

經典譯著系列

第一版

Law and 法律與社會規範

Social Norms

| ERIC A. POSNER 著 沈明 譯 |



元照出版

法律與社會規範

Law and Social Norms

Eric A. Posner 著

沈 明 譯

Harvard University Press (第一版)

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

法律與社會規範 / Eric A. Posner 著；沈明 譯.

-- 初版. -- 臺北市：元照，2005〔民94〕

面：公分

參考書目：面

含索引

譯自：Law and Social Norms

ISBN 986-7787-99-4（平裝）

1. 法律與社會 2. 社會約制

580.163

93023782

法律與社會規範 Law and Social Norms 1J09PA

2005年4月 初版第1刷

作者 Eric A. Posner

譯者 沈明

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路18號5樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣320元

訂購專線 (02)2375-6688 轉166 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

LAW AND SOCIAL NORMS by Eric A. Posner
Copyright © 2000 by the President and Fellows of Harvard College
Published by arrangement with Harvard University Press
through Bardon-Chinese Media Agency
Complex Chinese translation copyright © 2000
by Angle Publishing Co., Ltd.
ALL RIGHTS RESERVED

登記證號：局版臺業字第1531號

ISBN 986-7787-99-4

譯者序

「世道在變」

——法律、社會規範與法學方法論

在今天的中國法學界，波斯納（Richard A. Posner）的名字已經堪稱家喻戶曉了。不過，知道波斯納的兒子——本書作者埃裏克·波斯納（Eric A. Posner）的人恐怕還不會很多。我先作一個簡單的介紹。

埃裏克·波斯納生於1965年，大學和研究所就讀於耶魯大學，1988年以最優等成績（*summa cum laude*）獲得哲學專業碩士學位；後進入哈佛大學法學院學習，1991年以優等成績（*magna cum laude*）獲得法律博士（J.D.）學位，同年獲得馬里蘭州律師資格。畢業後的第一年，他擔任哥倫比亞特區聯邦上訴法院斯蒂芬·F.威廉姆斯法官的法律助手（Law Clerk），然後又在美國司法部工作1年。1993至1998年，波斯納任賓夕法尼亞大學法學院副教授；1998至2002年任芝加哥大學法學院教授，2003年起任該學院柯藍和埃裏斯（Kirkland & Ellis）（講席）法學教授。波斯納教授還是美國法律經濟學協會（American Law and Economics Association）會員，著名學術期刊《法律研究雜誌》（*Journal of Legal Studies*）的編輯。在美國，這幾乎是法律學術精英的標準履歷，因此，我們甚至可以說它是「平淡無奇」的。

壹

《法律與社會規範》是波斯納教授的第一本學術專著，2000年由哈佛大學出版社出版後，在美國法學界引起了不小的迴響。¹法律與社

¹ 請看美國法律經濟學領域中的三位知名學者對本書的評語。耶魯大學法學院伊恩·埃裏斯（Ian Ayres）教授說：「埃裏克·波斯納的寫作富於雄心而又引人深思，他的論題是法律學術中的最為重要、發展最快的領域之一。他構建了一個強有力的結

會規範研究是一個相對新興的學術領域，通常我們可以把它看作是法律經濟學的一個延伸或支脈。不過，在美國法學界，人們對於規範理論（norm theory）的方法論地位還存在一定爭議。耶魯法學院的羅伯特·埃裏克森教授——他的《無需法律的秩序》²一書是當代「法律與社會規範」研究的奠基性著作——認為，依社會科學方法來研究法律的規範理論是一種取代了法律經濟學的（托馬斯·庫恩意義上的）研究範例的轉換；³而理查德·波斯納法官則不同意這種觀點，他認為，只有當一種理論不能為當下的研究者提供可接受的答案時，才會發生研究範例的轉換，而法律經濟學的情況並非如此，相反，它在不斷地調整、豐富自己，以應對新的問題或者以前無力解決的問題。法律經濟學幾十年來的發展一直沿用著同一種基本的研究範例，即理性選擇理論；博弈論、公共選擇理論等都可以看作是理性選擇理論的拓展和延伸。⁴事實上，在「法律與社會規範」領域，除了埃裏克森教授1991年的那本被譽為開山之作的《無需法律的秩序》之外，真正具有廣泛學術影響力的理論專著迄今為止，恐怕也只有這本2000年的《法律與社會規範》了，⁵即使從這個角度來說，像埃裏克森那樣現在就斷言研

構，精緻地闡釋了論題，呼應了替代性論點，將自己的理論應用於廣泛的法律領域，並收穫了各種規範性法律意涵。《法律與社會規範》一書應該成為關於規範理論的權威參考文獻之一。」加利福尼亞大學伯克利分校法學院羅伯特·考特（Robert D. Cooter）教授說：「埃裏克·波斯納討論了法律與社會規範研究中的若干最重要的問題……《法律與社會規範》立足於經濟學視野中的人的理論，意在洞察廣泛的道德行為；對於許多規範性的事實和制度來說，本書都提供了富有價值的假說和洞見。」伊利諾伊大學法學院理查德·麥克亞當斯（Richard H. McAdams）教授說：「透過對於信號傳遞模型的創新應用，《法律與社會規範》一書對經濟學和法學理論都做出了重要貢獻。埃裏克·波斯納透過對於人類行為一種簡約的解釋，擴展了經濟學的領域，使其包括了一些直到晚近時候還僅僅屬於社會學家、人類學家和心理學家所考慮的問題。正當經濟學迷惘於如何能最好地解釋群體連帶、〔行為的〕一致性（conformity）和社會規範的時候，本書有望對經濟學理論家的路徑選擇產生重要的影響。」見本書英文版封底。

² Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991. 中譯本：《無需法律的秩序》，蘇力譯，中國政法大學出版社，2003年。

³ 參見Robert C. Ellickson, "Law and Economics Discovers Social Norms," 27 *Journal of Legal Studies* 537 (1998).

⁴ 參見Richard A. Posner, "Social Norms, Social Meaning, and Economic Analysis of Law: A Comment," 27 *Journal of Legal Studies* 553 (1998).

⁵ 儘管論文已經有了不少（包括法學之外的其他學科的，具體可參見本書「參考文獻」），例如專題文集就有：Symposium, "Law, Economics, and Norms," 144 *University*

究範例的轉換，恐怕也為時尚早。退一步說，不論規範理論到底具有怎樣的方法論地位，人們都公認它是一個新的學術「增長點」，斯坦福法學院的勞倫斯·萊西格教授（曾經任教於芝加哥大學法學院）甚至提出，在以對法律與（以社會規範為代表的）其他社會控制手段綜合研究為特色的芝加哥學派內部，已經有了新舊兩派之分，換句話說，出現了一個「新芝加哥學派」⁶，而埃裏克·波斯納就是其中的代表人物之一。

法律與社會規範的研究牽涉到一些源流久遠的法學理論問題，最典型的，例如法律與道德的關係。不過，法律與社會規範研究和傳統法理學之間存在著重大差別，它採取的是理查德·波斯納所謂的「科學」而非「哲學」的方法。⁷關於方法論的轉換和創新問題，下文還要展開來談，這裏我想先提請讀者注意一個雖然瑣屑但卻未必不重要的細節，作者在這本書中採用的注釋體例是正文圓括號夾註（parenthetical references）加書末文獻列表的方式，即〔社會〕科學文獻的通行注釋體例，而沒有採用傳統法學和人文學科文獻常用的那種註腳或章節附註的注釋體例。⁸在學術規範較為完善的西方學術界，這一「細枝末節」或許並不真的就是無關緊要的，我們至少可以從中透視出作者自己對本書的學術方法和方法論所作的定位，有了這種把握，我們才能夠看清這本書在學術的「世界地圖」中所處的位置，進而才可能更好地理解它甚至批評它。而且，如果可以「小題大做」的話，我甚至想說本書是一個信號，它標誌著大約一個世紀以來的法學學術轉向已經進入了一個新的階段。

也許有讀者會問：「法學的什麼學術轉向？」這裏所說的法學學

of Pennsylvania Law Review 1643 (1996); Symposium, "Law and Society & Law and Economics," *Wisconsin Law Review* 375 (1997); Symposium, "The Nature and Sources, Formal and Informal, of Law," 82 *Cornell Law Review* 947 (1997); Symposium, "Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law," 27 *Journal of Legal Studies* 537 (1998); Symposium, "The Legal Construction of Norms," 86 *Virginia Law Review* 1577 (2000).

⁶ Lawrence Lessig, "The New Chicago School," 27 *Journal of Legal Studies* 537 (1998).

⁷ Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999. 中譯本：《道德和法律理論的疑問》，蘇力譯，中國政法大學出版社，2001年。

⁸ 為了方便閱讀，譯者把中譯本的注釋體例改為註腳了（並為中譯本重新編制了索引的頁碼）。關於這一更改更詳盡的理由，可參見蘇力：《走馬挑刺》，載《批評與自戀：讀書與寫作》，法律出版社，2004年，頁130。

術轉向是指「法律作為一個自主學科的式微」和法律交叉學科研究的興起。

「對於法律的理性研究在今天可能屬於和白紙黑字打交道的人，但是未來它卻會屬於統計學家和經濟學家。」⁹O.W.霍姆斯法官在19世紀末做出的這一預言雖然難免讓法律人略覺尷尬，可如今也已經是法律人耳熟能詳的名言了。20世紀下半葉法律經濟學運動在美國的興盛發展為霍姆斯的偉大預言提供了一個完美的證明。¹⁰1960年代以來，除了法律經濟學之外，法律與社會學、文學、政治學、女權主義、種族理論、社會生物學等法律交叉學科研究的興起標示著法學研究開始了全面的、革命性的轉型。1987年，理查德·波斯納在《哈佛法律評論》上發表文章，正式宣布了《法律作為一個自主學科的式微》¹¹。

雖然法學的這種學術轉向是大勢所趨，但卻並非一帆風順。在《法律作為一個自主學科的式微》一文發表10年之後，即1997年，在紀念霍姆斯的名文《法律之路》發表100週年的哈佛霍姆斯講座上，理查德·波斯納重申了他所倡導的科學主義、交叉學科的法學研究方法，並對法學及其他所有規範研究中的道德哲學、政治哲學進行了幾乎是毫不留情的學術抨擊。在此基礎上，1999年，他出版了自己的法理學三部曲的「終曲」——《道德和法律理論的疑問》。正如波斯納法官自己所說，就作為規範研究的法律學術而言，多年來他反覆重申了自己的觀點，其實，波斯納的努力在某種程度上正反映了傳統法學範例的慣性與惰性，反映了學術變革的艱難。

可是不管怎麼說，「世道在變」，「舊」終究要「讓位於新」，因為即使「一部好慣例用久了」，也難免會「壞了人間」。¹²

⁹ Oliver Wendell Holmes, Jr., "The Path of the Law," 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

¹⁰ 勞倫斯·萊西格說：「〔法律經濟學〕已經改變了法律的所有領域。現在，我們都是法律經濟學家了。」Lawrence Lessig, "The Prolific Iconoclast," *The American Lawyer*, December, 1999.

¹¹ Richard A. Posner, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987," 100 *Harvard Law Review* 761 (1987).此文經修改後收入了Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, ch. 14. 中譯本：《法理學問題》，蘇力譯，中國政法大學出版社，2002年。

¹² 借用丁尼生的名句。參見阿爾弗雷德·丁尼生（Alfred Tennyson）：《國王歌謠集·亞瑟之死》，第408-410行，轉引自馮象：《玻璃島——亞瑟與我三千年》，生活·讀書·新知三聯書店，2003年，頁170-171。

貳

作為美國法律經濟學運動的第三代傳人，埃裏克·波斯納教授不但繼承了這一使「舊讓位於新」的事業，而且在這條路上做出了自己的前緣性貢獻。在本書中，波斯納開創性地構造出了信號傳遞—合作模型，依折扣率的差異把理性行動者劃分為不同類型的博弈參與人，將博弈論的理論資源應用於社會規範的分析，從而大大地拓展了法學研究的方法論，並對大量的社會現象和人類行為提出了富有創見和啟發意義的分析，其中包括：禮物贈與，慈善捐贈，利他主義，社會地位，非營利組織的社會功能，戀愛、婚姻、家庭（包括離婚、婚姻糾紛、非婚生恥辱、同性婚姻），刑罰的恥辱效應及其利弊，犯罪學中的威懾模型與規範模型的統一，麥卡錫主義，尊敬／褻瀆國旗，來自政府與社會的審查制度，投票，符號行為，行為的社會意義，罰金刑與自由刑的不同信號效應，種族歧視，社群與民族的建構／虛構特徵，商業契約的形式，損害賠償，交易慣例，社會規範與效率，分配正義問題，人們的不可通約性主張的態樣，商品化的社會現實，個體的自治權，法律對社群的影響，社群的衰落……即便我的列舉帶有一定的隨意性而且是不完全的，這已經足夠令人吃驚了！您能想像嗎？除了已經「帝國主義」的標準經濟學模型之外，作者竟用一種模型解釋了如此廣泛的理論問題！

儘管本書處理的問題紛繁複雜，但作者的分析始終沒有離開本書的核心問題：「……人們為什麼會遵守社會規範？這個問題不解決，我們就無法理解法律對於人類行為的影響。」¹³本書的主題是法律與「合作的非法律機制」的關係，而激發這一研究的動因在於作者對於既有的法律經濟學理論的一些不滿。作者坦言，自己的研究屬於一個可以追溯到法律現實主義的理論傳統，該傳統排斥「那種過分專注於國家，簡化國家與公民之間的關係，分析簡單問題、排斥重要及有趣問題的法律學術研究」。不過，這一研究傳統的影響卻因一個重大的失敗而受到限制，即這一派批評家沒能針對他們所批評的方法論給出一個有用的分析框架作為替代。部分地因為這一失敗，使該傳統的影響儘管不是毫無聲息，卻也並不總是積極、明確的，作者直截了當地

¹³ Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, p. 4. 以下引用此書不再加註腳，而是在正文中直接標出頁碼。

指出，「學者們需要的是一種能夠系統分析法律與非法律合作機制的關係的方法論。」（原文書第5-6頁）因此，作者為本書設定的首要理論任務就是貢獻出這樣一種方法論。

然而，多少有些吊詭的是，反對「簡化」的作者在本書中提出的方法論同樣受到了「簡化論」（Reductionism）的批評。¹⁴應該說，這樣的批評並不是毫無道理的，「簡化論」在某種意義上可以說是所有經濟學理論方法的「通病」。（不然，它何以能「帝國主義」？）可這也正是學術事業的「本分」：社會科學的理論任務是解釋，除了解釋力之外，理論的價值還在於簡約（歸納、演繹）。（比如，請想一想 $E=mc^2$ 。）¹⁵筆者在一篇小文中曾經談過：「現實的世界是無限複雜的，無論是在自然科學還是社會科學領域，事實證明，只有簡單的理論模型才可能解釋複雜的現實，以複雜的理論去應對複雜的現實，幾乎沒有成功的可能，而且也少有意義。」

如果我們接受卡爾·波普的「證偽理論」的話，那麼「簡化論」本身可能就算不上是什麼缺陷。當然，正如理查德·麥克亞當斯教授在其書評文章中所指出的，「簡化」應該有一個合適的限度。但關鍵的問題是，怎樣的限度才算合適呢？——學者們的理論分歧常常發生在這裏。波斯納教授其實已經預見到了這樣的批評，不過他或多或少地迴避了這個問題，他強調，本書的貢獻主要在於方法論的構建，並解釋說：「理性選擇理論可以透過聚焦於生成行為規律聲譽上的根源——而不是認知和情感上的根源——來闡明社會規範。**我不主張理性選擇理論能夠為社會規範或者合作行為提供一種完滿的解釋。認知和情感並非無關的因素。只是它們尚未被心理學家充分理解，因此還不足以支撐起一種社會規範理論，一些人對認知和情感的重要性一再重複但卻令人迷惑的認同，攪亂了對於論點的闡釋，卻沒有帶來任何補償性的益處。**」（原文書第46頁，**粗體**為引者所加。）這段話正是波普的「證偽理論」科學哲學觀的一個註腳，字裏行間似乎蘊含著一種歷史感：「過客」是所有人的命運。在這個意義上，我們可以說波斯納教授的這本《法律與社會規範》是一部承前啟後的著作，它從屬於

¹⁴ 參見Richard H. McAdams, "Signaling Discount Rates: Law, Norms, and Economic Methodology," 110 *Yale Law Journal* 625 (2001).

¹⁵ 這一點最早大約可以追溯到奧卡姆（Occam）剃刀原則；它在經濟學中的體現可參見：Milton Friedman, "The Methodology of Positive Economics," in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953.

由霍姆斯100多年前的偉大預言所揭幕的那個法律學術傳統，並且把法律與社會科學的交叉學科研究推進到一個新階段。當然，您也可以說，「承前啟後」是一個無關痛癢的定語，因為從學術史的角度來看，所有的著作（尤其是社會科學著作）都是「承前啟後」的。這我同意；然而，我所謂「承前啟後」的涵義還不僅限於此：我想特別提請讀者注意的是，在上面這段話中，作者毫不含糊地認同了「認知」、「情感」這些心理學、生物學因素對於人類行為的影響。也許「說者無意」，但我認為這至少暗示了法律學術的一個新方向：即從「法律與社會科學」到「法律與科學」的轉向，尤其是法律與社會生物學的交叉研究。

其實，早在1976年（即愛德華·威爾遜的名著《社會生物學》¹⁶出版後的第二年），為經濟學的「帝國主義霸業」立下汗馬功勞的經濟學家加裏·貝克爾就曾指出，經濟學理論的基本假定植根於「人性」，這實際是迴避問題的託詞，〔社會〕生物學的發展表明，「人性」只是解決問題的開端而非結束。¹⁷毫無疑問，貝克爾本人正是一位跨學科研究的開路先鋒。現在，大多數學者應該都會同意：幾乎所有的學術研究都是跨學科的，學科名稱有時候只是一些標籤而已。重要的問題是，跨學科研究到底應有以及能有怎樣的「跨度」？科學家兼小說家C. P.斯諾在1959年提出了人文文化與科學文化的對立，此後，「兩種文化」¹⁸的觀念就深入人心了。然而，自1970年代以來，以生物學家愛德華·威爾遜為首的一些知名學者提出了融合「兩種文化」的主張，例如，威爾遜在其另一部名著《論人性》的序言中寫道：「《社會生物學》一書的出版促使我更廣泛地閱讀論述人類行為的文獻，參加了許多研討會，並和社會科學界的學者們相互交流文獻。我現在比任何時候都更加堅信，填補兩種文化之間鴻溝的時代終於到來了。普通社會生物學——它只是群體生物學和進化論向社會組織的延伸——是完成這一努力的理想手段。」¹⁹1998年，威爾遜出版了《協同：知識的統合》²⁰一書，更為全面地闡述了他關於知識整合的主張和展

¹⁶ Edward O. Wilson, *Sociobiology: The New Synthesis*, Harvard University Press, 1975.

¹⁷ 參見Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, 1976, ch. 13.

¹⁸ 參見C. P. Snow, *The Two Cultures and a Second Look*, Cambridge University Press, 1964.

¹⁹ Edward O. Wilson, *On Human Nature*, Harvard University Press, 1978, "Preface," p. xii.

²⁰ Edward O. Wilson, *Consilience: The Unity of Knowledge*, New York: Alfred A. Knopf,

望。²¹人，首先是物理性的、生物性的人，然後才是社會性的人。可以預見，而且我相信未來的學術史也會證明，所有「以人為本」的學科發展都將不可避免地與〔社會〕生物學建立「聯姻」關係。從「大歷史」的角度來看，人文社會科學與自然科學的融合其實正是「詞」向「物」回歸的過程，儘管「人不是而且也永遠不會是自己命運的主宰」²²，然而人顯然不應該也不會——如福柯所言——像海邊沙地上的一張臉一樣被抹去。²³

也許有人會覺得這一切聽來過於玄虛，其實並不玄虛。

我們知道，20世紀後期以來，經濟學已經發展為高度數學化的理論領域了，社會學、人類學等學科中也大量運用了統計學等數學工具和方法，這些都是社會科學學科融合自然科學理論的典型範例。在本書中，作者所運用的主要理論工具就是作為數學的一個分支的博弈論，這實際上就是法學的**數學化**——在法律經濟學已經成為常規科學之後，這樣的學科發展趨勢實際上是理所當然、水到渠成的事。由此可見，在由「法律與社會科學」到「法律與科學」的轉向過程中，本書已經邁出了重要的一步，而餘下的路，通往法律與〔社會〕生物學的路，作者則留給了未來。也在這個意義上，我說本書是一部承前啟後的著作。

當然，本書的貢獻還不僅僅在方法論這一個方面。

作者為本書設定的目標一共有三個，用作者自己的話來說：「第一個目標是展示博弈論的概念對於理解法律問題的價值。……一個更具野心的目標是使讀者相信，我所構建的旨在闡明一系列法律問題的博弈論模型是有用的。第三個目標是使讀者接受關於法律與非法律形

1998.

²¹ 其他一些著名學者也有類似的主張。例如，物理學家斯蒂芬·霍金對於宇宙統一理論的探索和展望，參見Stephen W Hawking, *A Brief History of Time*, New York: Bantam Press, 1998, ch. 11. 物理學家楊振寧和法學家理查德·波斯納則不約而同地討論了（廣義）科學與美學的關聯，參見楊振寧：《美與物理學》，載《二十一世紀》，1997年4月號；Richard A. Posner, *Law and Literature*, Harvard University Press, 1998, pp. 301-302. 中譯本：《法律與文學》，李國慶譯，中國政法大學出版社，2002年。

²² Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3, The University of Chicago Press, 1979, p. 176.

²³ 參見米歇爾·福柯：《詞與物——人文科學考古學》，莫偉民譯，上海三聯書店，2001年。

式的規範之間關係的幾個實質性論斷。」（第7頁）除了前兩個關涉方法論的目標之外，作者還在法律與社會規範方面貢獻了實質性的智識增量。通讀全書，我們會發現，作者的三個目標在很大程度上是融合在一起的：一方面，雖然致力於方法論的建構，但作者的論述並沒有流於紙上談兵或者表演學術「屠龍術」，而是時時將自己的分析深入到上文列舉過的那些具體的、「鮮活的」問題中去。另一方面，作者提出的信號傳遞——合作模型本身也不是憑空建造的「空中樓閣」，相反，該模型深深紮根於人們的基本生活經驗，實際上是對人們熟視無睹的一些思維方式和行為規律的分析、總結和提升，換句話說，本書所描述的絕大部分信號傳遞行為及其效應，讀者都能透過自己的日常生活經驗和常識加以印證。一個人，只要他生活在社會之中，就會而且幾乎總是要進行信號傳遞活動。用自然科學的術語作比喻，可以說信號傳遞就是存在於人與人之間的「摩擦力」或者「化學鍵」，是人們社會生活交往中須臾不可或缺的東西。因此，在這個意義上說，信號傳遞——合作模型同樣是「帝國主義」的，其理論應用並不侷限於狹義的法律與社會規範問題，而是可以滲透到人類生活的各方面。

在關於法律與社會規範的實體性問題的討論中，作者充分地展現出了其理論思維的精細、深刻以及——老波斯納所說的，好的分析所必備的——「冷酷無情」。本書在很多問題的分析上都為讀者奉獻了發人深省的洞見，例如，在分析羞辱性刑罰時，作者指出，廢除酷刑並非因為道德進步，相反，道德的某些進步是因為廢除了酷刑（第六章）；「在極權主義國家中，一個人透過贊同明顯錯誤的宣傳來表現其愛國心」——這是作者以符號行為為線索，透過推廣對種族歧視信號的分析而捕獲的「秘密」（第八章）；從不能比較性的陳述入手，作者「揭發」了人們的表裏不一的「虛偽」，並由此提出了一個精闢的命題：意識形態（剛性）是世界觀（柔性）的誇張、簡化版本（第十一章）等等。而當我讀到作者提出的將信號傳遞理論和批判理論相結合的建議時，更不禁要感歎波斯納教授在這本書中所寄託的理論雄心。

參

《法律與社會規範》一書可能會為中國法學和法律實踐帶來多方面的助益。當然，如上面的介紹所表明的，本書在中國語境中的價值首先是法學方法論上的。羅伯特·埃裏克森的《無需法律的秩序》一書把社會規範理論從先前的人文研究（解說）推進到了社會科學研究（論證）層次，²⁴而波斯納則進一步拓展、精緻、深化了由埃裏克森所開創的社會科學方法論：我們可以看到，在本書中，社會科學路徑的方法已經相當成熟了，而且如上文所述，從注釋體例上透露出來的資訊甚至表明，作者為本書的定位很可能並不僅僅是一部法學著作。在「中國法學界的研究長期以來一直缺乏對方法論的關注，乃至導致方法的單調和薄弱，除了大講解釋學（或闡釋學）幾乎沒有任何其他替代或互補」²⁵的情況下，本書的方法論以及論證結構很可能會為我們提供一些啟發、借鑒甚至示範作用。

其次，本書對於法律與社會規範所做的細緻而且富於啟發的研究，彰顯出了這一學術領域或多或少被埋沒了的理論與現實意義。在以法律解釋學為學術主流的中國法學中，這方面的研究注定是薄弱的。法律與社會規範（social norms），乍看起來這是兩個相互對立的範疇（因此容易被排擠到法學的邊緣），但實際上二者在很大程度上是統一的，或者說是融合在一起的。在我國，法律通常指的是制定法（行為的應然），而制定法是法律的淵源，因此，從嚴格語義學的角度來說，制定法就不是法律。是的，這是一個謬論，產生這個謬論的原因在於人們定義法律的時候沒有在實然與應然兩個維度上做出必要的區分。²⁶社會規範，按照波斯納教授在本書中的定義，是指存在於博弈均衡之中的行為常規（regularities）（行為的實然），即「活法」、「行動中的法」、「實際規則」。我國目前正處在邁向現代化的社會全面轉型時期，現實生活中還存在著一些無法可依、執法不嚴、違法難究的情況，在這個時候，作為社會控制手段的社會規範就具有格外

²⁴ 參見蘇力：《研究真實世界中的法律》，載於《波斯納及其他：譯書之後》，法律出版社，2004年，頁229。

²⁵ 同上，頁239。

²⁶ 即羅斯科·龐德所謂「書本中的法」（law in book）和「行動中的法」（law in action）的區分或者卡爾·盧埃林所謂「書本規則」（paper rule）和「實際規則」（real rule）的區分。

重要的意義：法律（制定法）可能存在著是否健全、適用等多方面的問題，而作為「活法」的社會規範卻不存在這樣的問題。透過對社會規範的實證研究所獲得的規範意涵將是——而且必定是——法學對於我們這個時代做出的重要的、不可替代的貢獻。

再者，儘管法律和法學在一定程度上都具有地方性的特徵，²⁷社會規範更是具有天然的地方性，然而這些特徵顯然都不是絕對的。一方面，本書憑藉著以博弈論為核心的科學方法論首先就突破了法學的地方性限制。毋庸置疑，方法論的普適性（或者說科學性）對於打破學科內和學科間的壁壘，深化研究以及推進學術同行的交流與評估具有關鍵性的作用。²⁸另一方面，本書還以其精湛、廣博的分析展示了制度背後深層的人性動因和邏輯動因，使我們有可能高屋建瓴地把不同國度迥然相異的社會規範勾連起來，從而超越「法律」的地方性。所有這些對中國法學的「改革開放」、「同國際接軌」都會起到相當重要的促進作用。

而且，必將有一天，我們在流逝的時光中回望來路的時候會發現，所謂「改革開放」、「同國際接軌」之類的話語其實都是累贅的表述，因為學術乃至生活本身就是如此。

肆

記得還是在我上中學的時候，曾讀過葉秀山先生的一篇文章，題目叫《讀那總是有讀頭的書》²⁹，談的是讀黑格爾《精神現象學》的感受，當然，那時的我是不懂這樣的文章的，可是這篇文章的題目卻給我留下了很深的印象，多年來一直沒有忘記。現在，偶爾和同學聊起讀書的體會，我還會故作深刻甚至好為人師地重複葉先生的這句話：「應該讀那總是有讀頭的書。法學和哲學雖然有很大的差異，但是在讀書的經驗上卻是相通的。」作為譯者，我覺得波斯納教授的這

²⁷ 參見Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York: Basic Books, 1983, ch. 8. 蘇力：《面對中國的法學》，載於《道路通向城市：轉型中國的法治》，法律出版社，2004年。

²⁸ 這方面的典型例證就是經濟學：經濟學在今天就基本沒有地方性了，「西方經濟學」的說法如今幾乎已經銷聲匿跡。

²⁹ 載於《讀書》，1991年第4期。

這本《法律與社會規範》可算是法學領域中的一本「有讀頭的書」到底是不是呢？當然，這就要請讀者諸君自己來閱讀、評判了。

在書成付梓之際，譯者要向下列人士致以誠摯的謝意：

首先感謝波斯納教授仔細地為我解答了翻譯中遇到的各種問題。

感謝蘇力老師介紹這本書給我翻譯，給了我一個重要的學習和鍛鍊機會；感謝他在日常學習中給予我的點點滴滴教誨和啟發。

感謝高鴻鈞老師扶我在學術翻譯之路上起步。

感謝馮象老師教我對學術翻譯工作有了更深的理解。

最後，我還要感謝妻子楊劍虹在翻譯此書過程中對我的支援與幫助；她通讀了譯稿，並且提出了細緻的修改意見。

希望他們幾位能「不嫌微末地」接受譯者的謝意。當然，譯文中可能存在的不足與錯誤蓋由譯者負責。

沈明

2005年2月

* Email: shenming@gmail.com; Web: <http://www.intellecta.org>.

目 錄

譯者序 「世道在變」

——法律、社會規範與法學方法論

第一章 導論：法律與集體行動	1
----------------------	---

第一編 非法律集體行動的模型

第二章 合作的模型與社會規範的產生	13
-------------------------	----

I 重複博弈（The Repeated Game）	17
---------------------------------	----

II 信號傳遞（Signaling）	21
--------------------------	----

III 違規行為、等級、衝突	34
----------------------	----

IV 規範創造者	37
----------------	----

V 國 家	40
-------------	----

VI 小 結	42
--------------	----

第三章 理論推廣、反對意見、替代性理論	45
---------------------------	----

1 可檢驗性	45
--------------	----

2 次包容性	47
--------------	----

I 利他主義（Altruism）	48
------------------------	----

II 地位與一致性	49
-----------------	----

III 從眾行為（Herd Behavior）	51
-------------------------------	----

IV 情 感	52
--------------	----

V 社會規範的內在化	54
------------------	----

VI 有限理性（Bounded Rationality）	56
------------------------------------	----

第二編 法律應用

第四章 禮物贈與和無償允諾	63
I 作為信號的禮物贈與	64
II 禮物贈與的替代性動機.....	71
1 利他主義.....	71
2 提高地位.....	73
III 禮物贈與的社會效用／反效用.....	76
IV 法律意涵	83
1 契約法.....	83
2 詐欺轉讓.....	86
3 非營利組織.....	87
第五章 家庭法與社會規範	91
I 婚姻盈餘（The Marital Surplus）	92
II 追求期	93
III 關係期	96
1 丈夫與妻子的非法律強制手段	96
2 來自丈夫家庭與妻子家庭的非法律強制.....	98
3 社群的非法律強制	100
IV 法律意涵	103
1 離 婚.....	103
2 婚姻糾紛.....	109
3 對於孩子的處理：日漸衰微的非婚生恥辱.....	110
4 同性婚姻.....	112