



英国法中的 实用主义与理论

Pragmatism and Theory in English Law

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

【英】 P.S. 阿蒂亚 / 著

刘承晔 刘毅 / 译

清华大学出版社

英国法中的 实用主义与理论

Pragmatism and Theory in English Law

比 · 较 · 法 · 学 · 丛 · 书

【英】P.S. 阿蒂亚 / 著

刘承晔 刘毅 / 译

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

英国法律文化的风格和纠纷解决的方式具有高度实用主义的特色。与欧洲大陆的同行们相比,英国法官在裁判中更信任经验和先例,而非逻辑与原理。作者以“逻辑与经验、权利与救济、原理与先例、学术与实践”四对核心范畴为观察视角和论述理路,为我们呈现了实用主义传统的一个较为全面的法律影像。在此基础之上,阿蒂亚也将传统英国法的精神归结为:对实用主义的偏爱与坚守、对理论的反感与排斥。当然,对于英国法的实用主义精神传统,阿蒂亚在赞扬和褒奖之余,也进行了反思与重估。“实用主义传统的弱点”和“幕后的理论”两章便是作为学术法律人的阿蒂亚“反思与重估传统”的产物。

本书是一部“比较法理学”的杰作,视野开阔、论理充分、言之有物。适合对英国法、比较法、法理学和部门法哲学感兴趣的教师、研究人员和学生阅读。

作者阿蒂亚是牛津大学英国法教授,原书由 Hamlyn 信托基金赞助,Stevens Sons 公司出版,后版权转让给 Mr. Greener's Company (Thomson, Sweet & Maxwell) 公司。中文版权为清华大学出版社享有。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

英国法中的实用主义与理论/(英)阿蒂亚(Atiyah, P. S.)著;刘承睦,刘毅译.—北京:清华大学出版社,2008.12

(比较法学丛书)

书名原文:Pragmatism and Theory in English Law

ISBN 978-7-302-18824-7

I. 英… II. ①阿… ②刘… ③刘… III. 法律—研究—英国 IV. D956.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 168633 号

责任编辑:方 洁

责任校对:王凤芝

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:5.375 字 数:126 千字

版 次:2008 年 12 月第 1 版 印 次:2008 年 12 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:18.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:010-62770177 转 3103 产品编号:022591-01

清华大学出版社

京·北

“比较法学丛书”总序

初民社会，各族群独处一隅，几与外界隔绝，孤立中遂滋生某种自信，或称诩“上帝选民”、“天之骄子”，或自谓“吾道独真”、“唯我德馨”。后偶与外族接触，亦对“非我族类”，多投以白眼，甚至极尽嘲讽之能事，必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族，前者对“男人奢侈”之放纵，令后者匪夷所思，后者对“女人放荡”之纵容，使前者难以理解。同样，禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝，而奉守食人之俗者，对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮，互斥异端，互为排斥，互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景，实多出于文化封闭，心理排外。

法，作为习俗结晶、文化符号之一种，其演进标志人类族群进化之轨迹：由隔离而接触，由孤立而群合，由独行而协作，由排斥而共存。然文化因族群而殊，习俗因族群而别，法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制，中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定，伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制；印度寡妇殉葬与西方领主初夜权，英美对抗制与欧陆纠问制，中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一，美国三权分立与英国议会主权……凡此种种，或带有文化类型之印记，或标示族群

生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辩;异名同物,厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源远流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、德、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。孟氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历,后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届国际比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后,种族偏见渐弱,然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来,比较法学著述之丰,前所未有;功用之广,遍布立法、司法;学理之通,惠及法学各科。

吾华夏民族,得益农桑,泽被礼义,“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦,其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄,尊而滋傲,国人遂目比邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海,或坐

井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钩异，以娱视听；道闻途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中之中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐，“夷律”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西法如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物；比较因起，实多舶来新宪。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业，其中影响较大者，当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》，影响一代学人，至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》，虽未冠比较之名，实为比较法学之论坛也，其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人，忆及当年盛况，颇多感慨，其情其景，宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代，千山万水，不成障碍，黄种白种，弗为隔阻，孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分，互为仇讎；中西两立，几断音讯。当此之际，比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户，恍如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；

劫余思生,处长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。译比较法学专著多种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效涓力之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏薇女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言述之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

译者序言

本书是英国著名的哈姆林讲座(Hamlyn Lecture)之一种,该系列讲座的宗旨在于促进“比较法理学和文化人类学”的发展,鼓励以一种开放的视角来研究和阐释英国法。除了阿蒂亚的《英国法的实用主义与理论》这一讲座之外,每年一次的哈姆林讲座在几十年的时间里,可谓众星云集,先后由丹宁勋爵(Lord Denning)、劳森(F. H. Lawson)、古德哈特(A. L. Goodhart)、艾伦(Sir Carleton Kemp Allen)、菲福特(C. H. S. Fifoot)等杰出法学家(法官)登坛讲法,为英国法理论与实务的传承与发展做出了不可磨灭的重大贡献。

本书作者阿蒂亚(Patrick. S. Atiyah)教授,来自英国著名的阿蒂亚家族。阿蒂亚家族中最著名的人物当属本书作者的哥哥迈克尔·阿蒂亚爵士(Sir Michael F. Atiyah)。迈克尔·阿蒂亚被誉为20世纪和当今世界最伟大的数学家之一,曾经获得过号称数学界“诺贝尔奖”的“阿贝尔奖(Abel Prize)”和“菲尔兹奖(Fields Medal)”这两项数学界的最高荣誉。当然,作为弟弟的P. S. 阿蒂亚也毫不逊色,他同样是思想巨擘、学界翘楚。P. S. 阿蒂亚是当今世界合同法三大家之

一,其多次再版的《合同法导论》和鸿篇巨制《合同自由的兴衰》(*The Rise and Fall of Freedom of Contract*)早已成为传世经典;而他直接与英美哲学家进行对话的著作《允诺、道德与法律》和已经译成中文的《法律与现代社会》、《英美法中的形式与实质:法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》都共同展现了阿蒂亚在法理学和法哲学方面的深厚学术功力和思想造诣。

《英国法中的实用主义与理论》是一部“比较法理学”的杰作。就其思想内容而言,阿蒂亚实际上是以比较法的视角和“实用主义与理论”之关系的维度来揭示“英国法的精神”。正如作者所言:“我想尽力捕获英国法律制度的精神和气质(*spirit and ethos*),识别英国法律文化的风貌。”

当然,说到英美法精神的话题,就不得不提庞德1921年的经典著作:《普通法的精神》。庞德的《普通法的精神》一书,从“封建因素”、“清教主义”、“司法权与王权”、“拓荒者与法律”和“司法经验主义”等历史与社会背景来解读普通法的自身成长和演进之路,是以普通法之“内部视角”研读“普通法精神”的典范。阿蒂亚的《英国法中的实用主义与理论》虽然没有冠以“英国法精神或普通法精神”的宏大标题,也没有过多关注普通法精神赖以形成的多方位历史渊源,但实质上致力于英国法精神的发掘。与庞德的名著《普通法的精神》相比,阿蒂亚的《英国法中的实用主义与理论》的不同之处或许在

于：庞德更关注普通法的“前世”，阿蒂亚则更关注普通法的“今生”；庞德以历史社会的内部视角全方位地展现普通法的精神，阿蒂亚则采取开放的比较法视角和“实用主义与理论”关系的维度来展现“英国法的精神”。

阿蒂亚指出，英国法律文化的风格和纠纷解决的方式具有高度实用主义的特色。与欧洲大陆的同行们相比，英国法官在裁判中更信任经验和先例，而非逻辑与原理。本书的前三章内容，全部以“逻辑与经验、权利与救济、原理与先例、学术与实践”四对核心范畴为观察视角和论述理路，为我们呈现了实用主义传统的一个较为全面的法律影像。在此基础之上，阿蒂亚也将传统英国法的精神归结为：对实用主义的偏爱与坚守、对理论的反感与排斥。当然，对于英国法的实用主义精神传统，阿蒂亚在赞扬和褒奖之余，也进行了反思与重估。“实用主义传统的弱点”一章便是作为学术法律人的阿蒂亚“反思传统”的产物。更可敬的是，阿蒂亚并没有陷入学术法律人惯用的“抽象说教”的窠臼，对于英国法实用主义传统“力量和弱点”的论说，都有大量英国案例的强力支持，这一点无疑得益于其部门法出身的背景。

有弱点就需要弥补与克服。英国法实用主义传统所带来的弱点是如何克服的呢？阿蒂亚在第四章“幕后的理论”中给出了答案。阿蒂亚认为，尽管主要是一个实用主义的法律系统，但英国法中却存在大量的隐性理论(implicit theory)；并且，学术法律人及其著作对于英国法律发展的影响之大，远超过人们的通常想象(此

点可从 19 世纪合同法的发展和上议院 *R. v. Shivpuri* 案的判决中得到印证)。正是上述隐性理论(幕后的理论)和学术法律人的贡献,大大缓解了英国实用主义法律传统和法律方法的弱点,为一个表面上不讲逻辑、仇视理论的英国法维持其自身合法性和正当性提供了永久的支持。

在本书的翻译和出版过程中,清华大学法学院高鸿钧教授给予了很大的支持与帮助,并将该书纳入他所主持的“比较法学丛书”;本书作者阿蒂亚教授亲自联系 Mr. Greener's Company (Thomson, Sweet & Maxwell) 协调翻译版权问题。译者在此一并表示诚挚的感谢。

本书翻译的分工如下:刘承魁(中国政法大学中美法学院教师)负责翻译第一章和第二章;刘毅(北京大学法学院博士后)负责翻译第三章和第四章。由于译者才疏学浅,难免讹讹纰漏之处,还请贤达之士批评指正。

译者

2008 年 6 月

目 录

“比较法学丛书”总序	1
译者序言	5
第一章 英国法中的实用主义与理论	1
一、逻辑与经验	7
二、权利与救济	16
三、先例与原理	23
四、实践与学术	30
第二章 实用主义传统的力量	37
一、逻辑与经验	38
二、权利与救济	47
三、先例与原理	61
四、实践与学术	69
第三章 实用主义传统的弱点	77
一、再论逻辑与经验	77
二、权利与救济	95
三、先例与原理	106
四、实践与学术	111
第四章 幕后的理论	120
一、隐性理论	120

英国法中的实用主义与理论

二、隐性理论的影响	124
三、隐性理论与司法功能	129
四、学术法律人的贡献	137
索引	152

1	“英国法”与“普通法”	第一章
2	“英国法”与“普通法”	第二章
3	“英国法”与“普通法”	第三章
4	“英国法”与“普通法”	第四章
5	“英国法”与“普通法”	第五章
6	“英国法”与“普通法”	第六章
7	“英国法”与“普通法”	第七章
8	“英国法”与“普通法”	第八章
9	“英国法”与“普通法”	第九章
10	“英国法”与“普通法”	第十章
11	“英国法”与“普通法”	第十一章
12	“英国法”与“普通法”	第十二章
13	“英国法”与“普通法”	第十三章
14	“英国法”与“普通法”	第十四章
15	“英国法”与“普通法”	第十五章
16	“英国法”与“普通法”	第十六章
17	“英国法”与“普通法”	第十七章
18	“英国法”与“普通法”	第十八章
19	“英国法”与“普通法”	第十九章
20	“英国法”与“普通法”	第二十章
21	“英国法”与“普通法”	第二十一章
22	“英国法”与“普通法”	第二十二章
23	“英国法”与“普通法”	第二十三章
24	“英国法”与“普通法”	第二十四章
25	“英国法”与“普通法”	第二十五章
26	“英国法”与“普通法”	第二十六章
27	“英国法”与“普通法”	第二十七章
28	“英国法”与“普通法”	第二十八章
29	“英国法”与“普通法”	第二十九章
30	“英国法”与“普通法”	第三十章
31	“英国法”与“普通法”	第三十一章
32	“英国法”与“普通法”	第三十二章
33	“英国法”与“普通法”	第三十三章
34	“英国法”与“普通法”	第三十四章
35	“英国法”与“普通法”	第三十五章
36	“英国法”与“普通法”	第三十六章
37	“英国法”与“普通法”	第三十七章
38	“英国法”与“普通法”	第三十八章
39	“英国法”与“普通法”	第三十九章
40	“英国法”与“普通法”	第四十章
41	“英国法”与“普通法”	第四十一章
42	“英国法”与“普通法”	第四十二章
43	“英国法”与“普通法”	第四十三章
44	“英国法”与“普通法”	第四十四章
45	“英国法”与“普通法”	第四十五章
46	“英国法”与“普通法”	第四十六章
47	“英国法”与“普通法”	第四十七章
48	“英国法”与“普通法”	第四十八章
49	“英国法”与“普通法”	第四十九章
50	“英国法”与“普通法”	第五十章

第一章 英国法中的实用主义与理论

哈姆林小姐(Emma Warburton Hamlyn)是哈姆林信托基金(Hamlyn Trust)的创立者,她经常周游欧洲大陆国家,告诉我们“把关于比较法理学和文化人类学的诸多印象汇集起来”。因此,设立哈姆林讲座的目的就在于增进和扩展比较法理学和文化人类学方面的知识,使得生活在联合王国的普通人得以了解,相对于欧洲其他国家的人们来说,自己在法律和习惯方面享有哪些特权(privileges)。所以,哈姆林讲座的演讲人似乎必须成为一名比较法学家,至少在他的讲座期间应该如此。这对于一个从未研究过比较法和无意成为一个比较法学者的人来说,不是一件容易的差事。然而,我会尽力忠于该信托的此种精神,至少从英国法与大陆法重要区别的角度来选择自己讲座的主题,并且我会特意谈论英国法(English law),而不是如哈姆林信托基金所说的联合王国的法律(law of UK),因为根据我所做讲座的内容来看,苏格兰有时必须被划为欧洲大陆国家。

人们曾经普遍认为,与源自罗马法的多数欧洲大陆国家的法律相比,英国的法律制度是一个更为实用主义的法律系统。此外,人们也经常认为(有些时候,

英国法律人也这么认为),大陆法在法律方法上比英国法更为理论化。他们喜欢诸如法典那样的稀奇古怪的东西,他们的很大一部分灵感来自大学的氛围和在大学里工作的理论家和法学家,而不是全部来自于法官。事实上,法学家而非法官通常会被大陆法国家的人们视为法律权威和法律圣贤。他们信任理性和原理,而非先例。甚至他们的道德理论似乎也比英国传统的功利主义更理论也更抽象,而功利主义“长期以来被认为是对欧洲启蒙运动朴素而精巧的英国式表达”。^①杰出的苏格兰法官麦克米兰勋爵(Lord Macmillan)在他1937年的讲座中指出,大陆法和普通法国家人们的思维方式的确存在一个根本的区别,这一区别也是英格兰和苏格兰的根本差别,不只在法律方面,而且也在宗教、哲学和经济方面。^②

今天,现代的比较法学家似乎更加怀疑上述抽象概括方法的有效性。^③例如,先例的确在德国法律制度中起到了重要的作用。即使在法国,先例也发挥了超过英国人想象的作用。法典在实践中的作用远没有它们在理论中所具有的那种包容性^④,一部完美、全面而包容一切的法典理想越来越被大陆国家法律人视为一个不可能实现的乌托邦之梦。^⑤如此等等。但是,尽管存在这些疑问,人们仍然广泛接受下述观点:两大法系

① H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford, 1983), p. 48.

② “Two Ways of Thinking,” in *Law and Other Things* (1937), pp. 76-101.

③ See e. g. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1953).

④ 见 Tunc, “It is Wise not to Take the Civil Code too Seriously,” pp. 71-85, in *Essays in Memory of Professor F. H. Lawson*, (Wallington and Merkin ed. 1986).

⑤ Csaba Varga, “Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification,” in *Law and the Future of Society*, (Hutley et al. ed. A. R. S. P., 1977), pp. 27-41.

在法律方法和法律推理方面存在重大区别,就像普通法法律人与大陆法法律人的区别那样。^① 在本讲座中,我打算从英国法的角度来切入该问题,当然偶尔也会涉及外国法的视角。如果这还算不上是一种比较的方法,那么我希望这至少能为那些从其他方面切入该问题的比较研究提供某种素材。

在本讲座中,我会从如下颇有争议的主张开始——英国法律人不仅更倾向于实用主义方法进路,并以此为荣,而且还厌恶理论化的方法进路。今天仍然庆幸“英国法不是一门科学”^②的法官(正如他们的一位先行者所做的那样)或许已经不是很多了,但是我相信此种情感仍然存在于法官们心中。据说英国法律人对“法理学”这个词向来是不屑一顾的^③,虽然时至今日,情况已稍有改观,但是很少有人会否定这种传统的观念。在英国,有一个英国人迄今仍为之骄傲的“蹉浑水”(muddling through)的传统。^④ 在上文曾经提到的讲座中,麦克米兰勋爵曾指出,英国的特点在于“总是对理论和原理抱有强烈的厌恶和不信任”。^⑤

① 例如,见 Nicholas, *French Law of Contract*, (1982) pp. 4-5; Markesinis, "Conceptualism, Pragmatism and Courage," pp. 57-70, in *Essays in Memory of Professor F. H. Lawson* (如上), 建议说(在第 68 页): 德国法官的判决是“抽象化和概念化的,难以遵循……他们对逻辑的运用经常会走向极端……”。但也应该注意如下的论断(同上): 德国法官可能“比人们的通常印象更少理论化的倾向、更多实用主义的倾向”。也参见 Markesinis, "Tort Damages in English and German Law: A Comparison," (1985) *Studi Senesi* XC VII (III Series, XXXIV) 7, at pp. 8-9. 该文认为,德国法有过分讲究体系和逻辑的倾向。

② Morris R. Cohen, "Law and Scientific Method," reprinted in Ames, Cardozo *et al*, *Jurisprudence in Action* (1953), p. 115.

③ Ibid.

④ 特别突出的可能是量刑问题。例如,见 Andrew Ashworth, *Sentencing and Penal Policy* (1983), p. 448.

⑤ *Op. cit.* at p. 80.

我想不会有人质疑英国律师和法官对理论的普遍厌恶倾向。正如沃克尔(Nigel Walker)教授所言,“对于英美法官来说,‘理论’这个词不过是挡箭牌而已,相反,欧洲大陆的法官们却对理论有着更多的思考。”^①尽管我认为沃克尔教授将英美两国的法官相提并论并不十分恰当。事实上很显然,之所以应当倾向于从实践性的方法对待法律,是因为法律基本上是一门实践性学科,人们当然也可以质疑——是否存在对法律进行理论化研究的必要性。^②

- 5 你们会发现,当我试图发掘英国法之精神时,我已经不自觉地假定:英国法律体系的真正代表是法官或执业律师。这说明我已经在某种程度上回避了我要讨论的问题;我敢说,绝不只有英国的法官和执业律师(相对于学术法律人来说)对实践的兴趣更多,对理论的兴趣更少。并且,如果学者们从更为理论化的视角研究和撰述法律,为什么不将他们也视为“法律人”呢?当然这只是我所考察的图景中的一部分,我还会回到上次讲座的内容,通过更多的细节观察学术法律人与法律实践者之间的关系。当然我可以确信,在英格兰没有人仅仅因为有一些学者从事英国法的理论研究,就认为英国法也具有理论性的特征。但这是一种回避问题的方式。甚至还可以说——正如我曾经说过的那样——学术法律人对法律理论问题的研究恰恰表明,法律是存在于学术社会之外的东西,学术的功能就是研究其并未真正参与其中的某种东西。并且,我很确信这也正是大多数人——学术法律人和非学术法律人,还有非法律人——看待法律学术职业之角色的态度。但是,

① *Punishment, Danger and Stigma* (1980), Preface (p. viii).

② 见 Jolowicz, “Utility and Elegance in Civil Law Studies,” (1949) 65 L. Q. R. 322, at p. 322.