

政治性的司法？ ——批判法学司法思想研究

唐丰鹤

(浙江大学光华法学院, 浙江杭州, 310008; 浙江财经大学法学院, 浙江杭州, 310018)

摘要: 批判法学的不同代表人物大多主张司法的政治性命题, 即司法判决本质上不是基于法律因素而作出的, 而是基于政治意识形态因素而作出的。在批判法学看来, 司法的政治性是自由主义社会价值多元化必然的结果, 其间的逻辑关系在于: 自由主义的价值多元化必然导致立法反映不同的价值, 这就造成法律体系的内在不一致, 自由主义的法律体系就像一个七拼八凑的大杂烩; 而内在不一致甚至相互矛盾的立法使得司法过程中法官可以并且必须按照自己的意识形态来选择适用法律, 这就又导致了政治性的司法。所以, 割据的立法、政治性的司法, 都是自由主义社会的必然产物。

关键词: 批判法学; 自由主义; 政治性; 司法

中图分类号: D90

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)02-0053-07

一、批判法学家论司法的政治性

(一) 昂格尔论司法的政治性

在《知识与政治》和《现代社会的法律》中, 昂格尔(Roberto Unger)揭示了自由主义国家所存在的两个基本矛盾^[1, 2]: 一个矛盾是立法的二律背反, 即在自由主义国家中, 由于社会价值的多元化, 立法不可能存在并依赖一个能够满足自由主义道德的中立程序, 能够抹平所有的价值主张。实际上, 所谓的中立性立法程序不过是价值争斗的竞技场, 一会儿是东风压倒了西风, 一会儿又是右派战胜了左派, 所以, 自由主义国家的法律也是价值破碎的, 有些立法体现了X价值, 另一些可能就体现Y价值, 法律是不融贯的, 甚至是矛盾的。一个矛盾是司法的二律背反, 即在司法活动中, 也不存在一个能够满足自由主义道德的中立的解释程序。在司法过程中, 法律解释总是根据法官的政治意识形态来进行, 由于法律本身的非融贯性与矛盾性, 法官总是可以选择一个符合自己意识形态的法律来支持自己的结论, 最终的司法结论不过是这种政治态度的背书而已。

对昂格尔来说, 之所以会出现立法与司法的二律背反, 关键在于人类在做立法选择和法律解释时, 实

际上是在做价值判断, 因此, 也就离不开立法者和解释者的价值观念。而致命的问题在于, 自由主义社会是价值多元的, 它不可能像中世纪那样只尊重一种基督教道德, 或者像中国儒家那样只尊重一种儒家道德, 价值多元化必然导致立法和司法判断的多元化, 最后就是立法与司法的不融贯和矛盾化。比如在联邦法院有没有权利颁布禁止令命令罢工工人复工的问题上, 1932年的诺里斯-拉瓜迪亚(Norris-Laguardia Act)法案否认法院有颁布禁止令的权利, 而1947年的塔夫脱-哈特利(Taft-Hartley Act)法案则授权联邦法院有执行包含禁止罢工条款的劳动合同的权利, 如果工会合同中恰好包含这样的禁止罢工条款的话, 就给了法院两可的机会。事实上, 联邦法院就是这么做的。在较早的辛克莱冶炼厂诉阿特金森案(Sinclair Refining v. Atkinson)中, 最高法院禁止颁发禁止令; 而在后来的鲍伊斯市场诉零售职工工会案(Boys Markets v. Retail Clerk's Union)中, 最高法院又否决了辛克莱案的结果。昂格尔指出, 布伦南(William Joseph Brennan)法官的推理看起来煞有介事, 其实不过是他个人价值立场的表达而已。^{[3][64]}换言之, 司法, 不过是一种政治表演。

(二) 肯尼迪论司法的政治性

对于自由主义国家法律的非融贯性与矛盾性, 邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy)也深表赞同, 他在《私

收稿日期: 2014-08-07; 修回日期: 2014-09-29

基金项目: 中国博士后科学基金第55批面上资助项目(2014M551714)

作者简介: 唐丰鹤(1978-), 男, 安徽桐城人, 法学博士, 浙江大学光华法学院博士后, 浙江财经大学法学院副教授, 主要研究方向: 法学方法论

法裁决中的形式与实质》中着重指出的就是这一点。肯尼迪指出,法律规范在形式上可以从规则(rules)的角度理解,也可以从标准(standards)的角度来理解。^{[4](1687-1688)}从规则的角度来理解的话,意味着法律规范是比较明确的,其优点是限制了法官的自由裁量权,但是缺点则可能是比较僵化;从标准的角度来理解的话,意味着法律规范是比较弹性的,其优点是灵活,但是缺点是易于被官员滥用。传统的观点认为,这两种有关形式的观点都可以成立,最终采取哪种形式要看谁更有效地适合于规范的具体目标。肯尼迪则认为,这两种有关形式的观点其实是与特定的价值观念联系在一起的,“支持规则和支持标准的观点……要求人们在人类的系列价值和观念之间进行选择。”^{[4](1712)}肯尼迪通过考察指出,将法律规范视为规则的人往往持有个人主义的实质伦理观念,而将法律规范视为标准的人往往持有利他主义的实质伦理观念。^{[4](1738-1740)}这里值得注意的是,肯尼迪并不主张持有个人主义实质伦理观念的人会必然地赞同规范的规则形式。而持有个人主义实质伦理观念的人会必然地赞同规范的标准形式。根据凯尔曼(Mark Kelman)的解读,规则形式与个人主义、标准形式与利他主义之间的关联是微弱的,仅仅是一种“美学上的”关联。^[5]奥尔特曼(Andrew Altman)则认为这种关联尽管不是必然的,但是仍然是“令人信服”的,因为个人主义主张个人自立,而严格的规则有助于个人自立;而利他主义主张人际互惠,含糊的标准则有助于人际互惠。^{[3](114-117)}但是,不管规则形式与个人主义、标准与利他主义之间的这种联系是强烈的,还是微弱的,谁都无法否认这种联系的存在。肯尼迪的分析引导我们得出这样一个结论:在法律规范的形式背后,往往隐藏着截然不同的、甚至相互矛盾的实质价值观。也就是说,从价值观的角度来看,法律是内在不协调的,甚至是支离破碎的,因为它反映的是相互矛盾的多元化价值。比如说,它一会儿反映的是个人主义,一会儿又反映了利他主义。立法如此,司法亦然,司法本质上是政治性的。因为法官在面对一个案件时,面对着相互矛盾的法律,他既可以采纳个人主义的解释,也可以采纳利他主义的解释,司法裁决不过是政治意识的一种反映。

在《判决的批判》中,肯尼迪的这一立场再次得到了鲜明的表达,该书的核心主张,就是司法决定是政治性的。^[6]在该书中,肯尼迪首先指出,规则和材料对法官的约束只是“象征性的”,法官往往借着对规则的选择、解释和界定,暗中输入自己的意识形态,所以,法官并不是在用法,而是在立法;随后,肯尼

迪基于一项基本洞见即“政策是意识形态的一个潜在木马”,对司法中立之不可能性展开了进一步的论证;最后,肯尼迪探讨了司法判决的三大政治后果或社会效应,即适度效应、授权效应和正统化效应。适度效应是通过司法解释缓和或者说抵消成文法的效力;授权效应是授权法官自行解决意识形态冲突问题;正统化效应通过这样的判决制度使现状合法化。这三个效应其实就是三个步骤,通过这三个步骤,立法被抵制,司法立法取而代之,最后,这种法官造法并司法的现状被合法化。^[7]很明显,按照肯尼迪的解构,司法中立性是不存在的,司法判决是政治性的。

(三) 博伊尔论司法的政治性

在《侵权课程的解剖学》中,博伊尔(James Boyle)仔细分析了法律过程中存在的种种矛盾。博伊尔指出,法学院中精心培训的法律人思维其实是一种诡辩术,任何一个主张都可以找到支撑性理由,正方的主张可以找到理由,反方的主张也可以找到同等有力的理由,司法结论看起来像是推理出来的,但是这只不过是假象,实际上这些判决完全建立在政治、道德和经济的观点上。

对于这种古希腊诡辩术一样的法律思维技巧,博伊尔分成有先例遵循和没有先例遵循两种情况进行了讨论。首先,在有先例可以遵循的时候,先例论证技巧是两对矛盾的组合:①形式解释和目的解释。形式解释主要就是按照语言的字面含义来进行解释;而目的解释则是要按照规则所服务的目的来解释。形式解释比较严格,而目的解释则比较自由,两者的解释结果往往并不一致,甚至截然相反。裁判者可以自由选择两种解释中的一种,就看哪一种解释结果更符合他的意识形态了。②扩张解释和限制解释。扩张解释可以进行分类和类比,限制解释则要严格联系事实,这两种方法的灵活使用同样服务于政治选择。其次,在没有先例的时候,可以使用的论证方法包括了五组两可的技巧:第一种是形式可能性论证,包含了两种对立的观点,一种认为规范是规则,是严格的,一组认为规范是标准,是灵活的。第二种是制度性论证,一方主张由法院对权利进行认定,另一方则主张立法机关才有权认定。第三种是道德论证,一方主张某种道德理由,比如自由,另一方则针锋相对主张另一种道德,比如安全。第四种是社会效用论证,一方主张灵活性会促进社会效用,另一方则主张稳定性会促进社会效用。第五种是经济分析论证,一方主张处罚更符合经济学法则,另一方则主张不处罚更符合经济学法则。^[8]显然,博伊尔想要说明的是,在这五组论证技巧里面,任何一种方法都有对立面,而且同样言之成

理，博伊尔想要得出的结论则是，司法决定并不是推理出来的，而是在矛盾的方法中选择一个，这其实是政治决策。

(四) 凯尔里斯论司法的政治性

凯尔里斯(David Kairys)同样认为司法过程中“法律—政治”的区分是站不住脚的，司法决定并不是基于法律理由而作出的，而是基于政治决策而作出的。凯尔里斯将着眼点放在了法院对先例的选择和采纳上。凯尔里斯指出，普通法的先例往往是相互矛盾的，法官之所以选择一个先例，而舍弃另外一个先例，完全是看哪个先例更合乎本人的社会背景、宗教观念、道德意识、政治立场，归根到底还是法官的意识形态。

比如在表达自由的问题上，1897年的戴维斯诉马萨诸塞州案(Davis v. Massachusetts)中，戴维斯牧师在公园散发传单和演讲的行为被视为非法，即使1791年的美国宪法第一修正案明确规定了公民的表达自由权。不过在1939年，在海格诉工业组织委员会案(Hague v. Committee for Industrial Organization)中，工业组织的表达自由权又得到了确认。美国法院的态度看起来有点反复无常，奥妙就在于社会语境的改变。因为1791年的美国宪法第一修正案旨在限制联邦政府的权力，表达自由只是作为一项“以权利限制权力”的措施而提出，表达自由本身并没有得到足够的重视。但是到了20世纪30年代，劳工运动的壮大改变了原来的社会力量对比，而表达自由正是劳工组织致力于扩大的权利范围。凯尔里斯据此认为，法官对先例的选择、采纳，乃至推翻背后，真正起作用的乃是政治力量、社会背景、意识形态的因素，而这些从法律分析中是无法看出端倪的，法律说到底，不过是政治的另一种表达。^[9]

(五) 加贝尔论司法的政治性

在《法律推理的具体化》一文中，加贝尔(Peter Gabel)提出了这样一种洞见，即法律推理具有保守性，它往往致力于维护现有的制度和他文化。加贝尔是如何得出这样一个颇有批判性的结论的呢？原来，加贝尔认为法官的思维活动分为三个运动：第一个运动是法官先行领略和把握制度总体的过程，就像一个婴儿出生下来打量这个世界一样，法官也认知、接受现行制度。显然，这个过程是不带批判眼光的，就像婴儿把他身处的家庭、社会视为理所当然一样，法官也内在的接受了现行制度，哪怕这个制度其实存在很多很严重的问题，受到潜移默化影响的法官也觉察不出。第二个运动是法官把社会生活视为“先决秩序”(presupposed norm)，而将违法犯罪视为“失范”(disequilibrium)的过程，这一过程紧接前一个过程而

来。既然法官将现行制度视作天经地义、理所当然，那么，当前的社会秩序在他看来就必然是一种“先决秩序”，而对当前秩序的任何破坏行为，也就是民事、刑事案件，也会被理所当然地看成是“失范”，应该予以惩罚。第三个运动就是具体的概念分析，它包括两个过程。首先是从先决秩序中导出各种概念，比如说诈骗，再将这些概念应用于具体案件，比如某人被定为诈骗罪。通过法官脑中的这三个运动，我们成功地将任何破坏现有秩序的人们定为违法者，从而维护了现有秩序。^[10]很明显，加贝尔对传统的法律推理进行了富有讽刺性的解构，法律推理看起来是确定的，是法律化的，实际上却受制于现行制度，是高度不确定的，本质上是政治性的。

二、拼凑命题与司法的政治性

批判法学的一众干将之所以异口同声地主张司法的政治性，其根源在于批判法学的拼凑命题(patchwork thesis)。所谓拼凑命题，即法律理论是以来自于互不相容伦理观念为基础的诸多规范构成的一个毫无原则的大杂烩。^{[3](105)}根据奥尔特曼的解释，拼凑命题包含两个相互联系但又不尽相同的主张：首先，从一系列相互一致的基础原则中引申出法律规范，从而建构一个具有融贯性的法律体系的努力是不可能成功的；其次，不能成功的原因在于，一些基础原则可能来自一个特定的伦理观念，比如个人主义；另一些基础原则可能来自一个不能相容的特定伦理观念，比如利他主义。^{[3](117)}依照批判法学对于自由主义的批评，在价值多元化的社会中，正是相互冲突的伦理价值导致了相互抵牾的基础原则，而相互抵牾的基础原则又导致了相互矛盾的法律规范。按照批判法学的看法，则有机和谐的法律体系是根本不可能存在的，法律体系只能是一个毫无原则的大杂烩，这就是批判法学的核心命题——拼凑命题。

在批判法学看来，有机和谐的法律体系之所以根本不可能存在，是因为自由主义国家的价值多元化特征所导致的。对此，我们不妨仔细分析一下其间的逻辑关系或因果关系。现代以来，理想的社会形态据说是一种自由主义的社会，自由主义的社会是在涤荡了古典的哲学和神学所预设的真理性根基之后所建立的，它不再承认任何真理，不管是柏拉图的理念还是基督教的上帝，所以它也不知道对错的判准。事实上，它假设任何言论都是没有对错的，没有任何一种言论比另一种更接近真理，所以，任何言论都有存在的空

间,任何人都可以发展自己的信念,而毋需放弃自己的意见,接受别人的真理。正是由于不知道真理和谬误的区分,自由主义的社会向来以多元和宽容为特色。多元就是任何人都可以持有自己的想法。比如说,你可以持有任何的宗教信仰、政治观念、生活态度,即使你坚持的东西在别人看来是明显错误的,别人也无权置喙;宽容指的是我们应该容忍各种不同观点的存在,即使它们在我看来是明显错误的,或令人厌恶的,我们都应予以包容,而不应该干预或扼杀。因为谁也不知道,最终到底谁才是对的谁才是错的,历史已经不止一次地告诉我们,许多自命为真理的,其实不过是谬误;而许多被戕害的,后来被证明是正确的。

自由主义的社会是一个国家和社会相互分离的社会。在市民社会中,每一个公民都是自由而独立的,都是一个大丈夫或小宇宙,拥有不同的宗教观念、政治信念和生活态度;而政治国家则服务于社会,旨在维持社会秩序和保护个人自由,国家不能向人民背书任何真理。“一个自由主义的政治社会是一个国家和社会有着明显区分的社会。社会是群体内部以及群体之间相互作用的领域,每一个群体都围绕着一系列有特色的相互连结的信仰、倾向以及价值观念组织起来。相互作用的群体对善、品德、崇高、神圣、正确、公正和美有不同的观念。国家是凌驾于这些形形色色群体之上规制它们之间相互作用的制度性权力。公民没有必要把国家看作一个完全异己的力量,也不能把它看作为他们对世界规范性看法的代表而欣然接受。……国家的价值主要在于保护社会群体免受彼此伤害并维护个人自由。”^[11]

自由主义的国家是一个依靠法律来治理的国家,因为自由主义国家的自由和秩序都要通过法律来支持和确保。^{[1](67)}法律不过是社会意志的反映,既然自由主义的社会是价值多元的,那么,自由主义国家的法律也必然是价值分歧的。在昂格尔看来,在自由主义国家中,正是多元的价值导致了一种割据的立法模式。割据的立法模式认为,现实中立法形态与其说是基于某种统一价值而进行的演绎,不如说是各种秉持不同价值信念的利益力量角逐的结果。^①在自由主义民主国家中,社会中的利益集团,议会中的利益代表就是此种立法形态的体现。这种立法模式立足于现实政治的观察,它认为法律无非是某种价值的表达,它设定的模式是:第一步,人民表达自己的价值主张或利益要求;第二步,这种价值主张或利益要求通过人民所处的利益集团来加以综合或整合,将分散的水滴汇聚成河流;第三步,利用河流的势能倒灌入议会,迫使议会根据利益集团的声音来立法。在此过程中,议员作

为人民利益的代言人发挥了投票器的作用,人民手中的选票则是这一投票器的控制按钮。

这种割据的立法模式使人清醒地认识到,立法过程绝不是价值统一的立法,具有内在的整体性。相反,立法不过是各种价值角逐的结果,议会就是价值观念交锋的战场。正如沃尔德伦所精辟地指出的:“一个代议制议会是一个具有典型性的地方,人们集合在一起,他们彼此不同——他们的背景、经历和信仰——而且他们关于政策、社会正义和权利等观点经常彼此对立。而且,这些特性不仅仅是一个充分的立法协商概念所必须容纳的,它们也是一个好的概念要加以充分利用的——以致法律被看做从协商程序中产生出来,在某种程度上能够回答公民对党派偏见、无知和分歧的担忧。”^[12]

各种价值或利益的相互争战最终产生了胜者,他的声音将会变成立法。只不过,今天获胜的是张三,明天就可能轮到李四,因此,立法绝不是某一个统一人格基于某种统一价值而制定的,它是各个价值阵营拉锯战、阵地战的结果,割裂不可避免。割据的立法模式表明,法律绝不可能是内部和谐一致的完美体系,而是充满矛盾的水晶球结构。

法律内部是混乱无序的,只不过是各种意志的组合。邓肯·肯尼迪的《私法裁决中的形式与实质》通过与个人主义相联系的规则观和与他主义相联系的标准观,已经证明法律是不相融洽,甚至是相互抵牾的。肯尼迪的观点得到了其他批判法学者的赞同,加拿大学者哈钦森(Allan Hutchinson)考察了侵权法归责原则,指出存在同样的拼凑问题。侵权法归责原则一方面指出人们必须为自己的过失而造成的损失负责,另一方又指出即使不存在过失,也需要对造成的损失负责,这显然是相互矛盾的。^[13]昂格尔对合同法的考察也发现了同样的问题。昂格尔发现,现有的合同法原理是根据两个主要原则和两个次要相反原则建构的。主要原则是:①个人可以自由地选择与谁缔结合同;②个人可以自由地商定合同的条款。相反原则是:①个人选择与谁订立合同不能违背公共利益;②自由商定的条款可以因为违反实质公平而被宣告无效。^[14]显然,合同法的这两组原则是相互矛盾的。

批判法学论证了自由主义与割据的立法以及法律的拼凑命题之间的关系,而联系前文的论证,内在不一致的立法又与政治性司法具有某种必然关系,所以批判法学的整个论证逻辑可以这样来理解:首先是自由主义的社会设定了价值多元化的立场,价值多元化的立场又容纳了相互敌对的价值伦理;然后是从相互冲突的伦理价值引申出相互抵牾的基础原则,而相互

抵牾的基础原则又引申出相互矛盾的法律规范；最后是相互矛盾的法律规范，导致了法官必须结合个案作出价值决策，也就是，导致了自由主义社会的具有必然性的政治性司法。

三、激进派、温和派与司法的政治性

批判法学发现从自由主义到立法的拼凑命题，再到政治性的司法，其间具有必然的逻辑关系，这就是为什么批判法学的众人虽然学说观点相互歧异，但是在主张司法的政治性这一点上却是众口一词的。司法的政治性命题，也成为批判法学的另一个核心命题。在此，我们不妨把法律的拼凑命题看作是批判法学在立法方面的核心命题，而将政治性的司法看作是批判法学在司法方面的核心命题。

但是，我们也应该看到，批判法学内部也并不是铁板一块，虽然都赞成司法的政治性命题，但是批判法学内部还有激进派与温和派的分别，而在司法的政治性命题的具体看法上，批判法学的激进派与温和派的看法还存在一些具体的差异。

（一）激进批判法学对法律推理的批判

激进批判法学认为法律虽然是由语言表达的，但是词语却几乎不具有任何确定的含义，激进批判法学这种对于语言的看法已经走到了后现代的解构主义的道路上来了。批判法学运动的秘书加里·佩勒(Gary Peller)就试图否认语言的含义。在佩勒看来，词语的含义并不是自足的，词语的含义只有在与其他词语的关系中才能确定。比如 bank 这个词，有银行的意思，还有河岸的意思，那它目前到底是指银行还是河岸呢？只有在与其他词句的上下文关系中才能确定。但是在佩勒看来，一个词语的含义需要借助与其他词语的关系才能确定，而其他词语又必须借助其他相关词语才能确定，最终，“试图确定一个词语的含义会导致一个无限的还原”^{[15](1167)}，这种无限还原的后果，佩勒告诉我们，就是“含义最终是不确定的”^{[15](1169)}。佩勒的观点与古希腊智者芝诺的诡辩术非常像，但是佩勒的观点并不是孤立的，激进批判法学的其他学者也赞成语言没有确切的所指，因此可以随意地包装。图什内特(Mark Tushnet)说：“构成法律原则的材料几乎没有标准，可接受的法律推理技术是如此的灵活多变，以至于它们允许我们把多种多样的先例装配到我们所选择的不管什么样的模式中来。”^[16]多尔顿(Claire Dalton)更是极为形象地将法律语言形容为一个“空荡荡的容器”，个人可以往里面倾倒他所选择的任何含

义。^[17]

既然法律不过是“空荡荡的容器”，那么就根本谈不上法律的确定性、中立性、客观性了。法律解释这个词语其实根本就是一种误导，因为没有什么东西好解释，司法决定其实不过是“决断”^②，只是裁判者根据自己的道德或政治观念所做的决策，最终起作用的绝非法律、程序、合意等，而是赤裸裸的裁判者的意志，司法裁判也绝对不是适用法律的过程。而是行使权力的过程。也许福柯的这段话最足以描绘这样一种司法的真实景象：“人类从一场战斗到另一场战斗并没有逐渐进步，直到他达到普遍的相互依存时为止，他才有了进步，在那里，法治最终替代了战争；人类把他的每一个暴力都安顿到了规则制度之内，因此他就由统治走向统治……规则本身是空洞的，充满了暴力，没有终结；它们没有人情味，并且屈服于任何目的……解释是对规则制度粗暴的或者鬼鬼祟祟的挪用，它本身并没有实质含义，为了设置一个方向，使它顺从于一个新的意志，强迫它加入一个不同的游戏当中来。”^[18]

（二）温和批判法学对法律推理的批判

对于激进批判法学如此彻底的解构立场，温和批判法学表示不能苟同。对昂格尔来说，司法判决仍然建立在法律规则的基础上，而规则并不是“空荡荡的容器”，它有着相对确定的结构，语言有着约定俗成的用法，在一定时期内其意义也是相对固定的。佩勒的诡辩是完全不能成立的，佩勒说词语含义需要借助其他词语来确定，其他词语又要借助另一些其他词语，因此会陷入无限后退。就像智者诡辩说我们无法从路的一端 A 走到另外一端 B，因为从 A 到 B，需要经过中点 C，而经过中点 C，又需要经过 A 和 C 的中点 D，如此以至于无穷，所以我们无法从 A 走到 B，这完全是诡辩，只要我们“走起来”就可以击败这种诡辩。对温和批判法学者来说，词语含义是相对稳定的，因此，法律规则的含义也是可以把握的。

但是，即使如此，对温和批判法学者来说，法律规则是抽象的，将其适用于事实需要解释，这里存在很大的能动空间，正是在这里，法官将意识形态因素运输进了司法过程。昂格尔指出，对抽象规则的解释依赖于法官所持有的某些相互竞争的善和权利的观念，多元社会的价值之争就此进入了司法，因此，司法过程的本质不是法律性的，而是政治性的，法官借着对法律规范的解释，将自己的政治意见输入了司法。

由于温和批判法学主张司法判决以规则为基础，而规则具有比较稳定的含义和结构，因此他们的看法与激进批判法学把规则看作“空荡荡的容器”的观点

是不一致的;但是对温和批判法学来说,法律规则应用于事实需要解释,而法律规则是根据司法的价值选择来解释的。^{[3](91)}这样一来,尽管温和批判法学在规则含义上持有相对温和的立场,但是结论却和激进批判法学相似,都消解了自由主义对于法律与政治的区分。所以,博伊尔总结了批判法学的立场:“大多数批判法学的著作都包含着对这样一个观点的一系列复杂和深刻的解释,这就是对法律的解释不可能是中立的,因此法律与政治之间的区分以及合法化的故事不可避免地破产了,而这是自由主义国家所赖以为基础的。”^[19]

总而言之,批判法学的激进派与温和派虽有具体认识的不同,但是依然都是忠于司法政治性这一核心命题的,就此而言,它们作为孪生兄弟,依然分享着批判法学的共同血脉。

四、结语

司法本质上是权力的行使,司法不过是一种政治决断。在某种意义上,批判法学就像那个看穿了皇帝新装的小男孩一样,说出了我们不敢说出的司法真相。难能可贵的是,批判法学的结论并不是大胆莽撞的论断,而是有着坚实的基础。事实上,批判法学的论断建立在稳固的大前提之上,并通过严密的逻辑推理而得出,因而有着极强的说服力和感染力。

法律人极力地想要抗拒这样一个颇具颠覆性的结论,这几乎出自本能,但是令人感到悲观的是,批判法学的结论在某种程度上又被大量其他研究所证实。这些研究中有不少是根据实际证据所作出的,比如 J.A.Segal 和 H.J.Spaeth 的研究证实了美国联邦最高法院大法官的意识形态立场与其司法判决之间的正相关关系^[20]; P.S.Atiyah 和 R.S.Summer 对联邦上诉法院判决的投票分析也发现了法官意识形态与投票之间的正相关关系^[21]。所以,时至今日,预测美国法院行为的主流模型已变成了法官态度模型或基于政治态度的策略模型。^[22]这其中所仰赖的虽非批判法学一人之力,但批判法学也绝对是功不可没。

批判法学的司法洞见已展现了丰沛的生命力,但也不是全无瑕疵。依笔者之见,它似乎过于夸大了事实与法律的不确定性了。要知道,在实际生活中,大部分案件可能是一些较为简单的案件,在这种案件中,事实和法律都是十分清楚的,容不得过多的解释空间(并不是所有的简单案件都能疑难化)。对于这种简单案件裁判过程的解释,似乎还是纯粹的法律模型更为恰切,即决定这种案件判决结果的,最重要的甚至是

唯一的因素就是法律本身。而在疑难案件中,不管是法律疑难还是事实疑难(传统上美国学者认为上诉法院多涉及法律疑难,基层法院多涉及事实疑难),法官决断才有发挥的空间,对于这种疑难案件,态度模型或策略模型才更有说服力。

简单案件与疑难案件的区分在此是非常重要的,因为如果法官决断只存在于疑难案件,那么即使它依然令人不安,却不会动摇我们对于司法确定性信心的根基。这是由简单案件与疑难案件的配比决定的,毕竟 80% 以上的案件都属于简单案件的范畴,它们决定了司法大厦的稳固。

即便如此,一切深刻的东西都是片面的,我们还是不能抹杀批判法学的真知灼见。

注释:

- ① 肯尼迪指出了利益集团与意识形态之间的关联,“意识形态是利益集团的普世化”。参见肯尼迪.判决的批判.王家国译,北京:法律出版社,2012: 17.
- ② 此处的决断是卡尔·施密特意义上的,意指纯粹的权力意志的表达。

参考文献:

- [1] Roberto Unger. Knowledge and Politics [M]. New York: Free Press, 1975.
- [2] Roberto Unger. Law in Modern Society [M]. New York: Free Press, 1976: 180.
- [3] Andrew Altman. Critical Legal Studies: A Liberal Critique [M]. NJ: Princeton University Press, 1990.
- [4] Duncan Kennedy. Form and substance in private law adjudication [J]. Harv. L. Rev, 1976(89): 1675-1778.
- [5] Mark Kelman. A Guide to Critical Legal Studies [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1987: 17.
- [6] 於兴中. 基本矛盾、虚假的必然性与司法裁决的意识形态性质——邓肯·肯尼迪的《司法裁决批判》简评[J]. 比较法研究, 2010(4): 145.
- [7] 肯尼迪. 判决的批判[M]. 王家国, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 代译序 6-8.
- [8] James Boyle. The anatomy of a torts class [J]. American University Law Review, 1985(Summer): 1051-1062.
- [9] David Kairys. Legal reasoning, in the politics of law: a progressive critique [C]. New York: Random House, 1982: 11-17.
- [10] Peter Gabel. Reification in legal reasoning, in Marxism and law [C]. New York: John Wiley and Sons, 1982: 262-278.
- [11] 安德鲁·奥尔特曼. 批判法学——一个自由主义的批评[M]. 信春鹰, 杨晓峰, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 23.
- [12] 沃尔德伦. 法律与分歧[M]. 王桂国, 译. 北京: 法律出版社,

- 2009: 92.
- [13] Allan Hutchinson. Of kings and dirty rascals: the struggle for democracy [J]. *Queens Law Journal*, 1984(9): 273–292.
- [14] Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement* [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1986: 58–90.
- [15] Gary Peller. Metaphysics of American Law [J]. *Calif L Rev*, 1985(73): 1151–1167.
- [16] Mark Tushnet. *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1988: 191–192.
- [17] Clair Dalton. An essay in the deconstruction of contract doctrine [J]. *Yale Law Journal*, 1985(94): 997–1002.
- [18] Michel Foucault. *Nietzsche, genealogy, history* [C]// *Language, Counter-Memory, Practice*. N Y: Cornell University Press, 1977: 151–152.
- [19] James Boyle. The politics of reason: critical legal theory and local social thought [J]. *UPA L REV*, 1985(133): 685–697.
- [20] Segal J A, Spaeth H J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2002: 322.
- [21] Atiyah P S, Summers R S. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* [M]. Oxford: Clarendon Press, 1987: 142–143.
- [22] 劳伦斯·鲍姆. 法官的裁判之道：以社会心理学视角探析 [M]. 李国庆, 译. 北京: 北京大学出版社, 2014: 6–11.

Justice is political? ——research on judicial thinking of CLS

TANG Fenghe

(School of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China;

School of Law, Zhejiang University of Finance and Economics, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Most CLS theorists hold the view that the justice is political, which means that the judicial decisions are based not on legal considerations but on political ideology. According to CLS, political justice inevitably results from the value pluralism of Liberalism. Here the logical relationship lies in that the value pluralism of Liberalism will lead to different values from legislation, which will result in the innate inconsistency of the legal system; thus, as CLS has pointed out, the legal system of Liberalism is like a patchwork hodgepodge. In the judicial process, the inconsistent and even conflicting laws require judges to choose an applicable law according to their own ideology, which will lead to political justice. Therefore, the paradoxical laws and political justice are the inevitable product of Liberalism.

Key Words: CLS; liberalism; political; justice

[编辑：苏慧]