

lected Works of Richard A. Posner

波斯纳文丛 6

LAW AND LITERATURE

法律与文学

(增订版)

理查德·A·波斯纳 / 著
Richard A. Posner

李国庆 / 译



中国政法大学出版社

Collected Works of Richard A. Posner

波斯纳文丛 6

(增订版)

法律与文学

LAW AND LITERATURE

理查德·A·波斯纳 / 著
Richard A. Posner

李国庆 / 译

◆ 中国政法大学出版社

D90-059

1

图书在版编目(CIP)数据

法律与文学/(美)波斯纳著;李国庆译. —北京:
中国政法大学出版社,2002.6
ISBN 7-5620-2074-4

I. 法... II. ①波...②李... III. 法律—关系—文
学—研究 IV. D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052110 号

书 名 法律与文学(增订版)
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 19.5
字 数 500 千字
版 本 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2074-4/D·2034
定 价 40.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

Law and Literature By Richard A. Posner

根据哈佛大学出版社 1998 年英文版翻译

《波斯纳文丛》总译序



这套译丛是一个很长过程的积淀。

我从1993年开始翻译波斯纳的著作，这就是1994年出版的《法理学问题》。此后多年也读了他的不少著作，但是这位作者的写作速度实在是太快了，范围实在是太广了，因此至今没有或没有能力读完他的全部著作。但是自1996年起，鉴于中国的法学理论研究的视野狭窄和普遍缺乏对社会科学的了解，缺乏人文学科深度，也鉴于希望中国的法官了解外国法官的专业素养和学术素养，我一直想编一部两卷本的《波斯纳文选》。在这种想法指导下，同时也为了精读，我陆陆续续选译了波斯纳法官的少量论文和许多著作中的一些章节，包括《超越法律》、《性与理性》、《法律与文学》、《司法的经济学》等著作。到1998年时，已经译了80万字左右。也联系了版权，但最终没有落实，乃至未能最后修改定稿。初稿就在计算机的硬盘上蛰伏了很久。

1998年，我感到自己《法理学问题》的译文问题不少，除了一些令自己难堪的错失之外，最大的问题是由于翻译时刚回国，中文表达比较生疏，加之基于当时自己有一种奇怪的观点，希望保持

II 《波斯纳文丛》总译序

英文语法，因此译文太欧化，一定令读者很头痛。我为此深感内疚，并决定重译该书，到1999年上半年完成了译稿。

1999年10月，我到哈佛做访问学者，更系统地阅读了一些波斯纳的著作；并同样仅仅是为了精读，我翻译了他当年的新著《法律与道德理论的疑问》。此后，由于《美国法律文库》项目的启动，中国政法大学出版社又约我翻译波斯纳的《超越法律》全书，我也答应了。诸多因素的汇合，使我决心把这一系列零零碎碎的翻译变成一个大的翻译项目。

2000年5月，在耶鲁大学法学院葛维堡教授和欧文·费斯教授的大力安排下，我从堪布里奇飞到了芝加哥，同波斯纳法官会了面，其间也谈到了我的打算和决定。临别时，波斯纳法官同意了 my 请求。

2000年8月回国之后，就开始了一系列工作。中国政法大学出版社社长李传敢、编辑张越、赵瑞红等给予了积极并且是很大的支持。会同出版社一起，我进行了很麻烦的版权联系和交易。而与此同时，我自己也忙里偷闲，特别是利用寒暑假，进行翻译，并组织翻译。因此，才有了目前的这一套丛书，完成了多年来的一个心愿。

— —

从上面的叙述来看，这套文丛似乎完全是一个机会主义过程的产物，甚至，挑剔一点说，未必我就没有减少自己的“沉淀成本”（sunk cost）的意图。但是，总的说来，这套书的选择是有策划的，有斟酌的。

如同上面提到的，我的选译是有针对性的，一是针对法学研究，特别是法理学研究；二是针对包括法官在内的读者群。

中国目前的法学研究有不少弱点。首先是自我限制，搞法理学就是搞一些传统的概念，例如法治、宪政、正义、公正之类的，加一点时下流行的各种具有或多或少甚至是很强意识形态意味的话语，依法治国、司法改革、现代化、全球化、人权等等。这种“高级理论”、“大词法学”其实与作为实践的法律，特别是部门法很少有直接的关联；乃至近来我听到有搞部门法的学者半开玩笑半嘲笑地说：你们搞法理的人似乎如今全都搞司法改革了嘛！这种情况，固然反映了司法改革的重要性已日益为法学研究者关注；但另一方面，这也说明了一个问题，法理学可能确实面临着某种困境。也许这种境况就如波斯纳说30年前美国法理学那样，已经进入了它的“暮年”（《超越法律》）。法理学必须探求新路。司法改革的课题也许会带来一个刺激，形成一个“新的学术增长点”，但我们必须注意，这不是全部。我们必须开拓理论法学的研究视野。

当代中国法学研究的另一个重大弱点是缺乏社会科学指导的研究，缺少经验的研究。国内的法经济学、法社会学、法人类学诸如此类，大都一直停留在介绍的水平或应然的层面上。既缺少量化的研究，也缺少细致精密的个案研究；甚至常常没有一个不带个人意见的如实生动的描述。大约是在中国人心目中文字本身就是神圣的，因此如果你用文字客观描述了某种不那么理想的东西，而这种客观又对“法治的理想”或“公认的原则”提出了质疑，那你的政治立场可能就有问题，你就“需要提升价值”，必须把你的描述调整到符合这些理想和原则上来。在这种心态和氛围下，文字成了一个过滤和筛选可研究和不可研究的、可言说和不可言说的设置。“政治正确”已经在中国学界迅速本土化了，一些学者一方面不无

IV 《波斯纳文丛》总译序

一点道理地反对滥用本土资源的说法，但另一方面，又迅速利用了在中国历来占强势的道德话语，开掘出了政治正确的“本土资源”。“法学是一个古老的学科”这样的事实描述由此变成了法学应坚持修辞学和决疑术的老传统、拒绝强化社会科学研究新传统的规范理由，成了拒绝法学“与时俱进”的信条。对于中国法治发展非常必要的法学专门化在某种程度上成了创造知识神秘、故弄玄虚、拒绝普通人进入、以期获得因垄断而发生的高额货币和非货币租金的一种工具。当然，这还不是普遍现象，只是这种现象正在扩展。更普遍的情况则是法学家就“法律问题”笼统的发发感慨，提提看法。尽管这些感慨、看法并没有多少法学的或其他学术的意味，但由于在许多现实的交易中，值钱的并不都是货品的质量，而往往是货品的商标品牌，因此法学圈内也就不可能例外。而在我看来，真正能减少这种现象的可能就是学术的竞争，包括并特别是来自其他社会科学知识和方法的竞争。也就是要“超越法律”。

因此，这套书的读者也许首先是法学研究者、部分有些理论兴趣的法律实务者，其中也包括一些法官。中国法官的状况一直是我的一个关切。中国法官目前就总体而言其知识和专业素质都是很不足的，即使少数法官有较高学历，但要适应一个现代社会、一个工商社会，也还有很大距离。这种状况不可能在短期转变，哪怕是对目前开始的统一司法考试我们也不可能指望过高。因为中国的法学教育本身就面临着一个急迫的知识转型问题。我当然不可能指望读一点书就会改变法官的状况。但是至少，这些著作会给某些法官甚至未来的法官一些提醒，因为中国的法官也都可能或迟或早在不同程度上遇到波斯纳法官遇到过的一些问题。

这套书最多的、最认真的读者最终也许是如今在校的学生，因为，由于种种原因，今天的中国法学家大都已经与真理共在了，因

此也就大都很少甚至根本不读书了。但即使是为了学生，翻译这套书也是值得的。甚至，我预期这套书的潜在读者将不完全是法学院的学生，有可能是社会学、政治学、经济学乃至文史哲的学生。确实，波斯纳的著作做到了他的追求，大意是，法学应当使外行人也感兴趣。

也正是为了这些目的和这些读者，我在选书时大致坚持了三个相互关联的标准。一是尽可能涵盖波斯纳所涉猎的领域，反映一个全面的波斯纳；因此，其二，也就尽可能包容广泛的读者，而不是局限于法学的读者；以及第三，希望这些著作能够展示法学的交叉学科研究以及法学对其他学科的可能贡献。最后这一点也许还应多讲几句。近年来，一些法学家和学生都感到了经济学和社会学的“帝国主义”，一些喜欢思考又有一定哲学爱好的学生往往喜好读其他学科的书，甚至感到在现在的知识体制中，法学的贡献很少。但我相信，波斯纳的著作可以消除人们的这种错觉。法学是可以有趣的；也许法学没有为其他学科的发展提供什么总体思路和方法论上的贡献，但是，我相信，读了波斯纳的这些书后，读者会感到法学家的知识传统同样可能对理解其他学科做出贡献，特别是在对细节的理解和制度处理上。也许，由于其实践性、世俗性，法学的知识贡献注定不是宏大理论，而是微观的制度性理解和处置；就是要办事办妥（而不是好）。

因此，尽管这里所有著作都与法律有关，却也都还与其他某些学科和问题相关。《法理学问题》、《超越法律》和《道德与法律理论的疑问》，是波斯纳法理学著作的“三部曲”，与诸多法理学流派，与法哲学、法社会学、政治哲学和道德哲学有关。《正义/司法经济学》有很大一部分与初民社会以及一些非正式社会控制有关，其余部分则与私隐、歧视有关。《法律理论的前沿》则更是涉及到

VI 《波斯纳文丛》总译序

了经济学、历史学、心理学、认识论、统计学。《法律与文学》不仅讨论了文学，包括经典文学和大众文学，而且涉及到阐释学，甚至知识产权法。《性与理性》从问题上看，与性、家庭、婚姻、同性恋、色情读物有关；而另一方面，作为知识传统，它汲取了社会生物学许多洞识。《衰老与老龄》则分别与老人、老龄化和社会学有关。《反托拉斯法》与经济学有很大关系。《联邦法院》不仅研究了一个具体的司法制度，而且同政治学、特别是司法政治学、制度理论有关。《公共知识分子》与（特别是与法学）知识分子和知识社会学有关。当然，所有这些所谓“有关”都是相对的，其实几乎这里的每一本书中都涉猎了不同的学科知识。这些都是真正的交叉学科的研究。比较而言，前六部著作的主要关切更多是法学理论；后五部著作尽管同样涉猎广泛，但相对说来更侧重法学理论在特定领域的运用。当然，其中的研究结论不一定都对，因此不要将之作为结论、作为权威、作为真理来引证，而应当是作为进一步研究的甚至是批判的起点。它们未必是其他学科最前沿的，它们也没有坚持一个融贯一致的学科理论体系；但也许这就是法学的要求和命定。法学强调实践，法官必须在有限时间内处理问题，他们不能等所有的知识都齐备了再按部就班地作出惟一正确的决断，不允许他等到“黄瓜菜都凉了”。司法更多的是，用概括了波斯纳的话来说，要“头脑清醒地对付或糊弄过去”。因此调动一切知识资源，在现有的制度框架中不但是要干事，而且是要干成事。

而这就是实用主义，至少是波斯纳牌号的实用主义，这是一种新的法理学。

三

对于波斯纳，许多中国法律人都已经熟悉了他的名字和一些著作，但有不少误解。因此，我要多几句嘴，做一个尽可能简洁的介绍。

波斯纳，1939年元月11日出生在纽约的一个中产阶级犹太家庭，父亲是律师，母亲是一位“非常左倾”（波斯纳语）的公立学校教师。他1959年以最优生毕业于耶鲁大学英文系，1962年以全年级第一名毕业于哈佛法学院。在法学院期间，他担任过《哈佛法学评论》主编（president）。他没有拿过Ph. D，但他曾获得过包括耶鲁、乔治城等国内外大学的荣誉法学博士。1962年毕业后，一直到1967年，他曾先后在联邦最高法院担任大法官布冉能法律助手一年并任职其他政府机关，同时他开始接触并自学经济学，形成了他的学术思想。1968年，他加入斯坦福大学法学院，成为副教授；次年，他来到了芝加哥大学，担任教授；1973年一部《法律经济学分析》，给整个法律界带来了一场“革命”（《纽约书评》语）；1978年以后又成为法学院讲座教授。1981年，里根总统提名他出任联邦第七上诉法院（在芝加哥）法官至今，并在1993年到2000年间因资深出任首席法官（院长），兼管该法院的一些行政事务。

任法官期间，波斯纳还一直担任芝加哥大学法学院的高级讲师；每年至少上两门课。同时，他每年平均撰写80件以上的上诉审判决意见（这意味着每周近2件），这个数量之多位居撰写司法意见最多的美国联邦上诉审（包括最高法院）法官之列（比美国联

邦上诉审法院法官撰写的司法意见平均数大约高出两倍)。重要的是,不像绝大多数法官,波斯纳从不用法律助手捉刀代笔,他总是自己披挂(或赤膊?)上阵。他说出来的话,用我遇到的一位他的前法律助手说,打出来就是一段文稿,几乎不用修改。他不仅产出数量多,而且质量也很高。他的上诉审判决意见也是为其他联邦上诉法院引用最多的法官前茅(大致高出平均数3倍)。他的学术著作也是如此,据1999年的几个研究分别发现,1978年以后出版的引证最多的50本法学著作中,波斯纳一个人就占了4本(并属于前24本之列),数量第一;他的总引证率也是有史以来最高的(7981次),比位居第二名的学者(德沃金,4488次)高出近80%。^[1]无怪乎,一个有关波斯纳的幽默是,“流言说,波斯纳每天晚上都睡觉”。

数字也许太枯燥了。有关波斯纳的才华、勤奋、博学的趣闻轶事很多很多。这里就说两件吧!一是他在联邦最高法院当法律助手期间,有一次,全体大法官们投票对某案做出了决定,并指定由大法官布冉能撰写司法意见。按照习惯,司法意见至少由法律助手撰写初稿。但不知是由于布冉能说反了,还是波斯纳听反了,甚或其他,波斯纳反正是撰写了一份与最高法院的决定完全相反的司法意

[1] 关于波斯纳的司法意见的引证率,请看,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,波斯纳名列第一;后一个研究中,波斯纳由于种种原因而名列第三。关于最常引用的法学著作以及著作引证率的研究,请看, 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.

见。然而，这份意见不仅说服了布冉能大法官，而且说服了最高法院。最后的决定也就顺水推舟按着波斯纳的意见办了。^{〔2〕}我们当然可以赞美大法官们的平等待人，从善如流，但这足以证明波斯纳真正是才华横溢（当然不同的人还可能从中得出许多其他正面、负面甚或是解构主义的感想：令人怀疑被——特别是被一些中国学者——神化了的大法官们的责任心、智慧和勤勉程度，案件的不确定性等等，随便想去吧！）。记得张五常曾记述了他所谓的“经济历史最有名的辩论聚会”——科斯为《联邦通讯委员会》一文同包括弗里德曼等15位大经济学家展开论战，最后令对手统统缴械的学术佳话。^{〔3〕}而波斯纳的这一轶事足以同科斯的故事媲美；如果仅仅就知识事件本身而言，这个故事不仅毫不逊色，甚至更有过人之处：因为波斯纳是生活在一个具有政治性和等级性的领域，他是作为一个下属，而不是如同科斯是作为平等的学者参与了论战，而我们知道不同领域内的游戏规则是不一样的。并且这是对一个已经初步决定了的案件。也许，这个案子就学术意义而言并不像科斯的论战那么重大，但其具有更大的直接的实践意义。

另一件也就发生在去年。在波斯纳所在的联邦第七巡回区的一个决定中，多数派法官否决了波斯纳临时充任地区法院法官时作出的一个裁决。^{〔4〕}但就在这一司法意见开头的第一个脚注中，作为波斯纳同事的这些法官写道：

〔2〕 James Ryerson, "The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner", *Linguafranca: The Review of Academic Life - Online*, May, 2000, vol. 10, no. 4 (<http://www.linguafranca.com/0005/posner.html>).

〔3〕 《五常谈学术》，香港：花千树，2000年，页196-198。

〔4〕 *Bankcarp America, Inc. v. Universal Bancard Systems, Inc.*, 203 F. 3d 477 (7th Cir. 2000).

X 《波斯纳文丛》总译序

“当时，联邦地方法院急需新增法官决定此案，我们的首席法官波斯纳自愿承担了这一地方法官的工作，听审了此案，这充分证明了他对工作的献身精神。当然，波斯纳法官同时也承担了他在本院的全部工作。并且，作为我们巡回区的首席法官，他还完成了大量的行政管理职责。他所做的甚至还远不止这些。他撰写的书要比许多人毕生阅读过的书还多。更重要的是，当时，他正用业余时间，在联邦政府针对微软公司的反托拉斯大案诉讼中，作为某法院任命的特别调解人，努力工作。很显然，波斯纳法官的工作实在是太多了，远远超出了人们的承受能力。这充分证明了波斯纳法官的才华，他能同时处理这么多的角色，并且还是如此的严密、杰出和潇洒。”（着重号为引者所加）

由衷的赞美和敬佩之情，可谓溢于言表。（当然，这里也足以让我们看到我们大力赞美的美国法官的判决书的另一侧面。）

波斯纳的思辨极为精细，文风非常犀利，可以说是锋芒毕露，在学术批评上毫不留情，只认理，不认人。但在日常生活中，所有同他有过哪怕是简短交往的人都认为他是一位非常绅士的人，对人非常礼貌、周到，说话谦和、平等、幽默。上面引用的他的同事在司法意见中的言辞，就是一个明证。

也许是——但显然不是——因为做了法官，波斯纳是一位务实得近于冷酷的人，与那些高唱人文精神的浪漫主义、理想主义学者似乎形成强烈反差。但是在一次午餐间，波斯纳告诉知名女学者努斯鲍姆一个发现：其实，他波斯纳自己是一位浪漫者，而努斯鲍姆等所谓的浪漫者其实是功利主义者。为什么？波斯纳以功利主义世

界观闻名，努斯鲍姆甚至称波氏是狄更斯小说《艰难时世》中把一切关系都货币化的葛擂硬。波斯纳的发现在于，努斯鲍姆同其他许多浪漫主义道德哲学家一样，从本质上认为“人应当幸福，这是生活中最重要的”。而波斯纳本人，如同尼采，认为生活的一切都是挣扎和痛苦，并不存在什么最大多数的最大幸福，因此对于一个人来说，只有英雄的和创造性的成就才重要。是的，波斯纳是这样一个人尼采式的浪漫主义者，视人生为一个不断创造和突破自己的过程，要在人生的苦役和虚无中创造意义；相反，那些认为人生仅仅是不受限制地满足自己情感、希望、意欲的浪漫主义者在这个意义上恰恰是最务实的人。难道一定要到一个叫“前面”的地方去（《过客》）的鲁迅不是比“在康桥的柔波里，我甘做一条水草”（《再别康桥》）的徐志摩更具浪漫主义和英雄主义吗？！

甚至，波斯纳对自己和他人的这一发现的意味又何止这些？仅仅从这一发现中，难道我们不就可以感受到波斯纳的对人生哲学的高度抽象思辨能力，他对语词与事物关系的把握，以及他对人和事物的总体把握和平衡？！

这确实是一个绝顶聪明的学者。

四

1999年底，《美国法律人》杂志年终刊评选了100位20世纪最有影响的美国法律人，自然有霍姆斯、汉德、卡多佐等已故法官、学者、也有不少实务律师、法律活动家，其中有13人有专文介绍，其中之一就是波斯纳。当时的哈佛法学院讲座教授、现任斯坦福法学院讲座教授理查德·莱西格（曾担任过波斯纳的法律助手）撰写

XII 《波斯纳文丛》总译序

了一篇极为精炼且很意味的、题为《多产的偶像破坏者》的波斯纳简介，也许有助于我们理解一个全面、复合的法官、学者波斯纳。经莱希格教授同意和杂志社的授权，我将这一短文翻译如下，作为这一文丛译序的结尾，必要的地方我还加了脚注。

理查德·波斯纳自 1981 年以来一直是美国第七巡回区上诉法院法官，自 1993 年以来一直担任首席法官。他是著述最丰的联邦法官，前无古人。任职上诉法院、却仍属最多产的法学家之列，同样前无古人。如果引证率可以测度影响力，那么当仁不让，波斯纳是在世的最有影响的法学家，他的 30 本书、330 篇论文以及 1680 篇司法意见^{〔5〕}都是引证最多的；同时也属于受批判最多之列。

人们称波斯纳为保守主义者，但真正的保守主义者也许会质疑他是否忠诚（因为他怀疑原初意图论，批评反毒品战）。他是法律经济学运动的创始人，但他对法律经济学的影响却不限于此。在这一运动中，他既是詹姆斯·麦迪逊，又是亨利·福特^{〔6〕}：他把一套关于法律规则与社会结果之间关系的实用主义见解（规则如何影响行为；行为如何更能适应相关的法律规则）都投入了生产，他把这套方法运用于无穷无尽的法律题目，运用于一切，从合同和反托拉斯到宪法的宗教条款以及法官行为。

法律经济学运动的前沿看上去很怪，但任何学科前沿

〔5〕虽然只过去了两年，这些数字都已经大大过时了。到 2001 年时，波斯纳仅著作数就已经增加到 37 本。

〔6〕詹姆斯·麦迪逊是美国宪法的主要设计者之一；而亨利·福特美国汽车大王，推动了汽车的产业化。

的特征从来都是让常人觉得“怪”，尽管这个运动的特征并不怪。也许，哲学家对法律经济学进路的基础会很气不过，但随着这一运动的成熟、挣脱了其早期的政治影响，法律经济学如今已改变了法律的全部领域。

如今，我们全都是法律经济学家了！今天的公司法和反托拉斯法已经令它降临之前的法学院毕业生“相见不相识”了；如今 40 多岁的人也许受了很多管教，对法律经济学的简约论、反再分配的倾向疑心重重，尽管如此，法律经济学的见解如今已是常规科学。当年罗伯特·鲍克的《反托拉斯的悖论》第 1 版运用了许多法律经济学的论点（其中有许多都来自波斯纳），他嘲笑联邦最高法院有关反托拉斯法的学理；而到了第 2 版，鲍克就不得不承认，尽管还有点扭扭捏捏，最高法院基本上已得到拯救。但波斯纳厌倦常规科学。尽管他的如今已经出了第 5 版的《法律的经济分析》涵盖了法律的全部地带，但波斯纳晚近的兴趣却还是挂在其边沿。

在过去的几年里，波斯纳写作的题目有些与性的规制相关，其中包括一本有关艾滋病的著作。他还把经济学镜头对准了老龄化。他考察了引证率，努力测度了另一位非同小可的法官本杰明·卡多佐的影响。他是“法律与文学”运动的一位中心人物，并就法理学、道德理论和司法行政问题有大量著述。在他 1995 年的著作《超越法律》中，他坚定确立了一个承诺，很可以抓住他的个性：没有单独哪种进路，包括法律经济学，能永久地捕获法律的复杂性。

但波斯纳心目中的英雄并不是经济学，也不是美国联