进步的人，在一些关键时候应当具有一种如帕斯卡尔般的自我追责和自我反思的精神。人通常都会在广阔的天地间有很多机遇去表现出自己更好的一面，而且正是基

于这种机遇的广大，才使得一些具有诋毁和嘲弄意味的非难从中衍生出来。在这些向前发展的伟大运动中、在诸多力量的碰撞中，我是什么？我的微小人格应当使它们发生细微的偏离吗？为什么应将真理的纯粹光环打碎，而在其中注入或涂上我自己的个人色彩？这些怀疑和迟疑会不时来打扰法官。但是，事实上，这些困惑法官的疑问都是基于自己的一个希望和追求，即超越包围我们的人性的那些局限性。

罗斯福了解人，对这一点并不抱幻想。他不是在提出一种理想，也不是在确定某个目标。他所做的不过是对一些运用中的权力进行检验，看看用于管理我们这个族群的权力的持久性如何。我作为一个法官，我的义务也许是将某些东西，这些东西不是我的个人追求、信念和哲学，而是我这个时代的男男女女的追求、信念和哲学，客观化并使它们进入法律的体系当中。如果我将自己的恻隐之心及理解、信仰和感情投入司法过程中，而这些又与过去的而非现在的时代相一致，那么，我就很难做好这项工作。惹尼说过，“在任何一个司法解释的体制当中，我们都永远不可能自认为已将解释者个人的标准完全从这个体制里清除出去了。在这些有关道德的科学中，也并不存在任何完全取代主观理性的方法和程序”。如果我们愿意，我们或者可以把法官所做的工作与一个翻译者的工作相提并论，法官阅读的也是外部给他的符号和记号。尽管如此，除非是他们已经完全汲取了他们必须阅读的语言的精神，并且富有爱心，否则这样的任务是不能交给他们的。

十一 每个法官的奇特个性会达致某种平衡

因此，我并不认为那种主张法官们应当同情并理解他们那个时代的精神的观点有什么不对的地方。只是，持这样一种观点并不能促使我们在通向真理的道路上走多远。在任何一个法院，对于“时代精神”的估测种类可能要与这个法院的法官总数都相当。据我了解，在很多法官身上你看不到哪怕只有一点点的偏好，或带有污秽的、粗鄙的或邪恶意义上的偏见的痕迹。但是，在职业生涯中的每一天，我都会对这一点更加确信不疑：藏于我们内心的真理与独立于内心之外的真理之间有着某种千丝万缕的联系。从体现在我们身上的时代精神来说，它更多的只是一个群体的精神，这个群体因为偶然的出生、教育、职业或同宗同源等各种因素而构成，我们正是在这样一个群体中才找到了自己的位置。任何内心的试图改变既不可能完全推翻，也不可能所有时候推翻这些下意识的忠诚的绝对支配地位。

“我们的信仰和看法，”詹姆斯·哈维·罗宾森说，“这和我们行为标准的得出有着相似之处，行为标准出自我们和自己同胞相处的结果，而不是我们的个人经验及我们从自己的生活观察中所获取的结论，我们对于为何会有行为标准施于我们自身是说不清道不明的。我们总是不断被我们不一般的‘理性化’能力所误导，而所谓‘理性化’，正是那些我们为自己从我们所在的群体传承下来的习惯强加于我们的那些东西所设计的某些看似很有道理的观点。这是我们自己的天性使然，我们的天性中有一种令人可怜的轻信，而且我们对于群体的判断会本能地接受。我们易于被暗示所影响，既可能被一群激情洋溢的暴民所感染，也可能被一个热情澎湃的革命者所鼓动，而且我们

始终都在倾听老百姓那即使微弱的声音，也总是想要将民众的指教和警告辩护正当化，并最终接受这些我们试图变成的自己成熟的推理结果。”这一描述并不仅仅适用于法官，它也是对所有阶层男女的概括描写。

对于法官的训练，如果能将司法的性质也融入其中的话，就能够在某种程度上让法官从他自己的个人喜好中超脱出来，这会让他下意识忠实的群体范围更为广泛，但这也并非不当。只要人性不改变，这些忠诚就永远不会被完全消除。有的时候，我们或许会感到奇怪，那些个性的力量全都放在一起共同发挥作用，怎么可能得出融贯的东西，怎么可能不产生混乱而最终生出完全没有效果的东西。在这样一些时候，就是我们自己将差别因素过分夸大了。其实最后会出现的一些东西都具有复合的形状、真相和秩序。有人说，“历史很像数学，只能假定各种离心率会多多少少得保持平衡，因此，最后还是需要有些东西保持恒定。”这种话用来描述法院的工作也可以，每个法官的奇特个性，也会最后达致某种平衡。有一个法官看问题的视角是历史的，另一个法官的视角则是哲学的，还有一个法官的视角是实用主义的；还有可能，这个法官是形式主义者，另外一个法官则信仰自由主义；或者这个法官害怕变革，而另一个则对现状诸多不满——正是这些不同心理彼此间的碰撞，最后才锤炼出了某种在整体上保持着稳定性和一致性的东西，而且它的平均价值要更大于构成它的那些因素。陪审团所做的工作和这个道理是一样的。

我并不是想说，在任何一种情况下，结果都不会显露出它从一开始就有的缺陷。这一类缺陷始终存在于每个人自身的机体内部。由于它们不仅存在而且可以看得见，所以我们相信这些缺陷最终会得到纠正。但是，这个世界并没有保证，当理性体现在宪法或制定法中的时候，多数人统治就是其完美的表现。因此，当理性体现在法院的判决中的时候，我们也就不应当对它抱有过多的期待。

十二 法律在反复的重新制作中获得持久的生命力

法官的工作，在某种意义上将千古流传，而在另外一种意义上又是转瞬即逝的。善的东西会在历史中保存下来，而新的东西又会在它的基础上建构起来。那些坏的东西则会在岁月的实验室里被彻底摒弃。如此，旧学说的基础在一点一滴地动摇了。这种蚕食常常就是这样慢慢地向前推进，以至于它们的意义最初并不是那么显而易见。但是，当我们到最后发现的时候，原有的图景已经完全改变了，这迫使我们必须弃用旧的图画，而重新制作新的图画。在这个过程中，发生作用的那些必然的力量，却是默默无闻而不为人所注意的。亨德森先生用他独特的语言描述了这些力量：“当某个信仰者不得不持续受到各种影响力的影响，且需要经常面对与他自己的信仰不同的各种东西时，一个‘应该如何’的思考过程就可能要产生。通过这个过程，某种具有对峙性的思维倾向将不断累加且越发强烈起来，它强烈地驱动着法官的行为，迫使他们作出某种司法决定，但是它很少会清楚地呈现在法官的意识中。同时，旧的信仰程式会因为习惯的力量保留下来并不断重复，直到某一天法官意识到自己的行为、同情心和根本性欲求都变得和原有的逻辑框架非常不一致，以至于他必须将原有的框架抛弃。这时候，一个新信仰的建构及相关理性化的工作就开始了。”

迄今法律已经发展了好多个世纪，正是这种新的信仰，促使法律在反复的重新制作中获得持久的生命力，它从未宣称自己如此作为但却有能力将我们的错误和偏执坚决抹去。有时候我甚至认为，我们总是担心自己的错误可能会祸及很久，其实这种担心略显多余。这些错误有时候可能会造成一些小小的混乱。但是，它们最终都会获得修正，

又或者，它们带来的危害在历史长河中完全可能被忽略。未来本身会妥善解决这些问题的。在这个无穷无尽的对法律检验的过程中，既有对糟粕的不断抛弃，也有对所有纯粹的、合理的以及精致的东西的持续保留。

先生们，未来是你们的。我们总是处于一个似乎看不到尽头的历史中，我们被要求完成属于自己的使命。当我死去并离开很久以后，当我和这个过程中所扮演的小角色被人们遗忘后，这里还有你们在完成属于你们的使命，你们将高举火炬继续前行。我知道，你们手中的火炬只会更加辉煌。



The Nature of the Judicial Process
& the Growth of the Law

第二部分 | 法律的成长

第一讲 法律重述的必要：促进法律的确定性

一 历史的难题：法律的稳定与发展的平衡

我们的法律发展至今，具有两方面的迫切需求：一是法律中那些杂乱无章的判例需要系统化和更确定，需要重新表述，这是法律科学所面临的重要任务；二是法律既需要稳定，又不能僵化不变，这就需要某种哲学来解决这方面的冲突，以为其提供法律持续生长下去的原则。对于第一种需要，人们都深有体会并且也很认同，而新近刚刚成立的美国法律研究所，就是试着对于如何满足这种需要作出研究。人们对于第二种需要则还没有充分认识到，但是随着它频繁地出现在公众面前，相信在不久的将来也会获得人们的认同。我今天要给大家作的讲演，就是以这两种需求作为主题，尤以第二种需求为主。

庞德在他的《法律史的解释》一书中说道：“法律必须稳定，但又不能一成不变。”就是这一点，常常让我们陷于矛盾的困境当中。无论是法律的稳定还是变动，如果不能让其处于一种平衡的状态，那么这样无规则可循的稳定和变动都会给法律形成同样的破坏力。法律

就像人类自身，其生命的延续所依靠的也是某种折中稳妥的路径。稳定与变动，显然是走向截然相反的方向的两种力量，想要取得二者的平衡，必须能把它们拉到一起来形成合力。而要做到这一点，是需要智慧的。如维诺格拉多夫所说，对于这一问题的讨论，我们可以从亚里士多德甚至更早的年代那里寻找到启发。在那里，我们会发现法律要以公正相辅，法典则要以敕令相辅，法律则要以衡平相辅，习惯则要以条法相辅，规则要以自由裁量权相辅。庞德在《法哲学导论》中还说：“司法审判工作是完全机械的程式化还是完全行政化，如果让人们在二者之间非要选择其一的话，相信只要是成熟的法律人并且又有着良好的直觉，都会更倾向于选择前者。”如何让此二者相辅相成，是一个历史的难解之题。

二 法律的确定的意义

法律的确定性对于法律本身的意义毋庸讳言。如果法律变化无常，使人无法预知行为后果，那么法律所应具有的对人的行为的指引价值就此丧失。我们的法律一直都因为欠缺确定性而受人诟病，那些曾经对此有过批评的人都在历史中有所记载。如果我们一定要去追究何以至此的话，可能会有很多原因。我之前所提到的美国法律研究所，在其成立大会上，曾根据一个委员会的报告，列举了造成这个问题的至少八个方面的原因：在普通法的基本原则上未达成共识；法律术语在运用上缺乏精准度；制定出来的规定质量不高且存在相互矛盾之处；对于原本应适用相同法律原则的不需区分事实的案件，反倒是非要去试图区分；判例汇编成册的浩如烟海；法官和律师的无知；新的法律问题不断涌现且更加奇特新异。在这里，我认为，若将它们与

三百年前培根在修改英格兰法律时所发表的建议中所列举的不满做一番比较的话，会很有趣。培根说：“可以确定一点，我们的法律已经如它们所呈现出来的现状一般，受制于极大的不确定性因素、来自各方的观点，以及各种拖延和规避法律的问题；由此产生如下后果：

(1) 诉讼案卷连篇累牍、复杂冗长；(2) 好讼者反受鼓舞和支持，令诚实的臣民深受其害，备受欺压；(3) 法官越发专断，他们在疑难案件的审理中尤为任性恣意；(4) 大法官法庭人满为患，法律救济却是含糊其辞，缺乏可信度；(5) 律师们拼命掩饰他们自身的无知，由此无端生出数量庞大的疑难案件；(6) 人们对于他们通过特许状、契约、遗嘱获得的土地和财产，常常没有安全感，最终多半会落空，类似上述问题不胜枚举。”

而在上述所有的原因当中，我认为最重要的是裁决量的大幅增加。我们的判例法繁殖力之强大，估计连马尔萨斯对此都会惊讶得目瞪口呆。遵从先例曾经是我们的法律保持稳定的原动力，看似也是法律确定性和稳定性的保障。我们不愿放弃判例家族中的任何一个，但是当年的仁慈和宽恕反而害了我们自己，判例们所繁殖的后代对法律体系带来的影响太大了。判例法发展至今，判例数量的不断增加并未给其带来更高的受人尊重的地位。由许多头脑中产生出来的东西，自然其中免不了一定比例的奇谈怪论。规模庞大的判例法家族中，包含了一些先天不足或者没有意义的东西也属当然。如今，各级法院数量庞大的判例在形成的过程中正显现出新气象：引用判例的做法越来越少，使用捷径或投机取巧的办法则越来越多。这也难怪，法官们每天面对着堆积如山的案件，即使再有能力，也很难应付得过来。就算是法官在时间上没有任何问题，那些提交到法庭的案件也是太过特殊化、具体化，其内含的一般性容易受到表面上的特殊性的掩盖。毕竟人的视野是有限的，人们总是把精力花费在那些细枝末节上而难免会忽略那些具有普遍意义的东西，以至于那些更为重要的真理被忽略，

而其实它就在景物的背景当中，但却因为我们的视野狭窄而看不到它。这种从很早以前就变得严重的危险，随着判例规模的增长和混乱程度的增加，而变得越发有害。我们的普通法只在某些恰当的时候向前走几步，或向后退几步的谨小慎微，原本是它的优点，如今也变成了它的劣势，除非我们常常地停下来去看清楚自己所处的位置，否则我们根本不知道每走的这一步，与全部行程有什么样的关系。有一条线索在这里存在，还有一条线索又在另外一个地方，线索错综复杂，呈从中心向四周散发的状态。法官们就是深陷于这样一张纵横交错的网中而难以自拔。这就需要有高明的智者为法官们解密这复杂的结构，并将法官们提升到一定高度，让他们可以超脱到可以俯瞰整体的地步。由此，法官的困惑恰好给学者们提供了发挥的空间。

三 美国法律研究所有志于法律重述

一场为这一念头提供实践机会的运动已经开始。1923年2月，美国法律研究所在华盛顿成立，这是第一个由一些致力于捕杀不确定性这一怪兽的群体组成的，他们希望以此来达到促进法律发展的目的。这个组织提出主张，要在一些特别选出来的领域，对法律作出科学的、精准的重述。首批进入他们选定领域的是合同法、侵权法、法律间的冲突和代理法。此后还将选定其他领域。这些重述首先包括：第一，要有一个原则的概要，这个概要应足够完备，以至于能恰当地用于对各种主题的充分表达，这种做法有点儿像戴雪的《法律间的冲突》或史蒂芬的《证据法文摘》中所提到的做法。第二，对于完整理解和应用那些原则所不可或缺的有关含义引申、实例说明和解释等，刚才所说到的那两本著作中也有类似的范例。此外，还应当有一部完整揭示

现存法律状况和充分援引权威根据的专著，以和每一条重述相配套。这部专著应当对现存的所有法律问题进行分析和讨论，并需要对法律原则之所以这样表述而不那样表述的正当性的阐述。

哈佛大学法学院的威利斯顿教授将对合同法进行重述，形成专著。协助他作出评论的是耶鲁大学的科宾教授、威斯康星大学的培基教授、哥伦比亚大学的奥里芬特教授。宾夕法尼亚大学的波伦教授则会重述侵权法，哥伦比亚大学的杨·史密斯教授、印第安纳大学校长赫伯恩、密歇根大学的古德里奇教授以及耶鲁大学的瑟斯顿教授将协助他。哈佛大学的比尔教授在协调好他与耶鲁大学的劳伦兹教授、芝加哥大学的贝格罗教授、匹兹堡大学的布坎南教授以及密歇根大学的古德里奇教授的分歧后，将负责研究法律之间的冲突。芝加哥大学的米奇姆教授将重述代理法。评论者和顾问尽管还没有确定下来，但是会随着时机的需要而作出调整或扩充。起草人的重述一开始探索性和暂时性的性质会更强些，他的重述要受到来自他的同事、上司乃至整个法学思想界的审视和修正，然后再将它呈递给研究所的委员会和其成员。如果研究所的委员会和其成员经过仔细审查后认为已经足够成熟，便会接受它，如果觉得还不够成熟，就会将其退还给作者。当重述的专著获得全部审查的通过，将会以研究所的名义公布，如此，它的地位尽管比不上一部法典，但却高于一部专著。所加于其身的权威将是独一无二的，且这种权威绝不是源于命令，而是源于其固有的说服力。它将体现为一种集大成的思想，它所发出的声音是经过整合的。大学、法院、律师界都对它的创建有所贡献。

四 法律重述给法官松绑

我对于上述这些致力于重述法律以达致法律统一目标的团队及他们的行动充满信心。当然，他们能否真正达到预设目的而取得成功，还要看他们是否肯努力以及能否找到合适的方法来证明自己。除非他们确实使用了高超的技巧，否则他们也将会落致失败的结果，而且这也是应得的。但是这种行动落败的可能性已经被降到了最低限度。如果上述这些人在重述法律上尚且都会失败的话，那么其他人就更做不来了。

但你们也不要把他们重述法律产生的作品，奉为有明确条文规定的具有强制力的法典。这些作品所内含的力量还不至于此，至少在它诞生之初，其权威性仅仅来源于它内在的说服力。对法律进行重述是不可不做的，但是正如《哈佛法律评论》第35卷中所指出的那样，

“重述不是为了去压制法官造法力量的发展，而是要更好地去激发和释放法官造法的力量”，“这就像我们让司法过程重新起航的意思一样，我们通过重述让它有了新的起点、新的动力和新的方向。我们要做的其实是为了给法官松绑，而不是要在为他打碎旧的枷锁的同时再给他戴上新的枷锁。”毋庸置疑，这么做都建立在一个前提下，那就是倡议者认为于法官有益的原则或律令将因此行动获得更高的地位。

在美国法律研究所的成立大会上，会议主席鲁特先生曾经在他的讲话中兴致勃勃地阐释了这一思想：“那些在诉讼中基于自身诉讼利益而不得不采纳另外的法律观点的律师，都有责任去推翻过去的司法决定。他不需要非得回到过去成千上万的司法判例中去寻找依据，因为法律重述已经帮他完成了此项工作。重述所推断出来的东西并非

结论性的，它主要还是一种初步性的判断，需要在实践中被解释和检验，除非它被推翻了，否则判决将会以此作为依据。”众所周知，如果一个法官能够敢于表达自己独特的思想和带有自己的特色去行动，那么他将为普通法的创建作出不可估量的贡献。肯特和斯托里就是这样的法官，他们在他们那个时代作出了上述这种贡献，在我们这个时代，威利斯頓和威格摩尔也正在作着同样的贡献。如果没有这些大师级人物的引导，很难想象我们这个原本就不完美甚至有些丑陋的社会将会减少多少完整的且合情合理的判决，将会减少多少对社会贡献良多的成员。他们已经证明了，借用智慧的优生学的原理，可以为法律带来多少益处。既然依靠某些个人的创新和努力就能做到上述这些，那就可想而知，用一个有组织的专业共同体来代替个人去做这些事情，将会赢得多少难以估量的更大的权威。

五 庭审之外的力量对庭审的影响正在增强

和法官或律师相比，如今我们更期待从专门从事学术研究的学者们及法理学家们那里获得鼓舞和引领。从历史学家那里我们知道，德国法院在古代通常遵循如下的做法：“将案卷送给一些著名大学的法学院，如哈雷、格赖夫斯瓦尔德及耶拿等，为的是从这些地方获得对作出正确判决大有裨益的专家咨询意见。”这种做法让我们联想到日益在我们的司法过程中出现的某种倾向，尽管看起来并不相同，这在我们的法律进化史中是有踪迹可循的。我们发现，在司法审判的过程当中，庭审之外的力量对庭审施加的影响正在逐年增强。这些力量主要是来自大学和其他学术机构中的一些学者们的评论和意见。现代法学院掌握着某种批判的方法，在它出现以前，几乎没有任何机构有能

力使得自己的专业意见卓有成效且容易迅速地进入公众视线。当然，律师协会有可能做到这一点，但是与法学院相比，他们的反应过于缓慢且偶然性因素较大。他们也因缺乏组织性而太过松散，经常是为了胜诉而终日奔忙，而在法律科学的完善上显得后知后觉。的确，有时候法院会不幸选择了错误的道路而形成错误的判决，随着岁月的积淀，难免因此会形成一股对司法判决产生敌对情绪的暗流，这种暗流经常会奔涌而出，浮出地面。如果有个案件原本就具有更高的公众关注度，那么上述情况的发生速度将会更为迅速。但是，批评的声音却多是零散的，也是没有组织性的，以这种形式出现的异议往往局限于自说自话，几乎无法引起别人的注意，即使这些声音最后能够传到那些被批评的法官的耳朵里，那也是一个非常缓慢的过程。直到出现大学后，我们才第一次有了一批能够看到的批评家。

他们批评意见的最新载体，就是大学的法律评论。我在上文提到过的威利斯顿和威格摩尔的著作，就是在这样的载体上，几乎一夜之间进入了经典著作之列。那些和他们的研究相比可能领域更为局限的研究也并不逊色，在评论期刊的专栏里，同样可以看到他们每个月都能出现在里面。威格摩尔在1915年写作其专著《证据》附录的前言时，对于法官们好像并不愿意引述大师们的法学思想而只关注他们那些已经装订成册的成果的做法，有所埋怨。但是，他们即使在引用这些装订成册的成果的时候，所做的工作与剪刀加糨糊的做法相比也并不高明多少。各种小册子因此染上恶名。不过值得我们注意的是，这一段带有讽刺意味的评论在出最后一版的时候，已经被作者从序言中删除。但是，法官们尤其是法官当中那些愿意用心的法官，终于认识到了法律评论中具有重要价值的瑰宝。最近发生在纽约的一个案件，可以帮助我来进一步说明我的意思，即大学在引导审判过程中的力量。

六 大学在引导审判过程中的力量

我们的判决很多是建立在同一个假定规则的基础上的，这一规则就是，在特殊的履行行为中必须存在补救的相互性，这种相互性不仅要求在判决的时候要有，而且要求在订立其他合同的时候也要有。这个规则在一些案件的适用中则有点儿过头了，用弗莱和波迈伦的话来说，就是在这个假定规则被提升为普遍适用规则的路上，走得太远了。我坚信如下这点：要不是有了大学教授们的干预，这个规则就会通过纯粹逻辑推演的过程而无限扩展下去，让事情变得更加糟糕。与此同时，大学里的教授们将因此越发忙碌起来，因为他们需要不停地指出我们的走向。艾米斯在较早一期的《哥伦比亚法律评论》上，将讨伐战火点燃。随后，宾夕法尼亚的刘易斯在《美国法律评论》上发表了一系列论文，以另外一种略为不同的视角加强了这个攻势。就在最近，哥伦比亚大学法学院院长斯通又在《哥伦比亚法律评论》上撰文指出了许多法院现在采取的这种办法的危害性。最后，威利斯頓教授又在他的学术论文集中对各种论点和先例做了总结。而就在不久前的某一天，这一问题在上诉法院讨论爱泼斯坦诉格鲁金案时做了全面的检讨，以使得它能够建立在与衡平和正义保持一致的基础上，至少这是我自己的一点愿望。这段小插曲的意义正是在于说明法庭之外的力量对法庭将会起到什么作用。如果不是因为艾米斯、刘易斯、斯通和威利斯頓等这些人的批评工作，那些歪理邪说不但不会消亡，甚至可能会被人坚持下去，最后流传甚广。那些肯定它们的判决，可能会让它们从中获取新的活力，同样，那些逻辑过程或类比推演的过程，也会把它们推向新的领地。幸好，来自法庭之外的批判

改变了这一困境。

因此，这些重述在推进法律的确定性以及理顺那些杂乱无序的判例上，其所具有的某种举足轻重的力量已经被证明，对此我深信不疑。有这样一句流传于中世纪的格言：“如果你手中没有一本阿佐（即亚瑟书），就不要去衡平法院。”现在人们也喜欢引用这句来说明美国法律研究所出版的作品的重要性。我们在寻求其他可资援用的资源之前，会首先查看美国法律研究所的卷册。这样我们就不用走得太远。它们的力量和权威，随着时间的积淀而积累起来，最终将击败反对它们的人。即使是那些最初很不信赖它们的法院，都会逐渐表现出对它们的信服，最终达成一致的意见。

但是，我们应当记住两个忠告。一是在我们对确定性表现崇拜的时候，一定要对正确的确定性和错误的确定性加以区分，如同我们要对真金与镀金区别开来一样。二是在我们已经拥有了确定性之后，还应当记得：确定性不是唯一的好东西，有时候为了获取它我们付出了太多的代价；不论法律是永远稳定还是总在变动，都具有同样的危险；必须从法律生长的原则中找到折中的方案。

七 我的两个忠告

我之前已经提到过，确定性有正确的确定性和错误的确定性之分，有些是值得我们去奋力争取的，有些则是我们要尽量避免的。法律需要重述的一个原因就是法官们所致力于追求的确定性，很多都是虚假的确定性，而不是真实的确定性。他们所致力于追求的确定性，是一种只能在他们所管辖的小小区域里保持法律一致，而无法做到让法律与那些和普通法本身一样宽广、与正义要求一样深刻而根本的真

实性和原则保持一致的确定性。这种趋势隐藏得很深，同时在某种程度上又无法避免。具体的判例被认为是当然的结论，因为它们都被认为是由之前的判例顺其逻辑发展而来的。谁也不知道这条路的终点在哪里，只是法官在每一个新的判决产生之后，就会向前走得更远，这样不用多长时间他就会发现，他已经将自己置于某种进退维谷的境地。他不想再往前走走到将要走到终点，但他也不乐于从这里退回去或者说已经根本退不回去了。法官们通过严格遵循先例而获得了法律的确定性，但是与之相比，还有一个更大的、更重要的确定性在这个过程中被全然牺牲了。如果我们只是用一种极其狭隘而且片面的视野去看待法律，而不能用一种应有的稳定和全面的视野去看待法律的话，那么我们就不能获得后面一种确定性。由于人为的、不恰当的区分，虚假的一致性得以保存下来。这就如同那些已经不再是偶像的偶像，只能用客套话和旧有的礼数来给自己留存一些颜面是一样的。如果我们想获得持久而不是转瞬即逝的安宁，我们就应当有撕掉其伪装的勇气。我们固然应当对法律的不确定性予以修正，但也要注意避免上述倾向。它们通常总是纠缠在一起，用来治疗其中之一的药方也能对这一个产生疗效。所以，法律重述必须要摘除那些因为不再使用而日益萎缩的剩余“器官”，以避免因为它们继续留在机体中而让整个机体感染上疾病的问题发生。

但是，我的第二个忠告则更重要。如果对确定性太过崇拜，就很有可能导致另外一种倾向，即我们崇拜的变成了一种无法容忍的僵化刻板。如果我们能够做到用当今社会的人类头脑所能达到的最高水平去重述法律的话，那么我们会在一夜之间看到随处可见的问题。亚里士多德在《政治学》中曾经说道：“在政治学中，你想把事情描述得面面俱到是不可能的，这就如同你在其他学科中也难以做到这一点是相同的道理；法律应当具有普遍适用性，但是人们的行为却总是各有其特殊情况。”法律重述将做好历史遗留下来的垃圾的清理工作，

也可以让我们总结这些年来的得失利弊，获得平衡，以便踏上新的征程。这是一项非常重要的工作，其重要性几乎难以估量。但是，法律的生长并不因为这次重述就获得了最佳结果，就可以一劳永逸了，正如我们今天对过去的改变一样，将来还会有变化中的复杂事件冲击古老范畴的高墙。在格兰泽诉舍帕案中，有这样一段论述：“生活中有许多关系是无法用固定的模块去直接套用的。因为这些模块总是时大时小。”现行的规则可以为我们指明我们所处的方位、处境以及确切的经纬度。但是，这不是我们旅途的终点，它充其量不过是行进过程中在夜里为我们遮风挡雨的客栈。法律如同旅行者一般，等到天亮了，还需要整装重新出发。法律必须有生长的原则。

第二讲 需要一种有助于法律生长的哲学

一 法哲学建立的必要性

现在，我进入这次演讲的第二个话题，即法哲学建立的必要性。在这个世界上，思想家们似乎生活在别人不友好的目光当中，所以他们也很难感觉自己过得舒心。在人们的印象当中，似乎哲学家们是不食人间烟火的，不会将哪怕一点点的注意力放在人们的现实生活当中，但实际上这是一种误解，思想家几乎将他所有的生命贡献给了对现实的揭示，这种现实如果没有了思想家的探照灯的照耀，其只能是充斥着黑暗而没有一丝光亮。对于思想家来说最为不利的是，他们和埋头实干的人生活在一个世界上，比如说那些耕地的、出海的还有做生意的人。当然，他可以在思想获得宁静的片刻安慰自己：如果没有了我对这些实干者们的点拨和指引，他们的活动又怎么会有价值呢？而哲学家又是思想家这个群体里命运最悲惨的。作为思想家，他既需要规则，又离不开理性。他的对立面总会说，让我们向他扔石头吧，在他身上烙上耻辱的印记。马尔伯勒公爵夫人在和伏尔泰吵架的时候

曾经这样说：“我以为他是个有见识的人，结果发现他本质上要么就是个愚蠢的家伙，要么就是个哲学家。”我们很难掌握到普遍真理。但是我们中的绝大多数却可以做到，只要我们肯努力，就可以积累起一些关于具体事物的知识。执著于刨根问底的人则很难有好下场。如果我们弄不清楚事物，我们反而会对思想家们加以嘲讽，似乎这就说明了自己其实更优秀。

今天，我要为法律领域的哲学家说句公道话。我这样做，并不是想要为哲学辩解，不管是法理学之内的还是法理学之外的，我都将哲学视做对文化价值的追寻和一种苦苦探索的乐趣。有了上述一系列限制条件后，我的不自量力也许还不会引起太大的非议，乃至能够勉强被认可。我只是想在这里谈一谈哲学与生活的关系，这也许对于那些站在门槛上彷徨的学生更有意义，因为在你们的想象当中，或许还以为哲学盘旋于云端，但是我想让你们知道的是，哲学是能够降落到地面的。当你们匆匆行驶在旅途中的时候，却要停下来奉承哲学，这或许会让你们觉得真是误入歧途，浪费了你们宝贵的光阴。但是我希望你们能相信，你们所走的路是正确的。在这里，你们将会找到一把打开门的钥匙，而这扇门是那些与之相比粗陋笨拙的工具无法打开的。如果你们只不过把自己当做在自己的专业里蜻蜓点水的过客，那么你们可以认为我们所讨论的关于终极观念的理论里没有任何实用的东西，这从你们的角度来看，也许并无错误。但是，当你遇到更高深的问题而无从解决时，你终会发现，这种对终极问题的研究并非一点用处都没有，反而是对于别的什么事情的研究才是一点意义都没有。

二 法哲学的内容

法哲学都有些什么内容，让我们先来了解一下。我们没有必要一定要圈定一个范围给它，只要能够将其中都有些什么东西说出来就可以了。这样，通常在一般哲学和法哲学中都必不可少的界定概念的难题，我们就可以避开了。文德尔班在他近日发表的著作《哲学导论》中说：“当你力图要为一样东西定义的时候，你会发现哲学家们会让你失望。因为根本就不存在被人们普遍认同的哲学定义，一次又一次地去试图作出定义是徒劳无功的。”在定义有风险的地方，描述就可以崭露头角了。法哲学能够让我们了解法律的产生及成长过程和成长趋势。法律的起源、发展、目的或功能等问题，都是法哲学的著述不可能不讨论的内容。法哲学不但要描述这些问题，还要描述法律概念的起源、生长和功能等这些作为法学框架基础的东西。如果大家有兴趣对这一问题进一步关注的话，最好能去查阅哈佛大学法学院院长庞德的著作《法哲学导论》。这本书几乎不会给你展示任何纯粹抽象的概念、图解、地图或表格，但你能从这本书里读出法哲学的价值。

法律的起源、生长、功能和目的，这看起来还是太过抽象和概括，脱离现实而显得高高在上，难以让法律游客们对此引起足够的兴趣。但是请相信，事实上并非如此。恰恰就是这些看似极为抽象和笼统的概念，是法律思想得以发展的重要引领者，法官们甚至都要受到它的影响，这一点在疑难案件中体现得尤为明显，它往往被用于权衡各种利益和价值。总体来说，只要是关于一般性问题的判决，都不可避免地会内含着关于法的起源、法的目的的哲学，无论哲学在其中隐藏得多深，它都是裁决的最终决定者。它在运作中可能会增加一些观

点，也会修正一些观点，或是抛弃掉一些观点，但它依旧还是它自己，作为真正的终审法庭存在。这种哲学欠缺某种连贯性，像是东拼西凑的东西。它沿着某条路线或前进或倒退，可能是很随意的，但是法官却会感觉到似乎哲学无时无刻不在逼迫他或前行或后退。然而，法哲学的权威并不能够得到人们的认同。无论是法官还是律师，无论他们沿着这条路线走到哪里，如果不能避开反对的意见，那就尽量去理解吧。

三 什么是司法过程和法律

在进入这个问题的讨论之前，我希望大家能先有一个对司法过程性质的初步认识。因为无论是律师对他说服力的全部表现，还是法官对他判断力的全部实现，都是建立在这个过程当中的，所以我们必须对这一方试图控制另一方则须追随前者亦步亦趋的司法过程先有个理解。而想要了解司法过程，必然又涉及对法律的起源和其生长过程的分析，此外，还要分析法律的功能和目的。比如，我们想让法律为我们做些什么？法律是如何产生的？法律在产生后，它是如何实现自己的势力范围不断扩展并逐步发展起来的？如果法官在裁判案件的过程中发现根本无先例可循，从而站在十字路口在何去何从上倍感犹豫的时候，指引他们对要走的路线进行抉择的又是什么？支配法官行事的口令是什么？法官应当采取怎样的方法？这样做所到达的理想的彼岸又是什么？这一系列的问题究其实质均属哲学性质的问题。如果司法过程并非完全照搬法律规定或先例的刻板适用，而是具有创造性的话，那么作为其结果的任何一个司法判决，都将对上述问题有所反应并最终给出回应。哲学可能会在这个过程中发生不太一致、不合情理

甚或被歪曲的情况，从而导致答案也可能存在同样的问题，如违背常理、有悖理性或者发生自相矛盾的情况，总之都会多多少少地存在些问题。但如果没有这些问题存在的话，我们也就永远都不可能从实践中寻求到解决问题的办法。

为了将这项正在进行的研究做好，我们至少需要考虑一个首要的问题：我们理解中的法律究竟是什么？我们只有先知道了什么是法律，至少知道心目中的法律的确切所指，我们才有可能知道法律是如何发展起来的。这一在人类思想的大网中只占区区一小片面积的领域，如果能将其分离出来或者至少要尽力让它能独立展示在我们面前，才能够对贯穿于整个知识体系中的某种统一的线索有所认识。最初在思想记录中出现的疑问，又会突然出现在一些不能预见的领域，以至于我们不得不继续去求解。作为哲学素来的敌人，它们对于上帝要求的停战协议置之不理。哲学在几千年以来，一直致力于安抚这些敌人，但是成绩寥寥，它只能让属于自己的疆界内保持一种和平状态。

刚刚入门从事法学研究的新人们，当他们踏上这片疆土，看到已经被挖好的沟壑之后，或许会将自己的一部分讶异和愤恨压下去一些。他们会这样告诉自己，至少这片土地是个清静所在，不会有不同学派的喋喋不休的争论总在自己耳边响起，搞得自己不得安宁。那些执著于争论的唯名论者和唯实论者，则永远都不会进入这片能够让他们获得安宁的土地，而信奉柏拉图主义和亚里士多德主义的人则会在这片土地上称兄道弟。新人的这种想法对他没有任何帮助的，许诺给他的天堂他也没有找到。早在新人开始研究，着手试图准确地定义法律的时候，古代各种学派之间的斗争就展示在他面前了。在那些孤立存在着的以判决形式出现的律令之外，怎么还会存在有法律？我们是否应当止步于为一个个的特例而满足，放弃对普遍性的探究。我们是否能在变化万千的现象的背景之下，建立起一个能达致和谐与一致

及实实在在的基础呢？上述这些问题并非出自中世纪学者在其研究过程中的发现，也不是阿奎那提出来的。但是如果学生们想对布莱克斯通有所了解的话，那么他就一定要对上述问题作出回答。这些问题直到今天都对现实有着一定的影响力，这是新人们需要时刻记住的。他自我安慰道：这不过是一开始会有问题，随着研究从事时间的增加，等发展到以后我就会慢慢平静下来了。当我进入我自己正式所专的问题中时，一切都会顺风顺水了。他翻开一本关于法人的论著，首先想要弄明白法人都具有哪些特征，结果又出现了唯名论者与唯实论者们的相互批评。一方认为，法人只是一个表征由男人和女人组成的集合体的符号或名称；另一方则认为，在这个名称之外，在法人组成成员之外，其实还存在着一个作为法人的“第三者”。时至今日，远古时代的那种因为分歧而产生的仇恨依然可以在今天的不同意见者之间爆发的争论中看得到。柏拉图主义者和亚里士多德主义者因为恪守他们领袖所确立的标准而聚集在一起，不同学派在战场上吹起的号角依稀可闻。

四 法院的判决才是法律吗？

法律的本质属性之间存在矛盾，阐释这一矛盾的理论正是我们当下继续关注的。只是不管这种矛盾有多激烈，其中的一部分也多体现为词语使用上的纷争。那些含义宽泛、没有明确界限的术语，最容易被不分具体情况地用在两个或两个以上的理念中，也正是这种使用上的混乱，造成了观点上的交锋。庞德院长在他最近写的一篇文章里就这样感慨：“‘法’这个词语是含混不清的，以至于我们既可以用它来指称法院在特定的时间与地点予以援引和适用的法律规则，又可以

用它来指称这些法律规则的起源，甚至可以用它来指称批判了这些法律规则的法理学说及历史传统。”有的法学家总想要把法律的含义限定在上述第一个场景中，而拒绝承认作为第一种场景延伸出的第二种场景中的也是法律，这种观点发展到极致就变成了否定一切法律存在的怀疑论和法律虚无主义：这种法律不过是由一些孤立的司法判决组成，而且这些司法判决说白了也就只对案件中的当事人具有约束力，在它们获得法律性质的开始之时，也是它们拥有这一性质的结束之际。

我曾经在作《司法过程的性质》的讲演中就对这一点作过非常充分的阐述，我还在这个讲演中同时指出，关于法的属性和起源的观点的变幻莫测，是如何导致了对案件事实认定的判决的变幻莫测。在诉讼当事人已经执行完州最高法院作出的生效判决后，这份判决又被后来的判决推翻了，他们之间的争议又提交到了同一个法院，那么他们在这种情况下会拥有什么样的权利？你会发现，除非你到有关法的一般性质的论著里去寻找回答上述问题的办法，否则你将不知所措。那些曾经给欧洲的大陆法学家们带来困扰的难题和模糊不清的问题，如今我们都不再再面对了。我们不再需要如同埃利希在他的《法社会学原理》里一样，去耗费大量的笔墨讨论“习俗”和“法律”含义的相关性，也不必像狄骥在他的《宪法论》中那般去证明“法律”比“权利”的含义更狭隘。法不仅仅是法规。我们之所以不必涉足这些令自己麻烦的领域，是因为在我们的司法过程中，有一个类似司法造币厂的东西，它在这个过程中将各种行为模式造成法的钱币，并把它作为法律王国通用的钱币自由流通。但是在这个阶段之前，也不是根本没有强制力的因素存在于其中。尽管人们没有得到明确的可遵循的法律原则、规则或法律标准及司法判决的引导和认可，甚至连基本的法律规则都没有确认他们行为的效力，但是人们并没有因此受到影响，他们平静地生活在自己的一方天地里，做自己的事情。好像只是在有了

法院的一纸判决确认了人们行为的效力以后，我们在这种情况下才能看到法律的存在。

五 作为秩序原则的法与作为道德科学的法

如果大家要问，在某条法律原则、规则或者标准还没有被明确赋予“法律”名称的时候，也就是说还没有在司法判决中被确认为法律的时候，这些法律原则、规则或者标准能有多大的可靠性？我只能用一种观点来回答，这种观点我将在下文详细阐述。这种观点就是，和其他社会科学一样，法律上的结论的有效性，也只能用某种或然性的逻辑来验证而不能依靠确定性的逻辑。如果这种或然性的程度已经能够让人们毫不怀疑地相信，一项判决应当而且必须包含某个既定的结论时，这个结论就可以称为法律。即使这个判决作出后或许会令我们对其大失所望，但是，不难想象的是，它依旧是法律。我认为，好好琢磨一下“法”这个字词的用法，是非常有趣的一件事情，它强化了两个方面的相似性：一方面是作为法理学研究对象的法，即秩序的原则；另一方面是自然法或道德法，即作为自然道德或道德科学研究对象的法。但正如夏芒所说，钟摆在这二者之间来回摇摆无数次，但是在今天法理学思想中，所强调的更是它们的一致性而非不同点。

但是，这并不是一开始就是如此的。还记得我还在法学院读书的那个年代，距离现在已经很是久远了，学院里的专家和老师们都很热衷于将两种法对立起来比较二者的差异所在。其中一种被称为真正的法，另一种则被认为只是装扮出来的法，充其量也就是法的类比和比喻，而非法本身。但我们所要研究的法是真正的法。真正的法是不应该在法律规则、司法判决之外，尤其是不能在法律规则之外去寻找。

而比喻或类比的法，则只是一种表征秩序的原则。如果我们愿意，我们最多只能把它勉为其难地纳入真正的法的亲戚之列，但这对于我们来说也是一种居高临下接纳穷亲戚的心态。法律是大人物用来指导自己高尚行为的，这一说法对于满足大人物们的虚荣心是有百利而无一害的。但是我们一定要时时提醒自己，穷亲戚一定要掂量自己的轻重，按照大人物们的要求，以一个远亲的标准来让自己的要求有所节制。人们总是说，潮汐、日食、月食、季节的变化，都有其自身的规律性，并以此与司法判决的流程所展现出的规律性相提并论。但事实上这二者并不具有可比性，自然变化中的规律与人们经过长期等待终于等到的司法判决这一过程中的规律是不应混同在一起的。与解释《反欺诈法》第四节和第十七节的裁决相比，春分、秋分之时与昼夜平分的规律性则更强、更显而易见。此外，如果司法评注缺少逻辑自洽性，还可以添加些其他东西来获取平衡。或许司法评注产出的东西还有着某些不和谐，但是至少我们会因为它还蕴涵着法的因素这一更为重要的东西从而能保证它还是法，感到有所欣慰。

岁月流逝，或许我并没有因之获得更多的智慧，但是至少我的视野日益开阔，原本以为清晰可见的界限如今看来已是晦暗不明，原本以为密不透风的墙如今再看也没有密闭到滴水不入的地步。详细来说，在秩序原则与由国家权力生出的法律之间并非泾渭分明，而是有着千丝万缕的联系的。我过去以为秩序原则只是名义上的法律，而法律则是由国家指定的机关即法院去履行全部的主权职能。我也曾经在过去将这二者看做是具有远房亲戚关系的两个家庭，它们可能会有一位共同的祖先，但那已经是很久很久以前的事了，以至于其中的血缘关系几乎模糊到了可以忽略不计的地步。但是现在我不再这么看了，我认为二者之间即使不是亲兄弟，至少也是堂兄弟。

六 未达预期的法是错误的法吗？

法律不只是那一个个孤立存在的判决，当争议被诉至法院时，法律才走到台前用以解决这些争议，真正发挥着其作为法律的能量。据以推导出判决，即庞德所谓的“我们据以批评这些判决”的“一般学说和传统”，都应当属于法律之列，这不仅仅是因为我们的研究是以其为主题，还因为它对法官的自由裁量权所形成的约束不仅仅是建议性的，还多多少少包含着某种强制性的因素。无论如何，如果不能称为法律的话，就需要给它再起个名字。之后，我们就会把研究的主要注意力转移到这个问题上。对于学生来说，了解判决固然非常重要，但这种重要性也就仅止于让他们知道案情相似的判决也会相似，由此产生一种合理的预期。这样看来，学生对于法律的学习似乎也就变成了只是对判例和结果的一致中揭示出来的秩序原则的学习。这种一致性稳定到一定程度，使得其成为可以被合理确定和预期的时候，才算是有了法律。

实践中，人们对它们特别信服，那么我们禁不住要说，如果未能达到人们的预期的话，那些令我们失望的判决就是错误的法律或是荒唐的法律——如果我们对于霍兰德等人关于“荒唐的法律是个使用不当的名称”的警告敢于充耳不闻的话，那么我们就姑且这么称呼着它吧。我们甚至可以更进一步，做一些冒险的新的预期：这种错误的判决只会传播一时，它迟早会被推翻。另外，如果不去保持一致的稳定性，而类比式判决并不能赢得人们的公信力，这种情况也的确有可能存在，即无论是依据原则体系还是传统，其结果都成为模糊不清的，我们无法预知将会有怎样的结果。对此种情况，我们最多也就只

能提些论证和建议。而从一个过程转向另一个过程，其临界点在什么地方，是我们很难确定的。纯粹的假设会在什么时候转变为原则或规则？原则或规则又会在什么时候被揭去神秘的面纱，变成支离破碎的或被抛弃的假设。我依靠自己的或然性逻辑很难做得更好的，我只能寻求从具体事例中引出自己的观点。

七 判决与法律的关系

两人相互承诺会产生契约，如果一方违背了诺言便会产生另一方要求赔偿的权利，我们今天将之认定为一项法律规则。我们知道并非一直如此。这条规则是通过以下这些案件确立下来的，这是我们所知道也能说得出来的。在1588年的斯特朗博罗诉瓦纳案的判决作出之前，英格兰法律中一直缺乏对契约的系统和完整的阐释。在此案的判决出来之前，我们还不敢理直气壮地说，存在预先就有的原则或规则可供法官适用或扩展。法官们自己建构了这一原则或规则，此后又通过一个创造性的过程让它具有了法律效力。如果现在有一个法院不遵循斯特朗博罗诉瓦纳案这一判例，仍然认为这里的契约是没有效力的，那么这个法院所作出的判决就非常令人怀疑，法院难免有滥用权力或犯了明显错误的嫌疑。这个判决在被上诉法院撤销之前，还是对案件双方当事人具有法律效力的，它是法官对当事人所宣告的法律。

可见，这种状况的發生的确存在一定的概率，我们对于案件结果的预期与判决结果并不一样，而使其不一样的权力正是掌握在法官的手中。在此情况下，为何我们还理直气壮地宣布，这个案件仍然会被作为对法律的阐述从而被人们接受呢？之所以如此，是因为我们通过对无数记录在册的判例观察，得出了这样一种信念：这一规则可以作

为法律加以实行，政府机构就是这样做的。正如自然现象中那些持续发生且具有一致性的情况我们将其称为自然规律一样，政府机构持之以恒地坚持某些方面的一致性，也就可以将其称为法律了。

我接下来要谈一个有争议的案例。假设一起事故中的受害者并非直接从汽车制造商那里买来汽车，而是从其他人那里买来的，但是他却将汽车制造商作为被告诉至法院。他的理由是汽车的制造过程中存在疏忽大意，而是否与合同制造商签订合同并非有权起诉的必要条件。原告的主张并非毫无道理，至少在1916年的“麦克弗森诉别克轿车案”的判决出台后，纽约州的法律一直对此持支持原告的态度。但是，在这一案例的判决出台前，这种情况应该如何处理呢？是否有涉及该问题的明文规定？作出该判决的法院以及其他法院此前是如何判决的？是否存在着大量的相关判例？但是，其中的态度是否都比较暧昧，意思含混不清。这一点从该判决作出前就存在很多争论的事实当中就可以看出来。能否说法律是先于判决存在的，取决于如何估计判决与现行的法律原则以及与判例之间关系的不断变化。

八 判决有可能被推翻

我再来谈谈另外一个更加令人狐疑的问题。这是关于在全新的法律空白之处作出判决，或是通过一个新的判决来推翻旧有判决的问题。“科恩莱诉马拉维拉斯案”中的判决认定货物的批发行为有效，就是一个推翻过去判决的判决。“人民诉施温勒出版社案”中的判决认定限制妇女工作时间的法令有效，也是推翻了过去与之相反的判决。“爱泼斯坦诉格鲁金案”中的判决则一改过去将相互补偿作为公平救济条件的判决，而对其作出限制，这相当于将过去在法庭之外的

对判决的狭隘进行批评的声音化为现有判决。上述这些判例中的判决，或是修正了原有判决，或是干脆推翻了原有判决，它们都表现出与原有判决意见相左的一致性，而且也都是通过借助一些司法观点或专业理论来实现这一点的。正确的答案取代了错误的答案，错误获得修正。也正因为法院在这一过程中坚持对秩序原则的表达，才使得法律的品质也得以保持下去。

我们现在必须注意到，上述所有这些案件中，都存在人们的预期与结果不相一致的可能性。这种不一致，只是因为案件与案件的差别只是在程度上。其实也应当如此。法院是很有可能对过去的自己作出否定，从而将已经铁板一块的东西重新拆掉重来。也有可能因为法官的粗心、无知或腐败，使得法官对已经确立的规则视而不见或予以滥用。而这些规则原本就是法律，人们基于对它们的信任会产生合理预期，即认为它们必定会得到遵循或应当得到遵循。毋庸置疑，即使在像别克轿车制造商这一案件中，出现对通过具体事实得出的结论并不令人信服的这种情况，也不能够怀疑这些结论应当是来自于被认为有着法律强制性的原则和规则中。法院不是不着边际的“流浪者”，可以随心所欲地得出变幻莫测的这个结论或者那个结论。而那些结论出自于其中的具有强制性的规则和原则，也就是我们通常所说的“法律”这个词语的主要所指。我们可能并不能从这些规则和原则中得出完全一致的结论，这就像法院将它们运用于具体案件当中也会得出不同的裁判结果一样。但是，就其作为前提条件而言，我们都没有任何争议。我们会在这一问题上达成共识，即我们需要有一些原则或律令作为法律，如果它们具有一定的合理性或应然程度，这样我们才能够对将来作为决断疑难案件或发生争议时作出合理预期。当这种预期的确定性和可靠程度足够高的时候，尽管这种稳定性难免会出现预期落空的错误，我们依然可以认为法律是稳定的。而如果预期达不到上述要求的话，我们就可以认为法律是不确定的或有疑问的。如果预期的

稳定性非常差的话，那就是法律将不复存在的死亡之所了，这时候无论如何，我们都要拿出我们的造法行动让其重获新生。

九 法律就是某种预期

我在阅读吴经熊博士的一篇令我非常感兴趣的文章《霍姆斯大法官先生的法哲学》之后，发现上面这些我之前就已写下来的话与他的观点非常接近。霍姆斯说：“预测法院将会怎么做，是‘法律’一词要表达的意思，除此之外，再无更多含义。”吴博士对这句话做了很独到的分析：“可见，法律就是一种预期，与其说它像萨尔蒙德所说的那样，是由已经被认可并获得实现的规则组成，还不如说它是由法院很可能认可或遵循的规则所组成……从心理学的角度来看，法律是一门典型的关于预言的科学。它关心的重点放在人们未来的利益上；人们研究案件不是因自我的兴趣使然，而是普遍抱有这样一种心态，即如果我在将来遇到了案件中的情况，法院会怎么处理。的确，人们不辞劳苦地在法律的仓库中查询过去的案例，但归根结底，他们几乎都心存这样的动机，即有足够理由去证明法院将会采取的行动是什么。”对权利与责任的分析，也表明它们具有同样的预期内核。霍姆斯说：“从法律的宗旨来看，权利只是预测性的假设——是对如下事实赖以支撑的一种实体的想象：一旦有人以他的行为侵犯了别人的权利，权利人将会求助于公共力量来对付他，这就像我们说万有引力解释了物体在空间中的运动是一样的。”而所谓的法律责任也不过是一种预期：一个人如果做了什么事情或是由于疏忽没做什么事情，他就要受到法院的审判，以某种方式来承担由此带来的不良后果。

我很清楚，法律里存在的某些东西或许很难明确界定，这让一些

人感到很沮丧，因为他们追求的是明确的分类或界限清楚的成分各有显著标记，令人一眼就能认出。很多人都很执著地追求于此，但是并不能达到令他们满意的结局。我没有必要在这里和大家探讨真理的重要性。绝对且不附加任何条件的真理或许存在，但是人们只能在特定的条件下，通过其在特定关系中的表现去认识它。是否为真理，实用主义至少是检验和考察其实效的一条具有可操作性的规则。既然哲学至今都还没有能力了解到本体的奥秘，至今都没能解密物质的特性是什么，我们也没有必要对此大惊小怪，哲学仍然被困于抽象的产物当中，它与宇宙的万物及它们自身的内容和特性总是在进行着永无休止的斗争。

十 狄骥对“规范性法规”和“建构性法规”的区分

在这些判决达到开花结果的一致背后，我不想深究是否还存在一些更高层次、更广范围的东西，一些和社会秩序、权利与正义之规范的一致性。那些较低级、较狭隘的一致性要想有持久的效力，就必须使自身与它们保持一致，以它们为效仿的楷模。这些类型或模式，除非它们与法规和判决相一致，否则我怀疑它们是不能称为法律，尽管狄骥等人认为，法规或裁决只有在分享它们的本质、体现它们精神的时候才是法律。狄骥写道：“随着年龄的增长和我对法律这一问题研究的深入，我越来越不相信法律是国家创造出来的产物，它应当是独立于国家之外存在着的；法律的概念完全在国家之外，而且法律规则把自己强加于国家，如同它把自己强加于个人一样。”他认为，法律义务不是一种“规范个人意志的义务，而是一种纯粹社会性的义务，换句话说，就是它具有以下这种属性：如果它没有获得满足，社

会群体各组成要素之间的平衡也会丧失，由此会导致一种社会反应，即恢复平衡的自发努力”。这一类思考或许有其意义，但是无论意义有多大，都与我们的研究主题不相吻合。即使存在着以国家主权为依托的法律，而且政治家或道德家们对其也非常重视，这种意义上的法律与法官和律师所关心的法律也是不一样的。

法院是国家及其权力的产物，法院要想生存下去，就不能不服从这个国家缔造出来的法律。狄骥本人好像也认可这一点。他对“规范性法规”和“建构性法规”所作的区分，几乎是将其原有理论弃于一旁了，当然，这一点或许不能够为那些政治学和伦理学的研究者所认同。当组成社会群体的那些个体能够理解并认为，通过社会组织对于规则的实施能让那些违背规则的人受到惩戒时，这就算是有了规范性规则或司法规范的存在。建构性规则是为了尽最大可能保证规范性规则的实施而建立的规则，它表征着一个国家的存在。狄骥写道：“我们实体法中有很很大一部分都是由建构性或技术性的规则组成的，这意味着在其背后必然存在着一个多多少少都算得上发达的政治组织。它们实际上主要是为政府及其各个机构而制定……尽管法律表征了一个国家的存在，它们可能只是习惯使然，但却对政府及其代表人均具有强制约束力。”这些规则不过是那些居于优势地位的习惯和信仰，但如果法律忽略了这些习惯和信仰，就极有可能在实施的过程中难以获得普遍的服从和尊重。

“让我承认这一点根本不难，”狄骥继续说道，“一个逻辑自洽、可以独立于其实施工具的司法规范，只存在于人们的主观想象之中，它不可能成为某种具体的现实。无论是在原始社会还是在文明社会，人们都很难找到能够脱离习惯法或成文法所形成的法律工具的规范。你们或许会用罗马法中的‘未完成规范’来反驳我。但是它们本身是非常少见的，而除却这一事实，它们似乎与习惯法或成文法也有着这样或那样的联系，间接地接受着后两者的批准。不管怎么样，规

范性规则几乎总是被建构性的规则包括在里面，而建构性的规则总有创设一种组织的功效，这种手法有时很原始，有时又非常发达和科学，它用这些手法直接或间接地批准那些源于规范的积极义务或消极义务。”“建构性的规则”如果压倒了“规范性的规则”，那么在后者的支持者和法官看来，它们将不再是法律。这时它们只能停留在有朝一日可能获胜的纯粹标准或理想上。支持者或法官在它们胜利之日降临，而且国家也很愿意通过法院及其权力批准的其他机构支持它们之前，只能不再将其作为法律使用。

十一 摒弃极端的思想认识

通过上述途径建立起来的行为原则或规则，其目的在于证明一个具有合理确定性的预期是存在的，如果它的权威受到挑战，法院就会将其付诸实施，这种原则或规则就是符合我们研究目的的法律原则或规则。在说到行为的原则或规则时，我把另外一些行为规范或标准也纳入其中，原因在于尽管它们没有获得法规或法院判决的正式宣告，可能不算严格的规则或原则，但是它们确实是最有可能得到法规或法院判决遵守的类型或模式。我所要否定的仅仅是它们是一种凌驾于国家已经建立起来的机构的力量之上。它们根植于商业合作中的伙伴关系及其相关的习惯与形式、方法中，根植于公平和正义的主流价值观里，根植于一个时代的风俗习惯及信仰与实践的合体之中。或许它们还没有得到官方的认可，但这并不影响我们作出有把握的推断，一旦时机成熟，它们迟早会进入官方认可的范围之列。除非这种期望真的破灭了，否则得到验证的标准、规则或原则，就会化身为用以规范我们行为的法律，这也是约束我们言论的法律。当我们将连续性的合

理预期出现一致时，法律也获得了被服从的一致性。

这种探索并非仅仅是为了锻炼我自己的思辨能力。我坚信，在所有令人满意的生长哲学的根基里，都应该有一个对于将会生长出什么东西的认识，这是一种关于起源或诞生的哲学。我们一定要摒弃下面这些极端的思想认识：法律是固定的，具有不可塑性；法官对于案件的判决，并非包含着某些具有试探性的猜想，而是对按归纳方式理解的一致性和有序性所做的最为接近的表达，具有某种先验性；判决只是一个发现的过程，不应该掺杂任何程度的创造因素。布莱克斯通便是这种极端观点的杰出代表人物。同时，我们还需要避免另外一个极端，即法律即使不是奥斯丁观点中所说的那样，至少也是对奥斯丁观点的一种解读，或者是对奥斯丁追随者阐述的曲解，这些观点就是：法律由一系列孤立的判决组成，没有一般性，而只有特殊性，原则被弃之不用，个案则被奉若神明。上述每种极端的观点无论出于何种原因，都蕴涵着扼杀创造性因素的倾向。其中一方教导我们，不存在任何容许你创造的东西；另一方则教导我们，已经创造的东西代表着终结，责任就是复制。于是，遵循先例被认为是致胜法宝。判决就代表了一切，在它的背后或之外根本没有法律。我们只能向司法具文和真实顶礼膜拜，成果已经大量存在且具有独特意义，我们除了把它作为论据接受，还要将其内涵更向前推进一步，这是我们唯一能做的。在上述两个极端之间，我们所秉持的观点是，法律是一个由规则、原则和标准组成的体系，在它们被应用于具体个案中时，需要对它们进行梳理、筛选和重塑，并按照某种目的予以适用。这是一个试错的过程，但其本身会产生判决，也会决定它们自我的再生产权利。

第三讲 法律的成长和裁决的方法

一 法官在司法过程中必然有选择行为

我现在将我论述的主题从法律的起源转向法律的成长。我会在下文将内容主要局限于法律通过司法过程的成长。当然，法律还可以通过立法实现成长，但立法不是我所研究的范围。当由纷繁变化的具体情况构成的个案出现在法官面前，需要他们对强调一致性的体系进行解释和扩展，以便适用于个案时，法官是如何完成这一工作的？他们可以使用的方法是只有一种呢，还是需要使用几种？如果存在多种方法的话，彼此之间又存在何种差别？决定选择其中一种或几种方法时应当遵循的原则是什么？对上述这些问题做全面的了解，是每一个律师或法官必须要做的重要功课之一。对于这一点的必要性，我自己也是直到晚年才有了清醒的认识。

我记得早年我在做执业律师的时候，我总是倾向于去求助权威的支持，只要权威的东西足以使我相信它们并无不妥，我便会将它套用到我正在办理的案件上面，而不会非常留意它的准确度究竟如何。

我乐于盲从如下一种观念，即只要某些可作为依据的东西与个案具有关联，且的确很适用，法院就应当毫不犹豫地按照这些东西的逻辑行事。即使我的这种盲从让我遭遇了困难和挫折，我都痴心不改。但是，一次又一次的惨痛经历，我所盼望出现的结果一次又一次地落空，都告诉我，它们并没有按照我的愿望指示的道路前行。尽管如此，我依然天真地以为，它们不过是迷路了，或由于疏忽看错了路旁的指示标志；或者它们还在不知所向地游逛着，还缺乏坚定地闯入未知大陆进行探险的精神。

但当我做了法官以后，再在不得已的情况下面对同样的问题时，它们所展现给我的面貌已经是全新的了。我这才发现，交织于其中的创造性因素居然是如此之大，路途中原来分布着很多岔路口，路旁的指示标志也并非完整，而这一切都远远在我的想象之外。庞德在《法律史的解释》中说：“我们千万不要以为，法官们是在凭空创造法律规范和建立法律制度的。除非这些都是无所不能的神做的，否则创造绝对不是无中生有的。创造性活动所做的只是将材料取来，通过创造赋予它们某种形式，使它们具备在未成形前所没有的功用。”当然，在有些案件中，只有一条路可走。这些案件就是能从现有的法律中直接寻到可以适用的依据。它们的判决过程是不太能引起人们兴趣的，其判决简直可以批量生产出来。可以有所选择的情况存在于另外一些案件当中——这里的选择并不是说要在两种裁决之间进行非此即彼的选择，即在一种可以说其完全正确的判决和一种可以说其完全错误的判决之间做选择，这里的选择其实是为了达致平衡效果的非常好的选择。当我们所宣布出来的是这种选择的时候，相当于宣布的是某种新的正确和某种新的错误。我的意思并不是说这种选择中一定不存在偏向和随意。其间的平衡也非固定在某个点上而是处于摇摆不定之中，不过这并非因为法官头脑中忽然有了奇怪的念头侵入，反而恰恰是因为理性使然。实施选择行为的法官总是坚定地认为自己的选择出

色而明智，尽管这种信念的坚定程度会因人而异。但是，在他们的头脑中，一种并非仅仅停留在名义上的取舍，实实在在地发生了。走在路上的人在遇到岔路后，如果其中一条路上有“禁止通行”的路障，他也不会因为这一点而以为这条路已不复存在。他必须集中自己的智识，给自己拼命打气，好使自己勇敢地向这条路或那条路继续前行，他也会同时向上帝祷告，千万不要让他掉入陷阱或泥沼，或被黑暗所吞没，他走的路的前方是安全、开阔和光明。

二 法官奉行的哲学对他的工作有重要影响

威廉·詹姆斯在其《实用主义》一书中，开头便以切斯特顿的话来说明对一个人来说最重要的事情是他所奉行的哲学。我反思法官的工作越多，就越对这句话坚信不疑，即使这句话并非适用于所有的人，至少也是适用于法官这行的。当然，这个论断是容易受到误解的，如果将其推得太远的话，就会变成谬论。这类概括很容易将本来是由法官的无知或懒惰而造成的错误掩盖了。那些愿意深究法律本质的法律人或许会发现，就如他们本来的看法一样，这样的研究没有任何意义；感情、仁爱之心或者关于社会福利等说不清楚的概念，才是唯一所需要的。不用多说，我自然是不认同这种观点的。无论是什么东西，都不可能取代由过去的智慧积累发展出来的对法律的严谨、精准和深刻的研究。它们是司法过程锻造裁判结果的原料，如果没有它们做基础，哲学的运用是没有任何意义的，这就像如果没有黏土，雕塑家仅仅依靠美学理论也是不可能雕塑出任何作品一样。

诉至法院的案子当中，十分之九甚至更多的案子都是预先就确定好的，也就是说，它们的命运是注定的，从生到死都必然与法律相

伴。法官在这类案子的裁判中是没有多少自由裁量的空间的。如果在这种情况下太过于强调法官的自由裁量权，可能确属言过其实了。但是，的确存在着能让司法功能获得最大机遇和能量发挥的地方。那么，在这种地方，如果具备了选择了自由选择权，法官又该如何引导选择权的行使呢？完全的不受任何限制的也没有方向的自由，自始至终都是不存在的。即使法官们自己以为是不受约束地随意游荡，也不可排除包围在我们身边阻碍我们前进的成千上万种限制，法规、先例、模糊的传统或某种再难追忆的技巧的产物，就构成了这些限制。专家意见也会如同围在我们身边的空气一样，以某种不为我们所察觉的力量对我们形成压力，尽管我们感觉不到它的重量。无论如何，我们拥有的自由都是非常有限的。我们怎样才能让这种有限度的自由能最大限度地为人类服务呢？

三 四种法官应当遵循的力量

大约在一年以前，我根据自己体验到的司法过程中的作用，发表了非常粗糙的以《司法过程的性质》为题的讲演。在这个讲演中，我试图划分四种法官应当遵循的力量和应当采用的方法。这种划分尽管未必界限分明，可能会有边界重合的地方，我对此也曾着重指出过，但是，如果大体上这样分的话却也未尝不可，而且是有益处的，甚至可以说是足够多的益处的。迄今，我还是按照省力的原则沿袭着这种分类，毕竟这些现成的东西可以给我们省很多事。在我详细解说我力图要描述的司法过程的时候，我还是要踏着前辈们的足迹而行，现有道路的力量正是来源于先例的力量。我之前所说的四分法包含有逻辑或类比的力量，它所提供的是哲学的方法；还包括历史的力量，它

所提供的是历史的方法或进化的方法；还包括习惯的力量，它所提供的是传统的方法；还包括正义、道德和社会福利，即一个时代的风俗习惯，它所提供的是社会学的方法。毋庸置疑，如果将逻辑的方法与其他三种方法视为对立物的时候，逻辑的方法必然要招致批评，但其实，其他三种方法都需要借助到逻辑的方法这一必备工具。关键要看前提是什么性质的。前提可以是一些既有的观念、原则或者先例，我们可以通过纯粹理性将它发展至逻辑极限。前提还可以是通过借用一些外部的资源补充和修改后的观念、原则或者先例，这时候再将我们的逻辑工具拿出来用于这样的前提。逻辑功能之所以能在不同的个案当中表现出不同，其实质就在于它的运用重点不同。逻辑工具有的时候是用于成长的必要充分条件，有的时候则只是作为某种补充的与其他东西一起发挥作用的辅助性条件。之所以有不同，不在于类别，而在于程度。有了上述种种限制，四分法在方法方面的分类也就对应了现实，使得划分具有充分基础。只有对这些方法进行了阐述、区分了各自的功能、对它们的效果有了评价之后，才能对在这些方法中作出选择应遵循什么标准有一定的认识，司法过程才有可能更趋于合理。也许我们会发现，结合现实的种种因素来看，让司法过程完全合理是遥不可及的愿望，所有为之付出的努力或将付诸东流，但这绝对不是我们不努力让其尽善尽美的理由。

所以，以法律的发展和成长为研究主题的法哲学，其使命中必定少不了对疑难案件裁决中起着决定作用的力量和方法进行分析；同时，因为法哲学研究要涉及对法律的功能和目的的探讨，所以法哲学也应对在各种方法中进行选择时所应遵循的标准该如何确定进行研究。从这两种研究的对象的特性来看，后一种研究下的分支会更加微妙且更具不确定性。如果将司法过程作为一个混合体的话，那么构成它的各种材料的配方如何，迄今尚未有固定的模式可套用，也许这种模式根本不可能有，它最多只能成为某种暗示、说明或建议。但是，

即使我们不能得出固定化的综合结论，为得出这一结论我们所进行的分析过程本身，也是值得我们为之尽心尽力的。就算我们只是认识到司法过程中可以运用的方法并非只有一种，就像认识到存在于琴上的琴弦并非只有一根可用，这本身就是进步，相当于我们在导向救赎的道路上又往前大大迈出了一步。鲍威尔教授在一封私人信件中有句话很贴切，我在获得他允许的前提下将这句话引用如下：“没有任何福音能够将我们从因每一个选择所带来的痛苦中拯救出来，传播这一点，就是在传播福音。”

四 为了形式牺牲正义是不值得的

有时候遵循先例所带来的结果恰好与社会正义相违背，甚至会产生无情无义或是很荒诞的结果。而法律也时常以老学究的姿态显现，它毕竟不能回应社会现实。在这些关键时刻，法官最好要比它们表现出对灵活性的更加崇尚，通过在各种方法中的正确抉择来作出判决。我这么说并不意味着，整个法律部门都一直执著于一种方法的寻求而禁止使用其他方法。尽管这或许不为人们所察觉，但其间还是存在着相互影响的。我的意思只是，如果想要创立或从原有法律规则中引申出新的规则，所要适用的特定法律依据应该是预先就已经确定好的，除非你已经准备要将它作为强制性的法律规则。我们在过去数百年之间已经有了一些相关的尝试机会去调整现有的方向，但是却没能充分利用这些机会，我们根本不知道方向在哪里。法官们有时候是在没有感情的逻辑的驱使下，不得不在没有任何选择的可能下，逼迫自己作出了无情的判决。他们自己也为牺牲正义情感而屈从于形式上的仪式而感到难过。他们在执行这些仪式的时候只能假装自己没有看到正义

情感，这样做无异于往自己的身上插了一把刀子，而他们也只能安慰自己这是在恪守本分地做事。被牺牲掉的东西，成为献给法理学诸神祭坛上的祭品。要是大家想找些实例来看的话，可以到庞德院长的《机械的法理学》中去找，这是篇会对你们非常有启发的文章。

我认为，如果能对法律的成长作出更合理的分析，让人们更深刻地、更贴近事实地去理解法律适用的方法，让固执的人听到其他声音，就会发现，那么多的牺牲原本是没有任何必要的。我们应该了解这样的知识，即魔语和魔咒对于法律科学的破坏所达到的致命程度，与对其他科学的破坏并无二致。只有通过方法种类划分和区分，才能使其真正发挥作为能让目标实现的手段的作用，而它们自身并非目的。我们总是想要在言辞、习惯、形式中获得心安，但这种愿望只是无法实现的幻想。我认为，如果规则能与情势相吻合，我们就应该满足于此，并将这个一致性无所顾忌地宣布出来。往往在我们制定出来的法律墨迹未干的时候，一系列新的事实、新的复杂事件所施加给我们的力量就已经出现，要求我们审慎考虑，作出某些限制性规定，甚至有可能需要我们推倒已有的规定重新来过。在情感的作用下诱发的截然相反的动机十分强烈，以至于让人难以抗拒。杜威教授在道德问题上的论述，简直不仅仅是相似，甚至在更大的程度上也适用于更为深刻的法律问题。它们同样是真正的问题，体现出来的情形也是唯一的。没有任何东西能够将我们从“因每一个选择所带来的痛苦”中解救出来。

五 原则或先例是探索或然性的结果

标准或许是机械的且形式化的，但是我并不认为追求标准是不值

得重视的。它们可以在某些法律领域存在，也有一定的好处。将这些领域与其他领域区分开来，会有难度，而这正是选择所带来的痛苦。但这种痛苦是我们必须面对和忍受的，因为如果不予区分，方法的同一性只会让我们在前行中触礁。这种不断变化着的灾难及与变幻莫测的东西所带来的灾难，是法律必须接受的，否则法律将要遭遇比这更加恐怖的祸患。在我们的观察中，法律的成长就是这样一个过程，你很难期待它的成长会呈现出另外一番面貌。

凯恩斯最近出了一本关于或然性逻辑的著作，其中有一些思想对于法官和律师理解这方面非常重要。“在学术逻辑的大部分分支里，”凯恩斯说，“比如，在三段论或理想空间几何学中，任何一个论证都是为了得出具有确定性的结论。它们都宣称自己所得到的就是所谓的‘定论’。但是许多合理的论证并非在假称自己有确定性的时候就有了一定的分量。在形而上学、基督教科学和行为科学中，我们的合理理念通常赖以建立的论证，都在一定程度上承认自己并非定论。所以，为了从哲学的角度讨论这些学术分支，就必须进行或然性研究。逻辑学在思想史引导之下走过的道路，使得尚有疑问的论证被认为不在其范围内的观点日益加强。但是，在理性的实际运用过程当中，我们并非对确定性抱有必然的期待，也不会认为依靠有疑问的论证有什么不合理的地方。逻辑学要想找出正确思维的一般原则，其所研究的内容就不仅仅应当包含已经得到确认的论证，而且还应当包含有理由使其具有一定分量的论证。”

在法律发展的过程中肩负职责的所有人，都必须牢记上述这一特点。有时候，我们在确定一个原则或一个先例的成长时，会倾向于认为它提供了探索确定性的结果。这就属于在它的起源的认识上犯了错误。确定性只可能发生在那些非常少见的甚至几乎不存在的事例中，或者你只能期待它发生在上述事例中。原则或先例是因探索或然性而产生的结果。原则或先例因此产生之后，终其一生都烙有作为源头的

或然性烙印。它们的实质是临时性的假定，它们的出生伴随着疑惑和剧痛，它们的产生过程中伴随着各种可能形成原则的东西之间的相互竞争，表现较好的将胜出，从而被法律所确认。如果有人一定要从作为前提的这种相对的短暂的源头推导出绝对的、永恒的结论，也就难免最终遭遇被反抗的命运而希望落空。我们从法的产生中学到的东西越多，至少对法发展到现阶段的情况了解得越多，我们就越有一个向着目标逐步靠近的奋斗意识。这个意识的塑造源自一种逻辑，它逃避对确定性的探索，一旦可能性成为它的结论的生存土壤，它就无欲无求了。我有一个令我很感兴趣的发现，图托龙在他的著作《法律发展的哲学》中就已经认识到了贯穿于历史发展过程中的这种变幻莫测的、具有尝试色彩的力量。他说：“我认为，在法律史哲学当中，机会哲学是其得出来的最自然而然的结论。它不再探索确定性，而是以或然性取而代之。它揭示了理由的复杂性，而其他人只希望从中看到一种非真实的简洁性。它允许人们尽可能地利用自己的无知。它诱发了一种有益的怀疑主义，不是否定性的，而是深谋远虑的怀疑主义，它使善意的、严谨认真的、探索的怀疑主义可以成为人类进步的最好工具。”

六 法律问题的解决涉及方法选择

我已经说完一般性的东西了。现在我会举一些实例来阐述我的意思。我研究的是那种可以有机会适用多种方法的案件。在这一类案件当中，结果由选择来决定。埃弗斯诉南布法罗铁路公司案件就是这样一例，纽约州上诉法院在该案中的裁决也并不比其他裁决差。这个案件不会被人遗忘，因为正是在这个案件中，1910年的工人赔偿法案被

宣布违宪。根据该法案，雇主必须为雇员在受雇过程中受到的伤害投保，如果伤害因雇主的错误造成，投保金却未被征收时，雇主的财产就可以非经正当程序而被拿走。在这样一个案例中，就存在一个选择方法的可能性。当法院判决要涉及州宪法的问题时，宪法修正案就会推翻它。当它涉及的是联邦宪法的问题时，则由联邦最高法院来否决它。

在这里，最能引起我兴趣的是在决定法律问题之前，必须先要解答方法的选择问题。一方面，在建国之初我们的合众国建国之父们就已达成共识，将财产权确定为绝对的永久性的权利，除了历史和先例对其作出的极少的限制以外，不能对其施以任何侵害。其时，社会改良还未探索出一条正确的道路。财产领域被幻化为一个完美的世界，即使是对其有哪怕是最小的压缩或磨损，都被认为是对财产权最本质的减损。如果就以这个为前提，必然要得出这样的结论。由此，法规对于财产权的规定，都变成了对个人权利免受社会侵害的权利的不法侵害。逻辑或哲学的方法在这里发挥了最大作用。要想让人们接受与之不同的观点，就必须要在逻辑或哲学的方法之外寻求其他方法。指责法规错误的人，将财产权假定为绝对而永久的权利，支持法规正确的人则认为，财产权的保护应当随着不断变化着的时间、地点、环境和程度等外部因素有所变化。在某个发展阶段对财产权所做的适当的限制，在另外一个阶段则可能表现出捉襟见肘的效果。单纯的逻辑并非促使社会进步的工具，只有社会科学的佐证在旁助阵，逻辑才能促使社会进步。为了便于理解，这一结论我将会表述为一个一般性的建议。正如杜威所说，我们须记住这一点，它们事实上只是一种具有可行性的假说。如果列举出来的材料、形式和效能都不能表达终极性，那么这一列举所展示出来的依据就是不完整的。我们并不总是能够从起点、源头开始，就一定能够找到真理。除非我们也同时有个对目标的展望，否则得出结论必然会受到阻滞。

七 没有一种方法固定地居于最高位置

同样的严重分歧、同样的选择方法的对立，在那些已经成为法律发展中具有标杆性意义的案件中也有体现。只要我们回到几年前或几个月前的那些关于租金案的裁决当中，我们就可以发现这一痕迹，如亚利桑那州法规案和最低工资案中对劳资争议救济的某种限制。一方的标准是按照其在自己脑海里寻求到的某种自认为合理的或不受传统影响的规范，根据这一标准他推导出结论，以此作为可接受的在特定情况中的底线。另一方也有标准，不过他的标准并非是从内部而是从外部，即“那些值得考虑的重要事实”中去寻求，“社会公众对于邪恶和赔偿的普遍看法”也在这些“重要事实”之中。当然，此二者的差别归根结底只是一种程度上的差别。即使是一个绝对论者，他都不会固执地、不折不扣地只坚持一种平等或自由的标准。在自由与放纵、一致性与多样性之间必须要达成某种妥协。

我们需要承认某些时候有例外是允许的，关键是要确定控制其尺度的原则。这一原则是应该从我们自己的内心深处去寻找或是从理想的模式中去寻找吗？是应当从历史中去寻找，让那些在历史中并未得到认可的侵犯行为概莫能外地予以否定吗？还是应当从当前的社会需要、从“社会生活的迫切需求”中去寻找它？标准究竟应该是来自于形而上学的观念，还是某种历史依据，或是鲜活的社会生活需求？对这些问题的回答不同，司法判决的结果也会不同。棘手的问题往往是因为想当然地认为有一种方法居于最高位置，是因为想当然地认为应当接受一种方法带给我们的真理或只是表面上的真理，以至于认为根本无须其他方法对其再进行比对与验证真伪。我们不当对牢固于我

们头脑中的形而上学的观念或者历史论据过度崇拜，反而对鲜活的社会生活需求视而不见，在将历史和理性作为典范的想象中，我们不可能从中获得社会生活需求的感知。

八 逻辑和功利的夺权战争仍在继续

我之前所举的例子都是公法领域的，但这并不意味着私法领域就没有。我们也可以在私法领域有同样的收获。合同之外的陌生人是否也享有相关权利？阐述这一主题，是否需要那些完美想象的引导？即使能带来很大的便利但却有违公平正义，是否就应当作为社会的非正常形态而予以禁止？我们是否应当在任何情况下都秉持契约纽带的认识，认为维系当事人关系的纽带一旦因错误而破裂，就没有任何其他人在诉讼中获得赔偿？英国法院始终推崇预先设定的观念，认为任何结论都不应当违背逻辑推论。无论如何，即使偶尔会发生违背的情况，也应当是极少的，而且是值得怀疑的。

而在美国，法院更倾向于让逻辑服从于功利，因此合同收益人对于第三方的赔偿，正在从最初的勉强为之发展到如今的成倍增加且有不断扩大的趋势。这种发展正在侵蚀着合同当事人的固有关系，但它还未行进到目的地，它正向着合同关系最古老的地带推进。在纽约，只要制造商制造出来的产品有危及使用者生命的可能，无论其是否与后者存在合同关系，他都要为自己的疏忽大意造成的产品瑕疵进行赔偿。随着赔偿适用范围的扩大，被列入危险事物的数量也在稳步增长中。这种情况最早出现在托马斯诉温切斯特案和售卖有毒物品案件当中。危险事物的范围不断扩大，现在脚手架和汽车等都在这个范围之内，甚至于一些馅饼和蛋糕都在其列，只要它们的成分里含有烹调食

谱中从未提到过的馅料或其他奇特的原料。不仅仅在侵权领域中存在例外，现在在侵权与合同领域的交叉地带，也有例外发生了。比如，当一个公共过磅员在为某人的订货单开具证明时，确实有着有意引导他人行为的可被证明存在的动机，那么尽管他与其他人并没有直接的合同关系，但这也不影响其他人因此向他提起诉讼。但是，在美国，不同的州做法也不是完全一样的。在马萨诸塞州，最近出现的一些判决就以合同当事人关系为依据，而否决了受害人对于制造商疏忽大意的起诉。逻辑和功利的夺权战争仍在继续。

九 不同的情况下使用不同的方法

我想提醒大家的是，在对法律的起源与成长的原则进行研究的过程中，必须要警惕如下观点，即认为总有一条原则在这些原则中居于至高无上的地位，它永远都优先于其他原则；如认为逻辑原则就一定要永远服从历史原则，或历史原则就一定要永远服从于习惯原则，或所有的原则一定要服从于构成社会福利原则的正义或功利等因素。就算是说社会福利是最后的“试金石”并无不妥，但是“确定性和秩序本身也是在我们责任范围内须寻找的关乎福利的因素”。

至今，我试图做的并非是要找出一种确定的选择，而是努力去分析如何选择，我希望在不同的情况下使用不同的方法，从而导向不同的结果，而绝非确定一种绝对的选择标准。选择应当依据什么样的原则，这是以目的和功能为研究内容的法哲学分支的任务，它需要对此作出系统的阐述。假设我们有一批先例摆在面前，它们与我们所要解决的问题涉及的领域大体上是极为相似的。这就产生了应与哪个先例类比的问题。我们应该采用哪一个呢？我们应当选择哪一条路线呢？

如果指引我们的是逻辑，那么它将是一种类比的逻辑，还是一种在原则基础上的推论，或是一种来源完全不同的逻辑和推论？大家千万不要以为，只有在逻辑和历史、逻辑和习惯或者逻辑和正义之间才存在寻则。应当知道，争斗往往是发生在逻辑或类比之间的内部斗争，反而社会功利会扮演居间裁判者的角色。选择是不可避免的，而为了作出明智的选择，必须了解两件事情。如果问题涉及一项原则、规则或先例的指引力量应该按照这种方式还是按照那种方式行使的时候，我们必须了解该规则、原则或先例是如何发挥作用的，以及应当获得的目标是什么。两种研究同时进行，但还是有区别的，接下来我会先讨论目的或目标，然后再讨论作用。

第四讲 法律的功能和目的

一 庞德对法律目的的分析

庞德在他的《法哲学导论》一书中曾经说过：“制定或发现法律，按照你的想法给它起个名字，这是形成一个人在做什么和他为什么这样做的思想全景的前提。”如果司法过程中可以适用冲突的方法，那么我们对于这一过程的理解将会决定我们作出什么样的选择。对于法律目的的阐释，应当是一本专著的题目，所以在这个演讲当中，我不准备对这一问题作出非常全面的说明。时间有限当然是个理由，但它可能并不能让你们信服，如果大家认为有必要的话，我还可以给出其他一些理由。如果我所说的能让大家对于法律与法哲学的密切关系有所了解的话，我的目的也就达到了。

迄今为止，在分析法律的目的方面最卓有成效的集大成者当属罗斯科·庞德，至少他在英、美法学界是当之无愧的。在法学的某些支流派看来，确定性和有秩序都是法律必然的要求，由此，司法权的行使在他们对此二者的过分强调下甚至显得有些机械化。罗斯科·庞

德为我们梳理了遗产法和继承法，他界定了发生在财产及其转让过程中的权益，他也梳理了商法问题以及附带性权利和义务的产生和转移问题。依照我所遵循的方法分类，他肯定会说他所适用的方法是逻辑的、历史的和习惯的方法。他还很好地阐述了法律的其他分支，将原本在其中僵化适用的规则个性化，使其具有适应不断变化着的外部情况的灵活性。他所梳理的法律分支涉及侵权法、公共设施法、信托关系法及与这些相关的其他法律分支。如果他根据我的分类划分方法，在这个领域里他首先考虑的会是社会学方法。

庞德的梳理所具有的强大的启发力，最近在密歇根大学的桑德兰教授的论文里得到了体现，这篇论文的内容就是关于实体法与程序法在对灵活性和确定性要求上存在差异。毋庸置疑，二者之间必然存在着一个接壤地带，这个地带会有不同方法的相互交融，而不同方法的边界线看起来不甚明显。从来没有人像庞德一样，对确定性和正义所能促进的社会利益进行过如此细致的估算。庞德在估算的基础上提出了卓有成效的、深刻的建议，尽管这些都只能将其看做临时性的和试探性的建议。

在斯通院长看来，法社会学派的法理学还有待于发展成“能被传授和讲述，成为法律研究者或法官的方法论指南的公式和原则”。但是就目前而言，它的价值则基本上是对某些东西的不认可。如同斯通等人所说，“它告诫法官和法学学者们，如果想让自己的判决保持持久的生命力，就不应当完全听命于逻辑和历史。它指出，在对如何选择才能导向作为社会效用的结果作出判断的时候，应当考虑具有一定客观性的这个时代的风俗习惯，因此让天平向有利于一方而不利于一方的方向倾斜是恰当的”。如果分类在某个特定的时间和地点里显得完美无缺的话，那么这个分类也几乎不大会成为最后的分类。在这一代人看来是美德的东西，在下一代或下几代人那里，未必就是美德。对律师也好、对道德家也好，对于社会现象研究得出的普遍规

则，正如杜威所说，并非“决定疑难案件的固定规则，它们只是用于研究疑难案件过程中所必须使用的工具而已，其实质是将从过去经验中所得来的有价值的东西转换为解决今天所面临的问题的方法”。社会学的假设一旦被当成最终结论，那么较之于逻辑的死板而言，它的死板将会是有过之而无不及，甚至是致命的，确切地说，社会学将在它自身的逻辑里走向僵化。“这个问题，”杜威说，“是个连续不断的、充满活力的重新适应的问题。”

二 正义的标准无法被完全客观化

就我们目前所掌握的知识来看，对于相互冲突的两个甚至更多的社会利益的价值，进行谁更大的比较评估，将由法官根据综合因素判断作出，在这里法官所做的和立法者的工作相差无几。影响判断的会有他们自己的生活经验，会有他们对时下社会通行的正义观和道德标准的认识，会有他们对社会科学的研究，甚至有时还会掺杂着他们的直觉、猜测甚至无知或偏见。这些影响因素纠缠在一起，似一团乱麻，法官的判断则像梭子一般穿梭在无数的阴影和色彩之间，线索则有大有小且零散无序。许多看似简单的线索经过分析后却并非如此，它们是一种确定性很差的复杂的混合物。

总被我们作为“试金石”的正义，作为最理想的解困之法，其本身也并非固定不变。在不同的人、不同的时代那里，它的内涵都可能会完全不同。将正义的标准完全客观化，或者是想要精准地将其描述出来，事实证明都是徒劳无功的。在亚里士多德那里，正义被区分为校正的正义、分配的正义和一般的正义。但这种分类对于我们解决问题并没有多少实际的帮助。我们所追寻的正义，并非是在法律已将

一个人的权利和义务规定得十分清楚，直接从其中援引即可实现的正义，而是在立法之时就应当考虑的正义。就这个意义上来看，相较通过对于规则的遵守即可产生的概念，正义这个概念比它们要显得微妙且模棱两可得多。对于正义，我们说得再多、做得再多，从某种意义上而言，它依旧仅仅是一种鼓舞、一种令人激昂的情绪、一种令人积极向上的美好愿望。斯塔姆勒在其新近的一篇论文中提道：“正义是一种特别的法律意志的引导，它与一个纯粹的共同体的观念保持一致。”有的时候，我们甚至会发现，当我们谈论到正义时，浮现在我们脑海中的倒是仁爱等品质，而这在很多情况下恰恰是与正义相对立着的。这就如同某种配料如果不被加工处理的话就会变酸，所以必须通过炮制加以保存，这种方法可以在不改变其特性的情况下使产品变甜。当然，你也可以给出其他你喜欢的配方。但是无论如何，只要食物的味觉已经被人为改变过，不管是会受到表扬还是令人讨厌，判决已经基本被决定了。

三 正义与对称和秩序原本是一致的

在不断变化中产生出来的法律看起来基础薄弱，但创造性过程会将它们改造得肥沃起来。“你不应该放弃历史或逻辑的标准去贪图便捷或实用的蝇头小利，这种做法永远是弊大于利。你也不应该用践踏公平或正义建立起来的标准的方式，来表达对法律结构对称和秩序的崇尚，这种做法同样是得不偿失。”你会发现，上述这一段话早被记录在了古老的法典当中了。我们会意识到，看似无趣且含糊不清的命令实则有着不容置疑的内涵和你无法预知的深藏着的能量，它永远为那些追求真理并尽力去秉持和遵从真理的人们敞开大门。有一个不确

定的空间，在两个极端之间进行着有益的协调，它会在两端释放出的引力的作用下，在某种程度上摇摆。每每出现新的问题，公平、正义就会带领人们去解决，但是在解决问题的过程中又会发现，正义和公平原本与对称和秩序是一致的，甚至是对称和秩序的源头，而关于这一点，人们此前是从来没有认识到的。

从历史记载中的智慧为我们提供的类比来看，逻辑和历史也总是轮流在为公平和正义注入新的内容，以使其更加适应当时社会的需要。类似的现象我们在文学、诗歌和散文中都能找到。当我们试图找出某个精确的字眼和恰当的句子用于准确表达我们的思想时，会发现当这个字眼和句子终于被找到的时候，我们的思想也被它们莫名其妙地改变成了新的。我们所受到的束缚同时也给了我们自由。思想即使处于节奏或韵律的约束之下，处于非常时期的特殊要求之下，处于平衡的限制之下，它也仍然保持者一种监禁中的放风状态。

四 直觉在真理发展中的作用

当然，真理在法律领域的发展，也会如同在其他思想领域一样，我们总是无法摆脱对直觉的依赖，也无法摆脱对于灵光闪现的寄望，对于超越和转化纯粹经验的洞察力也同样非常依赖。文德尔班说：“伟大的史学家们不会去等心理物理学家的实验及其研究成果。因为在他们那里，原本所用的就是日常生活中的心理学知识。它是普通人的知识和生活经验，也是其与天才和诗人洞察力的结合。迄今为止，还没有谁能够成功创立一门关于直觉的心理学。”这是关于史学家的说法，它也同样适用于法律人。格拉汉姆·沃伦斯的评论，建立在对真理模糊不清的感觉的基础之上，他认为，最高法院的法官应当对此

有一定的感受力。审视和剖析社会现实，或许会带来一些用于创造的原料，但是这种做法的成本已经远远超出了它的效果。

惹尼在他的《法律的科学和技术》一书中提醒我们，法律发展的观念与最近哲学思想呈现出的一般形式竟是如此相吻合，尤其是和柏格森及柏格森学派的哲学保持高度一致。惹尼说：“他们告诉我们，理智的僵化需要通过灵敏的直觉加以纠正和完善，要想探测到宇宙的奥秘，必须运用某种才智的交感能力。”“这种新哲学以‘直觉’为旗帜，倡导一种比纯粹的理智还微妙的认知模式，它直接将自身置于现实的核心位置。”它的进入不是外在的而是内在的。我们不用去信奉任何相关认识论——柏格森的也好，其他人的也好，从它们对创造过程与法律发展过程的比对描述中，我们都能够领悟对法律发展起作用的重要力量。形式、成分及其组合的多样性为机械论所揭示。分析与综合、演绎与归纳、理性与直觉在这里交叉进行。用惹尼的话一言以蔽之：“这是一个非常复杂的过程，它充满着细微的差别，诡辩术和辩证法渗透其中；它是一个永远将分析和综合混在一起的混合物，其中导致正确的解决方案的后发过程，是以理性和意志所提议的预设方向为前提的。”

在对范例和具体实例的处理过程中，技巧也将被培养和训练出来。如果在这个过程中没有更多的主观能动性，那么无数次的重复工作充其量只能培养出笨拙的工匠。“在艺术活动的整个过程当中，交叉着意识与无意识的相互作用，很难对其作出合理的解释……创造总是在自觉的批评中进行，但是由此产生的成果中积极的一面却不是能通过小聪明和算计就能达到的，它是某种幸运的机会带来的，在人们心灵中所意识不到的最深处。”庞德也说：“能够为熟练工人的操作提供充分保障的往往是他们自己的直觉。在这种直觉中，包含着无数的细节和精密的辨别，这些东西都是从长久以来的实践经验中所得，而这些经验又是通过一次又一次的重复试错过程而习得，最终那些被

证明行之有效的东西成为了人们的习惯。”庞德还说：“从事司法审判及其研究的人都会有这样的经验，即无论他们据以得出结论的依据是否合理，结论则通常都是合理的。法官已经被训练得有了很好的直觉，会在他受困于如何寻找到无懈可击的理由时，带领他走出困境，走向正确的结论。”这种情况与艺术中出现的情况如出一辙。但是这并不表示法律中的法令就应当受到被认为是派不上任何用场的指责。就算方法论提供给我们的确是一把钥匙，但对于这把钥匙的使用，也不是把它插到门上转一下就可以了。事实上，把它看做钥匙，还不如比之为线索更恰当，它的用处必须通过我们的亲自动手才能培养和挖掘出来。

对各种社会利益及其重要性的衡量作出比较分析，可以说正是律师和法官在解决问题时需要用到的一个线索。关于这方面的研究已经形成了一门独立的学科。我们在为某个研究主题确立一个合适的名称的时候，或许这一行为并不能使其增加令人一目了然的效果，但是如果愿意在名称选择上足够严谨的话，至少这个名称在某些人眼中使得这个主题赢得了更多的尊重。在现今发展出来的研究领域，已经有一种能满足上述条件的深奥的术语学，如哲学家们就将关于伦理问题、社会问题或美学问题的研究中有价值的部分，称做价值理论或价值科学。这门学科中的理论深得法官喜爱，法官对其反复援用，尽管这种援用要受到某些限制。

五 法官要受到立法者所宣告的价值标准的约束

法官还要受到立法者所宣告的价值标准的约束，如果立法者已经主张并宣告了某种利益要优先于另外一种利益的话，那么法官自己

的或主观的价值观就一定要服从于这种宣告所确定的价值优先标准。即使他坚信某部法规的某个条款中体现出来的价值论是错误的，也不能因此就将这部法规废弃或任意曲解。而如果立法者并没有表示自己的价值主张的话，法官也不能用他自己的主观标准而应该用客观标准去进行价值评判，也不能用自己的喜好和信仰来替代公众的想法和意愿进行价值评判。不管怎么样，只要公众的想法或意愿存在分歧，法规、习惯或任何的外在规定都不能将这种尚存分歧的东西宣告于天下，在这种情况下，法官已经再无其他标准可予遵循，他只能按照藏于自己内心的价值标准来行事。在这个时候，在法官这里，主观与客观已经融合在一起，引导其做出行动的只能是他自己的价值观，而不是他人的价值观。

这种做法是一种让个人服从于社会的做法，那么是否会使个人伟大的头脑和杰出的灵魂失去展示自我的机会？这种担心完全没有必要。尽管我们的确是在寻找某些外在的东西，它作为某种规范，表现在作为外部形式的习惯或信念当中，但正是在这一过程当中，创新也在发生，新的规范和新的标准悄然产生，而它们也将在日后进入习惯或信念的体系当中。衡平法院曾经贯彻了一个伟大的原则，即受托人不应当从委托人那里获利，甚至应当避免发生受托人自己的利益与信托责任产生冲突的状况。对于这个原则将提升商业信誉的水平，甚至能将尚未对相关领域中的问题有所认识的人们唤醒，谁会表示怀疑呢？狄骥对于这个问题有非常深刻的观点。需要法官好好审查的是错综复杂的社会事实，而“司法规范”则是因社会事实而生的。这些事实中最主要的是“实在法、被实际遵从的惯例、经济需求和实现正义的渴望”。这种审查构成了法官工作的基本内容，但并非全部。法官在对社会良知进行解释并将其运用于法律中时，他的行为同时也促成了他所解释的良知的发展和变化。发现和创造是相互作用着的。

哲学要涉及法律的终极原因的探讨，就必然会遇到一类问题，

关于这些问题，我很早以前就想谈谈我对它们的看法了。我认为这不过是个入门的工作罢了，但完成它却要耗费很长的时间。这种哲学在解决律师和法官在工作过程中无法避开的问题上，有着一定的影响，这些影响到底是些什么，是我想要在此说明的。我会强调这种哲学有助于问题解决的重要意义，但我并不认为有它足矣。在规则和原则的发展过程当中，我们不可避免地要求助于法律哲学，而若想一切顺利的话，就必须首先对要发展的原则或规则有一定的了解。霍姆斯对此的说法就非常精准。他说：“当一个人拥有与其职责相关的实用知识的时候，他就能有更多的闲暇时光归自己支配，而不是把大量的时间耗在阅读全部记录在案的案卷上。而阅读这些案卷，对于法律思想的改变和发展的帮助是微乎其微的。”学习法律也如同学习其他学科一样，对于许多事实的学习是必不可少的。如果说在通往法律判断的道路上也需要“买路钱”的话，那么对于事实的学习，就是我们随身携带的钱币。如果我们没有准备到足够多的这样的钱币的话，那就最好待在家里不要出门、不要上路。霍姆斯所说的与职责相关的实用知识，我估计就是这种法律哲学。我们与其他法律人的交流，必须建立在将自己也作为法律人的基础上进行，否则的话就是自言自语。有了共同的基础以后，我们用不了走多远就可以到达哲学思考的起点。

六 我们时常在充当着哲学家的角色

我要假设一个案例，在这个案例里，没有任何来自权威的声音。各位先生，或是在你们中间幸运地受到聘用的人，都是律师。而我自己则是一个学业不精的法官。你们阅读过各种摘录、汇编、论文和法律评论这四种法律文献，它们也提供给了令你们欢欣的结果，这些结

果中就藏有能令你们收获成功的标记，因为它们的权威性足以震慑坐在法官席上抱有怀疑态度的法官们；它们是湮没在浩如烟海的法学著述中的瑰宝，但是宣称自己以它们为判决依据的判决始终不敢示人。努力去审视与搜寻它们的结果，所获寥寥，充其量只能获得为数甚少的意义不大的类比，它们既可以被轻易用于对这一方的支持，也可以被轻易用于对另一方的支持。那么，你们准备怎么去做这里的说服工作呢？我又应该怎么样去作出裁决呢？无论是你们还是我，可能都没有充分意识到其中的本意。我们脑海中最易冒出来的多是些潜意识或接近潜意识的东西。但是，如果这件事情了结后，再来问我们自己都做过哪些事情，只要坦诚地去回答这个问题，就会发现，当我们从自己的装备库中取出装备加以利用的时候，已经在充当着哲学家的角色了。

为了说明我要表达的意思，我举一例一年多前我所在的法院裁判的一个案件。有个男孩想要到河里面洗澡，但他刚刚爬上岸边的一个跳板准备跳水时，就不幸被掉下来的电线所击中，他因此坠入河中而死亡。由此引发赔偿诉讼。在诉讼的过程当中，该女孩的女遗产管理人的代理律师和作为河岸所有人的铁路公司的代理律师，都以类比为依据发生激烈的辩论。前者以在高速公路上行走的路人的处境为类比，指出这个男孩想要洗澡的河流是一个可以用于航行的河流，他并不因为他的脚尚未踏入河里而是停留在岸边就不享有权利。河岸所有人则用了另外一个类比，这个类比就是擅自进入他人土地者的处境，并据此认为，尽管男孩所站在其上的跳板伸向水面，却依然属于不动产的附着物，而既然跳板是从属于土地的一部分，那么这个男孩就是私人土地的擅自入侵者，土地所有者在这种情况下只负有一种义务，那就是阻止恶意的或不负责任的伤害行为；如果不具备上述因素，男孩的死亡是不应当获得赔偿的。由此造成的实际情况是，法官被这样的仅仅是一种辩论技巧的类比逼进了死胡同。我们无法根据纯

粹的逻辑演绎过程决定何者正确。这两个类比说来都很贴切，但却都算不上精准。这就导致一种新的情况出现，如果它不对自身加以改造，现有的模子都无法将其纳入其中。在我们遇到这种情况时，那些能够为法官认同的选择，多是由法官们关于法律的目的及司法功能等的观念所决定的，而这些关于目的和功能的问题都属于哲学范畴的问题。

七 哲学常常是新情况下进行裁决的基础

在我所举出的这个案例当中，法院中的大多数法官都认为责任的确定应严格依照法律的规定。那些已经从预先就存在的定义中推导出来的结论，或许应当服从和适应一些基本原则。而一个法律体系中的行为责任如何确定，正是由这些基本原则决定或应当由这些基本原则决定的。而行为责任同时还受到法律目的的调整。海因斯诉纽约中央铁路公司案的判决是在1921年5月作出的。那时候庞德院长的《法哲学导论》还没有出版。这本书的出版时间是在1922年。

庞德在这本书里提到了一种责任理论，将其与这一案件裁决中所彰显的责任理论进行对比，是一件非常有意义的事情。他说：“人们从行为、关系和情势中产生的合理期待，都要靠法律落到实处。”按照这个标准，那个从跳板上跳水的男孩的诉讼理由是会得到支持还是会被驳回，我暂不予置评。但是，我坚信一点，那就是在类比模糊不清、先例中也难以找到依据的情况下，关于责任的理论、关于缩小或扩张权利及赔偿范围所要达到的目的的哲学，就成为在任何新情况下进行裁决的基础。就如在今天的新的情况下，在突如其来的紧急情况摆在法官面前时，他不得不迅速创造出一种理论和一种哲学。他常常

要四处摸索，冥冥之中他能够感觉到存在着某个问题，但是他却无法始终依照一条固定的原则来指导他快速作出裁决。这时候的他如果不能拥有某个适当的哲学的话，就会完全迷失在这样的事态当中而不知所措，他就算表现得再好，也不会比那些认为应当按照案件的具体情况作出裁决的经验论者更明智。我们必须对此有所认识，即不能把所有的方法都当做目的，而只能将其看做是一种工具。我们应当用其中的一种方法去检验其他方法，以弥补各自的弱势，克服各自的缺点，这样就能让我们在用得着的时候得心应手，充分利用其中最有力量、最出色的因素。当我们看待它们的视角发生了这样的变化时，就会发现，在更多的时候，它们是助力我们的盟友，而不是与我们势不两立的敌人。

八 如何使用历史的方法

其实，在很多时候，打着这个学派旗号的法律工作者，在不知不觉中帮助了另外一个学派，而这样的情况也同样会发生在另外一个学派中。法理学中的历史学派和社会学学派常被拿来对比，并被认为是二者之间分歧很大，但是，许多标榜自己在寻找裁判依据的时候采用的是历史学方法的人，对于历史学派的忠诚远不及那些宣称自己采用的是社会学方法、更倾向于使用福利及实用的现行标准的人。在历史学派看来，“法律不是由立法者制定出来的，它是民族精神的产物。立法只不过是將民族精神口述出来的东西用笔记录下来而已。因此，研究法律的人必须从民族精神的真实意义中获得充分的教育”。“法律不是人的意志的产物，而是源于一种共同的信念。”在历史学派那里，法律发展中的无意识因素和非意志类因素被无限夸大。但是，如

果认同历史学派的观点，那就可以导出它们需要的不是对于过去的盲目复制，而是如何对现状进行审视的问题，因为按照他们的主张，法律是对现在信念的表达，而不是对过去信念的表达。而如果不按照社会效用和福利的标准，我们又该去哪里寻找体现民族精神的现在信念呢？如果我们看不到历史处于不断的流变之中，我们的认识就会发生错误或偏颇。我们能从年鉴中寻找原则和规则起源的时间和地点，却不能知道什么样的起点也会是终点。

为了进一步说明我的意思，我在自己法院新近作出的判决中又找到一例。最近的奥本海默诉科里德尔案中，我们认为，妇女也可以像男子一样主张通奸的诉权。而之前的中级法院的判决则否认这种诉权的存在。他们引用了柯克爵士所处年代的判例来证明该妇女没有这项权利，因为那个时代妻子的身体对于其丈夫而言，犹如后者拥有的财产一般，他们对此予以刻意强调。判决上说，妻子对于丈夫的身体是不能主张任何权利的。它同时强调了那个时代的判决，如果妻子不是与丈夫共同作为原告出现的话，她不能对丈夫的任何过错提起诉讼。我们不是要对这些先例故意视而不见，但这些先例不应当作为牢不可破的定论。随着社会的、政治的、法律的一系列变革的发生，那个时代的两性关系早已被改变，如今男性与女性处于平等的地位。而中级法院的裁决基础显然是早已过时的男女不平等，这与今天的社会现实完全不符，所以我们不应当允许其成为当下社会生活的法则。

任何一个法院在判决的过程当中都会使用到历史方法，但是有时候的使用则会起到适得其反的效果。有一个法院在解释法律史的时候，对于把古代法典中的先例作为定论去使用乐此不疲。而另一个法院则愿意去对当下时代的思想潮流和发展趋势以及某个目的进行探究，并按此行事。那么在这两个法院中，究竟是谁在正确地使用历史方法呢？哪一个法院对历史方法表现出了足够的合理的忠诚呢？在认

识事件的意义的时候，是应当把它放在我们所处的这个时代，将其看做我们自己时代及其思想的产物合适呢，还是将它作为它那个时代的产物，将其看做那个时代的信仰和习惯的表达合适？

九 方法应当结合在一起

如果真的把历史作为历史来看，不只是将其作为无趣得令人生厌的“流水账”去看的话，就必须有一个甄别遴选的过程。能够被正确理解和采用的若干种研究方法可以进行相互校正，还可以彼此印证。单纯对起源的诉求是毫无意义的，除非你用对目的的诉求去检验和照亮它们，不然它们必然要被曲解。我们一定要学会运用我们的工具，学会运用我们的方法和过程，并学会对它们的综合运用而非孤立地运用。它们只有被结合在一起，才能成为推动我们向前迈进的工具。而如果我们做不到这一点，而将它们视为相互排斥的方法去运用的话，那将会产生许许多多的错误。如果我们的分析不能建立在对综合的基本前提的精确分析的基础之上，那么我们得到的必要综合也只能是不稳定的和有瑕疵的。

庞德院长说：“当法院对于他们正在做的事情充分理解了，而且也能因此自觉地尽最大努力将事情做好的时候，法院必将获得丰收。”这些东西正是法律哲学的研究教给我们的。我们也将从中习得那个伟大的圣训：“切不可为自己制造任何偶像，无论它是公理还是惯例。”的确，有的时候看起来我们好像一无所获，这令我们怀疑为此付出的劳动和艰辛是否值得。我们会告诉自己，想要寻找一个无所不能的法宝，是不会成功的；装有宝物的盒子不会因为你轻念咒语就打开了；完全居于其他裁决方法之上的方法是没有的，我们只能随着

世事变化对方法作出不同的选择；选择必然要伴随着痛苦，痛苦也非仅存于一时，这是这个过程永远无法摆脱的困境，也是它必然要面对的苦难。但无论如何，它都是某种哲学的东西，若将其谨记于心中，或可让我们在以后避免铸成大错。

第五讲 法律的功能和目的（续）：结论

一 什么是法律的功能

之前我们将大量的篇幅都放在法律的目的上，接下来我要谈一谈法律的功能。从某种意义上来说，二者当然是不可分割的。我们的哲学在让我们知晓法律的目的的同时，也会将法律在竭尽全力靠近这一目的中所发挥的适当的功能告诉我们。但是我们所关注的还不止这一点，就法律在这个问题上的发展状态而言，法律的功能在事实上发挥的效果如何——它的运行状况是否良好？对于后一个问题的研究，成为了研究社会事实的社会学分支，而不再是哲学的分支，但实际上这两个领域是存在交叉的，它们中的任何一个要是没有了另一个的协助，自身的功能都很难得到发挥。“结果改变不了法规，但却很可能对法规含义的确定有好处。”运用规则的结果反过来又可以检验规则。

这种观点现在看来是毋庸置疑的，但是它为人们所接受却经历了一个非常漫长的过程，在对它的认可问题上人们总是迟疑不决。有人认为，以人的社会生活问题为研究对象的科学家的思想态度，与其他

领域科学家的思想态度总是不同的。罗宾逊在他新近发表的著作《创造性的头脑》中就专门对此问题进行了有力的论述。如果让其他领域的科学家面对同样的问题，他们通常会非常冷静地问自己，律令是怎样运作的？如果发现律令运作得并不理想，他就会将它认定为可以摒弃的错误。社会学的学生被要求按照他们自己发现的状态去认识法律，其实，如果他们是法官的话，他们在研究中会认识到在很大程度上，不可能以其他方式来理解法律。法官只是时不时地会问自己：律令是怎样运行的？能否将其看做统治人类的明智的规则？但是他们现在已经不会再纠结于这种问题了，因为他们已经发现，答案是什么无关紧要。他们通常只会满足于这样的研究——它是现行规则吗？它的逻辑前提或它的逻辑发展是什么？

二 法律的功能有时候会被歪曲

每每涉及对目的和功能的强调，社会学方法总免不了要运用到其他领域中的方法，而且这种情况正在日益频繁地发生。无论是需要作出裁决的法官，还是需要说服法官的律师，在运用这个方法的时候都会不自觉地利用规则的结果去检验规则本身。当然，不管是现在还是过去，这种探究有时候必须要止于对如下问题的回答：它是现行的规则吗？在那些涉及定向或引申的案件中，功能变得很重要。在这种情况下，如果不对我们已经走过的道路和我们将要去的地方做一个全面考察的话，我们很难对要走的道路作出明智的选择。

最高法院最近就有一个可以说明这一问题的案例。这个案件中被告人被指控谋杀，审判的法官认为，虽然被告被致命的武器攻击，但是只要他具备合理意义上的谨慎，就应该能够从中逃脱，既然有逃

走的可能性，那为何还要痛下杀手呢？所以他是没有权利以被致命的武器所攻击作为其杀人的理由的。这种法律阐述本是有法律依据支持的。但霍姆斯法官代表最高法院宣布，对于这种与在强烈感情下人们的正常行为扯不上关系的规则，他们拒绝接受。

霍姆斯法官说：“法律已经日益成长起来，尽管历史的错误也在它的成长过程中起到了一定的作用，但它依旧倾向于引导规则与人类天性趋于一致……当事人在对方举起的刀子面前，是不可能超脱于此情此景去深思熟虑该如何是好的。所以，至少本庭认为，这些因素不应当成为判决的依据，就算是身处那种险境的人应该停下来好好想一想，一个理智的人是否就能判断出存在或不存在安全逃走的可能性，或者是否可以把加害者打伤而非打死。”只要他有足够的理由相信危险已经近在眼前就足矣。在确定这样的想法是否符合事实的时候，当然需要考虑没有逃跑这个情节因素。既然这种想法是合情合理的，就不能因为其他理智的人有可能认识到逃跑的可能性而要求其承担责任。关于这个案子的判决是否违背了在各种报告里被奉若神明的先例，我们没有必要再去追究。在某些州，如纽约州，这一规定在某种程度上甚至被强化。我之所以提到这个判决，并非基于对判决本身的兴趣，而是因为其所蕴涵的生机勃勃的精神。这个精神建立在一个假定的基础之上，即如果一个规则和行为的现实状况没有关系，那就意味着它的功能已经被歪曲了，因为规则的形成原本就是要获得落实的。

这种精神正在许多领域显现出它日益强大的力量。有一个人数越来越多、地位越来越重要的法学流派的思想家们，现在都将精力集中在规则与效果的关系、一种效果和另一种效果的关系的研究上。这一点在有关法律重述的讨论当中也有非常明显的体现。我们会被提醒，在判决发生冲突的地方，我们必须首先要首先知道在相互冲突的规则当中，哪一条被证明是最具操作性和最卓有成效的，否则我们将会作出不明智的选择。如果法院的判决发生了错误，通常都是因为法官对于

判决的经济效果和社会效果缺乏正确的判断，或是对判决适应经济和社会需求没有足够的认识造成的。随着现代社会生活变得日益复杂，法官越来越倾向于向专门做社会事实调查的机构求助，因为就对社会真实情况的了解的准确度而言，它们更具有优势，它们对于社会事实的认识是知识，而非法官自己的推测和主观印象。如果你研究布兰代斯大法官的司法意见，就会学到一个让你印象深刻的东西，即法律有能力从自身以外的资源里获取更新自身的力量，并促进自身的成长。他的司法意见里无处不是对“相关共同体当下的社会、工业和政治条件”的参照。如果社会效用的要求足够紧迫，而现行规则的运作则处处面临困境，那么效用迟早会获得胜利。埃利希说：“将法律看做是一个封闭着的系统，不是别的什么东西，它不过是存在于学院里的纯粹的教条罢了。从历史的长河来看，法理学从来都没有抵御住强大且具有正当性基础的社会经济需求。”

三 法院一切棘手问题的根源

法律与所有的政治和社会科学联系在一起。而除了社会科学、政治经济学和商业惯例等会对法律的发展产生某种影响以外，哲学也会对其产生影响。一定要记住，我在这里所说的哲学可不是法哲学，它不是关于法的起源、成长和目的及功能的理论，而是关于法律体系内部的原则和观念的哲学，是一般性哲学理论对法律的形式和内容的反思。

最后，我还是想温习一下我在一开始就引用的名句：“法律必须稳定，但不能一成不变。”我们至今仍然对有关变化和运动的奥秘心存疑惑，就像刚有思想记录的时候，它也让古代埃利亚人为之困惑

不已一样。我不敢妄自尊大地宣称，我已经给了各位能够揭开谜底的钥匙，即在两种彼此冲突的律令的背后，有一个非常重大且深刻的原则存在，它会协调这两种律令的冲突以达致和谐状态。我只能告诫大家，如果只顾其一不顾其二的话，就会错误地尊奉了本不该尊奉的神，而追随其后的人也将误入歧途。那些认为逻辑永远不会变化的人不会获得成功，那些将所有的规则和先例置于同一位级的人也不会获得成功，只有那些能将两种趋势融合在一起并将其运用于或许并不完美的目的的人，才能够获得成功。

如果大家觉得我做了这么多也不过就是说明了存在某个问题并因此对我有所微词的话，我也不会见怪，我最多也就只能做到这一点。尽管对于这个问题的回答，关系到我们法院的工作基础，但至今尚未达成共识。我们的法院和记录在案的判决已经有了数百年的历史，但是正是因为我们缺乏公认的法律哲学，法官现在还是缺乏能指导和规范他们裁决方式的具有基础性和可操作性的原则。法官们对于自己究竟掌握多少权力，又身负多少职责仍然是懵懵懂懂。对某个方面有明显好处的趋势，对另一个方面却产生显著的错误。在一个法官那里被他深信不疑的正确方法，却会遇到另一些认为其错误的、有能力、有良知的法官的抵触。对此，我颇有感触地认识到，正是因为我们对于这个存在着的问题缺乏深入的了解，才导致了上述诸多棘手问题的出现。即使在今天，我们仍然很难寻求到关于这个问题的一致答案。我也颇有感触地认识到，法院对于司法权的界限、司法功能的本质、司法过程的性质等问题存在着错误的认识，至少尚未达成共识，而这也正是法院招致批评及犯下错误的原因。只要我们在一些基本问题上无法达成共识，司法约束的急躁倾向就难以被消除，甚至对于司法权的完整性的侵犯，在这种情况下也不可能被消除。

为了我们能够对存在的问题有更好的理解，今天我在这里发出我的呼吁，希望早日能够在这个问题上获得回应。