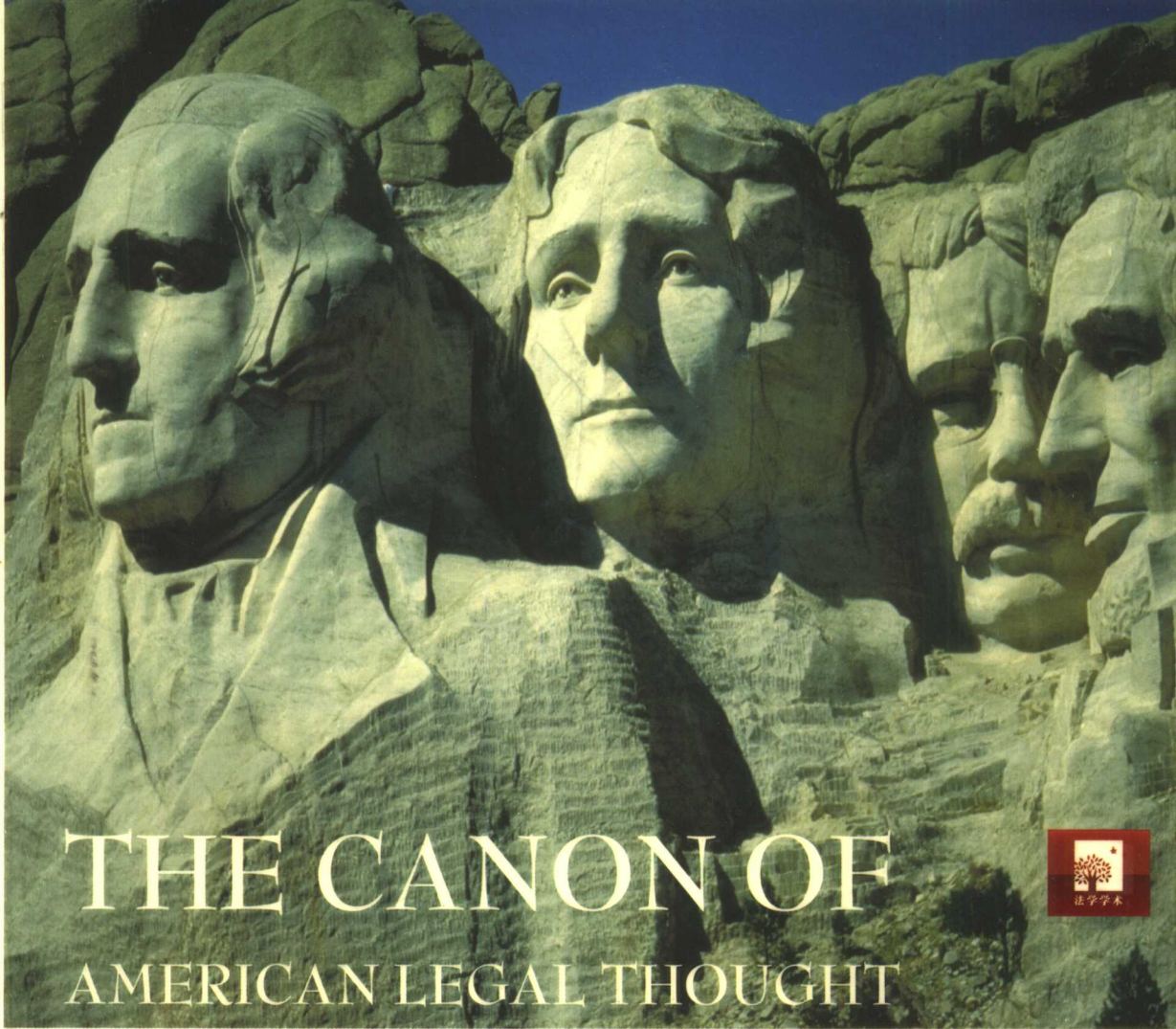




THE CANON OF AMERICAN LEGAL THOUGHT



美国法律思想经典

冯玉军 选编

712



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

冯玉军 选编

美国法律思想经典



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国法律思想经典/冯玉军选编. —北京:法律出版社,2008.1

ISBN 978-7-5036-8179-0

I. 美… II. 冯… III. 法律—思想史—美国 IV. D909.712

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第012385号

© 法律出版社·中国

美国法律思想经典

冯玉军 选编

责任编辑 刘文科
装帧设计 贾丹丹

开本 787×960毫米 1/16

版本 2008年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 17 字数 324千

印次 2008年5月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8179-0

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

美国法律思想的演进谱系(代译序)

冯玉军

一、引言

我们所处的时代,是一个全球化的时代。无论是从物质、技术方面,还是从精神、文化方面,世界各国都彼此影响、相互作用,以一种复杂的“重叠网络结构”方式发展演进。在这场声势浩大的发展潮流与客观趋势当中,最引人瞩目的就是美国的战略地位和国际影响力。很多人都说,20世纪是美国的世纪——美国在20世纪成为世界上最富裕、掌握最大权力并对世界事务最有影响力的国家。美国的选择和美国发生的故事,不管是否情愿,都必定会引起最多人的关注。美国的法律系统乃至法学研究中的细微变化,都会最大程度上引起众多国家法律系统的模仿、借鉴和关注。从具体规范的移植借鉴,到部门法律制度的复制式引进,再到法律思想的深层渗透,概莫能外。因此,深入了解当代美国法律思想发展演进的故事,不仅对美国人是重要的,对于在美国以外的我们也有很重要的意义,甚至更为重要的意义。

然而,对中国古代法律思想史和欧洲大陆法律思想史有所了解的比较法学者普遍有种体会,即和这两种历时性法律思维传统的相对统一性不同,当代美国法律思想源流众多、思想繁杂、百家争鸣,不仅缺乏一致公认的法学知识体系,而且很难形成扬弃分歧、综采百家的主流学术传统。诸如复兴自然法学(新康德主义法学)、分析法学、社会法学、现实主义法学、历史法学、综合法学、新自由主义法学、法律与经济学、法律与文学、法律与全球化、女权主义法学、种族批判法学以及其他种种后现代主义法学等诸多思想流派。“你方唱罢我登场,各领风骚没几年”,就像一个五彩斑斓但却令人眼花缭乱的“万花筒”。申而言之,遑论美国法诸子百家之间的观点歧异,即便是同一位法学家,其隐藏在众多学术产出背后的研究立场与不同时期的研究结论,也可能是变化

多端、前后不一的。^{〔1〕}这一切,不仅给外部观察者带来很大的认识障碍,而且使美国法学学术始终处在一种不断变动的格局当中:主题不确定、立场不确定、价值不确定、方法不确定,最后,法律实践的应用方式和评价标准也不确定。

二、当代美国法律思想的流派及其发展阶段

“横看成岭侧成峰,远近高低各不同。”笔者按照学术传统和学派的不同,对20世纪以来美国法律思想的发展历程(学术史)进行深入辨析。

(一)按照法学研究核心主题的不同,分为社会学法学、新自然法学和新分析法学的三方面

1. 社会学法学

这主要肇源于罗斯科·庞德的社会法学思想和以卢埃林和弗兰克为代表的现实主义法学运动。^{〔2〕}不同时代总有新的人物和理论出来,体现了美国实用主义哲学精神,并在总体上根据社会和时代需要在研究内容和研究范式上不断创新的一种学术潮流。法律现实主义对以后的其他法律学派,如法经济学、批判法学运动等影响深远。

以现实主义法学运动(Legal Realism Movement)为例,它是美国兴起于20世纪二三十年代的一场反法律形式主义的批判改革法律运动。1930年,卢埃林公开发表的《现实主义法理学——引领未来》为标志,一直持续到60年代。第一次提出“现实主义法理学”(A Realistic Jurisprudence)的概念,阐释了现实主义法学的观点。该运动分为四个阶段:第一个阶段:霍姆斯的奠基阶段(1897~1910);第二个阶段:学院派的高潮阶段(1910~1933);第三个阶段:罗斯福新政主导阶段(1933~1945);第四个阶段:“二战”以后的发展阶段(1945~1960)。

其中杰罗姆·弗兰克、瓦特·W.库克、昂德海尔·穆尔、赫尔曼·奥利芬特、约瑟夫·C.哈钦森、威廉姆·O.道格拉斯等20多位现实主义法学家直接参与“罗斯福新政”,制定一系列的法律法令,保证了“新政”的完成,加速美国摆脱经济危机,实现了美国的复兴与崛起。现实主义法学运动,扩大了现实主义法学思想的影响,提高了现实

〔1〕 对此我们可以通过一个非常典型的例子加以说明。波斯纳教授是美国联邦第七巡回上诉法院大法官,同时在芝加哥大学兼任教席。他早年在运用规范经济学理论分析和诠释法律(法经济学)方面作出了开拓性的贡献。但他后来的研究却涉猎更为广泛,论题和结论愈研愈新、愈出愈奇。择其要者有:《法理学问题》(1990)、《性与理性》(1992)、《衰老与年龄》(1995)、《超越法律》(1995)、《联邦法院》(1996)、《法律与文学》(1998)、《道德和法律理论的疑问》(1999)、《反托拉斯法》(2000,第二版)、《国家事务:对克林顿总统的调查、弹劾与审判》(2000)、《打破僵局:2000年大选、宪法与法院》(2000)、《公共知识分子》(2001)等。他之所以从如此多的角度研究法律,其原因只在于波斯纳在《超越法律》中的一个确信:没有单独哪种进路,包括法律经济学,能永久地捕获法律的复杂性。

〔2〕 把庞德和法律现实主义运动并列,丝毫不意味着他们二者间没有分歧。庞德是有名的反现实主义者,他曾直言不讳地批评法律现实主义的怀疑论倾向。他认为,很难说法律现实主义到底是什么,说它不是什么,反而比较容易。

主义的地位,使之成为美国继庞德的社会法学之后占据主导地位的法学思想,并影响到世界许多地方。

主要观点:

(1)法律是不确定的,它受到多种社会、文化和具体行为环境的影响,书本上的法律(如制定法、判例等)并不能决定法律争议的结果,因此杰罗姆·弗兰克的名言是:“法官早上吃了些什么,都能决定司法判决的结果。”

(2)法律是人制定的,因此受制于人的弱点和缺陷,它并不完美。

(3)法律应该作为一种社会控制的工具,实现社会目标,平衡各种竞争的社会利益。

(4)采用跨学科的方法,特别是社会学和人类学的实证方法研究法律具有非常重要的意义。

(5)法律系统合理化和合法化的基础在于社会过程当中。

(6)一些传统学说,特别是分析实证主义的逻辑教条对于实践来说,是一种脱离实际情况的理论扭曲和“基本法律神话”。

第一阶段代表性文献(20世纪初叶):

霍姆斯:《法律的道路》(Holmes, *The Path of the Law*, 1897)

杜威:《逻辑方法和法律》(John Dewey, *Logical Method and Law*, 1923)

卢埃林:《现实主义法理学——引领未来》(Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence—The Next Step*, 1930)

弗兰克:《法律与现代精神》(J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Garden City, N. Y. 1963, first Published, 1930)

第二阶段代表性文献(20世纪六七十年代“法律和社会”思潮):

麦考利:《法律和权力的平衡》(Stewart Macaulay, *Law and Balance of Power*, 1966)

弗里德曼:《法律文化和社会发展》(Friedman, *Legal Culture and Social Development*, 1969)

格兰特:《为什么“强势者”优先:法律变革限度的推测》(Marc Galanter, *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law&Soc’y Rev.* 95, 1974)

2. 新自然法学和康德自由主义法学(Kantian Liberalism)

自然法学在20世纪得以复兴,主要是基于两方面的原因:(1)从现实层面看,它是人类反思两次世界大战的必然回应。即战后人们在清算纳粹反人类暴行、进行正义审判的过程中,必然呼唤提倡价值的自然法学的复兴。(2)自然法从其内在机理看,主张的是正义之法、道德之法、理性之法,能提出鲜明的价值主张和价值内核。经过马旦、富勒以及后来的法哲学家罗尔斯、德沃金等人的持续努力,大致赞同法律正义和价值选择的法学家们激浊扬清,将自然法学和康德自由主义法学推进到一个新高度。这

个学派的基本学术传统来源于欧洲大陆。其基本思想是强调法律价值,特别是自由和权利价值的优先性,主张尊重个人道德自治和罗尔斯式的分配正义,反对公权力对私人行为的过分干预,通过对以宪法为主的整体法律进行谨慎的司法解释,国家将保证给全体公民一个权利和自由的基本框架,但不确保和干预其生活方式等。

代表性文献

富勒:《约因与形式》(Lon Fuller, *Consideration and Form*, 1941)。在这篇文章中,富勒研究了强制执行允诺的形式和实质理由,指出涉及作出可强制执行允诺的方式的法律手续,构成了决定可强制执行允诺的一系列理由。例如,约因的正式条件证明了允诺的存在,告诫要约人允诺的严肃性,并指导当事人如何作出或者避免作出可强制执行的允诺。此外,富勒还强调了强制执行允诺的实质理由,认为意思自治原则是构成合同责任的一个实质性理由。

赫伯特·威克斯勒:《走向宪法的中立原则》(Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles*, 1959)

戈瑞斯·沃尔德:《时间与态度》(Griswold, *Time and Attitudes*, 1960)

米歇尔曼:《保护穷人》(Michelman, *Protecting the Poor*, 1969)和《法律的共和》(*Law's Republic*, 1988)

约翰·哈特·伊利:《民主和不信任:一个司法审查的理论》(Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980)

德沃金:《认真对待权利》(Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977),《法律帝国》(1986)

阿克曼:《自由国家中的社会正义》(Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, 1980)

理查兹:《个人、家庭和宪法》(Richards, *Individual, Family, and Constitution*, 1980)

卡弗:《暴力和语词》(Robert Cover, *Violence and the Word*, 1986)

埃斯克瑞奇:《法律解释的动力学》(Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994)

3. 新分析法学

新分析法学是20世纪60年代形成的现代西方法学派别之一。其首创人是英国牛津大学法理学教授赫伯特·哈特(Herbert L. Hart, 1907~1993)。他的主要著作是:《法律的概念》(1961)。其他有《法律·自由和道德》(1963)和《惩罚与责任》(1968)等。他是第二次世界大战后西方法学界最有影响的人物之一。

新分析法学派的形成和发展,是同从20世纪50年代后期开始,以哈特和富勒为主要代表的长期论战不可分的。这一论战的实质是西方法律哲学传统中自然法学说和法律实证主义两大派之争。哈特的新分析法学是在奥斯丁(John Austin, 1790~1859)的老分析法学的基础上发展起来的,尽管哈特的学说以法律实证主义为基础,并被公

认是战后这一派的主要代表人物,但他的学说又具有向自然法学说靠拢的特征(即在鼓吹“国家主义”的新黑格尔主义法学趋于衰落,对法律的价值准则采取不同程度否定或怀疑态度的实证主义法学亦有所动摇的大背景下,向自然法学吸取学术资源)。此外,哈特还将逻辑实证主义的概念与语言分析法运用到法学中来,反对法律概念传统的下定义的方法,主张采用根据具体情况进行逻辑分析的方法。^[3]

拉兹是哈特以后新分析法学的主将。他一方面力图继承分析法学的传统,对奥斯丁、凯尔森、哈特的理论进行客观的分析;另一方面,又尝试在新形势下建立自己的分析法学框架。他把研究范围扩展到自然法学和社会学法学的传统领域,如法治问题、法律的作用问题、法官的地位问题等。

代表性文献:

霍菲尔德:《论应用于司法推理的某些基本法学概念》(Wesley Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied Judicial Reasoning*, 1913)。霍菲尔德是美国“法律实证主义”的代表人物。他在文章中试图厘清各个法律概念的内涵及其不同,对不同法律关系逐一分析,进而寻找法律概念的最小公分母。^[4]

[英]哈特:《法律的概念》(Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed, p239. Oxford: Clarendon Press, 1994)

哈特和萨克斯:《法律过程:法律制定和应用中的基本问题》(Hart & Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958)

威灵顿:《普通法规则与宪法双重标准》(Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards*, 1973)

拉兹:《法律的权威:法律与道德散记》(*The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979)

拉兹:《自由的德性》(*The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986)

(二)按照法学与其他学科工具交叉渗透的不同,可以分为法经济学、法社会学、法统计学、法文学、行为主义法学等

在此我们以法经济学为例,简述一下这个源于20世纪60年代的新潮流,40多年来法经济学运动——就其整体而言——可以说是学派林立,思想杂多。从根本上说,法经济学“并非是一个一致性的运动,而是不同学术传统并存的研究过程,其中有些研究具有互补性,有些研究则是竞争性的,或者说,是具有冲突对立性质的。”^[5]具体而

[3] 沈宗灵:“论哈特的新分析法学”,载《法学研究》1981年第6期。

[4] 他尖锐地指出,以前的法学理论犯了一个致命的逻辑错误,即误以为“自由”逻辑上包含了不受他人干涉的“权利”。换言之,霍菲尔德认为,一个人有做某件事的法律自由,并不逻辑上意味着他(她)做该件事时享有不受他人干涉的“权利”。例如,一个雇主雇用非工会工人的“自由”,并不逻辑上意味着他(她)有阻止工人组织工会的“权利”,而工人组织工会实质上就是干涉雇主雇用非工会工人的“自由”。

[5] Nicholas Mercurio and Steven G. Medema: *Economics and The Law: From Posner to Post-Modernism*, Published by Princeton University Press, 1997, pp. 1-2.

言,根据这些年关于学科发展情况的一般说法,法经济学主要有如下几个并非公认的“学派”或学术核心:以卡拉布雷西及其传承关系为核心,逐渐形成了法经济学的“耶鲁学派”;以科斯、波斯纳、兰德斯为核心,逐渐形成了法经济学的“芝加哥学派”;〔6〕侧重从事政治经济学和宪政税收经济学研究的布坎南和塔洛克于1969年在弗吉尼亚理工学院创建了公共选择研究中心,有人称之为法经济学(或称公共选择理论)的“弗吉尼亚学派”。

除了这三个比较有名的“学派”之外,布雷姆利比较侧重于研究制度起源和变迁问题,有人称之为“制度学派”;哈佛法学院的沙维尔和卡普洛均出身于经济学科,成果也都主要发表在经济学刊物上,有人称之为“哈佛学派”;此外像波林斯基在斯坦福大学法学院、罗伯特·考特在加州大学伯克利分校法学院均坚持了多年法经济学的教学与科研,在法经济学发展中贡献突出,并且他们的研究也都形成了独特风格,有时也被人称为学派。这样的划分虽不能说没有道理,但就其整体认识论和方法论的基础,则仍是个“大同小异”的问题,即在应用经济学、哲学和其他社会科学研究法律问题方面,有“大同”;而在是否进行应然性研究以及对具体问题的分析角度和方法上却很不一致,存在“小异”。

此外,还有一些基于女性视角、人类学视角、心理学视角的法经济学支派,几位著名学者如塞洛库斯大学的麦乐怡和哈佛大学的邓肯·肯尼迪则强烈批判波斯纳式的法经济学,主张建构一种包容性更强的、批判性的法经济学,再加上欧洲国家的学者基于其原有大陆法系演绎推理的传统,也自发形成了偏重研究立法效率和成文规范的学术道德,凡此种种法经济学观点,虽然与波斯纳或数学化法经济学“道不同,不相为谋”,但也未见得形成了不同于法经济学的另一门学科,所以算不上“另门别户”,而是属于法经济学这个有着共同志趣和问题立场但组织较为松散的学术共同体,并以一种关于法和经济学正当关系的不同意识形态之间的竞争与斗争推动了当代法经济学的发展。

代表性文献:

科斯:《社会成本问题》(Coase, *Problem of Social Cost*, 1960)

卡拉布雷西:《风险分配和侵权行为》(Calabresi, *Risk Distribution and Torts*, 1961)

波斯纳:《法律的经济分析》(Posner, *Economic Analysis of Law*, 1st ed, 1972)

卡拉布雷西和梅拉曼德:《产权规则,责任规则及其不可让与性》(Calabresi & Melamed, *Property Rule, Liability Rules and Inalienability*, 1972)

波林斯基:《侵权争议的解决》(Polinsky, *Resolving Nuisance Disputes*, 1980)

沙维尔:《意外事故法的经济分析》(Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987)

〔6〕 Coase, Law and Economics At Chicago, *Journal of Law & Economics*, Vol. 36 (1), pp. 239 - 54, 1993.

兰德斯和波斯纳:《侵权法的经济结构》(William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987)

朱斯、桑斯坦和西拉:《法经济学的行为进路》(Jolls, Sunstein and Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review*, Vol. 50, pp. 1471 - 1550, 1998)

卡普洛和沙维尔:《公平与福利》(Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2002)

(三)按照政治意识形态,可以分为左翼和右翼(或极左、极右、中左、中右等)法律思想

这种流派划分实际上是美国当代政治思想和政治主张在法学界的反映。大家争论的焦点从是否坚守分配正义原则,到是否堕胎和克隆人等拉拉杂杂的问题,不一而足。无论是联邦和州各级法院的法官,还是法学院的学者们,都或明或暗地坚守某种政治立场,进而在法庭判决和法学著作中予以坚持。例如,联邦法官是任命的,而且是终身职位,因此其任命的程序和法官遴选就非常政治化。著名的“伦奎斯特法院”的保守主义倾向最终将靠上帝的“天启”发动伊拉克战争的小布什送上总统的宝座。^[7]

右翼学者代表性文献:

哈耶克:《自由秩序原理》(Hayek, *The Constitution of Liberty*, London and Chicago, 1960)

伯林:《自由四论》(Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 1969)

• 诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》(Robert Nozick: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974)

波斯纳:《法律的经济分析》(*Economic Analysis of Law*, 1986, 1992, 1998)

左翼学者代表性文献:

弗如格:《城市作为一个法律概念》(Frug, *City as a Legal Concept*, 1980)

热丁:《财产和人格》(Radin, *Property and Personhood*, 1982)

桑斯坦:《美国法律中的利益集团》(Sunstein, *Interest Groups in American Law*, 1985)

辛格:《财产的信赖利益》(Singer, *Reliance Interest in Property*, 1987)

萨姆纳:《阅读意识形态:对马克思主义意识形态和法律理论的一个调查》(Colin Sumner, *Reading Ideologies: an Investigation into the Marxist Theory of Ideology and Law*, New York: Academic Press, 1979)

[7] [美]德肖微茨著:《极不公正:联邦最高法院怎样劫持了2000年大选》,廖明等译,法律出版社2003年版。

贝隆等:《马克思主义与法》(*Marxism and Law*, Edited by Beirne and Richard Quinney, New York: Wiley, 1982)

(四) 按照后现代主义思潮分为现代主义法学和后现代主义法学方法论

后现代主义法学要求超越现代主义法律思维及其体系性建构,否定理性法律主体和法的合理性,也反对法的一切宏大叙事与霸权话语,主张弱势群体之间的商谈,颠覆性叙述,反基础主义的认识论等。这种思潮在当代的主要体现就是批判法学研究思潮。但是二者并不是隶属关系,而是交叉关系。即批判法学可能有后现代倾向,但批判却未必后现代;后现代倾向影响和强化了批判法学的颠覆特征,但批判也未必走向后现代。这种观点在批判法学的领军人物邓肯·肯尼迪身上体现得最为明显。

邓肯·肯尼迪教授2006年6月在哈佛大学讲授“比较法与法律全球化的新观察架构”课程,针对“法律全球化”问题就提出了十分尖锐的系列观点:首先,他认为目前观察比较法与法律全球化现象的思维架构不仅无法充分解释全球之法律现象,也使边缘地区精英失去了自我创造法律论述,反抗中心法律霸权的能力。就通行的比较法研究路径而言,Civil law/Common law之区分成为比较法学者思考问题的基本出发点,然而这种观察架构无法充分解释全球化下的法律现象。如北欧法究竟属于大陆法系,还是普通法系?印度法虽然继受了英国法,但却是法典化的结果,从而使得在印度法律实践中,法条解释与判例援引同等重要。这种比较法研究视角的另一个弊端则在于,使得边缘地区的法学精英习惯于抄袭其所继受国的法学论述,而没有独立思考之创造力。其次,他提出要对于全球化背景下的法律现象进行比较好的研究,不能拘泥于法律的外在形式(如法典或是判例法),或是历史事实(如因殖民而继受英国法、因法典化之需求继受德国法或是法国法),而必须观察法学论述的语言结构。即人们遵守法律在很大程度上就是遵循共同的(法律)语法规则,而不是其内容本身。就譬如说打牌打了一半,中间突然换手,新来的人并不需要知道牌怎么打到这里,他只需要知道打牌的规则就可以接着打下去了。了解过去的牌是怎么打掉的诚然重要,但是,更重要的却是下一个人(法律相对人)会不会接着打。这样,观察全球化下法律变化的视角就从对不同法律文明的历史研究和形式研究,转向对法律的语法结构/商谈框架角度了,从而使毫无关联之法律之间的比较研究成为可能。再次,他认为当前“诉讼大爆炸”让越来越多有争议的问题涌入法庭之中,等待法官依据法律给出“正确”的答案,也就使得法律政治化以及政治司法化的现象日益明显。此时,法律与政治实际上处在一个诠释的循环当中。二者彼此独立,又互相影响。正确认识这种关系,才不会限于法律中心主义的窠臼,或是以为法律不过是政治主张之包装而忽略法律体系可以扮演的功能,或者难以理解和回答各种新的法律论述与现象(如妇女权、少数种族权、同性恋权、亚洲价值)何以存在,其意义如何^[8]

[8] 以上肯尼迪教授的授课内容为笔者2006年5月至8月在哈佛大学法学院东亚法律研究中心访问研究请教所得,哈佛法学院2006届L.L.M.毕业生张英磊先生提供了重要帮助。

1. 批判法学研究思潮

代表性文献:

肯尼迪:《私法判决中的形式与实质》(Duken Kennedy, *Form and Substance in Private Law and Adjudication*, 1976)

昂格尔:《批判法学运动》(Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 96 Harv. L. Rev. 561, 1983)

科尔曼:《刑法的建构型解释》(Kelman, *Interpretive Construction in Criminal Law*, 1981)

图什耐特:《法律学识:原因与治疗》(Tushnet, *Legal Scholarship: Causes and Cure*, 1981)

甘贝尔:《权利意识的现象学》(Gabel, *Phenomenology of Rights-Consciousness*, 1984)

2. 女权主义法律理论

可能的改革包括:适当放宽标准;工作角色的重组;参与性争议解决;限制色情文学(描写)

代表性文献:

麦金侬:《正宗女性主义》(Mackinnon, *Feminism Unmodified*, 1987)

威廉姆斯:《解构性别》(Williams, *Deconstructing Gender*, 1989)

舒耶茨:《工作的故事》(Schultz, *Stories about Work*, 1990)

3. 批判种族主义法律理论

可能的改革包括:强化市民权利;批判色盲和保守主义行动;强化经济权利;重构隐私和财产权利;慎重对待交叉性文化和民族主义、分离主义

代表性文献:

马祖达:《关注底层》(Matsuda, *Looking to the Bottom*, 1987)

威廉姆斯:《成为财产的客体》(Williams, *Being the Object of Property*, 1988)

德尔戈多:《批判种族文献学》(Delgado, *Critical Race Bibliography*, 1993 - 1995)

金百利·柯瑞肖:《批判种族理论》(Creashaw, *Critical Race Theory*, 1995)

三、几点结论

美国法律思想的最大特点是多种学术资源和解释进路纷然杂陈,具有鲜明的实用主义和学术综合的特色。它既研究法律内部的概念、关系、规范,又研究法律外部的属性、影响、效果;既有反映统治阶级意志的主流法律哲学,又有对整体法律制度及其承载的意识形态和价值体系进行批判和揭露的批判法律传统;既有书斋论道的应然性法学,又有深入法律运作实践的,带有鲜明实证和经验色彩的经济分析、社会分析和田野调查;既有沿袭了欧洲大陆传统的自然法学和分析实证主义传统的诸多流派,又有结

合美国本土社会与现实发展的实践,创造性建立起来的社会学法学,于是这三类反映和解释法律本质之事实、规范和价值不同进路就在美国法的实践中被冶于一炉,相互激荡碰撞,产生法律知识拓展的崭新空间。

(一)与时俱进的美国法律思想

法律是社会的产物,因此将焦点放在美国法律的社会脉络之上,探索 20 世纪的美国社会巨变。法律思想的进步,归根结底要依托于社会结构和经济文明的发展。

美国著名法律史学家劳伦斯·弗里德曼在《二十世纪美国法律史》中将 1900 年美国的社会和法律与 2000 年美国的社会和法律进行比较,认为无论从哪个方面,不管是科技发展水平还是社会结构,抑或是性别歧视或种族歧视问题(1900 年的美国还是一个白人的世界,仇黑主义盛行),都已发生了沧海桑田般的改变。例如因着汽车、收音机、电视、电脑等新技术的出现,人们的生活被改变,也因此出现了消费者权益保护法、事故责任法等。罗斯福“新政”不仅是美国现代社会历史发展的转折点,而且是当代美国法律思想史的转折点。以法律现实主义运动为代表的美国法律思想,自此之后,伴随着一波接一波的“民权”运动的勃兴,实实在在地推进了世界法律文明的进步。

在现代社会里,法律扮演了并将继续扮演着最重要的维护秩序的角色。无论是基于市场交易的便利安全,还是基于公共利益分配的考虑,在这个由“陌生人”组成的社会里,法律掌管着一切。越复杂、越专业、越异质的社会,越迫切需要法律。因此近年来社会的法律系统都在持续扩张中,法律在社会中所扮演的角色已比以往更加重要。法学研究与法律实践,实际上已经从社会的舞台边缘移向舞台的中央。

(二)实用主义哲学影响深远

当代美国主流的法律思想,是建立在多元的社会文化,尊崇个人权利和自由主义以及实用主义的哲学观之上的。以实践效果为目的,强调法律的经世致用,成为很多学者的选择。以波斯纳的学术立场为例,他在哲学上采实用主义(pragmatist in philosophy)、方法学上采经济和社会分析(economic in methodology)、政治上持自由主义(liberal in politics)的立场。尽管围绕着他的研究仍存在着极其尖锐的争论和批判(如他与德沃金的论战),但由于整个社会相对恪守学术自由和平等论辩的原则,因此几乎不存在学术之外的担忧。

(三)现实精神和经验分析是美国法律思想的基本特征

尽管美国法律思想中一直不乏来自大陆法系的形式主义法哲学研究,并且每一代法学家的研究旨趣、理论资源、具体观点方法都有较大差别,但是基于美国普通法的强大传统,从马歇尔、霍姆斯到庞德、卢埃林再到波斯纳和孙斯坦,美国法学家群体存在着显著的共性立场,那就是不把逻辑的法、纸上的法(Law in Paper)、书面之法(Paper Law)当做法律本身,而是始终关注社会当中的法律现实,关注着司法过程当中对人们的生活产生影响的裁决,关注着实际发生的鲜活案例。这种实事求是,从“社会”中找法、研法以及经验分析的认识论和方法论,是美国法律思想的主导因素,也是其理论发

展、演变的关键。

(四) 当代美国法律思想就是当代美国法律思想史本身

美国的法律思想发展根本无法用一两个简单的口号,或者几句精雕细琢的话总结。在各式各样有着不同历史传承、研究目的、分析工具和认识方式的法学流派之间,充满了冲突与和谐,批判与对话的矛盾气氛。总体表现出“平等、多元、批判”的话语特性,而这一话语平台的出现,无疑又同一个长期稳定的法制社会的固有特色紧密相关。

总之,在笔者看来,当代美国法律思想史和法律文化史,同美国法律发展史乃至于社会发展史相辅相成,如影随形,共同构成复杂而变动不居的文明样态。

四、本书收录经典篇目简介

我在2006年5月至8月间担任哈佛大学法学院东亚法律研究中心访问学者,其间广泛搜求美国法律思想史的研究资料。十分凑巧的是,该院大卫·肯尼迪教授^[9]常年开设一门《美国法律思想经典》课程,专门介绍20世纪以来美国法律思想史当中的经典名篇,从中梳理出法学理论发展的清晰脉络,深入浅出,深受哈佛学生的欢迎。作为一名多年从事法理学、法哲学比较研究的学者,我有责任将这些公认权威的理论资源介绍到中国来,从而使之能够为中国法制建设的发展起到一定的学习借鉴作用。

毫无疑问,肯尼迪教授按照年代顺序所选的这20篇经典论文(其中麦金侬 Catharine A. Mackinnon 和柯瑞肖 Kimberly Crenshaw 教授两个最新作品是著作性质),都是根据多年统计的引证率最高的一些作品,在美国法学界影响广泛。这一点想必读者们也都慕名已久。除了那些早已被国人翻译的名作(如科斯的《社会成本问题》、霍菲尔德的《司法推理中应用的基本法律概念》、威克斯勒《走向宪法的中立原则》等)而外,我们这次编选的原则是尽可能将其他从未翻译的经典文章(事实上这些篇目我们也大多久闻其名或在某些法律史教材中略有涉猎)介绍过来,庶几可以填补我国外国法律思想史研究的空白。

具体翻译篇目,请参见本书附录 David W. Kennedy, *The Canon of American Legal Thought*。该目录当中的其他两篇重要文章:邓肯·肯尼迪著《私法程序中的形式和实质》和查耶斯著《公诉中法官的作用》,在“1978—2004年引证率最高102篇法学论文”中分别排名第八(956次)和排名第十(915次),其主题更加靠近部门法学,故未收入本书,而是编选进本书的姊妹书《美国法学最高引证率经典论文选》(法律出版社2008年出版),希望对此感兴趣的读者参看。此外,为帮助读者了解美国法哲学界的情况,我们还特意选译了罗伯特·埃里克森的《“法律交叉”研究成果的市场》(分析法律交叉学科在美国异常繁荣的缘由和意义)以飨读者。

[9] 美国哈佛大学法学院 Manley Hudson 教授,欧洲研究中心主任,学术兴趣:国际法、当代法学理论。

本人投身学术事业迄今已逾十五年,始终以“法学研究和法律教育”为自己的安身立命之本。此番组织编译本书,完全是基于对中国法制建设及法学发展的一股热情。没有诸位可敬、可爱的译者的辛劳与支持,如此二十余篇美国法学经典名作、总计六十余万字很难在如此短的时间里翻译出来并与中国读者见面。尽管我们已经付出了自己最大的心力,但是翻译中的错误仍然在所难免。我在阅读和校对各篇翻译作品时,总能发现一些令人不满意的地方,并已尽自己最大可能斟酌更正。但毕竟时间有限,不允许我们无休止地修改、讨论下去,个别的疏漏和误译之处在所难免,还敬请读者批评指正。

在本译著出版之际,我要感谢中国人民大学法学院的孙国华教授、吕世伦教授、朱景文教授以及尊敬的江平教授和梁治平教授的热情鼓励,感谢法学院王利明教授、韩大元教授、龙翼飞教授等领导一直以来的关心和支持。最后,我还要感谢法律出版社学术分社惠允出版,责任编辑刘文科先生慧眼识珠,给予我和诸位译者极大的宽容和耐心,并以高质量的编校工作最终完成了本书的出版。

是为序。

冯玉军

2007年8月1日于北京世纪城寓所

目 录

美国法律思想的演进谱系(代译序)	1
法律的道路	
奥利弗·温德尔·霍姆斯 著 汪庆华 译 王笑红 校	1
“非强制”国家的强制与分配	
罗伯特·L.黑尔 著 周望 译	17
法律与逻辑方法	
约翰·杜威 著 兰宏森 译	35
荒唐的先验与功能主义进路	
费利克斯·S.柯恩 著 周望 译	46
现实主义法理学——引领未来	
卡尔·N.卢埃林 著 朱文博 译	80
对价与形式	
朗·L.富勒 著 桑向飞 译	110
为什么“强势者”优先:法律变革限度的推测	
马克·格兰特 著 彭小龙 译	131
法律共和国	
弗兰克·米歇尔曼 著 钱岩 译	178

美国法律思想经典

暴力与言语

罗伯特·科弗 著 祝子彭 译

213

“法律交叉”研究成果的市场

罗伯特·C.埃里克森 著 范围 译

236

附录：

大卫·肯尼迪：美国法学思想经典

249