# 法律形式主义的现实主义批判

周国兴

【摘　　要】法律形式主义具体表现为法律理论领域中的概念形式主义与审判实践中的规则形式主义。法律现实主义提出了法律形式主义具有逻辑之谬、实践之弊、目标之虚三宗罪。法律形式主义在逻辑上不考虑概念适用的具体语境、错把三段论的形式逻辑当作逻辑的唯一模型、无法反应现实的法律实践;在实践中忽视先例原理的两面性、忽略法官裁决案件的实质理由、忽视审判结果的实质正义;在目标诉求上追求虚幻的唯一正解式的确定性。法律现实主义质疑法律形式主义有关法律确定性本质和范围的观点,并不反对法律实质上应该是确定的这一命题,他们诉诸社会科学的经验研究去发现现实法律确定性的源泉。

【关 键 词】法律形式主义;法律现实主义;确定性

【作者简介】周国兴,女,昆明理工大学法学院副教授,法学博士,主要研究领域为法律哲学、西方法律思想史(昆明 650500)。

【原文出处】《河南财经政法大学学报》(郑州),2019.1.22~30

19世纪中叶令状制度废除后,美国联邦法院与各州法院的法官开始从先例中自由选择和抽取规则、原则,全美司法实践极度混乱,为顺应令状制度废除后的普通法程序变革,消除司法实践不统一的窘况,满足法律确定性需要,以兰代尔为核心的法律形式主义者们试图通过建立逻辑自洽的法律科学体系应对这一危机,实现普通法体系的合法化①。当时工业社会的发展,市场规则并没有促进社会进步,反而产生了高度垄断和极端的贫富分化。同时,以强调概念、逻辑和规则为重心的法律形式主义使得司法更加僵化,进而影响到一些保守的法官,他们打着契约自由和保护财产权的旗号否定了诸多进步的社会立法。由此也引起了法律进步主义者和法律现实主义者②的强烈反对。进步主义者反对司法的保守僵化,宣称司法不能诉诸法律达尔文主义——"上帝只帮助自助的人"。为实现经济与社会的平等,推动社会进步,需要将法律作为维护社会福利的工具、促进共同的善。同时,为保存某些不可侵犯的共享价值和传统,他们旨在回应普通法传统的外部危机——社会公平的丧失③。而在现实主义者眼中,形式主义裁剪多样性,从少量先例中抽取规则的僵化逻辑推理,由此造成的司法混乱与不确定的增长这一普通法危机并没有消除,他们旨在回应这一普通法传统的内部危机④。如何理解和实现普通法体系,传承与推进普通法传统,几乎是所有美国法学家共享的基本使命。不过,进步主义与法律现实主义对法律形式主义的反叛可能仅仅是普通法传统内部的一场"宫廷革命",都旨在以不同的方式保卫普通法这位国王⑤。

法律形式主义构成了法律现实主义者理论反思和理论阐发的起点,在他们看来,"形式主义——认为各种社会争议可以经由从第一原则演绎推理得以解决,而这些第一原则是所有人都同意的,或者是从过去判决中的'证据'归纳而来的——是19世纪晚期美国法理学的公分母"⑥。但是,也有论者认为,法律形式主义"并不曾真正有过自己的独立身份:作为一种法律理论,它只是存在于霍姆斯、庞德、卢埃林、弗兰克等学者们的反思中"⑦。然而,无论法律形式主义是否存在过独立身份,其成为卢埃林等现实主义者的批判靶子确是事实。基于这些争论对今天学习


China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

研究引起的困惑，本文在概括法律形式主义表现形式的基础上，分析法律现实主义对法律形式主义的批评，探讨法律现实主义的批评形式主义的理论诉求。

## 一、法律形式主义的两种表现形式

总体而论，法律形式主义认为，特定领域的知识受某些相互关联的、可从逻辑上对之进行表述的基本科学原则的支配，信奉逻辑、抽象、演绎推理。法律形式主义具体表现为法律理论领域中的概念形式主义与审判实践中的规则形式主义[8]。概念形式主义主张普通法是由法官通过运用理性而形成的概念一致、逻辑自洽的完备体系，并不存在漏洞。法官裁决具体案件时应机械地、演绎地将法律概念、原则、先例以及规则适用于具体的案件事实，法官运用理性从现存的原则中通过逻辑演绎出新的规则以适用于新的案件情形，通过三段论式的推理得出判决结果。规则形式主义认为法官严格遵循先例，其结果是法院审判中充斥着自由放任主义，作出了许多否定社会立法的判决，卢埃林将这种做法称为“形式化风格(formal style)”。

### (一)概念形式主义

概念形式主义通常被追溯到兰代尔的法律科学观。依据兰代尔的法律科学观，法律由特定的基本原则或规则构成，法律科学家的任务就是将内含于书本中的这些基本原则辨识出来，并描绘出它们间的逻辑关系。它由三个相互关联的主张构成：其一，法律结论从法律原则中推导而来；其二，法律原则并不由道德或个人的主观期待确定；其三，法律原则只能通过比较和解释过去的法律判决才能发现，而这些判决已经存在于法律图书馆当中。兰代尔这位“‘法律神学家’相信法律原则已经永恒地刻写在了某个‘概念天国’当中”[9]。他深信“存在一种真实的法律原则等待发现，一旦它被发现将会持续，并永远不再变化”[10]。法律形式主义者信奉“一个规则和制度的科学体系，该科学体系是完整的，因为它为所有的案件提供了正确答案；它是形式的，因为正确答案可以从该体系中自动、逻辑地推演而来；它在概念上是有序的，因为低等级的规则可以从少数基本原则中推演而来；并且，它还具有社会可接受性，因为它产生了规范性的忠诚”[11]。

法律形式主义否定根据外在目的来理解法律关系的一致性，要求从法律自身出发理解法律的合理性，认为法律作为一种内在融贯的秩序是可理解的，信奉“法律的内在可理解性”，“法的特性是内在地可理解的，一个人可以毫无歪曲地抓住法的特性，就像一个人可以通过从内在视角出发解决几何难题从而理解几何学一样，我们也可以通过参与、渗透到法律所具有的思维结构中的思维活动来理解法律”[12]。法律科学观对“法律的内在可理解性”的信奉进一步表现为“自主的概念主义”(autonomous conceptualism)。之所以是自主的，是因为根据法律形式主义，“法律有一种独立于外在利益(尤其是政治利益)的概念性和规范性结构”[13]，法律问题的解答能够而且也应当立足于独特的法律素材，而非诉诸法律之外的其他渊源，尤其是不能诉诸社会科学。之所以是概念主义的，是由于法律形式主义追求概念的一致性、和谐性与融贯性，相信法律概念可以从判例法中归纳出来，具体的法律规则从这些概念中演绎而来，通过归纳得出概念，通过概念演绎出规则，结果就得到了像几何学一样自足的、内在一致的、系统化的和理性化的法律体系，并且，通过诉诸这一逻辑体系，可以找到关于任何问题的正确法律答案[14]。

### (二)规则形式主义

规则形式主义立足于对规则之价值的信奉：规则使得预测主体行为的法律效果成为可能，并因此使得调整主体的行为成为可能；规则防止自由裁量，并使得人们可以声称自己是受法律的治理，而不是受人的统治；规则确保法律是前瞻性而非回溯性的[15]。法律由规则构成，遵守法律就是遵循规则，规则规定了具体的法律结论。因此必须得到严格的适用，法官不能自由地得出判决，即便该判决根据案件具体情景来看是最优的判决；即便遵循规则会产生邪恶的结果，法官也不能忽略规则的存在。规则形式主义容忍严格适用规则所可能产生的不正义结果，“只有当有关正义和便利的考虑因素被包含于大写的原则——那些与体系中的其他基本原则相一致的既抽象而又精准的规范——中，这些因素才是相关的”[16]，否则，实质性正义与规则的合理性互不相干。

概言之，这种机械的审判理论认为规则可以机械地适用于案件事实，将规则适用于案件事实的过程不过是一种演绎推理程序：以规则为大前提，以案

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

件事实为小前提，共同产生了唯一正确的结果。法庭适用先例时也不过是先从过去的案例中归纳出规则，然后再通过演绎推理得出判决。判决意见不过是对以三段论方式得出判决结果的正当化。“司法制度就好像一个巨大的三段论机器，由外部规定的法律规则提供大前提，先已存在的客观‘真实’的事实提供小前提。法官的工作就是像一个技艺高超且责任重大的机械师一样，去辨识出已被规定的‘正确’的规则，他对规则的选择几乎没有合法的自由裁量权。陪审团的职责是尽其所能去发现‘真实’的事实并把这些事实注入这台机器中。作为一个逻辑问题，结论会自己跳出来的。”[17]法律首先是确定的，因为法律理由可以证明法律争议有且仅有一种结果。其次，法律推理是自主的，因为只需法律理由就足以证明唯一结果的正当性，而无需诉诸其他非法律理由。最后，审判是机械化的，法官在得出法律争议之结论时没有自由裁量权。他们“接受法律的确定性、审判的机械化性质以及法律推理的自动性”[18]。在他们看来，只要有确定的事实，就一定能确定应适用的法律，从而得出一个正确且唯一的判决，法官客观地判案，他的判案过程仅仅是经由对一个明确的、连贯一致的法律规则体的逻辑演绎而得出正确解决方案的过程。法律推理是一个三段论过程：经由历史或逻辑而清晰确立的规则或先例是大前提，特定的案件事实为小前提，最终得出的清晰判决是结论。在该过程中，法官的作用只是发现案件所关涉到的适当的规则和先例并适用它们。一旦法官做到了这一点，他就能确定、统一地判决案件。

总之，法律形式主义“把理想的然而就其性质而言是暂时的和纯粹主观的概念视为一种具有永久性的客观实体……结果是把整个实在法体系——一种先验的东西——限定在数量有限的逻辑范畴之中，而这些逻辑范畴本质上又是预先确定的、基础上不可动摇的，受毫无灵活性的教条支配，并因此无法使自身顺应生活中永远变化且正在变化的事件”[19]。它在法律理论中坚持概念主义，在审判实践中坚持规则形式主义，无视案件的具体情形，从抽象概念中演绎推理出案件结果，严格遵循先例，变动中的社会需要不在法官判案的考量范围内——好像司法程序是一个自动售货机一样，将作为大前提的法律规则和作为小前提的案件事实放进去，就会自动售出作为结论的案件裁决。

## 二、法律现实主义的批评

在卢埃林等法律现实主义者看来，概念形式主义引起的种种混淆误解了概念、规则的内部结构，规则形式主义则是误解了司法审判实践，具有逻辑之谬、实践之弊、目标之虚三宗罪。

### (一)逻辑之谬

第一，将逻辑与概念当成了目的本身，强调形式上与概念上的一致性，不考虑将这些概念适用的具体情景。例如，在诸多合宪性审查案件中，“合同自由”概念最初设想的法律关系主体社会经济地位大致平等这一具体情景已经发生改变，用人为的一般化标准去审查概念的合宪性，妨碍对案件事实的有效考察，从而导致对具体案件之特定事实的歪曲或忽视。“问题的重心并不在于事实。对法院判案而言，它必须依据某些在一切时空条件下都有效的普遍命题作出裁决……在涉及合宪性的普通案件中，法院并没有一个获得事实的机制。它必须以一般性的知识和统一适用的公认原则为基础作出判决。”[20]法律形式主义倾向于把逻辑、形式等人造物视为法律的目的，反而忘记了法律所服务的目的；根据是否符合某一封闭的法律体系来评判原则与规则，而不是根据这些规则和原则引致的结果来评判它们，法律形式主义所犯的错误在于，“拒绝使规则和先例服从于能满足社会需要的结果”[21]，在概念与逻辑外衣的掩盖下，法律形式主义反倒可以推行某种经济偏见，例如上文提及的洛克纳诉纽约州一案，法院就通过对合同自由这一概念的形式主义解释，奉行自由放任的经济理论。

第二，错把三段论的形式逻辑当作逻辑的唯一模型，忽略了试验性逻辑[22]。形式逻辑旨在成为一种严格证明，强调固定形式的逻辑，是既有概念间的抽象关系，而不是在具体情形下实现明智判决的方法，也不是为公共利益或长远利益而调整争议问题的方法。

形式逻辑崇尚三段论：首先必须要有一个固定的一般原则作为大前提，然后必须有一个本质上可以涵摄于大前提之下的事实作为小前提，最后结论自然而然就出现了。例如，在“所有的人都会死，苏


China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

格拉底是人,所以苏格拉底会死”这一命题中,“所有的人都会死”是大前提,“苏格拉底是人”是小前提,结论就是“苏格拉底会死”。根据形式逻辑,任何一个恰当的逻辑结论都将一个特殊命题涵摄于一个普遍命题之下。这意味着,对于每一个潜在的案件而言,都存在一个可用的先前规则,通过直接调查简单明确的案件事实,总是能裁决案件。事实上,形式逻辑本身并没有什么过失,关于苏格拉底与人的表述并没有什么错,说苏格拉底会死也确定无疑。错就错在法律形式主义在运用逻辑方法时把它视为“至高无上而且是终极性的”[23],使之失去了与现实生活和案件事实的关联,使得结论与思维的具体运作过程并没有什么关联:苏格拉底有一天当然会死,但苏格拉底会在哪一天、以哪种方式死亡并不能从大前提与小前提中推论出来。

试验性逻辑强调的不是形式、概念的和谐一致,而是作为大前提的一般概念或原则与作为小前提的具体事实的互动关联。“大前提陈述的‘一般原则’并不先于或外在于具体案件,它也不是从许多案件中归纳出来的某种集合。它暗示了一种为某种目的或结果而处理多种多样的案件的方法。其意义与价值只能在调查与审视发生了什么、产生了什么结果、它何时被用作一种方法时才能得以显现。”[24]人们的思考通常并不始于大前提,而是始于对某一结论的模糊预期,然后寻找支持该结论的原则与数据。

形式逻辑与试验性逻辑分别对应着解释说明的逻辑与调查研究的逻辑。对调查研究而言,情况总是会有疑点、不确定或有成问题的地方,所有事实在结论得出之前都可能具有两面性;而对于解释说明来说,则已经找到了确定无疑的答案。在卢埃林看来,这一点对于司法审判尤其重要:法院的实际推理与裁决过程是运用调查研究的试验性逻辑,先有某个模糊的结论,然后再寻找相关的事实和规则去佐证这个预先猜想的结论;而法院解释说明裁决过程的司法意见书则通常以形式逻辑方式写就,以虚假的唯一确定的方式证明判决的正当性。“判决意见根本不被视为一个论证合理的正当化论证,而‘纯粹是一个理性化过程’……它通常意味着:(1)错误的;(2)骗人的;(3)就像一张任何人无须任何证据就能填充的空白表格一样,可以为任何可想到的最肮脏的潜藏动机做掩饰。”[25]法律形式主义错把形式逻辑当作逻辑的全部,混淆了法官实际作出判决的过程与法官证明其判决正当的过程,混淆了“法官实际做了什么”与“法官实际说了什么”,无法透视到法官可能通过判决意见的方式掩盖其不正当目的。

第三,以规则这一概念作为理解法律的参照中心,妨碍了准确认识法律的实质,无法反应现实的法律行为[26]。一方面,实体法律规则并没有法律形式主义声称的那样具有排他地位,以规则理解法律焦点会继续使人将关注点置于表达规则的语词之上,而忽略这些语词可能具有多层含义,只有将理解法律的焦点从规则转向行为,才能避免以规则为中心产生的种种混淆,理解法律的实际运作过程[27]。另一方面,以规则为中心混淆了法律的应然与实然、效力与实效。它假定了纸面规则规定的“应当”实际上约束着主体尤其是法院、法官的行为。这一应然和实然的混淆致使人们不再追究法院、法官等法律主体的行为是否真的符合法律应然要求,还会致使人们不再追究规则所规定的应然是否正当[28]。

(二)实践之弊

第一,忽视先例原理的两面性。在先例司法意见书表达的判决理由中,先例法院法官们自己关于案件规则的观点以及为当前案件法院所支持的真实案件规则之间是存在区别的[29]。由于法官拥有偏离先例的权限,从而能通过解释来重新限定先前案件中的判决和附带意见,事实上,这种偏离使得法官重写了先前案件判决所确立的法律规则。后来的法官总会发现之前先例判决既有能适用于当前待决案件的合法规则,也能从其他先例判决中发现与之相反的合法规则。因而,后来的法官总是面临着这样一个不确定的两难困境:他必须在这些相互竞争和冲突的规则中作出选择,以判决当前待决案件。然而,尽管所有先例都暗示了一组可适用的规则,但是,在任何案件中都存在相互冲突规则会引致相反的结果[30]。

此外,在这些不相容的规则中,哪一个或哪一些规则将决定案件结果,在普通法制度中是不确定的。这是由于,普通法传统中解释先例原理的原则也是双重的:就先例判决与判决意见是否均能对后来的待决案件具有约束力而言,它既支持宽松的遵循先例原理,也支持严格的遵循先例原理[31]。具体说

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

来，宽松的先例原理认为过去判决意见的所有言辞都是法律(不论是判决还是判决的附带意见)，或者，认为判决意见中“法官选择来用以决定案件的要点，以及法官经由合理论证而选择放弃的要点”是法律。宽松的先例原理是一种利用能支持待决案件之先例的技巧[32]。严格的先例原理是用来削减不能支持待决案件之先例约束力的技巧，也就是将待决案件与先例区别开来的技术。这种严格的先例原理认为附带意见对后来待决案件没有约束力，先例所创立的规则只能适用于具有精准相关性的案件事实。从而，在每一个事实情景中，法官通过援引宽松或严格的先例原理，都可以对相关先例所创立的规则进行至少两种不同解释，适用不同解释会产生不同的结果，且这些结果之间是彼此矛盾的。先例原理有两个头，它是杰纳斯的脸，它“并非是一个原理，也不是一条原理的路线，而是两个原理，这两条路线同时适用于相同的先例，但是这两个原理又是彼此冲突的。一个原理是要清除那些被认为是棘手的、麻烦的先例，而另一个原理则是要利用那些看起来有助益的先例”[33]。

第二，忽略法官裁决案件的实质理由。在普通法传统中，证明判决合理性具有两种力量来源。一种力量来源于遵循先例学说的一般理由在待决案件中的运用，这些一般理由通常源出于对形式正义——主要是类似案件类似处理——的要求，“形式正义的要求，至少构成了遵循相关先例的一个前提性理由。形式正义不但要求判决与先例相一致(回顾性要求)，还在做判决时考虑到对未来类似案件的影响(前瞻性要求)。……法官在处理手头的私人纠纷时，理应慎重对待其所负的责任，最起码的责任就是遵照与当下案件的要点相同或相近的先例进行裁判。至少，形式正义要求法官裁断当下案件的理由与实质上与之相同的其他案件不能有太大的出入”[34]。

另一种力量来源于被遵循的特定先例蕴含的良好的实质性理由，包括良好的社会目标、与正义的社会道德规范相一致等。法官在案件中给出的实质理由是普通法传统的一个合理要求，这意味着现在判决某一案件所采用的理由可能也为将来遇到的同样案件所采用。这两种力量来源都看重裁决案件所依赖的理由。“我们必须意识到，[法院的]判决意见通常仅仅是事后的正当化证明，仅仅使得判决对于法律听众而言看起来是合理的，而事实上，判决在书写判决意见之前就已经形成，而真正的判决理由却可能从来不为我们所知。此外，我们也必须记住，在任何案件中，判决意见都可能揭示了真正的裁决过程，无论如何，它都是影响将来的相似案件与其他法院的一个有力因素。”[35]也就是说，先例只有同时满足如下两个条件才能为当前待决案件提供清晰的指引：其一，先例陈述关于处理案件事实的一般规则时，必须表明清晰的实质理由，而不能仅仅说存在处理该事实的规则；其二，先例陈述的理由是有意义的。“如果法官能有意识地解释，为什么他们认为一个或一组特定的先例以他们在当前案件中塑造该先例的方式进行解释(或区分、遵循)是重要的……那么，就能加速制定出能指引和控制我们的更好的规则。”[36]

然而，在司法的形式化风格中，一个判决的合理性来源于“遵循先例”这一行为，就一个类似案件而言，只要后来的法院遵循了已决案件(先例)所确立的原则或规则，那么，该判决就是合理的；该先例自身蕴含的良好的实质性理由并不在考量范围之内。如此而来，判决理由就等同于决定案件的规则。一方面，裁判的前瞻性要求被忽略，只求在过去裁判中寻得支持当前待决案件的规则和原则，却无视当前待决案件一旦作出裁决，也是在为将来类似案件确立先例：“对于将来的问题，它始终保持缄默。”[37]另一方面，法官把遵循先例仅仅视为屈服于权威，无视先例中蕴含的实质性理由，当就待决案件出现相互冲突的先例时，他们不去甄别支持每一个先例的那些实质理由，而是去寻找先例与当前待决案件形式上的相似性。并且，“对尚无先例的新的案件，唯权威是从的法官可能会真正感到如履薄冰。对他们来说，法律纯粹由权威组成，而这些情况下权威却了无踪影。他们宁愿把裁判建立在没有真正拘束力的先例之上，也不愿在可利用的实质理由基础上创造出一个新的先例”[38]。

第三，忽视审判结果的实质正义。在机械的审判中，概念通过一种人为的法律推理过程以一种逻辑的方式发展出来，其代价却是实际审判结果的丧失[39]，先辈们得出判决的“合理方法被遗忘，而不合理的结论却被宣布为真理……一种科学的法理学变成


China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

了机械法理学……原则不再被用于使规则符合案件,规则变成了固定的、最终的形式,案件必须符合这些规则"[40]。法官过度沉溺于抽象的法律概念,脱离了这些概念适用的具体情景;对社会与个人的利益视而不见;认为将一个法律规则或概念的本质与法律后果相区分是可能的,从而应当脱离实际效用对概念进行抽象的思考;无视法律的目标和宗旨,拒绝追问"法律为什么是这样的";将法律科学的概念和方法归入数学当中,所有的法律推理都成了纯粹的计算与逻辑推演问题[41]。这样的机械审判典型地体现在1905年的"洛克纳诉纽约州案"[42]当中。联邦最高法院判定纽约州的《面包坊法》违反联邦宪法第十四修正案的规定——任何州非经正当程序不得剥夺任何人的生命、自由和财产。佩克汉姆大法官(Justice Peckham)撰写的多数意见认为:"该项限制雇员在雇主的面包房中工作的工时数的立法必然干涉了雇主与雇员间的合同自由。签订与自己的生意有关的合同的基本权利是联邦宪法第十四修正案保护的个人自由的一部分。……买卖劳动力的权利是第十四修正案保护的自由的一部分。"[43]

这一判决之所以是形式化的,不仅因为它的结果,也因为它的推理过程。在结果上,它奉行"上帝只帮助自助的人"的社会达尔文主义,尊崇自由放任主义,无视经济和社会的不平等,阻止通过社会立法扩大社会福利、保护弱小者,实际上损害了雇员的实质权利。"政府对经济的规制不仅是不可欲的,也是不必要的,因为合同自由本身就确保了在所有个体之间都存在一种讨价还价的平等权利。在一个体现最小强制和干预的经济制度中,每个人都平等地享有不受限制地参与或拒绝参与经济交易的权利。"[44]在推理过程上,它将判决结果描绘为逻辑上必需的唯一选择,"合同自由这一概念构成了逻辑推演的基础。法院并没有去探究当把合同自由这一概念运用到具体情形中,这一逻辑推演会产生何种实际后果"[45]。结构的完整、概念与规则的和谐、逻辑的清晰成了美学目标,法律所应具有的功能性的美——对政策的考量、对技术之准确度的把握、对待审案件的正义、对未来的正确指引以及适宜的判决意见通通被遗忘,唯有权威、形式与逻辑本身受到法官的重视。"权威就是权威;逻辑就是逻辑;确定性就是确定性;法官的情感和智慧在法律工作中并没有一席之地;美学追求的是冷冰冰的明晰性。这种冷冰冰的明晰性并不是通过发展先例的意义来实现的,而是通过削减那些(本有利于法律之成长却)不利于结构之明晰的因素实现的。"[46]

(三)目标之虚

根据法律形式主义,"法律这个概念,蕴含了统一性、规则性和可预测性诸理念。依照法律展开的司法活动,是受法律规范、尤其是规则支配的。……具体案件必须服从法律规范之一般性和确定性的需要,也必须服从规范适用之统一性和平等性的需要"[47]。这是一种对基础的渴望:"在圣经考证与达尔文、斯宾塞的'战火'中,那些坐在审判席上的年长的法官们在另一个最为稳固的基础上找到了安慰,他们喜欢权威甚于喜欢扩张解释,他们喜欢能带来明晰性和体系化的法律方法,哪怕代价是要砍掉利于法律发展的枝叶。"[48]他们寻求某种具有伦理、道德中立性的"必然之事"为人之行为设定条件和限制,据法司法就是在法官的偏离权限受到严格限制的既定体系中根据确定的法律进行审判。这种"必然之事"根源于教条主义的确定性幻觉,坚信"应当有、必然有、也只能有一个唯一的正确答案,如果有多种答案,那就是错误的,是违反本质的。如果运用到法律治理当中,在实践上就会是颠覆性的"[49]。

因而,"法律推理应该仅仅根据客观事实、明确的规则以及逻辑去决定一切为法律所要求的具体行为。假如法律能如此运作,那么无论谁做裁决,法律推理都会导出同样的裁决。审判就不会因为人的个性差异而变化。法律和法律推理将足以使律师有信心地去预测政府官员的行为。法官就可以无需判断力而裁决案件。评论者也可以有信心说,司法判决是依法作出的"[50]。只要建立一套完整、精密和恒定的原则和规则体系,就能确保法律普遍、稳定和永久地存续下去,规则能够助长案件的可预测性和确定性,规则预先规定了案件结果:"法律确定性,是以演绎推理为基础对一个诉讼案件结果的预测,而演绎推理则以内容已经确定的法律规则为前提。"[51]法官们具体通过遵循先例原则来保证这种"唯一正解"式的法律确定性,"遵循先例原则赋予了已决案件对其他后来案件的权威性力量,而不论此已决案件后来是

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

否会被认为在判决过程中没有适当地依据原则。……和‘原则’不相一致的那么一两个判决可能会被当成‘不好的权威’而被搁置起来,在其被推翻之前却从来不会完全不被考虑。然而一系列既定先例,尽管起初与‘原则’并不相一致,却成了具有约束力的法律,并且这个无缝的原则之网也必须被重新布置以容纳此一系列先例”[52],以确保先例及其体现的规则与原则整体上看起来具有一致性、连贯性和确定性。

总之,法律形式主义“满足于通过逃往观念领域这种形而上学替代物来满足确定性的寻求”[53];以为“逻辑是在法律发展中发挥作用的唯一力量……逻辑的方法和形式满足了植根于每个人心中的对确定性与和谐的寻求”[54]。可是,这种确定性观念是虚幻的,“不仅混淆了作出判决的过程与证明一个判决正当的模式,而且夸大了演绎逻辑影响、证明实际判决的作用”[55]。

### 三、批判之后:寻求现实的确定性

法律现实主义对法律形式主义的批判表明,法律形式主义本质上是一种自我欺骗,幻想每一个新出现的案件都应当从业已存在的法律规则中演绎推论出判决[56]。法律形式主义高度的抽象化与一体化只不过是空洞的、外强中干的堡垒,其哲学上的整体化与早期古典自由主义奉行的自由放任主义联姻,共同成为维护现行财富与权力分配的工具,其形式化的“真理”倾覆了变动不居的生活现实所具有的丰富性。法律形式主义使得规则与行为发生了分离,法律概念与规则的抽象性远离社会现实,对于解释或描述具有重大社会意义的法律无甚助益;司法的形式化风格使得判决意见载明的裁判理由可能并不是法官作出该判决的真正理由,判决意见中载明的规则与法官的实际裁判行为也可能发生了分离。这样的做法对预测行为——尤其是预测法官的裁判行为——只有有限的作用,仅有概念和先例并不能确保法院审判中的确定性和可预测性。规则中心论和传统先例原理的失败在于鼓吹非确定性具有确定性,以规则为中心并不能准确地预测将来的司法行为,因而法律形式主义并不能为律师、公众提供可据以预测法院行为的准确指引[57]。

然而,法律现实主义者们从始至终质疑的都是法律形式主义有关法律确定性本质和范围的观点,而非质疑法律实质上应该是确定的这一命题[58]。他们只是表明规则和先例并不能单独确认法院决策过程中的确定性和可预测性,要求“对规则公式进行以预测为目的的检验:如同规则是对法院将要如何进行判决的审慎预测。这一洞识并不意味着不存在法律确定性,而只是意味着法律确定性的基础不仅仅在于某一或某些规则存在这一事实”[59],“强调如何才能实现判例法中以前未曾实现的充分程度的可预测性与确定性,在面对不确定的、相互冲突的法律规则的情形下,努力辨识出法律确定性的源泉”[60],试图“在律师和法官们的操作性技术之中、在一些特定的判例的事实之中以及在‘现实生活规范’之中,发现实现‘法律确定性’的其他工具”[61]。这也是为什么大多数法律现实主义最终都诉诸社会科学的经验研究,去观察、描述法院实际的司法过程,发现影响司法判决的诸多因素[62]。例如,卢埃林针对概念形式主义,诉诸社会科学方法,试图创立一种新的、“现实的”经验法律科学,对稳定审判之因素进行社会科学考察;针对规则形式主义的审判实践,主张回到法律技艺传统改革裁判方式,探寻法学方法、宏大风格与情景感等具体的操作性技术。再如,当代新法律现实主义们着力强调经验研究和交叉学科研究的重要性,旨在发展出一种经验性研究范式,透析行动中的法与书本上的法之间的差距,关注争议案件中法律官员和公众的实际行为,试图将法律理论和经验研究有效地勾连在一起,从而为理解法律和形成法律政策提供更为坚实的基础[63]。

---

**注释:**

①参见斯蒂芬·M.菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想—— 一次思想航行》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第166-193页。

②为消除自由资本主义到垄断资本主义过渡时期的种种社会弊端,重建社会价值体系和经济秩序,美国1900年-1917年间进行了一系列政治、经济和社会改革,史称进步运动。进步主义法学家与现实主义法学家都反对法律形式主义保守僵化的司法,但庞德等进步主义者认为法律只是变革的工具,形式主义错在没有正确认识法律维护社会福利的工具价值。卢埃林等现实主义者认为,法律科学的任务是分析现实法律制度的功能及有效运转条件,形式主义错在剪裁法律实践的多样性,僵化适用法律在理论与司法实践中都导致诸多矛盾,致使法律不确定性渐长。


China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

③See G. Edward White, From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America, 58 Virginia Law Review, 1972, p. 1003.

④参见陆宇峰:《美国法律现实主义:内容、兴衰及其影响》,《清华法学》2010年第6期,第92页。就实现法律确定性这一根本目标而言,也许现实主义者(尤其是卢埃林)与形式主义者的相似之处大于他们与其同仁进步主义者之间的共鸣,即"法律现实主义者……也不提倡抛弃兰代尔派法学的基本原则……'法律是一门科学的口号'就变成了'法律是一种社会科学'"。"应用兰代尔本人提供的东西做自己的主要武器:案例汇编中报告的案例是我们进行系统和科学研究的实验材料。"(格兰特·吉尔莫:《美国法的时代》,董春华译,潘汉典校,法律出版社2009年版,第139页、第125页。)不过,与兰代尔案例教学法精挑细选、人为裁剪案例从中提炼规则、整理逻辑自洽的体系不同,法律现实主义者的案例汇编材料旨在呈现司法过程的实际运作情况。卢埃林的《买卖法判例与材料》(Cases and Materials on the Law of Sales)被视为这类教材的开山之作,内容不仅包括判决,而且包括对规则及其发展的历史分析,还分析了经济状况、商事惯例等可能影响买卖双方及中间人行为与预期的法外因素;强调先例案件事实的意义大于先例所蕴含的规则的意义,认为案件事实是对各种商事情景的具体说明,是体会现实生活情景的良好素材。(See William Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, University of Oklahoma Press, 1985, p. 132.)

⑤"这场革命可能仅仅是一场宫廷革命,顶多是更换了门前的卫兵。"(格兰特·吉尔莫:《美国法的时代》,董春华译,潘汉典校,法律出版社2009年版,第138页。)

⑥Anthony J. Sebok, Legal Positivism in American Jurisprudence, Cambridge University Press, 1998, p. 82.

⑦Anthony J. Sebok, Supra note 6, p. 57.

⑧"概念形式主义"与"规则形式主义"的表达参考了塔玛纳哈对法律形式主义观念的概括,参见布赖恩·Z.塔玛纳哈:《法律工具主义》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第71页。

⑨Anthony J. Sebok, Supra note 5, p. 87.

⑩格兰特·吉尔莫:《美国法的时代》,董春华译,潘汉典校,法律出版社2009年版,第67页。

⑪Richard H. Pildes, Forms of Formalism, 66 The University of Chicago Law Review, 1999, pp. 608-609.

⑫ Ernest J. Weinrib, Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, 97 The Yale Law Journal, 1988, p. 962.

⑬丹尼斯·帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第33页。

⑭See Paul N. Cox, An Interpretation and(Partial)Defense of Legal Formalism, 36 Indiana Law Review, 2003, pp. 59-60.

⑮See Paul N. Cox, Supra note 14, p. 68.

⑯托马斯·C.格雷:《兰代尔的正统观念》,樊安译,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》(总第3卷),北京大学出版社2009年版,第34页。

⑰Brain Leiter, Positivism, Formalism, Realism, 99 Columbia Law Review, 1999 p. 1145.

⑱Brain Leiter, Supra note 17, p. 1146.

⑲本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第27页。

⑳ Roscoe Pound, Liberty of Contract, 18 The Yale Law Journal, 1909, p. 469.

㉑Anthony J. Sebok, Supra note 6, p. 106.

㉒See John Dewey, Logical Method and Law, in William W. Fisher Ⅲ, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed(eds.),American Legal Realism, Oxford University Press, 1993, pp. 188-191.

㉓同前注⑲,第26页。

㉔John Dewey, Supra note 22, p. 190.

㉕"把律令或规则、或者作为规则之逻辑对应物的权利——总而言之,语词——用作思考法律的参照中心这一做法阻碍了对法律问题的明晰思考。"Karl Llewellyn, The Common Law Tradition: Deciding Appeals, Little Brown and Company, 1960, p.12.

㉖ Karl Llewellyn, A Realistic Jurisprudence—The Next Step, 30 Columbia Law Review, 1930, p. 442.

㉗See Karl Llewellyn, Supra note 26, pp. 442-443.

㉘See Karl Llewellyn, Supra note 26, pp. 443-444.

㉙See Karl Llewellyn, The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, Oceana Publications, 1960, p. 52.

㉚ See Karl Llewellyn, Some Realism about Realism: Respounding to Dean Pound, 44 Harvard Law Review, 1931, p. 1252.

㉛See Karl Llewellyn, Supra note 29, pp. 61-69.

㉜See Karl Llewellyn, Supra note 29, pp. 67-68.

㉝See Karl Llewellyn, Supra note 29, p. 68.

㉞尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第71页。

㉟Quoted in N. E. H. Hull, Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence, University of Chicago Press, 1997 p. 178.

㊱Karl Llewellyn, Impressions of the Conference on Precedent, in Karl Llewellyn, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, University of Chicago Press, 1962, p. 126.

㊲Herman Oliphant, A Return to Srare Decisis, 14 American Bar Association Journal, 1928, p. 75.

㊳罗伯特·S.萨默斯:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第172-173页。

㊴See Roscoe Pound, Supra note 20, p. 457.

㊵ Roscoe Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 Columbia Law Review, 1908, pp. 606-607.

㊶参见H. L. A.哈特:《耶林的概念天国与现代分析法学》,载H. L A.哈特:《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第280-281页。

㊷Lochner V. New York, 198 U. S. 45(1905).1895年,纽约州通过了一部《面包坊法》(Bakeshop Act),规定面包制作业必须为工人提供卫生的工作环境,并减少工时。受此法打击最

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

沉重的是小面包业主，他们的雇员总数通常不超过5人。洛克纳正是纽约的一个小面包房主人，他认为，这个立法侵犯了他的“合同自由”。而合同自由的概念是从宪法第14修正案中的“同等保护”条款引伸出来的，所以这个立法侵犯了他的宪法第14修正案权利。他在被判罚款后上诉，在纽约州最高法院以3比2败诉，在联邦上诉法院以4比3败诉，最后在联邦最高法院以5比4胜诉。多数意见认为：合同自由就是买卖劳动力的自由，属于宪法第14修正案保护的自由的一部分。纽约州的法律是对“雇主在某种情况下允许工人在他的作坊里工作10小时以上的一项禁令”，这项法律也杜绝了工人“挣一些额外收入”的机会，所以这项法律侵犯了面包坊主洛克纳和他的雇工之间的合同自由。

㊸Lochner V. New York, 198 U. S. 53(1905).

㊹ Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Oxford University Press, 1995, p. 27.

㊺See Roscoe Pound, Supra note 40,p.616.

㊻ Karl Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful in Law, in Karl Llewellyn, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice, University of Chicago Press, 1962, pp. 183-184.

㊼罗斯科·庞德：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社2003年版，第114-115页。

㊽Karl Llewellyn, Supra note 46, p. 184.

㊾See Karl Llewellyn, Supra note 13, p.213.

㊿史蒂文·J. 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社1998年版，第3-4页。

(51) Karl Llewellyn, The Case Law System in America, Paul Gewirtz(ed.), Michael Ansaldi(trans.), University of Chicago Press, 1989, p. 76.

(52)托马斯·C. 格雷：《兰代尔的正统观念》，樊安译，载邓正来主编：《西方法律哲学家研究年刊》(总第3卷)，北京大学出版社2009年版，第42-43页。

(53)尤根·哈贝马斯：《论杜威的〈确定性的寻求〉》，童世骏译，载约翰·杜威：《确定性的寻求——关于知行关系的研究》，傅统先译，上海人民出版社2005年版，第3-4页。

(54) Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, in Oliver Wendell Holmes, Collected Legal Papers, Peter Smith, 1952 pp. 180-181.

(55)William Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, University of Oklahoma Press, 1985 p. 205.

(56)See Karl Llewellyn, Supra note 51, p. 48.

(57) See David E. Ingersoll, Karl Llewellyn, American Legal Realism, and Contemporary Legal Behavioralism, 76 Ethics, 1966, p. 255.

(58)参见布赖恩·Z. 塔玛纳哈：《法律工具主义》，陈虎、杨洁译，北京大学出版社2016年版，第102页。

(59) Neil MacCormick & Zipporah Batshaw Wiseman, Book Review: Llewellyn Revisited, 70 Texas Law Review, 1992, p. 776.

(60)See Karl Llewellyn, Supra note 51,p. xvii.

(61)See Karl Llewellyn, Supra note 51,p. xvi.

(62)布赖恩·莱特认为法律现实主义者诉诸社会科学方法，为法理学中的自然主义转向奠定了基础。根据莱特，法律现实主义者对法理学的贡献在于将哲学中的自然主义和实用主义引进法理学：通过引进自然主义，他们提供了一种与社会科学中的经验研究相一致的审判理论；通过引进实用主义，他们提供了一种使律师能够预测法院将要做什么的审判理论。See Brian Leiter, Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence, 76 Texas Law Review, 1997, pp. 285-286.

(63) See Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, The New Legal Realism, 75 The University of Chicago Law Review, 2008, pp. 832-835. 另见斯图尔特·麦考利：《新老法律现实主义：“今非昔比”》，范愉译，《政法论坛》2006年第4期；范愉：《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》，《中国法学》2006年第4期；周国兴：《法律不确定性命题——一个问题史的考察》，《环球法律评论》2010年第6期。

## A Realistic Critique on Legal Formalism

**Zhou Guoxing**

**Abstract**: Legal Formalism embodies concept-formalism and rule-formalism. According to legal realists, it makes a mistake in logic, practice and fundamental appeal. Firstly, it disregards the context in which the concepts apply and mistakes syllogism for the only model of logic, so it doesn't mirror real legal practice. Secondly, it not only ignores the two faces of stare decisis, but also overlooks the substantive reasons and justice of judicial decision. Lastly, it searches an illusory certainty with only correct answer. Actually, legal realists don't object the proposition that law should be certain, they just criticize such view as false, and illusory certainty. Legal realists resort to empirical research in social science so as to find the source of real legal certainty.

**Key words**: legal formalism; legal realism; certainty


China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/