

波斯纳文丛5
Collected Works of Richard A. Posner

法律理论
的前沿
FRONTIERS OF
LEGAL THEORY

理查德·A·波斯纳 / 著
Richard A. Posner

武欣 凌斌 / 译

 中国政法大学出版社

波斯纳文丛 5
Collected Works of Richard A. Posner

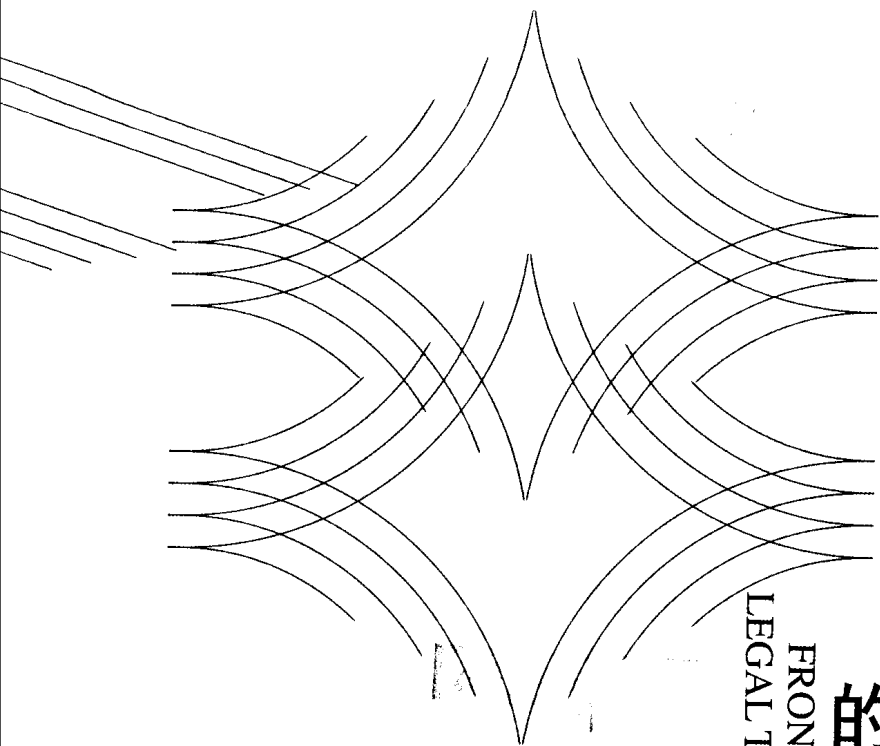
法律理论 的前沿

FRONTIERS OF
LEGAL THEORY

理查德·A·波斯纳 / 著
Richard A. Posner

武欣 凌斌 / 译

◆ 中国政法大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

法律理论的前沿/(美)波斯纳著;武欣,凌斌译.
北京:中国政法大学出版社,2002.10
ISBN 7-5620-2286-0

I. 法... II. ①波...②武...③凌... III. 法的理
论—美国 IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 082957 号

书 名 法律理论的前沿
出版发行 中国政法大学出版社
出 版 人 李传敢
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 16.25
字 数 430 千字
版 本 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷
印 数 0 001~5 000
书 号 ISBN 7-5620-2286-0/D·2246
定 价 36.00 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 zif5620@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。



目 录

- 1 | ◎《波斯纳文丛》总译序
1 | ◎追求理论的力量（代译序）

1 | 导 论

第一编 经济学

- 31 | 第一章 法律经济学运动：从边沁到贝克尔
65 | 第二章 言论市场
99 | 第三章 规范的法律经济学：从功利主义到实用主义

第二编 历史学

- 149 | 第四章 依赖于往昔的法律
176 | 第五章 法律文献中的历史主义：阿克曼和康恩
199 | 第六章 萨维尼、霍姆斯和占有的法律经济学

第三编 心理学

- 233 第七章 法律中的情感
260 第八章 行为主义法律经济学
299 第九章 社会规范以及一个宗教札记

第四编 认识论

- 331 第十章 证词
350 第十一章 证据原则与对抗辩式程序的批评性讨论
398 第十二章 证据规则

第五编 经验主义

- 431 第十三章 计算，特别是计算引证
465 致 谢
469 索 引

▼
▼
▼
导 论

传统法律教育的焦点是实践,关注的是如何成为一名出色的律师。其重点在于解析成文法、判例法体系中特别重要的部分以及司法意见,在于学习基本法律教义(legal doctrines)的大致轮廓,在于职业价值,并且,越来越多地放在了寻求诉讼和谈判的技巧上。这样一种教育,伴之以在优秀的律师事务所或者优秀的政府机构担任律师的实践经验,可以塑造出具有高度技巧的专业人士,也就是说能使这个系统“运转起来”(work)的人;但是却不能提供理解和改进这一系统的基本工具,因为它并不能培育必要的外在*视角。正是因为认识到这一局限,认识到那些由法律人推动的(lawyer-engineered)法律改革的显著失败,^[1]认识到社会科学的进展,法律教育和更为一般性的法律思想近年来变得更具有交叉学科的特点,并且最终(法律相对于大多数可以认为是与之毗邻和贯穿其中的学术领域而言,是一个理论化不足[undertheorized]的领域)变得更为“理论化”了。这一切并不完全是好事,因为大量的法律理论实在是空洞无物。^[2]但毕竟

* 原文中的斜体字我们在译文中均以着重号标出。——译者

[1] 最近的一个例子是,最高法院在那些提供了弹劾克林顿总统背景的关键案例中的表现。参见, Richard A. Posner, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, ch.6, 1999.

[2] 正如我所论证的, Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999). 又参见, Dennis W. Arrow, “‘Rich,’ ‘Textured,’ and ‘Nuanced’: Constitutional ‘Scholarship’ and Constitutional Messianism at the Millennium,” 78 *Texas Law Review* 149 (1999).

不是全都如此。其他学科对于理解和改善法律都大有裨益。在本书中,我将从经济学、历史学、心理学、认识论和统计推断(statistical inference)方面来检讨这些裨益。

2 这一主题是广阔的,因此,我的研究(treatment)必然只能是局部的。^[3]虽然对经济学的强调和对需要更多法律经验研究的强调,在我的作品中并非新的主题,但是在本书中,我赋予了其某些新的转向(twist);而对历史学、心理学和认识论(我借此意指对法律程序发现真理这一功能所进行的批评性检讨)的强调更是全新的。我采纳了不少我此前的论文,但都经过了逐一修订,以努力使之前后连贯、关系清楚,并且尽量删繁就简;我还对之作了进一步升级——尽管它们并不陈旧,但是法律理论是个迅速衍化的领域,并且努力校正错误、回应批评和消除枯燥乏味之辞。

我所意指的“法律理论”,既区别于法哲学(philosophy of law)(法律哲学[legal philosophy]或法理学[jurisprudence])——其所涉及的,是对如下的有关法律的高度抽象理论的分析,比如法律实证主义、自然法、法律阐释学、法律形式主义和法律现实主义,又区别于法律教义分析——其代名词就是法律推理,亦即司法裁判(adjudication)与法律实践中核心的分析成分。法律理论涉及的是法律的实践问题,但是它是从外部接近的,用的是其他学科的工具,而并不考虑法律专业人士的内在视角,即便是这一视角足以解决法律的实践问题。

我知道,试图借用“法律理论”这个术语来表示法律的外在分析,是有点儿晚了。长久以来,“理论”这一术语在法律中的运用,要么是作为对诉讼当事人提案(submission)的一个夸大之辞(“案件中原告的理论,就是被告的行为可以归结为是对原告合同权利的侵犯”),要

[3] 更多的研究可以在我此前的几本书中找到。除了前注[1]和前注[2]中所援引的那些书目之外,请参见, *The Problems of Jurisprudence* (1990); *Cardozo: A Study in Reputation* (1990); *Overcoming Law* (1995); *The Federal Courts: Challenge and Reform* (1996); *Law and Legal Theory in England and America* (1996); *Law and Literature* (rev. and enlarged ed. 1998); *Economic Analysis of Law* (5th ed. 1998).

么是作为旨在建立一个判例法实体的一般性概括(“侵权法的理论,就是只有当加害人可归责时,损失才应依法转移”),要么是作为法律的纯粹的内部理论:一种为那些几乎不使用其他任何领域的洞见或方法的法律教授们把持的理论——大多数宪法的“理论”都具有这样的特点。“理论”这个词的这些用法,相当于把“理论的”等同于了“系统的”、“综合的”或“基本的”,可以归结为是科学对现代精神(modern mind)的掌控。但是,由于惟一通向真正科学的法律概念的进路来自于其他学科,比如经济学、社会学和心理学,所以,当我们笼统地提到“法律理论”这一术语时,将其限定于来自法律之外的那些理论才是适当的。

如此理解的法律理论,比法律哲学或教义分析的起源更为现代,³ 但是其根基却可以建立在 18 世纪晚期和 19 世纪早期边沁关于刑事惩罚的功利主义(本质上是经济学的)理论和萨维尼关于法律科学的历史主义概念之上,而后者影响了霍姆斯。其后,麦克斯·韦伯建立了通向法律的社会学进路的基础,在美国为罗思科·庞德和其他“社会学法学”(sociological jurisprudence)名目下的人所沿习。再往后,20 世纪 20 和 30 年代的法律实证主义运动,不仅倡导了关于法律的更为重要的心理学现实主义(杰罗姆·弗兰克)和经济学现实主义(卡尔·卢埃林,威廉·道格拉斯),而且倡导了作为法律改革之路的、大规模的经验研究。边沁、霍姆斯和卡多佐早就预言了法律实证主义,他们都按照各自的方式,倡导更多地运用法律之外的、特别是社会科学的视角。

法律现实主义未能信守自己的承诺,并且在第二次世界大战结束前就已逐渐销声匿迹。20 世纪 50 年代特别是 60 年代法学文献在智识上的雄心壮志一直在逐步增长,但是只有从大约 1970 年起,法律理论才成为了法律思考的主要焦点。从那以后,一日千里。其原因如次:法律之外的诸多领域——比如经济学、博弈论、社会和政治理论、认知心理学甚至文学理论——的进展,为法学研究铸就了全新的工具;与此同时,法律和社会日益增长的复杂性,也揭露了教义分

析作为解决法律制度中存在之问题的工具的贫困。由于对法律服务的需求急剧增长、进而是律师和法律学生数量的急剧增长,净增的大量学院派法律人士也起到了一定的作用。现在有如此之多的法学教授,以至于对其中那些有理论爱好的人而言,要为自己的文章在其他教授而不是执业者和法官中间寻求一个读者是可以做到的。学院派法学对妇女、少数群体和政治激进派的开放,为以批评视角(一般是外在的)探讨法律制度拓展了市场。并且,探讨法律制度的丰富材料很容易得到,也很容易分析,这也有助于支持作为一个研究计划的法律理论。

- 确切地说是一些计划。法律理论并不是一个单一的研究计划。
- 4 它的实践者甚至对“理论”的含义就意见不一。有些法律理论是社会科学,而另一些则不是;有些法律理论家强调抽象理论,另一些则强调经验研究,还有些两者皆非;有些法律理论有很强政治的、甚至是挑衅的味道,而另一些则没有;有些法律理论主要是描述性的,而另一些则有很强的规范性;有些法律理论集中于法律的特定领域,而另一些则涉猎了更为广阔的范围。为这样一个界定不清的领域的一些主要分支勾画一个草图可以帮助读者确定方向。我之所以强调美国法律,是因为法律理论在美国比在其他地方发展水平更高,并且影响更大。与此相反,法律哲学在美国之外则影响更大。

新老法律经济学(Law and economics, old and new)。最近几十年里微观经济学的广度和精度都有迅速的增长(这部分地是因为博弈论逐渐加入到了经济学当中),这促成了在法律理论中出现和持续生长出了一个独特的并且重要的亚领域(subfield)——法律的经济分析。顶级法学院的教师队伍中都有一个或几个经济学博士。有7本法律经济分析的专业杂志(美国6本,欧洲1本)。在美国、欧洲和拉丁美洲现有若干教科书、一本大部头的专著(monographic literature)、

两部百科全书^[4]和一些专业协会。一些联邦上诉法院的法官以前就是法律经济学学者,并且大多数联邦法官和许多州法官都参加了法律经济分析的连续性教育计划。

法律的经济分析具有启示性、描述性和规范性三个层面。在启示性层面上,它试图展现法律教义和法律制度的潜在统一;在描述性层面上,它寻求识别法律教义和法律制度的经济逻辑与作用,以及法律变化的经济原因;在规范性层面上,它为法官和其他政策制定者提供通过法律进行管制的最有效方法。法律经济分析的主题范围相当广泛,甚至无所不包。借助非市场行为经济学的进展,法律的经济分析已经大为拓展,远远超出了最初的反托拉斯、税收、公共事业管理、公司金融以及其他显而易见的经济管理领域这一核心(并且在这一范围之内,它已经扩展到了包括诸如财产与合同这样的领域)。“新”法律经济分析包含许多非市场的或者准非市场(quasi-nonmarket)的领域,诸如侵权法、家庭法、刑法、言论自由、程序、立法、国际公法、知识产权法、审判与上诉程序规则、环境法、行政程序、健康与安全、禁止就业中的差别待遇的法律,以及被视为正式法律之渊源、障碍或替代的社会规范。经济学家在诸如反托拉斯法、证券监管以及每一类必须计算损失的案件(比如人身伤害案和商事案件)中,都被广泛地用作专家证人。

法律的经济分析在诸如反托拉斯法和公共事业管理这一显而易见的经济管理领域的实践影响最为巨大,在这些领域中经济分析在为美国法律确定一个自由经济的方向方面起到了重大作用。然而,它的影响也逐渐进入了法律的其他领域,比如在环境法中,可交易的排放权是环境问题的经济学进路的显著标志;再比如,在征用法中,司法对于“规制性”营业收入的日益关注也带着法律经济分析的烙印;再比如,在离婚法中,女权主义与经济学的视角相结合,更加强调

[4] *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law* (Peter Newman ed. 1998); *Encyclopedia of Law and Economics* (Boudewijn Bouckaert and Cerrit de Geest eds. 2000).

了家庭产品的经济维度。

法律经济学进路最具雄心的理论层面,是提出一个统一的法律的经济理论。在这一提议中,法律的功能被理解为是促进自由市场的运转,并且在市场交易成本极高的领域,通过将若市场交易可行就可以期待产生的结果予以法律上的确认,来“模拟市场”。〔5〕这样,它就既包括描述性的或者解释性的层面,又包括规范性的或者改良主义的层面。

- 6 可以尊称为这一法律经济理论的提议的基础,是由罗纳德·科斯的一篇开拓性论文奠定的。〔6〕“科斯定理”认为,在市场交易成本为零的场合,法律对于权利的最初配置与效率无关,因为如果权利配置没有效率,那么当事人将通过一个矫正性的交易来调整它。由此可以得出两个重要的推论。第一个推论是,法律在注重提高经济效率的意义上应当尽可能地减少交易成本,比如通过清晰地界定产权,通过使产权随时可以交易,以及通过为违约创设方便和有效的救济来减少交易成本。这一点听起来很简单,但是正如我们将在第6章中就财产法所提及的那样,要制定有效率的财产与合同规则,绝不简单。

科斯定理的第二个推论是,在法律即使尽了最大努力而市场交易成本仍旧很高的领域,法律应当通过将产权配置给对他来说价值最大的使用者,来模拟市场对于资源的分配。版权法中的合理使用原则就是这样的例子。该原则允许作者少量地引用享有版权的作品而不必征得权利人的同意。这种协商的成本往往高得惊人;如果这一成本不是高得惊人的话,通常的结果会是达成一个允许引用的协议,因而,合理使用原则带来了如若市场交易可行的话市场将会产生

〔5〕 参见我的《法律的经济分析》一书,前注〔3〕,提供了关于这一进路的最为充分的详细论述。

〔6〕 R. H. Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

的结果。

法律的经济学的进路在本书中居于核心的地位,就像它在我以前的大部分著述中一样;本书的前三章将对其进行充分的解释,其后的各章则是对它的再三应用。

法律史学。历史学的视角是最古老的、并且直到最近几十年都被最普遍应用的、研究法律制度的外在视角。法律伟大的古代遗物、法律与其起源的显著一致性(体现在不同于其他事物的法律的古老术语之中)以及美国法律制度对于古老文本——特别是 1787 年宪法——与(连同其他英美法系)对于遵循先例判案的特别重视,使得采取历史主义的进路对于法律学者而言是非常自然的。这一历史主义进路的核心,就是使法律教义与法律决定的含义和合法性依赖于它们的历史门第(historical pedigree)。尽管历史主义的进路在近几十年来让位于其他交叉学科的进路,但是,看似是它的一种极端形式的“原旨主义”,则对最高法院和各级联邦法院产生了显著的影响。法律的历史主义进路是本书第二编的主题,但是我将在那里论证,最好是根本别把原旨主义理解为历史主义进路,它更像一种逃避各种进路(包括历史主义进路)的努力,而这些进路不论是在理论上还是在实践上都给了司法相当大的创造力。

女权主义法学。直到现在,法律职业的全部分支都完全由男人控制。哈佛法学院直到 20 世纪 50 年代才开始接收女学生,而直到 1981 年才任命了美国第一位女性联邦最高法院大法官。在职业方面,女性在重要的职位上很少占有席位,在社会中通常处于次要的地位,其结果是,法律不能反映妇女在很多问题上的利益和观点。这些问题包括强奸案审理中的证据规则、色情文学的买卖和展示、工作场所的性骚扰、就业和教育领域的性别差别待遇、处理离婚和子女监护问题的规则、法律对堕胎的限制,以及工作场所为怀孕者提供的便利。从 20 世纪 70 年代开始,女性法律人士比如茹斯·蓓德尔·金丝博格(Ruth Bader Ginsburg)和凯瑟琳·麦金农(Catharine MacKinnon),通过她们的教学、写作、诉讼和其他职业活动,开始在妇女的法律待

遇方面进行重大改革。妇女法律改革运动的一个理论分支就是众所周知的“女权主义法理学”。自由主义的女权主义者比如金丝博格,主要致力于追求女性与男性的平等待遇;“差异(difference)”女权主义者比如卡罗·吉利根(Carol Gilligan)确信男性主义法理学太倾向于规则、冲突和权利;激进女权主义者则对于社会改良悲观失望,麦金农是激进女权主义的先驱(并且最先提出工作场所性骚扰作为一种不法行为的概念),她把女性类比作马克思主义分析中的无产者。

女权主义法理学影响了一项不断扩大的理论工作,这一工作处理的是与男同性恋者和女同性恋者的利益有关的争议(同性恋法律),包括禁止同性恋者结婚、排斥同性恋者参加美国军队、其他对于同性恋者的差别待遇以及对同性恋者肛交的刑事制裁——在几乎半数州的法律里都规定了这一制裁。

我在其他书中已经相当详尽地讨论了女权主义以及其他与性或性别有关的法律理论,^[7]因此本书不作赘述。

8 宪法理论;法律和政治理论。美国宪法的语言在某些地方既宽泛又模糊,一个显著的例子就是宪法第14修正案关于“法律的正当程序”以及“法律的平等保护”的保障。这些语言的宽泛模糊,连同宪法中大部分内容的古老以及宪法所努力保持的社会活力(dynamism)一起,是诱发自由解释的原因。最高法院经常通过解释模糊的宪法语言来创造权利,比如堕胎权。这些权利既与宪法的制定者和批准者的预期相距甚远,又与特定州以及某些时候整个国家大多数民众(democratic majorities)的意见相左。一个法官委员会就可以限制民主多数将其偏好贯彻进法律的权力,这一行为的合法性长期以来一直是法律职业内的一个主要论争。自我克制(self-restraint)的传统从

[7] 参见, Richard A. Posner, *Sex and Reason* (1992); *Overcoming Law*, 前注[3], 第四编第26章; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 前注[2], 页314(索引参见“Feminism”与“Homosexuality”)。最近的文献参见, Linda R. Hirshman and Jane E. Larson, *Hard Bargains: The Politics of Sex* (1998); William N. Eskridge, Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (1999)。

詹姆斯·布莱德雷·泰耶尔(James Bradley Thayer)早期的一篇文章发展而来,^[8]并且吸引了诸如奥利佛·温德尔·霍姆斯、路易斯·布兰代兹、费利克斯·弗兰克福特(Felix Frankfurter)以及勒尼德·汉德等著名的司法界人士,以及诸如亨利·哈特(Henry Hart)与赫伯特·韦西斯科勒(Herbert Wechsler)等学术名流;而当今最具影响力的泰耶尔的化身则是最高法院的安东宁·斯戈利亚(Antonin Scalia)大法官。韦西斯科勒在1959年发表了关于宪法的中立原则的论文,该文已经成为克制主义进路经常引证的章句(locus classicus)。在该文中韦西斯科勒提出,如果法官坚持以宽泛的原则为基础作出决定的话,宪法就能保持稳定。^[9]韦西斯科勒批评了布朗诉教育委员会案(在该案中,最高法院宣布公立教育的种族隔离违宪而无效),其根据在于,他认为惟一能适用于这一法律问题的中立性原则是结社自由原则。他认为,最高法院的决定通过默示地增加黑人与白人结社的自由和减少白人不与黑人结社的自由而破坏了中立性。

韦西斯科勒的论文引发了一场至今仍在继续的学术论辩,论辩的内容是寻求关于宪法案件中指导司法决定的正当途径,避免法院作出9 不受约束的任意判决,同时又不会窒息促进实质正义的强大动力——这一动力在布朗案和其他著名的“沃伦法院”(Warren Court)决定中都显而易见。这一论辩的里程碑包括亚里山大·比克尔(Alexander Bickel)提出的(在他的《最不危险的部门》一书中)用谨慎的进步主义来充实韦西斯科勒原则的提议,以及约翰·伊利(John Ely)提出的法院在宪法案件中的适当作用应当是“强化代表性”,因而应当宣布诸如立法机关的代表名额不均以及人头税这些代议制民主的障碍无效。^[10]比克尔和伊利及其追随者的自由主义攻击被罗伯特·鲍克

[8] James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," 7 *Harvard Law Review* 129 (1893).

[9] Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law," 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).

[10] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

(Robert Bork)和斯戈利亚以及其他原旨主义的支持者避开了。这些人否认“活的宪法”的理念,并且愿意按照宪法的制定者和批准者理解的意思来遵守宪法。

宪法理论在其方向和目标上是高度规范性的。理论家几乎毫无例外地更感兴趣的是评价现有的决定以及为决定新案件提供指导,而不是通过参照他们可能并不分享的规范来解释判例法的现行模式。也许是由于现代宪法具有的情感的和政治的特质(cast),宪法理论作为一个领域尚未呈现出接近尾声的趋势。^[11]

关心与法律有关的问题的政治理论家们也同样考察了(go over)那些使宪法理论家着迷的基础(如今已是古老的基础)——审议(deliberation)在民主决策过程中扮演的角色、市民共和主义(civic republicanism)传统、美国民主的含义以及讲求原则的司法决策的要素。他们常常是宪法理论家,以至于“法律和政治理论”几乎成了宪法理论的同义词。他们与那些将“公共选择”原则带入宪法问题分析的学者研究进路完全不同,后者强调的是利益集团在立法和司法过程中的作用、日程安排对政治和其他集体选择的影响、政府不同部门之间战略性的相互作用以及投票作为一种集合偏好之手段的不确定性。宪法和政治理论中的公共选择这一分支,在很大程度上依赖于博弈论和理性选择模型,并且可以归入法律的经济分析。

我在以前的书中也曾详细讨论过宪法和政治理论。^[12]在本书中,我将主要在第2到第5章中以及在这篇导论的第二部分对其进行讨论。

10 法律与哲学。法律哲学(法理学)并没有完全发挥出将哲学应用于法律的潜力。哲学的主题在宪法理论及其孪生兄弟法律和政治理

[11] 关于最近的一次宪法理论调查,参见, Richard H. Fallon, Jr., “How to Choose a Constitutional Theory,” 87 *California Law Review* 535 (1999).

[12] 参见,例如: *Overcoming Law*, 前注[3], 第二编; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 前注[2]。

论中都非常显眼,不仅在规范性的法律经济分析、批判法学研究及其他交叉学科领域中,而且在法律特定领域的讨论中,都时常与之邂逅。这些应用在法律理论中界定了一个不同于法理学的“法律与哲学”领域。康德的(Kantian)与功利主义的政治和道德哲学家,以及他们在法律教授中的追随者,一直努力把他们的规范性观点施加于侵权法、刑法、合同法、财产法以及其他领域,或者主张他们的哲学立场在这些领域中是潜在的。认识论者和语言哲学家把他们的洞见应用于诸如侵权法和刑法中的因果关系概念、刑法中的故意和自愿(例如对警察的供述)的概念以及制定法解释的余地等等大量具体法律问题。法律与哲学的认识论的一面在本书第4章中占据重要地位;其他的分支则在我的其他书中多有论述。^[13]

法律社会学,以及法律与社会运动。在欧洲,法律社会学(包括犯罪学)有着悠久的历史(麦克斯·韦伯是守护神似的人物),并将继续在法学院、学术期刊、专著以及法律改革运动中得到很好的阐释。欧洲法律社会学的核心是刑事司法体系的运作和效果、对穷人的法律服务供给、法律职业的机构、收入和管理、如何改进司法工作以及司法官员和法律职业者的阶级和政治偏见。令人吃惊的是,尽管美国的法律学术界对于法律理论非常热衷,法律社会学在美国法律理论中却只扮演了一个边缘角色。这一理论的支持者非常之少,以至于不能形成他们自己的团体和杂志。为了获得学术领域中公认的一席之地,他们感到必须与政治科学家、人类学家和心理学家联合起来形成拥有自己的专门团体和杂志的法律与社会运动。法律社会学在美国的边缘地位,部分是因为犯罪学在提供可行和可信的应付美国居高不下的犯罪率的建议上遭到了失败,部分是因为社会学在美国

[13] 参见, *The Problems of Jurisprudence*, 前注[3]; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 前注[2]。

高等教育中普遍的萎靡不振,^[14]还部分由于日益增多的法律理论形式,特别是法律经济学以及女权主义法理学,构成了对法律社会学的竞争。^[15]

11 然而,美国的法律社会学以及更广泛意义上的“法律与社会”有着重要的长处。其中最重要的一点就是它强调法律制度的经验性研究,这一点是法律理论的任何任何其他领域所不能匹敌的。美国的法律社会学家对诉讼率的测度、法律体系的国际比较、诸如离婚和交通法院这些普通分支的运作、诉讼的策略维度以及法律制度中种族和阶级的作用的研究作出了重要贡献。法律社会学在我以前的一本书中^[16]扮演过重要角色但在这本书中则退居其次。第9章对社会规范的研究将会处理一个传统的社会学问题,但是我的重点是放在受规范指引的(norm-directed)行为的经济学和心理学分析上,而不是对该问题的社会学理解上。

法律与认知心理学;行为主义。变态心理学(abnormal psychology)在评价刑事审判和民事责任中产生的精神错乱问题上的重要性,早就为人们所认识了。法律理论时代的新事物则是认知心理学——关于大脑对人类行为的控制的研究,无论这一行为是否“变态”——在大量法律问题上的应用。这些问题包括:对于证人对很久以前发生的事件所作证词的评价,对于人们对低危险系数的评价之失真性的度量,对于证据和辩论对陪审员思考过程和决定的影响的评定,用心理学现实主义的术语评价陪审团和法官的决策程序,对情感在决策过程中的作用之解释,认识使法律和其他规范超出法律范围之外被执行的机制,以及批判法律经济分析中关于人类行为的理性假设

[14] 这部分地是因为这一领域在历史上的左派品味,部分地(与之相关的一点)是由于它与许多不成功的政策建议的联系,还部分由于经济学带来的日益激烈的竞争——经济学已经扩展至处理很多社会学领域的传统问题,只不过是精确性更高了。

[15] 参见, Richard A. Posner, "The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics," 2 *European Journal of Law and Economics* 265 (1995).

[16] *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 前注[2]。