

邂逅之际，顾盼之间，
这些看不见的法律，
左右你的举止言行……

看不见的法律

Law in Brief Encounters

[美] 迈克尔·瑞斯曼 著

W. Michael Reisman

高忠义 杨婉苓 译

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

2007

看不见的法律



Law in Brief Encounters

ISBN 978-7-5036-7551-5



9 787503 675515 >

定价：20.00元

上架建议 文化·法律

走在街上、站在捷运车厢内或是坐在咖啡馆的角落，眼神有意无意地扫描，偶尔会锁定焦点，甚至与他人眼神交会，或许只是眼球转动的瞬间，留下惊艳、腼腆或厌恶。同样的，别人也可能将目光的焦点，短暂地摆在我们的身上，造成一种被重视的快感或被侵犯的不安……报纸上不止一次报导因为瞄了一眼而惹杀机，政治圈里也流行着“关爱的眼神”。究竟我们在什么情境下可以注视别人？可以注视身体的哪一个部位？是谁在决定这些视觉的“分际”？瑞斯曼教授告诉我们，这不是国家基于权威与理性设计下的宏观法律，而是一些本来就存在于日常生活中的微观法律。

——台湾大学法律系教授 叶俊荣



法律悦读
Reading, E

D90/261

2007

看不见的法律

Law in Brief Encounters

[美] 迈克尔·瑞斯曼 著

W. Michael Reisman

高忠义 杨婉苓 译

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

看不见的法律/[美]瑞斯曼(Reisman, W. M.)著;高忠义,杨婉苓译.

—北京:法律出版社,2007.8

书名原文:Law in Brief Encounters

ISBN 978-7-5036-7551-5

I. 看… II. ①瑞…②高…③杨… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第107337号

© 法律出版社·中国

Law in Brief Encounters by W. Michael Reisman

© 1999 Yale University

著作权合同登记号 图字:01-2007-2749

看不见的法律

[美]迈克尔·瑞斯曼 / 著

高忠义 杨婉苓 / 译

编辑统筹 大众法律出版社

策划编辑 柯 恒

责任编辑 柯 恒

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 880×1230 毫米 1/32

印张 7.25

字数 143 千

版本 2007 年 7 月第 1 版

印次 2007 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792/9779

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010-62534456

上海公司 / 021-62071010/1636

重庆公司 / 023-65382816/2908

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85388843

苏州公司 / 0512-65193110

深圳公司 / 0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7551-5

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者序

这本书是历时将近二十年的心血结晶,在这段期间,我不断潜心研究众多交织在生活中、影响人格形塑的短暂法律秩序,包括其各个细节及具体内涵。我将这些本质上可加以归纳的研究,通过一系列论文呈现出来;我在每一篇论著中讨论一个特定的微观法律体系(microlegal system),并试图将它与较为宏观的法学理论相连结。每一篇论文都是全书主题不可或缺的一部分,并且能够激发读者重新思考之前的论文。在各个研究阶段告一段落之后,我才能够再次思索这些研究与当前自由民主体制的关系。此书发表的数篇新作,就是经过重新思索整理后的研究成果。

书中每一篇论文(第一、二、三章),大部分都和第一次发表时相同,不过在内容上则根据其余数篇在公共政策层面上所具有的意义而进行了实质上的修订。其中“观看、注视和怒视”这篇文章最初是1983年我在丹佛大学(University of Denver)麦瑞斯·麦克道格讲座(Myres S. McDougal Lecture)所讲授的内容。第一至四章中有几个部分的旧版本,原本发表在下列刊物中,经许可后,此次重新

印行:

“观看、注视和怒视:微观法律体系与世界公共秩序”(Looking, Staring and Glaring: Microlegal Systems and World Public Order)发表在1983年《丹佛国际法与政策期刊》(*Denver Journal of International Law and Policy*),第12卷第2、3期,页165至168;

“排队:排队等候的微观法律体系”(Lining Up: The Microlegal System of Queues)发表在1985年《辛辛那提大学法学评论》(*University of Cincinnati Law Review*),第54卷第2期,页417至419;

“朋友间的闲谈以及与上司交谈:俩人谈话的微观法律体系”(Rapping and Talking to the Boss: The Microlegal System of Two People Talking)收录在东京中央大学出版社(Chuo University Press)1988年所出版之《冲突与整合:当今世界的比较法学》(*Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*);

此外,“自治,相互依赖与责任”(Autonomy, Interdependence, and Responsibility)发表在1993年《耶鲁法学丛刊》(*Yale Law Journal*),第103卷第2期,页407至417。经过《耶鲁法学丛刊》及弗瑞德·罗斯曼公司(Fred B. Rothman and Company)许可后,重新印行。

CONTENTS

目 录

作者序	1
导论	1

CHAPTER 1 观看、注视、和怒视 25

“距离鼻尖约摸三十英寸，
是我个人的疆界，
这之间未被使用的空气，
属于私人领地。
陌生人，
除非流转着情欲的眼神，
我呼唤你前来亲善，
但留意别粗鲁地跨越我的领地：
我没有枪，但可以唾弃。”

注视是非法的观看	29
惩罚注视行为	32
观看行为的社会层面分析	36
规范观看行为的微观法律体系	46
观看行为的试验性法规	54
背景情境的重要性	57

65 CHAPTER 2 排队与插队

71 排队行为的文化、社会与经济因素

84 约束控制:排队的社会分布形态

86 排队制度的微观法律体系

与宏观法律体系

89 队伍的形成与变化

94 排队先后顺序及其必然的结果

103 惩罚机制

“演出是在市中心没错，
但你必须好几个礼拜
甚至好几个月前就排队才买得到票。
想去看美国网球公开赛？
太迟了……运气真坏啊！
时代广场有百老汇的折扣票，
但你必须排队等上几个小时，
才能买到一张。
这才是纽约真实的面貌，
没有随性玩赏，只有乖乖排队。”

121 CHAPTER 3 两人之间的谈话

126 各式各样的谈话

129 交谈的微观政治学

136 研究方法

138 设定对谈的基础

146 对谈的程序原则

159 对谈的实质原则

172 惩罚与落实

179 法学上的衍生涵义与应用

“校长的谈话是
……一种演说，
只有一味迎合地静默不语，
才能让它结束。
(为什么他不说他想回去上课呢?)
他希望你也会喜欢他，
他希望每个人都喜欢他。
这是当校长工作的一部分；
而不停地说话，
也是校长的工作。”

CHAPTER 4 微观法律之修正 187

“这些队伍或许可以省下
货物运输所必须负担的费用，
但是想想看其它每个人必须
为此额外浪费这么多时间。
银行与电影院可能因为其设备
如此频繁地获得使用，
而获得相当惊人的利益，
但是我们这些人又得付出多少成本？
难道人们就必须站着、
乖乖地等、排成一列，
然后才能拿到东西吗？”

问题 190

方法 193

国际法的角色 197

微观法律的目标 199

微观法律体系的运作 203

微观法律的病理分析 205

微观惩罚机制的优点与困难 208

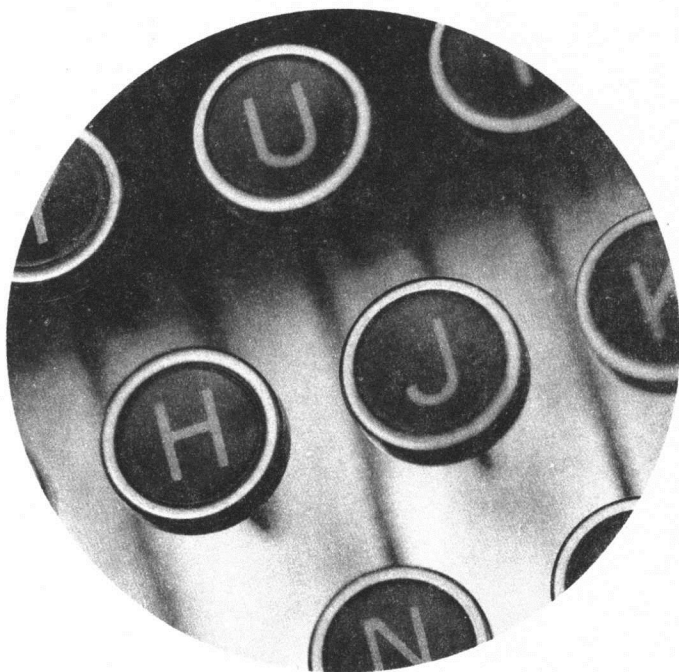
我们眼中的梁木？ 213

结论：微观法律与优质生活 215

致谢 220

导论

Introduction



有社会的地方，就有法律。

古罗马格言

Ubi Societas ibi jus

在我早期的教书生涯里，耶鲁大学法学院院长亚伯拉罕·哥德斯坦(Abraham Goldstein)曾派我到一些南美洲国家。在秘鲁的某个周末，我飞往安第斯山脉的高地城市库斯科(Cuzco)，然后搭乘单轨火车，沿着荒凉的幼拉布兰巴河前往神秘的鬼城——玛楚皮库(Machu Picchu)。当天傍晚，我回到库斯科的机场，浓雾使得所有要飞往利马的班机迫降在这里。机场的等候区挤满了人，我自恃有观光客的特权(或许是海外美国人的骄傲自大使然)，对着一群盖楚瓦族(Quechua)和爱马拉族(Aymara)的印第安人肆意打量，一个被我盯着瞧的印第安妇女此时也回瞪我。我迷惑而困窘地移开目光，并且担忧这个妇人的丈夫或父兄是否会和我发生冲突。如同与我文化背景相同的其他人，我理所当然地认为：被人不当注视的妇

女可能只会生气地瞪我,但是她同行的男伴则很可能扩大冲突。我坐下来思考这样的目光交流,了解到这未必会引起进一步的事端,因为这种目光交流的过程是发生在微观法律的体系里,在这其中人们对于居于主导的规范有共同的体认,而且对于违反规范的行为、恰当的惩罚方式,以及因此产生对这种冒犯行为的矫治都有共同的认知。

在库斯科机场的那个傍晚,我了解到:在微观法律体系(micro-legal system)下,可以允许某些人适当地注视他人,同时通过这一体系有效的执行机制,可以保护人们免于他人冒犯性的注视行为。因此,对微观法律体系的详细分析成了我的研究计划主题,随后我更决定将研究领域扩展到其他在日常生活中举足轻重的微观法律体系。

当代的主流法律理论——强调国家是所有法律体系的核心要素,是最主要的法律之源——这种理论会误导我们对整个法律领域的关怀方向。因为,与国家相关的法律诚属重要,然而现实的法律,在所有人类关系中,小至两人间最简单短暂的相遇,大至最全面而持续的互动,皆俯拾可见。法律是互动的产物,现实的法律在人类活动中持续不断地生成、增强、改变以及终止。不仅如此,这些法律,即我所称的微观法律(microlaw),也表现出其合宪性的风貌,更具体地说,是具有合宪性的制定过程:体系中每个部分,都不是源于随意而即时的决定,而是出于体系自身的意思决定机制。虽然人们还无法找出诸如微观法律体系下的军队、警察、监狱等与传统法律理论类似的法律执行机制及检验方法,但是这并不影响微观法律的

有效性与被人们所认可的事实。因为,人们终究会在这些法律体系下找到相对应的机制。

假使缺少微观法律的存在和运作,我们将无法在商业会议中、座谈会上、拥挤的巴士或是地铁里与他人互动,更遑论一些人们认为很重要却试图隐瞒的错误行为(例如:贿赂、共谋犯罪、婚外情等),若缺乏这类法律规范则会无所适从。这些事情往往和社会组织有关,这些组织的构成则必然地包括了法律体系在内。有些组织结构可能具有长久的关系,例如:一个核心家庭组织、或学者间长期的合作研究计划、或是大型的太空任务;与之相反,有些关系却可能是非常短暂而无法永存的,例如:两个陌生人的惊鸿一瞥。

许多互动是面对面发生的,但这并非意味着这类情况不复杂或是比较容易理解。玛丽·道格拉斯(Mary Douglas)曾提出:

在小规模、面对面的社会中,因为个人与公众所代表的意义间并无太大差异,也没有固定的仪式,已规范的正确情境与表达形式之间的不一致,也会随着表达形式的改变而消弭。

她的观察对于乡村社会或许是正确的,因为这种社会的生活形态,通常是由一连串发生在相识者之间的微观情境(microsituations)所构成。然而,在一个大众社会中的面对面接触却不见得如此,大众社会的生活形态虽然也是由一连串的微观情境所构成,但是通常发生在陌生人之间——他们来自不同的文化、阶级,操持不同的语言。有趣的是,在这种社会形态下的许多微观情境,通常发生在两个陌生人之间,他们虽然被其他人所围绕,这些交会却是彼此孤立

的存在。他们所共同认知的公共意义,可能是来自臆测而不切实际。而当中每个行为者的个人意义,也可能与另一方有很大的差距。然而每个人在这整个短暂的社会组织关系当中,终究还是必须与他人保持互动。

微观法律值得研究的理由很多,它对于如何运作尚未完整架构好的法律体系能够带来一些启发;也可能对法律的一般特性及运作的方式提供不同的观点,使我们对传统法律体系的理解更加清晰;同时,研究微观法律也有助于我们更容易掌握法律制度中重要的分配功能,即对于人们梦寐以求的事物与唯恐避之不及的事物应如何分配。因为,如果要正确勾勒出一张“什么人可以得到什么”的蓝图,唯有透过微观法律的概念,将形形色色的生活逐一检验,并且充分了解这些具有强烈地方色彩并受到高度关注的社会程序。也只有经过这样的探讨,才能促使研究者深入评估生活中的法律系统究竟对人们产生多大的总效益。当这种评估在人们想得到的,以及他们能期望达到的这二者间产生歧异时,则宏观法律(macrolegal)的改变可能还未奏效。在达成变化的过程中,微观法律体系的调整机制是一种不可或缺的手段,所以,在每个人的生活里,微观法律不仅不会被具有国家任务属性的法律所取代,而且会屹立不摇,因为它具有瓦尔特·魏劳奇(Walter Weyrauch)所形容的特质:最重要且持续的规范性的经验(normative experience)。

我认识的人当中,唯一看到过国家的人,是一个老教授。他郑重地向我保证说:“我曾经看过它。”然而他真的看到了国家吗?我们有可能看到国家、政府、市镇、教堂、军队、大学吗?用来代表这些

主体的专有名词不断重复出现在许多政治性以及一般性的谈论中,因此我们开始认为这些名词所指称的对象是有形的存在。然而,这些集合名词所代表的只不过是各个部分的总和而已。比如说,人类的互动这个词所代表的,也只是在说明人与人之间的互动,通常这样的互动发生在小团体间,而且经常只是两人之间的短暂交会而已。至于上述其他冠冕堂皇的用语则是些抽象的象征,人类并不会和象征符号产生互动,也不会被象征符号所伤害。人们只会和其他人一起互动,譬如:被帮助、被抚养、被抢劫、被强奸、被杀害等。而这些与之互动的他人通常和自己有形式各异的关系,可能是平等、隶属或是上对下的关系。长久忽略真正在起作用的人类主体,反而指责那些符号,这就变成一种赦免个别犯错者的技巧,并且导致免于惩罚的结果。

我并不是说这些集合名词没有任何意义,或是它们在社会上与政治上不具重要性。恰恰相反,一些伟大的字眼,诸如:“公众”(the Masses)、“普罗大众”(the Proletariat)、“人民”(das Volk)以及“国民”(the Nation)等,可能与一般百姓的日常生活经验有些差距,但是这些字眼却可能对于究竟会带来好的结果或破坏性的结果具有关键性的影响。因为,伟大的文字符号通常是用来合法化自己的行为,或是作为政治实体的工具,用来正当化其未征询基层百姓意见却擅自对人民实施公权力之行为。过去一些惨痛的经验使我们对于这类冠冕堂皇的文字符号,以及那些挥舞这些符号旗帜的人保持高度怀疑,但无奈的是,这些符号却是我们命运里的一部分。直至今日,宏观经济与宏观社会计划依然为我们深刻关切,集体性的符号始终挥之不去。纵使是中国这样古老的大型社会,也需要运用

这些符号来达成统治的目的。因此,集体规模愈大,则用以统治的原则与符号也就愈概括化和抽象化。

其实真正问题不在于这些符号本身,而在于使用这些符号所能引起的误解。当操弄这些当代伟大的集体性符号,而忽略了在各种社会互动中作为永恒而唯一之行动者的人类个体时,最重要的人类价值可能受到危害。各式各样的法西斯主义就是对于真实的人类特质毫不保留地加以排除及抽象化,而拥护那些需要热情不断支持且被神格化的集体性符号。我相信,透过对于微观法律的理解及关注,至少在智识层面上可以修正这类危险的思想,因为微观法律可以将我们的思维拉回现实生活。

国家这个符号,不仅在法学理论的探讨中影响深远,也会对于微观法律的研究产生负面的影响。19世纪伟大的法学家约翰·奥斯丁(John Austin),常被认为将法学强制束缚在特定的概念下,亦即所谓真正的法律是专指实证法(positive law)或是由政府制定的法律而言。至于其他的法律,顶多算是实证的道德规范(positive morality),奥斯丁称其为法学的安慰奖(jurisprudential consolation prize)。这些实证的道德规范:

仅凭借单纯的意念(mere opinion)制定出来并且付诸实施,这种单纯的意念,则是指一群不特定人对于人类行为所抱持的意见或所体会的情感。

远自罗马时代,西方文明国家的法律学者已经对于形成习惯的过程做了系统性的研究,这些习惯法是经由缺乏立法意图而且非正