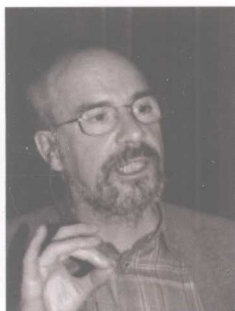


西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编



肯尼迪： 批判法学的教皇

徐爱国等◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编

肯尼迪： 批判法学的教皇

徐爱国等◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

肯尼迪:批判法学的教皇/徐爱国等著. —哈尔滨:黑龙江大学出版社,2009.6

(西方著名法哲学家丛书.第1辑/吕世伦,徐爱国主编)

ISBN 978-7-81129-168-1

I. 肯… II. 徐… III. 肯尼迪, D. - 法哲学 - 研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 090098 号

责任编辑:孟庆吉

封面设计:张 骏

肯尼迪:批判法学的教皇

KENNIDI:PIPAN FAXUE DE JIAOHUANG

徐爱国等 著

出版发行 黑龙江大学出版社

地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号 邮编 150080

电 话 0451-86608666

经 销 新华书店

印 刷 黑龙江省委党校印刷厂

版 次 2009 年 7 月 第 1 版

印 次 2009 年 7 月 第 1 次印刷

开 本 880 mm × 1230 mm 1/32

印 张 6.5

字 数 160 千字

书 号 ISBN 978-7-81129-168-1

定 价 19.80 元

凡购买黑龙江大学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008 年 12 月

目 录

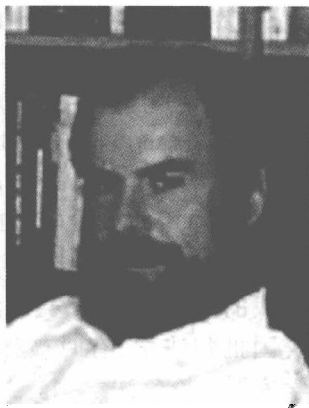
导言 愤怒的肯尼迪	1
第一节 肯尼迪教授之奇人奇事	1
第二节 肯尼迪与哈佛法学院	5
第三节 肯尼迪的著作和理论倾向	8
第一章 肯尼迪学术思想的历史背景	17
第一节 美国法律思想史简介	17
第二节 批判法学研究运动产生的社会背景	26
第三节 批判法学研究运动的思想渊源	30
第二章 图什内特教授眼中的批判法学研究的 政治史	35
第一节 批判法学研究运动的史前史	35
第二节 黑暗时代	39
第三节 批判法学研究运动的启蒙时期	43
第四节 批判法学研究运动的现状与前景展望	51
第三章 肯尼迪对法学院教育的批判	59
第一节 肯尼迪与变迁中的美国法学院	59
第二节 法学院的那些人	64
第三节 法学院里的那些事	72
第四节 法学院的出路	77
第四章 肯尼迪对法律形式主义的批判	80
第一节 自由主义进路和批判主义目的	81
第二节 法律形式主义理论	88

第三节	对形式正义的批判	108
第四节	“第三条道路”	113
第五章	解读《私法审判中的形式与实质》	119
第一节	题解	119
第二节	肯尼迪眼中的形式问题	121
第三节	肯尼迪眼中的实质问题	138
第四节	形式与实质观点的对应	151
第六章	肯尼迪对法律经济学的批判	161
第一节	法律经济学概述及其价值	161
第二节	肯尼迪对法律经济学的批判	171
第三节	对肯尼迪批判的简单评价	191
参考文献		194
后 记		200

导言 愤怒的肯尼迪

第一节 肯尼迪教授之奇人奇事

肯尼迪(Duncan · Kennedy), 哈佛大学法学院一般法理学卡特教席教授(Carter Professor of General Jurisprudence)。1942年, 他出生于华盛顿特区, 1964年获得哈佛学院经济学学士, 1970年获得耶鲁法学院法律硕士, 2005年荣获阿姆斯特丹大学私法名誉博士。1970—1971年, 他担任美国最高法院舒瓦特大法官(Justice Potter Stewart)的法律助理。1971—1976年, 他担任哈佛大学法学院副教授。1976—1996年, 他成为哈佛大学法学院教授。



肯尼迪教授在书房

1996年, 他成为一般法理学卡特教席教授。在哈佛担任教授期间, 他兼任过新英格兰法学院访问教授(1984—1995), 卡多佐法学院“法律与批判传统”暑期学院“新社会调查学院”讲师(1986), 巴黎第一大学访问教授(1998), 苏佛尔克大学法学院(Suffolk University School of Law)高级访问教授(2002年春)。

肯尼迪教授讲授过侵权法、财产法、信托法、法律诉讼、美国法律思想、房地产法律与政策、私法理论、法律与发展, 以及法律全球化等课程。重要的学术作品包括《司法审判的批判》

2 肯尼迪:批判法学的教皇

(*A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997),《性虐,性装扮和性支配》(*Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination*, 26 New England L. Rev. 1309, [1992]),《作为等级制培训的法律教育》(*Legal Education as Training for Hierarchy*, in D. Kairys, ed. *The Politics of Law* [1982, 2nd ed. 1990, 3d ed. 1998]),《私法审判中的形式与实质》(*Form & Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685[1976])。① 其他的论文还有:《法学院是如何失败的:一次批判》(*How the Law School Fails: A Polemic*, 1 *Yale Review of Law and Social Action* 71 [1970]),《法律形式主义》(*Legal Formality*, 2 *Journal of Legal Studies* 351 [1973]),《<布莱克斯通释义>的结构》(*The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo Law Review* 205 [1979]),《作为政治行动的第一年法律教育》(*First Year Law Teaching as Political Action*, 1 *Law and Social Problems* 47 [1980]),《权利问题的成本效益分析:一种批判》(*Cost - Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 *Stanford Law Review* 387 [1981])等等。

肯尼迪教授以其鲜明的个性,批判和怀疑的精神,向权威挑战的斗志扬名于美国法学界。他以精神领袖的角色统率着美国批判法学,有时被称为美国批判法学的“教皇”。“左派法学家”、“粉色法学家”、“法学家中的牛仔”、“存在主义的马克思主义者”都是他的标签。他的与众不同甚至表现在他的装扮和行为举止上,1996年,哈佛大学法学院公布并张榜了新聘任教授的名单和照片。在张榜的照片上,男性教授们一身的正规法律人装扮:西装加领带,照片背景或者是办公室,或者是图书馆,或者是教室,或者是法庭,唯一的女性教授穿着宴会服,显得既庄重又亲切。而刚被任命为一般法理学卡特教席的肯尼迪教授则标新立异,他的照片背景为深黑色,他蓄着大胡须,秃

① 此处资料来源于肯尼迪教授的主页, <http://duncankennedy.net/>。

顶,戴着大号的墨镜,身穿黑色皮夹克,里面是白色的T恤衫。照片中的肯尼迪教授随意地斜靠在教室里的椅子上,椅子的可视部分恰好形成一个Π符号^①。

评论者^②说,此图片凸显了肯尼迪教授的特立独行,隐喻着哈佛法学院的一个叛离者和一个边缘人。他的行为表象既挑战了哈佛法学院公告牌所隐藏的符号规范,又戏谑了他所荣获的标志着他得到提升的教授席位。他的“酷毙”扮像宣告着他是一个都市战斗者,印证着他对任何制度所采取的一种“知识游击队员”的态度和自诩为“极端左派的符咒”的身份认同。如同肯尼迪教授的思想一样,他的照片充斥着尖锐的矛盾:首先,他的专业是一般法理学,这是一个模糊的名称,它表示着一种特异性学科,一种同义反复,一种矛盾修饰法。照片中所隐藏的朦胧眼神,暗示着他象征着一个希腊命运之神,陪审员召集令的微调者,一种特殊的正义,一个天命的叙事者。其次,这个教师看上去就是一个学生。他长得老态却装扮得年轻,正如同他所曾经领导的如今却“濒临死亡”的批判法学一样,他想重新发起新一轮法学左派运动。最后,这个知识游击队员、怪异的极端主义者和激进的左派人士一直把他的时间奉献给保存已经衰落的批判法学的遗迹,他说要试图表明批判法学的思想并未消失。拿肯尼迪自己的话说,“我们不得不坚持矛盾的每个方面,我们必须与矛盾共存,我们要在制度的两个层面做游戏”。^③

肯尼迪教授一直感觉良好,也自诩为政治的精英。一次在华盛顿特区召开的批判法学网络会议上,他说他属于政治的精

① See Julia Collins, *Harv. L. Bull.*, Fall 1996, at 24, 24.

② See Peter Goodrich, "The Personal And The Political: Duncan Kennedy As I Imagine Him: The Man, The Work, His Scholarship, And The Polity", 22 *Cardozo L. Rev.* 971

③ See Duncan Kennedy, "A Critique of Adjudication: Fin de Siecle", Harvard University Press, 1997

英分子。他说，在耶鲁的鸡尾酒会上他就曾经与希拉里·克林顿有过接触，他也曾经会晤过克林顿总统和老布什总统。他说他曾经帮助创立了批判法学运动，不幸的是，当女性主义法学和种族批判法学开始登上法学战场之后，就再没有人想要倾听他曾经说过的话。^①

2007年，批判法学的部分成员在哈佛法学院召开了一次研讨会，展望了批判法学的新发展。在这次会议上，肯尼迪教授谈到了自己的几件“左派逸事”，其一是他参加了反伊拉克战争的游行，其二是哈佛左派在驱逐哈佛校长中左派的“贡献”。

2003年3月，波士顿爆发了反伊拉克战争的游行，有15万示威，5万人上了街，肯尼迪教授携妻女参与了这场游行。他认为他的这次游行不同于20世纪六七十年代的反战游行，因为这次游行更像一次家庭的活动：50多岁的夫妇带着已婚的女儿。大家很开心，相互打着招呼并相互拥抱，彼此寒暄“我已经10年没有见到你了。这是你的儿子吗？他长这么大了？”有人问肯尼迪：“在如此长的衰退期里，你们左派如何在复制自己啊？”肯尼迪幽默地答道：“通过性交和收养。”看到游行的气势，肯尼迪教授联想起十月革命。游行队伍打着红色的旗帜，高呼着“士兵们，倒向你们的枪口”口号，肯尼迪想起了俄国革命时期工人阶级对沙皇军队所发出的口号，他称他们是当年的托洛茨基分子。当记者的话筒碰巧指向肯尼迪的时候，他心里发出这样的呼声：“哈佛教授谴责这场战争。”

肯尼迪教授说，虽然现代左派不再称自己是托派，而是打着激进环境保护主义、人权主义和女性主义的旗号，但是他们仍然保持着左派的托洛茨基分子精神。这些左派在美国当下政治状况下成为边缘人群，不过，他们并非不关痛痒，而是有着制度化的基础。制度化的程度在每个国家各不相同，但是即使

^① See Peter Goodrich, "The Personal And The Political: Duncan Kennedy As I Imagine Him: The Man, The Work, His Scholarship, And The Polity"

在美国这个左派势力弱小的国家,他们也是一个社会制度的一个组成部分。虽然处于无形,这股力量却依旧存在。^①

2006年,哈佛大学校长在哈佛教员的反对声和新闻炒作中离任,有公开的说法是“强硬的左派”起了关键性的作用^②。肯尼迪教授虽然并非完全赞同这样的说法,但是他也说,反对校长的发起者们的确是哈佛人文社会科学院系的“自由主义左派”教员们。如果没有这些“强硬的左派”,校长的离任就不会发生。右派们说,左派教员在美国大学里组织起来了,但是肯尼迪认为这种说法是错误的,因为哈佛的右派们一直在清洗左派。为了达到这个目的,右派们极力夸大左派的力量,给可怜的自由主义左派加上“拉帮结派”的恶名。^③

第二节 肯尼迪与哈佛法学院

批判法学发端于威斯康星大学,而思想的阵地则在20世纪70至80年代的耶鲁大学和哈佛大学。当耶鲁法学院上个世纪末将左派教授排除出耶鲁之后,肯尼迪等人却在哈佛保持着教授的席位。哈佛法学院不平静,1990年,美国《时代》周刊专门发文《泰坦尼克号的冲撞》,描述了被比喻为“泰坦尼克号”的哈佛法学院内部的思想冲突,其中有一部分专门描述和评论了肯尼迪教授。

哈佛大学法学院在美国社会中扮演着重要的角色,1990年,有10位参议员毕业于哈佛法学院,有3位来自法学院的毕业生在内阁供职,最高法院的大法官有4位出自哈佛法学院。美国法学界存在着有一股左派力量,它在20世纪80年代获得了

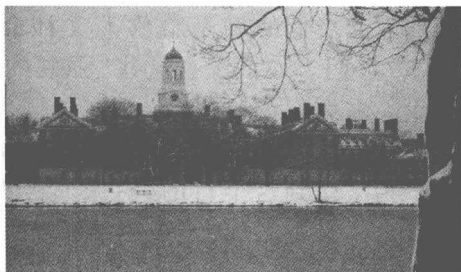
① See Duncan Kennedy, "Teaching From The Left In My Anecdotalage", 31 N. Y. U. Rev. L. & Soc. Change 449 (2007).

② See Alan Dershowitz, "Coup Against Summers a Dubious Victory for the Politically Correct", Boston Globe, Feb. 22, 2006, at A15.

③ See Duncan Kennedy, "Teaching From The Left In My Anecdotalage".

它特殊的名声,这就是批判法学运动(Critical Legal Studies)。哈佛大学法学院有3位教授属于这个激进的法律学者团体,而肯尼迪就是这场运动的奠基人之一。肯尼迪把批判法学成员描述为“一帮60年代残余”,向往15年前狂飙事件的“乌合之众”。

在20世纪80年代早期的一次学术论坛上,后来担任哈佛法学院院长的克拉克(Bob Clark)提交了一篇题为《兰德尔归来》(“The Return of Lang dell”)的论文,倡议要坚持兰德尔院长在内



哈佛大学校园

战后所设计的“学说或案例教学法”,因为这种教学法试图将法律建立在准科学的立场上。1985年,联邦党人社团(Federalist Society)在纽约的哈佛俱乐部发起了一次盛会。46岁的克拉克在会议上把批判法学的“嬉皮士”成员们比喻成“野蛮的匈奴人”,谴责他们对西方世界的重要制度和实践采取了一种抗拒态度。克拉克的言行激怒了肯尼迪,肯尼迪会上作了“滔滔不绝的、讽刺的、恶作剧的、挖苦的和胡搅蛮缠的”的发言。从那个时候开始,肯尼迪就有这样的形象:满嘴的脏话,黑色的牛仔褲,不打领带的T恤,旧灯芯绒夹克,脸上的皱纹和灰白的胡须。

批判法学运动可以追溯到20世纪70年代,肯尼迪连同哈佛另外两位教授霍维茨(Morton Horwitz)和昂格尔(Roberto Unger),外加一些精神同道中人,在威斯康星大学法学院发难,攻击美国法学院所教授的法律方式,称“我们所讲授的法律实际上是空洞无物”。他们称,“法律并非刻在石头上,而是具有高度的弹性。它不是客观专门技术的自治战场”。“从来都不存在一种‘正确的法律答案’,只存在着解决法律问题的伦理和政

治方案”。而他们“政治的、伦理的和法律的”正确答案则是一种激进的社会变革。1982年,肯尼迪发表了一本红色封面的小册子,名为《法律教育和等级制的复制:一个反制度的辩论》(*Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System.*)。在前言中,他鼓励读者去“抵抗!”他警告说,“不管你身在何处,等级制度都在残害你。无论何时何地,比如在中上层阶级的晚宴上,在银行的派对上,在法学院的教室里,在全体教员会议上,在集会的队伍中,在福利机构的办公室里,抵抗不仅是可能的,而且是有意义的”。

为了把法学院变成“反霸权的阵地”,肯尼迪建议采取这样的措施:接纳通过基本技能测试的学生,以及要么让每个教授成为终身教授,要么彻底废除终身教授的制度。法律等级制的意识形态不过是美国社会一般精英阶级意识形态的特别应用。哈佛大学以其“精英阶级意识形态”著称,因此采取了一种攻击性的态势。

高举肯尼迪红宝书的学生们并没有发起一场文化革命,但是批判法学的确提出了这样的重要问题:法律的政治性质。这就产生了足够的同情心和厌恶心,法律教员出现了两极分化,终身教授的评定越来越遭人怨恨。1981—1989年度的法学院院长沃伦贝格(James Vorenberg)左右为难。最后,当时的哈佛校长波克(Derek Bok)出面干预,首先,改变法学院终身教授聘任决定,授予批判法学阵营内的两个教授终身职务;其次,任命保守的克拉克为法学院院长。^①

① See Ken Emerson, “When Legal Titans Clash”, *The New York Times* April 22, 1990, Sunday.

第三节 肯尼迪的著作和理论倾向

1990年,是批判法学的一个分界线,在此之前,批判法学在美国法学中处于兴旺时期,此后,批判法学走向衰落。批判法学随着西方国家20世纪60年代以来的社会运动产生和兴盛,随着冷战的结束而没落。前苏联的解体、柏林墙的拆除、89年的风波,或多或少地都与批判法学的衰落相关。批判法学关注法律与政治的关系,同时受到世界政治的变换和沉浮的影响。与此相关联,我们也可以把肯尼迪的著作以1990年为界分为前后两期。前期的作品表现出了批判法学精锐时期的强硬批判,后期作品表现出批判法学疲软时期的哀怨批判。

肯尼迪对美国法律的批判,起源于他对美国法学教育的批判。1970年,在还是耶鲁法学院学生的时候,肯尼迪就写作并发表了他的《法学院是如何失败的:一次批判》。在这篇略显稚嫩的处女作中,他感情化地揭示出美国法学院所存在的内在矛盾:法学教授的自负与法学生的敏感;法律理性的冷酷与法律人理想的热望;判例法教学所表现出来的法律客观与法律内在的目的应有的法律意识形态。文章较多的是对法学院教授与学生关系的细节“客观”解剖,但是从其字里行间,我们可以看出肯尼迪对美国法学院教育的不满,一个“杰出学生”对美国法律的一种无奈。^①在1980年的《作为政治行动的第一年法律教育》和1982年的《作为等级制培训的法律教育》之中,肯尼迪深入地揭示了美国法律教育的政治功能,提出了他的批判法学的一个核心命题,那就是:美国的法学教育实际上是政治等级制的一种再生产。政治现象无处不在,等级制同样无处不在,法学院也是一个政治的战场。教师与学生的知识、见识和学识是不平等的,苏格拉底式的答问式讨论只能够是强者对弱者的欺

^① 参见本书第3章。

凌和洗脑,一年级的核心课程诸如合同法、侵权法和刑法等都体现了近代资产阶级的意识形态。法律的学习意味着学生的“直觉和情感”被“理性和规则”所取代,一个“成功”的法学院学生便是脱离了社会意识的直觉进入了社会等级制度。当他走向社会的时候,又将法律制度所建立的等级制度强加给了社会。2007年,肯尼迪试图再次刮起“左派”旋风的时候,他的口号是要在法学院教育中超越规则和判例的学习,要从法律和社会与政治的关系中贯彻一种“政治的动力学”。^①

批判法学衰落后,作为后批判法学的女性主义法学和种族批判法学继承了这样的思维模式,法律是社会强者对社会弱者的一种压迫。进一步地说,法律是男人对女人的性别压迫,是白人对有色人种特别是对黑人的政治压迫,是殖民者对土著人的压迫。而且,这种新的批判法学不仅仅局限在美国,他们同样存在于其他西方国家:在美国,它被称为 CLS (Critical Legal Studies);在英国,它被称之为 CLC (the Critical Legal Conference) 或 Brit Crit;在澳洲,它被称为 Oz Crit (Australian Critical Legal Studies)。^②

在1973年的《法律形式主义》一文中,肯尼迪把批判的矛头指向了法律形式主义。如果我们把霍姆斯的法律实用主义及卢埃林的法律现实主义当做美国本土法学的起点,那么法律形式主义便是美国早期法学的代名词。这种法学的方法论源自欧洲,既有奥斯丁分析法学的影子,也有德国潘德克顿学派的影子。不过,肯尼迪追溯得更远,他从欧洲17—18世纪的社会契约论展开讨论法律形式主义。法律的形式与法律的实质是方法论上的一个基本分类,韦伯以此为标准区分过现代德国法和英国法。肯尼迪延续了这个思路,他的主题思想当然也反

① See Duncan Kennedy, "Teaching From The Left In My Anecdote".

② See Adam Gearey, "Constitutional Law: Anxiety And Affirmation: Critical Legal Studies And The Critical " Tradition (S)" 31 N. Y. U. Rev. L. & Soc. Change 585 (2007)