

西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编



波斯纳： 法律的经济分析

李霞◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编

波斯纳： 法律的经济分析

李霞◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

波斯纳:法律的经济分析/李霞著. —哈尔滨:黑龙江
大学出版社,2009.6

(西方著名法哲学家丛书.第1辑/吕世伦,徐爱国主编)

ISBN 978-7-81129-164-3

I.波… II.李… III.波斯纳,R. A. —法哲学—研究
IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第090100号

责任编辑:孟庆吉

封面设计:张骏

波斯纳:法律的经济分析

BOSINA: FALV DE JINGJI FENXI

李霞 著

出版发行 黑龙江大学出版社
地 址 哈尔滨市南岗区学府路74号 邮编 150080
电 话 0451-86608666
经 销 新华书店
印 刷 黑龙江省委党校印刷厂
版 次 2009年7月 第1版
印 次 2009年7月 第1次印刷
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 5.25
字 数 130千字
书 号 ISBN 978-7-81129-164-3

定 价 16.00元

凡购买黑龙江大学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

总序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

2 波斯纳：法律的经济分析

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008年12月

目 录

第一章 波斯纳的个人经历与学术背景	1
一、耶鲁和哈佛的最优生	2
二、“前法官”时代	9
三、忙碌的法官和学者	19
四、生活逸事	29
第二章 波斯纳思想的独创之处	33
一、法律的经济分析	33
二、法理学思想	59
三、其他重要作品	75
第三章 波斯纳与同时期学者之间的分野	82
一、与德沃金之辩	86
二、与经济学和法律经济学其他学派和学者的对话	101
第四章 波斯纳思想的影响	115
一、经济分析方法对于法学方法论的贡献	116
二、经济分析方法对部门法的“改造”	124
三、法律经济分析对于中国法学的影响	133
第五章 波斯纳及其思想简评	142
一、睿智多产的法律人	142
二、独到“个性”的学说	144
三、法律的经济分析学说中未能解决的问题	148
参考文献	155
后记	161

第一章 波斯纳的个人经历与学术背景

理查德·A. 波斯纳(Richard A. Posner)这个名字,相信对于任何一个法律人和大部分经济学人来说,都不应该感到陌生。这位即将步入“古稀之年”的美国法律界的明星级人物,时任美国联邦第七巡回区上诉法院首席法官,同时还是芝加哥大学法学院的高级讲师(Senior Lecturer)^①。他外表温和,“个儿高而苗条,眼睛苍白得像条鱼”,“穿着保守,身形消瘦”。^②从外表绝难看出,波斯纳是他这代人中“最无情的”和最具煽动性的法理学家。

波斯纳被一大堆美誉包围着,诸如“法学界的莫扎特”、“美国当代最卓越的法学巨擘”、“法律经济学的奠基人之一”^③、“法律与文学运动的先驱”、“公共知识分子之王”^④,等等。他还是媒体的宠儿,曾被不同媒体在不同评选活动中誉为

① 波斯纳在1981年的时候被里根总统任命为联邦第七上诉法院的法官,而在美国,关于教授有一个不成文的规定,即教授必须是全职而不能是兼职的,因此波斯纳这位昔日的讲座教授就成为了一名高级讲师,并且需要说明的是,他这个高级讲师并不属于法学院的正式“编制”之列。

② Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, *The New Yorker*, Dec. 10, 2001.

③ 在1991年5月24日的美国法律与经济学学会全体会议上,波斯纳和科斯、卡拉布雷西、梅因一道被授予法律与经济学的“四位奠基人”的荣誉称号。

④ Gary Rosen, *Wall Street Journal*, January 15, 2002.

2 波斯纳:法律的经济分析

“20世纪美国最有影响的法律人”^①、“美国二十大顶尖法律思想家之一”^②和“过去半个世纪里最杰出的反垄断法专家”^③。他本人也相当善用媒体,早在博客远未如今日风行的2004年12月,波斯纳就与诺贝尔经济学奖获得者加里·贝克尔(Gary Becker)合开了一个博客^④。正如所预料的那样,该博客访客如云,访问率在四年间一路飚升。

波斯纳博学机智,才气纵横,思维缜密,文风犀利,精通修辞,锋芒毕露。他对于文字和几乎涵盖所有社会科学领域的知识的卓越驾驭能力让人叹为观止,加上其独特的个性和气质,使得他足以成为法学界一面鲜明的旗帜。关于他的谐语很多,比如“谣言说,他每天晚上都睡觉”、“他每半个小时写一本书”、“他写的书比许多人毕生读的书还多”,这些都为他平添了几分神奇色彩。这位传奇人物和他量巨质精的等身著作对美国法学理论界及实务界的影响和贡献既深且广,已经成为且越来越是美国乃至全世界法学界的研究重点。

一、耶鲁和哈佛的最优生

波斯纳于1939年1月11日出生于美国东海岸的纽约市。

波斯纳的母亲出自一个从维也纳来到美国的犹太家庭,母亲家里的亲戚都看不上他父亲的门第,因为父亲的家庭不但穷困,而且还是从罗马尼亚移居来到美国的。“事实上他们都很穷,”波斯纳曾说,“只是我母亲家尚用得起卫生纸,而父亲家用

① 由《美国法律人》杂志于1999年评出。同时当选的还有霍姆斯、汉德、卡多佐等已故法官、学者,以及一些律师和法律活动家。

② Who Are the Top 20 Legal Thinkers in America? Legal Affairs, May 1, 2007.

③ 由《纽约时报》(The New York Times)于2004年评出。

④ 该博客的地址是:<http://www.becker-posner-blog.com/>。

的是报纸”^①。他母亲是一名共产党人，与收养罗森堡夫妇^②的孩子的家庭过从甚密；斯大林逝世的日子曾是波斯纳一家例行的悼念日。波斯纳的母亲在纽约市一家公立学校当老师，父亲则不停地在不同行业之间更来换去——在年轻的时候，他曾与几个堂弟兄一起经营过一个珠宝店，后来参加了法学院的夜校学习，随后成了一位刑事辩护律师。二战结束后，他专事放贷，主要在纽约的贫民窟从事再抵押（second mortgage）^③的业务。他的这一放贷事业相当成功，财运就此亨通，在1948年就买了一辆崭新的凯迪拉克，还在纽约市郊的斯卡斯代尔镇（Scarsdale）买了一幢房子，并举家迁到了新居。

当波斯纳在政治倾向上逐渐变成一个保守主义者后（他将三十岁以前的自己定义为一个自由主义者），他的母亲十分震惊。在这对个性鲜明的母子之间，曾发生过不少次激烈争吵，

① Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, The New Yorker, Dec. 10, 2001.

② 朱利叶斯·罗森堡（Julius Rosenberg），1918年生于纽约，1940年与埃塞尔·格林格拉斯（Ethel Greenglass）结婚。二战期间，罗森堡受雇为美国陆军通信兵的市民监察员（civilian inspector for the Army Signal Corps），但1945年因被指称为共产党员而被解雇。1950年7月，罗森堡和他的妻子被捕，被指控因向苏联传递情报而犯有间谍罪。最终，罗森堡夫妇被判有罪而处以死刑，许多人因该判决过于严厉而感动震惊。实际上，对他们的审判是依据《反间谍法案》（Espionage Act）而进行的，该项法案于1917年获得通过，以应对美国的反战运动。之后，显而易见的是，政府并不认为罗森堡夫妇应当被执行死刑。当时的FBI负责人胡佛（J. Edgar Hoover）警告说，历史对一个仅依如此缺乏说服力的证据而使这对夫妇的两个幼子成为孤儿的政府，并不友好。该案在欧洲引起了巨大的反响与争论，人们认为，罗森堡夫妇是反犹太主义和麦卡锡主义的牺牲品。诺贝尔奖获得者萨特（Jean-Paul Sartre）称该案为“一项给整个民族抹上血腥的法律私刑（legal lynching）”。罗森堡夫妇在死囚监狱被关押了26个月，其间，他们拒绝认罪和指证他人，最终于1953年6月19日在纽约州新新监狱（Sing Sing）被执行死刑。胡佛称之为“世纪的罪行”。后来，罗森堡夫妇的儿子在接受记者采访时曾说：“当我还是个孩子的时候，有许多人曾冒险救助过我。”参见 <http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/USARosenberg.htm>。

③ 对已经作过抵押的财产所享有的抵押权，解决争议时比前手抵押具有优先权。

4 波斯纳：法律的经济分析

波斯纳甚至开始对母亲动怒。他曾说过，“母亲是一群聪明的糊涂人中的一个，她非常聪明，但能力有限。一件非常令我郁闷的事就是，我担心她的政治立场会影响我的事业。每一次我在政府里找到份工作，我都会很为难却又不得不告诉当局我母亲很可能曾是一名共产党员。对我而言，这实在是一个沉重的负担。幸好她年事渐高，也就慢慢忘记了政治上的这些事儿。沙琳（波斯纳的妻子）和我总算松了口气”。^①

波斯纳的父母都活到了九十多岁的高寿。在一次访谈中，波斯纳说，“年迈的母亲髌骨折断了，昔时人们折断了骨盆肯定就死了——这无疑更好些，可现在他们却能把这伤给治好了”^②。在母亲髌骨受伤后，父亲不胜照顾之苦，于是父母搬到了照顾起居的设施和机构都比较完善的芝加哥。慢慢地，父亲也因年事已高而变得虚弱多病。波斯纳仔细询问过老年病专家，怎样治疗才能让他活下去。医生回答说，能活多久得取决于病人的生存渴望和意志。波斯纳说，“父亲间歇性地处于清醒状态，他希望得到治疗，你当然不能无视他的选择。他的成长经历、他的奋斗历史都决定了，放弃这个词是不可想象的，而不抗争到最后一秒对于他来说是应受诅咒的行为。我希望我这代人能做得稍微理性一些，我想要能选择我离开（这世上）的时间”。“我不知道对于大家来说是不是都这样，”波斯纳说，“在我慢慢长大时，我爱我的父母，他们的确是值得尊敬和感激的——我母亲给了我最好的文化熏陶，而父亲买了我们的第一幢房子，他们是理想的父母。但现在他们所留给我的印象却大多数是来自他们老年时期的。我不想说假话：当我想起他们的时候，感受不到爱。沙琳觉得，我对我的父母有那么一点点不人道。许多人都上有衰老而可怕的老父老母，当年事已高的父

① See Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, *The New Yorker*, Dec. 10, 2001.

② Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, *The New Yorker*, Dec. 10, 2001.

母在九十多岁上殁了的时候，子女们还对医生怨这怨那说是医疗上的错误所致。在我母亲去世的时候，我父亲更是生气，他觉得是医生没有照顾好她才导致了她的死亡——尽管在临终时她全已无法说话，无法动弹——她已经“不是人了。”^①当被问及他父母去世的确切时间时，波斯纳显得有些疑惑，“我对此没有感觉”。^②

芝加哥大学的一位哲学家，同时也是波斯纳友人的玛莎·努斯鲍姆 (Martha Nussbaum) 相信，波斯纳的母亲——这位抚养他长大的虔诚的共产主义信徒——是 (至少部分是) 后来波斯纳摒弃任何形式的道德主义，而从文学中寻找慰藉的原因。他欣赏时常引起普通人反感的反主流道德的作家，例如司汤达 (Stendhal)^③ 和纪德 (Gide)^④，并且事实上，法国小说确实在很多方面也更对波斯纳的刻薄脾气以及他那自利且实用的天性。[尽管如此，必须提及的是，他并不是一个审美方面的假内行，他最喜欢的电影是梅格·瑞安 (Meg Ryan)^⑤ 主演的影片和一部名为《精灵猫捉贼》(That Darn Cat) 的晦涩之作。] 波斯纳说，他

① Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, The New Yorker, Dec. 10, 2001.

② Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, The New Yorker, Dec. 10, 2001.

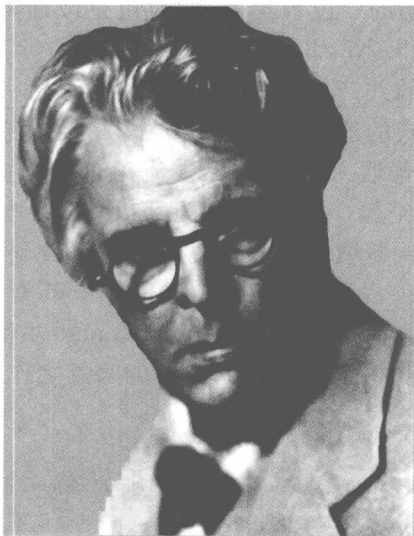
③ 司汤达是马利-亨利·贝尔 (Marie-Henri Beyle, 1783—1842) 的笔名，他是一位 19 世纪的法国作家。他以准确的人物心理分析和凝练的笔法而闻名。他被认为是最重要和最早的现实主义的实践者之一。最有名的作品是《红与黑》(1830 年) 和《帕尔马修道院》(1839 年)。

④ 安德烈·纪德 (André Paul Guillaume Gide, 1869—1951)，法国作家，保护同性恋权益代表。1923 年，他出版了一本关于陀思妥耶夫斯基的书。1924 年，当他在《田园牧人》(Corydon) 公开发行版中为同性恋辩护时，遭到了广泛的非难，他后来将之看成自己最重要的作品。

⑤ 梅格·瑞安 (Meg Ryan, 1961—)，美国电影女演员，擅长演绎浪漫喜剧，曾数次为美国电影大奖提名最佳女主角，媒体予她以“美国甜心”的封号。梅格·瑞安最具知名度的演出和电影有 1989 年的《当哈利碰上莎莉》、男主角皆为汤姆·汉克斯的 1993 年《西雅图夜未眠》和 1998 年的《电子情书》。

6 波斯纳:法律的经济分析

最轻视的是不停叫嚣的假正经的道德哲学家。他认为,诘问自己的信仰是正当的还是不正当的,是一件私密且自我的事情,应该只由那些能永远保守秘密的人来做。而普通人大多是疏于反思的,仅仅相信他们所已相信之事;进而言之,道德反思永远无法劝服某人改变主意,也不会事事都主导人的行为,因此不过是一项被蒙骗而无用的行为。



爱尔兰诗人叶芝(William Butler Yeats)

1956年,波斯纳进入耶鲁大学主修英文。科林斯·布鲁克斯(Cleanth Brooks)^①曾做过他的老师。波斯纳大四那年撰写论

^① 科林斯·布鲁克斯(Cleanth Brooks, 1906—1994),美国颇具影响力的文学评论家和教授。他在20世纪中期提出了新批判主义,并以在美国高等教育界推进诗歌教学的改革而著称。从1947年到1975年,他在耶鲁大学任英文教授。

文的主题是叶芝 (Yeats)^①晚期的诗歌。至今,他仍记得许多叶芝的诗,并用它们作为模板来评价自己对生命中一些事件的反应。例如,对名利的思考会让他不禁回想起叶芝的一首诗《抉择》(The Choice)^②。波斯纳之所以一直钟爱叶芝,部分原因在于叶芝也是尼采 (Friedrich Nietzsche) 的忠实“粉丝”。尼采可能是对波斯纳影响最深的哲学家。波斯纳心目中关于道德的概念(人所创造的,而非在世上寻找到的)、关于伦理的概念和最重要的知性的气质(卓越的语言能力和善发令世人震惊之论的能力),都与尼采的影响息息相关。对于对尼采的迷恋,波斯纳解释道,“所谓的理念,在我看来,概括而言,不过是一个男人对妻子的责任感而已。内在的力量和事件都只是我们生活的原料,我们无权责怪任何人,因为不管是精彩还是糟糕,生命都只属于我们自己。这是一种哲学,或者说是一种心理学,总的来看,是乐观的、愉快的、前瞻的、自我判断的,是脱离宗教和其他教条所创造的条条框框的自由的”^③。

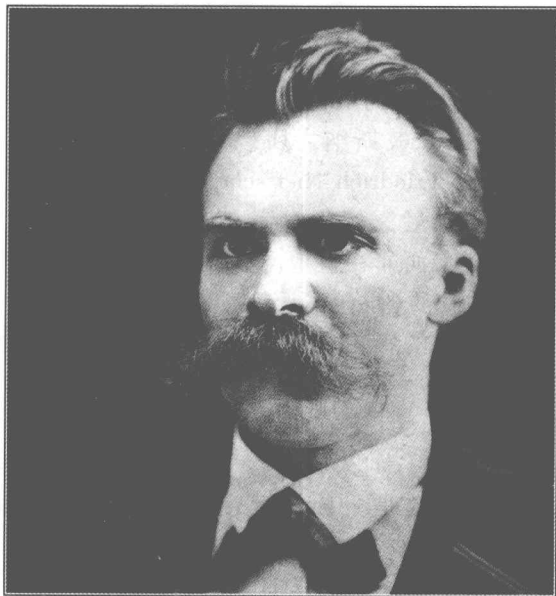
1959年,20岁的文学学士(Bachelor of Art)波斯纳作为当年的最优生从耶鲁大学毕业。在离开耶鲁大学后,波斯纳曾考虑进研究生院拿一个英国文学的硕士学位,但后来还是改变主意,走进了哈佛大学法学院。

① 威廉·巴特勒·叶芝(William Butler Yeats, 1865—1939),爱尔兰作家,被认为是20世纪最伟大的诗人之一,是都柏林阿贝剧院的爱尔兰国家剧院公司的创始人。他创作了许多短剧,包括《凯瑟琳女伯爵》(1892年);他的诗作成集出版,如《回旋楼梯》(1929年),内容从早期的爱情抒情诗到晚年复杂的象征主义作品。他获得过1923年的诺贝尔文学奖。

② 诗中有几句是:

The intellect of man is forced to choose,
Perfection of the life, or of the work,
And if it take the second must refuse,
A heavenly mansion, raging in the dark.

③ Larissa MacFarquhar, An interview with Richard Posner, The New Yorker, Dec. 10, 2001.



德国哲学家尼采 (Friedrich Nietzsche)

在哈佛法学院就读期间，波斯纳担任过《哈佛法律评论》的主编 (President)。在其担任主编期间，一位曾经著书“恶毒”地批评波斯纳的老师们的学者受邀参加了《哈佛法律评论》75 周年庆典晚宴，还应邀发表了演说，因而波斯纳对当时哈佛法学院的领导层相当不满。更有意思的是，这种不满竟然持续甚久，以致数年以后，当波斯纳求职时，他的申请表的意向一栏只列了斯坦福大学法学院和耶鲁大学法学院，而没有哈佛大学法学院。1962 年，波斯纳获得了法学硕士学位 (LL. M.)，以全年级第一名的成绩从哈佛法学院毕业——看起来他很乐意且已习惯于坐在第一名的位置上。

二、“前法官”时代

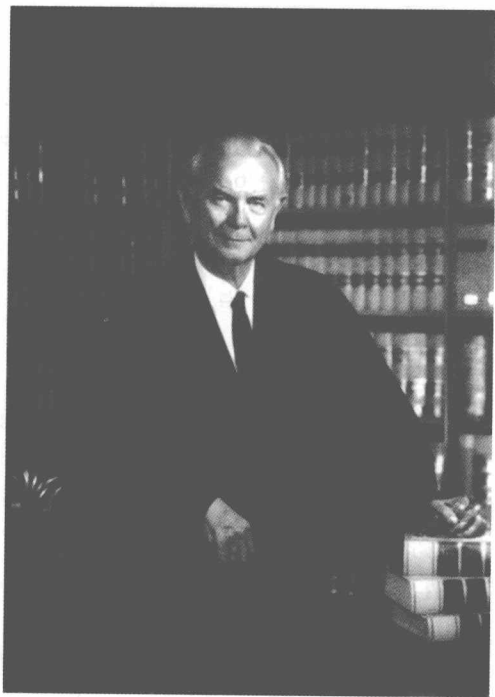
波斯纳的职业生涯始于在政府中的任职。1962年至1967年间(在肯尼迪^①和约翰逊^②的总统任期内),他辗转于政府的不同职位之间。波斯纳曾于1962年至1963年在美国联邦最高法院担任大法官小威廉·J.布伦南(Justice William J. Brennan, Jr.)的法律助手。在这段经历中,有一则后来脍炙人口的小故事,足以证明波斯纳的确才华惊人:有一次,全体大法官们投票对某案作出了决定,并指定由大法官布伦南撰写司法意见。按照习惯,司法意见至少由法律助手撰写初稿。但不知是由于布伦南说反了,还是波斯纳听反了,或是出于其他原因,波斯纳最终撰写了一份与最高法院的决定完全相反的司法意见。然而,这份意见不仅说服了布伦南大法官,还说服了最高法院。最后竟然顺水推舟,按照波斯纳的意见办了。^③

随后,波斯纳去了联邦贸易委员会,任该委员会主席菲利普·埃尔曼(Philip Elman)的助手;他还做过当时任联邦司法部副部长的瑟古德·马歇尔(Thurgood Marshall)的助手,以及约翰逊总统的交通政策特别工作小组首席法律顾问。

① 约翰·肯尼迪(John Fitzgerald Kennedy, 1917—1963),1960年1月宣布竞选总统,以微弱多数击败共和党候选人尼克松,成为美国历史上最年轻的总统,也是第一位信奉天主教的总统。1963年11月,在得克萨斯州达拉斯市遇刺身亡。

② 林登·贝恩斯·约翰逊(Lyndon Baines Johnson, 1908—1973),是美国第三十六位总统。他还当过约翰·肯尼迪的副总统。在他的总统任期内发生了越战,由于美军在越战中伤亡惨重,使他赔上了政治前途。1969年他在总统选举之前宣布不会参选,并全力支持他的副总统连任。他只过了4年美国前总统的生涯就去世了,年仅65岁。

③ 参见朱苏力:《波斯纳文丛》总译序,载[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版。



美国联邦最高法院大法官布伦南(Justice William J. Brennan, Jr.)

从哈佛法学院毕业后(事实上直到20世纪60年代晚期),波斯纳一直认为自己是一个信奉自由主义的民主党人。他曾为肯尼迪、约翰逊和汉弗莱^①投票(从汉弗莱起,他开始转而为共和党投票)。1970年左右是波斯纳转向右倾的关键时点,他转变

^① 小休伯特·霍拉蒂奥·汉弗莱(Hubert Horatio Humphrey, Jr., 1911—1978),1965年至1969年间出任第38任美国副总统,1968年代表民主党角逐美国总统,但最后败给共和党候选人理查德·尼克松。