

波斯纳“超越法律”的三维透视

郑鹏程 聂长建

(中南民族大学 法学院 湖北 武汉 430073)

摘要:波斯纳形成了系统的“超越法律”之实用主义司法哲学。波斯纳的“超越法律”具有“实用主义、经济学、自由主义”三个维度。实用主义是形式主义的解毒剂,其特征是实践的、工具性的、向前看的、能动的、经验的、怀疑的、反教义的、重视实验的。法律经济学主张经济学是法律的一种理性选择理论,也就是诉讼所要达成的理性选择,即以最小的资源投入来达到预期目标的理性选择。自由主义是指法律问题要从政治哲学和道德哲学里寻找方法,法律不应该压制个人的“仅关系自我”的活动自由,在一些精细的法律问题处理上,自由主义也比经济学更强。

关键词:波斯纳;超越法律;实用主义;法律经济学;自由主义

中图分类号: D90

文献标识码: A

文章编号: 1672 - 433X(2016)04-0090-04

在法治社会,无论立法、执法、司法、守法等行为都要依据法律,而人们依据法律规范的行为正是为实现正义。但是法律规则具有矛盾、模糊、漏洞、不良等四大缺陷,依据有缺陷的法律有时候又阻止正义的实现,在这种情况下,唯有超越法律才能实现正义。古希腊的亚里士多德提出“法律只能订立一些通则;当国事演变的时候,法律不会发布适应各种事故的号令。任何技术,要是完全照成文的规则办事,当是愚昧的。”^{[1]166}在法治社会,必须坚持依法治理,以法律为行为准则,这是不可动摇的基本准则,但这一基本准则不是僵化的,因为法律本身就是静止和运动、稳定性和灵活性的统一,既要保持稳定,又要适时而变。而当法律已经不适应社会发展的要求需要变革时,对待法律仅仅是依据法律已经不够了,因为在法律不合时宜违背正义时,机械地“依据法律”可能会牺牲正义而背离法律的基本目标和价值诉求,“因为法律规则的四大缺陷都是和正义相矛盾的,与正义相矛盾的法律规则是不能适用于司法判决的”^[2]。因此,超越法律是在法律违背正义特定情境下发生的,只要在法律滞后存在诸多缺陷的情况下,才存在超越法律的必要性,超越法律在根本上依然是契合于现代法律精神的,超越法律不是违背法治而是真正实现法治。自法律诞生以来,人们既看到法律在社会调控上不可取代的作用,也看到法律自身的局限性,而伟大的法学家面对法律的

局限性总能采取积极应对之策,波斯纳所提出的“超越法律”当属此列。《超越法律》的中文译者苏力认为“Overcoming Law,一般应当译作征服或压倒法律,但这种翻译可能在中文语境中造成误解,特别是在今天强调依法治国的大环境下,更容易被人贴上反对法治的标签;因此,在理解了全书的主题之后,我选择了《超越法律》,这个略为中性的译名。”^[3]译者序“Overcoming”有征服、压倒和克服之义,根据波斯纳的意思,应该取“克服”之义而不是征服、压倒之义,也就是克服法律的缺陷,克服法律的缺陷的意思也就是超越法律,因此“超越法律”的中译准确表述了波斯纳的原意。波斯纳是个思想开放、学识渊博、涉猎领域极广、分析问题深邃的法学家和大法官,他的“超越法律”具有多重意蕴,他在该书的引论中概括为“实用主义、经济学、自由主义”三个维度,本文逐一分析。

一、实用主义进路

波斯纳认为,19世纪后期英美法学是以形式主义为主导,把法律视为如数学一样,只考查概念之间的关系,而不考察概念与实体的关系,法律形式主义又称作概念主义。在经过20世纪二、三十年代法律现实主义的冲击之后,法律形式主义自20世纪50年代起又复兴起来,虽然这期间法律经济学用经济概念主义置换了法律概念主义,但法律经济学本身严重脱离现实,不能够对法律形式主义以致命一击。

收稿日期: 2016 - 04 - 20

基金项目: 中央高校基本科研业务费专项资金项目“超越法律——波斯纳实用主义法理学研究”(CSZ11001)。

作者简介: 郑鹏程,男,中南民族大学副教授,主要研究法理学。

在这种背景下,波斯纳提出“要对付这种概念主义,解毒剂就是实用主义。实用主义戳穿了这种概念主义所谓成功构建了一条通向真理的专线所有这类不实之词。”^{[3]2}形式主义只考察概念之间的关系,现实主义则将重心放在实体与概念之间的关系上,这两种主义是两个极端,实用主义是这两个极端的中间道路。

实用主义也是“仁者见仁智者见智”的多义性概念,每位研究者都有与众不同的实用主义概念,因此不存在定于一尊的、统一的、教义化的实用主义概念。波斯纳界定实用主义时,不同于一般定义的“属加种差”的方法,而是采用描述方法,“我用它时,首先是指一种处理问题的进路,它是实践的和工具性的,而不是本质主义的;它感兴趣的是,什么东西有效和有用,而不是这‘究竟’是什么东西。因此,它是向前看的,它珍视与昔日保持连续性,但仅限于这种连续性有助于我们处理目前和未来的问题”^{[3]4}。这就是说,实用主义这种珍视昔日连续性的保守决不是落后怀旧的,而是创新向前看的,在司法上,实用主义把“遵循先例”当做一个权宜的政策,而不是一种必须履行的义务,不仅仅是一种理论话语,更是一种具有生命力的司法实践。实用主义对待“遵循先例”的态度完全是实用的,即先例如果吻合当下案件,依据先例可以得出具有可接受性的判决就遵循先例;如果先例的案情和人们的认识观念与当下案件并不吻合,依据先例并不能得出可接受性的判决,那就要抛开先例而不能被先例所局限。一言以蔽之,是否援引先例要首先考察引用先例的后果,后果好则予以引用,后果不好则弃而不用。

除上述的可行、向前看和后果外,波斯纳主张一种重视经验的实用主义,以区别他所反对的那种反经验、反科学的实用主义。实用主义注重经验事实的如何操作、特征如何以及可能后果,由于经验本身也变幻莫测,因此实用主义反对那种“终极真理”,昔日的真理也会变成今日的谬误,实用主义赞成法律的变化,但这种变化也不是完全否定法律的稳定性,否则也就不可能有什么“实用”而是无所适从。所以波斯纳又说“尽管实用主义者很怀疑主义和相对主义,但他又拒绝接受作为教义学、作为‘哲学’立场的那种不可知论和相对主义”^{[3]7}。也就是说这种怀疑主义和相对主义都是温和的、相对的,而不是激进的和绝对的,教义学上的怀疑主义怀疑世界独立于我们而存在,波斯纳的实用主义的怀疑主

义则相信世界独立于我们而存在;教义学上的相对主义不认为一些命题比另一些命题更有道理,绝对的相对主义必然取消事物之间的差别,而波斯纳的实用主义的相对主义则相信一些命题比另一些命题更有道理,温和的相对主义依然承认事物之间的差别。

实用主义毕竟首先是一种哲学思想,但这种哲学在哲学上的“实用”难以得到体现,却在法学上的“实用”能够得到体现。这是因为实用主义哲学强调的是可行和实用,但实用主义哲学家的这种强调实际上动摇了自己的活动,原因在于哲学价值与其效用成反比,哲学包括实用主义哲学本身并没有什么实际作用,也缺乏可行性。实用主义和逻辑实证主义、唯心主义和后现代主义都有亲缘关系,但和它们又不同却不是它们的对立面。排除上述三种哲学,波斯纳断言“实用主义真正对立面是这样一种唯理主义,公道地说,是柏拉图式的理性主义;这种唯理主义声称,对那些有争议的形而上学主张和伦理学主张,要用纯粹的分析手段来推导出有关的真理。”^{[3]12}而哲学是法学深层次的理论基础,什么样的哲学总是对应于什么样的法学,例如法律形式主义就是柏拉图唯理主义在法学的具体表现,波斯纳以法律实用主义反对法律形式主义,追根求源,就不能不对柏拉图唯理主义进行批判。

在法律中,实用主义是波斯纳的理想进路,实用主义的朋友把实用主义等同于切合实际,而其敌人则把它当做非理性和自相矛盾的同义词,波斯纳则用“实践的、工具性的、向前看的、能动的、经验的、怀疑的、反教义的、重视实验的”等形容词概括实用主义的特点。因此,波斯纳并不同意哲学家罗蒂将法学家德沃金划入实用主义的观点,因为德沃金的法律理论是拒绝实用主义,不能仅仅因为德沃金反对法律形式主义,法律形式主义和实用主义对立,就得出德沃金是实用主义的结论。德沃金强调法律以保护公民权利为使命,“德沃金试图通过法律原则的介入,弥补法律规则的缺陷,保障公民的权利,维护司法判决的正确性。”^[4]因此德沃金反对法律具有什么“工具”的性质。还有人主张,法律形式主义也是注重“实用的效果”,努力把形式主义的司法判决进路嵌入实用主义的框架中。波斯纳则反驳说:“对于这种努力,拒绝是断然的;理由是,在我们的法律体制中,形式主义无法对棘手案件作出可行的回应”^{[3]15}。这原因在于,美国社会错综复杂,人们的道德观念很不一致,法律有多层次的特点,这些因

素叠加,“就给各个法院施加了一种创造性立法(lawmaking)的责任,而且无论是你死抠文字适用现行规则,还是依据现有判例类推(这是处理新问题的标准司法技巧),都无法免除你这个责任”^{[31]15}。当法官履行创造性立法责任时,就必须抛弃法律形式主义,这也说明为什么美国有作为的大法官都是自由派的、坚持司法能动主义的、能够创设新的判例的,保守的死抠法律条文的大法官难以有什么作为。

二、法律经济学分析

法律经济学强调“把经济学运用于美国法律体制的中心制度,包括财产法、合同、侵权、刑法、家庭法、民事和刑事诉讼法、损害赔偿和其他救济、海商法、恢复原状法、立法以及着重依据先例决策的普通法规则制定”^{[3]501}。波斯纳于1973年出版的《法律的经济分析》,运用以古典经济学为基础的价格理论等学说对财产法、侵权法、刑法等法律问题进行全面而深入的经济分析,是很有创造性的法律经济学著作。波斯纳法律经济学的主要命题是“经济思考总是在司法裁决的决定过程中起着重要的作用,即使这种作用不太明确甚至是鲜为人知。第二,法院和立法机关更明确地运用经济理论会使法律制度得到改善。”^[5]中文版作者序言¹波斯纳还否认这两个命题的意识形态性质,在他的法律经济学中,经济学是法律的一种理性选择理论,也就是诉讼所要达成的理性选择,即以最小的资源投入来达到预期目标的理性选择。波斯纳还断言“经济学的考察能使法学研究重新致力于对法律作为社会工具的理解,并使法律在这方面起到更有效率的作用。”^[5]中文版作者序言¹¹这种对法律的“工具性”理解也与前述的实用主义观点相一致,法律经济学集中体现了实用主义意义上的科学研究在法律中的运用。波斯纳还批评对法律经济学的狭隘理解和诋毁“经济学的目的并不是要把人类行为都简约为某种生物学天性、某种非理性的本能,更不想证明,在我们的内心深处,左右我们一切的,是那个丑陋的、渺小的经济人。它所要做的只是,建构并验证一些人类行为的模型,目的在于预测和(在恰当的时候)控制这种行为。经济学想象的个体并非一个‘经济人’,而是一个实用主义者。他作出决定的基础不是已损成本(sunk cost),那些都已经过去了(‘不要为洒了的牛奶而哭泣’),而是其他仍然开放的行动进程可能消耗的成本和可能获取的收益。”^{[3]19}经济学并不信奉狭隘的自私的目标,而是利他的,并以向前看的方式追求这种目标。

一般认为,科斯是法律经济学的鼻祖,科斯认为,权利配置影响交易成本进而影响资源配置,权利配置属于法律行为,交易成本和资源配置属于经济行为,法律制度对经济运行体系产生深远影响甚至控制作用,“既然权利的初始配置将影响到交易成本,因此,可以通过法律作出权利归属的规定,让交易成本降到最低,以使资源配置最优化”^[6]。波斯纳将科斯的思维向前推进一步,认为“如果市场交易成本过高而抑制交易,那么,权利应赋予那些最珍视它们的人。法律应通过清晰界定权利而降低交易成本。”^{[7]52}把权利赋予最珍视它们的人,就能够降低交易成本和实现资源的合理配置,所以波斯纳法律经济学是以效率为核心的财富最大化。而法律是以正义为核心的人权保障,波斯纳的法律经济学落脚点还是在经济学上,当波斯纳在法律的权利分配中过于强调财富最大化的“效率”时,就不可避免地损害法律的“正义”,在这种情况下,以经济效率牺牲法律正义的“超越法律”就是苏力所言的“征服或压倒法律”。到了这个程度,波斯纳的“超越法律”就不是我们所欢迎的而是必须予以警惕的。

波斯纳或许预料其法律经济学可能面临的指责,所以反复强调经济学并不是把人类行为简约为丑陋、渺小的经济人,经济学是利他的和向前看的,经济学之所以运用于法律是其为法律所需要的理性计算“一个假定罪犯是理性最大化者的模型可能会正确预测:即使是绝大多数罪犯有严重的认知和情感缺陷,惩罚严厉性或监禁概率的增加还是会降低犯罪率。”^{[3]20}理性化可能导致形式主义,实用主义是反对形式主义的,法律经济学和实用主义似乎就面临着不可兼容的困境,而波斯纳的“超越法律”就是将二者融合在一起,否认对于法律经济学形式主义的指责和实用主义对科学形式主义的抛弃。波斯纳辩解说,“如果因为科学理论有演绎结构就以为可以认定科学(包括社会科学,因此也就包括经济学)是形式主义的,并认为实用主义是反科学和反理论的,那么,把实用主义对法律形式主义的否弃同法律经济学分析搅在一起,似乎就是一个修辞矛盾;而且也许应换一个谐音词——愚钝”^{[3]23}。实用主义并不一概反对包括经济学在内的科学,关键是对科学的理解,实用主义反对的是那种柏拉图主义的视为终极真理的科学,而对另一种方式的科学,“把科学视为一堆用来扩大有用且精确的人类知识总量的已被证明的方法”^{[3]23},实用主义并不反对。相反,实用主义注重经验事实的研究,可是脱离理论

框架的经验性研究不会有什么好结果,而“现代经济学可以为法律迫切需要的经验性研究提供不可或缺的理论框架”^{[3]24}，“法经济学对社会整体利益的意义在于,其是将一种方法论意义上科学方法引入社会整体利益之中”^[8]。例如,为什么联邦法院的大法官比其他法官更加努力,更热衷于写出说理充分的判决书呢,波斯纳认为,这是因为联邦法院大法官挑选案件的权力更大,他们所制作的判决书成为具有法律效率的先例的可能性更大,所以他们从中获得的平均效用更高,因此对自己的工作投入超过其他普通法官,这背后还是包含着工作效率和回报的理性计算,在这里不能不用上法律经济分析。

三、自由主义直觉

美国历史上有作为的大法官,多是奉行司法能动主义,将司法中一些有争议的案件注入自由主义价值观,并带进了公共政策的形成,形成具有法律效力的为后来法官遵循的先例,他们是美国判例法的主要创造者。波斯纳对这些法官给予极高的评价,“马歇尔、霍姆斯、布兰代兹以及布莱克——仅仅列举少数几位最重要的美国法官——都是美国政治自由主义史上的重要人物,他们都利用了自己的司法职务在法律上打上了他们个人想象力的印记”^{[3]228}。尽管在法律没有明文规定的地方,如把反垄断案件当作资源有效配置问题、把合同案件当做交易费用问题,法律经济学可以做出富有成效的分析,但是并非法律遇到的所有问题都能够转化为经济学问题。波斯纳具体分析允许人工流产是否财富最大化了,认为这取决于胎儿的生命权配置,是配置给胎儿还是母亲,这个决定确定了财富的最大化边界,而这恰恰是经济学内部无法作出的。波斯纳批评了功利主义和经济学中不自由的隐含意义,如强制执行自愿为奴的合同和夏洛克的“一磅人肉”合同、允许以死相争的角斗、边沁因为乞丐的外观和纠缠给行人带

来的痛苦而把乞丐关起来的主张,原因在于“我们的自由直觉和我们的功利直觉同样深厚,没有什么智识性程序会迫使或应迫使我们放弃这种直觉。”^{[3]28}我们无法通过司法配置权利来消解这些不自由的隐含意义。在乞丐乞讨权利等问题上,波斯纳认识到,一个人即使很信奉法律经济学方法,也还是不得不在政治哲学和道德哲学里寻找方法,例如密尔在《论自由》里所提到的政府不应该压制个人的“仅关系自我”的活动自由。所以自由主义和经济学有一种亲密关系,因为自由是个人发展和经济发展不可或缺的条件,强大的国家是自由的国家。经济学和自由主义都和法律紧密相连,它们解决法律问题也是各有优劣,“在另外一些精细的法律问题处理上,自由主义也比经济学更强,我的例证是法律‘设套’(entrapment)。如果没有政府诱惑,某刑事被告就不会犯下某特定类型的罪,因此,可以说该被告‘被套住了’,必须无罪开释被告”^{[3]32}。经济学可以从耗费司法资源来解释,并不令人信服;自由主义坚持政府不得惩罚无害的人,而一个没有政府诱惑就不会犯罪的人就是一个无害的人;在这个问题上,自由主义的解释相比经济学更有说服力。波斯纳的结论是“自由主义和实用主义相互之间是相当契合的,而且如同我们在前面看到的,与经济学也相当契合。这种混合可以改造法律理论。”^{[3]25}自由主义直觉也就是诉诸政治哲学和道德哲学来寻求法律问题的解决之道,这也是波斯纳“超越法律”的一个视角。

所以波斯纳是从实用主义、法律经济学和自由主义这三个视角分析法律,显然这三者分别属于哲学、经济学和政治学,超出了以法律为研究对象的法学,就此而言波斯纳研究法律,又是在法律之外的视角研究法律,这当然是“超越法律”,但又没有远离法律的射程,超越法律又在法律的可控制范围之内。

参考文献:

- [1] 亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭,译. 北京: 商务印书馆, 1965.
- [2] 聂长建. 司法判决有效性的形而上学思考[J]. 政法论丛, 2014(2).
- [3] 波斯纳. 超越法律[M]. 苏力,译. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [4] 聂长建. 司法判决有效性理论: 从“三足鼎立”到“三位一体”[J]. 中南大学学报, 2014(4).
- [5] 波斯纳. 法律的经济分析(上)[M]. 蒋兆康,译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [6] 黄光顺. “波斯纳定理”的道德缺陷[J]. 伦理学研究, 2014(4).
- [7] 波斯纳. 法律的经济分析[M]. 蒋兆康,译. 北京: 法律出版社, 2012.
- [8] 曹胜亮. 经济法价值目标实现理路重构的诱因、基础及取向[J]. 政法论丛, 2014(3).

(责任编辑 彭建军)