



Study On Brandeis' Sociological
Jurisprudence

From The Vision Of Judicial Practice Reason

转型时代的司法实践理性

布兰代斯社会学法理学思想研究

欧阳若涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

感谢云南民族大学资助

转型时代的司法实践理性

布兰代斯社会学法理学思想研究

**Study On Brandeis' Sociological
Jurisprudence**

From The Vision Of Judicial Practice Reason

欧阳若涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转型时代的司法实践理性:布兰代斯社会学法理学
思想研究 / 欧阳若涛著. —北京:法律出版社, 2013. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4776 - 8

I. ①转… II. ①欧… III. ①布兰代斯(1842 ~
1927)—社会学—研究②布兰代斯(1842 ~ 1927)—法理学
—研究 IV. ①K837. 125. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 061422 号

© 法律出版社·中国

转型时代的司法实践理性
——布兰代斯社会学法理学思想研究

欧阳若涛 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 5.875 字数 145 千

版本 2013 年 4 月第 1 版

印次 2013 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法律教育出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京九州迅驰传媒文化有限公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

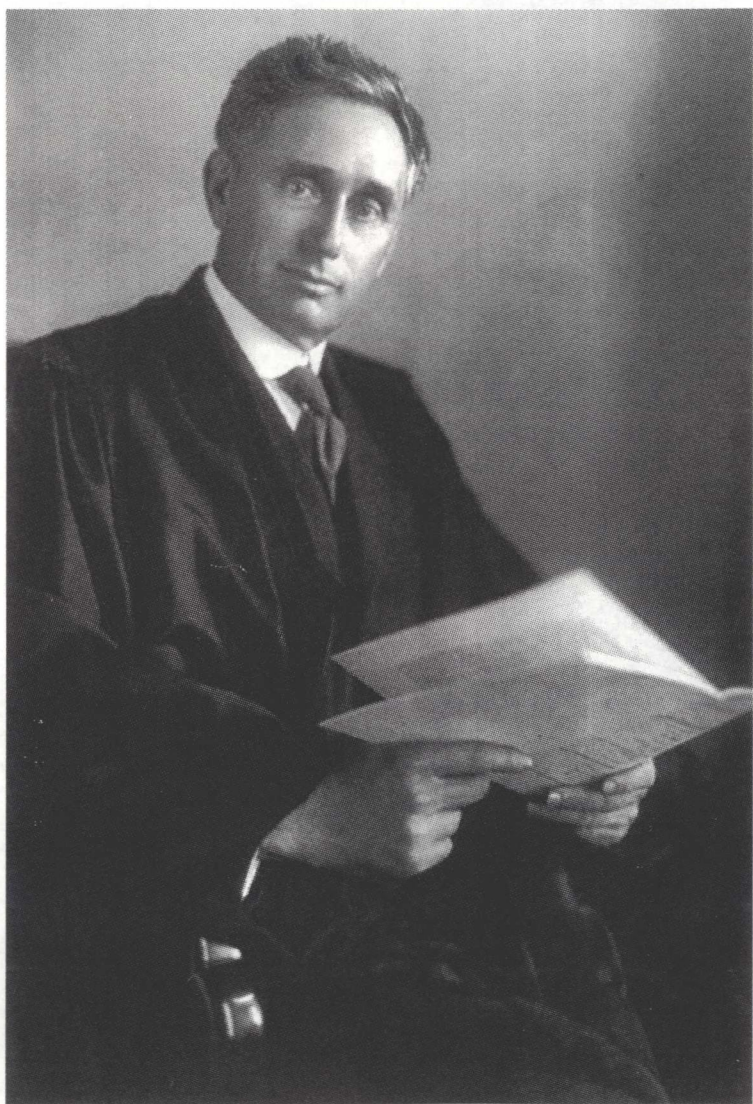
北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4776 - 8

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



Louis D. Brandeis

1856~1941

布兰代斯，美国最高法院大法官（1916-1939）

序

美国“进步时代”的改革开启了美国现代国家建构的序幕,也在很多方面形成了美国现代国家的雏形。在这个过程中,法律人发挥了巨大作用。此种影响投射在法理学领域,就是美国逐步展现出美利坚民族的独特气质,反思自身法制现代化可能性和规律性的学术努力。从现实主义法学中凝炼出的社会学法理学,日益成为美国最正统的法学理论。社会学法理学产生之初,就以其与生俱来的创造性实践品性,对美国自兰德尔以来的法学教育传统理念及其后果进行了深刻的批判,经由布兰代斯的伟大司法实践和庞德的革命性理论,社会学法理学清晰地奏响了美国“进步时代”法学教育与司法实践变革的“集结号”,并为美国宪政制度变革做出了巨大贡献。

目前,国内学者对于布兰代斯及其学说进行系统研究的专著尚属阙如,只有一些学术论文和域外译著。尽管这些作品中不乏经典之作,但因为缺乏系统性,往往都只能对布兰代斯从某一角度、某一事件进行研究,

全面、深入的论证更是缺乏。作为第一本对布兰代斯的社会学法理学思想进行系统和充分评价的学术专著,本书完成了一个创新。

本书是欧阳若涛博士在其同名博士论文基础上修订完成的。撰写博士学位论文,不只是取得博士学位头衔的必要条件,更重要的是通过博士学位论文提升自己发现问题、解决问题以及表达能力的过程。对自己学术研究“问题意识”的追问和回答,应是一篇合格博士学位论文的必要前提。欧阳若涛开始选择论文题目时,对比他所“沉迷”的布兰代斯那种理想法律人楷模所凝聚的“光环”,他对布兰代斯在社会学法理学学术谱系史上的作用和地位关注是不充分的。简单地说,面对研究对象,他还缺乏足够自信和必要准备。

在论文写作过程中,我很高兴看到欧阳若涛表现出一种可贵的“坦诚”。在引论部分,本书用大量的篇幅认真探讨了作者研究的“问题意识”,这既是一种“规定动作”,也是一种学术自觉。在这其中,本书一直试图理解和把握社会现代化转型过程中法与实践理性复杂的回应性关系。在后面的各个章节中,这个“问题意识”,使作者在丰富的材料支撑下,从布兰代斯司法实践角度,结合美国普通法法律方法的讨论,对社会学法理学的学术谱系进行了合乎逻辑地细致梳理。

基于上述原因,本书选择布兰代斯作为美国法学发展的一个缩影,不仅为我们展现客观全面的布兰代斯及其社会学法理学思想,而且对我们更深层地理解普通法原理及布兰代斯所处的美国社会大变革时代无疑具有重要的启迪作用。

欧阳若涛博士思想敏锐、治学态度严谨认真。自2008年秋季在西政攻读博士学位,成为我指导的博士研究生以后,我见证了欧阳若涛学术研究能力的逐步提升。在他博士学位论文付梓之际,我祝贺他,并欣然作序。

付子堂
2013年3月22日

前 言

作为美国“进步时代”法律人的杰出代表,布兰代斯是一个对于司法行为性质具有深刻认识,富于社会正义感和同情心,对美国法治建设作出过重大贡献的伟大法律人。这帮助他在1971年美国学者组织的“历史上最伟大的最高法院大法官”排名中位列第二。

在布兰代斯漫长的法律实践生涯中,他一直处于美国“进步运动”的核心。他以公益律师和最高法院大法官的身份,深刻地介入美国社会转型时期的各种法律问题当中。他运用日益成熟的“社会学法理学”理念和方法,与保守主义者和法律形式主义者进行了艰苦的斗争。尤其是在劳工权益保护、隐私权保护和言论自由保护领域,布兰代斯为美国宪政作出了巨大的智识贡献。

中国法学研究者对美国知名法官和联邦最高法院的相关研究成果已经很多,这已经日益成为一个新的法理学甚至是法学“富矿”。从这个意义上来说,当很多最高法院的大法官或者联邦上诉法院法官在中国都

已经获得相对充分研究,并且逐步形成一定学术氛围,进而能比较准确地理解美国最高法院司法发展历程的情况下,忽略布兰代斯无疑是一个非常大的遗憾。向更多的中国法学研究者介绍布兰代斯和他的社会学法理学,与更多学者分享研究布兰代斯的心得和体会,肯定能够进一步丰富和拓展我们对于美国法理学以及美国司法实践规律性品质的认识。

通过回顾和讨论布兰代斯的法律实践与其社会学法理学的密切联系,该书将进一步在社会学法理学这一“价值立场”下,对由布兰代斯研究引申出来的“问题意识”进行讨论,即考察美国社会转型时期的司法实践理性及其运用。此研究期望运用社会学法理学这种司法实践性较强的学术谱系史,为中国当下转型时期法律秩序型构、发展与革新,提供一个较为接近的实证参考。

本书除了引论和结论外,由四章组成,共计13余万字。

在引论部分首先对本书研究和写作中既定的“价值立场”和“问题意识”进行了明确解释,然后对美国和中国布兰代斯的研究现状进行了一个简要的综述,最后明确了本书的结构安排。

第一章首先介绍了布兰代斯所处的时代背景、布兰代斯社会学法理学思想产生的社会基础和法律思想基础。其次,结合布兰代斯的生平、经历和历史地位,综合分析布兰代斯与社会学法理学思想的密切关联。最后,在本章结尾将对霍姆斯和布兰代斯进行一个对比,进一步明确布兰代斯社会学法理学思想与现实主义法律思想的区别。

第二章首先介绍了布兰代斯作为律师参与马勒诉俄勒冈案的经历。围绕本案中著名的“布兰代斯辩词”,就布兰代斯的“活法”理论及其在社会学法理学思想谱系中的位置进行理论梳理。笔者力图结合布兰代斯的司法克制观,从宪政分权角度讨论他对社会学法理学限度的认识。

第三章以布兰代斯青年时期与萨姆·沃伦一起完成的经典论文“隐私权”为对象,对布兰代斯隐私权理论进行了介绍。在介绍隐私权理论的过程中,从法律方法和价值取向的角度系统地讨论了布兰代斯的社会学法理

学。在此基础上,对布兰代斯在奥姆斯特德诉美国案中发表的异议进行了介绍,力图分析布兰代斯隐私权理论对美国宪法的影响。

第四章系统分析在美国宪政史中,布兰代斯与宪法中言论自由条款发展历程的密切联系。本章通过检讨最高法院 20 世纪 20 年代一系列言论自由案件的方式,展现“明显而现时的危险”原则在司法适用中的流变。在这段期间,言论自由法理论证变化的总体趋势是从孤立的个人自由到有机的社会自由。表现在具体的异议中,就是从“霍姆斯—布兰代斯”异议转向“布兰代斯—霍姆斯”异议。

通过对布兰代斯社会学法理学思想的时代背景、法制实践、相关文本和理论的全面整理,在结论部分,笔者强调,布兰代斯是能够富有想象力地运用法律制度,使法律制度与社会发展的需求紧密联系的法律人的典范。因此,他的社会学法理学理论本身具有一些反教条的潜力,但又不至于向法律现实主义那样放弃了法律规范性的约束。布兰代斯是社会转型时期司法实践理性的最佳范例。在当代美国法理学中,布兰代斯的遗产随处可见,在美国 20 世纪的宪政历程中,布兰代斯的贡献堪称伟大。

目 录

引 论 / 1

一、布兰代斯研究的价值立场和问题意识 / 1

二、布兰代斯研究现状综述 / 16

三、本书的内在逻辑和结构安排 / 23

第一章 布兰代斯与“进步时代” / 26

第一节 社会转型与“进步时代” / 26

第二节 “进步时代”法学风格的转换 / 32

一、“进步时代”的法律挑战 / 32

二、“进步时代”的法学革新 / 35

第三节 布兰代斯其人 / 40

一、德裔犹太移民后代 / 40

二、从“律师的律师”到“人民的律师” / 43

三、进步主义政治家 / 54

第四节 社会转型时期的法律人比较：霍姆斯
与布兰代斯 / 59

第二章 用“布兰代斯”辩词挑战最高法院 / 67

第一节 当女洗衣工遭遇到最高法院 / 69

第二节 布兰代斯的“活法”理念 / 77

第三节 布兰代斯社会学法理学评析 / 86

一、社会学法理学概念辨析 / 87

二、社会学法理学的能动限度 / 89

第三章 法学新篇章:隐私权 / 95

第一节 两个年轻律师的学院派法律意见 / 96

第二节 “隐私权”与布兰代斯的司法哲学 / 101

一、基于司法实践方法的考察 / 102

二、基于权利价值取向的考察 / 112

第三节 把隐私权写进宪法 / 115

第四章 聚讼之地:言论自由 / 123

第一节 言论自由条款的早期实践 / 124

第二节 言论自由中的“霍姆斯和布兰代斯”异议 / 130

第三节 言论自由中的“布兰代斯和霍姆斯”异议 / 138

结论 / 153

参考文献 / 157

一、中文类参考文献 / 157

二、外文参考文献 / 168

后记 / 172

引 论

一、布兰代斯研究的价值立场和问题意识

不论研究者是否承认,在学术研究多元的脉络和体系中,在学术判断和推理的细致铺陈中,任何主题的研讨都会自然而然地占有某个既定的“价值立场”。“价值立场”与研究者自身的知识结构、思维模式和语言表述等密切相关,很大程度上决定了研究者的分析方式、论证风格甚至最终结论。从这个意义上看,研究者只能够选择研究的“价值立场”——不管这一选择有无意识,却无法脱离“价值立场”——无论研究者愿意与否。因此,在本书的开篇,笔者有必要对自己布兰代斯社会学法理学思想研究的“价值立场”进行一个解释,明确回答研究的“问题意识”是什么。

在 1971 年到 1972 年间,美国 65 个宪法问题专家就 1789 年到 1971 年这个期间内美国联邦最高法院(除非另有说明,下文皆简称最高法院)所有法官的排

名进行过一次投票。^{〔1〕}在此期间,总共有 98 位大法官在最高法院漫长的成长历程中留下自己的印记,这构成了一个生产大量学术研究成果和各种奇闻轶事的人物序列——这个序列的起点是 1789 年乔治·华盛顿委任的首任首席大法官约翰·杰伊,终点是尼克松总统提名的首席大法官沃伦·伯格(Warren Burger, 1907 ~ 1995 年)——但本次排名将大法官沃伦·伯格与大法官哈里·布莱克曼(Harry Blackmun, 1908 ~ 1999 年)排除在外,因为他们都被任命不久,资历甚浅,纳入排名将导致他们的历史功绩受到不准确的评价。

这 65 个宪法问题专家由伦敦政治经济学院教授布劳斯坦(Albert Blaustein, 1921 ~ 1994 年)和得克萨斯州立大学教授默斯基(Roy Mersky, 1925 ~ 2008 年)推选,其中包括律师、法学院院长、法官和宪法学者。最终结果是,参选的 96 位大法官中,有 12 人被认为属于“伟大”的第一方阵,15 人被认为是“接近伟大”,55 人被认为处于“平均”水平,6 人被认为属于“平均以下”水准,还有 8 人被判定为“失败”。而在排名方面,毫无疑问,开创司法审查实践的约翰·马歇尔大法官被一致认定为“伟大”,他获得了所有的 65 票。而一直妒忌马歇尔“不过是

〔1〕 该排名最早出处可见:[美]亨利·J. 亚伯拉罕:《法官与总统:一部任命最高法院法官的政治史》,刘秦星译,法律出版社 1990 年版,第 70 页。但本书就该排名由何人组织,发表在何刊物皆语焉不详,经过笔者查找,该排名最原初文献为:Albert Blaustein, Roy Mersky, *The Twelve Great Justices of All Time*, *Life*, Oct 15, 1971, 53。

好运气”的大法官霍姆斯,^[1]由于其作为最高法院“最伟大异议者”的声望,以及他对开创美国法理学的现实主义法学理论贡献,他获得 61 票,排名第三。而在马歇尔和霍姆斯之间,获得 62 票,排名第二的另一位最高法院“巨人”,正是路易斯·布兰代斯(Louis D. Brandeis, 1856 ~ 1941 年)。在这次投票进行的排名中,对布兰代斯的介绍辞如下:

路易斯·布兰代斯生长在一个传统、正派的犹太家庭。在被威尔逊总统提名成为最高法院大法官以前,作为一个充满能动主义(activist)的律师,布兰代斯获得了巨大的成功。在成为大法官后,他一如既往地“从‘弱势群体律师’的视角理解司法行为,行使审判权力,这使他的声望获得了更大的增长。他坚持不懈地与他那个时代的托拉斯、垄断和其他强悍的商业利益既得群体作斗争。与霍姆斯一道,他经常对判决结果发表少数意见,正是这些蕴涵着深刻思考的卓越智识成果,为后来最高法院形成更具有正当性的共识开辟了道路。臧否人物的宪法问题专家们极为推崇布兰代斯,一方面认为他是“律师的律师”,另一方面更把他视为“人民自由的捍卫者”。^[2]

[1] 此点完全可以从霍姆斯 1901 年 2 月应邀在马歇尔大法官就任首席大法官 100 周年纪念活动上的讲话看出来。在讲话中,霍姆斯对马歇尔评价十分有限度。“一位伟人代表的是社会的伟大神经中枢,或换一种说法,代表的是历史战役中的战略转折点,他之所以伟大,部分就在于他曾在那里。历史由约翰·亚当斯来任命首席大法官,而不是一个月后由杰弗逊任命,亚当斯又把这个职务交给了一位联邦党人和一位宽松释法者,由他来启动美国宪法的运作,你无法把约翰·马歇尔同这一万幸的境况分开”。然后又表示了对《联邦党人文集》的价值和马歇尔能力的怀疑,暗示自己办过的琐碎案件才更重要,暗示势利的舆论埋没了他的原创思想。“多年前我阅读《联邦党人文集》,在我看来,该书确实是那个时代的原创且精彩的产物。然而,当我想起马歇尔这位联邦党人以及《联邦党人文集》的作者对我的一位杰出英国朋友只有有限的触动,我相信这个判断应被改动;而且我还感到应更多怀疑,在汉密尔顿和美国宪法之后,马歇尔的工作是否只证明了他是一位智识卓绝、风格独特并在法院说一不二的人,有勇气、公正并坚信其政党。激起我最强烈兴趣的,并不是那些人们认为是伟大的争议和伟大的案件,而是一些渺小的决定,这些决定一般的编选者都会忽略,因为它们处理的不是宪法问题或某个大电话公司,然而其中有某种更为广阔的理论的酵母,因此可能给法律的肌体组织带来局部的深刻变化。我难以忘怀的那些人都是一些思想转变的原创者。他们通常并不引人注目,因为这个世界看重的是判断,而不是创新的思维”。可参见[美]爱德华·怀特:《奥利弗·温德尔·霍姆斯:法律与自我》,孟纯才等译,法律出版社 2009 年版,第 368 页。还可参考柯岚:“从‘坏人—预测论’到经济分析法——美国法理学中的霍姆斯现象”,中国政法大学 2007 年博士学位论文。

[2] Albert Blaustein, Roy Mersky, The Twelve Great Justices of All Time, Life, Oct 15, 1971, 56.

客观地说,鉴于布兰代斯在中国还没有得到比较系统的译介和相对严格的学术评论,所以对于中国一般的法学研究者来说,上述评价可能会在一定程度上失却其语境,而显得有些大而化之。但是从这段引文中,我们还是能够为布兰代斯描绘一个基本的形象:这是一个对于司法行为性质具有深刻认识,富于社会正义感和同情心,对美国法治建设作出过重大贡献的法律人(lawyer)。从这个意义上来说,当很多最高法院的大法官或者联邦上诉法院法官在中国都已经获得相对充分研究,并且逐步形成一定学术氛围,进而能比较准确地理解美国最高法院司法发展历程的情况下,忽略布兰代斯无疑是一个非常巨大的遗憾。^[1]这无疑是我国法理学研究者在

[1] 很明显,中国法学研究者对美国知名法官和联邦最高法院的相关研究成果已经很多,这已经日益成为一个新的法理学甚至是法学“富矿”。这个地方可以进行一个简单的归纳:

以研究的人物作为综述线索,那么以下三人无疑特别受到中国法学研究者甚至是法律实务人员的青睐。他们分别是霍姆斯、卡多佐和波斯纳(现为联邦第七巡回区上诉法院法官)。他们三人的学术著作甚至演讲录基本都已被译成中文,并公开发表。霍姆斯被翻译的著作包括:《普通法》、《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》、《霍姆斯读本——论文与公共演讲集》、《吴经熊判集与霍姆斯通信集》。卡多佐被翻译的著作包括:《司法过程的性质》、《法律的成长,法律科学的悖论》、《法律与文学》。波斯纳被翻译的著作包括:《法律的经济分析》、《道德和法律理论的疑问》、《超越法律》、《法理学问题》、《正义、司法的经济学》、《性与理性》、《法律与文学》、《公共知识分子——衰落之研究》、《反托拉斯法》、《法律与社会规范》、《法律、实用主义与民主》、《知识产权发的经济结构》、《法官如何思考》、《资本主义的失败——零八危机与经济萧条的降临》、《论剽窃》、《并非自杀契约》。除了译著之外,近年来国内学者围绕霍姆斯、卡多佐和波斯纳的法学基本思想和理论命题研究也出版了多部专著、完成了多篇学术论文。其中博士学位论文如马聪:“霍姆斯现实主义法学思想研究”,华东政法大学博士学位论文(2007);柯岚:“从‘坏人—预测论’到经济分析法学——美国法理学中的霍姆斯现象”,中国政法大学博士学位论文(2007);蔡宏伟:“确定性的寻求——波斯纳法律理论研究”,吉林大学博士学位论文(2008)。专著如下:苏力著《波斯纳及其他(译书之后)》,明辉著《霍姆斯:法律实用主义》,陈皓著《卡多佐:司法传统的革新》等。除了以上成果外,在2011年1月新星出版社还出版了值得注意的《美国首席大法官》一书,主编刘文涛在本书中详细记述了美国最高法院历任十六位首席大法官的成长历程、工作经历和他们所审理过的深远影响美国社会发展的经典案例。

以研究美国联邦最高法院及其运作为线索,可以发现早在1982年,广西人民出版社就曾引进过在美国司法界影响极大的《最高法院的兄弟们》,并将其更名为《美国最高法院内幕》,该书的台湾译本2009年在大陆出版。1990年,商务印书馆出版了亨利·J. 亚伯拉罕的《法官与总统:一部最高法院法官的政治史》。进入新世纪,随着中美文化交流增多,

深化美国法理学研究中存在的一个问题。

直面这个问题,弥补遗憾,当然是笔者写作的一个出发点,也当然是本书所要实现的一个主要目标。笔者力图通过本书向更多的法学研究者介绍布兰代斯和他的社会学法理学,与更多学者分享研究布兰代斯的心得和体会,以期能够进一步丰富和拓展我们对于美国法理学以及美国司法实践规律性品质的认识。但是更进一步来说,从这个问题出发来检讨笔者的“价值立场”和“问题意识”还不够充分,因为它至多是宽泛地回答为什么要研究布兰代斯,而没有回答以何种方式观察和理解布兰代斯及其社会学法理学思想。

笔者对本书“价值立场”和“问题意识”的讨论是在前理解的意义上展开的。颜厥安教授在回顾自己的学术生涯时就曾经坦诚地说过:“没错,就学术本身而言,研究谁都可以。但是,如果费希特所言人会选择何种哲学,实系于他是何种人是对的,那么我研究对象之改变,当然也与个人的思想

大量关于美国最高法院的著作被引进中国,如罗伯特·麦克洛斯基的《美国最高法院》、伯纳德·斯瓦茨的《美国最高法院史》、莫顿·J. 霍威茨的《沃伦法院对正义的追求》、小卢卡斯·A. 鲍威的《沃伦法院与美国政治》、亚历山大·M. 比克尔的《最小危险部门:政治法庭上的最高法院》、戴维·奥布赖恩的《风暴眼:美国政治中的最高法院》。2009年,北京大学出版社还专门引进出版了由许明月教授和夏登峻研究员组织翻译的《牛津美国联邦最高法院指南》。在国内研究者就最高法院取得的成果中,无疑以下几位特别值得推荐:首先是南京大学历史学学者任东来及其学术团队,他们合著《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》与《在宪政舞台上:美国最高法院的历史轨迹》。这两本书无疑是国内美国最高法院研究领域最优秀的原创读物。旅居海外的林达夫妇、薛涌先生,在引领国内普通读者认识美国的政治、社会、法律文化方面,也起到了难以忽视,也绝对不容替代的作用。近年来,最高人民法院司改法官何帆在该领域也开始日益发力。在2010年,他写作的《大法官说了算——美国司法观察笔记》和翻译杰弗里·图宾所著的《九人——最高法院风云》,在国内学术界、法律职业界以及中文阅读界都产生了巨大的影响。当然这里还有必要提到的是林来梵主持的国家社科基金项目“违宪审查的原理与技术”,在该项研究中,林来梵教授及其博士团队对美国联邦最高法院的司法审查实践方法和理论前提(该项研究并不仅仅限于研究美国司法审查,也包括法国、德国等)进行了非常细致的梳理。

与心境变化有关。”〔1〕同样,如果我们从诠释学的立场出发,把自己的研究视为一种通过解释,与研究对象建立有效联系,增进理解的认识性活动,就要承认任何理解和解释都依赖于理解者和解释者的前理解。前理解是历史赋予理解者或解释者的生产性积极因素,它为理解者或解释者提供了特殊的“视阈”。伽达默尔明确指出,实际上前理解就是一种判断,它是在一切对于事情具有决定性作用的要素被最后考察之前被给予的。〔2〕理解不仅是历时性的,而且也是共时性的,在视阈融合中,历史和现在、客体和主体、自我和他者构成了一个无限的统一整体。

布兰代斯极少写作严谨和专业的学术论文,系统地、细致地阐述其法理学思想。这使任何力图理解布兰代斯社会学法理学思想的研究者都必须从布兰代斯的法律实践中完成一种独特的归纳。这也导致了对布兰代斯社会学法理学思想的多元理解,甚至也使布兰代斯在美国法律思想学术史上的定位出现了一些暧昧。〔3〕

笔者是在社会学法理学的学术视阈中遭遇布兰代斯的。笔者将社会学法理学看作是一种观察法律现象的独特视角,这种视角按邓正来教授的总结具有以下特征:在一特定时空的社会利益为依凭的强调法律功效的能动者视角。〔4〕之所以运用此种视角观察并进而尝试理解布兰代斯,是因为笔者认为中国当下转型时期法律秩序型构、发展与革新,需要社会学法理学这种司法实践性较强的学术谱系史提供一个较为接近的实证范本。社会学法理学的基本判断构成了笔者布兰代斯研究的“价值立场”。在这

〔1〕 颜厥安:《法与实践理性理性》,中国政法大学出版社2003年版,序言部分第4页。

〔2〕 [德] 汉斯·格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征(上卷)》,洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第347页。

〔3〕 譬如萨默斯教授就认为布兰代斯的法律实践充满了“实用工具主义法学”色彩,对社会科学和其方法论的局限性估计不足,因而易于损害法律在结构和程序上追求的自身价值。参见[美] 罗伯特·萨默斯:《美国实用工具主义法理学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第83~91页。

〔4〕 邓正来:“社会学法理学的‘社会神’”,载《中外法学》2003年第3期。