

法律思想导论：法学研究的四大方法及在身体部分分配上的适用

An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts

[著] Guido Calabresi (盖多·卡拉布雷西)^{a1} [译] 王竹 周苇*

序言：

上世纪美国法学界有四种法学研究方法相互争夺着主导地位。虽然不止这四种“法律学派”或“思想运动”，但我认为大多数可归类为这四种基本方法的变体、特殊形式或特别运用方式。除此之外的某些学派或运动融合了数种上述方法（在此情形下，这种学派通常会被认为是模糊不清和缺少连贯性）。它们中的每一种方法至今仍具有较大影响力，也因此发展出一种相对较新的表现形式。

本文中，我将简要介绍这四种方法，然后说明它们现今的表现形式与原始形式有何种联系，最后我将说明怎样用每一种方法分析一个具体的法律热点问题，即我们是否可以支配（所有）自己的身体和身体的一部分，还是我们的身体至少在某些情况下应属于需要它的人。

一、教条主义或自治主义

第一种方法被称作形式主义、教条主义或自治主义，它在上世纪初占据着主导地位，而且似乎至今在欧洲仍有重要影响。⁽¹⁾ 然这种方法在上世纪初的美国受到了过多的批判，⁽²⁾ 特

^{a1} 盖多·卡拉布雷西（1932年—）美国第二巡回上诉法院法官。享受斯特林津贴，耶鲁大学法学院荣休教授和专业讲师。这篇文章来源于我多年以前发表的数篇讲稿以及会议记录。其早期版本是我于1995年11月在以色列科学和人类学科学院

（Israel Academy of Sciences and Humanities）演讲文章《布兰代斯》（Brandeis）的核心内容。现在的这个再修订版是我于2003年5月2日在斯坦福法学院的一次演讲。在此，我特别感谢罗伯特·冈萨雷斯（Roberto Gonzalez）、迈克尔·哈伯斯坦（Michael Halberstan）、爱德华·罗雅（Edward Loya）以及斯坦福法学评论的众多编辑。正是他们高水准的大力帮助，将一个法官的唠叨变成了一篇学术文章

* 王竹（1981—），男，四川成都人，法学博士，四川大学法学院副教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长，主要研究方向为侵权法、物权法、人格权法和消费者权益保护法。周苇（1988—），女，四川成都人，四川大学法学院硕士研究生。

本文系国家社科基金青年项目“我国侵权法上公平责任适用研究”（11CFX037）的中期成果。感谢国家社科基金的支持，本文文责自负。

原文版权信息：Guido Calabresi, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, 55 Stan. L. Rev. 2113 (2003). 感谢作者 Calabresi 法官和 Stanford Law Review 授予译者翻译版权。

⁽¹⁾ 通常美国的教条主义可以追溯至兰德尔(Langdell)的法律学术。 See C.C. Langdell, *A Summary of the Law of Contracts* (photo. reprint 1980) (2d ed. 1880). 讨论兰德尔法律体系的精妙之处, see Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. Pitt. L. Rev. 1 (1983). 美国的法学深受到德国潘德克顿学者们的影响,他们的工作集中于将他们在对罗马民法典（学说汇纂）的研究过程中所发现的原则进行系统化处理,并最终在颁布于1896年德国民法典(the BGB)时达到顶峰。 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* 57-67 (2d ed. 1985). BGB 至今仍现行有效,它以思想的准确性与严谨性而受到专家的推崇。德国民法典和德国法学曾对世界上很多其他国家的法典产生过不可忽视的重要影响,例如奥地利、巴西、捷克斯洛伐克、希腊、匈牙利、意大利、瑞士、南斯拉夫和日本。与其他很多大陆国家一样意大利法律文献仍然反映出德国潘德克顿学者的思维方式。 See Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Introduction to*

别是在那些众多自称属于不同学派和运动，却使用同种方法进行法律学术研究的现代法学学者之间，但它现在正处于复兴之中。⁽³⁾

这种方法最基本的特点是将法律看作是独立、单独于其它学科而存在。⁽⁴⁾ 根据这种方法，至少在其纯粹形式下，学者可以不用结合其它原则或价值进行法学分析。此方法的基本出发点是主张法律规则之间彼此协调且相互联系，以达到类似案例类似处理的效果。⁽⁵⁾ 当然，我们可以在从体系内部而不是从外部找到“一个类似案件”所依赖的价值（不论它们为何存在于此）。⁽⁶⁾ 在传统欧洲形式中，它（该方法）避免“创设法律（*de jure condendum*）”，试图仅仅合理化和主张源于成文法典的规则（这些规则多是十九世纪的产物）。⁽⁷⁾ 而如今美国的地方与联邦法律中都混杂了大量普通法判例、制定法和宪法性规则，所以导致如今美国的体系，即——法律图景（*legal landscape*）——所要寻求的协调性或合理性更为错综复杂。⁽⁸⁾ 这些错综复杂的法律来源仅使得当代美国教条主义者的研究工作更为艰巨和有趣，但他们使用的研究方法与其前辈或欧洲同僚仍大体相同。

一些人将教条主义形容为本质上保守的方法。⁽⁹⁾ 在一定程度上确实如此，因为它没有将引入新的或修改已有的价值作为法律学术的一部分。所以，研究方法虽然表面上仅仅忙于阐明已存在的价值而不是说明其存在的合理性，但它实际上确实捍卫了这种已深植入系统中的价值。而且有些做法确实相对其他学派也更为保守。如果某种方法否定了任何人，例如立法机关、法院，修订法典（例如在欧洲）的权利，或改变由普通法、制定法和宪法性规则这种奇特混合体构成的法律图景形成的基本法律关系（美国甚至有时也会出现这种情况）的权利，那么它确实将变得异常保守。相反，如果这种方法仅仅认为引入新价值（或是在外来价值的基础上对体系进行批判）不在学者（或法院）的关注范围内，那么结果仅仅是失去改革中的一个或数个参与者。其自身并没有否认“其它的方法”（说明或者没有说明）确实应做这种研

Comparative Law, 105, 144-56 (Tony Weir trans., 3d rev. ed. 1998).

⁽²⁾ 参见下文第二部分。

⁽³⁾ 形式主义在很多法学领域取得蓬勃发展，例如合同法，see David Charny, *The New Formalism in Contract*, 66 U. Chi. L. Rev. 842 (1999); John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham L. Rev. 869 (2002), 宪法和法定解释，see Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, at xx (Amy Gutmann ed., 1998)（“形式主义万岁。正是形式主义，创造了一个法治而非人治的政府”）；Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 Yale L.J. 544 (1994); John F. Manning, *Legal Realism and the Canons' Revival*, 5 Greenbag 283 (2002), jurisprudence, see Larry Alexander & Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law* (2001); Jules L. Coleman & Brian Leiter, *Determinacy, Objectivity and Authority*, 142 U. Pa. L. Rev. 549 (1993); Frederick Schauer, *Formalism*, 97 Yale L.J. 509 (1988), and international law, see Owen M. Fiss, *The Autonomy of Law*, 26 Yale J. Intl. L. 517 (2001).

⁽⁴⁾ 形式主义者因此经常将法律看作是一门科学，并且认为这门科学有自己的原则、推理方法和已发现的事实。See Grey, 前注 1, at 9-19, 29-31（描述兰德爾对于经典法学的科学性的独特观点）。根据科学的概念，这种自主论可以呈现出非常不同的形式。汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)关于法律的“规范科学”性的观点，也许能作为“法律的‘纯粹’理论……（即是）仅仅只考虑涉及法律的那部分知识，排除一切不是严格属于法律学科的知识 [,] ……尽力使法学摆脱所有的外国元素。”最有指向性的准确系统性公式。Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 50 L.Q.R. 477, 477 (1934).

⁽⁵⁾ See Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* 12-13 (1995)（“私法力求避免自相矛盾，消除不一致，并且实现原理、规则和标准自我调整的协调性……”内置于增量变化，或重新解释甚至否认特殊决定的法律程序，以使它们符合连贯性更广阔的形式。在普通法律师的经典之语中，法律可使其本身纯粹）；Ronald Dworkin, *No Right Answer?*, 53 N.Y.U. L. Rev. 1 (1978) (赞成成熟法律系统的相对完整性，并且反对甚至是在疑难案件中，结果的不确定性。).

⁽⁶⁾ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 186 (1978)（“法律原则论述和类推论述之间没有明显的区分，只有确实以原则为基础，类推才会言之有理”）。

⁽⁷⁾ See Zweigert & Kötz, 前注 1, at 74-179 (论述大罗马法典（法国版）以及德国法律传统。)

⁽⁸⁾ See Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* 1-7 (1982).

⁽⁹⁾ See Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 Colum. L. Rev. 605, 606 (1908)（“所有体系的作用都易于使被系统化的学科成为固定的形式。科学体系的完善和阐述易于阻挠个体未来的主动性，扼杀对新问题和老问题中新观点的独立思考，并将理念强加给一代又一代的人”）。

究。⁽¹⁰⁾ 这样一来，它的保守性就大大受到了限制。

在任何情形下，此种意义上的保守主义都与“右倾”（作为现代政治术语）的含义不一样。即这种体系包含的（形式主义不质疑的）价值可能是“左倾”价值，也可能是“右倾”价值（有时被称作“传统自由主义”的价值），或其它任何逐渐深植于法律图景或法典中的价值。在对法律学术的作用上，保守与改良或激进相互对立，但其想要保守的是什么又是另一回事了。⁽¹¹⁾

最富戏剧性的实例是在意大利法西斯时期。那些政治上反法西斯的学者是“形式主义者”最极端的类型。他们认为任何人都不能修订那些“古代”法典，但那些法典整体上实际体现的是十九世纪的思想（政治和经济思想），不知这是否是一种巧合。⁽¹²⁾ 当时的反对者在意大利被轻蔑地称为“法律社会学家”，这些人其实往往支持法西斯体制（或者说至少不反对这种体制），他们远非难以接受在意大利引入新的、通常代表职能政府主义的价值观点。⁽¹³⁾（这些支持不同观点的学者在后法西斯主义时期的反应十分有趣。⁽¹⁴⁾ 鉴于本文的写作目的，在此仅需提到，在二十世纪二十年代至三十年代期间，那些应被称为“自由主义者”的人士其实是教条主义者，因此这时保守主义主要是十九世纪的自由主义的法律结构。而那些应称作“右翼人士”的人则是功能主义改革者。

如今的自治论者与其前辈不同的是，他们通常会向外来价值妥协。⁽¹⁵⁾ 这种妥协有多种形式：

- 新的或者外来的价值必将融入法律系统中，但这不是由法学学者（有时会加上“法院”）来推动，而是需要由“立法者”或“人民”（或其它类似的构建）来完成。⁽¹⁶⁾

- 在法律的一些领域中，确定性具有一贯的重要性，因此除了使该领域更具一致性和可预测性之外最好什么也不要做。⁽¹⁷⁾

- 外来价值确实，并且应该不但通过立法活动，而且还以难于理解（近乎神秘）的方式融入和改变法律系统。我们最好任其自由发展，学者们应该分析这种现象意味着什么，而不

⁽¹⁰⁾ H.L.A. Hart, Joseph Raz, Robert Summers, Neil MacCormick, Jules Coleman, 以及其他（并不能称之为）“新分析法学”的成员采用了这个观点。See Neil MacCormick, *Contemporary Legal Philosophy: The Rediscovery of Practical Reason*, 10 J.L. & Soc'y 1 (1983); Robert S. Summers, *The New Analytical Jurists*, 41 N.Y.U. L. Rev. 861 (1966).

⁽¹¹⁾ 确实，在一些版本中，它可以变得非常具有革命性。如果没有人，无论是立法者、法院还是学者都不能改变法律；如果他们的工作只是偶尔解释说明法律以及让法律变得更加相互协调不矛盾，那么使法律变得彻底有条理和荒谬得让人无法忍受也不是不可能的。在这种情况下，变革往往会通过暴乱来实现。

⁽¹²⁾ See Guido Calabresi, *Two Functions of Formalism*, 67 U. Chi. L. Rev. 479, 482 (2000).

⁽¹³⁾ 其中最著名的是乔治奥·德尔·韦基奥(Giorgio Del Vecchio)，罗马法学院院长，后来成为罗马大学校长。德尔·韦基奥是美国“社会法学”领袖、哈佛法学院院长罗斯科·庞德(Roscoe Pound)的亲密朋友。他们都支持法律的反教条主义研究方法，并致力于使法律与现实的社会目标相符。同上at 482.

⁽¹⁴⁾ 我跟详细的叙述在，同上 at 483.

⁽¹⁵⁾ 考虑到，例如，当代分析法学中所表现出的多元主义价值观以及对严格自主权理论的反対。See William Lucy, *Adjudication*, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* 206, 233-40 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002).

⁽¹⁶⁾ 对比MacCormick, 前注6, at 63 (“将法律的制定委托给人民选举的代表是非常好的一件事，而不是被非人民选举并且固定不变的法官所篡夺……”)。

⁽¹⁷⁾ 对比 Schauer, 前注 3, at 539-42（描述形式主义可预知性、确定性以及稳定性的优点，并观察到在这个“不连续的保守模型”下运行的“内部保守的方式”是“放弃一些可能的改进，作为对预防一些可能的灾祸的交换”）；另参见 Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 Mich. L. Rev. 34, 43 (1992)（主张法学者们应该将他们的精力投入到“实用性”学术上来，其中，专著是典型示例，专著“创设了一种诠释结构；依据这种结构对大量的法学术权威进行分类；严密阐述了每一种分类中不同的权威文本；并因此向法官或从业者论证什么是‘法律’”）；同上 at 44（指出法学者们应该只致力于理论研究并针对“疑难案件”提出处理办法，同时这些处理办法本身应受到教条性地约束；相反，研究以及对简单明了的案件，（例如那些结果已经被教条化地确定了）提供处理意见被视作“无能”学术可悲的印记）。

是试图进行批判。⁽¹⁸⁾

• 学者们所作的任何推进改革的努力对于改善现有制度而言，都是杰出的，并不可避免起到了支撑作用。我们的工作使得现有秩序清楚、一致和透明，并使得（不可避免的）改革（发生时）能创造新的秩序。⁽¹⁹⁾

上述均是对现行各类新教条主义研究的现代“序言性”辩护。不论它们是否反映出了对此方法的各种争论（即基于价值或经验主义并因此具有挑战性）的基础，或者是否仅在基本信念体系中具有合理性（某种程度上承认占主导地位的非自主论者的法律观点），仍不能在更深层次上阐明什么是法律（如早期教条主义者那般）。但这不重要，因为这两种理论均可以被推翻。

二、“法律与……”

第二种方法的出现很大程度上是为了反驳第一种方法。⁽²⁰⁾ 这种方法强调学者，通常还有法院，⁽²¹⁾ 在法律改革和评判中要起到至关重要的作用。虽然这种观点几乎没有阐明法律应有的功能，但却自称为“功能主义”。⁽²²⁾ 它的根本目标是打破一种不变的或仅发生神秘的、革命性的改变或是由立法者掌控而不是根据法学家的评论和建议发生改变的独立的法律价值体

⁽¹⁸⁾ 对比 S.F.C. Milsom, *Studies in the History of the Common Law* 150 (1985)（“法官与议会不同，不会因回应有关社会需求的争论而公开宣布修改法律。他们不对法律的变化作出任何公开决定；这是关键点。这种情形下的法律变化看起来像是变戏法：从老帽子中变出一只新兔子”）。

⁽¹⁹⁾ 对比 Jeanne L. Schroeder, *The Stumbling Block: Freedom, Rationality, and Legal Scholarship*, 44 Wm. & Mary L. Rev. 263 (2002)（运用拉康的理论声称“大学”具有压迫性的讲道中加入了以政策为中心的法律学术，并且赞成在从被统治者的角度来看待法律——那些受制于法律权威的——而不是从那些试图操纵被统治者的强大管理者的角度来看待法律）的范围内，教条主义扎根于“目空一切的讲道中”；同上 at 371（认为不像以政治为中心的学术研究，从“对法律和学科关系更好的理解”的意义上讲教条主义可以催生“知识”，这可能最终会导致法律的变革：“如果教条主义……推导出的结论，即法律对学科的影响受制于法律的学术是不公正或甚至是无意识的，那么这意味着法律需要改变了。但是知识可以是危险的，有时，人们会学到自己不想面对的痛苦事实。客户可以输掉官司，但从法律的角度来看，这有时又是‘正确的’结果”）。

⁽²⁰⁾ See generally Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (1992)（描述了在前半个世纪里，进步性和法律现实主义对传统法学理论的攻击）。当进步性的法律学说以及法律现实主义被频繁的加以“对形式主义的反抗”的标签时，see Morton White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism* (1947)，后来的学派远完全没有对这个问题进行彻底的思考。过去三十年里至少有两次主要的学术运动，批判性法学研究和“新法经济分析”，see Guido Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 68 Proc. British Acad. 85 (1982)，声称继承了法现实主义中的反教条主义。See, e.g., Edmund W. Kitch, *The Intellectual Foundations of “Law and Economics,”* 33 J. Legal Educ. 184, 184（将法经济学看作是法现实主义计划的延续）；Mark V. Tushnet, *Perspectives on Critical Legal Studies: Introduction*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 239, 239 (1984)（“对教条主义的批判使得批判法学派继承了法现实主义，其自身就是对一个或两个教条主义释义的攻击。”）。有关美国法律思想在反教条主义上的多样性，see generally Martin Stone, *Formalism*, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*, 前注15, at 166.

⁽²¹⁾ 庞德的“社会法学家”是“引发并且迫使对法律条文的制定、翻译和适用，以更多且更明智地考虑到法律必须调整和适用的社会事实。”Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (pt. III), 25 Harv. L. Rev. 489, 512-13 (1912)。就算是像庞德一样挑剔的十九世纪司法立法的人，也认为法官在推进社会目的上的创新性作用仍处在最前沿的位置。See Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 Yale L.J. 454 (1909) [以下简称 Pound, *Liberty of Contract*]。

⁽²²⁾ Roscoe Pound, *Philosophy of Law* 42-43 (rev. ed. 1954)（“注意力从法律的本质转向了法律的目的，以及功能性态度，通过一定程度上推进了或得到了法律存在的目的来衡量法律的规则、教条和机构的趋势，开始取代通过其自身标准评判法律的老式方法。”）；Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Colum. L. Rev. 809, 821 (1935)（列举出 Holmes, Gray, Pound, Brooks Adams, M.R. Cohen, T.R. Powell, Cook, Oliphant, Moore, Radin, Llewellyn, Yntema, Frank, 以及其他作为相对抽象定义的“实用性方法”的领导者）。

系。法律学术应是立法和法律改革的核心！⁽²³⁾ 但如果真是如此，那为什么我们需要更关注这些学者而不是其它人的观点？⁽²⁴⁾ 是什么样的特殊的对价值的洞见使这些法学学者在批评法律、推行改革和阐明法律系统应有的功能上比其它人更具有发言权？

对于二十世纪的功能主义者来说，答案在于（正如早年对边沁而言）其它学科中。⁽²⁵⁾ 法学学者需要适当借鉴经济学、哲学、历史学、心理学、社会学、文学以及几乎任何其它领域的知识，或对上述领域综合借鉴，以指导如何对现有法律图景或其特定部分进行高水平的学术性评论。法律不应被视为是独立的或自治的，而是依赖其它领域存在着。⁽²⁶⁾ 法律的力量在于可以通过整合尽可能多的与特定问题相关的智慧（和价值）而成为一个复合的和传统上严密的体系。⁽²⁷⁾ 因此，不论基础学科对其实践者多么有用，法律学术都不用被强加在这些学科上的限制所束缚。相反，实践者必须遵守的核心思想远多于经济学者、社会学者，并需要与其他学科融合，然后提出极有缺陷但或许对改革（或巩固）法律系统最有效的准则，以试图满足当下人民的需求。法律只有通过这种方式才能避免神秘保守主义、革命性的热情和简单多数主义的暴政。也只有通过这种方法，法学学者才能在改革或完善那些需要他们阐明的规则中起到不容忽视的作用。

我无需探究不适当加在这种方法上的诸多批评。这些包括：因与之相关的特定学科（例如社会学和经济学）有未涉及的要点而批判其过于天真地依赖这些学科，⁽²⁸⁾ 也有更为普遍地批判认为即使是这些学科最为复杂的混合体也不能阐明任何可以“科学地”评价法律的基础。⁽²⁹⁾ 正如最伟大的法律现实主义者亚瑟·科宾（Arthur Corbin）对耶鲁大学法学院全体教师所

⁽²³⁾ 杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank)将实用主义者们之间的“普遍联系”描述为一种“对一些传统法学理论的怀疑，因改革热情激发的怀疑论，对司法的兴趣。” Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, at vii (1949).

⁽²⁴⁾ 我之前的这个问题，是关于法经济学研究上一个非学术倾向性的趋势，这种趋势默默地依赖于一系列分散性的准则，它们被证明是仅仅反应了某位作者的一些个人观点（在特定文献中，也是我的观点），此趋势在暗地被倚重时并不关注自己的结构和理由。See Calabresi, 前注 20, at 98.

⁽²⁵⁾ 著名的“布兰代斯意见书”(Brandeis brief)，提出于 *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908)，包含了2页法律意见词，以及95页有关在工厂工作女性的生活状况的社会学和经济统计学数据，是新的多学科性的示例。在耶鲁大学，韦斯利·霍菲尔德(Wesley Hohfeld)的工作被亚瑟·科宾(Arthur Corbin)和沃尔特·惠勒·库克(Walter Wheeler Cook)大加赞赏，韦斯利将他高度抽象化的“分析”或“基础”法律体系看为新实用主义者的奴仆，其寻找着“对根本的心理学、伦理、政治、社会和经济的原因以及法律不同分支和特别条例的目的更广泛、协调和综合的考虑。” Wesley Newcomb Hohfeld, *A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities Awakened to the Enlarged Opportunities and Responsibilities of the Present Day?*, 1914 *Assoc. Am. L. Sch. Proc.* 76, 102. And as Dean Pound put it (距发表第一篇论文五十余年后，概括新功能主义的成功)，“当今的法学……已经停止排他性并追寻或许可以与其他社会科学一起称之为的团体行动。”¹ Roscoe Pound, *Jurisprudence* 349 (1959).

⁽²⁶⁾ 在二十世纪二十年代末，哥伦比亚大学/耶鲁大学以及约翰霍普金斯大学的法学教授，例如约翰·克拉克(John Clark)、沃尔特·惠勒·库克、威廉·道格拉斯(William Douglas)、利昂·马沙尔(Leon Marshall)、昂德希尔·莫尔(Underhill Moore)、赫尔曼·奥利芬特(Herman Oliphant)和赫塞尔·英特马(Hessel Yntema)都对社会科学高度感兴趣。在耶鲁大学，社会学家们，比如经济学家利昂·马沙尔和沃顿·哈密尔顿(Walton Hamilton)加入了法律学教研组，人类学家布罗尼斯拉夫·马林诺夫斯基(Bronislaw Malinowski)教授了一门法律人类学的课程，人类关系学院的院长罗伯特·哈钦斯(Robert Hutchins)为心理学、药学、以及法学的多学科研究筹集资金。American Legal Realism 234 (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., 1993). See generally John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995).

⁽²⁷⁾ See, e.g., Walter W. Cook, *Scientific Method and the Law*, 13 *Am. B. Assoc. J.* 305 (1927).

⁽²⁸⁾ See, e.g., Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 114-50 (1987) (批判法经济学学术未能正视标准福利经济学方面的核心概念性问题)。

⁽²⁹⁾ 罗伯特·梅纳德·哈钦斯(Robert Maynard Hutchins)，这位在法律现实主义化运动中被罢免，后来又成为了耶鲁法学院的院长的学者，在1929年担任芝加哥大学校长之后成为了批评法学的社会科学研究方法中固有存在所谓的“相对主义”的领军人物之一。Robert Maynard Hutchins, *The Higher Learning in America* (1936). See Edward A. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value* 139-58 (1973)，有关法现实主义者 and “芝加哥学派”对他们批评之间展开辩论的详细内容，例如莫提默·艾德勒(Mortimer Adler)和哈钦森，对二十世纪三十年代间大萧条的背景和集权主义的威胁的辩论。其后，一些法律程序学者会质疑运用经验社会学研究法学的可能性，试图给法律现实主义者那些没能涵盖

作的非常具有怀疑主义色彩的退休演讲辞中所说的那样，那些希望在社会科学中找到答案的人就如同希望在法律构造中求证自我的形式主义者一样，必然会失败。⁽³⁰⁾但是科宾同时也认为，只要可以放弃追求清楚明了、“科学”或确定的结果，这种源自社会科学，其它“基础学科”，甚至源于已经被深度诋毁的法律结构中的对指引的任意性探求就不会被轻视，而且可以帮助我们改善法律，也许还能帮助我们指导法院和立法者做出更好的推测。⁽³¹⁾我坚信，如果学者想要知道关于好政府、好法院和好立法机构的部分职权是为了做出更有效的推测，那么这将起到十分重要的作用。上世纪早期功能主义的焦点在社会学。⁽³²⁾其后，伴随着罗斯福新政的复兴，这种方法在依赖社会学的同时依赖尚未复苏的经济学，⁽³³⁾而后又依赖心理学和精神分析学。⁽³⁴⁾异常成功的上世纪六十年代“再发现”主要洞察非常复杂的经济现象，它也曾一度差点愚蠢地统治了所有美国法律。⁽³⁵⁾如今，仍在运用新的（上世纪六十年代）法律经济分析法（比旧时代更少自负的）的同时，法律与哲学、法律与精神分析学、法律与历史、法律与文学，以及其它任何有关“法律与……”的排列组合和结合也在盛行。⁽³⁶⁾虽然有很多针对这种方法的批判，但其对于法律学术和当今美国法律都是一个重要的研究来源。并似乎对于那些正在进行研究，并希望对有关法律规则做出——或批判或肯定的——标准性陈述的美国学者来说，仍是一个主流的研究途径。

三、法律程序学派

第三种方法现在正发展到顶峰时期，它的出现在一定程度上是为了反驳二十世纪三十年

的不确定性加上一些限制。See Neil Duxbury, Post-Realism and Legal Process, in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 291, 300 (Dennis Patterson ed., 1996).

⁽³⁰⁾ Arthur Corbin, Retirement Talk Delivered to the Faculty of the Yale Law School, 1942, at 2 (on file with author).

⁽³¹⁾ Id.

⁽³²⁾ See, e.g., Pound, Liberty of Contract, 前注21; Roscoe Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 24 Harv. L. Rev. 591 (1911).

⁽³³⁾ 在二十世纪二十年代末以及整个三十年代间，法律现实主义者通过不断宣称在快速变化的社会经济这种大环境下必须进行法定的和行政的变革，显著地扩大了对形式主义者的攻击范围。See, e.g., James M. Landis, *The Administrative Process* (1938). 他们共同努力，重新制定与新型经验科学(可考虑昂德希尔·莫尔的研究)，经济学、组织学理论，(阿道夫·伯利(Adolf Berle)和加德利·米恩斯(Gardner Means))，心理学(约瑟夫·哈钦森)，心理分析学(杰罗姆·弗兰克)相关联的政策，进一步削弱了教条主义的自主性，并且更重视实际的制度和社会实践(卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn))。See Horwitz, 前注20, at 193-247.

⁽³⁴⁾ See, e.g., Jay Katz, Joseph Goldstein & Alan M. Dershowitz, *Psychoanalysis, Psychiatry, and Law* (1967); Joseph Goldstein, *Psychoanalysis and Jurisprudence*, 77 Yale L.J. 1053 (1968); Joseph Goldstein & Jay Katz, Abolish the “Insanity Defense”--Why Not?, 72 Yale L.J. 853 (1963). 同时，社会学方法仍在不断蓬勃发展中。See, e.g., Lawrence M. Friedman & Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences* (1969).

⁽³⁵⁾ See, e.g., Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970); Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (1973); Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale L.J. 499 (1961); Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972); 另参见Law, Economics, and Philosophy (Mark Kuperberg & Charles Beitz eds., 1983) (搜集早期法经济学文章)。在二十世纪八十年代早期，我观察到法经济学“许多法经济学教员中的青年法学者都有着极大的热情，并被很多年长一些的学者（相当悲伤地）形容为这是提升和授予终身职位的唯一确切指导。”Calabresi, 前注20, at 85.有关法经济学扩张的估量，可参考法经济学文献目录(Bibliography of Law and Economics) (Boudewin Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 1992) (篇幅长达600页并涵盖了13个国家的出版作品)。

⁽³⁶⁾ 因此，在现在的一些法律期刊以及一些法经济学期刊中，我们可以找到 “Behavioral Sciences and the Law; Cardozo Studies in Law and Literature; Columbia Journal of Law and Social Problems; Cornell Journal of Law and Public Policy; Criminal Justice and Behavior; Criminal Justice Ethics; Ethics: An International Journal of Social, Political & Legal Philosophy; Georgetown Journal of Legal Ethics; Harvard Journal of Law and Public Policy; Harvard Journal of Law and Technology; International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology; Issues in Law and Medicine; Journal of Contemporary Health Law and Policy; Journal of Law and Education; Journal of Law and Politics; Journal of Law and Religion; Journal of Legal Studies; Jurimetrics; Law and History Review; Law and Human Behavior; Law and Psychology Review; Law, Politics and Society; Legal Studies Forum; N.Y.U. Review of Law & Social Change; Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy; and the Yale Journal of Law & the Humanities.

代那些过分简单地运用社会科学，以“法律与……”为特点，特别是同时还自称为法律现实主义者的“法律与……”学者们。⁽³⁷⁾ 虽然亚历山大·比克尔 (Alexander Bickel)、哈里·惠灵顿 (Harry Wellington) 和约翰·伊利 (John Ely) 于二十世纪六十年代在耶鲁的成果⁽³⁸⁾ 是有关这种方法最权威和成熟的代表作，但它最为盛行的时期还是在二十世纪五十年代的哈佛法学院。⁽³⁹⁾ 如果根据科宾的观点，我们不能在根本的原则中找到法律问题的答案，⁽⁴⁰⁾ 我们也不满足于仅仅使得一个已存在的自治系统变得更加严谨、内部更加协调统一，那么法学学者可以做什么呢？法律程序方法认为我们应在规则的比较分析中寻找上述问题的答案。法学学者可以研究法院、立法机关、行政机关、行政官员、法官、陪审团等，并注意它们是否可以创设特定的制度以解决某些问题。实际上，这种方法能够帮助我们选择出指导法律系统价值的定义者和决定者。⁽⁴¹⁾ 客观地说，这种作用取决于制度能力。

没有人会怀疑这种方法可以创造和继续维持我们认为重要的价值。⁽⁴²⁾ 不过基于两种不同的理论基础，这种方法受到了有力的驳斥，因此似乎在六十年代末期向以新法律经济分析形式复兴的“法律与……”方法让出了统治地位。⁽⁴³⁾ 第一组且相对次要的批判认为，法律程序学派太倾向于关注法院和立法机关，而没有对行政官员和行政机关进行严密的分析，更不用说分析如陪审团、公民立法倡议权、全民公决等这些对价值维护起到非常重要作用的主体。⁽⁴⁴⁾ 此外，有关立法能力的分析也很容易因此被批判为盲目乐观，并仅狭隘地关注国会、美国最高法院和/或马萨诸塞州的法院或立法机关。这种方法几乎没有注意立法机关作为反映主流意

⁽³⁷⁾ 针对这段历史 see Horwitz, 前注 20, at 247-72.

⁽³⁸⁾ See Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994) (由1958年试行版制备); Henry M. Hart & Herbert Wechsler, *The Federal Courts and the Federal System* (1st ed. 1950). 虽然在接下来的三十年中未正式出版，哈特和赛科斯所著的《法律程序》(*The Legal Process*)，上述，在几十所法学院中被传阅和教授，例如亚历山大·比克尔(Alexander Bickel)于二十世纪五十年代在耶鲁从这些材料的早期草稿中获益颇多。See Letter from Alexander Bickel to Albert M. Sacks (Mar. 18, 1957) (将材料称之为“异常引人入胜”并说“正好是我的良药”)，引自William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to The Legal Process*, in Hart & Sacks, *supra*, at li, ciii n.229.

⁽³⁹⁾ See Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962); Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent* (1975); Alexander M. Bickel, *Politics and the Warren Court* (1965); Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* (1970); John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); Alexander M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term--Foreword: The Passive Virtues*, 75 Harv. L. Rev. 40, 40 (1961); Alexander M. Bickel & Harry H. Wellington, *Legislative Purpose and Judicial Process: The Lincoln Mills Case*, 71 Harv. L. Rev. 1 (1957); Harry H. Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 Yale L.J. 221 (1973); Harry H. Wellington & Lee A. Albert, *Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on Sinclair v. Atkinson*, 72 Yale L.J. 1547 (1963). 与哈特和赛科斯不同，比克尔和伊利着眼于宪法性法律，特别是有关“非大众性难题”的案件。他们提出法庭可以通过实行“消极长处”来保持自己的合理性，以避免非必要的结论性宪法裁决（比克尔）。或者通过只在政治过程中功能失效时才加以干涉，比如内部人员之间的隔阂或者针对少数群体利益的系统性歧视（伊利）。

⁽⁴⁰⁾ See Corbin, 前注 30.

⁽⁴¹⁾ 对于近期的一个这种推理模式的例子，可以考虑布莱耶大法官(Justice Breyer)在林诉亚利桑那州案(*Ring v. Arizona*)中的分散式观点，在这种观点中他宣称，陪审员们在判定特定案件中适用死刑是否能满足惩罚利益这个问题上比“法官有相对更重要的优势”，因为陪审员更容易受到“社会大众的道德感情的影响”。536 U.S. 584, 615 (2002) (布莱耶，在审判中同时发生)(省略引号和引用内容)。重要的是，布莱耶大法官的观点默认在第八和第十四修正案之下做出这个决定的适当主体是美国最高法院，而不是亚利桑那立法机关。

⁽⁴²⁾ See Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (1991); Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978); 另参见 Calabresi, 前注 8.

⁽⁴³⁾ See Calabresi, 前注 20.

⁽⁴⁴⁾ 例如，在《法律程序》中只有不到 50 页（总共 1300 页）讲到了民众情愿、公共官员的选举以及再分配。See Hart & Sacks, 前注 38, ch. 4 (“Lawmaking and the Political Process”); 同上 at 677-80 (质疑法官在再分配中所担任的角色)。

愿的机构并因此成为社会的价值提出者⁽⁴⁵⁾，或在一定程度上挑选法官时存在的重大缺陷。⁽⁴⁶⁾亦没有注意某些司法权的“立法者”（如哥伦比亚特区）并不能反映民意。⁽⁴⁷⁾

尽管这些现实的批判如此严肃，但都还是次要的问题，和第二组批评意见相比，完全不是根本性的。一些评论家认为法律程序学派是一种有意的和被误导的尝试，它试图将法律学术带回前法律现实主义的自治状态。从事比较制度能力的研究不能独立于我们想要推行的价值。虽然我们不能在抽象上决定法院或立法机关是否能起到更好的作用，但我们必须清楚这种作用是什么，而我们试图获得或保护的价值和目的又是什么。⁽⁴⁸⁾只有在回答上述问题后我们才能讨论民众是否如法官般挑选和放弃更好的决策者，即人民是否如立法者般进行公开选择。而不论对司法和立法的分析有多么精妙，这种批判也总能成立。

即使我们经过更精妙地分析能够完整并成功地回应第一组批判，法律程序方法也难以立论。因为它仍没有阐明系统中价值的内容和其试图在一个又一个制度中主张的权利是什么。这些价值和权利还能被认为是理应如此，并能排除批评性分析吗？也就是说，它们是否如教条主义者的理论所示那般，自生于法律图景之中，⁽⁴⁹⁾还是来源于法律图景之外，并取决于法学家的评判？如果真是这样，那这些价值到底是什么？又从哪里来的？评论家认为在找到答案之前，有关那种制度最佳的严肃讨论必然是无结果或无意义的。其实，情况肯定会更糟，而且事情可能会隐藏在未被说明和未被分析的预想中。

尽管有诸多批判，但法律程序方法仍是现今法律学术中一种极其常见的研究方法。一些作者甚至声称“新法律程序学派”是现代法学的主力。⁽⁵⁰⁾新法律程序学派的特点是更精妙地

⁽⁴⁵⁾ 《法律程序》在政治代表的低效性上的短视或许恰恰就被反映在其根本未能提及布朗诉教育局案。 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁽⁴⁶⁾ See Shirley S. Abrahamson, *The Ballot and the Bench*, 76 N.Y.U. L. Rev. 973, 976 (2001) (“将近 87% 的州初审法官和将近 82% 的州上诉法官赞成对某些类型进行挑选。”)。首席大法官布拉姆森(Chief Justice Abrahamson)观察到“挑选出的法官造成了多数主义者两难的情形：在一个立宪主义和保护权利的政府中，法官如何对选民、多数人负责？如何保护少数人？”同上 at 978.

⁽⁴⁷⁾ 在与许多法律程序的早期重要支持者的谈话中，我被法官大卫·科兹隆(David Bazelon)成为他们集中批评对象的频率之高而震惊，因为法官大卫·科兹隆的“积极分子”态度不符合他们的约束。在那时，似乎从未提及他工作的一个重要组成部分是担任巡回法院，实际上是哥伦比亚地区最高法院（华盛顿特区巡回上诉法院）的首席大法官，更不要说成为他工作评价的一部分了。

⁽⁴⁸⁾ 也许哈佛法律程序学者的价值中立正是基于二十世纪五十年代的知觉性价值的“共识”，这种知觉如果曾经存在过，于六十年代彻底衰落了。至少从传记性的角度来看，这是种怪现象，因为哈特和赛科斯都曾经参与过五十年代的争取公民权利的运动。See Eskridge & Frickey, 前注38, at cvii-cxiii, cxvii（同样提到晚年，在1967年，赛科斯在华盛顿的一次反对越战的示威活动中受到过催泪瓦斯的攻击）。有关这一时期法律程序学术的讨论，see Gary Peller, *Neutral Principles in the 1950's*, 21 U. Mich. J.L. Ref. 561 (1988).

尽管后来的法律程序学者，例如伊利，公开强调了某种特定价值，例如政治参与性，他运用程序主义者理论定义这种价值的非合理毁损，此方法被那些声称这种价值要么偷借了基本权利的实质性解释，要么就是要求这种解释回避致命的不确定性的批判者抨击为是不适当的。See Paul Brest, *The Substance of Process*, 42 Ohio St. L.J. 131 (1980); Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 Yale L.J. 1063 (1980). 关于公民共和主义学术兴起，部分原因是回应基于程序的宪法性理论声称的标准厚度。See, e.g., Frank I. Michelman, *Law's Republic*, 97 Yale L.J. 1493 (1988).

⁽⁴⁹⁾ 参见前文第一部分。

⁽⁵⁰⁾ 新法律程序的一个方面是对法定解释研究兴趣的复苏。See William N. Eskridge & Philip P. Frickey, *Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era*, 48 U. Pitt. L. Rev. 691 (1987) (介绍了一种学习立法的新方法，这种方法是建立在法律程序学派以及它对法律与经济的批判和关键性法律研究上的)；Daniel A. Rodriguez, *The Substance of the New Legal Process*, 77 Cal. L. Rev. 919 (1989) (回顾埃斯科里奇和弗利克在新法律程序的背景下编著的立法学案例书；另参见 William Eskridge & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form*, 89 Mich. L. Rev. 707 (1991) (介绍了一种基于法律程序的法律思维的新风格)。

新法律程序的另一个方面是在“哥伦比亚学院”牵头下进行的研究，通过关注新机构的发展来体现杜威“实用主义”的精神。迈克尔·多夫(Michael C. Dorf)声称哈特和赛科斯完全了解对程序公正性的判断依赖于并暗含实体性价值判断，例

研究立法能力（有趣的是，它经常依赖于在相关学科、政治学上进行更准确的研究，例如罗伯特·达尔（Robert Dahl）和他卓越的追随者们⁽⁵¹⁾，强调关注维护价值的立法机制而不是法院和立法机关⁽⁵²⁾，最重要的特点是，它公开承认应分别考虑权利问题和价值组成。⁽⁵³⁾

考虑到新法律程序学派希望推行特定价值和保护特定权利，因此其不再是无自我意志的自治独立，而是通过比较制度能力而展开研究。但它公开承认其分析具有暂时性的本质，并承认其所有的结论最终必须决定于是否能保持它主张的价值和权利的有效性。这似乎反而要求向内部（并反映着教条主义）或向外部转变，并外在地在其它学科中外在的寻找一种维护其主张的价值和权利的方法（正如“法律与……”方法提倡的那样）。

四、法律与身份

第四种方法在美国法律学术研究扮演着重要角色，我将其称为“法律与身份”。其命题是法律学者应该验证法律和法律制度是如何影响着特定人群，认为所有法律以某些预先选择的群体作为其对象基础的法律都应被质疑和批判。虽然理论上这可适用于任何一种人群，例如被上帝选中的人或权贵，但实际上在本世纪，美国法学界更关注那些被剥削的、贫困的或在

如他们法律解释中接受目的论体现就清晰地反映了这点。他们的错误之处在于假设——也许在当时是有道理的——美国已经建立了解决可能出现争端的所有必需机构，或者在最坏情况下，被需要的这个机构可以从全世界的布局名单中找到。

Michael C. Dorf, *An Institutional Approach to Legal Indeterminacy*, 78 N.Y.U. L. Rev., draft at 69-70 (forthcoming June 2003); 另参见 Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 Colum. L. Rev. 267 (1998)（鼓励权力分散的解决问题方法比集权方式更加民主参与和有效）； Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *Drug Treatment Courts and Experimentalist Government*, 53 Vand. L. Rev. 831 (2000); Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 Colum. L. Rev. 458 (2001)（提出一种“结构性监管”方法以说明工作场所不平等的微妙形态）。Since I last surveyed the field, see Guido Calabresi, *Supreme Court, 1990 Term--Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 Harv. L. Rev. 80, 81 (1991)（论证司法审查中至上主义的方法受到更多限制并赞成适用伊利和贝克里安的具有细微差别的观点和技术）。法院日益明显依赖于明文规定和其他计划以废除一条不能就实质性宪法问题做出最终决定的法律。同时，法院拒接适用这一类型的其他技术。See, e.g., *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 731-43 (2d Cir. 1996) (Calabresi, J., concurring), rev'd, 521 U.S. 793 (1997). 所有这一切都激发起一次关于法律程序主题的新讨论。See, e.g., Dan T. Coenen, *The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review*, 75 S. Cal. L. Rev. 1281 (2002)（将这些计划进行彻底分类）； Cass R. Sunstein, *Supreme Court, 1995 Term--Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 Harv. L. Rev. 4 (1996)（描述“决策极简主义”推行民主的美德）； Mark Tushnet, *Subconstitutional Constitutional Law: Supplement, Sham, or Substitute?*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1871 (2001)（担心那些处于支配地位的计划实际上具有决定性作用）。

⁽⁵¹⁾ 达尔的早期工作可以称为是支持过程理论者的乐观多元化主义，see Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (1956)；不同的是，他晚期的写作包含着一种对美国政治参与性更加悲观性的态度，see Robert Dahl, *Democracy in the United States* (3d ed. 1976). 有关对这种政治科学文学的发展以及它在程序理论上的牵连讨论，see Richard Davies Parker, *The Past of Constitutional Theory--and Its Future*, 42 Ohio St. L.J. 223, 243-44, 252 (1981).

⁽⁵²⁾ 参见前注 50.

⁽⁵³⁾ 例如，埃斯科里奇和皮勒认为新公法学术（就其功能而言，与“新诉讼程序”相同）拒绝旧程序学派的自称中立性，反而认同“规范主义”，这种规范主义“反多元主义、反教条主义，并且有强烈的价值倾向。” Eskridge & Peller, 前注50, at 745-46. 他们提及的价值是很多观点的混合物，与共和主义、反种族主义、女权主义，以及后现代主义的旋律相关。同上AT 759-61. 但同时，他们希望坚持“公正存在于过程中的中心思想”并声称“程序因此从司法中分离”同上AT 762. 他们意识到这种张力“在程序主义的吸引力和……之间，一个所有决策最终都标准的判决。”同上AT 762-63, 但他们还远没有搞清楚试图在左右翼观点之间达到一个“理想中间点”是否能摆脱这种困境. 相似的是，桑斯坦为了他的法律程序主义者研究方法必须在司法极简主义中增加肯定价值。当他意承认“极简主义的案例不能与对根本性质争论的评价相分离，”他认为“民主的人民自治是人民享有的一项权利，并且除非民主程序不能很好地运转，法院判决没收抵押品或许代表的不是辩护权而是争议性的选择权。” Sunstein, 前注50, at 30-33. 但是，在司法辩护之上选择极简主义的权利当然本身就是一种选择权。

某种程度上被统治的群体。法律（包括不是特意关注这些群体的法律）是如何影响他们的，而这些法律又是如何形成并对这些“小人物”做了什么，都是这种方法认为法律学术所应当关注的对象。

这种方法通常都将某种被视为理所当然的基本价值体系作为出发点。不论此种价值是坚持给被上帝选中的人以优遇的宗教性价值观，还是为被剥削者争取平等福利和权力的平等主义价值观，该方法的分析总是揭示出并强调法律对于该价值体系的偏离。⁽⁵⁴⁾ 在这个过程中，这种方法通常会利用到各种上述方法。例如，它可能会指出侵权行为、税收或财产规则如何对男女区别对待。接着它可能用更精妙地经济分析法来展示这些区别及其导致的价值后果。然后描述是如何运用权力（或通过何种制度）形成了此种结果。最终，可能会提出一个悬而未决的问题，即基于更普遍的法律地形图或根据从特定“法律与……”分析中得出的价值观，这种结果到底是好是坏。

在上个世纪，这种方法有很多种表现形式。我认为罗斯福新政时期中，大多数有关“法律与隶属工会的工人”的讨论都属于这种类型。⁽⁵⁵⁾ 当然，对“种族与法律”的研究也是这方面的例子，它不仅在某种程度上预示了布朗诉教育委员会（*Brown v. Board of Education*）的判决结果，⁽⁵⁶⁾ 而且还因此盛行开来。⁽⁵⁷⁾（“种族与法律”研究毫不意外地较早就分裂为多个分支。⁽⁵⁸⁾）在上世纪六十年代末和七十年代初盛极一时的济贫法是另一个例子。⁽⁵⁹⁾（这究竟是标志着重新开始盛行新政时期的这种方法还是因关注点大为不同而被看作是一个新分支？我更倾向于认定后者）最近，在有关“性取向与法律”的这项重要研究中，最关键之处在于提出“性别与法律”，⁽⁶⁰⁾ 或者更确切地说是“女权主义法学”。这些都反映出这个理论的不同之处，而它们似乎在很长一段时期内将会影响着法律学术。⁽⁶¹⁾

⁽⁵⁴⁾ 艾利斯·马瑞恩·杨(Iris Marion Young)的《正义与政治差异》(Politics of Different) (1991) 为一种对很大程度上依赖当今法律与身份学术的价值体系提供了很好的阐释。

⁽⁵⁵⁾ 对这段历史的讨论，see Christopher L. Tomlins, *The State and the Unions: Labor Relations, Law, and the Organized Labor Movement in America, 1880-1960* (1985).

⁽⁵⁶⁾ 347 U.S. 483 (1954).

⁽⁵⁷⁾ 这类学术重要的早期作品是 Eugene V. Rostow, *The Japanese American Cases--a Disaster*, 54 Yale L.J. 489 (1945), 以及 Charles L. Black, Jr., *The Lawfulness of the Segregation Decisions*, 69 Yale L.J. 421 (1960). 在这个领域更近一些的发展包括德瑞克·贝尔(Derrick Bell)的课程和案例报告, *Derick Bell, Race, Racism, and American Law* (1973), 以及, 在 1981 年那次引发有关种族和法律的“选择行为”的哈佛法学院学生发起的抗议活动。这些案件, 结合批判法学派的影响, 引发了八十年代年代的批判种族理论运动。See *Critical Race Theory: The Cutting Edge* (Richard Delgado ed., 1995); *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement* (Kimberlé Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller & Kendall Thomas eds., 1995) [以下简称 *Critical Race Theory: The Key Writings*]; 另参见 Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991).

⁽⁵⁸⁾ 例如, 结合前注 57 中提到的批判性种族理论的作品, 对比 Randall Kennedy, *Race, Crime, and the Law* (1997) 中针对对待种族与歧视的态。

⁽⁵⁹⁾ 这个方法的理论支持包括 Frank I. Michelman, *the Supreme Court, 1968 Term--Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 Harv. L. Rev. 7 (1969), 以及 Charles A. Reich, *The New Property*, 73 Yale L.J. 733 (1964).

⁽⁶⁰⁾ See, e.g., *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law* (William B. Rubenstein ed., 2d ed. 1997); William N. Eskridge, Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (1999); Janet E. Halley, *Don't: A Reader's Guide to the Military's Anti-Gay Policy* (1999); Janet E. Halley, *The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity*, 36 UCLA L. Rev. 915, 949 (1989); Kenji Yoshino, *Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of "Don't Ask, Don't Tell,"* 108 Yale L.J. 485 (1998).

⁽⁶¹⁾ See, e.g., *Critical Race Feminism: A Reader* (Adrien Katherine Wing ed., 1996); Susan Estrich, *Real Rape* (1987); Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987); Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of State* chs. 8-13 (1989).

举两个例子, 一个可以追溯到麦金农的权威性书中提及的在性骚扰后提供女性奖学金, Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979), 通过学者们, 例如弗兰克和舒尔茨质疑性骚扰法案的概

对这种法律方法的批判——甚至质疑它是否能称之为一种法律理论（这与对其他法律方法的评价大致相同⁽⁶²⁾）——已经足够的流行，在此无需赘述。就文章这部分的目的而言，我们完全可以认为如果列出各种现存的有关“法律与身份”的观点，那么将发现不论我们仅考虑相对简单的例子还是考虑到更为复杂的表现形式，如今法律学术中绝大部分部分观点都可归于这种研究方法中，⁽⁶³⁾例如关注工厂中种族歧视下“法律与经济”的研究就是这类例子。⁽⁶⁴⁾

五、学派与运动⁽⁶⁵⁾

上个世纪美国法律学术的一些学派和运动的特点都很明显地认同上述某一种方法。新法律经济分析，无论是芝加哥式的还是耶鲁式的，都是坚定以“法律与……”方法为中心思想的运动的典型代表。⁽⁶⁶⁾其它的，例如批判法学（Critical Legal Studies）或法律现实主义，是对数种方法的有趣结合（某些人会说是大杂烩）。因此，虽然一些法律现实主义者最为恰当的是被形容为“法律与……”的实践者，⁽⁶⁷⁾但另一些是真正的法律程序学者。他们对于哪种制度更适合特定问题决策的考虑，与后来出现的、更为有名的哈佛法律程序实践者，偶然的表现出相当的不同。⁽⁶⁸⁾最后，部分现实主义者的成果相比其他方法更类似上述“法律与身份”

要和理论基础, see Katherine M. Franke, What's Wrong with Sexual Harassment?, 49 Stan. L. Rev. 691 (1997); Vicki Schultz, Reconceptualizing Sexual Harassment, 107 Yale L.J. 1683 (1998), 以酷儿理论(queer theory)为立足点, 珍妮特·哈雷对性骚扰学说的加强版定义进行了几乎可以被称作是“异端学说”般的批判, see Janet Halley, Sexuality Harassment, in Left Legalism/Left Critique 80 (Wendy Brown & Janet Halley eds., 2002).

⁽⁶²⁾ 这种类型的批评更常见于教授会议和座谈会而不是学术文章中。因此著名的德国学者康拉德·威茨格(Konard Zweigert), 参见前注1, 于1965年在汉堡马克斯·普朗克协会(Max Planck Institute)的研讨会上同意我有关法经济新分析的论述, 并直截了当地评价:“这非常有趣, 但你必须意识到这不是法律或法律学术。”我相当粗鲁地回答:“Perhaps not now, but it soon will be,”非常有先见之名。一个早期的例子就是, 直到迈尔斯·麦克道格拉斯在另一所学校证明了他并不是一个“乏味的形式主义者”前, 耶鲁没有接纳他成为教员。那个时候的耶鲁并不认为形式主义者可以进行有效的法律研究。我自己听说一个非常伟大的学者, 当时是耶鲁的一个助理教授, 认为一些牛津的分析法哲学家同样如此。

⁽⁶³⁾ 可以考虑很多集中研究法律与身份的杂志, 这些杂志包括: American Indian Law Review; Asian Law Journal; Chicano-Latino Law Review; Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review; Harvard Latino Law Review; Harvard Women's Law Journal; Hastings Women's Law Journal; Law and Inequality; Law and Sexuality: A Review of Lesbian and Gay Legal Issues; National Black Law Journal; Yale Journal of Law and Feminism.

⁽⁶⁴⁾ See Gary Becker, The Economics of Discrimination (2d ed. 1971).有关市场中更普遍的歧视, see Ian Ayres, Pervasive Prejudice? Unconventional Evidence of Race and Gender Discrimination (2001).

⁽⁶⁵⁾ 我常常被问道“自然法”可以适用在何处以及我为什么不把它看作为一个独立的研究方法。原因是: 自然法的支持者都可归于两种类型。一些人十分注重于技术或者宗教, 去寻找相关的价值。这样的结果就是, 如我题目中所述般, 形成另一种重要的“法律和...”学派。另一部分人认为应该由特定的机构做出相关的决定(教堂、或科克的公式、法院)。see Bonham's Case, 77 Eng. Rep. 646 (K.B. 1610)). 因此将他们视为法律程序的参与者最为恰当。

⁽⁶⁶⁾ 与二十世纪二、三十年代的“旧”法律的经济分析不同的是,“新的法律与经济”试图寻找通过源自经济学中的工具进行分析、解释和批判那些最初完全没有“经济的”自我意识的法律条例, 而老的分析模式通常是决定特定的习惯法或者立法的子规定能否成功的达到其试图服务的更广义的条例所承诺的目标。Calabresi, 前注 20, at 86; 另参见 Richard A. Posner, The Economic Approach to Law, 53 Tex. L. Rev. 757 (1975).

⁽⁶⁷⁾ 参见前注26和33(描述现实主义者如何运用经验科学, 包括制度经济学和心理学)。

⁽⁶⁸⁾ See, e.g., James M. Landis, Statutes and the Sources of Law, 213 Harv. Legal Essays 1 (1934) (探究法院修改法规等事宜) 其他着眼于扩大联邦法院权力的现实主义者, 比如道格拉斯大法官(Justice Douglas)和巴泽尔法官(Judge Bazelon), 可能也会被认为是采用了一种程序性的研究方法。See Abner J. Mikva, The Real Judge Bazelon, 82 Geo. L.J. 1, 4-5 (1993) (描述巴泽尔法官认为联邦法院应扮演富有活力的角色。以及相应地, 讨厌强硬态度、成熟老练, 和弃绝教条和教条主义要求的司法顺从行政决定)。朗·富勒(Lon Fuller)在这个分类体系中扮演着有趣的角色, 他写出了现实主义文库中最有影响力的教条主义著作, see Lon L. Fuller & William R. Purdue, Jr., The Reliance Interest in Contract Damages (pts. I-II), 46 Yale L.J. 52, 373 (1936-1937), 但也同时批判现实主义倾向于在实然中寻找应然, see Lon L. Fuller, American Legal Realism, 82 U. Pa. L. Rev. 429, 461 (1934), 其后将其注意力转向了程序性的主题 See Lon Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978) (originally written 1957-1961).

方法。⁽⁶⁹⁾

最近，批判法学研究呈现出类似的混合状态。一些该学派的研究者非常依赖外来学科，例如哲学、文学评论，甚至经济学。⁽⁷⁰⁾ 其它学者，例如罗伯托·昂格尔（Roberto Unger）则呼吁回归最严格的形式主义下的教条主义。⁽⁷¹⁾ 还有一些学者，如邓肯·肯尼迪（Duncan Kennedy），至少算是部分意义上的程序学者。⁽⁷²⁾ 虽然大部分学者因没有特别关注过任何特定群体而被更关注“法律与身份的”学者讽称为外围同情者，但他们的著作中仍含有大量“法律与身份”的元素。⁽⁷³⁾

所有的这些都不足为奇，因为学派和运动常常都是恰巧使得其认同一种理论方法的单一思想而被定义（或自称）和命名的。有时，这些学派代表了一个时代的群体。⁽⁷⁴⁾ 另一些时候，这些称谓主要源自基于教员政治（和追求终身教职的价值目标）以及其他要素而形成的特定法学院教员中的一群人。⁽⁷⁵⁾ 将自己命名或定义为“学派”通常是一种双向协助或自我保护的模式，也可能是那些对这些人中的人的蔑称。当然，理论确实也起到一定作用。而且“学派”常常是在对上述四种方法之一的现存特殊表现形式的特定反对中形成的。⁽⁷⁶⁾ 在这种情况下，学者们的成果虽然代表差异较大的各种方法的观点，但他们的批判时常都高度关联。不可避免的，甚至每种方法的变体也能反映出它们的组成方式。⁽⁷⁷⁾

看起来似乎很容易就能批判这些学派，不是根据它的某个成员写了什么，而是因为对很多法学学者来说，自我界定的模糊性是一种不可饶恕的罪行。⁽⁷⁸⁾ 但我认为这种评论没有切中

⁽⁶⁹⁾ 考虑到 Felix S. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law* (1945), 和其他有关工会的各种现实主义著作, see, e.g., Walter Wheeler Cook, *Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life*, 27 *Yale L.J.* 785 (1918).

⁽⁷⁰⁾ See, e.g., Kelman, 前注 28 (法律和哲学、法经济学); Mark Kelman, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, 52 *S. Cal. L. Rev.* 669 (1979) (法经济学); Robin West, *Authority Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*, 99 *Harv. L. Rev.* 384 (1985) (法律和文学).

⁽⁷¹⁾ See Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 15-22, 88-90 (1986) (推行一种名为“异端分子”和“扩张”理论的方法，通过“内部发展”的理论，将法律的某一领域解释为对冲突规则和相反规则的说明，得出这些规则间不同的关系，并将其概括为可运用于法律相关分支的“更综合的法律理论”).

⁽⁷²⁾ See, e.g., Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology of Judging*, 36 *J. Legal Educ.* 518 (1986).

⁽⁷³⁾ 许多批判性的法学者已经开始关注阶级不平等，但是他们同时也关注种族和性别。刊登在了 *Critical Legal Studies* (Allan C. Hutchinson ed., 1989) 和 *The Politics of Law: A Progressive Critique* (David Kairys ed., 1988) 的重要的女权主义者和反种族主义者的文章或许值得我们注意。尽管如此，一些批评者认为批判法学研究完全没能成功抓住一些地位等级制度，比如种族主义。See, e.g., Anthony E. Cook, *Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive Theology of Dr. Martin Luther King, Jr.*, in *Critical Race Theory: The Key Writings*, 前注 57, at 85, 85 (“少数学者批判 CLS 运动的失败是因为将自己陷入一些人的历史和视角中，这些人在不同的情形下忍受着 CLS 最关心的问题——即与等级、无权利和法律观念相关的问题”)；Harlon L. Dalton, *The Clouded Prism: Minority Critique of the Critical Legal Studies Movement*, in *Critical Race Theory: The Key Writings*, 前注 57, at 80, 82 (认为批判法学学者未能很好地倾听少数主义的意见，但是将他们评论为“同路人”，并且，和他们一起“你不必从快速开始一个对话开始。你可以从第五步之类的开始，接着再进行争论。”)

⁽⁷⁴⁾ 批判法学运动再次成为一个很好的例子。正如理查德·鲍曼(Richard Bauman)观察到的，“批判法律学术主要的特点之一是其分裂性。它们没有统一接受的观点，也没有权威作品。”Richard W. Bauman, *Critical Legal Studies: A Guide to the Literature* 3 (1996). 它的出现通常与新左翼知识分子的一系列会议联系起来，他们中的许多人都在耶鲁法学院呆过一段时间，但是后来在不同的法学院或者其他与学术密切相关的机构工作（社会法学、法人类学）。他们都对那些出现于二十世纪六十年代和七十年代，自己所认为枯燥和独裁的法律学术论述有某种鄙视，并且通常同情左翼革命的理想（虽然他们也常常极度怀疑国家社会主义政权）。他们“成熟”的时间可追溯至1984年斯坦福法学评论的座谈会。Kelman, 前注28, at 1. Their “coming of age” is sometimes traced to a 1984 symposium in the *Stanford Law Review*. See Symposium, 36 *Stan. L. Rev.* 1-674; 另参见Bauman, *supra*, at 21.

⁽⁷⁵⁾ 关于法学运动在具体的组织结构中，例如课堂和教授会议中是怎样协商谈判的深入研究，see Laura Kalman, *Legal Realism at Yale: 1927-1960* (1986).

⁽⁷⁶⁾ 回忆庞德的社会法学的兴起是对十九世纪盛行的教条主义下保守分支的反应。See *supra* notes 20-22.

⁽⁷⁷⁾ 例如，法现实主义关注霍菲尔德非常抽象的分析法学，以及在他们对古典传统的批判中，以“布兰代斯讼书”为示例的，高度基于事实的社会法学的研究方法。See Horwitz, 前注20, at 164, 182.

⁽⁷⁸⁾ 对比 Andrew Altman, *Critical Legal Studies: A Liberal Critique* (1990) (“在我对 CLS 的批判中，很重要的一部分基于 CLS

要害。我们应该试图尽可能明确地意识到现存的法律方法是什么。但这并不意味着我们有权决定个体或群体只认可一种方法或理论而抛弃其它的。单一思想的方法有很强的美学吸引力，但多幅油画和多种方法才能最为准确地描述一座教堂。⁽⁷⁹⁾ 如果这只是针对个体而言的话，那么对于一群基于若干理由认为自己（或者被诋毁为）是一个学派的学者也同样适用。

六、我们拥有自己的身体么？——教条主义者的研究方法

如果前文所述属实，可能有人会质疑将这四种研究方法或者理论完全相互独立予以描述的效用。我这样做是因为主要采用某一方法来分析法律问题的学者（包括法官，在该问题上）与另一方法的追随者对同样问题的分析明显不同。他们探寻什么，他们对自己工作有怎样的认识，他们查找什么样的资料，他们考虑的决策性因素是什么，所有这些都因他们选择方法的不同而完全不同。我相信，确有意义将他们予以区分。为证明这一点，我需要说明这四种理论各自将如何看待“我们是否拥有自己的身体及其部分”这个问题，还是我们的身体及其各部分总是或者在某些时候应当“属于”那些需求者们。这个论题看上去似乎颇具科幻色彩，但正如在一些诉讼案件中反映它已然不再只是一个假设。⁽⁸⁰⁾ 另一部分原因在于这个问题看上去有些新鲜，更为重要的是，该问题特别需要基于不同方法进行审视。

当一个人需要输血、骨髓移植、或者肾脏移植时，⁽⁸¹⁾ 最匹配的捐献者却拒绝捐献。一场诉讼由此而生，立法也已对其进行探索。那么，这四种理论方法各自又将如何处理这个问题呢？

教条主义者将会把目光投向法律图景，以及相关的司法和立法决定，因此，对类似问题的处理就近乎相同。乍看之下，这种地形图清晰得有些不寻常。毕竟美国还主要是自由主义而非共产主义的政体。⁽⁸²⁾ 但不论共产主义政体如何出现，又终将变得多么合理或令人满意，自治主义和个人主义始终是法律图景中极其重要的一部分。于是乎，教条主义者的初步结论将是：我们的确拥有自己的身体。为此，他们从法令、宪法、普通法的章节中引用无数的“地势标识与先例”，如：事实上，通常情况下自愿挽救他人生命并非义务；⁽⁸³⁾ 宪法禁止非自愿的奴役；⁽⁸⁴⁾ 法定的血液、毛发买卖；⁽⁸⁵⁾ 捐赠身体部分给我们愿意给予的人的表面权利（当然

著作存在两种互不相容的观点——一种激进，一种更为保守。激进的观点站不住脚，依赖语言和社会现实的思想。而保守的观点依赖大体上有说服力的思想，但这些思想并不是源于对自由主义核心要素造成重大破坏的思想”）。

⁽⁷⁹⁾ 例证当然是莫奈的画作《卢昂大教堂》(Cathedral at Rouen)。但如果要完全了解大教堂，就必须查看所有有关的画作。See Calabresi & Melamed, 前注 35, at 1089 n.2.

⁽⁸⁰⁾ 例如，in *McFall v. Shimp*, 10 Pa. D. & C.3d 90 (Ch. Ct. 1978)，一位若不接受骨髓抑制将必死无疑的患者请求法院颁发要求其表兄（辛普）捐赠骨髓的强制令，此程序几乎没有风险但会导致很大的痛苦。法院没有准予此强制令，另参见 *Curran v. Bosze*, 566 N.E.2d 1319 (Ill. 1990) (拒绝一位生父申请强制令的要求，他要求一位母亲为双胞胎孩子进行血液检测和可能的骨髓采集，以拯救孩子们同父异母的兄弟，同样也是在必须接受骨髓移植否则必死无疑的情形下)。

这个问题因所谓的“假定同意”法规而不那么充满戏剧性。这些法规许可，只要法医未得知死者或其家属相反的意见，就可以在被授权解剖尸体时采集眼角膜或脑垂体。虽然一些法规要求应作出“合理的努力”以取得同意，但多数研究者同意在实践中，“假定同意”通常意味着“丧失权利”。有关这些法规和诉讼是否是在未采取正当法律程序的情况下准许财产取得的讨论，see Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B.U. L. Rev. 359, 380-82, 405-09 (2000).

⁽⁸¹⁾ Gregory S. Crespi, *Overcoming the Legal Obstacles to the Creation of a Futures Market in Bodily Organs*, 55 Ohio St. L.J. 1 (1994) (“每年，数以千计的美国人因得不到可移植的肾脏、心脏、肝脏或脾脏……而死亡”）

⁽⁸²⁾ See Guido Calabresi, *Liberté Égalité Fraternité* Cardozo Lecture Delivered at the Association of the Bar of the City of New York (Dec. 2, 1996) (on file with author).

⁽⁸³⁾ See *L.S. Ayres & Co. v. Hicks*, 40 N.E.2d 334, 337 (Ind. 1942) (声明侵权法中未规定可得到救助)。但有些州对某些情况会处以轻微刑事处罚。See, e.g., *Vt. Stat. Ann. tit. 12, §519(a)* (1973) (“一个人明知他人受到严重的身体伤害，在对自己没有危险或没有涉及到对他人重大权利的干涉，而可以报之同等救助时，应当在某种程度上给予受伤害的人适当的救助，除非他人已经给予了这种救助”）；例如（最高可罚款 100 美元）。有关讨论，see Marc A. Franklin & Matthew Ploeger, *Of Rescue and Report: Should Tort Law Impose a Duty to Help Endangered Persons or Abused Children?*, 40 Santa Clara L. Rev. 991 (2000); Richard A. Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. Legal Stud. 83 (1978).

⁽⁸⁴⁾ U.S. Const. amend. XIII.

也包括详细说明一个人如何表达在他/她死后将其器官用作移植的法律);⁽⁸⁶⁾ 最高法院的判决似乎承认的一个人拥有拒绝接受进一步医治,使自己平静地离开人世的宪法性权利;⁽⁸⁷⁾ 在医疗救治实施前被告知并对此同意的权利,⁽⁸⁸⁾ 诸如此类不胜枚举。⁽⁸⁹⁾ 这就难怪法院在面对涉及身体部分所有权案件时作出这些身体部分属于其拥有者的判决。⁽⁹⁰⁾

进一步审视此问题,这样的图景决不是如此的清晰明了;其标示并非都指向同一方向。例如,人们可以被迫征募入伍,以及强制他们用自己的身体去为大众利益而效力。⁽⁹¹⁾ 一旦可能,他们会在不知情的情况下被强迫进行可怕的药物试验,甚至得不到任何补偿,更不要说拥有身体与心智不受利用的权利。⁽⁹²⁾ 此外,在多数情况下,个人不得以而出售其身体的某些部分⁽⁹³⁾,或者不能被他人有偿使用(例如代孕母亲)。⁽⁹⁴⁾ 并且,在一些法域,或在过去,根本没有自由去部分摧残(自残)或者全部摧残身体(自杀)。⁽⁹⁵⁾ 另外,妇女在漫长岁月里被迫放弃自己的身体而挽救胎儿或者未出生的小孩儿。⁽⁹⁶⁾ 而在许多州,法院已经表示妇女若不关心自己的身体将会受到惩罚,换句话说,就是为了未出生孩子的利益,暂时地将她们的身

⁽⁸⁵⁾ See Rao, 前注 80, at 371-73 (2000) (讨论血液交易和调查其他身体各部分的法律地位). The sale of ova and sperm is also widespread. Ann Alpers & Bernard Lo, Commodification and Commercialization in Human Embryo Research, 6 Stan. L. & Pol'y Rev. 39, 41 (1995).

⁽⁸⁶⁾ 参见《统一尸体捐赠法》(Uniform Anatomical Gift Act), 其在所有的 50 个州都以某种形式被采用了。Unif. Anatomical Gift Act (1968), 8A U.L.A. 99 (1993).

⁽⁸⁷⁾ Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health, 497 U.S. 261, 279 (1990) (认为一位有能力的人有基本的自由利益以拒绝用以维持生命的营养和水分). But see Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997) (区别于克普桑并认为在协助自杀中没有基本的自由利益).

⁽⁸⁸⁾ See Canterbury v. Spence, 464 F.2d. 772 (D.C. Cir. 1972) (支持医生有责任公开与因治疗而产生风险的有关信息)。

⁽⁸⁹⁾ 有关教条主义的例子还有很多很多。我们可以注意到,例如,在第四修正案和正当程序条款下,政府或许不能为收集证据而迫使犯罪嫌疑人洗胃, Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952), 或者不顾犯罪嫌疑人的反对从他们身体中取出子弹, Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985). But see Washington v. Harper, 494 U.S. 210 (1990) (支持如果与正当的刑罚利益合理关联,国家可以强制其民众服用抗精神病药物); Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966) (赞成强制犯罪嫌疑人进行血液测试不违反宪法)。

⁽⁹⁰⁾ See, e.g., Curran v. Bosze, 566 N.E.2d 1319 (Ill. 1990) (拒绝命令为可能的骨髓采集而进行血液测试); McFall v. Shimp, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (Ch. Ct. 1978) (拒绝要求辛普为其堂兄提供骨髓,尽管此过程几乎没有风险且病人若得不到捐赠将必死无疑). I discuss Shimp in Guido Calabresi, Do We Own Our Bodies?, 1 Health Matrix 5 (1991). 此处着重讨论的身体各部分所有权的问题应与什么情形下可以认为一个人放弃了自己身体各部分“权利”利益的问题区分开来(但仍有关联)。See Moore v. Regents of Univ. of Cal., 793 P.2d 479 (Cal. 1990) (拒绝脾细胞移植的行为,因为被告在脾细胞移植时放弃了对脾细胞的所有权)。

⁽⁹¹⁾ See Arver v. United States, 245 U.S. 366, 238 (1918) (“或许毋庸置疑的是,关于一个公平的政府何其对公民的责任的观点包括,在需要时公民应服兵役的互惠义务以及强制实行的权利。”) 同样地,强制免疫被认为是为了公共利益的必要措施。See Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

⁽⁹²⁾ United States v. Stanley, 483 U.S. 669 (1987) (支持国家不对非自愿接受迷幻药实验的军人进行补偿)。

⁽⁹³⁾ 《国家器官移植法》(National Organ Transplant Act)对为了用于人体器官移植,明知而购买或出售人体器官的处以监禁或罚金,这些器官包括肾脏、肝脏、心脏和骨髓。42 U.S.C.A. § 274 (West 2003).

⁽⁹⁴⁾ See, e.g., Mich. Comp. Laws Ann. § 722.859 (West 2003) (禁止商业亲子关系代理合同); In re Baby M., 109 N.J. 396 (1988) (支持代孕合同与国家公共政策相抵触,同时也违背了法律禁止在与收养相关的关系中使用金钱的规定). 认为法律同样禁止卖淫。See, e.g., N.Y. Penal Law § 230.00 (McKinney 2003) (禁止以金钱作为交换而许诺发生性关系)。

⁽⁹⁵⁾ 简述与自杀相关的法律的发展, see Quill v. Vacco, 80 F.3d 716, 732-735 (2d Cir. 1996) (Calabresi, J., concurring), rev'd, 521 U.S. 793 (1997) (介绍撤销将自杀和试图自杀定罪的纽约法,并保留禁止协助自杀的法规)。

⁽⁹⁶⁾ 简述有关流产的法律和其他与胎儿保护有关法规的发展, see Reva Siegel, Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection, 44 Stan. L. Rev. 261 (1992).

即使在罗伊诉韦德案之后,医生和法院有时仍会坚持认为怀孕妇女为了保护自己的胎儿要忍受危险的过程。例如,在某一案例中,初审法院准许医院不顾孕妇的反对实施剖腹产手术,这名孕妇怀孕 26 周,身患绝症,剖腹手术虽然是使胎儿存活的必要措施但同时会使孕妇身处巨大的风险中, See In re A.C., 533 A.2d 611 (D.C. 1987), vacated, 573 A.2d 1235 (D.C. 1990) (en banc). See generally Nancy Ehrenreich, The Colonization of the Womb, 43 Duke L.J. 492 (1993) (观察到这些决定通常会影响到贫穷的和有色人种的妇女)。怀孕时无正常能力的妇女最易受伤害,因为大多数州阻止移除用以维持孕妇生命的医疗措施,而不顾及这些患者生前遗嘱的意愿或是他们指定人员的建议。See Rao, 前注 85, at 409-14 认为这些州“字面上‘得到了’怀孕时无正常能力的妇女的身体,将她们看作是奴隶,即可能为国家服务的胎儿孵化器”)。与“法律与身份”相关联的案件,见上述第九部分。

体看作公共用品。⁽⁹⁷⁾

罗伊诉韦德 (*Roe v. Wade*) 一案, 强有力地开辟出一条新的思路, 其关于隐私 (实际上是自主决定权) 的话语当然地支持了我们拥有自己身体的观念。⁽⁹⁸⁾ 但是, 对于罗伊案裁判依据的批评, 与在凯西案 (*Planned Parenthood v. Casey*) 中, 司法的退缩表明了在这个问题上, 我们的地形图并非单一思想。⁽⁹⁹⁾ 事实上, 许多支持罗伊案判决结果的人都为此案的论证推理而困扰, 即最高法院认为在宽泛的范围内, 我们的身体所有权可以被认作一项宪法性权利。但这有些言过其实。⁽¹⁰⁰⁾ 一些人认为, 如果男人和女人一样都会怀孕, 那么反堕胎法——如果我们制定了的话——肯定会是有效的。对于上述情况, 支持者会认为这表明罗伊案中有关身体所有权的裁决并不能反映我们对自己的身体拥有绝对的、自主的权利。相反, 这些支持者们会说, 部分背离于流行当下自由主义的法律地形图亦有充分理由是有效的, 但却怀疑当这些背离导致不被信任的分类, 并加重被歧视群体的负担时, 它们是否仍具有宪法上的正确性。这将意味着, 罗伊案真正支持的是禁止为了所谓的公共福祉而歧视性利用妇女身体, 而非禁止为此目的的普遍性、非歧视地占用。⁽¹⁰¹⁾

如此, 当他们秉承客观地找寻法律一致性, 以及完全抛开其个人价值判断时, 教条主义者可能会得出结论, 我们的出发点是对自己身体及其部分的所有权。但是, 同样的教条主义者可能不得不承认, 这样的出发点并没有那么稳固, 而时常会有偏差, 有时在司法中, 以及在立法中会更频繁地采取必要地违宪方式, 或者其他方式去违背法律制度。一项关于需要者能够获得他人身体部分 (如血液、骨髓、甚至可能是肾脏) 的法规将会是有效的, 特别是当公众急需之时, 例如在切尔诺贝利事件中。⁽¹⁰²⁾ 当然, 若这项法规要求此种强制捐献仅来自于妇女 (或者仅限于以“可疑的”方式划定的群体), 那么这就将会是一个完全不同的问题了。⁽¹⁰³⁾

我在此并不是为了反对, 而是为了全面地审视身体部分所有权的问题或仅是基于那种着眼于教条间的关联性, 并将法律看作为自治性规则加以研究的观点。这更是一种研究方法间的比较。那么, 其他的研究方法会怎样分析这一问题呢?

七、我们拥有自己的身体么? ——“法律与……”的观点

“法律与……”学者们会与教条主义者以截然不同的方式看待身体所有权这个问题。除了指出与这些学者所依赖的基本学科 (或者复合的学科) 相关的范围外, 他们不会对现有地形图中的法律原则那么感兴趣。因此, 对于法律经济学者而言, 现有的实践可被视为在过

⁽⁹⁷⁾ 有关讨论, see Dorothy E. Roberts, Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right to Privacy, 104 Harv. L. Rev. 1419 (1991).

⁽⁹⁸⁾ 410 U.S. 113 (1973). 对于罗伊案中可能适用于身体各部分移植问题的不同裁判依据, see Andrew Koppelman, Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion, 84 Nw. U. L. Rev. 480, 523 n.184 (1990) (“[强迫父母向自己子女捐赠器官的法令]至少会引发十三个严重的修正案难题。对于其合理性的争论将会给相对较短的入侵持续期和利益度造成压力: 与胎儿不同, 那些生命可被救助的孩子毋庸置疑是一个人”)。

⁽⁹⁹⁾ See *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (限制罗伊案并赞成某些知情同意和父母同意的要求); 对比 *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) (宣布一条禁止所谓的晚期堕胎的法规无效, 因为法规未考虑到母亲健康的这种例外)。

⁽¹⁰⁰⁾ See, e.g., Ruth Bader Ginsburg, Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*, 63 N.C. L. Rev. 375 (1985) (虽然未抵制, 但质疑罗伊案的自主性依据并惋惜法院未能引用妇女的平等利益)。

⁽¹⁰¹⁾ 对于堕胎权平等性的精巧论述, see Sylvia A. Law, Rethinking Sex and the Constitution, 132 U. Pa. L. Rev. 955 (1984); Siegel, 前注 96. 有关我自己对于平等视角优于隐私视角的思考, see Guido Calabresi, Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law 87-115 (1985).

⁽¹⁰²⁾ 切尔诺贝利核反应堆, 位于前苏联, 在1986年发生爆炸, 向空气中释放出50吨蒸发核燃料。See Grigorii Medvedev, The Truth About Chernobyl (Evelyn Rossiter trans., 1991).

⁽¹⁰³⁾ 但是对比 *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981) (支持将妇女排除在征兵通知登记单之外并不违反正当程序中的平等保护原则)。参见下文第九部分。

去的研究方法中已经被视为效率的标志（但可能今后不再如此）。或者，它可以引出采取新研究方法所需成本的问题。但无论如何，这都不会阻碍独立审视当今如何对身体部分进行有效分配和“授权”的问题。

此外，这并非是对这个问题进行彻底的法经济学分析的起点。但我们可以论及法经济学者可能会提出的问题类型，即建立一个身体各部分的交易市场能否有效解决问题，或根本毫无作用？通常，身体部分的“拥有者”与“可能的捐赠接受者”都是唯一的！该身体部分仅对此两者有用，因此一种双边垄断出现了。在其他情形下，仅拥有权利的一方当事人享有强大的垄断权力。在上述任一情形下，谈判都会举步维艰。⁽¹⁰⁴⁾ 鉴于拥有和需要良好身体部分的双方之间谈判（交易成本）如此艰难，⁽¹⁰⁵⁾ 那么一开始时将身体部分的所有权授予拥有者还是需求者会使谈判更有效呢？⁽¹⁰⁶⁾

大多数的人都拥有多余的血液与骨髓，他们甚至在正常需要下，拥有一个多余的肾脏。如果由需求者而不是拥有者取得其所有权，是否会更有效率？如果这些“照顾者”（拥有者）是为了他人必需的利益而付出，而不是为了他们自身利益或者保护某种潜在的可交易资产，这样的后果是什么呢？会有人在这种情形下，未能照看好自己的“可替换”器官么？⁽¹⁰⁷⁾ 有些法经济学者可能会认为会出现此种情形。⁽¹⁰⁸⁾ 有更多实证研究经验的法经济学者会对此看得更加深远，并可能会论证出恰恰相反的结论，因为缺乏照顾会给“粗心”的人造成许多不可挽回的损害。同样的粗心不但会对可替换的肾脏造成损害，也会对不可替换的心脏或者大脑造成损害。

不同学派的法经济学者当然会追问不同的话题。“耶鲁学派”的法经济学者大概关注于身体部分的拥有者与需要者之间所有权分配的结果。⁽¹⁰⁹⁾ 如果那些需要的人有权获得该身体部分，而不是由拥有者们奢侈地享有它们，是否意味着财富和福祉会更加平均地被分配？对一个拥有极其稀罕的血液的人又会有怎样的影响？如果他/她拥有这样的血液，将会非常的富裕。如果这样的血液属于那些需求者，那么珍稀血液的拥有者将成为一种公共资源，如同产奶的奶牛。如果有补偿，那怎样的补偿才是适当的，谁又该来为之买单？“芝加哥学派”的法经济学者们则很可能避免了这类问题的讨论。⁽¹¹⁰⁾ 最后，那些受到批判法学思潮影响的法经济学者们很可能会去判断从我们必须（以我们的身体部分）去帮助那些需要的人，而不是我们可以拒绝提供帮助让那些人死去的这一点出发对社会价值与兴趣的作用。⁽¹¹¹⁾

许许多多的问题还会被追问。强迫（任一方）的代价便是其中之一。即需要比较个体得

⁽¹⁰⁴⁾ 对比 James N. Morgan, *Bilateral Monopoly and the Competitive Output*, 63 Q.J. Econ. 371, 391 (1949) (描述双边垄断造成的交易问题和效率低下)。

⁽¹⁰⁵⁾ See Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960). 我在下列文章中详细阐述了这个重要概念：Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 Yale L.J. 1211 (1991), and Guido Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules --a Comment*, 11 J.L. & Econ. 67 (1968)。

⁽¹⁰⁶⁾ 几乎与决定谁拥有此项权利同等重要的是如何将强制执行这种权利。如果我拥有你一个肾脏的“所有权”（因为我比你更需要），我也许有权命令你通过手术将肾脏从你身体中移走（财产权规则），或者我仅仅有权在你拒绝同意移植时获得赔偿（责任原则）。See Calabresi & Melamed, 前注35。

⁽¹⁰⁷⁾ 对比 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243 (1968)。

⁽¹⁰⁸⁾ 一种类似的担忧认为可供移植器官数量的增加将诱使一些人做出更加危及健康的行为。考虑到一个政体将器官给予需求者的方式也许会引发对全民医疗保健的改革，这或许是件有趣的事情，因为每个人都将变成潜在的捐赠者，所以也变成了公共利益需要保护的资源。

⁽¹⁰⁹⁾ See Guido Calabresi & Philip Bobbitt, *Tragic Choices* 25 (1978) (讨论“正确的平等主义”。在此之下，必须对计算将负担强加于何处，作用于哪个特殊群体的最高效配置标准进行修改，此做法被相关政体认为是不能接受的)；Calabresi & Melamed, 前注35，（论述任何特定权利集合下考虑分配后果的重要性）。

⁽¹¹⁰⁾ See Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Stud. 103 (1979)（论证最大限度地增加财产是公正社会的目标）；另参见 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare* (2002)（论证效率是衡量一项政策价值的唯一标准）。

⁽¹¹¹⁾ See Kelman, 前注 28, at 126-37（讨论基于兴趣产生的基础权利的难点所在，因为兴趣具有偶然性并且随不同的权利计划而发生改变）。

不到所需的器官移植而前往白宫，高举着“为什么你放任我死亡，为什么没有人救我？”的标语这种情形下的代价，与强制人们进行器官移植兼容性测试以及最终迫使或强制其捐献器官所付出的代价之间做出比较。⁽¹¹²⁾ 类似的，开放器官市场对应限制器官交易（可捐献但不可买卖，或者只能在死后买卖而不能在生前进行），以及集体分配制度的利与弊的考虑，这些问题都令人作呕（*ad nauseam*）。⁽¹¹³⁾ 其目的是获得对制度应当是怎样的认识，以及避免像教条主义者一样，由于其假想的制度价值，在审视现有规定与学说时被误导。其目的，在于否认法律学术的研究目标和法律学术推行的某种首要价值是规则之间和规则代表的内在价值之间的一致性。

其他的“法律与……”学派可能会怀着像法经济学家一样的目的去研究身体所有权问题。但是他们在寻求引导的来源上有很大区别。一位“法律与哲学”学者很可能会去探寻学说和规则的应然状态。他/她会追问的问题，当然取决于他所坚持或依赖的哪一个或哪几个法律哲学流派的学说。并且这些观点可能差异巨大。下述例子足以证明我的观点。

致力于约翰·罗尔斯（John Rawls）有关正义与公平研究的“法律与哲学”学者们很可能会发问，当我们处于“无知之幕”（*veil of ignorance*）之后，会如何决定身体各部分所有权。⁽¹¹⁴⁾ 如果我们无从得知自己究竟会成为良好身体部分的拥有者还是需求者，会制定怎样的规则？这正是我们的思考指南。并非是由多数者（然我们假设是那些拥有良好身体部分的人们）投

⁽¹¹²⁾ 对比 Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law*, 80 Harv. L. Rev. 1165, 1214 (1967)（将“消极成本”的某一方面描述为失去的将来成果，因为没有得到政府补偿的这些人、同情他们的人和其他观察者“被他们可能其他情况下受到同样对待的思想所困扰”），会产生消极行为，造成了受损刺激或社会动荡，

⁽¹¹³⁾ See, e.g., Gloria J. Banks, *Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society's Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System*, 21 Am. J.L. & Med. 45 (1995). 班克斯调查了一系列选择，包括活体提供器官的市场（这很可能不受法律调整或可能包括控制价格和质量）；死后器官的期货市场（同样的，有一些可能的特点，例如控制价值或要求实物交易）；为贫困者储备器官的捐赠/商业混合性体制；或者结合政府为贫困接受者提供器官凭证的市场方式（苏珊·罗斯·阿克曼 (Susan Rose-Ackerman) 对转让一个人的权利时可能出现的对权利的不同限制做出过经典的概括性研究），*Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 Colum. L. Rev. 931 (1985).)

有关个人在存活期间应该被准许出售一个肾脏，但只有公共利益机构非市场上的个人，可被允许购买并在其后分配的论证。see Michael B. Gill & Robert M. Sade, *Paying for Kidneys: The Case Against Prohibition*, 12 Kennedy Inst. Ethics J. 17 (2002)（论证他们的提案可在不明显降低捐赠的情况下增加可使用的肾脏，这大多产生于家庭成员之间）。对于有利于期货市场的案例，see Roger D. Blair & David L. Kaserman, *The Economics and Ethics of Alternative Cadaveric Organ Procurement Policies*, 8 Yale J. on Reg. 403 (1991); Crespi, 前注81（主张建立期货市场并声称仅尸体就可以提供足够的器官以满足现存和预期的要求）；Henry Hansmann, *The Economics and Ethics of Markets for Human Organs*, 14 J. Health Pol. Pol'y & L. 57 (1989).

当然，虽然非法，但活体和死后器官交易市场已经存在，并且在一些国家，例如中国、印度、以色列、伊朗、俄罗斯和土耳其，这些交易市场的存在几乎已是个公开的秘密。因此，据说“在以色列，政府甚至默认这种实践——国家医疗保险项目涵盖了部分，有时是全部的移植中介费用。” Michael Finkel, *This Little Kidney Went to Market*, N.Y. Times, §6 (Magazine), May 27, 2001, at 26.

最近，美国已意识到急需成立非货币的器官“市场”。在2001年，新英格兰医疗中心(New England Medical Center)发起了“共享获得希望”（“Hope Through Sharing”）的项目，在这个项目中，如果等待肾脏移植患者的爱人向共同需求库捐赠了一个不匹配的肾脏，那患者等待移植的时间将会缩短。该项目目的是使得家庭成员和其他人在不能与患者所需器官配对的情况下仍可以帮助他们。这种加快不会越过急诊病例或其他在等待名单上配对比例十分低的特例。See Press Release, Tufts-New England Medical Center Unveils First-in-Nation Transplant Exchange Program: Mother Donates to Stranger to Save 12-Year-Old Son (Apr. 11, 2001), 查询网址: <http://www.nemc.org/home/news/pressrel/2001/01041101.htm>; 另参见 Jose A. Lopez, *Creative Organ Donations Attempt to Shorten Wait*, Contra Costa Times, Oct. 27, 2002（报道其他医院正尝试采取相同措施）。

有关对非法“边缘性”市场和非货币市场的处理方法，see Calabresi & Bobbitt, 前注 109, at 83-127.

⁽¹¹⁴⁾ See John Rawls, *A Theory of Justice* (rev. ed. 1999).

票，或者已经随着时间推移成为法学理论。⁽¹¹⁵⁾ 结果可能会是在无知之幕之后我们决定将血液或者骨髓给予需要的人们。可能只有在保留的肾脏在需要时不必冒不适当的风险就可被替换的情况下，多余的肾脏才可以捐献。而且无论何时，捐赠移植的前提是对捐献者的适当补偿。类似的，在无知之幕之后，我们很可能会选择将已死的人的身体部分分配给活着的需求者。⁽¹¹⁶⁾ 同时，我们不会倾向于——即使是在无知之幕之后——支持在生前捐赠特殊身体部分的必须义务——例如捐赠心脏或大脑——缺少了这些身体部分捐赠者将会死亡或者在某种意义上不再是他自己。⁽¹¹⁷⁾

此外，另一些人会别样地解读罗尔斯的理论以及无知之幕之后所发生的问题。接着会提出各种关于捐赠者与受捐赠者价值的问题。关于哪些人属于最不受优待群体的问题——当天赋、身体以及财富等被纳入考虑时——会毫无疑问地凸显出来。⁽¹¹⁸⁾ 同时，其他的哲学学派也一定会得出十分迥异的结论。一些康德主义者，引用“个人不能被作为手段，而只能是目的”的格言，会必然要求身体的部分属于其拥有者。⁽¹¹⁹⁾ 一些基督教哲学家——或者马克思原旨主义者（Marxist originalists）看待此问题时——会得出相反的结论：我们所拥有的都是一种亏欠，甚至我们也欠那些需要我们的人。⁽¹²⁰⁾

但这一切都应搁置一边，我理论中最核心的论点仍然成立：和“法律与经济学”类似，“法律与哲学”寻求于外部资源以对在现有法律学说中的规则加以批评或者进行肯定它没有，至少没有更多地，依赖于当前的主流或者未来的发展去引导法律。它并不意味着偏离的规则应当在整体上遵守该构造。“法律与哲学”所寻求的指引与“法律与经济学”、“法律与精神病学”、“法律与文学”⁽¹²¹⁾，或者一些法律与其他领域高度复合的学科所审视的对象大不相同。同样地，它所依赖的引导方法取决于遵循何种变体和何种法学学派。在其法律学说与法律学者的观点中，基本的方法是相同的。如不考虑具体所属的“法律与……”学派，其也将是相同的，并且它们完全不同于教条主义者所使用的方法。

八、我们拥有自己的身体么？——法律程序问题

通过下文，我们可以有效地比较法律程序学者们所采取的方法。关于身体部分所有权的

⁽¹¹⁵⁾ 为了更准确，罗尔斯理论者先会使用无知之幕推导出正义的原则，接着将这些原则（差不多意味着我们应彼此牺牲）运用于具体问题，如器官分配。

⁽¹¹⁶⁾ 这种方法更受限制的方式（一些人或许会认为是借口）目前或许会通过假定同意的法规而实现。See 前注 80（讨论这些法规）；Black, 前注 113, at 71（记录一些人就强制器官草案提出的争论，因为现在的公众忽视了需要“选择”而使得假定同意法规达到了同样效果）。

⁽¹¹⁷⁾ 对比 Margaret Jane Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1879-81 (1987)（论证某些形式的可转让性是非法的，因为这侵犯了人格）；Margaret Jane Radin, Property and Personhood, 34 Stan. L. Rev. 957 (1982)。

⁽¹¹⁸⁾ See Rawls, 前注 114, at 65-73（解释不同的规则，这些规则在提高社会最穷困家庭的位置时允许了收入分配的不公平）。如今，有时是在不确定的“社会价值”标准之上决定谁是器官接受者，其试图决定接受者在移植之后是否能成为合格的。这些标准包括婚姻状况、收入、受教育情况和职业背景。See Banks, 前注 113, at 63（讨论这些标准）；另参见 Calabresi & Bobbitt, 前注 109, at 186-89（论述并批判运用这些标准）。

⁽¹¹⁹⁾ 对比 Judith Jarvis Thomson, A Defense of Abortion, 1 Phil. & Pub. Aff. 47, 55 (1971)（“如果我病入膏肓，而唯一能拯救我生命的办法是用亨利·方达（Henry Fonda）冰冷的手触摸我发烧的额头，同样地，我无权获得这种触摸。如果方达能亲自从西海岸飞过来为我提供触摸那将是再好不过了。如果我的朋友出于好心，飞去西海岸将方达借来是次好的办法。但是我无权要求任何人为我这样做。同样地，回到我先讲的故事，若钢琴家向延续生命，则需要持续使用你的肾脏的事实并不能说明他被赋予了持续使用你的肾脏的权利。他显然不享有要求你准许他持续使用你的肾脏的权利。除非你授权，否则没有人享有使用你的肾脏的权利；没有人有权利让你赋予他这项权利，如果你准许他持续使用你的肾脏，这是你的善，而不是他以公平对待为依据可以从你那里索取的权利”）。

⁽¹²⁰⁾ Richard J. Cassidy, Society and Politics in the Acts of the Apostles 25-32 (1987)（描述早期基督教堂的“民主共同体”，那里所有的东西都是一样的，而且会向穷人分发物品）；Karl Marx, Critique of the Gotha Program (1891), reprinted in The Marx-Engels Reader 531 (Robert C. Tucker ed., 2d ed. 1978)（“从人人各尽所能到人人各取所需！”）。

⁽¹²¹⁾ 法律和文学学者们寻找的指导价值来源于政策性文学巨著中找到的标准作品，而非“社会科学”的分析框架。但是他们用这些价值对法律规则做出的断言或是批评却与其他“法律和...”学派十分相似。法律和地位学者们也会求助于文学巨著，但是他们更倾向于批判权威！See, e.g., Carolyn Heilbrun & Judith Resnik, Convergences: Law, Literature, and Feminism, 99 Yale L.J. 1913 (1990)（批判法律与文学学派主要不足在于过于强调以男性为中心的权威性文学）。

问题最初和最终能够通过立法机关、法院、行政机构或陪审团的特别方式进行裁断得到最佳处理？⁽¹²²⁾ 什么样的技巧与偏见会被带进程序中而导致我们偏爱一部分人，排挤另一部分人？是否需要专家来解决其中包含着的复杂技术问题？是否这类问题应当在高度个体性，并以事实为中心的途径下予以裁断，那么是否由普通法法院，或许在陪审员的参与下裁断效果会更好？或相当抽象的说，是否此类裁断应当，由更具有普遍效力的机关如立法机关作出最为合适？⁽¹²³⁾ 当同样的模式多次被涉及，是否为了保证处理的类似性而需要那些遵循先例的常设机构（如法院裁决）？或者由于大多数的案件都各不相同，且基于其高度个性化的事实，所以我们更需要陪审团或者行政机构参与处理？⁽¹²⁴⁾

这些可能的决策者的成员各自是如何被选出和组成的？是否这些人是从政体中大范围的按照几乎是全民投票的方式选择出来的，能够最佳地反映民众对于血液和骨髓究竟是该归拥有者还是需求者这个问题的态度呢？或者这类问题最适合被立法机关的权利团体解决，去权衡两个团体间的利益需求，即相对占少数的需求群体的强烈需求愿望与另一个软弱但占多数的群体之间的利益，而这些令人生厌的多数主义在不得不容忍一些成员更关心的其他事时可能会让步。⁽¹²⁵⁾

又是否几乎没有人能够在意识到他们自己可能会成为需求者前，愿意为此问题而游说？如果是，即使随着时间推移，许多人——或许是大多数人——将会愿意至少一些身体部分应当归那些需求者们，但在任何特定时候，永远都会是只有少数人在奋力争取这样的规则。⁽¹²⁶⁾ 在这样的情形下，代表多数主义的机构，例如行政机关和立法机构，远不如法院适合来确定权利的归属。因为法院能够追溯性的行事和回顾性的看待在此前个人追求“正义”的主张中，其对于公正（包括其强度）的思考，或者至少可以回顾以往那些公正的判决。

此外还有更多的问题会被法律程序学者们提出。显然，这些学者在回答哪家机构适合于裁断身体所有权问题时，不会仅依据这些机构的职权作出判断。他们也会依据所涉身体所有权问题的价值进行考量。这便是为什么我之前所说，法律程序的理论难以自圆其说。⁽¹²⁷⁾ 但若假定（明确的或暗含的）一些价值范畴，权利观念（可能是内生于制度中，或者外在于制度），法律程序学者们将能够欣然地专注于此类问题的制度合理性与我前文所描述的制度能力。法律学说，如果这样定义的话，将会十分有助于我们解决身体部分所有权的问题。因为它能够用批评的眼光汇总和分析大量信息，以引导政体决定在不同情形下由谁来裁断该问题。而使用此种研究方法的学者在处理该问题上显得相当中立。

⁽¹²²⁾ 讨论各种制度在分配稀有资源的优缺点，see Calabresi & Bobbitt, 前注 109.

⁽¹²³⁾ 当然，最优结构可能是多层化的。例如，立法者而不是法院可能会最好地回答有关身体部分所有权的原始政策问题。这时加利福尼亚高等法院在拒绝增加侵权行为时所持的观点，这种侵权行为是指在了为了医学研究目的移植人体细胞的背景下发生转移时出现的行为。Moore v. Regents, 793 P.2d 479, 496 (Cal. 1990)（认为这种政策问题与立法者相关，因为它们“有能力收集经验证据，征求专家的意见，并且举行听证会，让所有的利害关系人出示证据和阐明自己的观点，”但却并未因此而解释为什么在摩尔案中，从法规这点出发就会对被告而不是原告更为有利（省略引号和引用内容））。但是立法者或许会设定一条包含指导方针的法规，该方针范围会足够宽泛，可以使得法院在考虑每个案例的细节时仍然可以通过创设先例保证出力的规范性。接着法院可能会，反过来，利用专家或特殊人群根据法规要求的医疗决定提出建议。一个法定计划或许还需要法官在做出特殊的决定的同时给予法院一些权力以推翻这些决定。

⁽¹²⁴⁾ 在《悲剧性选择》(Tragic Choices)一书中，菲利普·伯比特(Philip Bobbitt)和我讨论过我们称之为“对等法官”(“parajuries”)的优点和不足。See Calabresi & Bobbitt, 前注109, at 57-79. 这些制度有四个特征：他们是分散的（例如他们各自做出的决定），他们不解释自己的决定，他们寻求替代，并且他们存续的时间太长所以可以分配利益（例如选择潜在的接受者）。这些决定者通常被用来做出分配性决定，包括非常稀缺的资源，这源于他们受欢迎的血统并且因为在这种情况下，明确阐述分配标准（或缺少）会产生政治上的破坏性。例如，我们讨论了“西雅图上帝使团”(“Seattle God Committee”)，它负责决定谁能使用稀有的肾脏透析机，并且有时享有战时征兵局的自由裁量权。我们注意到这些制度趋向于成为（或者是被认为已经成为）独裁、偏见或受贿之处，并且已采取了一些措施以改善这些问题。最终我们认为，不论是原始的形式还是改良的形式，对等法官对解决悲剧性困境只能起到非常有限的作用。

⁽¹²⁵⁾ 这种激进的少数群体可以战胜无组织和无中心的多数群体的意愿取得司法成功的观点常出现在多元主义文学作品中，但是这对公众选择学术具有崭新意义。相关综述，see Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, Law and Public Choice (1991).

⁽¹²⁶⁾ 对于此情形与约翰·罗尔斯的正义和公平观点的联系，参见前注 114-118 的内容。

⁽¹²⁷⁾ See 前注 53 and accompanying text.

当法律程序学者们面对需要良好身体部分的人(或者是此问题中被迫捐赠器官的拥有者)属于被剥削者、贫困者或者其他被歧视群体的情形时,中立性便明显变得更加可疑。如果那些需求者,或者可能的被强迫捐赠者并非是随机分布在政体中,而由于其共有显著特征被多数主义机构诸如立法机关,或者政体中的其他权力中心排除在外时,程序学者的研究方法就显得特别有倾向性。但是各种争议立刻席卷而来。⁽¹²⁸⁾ 无论这种排斥的根源来自于历史,或者完全与之无关,而将被排斥群体列为特殊的身体部分合适捐赠者(或者特殊的需求接受者),均是如此。妇女在历史上确实被排斥和歧视,很重要的原因是她们可以怀孕,⁽¹²⁹⁾ 即是说,如果有人的身体要为胎儿/未出生生命的利益而使用,那么她们的身体就必须被使用。相反的,非裔美籍人与犹太人被排斥或歧视的原因则并不在于其携带的隐性镰状细胞性贫血基因或者隐性泰萨氏病(tay-sachs)基因。而且情况会继续如此,即是非裔美籍人和阿什肯纳齐犹太人(Ashkenazy Jews)由于携带这类基因而成为非常合适的血液、肾脏、骨髓捐赠者(或者捐赠移植的特别需求者)。⁽¹³⁰⁾ 并不在于无论其是否与合适于器官捐献相联系,对于该群体任何方式的排斥或者歧视,都会影响由什么样的机构最适合裁定赞成或反对拥有者享有身体各部分所有权。

法律程序学者们会特别地关注于最后这个问题。他们会追问,在司法或者立法语境下,歧视是否意味着更严重的权力缺乏与更大程度的关注缺乏。他们也会考虑哪些机构(法院、立法机关、行政部门,或者其他机关)最有可能克服以往的偏见,并且依然重视着,或许还十分真切的,建立身体所有权特殊规则的社会需求。⁽¹³¹⁾ 换句话说,他们会考虑哪些机构能最好地决定一条重大且具有非同寻常意义的规则是合适,还是基于偏见或无效力,即是,要求被歧视和被排斥的群体来承受本不应该的负担,必然引起深刻的质疑。这也必然需要我们尽可能地注意负担分配上不受偏见与利害关系选民的干扰。但并不必然意味着该负担由被歧视群体承担就不正确。⁽¹³²⁾ 事实上,类似的负担可以由非排斥群体承担,或者虽然没有类似的负担,但一旦出现,为了实现避免歧视的更好结果,应由非歧视群体承担。⁽¹³³⁾

男人不会怀孕这一事实,势必导致反堕胎法受到怀疑。但是至少可以考虑这种可能性,也就是说即使男人会怀孕,他们大多数也会为了保护胎儿而赞同反堕胎法。如果一项类似的拯救生命的责任被置于男人身上,则关于他们意愿的测试就变得可行了(而且会是必须的)。⁽¹³⁴⁾ 如果不能这样,则起码要求反堕胎法的决策者尽可能地反馈那些承受负担者的诉求(即

⁽¹²⁸⁾ See Ely, 前注 39, at 152-54 (论证法院应详细检查一些立法, 这些立法给被社会广泛敌视的群体施加了额外的负担)。但是考虑到布雷斯特和却伯的批判, see sources cited 前注 48, 这些程序性方法假定了公平的实质理论。

⁽¹²⁹⁾ See Catherine A. MacKinnon, Reflections on Sex Equality Under Law, 100 Yale L.J. 1281, 1311 (1991).

⁽¹³⁰⁾ 镰状细胞血症在这个国家主要发现于美籍黑人中。泰萨氏病主要发现于阿史可那齐(通常是德国和东欧)犹太人中。See Nat'l Humane Genome Research Inst., Learning About Sickle Cell Disease, at <http://www.genome.gov/10001219> (说明大约每12个非裔美国人中就有一人携带镰状细胞特征); See Nat'l Humane Genome Research Ins., Learning About Sickle Cell Disease, at <http://www.genome.gov/page.cfm?pageID=10001220> (说明美国大约每27个犹太人中就有一人携带这种泰萨氏病基因)。

⁽¹³¹⁾ 当理查德·尼克松(Richard M. Nixon)还是杜克法学院学生时, 在自己的文章中提出了一种看法, 在决定最佳决策者时, 决策者的个性是其应回答问题的本质所在, 因此决策者的偏见也同样重要。See Richard M. Nixon, Changing Rules of Liability in Automobile Accident Litigation, 3 Law & Contemp. Probs. 476 (1936) (分析法院和陪审团在民事侵权案件中所扮演的角色)。早期, 在尼克松成为重要政治人物之前, 他的文章被认为是法律现实主义写作的一个重要示例, 其中一段摘要被收录在主要的侵权案例集中。See Harry Shulman & Fleming James, Jr., Cases and Materials on the Law of Torts 198-200 (1st ed. 1942).

⁽¹³²⁾ 但是, 这个负担的出现确实迫使法院在认定法律的正当性时加入独立地、搜寻式调查, 以及对抗必须采纳立法者的言词。See Calabresi, 前注 50, 93-94 (举例说明法院在面对法律强加的值得怀疑的不平等负担时, 不恰当地遵从立法者的意见)。

⁽¹³³⁾ 同上 at 94-96.

⁽¹³⁴⁾ See 同上 at 96 n.43 (讨论, 在堕胎的语境下, 男人为了孩子的利益, 可能进行的多种形式的强制劳动)。

是说，最小程度地歧视或排斥妇女，并且尽可能少的依赖于这些权威)。⁽¹³⁵⁾但是，法律程序学者们很可能会得出结论，一个人不能总是要求自己被决定不承担负担。⁽¹³⁶⁾

正如在其他研究方法的论述中所提及的那样，本文并不意在全面地思考法律程序学者们如何处理身体部分所有权的问题。甚至也谈不上开始对这种研究方法中不同学派与学者的丰富性和变动性的审视。我的主要目的是在于指出不同的法律程序学者之间所采用方法的相同之处，以及指出他们与致力于教条主义或者“法律与……”方法论的学者之间存在的富含深意的差异。

九、我们拥有自己的身体么？——法律与身份

“法律与身份”学者们思考此问题的方法与前文所述的三种方法显然形成了鲜明对比。这个问题对于这类学者，既单纯又简单，即是：目前的与以往的关于身体部分所有权的规定怎样影响其有关群体的成员？如果这些规定是由不同的机构制定，那么这些规定的效力会有什么不同？其他的学科又会告诉我们这些规定作用于相应“身份”的群体会有怎样的实际效果与规范化结果？⁽¹³⁷⁾因此，女权主义学者会关注于当法律规定血液、肾脏以及骨髓属于拥有者而非需求者时，妇女基本上是承担负担还是从中受益，或者其影响居于两者之间。

然后，她们会将其与可能区别对待其他身体部分的规则相对比，进而阐释这种区别对待对男人和女人造成的不同影响。反堕胎法，以及要求妇女“照顾自己”以避免胎儿受伤害的法律即是主要例证。⁽¹³⁸⁾这些都将与未规定婚内强奸是犯罪的法律进行比较。⁽¹³⁹⁾

对于出售部分而非全部身体（如可自我更替的血液和毛发）权利的问题，应当参照禁止卖淫加以考虑。⁽¹⁴⁰⁾至于在实践里，往往最终并非强制“购买者”而仅是“出售者”的事实，应当视购买者与出售者交易，或拟交易的具体身体部分来对待。⁽¹⁴¹⁾同样应被审视的还包括对于男性以及女性卖淫的不同对待。⁽¹⁴²⁾关于代孕母亲的问题当然也被用于使这些问题清楚明白

⁽¹³⁵⁾ 但是，去判断什么时候一个决策者能够充分代表一部分人或者，换句话说，足够的公正是相当困难的。同样，对偏见的判断将与对危险下的潜在问题的实质判断密切相关。See Nixon, 前注131（证明这个不足）。同样有可能如伊利所言，see Ely, 前注39, at 165, 因为受到压迫，少数主义成员将受“错误意识”之苦。如果真是这样，就算是在保证程序公正性或者“过程”适当性的伪装下，仍会不可避免地做出实质性判断。

⁽¹³⁶⁾ See Ely, 前注39, at 169-70（论证如果是妇女能在政治程序中保护自己，但是却选择不这样做）。（“我们中的许多人或许会谴责这种选择忽略了其特长，但这不是一个宪法性争论”）。But see Brest, 前注48, at 141（论证有权得到平等对待是一种个人权利，这不应该取决于一个群体中的多数人是否选择“保护自己”）。

⁽¹³⁷⁾ 法律与身份的研究学者明显不是使用同一种特有的方法；他们反而在自己的研究中加入教条主义、“法律与……”以及程序方法以了解法律是如何影响某些特定人群的。因为这个原因，可以认为法律与身份方法与我介绍过的其他方法明显不在同一位阶上。

⁽¹³⁸⁾ 法律与身份学者们所使用方法的多样性有着其重点。例如，有些学者使用教条主义的方法划分堕胎和其他胎儿保护法律的发展历史 see, e.g., Siegel, 前注 96, 其他学者使用了一种法律程序方法去解释法院应该用何种方式加以干涉，以纠正政治程序中基于性别的曲解。see Ely, 前注 39, 164-70（论证数年前当女性没有足够的政治权利时，立法向女性施加了额外的压力的局面在立法上或许已经被公正地“召回了”，在“仔细考虑”下形成了更考虑女性的立法机构）。

⁽¹³⁹⁾ 当涉及到有关婚姻中例外情况的讨论，see Robin West, Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment, 42 Fla. L. Rev. 45 (1990)（使用教条性以及法律程序方法去探讨婚姻内的例外情况违反了平等保护条例，以及国会是否指出这种违宪行为的最高级机构）。

⁽¹⁴⁰⁾ See Khiara M. Bridges, On the Commodification of the Black Female Body: The Critical Implications of the Alienability of Fetal Tissue, 102 Colum. L. Rev. 123 (2002)（讨论，在禁止卖淫和限制代孕的情形下，是否能买卖胚胎组织的问题）。法律哲学和法律经济学有关器官、性服务和生育服务市场的讨论，see Margaret Jane Radin, Contested Commodities (1996)。

⁽¹⁴¹⁾ See Mary Joe Frug, Postmodern Legal Feminism 133 (1992)（描述了，有时候警察对卖淫者实施残暴的强制措施，而对嫖娼者采取实施宽松的强制措施）。

⁽¹⁴²⁾ 平等保护条例往往未能阻止警察相对于男性卖淫者和嫖娼者，用更加残酷的手段对待女性卖淫者。See, e.g., People v. Superior Court, 562 P.2d 1315 (Cal. 1977)。

地显示出来。⁽¹⁴³⁾

无论如何,分析将会扩展到超出一些明显的领域。事实上,男人的身体被国家征用(招募入伍)会具有特殊的意义。但这也因为其服从征用而被赋予相应的身份并给予一定的补偿(退伍军人福利以及诸如退伍军人权利法案等教育计划)。⁽¹⁴⁴⁾此外,不仅应当分析对这些不同待遇的经济、社会效果的分配结果,还应当关注其效用结果。

男人与女人间财产所有权的历史关系也应同时被看做是与他们对于身体部分所有权的相似问题。⁽¹⁴⁵⁾这类符合身体征用类型、构成侵权损害的问题,应当被加以分析,以洞察那些看起来名义上会得出类似结果的规则如何区别对待妇女受到的伤害和男人受到的伤害。一个例证便是在社会结构将女性获得高收入的可能性降到最低的时代,损害与收入损失的联系。⁽¹⁴⁶⁾此时应考虑对这些规则负责的决策者的本质,因为经济上的激励和效率可能影响了这些规则。

类似的,男人性能力损害总是被看作对他自己的伤害,而非对其配偶的伤害;但截然相反的是,女人性能力的损害却总会引起对其丈夫(或者说是其“主人”?)的重大伤害。⁽¹⁴⁷⁾这一图景还包括曾经占统治地位但最终衰落的一种诉因,即“离间夫妻感情”。哪些立法机构应该对这种衰落负责?哪些涉及该问题的文献起到了不可忽略的作用?以及新旧制度的效用性和偏好塑造重要性(taste-shaping significance)都应当被分析。⁽¹⁴⁸⁾

通过以上这些,但并不限于此,当男人与女人被纳入考量时,一幅身体所有权将会作截然不同处理的法律地形图将被展示出来。⁽¹⁴⁹⁾这些规则是怎样成立的,并且仍然保持正确性?这些规则虽将继续展现着理论的不同取向,但会遵循血液、骨髓或者肾脏应当属于其拥有者而非其需求者的决定,这也仍将是该类法学研究所关注的核心。但这样的话,从妇女的视角出发时,考虑何种法律之外的价值来源——如经济学、文学、哲学等等——将会十分有助于在处理身体部分所有权问题时,达到是“恰当的”或者至少是拥有最明智的决定。当然,与此密切相关的是,探讨哪些机构能够兼顾与女性相关的法律问题、她们特殊的历史与她们内心的诉求,以及哪些机构不能。

正如不同的“法律与……”学者间(如法经济学者与法哲学学者之间)方法的不同,不

⁽¹⁴³⁾ See Bridges, 前注 140, at 145-51 (讨论代孕和胚胎组织买卖)。有关女权主义者运用法律和哲学方法批判代孕, see Margaret Jane Radin, What, If Anything, Is Wrong with Baby Selling?, 26 Pac. L.J. 135 (1995)

⁽¹⁴⁴⁾ See Kenneth L. Karst, The Pursuit of Manhood and the Desegregation of the Armed Forces, 38 UCLA L. Rev. 499 (1991) (讨论完整公民权和服兵役之间的象征性关系)。

⁽¹⁴⁵⁾ 有关妇女拥有财产权的法律地形图的历史, see Norma Basch, In the Eyes of the Law: Women, Marriage, and Property in Nineteenth-Century New York (1982)。

⁽¹⁴⁶⁾ Elaine Gibson, The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages, in Tort Theory 185, 191-202 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., 1993) (描述了侵权赔偿与十九世纪工业化背景下失去收入的关系,以及批判这个政体低估了妇女受到的损害)。

⁽¹⁴⁷⁾ Lucinda M. Finley, A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course, 1 Yale J.L. & Feminism 41, 48-51 (1989) (描述了这条法律持续到二十世纪五十年代)。

⁽¹⁴⁸⁾ See Susan McCoin, Law and Sex Status: Implementing the Concept of Sexual Property, 19 Women's Rts. L. Rep. 237, 241 (1998) (发展了对离间夫妻感情的女权主义批判)。已经有 9 个州保留了这种民事侵权行为的某种形式,同时,一些学者也论证了它的复苏。See William R. Corbett, A Somewhat Modest Proposal to Prevent Adultery and Save Families: Two Old Torts Looking for a New Career, 33 Ariz. St. L.J. 985, 989 n.7 (2001)。造成离间夫妻感情以及,并不是无关的,违背承诺请求在多样性的“文学”作品中扮演着重要角色,例如约翰·高尔斯华绥(John Galsworthy)的作品。The Forsyte Saga (1922), and G.S. Gilbert & Arthur Sullivan, Trial by Jury (opera) (Bryceson Treharne ed., 1941) (1875)。

⁽¹⁴⁹⁾ 女权主义者在这个问题上使用教条主义方法无疑将会引用一系列对妇女身体自主权的附加限制。例如他们也许会提及拉姆利禁令(Lumley injunction),其限制了员工出售自身服务以作为违反劳务合同的补偿的权利,前述规定部分源于十九世纪妇女身体自主权因受到限制的观点。See Lea S. VanderVelde, The Gendered Origins of the Lumley Doctrine: Binding Men's Consciences and Women's Fidelity, 101 Yale L.J. 775 (1992)。的确,所有派别的教条主义者都面临这样的问题,地势地标的相关领域在逻辑上是没有边界的——每一个地标都会被质疑,或至少在某些方面影响即将发生的事件。因此,教条主义者质疑普遍中心如何定义这个领域以及这些限制是自身由法律地形图(循环提问)还是被外来价值(因此要求使用某些“法律与……”的方法)所支撑着

同的“法律与身份”学者为使法律图景和今天需要决定的问题清楚明白地显示出来，会考虑大量各不相同的预先存在的规则。对于“种族与法律”学者来说，奴隶制的事实和法律及其全部后续的附带影响（例如在强奸案或谋杀案中，对黑人或白人受害人和加害者的不同待遇）是他们关注的中心。⁽¹⁵⁰⁾ 这里可以明确的看出，基于种族的原因，拥有者长期以来并未享有其身体及其部分的所有权。并且，与法经济学者的分析类似，美貌和力量对于拥有者并非一种利益，而成为了诅咒，而只能被他人所享用。⁽¹⁵¹⁾ 专为穷人服务的公益律师会关注穷人被诱劝（被饥饿所迫使？）出卖他们的身体从事极度危险的工作，当然包括战时入伍服役。他们可能将其与我们所谓的不情愿允许出卖身体部分相比较，并追问是谁——是富人还是穷人——获得了如今可用的身体部分中的大半部分。⁽¹⁵²⁾ 类似的，“体力劳动者”声称人工肾脏移植后效果很差，但可能在“更绅士”的职业群体中移植的成功率也相同。⁽¹⁵³⁾ 如果上述是事实，那将影响体制内决定可选择移植器官的数量。

这些特别的问题，法律内外的价值来源，不同决策者的恰当性，甚至结论都可能会相当的不同，这都取决于该学者所采用的“法律与身份”研究方法对女权主义、种族、贫穷、性取向，甚至是贵族抑或社会等级差序的关注偏好。但他们涉及的研究和问题被提出的方式都高度一致，而非常不同于教条主义者、“法律与……”学者，以及坚定的法律程序学者。

结论

上述这些方法哪些才是法律和法学研究？我相信它们各自都有许多可取之处。毫无疑问，

⁽¹⁵⁰⁾ See, e.g., Williams, 前注57, at 181-238（根据黑奴时代的历史，探讨自主权的重要性）；Bridges, 前注140（反对胚胎组织市场，因为黑人妇女将会因种族和贫穷而遭受额外的剥削）。

⁽¹⁵¹⁾ 由公共事业振兴署(Works Progress Administration)发起的联邦作家计划(Writer's Project)，于罗斯福新政早期收集到的幸存奴隶的回忆录。这些回忆充分地证明了这个观点，see *Unchained Memories: Readings from the Slave Narratives* (Spencer Crew, Cynthia Goodman & Henry Louis Gates, Jr. eds., 2003)，早期还未被解放的前奴隶写下的论述，see, e.g., *Slave Narratives* (William L. Andrews & Henry Louis Gates, Jr. eds., 2000)（收集论述）。

一些学者已经批判过现今的身体各部分分配体制对有色人种的不公正待遇。See, e.g., Ian Ayres, Laura G. Dooley & Robert S. Gaston, *Unequal Racial Access to Kidney Transplantation*, 46 Vand. L. Rev. 805 (1993)（引用经济学方法表明联邦基于“抗原匹配”分配肾脏的政策向等待换肾的黑人施加了一个不合理的负担）；Michele Goodwin, *Deconstructing Legislative Consent Law: Organ Taking, Racial Profiling & Distributive Justice*, 6 Va. J.L. & Tech. 2 (2001)（批判“假定同意”的法条，因为少数种群生前被排除在“社会契约”之外，而死后却因源于其中的一个观点被强制要求捐赠器官）。

⁽¹⁵²⁾ 反对自由器官市场的传统观点之一是这个市场对穷人的影响。正如班克斯观察的那样；[a]活体器官市场体制可能会造成这样一个结果：穷人占多数的出售者会出售他们的关键器官，例如肾脏，使富人占多数的购买者受益。这会造成许多穷人生计仅仅因为恶劣的经济状况就生活在受损的健康状态下。Banks, 前注 113, at 80 (1995)。但市场的鼓动者发现对这种利用的担忧都及于表面，并且他们指出社会容忍穷人在危险和恶劣，但对社会有利的活动中成为多数参与者，例如药物实验、服兵役、农活等。See Gill & Sade, 前注 113, at 34-36；另参见同上 AT 29-33（论证这种关于利用的断言仍是不正确的，因为肾脏捐赠是一个安全的过程，并且是被积极鼓励和表扬的，加之运用非市场的方法来分配肾脏可以保证富人不会在被帮助者中占据多数比例）。这些争论十分琐碎，同时我相信他们并未对这个问题提出完整的处理方案。See Calabresi & Bobbitt, 前注 109（探讨有益物品以及财富分配中立的市场的定义和存在的理由）。法律与劳动力以及法律与财富的学者也会划分他们自己的法律地形的图画，强调法律降低工人或穷人自主性的方式。例如，他们会引用共同雇员条例以及其他帮助公司在十九世纪晚期摆脱工业化造成的民事纠纷条款。See Lawrence M. Friedman & Jack Ladinsky, *Social Change and the Law of Industrial Accidents*, 67 Colum. L. Rev. 50 (1967)。或者他们会使用法经济学方法去评定在二十世纪世纪初这些条款以及导致向未犯错误的工人进行赔偿的压力。

⁽¹⁵³⁾ 透析中宣称工人出现“坏结果”是透析控制器分配制度中一个重要的基础，这个基础一度曾流行于英格兰。See Calabresi & Bobbitt, 前注109, at 185。

我认为自己已有的研究在很大意义上带有了上述每一种方法的明显特征。⁽¹⁵⁴⁾

同样，也不可能运用这些研究方法的综合混合体，对其各自的洞察能够在相当大地程度上帮助填补理论间的隔阂，而适当的批评也是基于这些洞察。然而，它们各自都（删去）代表着完全不同的看待法律、立法、法院、法学研究以及它们在社会中和制定社会规则时扮演角色的各种方法。特别是，它们各自对于法学学者在法律改革中的角色所持的立场，例如对立法/法院等法律阐明机构的功能的立场，存在微妙和戏剧性的差别。这些研究方法都在上世纪美国法律中扮演着重要角色；在之前时代中的法律思潮中，它们各自有着其表现形式；在而后的岁月跌宕起伏，随后又不断以其崭新的形式得以展现；这意味着，它们也会继续作为我们法学的核心内涵与时俱进。

我希望自己能够详细描述在何种条件下，各种研究方法最可能盛行，和（并非同一回事）各种方法对社会及其法制最有价值。我确信法律学者们无论其对上述研究方法及其流派的偏好如何，都会海纳百川地接受其他选择不同研究方法的学者。我们的法学历史揭示了那些至关重要的洞见都是意想不到的从这些研究方法中产生的。

⁽¹⁵⁴⁾ See, e.g., Calabresi, 前注35 (法律与经济), Calabresi, 前注101 (教条主义, 法律与身份); Calabresi & Bobbitt, 前注109 (法律程序, 法律与经济, 法律与哲学); Calabresi, 前注50 (法律程序) Calabresi & Melamed, 前注35 (法律与经济)