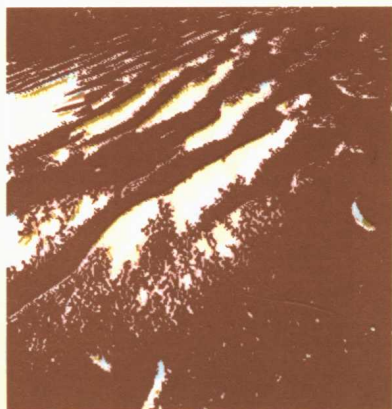
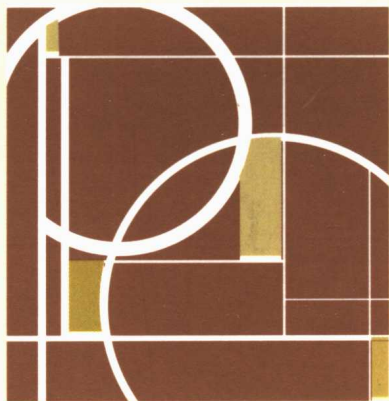


苏力著

波斯纳及其他

译书之后



波斯纳及其他

译书之后

苏力著

图书在版编目(CIP)数据

波斯纳及其他:译书之后/苏力著. —北京:

法律出版社, 2004. 2

ISBN 7-5036-4623-3

I. 波… II. 苏… III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 008114 号

法律出版社·中国

责任编辑/蒋浩

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 1/16

印张/16 字数/203千

版本/2004年3月第1版

印次/2004年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939685

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4623-3/D·4341

定价:22.00元



苏力，北京大学法学院教授、院长。祖籍江苏，生于55年愚人节。少年从军，后当过工人；78年考入北京大学，“复转军人进了法学院”；84年硕士期间赴美留学，先后获硕士、博士学位。92年回国在北大法学院任教，先后任讲师（92年）、副教授（94年）、教授（96年）。独著有：《法治及其本土资源》、《制度是如何形成的？》、《送法下乡》等，译著：《法理学问题》、《超越法律》、《性与理性》等，有论文、书评等百余篇。

Email to: sulizhu@law.pku.edu.cn.

“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》

序

这本书汇集了过去十年里我翻译之后留下的一些文字。除了一篇外,其余的都已发表过,这次辑集时对部分文字作了修改。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“有关波斯纳”;第二辑都与我的其他翻译有关,因此“有关其他”。除了我的另外两本翻译——一本是布莱克的《法律的运动行为》,另一本是维尔的《宪政与分权》——的后记未收入外,我自己有关著作翻译的文字都收齐。没有收入的两篇,主要是因为文字和思想都太一般了。当然这句话也可以倒过来说——收入这本书的文字,自认为都还值得一读。

这里的文字显然与我留给法学界的那个强调“本土资源”的印象不

同。事实上,从92年回国以来,翻译一直构成了我学术的最重要组成部分之一,也促成了和大大推进了我的学术发展。我认为,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”,是不可能有所作为的。我希望高喊“同世界接轨”的学人们一定要更关注国外的首先是西方的学术研究成果和研究方法。我们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(也许是有错误地)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。

其实早就有人说过,“别看苏力讲什么‘本土资源’,其实骨子里没有比他更西化的”。重读自己的文章,我承认,这种眼光是犀利的,判断是正确的。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律,不那么凭直觉,不爱谈“看法”,我注重当代的社会科学研究成果。我觉得这没有什么不好,只要这种方式令我们对中国的问题有新的理解和感悟,能促进中国法学研究的历史转型。甚至我喜欢一些西化的表达方式,例如倒装句、颠倒词序作为修辞、着重号的特别使用方式;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。但我更追求人们能读懂,使我的努力能够真正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。”

这里的文字大都是译序,因此不是严格意义的书评。我大多是借译

著中的某一个问题的发表自己对当代中国法学界存在的问题的某些感想。这样处理的理由,首先在于我并不总是那么熟悉外国的相关文献,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,我的知识背景和由此形成的前判断都是中国的,引发思考的问题也是中国的;三在于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其实并不遥远。

这种书评仍然不容易写好。因为固然感想人人都有,但书评者必须有自己的发现,不能重复别人已经想到的、说过的。书评者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述的感想。你的文字中必须有你自己。

第一辑的文字还有另一个追求。尽管这十多篇文字都是针对波斯纳一个人的著作,但每一篇我都大致力求围绕一个主要问题集中发挥,为了避免重复或大同小异,也为了尊重读者。目前的这个写法,不但使这些书评能各自相对独立和互补,而且还有利于提出一些更为深层次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。这是一个更大的追求。因此,尽管单篇文字看起来写得很随意,其实是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,至少在近期内我是不大可能大量翻译了。但是我会永远怀念这十年来每一次翻译的快乐,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

序

有关波斯纳

理解波斯纳和我们自己	3
什么是法理学?	18
《法理学问题》新版译序	37
为何以及如何超越法律?	41
道德理论、说教与法律	54
思想的另一种组织形式	68
追求理论的力量	81
从禁忌到理性	95
经验地研究司法	110

知识在法律中的力量 126

孪生兄弟的不同命运 144

当还是不当，这是个问题 157

不知老之将至 174

也许需要距离 187

翻译、反思与学术 197

有关其他

细微处的大手笔 211

研究真实世界中的法律 220

《国家篇·法律篇》译者前言 240

《司法过程的性质》译者前言 244



有关波斯纳

理解波斯纳和我们自己*

《波斯纳文丛》的翻译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,但是这位作者写作的速度实在是太快了,范围实在是太广了,因此至今我还没有或没有能力读完他的全部著作。自96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,缺乏人文学科的深度,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

* 原题为“《波斯纳文丛》总译序”,载于《环球法律评论》,2001年冬季号。

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/正义的经济学》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,乃至未能修改最后定稿。初稿就在计算机的硬盘上蛰伏了很久。

1998年,我感到《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,加之当时自己有一种非常奇怪的观点,希望保持英文文法,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,我到哈佛作访问学者,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,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,完成了多年来的心愿。

二

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,我的选译针对的,一是学科范围——法学研究,特别是法理学研究;二是读者群,包括法官在内的法律人和其他一些社会科学人。

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;乃至于近来我听到有搞部门法的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批评30多年前的美国法理学那样,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的指导,缺少经验研究。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。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气的如实的生动描述。大约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”,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的新传统的规范理由,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也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,写点社评。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,值钱与否并不都取决于货品的质量,而往往是货品的商标品牌,因此法学圈内也就不可能例外。而在在我看来,真正能减少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知识和专业素质都很不足,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。这种状况还不可能在短期转变,哪怕是对目前开始的统一司法考试也不会指望过高。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。我当然不会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或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的了。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和从事这类研究的人们。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到有意思。^{〔1〕}

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,尽可能包容广泛的读者,而不局限于法学的读者;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作出贡献,特别是在细节的理解和制度处理上。也许由于其实践性、世俗性,法学的知识贡献就注定不是宏大理论,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”)。

因此,尽管这里所有著作都与法律有关,却也都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

〔1〕 波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社,2001年,页IV。