

ANTHONY G. AMSTERDAM

JEROME BRUNER



MINDING THE LAW

关注**美国**法律

于兆波 李莹 李艳荣/译

How courts rely on storytelling
and how their stories
change the ways we understand
the law—and ourselves

吉林人民出版社

关注美国法律

〔美〕安东尼·G·阿姆斯特丹姆
杰尔森·布鲁纳 著
于兆波 李 莹 李艳荣等译

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

关注美国法律/(美)布鲁纳著;于兆波译. —长春:吉林人民出版社,2004. 1

书名原文:Minding the Law

ISBN 7-206-04349-6

I. 关… II. ①布… ②于… III. 审判—案例—美国

IV. D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 102305 号

关注美国法律 GUANZHUMEIGUOFALU

著 者:杰尔森·布鲁纳

译 者:于兆波 李 莹 李艳荣

责任编辑:刘玉芹 林菲菲 封面设计:翁立涛 责任校对:林菲菲

吉林人民出版社出版 发行(中国·长春市人民大街 4646 号 邮政编码:130021)

全国新华书店经销

发行热线:0431-5382547

印 刷:长春市第五印刷厂

开 本:690mm×960mm 1/16

标准书号:ISBN 7-206-04349-6/D·1325

版 次:2004 年 1 月第 1 版 印 次:2004 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1-2 150

定 价:20.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

- 第一章 旅程的邀请/1
- 第二章 关于范畴/17
- 第三章 最高法院的范畴界定/46
- 第四章 关于叙述/98
- 第五章 法庭之叙述/128
- 第六章 论修辞法/148
- 第七章 论述死亡的修辞法/172
- 第八章 关于文化的辩证法/191
- 第九章 种族、法院和美国辩证法/217
- 第十章 对旅程的反思/247

第一章

旅程的邀请

为开始我们的旅途，我们需要作一些简介。因为我们打算以一种不寻常的方式处理此类事情。与大多数书籍不同，本书将较少地关注于使陌生事物变得熟悉起来，而更多地关注于使已经熟悉的事物再次变得陌生。

我们的意图不是出于某些反常的举动，而是出于对“熟悉产生迟钝”确信，即当我们对事物的思考方法成为例行公事的时候，它们就会从意识中消失，而且我们不会意识到我们正以某种方式思考或为什么我们这么做。如此这样地从事具有内在精华和稍纵即逝的事业，结果会是欠思考的，正像我们日常社会习俗大多机械也例行公事一样。例如，谈话时我们与谈话者之间保持适当距离，对这一点，我们会奴隶般地遵循而不加思考。这要求或者违反距离规则（通常只需我们后退一下），或者像机智的人类学家对“人与人之间的距离”描述的那样，使熟悉者再次陌生，用以援救理所当然之事，并把它重新带回头脑中思考。

法律实践中充满了这样毫不相关的例行公事，充满了“简直不值片刻考虑”的依照规则进行的方式：做案件摘要的适当方式、归档的正确行为、引用先例的重点划线、忠告当事人的正确方式。法典中实质规则也大致上显得明确，通过司法判决的批注而不需要通过全文，显然可以辨别清楚。然而所有这些表面现象都隐藏着缺陷。因为尽管

在将程序事项和固定实体规则简化为习惯的情况下，律师通常会进展得更好，但是出现这种现象仅仅是在事物运行平稳的前提下。而且假定事物会永远运行平稳的律师，将会感到非常惊讶，或通过一生难得一次的能力缺失来体验惊讶。

在六十年代民权抗争时期，我们中的一人在很久以前通过试误法（多数是错误）发现了这一事实，当时他正以未被任命的律师身分，为数以千计的示威者免于逮捕、起诉、攻击和禁令而进行辩护。那次示威中，生还者的见解是，只有在算计好如何解开绳索的情况下，你才能理解绳索：即最高效的律师是这些人，快速地了解当时程序，甚至快速地看出在多大程度上他们会被驳回起诉或被认作胡言而受到攻击。法学理论中的大问题和法律实践中的小事情具有相同之处：司空见惯式的默认使人们不再运用平常的思维方式即质疑其是否无意义，不必要和无用的思考。

因此，本书的体例安排使那些法律思维中公认的规则再次变得古怪起来。为了让意识复苏，我们拟将目标特别集中于法律思潮与实践中的三个普通程序。离开了这些程序，即分类、叙述和说服，律师、法官和法律学生甚至不能工作，哪怕是短短的一刻。

合同与“不值得印刷在纸上”的事物之间的区别是什么？这是一个法律范畴问题。你到法院如何描述所谓违反合同的情况？这是一个法律叙述问题。你用非常不同的声调讲述故事，在违反合同案件中，依赖于你是代表原告还是代表被告，这是一个法律修辞问题。范畴、叙述和修辞，这些是日常生活中法律的材料。

但是法律的生命不是生活在真空中。它是普遍文化世界的一部分。如果法律要为社会中的人做些什么，那么它必须是（而且一定被看作是）其所处文化的延伸或反映。因此，我们最好得探究文化是什么，它如何运行和经过什么中介。

显然，律师不是进入程序的唯一者：但没有人可以离开他们而存在。然而，律师、法官和法律学生的方式是一种专业化的方式，经常在其专业化上故弄玄虚，以显示其令人妒忌的行业中秘不传人的言辞。我们将会用特异性来考察此专业化，但是并不假定他们是独特的，如他们时常想表现的和表示出来的那种独特。因此，我们需要发问，法律分类、法律叙述和法律修辞是如何不同的，而且它们是如何

类似于法律王国之外的类似事物的？

这里，好运在向我们微笑。因为最近许多有深度的研究钻研了普遍存在的、处于法律之外的、总体方面的人类行为。我们处于吸取研究成果的位置：心理学、语言学、人类学，甚至一些看起来遥远的学科，如文学理论、神经病学和计算科学。这是为了对分类、叙述和说服（其专业化构成了法律的生命）过程的基本性质有一个丰富的理解，而且也是为了对文化与上述过程如何互融有一个更深的评价。

在谈到过程的“基本性质”方面，我们不会忽略包括分类、叙述和说服在内的、人类所做之事的关键之处，在某种意义上它们是专门性的，反映人们所扮演的特殊作用，所追求的特殊目的和在社会中所处位置的语境。在这一意义上，对人类的追求不可能给予普遍的描述。但我们不会探求某类“通常的”或基准的描述，以通过比较而对抗律师所做的事情。准确地说，我们寻求一种对可能方法的领悟，在其中人类的追求可望实现，而且法律方式与该图画相吻合。毫无疑问，正像许多不是律师的痛心之事一样，“陷入律师和法律的手中”意味着进入了不同的生活方式。但是在试图理解那是一种什么样的生活方式时，我们应该考虑其周围的方式。而且我们不应该设想，法律是如此的专业化，以致与生活本身是完全相异的、外来的。在这方面，法律必定有点类似文学。或者它要仿效生活，或者生活要仿效它。与生活完全相异的法律是不可想象的，正如文学完全脱离了读者的阅历不可想象一样。

的确，法律有特别的功能、制度和认知。我们所被告知的法律，把我们从对他人和国家的最基本义务的疏忽中、从无休止的复仇循环中、从公共权力的专制与私人激情的盲目中和从软弱与派别倾轧中拯救出来。然而，如果法律全然做好了这些法律事物中的任何一个，它必定通过如下方式而形成的连续性来做好：一种社会中的人们看待社会和自身的方式，一种他们用以分类与理解，用以想像、争论与思索他们是谁、他们需要和想要什么、而且为什么的方式。也因为这一理由，通过考究文化中构思与想像、争论与谈话的其他形式的背景方式，我们可能有许多需要学习，甚至学习那些最为特殊的法律特征。但是为了做到这一点，我们必须再一次去除熟悉性的眼障。

如果我们被说动而考虑的话，那么存在着诸多使熟悉者陌生的方

式。将过去与现在加以并列肯定是一种方式，这是历史学家所钟爱的使思维活跃的方式。但是克利欧这一历史中的缪斯女神有四个不同种类的诗人缪斯姐妹，这不是神话虚构。因为诗人像历史学家一样，辛劳但无情地使熟悉者疏远，尽管他们所用方式不同。他们以明喻与暗喻，诙谐的词句、想像与启发切入我们对世界日常的、迟钝的感知中，而且将我们从常规的陈腐之中引诱出来，甚至强拉出来。在下一章中，我们有时会利用历史学家和诗人，以帮助我们探究。

在我们努力探究分类、叙述和修辞的过程里，而文化亦会帮助我们利用其他的疏远技术。也许人文科学最强有力的技巧是将明显的加以隔离，然后再以一种新的方式使之重新关联。我们会经常地谈到这一点，而且如果某些新的优势之处（由此我们考察法律中的熟悉的仪式）看上去是遥远的，例如我们通过戏剧结构（写作阿伽门农和朱利叶斯·凯撒之死时有经典的运用）的透镜来看待美国最高法院在福里曼诉皮特一案中终结学校隔离时代的 1992 年判决就是如此，那么，那就是唯一以通过远超出法律王国之外的方式而活生生地看到了法律内部未曾看到的东西。

在一定意义上，这一疏远的方法论是我们合作的自然结果。因为，正如读者所肯定注意到的，本书的作者是奇特的一对：文化心理学家和诉讼代理人。这一幸福的不般配要求我们俩在最后的十年里花费大量的精力互相帮助“看清”互不相同的法律世界：当文化心理学家紧紧地往上看之时，他们看清其内部机制；当诉讼代理人从远处看时，他们看到了更大的特征。我们不会宣称这是一个敏锐观察的公式，但是我们保证，这是一个使法律领域的视界更加惊奇的公式。

尽管如此，如果是在俩人独自分享经验的基础上，我们不会或根本不会写作本书。我们写作本书是为更大范围分享的结果：十年的共同教学、处于有才气的小团体之中、面向二年级和三年级非常有见识和悟性的法律学生的研讨会。研讨会的名义主题是“律师理论”：在诡计多端的辩论和案例中、在咨询当事人和谈判中，如何更透彻地理解律师的工作；在判决的案例和狡诈的判决中、在保存和修改法律规则与惯例中，如何更透彻地理解法官的工作。每年结束时，我们要做的工作是体验考察各种各样法律工作的新鲜方式，正像对待持续不断的进展中的文化工作一样。在把学生们束缚于一个普遍的标准的同时

时，又让他们在某种超越标准的程度上去设想和实现可能世界。

而且在从事这一迷人的、准确地说是令人蒙羞的工作中，我们获得了一些教训。例如，尽管我们及我们的学生阅读了大量最高法院判决和大量的人类学著作，结果却经常是，没有任何一个能为我们提供对法律的最生动的洞察。洞察非常可能来自于对埃斯库罗斯戏剧的仔细阅读、对梅尔维尔小说的仔细阅读、对西部非洲民间故事的仔细阅读、或者甚至对旧约中上帝命令亚伯拉罕在摩瑞雅山杀他唯一的儿子以撒的值得纪念之场景的仔细阅读。所有这些都在克里欧姐妹所及范围之内。在阅读法律的同时阅读这些，我们发现了令人惊讶的意识反刍效果。

我们不会假装知道为什么如此，例如，埃斯库罗斯的《哀求者》对恳求庇护的戏剧化冲突，正如最高法院在 1842 年普瑞格诉宾夕法尼亚州的“逃亡奴隶案件”中对州际施行程度的判决一样生动，还有今天非常棘手的“平权措施”问题。或者为什么柏拉图故事《孩子和老鹰》激活了我们及我们学生对当代放逐政策和死刑惩罚法（和两性潜在地对这两个问题的观点）的理解。也许这些效果与俄罗斯形式主义者（如罗马·雅克森和维科特·沙克洛夫斯基）的“疏远”，或历史距离是由同样材料组成的东西。但是反复打动我们的是，由克利欧及其姊妹所形成的判例法不但开辟了通往更广阔领域的可能读物，而且为我们学生准备了人类学和语言学、心理学甚至人工智能的理念。并且到今年旅程结束之时，我们拥有了另一个年轻律师团队，他们认为法律理所当然的能从致命习惯之中完全解放了出来，其次他们能帮助我们避免陷入那一习惯之中。

这一点，超过了其他任何东西，激励我们写作这本书。

但是一旦我们开展工作，我们就面临着职业上的冒险，即人类科学家、法学教授和各式各样的吹毛求疵的批评家对争议行为的反响。一个人能将上述问题都提出来，以达到（像托马斯·纳吉尔所恰当做的那样）“无懈可击的观点”？那的确是我们的意图吗？

几乎不是。毕竟，我们关注的是作为实践的法律，而不是作为抽象的法典及其注释的法律。而且作为实践，法律存在着三个相互关联的特质以对抗我们的上述努力。

首先，法律不是简单的理念系统，而是通过这些理念的中介来记

录其他人类生活的一系列结果。无论一个人多么冷静地分析这些理念，人们对结果的评价将正如分析所独家指出的，作出那种假设是愚蠢的。分析有助于揭露选择的有效性，而且有助于详述理念与结果之间的联系。但是一个人容忍或不可容忍的结果和随后的选择，必然部分依赖于人们关于人类应被以何种方式对待的价值观、信仰和信念。

第二，法律是对抗性的。在关系到大部分法律的主题上占据一个位置就是在战场上占据了一个位置。一个人会或多或少地有意参与战斗，或多或少地公然支持或保护对抗双方的一方或另一方，评述对抗规则的公平性或不公平性；只有对死者，而且是不知不觉地对死者，中立才是可能的。

第三，几乎所有的最为琐碎的法律陈述，（即来自法庭的意见、辩护人的争论、论文、入门书和法哲学、甚至所谓构成相关事实的相关判断，）本质上都是解释性的。对于法律问题不存在逻辑上的唯一解决方法，尽管存在着习惯上的解决方法。法律辩论、规则和理论的制定者及其批评者必须经常决定他们要讨论什么，要说什么，他们要被哪些事物的先见之明所指引。而且，我们也必须如此。

如同我们已经说的一样，本书的目的是探究这种方式：在其中，包括法官和律师在内的人类在进行经营活动中，不可避免地依赖由分类、叙述和说服所塑造的文化过程。因为这些过程在法律中（像其他任何地方一样）是普遍存在的，我们可能选择任一广阔的法律文本来阐明它。我们选择的主要文本是美利坚合众国最高法院的判决，在这些案例中，我们震惊的是法院结果的不公平。这部分原因在于结果看上去不公平（而且部分原因是它们有着广泛的影响，像最高法院的判决），以致值得我们仔细地研究。像任何人都包容在法律中一样，我们确信什么是公平的结果，什么不是公平的结果。这种确信基于人类应如何彼此对待的观点。我们的观点是可以争论的，而且属于当代美国文化中可能产生激烈争论的政治、伦理和法律争论的观点。尽管其可争论性，它们构成了某一法律课题和最高法院的判决，较之于他人，我们对此更感兴趣。我们有选择地加以研究，而且把我们最为感兴趣的其中一部分写了出来。

但是这并不意味着我们写作这些案例的目的是批评其结果。我们使原文服务于仔细阅读；而且阅读会显示最高法院的法官作出了秘而

不宣的范畴选择，或者在没有解释为什么的情况下，选择了一个叙述的、修辞的或文化的方向，而不是选择了另一个方向。我们会毫不犹豫地说，原文的选择缺乏合理性。这样说并不是说选择不合道理的，更不是说法官判决所宣布的结果。对选择和结果进行批评要求标准化的分析（显然包括我们自己的价值和理性的陈述），较于本书主题本身，这构成了一个更为困难的主题。

因此，对“我们将努力站立于战斗之上吗”这一问题，我们的回答是“不”，但是我们也不寻求在此展开一场战斗。我们将会对某些经常用于战斗的工具加以考察性建构。而且这一限制使我们希望阐述清楚的下述两个问题成为必要。

一是，在考察最高法院如何建构其用于战斗的工具时，我们的意图不在于将法官描绘为恶棍或者是英雄。正像我们的目的不是扩展以批评法官的结果，我们也不会扩展以分析其动机。在从坏中区别出好的任一维度上，我们既没有信息也没有能力加以评价，更别说是假装知道这些维度是什么。

二是，在考察作为使用司法战斗工具之例证的法官特殊判决中，我们的意图不在于建议这些判决展示了对工具更多的或不同的使用，而是这些判决可在处于战斗中法官意见的其他方面被发现。相反，我们相信，这些工具为所有有意识形态倾向的法院和法官所使用，而且同一工具为抗辩双方的律师所使用，还为包括我们在内的所有批评家和法律学生所使用。通过增加其可视性，无论何处发现它们，我们希望鼓励对其越来越多的关注；而且如果敏锐的学生和批评家在我们的书中没能发现其大量存在，那么我们会感到震惊的。

因此，我们有一个明确的意识形态论点；而且该论点大大益于我们挑选在随后章节要考察的法律原文。但是我们的主题不是出售我们的意识形态论点，或甚至不是提供一个不同于原文中所反映的意识形态论点，而是为了增强敏锐性和尖锐审查性。如果在这一主题上我们获得了成功，我们相信，在我们的意识形态倾向影响了对分类、叙述、修辞和文化的解释或使用方面，读者会与我们保持一致。

以下是随后各章的大致梗概：在法律存在的地方，因而也必然存在范畴（分类）。因为法律以范畴的方式来限制可容忍程度，或更经常的是不可容忍程度。因为人类的想像不可能考虑到可能违法犯罪的

所有多样性，法律需要范畴系统来降低多样性。因此，无数普通的和不普通的、潜在的伤害复仇诱惑在以例如“有吸引力的惹人讨厌行为”的红字名义下加以处理；而且法院必须一个案例接一个案例地判决，法庭里的伤害复仇者的确是一个有吸引力的惹人讨厌行为，或者不是。有些范畴（例如“自由”范畴由宪法的正当程序条款保护），在简明标签之下把握其“定义”属性，人们不会感到有巨大困难，而且在参考一系列先例的前提下，其只能被诱惑准许那样定义。但是像用于标明法律规则界限的词汇不断地被精炼一样，像在遵循先例原则之下抽象理念的逻辑演进一样，也像由持续的故事讲述者编织一个连续故事一样，一系列先例应如何被理解？典型的法律词典是一本范畴详述的手册，但几乎没有一本确可依靠。更令人惊讶的主要是，法律范畴的本质没有被加以研究。

在随后一章中，我们察看一下近些年来在认知心理学、人类学和语言学中出现的范畴划分（分类）理论。它毕竟属于现代心理学认知革命所抛出的“范畴问题”。它也是一个范畴的发问，即关乎哪儿的范畴，人类学家的还是土著人的？这会将人类学带入现代。这是罗马·雅克森的极其重要的贡献，他提示，在语言的任何阶段无论音素、词汇还是句子，范畴规则对于意思圆满是关键性的。

在人类科学中，该项新工作的责任是（有点过于简单化），范畴是在头脑中形成的，而不是在世界中发现的。范畴基于对特定需求的反应而产生。特定需求既来自于人类认知的本性（即人类会有比可能反应事物更多地区别事物的那种能力，例如我们能够区分数百万种色彩，但是为了使用我们将其减少为数十种色彩范畴），也来自于人类文化中共同生活的限制（例如家族与非家族之间的区别，或私人与公共财产的区别）。这样合适的发问就变成功能性的：范畴在总体上服务于什么功能？和任一特定范畴系统服务于什么功能？我们像我们所做的那样创造出范畴，证明它们经常以奇怪的方式出现是正当的，而且通过经常可疑的程序将事物放入范畴中或不放入其中，这是为什么？分类是如何将我们引入困难和错误之中的？在考虑了这些问题之后，我们在第二章通过考察法律分类（如乱伦范畴）的方式加以总结：法律范畴，甚至像乱伦这样被如此高度指控的范畴是否有特别之处。

第三章是前一章的姊妹章。我们在本章中的进展不是通过提供法律分类大纲的方式，而是通过仔细阅读分类问题在其中起决定作用的、两个最高法院判决的方式。我们首先看一下首席大法官伦奎斯特在密苏里州诉杰肯斯一案中的判决意见，他认为低级法院在堪萨斯市解释公立学校种族隔离方面的努力走得太远。案件最终表明他将低级法院的分类归为一个禁止性的“区际法律救济”，但是正像我们将会看到的，首席大法官通过吸引人地巡视其他分类提议来安置本提议并将其带回的方式从而得以行进。

我们对杰肯斯案件判决的阅读不会制止这样强烈批评首席大法官的分类方法的表达。的确，在我们看来，该案充分表明首席大法官伦奎斯特的意见没有面对种族隔离救济的核心问题，而只在其周围（低级法院为废止堪萨斯市种族隔离而形成法律救济的特殊分类问题，将密苏里州学校区域作为“区际”而不是作为“区内”）。而且当阅读到第九章时，读者会再次认识到我们的观点，杰肯斯案件代表了最高法院从布朗诉教育委员会一案中里程碑式的废止种族隔离判决向后退了一大步。

这将我们带回到我们已经提出的一个问题：达到或甚至立志达到中立立场的不可能性。不可能完全中立地考察最高法院的判决。要尽力做到那一点，需要考虑到所有可能的方式：法院可能对案件中的问题加以分类，在诉讼的背后可能已告知了这个故事，可能已经展开了辩论，而且可能已经回应了美国文化中竞争的张力。但是要完全进行这一分析，人们也需要考虑从法律和政治角度考虑所有可能问题的所有人。但这种演绎已超越了普通人的能力。

因此，当我们阅读第三章和第九章首席大法官伦奎斯特对杰肯斯案件的判决时，我们的偏见有时候会展示的非常清楚，有时候不清楚。即使当我们的批评只针对一个判决的特殊叙述性解释、或者为了精炼措词要点、或者针对实体性主张推进方式的时候，我们的论点将会引导我们通向谈论的主题。因为写作，无论是关于爱的还是关于法律的，无论在小说中或是散文中，都与戏剧无异，为了生动而设计，不只是简单地中立性告知。而且当有些作者立志从戏剧而非别的进一步后退之时，就我们而言，我们希望达到的最好距离是采取希腊合唱队的姿态，评论着过去的场景，但依然属于戏剧的一部分。

现在看一下第三章的后半部分。在这里，我们考察了斯卡利亚法官在迈克尔·H. 诉杰拉尔德·D. 一案中判决的关键性分类步骤。他判决道，生父和其与他人妻子私通所生孩子之间的关系不属于宪法第十四条修正案正当程序条款中“自由”范畴，与州法律的干预不矛盾。迈克尔·H一案将会为我们提供一个观察法律分类和法律叙述之间紧密相关的较早的机会。斯卡利亚法官有意或无意地不是从法律中得出了他的概念，而是从一个古代的、几乎是关于通奸的神话故事中得出，其先驱是关于兰斯洛特、吉纳维尔和亚瑟王的经典故事。我们考察了这个故事的细节，而且试图放入斯卡利亚判决的叙述性句子中，从而在其中理解他有关叙述性选择的范畴。因为通奸不单单由法律法规来定义；其正规的替代形式从思想和叙述的古老但恒变的习惯中获得生命。正是通过考察古老但依然显现的叙述习惯，我们可能完全鉴赏吉纳维尔传说在塑造斯卡利亚法官对通奸描述方面的能力，而且或许还有本案麻烦的主角的命运。在迈克尔·H一案中，不仅对宪法第十四条修正案“自由利益”和州的特权存在争论，而且对我们赋予结婚、忠诚和人类契约的含义的叙述形式也存在争论。

在接下两章中，中心焦点是叙述。为什么在分类之后是叙述呢？因为我们相信，迈克尔·H案件中暴露出来的两个过程之间的联系不是偶然的。当你查究范畴来自何处时，你会很快地认识到它们几乎从来不是任意被建构的。在典型意义上，它们来自于更大范围的、更具包容性地看待事物的方式，即或者来自于有关事物的理论，或者来自于有关人类环境及其兴衰变迁的叙述。理论是根据原因和结果对事物的说明：闪电击中了畜棚，并使之着火；特殊的毒液进入血流，并引起免疫系统的破坏。从这种类型的理论中，我们可获得有益的范畴，如“自然灾害”和“有毒的行为者”。

叙述是不相同的，不仅是通过力学和化学的原因和结果结合在一起，而且还通过斗争着的世界中人类意图和有目的行为的游戏，如成功和失败、战胜和战败而结合在一起。叙述并不与理论相冲突，只是与之相反；这两者是不相称的。（尽管如此，正像我们在本书后面将要看到的，叙述可能化装成理论，或反之亦然。为了达到说服的目的，在特定场合，一个或另一个可能被推定为更具权威性；而且实现伪装是修辞的首要职责之一。）“善意努力”是一个汲取于叙述的范

畴；“黄金机会”和“勇敢的家伙”等是如此。“有意忽视”、“告知的同意”和“预谋的恶意”等也是如此。

因为许多法律范畴起源于叙述，所以我们在第四章从总体上考察了叙述的本质，在随后的第五章中，我们聚焦于处于运行中的司法决策。我们专心于叙述的另一个原因是（或者也许是同一原因的仅仅不相同的表达），诉讼作为英美法系普通法传统的一个决定性立法程序，其关注的中心是竞争着的故事与推定为法律要点之间的适合问题。这就是我们通常在过程中进行的东西（通过当人们考虑到过程的神秘性时，的确令人震惊的、自信的、简单的方式），律师称之为“将法律适用于事实”。

第四章设定舞台，概述了我们从文学理论、语言学、古典作品、心理学、编史学，甚至从圣经注释角度理解的叙述。叙述由什么构成；对由它构成的“事实”，它能做什么；即使当它被公认为虚构时，叙述如何尽力推行其价值和其现实性？在第五章，我们再次查看了阐明最高法院意见的案例：在1842年普瑞格诉宾夕凡尼亚州案例中，斯多瑞法官的经典意见；在1992年弗里曼诉皮特案例中，肯尼迪法官的多数意见。这些案例处理的是种族和联邦制度问题；而且在传统的法律分析看来，尽管它们不存在表面的关联之处，但当揭露其叙述结构时，我们提出它们可进行有益的比较。

在这两个案例中，传统的但隐含的叙述结构进入到外在的司法规则形成之中。但是叙述的选择是完全不同的。普瑞格案例在其司法权内关注的是国家权利，反对奴隶绑架者的绑架和运输，以保护自由的黑奴。宾夕法尼亚州实际上被否决了那一权利，因为它对南部蓄奴州索回逃亡奴隶的干预被认为是不可容忍的。斯多瑞法官表明法院判决的意见引发了历史性的叙述，即标志着蓄奴州和自由州之间在创始人制宪会议上达成的《神圣保护和平协议》的破裂。我们发现这一叙述甚至在迫近混乱的危险之前就已存在，而且需要强大的中央集权来避免这一危险。弗里曼案例处理的是乔治亚县学校委员会在继续执行法院宣判的废止种族隔离救济方面的职责问题。这里有大量有关过于强大的、中央集权危险的叙述，伴随着的是人类努力不能停留于本性力量之外的主题。这些叙述用于证明启动由布朗诉教育委员会而引发的终止学校废止种族隔离努力是正当的。随后在本书中（第九章），我

们回到这两个案例中，考察包括人种在内的宪法问题的宣判中，辩证游戏的基础是什么。特别是观察竞争着的叙述框架或“教条”在宪法学说的潮起潮落中是如何被唤起的。

在有关叙述的两章之后是有关修辞的两章（第六章和第七章）。这需要一些预备性的解释。并不是像现在这样修辞超出了本书的位置：远远超出它。但是分类和叙述当前经常被这样对待，好象两者都关注于妥当或者不妥当地“表现世界”，而且人们可能也会问对于这一点，修辞必须做些什么，或者就那点而论，即就司法判决（从第二章到第五章我们已进行了基本的法律关注）而论，修辞必须做些什么。

我们相信，较之于有效表现世界上“超脱”事物的努力，或甚至较之于“超脱”事物应如何运行的逻辑严密概念的表达，存在更多的是法律分类、法律叙述和司法意见。而“更多”主要是有关修辞的：在世界上的事情应如何运行从而竞争的情况下，或可争论的情况下，我们的论点胜过他人的方式，而且要证明那些论点对我们自己和他人都是正当的。因为在法律部分领域是竞争的王国，当然这是为什么在教规之间我们看不到矛盾的原因，教规指令律师避免不诚实，同时提倡为了当事人的缘故而具有党派的忠诚。而且如果不是律师和法官持续不断地努力隐藏竞争的感情的话，法律王国甚至在更大的领域是可争论的，这如此地令人恐惧，因为制度的脆弱性被不断地论争着。双方的争论实际上在进行着，而且为避免更广泛争论的伪装和反伪装都是修辞的诉讼战场。

修辞能使为当事人服务的律师（还有服务于由忠诚拘束他们的任何事物的法官）证明其分类的正当性，并以一种游刃有余于确认讹传和承认的对当事人地位不利（或可疑增加）之间的语言形式来讲叙他们的故事。这是一篇微妙的演说，充满了暗示，通过断绝丝毫浅薄断言的方式使之绝缘于反驳的危险，还通过在许诺边缘用模棱两可语言加以粉饰的方式使之防范于后院起火的风险。

在第六章，我们考察了那些微妙修辞的形成。我们在语言学和语用学的领域中将那些问题看作是言语行为理论、格里斯的合作箴言、合理化条件和假设，所有这些都是为了洞察的观点，即如何使“现实”在演说中被表达，从而使其更具说服力、更加可信、更加无法抗

拒。我们不可避免地再次访问了修辞学家所用工具（或者，如果你与修辞学家论争，可称为“骗术”）的古老课题。在随后的第七章中，我们考虑了这些工具如何被用于决定生死攸关的问题：我们分析了在麦克莱诉凯姆普一案中鲍威尔法官的多数意见，该案中最高法院通过五票对四票而判决：存在于乔治亚州法院对谋杀罪判处死刑的种族偏见示范样式是一个与宪法关注无关的问题。

我们将麦克莱斯基案件的判决作一修辞力量的研究，它既模糊了问题的难点，也模糊了可用以处理的一系列可适用选择。种族问题可能影响到美国被判处死刑的犯罪凶手的选择，而法院通过语言学消除了任何担心的原由；它通过语言学加强了将死刑处罚作为公共安全措施的国家必需权力；而且它通过语言学将允许司法审查死刑判决结果上的种族差异和允许州政府运用死刑这两者置于进行“不是一就是二者”选择的地位。在美国倾向死刑的公共情感是五十年来最高的时候，尽管其余世界大部分该处罚的使用或者下降或者越来越具争议性，但有趣的是，麦克莱斯基案件判决不仅塑造争论点，而且发现因而产生的权衡反而容易解决。它可能是这种情形吗，即人们分类、叙述和运用修辞来赋予世界和判决以意义的方式受文化的影响，而且法官在造法和司法判决时也反映了这种影响？离开了它们在其中运行的文化因素的考虑，此类行为能被理解吗？

如此的发问引导我们在第八章中考察文化的本质和运行。本章由对现代人类学文化概念争议地位的回顾而展开。人类学家在以下问题上分野，或认为文化应被视为一系列为了社会公共生活的平常交换而提供合意范式的制度安排，或认为文化应被视为为社会成员分享的思维、感觉和信仰的总体方式。但是即使粗略地看看不同文化的描述也很明白：两种描述方式（由外而内的制度描述和由内而外的主观描述）都是必不可少的。而不管是单独的制度安排或主观共享都不能捕捉人类文化的非同寻常的复杂状态。

因此，我们建议将文化看作两者间的相互影响，即两者间的辩证法：由社会的制度形式设置的范式和必须更大程度上依赖制度安排的社会成员丰富想像力创造出的可能世界。在深层意义上，文化的范式由可能世界（我们也称之为抽象空间）的共同想像产物而带来问题。然而，在抽象空间内，文化容忍可能世界；它们甚至从“边缘”制度