

經典譯著

Overcoming Law
超越法律



Richard A. Posner 著
蘇力 譯

 元照出版

超越法律

OVERCOMING LAW



Richard A. Posner 著

蘇力 譯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

超越法律 / Richard A. Posner 著 ; 蘇力譯. -
- 初版. -- 臺北市 : 元照, 2002 [民 91]
面 ; 公分
譯自 : Overcoming law
ISBN 957-2022-93-8 (平裝)

1. 法律 - 哲學, 原理
580.1

91013374

超越法律

IJ15PA

2002 年 11 月 初版第 1 刷

作 者 Richard A. Posner

譯 者 朱蘇力

出 版 者 元照出版有限公司

100臺北市館前路18號5樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣480元

訂閱專線 (02) 2375-6688轉166 (02) 2370-7890

訂閱傳真 (02) 2331-8496

郵政劃撥 19246890元照出版有限公司

海
外
用
書

Copyright© by Angle Publishing Co., Ltd

行政院新聞局局版臺陸字第一〇一二〇〇號

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-2022-93-8

超越法律

OVERCOMING LAW

By Richard A. Posner

Copyright © 1995 by the President and

Fellows of Harvard College

All Right Reserved

Overcoming Law By Richard A. Posner

根據哈佛大學出版社 1995 年英文版翻譯

也許還需要距離（譯序）

由於初始的印象和標籤的作用，有時，一個人的某一方面的突出成就反有可能埋沒他／她的其他甚至是更大的成就。美國法官波斯納可能就面臨著這樣一種命運。由於他首先把經濟學系統全面且成功地運用於法律分析，引發了後來席捲美國法學界的法律經濟學運動，因此人們往往只知道一個講求效用／功利的波斯納；而且由於功利這個詞在知識份子當中往往是淺、俗的代名——儘管他們在生活中至少是與其他人一樣功利——因此，就很容易忽視一個活生生的學者波斯納。對於歷來「務實」，習慣複述，一般說來不大喜歡理論反思的中文法律世界，則更喜歡用標籤。然而由於元照出版公司出版的這四本波斯納的主要有關法律理論的著作，會同他的已經在臺灣出版的其他著作，¹我想，法學界確實應當重新審視他們對波斯納的印象了。

其實，無論作為一種學術變遷的標幟，還是波斯納本人，帶給法律這個學科的都很多；我在其他地方曾就一些具體問題分別有所提及。²在這篇譯序中，針對海峽兩岸的法律學術研究共同存在的一些——在我看來——的問題，我想在一個更為抽象也更為宏觀的層面

¹ 參見，《法律之經濟分析》，唐豫民譯，臺灣商務，民76〔1987〕；《老年、社會、法律經濟學》，高中一譯，《性與理性》，2001年；《法律與文學》，楊惠君譯，商周出版社，2002年；《性與理性》，商周出版社（即出）。

² 參見，蘇力：「什麼是法理學」《中國書評》，1995年5期；「《波斯納文叢》總譯序」，《環球法律評論》，2001年冬；「《超越法律》譯序」，《環球法律評論》，2002年春；「學生兄弟的不同命運」，《比較法研究》，2002年2期；「思想的另一種組織形式」，《南京大學法律評論》，2002年春；「經驗的研究司法」，《法治與社會發展》，2002年3期；「遭遇哈姆雷特」，《讀書》，2002年5期；「禁忌的轉化」，《讀書》，2002年7期；「不知老之將至」，《環球法律評論》，2002年夏；「如何研究法律，如何研究道德？」《中南法律評論》，2002年1期。

粗略地概括一下波斯納對法學理論研究的一些貢獻，也許會使我們對波斯納、法學的現狀和未來乃至我們自己都有所感悟。

—

閱讀波斯納的著作，首先的一個強烈的印象是，他大大擴展了法學和法律的知識來源。傳統的並且正統的法學理論大致是從政治哲學和倫理哲學中衍生出來的，比較形而上學，儘管也都受到當時的其他學科的一些影響，但由於法律職業的實踐理性特點，也由於法律人的自利、自尊和自傲（波斯納在《超越法律》的頭兩章對此有過細緻的分析），法學與其他學科的聯繫一直不緊密，甚至有意割斷這種聯繫。許多法律學者努力發現法律的本質（即「法律是什麼」），試圖在此基礎上構建一個自治的形式化的體系。但是自一九六〇年代經濟學進入法學之後，得寸進尺，其他社會科學、人文學科也都跟隨而來。這一點在波斯納的著作中就特別明顯，不僅有經濟學，而且有哲學（特別是分析哲學、闡釋學、政治哲學和倫理哲學）、社會學、人類學、政治科學、社會生物學、文學和文學理論、史學、修辭學、博弈論等學科的研究成果；而且在波斯納的海納百川的胸懷和強有力的思想熔爐中融合起來，這些知識變成了對法律的和有關法律的強有力的分析工具和材料。在一九八六年的一個判決中，波斯納甚至寫進了一個有關發布禁令的數學公式。³

由此而來，第二，法學研究領域的邊界和風景線也都已經改變了，許多學者感到法律理論變得陌生起來了。如果說概念法學（conceptualism）和教義法學（doctrinal analysis）當年占據了並且也很有

³ Dahlia Lithwick, "Richard Posner: A human Pentium processor has been assigned to settle the Microsoft case," Slate, posted Tuesday, Nov. 23, 1999 (<http://slate.msn.com/?id=56526>; last visited on 2002-9-1)

道理地占據了法學的主導地位，那麼如今，至少就美國法學而言，這種狀況已經有了根本的改變。法律經濟學、法律政治學（批判法學）、法律與文學、法律女性學（女權主義法學）如今都是美國法學界的顯學了，概念法學、教義法學的研究基本上都被擠到二流甚至三流法學院去了。波斯納這位法官，寫的一系列著作，例如《衰老與老齡》、《性與理性》、《公共知識份子》等都明顯是「雜種」。波斯納自己就把這些著作以及《道德與法律理論的疑問》等明確界定為社會學著作；《衰老》一書被一些老齡化教學機構推薦為研究生必讀。即使在反托拉斯法這樣似乎天經地義是「法律的」領域，波斯納就公然質疑，如今除了經濟學的視角外，難道還有其他視角嗎？⁴

許多人也許會認為，所有這一切只是表明了法律交叉學科的興起。這種判斷當然不算錯。但問題在於如今還有多少法學著作是不交叉的？如果眼前的主要著作都是交叉學科的，那麼所謂「交叉」的意義就失去了。因為，只有當有一個明確的學科邊界時，交叉這個詞才是有意義的。如今這些邊界已經完全模糊了——如果還不能說完全消失了的話。如今的分類系統似乎更多是領域或問題或社會現象，而不是學科了。而學科的邊界是學者的活動界定的，而不是先驗的。

第三，如果說波斯納的上述貢獻還屬於「轉手倒賣的中間商」的話（儘管並不僅僅如此），那麼波斯納對法學的一個實質性貢獻就是他把美國的以司法為中心的法律的實踐上升為一種法學的話語。傳統的法理學話語是歐陸的，並且大都是從政治哲學中衍生出來的，關心的是法律的概念（自然法／實證法）以及正義、公平等社會的政制結構問題，對司法的內在視角以及問題關注不夠，因此長期把英美的法律觀和司法實踐基本排除在外。儘管霍姆斯大法官以他的智慧和格言挑戰了歐陸法理學話語，但是直到卡多佐，「法官談不了多少」的格局仍然沒有改變。⁵在我看來，只是到了波斯納這一代人，特別是波斯納，通過他的知識以及交叉學科研究把法官的經驗包括他個人的

⁴ Richard A. Posner, "Preface," *Antitrust Law*, 2nd ed. University of Chicago Press, 2001, p.1.

⁵ 卡多佐：《司法過程的性質》，蘇力譯，商務印書館，1998年。

經驗昇華為一種比較系統的學術話語。法理學的根本格局已經改變；下一代的學者已經不能僅僅用「法律適用」或「法律解釋」或「裁量權」這樣一些含混的概念來打發司法過程中的深刻理論問題了。任何當代人撰寫的法理學著作，如果缺少了這一塊，就很難說是「當代的」或「二十一世紀的」。

所謂司法的法理學，必須注意，還不僅僅是甚至主要不是對單個法官裁決案件的決策思維或心理過程的理性分析和描述，更重要的，從一種制度的進路切入，它還包括了對整個司法機構以及法律職業群體對具體案件決定的影響之分析，包括了這個職業界對社會的糾紛解決的整體影響的分析。《法理學問題》以及《聯邦法院》等波斯納的其他相關著作就是一個明顯的例證。

當然必須再次強調，波斯納屬於自一九六〇年代以來的一個過程，在這一過程中，起作用的當然也並不僅僅是波斯納，而是許多人，甚至包括他的一些學術對手。但是如果一定要從這一法學運動中推舉一位標幟性人物，那麼，幾乎毫無疑問，只有波斯納。

二

如果更深入一點看，波斯納的著作不僅改變了法律的論證，更重要的是它挑戰了傳統的占主流的法學世界觀。所謂傳統的法學世界觀，就是波斯納在這些著作中批判的形式主義世界觀，法條主義的或概念主義的；即，認為法律就是法律，法律自身構成了一個高度形式化的體系，因此只要發現了這個體現，嚴格依據這個體系，按照「法律的邏輯」，就可以發現法律的正確結論。正是依據了這一假定，法學獲得了其所謂的「自主性」。

波斯納以他的一般的理論分析以及對具體案件和制度的分析挑戰了這一世界觀。在他的分析中，我們看到，法學並沒有這樣一個堅實的基礎。「法律的終極目的是社會福利」——而不是什麼正義——這

是波斯納常常引用的卡多佐的斷言；因此，所有的法律原則、學說、教義和制度，甚至具體案件的判決結果（例如波斯納多次提到的布朗案和諾伊訴韋德案等），其正當性都是社會的接受、承認，是其在社會中的實際功能和後果。但這並不拒絕形式主義，波斯納認為，依據這一世界觀，甚至少量的並不過分僵化或神聖化的法律形式主義也是可以接受的，可以接受是因為形式主義有助於提供法律的穩定性這樣一種公共善品。用波斯納的話來說，就是一個實用主義也許會選擇形式主義，但這不是因為形式主義本身正確，而是形式主義的後果在通常情況下就總體來說可能是好的。

這也就意味著，在波斯納那裡，法律並不是從先驗原則中推演出來的，法律始終附著於人類生活這個總體，法律事實上或在最終意義上只是人類生活的工具（但這並不等於工具主義），法律的來源是社會生活。這一觀點從根本割斷了法律和法學發展與傳統的形而上的法學理論話語之間的邏輯的或三段論的聯繫，顛覆了作為法律理論的內部自治和獨立自主。從這種觀點來看，今天的「好」法律或法律發展並不是古代的「正確」法律概念或理念的自然延伸或擴展，而是對今天社會生活問題的有效並因而最終得到人們認同的回應。因此，工業社會採納的「隱含契約」侵權責任並不是因為這才是對侵權概念的正確演繹或正確理解，或是隱含在侵權概念之中的寓意，而是「根據新的目的作出的解釋」。⁶

這種分析的先驅是霍姆斯、馬克思、尼采的，也是比波斯納略早的同代人福柯的。⁷但是，列舉這種家族譜系並不能說明或正當化波

⁶ 尼采：《論道德的譜系》，周紅譯，三聯書店，1992年，頁55-56。

⁷ 馬克思就說過「法……是沒有自己的歷史的」，並提出了「法律是社會經濟基礎之上的上層建築的組成部分」的命題，參看《德意志意識形態》，《馬克思恩格斯選集》，人民出版社，1972年，頁70；霍姆斯，見Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown, and Company, 1948；尼采，見上註；福柯對監獄制度的分析也表明監獄既不是傳統刑罰概念的延伸，也不是啓蒙思想家的思想的實踐，而是現代社會的治理功能的產物。Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*,

斯納。因為儘管波斯納心目中的惟一英雄也許是霍姆斯（萊西格語），但是對馬克思、尼采以及福柯，波斯納都是有所保留，甚至在某些結論上是持相反的意識形態的。因此，在我看來，真正推動波斯納得出這種觀點的是他的社會科學的法律研究進路，即把法律原則、教義和制度都看作是社會生活的產物，以及他努力考察其因果關係或功能關係的結論。無論霍姆斯、尼采還是馬克思、福柯都最多只是波斯納法理學思想的一個啓發和印證。思想不是而且也不可能來自另一個思想，思想必定附著於具體時空中的某個身體，因此最終說來是社會生活和實踐的產物。

只要看到了這一點，波斯納就必定不僅僅是法律經濟學家，而必定也是一位傑出的法理學家；因為他對法學理論或法理學的這一貢獻是始終貫穿在他的一系列著作中，而不是一個一般化的有關法律的理論命題（馬克思、尼采和福柯）或未得到全面展開的有關法律的猜想（霍姆斯）。

也正因為此，他的這一理論其實也就隱含了一系列真正的法律研究方法的貢獻。這不是那種形而上學的方法，不是那種說不清道不明的「解釋的方法」，而是一種真正現代意義上的經驗的科學的研究方法。在我看來，在法學界，還沒有誰能比波斯納更明確地不僅是理解了而且是靈活且始終如一地運用了這種方法。

也正是由於這一原因，儘管波斯納以他犀利的思想解構了許多神聖法律教義和制度，但他並沒有貶斥（bash）或完全拒絕這些教義和制度，他只是試圖以一種社會科學的模式重新理解它們，並因此也是以一種社會科學的方式重新建構它們。而這一點也就區分了他與所謂的後現代主義法學。⁸

trans. Alan Sheridan, Vintage Books, 1978。

⁸ 有一些學者僅僅因為波斯納的學術特點就把他（錯誤地，在我看來，並且波斯納也拒絕接受）列為後現代法學學者，甚至列為代表人物。例如：Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at the Century's End*, New York University Press, 1995，特別是最後一章。關於波斯納對自己的界定，請看《道德與法律理論的疑

傳統的法律人，特別是擔任法官之後，大多是「述而不作」或述而少作的；即使「作」，其預期讀者也往往不是學界人士；即使是面對學界，也很少用學術的話語。這種現象在二十世紀前半葉無論在英美還是歐陸都尤為明顯。⁹這種狀況有其優點，是與法律這種世俗的實踐理性的事業是相稱的。但是它也或多或少地阻礙了作為學術研究的法律的聲譽，同時也容易造成理論與實踐的脫節。而到了二十世紀後半葉之後，隨著學術法律人與實務法律人的分野，這種狀況就更可能帶來學界與實務界之間互不服氣互不理睬的問題，結果可能是既阻礙了法律學術發展，也可能阻礙法律實務的發展。

在這方面，波斯納的學術老冤家德沃金也不能不讚歎波氏是「法律界的一個奇蹟」。¹⁰波斯納成功地穿行於法律實務與法律學術之

問》，特別是第4編第2節。

⁹ 例如，霍姆斯的學術著作很少，《普通法》是他任哈佛教授時寫作的，擔任法官之後的著名學術論文只有《法律的道路》；人稱學者型法官卡多佐能讓人記住名字的大約也只有《司法過程的性質》，以及其他幾篇講演，他的全部非司法意見的法律著述就是一本《卡多佐文選》(*Selected writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Margaret E. Hall ed. with a foreword by Edwin W. Patterson, Matthew Bender, 1979 [c1947])；漢德的具有學術意味的著作只有薄薄的一本《自由的精神》(*The Spirit of Liberty: papers and addresses of Learned Hand*, collected, and with an introd. and noted by Irving Dilliard, 3d ed., enlarged, Knopf, 1963 [c1960])。英國的丹甯勳爵的著作不少，例如《法律的正當程序》(李克強等譯，法律出版社，1999年)、《法律的訓誡》(楊百揆等譯，法律出版社，1999年)等，但都不是系統的學術論著，而更像是一種評論。而在歐洲大陸國家，法官撰寫學術著作的更為罕見。

¹⁰ Ronald Dworkin, "Philosophy & Monica Lewinsky" *New York Review of Books*, March 9, 2000 (www.nybooks.com/articles/187, last visited on 2002/9/1).

間，有效地溝通了兩者。在任聯邦上訴法官期間，他每年平均撰寫八十件以上的上訴審判決意見（這意味著每週近兩件），這個數量之多使他位居撰寫司法意見最多的美國聯邦上訴審（包括最高法院）法官之列（比美國聯邦上訴審法院法官撰寫的司法意見年平均數大約高出兩倍）；並且不像絕大多數法官，波斯納從不用法律助手捉刀代筆。與此同時，他也一直保持著學術的高產，平均每年約十篇學術論文加一本專著，超出了一位勤奮的全職法學教授。他不僅產出數量多，而且質量很高。在聯邦上訴審法官中，他的上訴審判決意見位於其他聯邦法院引用率之前茅（大致高出平均數三倍）。他的學術著作也是如此，據一九九九年的幾個研究分別發現，一九七八年後出版的、引證最多的五十本法學著作中，波斯納一個人就占了四本（並屬於前二十四本之列），數量第一；他的總引證率也是有史以來最高的（七九八一次），比位居第二名的學者（德沃金，四，四八八次）高出近百分之八十。在此期間，波斯納還一直擔任芝加哥大學法學院的高級講師，每年至少上兩門課。¹¹此外，流言說，波斯納每天晚上還睡覺。

他的這些著作，在某些分析上或材料上甚至在某些主題上有所重複，但是就總體而言，波斯納總是在不斷進取，不斷開拓。這是一個在學術上貪得無厭的人，一個可以稱得上「以學術為業」的人。這種狀況在世界各國法學界都很少見，在法律實務界更可以說從來沒有。特別是在就任法官之後，他更著重分析提升自己的實務經驗，不僅增

¹¹ 關於波斯納的司法意見的引證率，請看William M. Landes, Lawrence Lessig, and Michael E. Solimine, "Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges", *Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, pp. 288, 298; 以及, David Klein and Darby Morrisroe, "The Prestige and Influence of Individual Judges on the U.S. Courts of Appeals", *Journal of Legal Studies*, vol. 28, 1999, p. 381。在前一研究中，波斯納名列第一；後一個研究中，波斯納由於種種原因而名列第三。關於最常引用的法學著作以及著作引證率的研究，請看Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Legal Books Published Since 1978", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt. 2), 2000, pp. 397-406, tab. 1; Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Legal Scholars", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt.2), 2000, pp. 409-426。

加了他的學術產出，修正了他先前的一些觀點，並且還逐漸形成了比較系統的法理學思想。他的學術追求和愛好沒有淹沒在審判業務中，也沒有湮滅在美國法官衣食無憂的閒適生活中。

他不斷挑戰自己的學術領域的邊界，因此從經濟學進入了文學，進入了社會學，進入了無窮無盡的社會關心的問題。他還不斷挑戰社會的傳統禁忌，例如關於性，關於色情，關於道德教育的意義。他還不斷挑戰社會新生的禁忌——各種形式的政治正確，無論是女權主義還是批判種族理論，不論是解釋還是後現代主義，不論是左派的還是右派的。他拒絕標籤，他始終如一地拒絕智識的停滯。他是法學的「浮士德」。

因此，儘管許多學者都指責波斯納是功利主義者，甚至有人稱波氏是狄更斯小說《艱難時世》中的把一切關係都貨幣化的葛擂硬，但是波斯納認為自己骨子裡是一位浪漫主義者。他同尼采一樣認為生活的一切都是掙扎和痛苦，並不存在什麼最大多數的最大幸福，因此人生就是一個不斷創造和突破自己的過程，人必須在人生的苦役和虛無中創造意義。在這個意義上，相反，那些認為人生僅僅是不受限制地滿足自己情感、希望、意欲的浪漫主義者在這個意義上恰恰是最務實的人。確實如此。難道一定要到一個叫「前面」的地方去（《過客》）的魯迅不是比「在康橋的柔波里，我甘做一條水草」（《再別康橋》）的徐志摩更具浪漫主義和英雄主義嗎？！

這是一種新型的法律人！

四

一九九九年底，《美國法律人》雜誌年終刊評選了一百位二十世紀最有影響的美國法律人，其中之一就是波斯納。當時的哈佛法學院講座教授、現任斯坦福（Stanford）法學院講座教授理查·萊西格（曾擔任過波斯納的法律助手）撰寫了一篇極為精煉且很有意味的、

題為《多產的偶像破壞者》的波斯納簡介，也許有助於我們理解一個全面、複合的法官、學者波斯納。經萊希格教授同意和雜誌社的授權，我將這一短文翻譯如下，必要的地方我還加了註腳。

理查德·波斯納，自一九八一年以來，一直是美國第七巡迴區上訴法院法官；自一九九三年以來，一直擔任首席法官。他是著述最豐的聯邦法官，前無古人。任職上訴法院、卻仍屬最多產的法學家之列，同樣前無古人。如果引證率可以測度影響力，那麼當仁不讓，波斯納是在世的最有影響的法學家，他的三十本書、三百三十篇論文以及一千六百八十篇司法意見¹²都是引證最多的；同時也屬受批判最多之列。

人們稱波斯納為保守主義者，但真正保守主義者會質疑他是否忠誠（因為他懷疑原初意圖論，批評反毒品戰）。他是法律經濟學運動的創始人，但他對法律經濟學的影響非限於此。在這一運動中，他既是詹姆斯·麥迪森，又是亨利·福特¹³：他把一整套關於法律規則與社會結果關係的實用主義見解（規則如何影響行為；行為如何更能適應相關法律規則）都投入了生產，把這套方法運用於無窮無盡的法律題目，運用於一切，從合同和反托拉斯到憲法的宗教條款以及法官行為。

法律經濟學運動的前沿看上去很怪，但任何學科的前沿特徵從來都是讓常人覺得「很怪」，儘管這個運動的特徵並不怪。也許，哲學家對法律經濟學進路的基礎會很氣不過，但隨著這一運動的成熟、掙脫了其早期的政治影響，法律經濟學如今已改變了法律的全部領域。

如今，我們全都是法律經濟學家了！今天的公司法和反托拉斯法已經令它降臨之前的法學院畢業生「相見不相識」了；如今

¹² 這些都是一九九九年的數字。到二〇〇一年底，波斯納的簡歷上僅著作數就已經增加到38本。

¹³ 詹姆斯·麥迪森是美國憲法的主要設計者之一；而亨利·福特美國汽車大王，推動了汽車的產業化。

四十多歲的人也許受了很多管教，對法律經濟學的簡約論、反再分配的傾向疑心重重，儘管如此，法律經濟學的見解如今已是常規科學。當年羅伯特·鮑克的《反托拉斯的悖論》第一版運用了許多法律經濟學的論點（其中有許多都來自波斯納），他嘲笑聯邦最高法院有關反托拉斯法的教義；而到了第二版，鮑克就不得不承認——儘管還有點扭捏——最高法院基本上已得到拯救。但波斯納厭倦常規科學。儘管他的《法律的經濟學分析》——如今已經出了第五版——涵蓋了法律的全部地帶，但波斯納晚近的興趣卻還是掛在其邊沿。

在過去的幾年裡，波斯納寫作的題目有些與性的規制相關，其中還包括一本有關愛滋病的著作。他還把經濟學鏡頭對準了老齡化。他考察了引證率，努力測度了另一位非同小可的法官本傑明·卡多佐的影響。他還是「法律與文學」運動的一位中心人物，並就法理學、道德理論和司法行政管理問題有大量著述。在他一九九五年的著作《超越法律》中，他堅定確立了一個承諾，很可以抓住他的個性：沒有單獨哪種進路，包括法律經濟學，能永久地捕獲法律的複雜性。

但波斯納心目中的英雄並不是經濟學，也不是美國聯邦黨人；如果還有的話，那就更多是霍姆斯。霍姆斯作品的特點，也就是波斯納作品的特點，具有樸素、直率之美（波斯納在司法意見中從不用腳註）。他的司法哲學的風味是實用主義，並且懷疑高級理論。

而這也就是波斯納手筆的標幟，並且波斯納確實是真有手筆。與大多數法官不一樣，波斯納從來都是自己動筆撰寫司法意見。僱來的法律助手只管批評挑剔，而他自己動手寫作。在一個法官有如此巨大權力的制度中，這是一種偉大的德性。寫作會制約人。當一篇司法意見「怎麼樣也寫不下去」時，波斯納就會改變他的思路。

因為波斯納有他自己的生活。波斯納的童年是左翼的（一個

著名的故事是，他曾把自己的電動玩具火車送給了盧森堡夫婦¹⁴的孩子），此後他逐漸右轉。當年，他的本科教育是英語文學；如今，他的影響力卻是在經濟學。他當過法官亨利·弗蘭德利和大法官威廉·布冉能的法律助手，後來又出任過瑟古德·馬歇爾的下屬，¹⁵但波斯納的思想屬於他自己，似乎沒有受這些導師的影響。無論是主動的還是被動的變化，變化都出於他的問題，或來自他對物件的質疑。沒有誰可以聲稱波斯納屬於自己這一派。

波斯納法官的傑出之處還不僅這些。波斯納寫作就不想讓人舒舒服服（他最新的著作，有關彈劾柯林頓的《國家大事》，肯定不會讓任何人舒服），當然，這倒也不是說他寫作就有意讓人不快，或是要讓人犯難。僅此一點就區分了他的語詞世界與那個以符合民意調查為宗旨的語詞世界；也就區分了他與公共生活領域內的幾乎任何其他人士。也因此，哪怕有種種更好的理由，波斯納也完全不可能被任命為聯邦最高法院的大法官。波斯納從沒想過要保持智識的誠實，他只是誠實而已。他讓過於簡單的分裂雙方都很失望。他寫作嚴肅且涉及廣泛，目的只在參與。這是位不懂得算計的經濟學家和公眾人物，在他身上，確實有些世所罕見的和非同尋常的東西，或許還有點反諷。但這正反映了波斯納最深刻的信念：一個學者——進而一個法官——的最大罪過就是循規蹈矩。

我們的制度並不獎賞他的這種德性。但，它仍然是一種德性。

也許，理解和欣賞都需要距離。

蘇 力

2002年9月1日

¹⁴ 盧森堡夫婦50年代初因被指控為蘇聯的原子間諜而處死；成了美國歷史上惟有的被處死的白領人士。

¹⁵ 這些人都是著名法官。尤其是後兩人都曾長期擔任聯邦最高法院大法官，是自由派大法官的「靈魂」人物和中堅；同時馬歇爾還是美國歷史上第一位黑人大法官。