

# 实用主义法官眼中“法律的成长”

——读卡多佐《司法过程的性质》

李逸斯

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

【摘要】《司法过程的性质》阐释了美国大法官卡多佐的实用主义司法哲学,描绘了一位实用主义法官眼中经验的、渐进成长中的法律世界。当今中国的司法实践与实用主义有诸多相似之处,但失之毫厘谬以千里。

【关键词】卡多佐;实用主义;法律成长;中国司法

《司法过程的性质》是一部被波斯纳评价为“第一次由一位法官解释如何进行审判推理的系统性的努力,第一次由法官清楚的说明他的关于实践判断的司法哲学的严肃的努力”的经典之作,系统阐述了美国自大法官霍姆斯以来形成的实用主义司法哲学。本文将尝试从实用主义的哲学背景出发,解读《司法过程的性质》背后的司法哲学世界观。

## 一、“法律的生命不是逻辑,而是经验”

卡多佐的哲学思想渊源于美国实用主义者威廉·詹姆斯,而在法律思想上则融合了霍姆斯的实用主义法学和庞德社会学法学。实用主义者眼中的世界是一个经验的世界。“经验”不是实体或精神,而是一种“整体的流变”,它包含着“什么”和“怎样”,包含着事实和人的价值,包含着主、客观两个方面。所以经验的世界是一个不确定的世界,既无先在的永恒法则和天赋观念,亦不存在可以遵从行事的外在事实。因此必须从具体的和整体的角度对生活本身进行反省,从而寻求一条行动的道路。我们由反省导致行动,行动的经验又不断地积累新的信念,因为这些东西都是连续的,所以我们的一切基于行动的认知,一切基于人类行动的知识都由这个连续进化的过程而形成。只要人类在思考、在行动,这个进化过程将永无休止。这是一个知识、技术都在进化的世界。就法律而言,它具有不确定性,卡多佐认为这种不确定性是不可避免的。当然,“不确定性”并不意味着法律秩序是任意的或混乱的,它只是避开了在字面上解决问题,避开不变的原则和封闭的体系,以及绝对与先在,追求具体与恰当、事实和行动、个别中的一般和一般中的个别。在这种对事实和经验的追求中,法律不断修正自我,不断地进化、成长。霍姆斯认为,法官必须用一种创造性的心智来探查过去的规则,并为当下的世界提供便当的、能够服务于人的生活法律规则和法律行动来。换句话说,“法律的生命不是逻辑,而是经验”,但法律不是简单的经验积累,它需要创造性的思考和实践,这是司法的任务之一。继承了霍姆斯的观点,卡多佐站在社会学以及社会学法学的立场上,更加鲜明地指出“修正是法律的成长。它是法律的生命所在。”当社会现实发生了变化,出现了法律所不能覆盖的新的情况,或是人们对正义的认识发生了变化,法律也应当与时俱进。法律就在不断服从于社会进步所提出的正当要求、不断变化与现实相契合的过程中不断流变、

进步。

## 二、“从‘进化的棱镜’来阅读法律”

作为行动指南和裁判规范的法律,从长远的角度上看它是不确定的,但它再短时间内是稳定的,法律的发展表现为在潜移默化中向前成长,从而避免了大规模的变化给人们带来的无所适从。卡多佐从其司法经验中总结出了法官所要面对三类案件:第一类是事实与适用规则均简单明了的案件,法官所要思考的只是“对事实如何适用法律规则”,第二类案件事实是明晰的,规则也是确定的,但是规则的适用却成问题,答案常常并不惟一,因而需要法官斟酌诸端,综合为判;第三类是“疑难案件”,“在这些并非寻常的案件中,相关规则尚付阙如,或者呈现出诡谲的不确定性,法庭因而具有作出多种判决的可能性”。也就是说,面对同样的事实,不同法官“可以找到言之成理的或者相当有说服力的理由来支持这一种结论或者另一种结论”。在上述三类案件中,前两类案件构成了法院的大部分事务,二者在数量上要远远超过第三类案件。在英美法系中,前两类案件的审理都有相应的先例可循,可以说,法官司法的主要任务就是遵循先例,遵循先例为司法判决中“经验”的发挥指明了限度,从而实现司法裁判的公平和统一,保证法律的逻辑性、融贯性和一致性。

然而,推动法律进化的恰恰是并非寻常的“疑难案件”,它们出现在实在法的空白之处,出现在成文法以及判例法不足以满足司法判决的需要之时。面对这些案件,法官需要通过“强调效用的规则、以是否符合目标作为检验真理的根据与标准”去发现立法者的“隐含之义”,填补“空白”之处,从而保持法律理性的逻辑、连贯和一致。就在这个过程中,法官调和法律的稳定与进步,为法律的成长提供可能。新的判决产生之后也就成为一个先例,它所揭示的规则和原则会影响其后类似的案件的判决。但这些新的规则和原则同它所取代的那些一样,并非终极真理,需要得到经验的检验,以证明其自身的价值和力量。卡多佐认为判例法的规则和原则从来也没有被当做终极真理,他将法院比喻成重大的法律实验室,法官在司法过程中不断检测这些规则和原则是否合法、合理。“在这个无穷无尽的检验和再检验过程中”,渣滓会被舍弃,法官的错误和偏执会被抹去;所有真正纯粹、合理和精致的、面向不断延展的将来的规则和原则

# 从《赎罪》看麦克尤恩的元小说叙事艺术

夏田田

(温州职业技术学院 浙江 温州 325035)

【摘要】《赎罪》的元小说叙事策略不仅体现为小说文本自身强烈的“自我意识”，还在于作家麦克尤恩把这种“自我意识”上升为一种赎罪的方式，形成了独特的元小说赎罪。仅此而言，麦克尤恩不仅是英国小说传统的集大成者，更是英国小说的开拓者，他本身就是英国当代文坛的一种现象。

【关键词】麦克尤恩《赎罪》元小说

麦克尤恩是70年代英国文坛涌现出来的新秀。《赎罪》是麦克尤恩2001年出版的一部小说。小说出版后在评论界引起较大反响，好评如潮，被认为是麦克尤恩最出色的一部小说。“元小说”这个术语虽然是20世纪的产物，但是“元小说”的实践却古已有之，可以说是什么时候有了小说，什么时候就有了元小说的实践，甚至可以说元小说实践比现代小说出现的更早，然而评论家在评论麦克尤恩(Ian McEwan)的小说《赎罪》(Atonement)的时候，“元小说”是一个频频提到的批评术语。为什么元小说概念在麦克尤恩这里会突现出来？他的元小说叙事策略有什么新颖的地方？在虚构与真实之间，他到底进行了什么样的探索？本文认为《赎罪》叙述文本除了本身具有强烈的

将不断保留。

实用主义司法哲学这种渐进变化、重视未来、注重后果的法律追求在美国法的实践中体现得淋漓尽致。在“遵循先例”原则上，美国法表现出很大的灵活性和伸缩性，美国联邦最高法院经常改变先前所做的判决。如在种族隔离问题上，联邦最高法院一开始由判例确认“分离但平等”的原则，此后在黑人的抗争下废除此而确认了“不加分离”的原则。

### 三、实用主义的“案件事实”与中国语境下的“客观真实”

中国人历来以“实用主义”著称。那么将中国人所谓的“实用主义”运用于司法过程，是否会产生和卡多佐实用主义司法哲学一样的灿烂成果呢？当笔者用前文所述的司法哲学世界观来检视自己所接触到的中国司法实践时，发现事实大相径庭。如前所述，实用主义者眼中的世界是“经验”的，而“经验”是渗透着价值观念、人格特征等主体性因素和外界环境影响的活动。因此实用主义司法哲学中的“案件事实”并不是自然形成的，而是人为造成的，是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官能力以及法律教育成规等诸如此类的事物而构造出来的。实用主义司法哲学一方面透过既有的法律或先例去观察和构建案件事实，另一方面又对构造过程的人为因素保持警惕，采用详细的事实描述和精致的技术，并通过不断的“实验”修正或挑战的前见。

而在中国语境下，客观真实一直是中国司法的追求，要求彻底查明案件真相。进一步讲，即是追求司法的确定性，严格控制法官的主观判断。然而，案件事实的客观性和司法的确定性

“自我意识”之外，还把这种“自我意识”上升为一种赎罪的方式，模糊了虚构与真实之间的界限，使得《赎罪》带有浓厚的后现代主义色彩。

### 一、一部关于小说创作的小说

《赎罪》的主题并不新颖，叙述的是一位小说家布里奥妮·塔利斯(Briony Tallis)在童年时的一次错误指控而导致她姐姐塞西莉娅·塔利斯(Cecilia Tallis)的男友罗比(Robbie Turner)入狱，犯下罪行，她企图为她过失赎罪，然而最终却发现赎罪的不可能的故事。但叙事文本具有强烈的“自我意识”，这种强烈的“自我意识”在麦克尤恩的文本《赎罪》中是一种有意识的行为，这种小说关注小说创作本身的“自我意识”行

并未因信仰客观真实而出现，相反，对客观性的过分强调支持和强化着法官的调查权力，甚至使其超越法律去发现事实。司法过程中，法官就如同历史学家，需要面对过去的事实，并只能根据过去事实的片段去重构、认定“案件事实”。虽然中国语境下的“客观真实”亦是一种重构与认定，但却已本质区别于实用主义司法哲学中“案件事实”的塑造过程。因为中国法官有着更少受到法律制约和自我克制的权力去建构事实，他们并不具备实用主义司法哲学中对法官进行限制这一前提。简而言之，实用主义司法哲学尊重“经验”、尊重构建的“案件事实”，但警惕人为性的过分建构。从这点上看，失之毫厘谬以千里，中国司法与实用主义司法有着本质的区别。

法律基于“经验”，趋向于事实和行动。它是不确定，随着社会的发展而呈现渐进式的发展状态。研习卡多佐的著作，解读实用主义司法哲学，反思自身的司法哲学观，实用主义完全可能在中国的土地上发挥出它应有的价值和作用。

### 参 考 文 献

- [1][美]理查德·A·波斯纳，张海峰译。卡多佐的司法哲学[J]。比较法研究。2005(4)
- [2][美]奥利弗·温德尔·霍姆斯，冉浩，姚中秋译。普通法[M]。北京：中国政法大学出版社，2006
- [3][美]本杰明·卡多佐，董炯，彭冰译。法律的成长·法律科学的悖论[M]。北京：中国法制出版社，2002
- [4]梁治平。法律的文化解释[M]。北京：三联书店，1994