



当代法学名著译丛

法理学问题

原著 波斯纳

翻译 苏力

中国政法大学出版社



当代法学名著译丛

法理学问题

原 著

波斯纳

美国芝加哥大学法学院前教授

美国联邦上诉法院法官

翻 译
王 岳

美国芝加哥大学法律博士

中国政法大学出版社

1994·北京

(京)新登字 185 号

法理学问题

FALIXUE WENTI

原 著 波斯纳
翻 译 苏 力
出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路 41 号 * 100088)
责任编辑 丁小宣 贺卫方
承 印 国家统计局印刷厂
经 销 新华书店
版 次 1994 年 7 月第 1 版
印 次 1994 年 7 月第 1 次印刷
规 格 850×1168 毫米 32 开
印 张 20.5
字 数 520 千字
印 数 3000 册
定 价 27 元
ISBN 7-5620-1326-8/D·1278

Translation of: THE PROBLEMS OF
JURISPRUDENCE by Richard A. Posner
Translated by Su Li
Published by China University of Politics
and Law Press
41 Xue Yuan Road, Beijing 100088, China
The original copyright informations
as follows:
Copyright ©1990 by the President and
Fellows of Harvard College
*Library of Congress Cataloging-in-
Publication Data*
Posner, Richard A.
The problems of jurisprudence/Richard A.
Posner.
p. cm
Includes bibliographical reference.
ISBN 0-674-70875-X(alk. paper)
1. Jurisprudence. I. Title
K230. p665p76 1990 89-26781
340-dc 20 CIP

本译本的翻译和出版已获许可
中文版版权属当代法学名著译丛编委会

“当代法学名著译丛”

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知识界崇尚

法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到1839年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于1864年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针措施。从1877年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到20世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：(1) 有代表性的理论流派的主要著述，(2) 有典型性的政法制度的精辟评介，以及(3) 有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是1970年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量）；不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿1970年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们，都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为

限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 谨识

追求效率的法理（代译序）

季卫东

“法与经济学”不仅在美国影响日隆，而且在中国也方兴未艾，俨然成为“脱意识形态化”时代的学术时髦，但其实它并不是价值中立的。对于“法与经济学”而言，效率性就是价值，就是一种法律意识形态。这一点在波斯纳身上反映得尤其清楚。

波斯纳 1939 年出生于纽约。他在耶鲁大学念完本科后考入哈佛法学院并以优异成绩毕业。他于 1963 年取得律师资格，紧接着从事法律方面的实际工作，过了 4 年才开始学者生涯，先后到斯坦福大学和芝加哥大学任教。1969 年，年方“而立”之年的波斯纳升任芝加哥大学法学院正教授。3 年后，他发表了第一本代表作《法律的经济分析》，同时开始编辑《法律研究杂志》——这份杂志与稍早创刊的《法与经济学杂志》一起促成了“法与经济学”研究学派的形成和发展。从 1981 年起，波斯纳转任联邦上诉法院第七巡回法庭的法官，至今为止一直致力于把自己的理论付诸审判实践，并且从处理案件的经验中提炼和发展自己的理论和司法改革设想。他的著述极其丰富，除了本书和《法律的经济分析》（1977 年第 2 版）外，重要的专著还包括《反托拉斯法——经济学的视角》（1976 年）、《正义的经济学》（1981 年）、《侵权行为法——判例及经济分析》（1982 年）等。

“法与经济学”研究的出发点可以追溯到 1960 年代初，以卡拉布雷西（Guido Calabresi）发表论文《关于风险分配和侵权行为法的思考》（1961 年）和科斯（Ronald H. Coase）发表论文《社会

成本的问题》（1960年，但由于杂志刊行耽搁实际发表在1962年）为标帜。1970年，卡拉布雷西的专论《事故的成本》由耶鲁大学出版社刊行，这是一项划时代的成就，“法与经济学”的方法论基础由此而奠定。“法与经济学”的研究从整体上说具有这样的特征：淡化法官的内在视角而使外在视角彻底化；放松法学的正义标准而使效率标准占优势。但是因为对效率的看法不同，其内部又分为两派：耶鲁学派比较注意正义和衡平对于效率性的制约，采取规范分析的手法，以卡拉布雷西为代表；而芝加哥学派则把效率性强调到极限，采用实证分析的手法，以波斯纳为代表。正因为这种效率绝对主义的立场，波斯纳成为美国法学界最有争议的人物，他的论述总是引人瞩目而又毁誉参半。

一、“经济学帝国主义”的倾向

以数学武装起来的现代经济学理论给人以具有“普遍性”的科学的印象，使得社会及人文学科中企图确立自己作用“科学”的地位的其他部门纷纷导入经济学手法。其中当然不乏富于真知灼见的精采之作，但也难免混有一些故弄玄虚吓唬人的玩意儿。有人把经济学向其他领域入侵和渗透的这种现象称为“经济学帝国主义”。可以说，波斯纳就是“经济帝国主义”在法学界的化身，因为他在适用经济学手法的广泛性和把效率作为法律解释的指针这一价值前提的彻底性两个方面都有登峰造极的表现。至今为止波斯纳发表的一百多篇论文和十本专著几乎涉及了所有的法律部门，似乎要告诉人们经济分析的手法可以应用于一切法律问题，甚至包括亲属法这样通常被认为与经济学的思维最无缘份的领域。1980年代后半期以来，他把性、文学批评与法以及形而上的法理

学也纳入了研究的范围。而贯穿他的所有著述的基本立场是：法可以理解为导致个人采取的有效率的行为的诱因体系；对法的评价标准是促进效益最优选择的效率性。美国许多法律家对“法与经济学”抱有嫌恶情绪的原因，主要归结于这种把效率作为排他性价值的观点上。

效率性是理解波斯纳理论的关键概念。它包括以下一些前提和内容：（1）“经济人”的作为法律主体而采取合理行为的前提。行为的合理性根据两个指标来衡量，一个是选择的内在统一连贯性，另一个是私利的最大化（p. 382，原文页码，即本书边码，下同）。（2）法律决定应该使受益方在补偿损失之后仍有残余利益的前提。它是从经济学的帕累托优越和最优的假说演变而来的，以个人可以财物和服务支付的货币评价之和作为衡量指标。这一前提也称为“财富最大化假说”。波斯纳认为普通法在很多方面可以满足财富最大化的交易要求（pp. 356ff.）。（3）把财富的最大化当作伦理基准的前提。波斯纳为了与功利主义划清界限，对效率与正义的统一进行了说明，从事先的合意和补偿的角度分析了以财富最大化为法律目的的正当性。值得注意的是，“法与经济学”一旦以合意作为伦理正当化的根据，就意味着向基于承诺原理的“权利哲学”求和的立场转变。但是，由于“财富最大化”的结果必然是收入分配的不平等，在这里合意的正当化效果不能不打很大的折扣。

有些法律领域本来就适合经济分析的研究方法，例如反垄断法、公共事业管理法、公司法、证券交易法、税法以及劳动法等，经济学家和法学家的合作在这些方面也早就司空见惯。但是自1970年代以来，在与经济现象和经济学并无直接关系的部门法也开始进行经济学分析，其中波斯纳虽然不一定是始作俑者，但在鼓动风潮中发挥了极大的作用。他在1975年发表的论文“对于法的经济学方法”中指出的在法制各个方面的经济学研究的可能性

和成果包括：司法过程参加者的行为是可以效用最大化、法律程序和制度因为受经济效益考虑的影响而可以根据效率性的标准加以说明、经济分析有益于法制改革和法现象的定量分析等等。美国法与社会的背景也助长了“法与经济学”的思潮——现实主义法学的怀疑精神导致了法律家的信仰危机，需要重新确立司法原理的坚实基础；福利国家对于分配正义的关注以及由此强化经济干预的趋势使经济学家们开始积极地研究法的制度和规则；与当代社会发展相联系的新问题（例如环境污染、医疗事故、交通事故赔偿、产品责任等）要求侵权行为法导入适当的处理原理和技术……此外，基于政治的理由，包括波斯纳在内的许多“法与经济学”研究者被任命为法官，从而给本来属于记述和实证研究范畴的法的经济分析流派也涂染了一层浓厚的规范色彩。

西方社会在宗教伦理方面同样存在着重义轻利的传统观念，它与资本主义的营利追求是相矛盾的。因而，韦伯（Max Weber）曾经用“职业伦理”的概念及其制度化过程来媒介和统合社会正义的共同体与资本主义的生产方式。波斯纳更进一步，试图向社会的共通观念挑战，他的基本出发点是：难道正义和公道只有靠否定或压抑致富动机才能实现吗？难道人们只有在市场交易中才采取合理算计的行动吗？他认为，在婚姻的成立和解除、犯罪及其控制、社会歧视、诉讼与和解等市场外的场合，人们的行为同样是合理的，其心态和思考方式与市场活动时并无实质的变化。因此，他主张对涉及正义和法的一切现象也都可以应用价格理论等经济学分析方法。例如在《正义的经济学》一书中，个人隐私被理解为本人对于不愿让他人知道的信息进行控制的权利；进而被分析为信息控制的效率与因人们难以接触想知道的信息而产生的社会成本这两个方面来把握，据此说明哪一种个人隐私更值得法律保护；此外，关于个人隐私与企业秘密的法律保护方面的不同价值的主张也饶有兴趣。像这样把本来是非常伦理性的问题转化

为经济效益问题来处理的技巧，由波斯纳运用起来便臻于“炉火纯青”的意境。在他看来，如果正义主要意味着“分配的正义”的话，那么法律权利的分配与经济资源的分配就具有互换性，正义的诉求与它的价格必须联系在一起考虑。

二、经济分析与实践推论

“法与经济学”的科学性以应用假说——演绎法为特色，因而作为前提的假定的现实性和价值标准的妥当性具有重要的意义。波斯纳通过对照现实检验命题的程序来保障其假说的现实性，通过事先的合意和普通法的原理来支持其价值标准的妥当性。然而，向合意求援意味着“经济学帝国主义”的战略修正，固守普通法统一原理的堡垒则标帜了一种“新概念主义（neoconceptualism）”（G. E. White 1980 年对“法与经济学”新倾向的定性）。从这样的思想发展的脉络来看，波斯纳在《法理学问题》中显示出对于实践性推理和议论的重视是不足为奇的。

波斯纳把实践性的推论分为三种类型：（1）为了进行实践的或者伦理的选择而采用的方法，包括一定行为的正当化论证和相对于一定目的的最佳手段的确定。其中起决定作用的因素是经验智慧、或称之为实践三段论。（2）为了做出结论而援引特定的学术领域的传统——法律决定中遵循先例——的方法。其中起决定作用的因素是传统主义。（3）为了形成对于那些无法由逻辑学和科学观察加以检验的事项的信念而采用的方法。他认为可以与经济分析结合的是这第三种实践推论。因为类型（1）只能反映法官本人为自己作出决定的理由，而不能反映法官为诉讼当事人应该如何行为而作出决定的理由。实际上，因为法律决定是针对当事

人行为的，所以其理由论证的要求来自当事人以及社会。另外，类型（2）的传统主义性质与“法与经济学”的经济还原主义是互相抵牾的。波斯纳批评这种实践推论的主张只是表达了法律家对严格法律实证主义的离愁别绪而已，它不是向前看的，它有拒绝科学和体系化的知识的倾向。波斯纳把类型（3）比喻为“百宝囊（grab bag）”，这种实践推论既不是单一的分析方法，也不是统一的方法体系，而是囊括了常识、想像、反思、共感、先例、类推、隐喻、逸闻、经验、发言者的权威、动机的归责、记忆如此等等。（pp. 71—73）。

“法与经济学”重视实践推论，是因为在法庭辩论等场合仅凭逻辑演绎法不能决定对立的议论中的哪一种主张是正确的，而科学观察法的应用范围也极其有限，唯有实践理性比较适宜于解决法律问题。实践推论不仅与逻辑证明同样可以产生出强烈的信念，而且也能回答伦理上的问题，而法律在很多方面恰恰涉及伦理问题。因此，必须承认法律推论是实践推论的一部分（pp. 30, 71ff.）。这意味着在法律决定中效率性和经济学的作用是有限的，实践理性应得到更高度的重视。波斯纳见解的这种微妙变化是在他就任法官后发生、在1988年完成的。显然，这种变化也是与1980年代以来美国所谓“新实用主义法学”或者说“实践推论学派”的形成和壮大相联系的。与此相关，波斯纳以及芝加哥学派的其他成员对于成文法深怀偏见。他们认为立法往往受制于特定利益集团的压力活动，未必能反映公共利益，因而未必是有效率的，在这一意义上，司法机关比立法机关更可以信赖、更有可能运用经济分析的方法。

值得注意的是，波斯纳关于实践推论的论述不仅——正如他本人也承认的那样——缺乏完整的构架，而且缺乏对话和议论这样的最根本性范畴。在这种状况下，当事人以及社会的理由论证要求怎样才能反映到法官的决定之中呢？波斯纳并没有给出应有

的回答。这种情形是由坚持以效率为中心的经济学方法论造成的。因为波斯纳认为，普通法上的推论和理由论证的大前提取决于财富最大化这一社会目标，因此实践理性的方法中“权威”和“类推”具有特别重要的意义。法律决定的权威性来自司法的等级结构的顶端，而不是来自与科学家的共识相符合的法律家的共识（p. 79）。现代大多数法律家都承认类推是法律推论的核心，同时类推也是实践理由论证的一种方法。在进行类推时，首先需要先例等作为参照、比较的根据，其次需要决定不同案件、场合的异同，再者需要对事实的异同的重要性进行评估和判断。以类推方式进行的推论被视为政策性决定的中介，同时还具有扩大信息量的功能（pp. 86ff.）。波斯纳关于实践推论的上述立场与麦考密克（Neil MacCormick）们的主张适成对照。然而，波斯纳在坚持与法律思考方式有所不同的科学主义的同时，显然也吸收了麦考密克的归结主义（consequentialism）的成分，试图用实用主义哲学为自己的经济分析的手法提供更具有普遍性的思想基础（参见 pp. 105, 122, 465）。

三、对于法律解释的认识

波斯纳对于普通法的理解不仅与效率性、而且与方法论联系在一起。本书分析了普通法与成文法中司法判断的不同特征，其中反映了他对于法律解释以及法律决定的方法论的观点的变化——对于效率绝对主义的修正。

众所周知，普通法体系与成文法体系的最大区别在于：前者既受遵循先例原则的约束，又可以废弃和修改先例——教条主义的束缚力较弱，法的制定与法的执行之间没有不可逾越的鸿沟。与

此相反，成文法体系中立法（目的程序）与司法（条件程序）的界限很分明，法律决定更多地受到教义学限制。波斯纳认为作为“概念性体系”的普通法较适合财富最大化的价值追求，有利于经济学向司法实践中渗透，而对于在作为“文本体系”的成文法中把经济分析方法应用于法律解释持否定态度。他只认为法的制定过程应该以公共选择论的经济学认识为前提——这是一种制度设计政策学的立场，至于成文法的解释则必须以立法者的意图为标准。正是在这一意义上，他反对从教义解释学的角度来理解和评价普通法。在他看来，与成文法的决定往往基于争辩性法律解释的情形不同，普通法的决定往往基于争辩性的（但未必是任意性）政策分析和伦理判断（p. 261）。

实际上，即使在法律原文的拘束较强的场合，法律家也不可能像一架绞肉机：上面投入条文和事实的原料，下面输出判决的馅儿、保持着原色原味。法律家对法律的忠诚不是这么机械的，他们也有七情六欲，判决会沾染主观色彩。为了限制这种主观性，法律决定过程中需要一种能据以判断具体法律的解释和适用正确与否的元规则。波斯纳认为，在考虑元规则时，必须充分认识到几乎所有的成文法都是利益集团之间妥协的产物，因而适用法律的时候成文法的规定如何明了，都会存在沟通的需要。当这种沟通不能顺利进行时，法官不得不自问自答在该场合立法者对于法官的期待是什么的问题。这是正确的法律解释的基本出发点。因此，解释是一种想像程序，是补救沟通不足的一种方法。然而，无论法律规定如何严密，总是存在着解释的余地——是从宽呢，还是从严呢。所以波斯纳说“在关于法律和宪法解释的目标是什么的问题上不存在共识”，“也许可以有复数的目标——对制度设置者意图的忠诚、确定性、首尾一贯性、实用的良好结果”（p. 299）。正是基于这样的现实，从条文字面的平易含意（plain-meaning）的理解出发去追究明确判断的做法是不适当的，应该从解读沟通过

程的角度来把握法律解释——解释是向前看的、具有形成政策的功能。由此可见，波斯纳关于法律解释的基本立场是强调目的一手段合理性，它与经济学上的成本效益分析是可以互换的。

关于法官进行法律的解释和推理的具体做法，波斯纳根据反托拉斯法方面的困难案例分以下几个步骤进行了说明。（1）从有关立法的原文或起草过程以及立法机关与司法机关的制度特征中、如果这些资源不能提供明确的指针时则还要从社会想像中抽象出反托拉斯法的整体概念用以指导决定。当今，财富最大化就是可供选择、颇为流行而又有争议的一种整体概念。（2）仔细推敲有关的先例及其他资料，从中获得有助于判案的信息。（3）依照财富最大化的原则，进行解决案件的政策判断（在有些场合基本上是逻辑演绎）。（4）回归先例，但这时的先例不仅仅是资料，而且被视为权威。在此，法官要确认步骤（3）所做的政策判断不会被权威性先例加以排斥（pp. 132—133）。波斯纳认为，在处理疑难案件的大多数场合，上述过程是有典型性的，这时法律分析往往表现为政策分析的形式。成文法的规定越暧昧，其解释上政策考虑也就越重要。在政策性考虑中，成为问题焦点的不是法官的价值观，而是当事人的利害关系。因而法律的原则是注意实际的、必须通过再定义的方式使之与现实的社会需要相吻合，这样做时应该采取效率性的标准。

不言而喻，普通法国家的成文法解释的问题与成文法国家的法律解释问题，无论在出发点或前提上还是在具体做法上都是大异其趣的。一般地说，波斯纳认为普通法是效率指向的，而成文法是非效率的妥协指向的；因此，以效率性为目的进行决定的主要是司法机关而不是立法机关。这种偏激的观点在成文法国家更难以为人们所理解和接受。但是他认为还存在一种本来属于成文法领域但却以效率性为主桌的“准普通法”，这种场合立法机关承认法院有权进行普通法式的法律创造。然而对于他所列举的“准

普通法”的实例能否与成文法的其他部分区别开来，始终存在着尖锐的反对意见。

应该承认，如果采取法律工具主义的立场，如果承认各个人的行为符合合理选择理论的假定，那么“法与经济学”的分析方法是有益的。但是，从工具主义的观点并不能完全把握法现象，各个人的行为也包含着许多非理性的因素，政策性的判断应该受到原理性的规范的制约。因此，法律的解释和司法决定要兼顾法条和经验、体系的一贯性和社会的现实性、教义学和工具论，不可偏废其中任何一个方面。在成文法国家中，卡拉布勒西对法的经济分析比波斯纳的更有影响，就是由于耶鲁学派比芝加哥学派更留意于法的非经济性的一面。近年来，波斯纳开始重视实践理性的作用、对效率性采取了节制的态度，这种变化提醒我们必须对“法与经济学”进行冷静的、具体的分析，必须充分注意在涉及正义的领域中片面追求效率的负面问题。