

Lawrence B. Solum

LEGAL THEORY LEXICON

法理词汇

法学院学生的工具箱

〔美〕劳伦斯·索伦 著

王凌峰 译



◆ 中国政法大学出版社

LEGAL THEORY LEXICON

《法理词汇》这本小书将为读者简要介绍当代英美法律理论中的基本概念。它反映了当代法律思想的不同趋势，所有词条都是从法律初学者的视角进行写作的。

虽是一本不起眼的小书，但在当代中国法理学的语境下，小书的价值丝毫不亚于大部头的专著。索伦教授基于自身的研究兴趣与理论视野，广泛搜集法科一年级学生在美国法学院各种课程中可能会碰到的理论性学术概念，对其进行初步的解释并给出基本的文献指南。

索伦教授法理词汇的搜集整理工作，得到了法学院学生的广泛赞誉。

劳伦斯·索伦，美国伊利诺伊大学法学院John E. Cribbet法律教授、哲学教授、法学院副院长。索伦教授是具有国际声望的法律理论家，研究方向为法哲学、宪法学、民事程序和网络治理，目前的主要研究课题是“美德伦理学与法哲学”、“语言哲学与宪法理论”。

王凌皞，浙江大学光华法学院法学理论博士，美国伊利诺伊大学法学院访问学者，与劳伦斯·索伦教授合作在“美德法理学”领域进行开拓性的研究，目前主要研究课题为“古典儒家伦理学与当代法律理论”。

上架建议：法理学

ISBN 978-7-5620-3597-8



9 787562 035978 >

项目编辑：张 翀
文稿编辑：顾金龙
封面设计：贺维彤

定价：28.00元

法理词汇

——法学院学生的工具箱

图书在版编目 (CIP) 数据

法理词汇: 法学院学生的工具箱 / (美) 劳伦斯·索伦著; 王凌晖译. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 4

ISBN 978-7-5620-3597-8

I. 法... II. ①劳... ②王... III. 法学-词汇-高等学校-教学参考资料 IV. D90-61

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第034871号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 法理词汇: 法学院学生的工具箱
FALI CIHUI: FAXUEYUAN XUESHENG DE GONGJUXIANG |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 cuplpr@163.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908441 (译著室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 10.75 印张 280 千字 |
| 版 本 | 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3597-8/D·3557 |
| 印 数 | 0 001-3 000 |
| 定 价 | 28.00 元 |
| 声 明 | 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。 |

致中国读者序

《法理词汇》这本小书将为读者简要地介绍当代英美法律理论中的基本概念。说起《法理词汇》，它本是《法律理论网志》(Legal Theory Blog)的一部分，其目的在于为网上的读者提供当下法学界最新学术成果的信息，有时我也会在介绍中加上笔者的评论。我把《法理词汇》放在“法律网志”的附属页面中，并不时更新。每个《法理词汇》条目都会介绍并且分析法律理论中的一个重要概念（或理念），这些概念都是我们在法律分析过程中常会用到的。

众所周知，美国法律理论的发展路径曾受到“美国法律现实主义”的影响，并在此影响之下有一显著的转向。现实主义运动内部包含了看待法律的各种不同观点，但在这场运动中并没有一种核心理论或者理念能为全体成员集体认同。但毫无疑问，霍姆斯是影响这场运动至深的关键人物。霍姆斯曾经担任过最高法院法官，是美国历史上最伟大的法学家。在美国法律史上举足轻重的那些作品中，有两种就是出自霍姆斯法官之手。它们分别是1881年出版的著作《普通法》和1897年发表于《哈佛法律评论》上的论文《法律的道路》。在《道路》一文中，霍姆斯说道，“对于法律的理性研究，懂得法律白纸黑字的人可能掌握着现在，但掌握未来的人则是统计学与经济学大师”。霍姆斯所谓“懂得法律白纸黑字的人”其实是隐

喻仅仅围绕法律条文进行法学研究的这种理念——权威文本是用黑色字体印在白色的纸上。

在1920到1930年代期间，法律现实主义者们在各自不同领域内拓展霍姆斯的理念。在这种种理论努力中，有一种就是转而关注“行动中的法”。同“书本上的法”相对，行动中的法指的是实践中的法律，比如律师办公室、警察局和谈判桌上的法律。现实主义者对“行动中的法”的强调也符合他们的另一个立场，即书本上的法律无法完全决定法律争议的结果。一部分现实主义者将这个看法推向了极致，他们甚至认为实在法的规定——宪法、制定法和判例——完全是不确定的：只要法官们愿意，他们可以用某些机巧的论证来为任何一种判决结果辩护。于是，现实主义者就引入了工具主义的法律观：法官应当用法律来为某些社会利益服务。现实主义者主张法官应当在判决中使用“平衡检验”的方法，法律争议的结果应当建立在争议各方和社会利益相平衡的基础之上。

美国的法律理论界以各种不同的方式来回应法律现实主义者的挑战。我们将其中最重要的一个回应称作“法律过程学派”。法律过程学派承认书本上的法律不能完全决定法律争议的结果，但同时又拒绝法律完全不确定这个极端的立场。法律过程学派的学者强调对法律的“理性加工”。这一学派典型的裁判方式是先对法律文本——制定法、规则和先例——进行精细的分析。当这样的精细分析出现模糊、歧义、漏洞或者矛盾的时候，法官可以超越字面上的法律来考虑“内在于法律”的利益和价值。法律过程学派试图调停并且综合法律形式主义和法律工具主义的理论主张，在他们看来，法律是书本上的规则和为法律规则提供目的、功能的目标、原则的综合体。

法律过程学派促使美国的法律学者去探究法律书面文本之下所隐藏的目标和证立理由。该学派中的一个支流是以经济学这种社会科学作为其理论模型。法与经济学运动的先驱有科斯，他曾荣获诺贝尔经济学奖；还有波斯纳，他曾长期执教于芝加哥大学，现任第七上诉巡回法院

法官。法律过程学派的另一派则力主法律应当以保护权利、捍卫公平为己任，其中最突出的代表人物当属德沃金。他的论文集《认真对待权利》曾人们对法官的角色与定位的思考产生过极大的影响。德沃金用想象中的法官赫拉克勒斯（原是希腊神话中的人物）来说明他的理论：赫拉克勒斯建构一套理论并用它来判决案件，他的这套理论能够最佳地适切并且证立法律整体。

法律过程学派和法律经济学运动于1950年代发端，在1960年代得到全面发展。与此同时，另一套影响当代法理思想至深的理念开始生根发芽，我们现在常把它叫做分析法哲学。这场运动的起源可以追溯至哈特任英国牛津大学“法理学教授”这一事件。哈特革命性地转换了法理学的研究主题，他当时所使用的那套方法，我们现在一般称之为分析哲学。我们常常把分析哲学同当时牛津大学的奥斯汀和剑桥大学的维特根斯坦联系在一起。哈特的著作《法律的概念》是英语世界法律理论领域最具影响力的作品，他发展出精致的法律实证主义理论，并用更为一般的承认规范替代了边沁的主权者命令。在哈特的理论框架中，官员可以用这种社会规范来识别有效的法律规则。德沃金是哈特的批评者，也是哈特“法理学教授”讲席的继任者。同样在牛津的还有拉兹，他发展出一套可与哈特相媲美的理论来，理论的基础是法律的权威性之主张。

在1980年代，美国法律理论的基础受到了所谓“批判法学运动”的冲击。这个松散的学者群体从马克思主义、法兰克福学派和后现代主义（比如德里达和福柯）那里寻找理论资源。肯尼迪、图什内特和昂格尔等重新举起了法律不确定的大旗，但同时也把矛头指向了法律工具主义本身。既然法律是不确定的，谁能保证法律过程学派工具取向的政策和原则考量的确定性呢？尽管批判法学内部也有各种不同的观点，但是它们都认同“法律是政治”这个观点，它强调法律争议的结果是由官员和利益集团决定的。与此同时，在法学界外的学者也殊途同归，得出类似的观点。社会科学家，比如Harold Spaeth和Jeffrey Segal，发展出一种“态

度模型”理论，主张司法判决的结果取决于法官的政治态度。之后的理论发展更是引入了博弈论的分析方法，社会科学家用它发展出一套法律过程的理性选择模型。

当代英语世界的法律理论可说是各种发展趋势的综合体。尽管批判法学已经退潮，但是它启发了很多新的思路 and 理念，包括女性主义法理学和批判种族理论，它们强调法律对于女性和少数族裔的影响。在最近几年，法律经济学也变得愈发重要了；几乎美国所有重要的法学院都有多位教师在从事法律经济分析的研究。而其中最重要的突破就是“行为法律经济学”的崛起，它和新古典微观经济学存在一定的关联，但更加重视理性行为模式中的心理学因素。

还有其他很多跨学科的研究路径都在 1970 年代获得了长足的发展。“法律与哲学”在分析法理学的传统内探讨法律的本质，并且开始关注所谓的“规范法律理论”——对奠定了法律之价值的道德和政治理论进行哲学探讨。影响法学的其他学科还包括人类学、语言学、心理学和社会学。毋庸讳言，这其中当然还有法史学，它对法律的学术研究一直都有深远的影响。最近，社会科学家和法律学者们开始打破学科之间的壁垒，致力于极富成果的对话与合作。

《法理词汇》反映了当代法律思想的这些不同的趋势。其中很多词条（比如“事先和事后”、“科斯定理”、“囚徒困境”）反映了法律经济学运动的发展。法律与哲学则在另几个词条中得到体现（比如“无知之幕”、“公共理性”、“概念与构想”）。还有很多词条反映了法律理论内部的重要理念（比如“裁决”、“行为规则和裁判规则”、“平衡检验”）。以上这些词条都是从法律的初学者视角进行写作的。创作《词汇》的目的是对法律理论的基本概念和词汇提供一个简洁明了的解释，并为初学者给出基本文献的指南。

这个序言是为中文译本写的。《词汇》的翻译本身就表明法律实践与法学研究的全球化趋势。互联网的兴起使全球性法官、律师和法学家的

共同体成为可能。跨国公司和国际交易所引入的，更多是规则，而非例外。欧盟诞生，互联网新型跨国治理机制的兴起，这些都说明新的法律秩序已经超越了国境线。中国在国际舞台上扮演着如此重要的角色，我们可以预见汉语学圈的法律学者将有所发明，他们的理念会在很多重要方面重新塑造 21 世纪的法律理论。我所希冀的，是《词汇》能为这种理念与视角的交换做出一点微薄的贡献。

《法理词汇》的写作还在进行中。网络版的《词汇》每周都会有更新，新的题目也会不时添加进去。欢迎读者同我交换评论，提出批评或者建议，我的电子邮箱是 lsolum@gmail.com。

《法理词汇》写作的完成端赖诸多朋友的支持与帮助。我在这特别要感谢六位法学院院长，他们给《法律理论网志》以极大的支持，这六位院长分别是：洛约拉法学院的 David Burcham，圣地亚哥大学的 Daniel Rodriguez，伊利诺伊大学的 Heidi Hurd，Charles Tabb，Ralph Brubaker 和 Bruce Smith。还要特别感谢 Ann Bartow 和 Kenneth Simons 在个别几个词条中给予我的帮助。

最后，向本书的译者王凌皞表达我至深的谢意。

劳伦斯·索伦

2009 年 7 月 17 日

汉英对照词条

B

不确定性 Indeterminacy

C

财产规则和责任规则 Property Rules and Liability Rules

裁决 Holdings

程序正义 Procedural Justice

重叠共识与未完全理论化合意 Overlapping Consensus & Incompletely Theorized Agreements

次优 Second Best

D

道义论 Deontology

第一性规则和第二性规则 Primary and Secondary Rules

F

法律理论、法理学与法律哲学 Legal Theory, Jurisprudence, and the Philosophy of Law

法律理论中的功能解释 Functional Explanation in Legal Theory

法律是一张严密的网 The Law Is a Seamless Web

法治 The Rule of Law

反多数难题 The Counter-Majoritarian Difficulty

分配正义 Distributive Justice

G

概念和构想 Concepts and Conceptions

公共理性 Public Reason

公共物品和私人物品 Public and Private Goods

功利主义 Utilitarianism

规则、标准和原则 Rules, Standards, and Principles

H

霍菲尔德 Hohfeld

J

假设 Hypotheticals

K

科斯定理 The Coase Theorem

L

理性人 The Reasonable Person

路径依赖 Path Dependency

M

美德法理学 Virtue Jurisprudence

美德伦理学 Virtue Ethics

N

内在观点 The Internal Point of View

女性主义法律理论 Feminist Legal Theory

P

平衡检验 Balancing Tests

Q

歧义性和模糊性 Vagueness and Ambiguity

契约论、契约主义和社会契约 Contractarianism, Contractualism,
and the Social Contract

囚徒困境 The Prisoners' Dilemma

缺省规则和完备性 Default Rules and Completeness

R

人格 Personhood

S

社会福利函数 Social Welfare Functions

审查标准 Standards of Review

实用主义 Pragmatism

实在法律理论和规范法律理论 Positive and Normative Legal Theory

事实与价值 Fact and Value

事先与事后 Ex Ante/Ex Post

适切与证立 Fit and Justification

T

态度模型和新制度主义 The Attitudinal Model and the New Institutionalism

同意 Consent

透明性 Transparency

W

文本论 Textualism

无知之幕 The Veil of Ignorance

X

宪法中的原则 Principles in Constitutional Theory

效率、帕累托和卡尔多-希克斯 Efficiency, Pareto, and Kaldor-Hicks

行为规则与裁判规则 Conduct Rules and Decision Rules

形式主义法律范畴的现实主义解构 Realist Deconstruction of Formal Legal Categories

形式主义和工具主义 Formalism and Instrumentalism

Y

严格解释与司法能动主义 Strict Construction and Judicial Activism

言语行为 Speech Acts

意图 Intention

因果关系 Causation

用一种理论来击败另一种理论 It Takes a Theory to Beat a Theory

元伦理学 Metaethics

原意论 Originalism

Z

整体论 Holism

合法性 Legitimacy

正义 Justice

自由至上主义法律理论 Libertarian Theories of Law

目 录

致中国读者序 / 001

汉英对照词条 / 006

01. 事先与事后 / 001

02. 科斯定理 / 003

03. 假 设 / 006

04. 理性人 / 013

05. 裁 决 / 020

06. 无知之幕 / 025

07. 囚徒困境 / 032

08. 功利主义 / 037

09. 公共理性 / 046

10. 道义论 / 052

11. 次 优 / 058

12. 美德伦理学 / 064

13. 行为规则与裁判规则 / 071

14. 事实与价值 / 074

15. 透明性 / 080

16. 实在法律理论和规范法律理论 / 083

17. 法 治 / 088
18. 正 义 / 092
19. 原意论 / 098
20. 因果关系 / 107
21. 言语行为 / 115
22. 意 图 / 121
23. 程序正义 / 128
24. 平衡检验 / 134
25. 社会福利函数 / 138
26. 规则、标准和原则 / 143
27. 人 格 / 148
28. 概念和构想 / 152
29. 公共物品和私人物品 / 155
30. 文本论 / 161
31. 美德法理学 / 166
32. 适切与证立 / 174
33. 整体论 / 178
34. 霍菲尔德 / 182
35. 严格解释与司法能动主义 / 184
36. 不确定性 / 188
37. 重叠共识与未完全理论化合意 / 194
38. 内在观点 / 199
39. 第一性规则和第二性规则 / 202
40. 法律理论中的功能解释 / 205

- 41. 元伦理学 / 208
- 42. 同 意 / 213
- 43. 形式主义和工具主义 / 220
- 44. 法律理论、法理学与法律哲学 / 225
- 45. 态度模型和新制度主义 / 229
- 46. 正当性 / 234
- 47. 反多数难题 / 239
- 48. 自由至上主义法律理论 / 246
- 49. 分配正义 / 254
- 50. 缺省规则和完备性 / 261
- 51. 歧义性和模糊性 / 266
- 52. 财产规则和责任规则 / 269
- 53. 用一种理论来击败另一种理论 / 273
- 54. 审查标准 / 279
- 55. 宪法中的原则 / 284
- 56. 实用主义 / 289
- 57. 形式主义法律范畴的现实主义解构 / 294
- 58. 契约论、契约主义和社会契约 / 299
- 59. 法律是一张严密的网 / 305
- 60. 效率、帕累托和卡尔多-希克斯 / 309
- 61. 女性主义法律理论 / 314
- 62. 路径依赖 / 322

- 译后记 “法律理论” 卖给谁? / 326

01. 事先与事后

如果让我为一年级法科学生推荐一种他必须掌握的理论工具,我会毫不迟疑地选择事先/事后 (ex ante/ex post) 这一对概念。(当然,不要为障眼法所迷惑,简单的概念背后委实包含了相当多的理论问题。)这个术语来自于法与经济学这个学科,它的基本理念是:

“事后”的视角乃是回溯 (backward looking) 的。从这个视角出发,我们会提出如下问题:谁干了坏事,谁干了好事?哪一方的权利受到了侵害?大致上,我们可以把事后视角与公平和权利联系在一起。法律理论中的事后视角与道德理论中的道义论进路 (deontological approaches) 存在一定的关联。而在一般法理学领域内,我们可能会将其与法律形式主义联系在一起。

“事先”视角乃是前瞻 (forward looking) 的。从这个视角出发,我们的问题是:这个规则在将来会产生什么影响?某个判决会带来好的结果还是坏的结果?大致上,我们把事先视角与政策和福利联系在一起。法律理论中的事先视角与道德理论中的结果论进路 (consequentialist approaches) ——或者说功利主义、福利主义进路——存在一定的关联。在法理学上,我们可以将事先视角与法律工具主义或者法律现实主义联系在一起。

毋庸讳言,基础的概念性介绍可能会将两种视角之间的区别过于简化。比如说,基于公平考量的侵权法理论也可能会考虑规则运用之后的效果,而即使是功利主义法律理论在衡量具体案件之时也不能够无视事先的

信息。

那么,这两个概念之区分为何如此重要?原因在于,它彰显了法律理论上结果论和道义论进路之间的重要理论分歧。可以这么说,持结果论立场的理论家并不在意甲是否侵犯了乙的权利。恰与此相反,他们更关注对类似行为追究责任所带来的结果。而从“事先”的观点出发,我们会问,究竟是严格责任规则还是过错责任规则更有效率?道义论更关注谁的行为正确、谁的行为错误。比如在侵权法中,矫正正义理论和事后视角有着紧密的联系。只有在甲行为不当的情况下,甲才应当向乙承担责任。

如果你是法科一年级的学生,你应该养成习惯,常常问自己以下几个问题:

从事后视角出发,我刚才读到的案件中的这个规则是否公正?

从事先视角出发,这一规则与另一个规则相比,是否会带来好的结果?