

第六辑

法律书评

苏力主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



LAW BOOK REVIEW

法律书评

第六辑

苏力主编
李晨执行主编

藏书票：如洞穴中的鹦鹉螺

票主：奥利弗·温德尔·霍姆斯

（医学博士、诗人、幽默作家，大法官霍姆斯之父）

图书在版编目(CIP)数据

法律书评. 第6辑/苏力主编. —北京:北京大学出版社, 2008. 1
ISBN 978 - 7 - 301 - 13306 - 4

I. 法… II. 苏… III. 法律 - 著作研究 - 世界 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 201661 号

书 名: 法律书评(第6辑)

著作责任者: 苏 力 主编

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13306 - 4/D · 1964

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 14.25 印张 228 千字

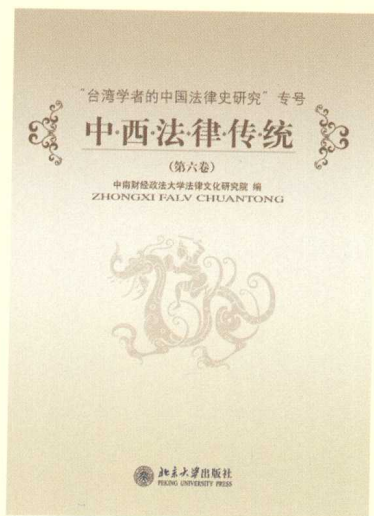
2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 15.00 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



中西法律传统 (第六卷)

“台湾学者的中国法律史研究” 专号

中南财经政法大学法律文化研究院 编

论文

唐律中的家长责任 / 高明士

南宋狱讼判决文书中的“健讼之徒” / 刘馨珺

良幕循吏汪辉祖 / 张伟仁

中国传统法律文化：“卡迪审判”或“第三领域”？ / 林端

资料

近五十年来台湾学界中国法律史论著目录 (1990—2005) / 尤陈俊

北京大学出版社出版

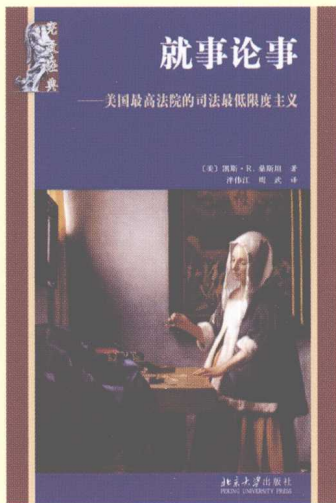
cbs.pku.edu.cn

就事论事

——美国最高法院的司法最低限度主义

[美] 凯斯·R. 桑斯坦 著

泮伟江 周武译



本书作者被尊称为“美国最受尊敬的法律学者”，其著作《权利的成本》、《偏颇的宪法》等译介到国内后广受好评；本书清晰、生动，对当代政治科学和宪法理论驾轻就熟，美国学者称之为“最能够代表作者水平”的著作。

“司法最低限度主义”，简单说就是，除非对于论证结果而言确有必要，否则法官在判决时仅仅“就事论事”、“一次一案”，尽量对一些根本性问题不发表意见。作者选择了自杀的权利、性别歧视、同性恋、言论自由等美国社会中最受争议的几个法律领域中的典型案例，细致梳理了美国最高法院在这些问题上的意见，分析了大法官们在直面社会中的尖锐矛盾时，如何保持“司法最低限度主义”。他令人信服地证实了，为什么最高法院应该“就事论事”，避免提供深刻的宪法理论和哲学论证，从而把大多数争议和社会正义问题留给多数民主来决定。作者为我们展示了一种谦逊的、高难的审判艺术和政治智慧；他所提倡的“司法克制”立场、他对政治分支的充分尊重和为民主辩护的激情，都给我们留下了深刻的印象。

桑斯坦的这部代表作是“后柏克时代的第一本司法哲学著作”，但它“并不是为教授和律师写作，而是为公民们写作的”，文风简洁，通晓流畅。

北京大学出版社出版

cbs.pku.edu.cn

法律书评第6辑

苏 力 主编
李 晟 执行主编

目 录 CONTENTS

深度解读

1 / “前沿”的潜力与局限

——以桑本谦《私人之间的监控与惩罚》为例

戴 昕

12 / 父权与法权

——《秋菊打官司》再阐释

刘 晗

本土墨香

25 / 超越“不过如此”

苏 力

31 / 追求反思的力量

——《论私力救济》读后

霍海红

39 / 中国化语境中的“法律与文学”

——读苏力的《法律与文学》

陈文琼

58 / 超越国民性如何可能

——兼评吴增基《国民心理对中国法制现代化
道路的影响及其现代价值》

肖 成

75 / 揭开最高人民法院的面纱

——评《中国最高人民法院研究：以司法的
影响力切入》

贺 欣

77 / 在中国的法治路上

——读《送法下乡——中国基层司法制度研究》

蒋志如

93 / 对清代例文本本身的考究与质疑

——薛允升《读例存疑》的宝贵价值

李 娟

异域书品

100 / 并未终结的旅程

——简评《德沃金和他的批评者》

张 帆

111 / 公民参与与民主政体

——关于托克维尔、密尔的读书札记 任羽中 方 博

法律书评第6辑

苏 力 主编
李 晟 执行主编

目 录

CONTENTS

- 122 / 契约、权力和国家形成
——评巴泽尔的《国家理论》及其对法学研究的
启示 吴义龙
- 130 / 谁在掌控法律
——《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》
读后 陈 刚
- 138 / 规制行政自由裁量权的原理与技术
——读《美国行政法的重构》 万传华
- 151 / 探寻司法艺术的精神
——卡多佐法律思想解读 李 建
- 165 / 组织体中的合同理论
——读《公司法经济结构》兼评公司合同理论 雷 驰
- 176 / “没有最好,只有更好”
——评《污染与财产权:环境保护的所有权制度
比较分析》 严厚福
- 185 / 无需法律的“现代”社会的秩序 周 杰
- 第一本书
- 196 / 《情理法与中国人》:蹒跚学步法史路 范忠信
- 名师典藏
- 206 / 在全球化语境中逆向生长的公司
治理力作 罗培新
- 书香早识
- 222 / 统一合同法的新发展等
- 224 / 《法律书评》稿约

“前沿”的潜力与局限

——以桑本谦《私人之间的监控与惩罚》为例

戴 昕*

将“信任”的问题转化为“惩罚”的问题,不只需要分析的冷酷,更需要眼光的锐利。或许是受益于阅读法律经济学、博弈论和社会生物学培养出的思维习惯,桑本谦博士看似不经意间察觉到了弗朗西斯·福山《信任:社会道德与财富创造》(下称《信任》)一书的致命伤,并且(至少在我看来)将其当作了《私人之间的监控与惩罚》(下称《监控与惩罚》)一书的论证出发点。倘若以社会科学的标准观之,《信任》这本极具启发性的著作存在非常重大的缺陷:福山对作为全书核心概念的“信任”自始至终语焉不详,缺乏明确的操作性定义,在论述中又游移不定,使这一表征多样的“社会道德”现象无所不包,甚至让人无法确定其分析中何为自变量、何为因变量,故而对具体的理解和行动未必有实际帮助。^①

显然,这种在修辞上极具诱惑力但智识上未免含混不清的理论不能让桑本谦完全满意。尽管在导言和附论中作者都暗示,其理论野心同样“高达”实现“范式转换”的水平(页4),并且确实也提出了“法治建设的社会资本”这样与“信任”甚至“本土资源”一样乍看上去触目

* 美国杜克大学法学院博士生。

^① See Francis Fukuyama, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity* New York: Free Press, 1995. 当然,评论者认为由于福山的写作身份是哲学家而非社会科学家,因此类似问题或可不必参照严格的社科标准评价。See, e. g., Peter A. Schneider, "Reviews on *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity* by Francis Fukuyama", 60 *J. of Mkt.*, 129 (Jul. 1996).

惊心的宏大命题,但《监控与惩罚》一书真正的立论基点却在于将社会治理的纷繁众相首先化入微观的“惩罚与(为了惩罚的)监控”这样简洁——因此如同其他行为主义(“行为—后果”)模型般诱人——的模型。基于国外特别是20世纪80年代后一些备受瞩目的交叉学科研究,桑本谦将惩罚与监控作为分析人类社会治理的最基本社会事实(这完全可以涂尔干意义上的),由此出发向四周拓展分析。从论证上来看,作者在书中展示的基本理论结构非常清晰:以促成有效率合作作为预设的人类社会行为目标,桑本谦尝试用惩罚现象对法理学上包括权利、义务、权力在内的实体性概念重新进行描述,并以惩罚及为实现惩罚所需要的监控为线索,将法律/社会治理问题中传统的“公—私”二元结构的差异、联结与互动,转化到“小群体—大群体”的连续统上进行展示,从而对社会规范和法律给出一个完整的功能主义分析。

这本书讨论的问题大体可归在20世纪80年代末、90年代初开始在美国学界兴起的“法律与社会规范”研究的主题之下。^①传统意义上的法律社会学和法律人类学对法律之外非正式规范的研究由来已久,但这一派新的研究与前人最大不同在于,尽管大量吸收了既有的社会科学(特别是人类学)成果,然而为追求更高水平的理论化和模型化,研究者普遍采用了法律经济学和博弈论的基本框架,借鉴社会生物学假说,为理性选择的模型提供进一步的“上游”解释。国内学界对“法律与社会规范”研究的了解主要来自鲍勃·埃里克森《无需法律的秩序》和埃里克·波斯纳《法律与社会规范》两部代表性译著。^②因在这两部作品中被大量运用,《合作的演化》中的演化博弈论,以及《自私的基因》中的社会生物学^③,也几乎在同一时间进入人们的视野。此外,大约在对法律经济学的学习引介中,斯图尔特·麦考利和

① 一个较近的综述介绍请看,Sheila Vera Flynn,“A Complex Portrayal of Social Norms and the Expressive Function of Law”,36 *UWLA. L. R.* 145, 146—176(2005)。但是需要注意,该文的介绍偏重于法律与社会规范研究中的功能分析部分,而对学者们同样关注到的上端的规范解释理论,即规范的进化与心理发生机制并未多谈。

② 罗伯特·埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版;埃里克·波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版。

③ See Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York: Basic Books, Inc. (1984); Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, New York: Oxford University Press, 2006 (30th anniversary ed., 2006)。

伊安·麦克尼尔等人有关商业合同领域的社会规范研究也无意间得到了国内学者的关注。^① 因此,尽管目前中国法学界内部智识趣味分化较为悬殊,但对于“法律与社会规范”这一美国法学近二十年来重要的学术动向,至少一部分对法律交叉学科始终抱有浓厚兴趣的学者已经获得了基本的了解和掌握。

推介与原创/潜力与局限

在这一背景下,应参照何种标准评价桑本谦的这部作品,倒是需要斟酌的问题。从国内(较宽泛意义上的)法律经济学研究的整体情况来看,至少在法学界,目前无论专著还是教科书,都仍以译作为主,国内学者自主撰写者不多。因此,若以法学出版物的整体水准为参照系,即使是介绍性的法律经济学类作品,也仍具有国内“市场价值”;毕竟,在现阶段,面向一般层次的法律界和法学界读者推介国外学术前沿,还存在较大现实需要。显然,桑本谦确实也没有将意图的读者局限在对法律经济学和博弈论、社会生物学有较多了解的群体。这不但体现在如其附言所说,为了“降低读者的阅读成本”,书中极少使用数学推演,更体现在作者不吝惜笔墨,在不同章节,对如囚徒困境、演化博弈论的若干经典模型、产权经济学原理等基础知识进行了较为详细的介绍。加上语言平实生动,例证贴近生活(如页178中学生获奖学金后请客的例子难免引读者会心一笑),这都使得本书在阅读上是非常“可亲近的”(accessible),为国内法律界的读者了解相关知识提供了一个优秀的媒介。

但从另一方面来看,降低门槛的写作策略对作者有一定风险:它使得本书多多少少还是沾上了教材或学术散文的味道——而我们不得不承认,在国内,这两类作品通常学术含金量(主要指原创性)相对较低。事实上,以严格的专著标准来审视,书中耗费笔墨描述的许多内容本身,对于有足够背景知识的读者来说毫无新意,一两

^① See, Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", 28 *Am. Soc. Rev.* 1963. 55 (Feb. 1963).

个引注已然足够。^①从现阶段读者的整体水平出发,理性的作者追求读者群体的“最大化”,采取这种写作策略自然有充分理由。^②但若过分“就低”,反过来可能使另一群读者丧失仔细阅读的兴趣,而这就可能给学术批评造成困难,作品真正的原创性也就不易被发掘出来。

事实上,《监控与惩罚》自身的一些特点,以及作者写作中留意不够之处,使得这种风险具有现实性。如前所述,本书明确地把“合作—惩罚—监控”这一简洁的主题作为展开问题的逻辑出发点,有意识地以一贯之。而值得关注之处在于,尽管书中的“理论研究”部分大量引用既有研究成果,但作者选择了前人框架中虽已包含却并未着重突出的“惩罚”概念,将十一个章节的材料重新组织,从而展示分散的法律与社会规范、演化博弈论和社会生物学研究背后存在的一个连贯逻辑。桑本谦敏感地把握了这一系列社会理论中,“惩罚”在逻辑上的初始性,在全书导言中便指出“惩罚”具有突出的推论潜力,足以以之对其他概念(权利、权力、监控)进行定义。同时,它在经验上不含糊,不但比福山的“信任”概念更易于界定和把握,而且相对于法律经济学中一般意义的“成本”概念,更强调以人际乃至社会互动为前提,因此是以社会科学方法分析法律和制度现象时更有操作性和针对性的工具。

但另一方面,对这一最着力的论题,桑本谦在行文中似乎又强调得不够。在分别的章节中,看来是为了保证子题讨论本身的独立性^③,他在前后照应上未能下足功夫,甚至时有误导。最明显的是,从本书的题目来看,监控与惩罚似乎被置于同一概念级别;在正文中,虽然读者可以感到甚至理解,但作者却没有足够明确地指出“程序性”的监控在功能上从属于“实体性”的惩罚这一事实。而若没有这一点,《监控

① 有些内容甚至已经有些陈旧,像第九章关于私有产权的法律经济学原理,几乎已完全可见于国外法学院基础课程使用的财产法教科书中,如 Dwyer & Menell, *Property Law and Policy*。在国外,一般只有较为成熟的理论和知识(意味着已经在学界反复讨论过 10 年左右并且基本有了定论)才会进入教科书。

② 这种写作策略并不少见。如波斯纳在《卡多佐:声誉之研究》一书中为吸引非法律专业的读者,不惜耗费较多笔墨描述对法律人来说烂熟于心的一些案例和规则。See, e. g., Richard Posner, *Cardozo: A Study of Reputation*, The University of Chicago Press (1990), 33—38.

③ 这同样在某种程度上便利了读者。

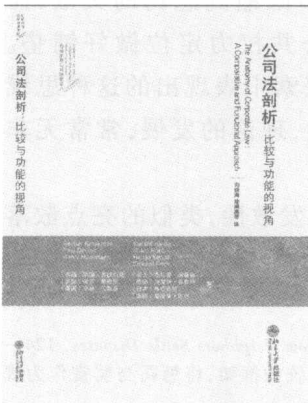
与惩罚》中展示的理论框架就将失去相对于前人框架的新意：无论埃里克森还是小波斯纳，其实都已充分讨论了惩罚和监控如何共同作用实现合作性规范目的。^①而他们在理论上尽管涉及但并未详细处理的恰恰是惩罚相对于监控的逻辑前置性。任何实现行为监控功能的规范和制度，如不以惩罚为落脚点就没有意义——即使作者准确地把握到监控和惩罚、乃至“程序法”与“实体法”之间在功能意义上边界的模糊（第九章），他也应该意识到，这里的“模糊”本质上是通过监控替代真实的惩罚，二者之间的主从关系非常清楚。

不过，除了这一影响全书的行文缺陷需作者负责之外，本书许多优点可由读者仔细体会。桑本谦在写作中向读者展示了良好的理论思维能力。一方面，他能够较好地不同分析层次上把握一个问题，并游刃有余地将分析组织在一起。例如在“强奸何以为罪”一章的后半部分，作者清晰地展示了一个层层深入、螺旋上升的分析，从宏观的性竞争现象出发，提出嫉妒是反对强奸的社会心理根源（页166），然后继续论证为何嫉妒是可欲的，并随后再次回升到性竞争的符号化这一社会学高度（页167），有始有终，一气呵成。另一方面，他常能在理解的基础上，结合自身的思考将既有理论命题和模型进行延伸和扩展。例如在第五章（页73、74）中，作者在科尔曼的三人投资模型中引入本书的惩罚概念，通过“多级搭便车”展示惩罚问题的介入如何使多人合作博弈中的搭便车在纵向上复杂化。这一模型上的改动看似简单，但其深刻之处在于将“集体行动的理性”这一经典命题的范围，从合作的失败进一步限缩到惩罚的失败，而这一推论又为全书接下来用惩罚重新为公共权力定位做好铺垫。在某种程度上，桑本谦在《监控与惩罚》的探索中表现出的这种思维能力和方法是理论研究者都应具备的；毕竟，理论的发展，常常无非是准确理解基础上的拓展与想象。

正是由于作者在写作中始终追求分析的发散性，类似的亮点散落在书中各处，其出现都自然而不刻意，在此无需也无法穷举。但因为

^① See, e. g., Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, 124—126, 207, 208—210, 211—224. 埃里克森继承了社会学上传统的框架，将惩罚与奖赏作为规则实施的正反两手。

作者证明了自己的能力,提高了读者的期待,他的这种写法另一方面又难让读者满意。在很多地方,作者总结梳理了自己对既有研究的理解,也提出了进一步的思考,但对后者有时过于浅尝辄止,使得很多对本书有价值的问题未能顺势继续展开。这尤其体现在一些分析经验现象的段落中。例如,在第五章,作者讨论了自控型秩序和受控型秩序的演化逻辑之后,顺势提出一个有趣的现象,即有些法律制度在西方属自控型秩序,到中国却蜕变为受控型秩序。很明显,这里的一个问题是,为什么会这样?作者似乎觉得仅仅一句“不同群体情况会有所不同”(页79),就“可以解释”,这多少有点草率,因为真正需要关心的恰恰是,不同群体的哪些不同情况会使得它们需要不同的秩序形态?作者谋篇布局自有考量和权重;为照顾既定结构,不可能把所有发散触及的问题都一一展开,适当取舍无可厚非。但是,理论作品欲实现合理写作布局,一个前提就是区分被论及问题的不同性质。有些内容之所以谈到,主要作用仅在辅助说明理论,使之形象化、易于理解;而另一些内容之所以包含进来,是因其具有较强的引申性,能够带出新的问题,而如不作适当处理,将影响理论本身的必要完整性。在《监控与惩罚》一书中,作者分析到的“周期性严打”(页111)、“中国企业重视信誉程度较低”(页176)等现象,就属于前一类,无非例证了理论的适用,对既有结构没有突破,不必深究。但像这里提到的秩序类型转化的问题,明显就属于第二类,短短几句显然糊弄不过去。



公司法与公司治理译丛

公司法剖析：比较与功能的视角

[美] 莱纳·克拉克曼

保罗·戴维斯 等著

刘俊海 徐海燕 等译

北京大学出版社 2007 年出版

特别是,考虑到附言所说,如果作者的确试图用基于惩罚的社会资源说(页240,所谓“社会资源”指私人投入的惩罚资源)来厘清“本土资源”说的含混,那么这样的地方正可展示作者的独到框架如何能为中国的秩序与治理问题提供更有效的认识,所以未能展开实属可惜。类似的还有第六章对权力性质演化的讨论,作者明言其分析不完全适用于民主制度,对民主制度也无意讨论,但却未给出不讨论的原因。事实上,由于作者不可避免地涉及了公共选择理论(如第八章),对民主制度下权力性质的私人性和公共性维度给出基本的分析,既有必要,也不困难(“狼和狼”之间的交易如何实现,甚至作者注意到的霍布斯就已经给出不少启示)。这些不太应该的忽略,或许显示出了作者成书过程中的某种仓促。

为什么“实证研究”

本书更明显的仓促之处表现在对实证研究的处理上。《监控与惩罚》分为“理论研究”和“实证研究”上下两编。从原创性的角度来说,在细致扎实的经验研究基础上获取新的问题和灵感,进而在全面和较深刻的意义上修正既有理论,这无疑是社会科学进路的法律研究中最有价值的一等(典型作品如《无需法律的秩序》)。^①而如果研究者对前人成果以继受为主,实证研究就带有更多的适用色彩,类似运用数学定理解题,固然也有价值(例如展示理论的应用价值),但原创性上则有所不及。如前所述,《监控与惩罚》既有独立的理论思考,“实证研究”部分就不应满足于完全停留在后一种水平。然而,作者对这一部分的处理明显失于粗疏和保守,这严重影响了该部分本可对提升全书水平作出的贡献。注意,这并不是说,《监控与惩罚》侧重理论而不是从经验出发,本身值得批评。确实,本书中,“实证研究”只有三章,与理论部分的十二章相比看似有些不成比例。但篇幅小不是问题,真正的问题在于作者未能将手头这些有限的经验材料在提出和揭示问

^① 实际上,法律与社会规范的研究很大程度上是经验研究先行推动的。See, e. g., Stewart Macaulay, “Empirical View of Contract”, 1985 *Wis. L. R.* 465(1985).

题方面的潜力真正挖掘充分。客观地说,桑本谦对实证问题的选材相当出色:“村民互助规范”、“通奸与敲诈”、“短信规制立法”中,都蕴含着本书涉及的若干最重要主题,如群体规模与通过惩罚的合作,惩罚规范通过监控规范完成自我实现的机制,以及私人惩罚与公共惩罚选择的成本收益分析。但在真正的讨论中,总体上让人感觉就事论事的味道较重,即使并未忘记对上编作出照应,但却常放过一些显而易见、至少值得顺带提出的新问题。

例如“手机短信规制”一章,尽管作者的逻辑仍然精致,用了两重成本收益分析,先比较不同立法规制之间在实现惩罚方面的效率,再拓展到比较立法规制本身与社会或私人规制的惩罚效率,构成了看似完整的论证逻辑。但是很明显,作者在后一重比较中已经至少暗含了某种“自由放任”的建言,这时他的想象应足以延伸到一个关系到全书的问题,即规范/制度以实现有效率合作为目标这样一个理论前提,是不是在所有分析中都理所当然、无须反思?显然,在短信规制的问题上,由于立法者考虑的目标可能超出了具体的效率目标,因此作者以一个预设了效率目标的论证来质疑有关立法举措,本身已经是规范性甚至是政治性的,而这种不经意或不得以的政治性恰恰反映了“监控与惩罚”及背后的理论可能存在的某种不周延。这是很好的补充理论、探索理论解释边界的机会,但桑本谦却遗憾地将其错过。再如“通奸与敲诈”一章中,作者虽然做了较多段落的理论铺垫,但与“理论研究”中“强奸”一章重复较多,价值不大。而这个“传闻”案例更值得思考和解释的独特之处,其实应是,为何保安会在个人并无获益(罚款交公)的情况下,对通奸偷情者实施“敲诈”般的惩罚?特别是,更进一步,私人惩罚的边界应如何划定?除了考虑私人进行惩罚的资源 and 激励限制,我们应如何在整个惩罚与社会治理结构中对私人惩罚本身带来的负外部性?这同样是能够从经验问题中推出、却未获得足够注意的带有一般性的命题。

而实证研究对桑本谦所进入的这一理论领域的价值还远不止于此。尽管智识吸引力极大,但必须承认,大量借用法律经济学、演化博弈论和社会生物学的这一派法律和社会规范研究,其理论命题到目前

只是部分地获得了经验证明,在一定程度上仍带有“假说”的色彩。^①“假说”意味着它往往只是对真实世界的一种可能的解释;而只有为足够细致扎实的经验材料所验证,这种可能的解释才足以落实为有效解释。首先,如果对事实材料的援引不够准确,整个论证就可能失效。比如第十章对先占制度合理性的论说中,作者提出法律之所以有时会牺牲他人利益保护先占者,是因为他人利益在资源不稀缺时微不足道;而对于稀缺资源,先占制度就不能适用。作为例证,作者指出这是美国东西部取水权的法律规则背后的逻辑:东部雨水多,取水者先占先得;西部雨水少,取水量政府审批(页146)。不幸的是,作者引用的美国取水权的材料本身不准确。其实,根据普通法和有关州的宪法,雨水多的东部实行的取水规则其实是“个人合理使用并考虑下游需要”,而雨水少的西部却反而实行某种类似于先占的规则,以保证上游使用者有效利用有限水资源,不受下游取水者干扰。^②这种错误本身倒不见得多严重,但因为对这一规则的引用目的在于例证理论的解释力,所以就有釜底抽薪的尴尬。^③

但知识性材料的不足毕竟容易原谅和弥补^④,而经验研究对于法律与社会规范理论的另一类价值则不能用其他方法替代。如前所述,由于经验研究常被用来将假说落实,因此对于特定理论来说,真正好的经验研究将使该理论提供的解释成为最有效、最合理的解释,而不仅仅是可能的一个解释。要达到这种效果,经验研究本身必须足够翔

① 事实上,人类学家在很早就对此表示相当不满。See, e. g. Marshall Sahlins, *The Use and Abuse of Biology: An Anthropological Critique of Sociobiology*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1976.

② 分别参见 *Evans v. Merriwater* 和 *Coffin v. The Left Hand Ditch Co.*

③ 其他类似的不确切,还有对不完全合同(incomplete contract)问题(页104、174)的不准确表述,似乎让人认为这一问题主要是靠私人规范解决的。事实上,合同法的大部分规则都旨在合同的不完全性设计的。耐人寻味的是,桑本谦自己在论及有关《秋菊》的解读时,同样有效地运用了这一批评策略:通过指出1990年《人体轻伤鉴定标准(试行)》对阴囊和其他部位受伤定级的不同处理,他试图削弱“正式法律不能理解民间规范”的论点,尽管未必是完全的推翻。参见赵晓力:《要命的地方》,载《北大法律评论》第6卷第2辑,北京大学出版社2005年版。

④ 事实上,这样的问题常常很难避免。如波斯纳对舍维奥的挑剔和理解。Posner, “A Review of Steven Shavell's *Foundations of Economic Analysis of Law*”, 104 *J. E. L.* 405, 410 (Jun. 2006).

实,特别是应提供更多的细节和具体事实,而不仅仅是一般性描述。这是因为,事实现象越概括、越少细节、不确定之处越多,对其加以解释的开放性和随意性也就越大,越容易让人觉得“正说也对,反说也对”。在《监控与惩罚》一书中,这种适用于缺乏细致经验材料而暴露出的解释随意性(虽然不应由作者本人负责)其实不少。比如在第九章中论说隐私权范围是否扩大,取决于社会是否有其他“基础设施”能够替代基于个人信息高度公开之上的监控制度(页124)。这个解释固然有理,但我们同样可以猜测隐私权之所在现代社会扩大了,乃是因为环境的改变使得有些信息对个人的价值超过了对群体的价值。在没有好的经验研究验证之前,我们不知道这两个解释究竟哪个对、或都对、或都不对。而这样明显的不确定性意味着研究远未完成。

“村民互助规范”一章倒是作者有意识为理论提供“验证”的证据。老实说,阅读这一章的感受非常愉快,理论用到经验材料上“严丝合缝”。但是,或许是因为二者看上去匹配得实在完美,开个玩笑,这反倒让人恍然间觉得作者是不是把埃里克森的沙斯塔县换了名字和背景搬到了山东。因此,这里表明的问题是,严格地来看,桑本谦的这几则实证研究在学术规范有欠缺,不但材料来源有些问题,调查和取样方法也较为随意。我并不迷信某种形式化的社会研究程式;点滴的叙事常常足够给人重要启迪。但是,越是难得找到的好素材,研究者其实越值得为之在学术规范上“投资”,以避免其可信度在读者眼中减弱。^①

评论者把源于自身阅读口味的挑剔归咎于被评论文本,是批评中常见的“不公正”现象。我必须承认,本文对《监控与惩罚》一书的很多批评,即使是下意识,多少也有“借题发挥”的味道。尽管前文明确承认,无论从译介推广前沿理论,还是从理论思考的独创性来看,《监控与惩罚》都应是国内同类作品中较为出色的一部。然而,评价的标准除了相对比较,也应该有更“绝对化”一些的内涵。对于研究者来说,真正重要的不只是比别人做得好,而是尽可能挖掘自身潜力的边界。法律与社会科学的交叉研究进入国内学界的时间说长不长,说短

^① 另外,即使在这一章里,前文说的解释开放性的问题还是有的。比如,非法经营的农村建筑队之为政府所容忍,到底是由于政府考虑了农民成本的原因,还是由于因为其他一些原因(比如腐败),仅以作者给出的有限描述,读者很难在心里决定哪个解释更有力度。