

<<法律推理与政治冲突>>

图书基本信息

书名：<<法律推理与政治冲突>>

13位ISBN编号：9787503644818

10位ISBN编号：7503644818

出版时间：2004-1

出版时间：法律出版社

作者：孙斯坦

页数：256

译者：金朝武

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## <<法律推理与政治冲突>>

### 内容概要

在本书中，孙斯坦教授对法律如何在多元化社会中协调社会纠纷进行了深入分析，对法律如何以务实的方式发挥作用进行了细致的考察，从而说明，为了得出可行、实务的解决方案，法官必须避免宽泛、抽象的推理。

在作者看来，对于基本理念互不认可的批评家以及对手们而言，他们却往往愿意接受特定判决的具体细节。

其次，作者把未完全理论化的协议视为法律推理的核心特征，尤其是做为美国、南非、东欧等国宪法思考中的核心。

再次，他还主张，真正制上定法律是一国公民的生活实践。

为了方便读者阅读、检索原文，并对文中术语有个更好的理解，还将索引翻译成中文，以双语对照的方式附于书后。

## <<法律推理与政治冲突>>

### 作者简介

凯斯·R.孙斯坦，1978年哈佛大学法学院法学博士毕业，毕业后曾任麻省高级法院本杰明·卡普兰法官以及美国最高法院瑟古德·马歇尔法官的助手。在加入芝加哥大学法学院之前，曾任美国司法部法律顾问室顾问，曾多次在国会的多个委员会上作证，也曾参与多个国家的宪法制定工作，包括乌克兰、波兰、中国、南非、俄罗斯等。现为芝加哥大学法学院及政治系卡尔·卢埃林优秀教师，法理学教授，美国科学艺术研究院成员，历任哥伦比亚大学萨缪尔·卢宾访问教授、哈佛大学访问教授、美国律师协会三权分立与政府组织委员会主任、美国法学院协会行政法分会会长、数字化电视台公共服务义务总统顾问委员会成员。

<<法律推理与政治冲突>>

书籍目录

译者前言序引言：寓于多样性之中的法律第一章推理与法律推理第二章未完全理论化的协议第三章类推推理第四章对法律规则的理解（及误解）第五章捍卫决疑法第六章无理由即无规则第七章秘密与公开地适应规则第八章释义结论：法律与政治索引

## &lt;&lt;法律推理与政治冲突&gt;&gt;

## 章节摘录

法官、理论和法治 取得未完全理论化的协议和法治理想之间有着紧密的联系。

由于法律制度涉及的是法治，而非个体的人治，所以它要设法预先控制各种判断。

有些人认为，对法治的正确理解就是由规范构成的法律。

我在后面的几章中将会论述到这一观点。

我们暂时可以更加谨慎地去理解法治的含义。

个体的人治——即允许个别人在实际的争议中通过完全自主地制定法律，从而使他们能够随心所欲地控制事态的发展——是要遭到人们反对的。

法治则可以防止这种情况的发生，并设法阻止特定情形中的人们引用各自有关真或善的理论，根据他们自己最基本的判断来做出决定。

当然，法治的首要目的就是要对某些深层次真善观念的禁区进行调整。

在大多数情况下，法官和占据特殊社会角色的官员不应当引用那些观念。

在禁止或打算禁止的观念中，高层次的观点之所以被人们认为太自以为是或者偏执，正是因为其层次太高。

反对高层次理论的假设就是要在行使自由裁量权的时候对其加以限制。

就这一点而言，它也是法治理想的一个方面。

我们或许能把法庭中高层次理论的作用与政府各行政部门中高层次理论的作用区别开来。

当然，未完全理论化的协议在民主舞台上也占有一席之地。

比如，保护濒危物种的法律，以及赋予各种协会以组织权的法律，等等。

但是，在民主舞台上，对于引用高层次真善理论的问题没有禁忌、假设或其他东西。

[9]相反，这种理论在明确规定美国宪法作用的许多社会运动（包括内战、新政、妇女运动和环保运动等）中已经起到了非常关键的作用。

各种抽象的高层次观点是民主辩论中的一个重要组成部分。

它们有时候被公众认可，并被载入宪法之中。

相比而言，由一般法院形成深奥的理论就值得怀疑了，司法界内部也是这么认为的。

对大范围理论产生怀疑的原因，部分在于这种理论可能要求进行大范围的社会改革，而各法院很难实行这样的改革。

[10]当法院引用一种深奥的理论作为设为变革的理由时，它们无法成功的原因仅仅是由于它们缺乏为自身带来变革的手段。

司法无能的一个重要原因就在于法院必须决定各种规范（这些规范也是各种复杂制度的各个方面）的合理性。

在废除或修改某个规范时，法院也许不能做他们想要做的事。

他们可能会导致影响全局的不幸结果，这些未曾料到的不良后果在他们做出决策的时候是无法预见的，而且此后他们也无法更正。

[11]由于这个原因，立法机关的情况则好得多。

例如，在改革有关房东与承租人方面的法律工作中，法官可能会要求房东为承租人提供像样的住宅，但结果却可能要求房东提高租金，从而给穷人带来不利的影响。

这个例子并非说法官发起的改革总是不好的，而是说这种变革无法解决根本问题，因而人们应当谨慎待之。

人们普遍认为，法院没有能力发起大范围的改革，因为它具有所有一般性观点的各种局限性。

但是，当更有挑战性的司法规定具有更加坚实的法律和道德基础时，这一点并不会对它们产生不利影响。

一个具有挑战性的判决也许能够成为一个无法辩驳的高层次原则。

建立这样一个原则也许是对的，即使法院没有相应的实施手段。

有一点似乎已经清楚了，即法官领导社会变革所遇到的困难为司法领域的谦虚质朴提供了基础（详见第八章）。

## &lt;&lt;法律推理与政治冲突&gt;&gt;

更为根本的是，依循先例的类比制度缺乏民主渊源，而未完全理论化的协议则在民主中占有非常重要的地位。

之所以要约束司法裁判，那是因为在任何一个完善的宪法制度中，法院都是一个复杂、谨慎的地方。当然，法官有责任在一些社团中解释宪法，而且有时候这种责任使他们能够引用相关的大范围的原则（large-scale principles），这些原则被视为经过民主批准的宪法的重要组成部分。

许多人认为，司法活动最好具有参照此类原则的特征。

[12]当然，这一做法会有合法化、甚至引以为荣的时候的。

要识别那些时机，就必须建立完善法律解释理论。

就本书而言，我们可以说得更为谦虚些。

大多数司法活动都不涉及宪法解释问题，普通法决策的一般工作和法律解释需要各方都能一致同意的低层次原则。

实际上，除了在一些非常罕见的情况下（当更有挑战性的思想成为处理某个案例的必要条件，以及当该案例对挑战性理论的要求如此迫切以致一批法官都集中在它上面时），宪法上的争论本身在很大程度上就是建立在低层次（而非高层次）的原则基础之上。

赞成低层次原则的设想有各种很好的理由，其中包括：法官的能力有限，需要随着时间的推移制定原则、法律单一性理论的失灵，以及上述其他因素等。

重叠的一致意见与未完全理论化 未完全理论化协议的概念是由约翰·罗尔斯（John Rawls）提出的，它与大家所熟悉的“重叠的一致意见”这个概念存在联系。

[13]罗尔斯强调，宪法民主可能寻求在某些基本的政治原则上取得一种理性的重叠的一致意见——允许人们在各自不同的基础上赞同那些原则。

重叠的一致意见这个概念跟未完全理论化的协议一样，试图在各种各样“综合性观点”面前带来稳定和社会一致。

例如，康德主义者、实利主义者和基督徒可能都会对同样的政治原则表示赞同，尽管各自的出发点不同。

政治自由主义的首要目标是保证各种不同观点彼此共存，保证全体公民都能合法地批准某些政治权力的行使。

在提出重叠的一致意见这一概念的过程中，罗尔斯特别关注社会多样性问题以及使人们能够共同生活并在基本分歧中表现出一定互利和相互尊重的方法。

这种观点在一定程度上促使人们达成未完全理论化的协议。

社会多元论和合理分歧的问题使得这种协议成为非常值得人们期望的东西。

罗尔斯阐述的观点也涉及了同样的问题。

但是远不能说这两种观点是一样的。

从法律上解决多元论问题的一个突出方法就是要在特例上取得一致意见。

根据这种观点，常常受各种一般性原则困扰的人们（或者说，对这些原则意见不一的人们）可能会在特定的案件上取得一致意见。

当我们在相对抽象的原则上意见不一致时，转向更低层次的一般原则反而可能达成一致。

罗尔斯对相反的可能性——人们在很多方面不能取得一致意见，但他们会一致赞同政治上的抽象概念，并将这种一致意见用于政治目的——更感兴趣。

罗尔斯强调，当我们发现人们的意见不一致或观点混乱时，或者当“我们共同的政治认识……崩溃时”，我们会转向政治哲学并变得更加抽象。

[14]为此，罗尔斯写道：“当人们对更低层次的一般原则的认识崩溃时，抽象化是继续公开讨论的一种方式。

我们应当对发现这种情况有所准备，即，矛盾越深，我们就越应当提升到更高层次的抽象概念，以对其基础有个清晰、完整的认识。

”[15] 当然，罗尔斯所言也许是对的：人们可能由于在某些细节上不能达成一致而转向更抽象的概念。

强调这种可能性也是正确的，即有着不同基本承诺的人们（如自由主义者、亚里士多德学派的人以及

## <<法律推理与政治冲突>>

天主教徒等)可以在包括诸如言论自由和公正选举的政治概念上达成一种重叠的共识。合宪论本身——一种未完全理论化的协议形式——通常就是通过这种方式成为可能的,同时也给可能成为各种权利基础的许多具体规定留下了余地。

但是,人们肯定会在抽象概念上遇到麻烦。

未完全理论化的协议在特例上的特殊目的是使不愿用政治哲学处理问题的人们对某一具体结果达成共识。

对于如何在不同形式的自由主义之间做出选择——是选择自由主义,还是其他方式——他们并不清楚。

律师的特殊目的——即允许人们在不表明意见的情况下解决问题——激励了人们对未完全理论化协议的探索。

罗尔斯使用这一方法希望达到的基本目标之一,就是要回避哲学中某些具有普遍性的争论。

罗尔斯希望,当人们在不能确定如何思考哲学或形而上学的许多问题时,他们能在政治原则上达成一致意见。

因而,他寻求确保一种“不要过分追究哲学问题”(leave philosophy as it is)的政治途径。

[16]但是,如果我所说的是正确的话,那么,按照罗尔斯的观点,有时候法律和政治中的各种看法与政治哲学的关系跟各种政治哲学观点与普遍存在哲学和形而上学问题的关系一样。

政治思想家可能试图不对某些大的哲学或形而上学问题表明立场。

律师和法官也是一样。

换句话说,政治参与者们可能极力促使那些没有必要解决大的政治哲学问题的结果产生。

由于职权有限,法官可能非常希望对政治哲学“不过分追究”。

有时候,要求普通公民——或普通律师和法官——决定他们赞成的抽象概念的种类或完全理解他们的抽象信念的含义,确实让人为难。

## &lt;&lt;法律推理与政治冲突&gt;&gt;

## 媒体关注与评论

译者前言 一 美国圣地亚哥大学法学院拉里·亚历山大教授 (Larrv Alexander) 在一篇书评中曾经这样写道：“如果我们要法学界提供一份最有名的五六个人的名单，而这些人过去四分之一世纪里写过大量的著作，在作品中展示了过人的智慧并反映了广泛的研究兴趣，那么，这份名单很可能包括芝加哥大学法学院的三位同事：理查德·波斯纳、理查德·爱泼斯坦以及凯斯·孙斯坦。而将孙斯坦纳入名单尤其引人注目，因为他只花了15年就已经做出了非凡的成就。他除每年要出一本书外，还有大量的涉及各个不同主题的文章问世。

此外，孙斯坦还已经跟几个对思考法律和公共政策者而言非常重要的概念联系起来：内在偏好 (endogenous preference)、价值的不可比性 (value incommensurability)、对解释的价值模式 (value-based norms of interpretation)、后政治 (而非前政治) 权利 (rights as post rather than prepolitical)、移动基线 (shifting baselines) 等。

尽管这些概念没有一个是他首先提出来的，而且他也没有对哪个概念作过充分的论述，但是他把这些概念从文献中提取出来，并为了自己钟爱的事业加以经常、充分地利用，以至于这些概念都已经不可避免地跟他联系在一起了。

” [1]孙斯坦在此之前的作品主要集中于规制国家及其承诺、问题以及合法性，而《法律推理与政治冲突》一书则专注于传统法理学的一些核心问题。

在本书中，他对另一个概念——“未完全理论化的协议”——作了进一步的发展。

该书包括三个组成部分：未完全理论化的协议、类推推理以及有关规则 (标准) 的争论。

其中每个组成部分在本书出版前都曾在主要的法律评论中以论文的形式发表过，且在本书中没有做太多的修改。

[2] 孙斯坦教授认为，尽管人们对是非善恶存在各种不同理论，但是对于如何解决具体案件却往往能够达成一致意见。

他把这些有关具体案件或者低层次 (狭义的) 具体规范的一致意见称为“未完全理论化的协议”。

[3]他把这些一致意见称作“未完全理论化的协议”还有一个原因，那就是它们既不包括、也未体现一般性的原则和理论。

例如，我们可能都觉得性别歧视跟种族歧视类似，但对于它们为何相类，却很难解释清楚。

孙斯坦教授并非看不起高层次的理论化 (high-level theorizing)，但他对在低层次上通过一步步 (有时甚至是通过逐个案例) 分析未完全理论化协议的优点却洋溢着赞美之词。

他认为未完全理论化的协议“可以减少由于长期存在不同意见所带来的政治成本”，使人们能够随着时间的变化而改变其道德观念。

他还认为，未完全理论化的协议是务实的，“非常适于应当或者必须将先例作为参照物的系统”。

而且跟具有一元价值的一般理论相比，未完全理论化的协议更具有不同价值的多重性。

就法律中的类推推理而言，孙斯坦教授认为，律师和法官具有某种能力或者意识，使他们能够识别出哪些案件跟眼前要处理的案件在有关方面具有相似之处 (relevantly like)，而且这种能力是实实在在的，尽管我们不能找到某个一般性规范为这种相似或相异之处提供一个标准，也不能说明为什么存在这种能力。

孙斯坦的这种立场显然是继承了他在芝加哥大学的同事爱德华·列维 (Edward Levi) 的观点——列维认为，法律中的类推推理不同于根据更一般的规范进行的演绎推理。

有学者把他这种立场被称为“神秘立场”，[4]而且他的观点受到了彼得·韦斯顿 (Peter Westen) 和弗雷德里克·夏尔 (Frederick Schauer) 的激烈批判，[5]但他似乎对这些批判之词置若罔闻，而且充满信心地认为法律中的类推推理不但可能，而且非常普遍。

对于本书第三个组成部分，即关于规则跟标准的争论，孙斯坦教授试图将未完全理论化的协议跟法律中的类推推理联系起来。

虽然在这方面他的论述跟弗雷德里克·夏尔、邓肯·肯尼迪 (Duncan Kennedy)、路易斯·卡普洛 (Louis Kaplow) 以及其他人的论述相比没有太多的创新，[6]但是，将它跟法律推理联系起来讨论无疑就是一种有益的尝试。



<<法律推理与政治冲突>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>