

# 认真对待现实主义

——评《波斯纳法官司法反思录》

戴 昕

**内容提要:**美国法律理论中形式主义与现实主义之争由来已久,虽然论争的具体内容和呈现形态时有变化,但分歧的实质始终紧紧围绕法律行动者面对现实挑战时须选择何种智识态度和应对策略。《波斯纳法官司法反思录》延续了这一论题,展示了相关争议在当今美国法学界的最新版本,即以文本原旨主义等司法哲学和方法论重新包装出现的形式主义与提倡以社会科学知识和实用主义理念为基础的新现实主义之间的基本理论分歧。波斯纳指出,在外部环境复杂性空前加剧的背景下,法律人应坚持现实主义的基本立场,而这意味着保持开放的智识心态,反对通过人为制造法律体系内部复杂性的方式回避真实问题。关注这一争论,对中国法学界近年来出现的一些方法和立场分歧或有直接启发。

**关键词:**法律形式主义 法律现实主义 法律人思维

戴昕,中国海洋大学法政学院副教授。

## 一 引 言

《波斯纳法官司法反思录》<sup>[1]</sup>(以下简称《反思录》)初看似是年逾古稀的作者“从心所欲”、“倚老卖老”之作。相比于中译本中规中矩的译名和略嫌呆板的装帧,英文本颇为质朴内敛的原书名《反思裁判》(Reflections on Judging),配上淡绿色的清雅外封皮,让读者刚拿到手中时不免会感到心中稍有暮气暗升,仿佛预备好要静坐闻道、聆听长者絮语。

[1] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013)。中译本[美]理查德·波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版。本文写作时参照的是该书英文版。

而该书的确也以一种对于波斯纳作品来说相对少见的方式,从回忆个人经历起笔——难怪法哲学家杰里米·沃尔德伦(Jeremy Waldron)在2014年发表的一篇书评中认为,这本书颇有老法官欲对未来新法官身教言传的意味。<sup>[2]</sup>

但读过便知道,《反思录》并非一部“风轻云淡”之作,也不是个人传记或法官实务指南,而仍是具有波斯纳招牌式犀利和火药味的理论批判作品。坦率地讲,由于波斯纳在行文中较多加入了基于个人多年执锤听讼经历而得的有感而发,这使得《反思录》与其之前的许多理论作品相比,整体感略弱,结构或有松散。然而该书的理论指向仍然非常明确。在《反思录》中,波斯纳的重点关切是社会现实日益复杂的大背景下,美国司法审判与法学研究中出现的法律形式主义回潮;而以美国最高法院著名保守派大法官安东宁·斯卡利亚(Antonin Scalia)为代表的原旨主义(originalism)宪法论和文本主义(textualism)法律解释理论,则是这种来势汹汹的当代美国法律形式主义的一个最主要代表。

很大程度上,甚至可以说2013年出版的《反思录》是波斯纳与斯卡利亚之间于2012年发生的一轮激烈公开论战的直接成果。在波斯纳看来,复杂外部环境中出现的这种强劲的法律形式主义,本质上是法律人回避现实挑战、寻求自我保全的表现,而这种缺乏使命感和进取心的法律思维和行为模式,则有可能使得法律理论和法律实践再次面临20世纪初期由于形式主义者的固步自封而带来的严峻合法性危机。曾经嘲讽法律现实主义并无正面贡献的波斯纳,<sup>[3]</sup>却重新举起法律现实主义的旗帜,将其视作凝聚广泛力量抵制当代法律形式主义的有效学术话语策略,这既值得玩味,同时也反映了法律现实主义在新的学术资源、特别是当代社会科学的支持下,正重新焕发着生命力,应再一次获得认真对待。

由此可见,理解《反思录》的理论意图和学术意义,需要结合美国法学界晚近出现的这一轮学术争议的背景。而根据波斯纳本人之前认可的说法,类似的围绕具有较高一般性的法理学层面问题的论辩,在20世纪90年代后日益社会科学化和专门化的美国法学界,其实也已经越来越少见,<sup>[4]</sup>这使得这一轮争论颇值得关注。本文将以此《反思录》包含及其牵涉的相关学术争论为切入点,对美国法学界形式主义与现实主义之争的当前形态予以评述。中文读者将会发现,这一争论虽然发生在千里之外,但所涉及的核心问题却并不遥远。中国法理学界近年出现的“法律人思维”之争以及“教义/社科法学”之争,在很大程度上触及的是非常近似的问题,即法律人关于如何应对真实世界的复杂挑战产生了理念和策略方面的较大分歧。

## 二 移民、拥枪和一个“三明治”引发的“学”案

2012年6月,斯卡利亚大法官和著名法律辞典编纂家/法条主义宣讲家布莱恩·加

[2] Jeremy Waldron, “Unfettered Judge Posner,” *The New York Review of Books*, Mar. 20, 2014.

[3] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge: Harvard University Press, 1990), pp. 19–20.

[4] James R. Hackney, Jr. (ed.), *Legal Intellectuals in Conversation: Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory* (New York: New York University Press, 2012), pp. 60–61.

尔纳(Bryan Garner)<sup>[5]</sup>推出两人近年来的第二部联袂作品《阅读法律:解释法律文本》。<sup>[6]</sup>斯卡利亚和加尔纳雄心勃勃地试图在这一本书中系统教导法律人“阅读”作为权威文本的“法律”时应掌握和运用的正确方法。他们洋洋洒洒地罗列出“文本原旨主义”法理学要求制定法解释活动应遵循的 57 条“模范正典”(canons)。在斯卡利亚和加尔纳看来,法官只有严格遵循这些“正典”,才真正能够恰如其分地履行宪法赋予法院的“解释”而非“创造”法律的制度职责。

斯卡利亚是当代美国文本原旨主义法理学的集大成者。原旨主义早先的旗帜性人物博克(Robert Bork)法官 2012 年刚刚亡故。博克牌号的原旨主义强调宪法解释只能以制宪者的原初意图为准,不能任由后世法官做与时俱进的处理,<sup>[7]</sup>像什么“活的宪法”之类认为法官可以能动地解决问题的观点就更是大逆不道。<sup>[8]</sup>博克及其保守派盟友鼓吹这一套法理学的意图明显是反对沃伦法院对公民权利进行的扩张解释。相比于博克,斯卡利亚将原旨主义的适用从宪法解释扩展到了对所有法律文本的解释,并增加了一重文本主义的限定,即文本本身在宪法和法律解释过程中的地位还要优先于立法者的原初意图。斯卡利亚对美国现当代的各种“超越法律”的目的主义和后果主义法律理论表示出十足的厌恶,尤其认为身为司法裁判者的法官在判案中不向法律权威文本求解,是绝对不能接受的渎职和对立法权的僭越。虽然斯卡利亚承认法条的字面含义时常也会因为含混、矛盾或其他原因而无法为法律问题直接提供答案,但法官的责任是根据严格的解释方法寻求法律文本的正确含义,而不是故作聪明地去考虑立法讨论、目的解释、公共政策或经济学之类的外部材料或工具。<sup>[9]</sup>换句话说,在斯卡利亚看来,法律文本是法律人思维恰当施展的封闭空间,只有将法律人特别是司法裁判者的思考限定在其中,才能保证司法判决具有合法性。而《阅读法律》提倡的法律方法就是行走在这个封闭世界中所需的完整和正确的路线图。

《阅读法律》问世两个月后,波斯纳在《新共和》杂志发表“安东宁·斯卡利亚的自相矛盾”<sup>[10]</sup>一文,借评论该书对斯卡利亚宣扬并实践的文本原旨主义法理学加以猛烈批评,并因此毫无意外地招致斯卡利亚阵营的激烈反弹,双方交锋数个回合,引起学界和媒体关注。两个明星法官之间的这一波论战自 2012 年夏末开打,言语间火药味不断升级。斯卡利亚曾气急败坏地指责波斯纳撒谎,<sup>[11]</sup>波斯纳也一度涉嫌对斯卡利亚的论战盟友搞人身

[5] 其编纂的最知名作品是《布莱克法律大辞典》(*Black's Law Dictionary*)第 7、8、9、10 版。此外,加尔纳还曾参与《芝加哥学术写作风格手册》(*The Chicago Manual of Style*)的编写。

[6] Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Art of Interpreting Legal Texts* (New York: Thompson/West, 2012). 两人在 2008 年还曾合作出版过一部有关律师写作与辩论技巧的作品。Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Making Your Case: The Art of Persuading Judges* (New York: Thompson/West, 2008).

[7] Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *Ind. L. J.* 1 (1971); Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York: Touchstone, 1990).

[8] 例如,William Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 *Tex. L. Rev.* 693 (1976).

[9] Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Art of Interpreting Legal Texts* (New York: Thompson/West, 2012), pp. 18-20.

[10] Richard A. Posner, "The Incoherence of Antonin Scalia", *The New Republic*, Sept. 13, 2012.

[11] 参见 Terry Baynes, *Fanning Furor, Justice Scalia Says Appeals Court Judge Lied*, Reuters, Sept. 17, 2012, 访问地址: <http://www.reuters.com/article/2012/09/18/us-usa-court-scalia-idUSBRE88H06X20120918>, 访问时间: 2015 年 5 月 14 日。

攻击。<sup>[12]</sup> 论战高潮到 2012 年 10 月已逐渐过去,但此后余音不绝。波斯纳在写作《反思录》时,将之前发表的批评《阅读法律》的文字重新整理补充收录其中,表明其在经过这场激烈的论战之后,对自己的观点毫无让步之意。而加尔纳则兴师动众聘请了资深律师作为所谓的客观第三方,对波斯纳的批评“逐一查实”,并在 2014 年 5 月发布结果,声称波斯纳的 12 处具体批评有 8 处缺乏依据,只有 4 处多少有些道理。<sup>[13]</sup> 波斯纳对此失去了具体回应的兴趣,只挖苦加尔纳不和对手协议自请“中立”裁判的做法,就像在仲裁程序中由一造单方面确定仲裁员一样可笑。<sup>[14]</sup>

作为实用主义者的波斯纳从来不相信法条解释之类的“法律人思维”能够引导法律人找到圣杯。早在与德沃金的论战中,波斯纳就已经质疑法律的问题是否真有什么正确答案。<sup>[15]</sup> 在《反思录》中,波斯纳更明确地提出,无论是自由派还是保守派,搬弄文字、语义乃至花样繁出的解释方法,都只是法律人回避日益复杂的实体难题并掩盖个人真实政治主张的伎俩<sup>[16]</sup>——换言之,是法律人面对现实世界的一种“应对策略”。<sup>[17]</sup> 而鉴于斯卡利亚的最高法院大法官身份,文本原旨主义在现实运作中带有明显的右翼政治色彩,根本就不像斯卡利亚和加尔纳鼓吹的那样,是什么客观中立的方法。斯卡利亚撰写的司法意见,由于常常修辞夸张,其实已经将其法律解释方法表象下的政治立场暴露无遗了。例如在波斯纳书中提到的 2012 年有关亚利桑那州限制非法移民立法合宪性的亚利桑那州诉合众国 (*Arizona v. United States*) 一案中,尽管斯卡利亚的反对意见连篇累牍讨论州权力的宪法解释问题,但行文至高潮,斯卡利亚却声称“虽然我们的注意力确实应当放在枯燥的法律问题的讨论上,但这种讨论常常压制了引发诉讼的生活现实”。<sup>[18]</sup> 据斯卡利亚所说,与墨西哥边境接壤的亚利桑那州承受着美国非法移民问题的首要冲击,该州公民“感到自己被非法移民包围,后者入侵他们的财产,挤占社会服务资源,甚至威胁他们的生命”。<sup>[19]</sup> 这样的煽情从一个号称推崇客观解释的法律人嘴里出来似乎太过火了。正如波斯纳指出,斯卡利亚完全没有提供任何经验证据支持他对移民的指控;而现有经验证据显示,如果真将非法移民全部赶走,亚利桑那的经济可能受到严重负面影响。<sup>[20]</sup>

[12] 波斯纳在《新共和》杂志上回应加尔纳的辩护文章时,顺带指明在博客上撰文数篇力挺斯卡利亚、加尔纳的评论家维兰 (Edward Whelan, 曾担任斯卡利亚的法官助理) 作为一家思想极端保守的极右翼智库的领导人,其观点完全出于意识形态,不值一晒。Bryan A. Garner and Richard A. Posner, How Nuanced is Justice Scalia's Judicial Philosophy? An Exchange, *The New Republic*, Sept. 13, 2012. 维兰此前对波斯纳的司法实用主义观点曾有尖锐批评,而最近这次争论中也对波斯纳的说法十分不满,认为其搞人身攻击。

[13] 访问地址: <http://www.lawprose.org/blog/wp-content/uploads/2014/05/Hirsch-report1.pdf>, 访问时间: 2015 年 5 月 14 日。

[14] Tony Mauro, Judge Posner Responds to Latest Criticism in Feud, *Legal Times*, May 12, 2014, 访问地址: <http://www.nationallawjournal.com/legaltimes/id=1202654934632/Judge-Posner-Responds-to-Latest-Criticism-in-Feud>, 访问时间: 2015 年 5 月 14 日。

[15] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge: Harvard University Press, 1990), pp. 197–203.

[16] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 216–217, 229–230.

[17] 原文为“coping strategy”, Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 178.

[18] *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492, 2511 (2012).

[19] *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492, 2511 (2012).

[20] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 218–219.

斯卡利亚在涉及宪法第二修正案拥枪权与控枪问题的海勒案(District of Columbia v. Heller)和麦克唐纳案(McDonald v. City of Chicago)中的司法意见是波斯纳抨击的体现文本原旨主义政治挂帅本质的又一例证。波斯纳认为,斯卡利亚在海勒案中扩张解释拥枪权、推翻联邦政府在华盛顿特区控制私人持枪的立法时,并没有真把自己提出的解释方法当回事,大模大样地跑到文本语义之外去探求“立法历史”。<sup>[21]</sup>而在麦克唐纳案中,斯卡利亚又违背自己在其他问题上主张的保护州权的宪法解释原则,将第二修正案的适用范围扩大到州,打压州政府在本州范围内尝试规制枪支的政策努力。<sup>[22]</sup>

斯卡利亚和加尔纳对波斯纳批评斯卡利亚说一套做一套、在实际审判中搞“立法历史”解释这一点尤其恼火,谴责波斯纳误导舆论,因为他们在书中已经定义——并且号称但凡专业法律人普遍接受——“立法历史”仅指有关一项法律条文起草过程的历史记录,如立法机构的议事笔录之类,并不包括斯卡利亚在海勒案中用到的考察法律文本形成的时代中人们如何理解某一语词概念含义的历史方法。<sup>[23]</sup>但波斯纳在《反思录》中非常细致地指出,即使接受斯卡利亚和加尔纳过分狭隘的“立法历史”定义,斯卡利亚在海勒案中毫无疑问还是用到了——虽然不多——第二修正案的起草历史文件。<sup>[24]</sup>更重要的是,斯卡利亚和加尔纳从如何定义“立法历史”的角度回击波斯纳,恰恰暴露了文本原旨主义一贯强词夺理的风格,因为对于回避现实矛盾、掩盖价值驱动的“六经注我”式“律所历史学”方法,波斯纳做出的是整体性的批判。在海勒案中,代表多数派撰写意见的斯卡利亚引经据典,试图证明美国建国以来第二修正案从来都支持民兵组织自卫之外的公民个人持枪权。<sup>[25]</sup>而作为反方,自由派的斯蒂文斯(John Paul Stevens)大法官也针锋相对地拼命考据,试图用历史证据驳倒斯卡利亚。<sup>[26]</sup>海勒案引来专业历史学家现身说法,指出最高法院正反两方的法官搞起历史来都是何其业余而不严肃。<sup>[27]</sup>而在波斯纳看来,双方调动庞大司法资源(法官助手的时间和国会图书馆的资源)洋洋洒洒地在判决中探寻所谓文本原意,与其说是以理服人,不如说是为了把怀疑者吓跑;这种法律方法的后果,便是拥枪权涉及的公共安全讨论完全被淹没在这些不着边际之中了。<sup>[28]</sup>

即使在远离政治争论的问题上,波斯纳也认为斯卡利亚—加尔纳鼓吹的文本主义进路常常是缘木求鱼。《反思录》一书就此举出几个例子,其中以“三明治”之争涉及的合同解释问题最有代表性。麻省的一个购物中心与销售三明治为主的著名连锁快餐店“帕内

[21] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 189–190.

[22] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 195–196.

[23] 斯卡利亚、加尔纳就此问题的相关回应,参见 Terry Baynes, Fanning Furor, Justice Scalia Says Appeals Court Judge Lied, *Reuters*, Sept. 17, 2012, 访问地址: <http://www.reuters.com/article/2012/09/18/us-usa-court-scalia-idUSBRE88H06X20120918>, 访问时间: 2015年5月14日。Bryan A. Garner and Richard A. Posner, How Nuanced is Justice Scalia's Judicial Philosophy? An Exchange, *The New Republic*, Sept. 13, 2012.

[24] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 598–599, 603–605 (2008).

[25] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 573–636, (2008).

[26] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 637–680, (2008). (斯蒂文斯大法官反对意见)。

[27] 例如 Saul Cornell, “Meaning and Understanding in the History of Constitutional Ideas: The Intellectual History Alternative to Originalism,” 82 *Fordham L. Rev.* 721 (2013); Saul Cornell, “Originalism on Trial: The Use and Abuse of History in *District of Columbia v. Heller*”, 69 *Ohio S. L. J.* 625 (2008).

[28] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 190–192.

拉面包”(Panera)签约,购物中心同意在帕内拉于购物中心内经营期间,不会再出租场地给任何其他经营三明治的收入超过其营业额10%的商户。但购物中心随后引入主营墨西哥快餐的“科多巴”(Qdoba)连锁店,帕内拉于是将购物中心告上法庭。而法官要解决的核心问题竟然是:什么是“三明治”?尤其是,科多巴经营的墨西哥快餐,包括“塔可饼”、卷饼之类,是否是帕内拉与购物中心的租约中约定却未具体定义的“三明治”?麻省法院驳回了原告的诉讼请求,认定租约中所说的“三明治”不应包括科多巴经营各类墨西哥食品。<sup>[29]</sup> 斯卡利亚和加尔纳在《阅读法律》中将该案判决作为文本原旨主义进路的一个范例。他们赞许法官运用正确的方法做出了判决,因为其在解释“三明治”含义时参考了著名的梅里—韦伯斯特大辞典(Merriam Webster Dictionary),该辞典对“三明治”的定义是“两片薄片面包,通常抹上黄油,中间一层薄薄的夹心(肉类、奶酪或者其他有滋味的馅料混合)”<sup>[30]</sup>——这显然不包括墨西哥卷饼。<sup>[31]</sup> 但正如波斯纳指出的,上述案件中法院虽然在审判中考虑了三明治的词典定义,该定义却远非裁判的全部依据;实际上,主审法官还考察了当事人提供的事实证据,认定双方在租约签订时不太可能同意将墨西哥食品也包含在对“三明治”餐馆的排他条款中。<sup>[32]</sup>

按照波斯纳的批评,斯卡利亚和加尔纳在《阅读法律》一书中对包括“三明治之争”在内的许多案例都进行了片面解读。尤其在讨论被他们当作正面素材的案例时,斯卡利亚和加尔纳试图引导读者认为,法官判决案件依据的正是《阅读法律》一书推崇的各类文本原旨主义解释“正典”——比如利用字典发现法律文本的通常含义——尽管法院的判决结果其实往往有语义探究外的其他依据。<sup>[33]</sup> 加尔纳回击称波斯纳是在混淆视听,因为《阅读法律》一书明确提出其目标是提供一种规范性的方法论,而不是对法院的实际裁判活动进行描述。<sup>[34]</sup> 斯卡利亚在《阅读法律》的前言中也试图用概括性的免责声明化解这一明显的批评,坦言本人过往裁判未必全都符合本书提倡的规范性方法。<sup>[35]</sup> 但斯卡利亚和加尔纳的这番区分“应然”和“实然”的说辞其实相当虚弱,因为波斯纳指出的不光是法院解决实际问题时,从来都没有把他们倡导的这套解释方法当作唯一正确的裁判依据,而且法院的实践正好表明,文本原旨主义的字典方法常常是行不通的——如果法律解释的目的是找到语词的通常含义,谁又能保证字典总能代表立法当时社会对一个词的一般理解呢?<sup>[36]</sup>

[29] 案件事实背景详见 *White City Shopping Center, LP v. PR Restaurants, LLC*, 2006 WL 3292641 (Mass. Super. Ct. Oct. 31, 2006)。

[30] 英文原文为“Two thin pieces of bread, usually buttered, with a thin layer (as of meat, cheese, or savory mixture)”。

[31] Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Art of Interpreting Legal Texts* (New York: Thompson/West, 2012), pp. 54–55.

[32] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 200.

[33] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 200–204.

[34] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge: Harvard University Press, 1990), pp. 197–203.

[35] Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Art of Interpreting Legal Texts* (New York: Thompson/West, 2012), p. xxx.

[36] 根据一些论者的说法,韦伯斯特大辞典的定义事实上已经是半个世纪之前提出的了。而前文提到的加尔纳聘请的第三方报告第一条便是反驳波斯纳关于这个案子的批评,但其反驳理由却仍然是纠缠于三明治的字典定义,而无法回应波斯纳提出的字典定义并非法院判案的决定性考量的事实,足见辩论双方之间沟通的难度。“Hirsch Report”, 访问地址: <http://www.lawprose.org/blog/wp-content/uploads/2014/05/Hirsch-report1.pdf>, 访问时间: 2015年5月14日。

公平而论,波斯纳对《阅读法律》的每一个批评并非在细节上都同等确凿有力。<sup>[37]</sup> 但文本原旨主义的鼓吹者无法正面回应波斯纳对其虚伪本质的指责却是事实。一方面,以咬文嚼字为基础的法律解释方法被吹嘘为捍卫民主、维护司法中立、遏制司法僭越的法宝,但另一方面,法律解释学林林总总、花样百出的“繁文缛节”实际上给了斯卡利亚这样的保守派法官乃至整个法律职业以足够的回旋余地,让他们能够通过看上去眼花缭乱的文字游戏瞒天过海,避免与公众就后者真正关注的实体话题直接交锋,而是用看上去似乎更有制度合法性的方式推进自身的政治主张。

在更广泛的层面上,文本原旨主义的兴起是波斯纳忧虑的形式主义法理学回潮的表现之一。而《反思录》中,波斯纳试图重新诉诸和树立的,则是正遭到这种种“新”形式主义疑云笼罩的美国法律现实主义传统。

### 三 波斯纳牌号的“法律现实主义”

2008 年的金融危机导致共和党在总统大选中溃败,而美国保守派政治也随着奥巴马的上台急剧右转,中间势力衰落,极右翼茶党兴起,并在之后的几年里裹挟了保守政治,以破坏性斗争为纲,不但导致国会和政府数度瘫痪,也让共和党民望不断下降,于 2012 年再次输掉大选。茶党主导的共和党政治让许多温和保守派都难以容忍,波斯纳本人就在一次采访中称“自从共和党开始变傻,我就变得不那么保守了”。<sup>[38]</sup> 在 2012 年最受人瞩目的“奥氏医改”案中,最高法院以五比四判决奥巴马政府倾全力打造包含强制个人参保条款的《平价医疗法案》合宪,<sup>[39]</sup> 让共和党右翼通过废除医改法案在 2012 年大选前痛击奥巴马的愿望落空。而最高法院内部居然有人对外泄露消息称,保守派的首席大法官罗伯茨最后一刻才改变主意投票支持自由派,促成法案合宪的判决,<sup>[40]</sup> 一时间舆论大哗,保守派群情激奋,严厉声讨罗伯茨的“叛徒”行径。尽管波斯纳从来都将最高法院明确定性为政治法院,但罗伯茨的遭遇还是让他感到情况已经到了有些不可理喻的地步,尤其是,右翼政治对最高法院的渗透甚至已经足以导致司法连其表面统一和尊严都难以维护了。<sup>[41]</sup>

在这种背景下,波斯纳对斯卡利亚式原旨主义拿法条做幌子的惺惺作态越来越缺乏耐心,也就不足为奇。2013 年 10 月,即《反思录》出版仅仅一个月后,<sup>[42]</sup> 在芝加哥大学法

[37] 例如 Orin Kerr, Posner's Criticism is Pretty Weak with this Example from the Scalia & Garner Book, *The Volokh Conspiracy*, Sept. 12, 2012, 访问地址: <http://www.volokh.com/2012/09/12/posners-criticism-is-pretty-weak-with-this-example-from-the-scalia-garner-book/>, 访问时间: 2015 年 5 月 14 日。如奥林·科尔(Orin Kerr)与凯文·沃什(Kevin Walsh)所说,波斯纳对麦克博伊尔诉美国(McBoyle v. United States)一案中霍姆斯判决理据的理解有些牵强,字面来看霍姆斯确实更多是在处理斯卡利亚和加尔纳讨论的类推解释原则。

[38] *Judge Posner: GOP has gone 'goofy'*, Politico, July 6, 2012, 访问地址: <http://www.politico.com/news/stories/0712/78182.html>, 访问时间: 2015 年 5 月 14 日。

[39] *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).

[40] Jan Crawford, *Roberts Switched Views to Uphold Health Care Law*, CBS, July 2, 2012, 访问地址: <http://www.cbsnews.com/news/roberts-switched-views-to-uphold-health-care-law/>, 访问时间: 2015 年 5 月 14 日。

[41] Richard A. Posner, *How Judges Think* (Cambridge: Harvard University Press, 2008), p. 269.

[42] 英文原本出版于 2013 年 9 月。

学院举办的一次以司法行为的经验研究为主题的研讨会上,波斯纳在一场原本与此无关的讨论中仍执意借题发挥,对斯卡利亚式的司法哲学提出极其尖刻的抨击。<sup>[43]</sup> 波斯纳指出,认为司法裁判可以完全依据“法律”而无需也不应考虑“政策”,其实正是斯卡利亚所代表的一类纯属自欺欺人的观点。斯卡利亚常标榜自己虽身为明码实价的保守派,但因在司法活动中严守文本原旨主义的原则和方法,反而会在涉及包括言论自由(焚烧国旗)、刑事程序和惩罚性赔偿等问题的一些案件中投票支持具有自由派倾向的判决,而这恰恰表现出坚守文本的原旨主义方法具有政治中立性。<sup>[44]</sup> 波斯纳却根本不买账,直言斯卡利亚玩儿的无非是弃卒保车的花招,一面在堕胎、拥枪、同性恋、非法移民这些保守派最看重的问题上歇斯底里,另一面又在他不太看重的焚烧国旗之类案子中惺惺作态,试图以此粉饰原旨主义方法背后的右翼政策驱动。<sup>[45]</sup>

但波斯纳在《反思录》中反对形式主义、重提现实主义,还有比美国现实政治更加深刻的考虑。在《反思录》一书的起始,波斯纳简短回顾了自己学习法律并成为法官的历程,指出三十余年间,除了现实政治生态今非昔比之外,<sup>[46]</sup> 法律制度依托的环境更是发生了深刻而重大的变化,最突出的一点是“外部复杂性”的增加。<sup>[47]</sup> 所谓外部复杂性,是指引发法律纠纷和争讼的社会生活和环境条件的复杂程度。科技的发展、市场的扩大、交易形态的多样化、网络和虚拟空间的兴起、系统性风险的增加,<sup>[48]</sup> 这些社会生活中的纷繁复杂使得法律人、特别是普通法制度下的“通才型”法官如今要处理的问题,常常超出传统法律人视为“专业”的领域之外。在波斯纳看来,法律现实主义的一个基本要求就是法官必须尽可能提高自身的知识水平和学习能力,借助各类条件和资源,勇敢而诚实地面对外部复杂性对司法工作提出的智识挑战。<sup>[49]</sup>

然而,波斯纳看到现实中的法律人,特别是上诉法院法官,在律师和部分法律学者的协助下,采取的应对策略却是重新大举诉诸法律形式主义,通过强调程序仪式、司法克制和决策分工的法律理论,试图把困难问题推给初审法院、陪审团以及行政机构;或者通过玩弄文字游戏和法言法语,运用类似斯卡利亚和加尔纳 57 条文本解释规则,遮掩或逃避对实体问题的判断。<sup>[50]</sup> 这些形式主义法律理论和实践的结果是使得法律的“内部复杂性”不断提高。这种复杂性在波斯纳看来既无必要,又允许并加剧了法官审判活动脱离现实生活的约束;它不但放任了懒惰,而且更可能纵容智识上的不诚实,使得外部对司法

[43] 波斯纳当时的发言内容基于笔者记忆。

[44] Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Art of Interpreting Legal Texts* (New York: Thompson/West, 2012), p. 17.

[45] 波斯纳指出,一方面斯卡利亚参与了大概两千多个判决,在屈指可数的几个案子里投上一个“自由票”(liberal vote)根本不能说明问题;另一方面斯卡利亚投“自由票”时绝大多数是在参与反对意见,而那些案件中保守派的多数意见决定了判决最终的实体结果仍然是保守派喜欢的——因此斯卡利亚的自由票更像是纯粹在做姿态。Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 183 - 185. 波斯纳的第二个批评比较牵强,因为斯卡利亚的很多保守票其实也是以反对意见的形式做出的。

[46] 特别是体现在联邦法官选任的政治过程上。Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 31 - 32.

[47] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 3 - 4.

[48] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 14 - 16.

[49] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 54 - 93.

[50] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 149 - 235.



活动的实体性批评和制约都变得更加困难。

波斯纳在《反思录》中明确指出,形式主义的这些问题在法律界不分左右。在“解释”一章中,波斯纳认为斯卡利亚和加尔纳的 57 条“正典”与著名自由派学者阿吉尔·阿玛尔(Akhil Amar)的大作《不成文宪法》有异曲同工之妙,都是试图用看似壮观宏伟的解释理论唬人,目的是“解释”出解释者自己想要的宪法规范——只不过左翼和右翼各自理想图景相互对立罢了。<sup>[51]</sup>类似地,在全书的最后一章,波斯纳还提到近年来美国侵权法研究中出现的所谓“民事救济理论”。该理论与现实主义和经济学从社会成本的角度理解侵权法不同,主张侵权法应由一套抽象的道德规范指导,分辨侵权行为对应的不同道德过错,以此为依据实现对侵权被害人给予适当救济的目的。<sup>[52]</sup>事实上,在法律经济学主导侵权法研究长达半个世纪的美国法学界,民事救济理论还谈不上真成了什么气候;波斯纳甚至有些自相矛盾地挖苦说,该理论诞生十四年以来,也不过被 21 篇法院判决和七篇学术论文引述。<sup>[53]</sup>但即便这样一种学说,波斯纳也不惜“屈尊”交火,可见他对形式主义理论警惕到何种程度。

《反思录》以“向前的道路是现实主义”作结,而熟悉波斯纳的读者不难读出向霍姆斯致敬的意味:一百多年前,正是霍姆斯(Oliver Wendell Holmes Jr.)的名篇《法律的道路》<sup>[54]</sup>全面开启了 20 世纪上半叶的美国法律现实主义传统。法律现实主义自诞生之日起便把颠覆法律形式主义的神话、要求法律人深入理解政治现实作为核心要务。而在 20 世纪 30 年代达到高潮时,菲利克斯·科恩(Felix Cohen)这样的天才学者甚至直言形式主义的法律体系实质上就是充斥着循环论证的一套“超验的废话”。<sup>[55]</sup>但波斯纳在《反思录》中强调,今日谈法律现实主义,不仅是对形式主义的深切怀疑,对以修辞掩盖实体问题的警惕,而且还包括对司法判决系统性——而非短期或个别——后果的关注,以及对科学分析、实证方法的运用。<sup>[56]</sup>

换言之,波斯纳牌号的当代法律现实主义与 20 世纪早期的法律现实主义运动是有区别的,前者的核心仍是波斯纳多年来推崇的法律实用主义和社会科学方法。也正是在这个意义上,我们才能理解为什么曾对法律现实主义颇不以为然的波斯纳,<sup>[57]</sup>却在今天成为现实主义的鼓吹者。早期法律现实主义运动致力于颠覆形式主义大厦,但焦灼于无力真正给出替代性的描述和预测理论;法学家提倡将社会科学引入法学研究,但大多对社会科学知识和方法掌握不足。<sup>[58]</sup>这与以晚近社会科学发展为基础的“新现实主义”<sup>[59]</sup>其实

[51] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 229–230.

[52] John Goldberg and Benjamin Zipursky, “Torts as Wrongs”, 88 *Tex. L. Rev.* 917 (2010).

[53] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 366.

[54] Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).

[55] Felix S. Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, 35 *Colum. L. Rev.* 809 (1935).

[56] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 5.

[57] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge: Harvard University Press, 1990), pp. 19–20. 波斯纳在《法理学问题》中批评早期法律现实主义缺乏原创性。即使在《司法反思录》中,波斯纳仍然试图将更广义的“法律现实主义传统”与其一直评价不高的 1920、1930 年代的“法律现实主义运动”进行区分。Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 1–2.

[58] Neil Duxbury, *The Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp. 92–93.

[59] Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, “The New Legal Realism”, 75 *U. Chi. L. Rev.* 831 (2008).

不可同日而语。后者借助经验研究的系统性发现,比起前者的感性思考,要更进一步地做实了各类形式主义的缺失。<sup>[60]</sup>然而波斯纳等人仍然坚持使用“现实主义”的说法,多少是一个修辞策略:比起原先与波斯纳法理学划等号的财富最大化、实用主义以及法律经济学,可以追溯到霍姆斯、卡多佐的司法现实主义旗帜更能够在法律界实现反对形式主义统一战线的最大化。

而波斯纳牌号的现实主义在今日的感召力,一定程度上来源于其超越意识形态的“实事求是”态度——这对于自恃跻身法律圣殿的诸多形式主义法官来说是很难做到的。在《反思录》中,波斯纳引人瞩目地承认自己先前在克劳福德诉马里昂县选举委员会一案(Crawford v. Marion County Election Board)中,错误地判定印第安纳州要求所有选民在投票前出示身份证明文件的法律并不违宪。波斯纳认错的原因在于此案之后的政治事态发展使他意识到,当时自己并没有正确理解选民登记立法在真实世界中会造成的后果:事实上剥夺了大量支持民主党的少数族裔选民的投票权。<sup>[61]</sup>一个斯卡利亚式的形式主义法官绝不可能承认这样的错误,特别是不可能这样承认错误——他们只会自欺欺人地辩解法律适用效果是立法者而不是法官应该操心的事情。而鉴于波斯纳因坦诚错误反倒招致各方非议的情况来看,躲在形式主义的堡垒中对于法官是更保险的选择。

但直面现实世界的勇气不会被埋没。在2013年11月发表的一篇针对《反思录》的书评中,著名自由派法学家吉野贤治(Kenji Yoshino)就不吝赞美,认为波斯纳是当前时代有幸拥有的汉德和弗兰德利式的法官,即最高法院九人之外全凭自身卓越而获得近乎相同威望的“第十位大法官”。<sup>[62]</sup>2014年9月,波斯纳有关禁止同性恋结婚法律合宪性的一个上诉审判决再次引起广泛关注。尽管近两年支持同性恋结婚权利在联邦上诉法官中近于时髦,但和其他法官相比,波斯纳在约40页的判决意见中,几乎彻底抛开了法律上的咬文嚼字,以平白生动的语言,完全从科学、事实和政策的角度,将涉案州政府主张的禁止同性恋结婚的各类冠冕理由逐一揭批;<sup>[63]</sup>而行文中,身为下级法官的波斯纳,也不掩饰对最高法院中现任保守派大法官(阿利透)用形式主义论调强调词夺理的反感。<sup>[64]</sup>

## 四 法律现实主义与法律人思维

波斯纳的许多大实话总让法律人觉得刺耳。《反思录》中,他再次提出,虽然法律职

[60] 举个最简单的例子:早期现实主义者杰罗姆·弗兰克据传说法官判案取决于早餐吃了什么,但新“现实主义”已经能够通过定量方法具体展示法官的行为在多大程度上受各种各样外部因素的影响,包括吃饭的时间。S. Danziger, J. Levav & L. Avnaim-Pesso, Extraneous Factors in Judicial Decisions, *Pnas*, Vol. 108, No. 17 (April 2011). 另有一些尚未发表的研究则发现,甚至前一天主队球赛的结果会影响本地法官的量刑轻重。法律社会学界对新现实主义也有类似的讨论。见 Stewart Macaulay, “The New Versus the Old Legal Realism: ‘Things Ain’t What They Used to Be’”, *Wisc. L. Rev.* 365 (2005)。

[61] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 84–85.

[62] Kenji Yoshino, “Holding Court”, *NYTimes* (Sunday Book Review), Nov. 8, 2013.

[63] *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (2014).

[64] *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (2014), pp. 32–33. 州政府引用了阿利透在之前一个案件中撰写的反对意见,其中阿利透认为如果无法确定地预测同性恋结婚没有长远的负面社会后果,法院应秉承司法克制,不干预立法机关不允许同性恋结婚的决定。波斯纳挖苦说,难道有任何宪法判决在判决时是可以确定地预测其长远后果的吗?

业“吸引了很多聪明人,但法律并不是多么深刻的领域”:一个二年级的法学院学生给法官做助理也可以写出有模有样的判决书初稿,但你无法想象一个二年级的医学院学生可以直接上手术台主刀。<sup>[65]</sup> 这听上去有点像中国学人说了很多年的法学“幼稚”的问题,只不过在波斯纳看来,法律专业在知识品位方面的局限性是固有的,无法从内部突破,而且更不应该像斯卡利亚和加尔纳等人那样,通过毫无必要地人为增加学科内部复杂性来使得法学变成一门看上去深不可测的学问。<sup>[66]</sup>

中国学者曾经一度自卑于本国建设现代法治的“起点太低”,早年初读欧美乃至日台学者(看上去)精细缜密、滔滔不绝的教义学鸿篇巨制时,难免受到震撼,心向往之。这当然不是说学者推崇教义学只是由于“不明觉厉”。教义学和其他形式主义的理论与技艺,在个人学习与制度建设的早期不可或缺,同时也符合保持制度运作常规、稳定、成本低廉的要求。<sup>[67]</sup> 笔者多年前初到美国留学时,法学院一年级学生的一门必修课叫做“法律写作”,教授内容实际上就是所谓的法律方法,包括思维、论证和写作方法。鉴于新生普遍对法律的了解和理解都有限,美国学校的方法课教学强调的也是八股路数,要求学生在论述任何法律问题时,都要自觉套用“问题—规则—分析—结论”(所谓“IRAC”)的模式。对初学者来说,有这样一个明白易懂的框架,虽觉得死板,但确实容易上手,不会犯大错。然而到了第二学期一门实体法的课上,有学生问任课教授是否在考试答题时也要用“IRAC”模式,教授却甚至开玩笑说没听过这个方法只听说过伊拉克(IRAQ)。

即便到了法律法规多如牛毛、法律教育遍地开花的今天,学界也许仍有充足理由认为,中国的法治事业现下还是需要符合低年级学生水平的“IRAC”或者别的什么形式主义方法。必须承认,许多中国学者强调教义学和解释方法,实际上是从现实关切出发的,即他们认为中国不令人满意的法治现状,特别是权力缺乏约束、权利缺乏保障的情况,是由于法律制度的现实运转缺乏理性指导,而看上去严谨中立的教义学正是解决理性缺失的不二法门。只有法官、律师乃至整个法律人共同体都接受教义学的规训,养成规范性的思维方式,我们的制度实践才能够更接近“法治”。<sup>[68]</sup>

如果教义学者追求的是形式主义规范方法对权力运作和制度实践的规训效果,这本身无疑是一种现实主义的进路。我相信所谓法律人思维的批评者,包括苏力在内强调社科方法的学者,都不会否认“法学院传授的专业知识和技能对于法律人的重要性”,<sup>[69]</sup> 而其依据也正是分享了教义学者最根本的实体判断,即实现规则之治和制度运作的形式理性有利于社会治理的改善。但即使是从现实主义目标出发的形式主义法律方法,也常常会在其布道途中出现从工具异化为本体的危险。无论是理论研究者还是法律实务人士,青睐形式主义思考是再正常不过的,因为形式主义法律思维满足着人们对确定性的追求

[65] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 354.

[66] Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), pp. 234 - 235.

[67] 参见桑本谦:《“法律人思维”是怎样形成的——一个生态竞争的视角》,载《法律和社会科学》第13卷第1辑,法律出版社2014年,第15-18页。

[68] 见孙笑侠:《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》,《中外法学》2013年第6期,第1135-1136页。

[69] 苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》第14卷第2辑,北京大学出版社2013年,第469页。

和对不确定性的厌恶。但也正因此,形式主义法律思维常常造成人们忽视、遗忘甚至刻意排斥、掩盖法律修辞之下的实体判断问题,这是现实主义者强调法律人需要时刻保持警惕的。

如同波斯纳在美国观察到的情况一样,中国社会也正经历着法律的内部复杂性和外部复杂性同时大幅增加的过程。也许在很多人看来,和美国这样的成熟发达法治社会相比,中国法律“内部复杂性”的增长至少到目前为止仍是法治现代化的合理表现,即从“无法无天”到“有法可依”的转变,而波斯纳批评的那种成熟国家法律制度内部的“过度”复杂性在我们这里还谈不到。但即便如此,中国法律人、特别是理论研究者不能回避的问题是,这一整套以提高内部复杂性为目的的努力,到底为了什么?是为了使法律人的社会实践符合某种或某几种抽象的观念?为了法律人自身在操作一套复杂概念系统时能够体验到高出芸芸法盲的优越?为了法律人能够利用一套非专业人士捉摸不透的形式主义方法回答自己实际上回答不了的实体政策问题?抑或是为了用形式主义的方法给法律职业群体自身追求的无论何种实体目标和价值判断披上合法性的外衣?

上述没有哪一条听上去足够冠冕堂皇,但对于现实主义者来说,这些理由是否能支持一定程度的形式主义,既不能立刻承认,也不能干脆否认,而必须在具体的制度语境里加以认真对待,对其做实质、经验而非空泛的分析。在普遍意义上培养法律人产生某种抽象的规范情感和伦理情操可能有助于降低行业内部控制的难度或成本;法律人提高形式逻辑能力通常确实有助于避免分析问题的情绪化;一些重大而根本的实体问题,特别是政治性问题,法官避免直接以判决形式介入,通过程序和其他技术将相关判断推到司法系统之外,可能是维护司法制度长远稳定和公信力的较好方式;在无法回避进行实体判断的情况下,用法律修辞赋予的合法性可能使法律人更有效地推进其认为可欲的社会政策。但上述支持法律形式主义的可能依据,都无法用形式主义思维本身来分析和理解,而需要作为合理假设得到经验事实的检验。换句话说,“法律人思维”是否存在,是否有好处,这些本身都不能通过“法律人思维”来思考;而仅仅强调所谓“法律人思维”,反而可能妨碍学者真正理解“法律人思维”是什么、为什么。<sup>[70]</sup>如果不能从现实主义出发,具体地思考运用形

[70] 孙笑侠教授对苏力的一些批评较为典型地体现出过度纠结于所谓“法律人思维”会使学者在知识和学术视野方面存在局限。例如孙在文中以基于田永案的虚构案件为例,认为行政决策的适当程序只有法律人根据法律思维才能想周全;“除了法律思维之外,哪门社会科学知识会告诉面对这样的问题你该怎么做?”孙笑侠:《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》,《中外法学》2013年第6期,第1116-1117页。事实上社会/法律心理学等领域对于什么样的程序(包括与举证、质证有关的程序)如何能够增强或削弱法律决策的正确性、合法性以及当事人的服从程度等问题,早已积累了大量研究成果;即便法律思维不鼓励法律人去主动学习了解这些知识,也不应否认这些知识的客观存在和显而易见的相关性。例如参见 Tom Tyler, *Why People Obey the Law* (Princeton: Princeton University Press, 2006); Tim Valentine and Katie Maras, “The Effect of Cross-Examination on the Accuracy of Adult Eyewitness Testimony”, 25 *Applied Human Psych.* 554 (2011); Saul M. Kassin, Lorri N. Williams, and Courtney L. Saunders, “Dirty Tricks of Cross-Examination: The Influence of Conjectural Evidence on the Jury”, 14 *L. & Human Behav.* 373 (1990); Gary L. Wells, R. C. L. Lindsay, and Tamara J. Ferguson, “Accuracy, Confidence, and Juror Perceptions in Eyewitness Identification”, 64 *J. Applied Psych.* 440 (1979)。而如果了解美国法的话,包括行政程序设计在内的程序正义问题,在法律上其实本身就就被界定为一个成本收益问题。见 *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (1976)。如何评价对当事人提供或不提供某种特定程序保护的成本和收益,显然不是孙教授推崇的“法律思维”能够回答的,只能基于社会科学的知识和方法进行摸索。

式主义思维对法律人和法治的意义以及可能产生的各种后果(包括其收益和成本),而是将形式主义的工具性规范视为本体性的信仰,或思考法律问题的唯一正确方法,那么每当法律人的职业利益与更大的社会利益和社会政策制度目标在一些困难或复杂问题上不可避免地发生冲突时,法律人的处境常常会是作茧自缚,不但无法依靠形式主义思维承担起社会赋予我们的解决或协助解决问题的根本责任,而且至少在我们将形式主义法治理念成功兜售给整个社会之前,可能也很难在沙堡中真正求得自保。从三十余年建设法治的经验来看,形式主义确系必由之路,但如果全面建设法律形式主义真的是为了社会普遍福利,而不只是职业共同体或其他小群体的局部利益,那么自觉地认真对待现实主义——直面实质问题的心理准备、超越共同体内部视角的开放视野、对形式主义工具性质的清醒认识——也许是当代法学研究更加不可或缺的。

---

---

[ **Abstract** ] There has long been an almost intractable debate within the American legal academia between the so-called formalists and realists. The specific issues and manifestations of the debate have evolved over time, but its kernel remains about how legal actors should deal with challenges posed by real world problems intellectually and strategically. Reflections on Judging, the latest book by Judge Richard A. Posner, continues this debate, shedding light on its latest version as between formalism repackaged with textual originalism and other similar jurisprudential and methodological approaches on one side, and new realism increasingly premised upon social scientific knowledge and pragmatism on the other side. Posner argues that, given the increasing and unprecedented complexities in the law's external environment, lawyers must take a basic stance of realism, which requires them to remain intellectually open-minded and not to dodge substantive questions by artificially creating internal complexities in the law. In light of their own theoretical discourses of similar spirits in recent years, Chinese academic lawyers may take some stock from looking into this American debate through Posner's book.

---

---

(责任编辑:支振锋)