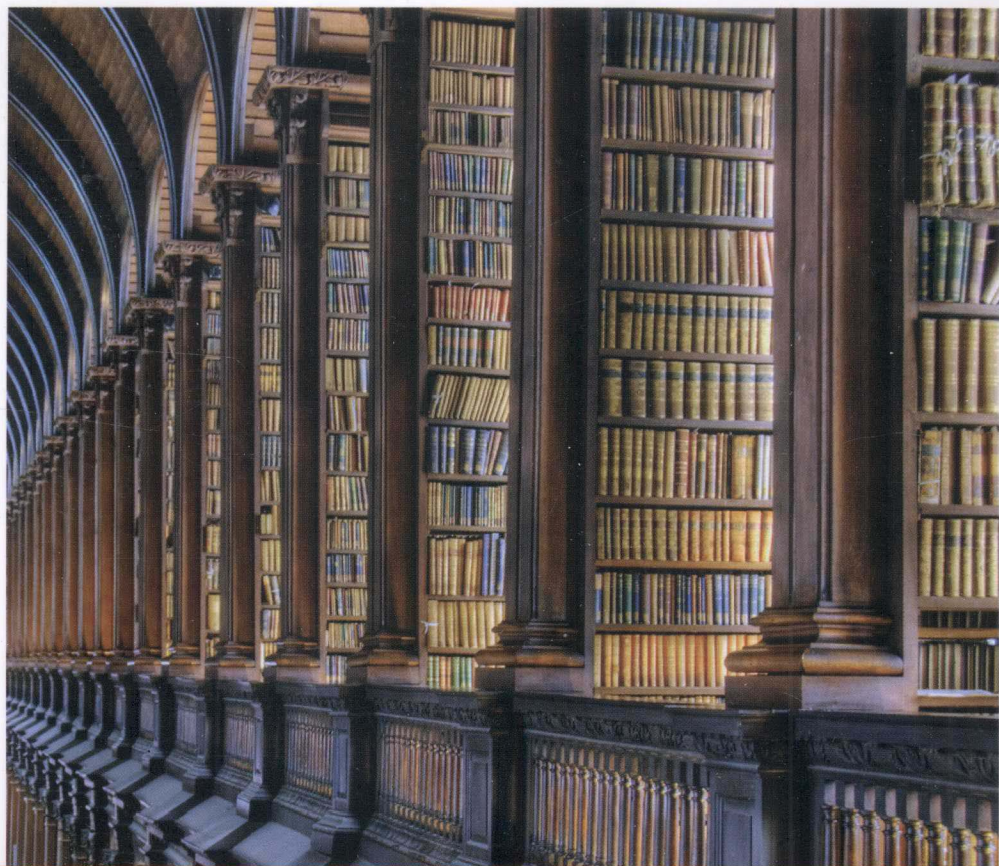
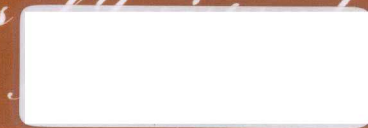




社会思想译丛 丛书主编 / 沈明



The Politics of Law



Legal Philosophy

法理学的政治分析

法律哲学批判导论

[英] 罗杰·科特瑞尔 / 著 张笑宇 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

The Politics of Jurisprudence

A Critical Introduction to Legal Philosophy

法理学的政治分析

法律哲学批判导论

[英] 罗杰·科特瑞尔 / 著 张笑宇 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2009-0936

图书在版编目(CIP)数据

法理学的政治分析:法律哲学批判导论/(英)科特瑞尔(Cotterrell, R.)著;张笑宇译. —北京:北京大学出版社,2013.5

(社会思想译丛)

ISBN 978-7-301-21673-6

I. ①法… II. ①科… ②张… III. ①法理学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第282084号

The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy/Roger Cotterrell
© R B M Cotterrell 2003

“The Politics of Jurisprudence” was originally published in English in 2003. This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

Simplified Chinese translation copyright © 2013 by Peking University Press

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 法理学的政治分析——法律哲学批判导论

著作责任者: [英]罗杰·科特瑞尔 著 张笑宇 译

责任编辑: 陈晓洁

标准书号: ISBN 978-7-301-21673-6/D·3220

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965mm×1300mm 16开本 24印张 333千字

2013年5月第1版 2013年5月第1次印刷

定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

“社会思想译丛”弁言

二十世纪的中国在经济、政治、文化等多个社会维度上全面融入了全球化的世界进程。承继百多年前学界前辈开创的未竟事业，在跨越千禧年的世纪之交，我们对于西学的译介和研习进入了一个空前繁荣的时代。西方理论话语充斥于大学讲堂、学术会场以及与之相伴的论文、专著、教科书。如果暂且略去翻译质量问题不论的话，那么西书引介的数量貌似构成了一笔蔚为可观的文化积累。在这一历史背景之下，“社会思想译丛”或为锦上一草，自然无可彰扬。

编者囿于自身的术业专攻，选择以法学以及相关交叉学科研究著作作为丛书的起点，并期待能够将主题逐步拓展至更为广阔的社会思想领域。冀望以此累积若干有益的思想资源，推动社会科学的交叉研究及其与人文学科的良性互动，在可能的程度上超越学术分科壁垒；并服务于大学文科教育尤其是青年学子，他们肩负着提升汉语学术水平和学术声誉的艰巨任务。鲁迅先生当年关于青年少读或不读中国书的主张，至今仍有其现实意义。当然，丛书对法政研究的侧重还有一层现实原因：我们生活在一个政治上依然年轻的国度。

独上西楼是为了在历经衣带渐宽的憔悴之后达至灯火阑珊的境界。中国知识界的西学翻译作业历百年起伏坎坷竟而重又复兴，这对中华学术而言，是幸，抑或不幸，仍为人们殊少反思的问题。诚如冯象先生所言：百年学术，今日最愧对先贤。在“成果”、“课题”如此繁盛的时代，不才之辈尚可译。惟愿孜孜介绍之劳作少一点误人子弟的危险，以免那愧对先贤的族类再愧对子孙。“百年孤独”的民族由此可望与她的文化复兴重逢。

前 言

本书涉及的资料范围要比第一版多得多,但它追求的目标却和第一版是相同的,英美法律哲学中的重要著作试图概括性地解释法律的性质,而我希望提供一个对这些著作的批判性导论。就像以前一样,本书的批判性进路建立在两类询问之上,这两类询问一直在研究各自的理论性贡献。我的问题是:(1) 反映社会语境并从中阐述的政治问题,与某种理论具有怎样的相关性;(2) 英美法律理论的目标和思想如何与作为职业群体的法律人的变迁相关。

作为从某一个特定立场进行写作的导论,本书并不试图面面俱到。它选择材料阐明法律理论的一般进路,探究理论被用来发挥的职业性用途和政治性用途。原来的打算是,将本书当作这个主题的简要而辅助性的批判性评论。但是,它已经被广泛地用作普通学生的教材,因此,在这个新版本中,我已经努力将这种进路延伸到一些最重要的理论区域中,自从本书初版以来,这些理论已经变得非常著名。

全新的两章探讨了过去十年来活跃的多种对英美法律哲学的批判性进路。第一版对规范法律理论的批判提示,这种理论传统的核心存在着空白,需要以新的进路填补。近期的批判理论一般都没有打算撑起规范法律理论的大厦,它们的计划或许常常相反。但是,它们的出现已经使得法律哲学远远丰富于本书第一版写作的时期。这些我在第一版总结中强调的规范法律理论的不足之处,以及对规范理论的承诺,都为这种更新的进路提供了可能和激励;在我看来,它们都会受到欢迎,被看作是法律研究中的启发和灵感。

第一版的评论者提出了许多建设性的评论意见,在修订本书的过程

中,我从这些意见中获益良多。借此机会,本书对全文进行了调整,增加了它的透明度,更新了参考书目,以及改正了一些错误。这些变化没有改变本书的论辩,但是对大量新材料的采用,特别是第八章和第九章中的新材料,已经使我有机会更进一步验证和详述那些论辩,并且以许多新的方式去阐明它们。自从本书第一版面世以来,法律理论的著作已经更为繁荣,而我也努力提供相对全面的对近期这个领域最重要著作的向导。作为这种努力的结果,注释部分和拓展阅读的部分已经更为详尽了,而且几乎是为这个版本重写的。

罗杰·科特瑞尔
伦敦大学玛丽王后·威斯特费尔学院
2003年1月

第一版前言摘录

本书的目标是,研究对于现代英美法律哲学的关键理论贡献,以便勾勒这些贡献激发的关于法律性质的争论。在这个意义上,它被计划用作对现代法律理论重要领域的一般介绍。然而,它的目标不止于大多数此类的一般介绍。比起一般的介绍性文本,它将这些著作中的争论放到了一个更为广阔的语境中。它并不仅仅打算成为对这个领域重要方面的考察,它更希望更特定的讨论,在有些特定形式下的英美法律哲学是什么,是为了什么。

这需要根据社会情境研究英国和美国的法律哲学进路,自从两个国家中开始现代法律职业化以来,这些进路已经在社会情境中出现。我在这些内容中曾经指出,19世纪以来,英美法律哲学的主流进路(这些进路也是当今许多现代法理学的要素)在很大程度上可以被理解为一种对特殊政治情境的回应,以及特别是对法律职业实践情境的回应。因此,本书提出,这种法律哲学著作有益于巩固对法律性质的看法,这种看法似乎对于特殊时期法律职业的地位和目标非常重要。这种法律哲学还具有一些政治性的意义,它在一定的程度上促进、巩固和反映了更广阔的政治思潮。我们不应该过分夸大这种常常被法律思想和著作看作隐密的职业性作用和政治性作用。但是,揭示这些作用却很重要。

这种视角可能以某种方式表明,如果把法理学中那些常常被描绘为永恒的、似乎无休止的和不能解决的争论理解为法律哲学对特殊时间和地点的压力、变化和情境的特定反映,那么对这些争论将有更好的理解。

以这种视角来看,诸如现代理论对于主权的争论、不同形式的法律实证主义的持久(但是存在问题的)吸引力、自然法的兴衰和法律哲学中某

类怀疑主义理论的特征,看上去就会和标准教科书的处理方式非常不同。本书认为,对现代英美法理学中的自然法的各种看法可以被理解为一种对社会和政治变化的回应:但是这种回应也被法律实践职业化过程中出现的问题所充分形塑。

这样一种解读在这里被用作一种组织框架,以介绍这个学科主要的理论导向。提供这样一种框架,一种只是试验性地看待资料的粗略方式,这有充分的理由吗?我想答案是肯定的。第一,大量棘手的现代法律理论著作并不一定会自然而然变得清晰,这种进路能够为它们提供一种框架或协调性。第二,这种进路可能会揭示,比起这些著作有时候看上去的,确切地说,比起这些著作对自己的一贯描述,它要更多地参与社会中实践的法律事务,在其中发挥更重要的作用。现代法律哲学的发展已经成为,至少在一定程度上成为,对西方社会中变化的法律情境的不断解说。如果我们付诸一定的努力,将法律哲学放在“语境”中——特别是揭示语境中包含的关于法律的社会、政治和职业环境——我们可能会认识到,(无论对于法律人还是普通公民来说)法律哲学中有些重要议题和争论的意义比我们通常设想的要大很多。第三,通过这里采用的这类进路,关于这个领域什么是“重要的”和什么曾经是“重要的”可能会被澄清,甚至可能会被重塑。事实上,在这些涉及大多数重要作者的篇幅中,“语境化”的进路的确促成了某种和当下正统学说不同的看法。

这里并不打算进行某种全面的解读,即使在某个突出主题的特定范围内也是如此。本书研究了现代法律职业化以来,对英美普通法世界中非常有影响力的理论所做的贡献。它试图识别这些贡献中每一个的一般倾向,特别是根据它们的职业相关性和政治相关性来识别。只有有助于分析本书关心的中心问题,本书才会进行详细的评注。大多数被分析的理论是英国或美国本土的,但是,本书也包括那些看上去对理解英美法律发展必不可少的、具有显著影响的外来理论。只要某种贡献提供了一种法律的理论,或者说,只要它试图从理论上澄清法的性质、法律的性质,或一般法律制度的性质,这种贡献就会被讨论。在形形色色的现代法理学

著作中,这些侧重点使得本书有可能始终集中关注一条串联的主线(当然,我也决不否认这些篇幅讨论著作的作者所具有的多重智识目标)。

我希望这本这样构想的书将会为它考察的理论领域提供有益的导论,同时提供一种独特的看法。我也希望这种讨论表明,为什么这种理论需要从职业性分支和政治分支来进行研究,以及比起这个学科的大多数传统进路,这样一种语境化的进路——这种进路和简化主义的破坏或“堵塞”研究对象相去甚远——如何能够真正更清晰地显示这些资料的持久价值。法律哲学,就像法律自身一样,只有从社会和政治语境中理解它,才能显示自己完整的意义。

我特别感激我的朋友和同事大卫·奈尔肯博士(Dr. David Nelken),他阅读和评论了草稿的几个部分,并且激发了许多关于法律理论问题的建设性谈话。本书的一部分是1989年春季学期,在得克萨斯大学作为客座教授和杰·布朗百周年法律研究员(Jay H Brown Centennial Faculty Fellow in Law)时写成的。我从那个环境中的研究便利和教授法理学的经历中获益良多,它们都为本书提供了极大的帮助。我也同样感激玛丽王后学院,在我开始这项研究的早期为我提供一个学期的轮休;感激玛丽王后学院的布莱恩博士(Dr. M Bryan)和得克萨斯大学法学院的鲍尔斯教授(W C Powers),他们同样阅读和评论了草稿中的某些部分。第六章的一部分是由一篇文章改写的,这篇文章之前发表在1987年卷的美国律师协会研究期刊(American Bar Foundation Research Journal, pp. 509-524)上。衷心感谢美国律师协会研究期刊对重印那篇文章某些章节的许可。

最后,我也需要感谢我的孩子们,当家庭的其他成员因为写书而扰乱他们的生活时,他们表现得非常恬淡;我还要感谢我的妻子,安·科特瑞尔(Ann Cotterrell),在研究和撰写本书的整个过程中,她一直给予我支持和鼓励。

罗杰·科特瑞尔
玛丽王后学院法学院
1989年6月

译者序

在当下这个人人都努力建成法治的国家,谈论法理学的政治色彩似乎并不是一件容易的事情,这在很大程度上是因为法治通常被理解为“法律的治理”而与“法律的政治”无关。虽然从法治的英文“The Rule of Law”来看,确实只有“治理”而无“政治”之义,但问题或许在于“Rule”作为一个法治的中心词,“Law”似乎变成了一种工具或者途径,在这里,必须要面临的质疑可能是,“治理”难道就可以离开“政治”了吗?难道“政治”的含义没有包括“治理”吗?因此,如果能够承认法律的治理并不总是那么清楚,而政治的概念也并不全然是那么狭隘,就可以想到,“法治”本身是包含在一种更为宏观的“政治学”之中的。

于是,针对整体“法治”建设乃至意义的“法理学”研究就不得不思考有关“法治”的本源问题,法学领域的界限在哪?当法律作为一种职业试图容纳所有的社会关系和社会行为时,它是否真的仅仅是一种能够被客观化的智识?更为重要的是,对法理学本身进行的政治分析,与另一种展现法律与政治关系的“法政治学”大不相同,后者所关注的是法律理论中那些与政治体制相关的问题,并不涉及法理学研究自身的存在基础,而前者却是认为“法律本身就是一种政治”,当然,可能我们还必须在这个判断中间加上“在一定程度上”。这个差别有点类似于法律与文学运动的两个分支,“文学中的法律”和“作为文学的法律”,前者讨论文学作品中的法律问题,而后者关注的是法律本身的文学色彩。实际上,当我们用其他学科的“头衔”嫁接到法学当中,就已经暗含了某些意图,它们直接指向了这样一个问题,“法学可以是独立的吗?”如果它无法抛开政治学、文学,或者经济学、社会学的束缚,它在什么意义上又可以宣称自己是在研究对象

“至上”的学科呢？如果这个无法回避的问题难以回答，那究竟是因为法学作为一门科学出现的较晚，还是因为我们赋予了法学某种不切实际的幻想，然后在这个幻想下将法治变成了一种本质化的概念和模式？

本书作者科特瑞尔对英美诸多法理学观念的解读，都试图揭示在这些不同的法理学观念背后，有着某种适应社会需求的特点，并将此理解为一种政治制度的背景。所以科特瑞尔认为，对那些线性历史上重要节点的那些法学家，不论他们的理论对社会需求的适应是有意的还是无意的，是主动的还是被动的，在作为后来人的“我们”看来，都应当承认，法理学的发展（如果可以称之为发展的话）在逻辑分析上的不断完善，并不是至少不仅仅是在论证思路更为细致的理论推进，而是有着另一条隐秘的线索，那就是政治社会制度不断变迁所带来的需求。在这个意义上，科特瑞尔认为本书实际上在讨论的就是法理学的政治学（*The Politics of Jurisprudence*），不过我仍然采用了一个较为温和的说法：法理学的政治分析。首先，这是因为，“政治学”的说法暗含了某种固定有效的模式，能够用于对法理学的政治语境进行系统的说明，但实际上即使在本书中，作者所试图完成的工作也仅仅是揭示各种法理学与当时社会政治背景的可能性关系，而并不是提供一种理论框架；其次，“政治分析”的说法意味着对法理学可能还存在着其他视角的分析，不过在本书中，科特瑞尔将通常意义上理解的与“政治学”平行的“经济学”、“社会学”视角都涵盖进了他的“政治分析”之中，认为法律经济学与法律社会学的内在理论素养实际上都同样可以视为政治背景下的需求，换句话说，科特瑞尔使用的“政治”是一个更为宏观而不是精致的概念；最后，也是最为重要的一点，在日常语境下，“某某学”的说法隐藏了该种学科内存在某种学理的意思，但在本书中，科特瑞尔的工作在很大程度上，是希望能够用一种对理论背后政治制度需求的分析，来赋予法律学理更加强大的生命力，而不仅仅是随着社会不断发展不断在逻辑分析上逐渐“完善”的定论，也就是说，本书更为重要的面向本就在于“分析”而不在于“学理”，这也是副标题“批判性导论”的应有之义。也正是在这个意义上，我将本书中作为几乎统摄所有内容的

“doctrine”译为“学理”，一方面，这是因为它比“学说”显得更为精致，这实际上也是现代西方英美法理学吸引人的原因之一，另一方面，这种精致的外观并不足以使得法理学上的任何一种理论成为“教义”或者“教条”，否则就无法从其内部进行一种批判性的解剖。那么，具体而言，科特瑞尔又是如何来论述他的观点，并从而说明“法律哲学中的问题是在他们的时空中被赋予意义”（原文第62页）的呢？

在第一章中，科特瑞尔首先对规范法律理论进行了定义，并将本书的叙述限定在这一领域，这是因为法理学的最基本问题，就在于如何界定法律的领域，而规范法律理论的最主要任务，就是提供一种识别“法律”的标准，这个标准同时也就暗含了法律自身的“统一性”和“内外有别”的线索。在此基础上，科特瑞尔进一步指出，“规范法律理论对统一性、体系和内部外部划分的关注不仅仅可以和一个法律体系中解释法律的实践问题相关，而且和法律职业组织的特征或情境相关”（原书第11页）。换句话说，在科特瑞尔的理解中，对规范法律理论的研究大致包含了三个面向，第一是针对法律标准的识别问题，这也是传统的法理学论证面向；第二是关于法律在实践中如何得到解释的问题，这是一种法律社会学的面向；第三则是法律职业组织的背景对规范法律理论发展的影响，这类似于一种知识社会学的面向。在这三个面向中，指出并梳理第一个面向与后两个面向的相关性，即是本书科特瑞尔所试图完成的“法理学的政治分析”。

不过，在指出相关性之前，有必要说明在规范法律理论产生之前的法理学内容，科特瑞尔认为，这些内容实际上并未因为规范法律理论的出现而消失，而是经常改头换面以一种新的形式重新出现在法理学的理论视野当中。因此，在第二章中对古典普通法理论的叙述，就是尝试指出并阐明在当代所理解的英美规范法律理论的主流内容之外，还存在着另一条线索。大致而言，这条线索是以古典普通法思想为基础，并经由萨维尼和梅因的历史法学沉淀下来的理路，其中所包含的主要问题在于对共同体的界定，这是因为法律渊源从普通法到现代立法的转变，无法避免的问题在于如何从过去基于群体生活的庞杂的普通法形式过渡到一种统一有序

的整体理论,科特瑞尔将这一需求表述为“把普通法环境中附着在法律思想上的巨大历史和传统包袱整合为某种有序的理论”(原书第43页)。在很大程度上,萨维尼和梅因所试图回应的正是这样一种需求,但由于共同体的构造无法明确的分割出一种专门的法律职业思想,因而也就“不足以成为一种规范法律理论的基石”(原书第48页),最后,如果要真正的满足一种统一理论的需求,科特瑞尔认为当时最有效的做法就是“从相反的方向思考:将立法看作是法律的中心,将司法造法看作是边缘性的,将政治权力而不是社群看作是法律的基石”(原书第48页),显然,这种思路指向了奥斯丁具有开拓性的“命令说”。

可以说,在第三章中,科特瑞尔正是从这一角度来对奥斯丁理论进行“政治分析”,他认为奥斯丁的“命令说”最为重要的目标是建立一种理性化的“法律科学”,因而奥斯丁所做的工作实际上包括两方面内容,一方面是要反驳普通法所带有的不明确和不系统的特征,“制定一种关于法律理解的理性和科学进路,来替代古老的、令人迷惑的、被传统束缚的普通法思想”(原书第51页),这就不可避免的使奥斯丁将视野转向那些“实际存在的法”,也就是他所看重的“立法科学”,于是在这里,我们看到了规范法律理论实证分析化的起点;另一方面,将规范法律理论的中心放在立法环节,意味着要重新审视制定和颁行法律的部门或者个人,为此,奥斯丁将法律的识别标准放在“主权”的概念之下,试图用主权的系统性来完成法律权威的建构。在科特瑞尔看来,奥斯丁的这种理论设计带有强烈的时代背景,也即对一个有效率的政府治理的寻求,也正因为如此,奥斯丁认为“关于公民或政治自由并没有任何内在的神圣的事物。如果说他们是有价值的,他们也只是基于公共利益的有效治理的副产品”(原书第57页)。显然,这种强调治理、主权、以及制裁的法律理论在当下看来似乎非常“反动”,但对于当时的理论需求而言,奥斯丁理论所体现的是“国家逐渐形成了谨慎引导经济和社会生活的现代能力”(原书第74页),在这个意义上,如何建设并保持国家的治理能力就是最为迫切的问题,此时,“奥斯丁与边沁一样认为,只要政府为效用引导,强政府就是一种优

势”(原书第76页)。因此也就可以说,奥斯丁对规范法律理论的重大贡献,在于他明确地指出了中央集权国家对法律制度的影响,而这一点恰恰是普通法理论所无法完成,不过,也正是这种“中央集权国家”的理论架构,使得奥斯丁在之后遭受到了更多的批评。

在第四章中,科特瑞尔叙述了哈特与凯尔森对规范法律理论的推进,但需要注意的是,这种推进不仅是对奥斯丁理论在逻辑分析上的完善,同时背后也暗含了政治立场和观念的某种重视。毫无疑问,哈特的理论比奥斯丁的更为精致,这种精致的主要线索体现在哈特更为细腻地注意到在日常生活中,并不是所有的法律规则都需要以制裁为后盾,而是会主动的遵循法律,所以奥斯丁的命令说无法覆盖这一部分主动接受法律规则的人。于是哈特将法律的核心放在规则而非命令之上,认为识别法律的标准在于是否认可某一条规则是法律规则,并进一步说明这种对规则进行评价的立场就是对法律的内在观点,而规则也就具有相应的内在方面。在这个基础上,哈特认为识别法律的标准在于一个规则是否得到了社会的普遍承认,至少是“主要官员”的承认,而这也是哈特理论的核心,即“承认规则”。与哈特类似,凯尔森则是将法律效力的最终来源追溯到一个预设性的“基本规范”,并通过层级性的效力架构“将法律描述成规范性概念的网络,使法律必不可少的系统性特征独立于人类的专业机构而存在”(原书第106页)。换句话说,哈特与凯尔森的基本思路包含了两个面向,一个面向是维持法律制度体系系统性的努力,因而也就从不同的角度细化规范法律理论的内容,哈特采用的方式是用规则代替命令,而凯尔森则是用规范的效力来覆盖命令的强制性;另一个面向则是哈特与凯尔森都类似地反对奥斯丁将法律效力归结为“主权国家”政治权力的观点,似乎认为“需要通过法律来对政府的专制权力进行控制”(原书第108页),这显然是一种更为重视政治自由与民主的姿态。因此,科特瑞尔认为,奥斯丁所认识的政治背景需求,是“要建立法律知识的科学基础,以便取代古典普通法思想,牢牢将职业法律知识的结构与已成为中心的现代国家的政治权威现实联系起来”(原书第112页),而哈特与凯尔森,则看

到的是“自由的个人主义,民主和公民权,以及法治作为政治分界线的重要性”(原书第112页)。

如果将从奥斯丁到哈特、凯尔森的理论推进同时也视为在政治关怀上的变迁,那么在这种变迁中就还需要注意到被实证分析法学所忽视的一些内容,这些内容正是科特瑞尔在第五章中对自然法理论的评述,并且科特瑞尔认为,在这些自然法理论的诉求中,可以看到古典普通法思想里一些主题的复兴。众所周知,自然法理论的核心在于对法律与道德关系的论述,认为实证分析法学将法律完全与道德割裂开的方法,无法处理在现实生活中遇到邪恶法律统治的问题,如何在“二战”后评价纳粹德国时期的法律是这种观念所要解决的直接需求,而有关于此的争论,则被概括为“恶法非法”与“恶法亦法”之间的选择。不过,在科特瑞尔看来,自然法理论的复兴并不仅仅是一种对识别法律标准的纠正,它还具有一种为了实现更美好生活的目的论色彩,作为自然法理论代表人物的富勒,他“对法律道德性的主要思考就不是针对诸如纳粹恶法非法这类法律病理学的问题,而是针对如何使最高的法律美德能够存于法律体系内的建设性观点”(原书第130页)。在这个意义上,自然法理论的很多内容并不是在于实证分析法理学进行对抗,力图消解法律职业主义的发展,而是试图为后者提供某种补充,从而能够更好的完善法律职业主义的想象,于是,这种补充也就自然而然的回到了古典普通法思想中那些被实证分析法学所忽视或者抛弃的要素。这其中最为重要的正是在第二章中所提出的“共同体”观念,因为“法律和道德的理性力量,扎根于有目的的力图维系和完善一个完整的共同体”,换句话说,法律权威与法治建设的需求仅仅依靠一种规范性的论述是不足以完成的,如何将它们放进对实现共同体美好生活的目的中可能才是更好的途径。不过,在科特瑞尔看来,自然法理论的补充仅仅是认为在政治不稳定时期对现状的某种反映,依然无法解决实证分析法理论发展中的一个致命困难,就是哈特与凯尔森都在一定程度上强调一种政治民主和自由的立场,消解奥斯丁的主权命令说,这同时也就消解了奥斯丁认为“司法效力来源是主权者委托”(原书第70

页)的观点,赋予了法官进行某种权威性判断的性质,而对这种性质的说明,则是在下一章中庞德与德沃金关心的问题。

在第六章中,科特瑞尔将庞德与德沃金的理论置于相同的章节内,认为他们讨论的是相同的有关“造法型法官”的问题,不过,两者讨论这一问题的方式却大不相同,以至于几乎很少有人将两者放在一起讨论。具体来说,庞德对“法官造法”的讨论是从拒绝规则模式入手,从法律的训导意义上思考法律问题,将法律的大厦建立为一种“活动中的指示系统,其中不仅包括规则、原则、概念以及标准,还包括发展和使用训导的权威技术,大量接受作为法律秩序重点和目标的观念,以及因而对法律训导应该为何、如何使用的问题”(原书第149页),因而庞德通过对“利益”的分类和辨别来说明法律的制度体系,并自称为“社会学法理学”,不过科特瑞尔认为,庞德这个自己贴上的标签其实并不合适,因为从根本上说,庞德所谓“社会学法理学”实际上是司法(法律)有机论,而这显然是一种与古典普通法思想类似的观点。相比之下,德沃金的看法与庞德类似,认为法律自身的发展可以为司法提供一种权威,所以在德沃金所说“法律的帝国”中,不仅仅是规则,原则和政策同样会成为法官阐释的依据,也就是强调一个整体性的法律体系,而这实际上就是一种有机主义的规范法律理论。在这个意义上,过去从奥斯丁到哈特、凯尔森所建立的以立法为中心的规范法律理论就转向了以司法为中心的理论建构,此时,法官造法的问题,也就转向了法官如何阐释法律的问题,因为只有这样,才能维护法律职业主义的合理性。然而,这种试图包含了其他所有法院依据的观念,却并不能更好地维护法律职业主义,因为它似乎是强制性地放弃了用法律科学的理论来说明问题,这同时也就失去了现代英美法哲学最初的合法性。

于是,“阐释法律”的困难和复杂性使得我们又回到了当初历史法学所试图解决的困难面前,即如何解释现代主权国家立法权威的问题。所以科特瑞尔明确的指出,“19世纪法律思想的实证主义革命失败了:它没有取代古典普通法思想,而仅仅是确认了普通法观念的不完善”(原书第

176 页)。在这个意义上,对法官造法乃至立法权威作用的质疑,就不得不面对了当初如何将法律理解为一个行为,这种行为的尺度又在哪的问题,而此时对行为的反向理解,就是第七章中科特瑞尔介绍的法律现实主义。简单地说,现实主义是一种从功能性来理解法律问题的角度,在这种观念中,“法律是关于人们治理、解决或维持争议、分配利益或损害以及疏导国家权力来实现特定目标这些工作的问题”(原书第 177 页)。不过,现实主义作为一种思潮的复杂性在于它并不是一个划定范围的理论,而是有着多种不同的思路,科特瑞尔认为,在所有现实主义的不同思路中,卢埃林的现实主义理论是与规范法律理论最为紧密的,因为卢埃林的许多研究依然遵循着霍姆斯的核心关注,即司法判决的可预测性。从这个角度来说,法律学理依然是重要的,一个应当寻找的新方式是“通过检验法律学理运作中的制度设定和社会、经济、政治背景,作出法律现实主义的规范性分析,并基于这些要求重新组织和阐释学理,发展这些方式”(原书第 186 页)。相对来说,另外两种倾向的现实主义与规范法律理论的关系则与卢埃林的建构性不同,政策—科学的现实主义(包括法律社会学和律的经济分析)“没有削弱法律话语,而是提出了一个类似赞同或批评的说明”(原书第 201 页),激进的怀疑主义(主要指批判法学)则是更为坚定的认为“法律(作为一个有意义的社会现象)是行为的而非学理的”(原书第 203 页),目的在于“祛魅那些掩盖自由资本主义社会冲突的法律观念”(原书第 205 页)。在科特瑞尔看来,法律现实主义运动归根到底是“法律作为一个智识领域和一门职业的危机”(原书第 206 页)的体现,之所以如此,是因为在规范法律理论以司法为核心关注后,法律的阐释者共同体含义发生了改变,对法律的分裂和多元化的理解使得法律很难实现一种理论上的一致;此时,法理学的推动力就是强调差异,而不是寻求统一。

科特瑞尔在第八章中,用举例的方式来论述差异法理学,分别是阶级、性别和种族,并将规范法律理论区分为专权者导向和共同体导向两种方式(原书第 211 页)。这种例举式本身就已意味着对共同体导向的削