

非凡的时光

重返美国法学的 巅峰时代

〔美〕詹姆斯·哈克尼 / 编
James K. Hackney, Jr.

榆风 / 译

曾经有那样一个年代，
大师辈出，理论层出不穷

那是美国法学史上
承前启后的**巅峰时代**

十位
顶级大师
引领我们重返那段
非凡的时光

法学院里群星闪耀
花香四溢 / 思想随风飘荡



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

非凡的时光

重返美国法学的
巅峰时代

〔美〕詹姆斯·哈克尼 / 编
James R. Hackney, Jr.

榆风 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2014-6740

图书在版编目(CIP)数据

非凡的时光:重返美国法学的巅峰时代/(美)哈克尼编;榆风译. —北京:北京大学出版社,2016.3

ISBN 978-7-301-26693-9

I. ①非… II. ①哈… ②榆… III. ①法学—研究—美国 IV. ①D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 319570 号

Legal Intellectuals in Conversation: Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory, by James R. Hackney, Jr.

Copyright © 2012 by New York University.

All rights reserved. Authorized translation from the English-language edition published by New York University Press.

- 书 名 非凡的时光——重返美国法学的巅峰时代
Feifan de Shiguang—Chongfan Meiguo Faxue de Dianfeng Shidai
- 著作责任者 [美]詹姆斯·哈克尼 编 榆风 译
- 责任编辑 白丽丽
- 标准书号 ISBN 978-7-301-26693-9
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 880 毫米 × 1230 毫米 A5 10.875 印张 239 千字
- 2016 年 3 月第 1 版 2016 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 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

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

献给我在学界的同事们

致谢

这本书是一项独特的项目，它呈现为访谈的形式，所需要的工作并不是通常而言学术写作常规过程所必需的。首先，我要感谢所有的访谈参与者，他们都是宽厚长者，为这个项目付出了自己的时间和精力。对于我而言，能够有机会结识这些学术巨匠，是个人和职业的光荣。这一项目还得益于我所在的西北大学法学院的院长艾米丽·谢皮勒的支持。特别需要指出的是，为这么一个并不会产出传统意义上的“法律评论论文”的项目，她提供了慷慨的研究资助。在西北大学法学院教员午餐研讨会上，我的同事们提供了许多评论和意见，我从中受益良多。此外，我的同事彼得·恩里奇、卡尔·克拉尔和丹·斯卡夫都对书稿做出了特别有价值的评论。感谢我的编辑黛博拉·戈舍维茨，在本项目整个推进过程中，她给予了从未间断的鼓励和指引。当然，还要感谢匿名的同行评审，他们提出了思虑周全的建议。这一项目得以最终完成，其中最枯燥的环

ix

x

节当数录音带的文字整理工作。在此过程中,我得到了研究助手罗西娜·莱斯勒-科恩的极大帮助,她进行了出色的录音整理工作。在这一项目的定稿阶段,我的行政助手艾尔西·陈付出许多时间,我非常感谢她的勤奋和努力工作。不可避免地,这类项目都要求大量的“离家工作”时间,我要特别感谢我的妻子安,我在全国旅行以追寻“访问的金矿”时,她担当起了家庭的后盾,我还要感谢我的儿子艾德里安,他并没有因为我的缺席而表现出太多的沮丧,每次我回到家里,等待着我的总是他那温暖的拥抱。

CONTENTS

目 录

导言 001

法律经济学
理查德·波斯纳
057

法律与社会
奥斯汀·萨拉特
109

01

02

03

04

05

批判法学
邓肯·肯尼迪
023

法律史
莫顿·霍维茨
079

批判种族理论/法律与文学
帕特里夏·威廉斯
143

索引 311

译后记 329

女性主义法律理论
凯瑟琳·麦金农

165

当代自由主义宪法理论
布鲁斯·阿克曼

221

法律与哲学
朱尔斯·科尔曼

271

06

07

08

09

10

后现代法律理论
杜希拉·康奈尔

191

古典自由主义宪法理论
查尔斯·弗里德

249

导言

重返美国法学的 巅峰时代

如要充分理解本项目背后的动因，我首先必须要交代一点儿个人背景。自 1986 年至 1989 年，我就读于耶鲁大学法学院。在耶鲁的那段时间，确实是一段激动人心的时光，那时的耶鲁法学院感觉更像是一个思想库，而不是一家法学院。空气中从各个方向都飘荡来纷繁的思想，但那时抓住我的想象力的大理论就是法经济学。因为我本科专业主修经济学，这是一个可以想见的结果。但是，法经济学只不过是当时传播的一系列理论立场中的一种，此外还包括了法律与文学、女性主义理论、自由主义政治理论，以及法律哲学。我在毕业后曾一度短暂做过公司律师，不过最终还是进入了学术界，在我目前执教的西北大学成为了一名法学教授。当然，我接触到批判法学的研究，还是在我抵达波士顿之后，这要感谢我的同事卡尔·克莱尔以及哈佛法学院的邓肯·肯尼迪和莫顿·霍维茨。我之所以变得对智识史发生兴趣，也主要是通过我同邓肯和

- 2 莫顿的接触。而我深入智识史领域的首个主要远征,最终成为了我的专著《披着科学的外衣:美国的法经济学理论以及对客观性之追求》(*Under Cover of Science: American Legal-Economic Theory and the Quest for Objectivity*)。我在写作这本书时,受到了福柯的《知识考古学》的很大影响。我的书的关注点放在了学科之间的结构性关系上。在方法论上,我明确指出要淡化影响力这个概念,这是指学者之个体可以在何种程度上行使其能动性,以及他们的个人背景又是如何回馈到他们的研究工作中的。我认为我自己是一位结构主义者。虽然时至今日我仍然相信,从结构主义者的视野去探索智识史尚有大量的未开发领域,但我发现自己越来越多地着迷于学者个体的生活和社会语境是如何形塑他们投身于其中的运动的——这是一种坚定的反结构主义的探询。也正是这种冲动,成为了这一项目的催化剂。

这本访谈录就是一次尝试,通过20世纪80年代主要学术代表人物的视角,而提供一次对相关学术运动、学者品格以及学术理念的第一手叙述,在20世纪80年代,正是它们让我在耶鲁法学院的时光变得丰富多彩,让一般意义的法学界变得生气勃勃。若是抛开我的个人兴趣,为什么是80年代呢?那十年,是美国法律理论的一段非凡时光。举目可见已经形成的运动以及正在进行的学术战役。那时不仅有范式之转换,还可见范式的增生和裂变——这些都是真正的战役。重要的是,正是在这一时代,设定了法学界当下的局势图,而且在我看来,未来也是如此。80年代代表着法学的转向,法学从一种主要关注法律学说的工作,转变为一个高度理论化以及跨学科之论著方兴未艾的领域。我们在今天穿行于其中以及在将来将要涉足的理论路径,都是在80年代这个关键时期所奠定的。而且,正如在这些访谈中所说

明的,20世纪80年代的发展,在很多方面都是60年代所代表的时而喧闹的社会力量和法律发展的延伸线。从法学界在80年代的人员构成的深刻变化,我们可以发现这一点。正是在此时期,法学界第一次有了成规模的非白人男性的声音。法学界人士的身份差异议题以及法律对社会边缘族群的影响力,在这一时期都第一次开始以严肃的方式浮现出来。在法学界以及法律职业内部,随处可见智识、社会和文化的生机活力,其程度之高在今日不可想象。这就是为什么我们在今天仍必须要理解这一时代。

本书所访谈的学者,代表着多个贯穿80年代而在法学界冉冉升起的思想运动和学派:法经济学、女性主义法律理论、法律与社会、现代自由主义宪法理论、保守/放任自由宪法理论、批判法学研究、批判种族理论、法律与文学、法律与哲学、批判法律史以及后现代理论。不可否认,以上所列只是一份不完全的清单,但是它确实有代表性地反映出了当代法律理论的光谱之广。在设计本访谈项目的方案时,我有意识地要求自己每一种理论运动一篇访谈(虽然其中有些受访学者跨越了多个学派领域),因此,在确定每个学派应当由谁接受访谈时,总是无法摆脱一些选择上的困难。当然,没有哪一位学者可以完全代表一场思想运动,我在此也并不主张,任何一位受访者就是独一无二的代表。最终的受访学者名单,既出自我的选择,也有机缘的因素。最终,我很荣幸地访谈了本书内所收录的这些成就卓著的法学者:布鲁斯·阿克曼、朱利斯·科尔曼、杜希拉·康奈尔、查尔斯·弗里德、莫顿·霍维茨、邓肯·肯尼迪、凯瑟琳·麦金农、理查德·波斯纳、奥斯汀·萨拉特和帕特里夏·威廉斯。他们全部都是在20世纪60年代和80年代之间进入学界。而我之所以对这组学者感兴趣,无疑正如

3

邓肯·肯尼迪在我们的对话中所指出的,是因为我本人就是属于所谓的过渡一代人——在某些激烈辩论的末端,我已经是一名法学院的学生,但却未能有机会亲身参与辩论最初的形成或者投身于更原生态的争论中。

为什么要访谈呢?选定这一形式,起因于我此前所表示的兴趣,我希望去了解投身于这些思想运动的那些人的生活 and 理想。当然,“访谈”最流行的运用是在杂志上。在学术场域内,访谈初看起来是一种奇怪的工作,但是在哲学内部,访谈作为一种对话模式有着丰富的历史。^①我对访谈这种形式产生兴趣,可追根溯源至观看一部模糊的黑白电影,记录着一次对萨特以及围绕着他的法国知识分子(其中最著名的是西蒙娜·波伏娃)的访谈。^②我并没有在哲学系接受过学术训练,而且我对萨特所知甚少。但是这访谈让我深深着迷,因为在观看的过程中,我真的开始对萨特以及他的思想/社会“时刻”获得了一种感觉。在访谈中存在着一种在场感、自发感和人性感,这是在阐释中所无法复制的——我之所以坚持访谈必须是面对面进行的,这也是其中一项理由。(为了准确起见,我当然也请受访学者协助编辑了文字记录稿。)无论是对于访问者还是受访者,乃至是对于理想中的阅读访谈的读者,这种题材都会带来不期而至的惊奇。

4 在本书访谈的过程中,就发生过许多惊奇。它们有些是非常抽象的,比如朱利斯·科尔曼的理论,“[他]所认识的大多数进入分析哲学

① Peter Osborne, *A Critical Sense: Interviews with Intellectuals* (Routledge 1996); Raoul Mortley, *French Philosophers in Conversation* (Routledge 1991); Theo Pinkus, *Conversations with Lukacs* (MIT Press 1975, orig. pub. 1967).

② *Sartre by Himself* (1979, Alexandre Astruc and Michel Contat directors).

的学者们，一开始都起始于存在主义”。还有些惊奇是特别个人化的，比如杜希拉·康奈尔曾经谈到，在她还是一位妙龄女子之时，她是如何“发现在约会时，仅有康德是远远不够的”，所以她转向了黑格尔。而且，当我发现邓肯·肯尼迪这位批判法学的杰出奠基人以及心直口快的左翼人士，在青年时代曾经为中情局（CIA）工作时，你们可以想象到我的震惊。这些访谈还让我更好地感知到了这些在纸上读过但却未能亲身经历的历史事件。例如，批判法学曾经受到来自法学界不同阵营的汹涌批评，这是众所周知的。但是，直到我开始进行这些访谈时，我才得以认清，批判法学所具有的吸引力、所产生的排斥、所招致的批评以及所得到的辩解和回应，曾经在20世纪70年代至90年代的学术动态中占据了如此重要的地位。有些可以期待将会敌视批判法学的学者——比如朱利斯·科尔曼、理查德·波斯纳和布鲁斯·阿克曼——在访谈过程中，他们的批评事实上很快浮现出了深层的敌意。但是，即便是批判法学运动的“盟友们”——杜希拉·康奈尔、奥斯汀·萨拉特和帕特里夏·威廉斯——也表现出一种复杂的态度。在事关法经济学时，也呈现出一种类似的复杂动态，即便是那些对法经济学运动有所同情的学者——布鲁斯·阿克曼、朱利斯·科尔曼和查尔斯·弗里德——也都提出自己的批评，或者限定他们同法经济学的关系。当然，法经济学的批判者还是表达出对它的轻蔑。若是学者个人之间的关系也加入进这种乱局，那么水就更深了。

的确如此，学术之内存在着个人脚本。帕特里夏·威廉斯就为我们提供了一种揭示真相的叙述，在一场批判法学的讨论会上，她同其他几位屈指可数的有色人种学者经历了一次不快，她们被置于那种必须去“代表”有色人种观点的立场上。朱利斯·科尔曼也向我们表明，

如果不正视在他和德沃金之间那复杂并且时而恶劣的个人关系,也就无法理解他和德沃金的哲学交流。邓肯·肯尼迪也将来自波斯纳和德沃金的批评归结为人身性质的。在批评凯瑟琳·麦金农关于女性工作者的立场时,杜希拉·康奈尔也是直率的,并且直指个人。令人大跌眼镜的是,麦金农对理查德·波斯纳展示出温情的一面,同时她也对法经济学的政策导向表示出尊重。尤其鲜活的是,莫顿·霍维茨回忆起他在哈佛广场同罗伯特·麦克洛斯基的一次散步时所挥之不去的失望。麦克洛斯基是霍维茨的老师,哈佛大学享有盛誉的宪法史学者,在散步时,麦克洛斯基告诉霍维茨,美国最高法院不应推翻普莱西诉弗格森案(普莱西案认可了基于种族的“隔离但平等”的法律,这在布朗诉教育委员会案中被推翻),可以推测,麦克洛斯基的观点是因为他对法律过程规范的忠诚,而不是他的种族敌意。这些个人故事,不仅可以让我们得以窥探杰出学者的生活,而且还对他们(推而广之讲,也对整个学界)的学术发展产生了影响。有一个主题在访谈中反复出现,它也很好地契合着学界的普遍存在相位,就是许多受访学者的“外来者”身份。查尔斯·弗里德,虽然出生在一个经济地位优越的家庭,但还是不得不作为犹太流亡者而逃离欧洲。莫顿·霍维茨的父亲是一位出租车司机,霍维茨谈到了纽约城市学院(也即现在的纽约城市大学),这个学院曾主要迎合下层社会学生群体的需要,但那时已不再是“穷孩子的哈佛”,因为春藤盟校的反犹主义,许多犹太学生也入读了该校,还有一些学者也提到了他们相对卑微的经济出身,以此作为同他们的智识身份相关的一部分叙事。帕特里夏·威廉斯告诉我们,作为一名黑人女性,她在后巴基案(美国最高法院的著名案例,点燃了有关少数群体平权行动的辩论)的70年代就读于哈佛法学

院时所承受的极端边缘化。被置身于一个外来者的境地,感受着那种“说出权力之真相”的压力——或者用那种不那么左翼政治化的话语来说,理解“这世界运转的方式”——让我这位成长于洛杉矶中南部的美国黑人深感共鸣。

“现在,我们都是法律现实主义者了”

“现在,我们都是法律现实主义者了。”这一著名(也可能是声名狼藉)的引语,现如今已经成为法学界知识的老生常谈,以至于我们在表述它的时候完全无需标注出处。在我看来,这一引语背后的本质含义在于,在法律现实主义之后,所有的法学立场都是在以某种方式去回应由法律现实主义者所提出的核心命题:法律和政治之间的区分。法律现实主义,追根溯源可以上溯至 19 世纪晚期和 20 世纪早期。自然法理论认为法律是一种独立于历史和社会语境而存在的天定现象,而正是霍姆斯在他里程碑式的《普通法》(1881 年)一书中拷问了自然法的这种立场。这就是法律现实主义的桥头堡,接下来法律现实主义者不仅对自然法展开了攻击,而且也得出了现实主义者的洞见,法律之中充斥着政治的干预。自法律现实主义以降,政治在多大程度上塑造了法律,法律理论的发展成为围绕着这一命题的争议场。我是在非常广泛的意义上运用“政治”这个词的,所包括的不只是经济上的利益集团政治的概念,还涵盖着文化、身份以及其他对抗场域内的政治。在我对邓肯·肯尼迪的访谈中,法律和政治的两分法得到了强调,在叙述法律理论是如何演化之时,肯尼迪将法律和政治的两分作为一种一以贯之的主线。围绕着法律和政治之分野所发生的冲突,在法律现

现实主义内部也得到了反映。法律现实主义存在着两支卓越的潮流。第一个分支强调要考察法律的语境。它们的重点放在了经验研究和社会学分析之上,探讨法律规则是如何影响社会的。而法律现实主义的另一个也是更有争议的分支,则强调法律的可操控性。操控性命题有其负面含义,它意味着法官不仅决定着法律,而且法官在决定法律时缺乏任何有根基的原则,也就是说,法律即政治(law as politics)。法律现实主义的这一分支在多个阵线上受到严重的攻击,比如,在第二次世界大战之后,就有批评者认为法律现实主义从逻辑上会得出如下结果,我们找不到任何有原则的方法去排除那些具有合法形式的政治体制——包括那些带有极权主义倾向的政府。

通过法律过程来限制政治

法律过程学派发展于20世纪50年代,该学派的核心信条就是如下的观念,如要让法律得以正当化(并且限制政治的入侵),关键在于适当的过程/程序。根据这种法学的世界观,重点在于各类国家官员尤其是法官可以在系统内各司其职。在法律过程学派看来,他们的根本任务就是要致力于让法律去政治化。而在第二次世界大战和冷战的历史背景下,政治化的指控是尤其凸显的。法律过程学派之所以崛起,背景就在于法西斯主义的幽灵。虽然法律决策不可能得出一种“正确的”实体结果,但是得出法律决策可以有一种正确的、民主的过程。

任何一位在20世纪50年代到60年代就读于美国法学院的学生,法律过程理论以及反对左翼思想的普遍倾向,都弥散在他们的经

验中。莫顿·霍维茨声情并茂地谈及了法律过程理论在 50 年代后法学界的控制力和影响力。法律过程理论的信徒主要影响着诸如宪法和行政法这类公法领域,而如果说此时期还有一些法律学者并非法律过程的拥趸,那么他们往往是基本上没什么理论观的教义学者。法律过程学派的“中立原则”信条,以及教义学者对现状的隐含认可,都在排斥着 20 世纪 60 年代的社会运动积极分子。

在进行访谈时,我深深感知到民权运动和越战是如何影响到这一代在 80 年代法学界崛起的学者的。对于左翼学生而言,他们的师长都是法律过程学派的学者,而上一代师长基本上未能支持民权运动以及沃伦法院的司法结构,这失败可以说是毁灭性的。而且,法学院的教员在反越战运动时表现的麻痹无力,也进一步加重了学生的幻灭。而在同一时期,法学院内的保守派学生则得出了一种针锋相对的教训。当极权主义政权的电波仍然塑造着保守派的政治秩序观时,在保守派看来,应予关切的问题是由左翼运动“游行在大街上,占领教授办公室”所制造的极端主义和混乱。理查德·波斯纳就回忆起,当他在 60 年代还只是一位年轻法律人之时,他之所以脱离左倾的政治立场,原因之一就是“并不喜欢 60 年代末的各种乱象,你懂的,就是越南那些事。我称之为失序”。

法律与新古典经济学的时刻

法经济学,更准确的标签是法律与新古典经济学,以此才能表明它所代表的只是经济学传统中的一个特定流派,其所采纳的立场是分析法律的试金石就是效率标准。1960 年,芝加哥大学的一位名不见