



西方法学思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

批判法学

Critical Legal Studies



范季海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE
AND LAW

（第10卷 第4期）

批判法学

CRITICAL LEGAL STUDIES



法律理论



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE
AND LAW PRESS



D909.1/6
:12
2008

西方法学思潮!

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

批判法学

Critical Legal Studies

范季海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

批判法学/范季海著. —北京:法律出版社, 2007. 7

(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7497 - 6

I. 批… II. 范… III. 法学流派—西方国家 IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 093871 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制/陶松

开本/850×1168 1/32

印张/7.875 字数/160 千

版本/2008 年 1 月第 1 版

印次/2008 年 1 月第 1 次印刷

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7497 - 6

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科学生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力相助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



绪论	1
----	---

第一章 批判法学概述	5
------------	---

第一节 什么是批判法学	5
第二节 批判法学的批判对象	7
第三节 批判法学的主要观点及主要代表人物	11
第四节 批判法学的批判策略与方法	15
本章小结	22

第二章 批判法学产生发展过程及背景	24
-------------------	----

第一节 批判法学的产生及发展过程	24
第二节 批判法学产生的社会背景	28
第三节 批判法学产生的法律思想史背景	33
第四节 批判法学产生的现实思想渊源	39
本章小结	46

第三章 法的性质批判 **48**

第一节 对自由主义理论的总体批判	48
第二节 对自由主义法治原则的批判	54
一、法的中立性批判	55
二、法的确定性批判	58
第三节 法律推理批判	65
一、从遵循先例看法律推理的非确定性	66
二、从法官意识活动看法律推理的合法化功能	67
三、昂格尔关于法律推理和法律分析	69
第四节 权利观念批判	72
本章小结	75

第四章 法律思想史及理论流派批判 **77**

第一节 霍维茨的法律史批判	78
第二节 肯尼迪对布莱克斯通著作的批判	80
第三节 戈登对进化功能主义观批判	83
第四节 德沃金权利与原则学说批判	84
第五节 对经济分析法学的批判	88
本章小结	90

第五章 实体法律制度批判 **91**

第一节 宪法批判	91
----------	----

一、图什内特对美国宪法制度的批判	92
二、凯尔里斯对言论自由与出版自由的批判	96
第二节 契约法批判	97
第三节 侵权法批判	100
第四节 刑法与犯罪学批判	102
第五节 劳动法批判	103
第六节 教育制度和律师制度批判	106
本章小结	111
第六章 从批判理论到建设理论	113

第一节 《现代社会中的法律:关于社会理论的一个批判》	113
第二节 《批判法律研究运动》	118
第三节 《政治学:关于建设性社会理论的著作》	121
第四节 《法律分析应该如何?》中的社会理论	123
本章小结	124
第七章 后批判法学——女权主义法学概述	127

第一节 什么是女权主义法学	127
第二节 女权主义法学主要观点和代表人物	130
第三节 女权主义法学兴起及其不同派别	133
一、女权主义法学兴起	133
二、女权主义法学主要派别	135
第四节 女权主义法律方法	139
一、提出“妇女问题”的方法	141

二、女权主义法学实际推论方法	145
三、意识觉醒的方法	148
第五节 女权主义法学产生的社会背景和思想渊源	149
一、女权主义法学产生的社会背景	149
二、女权主义法学产生的思想渊源	154
本章小结	157
第八章 女权主义法学主要批判	159
第一节 社会性别概念批判	159
第二节 对阶级、国家和法的性质批判	161
第三节 对妇女暴力的批判	164
一、对强奸及强奸法的批判	165
二、对家庭暴力的批判	167
三、对色情与暴力文化作品的批判	172
第四节 就业中性别歧视批判	172
第五节 对堕胎权的辩护	175
本章小结	177
第九章 后批判法学——种族批判法学概述	178
第一节 什么是种族批判法学	178
第二节 种族批判法学主要特点和代表人物	180
第三节 种族批判法学产生的社会背景	182
第四节 种族批判法学产生的思想背景	187
本章小结	188

第十章 种族批判法学主要批判	190
第一节 对美国法律史的批判	190
第二节 对民权政策的批判	193
第三节 对“肯定性行动”的态度	195
第四节 对反歧视法的批判	197
第五节 对刑法的批判	199
第六节 对教育制度的批判	202
第七节 同等就业法批判	206
第八节 对公平住房法的批判	208
第九节 对批判法学的批判	209
本章小结	212
结语	213

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	223
主要名词术语与代表人物索引	230
参考文献	234

绪 论



谈起西方法律思想,大家对自然法学派、分析法学派、社会法学派等可谓耳熟能详。但对许多人来说,批判法学却是一个既新鲜又陌生的名词。也有的人对批判法学有所了解,但对批判法学是否构成一个法学派别则持否定态度,甚至对批判法学提出的许多观点不屑一顾,认为这些观点不过是一些思想激进的学者提出的胡言乱语罢了,与真正的法学研究格格不入,甚至认为 20 世纪 70 年代末出现于美国的批判法学思潮到今天已经不留痕迹地烟消云散了。

尽管人们对批判法学的评判仍然莫衷一是,但是,作为历史上曾经出现过的一股法学思潮,我们仍有必要对之加以了解,分析它出现的必然性和历史条件,探讨它对法律思想发展或多或少的影 响。这既有助于我们了解历史,也有助于我们面对现实。

基于一本普及性读物的要求,我们就批判法学分几个章节加以介绍。第一章,批判法学概述。主要介绍什么是批判法学,批判法学的批判对象,批判法学的主要观点及主要代表人物,及批判法学的批判策略与方法等,以便让读者有一个关于批判法学整体概貌的基本了解。第二章,

批判法学产生发展过程及背景。主要介绍批判法学的产生及发展过程,产生的社会背景、思想史背景和现实思想渊源等,注重让读者就批判法学产生的社会历史条件有一个大致了解,从而站在一个广阔的时空视角去审视批判法学。第三章至第五章,主要介绍了批判法学对主流法律理论和法律制度的具体批判。这些批判,既有对法律性质和法律推理的批判,也有对法律思想史及理论流派的批判,还有对具体法律制度如宪法制度、契约法制度、侵权法制度、劳动法制度、教育制度等的批判,可谓方方面面,林林总总,具体体现出批判法学的主要特征和主要观点。第六章,从批判理论到建设理论。主要介绍了批判法学在社会改革和构建方面的理论和观点,有利于人们了解批判法学针对有人提出的“批判法学只会批判不会建设”这一论点的反驳。第七章和第八章,介绍女权主义法学的概况和主要观点。作为从批判法学逐渐分离出去的现今仍很活跃的女权主义法学,与批判法学具有密切的联系,构成了后批判法学的重要一支。第九章和第十章,主要介绍后批判法学的另外一支即种族批判法学。同女权主义法学一样,尽管种族批判法学与批判法学有所区别并逐渐分离,但是,对种族批判法学的介绍也构成了介绍批判法学无法回避的重要组成部分。最后部分是结语,主要站在我们的角度对批判法学及其分支的女权主义法学和种族批判法学做了简要的评析,以求有所批判和借鉴。

当然,在力图对批判法学加以介绍的过程中,也面临着许多困惑和难题。首要的问题是,批判法学的作品和人物非常多,批判的路径和方法各有千秋,批判的领域方方面面,如何加以提炼、归纳批判法学的主要观点颇费周折。另外,批判法学的批判对象是主流的自由主义法学这一庞

然大物,没有对主流自由主义法学的深刻审视与反思,就很难把握批判法学一些观点的洞见与犀利。这些特点,都决定了在一本小册子中要准确、完整地介绍批判法学是很难做到的。也正如此,我们不敢奢望书中的观点的完全正确,倒是希望能给读者一些线索,循此线索加以探究,以廓清批判法学提出的一些重要观点的是是非非。这是需要读者加以注意的。

第一章

批判法学概述



许多人因批判法律研究运动对法律的不敬态度而谴责它,少数人甚至要求把它逐出法学院。但是,大多数人会同意,数十年来,批判的法律研究运动是闯入法学舞台的最富有挑战和最令人激动的法律流派。

——[加拿大]阿伦·C.哈奇森

批判法学,又称批判法律研究(Critical Legal Studies, CLS),是20世纪70年代末出现于美国的重要法学思潮。由于批判法学主要产生和兴盛于美国,因此,提起批判法学或批判法律研究,主要是指美国的批判法律研究。

第一节 什么是批判法学

批判法学是新兴的、以批判美国及西方自由主义法律传统为主要特征的法律派别。也有些学者认为,批判法学不是一个具有内在统一性的法学派别,而仅仅是法律理论者所采取的一种政治立场和态度。还有人强调,许多批判法学者之间具有不同的观点,甚至相互批判和相互解构,因此,不构成一个严格的学术派别。

客观地说,批判法学在批判传统自由主义法学的过程



1977年春天,一群批判法学者在美国威斯康星州首府麦迪逊市(Madison City)举行会议。这次会议被认为是批判法律研究运动正式出现的标志。图为麦迪逊市一角。

中,在对标榜自由市场和多元民主的现代资本主义制度的合法性提出质疑的过程中,达成了许多重要共识,形成了一系列的重要观点和方法,构成了一个法学流派。特别需要强调的是,从某些视角看,批判法学是西方法律思想从现代主义法学走向后现代主义法学的重要过渡环节。^[1]

与传统自由主义法学所坚持的法律具有公正客观性和内在理性的观点不同,批判法学认为,传统法律的逻辑和结构产生于社会的权力关系。这种法律,是基于政党和阶级的利益而形成的,并维护政党和阶级的利益,是一种把社会不公平加以合法化的系列信仰和偏见的集合体。法律是创立者们用来维持不平等现状的权势和统治的工具,富贵和权贵们运用这种法律作为压迫的工具,以便保

[1] [美]斯蒂芬·M. 费尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第226—251页。