

卢埃林的现实主义法学

沈宗灵

卡尔·卢埃林 (Karl N. Llewellyn, 1893—1962年), 美国现实主义法学的主要代表之一, 生前曾任耶鲁、芝加哥、哥伦比亚大学法学教授, 美国《统一商法典》起草人。主要著作有: 《棘丛——法律及其研究》(1930年初版)、《晒延人方式》(与霍贝尔合著, 1941年)、《普通法传统——上诉审》(1960年)和《法理学: 现实主义的理论和实践》(1962年)。

一、法律是官员关于纠纷的行为

卢埃林在30年代初的一篇题为《现实主义的一些现实主义——答庞德院长》的论文中, ①较全面地阐述了现实主义法学, 特别是他本人关于法律概念的基本思想。他认为, 现实主义法学有以下9个特征。

1. 法律是不断变化的, 是由司法创造的。
2. 法律是达到社会目的的一种手段, 而不是目的本身。因此, 应不断研究各部分法律的目的和效果。
3. 社会是不断变化的, 而且比法律变化更快, 因此要不断审查各部分法律是否与社会需要相适应。
4. 为了研究起见, 可暂时划分“实然”(is)和“应然”, 意思是在确定研究目标时, 必须诉诸价值判断, 但在研究“实然”本身时, 对有关事物关系的观察, 说明和确立应尽可能不受观察者意愿或伦理观念所支配。
5. 对以传统法律规则和概念来说明法院和人们的实际行为抱怀疑态度。
6. 与以上特征相应, 对法律规则在法院判决中起重要作用的学说也抱怀疑态度。
7. 主张将案件和法律情况作比过去更狭的分类。
8. 坚持从法律效果来评价法律
9. 坚持以上方针持久地和有计划地解决法律问题。②

从这些特征来看, 现实主义法学与以庞德为代表的社会学法学基本思想是一致的。主要差别是在以上第5、6两个特征上, 也即对法律规则的看法上。庞德关于法律的概念中包括了法律规则的成分, 而现实主义法学却对法律规则的作用和地位持有较为特殊的看法。

① 该文载《哈佛法学评论》1931年第44期, 第1222页。在此以前不久庞德(当时任哈佛大学法学院院长)在同一刊物上发表了《现实主义法学的号召一文》。

② 卢埃林:《法理学: 现实主义的理论和实践》, 芝加哥大学出版社1962年版, 第55—57页。

卢埃林的法律概念又是什么呢？他认为，社会上充满了纠纷，实际存在的或潜在的纠纷，待解决的和应预防的纠纷，它们都诉诸法律，成为法律的事务。“那些负责做这种事的人，无论是法官、警长、书记官、监管人员或律师，都是官员。这些官员关于纠纷做的事，在我看来，就是法律本身。”^①这一法律概念包括了他的两个基本思想：一是解决纠纷，二是官员行为。^②

他又指出，人们在讲法律时往往想到犯罪而不是纠纷。但从逻辑上讲，犯罪也是一种纠纷问题，而且纠纷是一个比犯罪更大更重要的范畴。从数量上讲，法院中的刑事案件远远少于一般民事案件。一般人还认为法律是一种行为规则，而且还有些法律看来也是与纠纷无关的。例如收入税申报单必须用同一格式的规则主要是为了方便而不是为了避免纠纷；电梯通道必须装上栏杆的规则主要也是为了避免伤亡，而不是避免纠纷。而且随着文明的发展，在愈来愈多的法律中，纠纷会日益消失，中心问题会成为对事务的安排或促使事情办得更迅速、容易和安全。但不管是否关于纠纷，或关于遗嘱何时生效等等，主要问题是官员将做什么，他们关于纠纷或其他任何事将做什么。他们所做的事有一种常规性（regularity），借此可以预测他们或其他官员以后将做什么。

在很多情况下，这种预测不能完全确定。因而特别对律师来说，另一个主要问题是研究如何使官员做你想要他做什么事。在这里，“规则”就显得重要了。因为法官认为他们必须遵守规则，人们也很同意他们这种想法。当然，当我们听到法官说他们必须受法律规则约束，必须遵守规则时，我们一定要将他们所说的和他们所做的加以比较，看他们的言行是否一致。总之，我们所必须研究的“法律”就是他们的行为以及可用以影响他们行为或我们如何对付他们行为的手段。在所有这些问题上，“规则”之所以重要仅在于它帮助我们了解或预测法官将做什么或帮助我们使法官做什么事。^③

这里应注意的是，卢埃林在30年代初所提出的法律就是官员关于纠纷的行为这种观点不断受到西方很多法学家的批评。因此，他在《棘丛》一书1950年版中，对上述观点作了某种修正。他说，他当时讲的那些话对任何一个律师来说，都代表了一个深刻的和往往是可悲的真理，这就是律师可以为他的当事人得到实际上能得到的东西而不能再多了。对任何诉讼人来讲，它们表示了一个更深刻的甚至往往是更可悲的真理，即不能实现的“权利”比没有用处更坏；它们是拖延不决、费钱和令人痛心的骗局。“然而，这些话是并未完全展开的不幸的话，充其量显然是对全部真理的一个很片面的陈述。”^④因为法律的一个职责多少是控制或指引官员。

有些西方法学家对卢埃林学说的批评主要集中在法律规则上，认为他否认或贬低规则的作用。同时，在现实主义法学家内部，弗兰克还将卢埃林列为“规则怀疑论者”的主要代表。但卢埃林本人却一再辩称，他从未否认过规则的存在。倒底他对法律规则如何看法？他所讲的法律规则又指什么？看来问题的关键是：他早在30年代初提出法律是官员关于纠纷的行为这一论点时，就已仿照庞德关于“书本上法律”（Law in book）和“行动中法律”（law in action）之分的观点，划分“纸面规则”（paper rule）和“实在规则”（real

① 卢埃林，《棘丛》，美国欧欣阿纳出版公司1960年版，第12页。

② 戈尔丁，《二十世纪美国的法理学和法律哲学》，载《美国法律教育刊物》1986年第36期，第470页。

③ 同①，第14页。

④ 同①，第9页。

rule)。 “人们要决定纸面规则中有多少是实在规则，有多少仅仅是纸面规则。要了解实际司法行为，要将纸面规则 and 实际加以比较。还要注意法官和律师在辩论中对纸面规则的用法以及这种规则的官方地位对判决的影响。”^①

他还认为，纸面规则的存在仅意味它们有适用可能性，这种可能性也是重要的，但有决定意义的是实际适用。认为规则是普遍适用的观点也是一种虚构。事实上，大部分规则仅在有限范围内适用，主要应考虑真正适用的范围，即官员适用的行为。^②显然，在他看来，法律规则有纸面的和实在的两种，纸面规则的作用是有限的，真正适用的是官员的行为。

当然，在分析卢埃林关于“官员行为”和“法律规则”的观点时，我们也应注意，他在50年代初已承认自己在20年前所发表的观点是有片面性的，也象所有法学家一样，他的法律思想也有一个发展的过程；特别是他本人长期从事起草《统一商法典》，并担任美国州法律统一委员会的工作。正如当代美国法理学教授戈尔丁在总结20世纪美国法理学的发展时所指出的，“随着时间的推移，卢埃林对（法律）规则已变得比较友好；同时《统一商法典》的主导精神也很难是否认规则。”^③

二、法律的功能

卢埃林法理学中的一个重要部分是有关法律功能的理论。他认为，就法律功能而论，法律是一种制度（institution），而制度是围绕一项工作或一连串工作的有组织的活动。因此，法律功能就是法律工作（law—jobs）。对社会和集体的存在来说，制度及其工作是很重要的。法律根源于社会生活并接受社会需要的检验。

法律制度是很复杂的，它不仅包括一批由概念和原则所组成的规则，而且还有使用前例之类的技能，特别是一套由价值和理想所构成的意识形态，它对整个法律制度有巨大影响。此外，还有大量的法律实践，有的很灵活，有的很硬性，它们决定在法律体系内那些可以或不可以做。所有这些东西以不同形式控制了“法律人”（men-of-law）的活动。

按照他的学说，法律功能或法律工作可以分为以下六项。^④

1. 解决麻烦事件（cleaning-up of trouble cases）。

这里所讲的“麻烦事件”是指不满、纠纷和冒犯行为等。处理这些事件无疑是法律工作的日常事务。不同社会集团在解决这类麻烦事件时，采用了各种手段，如冲锋枪或催泪瓦斯；具有法律约束力的妥协；国王、父亲和法官的裁决；通过选举或以电刑处死；革命、神喻，或几种方式的结合或某种方式的变形。

2. 在充满潜在矛盾的环境中行为进行引导（Channeling conduct）这里讲的“行为”包括习惯和期望。引导的目的在于消极地防止或减少麻烦事件，积极地使人们相互合作。

3. 特别在一个象美国那样的流动社会中，需要对行为进行再引导（rechanneling）以便建立新的习惯和期望使之适应不断变化的生活。

4. 在发生疑难或麻烦情况下作出权威性的决定权的分配（allotment）以及对这种决定权形式的调节。

① 卢埃林：《法理学：现实主义的理论和实践》，芝加哥大学出版社1962年版，第24页。

② 同①，第34—35页。

③ 《美国法律教育刊物》（Journal of Legal Education）1986年第36期，第472页。

④ 同①，第199—200、359、363页。

5. 对社会和集体的组织和工作提供刺激 (providing incentives)。这是法律制度的一项积极性的工作, 其目的是实现有效的领导和管理, 也就是为社会和集体提供动力。这种功能不同于仅仅分配决定权或使人们不相互争吵的消极机制。鼓励自由企业、缩短工时, 为增加产出而改善劳动条件等等都体现了这一功能。

6. 司法方法 (juristic method) 的工作, 即建立和利用使一切法律工作人员和机制出色地进行工作的技能。这一功能渗入到以上所有功能, 是指开展、保持和改进技能知识的特殊工作, 并通过法律教育和实例代代相传。如果法官、律师、立法者、行政官员能熟练地掌握这种技能, 他们就会体会到法律规则、概念等等对不同行业可以有不同含义。

他又认为, 这6项功能都可以认为是良好的 (good), 如果社会和集体是良好的话。这些功能又都可以包括两个方面。一个方面是为了保持社会和集体继续生存的最低限度的条件。这种基本需要是首先必须要满足的, 否则就谈不到法律良好的更高目标。

除了基本需要这一方面外, 法律还有一个追求良好的方面。其中包括了可以称之为作为技师的要求, 也即法律机制的有效性, 如效率、减少成本和浪费, 达到优美的程度。这种技师的理想也要求超越复杂性的简化, 接近人民。但大部分人在讲法律所追求良好时主要是指正义。将良好与正义一致起来是人们对法律的一个永恒不变的倾向。

正义指什么? 他认为正义包括四种属性。第一, 这是良好的一个方面。第二, 它必须致力于消除、避免和调整人们的冲突。第三, 它必须体现公平、公正。第四, 由于它是在可悲的短缺状态下起作用的, 因而东西不够分配, 解决的办法只能是照顾某些人而不是其他人, 或实行妥协。这是人们所知道的正义的主要属性, 即东西不够分配, 除非是有特别技能和特别好运道合在一起。^①

他还指出, 亚里士多德关于正义的著名论述对他并没有什么帮助。如果以国家和民族作为良好的主宰, 就是不顾这一事实: 无论国家和民族都是由人组成的。如果以个人为主宰, 则不顾另外两个事实, 首先, 人与人之间大有差别, 没有什么抽象的“个人”。其次, 个人只在社会范围中存在, 社会本身就意味各个集体和需要。

三、普通法传统

一般地说, 司法过程 (judicial process) 是现实主义法学的一个重要内容。卢埃林对这一问题的研究主要是他所称的普通法传统的上诉审风格 (style) 问题。

他首先指出, 美国 (指60年代初) 律师界对一般上诉法院 (不包括联邦最高法院) 的判决感到不安, 认为它们已从较稳定的判决转向随意的判决, 因而这种判决缺乏“可估性” (reckonability), 即使人难于预测, 结果就对法院产生“信任危机”。

他不同意律师界的这种看法。他认为当前对上诉法院作出判决的“可估性”远远超过对任何健全的人对处理纠纷机构的期望, 其可估性是以使有熟练技能的人对类似情况作出有价值的判断。为此, 他系统地论述了普通法传统中关于判例法用以保证上诉法院判决可估性的主要稳定因素 (steady factors)。^②

1. 以法律为条件的官员。美国法院的法官都受过法律训练。上诉法院法官一般有20多年

① 卢埃林, 《法理学: 现实主义的理论和实践》, 芝加哥大学出版社1962年版, 第203页。

② 卢埃林, 《普通法传统——上诉审》, 美国利特尔·布朗公司1960年版, 第19—51页。

从事法律工作的经验。他们看问题是戴着法律眼镜的。他们象律师而不是象外行人那样看待问题。他们特别象美国律师而不是象德国或巴西律师那样，他们深知判例是有权威的。

2.法律教条。人们一般认为，了解和讨论待判决的问题取决于一批法律教条。如果不发生疑问，就根据教条判决，如果真有怀疑，教条对判决仍有指导作用；在有很大麻烦时，也应争取判决同这种教条的某一部分在字面上和精神上保持适当一致。这种教条不仅指法律规则，（制定法和判例法），也包括概念，法律“领域”、原则、理想、倾向，以至思想感情和语调。

3.公认的教条技巧。一般认为，对教条材料只有通过有数的正确的技巧才能合适地使用。这些技巧有些是用语言表达的、可教导的和意识到的，有些则很少是用语言表达或加以教导，但却仍被认为是可知道的、意识到的和可学会的。其中很多是人们感觉到的并用标准方式加以使用，但却是使用者无意识地学会或使用的。

4.对正义的责任。人们对判决的指导和形成有一种根深蒂固的需要、义务和责任，即争取一个合乎正义的结果。当然，正义的追求可能同法律教条带来的压力发生矛盾。同时，对特定条件或有关情况讲，正义的意义一般是无形的和模糊不明的，而且可以因不同法院、法官而变化不定。但公认的讲法和想法可以减少这些差距。

5.单一的正确答案。对判决的传统看法是只能有一个正确的答案。现在美国许多上诉法院法官还是这种看法。我们很难肯定这种做法是否会增加对判决结果的总的可估性。但可以设想在不很麻烦的案件中，这种做法可能会增加（但代价过大）。在确实疑难案件中，这种做法会使判决带有较大危险性。

6.法院的一种意见。判决基本上是在服从公开“意见”的压力或甚至强制下作出的。这种意见告诉有关的人判决理由及其正确性和明智。这种意见还有一个向前看即超过本案影响的功能，它表明将来类似案件将如何判决。所以这种意见作为一种稳定因素有助于可估性。

7.来自下面的冻结了的记录。上诉庭在作出判决时在其职权范围所考虑的事实材料是被牢牢地围住的，其中包括初审情况记录以及一般情况知识和法院从外界生活的万花筒中所看到的一些令人吃惊的材料。但人们不用设想有损害、扰乱或改变案件画面的新事实。还有，如果初审中陪审官和法官根据相互冲突的证据作出裁决，上诉法院也假设自己已放弃了对这一问题的判断，仿佛任何有理性的人都会得到象初审法院那样的结论。

8.预先使问题限定、突出并拟定措词。

对上诉法院来说，最终的问题是例如维持前判，推翻前判或修改前判，中间的问题是例如错误问题的计数和排列。所有这些要上诉法院判决的每一个问题都已由法律工作者根据法律教条和程序，以基本上是固定的、印刷好的词语规定的了。这种做法有力地集中和限制了作出判决的讨论、思考和方向。

9.律师的对抗性辩论。美国上诉法院必须在律师辩论后才能作出判决，这种辩论有时是书面的，但大多是口头的。如果律师是老练的并且善于平衡的话，他们就能认定主要问题，汇集权威性论据，使事实因素清晰生动，阐明不同判决的可能后果，以有力的措词提出最富吸引力的规则，这样他们的辩论会大大提高对判决结果的可预测性。可是现在美国的律师辩论多半损害了可估性。首先是诉讼要点（brief）水平低下，其次是律师技能不平衡。

10.集体判决。一般认为，集体判决胜过单独一人判决，例如它便于从更广角度考虑问

题,少趋极端,保持更大连续性,等等。同时在书面判决中,有人注意过去,有人注意将来,这也有利于稳定性和判决过程本身的可估性。当然也发生个别或少数法官操纵集体判决的情况。

11.司法保障和诚实。上诉法院在制度上保证法院和法官不因作出不利于某人的判决而受攻击和报复。这种豁免权也具有法院判决可估性这种副产品。之所以说副产品,因为司法独立、法官终身制、治受贿行为等制度首先不是为了反对不可估性,而是为反对枉法判决。

12.已知的法庭。法院在5年或1年多时间中的判决意见是律师必须研究的材料。法庭想强烈显示的具有特色的传统不仅是工作方式,而且是观点以及法官之间的工作态度。这种传统当然是会有变化的。

13.一般的时期风格(period-style)。这也是提高对上诉法院判决可估性的一个重要稳定因素。关于这一问题以下再作论述。

14.专业的司法官职。官职是关于上诉审判决可估性的最重要因素。作出判决的人担任公职这一事实,不是讲什么“角色论”(role theory)或用什么“不偏不倚”的空洞概念可以说明的。当我们讲司法官是“公正的”这个词时,它是有很多意义的。我们肯定要加上“正直”。它还指一种不是消极而是积极的态度:法官必须竭尽全力设法正当地解决问题,不仅要想到诉讼当事人,而且要想到我们所有的人。我们对这个词还指另一种态度,即愿意真正倾听意见,了解情况,接受良好的理性和对此作出反应。我们还应在“不偏不倚”这个软弱的、空虚的词中加上一种动力,即努力辛勤工作,耐心、同情心,争取富有智慧的结果的思想。

卢埃林以上所讲的稳定因素是指美国普通法传统中存在对上诉审判决结果的可估性或可预测性的一系列条件。进一步,他又较系统地论证了其中一个条件,即普通法传统中的风格及其与判决结果可估性的关系问题。

他指出,上诉法院的风格是指它在特定时期怎样工作,它的总的观点,专业知识方针,法律人员所追求和关心的事物,工作及其结果的基调和风味。这种风格在不同时期有其特色,因此可以称为时期风格。就象建筑、绘画艺术、家俱、音乐戏剧等,都有不同时期风格一样,也象经济类型(如工业经济、农业经济)或社会学家、历史学家对政治制度史、文化史所讲的周期或螺旋形变化一样。^①

他又指出,从普通法传统,特别从美国法律自19世纪以来的发展中可以看出两种不同风格。一种是庄重风格(grand style),另一种是形式风格(formal style)。他赞成前一风格而反对后一风格。

所谓庄重风格(又可称为理性形态),主要是指诉诸理性而不是死板地服从前例,用他的话来说,这种风格的实质是“每一个现在的判决都应根据生活智慧来检验”,法律规则也应根据生活智慧加以改造。但同时,庄重风格也要求“认真考虑前例,但如果它已没有意义,就应经常重新探讨。还应公开研究“政策”。合适的原则必须考虑智慧和秩序。“无论是判例法或制定法,没有理性,就没有规则,法院对制定法的正常任务是不仅阅读法律,而且要根据目的和理性来实施法律。”^②总之,法院判案,不能仅依靠规则,而且要依靠智

① 卢埃林,《普通法传统——上诉审》,美国利特尔·布朗公司1960年版,第36页。

② 卢埃林,《法理学,现实主义的理论和实践》,芝加哥大学出版社1962年版,第217页。

慧、理性和环境感。

与此相反,形式风格主要是指仅仅根据法律规则判案,认为政策仅与立法部门有关,而与法院无关;判决意见是以演绎和单线形式来表述的;“原则”可以而且应该用来取消那些“异常”的案件或规则。

他还认为,美国法律在19世纪前半期,通常称为“形成时期”或“古典时期”(约自1820—1860年),显示了“庄重风格”占主导地位。以后就逐步转入“形式风格”占主导地位。但在20世纪30、40年代以来,庄重风格又占上风。

在庄重风格占主导地位的情况下,对上诉法院作出判决的可估性又怎样呢?他认为,律师界之所以会对上诉法院判决的可估性感到担忧,也即产生信任危机,主要是因为他们并未认识庄重风格又已占有优势。而这种风格的专门技能是不仅上诉法院法官,而且律师都能掌握的。由于判决是在庄重风格下作出的,也就是说是根据理性作出的,这种判决就具有合理程度的可估性。这种可估性决不是任何自动售货机或传送带之类的完全的可预测性,它是指逐个案件的可估性。

庄重风格不仅是防止不稳定性和矛盾以及寻求正义的最好手段,而且还是避免或减少分歧和不断创造和改进规则的有效方式。

四、简短的评论

近年来批判法学在美国迅速兴起。一般认为,从一定意义上说,批判法学是20、30年代现实主义法学的继续。两者都自称不是一个学派,而是一些持有类似思想倾向的人所掀起的学术运动,而参加这两个运动的人都被认为具有某种激进法学思想,反对传统法律思想。但现实主义法学主要反对的是以美国法学家兰达尔(C·C·Langdell,1826—1906)为代表的“概念论”或“形式主义”法学,而近年来的批判法学则主要反对现在美国法学中占主导地位的自由主义法律思想。

在西方法学界,随着批判法学的迅速兴起,也引起了对现实主义法学的重新注意。同时,也有很多人指出,卢埃林的学说是现实主义法学家中最有代表性的。^①

卢埃林关于法律是官员解决纠纷的行为的观点是颇引人注意的。霍姆斯和弗兰克认为法律是对法官判决的预测,而卢埃林更扩展了他们的观点,将法院判决改为官员解决纠纷的行为。

概念论或形式主义法学将法律规则(规范)看作僵化的东西,是永恒不变的、适用于任何情况的。这种观点显然是错误的。但现实主义法学从反对概念论法学出发而贬低甚至否认法律规则的作用,也同样是错误的。

法律的一个重要作用是解决纠纷,但它的作用远远不限于解决纠纷。一般地讲,解决纠纷固然需要官员的行为,但官员行为也需要法律规则的指引。进一步说,官员之所以称为官员,也正体现了法律规则的存在。总之,法律当然需要人(即卢埃林所称的官员)来制定和执行,但他们的这种行为并不等于法律或法律规则本身。

^① 参见W·特文宁,《谈谈现实主义法学》,载《纽约大学法律评论》1985年第3期;中译文载《法学译丛》1987年第14期第18页,仁堪译,戈尔丁,《美国二十世纪法理学和法律哲学》,《法律教育刊物》1986年26期,第470页。

在美国法律思想史中，围绕法官是否创造法律这一点，一直有三种不同的观点，一种是传统观点，认为法官仅发现法律而决不创造法律，另一种相反观点则认为法官始终在创造法律。再有一种是对以上两种观点兼容并蓄。事实上，在西方国家，一般地说，法官仅适用法律而并不创造法律。但在社会有较大变动或处理“疑难”案件时（主要指法律上疑难，如没有制定法相应规定也无判例法相应前例时），法院就需要通过法律解释、类推推理，根据某种原则或政策或其他法律手段来加以解决。

卢埃林关于法律就是官员解决纠纷的行为这种观点，从美国法律或司法总的实践来说，也是一种虚构。美国现行法律首先代表了美国资产阶级的意志和利益，法官也首先是为这一阶级服务的。为了维护自己的阶级利益，资产阶级容许并要求法官在特定情况下对适用法律采取较灵活的态度，但在一般情况下它不会容许法官任意行为而不顾法律规则，从而危害资产阶级作为一个整体的利益。因此，我们也完全可以理解，卢埃林提出这种观点后为什么一直受到西方大多数法学家的反对，为什么卢埃林本人在50年代初又公开修正自己的观点。

他所讲的关于法律的6项功能的观点主要是以他自己的颇为特别的词语表达了很多法学家关于法律功能（或作用）的观点，如解决相互矛盾，指引和调整人们行为，分配公共权力，为一切活动提供刺激等。比较特殊的是他将传授法律技能本身也列为法律的重要功能之一（即他所称的司法方法）。还有一个比较特殊的是他在讲法律功能时也阐述了他关于正义的解释。

很多实证主义法学家（包括一些分析实证主义法学家和社会实证主义法学家），强调“应然”和“实然”的对立，并主张法学作为一门科学应仅研究“实际存在的法律”而不应研究“应该是这样的法律”。与他们不同，卢埃林虽然也主张划分“应然”和“实然”，但却认为这只是“为了研究起见”而“暂时划分”。意思是在研究“实然”现象时，不应受自己主观意愿或伦理观念的支配，但在确定研究目标时必须坚持自己的价值判断，即价值观。因为不客观地研究实然现象也就不可能作出今后应该作什么的价值判断。

卢埃林认为法律除了保持社会和集体的基本需要外，必须追求正义。这就是他对法律的价值观。但是在阶级社会中，人们对正义必然会有各种不同的理解。他的理解是，正义主要是指“东西不够分配，解决办法只能是照顾某些人而不是其他人或者实行妥协。”这也就是说，在他看来，正义就是指人们必须承认社会在财富分配上应该是不平等的。当代西方思想家对正义提出了各种各样的解释，卢埃林的解释也是其中之一，它的特点可以说是“坦率地”表达了资产阶级的正义观。

卢埃林关于普通法传统的学说涉及到任何社会的法律制度，特别是司法制度的一个重要问题，即上诉法院判决的可估性及其风格问题。

在很多国家中，上诉法院的判决是终审判决。在普通法系国家中，判例法一般也是指上诉法院的判决。从这些意义上讲，上诉法院判决的可估性实质上体现了法律的可估性，或可预测性。如果同一上诉法院对类似案件的判决是大有差别的或动荡不定的，也就很难说法律还具有什么可预测性，而这种属性是构成法律规范性的一个重要特征。

卢埃林所分析的上诉法院判决可估性的14个稳定因素，其中仅极少数才是普通法系国家特有的，如对抗制辩论，大部分是一般国家法院共同具有的。如法官受过法律专业训练（也即他所说的“以法律为条件的官员”）；遵循法律规则（也即他所说的“法律教条”）；上诉审仅作法律审而不作事实审（即他所说的“来自下面的冻结了的记录”）；法官的豁免权；

集体判决；法官对正义的责任等等。他所讲的上诉法院的庄重风格和形式风格之分主要是指上诉法院判决是“诉诸理性还是死板地服从前例”。但是如果理性是指正确地思维的话，那么任何时期任何判决都应诉诸理性；如果服从前例是指服从正确的前例，当然也就是诉诸理性的体现。所以诉诸理性和服从正确的前例是一致的。但卢埃林的原意可能是指：在社会发生较大变革或处理特别疑难案件时，上诉法院就不应死板地服从前例，而应诉诸理性、智慧和环境感了。这也就是说，发生了通常所讲的“合法”和“合理”之间的矛盾了。但问题是：这里讲的法官的理性、智慧、环境感都是很抽象的词语，没有制度上的保障而仅依赖授予法官更大权力，这会又导致法律就是官员解决纠纷的行为之类的结论了。

当然，卢埃林的现实主义法学中也包括了一些颇有启发或值得借鉴的观点，例如他强调应研究法官和其他官员在执行法律时的实际行为，研究法律不应仅限于研究“纸面规则”而不顾“实在规则”；他从法律、司法制度上对保障上诉法院判决可估性的因素的分析，他对上诉法院判决风格的研究，等等。

（作者单位：北京大学法律系）

责任编辑：秦 凤

· 综 述 ·

军事行政诉讼问题研究综述

柯 严

为了配合《中华人民共和国行政诉讼法》的实施，正确解决军队适用行政诉讼法遇到的问题，北京军事法学会于1990年7月30日在北京召开了军事行政诉讼问题研讨会。来自全国人大法工委、国务院法制局、中央军委法制局、最高人民法院、中国社会科学院法学研究所、中国人民解放军总参谋部、总政治部、总后勤部、军事科学院、中国政法大学、中央民族学院、海军、北京军区等单位的三十余名专家、学者，以及从事立法、执法实际工作的同志参加了这次研讨会。现将会议主要讨论问题综述如下：

一、如何理解军队适用行政诉讼法问题

与会同志认为，弄清军队是否适用和如何适用行政诉讼法，首先要正确理解现行行政诉讼法第12条的规定，该条规定国防、外交等国家行为不适用行政诉讼法。什么是国防国家行为和非国家行为，二者如何划分，非国家行为是否存在，如何适用行政诉讼法？这是会议讨论的第一个热点。

有的同志指出，政府行为可以划分为国家行为和非国家的一般行政行为。政府以国家最高行政机关名义作出的对外涉及国家主权、对内涉及国家统治权的重大行为，属国家行为，如对外作战、对他国实行经济制裁、宣布部分地区戒严、举行军事演习等。国家行政行为的主体是最高行政机关，其内容涉及国家主权、安全和其他重大国家利益。国家行为并不直接影响私人（公民、法人或其他社会组织）的利益。国家行为不负行政法律责任，不能提起行政诉讼是世界各国的通例。我国行政诉讼法的规定正是反映了这一立法通例。但是，我们不能理解为凡属国防事务的行政行为均为国家行为。政府实施的有关国防管理的行政行为中，大多数是涉及私