

北京市法學會中國法律文化研究會

法律與文化網

首页 关于我们 学会活动 会员关注 学界动态 民族法文化 法史春秋 名作佳文 书评纵横 法文化辞典

首页 >> 名作佳文 >> 佳作一览

对西方法律传统的挑战

2010-12-31 访问量: 访问量: 302

朱景文

一、什么是美国批判法律研究运动

批判法律研究运动 (the Critical Legal Studies Movement, 英文缩写CLS), 又译批判法学, 是美国七八十年代兴起的一股批判美国、乃至整个西方法律传统的左翼思潮。

批判法律研究运动的社会根源在于六十年代中后期席卷美国的反战运动、黑人民权运动和学生造反。这些运动汇合在一起, 极大地冲击了美国社会的统治秩序和正统观念。美国批判法律研究运动的核心分子, 象肯尼迪(D. Kennedy)、楚贝克(D. Trubek)、阿贝尔(R. Abel)和图什内特(M. Tushnet)等人, 就是当年耶鲁大学校园内造反运动的积极分子。正是在他们的串通下, 一些情趣相同、对现实抱着类似态度的学者于1977年春季在威斯康星大学组织了批判法律研究的第一次大会。这次会议标志着这一美国批判法律研究运动的正式诞生。[1]

批判法律研究运动的发展绝非一帆风顺。首先, 它作为一个对占统治地位的法律传统的批判运动, 受到主流的自由主义法律思想的批判。然而, 宏观地说, 这种来自自由主义法学的批判更多的不是学术的, 而是行政的, 甚至人身的。[2]他们除了攻击批判法学“只是批判, 而不建设”, 称其为“精神贵族”, “在最优秀的法学院受着最好的教育, 拿着最丰厚的酬劳, 坐着最豪华的汽车, 却要造这个制度的反”之外, 就是动用行政手段。耶鲁和哈弗先后解聘和拒聘了持批判法学观点的教授, 杜克大学法学院院长甚至气急败坏地声称, “不许任何批判法律研究的成员在美国法学院有一席之地!” 哈弗法学院由于拒聘楚贝克, 由于教授们对批判法学截然不同的态度, 而分裂为对立的两派, 以至被美国新闻界渲染为“法学教育的贝鲁特。”

其次, 批判法律研究运动的发展也受到其内部持有不同观点的学者们的批判。尤应注意是, 批判法学作为美国法学界的左翼运动不是唯一的, 女权主义法学与反种族主义法学也是在七八十年代活跃在美国法学界的左翼运动。这几个运动既相互支持, 又相互影响、渗透。就批判法学而言, 批判对妇女、黑人的歧视一直是它的一个主要内容。在批判法学和批判女权主义法学、种族批判法学之间除了有历史与思想渊源的联系之外, 在不少问题上也存在着分歧。从解构主义(Deconstructivism)的观点来看, 批判法学更注意社会的阶级结构, 认为人们阶级的不平等、拥有社会资源的不平等是造成美国社会法律不公正的根本原因; 批判女权主义法学则更注意社会的性别结构, 认为男女不平等比阶级不平等更为严重, 妇女处在社会的最底层, 在法律上受到更加不公正的

待遇；而种族批判法学注意的中心则是社会的种族结构，认为种族不平等，白人与男人的不平等比人们在财产上的不平等更为严重。许多黑人，例如洛山矶事件的受害者，并不是因为他们没有钱（有的甚至是富裕阶层的人），而是因为他们属于有色人种才受到迫害。有些女权主义和反种族主义法学的拥护者甚至指责批判法学的某些教授只注意穷人和富人问题，而对妇女和黑人仍然抱着大男子主义和种族歧视的态度。这些教授过着优裕的生活，他们已经有了自己所需要的一切权利，而对妇女和黑人来说却没有一切权利。这样，在对待现行美国法律制度上它们之间也存在着差别。简单地说，批判法学主张推翻现行美国法律制度，而女权主义和反种族主义法学对批判法学的这个口号则持审慎态度，主张利用现行法律制度中一切有利于争取妇女权利和黑人权利的规定。批判的女权主义和反种族主义法学的兴起，标志着批判法律研究运动进入了一个新的时期，如楚贝克等人所说的“后批判法学”（Post CLS）时期。

1989年以后，世界格局发生了极大的变化，东欧巨变，苏联解体，中国也受到“六四”事件的冲击，西方世界弹冠相庆。在一些人看来，“这一切都似乎表明了自由主义的胜利”。作为左翼的学术运动的批判法学，无疑也受到这些事件的重要影响。一些批判法律研究运动的学者开始研究所谓“后共产主义”（Post Communism）的问题，即用什么制度代替在苏东已被“抛弃”的社会主义制度。一些人认为，东欧学者所指望的市场经济、人权保障、社会民主和法治都只是一个笼统的框架，其中每一个都包括着不同的策略。比如市场一方面意味着所有者在处置自己财产的自由选择，另一方面又意味着为了保证市场的正常运作又要控制财产的自由处置。法律究竟选择哪一种策略为依据，这本身不是象一些东欧学者所想象的仅仅是技术问题，只要把西方国家的制度“移植”过来就行了，而是政治问题。这不仅是“后共产主义”面临的问题，也是“后自由主义”面临的问题，有些人把苏东“民主的再建”称为“第四条道路，它具体包括三个目标，即决策的真正民主程序，个人不受干涉地、积极地控制自己的生活，避免一切基于性别、种族、宗教或民族上的经济与社会统治。他们认为，当代资本主义并没有给“后共产主义国家”提供达到这些目标的立法，相反，当代资本主义国家在这些方面也存在严重的问题，并一直受到批判法学尖锐的批判。[3]另外，随着克林顿入主白宫，美国政府在国内政策如医疗改革、妇女政策、少数民族政策等方面也发生了一些变化，批判法学的个别成员利用和克林顿及其夫人的某种关系，也步入政界，有的当了政府的顾问，有的忙于竞选议员，等等。这也是最近批判法律研究运动的一个引人注意的动向。这些人看来要步三十年代美国法律现实主义的后尘了！

二、批判法律研究运动的主要理论观点

批判法律研究运动有两个思想渊源，一个是美国土生土长的法律现实主义，另一个是欧洲的新马克思主义。三十年代出现的法律现实主义抨击传统的法律观，认为所谓法官根据法律规则判案是神话，法官既不是根据法律也不是根据事实而是根据法官个人的心理偏好进行审判，因此不可能有客观、公正的判决。但现实主义法学毕竟是为罗斯福新政服务的，正象泰格尔（M. E. Tigar）教授所说的，如果说凯恩斯主义是新政的政治经济学，那么法律现实主义则是新政的法律意识形态。[4]法律现实主义在贬低司法权力的同时，主张加强行政权力，鼓吹专家治国，企图使国家管理变得更合理、更有效率。批判法学吸收了法律现实主义怀疑论的许多观点，但从总体上对它仍然持否定的态度，认为法律现实主义是从维持美国法律传统的立场提出改革的要求，它所进行的只不过是一场“宫廷革命”。而欧洲的新马克思主义，法兰克福学派的“批判马克思主义”则认为，最强大地束缚着被压迫阶级的锁链是意识形态，它使社会上所有的人，无论是统治阶级还是被统治阶级的成员，都认为现存的社会秩序是公正的或至少是不可避免的。在现存的社会秩序下，只有先知先觉的知识分子才能担当起批判的重任，揭示传统思想、意识形态的不合理性、偶然性和暂时性，从而使人获得解放。在欧洲各种新马克思主义中，葛兰西（Antonio Gramsci）的“领导权”理论、哈伯马斯（Jurgen Habermas）的意识形态和“合法化”理论以及解构主义对美国批判法学的影 响最为显著。

批判法律研究，作为一个反潮流的学术运动，其基本观点可以概括为以下三点。

第一，法律推理的非确定性。这是批判法律研究对美国传统的自由主义法学批判的突破口。传统的自由主义法学认为，法律推理有一套与立法或政治决定的任意性、主观性不同的模式，法律争端可以通过不偏不依地选用法律规则得到客观、公正地解决。因此，法律推理是非政治的、中性的。法律推理是从大前提即法律规则和小前提即事实出发，作出判决的过程，因此具有确定性的结果。批判法学认为，法律推理的大前提和小前提都具有非确定性，某一案件究竟适用什么法律规则，确认哪些事实，都不是客观决定的，而是法官或陪审员选择和认定的，它们是人的选择的产物，因此无客观性可言，判决的结果依司法人员的选择为转移，必然是非确定的。在此基础上，批判法学的支持者进一步提出，法律推理并不象传统的自由主义法学所主张的那样具有不同于政治的特殊模式，它只不过是穿着不同外衣的政治。“法律推理是政治的”，是批判法学的著名口号。早在三十年代，美国现实主义法学在批判传统法学的“规则决定案件”的主张时，也曾针锋相对地提出“规则怀疑论”和“事实怀疑论”，认为决定法官判决的往往既不是法律规则也不是案件的事实，而是法官、陪审员的心理，乃至下意识功能。批判法学在此基础上进一步将现实主义法学提出的问题普遍化。他们认为，法律推理的不确定性不是偶然的、个别的现象，它的深刻根源在于人类社会生活中个人主义与利他主义的基本矛盾之中，用肯尼迪的话说就是：“每个人的个人自由既依赖于其他人和权力的合作与保障，同时又害怕他们限制和威胁个人自由”。[5]法官在判决的过程中，有时倾向于个人主义，强调个人自由方面，有时又倾向于利他主义，强调社会的合作与保障方面，他们究竟选择哪一个法律原理优先，完全是主观、任意的，因而会导致很不同的结果。这对基本矛盾，恰恰是产生法律推理非确定性的根本原因。

第二，法反映统治者的意志。批判法学一方面认为法律推理是非确定的，它没有客观可确定的结果，而依赖于法官的选择，另一方面又认为，法官的选择归根结底反映社会上占统治地位的阶级的利益。美国传统的自由主义法学认为，美国社会是多元的，人们之间存在着不同利益，但这些利益的交往与融合，会形成共识，这种共识恰恰是法律的基础。因此法律是中性的。批判法学特别注重对法律是中性的、代表共识的观点的批判。他们认为，法比统治阶级的直接暴力包含着更多的东西，它把社会上占统治地位的观念与关系以普遍化的形式固定下来，把偶然的、社会的产物装扮成必然的、自然的产物，把有政治倾向、有利于统治者的东西打扮成中性的、有利于全社会的東西。法的所有这些作用都是通过“意识形态”的功能实现的。

第三，法不是适应社会需要的必然产物，而是阶级统治的偶然产物。美国传统的自由主义法学认为，法律制度应按照它们对社会需要的适应程度来描述和解释，因此某种社会制度及与之相适应的法律制度的产生、发展和存在都是必然的。而批判法学认为，法是政治的，是不同社会力量、阶级、个人相互斗争的产物，完全没有必然性可言。通过法律的社会安排，包括资本主义制度本身，不是不可避免的，而是非决定的。某一事件之所以这样发展只是由于推进向其他方向发展的力量比较弱小，或在决定如何发展的斗争中失败，也就是说，某一法律结果的取得完全是偶然的，没有必然性。批判法学认为，在法律制度与社会条件之间并不存在因果关系，同样的社会条件可能具有相反的法律形式，而同样的法律形式也可能产生相反的社会效果。

三、批判法律研究运动与中国法学

批判法律研究运动是八十年代中后期通过中国的留美学生和访问学者的介绍传入中国的。[6]

笔者认为，对于中国的读者和研究者来说，关注批判法律研究运动起码具有两方面的意义：

第一，它有助于我们更好地、更全面地认识资本主义，特别是当代的资本主义法律制度和法律思想。由于对资本主义、特别是当代资本主义法律制度和法律思想不了解，或者只知皮毛、一知半解，经常容易犯两种错误。一种是全盘否定，认为资本主义法律制度和法律思想一无是处，只能为

资产阶级专政服务。实际上，由于资本主义与社会主义法律制度和法律思想都是建立在社会化大生产的基础上，市场经济与民主政治方面都有许多共通的地方，法律调整必然有共同的社会问题。这就决定了社会主义国家在调整这类社会问题时可以借鉴、参考资本主义国家成功的经验。全盘否定的思想在实践中会束缚我们自己的手脚，比如过去我们经常把当代资本主义国家“授权立法”视为资产阶级“行政专横”、“法治危机”的体现，认为它破坏了议会民主，扩大了行政权力。但是，近年来全国人大授权国务院就改革开放方面的问题制定暂行规定已成为我国立法实践中的一项重要措施。如果局限于过去我们对当代资本主义“授权立法”的认识，近年来我国立法实践就不可能有这样大踏步的发展，也不可能使立法适应改革开放的需要。这表明，授权立法作为一种法律手段，并没有“姓社姓资”的问题，在社会主义和资本主义条件下都可能存在，因为它比较灵活，适应社会分工和专业化发展的需要，适应变动着的社会环境的需要。

对资本主义法律制度和法律思想认识的另一种错误是全盘肯定，盲目推崇资本主义法律制度和法律思想。对那些早就被资本主义国家的有识之士、有见地的学者、甚至开明的政府官员认为是西方法律传统中的糟粕或已经过时、应该抛弃的内容，对那些明显不适合我国国情、只能为资产阶级专政服务的内容，也被一些人看作是好东西，视为中国没有的“异物”。显然，对于这些人来讲，在最发达的资本主义国家美国批判法律研究的出现应该使他们猛醒，也应该使大多数对资本主义法律制度的和法律思想不甚了解的同志受到启发。毫无疑问，批判法律研究运动的大多数学者并不赞成马克思主义，他们对西方法律传统的批判也难免有“否定一切”和法律虚无主义之嫌。但有一点是我们国内的学者所难以做到的，即他们长期生活在资本主义制度的中心，长期受到西方法律文化的熏陶，他们最了解资本主义法律制度。他们对资本主义法律制度的理解不象我们国内的一些学者只限于法律条文（更何况我们所了解的西方国家法律条文本身也是很有限的），而是深知这些条文产生的背景，更深知这些条文实际是如何运作的，了解其中的“关节”、“绝巧”，它们究竟为社会上哪个阶层的人服务。另一方面，批判法学的西方法律传统，特别是当代美国法律制度与法律思想的批判，不是抓住枝节问题，不是抓住任何一种社会制度中都可能存在的丑恶现象，象有些学者——无论是中国的还是外国的——过去在批判资本主义制度时专门搜集它的阴暗面而武断地作出结论那样，批判法学对资本主义法律制度与法律思想的批判是整体性、制度性的，也就是说，它是对那些从西方法律传统中产生的有必然性的制度与思想的批判。

第二，批判法律研究运动也有助于我们更好地、更全面地认识社会主义，特别是改革开放以来有中国特色的社会主义法律制度和法律思想。批判法律研究提出了许多我们感兴趣的问题，如法律推理是否具有确定性、客观性？法与政治的关系如何？法是反映社会共识还是反映统治者意志？法作为上层建筑现象具有主观性，这种主观性是否意味着法是非决定的？如何看待法的意识形态功能？应该如何看待法的非决定性与决定性之间的关系……中国读者不难发现这些问题中有许多也是近年来我国法学界在法学理论更新的过程中所提出的问题，如党的政策与法律的关系，法的阶级性与社会性之间的关系，法的意志性与客观决定性（物质制约性）之间的关系。毫无疑问，中美两国处在完全不同的社会制度中，两国法律制度与法律思想的传统很不相同，彼此所遇到的需要用法律调整的社会问题也有很大差异，因此把它们机械地进行对比，甚至认为一方应该效法另一方的法学理论，不见得是恰当的。但是对它们就相同的问题的不同的法律解决办法或不同的法律思想进行比较，可以帮助我们更好地更客观地、站在一个更高的角度认识自己国家的法律制度和法律思想。“他山之石，可以攻玉”。思维的发展有自己的规律，他人法学研究中的成功与失误也有助于完善我们自己的法律思维，以彼之长，补己之短，别人理论上的失误也有助于我们少走弯路，减少片面性、盲目性，不重犯同样的错误。

[注释]：

[1] 据有的学者的统计，在这一时期美国法学刊物有关批判法律研究的论文在各类论文中占首位。象昂格尔

(R·Unger)的著作《知识和政治》(1975年)、《现代社会中的法》(1976年)、《批判法律研究运动》(1983年)、肯尼迪的《布莱克斯通释义的结构》(1979年)、霍维茨(M·Horwitz)的《1780—1860年美国法律的改造》(1977年)等,对美国乃至整个西方法学界都产生了不小影响。研究的领域也从法理学、法制史、法学教育,扩展到宪法、财产法、合同法、侵权法、刑法、犯罪学、律师制度、劳动法等各个法学部门。

[2] 也有例外,如耶鲁大学法学院著名的宪法学教授费斯(O·W·Fiss)所写的《法死了吗?》(The Death of the law?Cornell law Review,vol.72:1)。这是一篇站在传统的自由法学立场对批判法学以及经济分析法学的产生对美国法律制度及法学影响。

[3] Gregory S. Alexander, (ed.) A Fourth Way?Privatization, Property, and the Emergence of New Market Economies (unpublished book,1993).

[4] M·E·Tigar, Law and the Rise of Capitalism, supra note, at 297—301.

[5] 1.Duncan Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries," 28 Buffalo Law Review 205 (1979).

[6] 1987年中国社会科学院法学研究所信春鹰在《法学研究》第1期上发表了《异军突起的美国批判法学派》的论文,其后在我国的一些学术杂志上也出现了不少介绍、评价批判法学的文章,如北京大学法律系沈宗灵所写的《批判法学在美国的兴起》(《比较法研究》1989年第2期);中国人民大学法律系朱启文所写的《对传统法律观的挑战——美国批判法律研究与中国法学理论更新的比较》(《比较法研究》1989年第2期)、《当前美国法理学发展的主要趋势》(《中国人民大学学报》1989年第6期),中国人民大学法律系研究生杨少南所写的《论美国批判法学》(《法律教学与研究》1990年第4期),上海复旦大学法律系张乃根所写的《当代西方法哲学的厂家重点》(《法学研究》1992年第1期)中国社会科学院法学研究所的吴玉章所写的《批判法学评析》(《中国社会科学》1992年第2期)。

国内在一些有关现代西方法哲学和当代西方法律制度发展趋势的著作或教科书中,也有一些专门介绍美国批判法律研究或其主要代表人物的章节,如沈宗灵所写的《现代西方法理学》(北京大学出版社,1992年版),朱景文所写的《比较法导论》(中国检察出版社,1992年版),张乃根所写的《当代西方法哲学主要流派》(复旦大学出版社,1993年),吕世伦主编的《西方法律思潮源流论》(中国人民公安大学出版社,1993年版)。

有的学校的研究生还把批判法学选为学位论文的题目。批判法学一些代表人物的著作,如昂格文的《现代社会中的法》、《批判法律研究运动》也已翻译成中文,已经或正准备出版。

转自中国人民大学法律文献与法律信息网

(编辑:张洁)