

# 普通法系法律秩序的生成逻辑:《司法过程的性质》解读

何邦武, 吴昌花

(浙江理工大学法政学院, 杭州 310018)

**摘要:** 比较而言,普通法系中,经验理性主义的思维方式拒绝法律实践中的体系化和概念主义,法律的发展遵循着渐进式的成长模式,由此决定了法官是推动法律发展的核心力量。在卡多佐时代的美国,受实用主义哲学的影响,因应迅速变化的社会实践,“法官造法”尤为积极且重要。卡多佐其人及其《司法过程的性质》所演绎和诠释的正是普通法系的上述演进理性,这也是解读卡多佐及其《司法过程的性质》必须立足于普通法系如何成长的外在视角。

**关键词:** 普通法系; 法官造法; 法律秩序; 经验理性主义

**中图分类号:** D911-02      **文献标识码:** A

## 0 引言

无论是判例法还是成文法,作为既定的法律,虽然有判例制作者对法律精神的深刻把握,或者有立法者因对社会情势的合理预测而在立法上的适度超前,但是,当以其适用于其后发生的社会事实时,都无法避免因法律的滞后性而带来的适用不便甚至错误。除非先知先觉,“理有穷而情无限”是任何法律制度在其适用中都无法克服的痼疾。为此,必须授予法官一定的自由裁量权,通过法官予规则以合理的解释而将其适用于具体案件之中,这在两大法系中已成为不争的事实。不过,在判例法一方,经过法官解释的先例,在适用于个案的同时也形成了新的判例,并对其后的同类事件具有约束力。而在成文法一方,为尽量削减因规则的过时而产生的僵化和不合时宜,则须通过不断地修正立法以解决原立法的过于久远所致的有悖于当前现实的现象。以上大致勾画出两大法系法律实施情况的基本轮廓,由于不在本文讨论的范围,故不拟展开。换一个角度来看,则笔者前文的描述中,同时表明了两种不同的法律制度生成方式,即普通法系中的法官造法和大陆法系中的立法者递进式立法。而这两种不同的制度形成进路,反映的恰恰是哈耶克所说的两种思维模式,即演进的理性主义(evolutionary rationalism)和建构的惟理主义(constructivist rationalism)。

演进的理性主义体现着英国的经验主义传统,它主张人的理性是有限度的,反对任何形式的对理性的滥用,认为只有在累进性进化的框架内,个人的理性才能得到发展并成功地发挥作用。因为个人的理性受制于特定的社会生活进程,个人理性在理解它自身运作的的能力方面有着一种逻辑上的局限,即它永远无法离开它自身而检视它自身的运作,并且,个人理性植根于由社会规则构成的社会结构之中,无法脱离生产和发展它的传统和社会,因而在认识社会生活的作用方面也存在限度。文明于偶然之中获致的种种成就,实乃人的行动的非意图的结果,而非一般人所想象的条理井然的智识或设计的产物。反映法国惟理论传统的建构的惟理主义则认为,“人生来就具有智识的和道德的秉赋,这使人能够根据审慎思考而型构文明,”<sup>[1]</sup>相信所有有助益的制度都是人之设计的产物,并且只有这样的设计才会使或者才能够使这些制度有助于我们目的的实现,故尔,我们应当重新设计社会和制度,从而使我们的所有行动都完全受已知目的的指导<sup>[2]</sup>。在这两种不同的理性中,如哈耶克所言,天真幼稚的惟理主义将我们当下的理性视作一种绝对之物,而这正是作者的观

点所要严加反对的;我们所必须继承并推进的乃是休谟所开创的工作,他曾“运用启蒙运动自身所造就的武器去反对启蒙运动”并开一代先河,“运用理性分析的方法去削弱种种对理性的诉求”。当然,也有学者对这两种理性主义同时提出了批评,认为理性主义者在底线上认定所有场合的精神独立,除开理性的权威外,对任何其他权威不予承认。理性主义者不把实践知识当作知识,所谓“理性至上”也就是“技术至上”,因此,理性主义的政治不惟与传统疏离,而且具有反传统的倾向<sup>[3]</sup>。

不同的思维理性带来了不同的法律演进方式。大陆法系中,制定法被置于不容怀疑的优先地位,判决只是技术性的自动制作(法官被比作自动售货机),在一定程度上反映了人们对理性立法的迷狂。其法典的不断修订,一方面表明了人们因应时势变化对立法进行重新设计,而在重新进行的理性设计中,则有矫正以前立法理性偏失的用意,但仍然以对理性的固守为前提。因此,单从法律对社会生活的影响而言,因法律的遽变而导致的社会生活振荡、断裂,是成文法国家内在的、固有的缺陷。从1789到1875年的近90年里,近代法国产生了12部宪法,在频繁的变换中,有关国家政治体制、议会形式、选举制度及公民的权利和义务的规定五花八门、变化多端,由此引发了法国各利益集团的多次洗牌。而从1870年9月至1933年10月的63年中,法国共有85届内阁,平均每届寿命为9个月,最长者不过3年,最短者仅2天,深刻影响到法国政治生活的方方面面。1804年制定的《法国民法典》对法国社会的影响同样是深且巨的,被人们评价为“摧毁了旧社会,开创了一个新社会”<sup>[4]</sup>。不过,上述情形在大陆法中已有所改变,“人们确信制定法不过是一种可以广泛解释的概括性的基本观点的表现,并且确信法院实务以持续的判例形态成为一种独立的法源。”<sup>[5]</sup>这也似乎说明了人们对理性的警觉。

而就普通法系来说,法律实践中则表现出浓厚的经验主义思维传统,正如马克斯·韦伯所指出的,“法律实践和法律教学的纯经验的运作总是仅仅得出从个别到个别,而永远得不出从个别到一般的定理,然后才能从这些定理去演绎单一的因素。……另一方面,只要这还不够,它就乞灵于‘类推’或技术上的杜撰。倘若由有关法的利益者因实际需要所要求契约和控告模式被创造得有足够灵活性,那么官方适用的法就会因此而保持着一种高度拟古的性质,而且就会形式不变地经受最强烈的经济演变而存在下去。”<sup>[6]</sup>法律秩序从而在社会生活中表现出一种在潜移默化中向前发展的渐进式逻辑,避免了大规模的变化给人们带来的无所适从。以英国契约法的发展为例,在早期,私人间的经济交往很少,因而无需什么私人间的协议或诺言,纵有私人间的协议或诺言,法律也不过问。后来领主法院和王室法院也对经过隆重宣誓保证履行的私人协议或诺言承认其具有法律强制力,并予以保护。大约到13世纪,出现了所谓违约诉讼,不过当时普通法受理违约诉讼只能处以赔偿损失,而不能强制违约者履行契约。到15、16世纪,随着社会经济的发展和私人间协议的大量增多,衡平法院才弥补了普通法院的不足,可以强制违约者履行契约,从而使英国的契约法在16世纪有了重大的发展。17~18世纪,随着经济的迅速发展,英国的契约法有了新的发展:一是确定了契约形式在契约法中的地位,二是明确了必须按契约履行义务。产业革命完成后,资本主义工商业得到巨大发展,加上当时极具影响力的自然法理论和罗马日尔曼“契约自由”、“契约神圣”的传统契约法观念,为英国契约法的发展和最后形成提供了理论基础。自此以后,英国契约法逐步有了现代契约的理念和形式。

值得一提的还有,不同于大陆法系,在法律概念的使用上,“普通法学家都尽量避开一般性和下定义。当然,在普通法系国家,也曾产生过法典化思潮,以英国为例,边沁最明确提出法典编纂的主张,认为普通法蔑视一切合理原则、依靠苦心积虑的拟制和同义反复之类的技巧性技术运作、混乱而无立足点,鼓吹以功利主义原理为原则进行法典编纂。19世纪,英国进行了以法典编纂为目标的改革,但最终受挫。普通法系的法律方法带有强烈的决疑色彩。他们从案件到案件的行进,更热衷于确立一套行之有效的规则,而对建立一种富于逻辑体系的东西不感兴趣,甚至置迟早会造成困境的某些逻辑上的不一致于不顾。”<sup>[6]</sup>以英美契约法中最著名的对价一词为例,美国合同法学家科宾(A L Corbin, 1874~1957)即认为,“对价理论”自其在英国法制史上产生直到现在,从未被明确地规定范围。“对价”一词本身也从未有过统一和前后一贯的用法或者已经被一致陈述和适用的明确定义,法院不仅应当从“对价理论”出发,将他们的注意力放在以“或许为演绎”的逻辑程序来确定对价的充分性上,而且应放到斟酌对庭审案件中的允诺予以强制执行的社会的和经济的理由上来<sup>[7]</sup>。

## 1 申论:英美法系法官地位尊隆的原因分析

经验理性主义的法律建构模式,必然使法律的发展植根于司法实践,从而使法官在法律的发展中发挥着举足轻重的作用。这些职业法律家们,秉承着经验主义的传统,在因袭先前的法律规则时,又赋予其切合现实的新理由,这种新理由逐渐获得了新的内容,最后成为一种新的法律规则的形式。从而“即使对议会的制定法,法官也掌握着通过解释适用赋予其现实效力的权力。”<sup>[8]</sup>这又与大陆法系不同,如孟德斯鸠所言,在大陆法系,法官只不过是宣布法律之语词的喉舌,是无生命的人,他们既不能变动法律的效力也不能修正其严格性。在那里,担当法律秩序的创造者的,是作为法学家的大学教授们,故尔,大陆法系又被称为学者的法。回顾普通法发展的历史,将有助于对上述命题的认识。在英国,“围绕在国王周围的立法并不活跃。亨利二世或爱德华一世、及其以后的议会所进行的立法多为零星分散的,尽管都铎王朝曾广为立法,但也未能持续进行一种包容性、体系性立法。于是,推动法的持续发展之使命就落到了法院;由国王创建的法院,以王权为依靠、对全国各地发生的形形色色的案件行使审判权,并保持着使其判决能得以执行的实力。在法官周围,聚集了一个高级出庭律师团体(order of serjeants at law)。他们具有紧紧围绕中央法院而训练出来的最佳法律头脑,并在此建立了实务法律家的强大行会。最终,通过他们的活动形成了普通法,而这一过程在爱德华一世统治之前一直在英国全国范围不断演进。”<sup>[8]</sup>以普通法的令状制度为例,在中世纪,诉讼是以“令状”(“writ”)为基础的。这种令状由皇家最高官员即首席司法官(后为大法官)以国王名义签发。令状由原告方申请,由于许多控告的内容基本相似,所以各种令状的文本很快被标准化了。虽然每一种令状都有一套特殊的程序规则,且大法官不能仅仅以某些新的令状更有助于法律适当而有条理地发展为由任意创立新的令状(后来情况有所变化),但这也与如《拿破仑法典》之类的法典不可同日而语。而且,更重要的是,令状并不具有一般成文法典对人们日常生活的规范和预测功能,只是为了法官和当事人解决法律纠纷而设置的。此外,正如前文所述,令状是由大法官以国王名义签发的,这就决定令状对大法官的依附性。

衡平法的产生和发展则从另一角度说明了法官之于普通法发展的重要性。到14世纪末,皇家法院的法律创造力逐渐衰微。为弥补普通法的不足,大法官作为“国王良心的守护者”接替国王行使最高审判权,对得不到普通法救济的人施以救济。开始,“不仅不存在一种作为新生规则体系的、区别于普通法规则体系的衡平法,而且不存在普通法区别于衡平法的任何实体法的规则体系。”<sup>[9]</sup>大法官在审理案件时,根据“公平”、“正义”的原则,对案件作出适时判决。到15世纪时,大法官及其助手们正式形成了衡平法院,即大法官法院。越来越多的衡平补救措施和规则被大法官法院创制出来,并逐渐发展成为完整的衡平法体系。

其次,独特的法官成长途径则使普通法系维系着经验主义传统,在继承中又能适时变化且不至于乖离的重要保障。在英国,职业法律家的培养从中世纪开始至今,都是由行会式“律师学院”(Inns of Court,即律师公会)独立承担的。通常,只有律师学院出身的人才能成为高级律师或法官,因而有志于做职业法律家的青年都不进大学(即使现在有大学的法学教育,但也只是从事法律职业者学习法律基础的最初场所,是为了培养具有作为优秀的职业法律家应有的思考和行动之能力的人)。在律师学院讲课的是高级出庭律师或法官,法律教育侧重于实践和经验,其学习的途径是:参与法庭诉讼和模拟法庭的辩论;在模拟法庭中由律师公会的主持担任法官;听取富有经验的律师的讲座。另一方面,能把子弟送进律师学院的人,只能是出身于贵族、绅士等上流家庭之人。一般认为,贵族生来就具有良好的品行、教养,是包括法律在内的社会文明的主要传承者,负有对民众作出裁判的使命,他们较之衣食无着之人更不易腐败。在法官的任命上,上级法院的法官通常在出庭律师中选任,被任命者平均年龄超过50岁,他们相当于法律界中的大师,作为英国的社会要人而受到关注。总之,经验与传统使英国的法官亲手培育了他们的法,并将其维持至今<sup>[8]</sup>。与英国不同,在美国,专门进行法学教育的场所是法学院。这是面向已从大学毕业的、有志于法律实务工作的人,是进行专门性、技术性教育的场所。在教学方式上,采用案例教学法,通过苏格拉底的对话式论辩,培养学生深刻思考并合理解决问题的能力。模拟法庭论战是这种教学方法更为彻底的体现,学生们置身于法庭的论战中,并面对担任法官的教授们的严厉询问,无疑会受到极大的锻炼。法官一般从有一定的执业经验的律师中选任,以维持法官具有较高的素质。大学教授在职业法律家的培养中担当重要的角色,这一点也与英国不同。教授们在推进美国法的统一上,功绩卓著,如各种统一法典的编纂。也正是因为教授们的努力及其对审判实践的影

响,美国的法律实践呈现出追求抽象的概念化或体系化、稳定性的倾向,美国法逐步显示出一种“学者法”的姿态。但即便如此,受社会及传统思维方式的影响,以及注重实践的案例教学方式的先在限制,经验理性主义精神仍然是美国法的基本特征。

归纳言之,在普通法系国家,“律师和法官一元化的类似基尔特的组织形态保证了职业法律家阶层的卓然独立的崇高地位”。历史上普通法国家中影响深远的法官判决,尤其如涉及美国宪法及其修正案的判决,不仅述说了普通法的精神,也规范了普通法发展的未来。

## 2 本论:解读卡多佐

以上是对普通法系的法律思维模式及法官在法律发展中所发挥的重要作用的简要分析,循着前文展开的理路,下文拟对卡多佐法官及其《司法过程的性质》作一简单评述。

卡多佐(1870~1938年)时代的美国,从1890年到第一次世界大战,是历史上著名的“改革时代”。伴随着城市化和工业化,美国社会经历了一次历史性的变革,改革以前的美国,主要是一个农业国家,社会涣散,遵循着17、18世纪承袭下来的政治、经济和道德原则;改革之后的美国,则是一个建设都市化的工业国家,经济社会走向高度一体化。一战过后,美国政府在经济上采取自由放任政策,迎来了20世纪20年代的工业扩张和“柯立芝繁荣”,但繁荣中潜藏着危机,随之出现了1929~1933年的经济大萧条。1933年罗斯福就任美国总统,推行新政,使美国的经济得以重振,社会重新走向繁荣。总之,在卡多佐时代,美国的经济社会发生了巨大变化,公共政策、法律和道德等方面的原则作出了重大调整。与此同时,体现美国精神的实用主义哲学开始形成。作为美国的本土哲学,实用主义主张人的认识应限于经验范围,并把“经验”和“实在”归结为行动的效果,把知识归结为行动的工具,把真理归结为有用、有效或行动的成功。“实用主义的方法,不是什么特别的结果,只不过是一种确立方向的态度。这个态度不是去看最先的事物、原则、‘范畴’和假定是必须的东西,而是去看最后的事物、收获、效果和事实。”<sup>[10]</sup>实用主义一方面反映了美国人讲求实效的共同性格特征,是对美国人头脑中广泛存在的实用主义思维方法的理论化;另一方面也是经验理性主义发展的必然结果。詹姆士就认为,“实用主义”是从希腊文 *πράξις* 中派生出来的,意思是行动,苏格拉底、洛克、贝克莱、休谟都运用过这个方法,他还把自己的实用主义哲学命名为“彻底的经验主义”。实用主义影响到美国社会科学各个领域,尤其是法律思想方面,使美国的法学在卡多佐时代实现了由自然法学向社会法学的转变,产生了霍姆斯、庞德等法学名家。由于社会学法学又表现为霍姆斯的实用主义法学、庞德的社会学法学和卢埃林的现实主义法学,现实主义法学形成于卡多佐之后,故本文仅对前两者作一介绍。

霍姆斯是美国第一位自觉运用实用主义方法研究普通法的法学家,曾是美国第一个实用主义组织“形而上学俱乐部”的主要成员之一,“法律的生命不在于逻辑:它在于经验。”<sup>[11]</sup>是其名言。他认为,在判例法的形成过程中,人们感觉到的时代需要、流行的道德与政治理论、公共政策体制、甚至是法官与他同伴共有的偏见等等公开或无意识的因素较之演绎推理,所起的作用更大。在判例法中的推理,是法官根据经验的推理,在遵循先例的前提下,充分根据变化中的社会生活,给予先例新的生命,即及时适应时代的需要,修改或补充旧的法律制度。他的实用主义法学无疑是真正的美国法哲学的开端。

承霍姆斯法哲学思想之绪,庞德的社会学法学也明确反对那种沉溺于逻辑推理的概念主义或形式主义法学,视法律为协调利益冲突的手段,而这种协调过程就是通过法律的社会控制,即社会工程。因此,庞德主张:a)社会学法学家应当更多地关注法律的运行机制而不是它的抽象内容;b)将法律视为可通过有理智的人类努力加以改善的社会体制,因而坚信有责任发现促进与引导这种努力的最佳手段;c)强调法律所促进的各种社会目的,而不是制裁;d)呼吁将法律更多地看作是带来社会公正结果的指南,而不是一成不变的模式;e)在法律的实用主义哲学的基础上充分汲取社会学理论,以便形成将实用主义概念与方法系统地、具体地运用于解决各种特殊问题的学说<sup>[11]</sup>。

阅读卡多佐的《司法过程的性质》和《法律的成长——法律科学的悖论》,可以发现,在法哲学思想上,卡氏具有和霍姆斯及庞德两者相同的谱系。关于实用主义,卡多佐认为,“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,实用主义正对法律思想的发展产生深远影响。”正是这种实用主义,“将调和与稳定与进步这两种冲突的主张,并提供一种法律成长的原则。”<sup>[12]</sup>卡多佐并据此指出,“判例法的规则和原则从

来也没有被当作终极真理,而只是作为可资用的假说,它们在那些重大的法律实验室——司法法院中不断地重复检测。每个新案件都是一个实验。如果人们感到某个看上去可以适用的、已被接受的规则所产生的结果不公正,就会重新考虑这个规则。也许不是立刻就修改,因为试图使每个案件都达到绝对的公正就不可能发展和保持一般规则;但是如果一个规则不断造成不公正的结果,那么它就最终将被重新塑造。这些原则本身在不断地被重复检验;因为,如果从一个原则中推演出来的那些规则不大起作用,那么,这个原则本身就最终一定会受到重新考察。”<sup>[13]</sup> 衡量法律原则是否公正的标准,在卡多佐看来是一定时期的社会利益,由此,卡多佐又和庞德的社会法学合辙,他说,“在今天法律中的每个部分,这个社会价值的规则都已经成为一个日益有力且日益重要的检验标准。”<sup>[13]</sup> “法律的终极原因是社会的福利。……我们的任务就是去发现这种社会福利。”<sup>[13]</sup> 虽然如此,深谙法理和社会实践、视野开阔的卡多佐并不以此为满足,故尔,在《司法过程的性质》的演讲中,一方面,对于他所提倡的哲学、历史传统和社会学方法,他认为,法官应不满足于通过某种传统的法律推理方法获得一个结论,也不应试图对由某种社会哲学所指定的结论寻求正当化或予以理性化。在遵循先例时,不能仅仅由于某种做法是为先例所规定的,就放弃自己作为法官的责任;另一方面,也不能轻易将长期为人们所接受的规则和先例放在一边,仅仅因为这些规则和先例可能得出的结果对某个具体的诉讼当事人不公道<sup>[13]</sup>。那么,如何使两者之间保持适度的张力呢,卡多佐认为,解决之道取决于法官的行为,他认为,“法官有义务在他的创新权的限度之内、在法律与道德之间、在法律的戒律与那些理性和良知的戒律之间保持一种关系。”<sup>[13]</sup> 他享有裁量的自由,但不是完全的自由。“他不得随意创新。……他应从一些经过考验并受到尊重的原则中汲取他的启示……他应当运用一种以传统为知识根据的裁量,以类比为方法,受到制度的纪律约束,并服从‘社会生活中对秩序的基本需要’。在所有的良知之中,那里还留下一个相当宽阔的裁量领域。”<sup>[13]</sup> 他(法官)“必须将他所拥有的成分,他的哲学、他的逻辑、他的类比、他的历史、他的习惯、他的权利感以及所有其他成分加以平衡,在这里加一点,在那里减一点,他必须尽可能明智地决定哪种因素将起决定性作用。”<sup>[13]</sup> 法官正是在上述给定的条件下,创制着法律,并且这是司法过程的最高境界,“司法过程的最高境界并不是发现法律,而是创造法律。”<sup>[13]</sup>

美国立国历史不长,是一个迅速崛起的国家,经济与社会变化较快,因而,强调法官因应社会的变化担当起积极的造法者的角色。例如,在“遵循先例”原则上,美国法表现出很大的灵活性和伸缩性,美国最高法院改变它自己的判例是常有的事。例如,在1842年斯威福特诉泰森一案中,最高法院斯托里法官确认存在联邦普通法的判例,但在1938年埃里铁路公司诉汤普金斯一案中,最高法院则否定了1842年的判例,认为美国不存在联邦普遍应用的普通法。又如种族隔离问题,美国最高法院起初的判例确认“分离但平等”的原则,后来迫于黑人斗争的压力废除了这一原则,确认了“不加分离”的原则。因此,美国的法律制度现实与奉行“严格遵循先例主义”传统的英国有所不同,体现了普通法系法律发展的又一特色。

应该看到,强调法律的实用主义,必然造成轻视法律中的道德因素作用的倾向。并且,如邓正来先生所言,社会学法学派试图把分析、历史和社会学等方法统合起来并通过某种形式的社会哲学而把法理学与其他社会科学统合起来,并且经由反对只强调法律的抽象性质而关注法律在社会中的运行和功能、经由反对“书本中的法律”而强调“行动中的法律”、经由反对“个人化的法律”而主张“法律的社会化”最终经由表及里否弃此前诸神而为法律确立了一个外在的但却实用的神,即“社会”神<sup>[14]</sup>。放宽观察的视界,这事实上是普通法系国家始终必须注意克服的现象,即如何在发挥法官能动作用的同时,又使法官的造法实践不至于产生乖谬的结果,有违法治的信仰。

总之,经验理性主义的传统、权力分立与制衡的基本法治秩序建构、在先例遵循与解释上的程序性规则、良好的法官培训机制以及法治观念的广泛信守,为普通法系法官造法提供了良好的、先在的内外在约束因素,这是普通法系法律秩序得以以渐进的方式不断延生的内在逻辑。如果换一种语境,如果不能满足上列的前提条件,则脱离约束的或者受到强制的法官造法就会变成法官的恣意或枉法,成为纯粹主观主义的产物,甚至于会发生社会公众由“对法官的尊敬”转而变为如纳粹时期的“对法官的恐怖”。这恰如在帝制时代的中国,虽然实用主义、实践理性受到重视,但缺乏充分的推理论证以及体系化的作业。并且,由于整个社会关系主义盛行,因此,没有一套与“权利命题”相对应的语法规则,法律很容易从永久性的制度变质成为暂时性的协议;缺乏充分的整合性要求,法律解释就会在“无穷之辞”和“以吏为师”之间摇摆不定,即便以职权强行确

定,也难免会继续出现反复<sup>[15]</sup>。

### 参考文献:

- [1] 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来,译. 北京:三联书店,1997:68.
- [2] 哈耶克. 法律、立法和自由[M]. 邓正来,译. 北京:中国大百科全书出版社,2000:2.
- [3] 哈佛燕京学社,三联书店. 理性主义及其限制[M]. 北京:三联书店,2003:102-128.
- [4] 谢怀栻. 大陆法国家民法典研究[J/OL]. [2005-07-20]. <http://www.lawintsinghua.com>.
- [5] K·茨威格特 H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典,等译. 北京:法律出版社,2003:110,280.
- [6] 马克斯·韦伯. 经济与社会:下卷[M]. 林荣远,译. 北京:商务印书馆,1998:120.
- [7] 美国杰出的合同法学家—科宾[J/OL]. [2005-07-20]. <http://www.lawwal.net>.
- [8] 大木雅夫. 比较法[M]. 范愉,译. 北京:法律出版社,1999:308,310-328.
- [9] S F C·密尔松. 普通法的历史基础[M]. 李显冬,等译. 北京:中国大百科全书出版社,1999:84.
- [10] 威廉·詹姆士. 实用主义[M]. 北京:商务印书馆,1979:26.
- [11] 张乃根. 西方法哲学史纲[M]. 北京:中国政法大学出版社,1993:278,290-291.
- [12] 本杰明·卡多佐. 法律的成长:法律科学的悖论[M]. 董炯,译. 北京:中国法制出版社,2002:71,4.
- [13] 本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力,译. 北京:商务印书馆,2000:10-11,39,45,83,88,101-102,105.
- [14] 邓正来. 社会学法理学中的“社会”神:庞德《法律史解释》导读[M]//[美]罗斯科·庞德. 法律史解释. 邓正来,译. 北京:中国法制出版社,2002.
- [15] 季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:120-131.

## The Formation Logic of Common Law: an Interpretation for “The Nature of the Judicial Process”

HE Bang-wu, WU Chang-hua

(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** In comparison, in the Common Law Family, the experience of rationalist way of thinking in the system refused legal practice and the concept of doctrine, the Law follows the gradual development of the growth model and the judges are core strength to promote the development of law. In Cardoso era of the United States, influenced by the philosophy of pragmatism and in response to rapidly changing social practice, “judge-made law,” was particularly active and important. Cardoso himself and The nature of the judicial process, the interpretation and the interpretation of the evolution of the common law system is rational, and how to interpret Cardoso and his The nature of the judicial process must be based on external perspective on how common law grows.

**Key words:** common law; judge-made law; legal order; experience rationalism

(责任编辑:马春晓)