

听风听雨

朱伟
一

法律出版社 LAW PRESS - CHINA

馆

09-53

14

听风听雨

朱伟
一

图书在版编目(CIP)数据

听风听雨 / 朱伟一著. —北京:法律出版社,
2010. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0372 - 6

I. ①听… II. ①朱… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 015224 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/10 字数/233 千

版本/2010 年 3 月第 1 版

印次/2010 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0372 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

“一片春波流日影，过长桥，又把平堤绕。”我以为，好的文字有
这个意思：舒缓婉转，意味深长。

好的文字要有好的意思。普希金的诗歌是一个例子：“我用竖
琴唤起人们美好的感情。我还歌颂过自由。在我的残酷年代，我为
死者呼吁过同情。”自己民族失语的人，读到普希金的诗句，无不
为之感动。“我为死者呼吁过同情。”——法律论文做不到这点，但
法律随笔有这个可能。

朱伟一
2010年3月20日

目录

一、先文学,后法律

- | | |
|------------|----|
| 1. 法律与文学 | 3 |
| 2. 法律与哲学 | 7 |
| 3. 法律与历史 | 12 |
| 4. 律师与外交 | 17 |
| 5. 法律与军人 | 21 |
| 6. 法律与智慧 | 25 |
| 7. 法律与革命 | 29 |
| 8. 先文学,后法律 | 33 |

二、清歌一曲月如霜

- | | |
|-------------------------------|----|
| 9. 情杀中的检察官 | 39 |
| 10. 飞来明月如梦梦——看电影
《海角七号》的诗意 | 44 |
| 11. 《色,戒》——“闪烁而又很微
弱的光亮” | 50 |
| 12. 清歌一曲月如霜 | 59 |
| 13. 满城尽带黄金甲 | 62 |

三、听风听雨

- | | |
|--------------|----|
| 14. 最深情语最温文 | 69 |
| 15. 中、英文异同二三 | 72 |
| 16. 戏说学外语 | 76 |
| 17. 听风听雨 | 78 |

18. 说文解字	83
四、与大师对弈	
19. 与大师对弈——“德沃金法 哲学思想国际研讨会”侧记	89
20. 人民的律师	104
21. 忆陈嘉教授	109
22. 庭院内那最后盛开的丁香 ——访鲁迅故居	112
23. “活着干，死了算”——伦奎 斯特，一位优秀的保守派大 法官	117
五、审美是一种道德检验	
24. 天涯不用遥相问	125
25. 逻辑与思辨	130
26. 审美是一种道德检验	136
27. 同是天涯沦落人——兼谈 诉讼中的辩论回合	141
28. 性骚扰与黄段子	143
29. 被亵渎的法律学位	147
六、五月的庆典	
30. 五月的庆典	153
31. LSAT, 美国的科举考试	157
32. 轻舟已过万重山——追忆 美国律师资格考试	165
33. 法学院的必修课	173
34. “仇恨入心要发芽”——追忆 美国法学院考试	185

七、每经高处必回头

- | | |
|---------------------------------|-----|
| 35. 怀旧——最后的浪漫 | 191 |
| 36. “劳工神圣” | 197 |
| 37. 还忆当年经行路——高考旧事
二三 | 203 |
| 38. “每经高处必回头”——谨以此文
献给母校南京大学 | 207 |
| 39. “这是一个小世界” | 218 |

八、羊要吃山顶上的草

- | | |
|----------------|-----|
| 40. 儿子 | 231 |
| 41. “羊要吃山顶上的草” | 234 |
| 42. 握住谁的手? | 237 |
| 43. “往事” | 241 |
| 44. 从学校午餐抓起 | 245 |

九、死读书、读死书、读书死

- | | |
|--------------------------------|-----|
| 45. “今日听君歌一曲” | 251 |
| 46. “南枝留得夕阳明” | 255 |
| 47. “人生若只如初见” | 259 |
| 48. 贝当投降是否等于卖国?
——介绍一本“二战”史 | 269 |

十、客舟听雨

- | | |
|---------------------------|-----|
| 49. 到鼓浪屿看看 | 277 |
| 50. 金色的布拉格 | 282 |
| 51. 芝加哥——一座“宽肩膀”的
城市 | 289 |
| 52. 难以忍受翠湖之轻 | 292 |
| 53. 日本纪行——东京，一座女性化的
城市 | 296 |

一、先文学,后法律

P1-36

一、先文学，后法律

1. 法律与文学

美国法学院招生讲究兼收并蓄，恨不能收几个刑满释放的职业杀手（很像孟尝君延揽门客，鸡鸣狗盗之人也在网罗之列）。在美国学法律的时候，同学中有几位西点军校毕业的军官，他们大概算是准职业杀手。除准职业杀手外，同学中有学文科的，也有学理科、工科的。有理工科背景的学生走对了门，在法学院得心应手，游刃有余。学哲学的和学历史的感觉也不错。最痛苦的是学文学的，艰难地适应摧残身心健康的逻辑思维。

法律与文学是两种思维。法律多抽象思维，文学多形象思维。法律与理工科更近，都是抽象思维，“已知求解”，“因为所以”。文学讲究的是“下笔如有神”，重情节，轻逻辑。哲学也讲究抽象概念，什么“白马非马”，什么“矛盾是对立的统一”，似是而非，目的就是普通人拒之门外。历史是对史实的罗列和解释，很像法律论述；法律的论述是用事实与法律搭积木，变化层出不穷，律师、法官可以八仙过海，各显神通。

但文学绝非一无是处。好处之一是可以成为迷彩服，让人不知虚实。《麦田的守望者》一书中有段话，说是谁要能够大谈“戏剧、话剧和文学等，人家就不探虚实，一时半会儿弄不清他是否真的很蠢”。诉讼如同打仗，也讲究兵不厌诈，真真假假，虚虚实实。

当然,文学作品不是化妆品,而是作家凝聚人生,揭示人性。《麦田的守望者》还有句话,“不成熟的人有个标志,是要找个理由高尚地赴死;成熟人也有个标志,是要找个理由苟活下去”。正是!步入中年后,我们多数人何尝不是苟且偷生,多的是无奈:“柳下系舟犹未稳。能几日,又中秋”。

破译人性有助于法律工作。律师的工作之一就是说服,说服形形色色的人。这就需要察言观色,有时甚至是投其所好。精通法律不等于善于说服。都说法律至高无上,但法律再高也高不过人的虚荣心。贩夫走卒如此,律师、法官更是如此。

文学是沟通人际关系的管道,尤其是在跨越文化方面。比如,引用一句莎士比亚的台词,世界各地的人都心领神会,一下子拉近了距离。莎士比亚说过,“好是最好的敌人”。这句话对外国客户屡屡奏效。此话对应的中文可以是,“凡事不能求全”、“知足常乐”或“不要弄巧成拙”。但莎士比亚受到的商业炒作更多,国际知名度也更高;而且大家都怕露怯,只要是莎士比亚说的话,听不懂也要装懂。

文学也有与法律相同之处。莎士比亚有句名言,“简洁是机智的灵魂”。文学语言离不开机智,而机智需要简洁。同样,法律也要言简意明,斩钉截铁,最忌拖泥带水。如果赘词一多,之乎者也,哼哼唧唧,法律就少了严肃性和尊严。

今天在美国,案情日益复杂,诉讼标的越来越高,诉讼书和判决书也随之加长,否则有失严肃。但句子越来越短,语言也是越来越简单——至少诉讼书是这样。

法官可以居高临下,洋洋洒洒,一挥而就,因为法官不用担心没人看他们写的判决。无论判决书的句子如何冗长,意思如何颠三倒四,理论如何深奥,律师和专家学者们都会认真拜读,用心领会。但律师不敢如此潇洒,遣词造句必须慎之又慎,尽量言简意明,否则法

官很可能失去耐心,将诉讼弃之一边。即便法官能够耐着性子看完,那也是一头恼火。

语言的简洁也取决于标点符号的运用。最简单的规则就是多用句号,少用逗号,最忌一逗到底。逗号一多,看起来就吃力。中国古文里的句子就很短。李煜的一曲《虞美人》是行行句号。春花秋月何时了。往事知多少。小楼昨夜又东风。故国不堪回首月明中。雕阑玉砌应犹在。只是朱颜改。问君能有几多愁。恰似一江春水向东流。

滥用逗号是“文革”的后遗症。试看“文革”中最脍炙人口的一句话:“首先,让我们衷心敬祝我们心中最红、最红、最红的红太阳,伟大的领袖、伟大的导师、伟大的统帅、伟大的舵手毛主席万寿无疆!万寿无疆!万寿无疆!”对人性的亵渎必然导致对法律的践踏,随之而来的也是文字上的荒诞。“文革”最大的危害就是撕裂文化,摧残人性。

律师需要驾驭法律,但更需要驾驭局面。文学与把握局面并无直接关系,但至少有助于驾驭语言,有助于表达。按莎士比亚的说法,就是“语言是思想的翅膀”。而善于表达有助于驾驭局面,结交英雄豪杰和三教九流。《围城》中国立大学的高松年高校长便是位语言大师,跟军事教官闲谈,说一两个“他妈的!”教官惊喜得刮目相看,引为同道。“他妈的”今天仍然是交流感情的重要符号。如果不以一定的频率说句“他妈的”,则不足以表现出一分潇洒、一分豪情。

现代文学少不了故事,而法律也需要讲故事。诉讼律师就是要讲述故事,向法官讲述故事,向仲裁员讲述故事。故事得自圆其说,前后连贯,主题分明。故事还必须与法律丝丝入扣。

法律讲究条理,文学注重感应。不过,日常生活中人们多凭经验、凭直觉办事。法律诉讼中许多情况下也是靠直觉、靠急智。例如,辛普森案中,最打动陪审团的并不是法律。检察官说是捡到了

凶手作案时用过的手套,审案时让辛普森当庭戴上,没想到手套太紧,很难戴上。辛普森的律师灵机一动,喊出“手套太紧,被告无罪”。陪审团最终也没有弄明白相关法律,但律师即兴发挥,创造出来的警句式的短语却潜移默化地打动了他们。

2. 法律与哲学

公共场合,最好不要东张西望,至少不要盯着美人死看。否则美人会问:“看什么看?”当然,京油子会卷起舌头反问:“你不看我,怎么知道我看你?”京油子是有点痞,但他这是在用哲学,用了哲学上的方法论。律师理屈时也会这样狡辩。还有,“当主要矛盾解决之后,次要矛盾便上升为主要矛盾”。都是讲哲学、用哲学。

一、体 系

哲学的大问题是体系问题,大哲学家讲究完整的体系,不仅要解释过去,解释现在,还要解释未来,解释宇宙。

法律也一样,专业上国人喜欢划分体系。比如,民法又称“大民法”,将物权法、侵权法和婚姻法统统打在网内。所以,中国的法律学者比较喜欢当民法专家。如果你是民法专家,那世上万物,人间百态,尽在股掌之中。当然,德国的民法典确实不错,是人类共同遗产。德国有很好的民法典,那也不是偶然的,德国多哲学家,尼采、黑格尔、马克思,他们都是德国人或是德国的犹太人。

法律的专业划分是需要的。可惜,这种划分经常是出于争强地盘和巩固地盘的需要。大民法是个很头疼的问题,难免有“垄断”现象和“独裁”倾向。曾经有人想从中割出一块“经济法”的天地。当然,这有点另立山门的意思,任务是很艰巨的,相当于“文革”中“当权派”从资产阶级反动路线中杀出来。反叛者曾经一度得逞,很有异军突起的气势。学校里有经济法专业、经济法系,甚至还有什么

国际经济法系,法院里的经济庭也很坐大。但好景不长,法院又改回来了,取消了经济庭,改设民一庭、民二庭,把颠倒的历史再重新颠倒过来。

讲究体系很好,但要命的是,讲究体系重在包罗万象,一言以蔽之。“一言以蔽之”就很难容得下反对意见。德国法院的判决书原来都是一致意见,后来做了些改良,稍稍有些松动,德国宪法法院的判决也有反对意见。但德国其他法院的判决书也还都是一致意见。据说这是为了避免歧义,以免减弱法律的权威性。美国人比较尊重不同意见,至少在美国国内是这样。美国联邦法官卡多佐有句名言:“言论自由是一切权利之母。”美国上诉法院的判决中常有不同意见(上诉法院是合议庭。一审法院多是独任法官,无所谓意见不同)。

法律来自日常生活,是为解决人们生活中的困惑和烦恼而制定的规则。从这个意义上说,法律应该贴近生活,是人民大众生活中的一部分。但法律还可以再往上提升,升到什么体系的角度。而体系的角度实际上也就是哲学的角度或是说高度。这样来看,法律便是介于法律哲学(也可以说是理论问题)与实际问题之间。

在此三角关系中,德国人是尽量要将法律往体系和理论上升。德国人的法律也是这样,每部法律都有总则,统领所有细则,细则里没有谈到的具体问题,再回头去看总则。美国人不同,往往是选择一个突破点。人类是从自由王国走向必然王国,美国法官分析问题更喜欢走回头路。

美国法律不太注重体系,至少是一开始不讲什么体系。除路易斯安那州外,美国没有民法典(路易斯安那州原来是法属殖民地,沿袭法国民法典至今)。美国的合同法、侵权法都是自成一体的大法,不是大法下的小山头。美国法律界人士有时也会说到商法,但这里的“商法”(commercial law)并不是自成一体的法律,而是各个法律

中与商业有关的内容都汇总在一起。

美国法官讲究打硬仗、打乱战，抓住一点进攻，突破后四处出击，全面开花。美国比较讲究实用。美国人的光辉思想常常是一两个闪光的点，比较接近中国的成语故事。如，所谓的“毒树之果”规则(fruit of a poisonous tree)，指刑法审判中必须视程序为生命，非法获得的证据不能被作为定罪的证据。还有“公众人物”(public figure)规则，是说当官或出名后就得准备挨骂，别人骂错了也很难索赔。如果有人损你，就必须忍着点，因为公众人物是大家关注的焦点，所以必须牺牲点隐私权。而且即便报道有点失真，我们也不能求全责备。美国进而发展到要背案例，一个案例一个思想。

沉默权(right to maintain silence)也是美国法中的一条重要规则。按这条规则，犯罪嫌疑人一旦落网，有权始终保持沉默，而且沉默不得被视为其有罪的表现。这实际上是举证责任的转移，要求控方在被告不认罪的情况下证明指控。这种点上的规则是小敲小打，但也有宇宙性的影响。比如，倘若沉默权早点在中国适用，“文革”中挨斗的老干部就可以保持沉默，避免屈打成招，更不会乱咬人，就没有那么多的冤假错案了。

二、有逻辑不等于合理

法律和哲学都讲究推理、讲究逻辑。法律甚至更进一步，将其化为程序，说是程序的公正要高于实体的公正。步步为营、稳扎稳打，力求避免错误。德国人很讲逻辑，连笔记薄纸上都是小方格，如同象棋的棋盘。瑞士说德语的那部分人也是一样。

但追求逻辑也可能铸成大错，也可能导致荒谬。希特勒从上台到独裁，走过了法律的每一个程序，可以说是合法的。等德国人走完整个步骤，等到他们发现误入歧途，惊呼上当，一切都太迟了。

美国也有类似情况。比如，政治捐款在美国也是言论自由的一

种形式,受宪法保护。政治捐款经常被用于广告,这样就与言论挂上钩了。按这种逻辑顺推,任何人、任何企业,如果用自己的钱,就可以想捐多少捐多少。当初,希特勒拿德国大资本家的捐款就不受任何限制。可这样一来,穷人还有说话的余地吗?

美国已故大法官奥利弗·霍姆斯在《普通法》一书中说过:“法律的生命不是逻辑,法律的生命就是经历。”至少可以说,逻辑与经历是在相互影响的。

三、抽 象

法律与哲学有一个共性,就是两者都很抽象。抽象后问题就可以变幻无常,律师和法官就可以做手脚,就有了回旋余地。例如,货物买卖合同可以很简单,但德国人非要将其一分为二;销售合同有别于物权转让合同,而且两者分离,即便销售合同不成立,物权转让合同仍然可以单独成立。这就是德国民法上的所谓分离原则。分离原则是立法者向大银行投降的结果。商界的大债主多是银行。银行总是希望把债务人捏在手里,能不解放他们就不解放他们,能晚一天解放他们就晚一天解放他们。银行有可能想将此担保用于彼债务。

中国法不这样规定。按照中国的《担保法》,担保合同依赖主合同而存在。主合同终止,担保合同也不复存在。这是中国法律进步的地方——至少书面上如此。

美国朋友也是不甘落后,开动脑筋,在证券法方面将抽象的概念发挥得淋漓尽致。复杂一点的中大多有“说明与担保”(Representation and Warranty)条款。这里的说明指合同一方披露有关合同的情况,但只是说明现有状况或过去的状况,不涉及未来。证券法将此概念往前推进一大步,推出了披露的概念。证券法的披露也是说明情况,但不仅要披露公司的现状,而且还要披露公司对未来