

POSNER  
AND  
ELSE

增  
订  
本

# 波斯纳及其他

译书之后

苏力 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



增订本

# 波斯纳及其他

译书之后

苏力 著

北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



## 图书在版编目(CIP)数据

波斯纳及其他:译书之后/苏力著. —增订本. —北京:北京大学出版社, 2018.5

ISBN 978 - 7 - 301 - 29040 - 8

I. ①波… II. ①苏… III. ①法律—文集 IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第314320号

- 书 名** 波斯纳及其他:译书之后(增订本)  
BOSINA JI QITA: YISHU ZHI HOU
- 著作责任者** 苏力著
- 责任编辑** 柯恒田鹤
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 29040 - 8
- 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> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社  
@北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672  
编辑部 62117788
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店  
965毫米×1300毫米 16开本 18.75印张 250千字  
2018年5月第1版 2018年5月第1次印刷
- 定 价** 59.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

你也不能说……爱好西方式的表达方式就是装孙子。

——王朔·《我讨厌的词》

## 再版序

十多年过去了，但翻译成果显然不如前十年。这次再版，仅增加了四篇译序，篇幅增加了 1/4 略多。全都有关波斯纳的著作，其中三篇有关司法。在这期间，我还曾翻译另一本波斯纳著作，《并非自杀契约：国家紧急状态时期的宪法》，讨论 9·11 之后美国在紧急状况下的一些宪法性权利问题。很重要，但没来得及写译序。也许以后会补上。也应当补上，因为书中讨论的问题，当今中国学人和法律人会不时面对，有时必须直面。

不知得感谢还是诅咒这书名，一言成讖，如今几乎只是有关波斯纳，很少其他了。

苏 力

2017 年端午于北大法学院陈明楼

## 初版序

这本书汇集了过去十年里我翻译后留下的一些随想。除一篇外，其余都已发表过。这次辑集，我修改了部分文字。我感谢最先发表这些文字的刊物以及这些刊物的编辑。

为了让书像个书的样，我把文章大致分为两辑。第一辑都与翻译波斯纳的著作有关，因此是“有关波斯纳”。第二辑都与我的其他翻译有关，因此是“有关其他”。除了我的另外两本翻译——一本是布莱克的《法律的运作行为》，另一本是维尔的《宪政与分权》——的后记未收入外，我的有关著作翻译的文字都收齐了。没有收入的两篇，因为文字和思想都太一般了。这句话也可以倒过来说，收入这本书的文字，自认为还值得一读。

这里的文字与我留给法学界的那个强调“本土资源”的印象显然不同。事实上，自1992年回国任教以来，翻译一直是我学术最重要的组成部分之一，也促成了和大大推进了我的学术发展。我一直认为，在今天，真正要研究中国的问题，不借鉴当代西方法学以及其他相关学科最前沿的知识和成果，只是紧紧抱着18、19世纪欧洲学者的或古希腊罗马的“经典”，抱着政治道德法律哲学，是不可能有所作为的。我希望高喊“同世界接轨”的学人要更关注国外的首先是西方的学术研究成果和方法。必须开拓自己的学术视野，在学术上必须有一种“拿来主义”的“汉唐气象”，绝不能小家子气，跑马占地，关起门来称大王。

这一点与集中关心当代中国的问题，与强调法治的本土资源一

点也不矛盾。相反，我早就说过，只有学术视野开阔了，才可能更好地发现、研究和（即便有时会错误地）回答中国社会和法治的问题，也才可能提升中国的学术水平。我们需要世界的眼光，中国的问题，实践的关注，学术的追求。

也早就有人说过，“别看苏力讲什么‘本土资源’，骨子里没有比他更西化的”。重读自己的文章，我承认，这眼光挺犀利，判断很真确。我的思维、文风甚至修辞都挺西化。我喜欢逻辑论证，强调经验上可验证的因果分析和功能分析，不那么凭直觉，不爱谈“看法”，基本不“建议”，我注重当代社会科学研究成果。我没觉得这有什么不好，只要这种方式令我们对中国问题有新的理解和感悟，能促进中国法学研究的历史转型。我也习惯了甚或喜欢一些西化的表达方式，例如倒装句、颠倒词序作为修辞、特别的着重号的使用方式等；我喜欢口语，不用或尽可能少用成语（说过一点，其实就是陈词滥调），喜欢双关和隐喻，等等。我认为这可以丰富现代中文的修辞，使中文获得新的更强劲的现代表现力。但我更追求读者能读懂，使我的努力能融入中国当代汉语中去，而不是让读者看着“头大”，感到自己白活了。正如王朔所言：“你也不能说……爱好西方式的表达方式就是装孙子。”〔1〕

这里的文字大都是译序，不是严格意义的书评。我大多借译著中的某一个问题发表自己对当代中国法学甚或学术界的问题的某些感想。这样处理的理由，首先因为我不总是那么熟悉外国其他相关文献，那么了解其学术传统，因此无论批评或表扬都可能言过其实；其次，毕竟我是中国读者，评论时，我的知识背景以及由此引出的前判断都是中国的，思考的问题自然也是中国的；其三，这也可能是更好勾连中外法学的唯一途径，至少让读者感到原作者讨论的问题并不遥远——中国就是世界的一部分。

这种书评仍然不容易写好。因为感想人人都有，但书评者必须

---

〔1〕 王朔：《我讨厌的词》，载《随笔集》，云南人民出版社2003年版。

有自己的发现，不能重复别人已经想到的、说过的。必须找到自己的切入点，提出一些可能只有自己才可能看到的，或——即使别人也看到了——至少只有自己才会这样表达的感受。文字中必须有你自己。

第一辑的文字还有另一个追求。尽管这十多篇文章都针对了波斯纳一个人的著作，但每篇我都力求围绕一个问题集中发挥，为避免重复或大同小异，也为了尊重读者。这个写法，不但使这些书评各自相对独立和互补，还有利于提出一些更深的学术理论和法律实践问题，体会了一些否则的话很容易被人忽略的细节。这是个更大的追求。尽管单篇文章看起来写得很随意，其实需要一个预先的总体安排，信“笔”由缰、天马行空是不可能成就的。

由于种种原因，至少近期内我不大可能大量翻译了。但是我会永远怀念这十年来每次翻译的快乐，以及由此而来的一次次新的诱惑。

苏 力

2003年11月23日凌晨于北大蓝旗营寓所



## 目 录

再版序 I

初版序 I

### 有关波斯纳

理解波斯纳和我们自己 003

为何以及如何超越法律? 016

道德理论、说教与法律 028

思想的另一种组织形式 042

追求理论的力量 054

从禁忌到理性 067

知识在法律中的力量 081

孪生兄弟的不同命运 098

当还是不当,这是个问题 109

不知老之将至 125

民主与法治的张力 137

也许需要距离 147

经验地研究司法 156

经验地理解法官的行为和思考 171

司法如何穿过错综复杂 189

司法改革的知识需求 205

什么是法理? 214

《法理学问题》新版译序 232

翻译、反思与学术 235

有关其他	细微处的大手笔 249
	研究真实世界中的法律 256
	《无需法律的秩序》中文新版序 274
	《国家篇·法律篇》译者前言 277
	《司法过程的性质》译者前言 281

## 有关波斯纳

---



# 理解波斯纳和我们自己\*

——《波斯纳文丛》总译序

《波斯纳文丛》的翻译是个过程的积淀。

我1993年开始翻译波斯纳的著作，即1994年出版的《法理学问题》。此后多年也读了他不少著作。但这位作者的写作速度实在太快了，范围实在太广了，至今我还没有或没能力读完他的全部著作。自1996年起，鉴于中国的法学理论研究视野狭窄，概念游戏，普遍缺乏对社会科学的了解和人文学科的深度，也鉴于希望中国法学家更多了解这位美国法官/学人的专业和学术素养，我一直想编一部两卷本的《波斯纳文选》。在这种想法指导下，也为了精读，我陆陆续续选译了波斯纳的少量论文和众多著作中的一些章节，包括《超越法律》《性、理性与法律》<sup>[1]</sup>《法律与文学》《正义/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，未能最后修改定稿。译稿在计算机硬盘上蛰伏了很久。

1998年，我感到早先翻译的《法理学问题》译文问题很多，除了一些令自己难堪的错失之外，最大问题是翻译时我刚回国，中文表达已经相当生疏。当时我还有一种非常奇怪的观点，想尽可能保持英文文法，

\* 原载于《环球法律评论》，2001年冬季号。

[1] 此书原名为《性与理性》。这一译名未能凸显原作者从法律经济学的理性视角对相关“性”的问题的学术分析和处理，因此影响了其在中文法学界的阅读和接受。现改译为《性、理性与法律》。

译文因此太欧化。这一定令读者很头痛。我为此深感内疚，决定重译该书，1999年上半年完成了译稿。

1999年10月，我到哈佛燕京学社做访问学者，更系统阅读了波斯纳的一些著作。也同样只为了精读，我翻译了他当年新著《道德和法律理论的疑问》。此后，由于《美国法律文丛》项目的启动，中国政法大学出版社约我翻译波斯纳的《超越法律》全书，我也答应了。诸多因素的汇合，令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·费斯教授的安排下，我从堪布里奇飞到芝加哥，同波斯纳法官会了面，其间谈到了我的打算和决定。临别时，波斯纳法官同意了我的请求。

2000年8月回国后，我开始了一系列工作。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很大的支持。会同出版社，我进行了颇为麻烦的版权联系和交易。与此同时，我也忙里偷闲，起早贪黑，特别利用寒暑假，进行翻译，并组织翻译。因此有了目前的这一套丛书，完成了多年来的一个心愿。

## 二

上面的叙述表明这套文丛似乎是一个机会主义过程的产物，甚至，挑剔一点说，我也有减少自己“沉淀成本”（sunk cost）的想法。但总的说来，这套书的选择并非随意，而是有策划有斟酌的。

我的选译有两个考量。一是学科范围——法学研究，特别是多学科、经验的法理研究；二是读者群，这包括法官在内的法律人和其他一些社会科学家。

中国目前的理论法学研究有不少弱点。首先是自我限制，搞法理学就是钻研一些传统的概念，例如法治、宪政、正义、公正之类的，加一点时下流行的各种或多或少有点，甚至很强，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，很少直接关联；乃至近来我听到有部门法学者半开玩笑半嘲弄

地说：怎么你们搞法理的人如今全都搞司法改革了！这当然反映了司法改革日益为法学研究者关注；但也可能说明了一个问题：法理学可能确实面临某种困境。这境况可能就如波斯纳批评 30 多年前美国法理学那样，已进入了它的“暮年”。〔2〕法理学必须探求新路。司法改革的话题也许会带来一个刺激，形成一个“新的增长点”；但我们必须注意，这不是，也不可能是全部。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，说是社会科学，但法学一直缺乏社会科学的特质，缺少经验研究，缺少实证研究。国内的法经济学、法社会学、法人类学诸如此类，也都一直停留在介绍的水平或应然的层面。既缺少量化的研究，也缺少细致精密的个案分析；甚至常常不能做一个不带个人意气的客观如实的生动描述。大约在中国人心中文字本身是神圣的，如果你用文字客观描述了某种不那么理想的东西，这种客观又对“法治的理想”或“公认的原则”提出了某些质疑，那你的政治立场就可能有问题，你就“需要提升价值”，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，文字就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。好的没学到多少，“政治正确”已在中国学界，尤其是法学界，迅速本土化了。一些学者不无道理地反对滥用“本土资源”的说法〔3〕，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”这样一个其实并不符合事实的事实描述被用作法学应坚持教义学、修辞学和决疑术的老传统、拒绝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，也成了创造知识神秘、故弄玄虚、拒绝普通人进入、以期获得因职业垄断而产生的高额货币

〔2〕 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 70.

〔3〕 其实任何“滥用”都是应当反对的。但问题是什么是滥用或不滥用的边界？“滥用”被用作标签，贴在基于本土经验反对意识形态化的法治的任何尝试上。

和非货币租金的一种工具。当然，这不是普遍现象，但这种现象在扩展。更普遍的情况则是法学家就所谓的“法律问题”笼统发发感慨，提提看法，写点社评。这些感慨、看法并没有多少法学的，甚或任何学术的意味，但在社会的大量现实交易中，值钱与否不全取决于货品的质量，而往往取决于货品的品牌，法学圈内也不例外。在我看来，真正能减少——不可能消灭——这种现象的可能是学术的竞争，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，这套书的预期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，包括一些法官。中国法官的状况一直是我的关切之一。中国法官目前总体而言知识和专业素质都很不足，即使少数法官有较高学历，但学历不等于明智；要适应一个现代社会、一个工商社会，还有很大距离。这种状况不可能在短期转变，哪怕是对目前刚开始的统一司法考试也不应指望过高。因为中国的法学教育本身也面临急迫的知识转型问题。我当然不指望读点书就改变法官状况了。但至少，这些著作会给某些或未来的法官一些提醒。中国的法官或迟或早不同程度上也都可能遇到波斯纳法官遇到的一些问题。

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并肩同在了，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不全是法学生，有可能是社会学、政治学、经济学乃至文史哲的学生和从事这类研究的人。因为，波斯纳的著作做到了他的追求，大意是，法学应当让外行人也感到有意思。<sup>[4]</sup>

因为这个目的和为了这些读者，我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涉猎的领域，反映一个全面的

---

[4] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. xiii.



波斯纳；因此，其二，尽可能包容广泛的读者，不局限于法学；以及第三，希望这些著作能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。

最后这一点也许应多讲几句。近年来，一些法学家和学生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理论思辨能力的学生往往喜好读其他学科的书，甚至感到在现有知识体制中，法学的贡献很少。我相信，波斯纳的著作可以消除人们的这种错觉。法学可以是有趣的。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的贡献，但读了波斯纳的这些书后，读者会感到法学家的知识同样可能对理解其他学科有所贡献，特别是在细节的理解和制度处理上。也许由于实践和世俗的特征，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；就是要把事办妥（而不是办“正确”）。

这里所选著作都与法律有关，却也与其他某些学科和问题相关。《法理学问题》《超越法律》和《道德和法律理论的疑问》，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/司法的经济学》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》更涉及了经济学、历史学、心理学、认识论、统计学的一些问题。《法律与文学》不仅讨论了文学，包括经典文学和大众文学，还涉及阐释学和解释理论，甚至一些知识产权法。《性、理性与法律》从问题上看，就与性、家庭、婚姻、同性恋、色情和情色读物有关；另一方面，作为知识传统，它还汲取了社会生物学（西方通常称之为演化心理学）的许多洞识。《衰老、老龄与法律》则分别与老人、老龄化和社会学有关。《反托拉斯法》与经济学和政府规制有很大关系。《联邦法院》不仅研究了一个具体的（美国联邦的）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（特别是法学）知识分子和知识社会学有关。所有这些“有关”都是相对的，《文丛》中几乎每