

昆明理工大学地方立法学科方向团队
建设基金项目(14118401)阶段性成果



现代美国 法律思想 札记

Essays on Modern American Legal Thought © 樊安 编著

观念革新与制度创新相互辉映、相得益彰成就了美国的法治。本书邀您跟随大师脚步，读懂美国法治，中国法治。

云南大学出版社
Yunnan University Press

昆明理工大学地方立法学科方向团队
建设基金项目(14118401)阶段性成果



现代美国 法律思想 札记

Essays on Modern American Legal Thought ©樊安 编著

 云南大学出版社
Yunnan University Press

图书在版编目 (C I P) 数据

现代美国法律思想札记 / 樊安编著. — 昆明: 云南大学出版社, 2013

ISBN 978-7-5482-1561-5

I. ①现… II. ①樊… III. ①法学—美国—文集
IV. ①D971.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 121174 号



现代美国 法律思想 札记

◎樊安 编著

责任编辑: 于 学

封面设计: 刘 雨

出版发行: 云南大学出版社

印 装: 云南华达印务有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 11.5

字 数: 250 千

版 次: 2013 年 6 月第 1 版

印 次: 2013 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5482-1561-5

定 价: 46.00 元

地 址: 云南省昆明市翠湖北路 2 号云南大学英华园内

邮 编: 650091

电 话: (0871) 65031070 65033244

E-mail: market@ynup.com

目 录

现代美国法律思想 ■ 1

托马斯·C. 格雷

- 一、古典主义时期 /1
- 二、进步主义时期 /3
- 三、现实主义时期 /5
- 四、程序主义时期 /7
- 五、百家争鸣时期 /10

兰德尔与美国法理学中的反法律形式主义思潮 ■ 16

樊 安

第一章 兰德尔是法律形式主义者吗？ /20

第一节 对美国法律现实主义解读兰德尔的评论 /20

- 一、美国法律现实主义眼中的法律形式主义 /20
- 二、对自主命题的肯定 /22
- 三、对演绎命题的反驳 /24
- 四、对先验命题的反驳 /25

第二节 对另一些只关注案例教学法的论者的解读的评论 /27

第二章 兰德爾的法律推理觀和法律科學觀相矛盾嗎？ /28

第一節 對菲爾德曼的解讀的評論 /29

一、菲爾德曼的解讀 /29

二、對菲爾德曼的解讀的評論 /30

第二節 對托馬斯·格雷的解讀的評論 /30

一、托馬斯·格雷的解讀 /30

二、對托馬斯·格雷的解讀的評論 /34

第三章 對蘭德爾的前提預設的進一步批判 /35

蘭德爾的正統觀念 ■ 42

托馬斯·C. 格雷

第一部分 /44

第二部分 /47

第三部分 /50

幾何學 /51

循環論證 /54

進 步 /58

第四部分 /60

第五部分 /65

第六部分 /71

第七部分 /72

蘭德爾問題 ■ 94

——對 20 世紀蘭德爾研究中的歷史編纂學的歷史考察

布魯斯·A. 齊姆鮑爾

法律的道路 ■ 102

奥利弗·温德尔·霍姆斯

原则性论辩与政策性论辩之分有必要吗？ ■ 121

——一条评论德沃金权利论题的进路

樊 安

- 一、原则性论辩与政策性论辩之分对于权利论题的重要意义 /121
- 二、德沃金在《疑难案件》中对原则性论辩与政策性论辩之分的阐发 /122
- 三、原则性论辩与政策性论辩之分的必要性 /123
- 四、德沃金的回应对我们的启发 /127

语义学之刺与解释之刺 ■ 131

——克雷斯论德沃金的解释性转向

樊 安

- 一、法律实证主义与语义学之刺（semantic sting）/132
- 二、法律解释理论与解释之刺（interpretative sting）/134
- 三、德沃金可能如何回应克雷斯？/138

人之目的与自然法 ■ 141

郎·富勒

发展型国家与法律秩序■ 150

——浅析一种发展与法律的新政治经济学

戴维·M. 特鲁贝克

- 一、发展政治经济学简史 /151
- 二、法律与新发展型国家：一个初步分析 /160
- 三、一些源于实践的证据：巴西 /166
- 四、结论：超越“法治”共识 /169

后 记■ 174

现代美国法律思想^①

托马斯·C. 格雷^②

一、古典主义时期

但凡精彩的故事，其开头也必须精彩。在美国刚刚步入现代时，兰德尔提出的法律思想便为我们的故事开了好头，尽管他并没有在理论建构方面花费太多精力。古典主义时期的法律思想家用足够极端的学说为后来者提供了极为重要的反面先例，使得他们可以通过对其加以反对来摆明自己的立场。兰德尔式法律科学当属古典主义思想的典型，而且也许是历史上出现过的最纯粹的法条主义（legalism）。最高法院对洛克纳诉纽约州案（Lochner v. New York）²一案的判决集中体现了自由放任立宪主义（laissez-faire constitutionalism）。而一个更加古老的法学流派^③又进而将这种自由放任立宪主义发扬光大。美国法律现代性的基本

① 本部分节译自 Thomas C. Grey, *Book Review: Modern American Legal Thought*, 106 YALE L.J. 493 (1996)。格雷教授在评论曼彻斯特大学高级讲师达克斯博雷（Neil Duxbury）博士所著的《美国法理学的诸模式》一书时，详细阐述了他在教授现代美国法律思想史的过程中对 1870 至 1970 年期间的美国法律思想的分期。格雷教授把现代美国法律思想分为五个阶段：即古典主义时期，进步主义时期，现实主义时期，程序主义时期和百家争鸣时期。个人认为格雷教授的划分有理有据，对各个时期的概述也颇为精到，应该会对那些希望较为快捷地了解现代美国法律思想概况的读者有所裨益。节选部分的注释仍沿用原文中的顺序。

② 托马斯·C. 格雷（Thomas C. Grey），斯坦福大学法学教授。

③ 此处就是指兰德尔主义法理学——译者。

分界线便是从对兰德尔和洛克纳诉纽约州案的回应开始划起。

兰德尔及其在哈佛大学以及其他地方的学术盟友一道提出一种新版法学，此种法学似乎就是为新兴的大学本位法律教育模式度身定做的。³ 兰德尔主义者把法学看作是独立于神学、道德哲学、经济学，以及政治科学的思维训练，这种训练主要是如何把法律方法运用于普通法材料。他们不仅有学术方面的抱负，而且，无论兰德尔式法律科学看起来是多么的天真而又不切合实际，在实践方面，它还是有过引人瞩目的优势。在普通法令状体系垮塌以后，它把一种对私法思想的崭新分类和表述方式呈现给了美国的律师和法官。作为一种教学方法，它根据学生在事实情形中迅速做出类比和区别的能力对他们进行分类，这种分类严格以公司与金融行业的工作所需的那些分析能力为依据，而公司与金融行业的工作属于当时大城市法律业务的主流。最后，兰德尔主义者以一种古典的自由主义——在当时指的是政治上的保守主义——法律意识形态来支持保守主义堡垒，并且为普通法体系对财产保护和契约自由的强调提供了新式的科学根据。

兰德尔法律理论有时被当成一个学术上的笑料，然而实际上它是一种相当周严缜密的法理学，它强调法律体系中被许多人所欲求的三种属性。第一，法律应该具有形式性（formal），即只需通过把规则适用于事实而无需任何自由裁量权的介入就可以产生出结果。第二，法律应该具有体系性，即法律规则是从少量的一致相关的基本概念和原则中推演而来的。第三，判决体系应该具有自治性（autonomous），该体系的原则纯粹地来自于法律材料，而非依据具有争议的政治的或哲学的主张或方法。

第一种诉求，即判决结果的产生过程中的形式主义，是许多法律理论的共同目标。然而，兰德尔主义者将形式性、体系性和判决体系的独立性相关联，这使得他们的理论成为诸种形式主义理论中最极端的一种。为何一份邮寄的合同在承诺函发出后仍可能不会成立，而只有在承诺函被收到并阅读后合同才成立？而承诺函一旦寄出，合同即成立，这是为当今世人所熟知的邮箱规则。兰德尔对该问题的解答体现了其法律思想的精髓。承诺函不仅代表了受要约人的意图的客观表示，也代表了一个承诺；否则将没有对价来支持这个合同。受要约人可能确实通过邮寄承诺函客观地表明了他意图接受要约，然而由于，就其本质而言，承诺必然要求双方的沟通，因此在承诺人收到并阅读承诺函之前相应的对价并不会产生。

兰德尔坚持认为他的结论合乎逻辑的必然规律。在他看来，该观点表明，任

何认为邮箱规则更公平或更有效地服务于合同当事人的利益的主张都未能抓住问题的关键。⁴ 邮箱规则并不能满足法律的体系性要求。法律的体系性要求法律规则必须是从基本原则中经过逻辑推演而来，而非出于任何对实践或道德因素的权衡。因为关于正义和便利的论辩都超出了法律本身，所以，要想在不违反法律的自治性要件的前提下证成一项反常的规则，便不能诉诸于正义和便利。

这种认为正义、效率甚至除了法律体系中概念间的内在逻辑之外的任何东西都是“无关要旨”的主张形象体现了兰德尔主义法律家对关于人性和文化的各种事实的根本忽视。法律科学的所有数据都“包含于书本之中”⁵，换言之，既在法律图书馆所收藏的上诉审判例汇编中。兰德尔主义者认为这种严格实证主义进路只能在实体性的私法中才能够得到彻底的适用，因而便坚定不移地将程序、立法，甚至公法统统从他们的学术领域中和法学院的核心课程中排除出去。⁶

公法领域的古典主义思想便是自由放任立宪主义。这种思想的推广则得益于另一批重要的注释法学者。他们不赞同兰德尔主义法律科学，既没有兰德尔主义者那么极端，也没有兰德尔主义者那么崇尚现代科学。既是法学家又是法官的托马斯·库利（Thomas Cooley）在 1868 年的著述《宪政约束》（*Constitutional Limitations*），⁷ 有助于表述自由放任立宪主义者运动的教义。而在该运动试图打破美国司法机关对州立法的那种传统性遵从之时，诸如约翰·诺顿·波默罗伊（John Norton Pomeroy）、约翰·狄龙（John Dillon）和克里斯托费尔·蒂德曼（Christopher Tiedeman）之类的注释法学者则使其得以继续。⁸ 洛克纳主义者（Lochnerian）常常通过一套自然权利理论赋予财产与合同这些私法领域的核心主题以高级法地位。⁹ 在兰德尔主义者看来，那套过时的自然权利理论既非纯科学也非纯法律，必须加以拒斥。经过一些年在州法院、法律著述和司法异议中的渗透，¹⁰ 自由放任立宪主义在 19 世纪末 20 世纪初通过美国最高法院对洛克纳诉纽约州案和其他一些案件的判决在全国范围内得到推广。¹¹

二、进步主义时期

进步主义法理学（Progressive Jurisprudence）的推广者们谱下了美国法理学的新篇章。¹² 它活跃于 19 世纪 90 年代晚期到 20 世纪 20 年代早期，并且对新政（New Deal）一直产生着持续影响。美国法理学的这场运动的哲学灵感汲取自美国实用主义，其政治思想（politics）则来源于美国的进步主义运动，就连它

的许多术语也取自于新兴社会科学。进步主义法理学始于奥利佛·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）从实用主义角度对兰德尔主义的批判。兰德尔主义者把法律视为一套自治的逻辑体系，对公平和效用的考虑都与它无甚关联。“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”¹³这是霍姆斯做出的著名回应，并在后来他极力认为“真正的法律科学……在于把其内部基本原理建立于精确测量过的社会欲求（social desires）而非社会传统之上”¹⁴。众多法学家追随霍姆斯把法律视作旨在追求社会福利的工具，其最重要的观念是政策而非原则，其决定性机构是立法机关而非法院，其使用者（whose servants）应该致力于社会工程（social engineering）而非只注重由原则构成的体系。庞德（Roscoe Pound）和卡多佐（Benjamin Cardozo）当属最重要的两位追随者。

实用主义者曾经主张人类思维的初级过程是解决工具问题而非进行不连贯的推论，于是进步主义法理学以同样方式对法律和法律思想的特性进行重新刻画。首先，法律本身不再被想象为一种抽象且自治的规范体系，而被视作一种为了达到目的的手段，即一套有着社会性和社会目的的旨在满足表现为公共政策的人类共同需要的活动。用卡多佐（Cardozo）的话来说就是：“法律的终极目的就是社会福利。”¹⁵第二，进步主义者保留了曾经被古典法律思想当作重中之重的由抽象法律概念和原则组成的框架，但是却以实用主义的方式对其重新进行了解释。这些抽象的法律概念和原则不再被当成[法律的]本质和公理，如今它们被看作是决策者们在依据公共政策解决社会问题时的辅助性指南或指导。如果邮箱规则对合同当事人都有好处，那么为了实现便利，对价原则就应该具有足够大的弹性，承诺这个概念也就具有足够大的模糊性。¹⁶“一般性命题并不决定具体案件”，正如霍姆斯所言，尽管他补充道，合理的一般性命题可以“使我们更好地达到目的”¹⁷。

进步主义者把技术和工业革新视为社会发展，然而社会发展需要知识界的集体行动以改善它们有害的负面效应。进步主义法理学吸收了关于这场运动的社会理论和政治思想。¹⁸快速的变化使得普通法的那种自发而又缓慢的逐个案件的判例汇编制度再也无以应对。由探寻为人们所共享的公共价值的专家所引导的科学立法改革必然会代替以同先例做类比的方式而进行的司法推理，成为这场法律发展的核心部分。司法无力抵挡民主改革的步伐，无论这些抵挡是有着自由放任立宪主义这种咄咄逼人的外形，还是源于兰德尔主义对立法的反对和对私法原

则的细节问题的十分专注。这些古典思想家的“机械法理学”错误地阐述了服务于极端保守的政治思想的法律的本质。¹⁹ 法院处理宪法性案件时应该服从立法机关，在解释制定法时应该探求立法目的并弘扬之，在立法机关为普通法的发展而留下的领域中进行次级立法（sublegislate）时则应该依据反映于制定法中的政策性条款。²⁰ 如果可以自由地选举立法者并且可以防止他们免遭特殊利益的腐化，那么我们就可以依靠立法者去反映在根本上相统一的人民主权这个普遍价值。²¹

在实施改革计划的过程中，法律进步主义者认为法律人必须要知晓社会现实。²² 法律原则和制度应该以符合公共需要为原则来设计，这要求法律人成为“社会工程师”，他们要系统地调查社会问题，熟练掌握可能运用的改革方法，并且评估这些方法是否达到了所意图的效果。进步主义法律人撰写出“布兰德斯式辩论摘要”，在其中列举了许多关于其他工业国家对社会性立法的采纳和所产生的效果的证据，以此向法院表明这些措施实际上是警察权力的合理的（因此合宪的）运用。²³ 他们还论证应放宽从自由放任立宪主义立场出发对社会性改革立法的限制，主张放宽该限制将会使国家成为改革的“实验室”。²⁴

在进步主义时代，兰德尔主义法律科学和自由放任立宪主义并没有消亡。然而，在 20 世纪 20 年代，我们可以看到，年老的古典法学家们艰难地与那些中年进步主义者争夺对美国法律思想的控制权。1923 年法律界成立了美国法学会（the American Law Institute），本杰明·卡多佐（Benjamin Cardozo）为其首任会长。美国法学会启动了对合同法的重述工作，由兰德尔主义者塞缪尔·威利斯顿（Samuel Williston）主持，进步主义者阿瑟·科尔宾（Arthur Corbin）担任助手。在自由放任主义者威廉·奥瓦尔·塔夫脱（William Howard Taft）首席大法官领导下的最高法院继续援引契约自由原则废止改革主义者的州立法，而不顾进步论宪法主义者霍姆斯、路易斯·D. 布兰德斯（Louis D. Brandeis）和阿朗·斯通（Harlan F. Stone）的反对。²⁵

三、现实主义时期

更年轻一代的法律理论家在美国法律思想的长河中掀起了又一股现代主义法理学——法律现实主义——的浪潮。现实主义者继续了进步主义法学家对兰德尔主义法律科学的批判。现实主义者与进步主义者的共同立场还包括，他们 also 想要把社会科学方法带入法律研究之中，通常也支持政府对经济的规制。然而尽管有

着上述相似之处，在侧重点和理论内核方面，现实主义法理学与进步主义法理学大相径庭。现实主义者把法律研究的焦点从立法重新退回到司法过程，尤其是处理私法案件的普通法程序。但是，他们对法官的所作所为和行为方式做出了一种与以前那种对法官的偶像崇拜恰恰相反的破坏性解释。

兰德尔主义者和进步主义者曾经协力用一般性的重要概念和原则来对普通法进行系统表述，双方都默认这一工程是传统的程序本位的令状体系垮塌之后所需要的。无论是兰德尔、威利斯頓和詹姆斯·巴尔·埃姆斯（James Barr Ames）这些古典法学家，还是霍姆斯、科尔宾以及约翰·亨利·威格莫尔（John Henry Wigmore）这些改革者都曾努力把私法划分为围绕着像责任、过失、要约、允诺以及对价这类概念而组织起来的侵权法和合同法。²⁶ 尽管进步主义者把这些原则和法律范畴看作是指南和分类，而不像古典法律思想那样视它们为[法律]公理和本质，他们还是同古典主义者一样认为系统化工程是有用的。

更年轻的一代对前辈们修筑的概念大厦嗤之以鼻，并坚决抵制这种法律建筑工程。在他们看来，法学著述和法律重述所运用的那些原则和概念既不能指导实践也不能预测结果。现实主义者争辩道，法官的抽象言词辞令遮蔽了法律体系的有效规则，而这些规则的根基就在于具体情形和发生在现实世界中的种种活动。²⁷ 比如，一位现实主义合同法学者指出，在涉及人寿保险单的特殊语境下，法庭有时甚至在承诺函没有邮出之前就把通过邮寄的合同视为成立。²⁸ 另一位现实主义者强烈批判以下这种举措，即试图制订一个一般性标准以确定何种程度的犯罪预备可以成立犯罪未遂。他竭力主张，各种案例表明，何种程度的犯罪预备可以成立犯罪未遂是随着真实的犯罪行为 and 实际语境的变化而变化的。²⁹

进步主义者认为，法官是次级立法者，他们借助于依据政策制定的原则完美地填补了制定法规则和判例法规则之间的空当。不同于进步主义者，现实主义者则认为，法官就是官方仲裁者，他们的社会功能就在于通过解决那些会扰乱秩序的潜在争端而维护社会安定。³⁰ 现实主义者发现那些存在于著述和法律重述中的法律概念和原则——无论是一般性的还是特殊性的——它们的含义都是空洞且不确定的，只是一些没有实际效用的花言巧语。他们还以相同方式批判进步主义法律理论所依赖的同样具有一般性的“政策”和“利益”这两个概念。他们认为，对法庭裁决具有重大影响的是产生这些裁决的程序³¹ 以及法官常常具有的那种有关如何将纠纷纳入各种错综复杂的习惯性和习俗性规则的潜在看法。

和前辈们一样，现实主义者盼望社会科学有所发展，然而他们想要的是法律研究的进展而非法律本身的发展。一些专门研究行为的社会科学调查研究的初衷就是为了把“刺激因素”（案件事实）和“没有言明的司法活动”（nonverbal judicial behavior）（案件判决）关联起来，并且去发掘引导法官做出裁决的“直觉”的那些未曾被意识到的根源。³²法官不会是这些调查研究的消费者，而是研究对象。这些研究可能会间接地致使司法裁决质量的提升，但是，要产生这一效果的唯一方法便是，去诱导法官不再看重那些形式的和体系性的抽象概念和原则，而转而跟随基于司法实践产生的下意识的直觉。³³

所以，虽然许多现实主义论著批判那种被普遍持有的对司法的恭敬并倡导激进主义，但是，与进步主义法律理论相比，现实主义实际的进攻点是狭窄的（从它的关注点是法官团体这一点来说）且在许多方面是保守的（从它对习惯和习俗的遵从这一点来说）。在他们那个时代的国内政治中，通过把法官团体描述为一群解决纠纷的官僚（他们所给出的花言巧语的理由和做出的实际裁决几乎没有关联）而使其形象遭到贬损，现实主义者确实为新政提供了意识形态方面的武器。通过这样对法院声望的削弱，他们强有力地支持了富兰克林·D. 罗斯福总统法院重组方案对自由放任立宪主义者的进攻。

然而，也只有在那一方面，现实主义者才的确符合“新政法学家”这一称号。他们摒弃了进步主义者的关注点，它们包括立法，把立法政策视为法官的指南，以及把社会科学看作是可为改革主义立法者所用的现实资源。因而，那些从费利克斯·法兰克福特（Felix Frankfurter）阵营退出，转而起草制定法和就职于新政机构的法律人所使用的法律理论并不是现实主义理论而是进步主义理论。³⁴

四、程序主义时期

从二战至 20 世纪 60 年代，程序主义一直主导着美国法律思想。法兰克福特是它的一个重要鼻祖。可以从三个方面来界定程序主义进路：将法治视为保护自由民主制度的核心价值并以其为研究重点；支持新政和现代行政福利国家；从理论上强调司法管辖权和程序是对实体法的保护。

直到 20 世纪 30 年代中期，人们还把法治观念同自由放任立宪主义和反对推行行政国家的保守防御密切联系。因此，进步主义者和现实主义者并没有试图根据自己的目的去重新解释这一被他们视为党派偏见和反动的概念。但是，众多事

件使得备受自由主义改革者钟爱的那种法治概念重新被接受并且由此为程序主义法理学（process jurisprudence）的问世铺平了道路。

首先，罗斯福的法院重组方案使许多自由主义者感到担忧，要不然他们不会反对新政。对他们来说，独立的法院系统依旧颇为要紧，即使面对最高法院对自由放任的和【强调】州权力的立宪主义进行的倒行逆施的保卫。³⁵ 其次，当法官的去世和退休最终促成一个新政最高法院，当法院表示它愿意把法律下的公平正义扩大适用于社会中的流浪者和弱者，即“社会中孤立无援的少数派”³⁶，一种新的自由主义法治议程便由此产生。最后，纳粹和斯大林主义分子运用秘密警察和一套恭顺的政法系统创立了国家恐怖体系（state-sponsored terror），这戏剧性地凸显了正当程序的重要性和自由民主制度的合法性（legality），也使得进步主义和现实主义法学家——他们的理论忽视了或者似乎低估了这些价值——处于守势。³⁷

法治的古典自由放任主义版本曾经对这一点进行着重强调，即可以从宽泛但确定的一般性法律原则中得出私人在财产和合同方面的实体性权利。新政自由主义者继承了进步主义者和现实主义者对形式主义的批判，不认为司法过程仅仅就是为了得到裁决结果而从一些基本原则中推演出明确的法律规则并把这些规则适用于事实。与进步主义者一样，他们把法律视作原则和政策，规则与标准的混合体，而且他们还认为进行司法判决需要法官具备训练有素的判断能力，而非仅仅具有进行简单逻辑推演的能力。³⁸ 然而，他们既不像进步主义者那样把司法判决视为填补法律漏洞的立法（interstitial legislation），也不像现实主义者那样将其视为法官依据潜移默化地影响着他们的习俗而产生的直觉来解决纠纷的行为。把司法判决与更具有政治色彩的判决方式相区别的是这样一个过程，即由那些受过长期严格司法训练并坚决抵制政治性派别偏见的诱惑的法官对法律体系中纷繁复杂且充满弹性的规范予以清晰明确且理由充分的阐释的过程。基于明确理由进行判决的这样一个程序十分有力地限制了对法官的批评——只有从理性（非政治的）立场出发的批判才被认为是有效的，而且正是通过此种公正推理的程序对政治体系输出物（output of the political system）的过滤才把政府放置于法治之下。³⁹

程序主义法学家拒绝把古典的形式主义司法方法和自由放任的私人权利当作法治的基础，这明显受到了进步主义的影响。他们倾向于新政的这一面（New Deal side）也清楚地表现在他们对典型的新政立法机构——规制性的制定法和独

立的行政机构——的特别关注上。在程序主义者看来，立法机关推行那些得到公众强烈支持的公共政策，即使在这样做的过程中他们对传统的私人在财产和合同方面的权利做了修改，他们的行为也是合法的。法院将不再把改革性立法狭义地解释为“对普通法的损毁”，而将根据由理由正当的立法者提出的公益目的（*public-spirited purposes attributable to the reasonable legislator*）对其进行扩展解释。独立的行政机构被实际授予了广泛的规制性自由裁量权以负责那些需要专业管理和持续监督的经济生活领域。⁴⁰ 程序主义法学家为它们找到了一个法学上的新定位。在程序问题上，行政机构应该服从于法治，而在实际问题上，法官又应该尊重专业的行政机构。⁴¹

最后，程序主义法学家对美国司法管辖权和司法程序做了与古典主义法律思想家曾经对实体私法所做的事情相同的事情——他们把美国司法管辖权和司法程序简化为一套原则的体系。程序主义者努力把概念系统带入这样一些领域，比如行政法，它主要指行政程序和对行政行为的司法审查，⁴² 又比如联邦法院管辖权（*federal jurisdiction*），它主要指联邦法院和其他政府机构的关系。⁴³ 在程序主义法学家的眼里，他们不仅仅要研究法律体系中的技术性和实务性机制；他们还要求认真系统地研究既调整州和联邦政府的关系，还要处理立法、执法和司法三大分支的关系的这一原则体系，并详细地阐述它、运用它。

程序主义法理学碰巧和沃伦（Warren）领导下的最高法院在同一时期处于鼎盛状态。在最高法院的重新对宪法做出倾向于弱势群体的解释的这一新方案上，程序主义法学家阵营产生了内部分歧。他们中的大多数人追随法兰克福特，拒斥自由能动主义（*liberal activism*），认为它不过是反映了衰老的沃伦法院的保守能动主义，认为这两种主义属于同一派别且不再符合致力于维护法治的非政治性司法观念。⁴⁴ 程序主义思想家中的少数派则接受了年迈的进步主义者，Harlan Stone 大法官在新政法院形成后不久就率先提出的建议；⁴⁵ 他们主张多数派至上主义政治体制（*majoritarian political system*）易于轻视少数者、异议者和受压迫者的利益，而民主体制下的法治则要求司法主动纠正对多数至上主义政治体制的这种倾向。⁴⁶ 这个分歧预示了更加根本的分裂。到 20 世纪 60 年代晚期，程序主义法理学已不再具有它在战后美国法律思想中曾经具有的那种非凡影响力。

五、百家争鸣时期

不断壮大的行政国家和与之敌对的美国法条主义传统交汇碰撞，导致 20 世纪 60 年代期间法律职业规模急剧扩大，法学教授的数量也随之迅速增多。大批接受过其他理论学科训练的学生（并且最后教师也是如此）涌入了法学院，催生一种跨学科的法律学术潮流。与此同时，沃伦法院的能动主义（activism），同自由主义所推行的民权和反贫困运动一道，使得许多年轻法律人和法学教授相信：改革派法院和支持运动的法律人会使社会的平等程度得到大幅度提升。希望越大失望就越大，这使得人们对传统的自由主义改革感到失望，他们失去耐心并转向左派，于是催生了一个激进的法律运动。在同一年代里，为了反对国家权力长达两代人的增长和集中，右派又复兴了自由放任主义。

这些倾向的相互作用在 20 世纪 70 年代初形成了三种明显的法律思潮。第一，由于在政治上受到民权运动的影响，在智识上受到权利本位的道德哲学和政治哲学复兴的启发，⁴⁷ 在为司法能动主义寻找理由时，自由主义法学家不再坚守后新政传统的那种谨慎的程序本位理论，而是采取一种更加激进并更注重实体法律的路径。法律和道德哲学运动把法官描述为从事实务的哲学家，他们的工作就是界定和执行权利并将权利作为王牌去对抗立法机制这种普通政治体系所制定的那种权宜性政策。⁴⁸

第二，就好比一些忍受不了缓慢改革速度的自由主义者变得激进并催生了新左派，具有同感的法律能动主义者对自由主义改革派律师业的业绩感到失望且发起了批判法学研究运动（the Critical Legal Studies movement）。新左派法律人一方面在情感上受到越战期间激进运动政治思想的影响，另一方面在智识上又得益于 20 世纪马克思主义思想在欧洲的发展，比如格拉姆希（Gramsci）和法兰克福学派（the Frankfurt School），这使得对自由资本主义意识形态的批判成为激进社会变革事业的核心要务。从此“自由法条主义”（liberal legalism）意识形态开始受到各种版本的批判法学运动的剖析和批评，这些版本有：程序本位、权利本位以及效率本位。⁴⁹

第三，知识界许多保守派和温和派人士开始认为经济受到了过渡的管制，而且，尽管这些管制是以公众名义强加于经济之上的，然而设计它们的目的往往却并非为了造福公众，却更多是出于有组织利益团体——包括诸如法律人和管理者之类的各种职业阶层——的利益。罗纳德·科斯（Ronald Coase）和其他学