

博观
译丛

Jules L. Coleman

The Practice of Principle

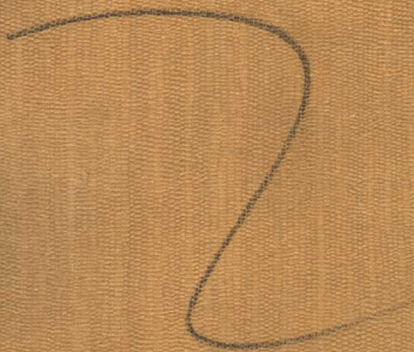
In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory

原则的实践

为法律理论的实用主义方法辩护

[美] 朱尔斯·L·科尔曼 著

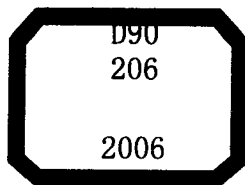
丁海俊 译



大抵专门之学，非博观约取，其论说必不能详；非极深研几，其精蕴必不能罄。此固非积数十寒暑之功，不能有所成就。

——沈家本·法学名篇序

博观
译丛



Jules L. Coleman

The Practice of Principle

In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory

原则的实践

为法律理论的实用主义方法辩护

[美] 朱尔斯·L·科尔曼 著

丁海俊 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

原则的实践/[美]科尔曼著;丁海俊译. —北京:
法律出版社, 2006. 10
(博观译丛)
ISBN 7-5036-6662-5

I. 原… II. ①科…②丁… III. 法的理论—
研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 109847 号

©法律出版社·中国

责任编辑/袁 方

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10.125 字数/285 千

版本/2006 年 10 月第 1 版

印次/2006 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

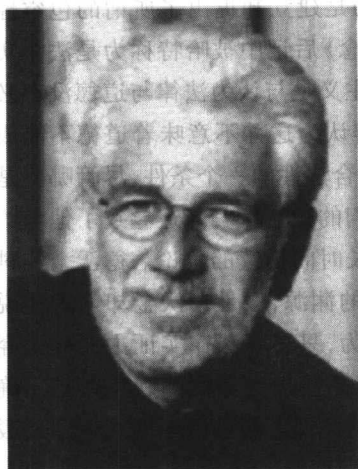
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6662-5/D·6379

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



Jules L. Coleman

[美]朱尔斯·L.科尔曼

朱尔斯·L. 科尔曼 (Jules L. Coleman), * 耶鲁大学卫斯理·纽科曼·霍菲尔德法理学教授和哲学教授, 鲁特格尔斯大学 (Rutgers University) 哲学访问教授, 米兰的布康尼大学 (Bocconi University) 经济分析法学访问教授, 纽约城市大学校长和教务长专家顾问。

朱尔斯·科尔曼在纽约城市大学布鲁克林学院获得了哲学和经济学 B. A. 学位, 在洛克菲勒大学获得了哲学 PHD 学位, 在耶鲁大学获得了 MSL 学位。他被认为是美国最重要的法律和政治理论家之一, 用他的著作更新了法理学和矫正正义的全部领域。他的研究集中在几个相关领域内。主要著作有: 《原则的实践——为法律理论的实用主义辩护》(2001)、《风险与过错》(1992)、《市场、道德与法律》(1988)、《法律哲学》(1992) 等。

* 这篇学术小传乃科尔曼教授自己撰写, 附在他与译者通讯交流的电子邮件当中。译者的原来想法是要教授为本书的中文版写一篇序言, 一方面向中国读者介绍本书的内容, 另一方面介绍作者自己。因为, 对于中国学界来说, 科尔曼和他包容性法律实证主义实在是太陌生了。但是, 也许是理解的问题, 拟或是译者表达的问题, 他的回信中这篇名为序言 (preface) 的东西, 却实为学术自传, 无法作为序言来用, 只好放在此处, 供读者参考! ——译者注

在法理学领域,他经常被赞誉为是建立和提出了所谓的包容性法律实证主义,该观点在《法律的概念》后记中被哈特称为是法律实证主义的最好解释。尽管法律实证主义是与认为法律与道德没有必然的联系的观点相连的,科尔曼论辩认为这并不意味着道德不能成为合法性的条件。相反,道德可以是合法性的一个条件,尽管哪些是合法权威的道德原则是基于关于它们的社会事实。这导致了他与约瑟夫·拉兹和罗纳德·德沃金之间长时间持续的争论。德沃金和科尔曼都同意道德原则可以作为法律的渊源,但是德沃金却认为这说明实证主义不能是正确的。拉兹认为,只有在法律实证主义被抛弃的情况下,德沃金认为道德原则可以是法律的渊源的观点才是正确的,所以,他认为道德不能成为法律的渊源。科尔曼在回应这些反驳时指出,法律实证主义的定义性特征不是认为法律与道德分离,而是认为法律被获得(to be approached)是根据造法特性(law-making property)以及法律实证主义的核心是那个认为造法特性是社会惯习性地确定的(fixed conventionally)。法律实证主义不是一个关于什么可以被解释为造法特性的理论;而是一个关于那些特性(不管它们是什么)是如何被固定或确定的理论。2006年,科尔曼在牛津大学的H. L. A. 哈特讲座发表演讲,在演讲中他廓清和捍卫了这种法律实证主义的重新界定(recharacterization)。

科尔曼教授也因提出了侵权行为法的哲学研究而获赞誉。在他的论文:“论过错制度的道德论证”(On the Moral Argument for the Fault System)和“正义和违法所得”(Justice and Wrongful Gain)发表之前,法律哲学家几乎全部聚焦于刑法和宪法。最好应该把科尔曼侵权行为法看做一种矫正正义制度,在该制度中那些没有履行适当界定的对他人的注意义务的过错行为人(wrongdoer)应当承担赔偿义务——如果他们因没有履行那个义务而损害了他人受保护的利益。他的著作《风险与过错》(Risks and Wrongs)呈现了他解释侵权行为法与矫正正义之间关系的初次尝试。在这本书中,他还提出了一个关于矫正正义和分配正义二者关系的观点。他的重要论文“灾害与不幸”(Mischiefs and Misfortune)解释了侵权行为法是如何以表达分配正义和矫正正义二者之

原则的方式把某些人的不当行为与他人的不幸联系在一起的。在美国,他被认为是—个领军式理论家和最著名的侵权行为法之道德理论支持者。最近,他被任命为新《侵权行为法杂志》主编。

在美国,有许多理论家通过经济分析研究法律。按照经济分析观点,法律最好被看做是被设计用来促进一种有效率的资源分配方式,或是通过最大化共同财富,或是通过减少损失。受过博弈和决策理论训练,科尔曼曾经把他的部分研究集中在经济分析基础上以及其在法律不同领域的应用方面。他曾经写过一些著名论文,提出关于法律研究之经济方法的基础问题,包括“效率、拍卖和交换”(Efficiency, Auction and Exchange)和“效率和财富最大化”(Efficiency and Wealth Maximization)。他在这方面最著名论文是“福利的基础”(The Grounds of Welfare)。

那些以经济方法研究法律者传播了以一般理性选择来研究人类规范生活的方法。许多人把这个方法应用在分析政治科学和投机政治理论上。科尔曼对这些领域也有贡献。他曾经写过几篇论文,质疑了理性选择理论应用于政治科学的范围,其中最著名的是“自由主义与民主”。他曾大量写作关于理性选择方法应用于投机政治哲学的局限。他对戴维·高瑟尔“经由同意的道德”(Morals by Agreement)的批评性评论文章“道德与理性选择”被广泛认为是对政治哲学之谈判理论方法最重要讨论。他也许在这个领域非常知名,因为他的论文“竞争与合作”,论证了尽管标准的理性选择理论把集体或合作行为理解为是对竞争失败的一种解决,同类的观点可以被用来说明竞争是对合作或者集体行为失败的一种解决。把人类规范生活看做是一种有时会采用一种竞争制度的合作努力之主题深深影响了他在该领域的所有作品。他目前感兴趣于建立新的模型来理解合作和那些把团体概念重新引入到与优越社会科学方法论相一致的社科研究。

他的全部学术兴趣在于社会科学的哲学研究,包括但不限于法律。

序

本书扩展了1998年秋天我在牛津大学 Clarendon 法律讲座上所介绍的观点。被邀请出席这些讲座代表着我职业生涯所体验的最高荣誉。我希望本书能够证明 Clarendon 学术委员会对我的信任。我在牛津大学做了三次讲座:第一次是关于侵权行为法的;第二次是关于法理学的;第三次是关于法理学的某些理论方法的。本书延用了那些讲座的框架,但是在每一个讨论中都有了深思熟虑的扩展。三个1个小时的讲座以某种方式已经变成了十二讲了。

被哈特的《法律的概念》所滋养,从德沃金的《认真地对待权利》和拉兹的《实践理性与规范》开始思考,作为约尔·费因博格(Joel Feinberg)的学生——我很明显已经撞了鸿运——在法律哲学的非常时期对其发生了兴趣。哈特在我们每一个人身上都留下了印记,他对我影响遍布本书。费因博格、拉兹和德沃金的影响也是非常明显的。受过哲学训练的读者将会觉察到其他一些影响:特别是 Wilfrid Sellars, W. V. O. Quin, Issac Levi 和 Donald Davidson。因为本书不仅是对法律哲学一定范围的实质观点进行辩护,而且还捍卫了我称之为实用主义的一种法律理论具体哲学方法。它是一种与那种该

术语被当代法律学者所使用的方式毫无关系的实用主义；然而，其却深深地置根于分析哲学之美国进路的独特特征之上。

我的全部职业生涯就是提供教育实践。我写作与其说是为了解决问题不如说是为了满足自己对事物的理解。许多人在帮助我理解那些吸引我的哲学问题上都起到了重要作用；但是，没有谁比我的学生对我的影响更大。我为他们的成功和他们微笑着走过我身边而感到巨大的骄傲。我所能做的就是感谢他们，因为我从他们那里获益良多，并因此，作为表达感激之情的方式我将本书献给他们。

有几个人曾经读过本书草稿的部分或全部，我从他们的评论中受益非浅。我要特别感谢 Scott Shapiro, Mark Greenberg, Kenneth Himma, Arthur Ripstein, Ben Zipursky, Andri Marmor, Wil Waluchow, George Fletcher, Charles Sabel, 以及 Brian Bix 等对草稿的评论。Chuck Sabel 对该理论工程有着很深的理解，对它的兴趣比我的还浓，这激励着我，特别是在我自己兴趣和信心不足的时候。Scott Shapiro 对于本书第二部分的每一议题的讨论几乎都有影响；而 Mark Greenberg 对本书第一部分详细而精细的评论则深化了那些讨论。Chuck、Scott 以及 Mark 都没有完全同意这些讨论，但是他们的批评性回应对于我推进这些理论的发展却至关重要。

把本书献给我的学生，却很难一一列举以前的学生和朋友每个人对这个理论工程的具体贡献，我从他们那里获益良多。但是，强调 Stephen Perry 和 Scott Shapiro 的贡献却是适合的。尽管我在本书中讨论了 Stephen 关于法律哲学方法的本质问题观点，但是却没有人比 Stephen 所做的更加引人注目。也没有人所做的工作比他更促进了我在侵权行为法方面的工作。那里，我们拥有着更多的共同基础，但是我们之间的不同意见也迫使我重新思考，有时候抛弃自己的某些观点，另外一些时候则在回应他的反驳时更加深化了某些观点。而且，我们的友谊是更加重要的；我无论怎么感谢他都不为过，因为在困难时候他给了我力量。自从写作“消极和积极实证主义”，我就持续涉足法理学领域，到了耶鲁大学非常有规律讲授的时候才思考它，我也曾对它失去兴趣。Scott 不仅重新点燃了我对它的兴趣，并在过

去的5、6年时间里教会了我关于他的和我自己的法理学观点,比在此之前我从所有的学生那里学到的更多。Scott 有着独特的嗓音,以及与其年轻所不相符的理解力和成熟;对讨论的拓展和对知识的渴望不仅达到了不知疲倦的状态,更是达到了无可匹敌的程度。另外,他还有着保证自己头脑正确审视事物的巨大优点,这使得他以这种方式成为可靠的朋友和同事,而许多我们学术上的“朋友”经常最后被证明不是这样。我有很多伟大的老师:Donald Davidson, Joel Feinberg, Guido Calabresi, Wilfrid Sellars 等。但是,他们当中没有人比 Scott 教给我的更多,也没有人比他更能使我清楚自己已经透彻地理解了什么。Scott 的影响如此之大,以至于很难确定他的贡献会在哪里结束而我自己的从哪里开始。对于任何阅读本书的读者来说,可以确定的只有 H. L. A. 哈特对我有更多实质性影响。

我认为自己是优秀作者,特别是在处理困难的和技术性的问题上。然而,我的学术生涯中第一次把自己的著作交给了职业编辑:Eric Cavallero。与 Eric 一起工作很受启发、很欢愉,而且还能学到很多东西。关于我的观点,比起自己单独思考,在我们进行编辑工作时我学到的更多,我确信这个过程有助于深化本书的讨论。另外,本书在观点上繁复而苛刻,如果还有可读性,甚至偶尔有可享受性,那应当归功于 Eric。如果该讨论仍然是无说服力的,作者自负其责。

我的妻子:Mimsie,为了这些讲座伴随我到了牛津,在准备第一次讲座时就全力支持我,就像她从一开始就全力支持我和我的家庭一样。她对我的唯一要求是让我在听音乐时关掉录音机或在弹吉他时关掉扩音器;她也曾乞求我在做其他事的时候不要唱歌。她高效而井井有条地处理家务。

我也要特别地感谢我的助手 Alieta-Marie Levesque,感谢全体职员和耶鲁法学院的校长办公室,尤其是校长 Anthony Kronman,他是一个忠实的和永不言弃的朋友,也是我学术努力上的慷慨支持者。

我也希望能够找到一种方式来感谢 Sidney Morgenbesser 对本理论工程的贡献,但是事实上他只字未读。然而,无论何时,只要想起我为什么从事哲学——为什么充满激情和责任,又为什么如此兴趣

盎然,以及为什么哲学家是诸多幽默和伤感的源泉——我都会想起 Sidney。每一个认识他的人都会毫无疑问地以这种同样的方式想起他。即使他对本书只字未读,他的灵感也遍及本书全部。

我的家庭、朋友和许多同仁知道我喜欢摇滚、爵士和蓝调音乐。我还是一个短小的和不定期的音乐专栏文章作者。在这一点上,我试图说服牛津大学出版社编辑并出版这些专栏文章的一部分,连同几个更加严肃也许不够娱乐的,但是可能有学术声望的文章。尽管我愿意支付额外的印刷成本,但是牛津已经拒绝了。因为某些原因,该出版社一直声称他们需要维护专业声望。这些专栏文章的不适当性包括在一个严肃学术作品中赞美了“讽刺爵士”专家 Isotope 217 和 Liquid Soul,或者是不知名的蓝调音乐人像 Honeybee Edwards 和摇滚乐手像 Chills 和 Yo La Tango。我确信那是 Britney Spears Conspiracy 的全部(现在是一个组织的有前途的名字)。

我是一个急于求成,但还与成功无缘的蓝调音乐吉他手。蓝调音乐的伟大之处在于:歌曲是围绕很少的基础形式与和声而创作的。并且,有几个蓝调音乐曲调是一个演奏蓝调音乐的人所必须演奏的。每一个人都学习这些曲调;没有谁会因演奏这些曲调或者将对这些曲调的演绎作为自己的保留曲目而感到困难。蓝调音乐的学生要做的只是不要自己跑调,创作新的歌曲结构,并希望漫无目的浏览乐谱时撞见妙趣横生的创意。我想以同样的方式成为一个哲学家。法律学术迷惑和困扰着我,只是因为太多的人任意地反复重复而没有理解他们所利用的原理的基础。引用我最喜欢的摇滚歌手 Graham Parker 的话:“他们制造了许多噪音,但是他们什么也没说”。真正的哲学家不仅知悉他们的原理的来龙去脉,而且将其内化。他们不会因为那个事实,即哲学在一个重要意义上没有什么是新的而感到不安。他们也不会因为从事或者重复从事相同的主题而感到尴尬。把好的哲学家同其他哲学家区分开来的不是他们发明了新的范例。在那个立场上,在西方文明史中,只有大约一打好的哲学家——最多。好的哲学家就像是好的蓝调音乐乐手。伟大的蓝调音乐演奏者首先让我们清楚地知道他们在演奏一曲蓝调音乐——类似的参照到处都是,

和弦音阶被描画出来——然后他们开始以非比寻常的,有时是使人畏惧的方式围绕和通过类似的有联系的音节演奏,然后再把我们又一次带回到此种类似的音节,如此,加深着我们的理解和把我们早已知道的那些当中固有的非比寻常的可能性展现给我们。以这种方式,他们在工作的时候始终展开该音乐的形式。哲学也有点类似于此。其并不是通过神秘化我们的体验来教育我们,而是阐明我们所参与的实践,澄清着我们对于自己所作所为的理解。如果越是能够使得我们做的更好,那它本身就越好。就像蓝调音乐,好的哲学家洞察人心、触摸灵魂,将痛苦转化成为快乐的形式;唉,太大声地或者是由某些无耳无心于它的人来演奏,其只能使人的耳朵嗡嗡作响和头部晃动而已。

没有大量好朋友和优秀的哲学家与我分享他们的思想与时间,我是无法完成这本书的。没有我的妻子 Mimsie 和我的孩子们 Jesse、Jeremy 以及 Laura 也是无法想象的。我热爱我的工作,我更珍爱我的家庭。

朱尔斯·L. 科尔曼

康涅狄格 纽黑文市 (*New Haven, Connecticut*)

目 录

1 序

1 导论

11 第一部分 侵权行为法与矫正正义

13 第一讲 实用主义方法

26 第二讲 双边主义

41 第三讲 功能与解释

60 第四讲 一致性

76 第五讲 整体论与解释

89 第二部分 法律的可能性与规范性

91 第六讲 指引与遵守

100 第七讲 社会惯习命题

134 第八讲 包容性法律实证主义

155 第九讲 权威与理由

173 第十讲 实践差异命题

191 第三部分 法理学方法论

193 第十一讲 法律内容、社会事实和阐释性实践

222 第十二讲 规范性和自然主义

272 索引

300 译后

导 论

在本书中,作者介绍并试图保持两种不同的争论,目的不仅是为法律实质问题的某些理论观点辩护,也是为了通过举例来澄清在这些实质问题上一种方法论上的方法——即以哲学实用主义为基础的方法。如此界定这种方法,作者并非是想与当今美国法律学术界时髦的“实用主义”保持一致;也并非表明作者借以使用的是普通意义上的“实用主义”的方法来避开理论分歧(eschewing theory)。相反,作者所使用的实用主义,首先是一套关于理论的语义学内容和判断标准的术语。当然,你可以不必作为实用主义者来为作者在书中推崇的任何一种主要的实质观点辩护,实用主义也并没有为作者(在本书中)的辩护留下特别的支持,并且作者也希望证明将此种方法进行严格检验是有价值的。本书第一讲就介绍了此种方法的基础内容。

在事物的实质性方面,本书涉及三个重要主题。在第一部分,作者支持那种将侵权行为法的核心理解为体现矫正正义的观点。在第二部分,作者为实证主义内的一种版本进行了辩护。在第三部分,作者为被称为(被哈特和他的批评者们所误导的)“描述性法理学”的观点进行了辩护。在每一种情形下,作者发现将作者所支持的观点与相关

的不同观点进行比较是非常有帮助的。在第三部分,透彻并上乘的反对观点是德沃金的“阐释主义”以及既具规范性又自然主义化(both normative and naturalized)的法理学。作者非常尊敬所有书中所提到的理论观点(无论是作者所支持的或反对的),当然作者也没有对其中任何一个进行全盘否定式的论辩。实际上,作者都是在相关的地方提到它们,并将它们视为对本书意欲深化的论题有益的参照。

第一部分的论点发展了作者早期著作:《风险和过错》(*Risks and wrongs*)中的观点。作者不想在此详细论证一种特殊的矫正正义的观念。^[1] 第一部分的中心不是关于法律的一个部门——侵权行为法的解释的更多一般性问题,作者将区别三种不同的解释:概念性解释、(因果)功能性解释和阐释性解释。作者提出了一个关键问题:经济学分析是哪一种解释?并且,作者试图说明矫正正义解释是哪一种解释。在《风险与过错》一书中,作者没有明确说明作者关于侵权行为法的解释是哪一种,但读者不应当将其理解为德沃金意义上的阐释性解释。在本书中,作者明确表示了与阐释性解释不同的观点,即矫正正义的叙述是一种关于侵权行为法的概念性解释。

考虑到一项普通法上的侵权行为法诉讼是人类设计的一种社会实践,其目的是为人的利益服务。所以此种诉讼经常会导致对侵权行为法律制度的阐释性解释或功能性解释。如果侵权行为法的核心元素是那些以其为中心的概念,诸如行为、义务、违反、原因和损害,那么一种概念性的解释将能够用公认的侵权行为法的功能来解释这些概念的内容。^[2] 经济学解释经常试图通过将侵权行为法的概念

[1] 对此,请参阅作者在出版《风险与过错》(Cambridge: Cambridge University Press, 1922)之后的几篇论文。特别是“损害与不幸”(Mischief and Misfortune), (与 A. Ripstein 合作) (*Mc Gill Law Journal*), 41, (1995. 12) 91 - 130 和“矫正正义的实践”, 载于大卫·G. 欧文(David G. Owen)主编的《侵权行为法的哲学基础》(Oxford: Clarendon Press, 1995)体现了作者关于矫正正义的本质是一种道德理想、其与分配正义的关系和其在社会生活中的地位等问题的实质观点。

[2] 此种解释也将说明法律的那些功能为什么出现在法律之中。当然,我们可以按照各种各样的标准将法律制度进行区分,例如,按照它的结构、实体规则或程序规则。

简约为那些反映经济效率产出功能的术语。这样,这些术语就成为经济学分析的牢固基础,人们一旦根据“成本正当化之预防”(cost-justified precautions)明白了过错或不合理危险的概念,就不再需要了解其他概念。过错概念的内容曾根据其与一种法律功能的经济分析理论关系而详细论述,但作者认为此种关于侵权行为法简约概念的分析是失败的。此种概念简约,例如过错,并没有认真考虑其法律内容;并且,此种概念简约还留下了许多像义务等没有得到解释的概念,而这些概念乃是侵权行为法的核心内容。

然而,学界还存在着其他种类的概念性解释,矫正正义的解释就是其中之一。它们声称不用简约概念的方式,而是通过辨别出与核心概念紧密相连的原则和由这些原则所保证的实践推理来解释侵权行为法。侵权行为法本身就是一个实践推理的体系。最典型的是,原告应当提供证据并进行辩论来支持其各种陈述。其中最主要的是要证明其所受的损害是法律所通常承认的;被告违反了其对原告负有的义务;因为违反了义务,被告的行为导致了原告所受的损害。如果原告证明了其陈述,那么一种实践推理就被认为是应当保证的,也就是说,被告应当赔偿原告所受的损失。请注意那些在审判中的基础概念:过错、损害、责任和修复等,正是这些概念组成了我们侵权行为法的审判实践。作者所坚持的,什么是矫正正义的原则的观点,是想清楚表明它们之间的相互关系和它与责任推定之间的关系。在此种意义上,矫正正义的原则在侵权行为法中是以效率原则的方式体现的,很明显这不是我在第二讲所坚持的观点。换句话说,经济分析的失败,一是因为它是对侵权行为法核心概念内容简约了的解释;二是因为它是对在概念的相互关系中反映出的实践推理体系的解释。每每在矫正正义使这种关系清晰的地方,经济分析都会使人困惑不解。

在第三讲,作者又回到了那种认为侵权行为法总体上来说是为特定目的服务之人类实践的观点。如果经济学分析作为简约的概念分析和作为说明在侵权行为法中体现出的审判推理体系的工具方面都是失败的,那么我们也许应当将经济学分析看做是侵权行为法的

社会学解释或者功能性解释,而不是任何一种概念性解释。我们熟悉进化生物学的功能性分析。例如,心脏的功能是供血,这一点说明了该器官的许多个性化特征;同样,豹子的身上有斑点的事实可以解释为是为了使其成为更有效的猎手。在这种标准解释下,功能经常被用来解释一个体系的存在、延续和形态,仅仅是因为在解释与被解释者之间存在着某种相应的因果关系机制。没有此种因果关系机制,一种公认的功能性解释就仅仅是“事实就是如此”(Just So Story)的断言。作者认为如果被理解为因果功能性解释,那么侵权行为法的经济学解释并没有超出“事实就是如此”的水平。它并没有为其所声称的侵权行为法能提供最佳预防(尚不存在具有说服力的实践数据)的观点进行辩护;更重要的是,它无法提供一种因果机制来解释说明侵权行为法公认的结果或作用的事实是如何影响侵权行为法的存在、延续和形态的。

也许理解经济分析的最佳方式是将其视为德沃金所称的“阐释性解释”的一种。按照这种理解,把风险减少至最佳水平被认为是侵权行为法之功能的观点是解释学意义上的黏合剂,它将侵权行为法的各种因素结合在一起并将其以最好的方式展现出来。然而,作者认为经济学解释并不比阐释性解释高明多少,因为其并没有将侵权行为法中的各种迥然不同的因素结合起来,相反经济效率却使这些因素变得让人费解,还导致了它们因相互关联而显得更加难懂。更糟糕的是,效率并不是一种伦理道德的合理性或吸引力很明显的论点或假设,所以我们将讨论集中在此种解释的诸因素上。顺便提一下,许多论述该主题的文章并无可取之处。

也是在第三讲,作者回应了一组重要的反对观点。这些观点认为,矫正正义的解释作为一种侵权行为法的解释至少在两个方面不能令人满意。首先,在解释侵权行为法为什么对一些特定的导致损害的过错行为课以侵权责任时,矫正正义解释并没有明确指出何种过错必须课以侵权责任。在这种意义上,矫正正义解释是形式主义的和空洞的,它的内容需要由其他的理论进行填补。即使并非空无一物,那它至少是不完备的,而此种不完备导致了它的不足。这种公

认的矫正正义的空洞甚至表明,法律的经济解释可以为作为一种矫正正义在侵权行为法中所实践的第一次序义务提供一种补充解释。作者对这些反对意见一一进行了回应,解释了为什么矫正正义解释即不是空洞的,也无须一种补充的解释而对侵权行为法进行一种充分的解释。

可以说,经济学解释尽管并没有令人信服的解释任何东西,但它对许多东西的解释并非毫无可取之处。它展示了一种特殊的一致性。与之相对照,矫正正义的解释并没有比我们侵权行为法的实践多解释或者澄清什么——如果不是什么也没澄清的话。如果是这样,那这种理论就可能是古怪的或者说是存有疑问的。毕竟,那些构成侵权行为法的概念,如责任、损害、过错行为、赔偿等,在我们的法律和道德社会中都是常见的。难道我们不希望那些控制着这些概念之间关系的原则也适用于其他同样也是由这些概念构成的领域吗?在第四讲,作者解除了这种担心,通过证明矫正正义关于侵权行为法的解释不仅阐明了侵权行为法,还阐明了我们的矫正正义制度与分配正义之间的联系;帮助理解,为了更一般地明了生活不幸的成本而对公平的需要。

矫正正义统治着在侵权行为法的判决推理体系,并在那种意义上解释了它。同时,作者认为,侵权行为法的实践本身也有助于填充我们矫正正义概念的内容。^[3]在第五讲,作者回应了一种显而易见的挑战,即这种实践与原则之间的双向(two-way)关系是可客观化的循环(objectionable circular)。第一部分对矫正正义与公平之间的关系和像作者及作者的生活一样的那种自由主义理想与公平之间的关系得出了一个临时结论。

第二部分将倾力讨论正在进行的法理学家之间关于法律本质和如何理解其规范性的争论。在第六讲,作者指出了后面论述的几点特征。其中最为重要的一个体现在三组相关问题之中:(1)什么是法律权威存在的条件?如果不预先假定,我们将如何解释法律权威的

[3] 作者第一次介绍这种想法时称其为“矫正正义的实践”。