



浙大法律評論

ZHEJIANG UNIVERSITY LAW REVIEW

第三卷 (2015)

陈林林 主编

主题研讨·跨学科法律研究的方法论

爱德华·L·鲁宾

“法律和X X”研究与法律方法论

李·爱普斯坦 / 加里·金

推论规则

杰克·戈德史密斯 / 阿德里安·沃缪勒

经验主义方法论与法学研究

陈景辉

法律与社会科学研究的幻象

柯华庆 / 宋晨翔

实效主义法学方法

吴旭阳

法律与认知科学的跨学科研究

学术专论

刘树德

依法治国背景下司法改革的合法性分析——以新《立法法》为背景

今井弘道

现代东亚的资本主义发展与韦伯论题——对现代东亚社会的法哲学审视

黄金荣

先秦法治的成败与德治的兴起——基于对商鞅法治思想的反思

蒋铁初

巴县档案所见贼案开花与清代吏治

叶良芳

风险视阈下互联网金融的刑法规制

黄清德

个人数据保护之国际发展趋势

许福生

论两岸罪赃移交之现况与改善

之江讲坛

尾崎一郎

自然法则与法的正义——论法学的生物科学化

蔡振荣

行政罚与刑事罚界限问题之探讨



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

浙大法律评论

(第三卷)

陈林林 主编

图书在版编目(CIP)数据

浙大法律评论. 第3卷 / 陈林林主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2016. 12

ISBN 978-7-308-15552-6

I. ①浙… II. ①陈… III. ①法学—文集

IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 010702 号

浙大法律评论(第三卷)

陈林林 主编

策 划 者 曾建林

责任编辑 傅百荣

责任校对 董凌芳 陈 园

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州林智广告有限公司

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 22.75

字 数 485 千

版 印 次 2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-15552-6

定 价 68.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心邮购电话: (0571) 88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

《浙大法律评论》编委会

主 任 朱新力

委 员 (以姓氏拼音为序)

陈林林 方立新 胡 铭 金彭年 钱弘道

阮方民 翁晓斌 夏立安 张 谷 章剑生

朱新力

主 编 陈林林

编 辑 (以姓氏拼音为序)

范良聪 巩 固 何怀文 陆 青 马 光

王凌皞 叶良芳 余 军 郑春燕 周 翠

目 录

主题研讨·跨学科法律研究的方法论

“法律与XX”与法律方法论

爱德华·L. 鲁宾【耶鲁大学法学博士,加州大学(伯克利)法学教授】 / 3

推论规则

李·爱普斯坦【华盛顿大学圣路易斯分校校聘法学教授】

加里·金【哈佛大学管理学教授】 / 36

经验主义方法论与法学研究

杰克·戈德史密斯【芝加哥大学法学教授】

阿德里安·沃缪勒【芝加哥大学法学教授】 / 140

法律与社会科学研究的幻象

陈景辉【法学博士,中国政法大学法学院副教授】 / 152

实效主义法学方法

柯华庆【教授、博导,中国政法大学法理研究所所长】

宋晨翔【法学博士】 / 178

法律与认知科学的跨学科研究

吴旭阳【法学博士,厦门大学法学院讲师、法律与认知神经科学研究中心主任】 / 188

学术专论

依法治国背景下司法改革的合法性分析

——以新《立法法》为背景

刘树德【法学博士,最高人民法院司法改革办公室法官,中南财经政法大学法学院教授】 / 201

现代东亚的资本主义发展与韦伯论题

——对现代东亚社会的法哲学审察

今井弘道【北海道大学名誉教授、浙江大学特聘教授】 / 221

先秦法治的成败与德治的兴起

——基于对商鞅法治思想的反思

黄金荣【法学博士、中国社会科学院法学所副研究员】 / 232

巴县档案所见贼案开花与清代吏治

蒋铁初【法学博士、浙江财经大学法学院教授】 / 243

风险视阈下互联网金融的刑法规制

叶良芳【法学博士、浙江大学光华法学院教授】 / 255

个人数据保护之国际发展趋势

黄清德【东海大学法学博士、台湾警察专科学校交通管理科副教授、主任】 / 267

论两岸罪赃移交之现况与改善

许福生【台湾“中央警察大学”教授】 / 287

之江讲坛

自然法则与法的正义

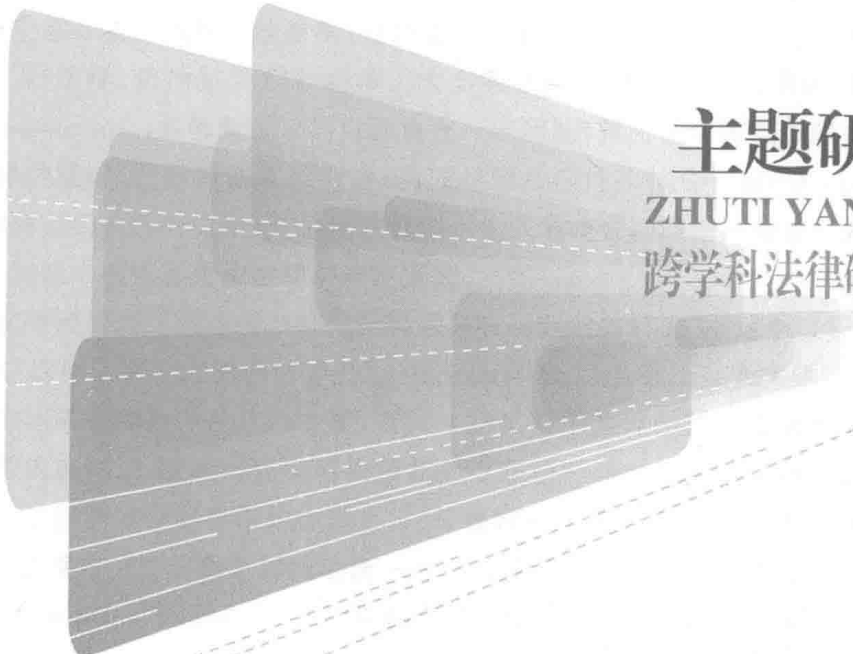
——论法学的生物科学化

尾崎一郎【法学博士，北海道大学法学教授】 / 313

行政罚与刑事罚界限问题之探讨

蔡震荣【德国图宾根大学法学博士，台湾真理大学财经学院院长、法学教授】 / 328

《浙大法律评论》稿约 / 358



主题研讨

ZHUTI YANTAO

跨学科法律研究的方法论

“法律与 XX”与法律方法论

[美] 爱德华·L. 鲁宾* 著 张晓笑** 译

在过去暗无天日、风雨交加的几十年,自法学研究无可挽回地摧毁了它形式主义的家园之后,它就一直挨家挨户地游荡,寻找着方法论上的避难所。^{〔1〕}它敲响的大门包括文学、哲学、经济学、政治科学和社会学。大多数住户只是施舍给法学研究一点残羹冷炙(meager handout),并解释说它们自己也有堆问题,就将法学研究打发走。经济学则很少有这样的疑虑,它邀请法学研究进门,并尽量让它吃个饱(gobble it up)。大多数情况下,法学研究仍在四处流浪,并尽量充分利用他人的施舍。其中一些成员则放弃了整个过程,并在黑暗中摸索着重构法律的自治家园。

本文简要探讨了将法律与其他学科联系在一起的各种努力,这个过程已经获得了“法律与 XX”这样一个与之相称的半开放(indeterminate)名称。有人主张,法学研究对于它的研究主题采取的是一种独特立场,这种立场排除了其他学科方法论的直接适用。但是由于它的内在特征,法学研究必须依赖其他方法论——尤其是社会科学——提供一种方法理解在法律制度中起作用的作用力,以及理解法律决定的影响。之后,本文讨论了最近用来恢复法律自治性的两个有趣论证——尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)^{〔2〕}和贡塔·托依布纳(Gunther Teubner)^{〔3〕}的自创生理论(autopoietic theory),以及菲利普·博比特

* 爱德华·L. 鲁宾,加州大学伯克利分校法学教授;普林斯顿大学文学学士(1969),耶鲁大学法学博士(J.D.)(1979)。

** 浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 参见 Charles W. Collier, *Interdisciplinary Legal Scholarship in Search of a Paradigm*, 42 Duke L J 840 (1993); Robert Post, *Legal Scholarship and the Practice of Law*, 63 U Colo L Rev 615 (1992); Geoffrey Miller, *A Rhetoric of Law*, 52 U Chi L Rev 247 (1985) (reviewing James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community* (1984)).

〔2〕 Niklas Luhmann, *Social Systems* 437-488 (John Bednarz, Jr. trans., 1995); Niklas Luhmann, *The Unity of the Legal System*, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* 12 (Gunther Teubner ed., 1987).

〔3〕 Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System* (Zenon Bankowski ed., Anne Bankowski & Ruth Adler trans., 1993); Gunther Teubner, *Evolution of Autopoietic Law in Autopoietic Law*, *supra* note 2, at 217.

(Philip Bobbitt)^{〔4〕}提出并由丹尼斯·帕特森(Dennis Patterson)^{〔5〕}加以扩展的话语模态理论(theory of discursive modalities)。尽管这些进路有许多值得推崇之处,但它们终究没有改变这样一个事实,即就算法学研究不需要社会科学得以维系,它的繁荣也需要社会科学。

第一部分讨论了“法律与XX”——法律与其他专业学科的关系。在这一过程中,我提出了法学研究的一些显著特征。随后,第二部分更为准确地界定了法学研究的方法论,探讨其和社会科学之间的特别关系,并解释了为什么它无法作为一个自治的学科来运作。

一、法律与XX

这一讨论的首要关注是标准的法学研究。所谓标准的法学研究或许可以定义为向法律决策者提供建议或规定的研究。^{〔6〕}在某些情况下,这一研究对已有的司法决定、制定法、规章或宪法提出批评,其建议仅仅是决策者不应该这样做。不太经常的情况是,它仅仅提出一个建议,对一个已有的决定不予置评。大多数情况下,该研究将对已有决定的批判,同某一规定联系起来,不管这一不同的进路是普遍的还是特殊的。有时候,它甚至会表示决策者的做法是完全正确的。但是,这一研究的特点就在于其规范性质量,以及其建议受到著名法律决策者的直接采纳。^{〔7〕}

确实,许多其他类型的研究也可被认为是法学研究——比如,法律史、法社会学以及司法哲学。从而当前的讨论可以被恰当地认为是对最普遍的、最具典型性的法学研究模式的分析,而不是对可归于该类型的所有研究的分析。然而,之所以按照这种方式来定义标准法学研究,有一些概念上和统计学上的理由。由于法律史或法律社会学是关于法律主题的历史或者社会学,它们的方法论就仅仅是那些学术性学科(scholarly disciplines)的方法论。至于法理学,有一部分可被认为是道德哲学或者政治哲学的特殊版本(special brand)。其余的很大一部分——包括本次研讨会在内——是关于对标准法学研究的分析,并因而取决于某种对该类别的理解。

还有大量仅仅是在描述法律的研究,其并不提出规定或依赖于某种受到承认的专门

〔4〕 Philip Bobbitt, *Constitutional Interpretation* (1991).

〔5〕 Dennis Patterson, *Law and Truth* (1996).

〔6〕 参见 Paul Brest, *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, 90 Yale L J 1063, 1067-1089 (1981); William Eskridge & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form*, 89 Mich L Re 707, 746-758 (1991); George Fletcher, *Two Modes of Legal Thought*, 90 Yale L J 970, 995 (1981); Edward L. Rubin, *The Practice and Discourse of Legal Scholarship*, 86 Mich L Rev 1835, 1847-1853 (1988); Pierre Schlag, *Normativity and the Politics of Form*, 139 U Pa L Rev 801 (1991); Mark Tushnet, *Legal Scholarship: Its Causes and Cure*, 90 Yale L J 1205, 1208-1215 (1981).

〔7〕 本文中,“命令(prescription)”这个词是作为“规范(normative)”的子范畴的;一条命令陈述,是适用于某个特定的人或团体的规范性陈述。其中,团体包括法官、美国人、妇女等,其区别于一般意义上的人。这一术语仅是为了方便而使用的,本文并没有对这一术语加以论证。

方法论。这无疑是法学的,但是通常又不被认为是学术研究。它是由执业指南、发展现状小结以及非分析性专论所组成的。这种研究并不被法学界视为真正意义上的学术研究,由于这两个类别的主题显然难以区分,这样的社会学事实表明规定的核心乃是这个领域的区别性特征。而且,在严格意义上,专论常常越界进入学术领域,批判它们所描述的决定,并进而提议或者暗示对其他进路的规定。不过,一些纯粹描述性的研究确实可以称得上是学术研究;通常情况下,这种研究要么是比较法,要么这种研究在如此一般层面上,以至于可以被认为是法理学。不过,这样的研究相对并不普遍。约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)的研究就是一种描述性法理学,^[8]但罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)的研究则是一种标准的法学研究;^[9]尽管其在相当高的抽象层面上写作,但它的核心是指导法官裁判法律案件的方式。

标准法学研究的这一定义,为如下主张提供了基础:其他学术方法论仅与法律间接相关,并且在法学研究寻找其方法论归宿的过程中,并不能提供什么帮助。我们将会讨论到的领域是自然科学、文学评论、道德哲学以及社会科学。在每一种情况下,都将描述各个领域的标准方法论。然而,有必要提出一项告诫:所有这些标准方法论最近已然遭到了后现代主义的攻击,这一攻击足以令这些标准方法论的任何表现都显得幼稚。尽管如此,它们仍然是大量学者实际上所采用的方法论,同时也是法学研究一直想要借鉴的方法论。借鉴一种被解构了的(deconstructed)方法论是没有意义的。

至于后现代主义本身,它提供了很多富有价值的洞见,但是它仍然是某种智识上的老式短枪(blunderbuss)。这把枪很容易开火,并且时不时地会打中几个靶子,不过比较艰巨的任务是识别各个靶子的形状,以及它们彼此相关联的方式,换言之,即学术商谈的标准模态(standard modalities)。本文中的分析建立在学术性学科的社会学(sociology)而非认识论基础上——这些学科通过用来产生它们的内容而非认识论主张的有效方法论,确立起整个领域的有效性。

(一) 法学研究与自然科学

自然科学是法学研究在其形成阶段和形式主义阶段所追求的理想,^[10]其之所以散发着一一种持续性的魅力,是因为它能够产生一些通常认为具有说服力的确定结果。^[11]十有

[8] 例如, Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1979); Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System* (1970).

[9] 例如, Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996) [hereinafter Dworkin, *Freedom's Law*]; Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986) [hereinafter Dworkin, *Law's Empire*].

[10] 参见 Thomas Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U PITT L Rev 1 (1983); Dennis Patterson, *Langdell's Legacy*, 90 NW U L Rev 196 (1995). 正如帕特森(Patterson)所指出的,兰德尔并不真的使用自然科学方法论。不过,他无疑声称他用了。

[11] Frances J. Mootz III, *Desperately Seeking Science*, 73 WASH U L Q 1009 (1995).

八九,“法律可以变成一种科学”,这样的主张总是在一种比喻性的意义上受到理解,但是仔细的考察却会削弱这个比喻。重要的问题是,自然科学的论述本质上是描述性的而非规范性的。它源于这样一个前提,即存在一个“就在那儿”的真实世界,其独立于有意识的人为控制。有关这个世界的规范性陈述将会是无意义的,但是描述能够产生这个世界的行为模式,这个模式具有公众可理解的融贯性水平。至少,这是专业的自然科学家的有效前提(working premise)。^[12] 这在哲学基础上是可挑战的,但是,作为关于科学家信念的一种社会学观点,因为其在我们的认识论怀疑确立之前,因而它在今天仍然是对的。

法学研究与自然科学的差异,首先就在于它所采纳的规范性目的。作为一个几乎是必然的结果,这种差异来自于我们当下对法律本身的观点。形式主义者的科学抱负是基于这样一个想法,即法律原则“就在那儿”,不受有意识的决策者的影响,同自然科学原则一样。因此,形式主义者认为,法学研究的任务就是要描述这些原则,然后建构完全依赖于这些原则的规定(prescription)。但目前没有人认为真的如此,不管某人的法律理论是什么。现代法学家认为法律就是公共决策者(可能还有其他人)有意识决定的产物。因此,并不存在固定的现实,而是一个持续性的过程,通过这个过程,处于某一职位的人作出决定;直白地说,法律是被创造的,而不是被发现的。这种观点(sentiment)导致了根据学者们自己关于法律或公共政策的看法,提高那些决定质量的规范性努力。

法学研究和科学研究间的另一个主要差异在于,自然科学所依赖的外部信息是由数据构成的,而法学家们所依赖的外部信息则是由事件构成的。与事件不同,数据的显著特征在于,它是由研究它们的学科所产生、定义,并赋予重要性的。^[13] 首先,数据是一个消极的研究主题,其必须由这个学科本身产生。即便是对那些极为依赖观察的科学领域,比如地理来说,也是如此,在更加强调实验的领域内,这一点更是明显。通过磨碎鲑鱼的心脏,并将其各个部分分别放入离心机中来研究其心脏的化学成分的生物学家,就是在以一种表明其消极、独立特点的方式,处理着外部世界。发现某种新的亚原子粒子,某种新的化学反应或者某种新的恐龙骨骼,这或许是非常重要的事件,但是这是学术研究的产物,并进而与作为研究的一种消极主题的外部现实性观点(vision)相一致。另一方面,司法裁判、立法、行政规章既不是在法律图书馆中被发现的,也不是实地被挖掘出来的,而是由非学术的行为者产生的。在处理这一外部信息的过程中,法学研究必须采取一种回

[12] 参见 Ernest Nagel, *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation* (1961); Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (1959). 这一科学的有效前提观点,是由其批评家提出的。参见 Martin Heidegger, *The Question Concerning Technology*, in *Basic Writings from Being and Time to the Task of Thinking* 319 (David Krell ed., 1976); Edmund Husserl, *The Crisis of the European Sciences and Transcendental Phenomenology: An Introduction to Phenomenological Philosophy* 3-84 (David Carr trans., 1970). 近来粒子物理学方面的发展似乎挑战了这一现实观点,参见 Neils Bohr, *Atomic Physics and Human Knowledge* (1958), 但不用改变科学的方法论,对于本文而言,也不用改变更为重要的原则,即观察结果并不是由有意识的人所付出的努力所决定的,尽管观察结果会受到观察者的影响。

[13] 参见 generally Imre Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes* (1978).

应性的进路。^[14]

其次,科学中所发现的现象的性质,是由这个学科来定义的,不论这一定义包括了发现行为本身,比如亚原子粒子;包括了发现的范围(boundaries),比如化学反应;还是“这是一个新东西”这样一个事实,比如恐龙骨骼。与数据不同,事件来到学科面前时已经经过了预先包装,进行包装的或是它们的人为来源,或是人们观察的某种模式,该种模式比该学科所确立的模式更为宽泛。

将数据与事件区分开来的第三个特征是,前者的重要性是由学者来决定的。是科学家告诉我们,新发现的恐龙骨骼是否不过是一块白垩纪的无足轻重之物,是某个当地博物馆能向来参观的童子军展出的东西,还是它彻底改变了我们对恐龙长相的基本认识。火山爆发可能看起来是一个事件,是独立发生的,并由具有广泛基础的、非科学的意见所界定,但仅仅是一个历史事件;它是否具有科学上的重要性,是由攀爬过火山周边的马格马(Magma)教授及其研究生来决定的。这一过程的某种原理也存在于法学研究中;一份不明确的州法院裁判,或许可以作为司法推理的一项成功而受到赞誉,或者,一份最高法院的司法意见也可能被认为是一场司法哲学的“大决战(Armageddon)”,在这份司法意见被宣布的时候,其深远影响为大法官们所忽略了。然而,更通常的情况是,这份裁判将会正确地认识其自身的重要性,并且通常它会通过该种认识确立起它的重要性。

法律和自然科学间的最后一个差异在于法学研究的非积累性。对于其他学科而言,这已然成为一种嫉妒之源,因为科学实际上在进步,现存的争议慢慢得到了解决,新的洞见可以建立在这些解决方式的基础上。^[15]诚然,托马斯·库恩(Thomas Kuhn)的由科学理解的根本性范式的改变所引起的持续性科学革命理论,已经对这种积累观点提出了挑战。^[16]库恩向发现过程增加了对不成功的现实主义的必要注解,但是他没有反驳这样一个基本事实,即从长远来看,科学共识的范围会扩大,所解决的新问题会愈发

[14] Ronald Collins & David Skover, *The Future of Liberal Legal Scholarship*, 87 Mich. L. Rev. 189 (1988). 参见 Bruce Ackerman, *Reconstructing American Law* 24-28 (1984). “回应性”这个词的这些用法,同本文中的用法是相联系的,尽管并不完全相同。

[15] 正是这一知识积累模型,成为孔德创设社会科学的基础。参见 Auguste Comte, *A System of Positive Philosophy* (1875-1877).

[16] Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (2d ed. 1970). 关于他的这一理论,有着诸多论述,尤其是因为它所攻击的科学观点是如此引人注目,以至于让人感到它不可能是正确的。但是,正如批评者们所指出的,库恩最终还是夸大了他的情况;他所观察到的科学革命也许代表了科学家感知世界的重要转变,但学术研究的性质允许这些改变迅速被规律所吸收,在其进行中的项目或是其社会学理论结构上没有什么显著的断裂。参见 James Harris, *Against Relativism* (1992); Lakatos, *supra* note 13, at 8-101; Harvey Siegel, *Relativism Refuted: A Critique of Contemporary Epistemological Relativism* (1987); Margaret Masterman, *The Nature of a Paradigm*, in *Criticism and the Growth of Knowledge* 59 (Imre Lakatos & Alan Musgrave eds., 1970) [hereinafter *Criticism*]; Stephen Toulmin, *Does the Distinction Between Normal and Revolutionary Science Hold Water?* in *Criticism*, *supra*, at 39. 范式转变似乎表示了一些关键修正,而非大规模的转变。它们的存在表明,科学知识的积累并非一个稳步上升的过程,而是一些进步、删减、错误转向、令人沮丧的僵局的不规则连续过程。

精细、复杂。

科学知识积累的背后,是一种统一的因果关系理论。科学家不仅仅从事一项描述性事业,并且他们也一致认为,他们的事业也包括努力解释所观察到的现象的原因。他们还进一步对哪些类型的陈述可以算作解释达成合意。^[17]从这个视角来看,自然科学并非是一系列学科,而仅仅是包含着广泛主题的单一学科。天文学家和地理学家都共享着相同的基本方法论,他们的领域主要是通过海拔高度上的差异加以区别的。由于需要学习的信息量很大,这阻止了他们从一个领域跳到另一个领域,但是,当他们的领域相互重叠时,他们完全可以以一种在方法论上毫不费力的方式,接受对方的结论并经常使用这些结果。

法学家所缺少的正是这样的理论。他们之所以缺少这种理论,是因为他们并没有在努力描述所观察到的现象的原因,而是在评价一系列的事件、表达价值、规定其他做法。它并不参与因果关系的概念,而这个概念存在于自然科学及其渐进方法的基础上。而且,其并不涉及那类关于外部事实的陈述,这类陈述是可以通过数据来证立和证伪的,通过这一过程,实现了科学知识的积累。

(二) 法学研究与文学评论

另一种为法学研究提供帮助的方法论来源是文学评论,其在诸多方面是与自然科学刚好相反的。“法律和文学”一度指的是描述法律人的文学作品的总称——这项事业是那些接受过法律训练的人,还得是个受虐狂,才会从事的——但是现在已经构成了现代法理学的一个重要主题。^[18]首先,法学研究和文学评论间的比较似乎是非常接近的。文学评论者和法学家都可被恰当地认为是参与了一个解释过程,努力发现既有文本的意义。这一解释性过程或许会试图识别作者的意图,但那仅仅是获得法律意义或者文学意义的一种方式而已;除此之外还有其他许多方式,诸如评价文本对读者的影响,或者它的可能含义的范围,或者它与一组更宽泛的社会态度的互动。所有这些进路在法学研究和文学评论看来并不陌生,并且已经产生了大量著作,可以认为在法学研究和文学评论的情况中,这些著作很大程度上是反应性的(reactive),很大程度上是非积累性的。它们的出发点是学科外部所产生的著作,它们的特征和边界是由其人类创作者界定的。它们的成果是非积累性的,尽管它们依赖于一种知识和感性的大背景。这两个群体的学者给自己规定的

[17] 这是否是因为科学家正处于确定现实世界的真实本质的过程中,还是由于他们成功将自我说服模式投射于他们的实验所产生的偶然现象之上,这都尚待论辩。参见 Paul Feyerabend, *Against Method* (1974); Kuhn, *supra* note 16; Lakatos, *supra* note 13; Bruno Latour, *The Pasteurization of France* (Alan Sherdan & John Law trans., 1988); Nagel, *supra* note 12; Popper, *supra* note 12; Hilary Putnam, *Reason, Truth and History* (1981).

[18] 参见 Ronald Dworkin, *How Law is Like Literature*, in *A Matter of Principle* 146 (1982); James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning* (1984); Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, 60 *Tex L Rev* 527 (1982); Sanford Levinson, *Law As Literature*, 60 *Tex L Rev* 373 (1982); Richard Weisberg, *Theory into Text: A Literary Approach to the Constitution*, 20 *Ga L Rev* 939 (1986).

任务是评价而非解释；他们并不掌握任何因果关系理论，并不作出能通过经验主义方法证立或证伪的陈述。

尽管文学评论和法学研究间具有类似性，但是许多学者还是认为，这两个领域不可避免地因如下事实而分开：法律涉及政治权力配置，即法律会对我们的生活造成直接后果，而文学作品则不会。^{〔19〕}先暂且放下这个取决于某一关于法律和文学真正性质理论的棘手论辩，^{〔20〕}在这些学术领域的目的中仍存在一个基本差异，该差异在学者对其研究主题的立场中。文学评论理论采取一种本质上非规范性的立场。评论者并不向作者提出如何创作一个更加现实主义的章节，或者构想一个更好情节的指导，而法学家会指导法官如何解释先例，如何使用社会政策，以及如何推理得出他们的结论。目的上的这种差异，来自于法学家和文学评论家对研究主题截然相反的态度，这种对立可以从参与（involvement）和尊重的性质上体现出来。

参与是这样一种关系，在这种关系中，学者的努力潜在地影响研究主题。在这个术语的这一意义上，文学评论并不参与到它们所解释的文本之中。当代批评家所感兴趣的诸多作者都达不到世俗的要求，文学作品总体上的创作并不被认为是一个理性的过程，能够通过学术论证得到改善。因此，并没有向文学文本的创作者提供规范性论证的切身需要，这么做也不会有什么意义。

对于法学家而言，情况几乎是相反的：他们不可避免并且热情洋溢地参与到了他们的研究主题之中。他们将法律视为是国家决策者的审慎行动，可以认为这些国家决策者受到了他们所阐述的学术论证的影响。在这种情况下，规范是一种自然的并且相当有吸引力的商谈模式（mode of discourse）。^{〔21〕}

在取代了法律学者的参与感之后，文学评论家之于研究主题的关系可以被描述为是一种尊重。文学评论家认为一部著作之所以值得学术性的关注，是因为他们尊重这部著作，因为他们能够从中发现意义或灵感。^{〔22〕}人们只需要想象一部学者并不尊重的学术性著作——比如说《哥特式浪漫》，其封面是一位迷人的妇女，穿着一袭薄如轻纱的礼服，拥

〔19〕 参见 Richard A. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988); Robert Weisberg, *The Law-Literature Enterprise*, 1 *Yale J L & Human.* 1 (1988); Robin West, *Adjudication Is Not Interpretation: Some Reservations About The Law and Literature Movement*, 54 *Tenn L Rev* 203 (1987).

〔20〕 一个差异较大的观点，参见 Sanford Levinson & J. M. Balkin, *Law, Music and Other Performing Arts*, 139 *U Pa L Rev* 1597 (1991). 作者们为其他学科所能提供的教训提出了充分理由，但这些教训是在一个非常一般的层面上起作用的；其实，他们传达了一种后现代的情绪。并不清楚这些其他学科能否为法学提供一种方法论。

〔21〕 当然，有一些法学研究主题缺乏参与感，诸如古代罗马法，或是现代沙特阿拉伯法。正是在这些情形中，法学研究失去了能作为其标志性特点的规范性，变得更类似于文学文本解释。

〔22〕 参见 Terry Eagleton, *Literary Theory: An Introduction* 1-16 (1983); Stanley Fish, *Is There a Text in This Class?* 147-173 (1980); Frank Kermode, *The Classic Literary Images of Permanence and Change* (1975).

抱着一位躺在满床鲜花中的黑头发男人——就会意识到,这不会是一部文学评论著作,而是相当不同的著作,比如说《“哥特式浪漫现象”的社会学研究》。换言之,评论家假定了一种与这部所考虑的著作间被马丁·布博(Martin Buber)称为“我和你”的关系(I-Thou relationship)。^[23]本质上而言,他们认为这位作者也许是一位天才,或至少是个有天赋的人,他们的立场就是要解释和评价他的著作,而不是完善他的著作。

法学家则通常不会这样,对于他们所分析的裁判或制定法,他们所采取的都是一种“我和它”的关系。在内心深处,法学家常常认为他们可以做得比法官更好。因此,他们决定某一特定司法意见含义的解释性工作,经常是先于规范性陈述的,这些规范性陈述所衡量的是文本含义的可取性。正如查尔斯·科利尔(Charles Collier)所表明的,这对“法律与文学”的事业来说是非常致命的,而这只有通过以下方法才能得到改善,即将法官看成是诗人,并赋予他们一种人为创造的智力身份,这种身份一直以来被他们的作品所掩盖。对于大多数学者而言,法官的研究是有待改进的,而非考察模糊之处或难以理解之处所揭示的深层次含义的对象。诚然,在大多数标准的法学研究著作中都有解释性元素,但是规范性元素的增加,以及这一元素对描述性特征的影响,将法学研究与文学评论区别开来。

学者的解释性努力和规范性努力之间的关系,是由文章所面向的裁判者层次所决定的。如果它针对某个特定裁判向其作出者作出指示,将其余世界作为固定背景,那么它就可能会对在先决定或一部适用的制定法采取纯粹解释性的立场。规范性问题是这些决定应当如何得到解释,以及相关决定的作出者是否正确地解释了在先决定或者成文法。或者,一篇文章也可能是面向整个司法制度的。在该情况下,它可能会想要规范地谈及所有相关决定,但是它可能会以一种纯粹解释性的方式看待这些决定所依赖的制定法条文。不仅仅是法学研究包含这些额外的规范性元素,而且这些元素的内容产生了某一特定种类的受使用的论辩性解释。另外,现代的法學文章经常依赖于根本性的社会政策考量。在这种情况下,就不存在纯粹解释性的讨论,并且解释只会被用作规范的基础。

一种由詹姆斯·博伊德·怀特(James Boyd White)、^[24]罗纳德·德沃金^[25]以及斯坦利·菲什(Stanley Fish)^[26]提出的略微不同的主张是,法学家和法官构成了一个单一的解释性共同体,这个共同体一起定义了法律。不管这个观点拥有什么价值,它并没有让法学家更接近于文学评论家。文学评论家也可能构成了一个解释性共同体,但该共同体并不包括作者,即文学评论家的研究主题的创作者。事实上,文学的现代“解释共同体”进路的整体问题在于,作者的意图和内部的思维过程是不清楚的,因此评论者,也即读者必须自己解释意义。但是,“法官和法学家作为一个解释性共同体定义了法律”的观点,必定

[23] Martin Buber, *I and Thou* (2nd ed. 1958).

[24] White, *supra* note 18.

[25] Dworkin, *supra* note 18.

[26] Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (1989); Stanley Fish, *Anti-Professionalism*, 7 *Cardozo L Rev* 645 (1986).

取决于它们间紧密的文化关联,以及它们相互理解的能力。正是这样的关联,才产生了法学家的参与感(involvement)以及他们的进路相应的规范性。

有人可能会主张,即便不是对著作的作者,至少对它的读者而言,文学评论也是规范性的。这当然是现代诠释学理论(modern hermeneutic theory)的观点,其将评论视为是帮助读者解释意义的方式,而非一种向读者揭示真正的、既有意义的方式。^[27]但是这种规范性或许只是类似于法律实践者的著作;它面向的是使用者——不管他们的角色多么具有创造性——而不是创作者。事实上,法学研究的规范性将它与文学评论显著地区别了开来。这两个领域间的相似性对于阐明的目的而言,是有用的,但任何赋予它更实质性影响的努力,可能因以下因素而失败,即法学研究中的规范性特质,以及它所暗示的在根本上缺乏尊重。似乎没有理由可以解释为什么法学家会认为法官或立法者是既定的(donné),为什么他们会认为明显的错误是有意为之的,或者为什么他们会认为模糊性是一项优点,能够展现出一片意义或想象力的新图景。

文学评论的这种非规范性特征常常抑制它的反应性和非积累性,从而进一步将其与法学研究区别开来。这种回应性的减少来自于文学评论内生的重要性标准。是评论者决定哪些著作值得关注,而不是作者本人,也不是《纽约时报》畅销排行榜所反映的大众意见。这些对重要性的判断具有一种累积特性:解释某部著作的恰当方式永远不会真正地确定下来,但“这部著作值得一读”这个事实已经是一个共识问题。诚然,作者的名声有涨有落,勤勉的评论家偶尔会让他们的同行相信某些受到承认的经典著作是值得遗忘的失败作品,而某些之前不知名的小说可谓“小《战争与和平》”。但随着时间流逝,文学评论会趋于稳定,伟大文学的通常标准也逐渐成型。

采取这种态度意味着一种标准——某种美学标准,按照这个标准,文学作品被判断为值得推崇的或伟大的。对重要性的判断之所以是累积性的,是因为这个标准对于评论家而言的作用,就好比因果关系之于科学家的作用那样;它为评价学术作品所依据的标准的共识,提供了一个基础。当然,评论者没有办法证立或证伪他们的结论。因此,他们只能选择的累积性过程,完全取决于评论家的共识,这是一个民主原则,其比经验结论的权威性要弱得多。如前所述,本文的讨论是一项描述各个学科的基础实践特征的努力,从而免于受到后现代主义者的批评。然而,近几年来,“标准”的概念已经吸收了如此众多解构主义的粗暴对待,以至于这整个概念都染上了某种不正当的气息。但这一争议的大部分都承认对重要性的判断是可能的,只是在争论已经形成的标准判断所依据的标准是什么。^[28]

[27] 例如, David Couzens Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics* (1978); Richard Palmer, *Hermeneutics* 194-253 (1969).

[28] 例如, Henry Louis Gates, *Black Literature and Literary Theory* (1984); Arnold Krupat, *Ethnocentrism: Ethnology, History, Literature* (1992); Elaine Showalter, *A Literature of Their Own: British Women Novelists from Bronte to Lessing* (1977); Erlene Stetson, *Black Sister: Poetry by Black American Women, 1746-1980* (1981).