

法律今典译丛

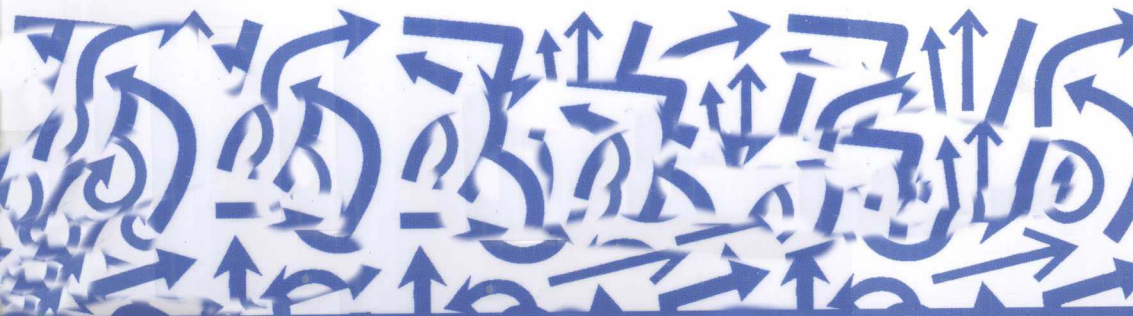


理想、信念、态度与法律

从私法视角看待一个公法问题

Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law
Private Law Perspectives on a Public Law Problem

〔美〕圭多·卡拉布雷西(Guido Calabresi) 著 胡小倩 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律今典译丛



Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law
Private Law Perspectives on a Public Law Problem

理想、信念、态度与法律

从私法视角看待一个公法问题

〔美〕圭多·卡拉布雷西(Guido Calabresi) 著 胡小倩 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号: 01-2010-6660

图书在版编目(CIP)数据

理想、信念、态度与法律:从私法视角看待一个公法问题/(美)卡拉布雷西(Calabresi, G.)著;胡小倩译. —北京:北京大学出版社, 2012.2

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-19996-1

I. ①理… II. ①卡… ②胡… III. ①法学:经济学-研究
IV. ①D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第277658号

书 名: 理想、信念、态度与法律:从私法视角看待一个公法问题

著作责任者: [美]圭多·卡拉布雷西 著 胡小倩 译

责任编辑: 王 宁 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-19996-1/D·3029

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京世知印务有限公司

经 销 者: 新华书店

965mm×1300mm 16开本 14.25印张 183千字

2012年2月第1版 2012年2月第1次印刷

定 价: 29.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

弗兰克·W.艾布拉姆斯讲座系列

献给莫里斯和尤金尼·克罗斯比·泰勒

中文版序

圭多·卡拉布雷西

21 世纪将继续目睹一个既多姿多彩,又源远流长的文化大国——中国的崛起。中国的经济成就举世瞩目。而传统、现代,甚至舶来价值观在当今中国的交融汇合同样令人惊叹。这些成就必然带来诸多深刻的挑战。中国法制如何处理由对立信仰与习惯产生的纠纷?法律应在多大程度上以牺牲制造成本为代价,保护农民工的社会福利?法律如何协调经济现代化与传统文化的保护?立法及司法机关是否应考虑因时代迅速变迁而于人们之间蔓延的焦虑、失落感?一言以蔽之,谁将从变迁中获益,谁将承受变迁的负担;中国将变成什么样的社会?

法经济学作为一门学科正日渐为中国法学界所认同。大量的中文著作、选集以及译著已采用这一方法分析法律问题。与他们的西方同仁一样,中国法经济学家必须在正义与效率问题上进行持久而激烈的争论,方能使法经济学的正当性获得普遍承认。

正是在这一背景下,我希望《理想、信念、态度与法律》(以下简称《理想》)能与中国相关。本书写作之时,正是法经济学于美国发展壮大之时。效率、成本收益分析、效用最大化等概念遍布美国法学界。《理想》一书承认法律的一项重要任务是在对立的利益群体之间分配稀缺资源,然而它从根本上有别于法经济学的诸多其他派别,比如芝加哥派的法律的经济分析。与其直接运用经济学原

2 理想、信念、态度与法律

理,《理想》突出了法律与理想、信念之间的互动。本书认为法经济学并非某种“科学”概念,但凡通过效用最大化之成本收益分析的法律规则即为理想规则。相反,本书承认信仰与态度影响合理性等法律概念,法律也必须始终回应我们希望让谁更富或更穷这一问题。基于这两种原因,完整的成本收益分析必须考虑理想、信仰、态度等因素。

《理想》一书探讨了法律、政治、社会制度以及文化价值观与信仰之间复杂的动态关系。在此过程中,本书也澄清了对法经济学的一些误解。法经济学不仅关注财富最大化,还可以——而且必须——吸收“法即正义之规则”的传统理念。我真诚地希望中国的法学教师、学生以及任何阅读本书的广大中国读者发现本书的观察分析有益、有趣。

前 言

ix

艾布拉姆斯讲座系列为丰富雪城大学 (Syracuse University) 的学术生活增添了一个新的重要元素。由圭多·卡拉布雷西主讲的一九八二系列在广大师生中间激发了浓厚的兴趣。

艾布拉姆斯讲座系列由埃克森教育基金会赞助,以纪念已故的弗兰克·W. 艾布拉姆斯,埃克森的前身美孚公司(新泽西)的总裁与雪城大学信托董事会的主席。

艾布拉姆斯先生是雪城大学一九一二届学员,毕生倡导扶持高等教育。他是助学金理事会 (Council for Financial Aid to Education) 的发起人之一,曾任福特基金会教育促进基金 (Ford Foundation's Fund for the Advancement of Education) 主席,并且是艾尔弗雷德·E. 斯隆基金会的信托人之一。

艾布拉姆斯先生利用教育和标志性的法律先例,让美国商业界意识到对私立高等教育提供经济支持的必要性,是这方面的重要先行者之一。艾布拉姆斯先生曾为这一讲座系列慷慨捐资,对讲座的成立功不可没,因此用他的名字命名讲座格外妥当。

我要对艾布拉姆斯讲座系列筹划委员会的成员致以特别的谢意。筹划委员会的负责人是马克斯韦尔公民与公共事务研究生院院长格里斯·S. 伯克黑德。与伯克黑德共事的有副校长兼宪法学教授迈克尔·O. 索耶、管理学院院长 L. 理查德·奥利克、法学教授厄内斯特·I. 怀特、理查德·D. 施瓦兹、雪城大学信托董事会

x

2 理想、信念、态度与法律

主席克里西·J. 威汀以及埃克森教育基金会主席罗勃特·L. 佩顿。

雪城大学校长

梅尔文·A. 埃格斯

谢 词

xi

这本书编自于1982年3月我在雪城大学所作的五场弗兰克·W. 艾布拉姆斯讲座。我感谢雪城大学的梅尔文·埃格斯校长以及马克思韦尔学院的格思里·伯克黑德院长邀请我作这些讲座,让我有机会将我很久以来就想付诸文字的思绪与想法整理出来。1980年我在华盛顿大学作了杰西—约翰·丹兹讲座,讲座的基础便是其中某些想法的雏形。1982年夏,公共选择研究中心容许我提交艾布拉姆斯讲座的第一稿,以供在自由基金会议上进行详细评论。我感谢中心的总主任詹姆斯·M. 布坎南教授的邀请,以及他在会议上所作的颇有裨益的点评。

我的众多朋友和同事都看了这本书,并对书中的部分内容作了评论。他们的名字不胜枚举。我向他们表示感谢。我知道他们会识别我在他们的指点下所作的修改。我也知道他们会接受我的谢意。

耶鲁法学图书馆的工作人员,尤其是图书管理员兼法学教授莫里斯·科恩,给予了莫大的帮助。我在耶鲁法学院的秘书苏珊·卢奇贝利为这本书,一如她为我的所有作品,付出了非常出色的劳动。她的善良、耐心、高效和欢快似乎无休无止,让我感激不尽。耶鲁法学院的哈里·H. 韦林顿院长在工作上 and 私下里都给予了我慷慨的支持。我很高兴也能对他表示感谢。

xii

我大部分的著作都包含许多学生研究助手的劳动。肯内思·克里斯特曼为这本书作了大量的辅助性研究。我十分感激他。杰

4 理想、信念、态度与法律

米·丝塔尔检查了这本书的资料来源和引注,他迅速、细心,富含幽默感。我也非常感谢他。

最后,我要谢谢我的妻子和我最挚爱的朋友:安妮。

圭多·卡拉布雷西

1984 年秋

于康涅狄格州伍德布里奇

目 录

中文版序 / 1

前 言 / 1

谢 词 / 3

导 论 / 1

第一章 恶神的礼物 / 4

此类信念和态度本身必须被视为恶神的礼物。它们在我们的社会是有价之物,此价值或者源自它们自身,或者因为社会重视保护人们秉持此类信念,免受旁人不受之压力的权利。但此类信念的一个结果是,有人伤亡,有人受苦。因此,我们不得不就理想、信念和态度作出决断:我们希望在多大程度上鼓励它们;又在多大程度上视其为“不合理的”选择,对恶神礼物不可取的接受,进而压抑它们?

2 理想、信念、态度与法律

第二章 合理的谨慎与弱者 / 22

我们社会的传统向来是熔炉传统。这是个优良的传统,因为它许诺(即使有时不兑现)平等。但即使是平等的许诺,其价亦高。“熔炉”一词的弦外之音是,寻求平等的群体唯在熔入炉中之后方可获得平等。因此,平等的基础是新来群体模仿主流群体为人处世的能力。如此寥寥数语即反映其深刻的问题,因为平等遂变成消灭多元文化属性之后的赏赐。在一个希望多元化的社会,这种观念将祸患无穷。

第三章 合理人的信念 / 44

它突出了熔炉丑陋的一面,以现实得露骨的语言——经济与军事负担——宣布:新来者、新信众、新宗教的确能在这片土地上拥有平等,但前提是放弃其信念中与熔炉格格不入的训示,即出于某种原因不属于“宴会”类型的训示。即使新来者的诸多文化特性难逃熔炉之灾,他们的宗教信仰是否亦然也未可知。《宪法》的“不立国教”条款如有意义,不是保护移民群体的宗教信仰免受歧视、压迫,又是什么?它至少能保护此类信仰不被熔化、消解在美国因循守旧的大熔炉中。

第四章 道德感与情感应否予以考虑? / 65

我们可能基于短期或长期的原因,保护宗教信仰以及由劣势或年龄派生的态度。例如,我们可能认定:某一信仰的奉行者即使必须负担损失也矢志不渝,因而得出:令其负担损失不具有成本避免潜力。或者更重要的,我们可能觉得,尽管他们会放弃自己的信仰(因此在短期意义上降低成本),然而这种降低会损害我们《宪法》规定的长远追求。我们可能不愿成为压迫非权威信仰的社会。我们可能坚信,社会的熔炉不应将五彩

缤纷的信念熔化或同化为一组四平八稳、不教不俗的权威观念。

第五章 当理想碰撞时 / 81

当最高法院宣布信仰的真理性无关要旨,即在生命的肇端问题上,反堕胎信仰无论是否真理,都并非我们《宪法》,我们法制的一部分,那一刻,最高法院就使《宪法》不为反堕胎者所容。它向戒备性很高的新兴移民群体宣布,后者的最高信仰和哲学观不是我们法律的一部分,不是我们的根本大法——《宪法》的一部分。它实质上告诉此类群体,无论是非对错,他们的信仰都不获认可,不能跻身我们的权威信仰之列。它用法律判决最激烈的言辞告诉他们,即使现在,即使已对其他所有的同化遭遇逆来顺受,只要还固守自己的信仰,就做不了堂堂正正的美国人。这是一场灾难,因为它导致反堕胎的信徒更加怀疑自己不为美国社会完全接受。更有甚者,它提醒他们,社会的熔炉已要求他们放弃多少自己的价值观,自己的文化传统以换取认同。

结 论 / 107

注 释 / 110

索 引 / 191

译后记 / 208

我是侵权法教师,研究事故以及类似情形。可能这与理想、信念以及法律看上去相距甚远。然而几年前,我从侵权以及我们的法律体系如何处理事故开始,最终变成讨论和著述法律、社会以及法律体系怎样做一些选择和决定。此类选择和决定无法作得体面,更毋庸说好了。我把它称为“悲剧性”选择。¹谁得到稀缺的人工肾脏,我们又如何决定让人工肾脏稀缺?当留守家中比奔赴前线安全得多时,谁被选去参加局部战争?²如某个社会明确或隐晦地决定:不再接受无限制的人口繁殖,哪些人可以生孩子?然而,此类问题都不是在抽象的层面上处理的。我们思索侵权,思索我们的法律如何决定多少人——以及哪些人最可能——会在事故中死去。思索的一个结果便是处理上述问题。³

最近,我还是从侵权开始。我观察制定法怎样逐步渗透到这一历来是普通法的领域,思考侵权法大体上如何对待此类制定法。从这些问题出发,我开始好奇法院和普通法在一个已由制定法和成文法主导的时代所扮演的角色。所有类似思考致使我写了一本书,分析国会立法活动的普遍所带来的政治体制上的变化,呼吁我们关注制定法在法律中日益重要的作用,并据此重新审视我国各造法机构之间的关系。⁴同样,这一讨论并非源自抽象的政治学理论,而是诞生于真实的案例和情境。在此类情形中,法院设法应对制定法在其曾经无缘涉足的领域所产生的影响。⁵鉴于我的研究领域是侵权,此类情形多与事故案件有关。

我想在本书中踏上另一个旅程,还是从侵权和事故谈起。我想做的是试着考量信念、态度和理想在我们法律体系中的位置。但与之前一样,我的出发点并非有关信念在我们法律中的一般地位的理论。我将举例说明侵权法是怎样应对各种信念和态度的,并以此洞察此类因素在我们法律体系中的作用。

在下一章中,我会叙述观察事故问题的一种方式。这种方式将为我们提供一个框架,一个背景,来帮助我们理解我随后将讨论的一些案件。它让我们思考,在我们决定制止某些(而非其他)事故时,真相是什么。在最后一章我们离事故法确实非常遥远时,这种思考方式也会有裨益。在第二章,我将考察我们的法律如何对待因社会弱势地位或身体残疾形成的特殊习性和怪癖态度。对这一问题的考察将带领我们进入第三章,思考事故法如何处理直接源于信念的癖性。届时我将分析一些相当古怪的案子,许多人发现这些案件令人忍俊不禁,尽管它们都涉及人身伤害。所有这些情形都与信仰休戚相关;换言之,当事人的行为在我们看来无法理解,事实上,若非其信仰能为之开释辩解,我们通常会认为它们是疯狂之举。

在第四章,我还将讨论其他类型的态度和信仰。它们并不怪僻,事实上我们在某种程度上都赞同,只是它们似乎未博得法律的青睐。举两个例子。我们如目睹有人在高速路上被撞倒,甚至只是听闻一场可怕事故,便感到痛苦。如果我的手表坏了,我会有种特殊的失落感,因它是我的姑奶艾姆尼西娅·卡拉布雷西所赠*,而我对姑奶的记忆怀有特殊的感情。我将探讨的,便是此类痛苦的情绪和特殊的失落感。

我希望从此类分析中提取到充分的想法和印象,足以使我随后更概括地讨论理想、态度和信仰在我们法律体系中的角色。在最后一章中,我将把此类分析与我在前一本有关悲剧性选择的书

xv

* 原文的人名是 Amnesia,在英文中是健忘症的意思——译者注。

中得出的某些概念放到一起,以此审视我们眼前最复杂,最棘手的有关信仰与法律的问题——堕胎。我并不期待能提出任何解决这一问题的途径,但我会努力观察,我们在前几章讨论的议题如何与这一特殊问题相关联。它们如与这一最棘手的问题相关,那么在其他不那么错综疑难的领域也许更有用武之地。⁶

这是一个漫长的旅程,其中涉及的问题也与诸多其他法律领域息息相关。据此,本书只是观察此类问题的一个视角。其他的视角,因起步的法律领域不同,选择的途径也将大异其趣。在分析堕胎的最后一章中,这一点将尤其明显。我依然觉得,处理此类问题,用普通法的方式从虚拟和真实的案件出发努力往上构架,比从大原则开始往下推演,更为得心应手。我宁愿从某一具体领域的法律(该领域的法律不仅受其自身特有问题的影响,而且受其他领域法律的影响)出发讨论此类问题,并留意由此走到哪里;而不愿试图从抽象的层面解决问题,仿佛自己(或任何人)精通所有法律,并随时能用一套抽象的理论来描述它。此种路径——称它普通法或决疑法⁷(casuistry)悉听尊便——有其危险之处。这是因为,运用此方法的结果,通常是介绍或论证如何解决具体领域,具体问题的论文,而非提倡宽泛概括的著作。有些判决不过反映某一领域的特殊理论需求有待处理,但人们可能对其印象过深,继而误以为某些更普遍的主题在起作用。⁸不过,从一般概念出发处理此类问题同样危险重重,且人们往往熟视无睹。⁹而如果小心运用,普通法的路径所提供的洞见能成为对付上述危险的一剂良药。¹⁰因此,即使没有其他原因,这种路径也能自圆其说。