

# 塔玛纳哈“工具主义命题”的反思与证伪

马 斌

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200030)

**摘 要:** 尽管对法律工具主义与法治的讨论由来已久,但在理论层面探讨工具主义法学与法治逻辑关联的文献并不多见。美国学者布雷恩·塔玛纳哈在对工具主义思想进行发生学探究的基础上提出了工具主义命题:法律作为实现共同目标的手段,保证了工具主义法律观作为法治的理据之一,但在共同利益难以确定的情况下,法律工具主义无疑是对法治的致命威胁。通过批判性检视塔氏的工具主义命题,冷静地剖析工具主义法律观的要旨与论据,一方面可以清醒地认识到工具主义对法治可能造成危害,另一方面也不会忽略工具主义法学可资借鉴的启示意义。

**关键词:** 工具主义法学;法治;形式主义;法律现实主义

**DOI:**10.13806/j.cnki.issn 1008-7095.2016.01.006

## 一、问题引出

如果说在美国法学传统中能找出一套独具特色、令美国学者引以为荣的法律哲学,工具主义法学则当之无愧。源于对理性的执着,对进步时代的回应,工具主义法学至今仍以法律实用主义、法经济学,法律与社会科学等形态影响着美国的法律文化。甚至工具主义法学完全有资格成为与分析法学、历史法学和自然法学相并列的第四大流派。<sup>①</sup>若在法律移植的问题上探讨外来理论学说的适应性,这自不待言,但基于传统已根深蒂固的本土学说能否与一国的社会文化底蕴相契合,却鲜有学者论之。美国著名学者布雷恩·Z.塔玛纳哈(Brian Z. Tamanaha)<sup>②</sup>在深入考察法治理念与工具主义法律观的历史演变之后,结合美国法律文化情景而提出的“工具主义命题”,就是在理性的狂热中对该问题进行冷静思考的成果。

塔玛纳哈的工具主义命题在《危机中的法治:法律作为达到目的之手段》一书中得到最完整的表述:工具主义不断侵蚀法治的根基。首先,工具主义法律观已经根深蒂固,遍及立法,法学教

收稿日期:2015-06-27

作者简介:马斌,上海交通大学凯原法学院博士研究生。

① Robert S. Summers, “Pragmatic Instrumentalism and American Legal Theory”, in *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 67.

② 塔玛纳哈关于从“薄弱”到“浓厚”法治类型的经典划分早已为我国学者所注意并作为理论依据。如张文显:《法哲学通论》,辽宁人民出版社,2009年,第280页。黄文艺:《为形式法治辩护》,《中国法律发展的法哲学反思》,法律出版社,2010年,第118—120页。徐继强:《论作为法律之德的法治——基于塔玛纳哈“薄的法治”概念所做的分析》,《环球法律评论》2009年第2期。截至目前,有两部著作已被译成中文:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年;《一般法理学:以法律与社会的关系为视角》,郑海平译,北京:中国政法大学出版社2012年。

育,法律职业活动以及司法领域,但法律作为实现社会的共同利益(Social Good)的工具<sup>③</sup>这个原初的整体性(integrated)命题在20世纪已发生扭曲:“法律作为工具”已成为常识,但是“共同利益”却越来越难以实现。法律如今成了可被注入任何内容的空洞容器(empty vessel),被看成为达到其个人利益、团体或政治利益的有力工具,<sup>④</sup>这种态势严重削弱了美国民众对法治的信仰。其次,多数学者至今还未清醒地意识到问题的根源所在,往往将法治信仰的衰落归结为立法不完善,法官和律师缺乏职业操守等表层现象。殊不知上述问题其实存在着共性,那就是工具主义法律观对立法以及司法所带来的压力所致。<sup>⑤</sup>塔氏对工具主义与法治的论断,其理论意义与实践价值无须再证。因为在我国,“法律工具主义”这个称谓早已出现,但是理论上的探讨却不甚充分。较早时期,郑成良、周永坤、谢晖等学者曾深刻指出了法律工具主义作为“观念”可能带来的危害。但此后在相当长的一段时期内,“工具主义”成为避之唯恐不及的话题,工具主义法学生存的理论空间也近乎为零。从近些年的文献来看,随着法律的实用性研究,法律与社会的互动逐渐获得了一定的席位,季卫东、范进学、柯华庆、焦海博等学者<sup>⑥</sup>开始从工具主义法学中发掘可供借鉴的理论资源。但廓清概念,冷静地剖析工具主义法学背后的逻辑仍是不可避免的基础性工作:如果对工具主义必须时刻保持警觉,要抵制的是什么?如果工具主义作为理论学说(法经济学、法律与社会理论、法律实用主义)仍有值得肯定之处,那么可保留的又是什么?

尽管塔玛纳哈针对的是美国工具主义法学,但从一般理论学说来看,不失为一个探讨工具主义法学的良好契机。鉴于工具主义法学并不是自成体系的理论而是零散的论断组成的大杂烩,且塔玛纳哈所触及的要点确为工具主义法学的核心部分,所以没有必要单独就工具主义法学进行阐述。本文对塔玛纳哈的工具主义命题做一番批判性检视,并从以下两方面削弱塔玛纳哈的论题:(1)从逻辑上来看,法律作为实现共同利益的工具这一界定不能成立;(2)工具主义侵蚀法治的根基只在一定程度上是正确的。工具主义法学的还原论主张,即法律仅仅是(nothing but)工具无疑与法治精神相悖,必须坚决纠正,在这一点上塔玛纳哈的提示是正确的。但抛开还原论,工具主义法学关注法律的工具性维度,强调手段之于目标的重要性,强调法律的动态性和可塑性,这是法治由理想变为现实不可或缺的理论元素,不能全盘加以否定。

## 二、法律工具观的成因、兴盛及后果

塔玛纳哈的工具主义命题源于对法治原则、对法律工具观起源和演变的历史考察,因此首先应立足于文本对其做一番概述。

### (一) 法律工具观的源起

启蒙运动以及边沁和耶林的思想是塔玛纳哈梳理法律工具观的起点。塔玛纳哈将自然法与神法、习惯法统称为非工具法律传统,其特征为:法律的内容是预先决定并内在于法律本身;法律制定是人类不断发现而不是创造的产物;法律本身具备内在整体性和自治性结构,并由某

③ “Good”一词含有伦理以及政治哲学上的“善”的形而上含义,需要依靠语境来翻译。但是塔玛纳哈在著作中交替使用“Social Good, Public Good, Public Welfare”这几个术语,未作任何区分,很明显塔玛纳哈所强调的是法律目的“公共性”品格。因此本文统一译为“共同利益”,但尊重相应引证文献译者的原意,本文以下也会出现共同目标、公共福利等概念,不再赘述。

④ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

⑤ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, 2006, p. 8.

⑥ 季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京:北京大学出版,2005年,第51—53页。焦海博,范进学:《美国法律的工具主义改革及其启示》,《学习与探索》2012年第2期;焦海博:《中美法律工具主义比较分析及其启示》,《江苏警官学院学报》2013年第5期。

种形而上的力量所决定。<sup>⑦</sup> 自然法、神法以及日耳曼习惯法代表着普适性的自然秩序,这个信仰从古罗马到中世纪,至英格兰的《大宪章》最终获准的时代从未中断过,但启蒙运动改变了这一切。

启蒙运动旨在运用理性来驱逐一切形而上学的迷思。因此,作为权威来源的习惯和宗教传统也要受到理性的审视。既然科学的精确性和确定性是一切知识部门的目标,法学家也要在他们的知识领域里追求这些特性,以便骄傲地称得上“法律科学”。<sup>⑧</sup> 但是塔玛纳哈敏锐地洞察到,非工具主义法律传统虽然内置在科学的体系中,工具主义此时已经开始萌芽。具体而言,科学是以一般的术语和原则从诸多事件偶然性的联系、影响中发现因果关系,本身即为理性指导下的人类活动。通过科学的改造,法律本身作为体现自然与正义原则的秩序已经转变为科学认知的客体,其不过是构建秩序的来源(source),法律的功能与目的是提供并维持此种秩序。<sup>⑨</sup> 这个变化虽不易察觉但十分关键,它标志着法律由目的本身变为达到目的的手段,法律作为自然秩序和正义的统一体发生分离并以实在法的形态出现。启蒙运动过后,随着自然科学以及社会科学的逐渐升温,自然法以及普通法不仅被认为是智识的迷信,而且是社会进步的阻力,因此边沁(Jeremy Bentham)率先在普通法体系中提出工具主义法律观。边沁将启蒙运动的进步观念发挥至极,认为普通法在法律回望和社会现实之间拉开了距离,从而只能是阻碍改革,而无法藉先例提供连贯性。只有作为自由、市场以及社会、政治改革的某种功能时,法律才是实实在在存在着的。<sup>⑩</sup> 耶林在边沁的基础上将法律工具理论推进了一大步,法律不是体现普适性的正义和自然秩序的综合体系,需要依靠立法者敏锐的智慧,对社会不断变动的人类共同利益和目的进行识别与建构的工具,法律作为科学已经从满足自身确定性转变到依赖于社会目的,功效自然就与正义一起成为评价法律的价值标准。

## (二) 巅峰时期:美国工具主义革命

工具主义法学在美国本土的确立不是一蹴而就的,塔玛纳哈首先对美国法学理论的嬗变进行了深入考察。从18世纪到19世纪末期,非工具法律观在美国以两种方式表现,其一是由习惯以及自然法则构成的普通法,而法律作为理性的科学则是非工具主义法律观的另一种形态。<sup>⑪</sup> 但是非工具主义法律观的两种形态并未维持太久。普通法的形式主义作为法治国家的支撑虽然顽强地抵挡住法典化运动,虽然通过兰德尔主义缓解了科学的压力,但最终还是难以捍卫其自身。伴随着19世纪末期社会结构和经济的动荡,以及社会科学、詹姆士和杜威领衔的实用主义哲学和进步主义运动的兴起,形式主义逐渐被认为是社会进步的障碍,法院基于形式主义频频废除社会福利立法是既得利益集团维持社会不平等的借口,边沁与耶林的工具性思想恰逢其时地成为反对形式主义的理论武器,由此产生了声势浩大的工具主义革命。

整体来看,法律工具主义革命不仅仅是法学理论的变革,“也是回应构成形式主义基础的某些重要观念,包括自由放任主义、适者生存观、广义的司法保守主义以及自然法学。”<sup>⑫</sup> 工具主义

<sup>⑦</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 11.

<sup>⑧</sup> 维拉曼特:《法律导引》,张智仁等译,上海:上海人民出版社,2003年,第135页。

<sup>⑨</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 21.

<sup>⑩</sup> 伊恩·沃德:《法律批判理论导引》,李诚予,岳林译,上海:上海三联书店,2011年,第120—121页。

<sup>⑪</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 12.

<sup>⑫</sup> Robert S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca: Cornell University Press, 1982, p. 28.

者指责形式主义冻结法律的内容,对社会情势的变迁和利益的需求置若罔闻。<sup>⑬</sup> 作为推崇工具主义的运动,法律现实主义完美地融合了边沁和耶林的早期理论形态:法律应当是实现共同利益的工具,通过形成政策作为引领社会进步的力量并应当以经验的社会效果来对法律体系进行改造。与边沁对布莱克斯通的嘲讽如出一辙,霍姆斯、庞德与格雷均坚持,法律是立法者,法官意志的产物。不仅福利立法是必要的,而且法官也应当积极造法,并支持社会福利立法。法律必须根据不断发展的社会公共利益随时进行矫正。法律规则,原则以及概念没有(概念形式主义所坚持的)必要的(Necessary)内容。法律的内容是完全开放的,法律体系是一个依赖社会目的而进行填补和修正的装置。<sup>⑭</sup> 虽然现实主义运动在二战之后隐退,但是随后兴起的法律过程学派,法律与社会运动以及法律与经济学无不起源于法律现实主义。尽管各种学派的观点并非完全一致,但都是对一个理念从不同的角度继续推进:法律是达到目的之工具,是实现共同利益的工具。

### (三) 工具论与法治的张力

如果说法律要依据社会效果进行评判,那么在塔玛纳哈看来,一个世纪过后,应当对法律工具主义本身的效果进行检验。法治作为流行近千年的社会治理的原则,难以用简短的篇幅进行概括。但塔玛纳哈认为,法治的意蕴却亘古不变:法律是发现的而不是创造的,法治划定了君主或主权国家机构即使采取立法也不能侵犯的禁区,最后明确限定了法律的目的——实现共同的幸福。<sup>⑮</sup> 通过对法律工具主义的追根溯源,塔玛纳哈认为,经过19、20世纪的变迁,上述两个法律理念在美国法律文化中均受到挑战。

针对第一个问题,法治是限制王权和立法者的意志的体现,法治从古罗马到中世纪的发展历史就是对君主专制的斗争史。但是工具性法律观的确立,意味着自然法、神法和习惯法丧失了对实证法内容的制约,这不仅动摇了法治的根基,甚至掏空了法律的内容。由于被剥夺了固有的内容,法律与其他的工具或武器别无二致,成为中立性的形式结构,法律作为工具为了实现其目的可以被增添任何内容。针对第二个即法律的目标问题,工具主义者虽然否认法律有固定的先决内容,仍然坚持法律必须服务于共同利益。对此塔玛纳哈指出,工具主义者显然忽略了早期的共同利益恰恰是以自然法或神圣的普通法为基础的,普通法的正当性也源自其保障社会共同利益的能力。令工具主义者始料未及的是,20世纪已经进入不确定的时代,爱因斯坦的相对论颠覆了牛顿的经典物理学,相对主义弥漫在自然科学、语言学与伦理科学中。到了20世纪30年代,知识分子发现,很难证明一套道德价值或文化信条要优于其他的道德价值或文化信条。所有的文化和价值都同样正确。<sup>⑯</sup> 在缺乏对共同目标的一致意见的情况下,工具主义法律观的隐含意义是:法律是民主进程中利益集团之间的妥协或竞争,成功的收益归胜利者所有。<sup>⑰</sup> 立法者可以利用形式合法性的程序决定法律的内容;律师们可以利用法律为当事人及自身谋求利益;法官为其判决的社会效果从而保障自身职位考虑而能动地解释、创造法律,法治国家变成了拥有资源的各方主体利用法律相互斗争而维护自身利益的竞技场。如果法律以及法律机构仅仅是胜利者手中的武器,是被利用其强制的力量来保障胜利者地位的工具,法治如何要求公民服从?塔玛纳哈认为,处于竞争劣势的一方对法治的服从已不再是法律代表共同利益所施加的

<sup>⑬</sup> Brian Z. Tamanaha, "On the Instrumental View of Law in American Legal Culture", in Francis J. Mootz ed. *On Philosophy in American Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 29.

<sup>⑭</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 70.

<sup>⑮</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 215.

<sup>⑯</sup> 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,第212页。

<sup>⑰</sup> 塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉:武汉大学出版社,2010年,第101页。

规范性义务,要么出于对法律机构强制力的畏惧,要么是期望着有朝一日也能够利用法律而获胜。<sup>⑮</sup>从立法,到行政再到诉讼,各方参与者不是在寻求对冲突利益进行妥协或平衡,由于利益纷争只具有排他性而非以多元化为主调,导致美国法治文化处于危机之中且尚无明确可行的出路。<sup>⑯</sup>

### 三、再探工具主义要旨:建构共同目标?

法律作为实现共同利益的工具,这是塔玛纳哈工具主义命题的前半部分,也是塔氏对工具主义法学的定义。但这种界定是不是符合工具主义法学的理论宗旨,必须进行审慎的考量。历史回顾虽然是必要的工作,但是单向度的时空阶段论能否准确描绘美国法律的演变脉络,本身就存在争议。举例来说,按照达科布利的考察,美国法理学界在现实主义之前就已经出现反对形式主义的征兆。<sup>⑰</sup>尽管时空条件不能作为削弱塔玛纳哈工具命题的标准,笔者认为有一个方法可以对塔氏的工具命题证伪,那就是采用解构的手法,用塔玛纳哈本人确定的标准来评判其命题本身的融贯性,这里只需以边沁和斯托里(Joseph Story, 1779—1845)为主线即可发觉塔玛纳哈推理脉络的含混之处。

按照塔玛纳哈的观点,19世纪中后期,虽然科学已经动摇了自然权利等普通法理念,但此时美国主流思想仍坚持普通法的内容是先决的,法官依据普通法所做的司法判决仅仅是发现而非创造规则。斯托里等法官们虽不遗余力地修正普通法使其适应并推动经济发展,这其实源于普通法二元性中的动态维度,并不是利用法律“决定社会发展的方向”。<sup>⑱</sup>与霍维茨、菲尔德曼的观点相左,<sup>⑲</sup>塔玛纳哈认为严格的法律工具观并没有出现。尽管这个时期法官所持的工具主义观颇具影响力,但依然以非工具法律观为原则框架,质言之,法官们虽然考虑了法律的工具效能,但这种行为只要是为了确保社会变革恪守普通法的理性、原则和习惯,那么法官持非工具法律观并以功能的视角看待法律,两者之间并不冲突。<sup>⑳</sup>由此可见,塔玛纳哈对法律工具观的界定比较清楚:法律(自然法、理性或习惯等形式)实际上反映并适应社会进步,只有将法律用于改良社会现状才属于真正的法律工具观范畴,法官废除福利立法乃是坚持当时被称得上是正统思想的自由放任意识形态,即防止政府不当干预。如果按照塔玛纳哈的标准,那么法律工具观登场亮相的真实社会背景就是个值得再探的问题。现在可以重新界定边沁的思想,此处塔玛纳哈明显忽视了两个关键之处。首先,边沁虽然倡导“法律改革”但并非“用法律进行改革”,这个细微的区别却是至关重要的。无可否认,边沁坚持立法确实在客观上导致了法律内容的开放性,但是受贝卡利亚以及亚当·斯密的影响,边沁尽管热衷于法律改革却依然是自由放任主义的支持者,一直汲汲于这样一种理念:一旦法制获得整饬革新,基本无须再进行立法性干预。<sup>㉑</sup>法律作

⑮ See Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, pp. 223—225.

⑯ Brian Z. Tamanaha, “On the Instrumental View of Law in American Legal Culture”, p. 33.

⑰ Neil Duxbury, *Patterns of America Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 10.

⑱ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 34.

⑲ 美国法律史学家莫顿·霍维茨认为,法律工具主义早在19世纪初就已经出现,斯托里法官就是典型代表,他的私法观点是功利主义,自觉地调和并促进有利于商业的目标,而公法观点又是形式主义的,为防止利益的再分配。菲尔德曼也指出,从大约1820年以后,美国法律思想的特征不但包括它对自然法的持续的信念,而且同时还包括一种正在萌芽的对于实际和工具性判决的忠诚。参见莫顿·J·霍维茨:《美国法变迁:1780—1860》,谢鸿飞译,中国政法大学出版社,2004年,第386页;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》,第137页。

⑳ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 34.

㉑ 丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,北京:法律出版社,2007年,第260页。

为实现共同幸福的工具仅仅是消极意义上的,因为这个共同幸福虽可被达致却是个人追求个体幸福的结果,并非法律人依靠自然或社会科学所建构,立法反而对此不能积极干涉。边沁并未主张利用法律改良社会,这与斯托里等法官的做法是相差不二的。其次,塔玛纳哈认为工具性思维要以目标为本位,那么法律的内容必须具有开放性,随着目标的不同而变动,<sup>②5</sup>可以说唯立论就是工具主义法律观的同义语。但是边沁坚持立法至上主要是限制法官的裁量权,抵制法官在普通法虚幻外表下隐藏的恣意妄为,这一点也是国内外学者的共识。尽管用上述两点概括边沁的思想有简化之嫌,但按照塔玛纳哈本人设定的标准来衡量,边沁还称不上是严格的工具主义者,这一点是无可置疑的。

随着以下内容的展开,塔玛纳哈的论证技巧就会浮出水面。众所周知,尽管边沁和耶林对美国法学进程的影响甚广,但充其量只是奠定了法律工具观的理论基础,从未占据19世纪美国法律文化的主流。塔玛纳哈本人也承认,法律工具主义虽归功于边沁与耶林,但是就美国本土而言,法律现实主义运动才是主要动因。<sup>②6</sup>因为美国本土的工具主义革命完成了从思想到行动,从“实然”到“应然”的转化:法律应当被当作实现目的的工具。这就说明严格的工具主义法律观应当是在20世纪早期才获确立。但是严格的法律工具观一旦起源于工具主义革命,塔玛纳哈就面临一个时空上的矛盾,以共同利益为宗旨之假设就会破产。(1)塔玛纳哈所指的“不确定时代”,也即非欧几里德几何学、爱因斯坦的相对论,海森伯格的“不确定原理”逐获承认,这些事实早在19世纪晚期就已经出现,而且对客观性、对普适价值和绝对真理的信赖已出现危机,这一点恰恰是塔玛纳哈本人的文章中所提到的。<sup>②7</sup>(2)上文中不同学者对斯托里法官时期的司法哲学观点迥异,这间接说明了“共同利益”在美国法律文化中已经遭到质疑,至少霍维茨等学者开始质疑斯托里法官的做法。利益集团的形成也标志着此时普通法的自然权利已经不代表“整体”,法治理想迫切需要重新论证。在这个情境下,破除形式主义、自然权利迷思的工具主义革命才出现。质言之,工具主义者已经预料到共识很难达成这一既定事实,这一点在后期以哈特、萨克斯代表的法律程序学派中最为鲜明。程序学派认为,依靠法律解决纠纷并不是先要找到最终答案,而是设计一套社会普遍赞同的程序以保证处理结果被广泛接受。诚然具体结论势必不会得到所有人赞同,但如果解决方案聊胜于无,那就至少要找到化解争议的程序。”<sup>②8</sup>塔玛纳哈认为,法律工具主义声称法律是实现共同利益的工具,这显然与工具主义革命的真实历史情境相悖。(3)作为当今工具主义法学的旗帜性人物,罗伯特·萨默斯在全面考察工具主义相关思想之后,认为工具主义者并未系统地处理目标的本质和目标结构问题,<sup>②9</sup>恰好反向证明了共同目标并不是工具主义法律观的旨趣所在,也并不是工具主义者对社会科学抱有的憧憬。综合以上三方面,塔玛纳哈对工具主义的界定隐藏了一个逻辑前设,确切说也是本节上边已提到的论证技巧:只有将工具主义外延尽可能扩大,只有追溯到启蒙时期,追溯到边沁,也就是工具主义所坚持“共同利益”必须先于美国工具主义革命出现,才能保证其命题的合理性。塔玛纳哈割裂了工具主义的原初背景并将其从文化情境中抽离出来,随后反向将工具主义观与共同利益进行概念上的捏合,认为工具主义法律观没有实现建构共同目标这项重任,其论证思路不仅颠倒因果,甚至存在逻辑上的混乱。

<sup>②5</sup> Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, p. 43.

<sup>②6</sup> Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 45.

<sup>②7</sup> Brian Z. Tamanaha, “On the Instrumental View of Law in American Legal Culture”, p. 30.

<sup>②8</sup> Henry M. Hart and Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* W N. Eskridge and Philip Frickey eds. New York: Foundation Press, 1994, p. lxxxiv.

<sup>②9</sup> Robert S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, p. 61.

#### 四、工具主义法学:为法治能提供什么?

通过上一节的内容,可以看出共同目标作为判断工具主义法学的标准,不仅与工具主义法学产生的真实背景相左,更严重的是,工具主义观的不同形态与侧重点在“共同目标”的裹挟下完全被遮蔽掉了。一旦摘掉这层标签,在共同目标难以达致的前提下来重省工具主义法学的宗旨,我们即刻会发觉,工具主义法律观应当分为两个类型:只注重手段的工具主义还原论,以杜威、庞德、卡尔·卢埃林为主要代表,另一边则为郎·富勒、约瑟夫·拉兹和萨默斯等人,这些学者强调法律工具性效用但同时注重手段和目标的整体性,反对早期工具主义法律观割裂了手段和目标的关系。既然“共同目标”是塔玛纳哈对工具主义法律观的统括,且工具主义侵蚀法治这个命题就是在此基础上推衍出来的,那么工具主义法律观一旦有不同的形态,其与法治的关系就必须分别进行审视。

塔玛纳哈认为,工具主义法律观需要以共同目标作为基础,这对于工具主义还原论来说是正确的,虽然工具主义法学与共同目标不存在逻辑上的因果关系,但并不是说两者之间毫无关联。从社会情势来看,工具主义所依赖的集体共识已日渐式微,因为美国在20世纪六七十年代见证了大规模的社会剧变,与之相关的是争取公民权利的斗争、反越战的抗议、对校车计划的抵制,这些与对惨淡的经济前景(经济滞胀与石油危机)、政治腐败(水门事件)、性革命和迷幻药等更广泛的焦虑交织在一起。<sup>⑩</sup>如果法律仅仅是国家行使强制力的工具,同时共同利益还难以达成一致的情况下,处于竞争态势中的团体或个人要么凭借法律满足自身的利益,要么利用法律对抗他人,因此“法律即工具”的还原论确实是造成法治危机的可能根源,在这一点上塔玛纳哈是正确的。但塔氏将法律工具主义的还原论等同于工具主义法学的全部,并笼统地得出结论,认为法律工具观与法治存在天然的紧张关系,这一点是站不住脚的。

第一,工具主义法学对于形而上“共同利益”的理论贡献确实乏善可陈,但这恰恰是价值多元背景下巩固法治理念的可行之道,应当承认工具主义法学本身的理论优势。类似于法律实证主义,这里涉及法律工具观的“二元命题”。以历史的眼光来看,普通法与抽象的共同利益有着难以切割的关联,塔玛纳哈令人信服地指出了这一点。正如考文(Corwin, E. S)所言:“赋予宪法以至正性并不是由于其推定的渊源,而是由于其假定的内容,即它体现的一种实质的、永恒不变的正义。”<sup>⑪</sup>换言之,美国《独立宣言》中诸如人人平等、自由这些不言而喻的真理在当初是被宣布而并不是立法者创造出来的,成文宪法仅仅是记载并公示这些神圣原则的书面文件。但这里有一点需要注意,尽管保留了“是”与“应当”的二元法律观,但法律工具观也强调价值的重要性,只不过它注重正义、民主和法治的实现方式而非空谈价值问题,从而有别于自然法学。菲尔德曼在解释普通法和司法工具主义时所引述的柏拉图主义,可作为强有力的佐证。按照柏拉图的理念论,理念是普遍的和不变的,而具体个案则发生变化,它们却显示了但却永远不能完美例证这些理念。<sup>⑫</sup>回到法治的信仰问题上,如果限制在“实然”层面,一旦法治理想的现实表达不尽如人意,可以归结为法律制度在设计上的缺憾,可以认为现行法律体系没有切实有效地践行法治精神。在这种情况下,美国民众不会质疑法治理念本身,因为法律体系可经过改良而不断进步,不断接近法治理想。如果将法治混淆在价值层面,一旦共同目标的确定出现问题,就会波及法治本身从而产生哈贝马斯指出的“合法性危机”。拉兹在论及法治时曾提到:“如果目前很难构建一套完整的,包含道德、价值在内的社会哲学,那么一旦将法治等同于良法之治,反而会使法

⑩ 塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,第94页。

⑪ 爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,生活·读书·新知三联书店,1996年,IV, V。

⑫ 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》,第140页。

律丧失其功能。这样一来法治就会卷入关于公平、正义、民主等政治术语无休止的争论之中。”<sup>③</sup>与塔玛纳哈的论题相反,强调法律的工具性之维与法治理想并不存在天然的紧张关系。

第二,塔玛纳哈所担忧的“空洞化倾向”,也只是在工具主义还原论范畴内有效,因为还原论把诸多目标背后隐藏的价值问题还原为事实问题,比如杜威坚持认为,自由和权利归根结底是如何设计出最有效的手段问题。<sup>④</sup>但是排除还原论,工具主义法学强调手段与目的统一性,与法律的空洞化无必然联系。手段之于目标的意义不仅限于上述的工具性价值,手段甚至构成诸多目标的概念成分。(1)从手段和目标的外部结构来看,“任何法律形式都是目的和手段的组合物,以实现哪种目标为主决定着法律的不同形式。因此,全面地描述法律的本质,必须分析这些手段所服务的不同目的,”<sup>⑤</sup>这里强调的是目标的重要性。(2)从目标的概念成分来看,“法律手段往往是目的本身不可或缺的构成要素,以致于脱离了手段的抽象目的本身不会有明确的内涵。如果将目标从实现目标的全部手段中抽离出来的话,我们将无法正确理解这些目标的确切涵义。只有在诸多可行的程序允许的范围内,才能实现各种社会目的。必须先找到可行性手段才能进一步对可欲求的目标进行审慎考虑。事先对可供选的各种手段进行分辨与取舍,这些工作对激发创造性思维是不可或缺的。”<sup>⑥</sup>以“平等”(equality)这个当今最为重要的目标为例就能说明这一点,倘若缺少实现平等的社会过程与秩序形式这些手段,谈论平等有何实际意义?<sup>⑦</sup>无视法律的工具性意义,法治无非是浪漫主义式的幻想。将法治由抽象的理念变为具体的目标,这是工具主义法学的特色所在。

第三,工具主义法学强调法律的“人为性”和“可塑性”,这是确保法律内容良善的必要条件。甚至可以说,法律的人为性和可塑性未得到应有的重视,亦是造成法律内容的空洞化进一步加深的原因。萨默斯曾精辟地指出,由于最初设计法律制度的先贤早已作古,法律的人为性表面上来看已不那么明显,不过有一点是无可否认的,现行法律的部分内容如果是从先前立法中所借鉴的,这些法律在当时同样是由肩负建章立制的设计者运用智慧与技术所创。<sup>⑧</sup>法律的可塑性特征机械设备一样,人们不断改进现有的机器设备,逐步淘汰落后的机器设备,可以说法律同样如此:现行法可以不断被修正,旧法也可以废止。但法律的人为性特征渐趋淡化,这在实践和理论两个层面都导致了许多不利的后果。“由于忽视了这项基本事实,如今许多公民很可能没意识到,确保现行法律的优良品质是他们作为民主国家公民义不容辞的责任。”<sup>⑨</sup>此外,许多人会认为从传统中继承的现行法律内容是先决的(given),或是自然本性的一部分,而不是人类创造活动的产物,由此人们也就无法认清法律是可以通过选任立法者进行修正与废止的事物。”<sup>⑩</sup>公

③ See Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, pp. 211—212.

④ John Dewey, *Force and Coercion*, *International Journal of Ethics*, 1916, 26 (3): p. 366.

⑤ Robert S. Summers, “Pragmatic Instrumentalism in twentieth Century American Legal Thought”, *Cornell Law Review*, 1981, 66(5): p. 886.

⑥ Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford: Edward Arnold, 1984, p. 76. 在纠正工具主义割裂手段与目标时,萨默斯用“朴素工具主义”(native instrumentalism)指代早期的工具主义法律观。虽然称呼不同,但与本文所指的“还原论”没有本质的区别。

⑦ Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*, p. 76.

⑧ Robert S. Summers, “Law as a Type of “Machine” Technology”, in *Essays in Legal Theory*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000, p. 45.

⑨ Robert S. Summers, “Law as a Type of “Machine” Technology”, p. 45. 杜威在早期也曾使用这个比喻, See Carla Faralli, “The Concept of Law according to Dewey’s Pragmatic Instrumentalism”, *Rechtstheorie*, Beiheft 11, 1991, p. 13.

⑩ Robert S. Summers, “Law as a Type of “Machine” Technology”, p. 45.



民责任感的缺失,完全不关心法律品质的优良与否,一定程度上也是造成法律空洞性,导致各方主体利用法律相互抗争的根源所在。更重要的是,法律就算获得通过,往往也是针对当下的社会环境,其内容也存在不全面从而尚需完善的部分,法律内容的意义也会随着时间的推移逐步变动。因此,内容的可变性对于法律的不断完善从而引导公民的责任意识而言尤为关键,无可置疑,这些都是巩固法治理念不可或缺的,也是工具主义法学对法治的贡献。

本文在对塔玛纳哈的工具主义命题证伪过程中,通过历史考察与概念分析,重新界定了工具主义法学的主旨与表现形式。一方面,法律即工具的本体还原论必须坚决抵制,因为一旦持法律仅仅是工具的论断,在美国多元价值并存的态势下,法律即成为争夺利益的工具,在我国官本位意识尚未完全消除的情况下,法律就会以阶级统治工具的面貌出现,无论哪种形式都与法治精神相违背。但另一方面也不能全盘否定法律的工具性维度,从理论意义上来看,法律制度的人为性和可塑性是现代法治参与式民主与多元价值沟通的逻辑前提,工具主义法学是勾连“是”与“应当”的过渡环节。从实践意义审视,工具主义法学的作用则更为明显,因为法律既然有工具性的一面,那么法学的任务就是要指出法律如何才能更好地实现目的,法律制度应当如何设计才能保证其在法治的轨道上运行。塔玛纳哈不加区别地全盘否定工具主义法律观,无异于将婴儿(工具效用)连同洗澡水(法律即工具的还原论)一起倒掉。

## Reflection on and Falsification of Tamanaha's Instrumentalism Claim

MA Bin

(Koguan Law School, Shanghai JiaoTong University, Shanghai 200240, China)

**Abstract:** Although discussions on the relation between legal instrumentalism and the rule of law can be found in pre-existing literature, theoretical discussions on the logical association of instrumental theory of law with the rule of law are few and far between. Based on Genesis inquiry into legal instrumentalism, Brian Z. Tamanaha has presented the notable instrumentalism claim: the theory of legal instrumentalism representing that law is an instrument to serve the common good guarantees itself as the rationale of the ideal of the rule of law. Coincided with the untenable definition of common good, however, insistence on legal instrumentalism constitutes the fatal threat to the rule of law. Critical examination of Tamanaha's instrumentalism claim at once sharpens awareness to its threat to the rule of law, and recognizes salutary suggestions offered by instrumental theory of law.

**Key words:** instrumental theory of law; the rule of law; formalism; legal realism

(责任编辑 孟宝棣)