

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

安德鲁·奥尔特曼 著

Andrew Altman

批判法学

——一个自由主义的批评

CRITICAL LEGAL STUDIES

A LIBERAL CRITIQUE

信春鹰 杨晓锋 译

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

批判法学

——一个自由主义的批评

CRITICAL LEGAL STUDIES:

A LIBERAL CRITIQUE

安德鲁·奥尔特曼 著

Andrew Altman

信春鹰 杨晓锋 译

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

批判法学：一个自由主义的批评 / (美) 奥尔特曼著；信春鹰译 —北京：
中国政法大学出版社，2009.8

ISBN 978-7-5620-3540-4

I. 批... II. ①奥...②信... III. 法学流派 - 研究 - 西方国家 IV. D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第142403号

- 书 名 批评法学：一个自由主义的批评
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
规 格 880×1230 32开本 8.75印张 185千字
版 本 2009年11月第1版 2009年11月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3540-4/D·3500
定 价 20.00元

声 明 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

致 谢

本书的写作得益于很多个人和机构的帮助。如果我没有参加 1983 年由国家人文科学基金为大学教师所主办的夏季讨论会，就不可能有这本书。在威斯康星—麦迪逊大学，由乔尔·格罗斯曼（Joel Grossman）作指导，本次讨论会集中关注于法院在美国社会中的角色。就是在那里，我第一次开始了解批判法学，并开始逐步理解法律和法律制度，这种理解使我感到需要写一本法律哲学方面的书。那个夏季，我也十分幸运地遇到了戴维·特鲁贝克（David Trubek），后来他和邓肯·肯尼迪（Duncan Kennedy）一道，帮助我获得了哈佛法学院 1984 ~ 1985 学年文科方面的一项奖学金。我用一年的时间学习了许多有关批判法学研究、法哲学以及美国的法律原则（legal doctrine）* 的知识。我很感激哈罗德·伯曼（Harold Berman）、刘易斯·萨金特士（Lewis Sargentich）、莫顿·霍维茨（Morton Horwitz）、邓肯·肯尼迪以及弗兰克·米歇尔曼（Frank Michelman），感谢他们和我讨论了他们对法律和哲学的思想；感谢约翰·杜威基金会为我在该年度提供的慷慨的财政资助。

乔治·华盛顿大学为我的研究和写作十分慷慨地提供了时

* doctrine 可以译为原理、原则、教义、学说、理论等，运用得比较混乱。法律界普遍译为原则，作者在本书中频繁运用 doctrine 和 principle，而且多次在同一个段落中运用这两个词，二者应有所区别。为了行文方便和尊重学界惯例，暂都译为原则，在同一个段落都出现二者的时候，前者译为理论或者学说，后者译为原则。——译者注

II 批判法学

间和资金方面的支持。学校在 1987 年和 1988 年的夏季为我提供了研究资助，还为我提供了 1988 年秋季的公休假。所有这些都极大地促进了研究和写作的进度。

杰弗里·利 (Jeffrey Lea) 技术熟练地打印了本书前三章的初稿。凯瑟琳·费德曼 (Kathryn Fadem) 出色地帮助我完成了手稿的最后准备工作。马克·图什内特 (Mark Tushnet)、弗雷德·凯洛格 (Fred Kellogg)、保罗·肖勒迈耶 (Paul Schollmeier) 以及罗伯特·帕克 (Robert Park) 阅读了某些章节的最初版本，提出了有益的评论。要特别感谢的是约翰·费勒斯 (John Fellas)，他是我在哈佛大学那一年最先认识的朋友，之后他不断地激励我写作，是我思想的一个不竭源泉。约翰仔细地通读了初稿并且详尽地和我讨论了手稿内容。在他的帮助下，这部作品最终才有了实质性改进。

序 言

在过去的 10 年间，一批法律学者创造了一个重要的思想体系，这个思想体系对当代西方法律和政治思想最为珍视的某些理想提出了挑战。这个思想体系是法学学术中被称为批判法学（此后称为 CLS）这一潮流的组成部分。该运动的主要理论目标是对自由主义法律哲学和政治哲学进行一个批判，批判的焦点集中于法治的概念。批判法学的学者们认为，自由主义所接受的法治实际上与自由主义政治思想中其他非常重要的原则不相容。因此，他们指责自由主义在逻辑上是不一致的，这种不一致性必然涉及到自由主义对法治理念的承诺。批判法学的研究学者也认为，法治在当代自由主义国家中并不存在，因为这些国家的法律原则充斥着诸多的矛盾和不一致。此外，一些批判法学研究者主张，法治根本不可能服务于自由主义理论所信奉的目标。法律不可能完成自由主义的任务，即限制权力，保护民众免受不宽容和压迫。因此，即使法治确实存在，它也不能实现自由主义的这些目标。

本书对批判法学的这些立场做了一番审慎的考察。本书通过揭露批判法学主要论点的缺点和局限性，维护了自由主义的理想。我对批判法学批评的一个重要部分基于这样一种观念，即批判法学著作中存在两股难以相容的思想——一种是激进的，一种是较为温和的。激进派的理论建立在语言和社会现实

IV 批判法学

这些站不住脚的概念基础上。温和派的理论建立在大体上站得住脚的概念之上，但是从这些观念出发，根本就得出任何显著地损害自由主义核心要素的结论。尽管批判法学存在这些严重的缺陷，但是，正视批判法学的思想将会为自由主义思想提供有价值的贡献：它有助于为自由主义的核心主旨、基本假设、关键论点以及它的局限提供更加清晰、更加有力的解释。

在第一章概述了批判法学与自由主义之间的论辩之后，第二章展示了自由主义法律哲学和政治哲学的基本原则。本章有两个主要目标：描述法治观念的一种解释，并把法治观念的角色定位在自由主义政治哲学这一更为宽广的语境中。在致力于上述目标的过程中，本章还考察并力图解决当代自由主义法律哲学内部中的一个核心论辩：德沃金和哈特之间的辩论。本章把这一辩论解释为基于相互竞争的法治概念的论辩。通过考察这一论辩，本书阐述了自由主义所描述的法治概念，这一法治概念对哈特和德沃金著作中的某些不足之处作了某些补救。

本书第三章开始详细考察批判法学对自由主义的抨击，审查了批判法学的命题，即法治原则与自由主义政治哲学的其他核心原则不相容。该章展示并批判了批判法学著作中对这一命题的三种主要论证思路。这三种思路中，有两种属于批判法学思想中温和派理论的组成部分；另外一种则属于激进派理论的组成部分。我认为温和派的观点不能颠覆自由主义，因为它们犯了结论不合逻辑的错误，并且混淆了自由主义许多主张的含义。在批判法学著作中，对自由主义的主张——国家应该在“善”（good）的问题上保持中立——的含义，特别普遍地存在

混乱。为了解开这些混淆的纠结，我把自由主义的中立区分为四种类型，并且证明了当人们记住这些区分时，自由主义理论这些表面上的不一致性是如何消失的。另外，我认为，批判法学观点中的激进派的思路建立在一个不连贯、站不住脚的语言含义概念基础之上，我辩护了另外一种思路，这一思路与自由主义原则是一致的。

第四章致力于研究批判法学的指责，即诸如美国、加拿大等自由主义国家的法律原则充斥着矛盾和不一致性。在批判法学的著作中，该指责与这一假设相连，即自由主义所理解的法治与法律原则中存在的矛盾和不一致性现象不相容。批判法学的思想家们因此得出结论说，实际存在的自由主义法律与自由主义所信奉的法治之间有着致命的不相容性。

在第四章中，我区分了三种与原则性矛盾有关的命题，并审查了每一个命题的观点。第一个命题认为，法律原则就是那些源自于明显不相容的伦理观点的诸多规范的一个拼凑物。本书批判了拼凑命题的主要论证思路，因为它依据的是一个错误的观点，而这个观点认为法律原则和支持法律原则的伦理观点之间存在逻辑联系。此外，批判法学拼凑命题的推理把历史描述的法律发展同理性重构的法律发展混淆了。

第二个命题认为，法律原则的结构可以以根本不同的方式展示出来，从而对具体的法律案件导致相互冲突的结果。在批判法学的著作中，可以看到这种命题的两种解释版本——一种与批判法学的激进派相联系，一种与批判法学的温和派相联系。激进派的说法认为，法律原则的结构，实际上，在旁观者

VI 批判法学

看来，在任何意义上都根本不存在客观的法律结构。我认为，依据激进派的解释，该命题以极其靠不住的社会本体论为依据。对这一社会本体论的详尽而又严格的审查留给了本书的最后一章。温和派的说法尽管承认存在客观的法律结构，但他们却主张，随着时间的推移，那些试图将法律中目前仅有微弱意义的原则的范围扩展开来的律师们（lawyers）可以彻底改变法律结构。尽管根据温和派的解释，这一命题是可接受的，也是十分重要的，但我想证明，该命题也与自由主义的思想完全一致。

第三个命题认为，那些支撑法律规则的原则并不能始终如一地适用于所有他们主张有道德权威的案件；这些原则被剪裁，因而未能适用于这些原则的提倡者们愿意由其行使管辖权的范围。我主张，剪裁命题是合理的、重要的，正如其被适用于英国和美国的法律原则所表明的那样，但是这并不能证明自由主义所理解的法治与该命题的合理有效之间存在不相容之处。实际上，自由主义国家的道德多元化特征促使人们期待剪裁命题精确地描绘自由主义国家的法律原则。剪裁是妥协和调和过程的结果，而妥协和调和对于自由主义政治秩序运转来说是必不可少的。

第五章，也就是本书的最后一章，考察了批判法学关于法律不能实现限制权力、保护民众免受不宽容和压迫这一自由主义目的的主张。该主张依据的是一个有关社会现实本体论的观点，而这一观点以社会结构没有客观存在性这一观念为主要内容。本章表明，这一观念是前两章所考察的激进观

点的基础。我批判了这一观念以及与它相关的本体论，论证了社会结构是客观的含义，并解释了法律是如何限制权力的。此阶段的论证完成了对批判法学著作中激进观点的批判。另外，本章的研究证明批判法学著作中还有一个更加温和的社会本体论观点，然而，这一观点实际上是拥护自由主义关于法律能够有效地限制权力，保护民众的主张。我在此阶段的论证也完成了证明批判法学中温和派的观点与自由主义的观点相容的任务。

本书最后一章所提出的问题揭示了自由主义依赖法律来保护民众免受不宽容和压迫的局限性。自由主义思想家们时常夸大法律限制权力从而保护民众的能力，与此相似，他们低估了法律需要从其他文化实践和制度当中获取支持的程度。批判法学的思想家们不止一次地指出当法律被用来保护民众的时候，它并没有实现这一目的。然而，我主张，自由主义能够接受批判法学的这些建议。它必须是这样一种形式的自由主义：它承认，在众多的用来塑造我们生活的道德品质的文化制度中，法律只是其中的一员。然而，即使是这样的自由主义，它仍然可以坚定地坚持，对于保护民众免受不宽容和压迫的邪恶之任务，法律可以作出一个重要的贡献。

凡是读过此书的人都不应该产生这样的想法：该书已经详尽无遗地介绍了批判法学。本书主要是从近几十年来占据英美法律哲学问题的视角对批判法学进行了考察。毫无疑问，还可以从其他的观点对批判法学进行富有成果的探讨：社会科学的、法律的以及其他的哲学方法。读者不应期待这本书对批判法学

VII 批判法学

的每一个重要方面都做了考察。然而，读者应当期待从中找到对批判法学的哲学意义的一个清晰而又系统的介绍，以及找到对批判法学有关自由主义的主要抨击的一些反驳，这些反驳即使不是结论性的，也是强有力的。

/ 目 录 /

I	致 谢
III	序 言
1	第一章 批判法学对阵自由主义
1	上场队员
4	法治
10	批判法学的抨击
14	被指责为极权主义
17	批判法学内部的冲突
21	第二章 自由主义和合法性
21	法治：一个自由主义的普遍模式
28	普遍模式的一个问题
33	哈特：法律和社会规则
38	德沃金：最为健全的法律理论？
41	对德沃金和哈特的评价
58	法治的解构？

66	第三章 自由主义法治的可能性
68	昂格尔：自由主义的矛盾
78	权利与善的区分
86	自由主义的中立性：四种形式
92	重新审视批判法学的抨击
94	法律的中立性和法律—政治的区分
109	极端不确定性
119	权力、中立性和法条主义
124	小结
126	第四章 法律中的矛盾
129	形式和实质：肯尼迪论私法
143	拼凑命题
159	鸭子—兔子命题
171	剪裁命题
182	小结
183	第五章 法律和社会现实
183	规则和社会现实
192	昂格尔：作为一个人类产品的社会
203	极端理论对阵超级理论
224	法律的结构
228	法律和政治
231	基本矛盾
235	抽象概念和法律
243	作为保护者的法律
251	索引



第一章

批判法学对阵自由主义

上场队员

本书描述了当代法律思想舞台上两个队员之间的持续交战：批判法学（CLS）与自由主义（liberalism）。队员们是对手。这种对抗如此之深，以至于一方很少情愿在那些把他们划分开来的最为深刻的问题上与另一方进行一番严肃而又持续的辩论。因此，罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin），可能是当代自由主义法律理论的最重要人物，曾宣称批判法学的主要论点“迄今为止一直蔚为壮观，但却避免不了尴尬的失败”。^{〔1〕}因此，德沃金在近期两本多达 800 多页的著作中，仅为批判法学奉献了几页纸的篇幅，这也就不足为奇了。

批判法学的理论家们也从未慷慨地评价过德沃金及他的自由主

〔1〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), p. 274.

2 批判法学

义同僚。伊丽莎白·曼赛奇 (Elizabeth Mensch) 仅用一个脚注中的几行字就打发了德沃金和约翰·罗尔斯 (John Rawls)。对于后者, 曼赛奇写到, 他“多少有点离奇古怪, 只不过复活了 17 世纪的社会契约理论以努力使自由主义的思想普遍化罢了”。几行字之后, 德沃金被这样的断言所处置, 即他“只不过是在含蓄地依靠自然法理论和依赖司法传统的内在合法性之间摇摆而已。”^[2] 艾伦·弗里曼 (Alan Freeman) 和约翰·施莱格尔 (John Schlegel) 以同样的语调来描写自由主义理论家, 他们用不到半页的法律评论就打发了罗尔斯、阿克曼 (Ackerman) 和洛克 (Locke)。^[3] 在如此这般地处置自由主义的主要代言人之后, 批判法学与自由主义传统一直没有进行过严肃的辩论, 这也就不奇怪了。^[4]

因此, 一般来说, 自由主义理论家 and 他们的批判法学的批评家对彼此的著作一直都不屑一顾。当然也有某些例外。在自由主义方

[2] Elizabeth Mensch, "The History of Mainstream Legal Thought," in *The Politics of Law*, ed. D. Kairys (New York: Pantheon Books, 1982), pp. 18 ~ 19.

[3] Alan Freeman and John Schlegel, "Sex, Power, and Silliness: An Essay on Ackerman's Reconstructing American Law," *Cardozo Law Review* 6 (1985): 855.

[4] 在马克·图什内特近来对宪法性法律进行批判法学式的批评中, 表面上出现了令人困惑的、与批判法学对自由主义理论的通常态度有别的分歧。一提到自由主义传统, 图什内特写道: "对于传统中内在固有的问题, 绝大多数的、自成体系的政治思想家们比起那些我即将描述的人们有着更加精细的理解。" 他继续使用 "业余的政治理论" 这一措词来描述这样一类的自由主义, 而这正是他批判性论述的焦点。Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1988), p. 5 n. 9; see also p. 13 n. 35.

假如图什内特想对有关自由主义的理论争辩有所贡献, 那么这些评论就有些让人困惑了。因为人们可能期望的是: 批判法学对自由主义思想的批评应当令人心悦诚服, 它所可能对付的对手应该是最为成熟老练的并能够自成体系的辩护者, 而不是一个业余爱好者。当然在很大程度上, 图什内特的工作是历史性的, 他的目标就是分析那些最能广为人们所接受的自由主义观念的说法, 而不是去分析哲学上最为强劲有力的说法。然而, 这一工作并不完全是历史性的, 并且它的确力图对批判法学与自由主义之间的理论辩论有所贡献。

面，劳伦斯·索勒姆（Lawrence Solum）和约翰·斯蒂克（John Stick）就写过很有启发性的文章，他们认真地对待批判法学的观点并将批判法学的批评视为很有思想性的批判。^[5]在批判法学这一方面，罗伯特·昂格尔（Roberto Unger）为了把越来越多的自由主义观念吸收到他的思想中来，多年来一直对自己的观点进行重大修正。^[6]然而，实际情况依然是这样的：在法律哲学和政治哲学著作中，对于那些将这两派划分开来的最为深刻的问题上，许多著作并没有展

我相信图什内特有关自由主义观点的业余爱好者地位的评论（该自由主义观念的业余爱好者地位是他批判性论述关注的焦点）源自于这样一种认识：他还必须要说服其他大多数的批判法学的作者们。这一认识就是，自由主义的图像（这也是批判法学实施抨击的基础）并没有公正地对待自由主义的大多数成熟老练的理论家们所倡导的观点。这一认识，正如我在后面的章节里所表明的那样，确实是对的。但是，图什内特却没有采取下面的逻辑步骤，即由于批判法学未能对付最为成熟老练的自由主义理论家，因而就应该公开承认它对自由主义的抨击很有问题。与此相反，他却坚决主张，对自由主义传统的业余爱好者地位的抨击是成功的！替图什内特说句公道话，尽管必须承认，他实施毁灭性批判所瞄准的某些自由主义的宪法理论家们在法律圈内绝不是处于业余爱好者的地位——例如，埃利（Ely）。但是，上述这些批判仅仅局限于宪法性理论的领域内，并没有触及到自由主义的基本哲学基础。

[5] Lawrence Solum, "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma," *University of Chicago Law Review* 54 (1987): 462 ~ 503; John Stick, "Can Nihilism Be Pragmatic?" *Harvard Law Review* 100 (1986): 332 ~ 401. 然而，自由主义对批判法学的这些谨慎的反应却是非典型的。科内尔·韦斯特（Cornel West）以这样一种方式来描述最近几年来自由主义对批判法学评论的大体趋势：“在近来的评论浪潮中，不幸的是，敌对的、直觉的反应已经替代了谨慎的、恭敬的反应；消极的政治性评价和文化评价已经代替了斟酌权衡的理智的评价。” West, "CLS and a Liberal Critic," *Yale Law Journal* 97 (1988): 757 ~ 58. 我赞同韦斯特所说的，自由主义近来大多数的评论已经表现出敌意有余而谨慎分析不足，但我认为，就此而言，自由主义早期的评论也好不到哪里去。自由主义近来反驳批判法学的过激的辩论事例可以在威廉·埃瓦尔德的文章中找到。William Ewald, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study," *Yale Law Journal* 97 (1988): 665 ~ 756.

[6] 当威廉·埃瓦尔德声称，昂格尔近来著作中的论点是以其第一本书《知识和政治》中的论点为基础建立起来，他充其量是在迷惑人。参见埃瓦尔德：“昂格尔哲学”（Ewald, "Unger's Philosophy"），第729页。埃瓦尔德并没有意识到，昂格尔的思想已经发生了急剧变化，这些变化使得昂格尔在许多重大问题上已经转变得非常接近于自由主义阵营。在本书的最后一章，我将讨论昂格尔思想观念中的某些重大变化。