

LAWYER DIGEST

5 律师文摘



2007·第五辑·总第二十九辑

主编 孙国栋

要目:

- | | |
|------------|---------------------|
| 任东来 | 作为技艺的法律实践和作为学问的法学研究 |
| A.J.M. 米尔恩 | 法律与道德 |
| 台建林 | 黄陵法院取消业务庭室建制再引激辩 |
| 何帆 | 刑民交叉案件的司法处理方式 |
| 杨玉圣 | 自主选聘物业 依法理性维权 |
| 张婧 | 律师的晚九朝五 |
| 莫莉 | 律师事务所会成为下一个上市富矿吗? |
| 殷海光 | 我们的教育 |
| 陈丹青 | 常识与记忆 |
| 林来梵 | 宪法不能没“牙” |

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

5

LAWYER DIGEST

律 师 文 摘

2007 · 第五辑 · 总第二十九辑

主编 孙国栋

责任编辑
周文娟

四季·三
国平面设计

ISBN 978-7-80226-714-5

定价：16.00元

律师文摘

2007·第五辑·总第二十九辑

5

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王力成 王才亮 田文昌
池英花 刘 宇 朱树英
刘桂明 杜佐东 杨泽延
贺宝健 薛济民

执行编委 谭 礪 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 上海建纬律师事务所
北京才良律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
重庆百君律师事务所
信捷投资担保有限公司
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2007年.第5辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2007.9
ISBN 978-7-80226-714-5

I.律… II.孙… III.律师—丛刊
IV.D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 021389 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京市清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2007 年 9 月第 1 版

印张/11.5 字数/210 千

2007 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-80226-714-5

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66026587

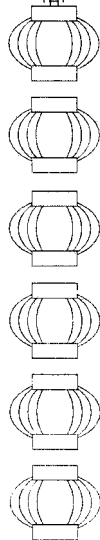
邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京)
王小军 浙江省泽大律师事务所主任(杭州)
王志学 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳)
孙伏龙 河北省太平洋世纪律师事务所主任(石家庄)
朱元涛 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
乔占祥 北京市金台律师事务所副主任(北京)
刘文君 广东省经天律师事务所合伙人(深圳)
刘彤海 河南省尊严律师事务所主任(濮阳)
刘建锋 北京市丹宁律师事务所执行合伙人(北京)
许兰亭 北京市炜衡律师事务所律师(北京)
李俊华 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明)
吴 革 北京义派影响性诉讼研究中心理事长(北京)
陈刑天 北京市厚信律师事务所主任(北京)
张星水 北京市京鼎律师事务所主任(北京)
杨 斌 北京市五环律师事务所律师(北京)
肖树伟 北京市天驰律师事务所合伙人(北京)
陈惠忠 广东省星辰律师事务所主任(深圳)
周 强 北京市正见永申律师事务所律师(北京)
赵红亮 北京市兰台律师事务所律师(北京)
胡祥甫 浙江省金道律师事务所主任(杭州)
秦 兵 北京市忆通律师事务所律师(北京)
徐 彬 北京市首信律师事务所主任(北京)
浦志强 北京市华一律师事务所合伙人(北京)
贾承霖 北京市世纪律师事务所合伙人(北京)
梁 晨 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京)
韩 良 南开大学法学院副教授(天津)
蒋 勇 北京市天同律师事务所首席合伙人(北京)
彭 航 北京市天平律师事务所合伙人(北京)
董 箫 河北省世纪方舟律师事务所副主任(石家庄)
谢重基 北京市雍合律师事务所律师(北京)
霍 健 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京)
戴勇坚 中国建筑房地产律师网执行总裁(长沙)



《律师文摘》征订启事

《律师文摘》是国内第一本以法律职业共同体为主要读者的大型文摘类连续出版物,每年六辑,由江平、梁定邦、张思之、邓正来、贺卫方先生担任学术顾问。文摘以“提升律师人生境界,提高律师业务水平”为宗旨,以“促进中国律师业的成熟与进步,推动中国民主与法制化进程”为己任,秉承“独立之精神,自由之思想”的编辑理念,博采众家之长,荟萃中外经典,竭诚营造中国律师的精神家园和权威论坛,选文突出思想性、国际性、前瞻性,是广大律师提高职业素养和业务能力的优秀教材,也是社会各界了解律师业的一个窗口。《律师文摘》创办五年来,在法学界和法律实务界影响日益扩大,受到广泛赞誉。

《律师文摘》定价 16 元,全年 96 元。2008 年已开始征订。另外,编辑部还有少量 2002 年至 2006 年已出版的各辑刊物,2002、2003 年每年四辑,每辑约 28 万字,定价 25 元;2004 年四辑每辑约 19 万字,定价 16 元;2005、2006 年每年六辑,每辑约 20 万字,定价 16 元。以及 2002 年、2006 年合订本,定价 100 元。欢迎广大律师及各界人士订阅,同时希望您将慧眼选中的佳作惠赐本刊。订阅时请将书款(免收邮寄费)通过邮局直接汇至编辑部。

地址:北京市昌平区东环路 136 号方舟书苑《律师文摘》编辑部

邮编:102200

收款人:梁小玲

电话/传真:010-80111302

电子信箱:lushiwenzhai@126.com

作为技艺的法律实践 和作为学问的法学研究

2005-2006 学年,我在美国阿华州德雷克大学的法学院做了一年的富布赖特访问学者。这个大学及其法学院属于地方性(regional)院校,其生源基本来自中西部地区。它每年招收 150 名左右的学生,共有 30 位左右的专职教授。在美国律师协会(ABA)认可的全美 180 余所法学院中,绝大多数都是这种地区性的、职业性的法学院。像国内法律人热衷谈论的哈佛、耶鲁、斯坦福这类全国性的、带有研究性的法学院,只是极少数,在某种程度上并不具有很大的代表性。

这类大路货的法学院,给人最深的印象是,它从来不把法律看作是一个多大的学问,更多是一种职业训练和技艺培养。因此,它的课程设计,直接针对学生毕业后所要遇到的具体法律问题。这些课程主要有三大类,一类是侵权法、合同法、财产法、税法、宪法诉讼这些实体课程,另一类就是技能性课程,比如法律文献检索,法律文件写作,还有就是实践课,比如法律诊所,审判体验(trial practicum),模拟法院。在德雷克法学院,除了宪法法和比较宪法这两门略带些理论色彩和研究性的课程外(即使这类课程,也是案例教学法),基本没有国内法学院课程中的法理、法史等理论性课程。在这样的课程规划下,所有的老师都是执业律师出身,只有法律博士(JD)这样的专业学位,而无 PH.D 这类学术学位。相比较中国法学教授的学术成果,这些年薪十几万美元的教授真该无地自容了,除了在法律评论上发表一些案例分析这类非学术性论文外,他们至多是编纂一些地方性的法律案例汇编。一句话,法律在这里被看作是一种实践而非一门学问。

似乎正是这一学科定位,构成了中美法学院的根本不同。国内的法学院,虽然现在越来越注意培养学生的实际技能(professional skill),向美国式的专业学院(professional school)靠拢,建立了类似美国 JD 的法律硕士这样的专业学位,但是,从根本上讲,不论是学校领导,还是老师本人,都把法律看作是一门学问,因此,各院校把争取所谓的学科点和重点学科作为一大任务来抓,教师们发表学术论著的多寡也成为晋级升等的主要考核指标。结果,最近十年,中国法学高级人才的培养和学术论著的发表,中青年法学家的数量,均成几何级数增长。由此形成一个有趣的现象:一方面,中国在法治的道路上步履蹒跚,另一方面,中国的法学研究则突飞猛进,凯歌高奏。如果仅就法学家的数量及其发表的学术论著而言,中国绝对是一个“法学”(虽然不是法律)大国了。正是因为把法律看作是一个学

问,而不是一种实践和技艺,国内的法学院太看重自己所谓的学术成果,反而忘记了自己的主要职责是培养合格的法律人。这也是中美法学院的很大区别。以上述德雷克大学法学院为例,这个在美国属于三流(3rd tier)的法学院,其毕业生首次参加州律师考试的通过率达到了85%,毕业后九个月内的就业率达到93.8%。如果以这两个指标来衡量,目前国内一流的法学院都未必能够超过德雷克。当然,由于国情不同,这个比较可能没有多大意义。

学科定位的不同,也可以从法律概念的中英文转换中,发现中美之间有趣的差别。比如国内的法学家已经如过江之鲫,是个法学教授就是一个法学家,翻译成英文时就会产生歧义。有一次,在与一位美国法学教授座谈时,我自我介绍说,“I am historian”(我是个历史学者),在座另一位中国学者则说:I am jurist(我是一个法学家)。会后,这位美国教授不解地问我,“他是一个法官吗?”我说不是,他只是个法学教授。这位美国教授解释说,在美国的语境中,通常只有一些有创造性的法官才能叫 jurist,书斋里纯粹的法学教授是不能称 jurist。为此,我还专门告诉《法学家茶座》的编辑,他们的英文名字最好叫 teahouse for lawyers,而不是 teahouse for jurists。还有一个例子就是对 jurisprudence 的理解。最近看施瓦茨的《美国最高法院史》中译本,几次见到“马歇尔法律哲学”,“最高法院法哲学”的字样,觉得有些怪异。因为美国最高法院大法官中像霍姆斯、法兰克福特这样学者型的法官并不多见,大法官断案更多是基于经验、先例,而非什么法哲学、法理学。核对原文才发现,译者见到 jurisprudence 就翻译成“法哲学”,而不顾具体的语境。实际上,在讨论和分析美国最高法院及其法官的司法活动时,这个词比较恰当的理解应该是“司法理念及其实践”,而不是充满学究气的“法哲学”、“法理学”。显然,这样的翻译和理解都是在下意识中把司法活动学问化了。

把法律视为一门技艺(profession),并不会因此而减少它在现代社会中的重要性,名律师比名教授更来钱、更有社会地位就是一个旁证;同样,把法律视为一门学问,进而把它提升到法律科学的高度,也不见得能够促进法治社会的早日建成,目前发达的法学研究和滞后的法律实践似乎也算是个例证。法律究竟该是一门技艺,还是一门学问,看来还真是一个需要进一步澄清的问题。

任东来

2007. 9. 10 南京大学中民中心

卷首语

作为技艺的法律实践和作为学问的法学研究 / 任东来

学术论坛

- 法理沉思 001 法律与道德 / [英]A.J.M.米尔恩 著 张志铭 译
- 专家说法 006 民诉修法求解“两难” / 叶逗逗
- 事件剖析 010 “万圣书园店招事件”的法理问题 / 赵 凌
- 014 黄陵法院取消业务庭室建制再引激辩 / 台建林 采编
- 热点话题 020 法学专家会诊“娃哈哈”合资纠纷
- 万学忠 吴晓锋 王 婧 张雪丽 采编
- 039 应试狂拽教育跑 / 包丽敏 采写
- 附：单纯的“竞技教育”何以必须终结？ / 笑 蜀

业务进阶

- 办案规程 052 刑民交叉案件的司法处理方式
- 以合同纠纷与合同诈骗为例 / 何 帆
- 判例研究 076 专利产品的修理、再造与专利侵权的认定
- 从再生墨盒案谈起 / 胡开忠

业界瞭望

- 执业前沿 084 公益诉讼艰难进步 / 殷 俊
- 维权之声 088 自主选聘物业 依法理性维权
- 关于富泉花园小区物业交接问题的省思 / 杨玉圣
- 他山之石 094 公民教育从“你”开始 / 林 达
- 管理之窗
- 职业素养 096 律师的晚九朝五
- 律师执业困惑的经济学分析 / 张 婧
- 经营思路 102 律师事务所会成为下一个上市富矿吗？ / 莫 莉
- 104 如何选择律师营销模式 / 王 隽 vs 吕冰心
- 附：多元化的律师需要多元化的营销 / 刘桂明 vs 吕冰心

史海钩沉

- 返回现场 111 联大平议:学术史的回眸与检视

——“西南联大与晚近中国”系列之一 / 刘 超

法苑撷英

- 随 笔 122 我们的教育 / 殷海光

- 126 常识与记忆

——东南大学百年校庆人文讲堂讲演 / 陈丹青

- 133 宪法不能没“牙”(外一篇) / 林来梵

- 137 律师与天平 / 王世涛

- 书 评 141 枪口下的宪法

——读《军绅政权——近代中国的军阀时期》/ 王人博

- 144 “变局”启示录

——《变局:七千人大会始末》阅读笔记 / 黄一龙

- 立法动态 149 《企业破产法》司法解释全面启动,企业重整制度四大
缺陷有待突破(共4篇) / 陈 默等

- 案例大观 152 私分巨额国资案的法律尴尬:坐牢一阵子幸福一辈子
(共4篇) / 孔令泉 章苏华等

- 观点汇粹 155 小偷缘何宁被判刑也不去劳教(共5篇) / 王 琳等

- 人物集锦 158 安东尼奥尼等5人

编读往来

- 160 问题与主义之间 / 陈夏红

- 168 “独立”、“自由”何其难 / 刘文君

主编札记

- 169 儿子上学之忧 / 孙国栋

Contents

Preface

Legal Practice as Skill and Legal Research as Learning / by Ren Donglai

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Law and Morality / by A.J.M.Milne[U.K.], translated by Zhang Zhiming (001)

Expert's Comment on Law

Revision of Civil Procedural Law will Find the Solution to "a Dilemma"

by Ye Doudou (006)

Analysis of Event

A Legal Problem about "the Employment Event of All Sages Bookstore"

by Zhao Ling (010)

Huangling Court's Cancellation of the Professional-Room-System again Arousing

a Heated Debate / by Tai Jianlin (014)

Hot Topic

Legal Experts Consulted about the Pooled Capital Dispute of Wahaha

by Wan Xuezhong, Wu Xiaofeng, Wang Jing and Zhang Xueli (020)

Education Blindly Follows Examinations / by Bao Limin (039)

Business Step

Rule of Handling Cases

The Judicial Handling Way of a Case Involving Criminal Action and Civil Action

by He Fan(052)

Case Study

Repair and Remake of Patent Products and Determination of Patent Infringement

by Hu Kaizhong(076)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Commonweal Lawsuit is Hardly Progressing / by Yin Jun(084)

Voice of Defending Rights

Independently Employing Realty Management Legally and Rationally Defending Rights

by Yang Yusheng(088)

Stones from Other Hills

Citizen Education Begins with "You" / by Lin Da(094)

Window of Management

Professional Attainment

A Lawyer's Time from 9:00 in the Evening to 5:00 in the Morning / by Zhang Jing(096)

Thinking of Management

Will a Law Firm be a Next Listed Rich Ore? / by Mo Li(102)

How to Choose a Lawyer's Marketing Pattern / by Wang Jun, Lü Bingxin(104)

Uncovering Historical Anecdote

Returning to Scene

A Fair Judgment on National Southeast Association University: Glance and Evaluation

of the Academic History / by Liu Chao(111)

Cream in Law Garden

Essay

Our Education / by Yin Haiguang(122)

Common Sense and Memory / by Chen Danqing(126)

Constitution cannot Have no Teeth / by Lin Laifan(133)

A Lawyer and a Scales / by Wang Shitao(137)

Book Review

The Constitution under Guns / by Wang Renbo(141)

The Enlightenment Record of Changing Situation / by Huang Yilong(144)

Legislative Trend

Judicial Interpretation of Corporate Bankruptcy Law has Comprehensively Started, Four

Defects of Enterprise-Recombination-System Remains to be Broken Through(4 Articles)

by Chen Mo, etc.(149)

Sight of Cases

Legal Embarrassment of Cases Involving a Huge Amount of Unauthorized Partition of

State Property(4 Articles) / by Kong Lingquan, Zhang Suhua, etc.(152)

Assemblage of Viewpoints

Why does a Petty Thief Prefer Being Sentenced to being Labor-Reeducated(5 Articles)

by Wang Lin, etc.(155)

Collection of Personage

Five Persons including Antonioni(158)

Between Editors and Readers

Between Issues and Doctrines / by Chen Xiahong(160)

How Difficult Independence and Liberty are / by Liu Wenjun(168)

Chief Editor's Note

Worrying over My Son's Going to School / by Sun Guodong(169)

法律与道德

[英]A.J.M.米尔恩 * 著 张志铭 ** 译

法律以官方制裁为依托,这种制裁由司法和刑事当局科处并实施。道德则仅仅以舆论的非正式制裁为依托。法律的这一特征表明,它必定由可强制执行的规则所组成,即,在被违反时可以公开认定和公开处置的规则。刑法的初级规则和宪法的次级规则,就是我们已经提及的这类规则的例子。但是,法律的内容不必限于可强制执行的规则。一项原则在法律上被强制执行也是可能的。通过规定人们在按原则行事时需要满足的一个最低标准,就可以做到这一点。法律上疏忽大意的过失提供了一个例子。法律要求人们作出“应有的注意”,法院则被授权去裁决有关“应有的注意”是否已被作出的纠纷。作出“应有的注意”是社会责任的一般原则的一种特殊要求。应该由人们自行决定如何依照个别情况最好地满足这种要求。法院宣布某个因疏忽大意而被判有罪的人犯有错误,那么这种错误或者是忽视了上述要求,或者是没有用符合那种最低标准的方式去满足上述要求。

还有一些涉及法律程序和司法行政的原则。它们必须为那些负责这些事务的司法人员、法官和警察所遵行。“法律面前人人平等”的原则就是一个例子。据此,所有隶属于一定的法律制度的人都处于一种平等的地位。任何人都不得免除服从法律的义务,从这个意义上讲,没有人处于法律之上。任何人都有权得到法律保护或法律可能提供的任何便利,从这个意义上讲,也没有人处于法律之下。另一个例子是任何人都不应从不当行为中获利的原则。这一原则适用于评论法律责任和作出判决。可能有人会认为这样一些原则在法律上无法实施,因为它们在法律实施中是被假定的。但是,这并不排除它们在一些特定的情况下获得实施。如果其中的某项原则在特定场合下被忽视,就可以由法院加以公开认定和公开处置。然而,如果整个法律制度没有遭到瓦解,这样的事件必定是孤立的情况。因此,法律由规则和原则组成。正如我们已经看到的,道德也由规则和原则组成,如,信守诺言的构成性

* A.J.M.米尔恩:英国达勒姆大学教授,曾任英国法律与社会哲学协会主席。

** 张志铭:中国人民大学法学院教授,博士生导师。

规则,行善原则,“尊重生命”原则和公正原则。但是我们至今没有论及各种美德。它们通常被认为是属于道德或与道德有关的东西。

美德的概念最好是理解为更宽泛的优点概念的一种特殊情况。“优点”是赞赏评价的一个术语。要询问诸如一辆车、一本书、一场演出、一项建议等事物的优点,就是要询问“它的长处是什么?如果有什么可推荐的话,那是什么呢?”这也是通过暗示去询问它的缺点,即,“如果它出过什么毛病的话,那是什么呢?”一种评价只能参照一条或一组相关的标准来作出。说一辆车子具有某些优点和某些缺点,就是说参照适用于车子的相应标准,这辆车子符合其中的某些标准而不符合另一些标准。说“你的建议具有某些优点”,就等于说“你的建议在某些方面适合于手头这件事”。作出某种评价所必不可少的东西应该是能够提供该评价的理由,即,能够说明在什么方面符合或不符合相应的标准。如果你说x具有某些优点和缺点,你必须能够说明优点是什么以及为什么它们是优点,缺点是什么以及为什么它们是缺点。

需要区分对人们所能作出的两类评价。一类是他们的各种能力,即他们的各种才能和技能,或者他们缺乏的才能和技能。一个人在某种特定的位置——作为一名行政人员、教师、经理、工人代表、医生、售货员、音乐家、登山运动员或板球运动员——上被认为具有某些优点和缺点。根据适用于某个特定领域或者某种特定角色、职位或工作的标准去判断,一个人在某些事上精通,在另一些事上则不那么精通。另一类是人们的各种品质。一个人具有好的品质,以致人们能相信他会合乎道德地行事,一个人具有坏品质,以致人们无法相信他会合乎道德地行事。因此,道德标准就是这类评价中适当的标准。正是在这类评价中,美德的概念才会被典型地运用。美德是品质的优点,恶习则是品质的缺点。一种特定的美德就是一种特定的品性或素质,这种品性或素质通常包含在某个方面的道德行为之中,或者为该方面的道德行为所必需。一种特定的恶习也是一种特定的品性或素质,这种品性或素质通常与这样的道德行为相冲突,或者是对它的妨碍。因此,评价一个人的品质,必定是对一个人在他的行为中表现出来的各种品性和素质的评价。其中与道德相关的那些品性和素质,就是他个人的美德和恶习。

要具有一种美德,就应该能够 and 愿意按照原则行事并遵守与某方面的道德相关的各种规则,而不管相反的诱惑是什么。作为例子,让我们考察一下正直、勇气和忠诚这些人们熟悉的美德。正直就是说话做事都保持诚实的美德。它意味着不撒谎,不欺骗,不诈取或窃取;就肯定的方面说,就是言而有信,承认错误和缺点,在交往中开朗、率直。勇气由控制畏惧和正视你所害怕的事物所构成。它是一种美德,因为无论什么时候按道德行事,都会面临真实的或想像的危险,从而就需要勇气。但是,勇气不限于具有好品质的人

们。一个恶棍在从事邪恶的活动中也能显示出勇气。因此,它是一种为道德行为所必需而不是包含于其中的品性。虽然勇气与那种存在于能够承受痛苦之中的坚韧精神密切相关,但也不是一回事。忠诚就是准备援助和拥护同你有联系的人、你所属的组织和你所支持的事业,如果必要,甚至不惜牺牲自己的安全和保障。它是一种美德,因为它在这样一些关系中为履行道德义务所必需。但是,同勇气一样,它不限于道德义务,或者更准确地说,它不限于在道德上证明是正当的义务。在小偷之间和阴谋家之间也可以有忠诚。

各种不同的美德与道德的各个不同方面相联系,同时,它们自身也相互联系。道德不能像水密舱那样被分隔开来,各有自己的特殊美德。忠诚显然必须以正直和勇气的存在为先决条件。我们方才看到,勇气和坚韧精神是密切相关的。另外,有一种美德是所有美德中最基本的,并为道德本身所必需,这就是自制。但这些问题这里不作深究。尽管如此,有一点是重要的:作为品质的优点,美德在逻辑上有别于才能和技能。这并不是说它们互不相关。某些美德为任何才能的发展和任何技能的获取所必需,如自律和毅力,以及在许多情况下的勇气,都属于这样一类美德。甚至一个天赋极高的人,如缺乏这些美德,也不见得能从他的天赋中获得很多益处。但道德和能力不是一回事,一个品质优良的人并不需要特别地有才能和有技能。他可以具备许多美德并极少有什么邪恶,同时也没有任何特别的擅长。他会是一个好丈夫、好同事、好邻居、好朋友和好公民。也就是说,他在招致道德要求的各种角色和关系中,会是一个有德性的人,因为他具备满足这些道德要求所必需的品质特性。或许会引起误解的那种“道德教育”的称谓,是企图在孩子身上灌输和促成构成美德的各种品性和素质。培养各种美德并将它们付诸实践,是一项基本的道德义务。至于它们是否完全相容,是否其中一些发展必定牺牲另一些的发展,虽说是一个问题,但这里无法深究。

“义务”在道德和法律中都是一个关键性概念。它的中心思想是,因为做某事是正确的而必须去做它。说某人负有义务做某事,就是说不管愿意与否,他都必须做,因为这事在道德上和法律上是正当的。做这事可能对他并不有利,但如果他负有义务去做的话,就一样要去做。义务和利益有时冲突,有时和谐,但它们在逻辑上总是有区别的。如果某人负有一种道德义务去做某事,那么他在道德上对是否去做这件事就毫无选择余地,尽管他对怎么做、何时做、在何地做可以进行选择。如果他负有一种法律义务,那么法律可以允许他在履行法律义务的时间、地点和方式上有某种选择,但对是否履行法律义务则不允许有任何选择。然而,在道德和法律上对选择的这种排除,并没有在生理和心理上排除选择。一个人可能因难以信守一项诺言而决定违反它;可能因为匆忙而决定超速行驶。在第一种情况下,他的决定在道德上

是不正当的;在第二种情况下,他的决定在法律上是错误的。他当然不应该犯这样的错误,但他总是能选择那么做。各种具体的道德义务产生于各种细致的道德要求,各种具体的法律义务则产生于各种细致的法律要求。在一种情况下,人们有义务按道德原则行事,服从道德规则,培养各种道德美德并将它们付诸实践;在另一种情况下,人们有义务服从法律规则,并按法律原则行事。

道德在逻辑上先于法律。没有法律可以有道德,但没有道德就不会有法律。这是因为,法律可以创设特定的义务,却无法创设服从法律的一般义务。一项要求服从法律的法律将是没有意义的。它必须以它竭力创设的那种东西的存在为先决条件,这种东西就是服从法律的一般义务。这种义务必须、也有必要是道德性的。假如没有这种义务,那么服从法律就仅仅是谨慎一类的问题,而不是必须做正当事情的问题。一种实在法体系要成为实在,只有在道德已然是人们实际关注的东西的地方,即,在这样一个社会共同体中,这里的绝大多数社会成员承认他们具有道德义务,而且大部分成员能够也愿意履行这些义务。假如没有服从法律的道德义务,那就不会有什么堪称法律义务的东西。所能有的只是以暴力为依托的法律要求。进而言之,维持一种实在法体系,有赖于那些对它的管理和执行负有责任的人如法官、警察和法律界人士的诚笃。如果他们到了腐败的地步,那么法律的作用就会遭到削弱。人们就无法指望得到法律的平等保护,也无法指望利用法律所提供的种种便利。

道德对法律在逻辑上的居先性还可以用另一种方式来展示。它是惯例性规则对制定性规则的逻辑居先性的一种特殊情况。每一种法律体系都必须既包括次级规则又包括初级规则。这是因为,在每一种法律体系中都必须有一个司法机关在纠纷的案件里宣告法律,并确定该法律在什么时候被违反了。次级规则对于构成和授予司法权是必需的。如果在一定的法律体系中大量的法律采取制定法的形式——即由制定性规则所组成,那么还必须有构成和授予立法权的次级规则。这并非一种法律体系自身的必要特征。像英国普通法,构成它的只是惯例性规则。但是,如果没有司法机关,就根本不会有一种堪称法律体系的东西。因此,构成和授予司法权的次级规则是必要的。这些次级规则可以是惯例性的或制定性的。如果它们是制定性的,那么它们以惯例性规则尤其是道德规则的存在为先决条件。如果它们是惯例性规则,那么它们自身就必须是道德规则。

作为制定性规则,次级规则可能是成文宪法的一部分。但成文宪法以惯例性规则尤其是以必须信守协议的道德规则的存在为先决条件。否则,宪法就无法获得通过并付诸实施。但是次级规则也可能不是作为成文宪法的一

部分被制定出来——如,由一位世袭君主制定的规则。然而,这也必须先有一项道德性次级规则去规定服从这个君主所制定的规则,否则,就不会存在服从他的义务。再者,次级规则也可能是由社会共同体领袖的代表会议所制定。那样就不仅要先有必须信守协议的道德性初级规则,而且还要有界定人民和其领袖之间关系的道德性次级规则。总而言之,制定性次级规则以惯例规则的存在为先决条件,而后者又必须包括道德性次级规则或者有关信守协议的道德性初级规则。就授予司法权的制定性次级规则这一特殊情况而言,也是如此。另一方面,这些授予司法权的制定性次级规则,自身就可能是惯例性的。但如果这样,司法制度就必须是一种以这些次级规则为构成规则的传统制度。在这种情况下,这些次级规则必须是道德规则,否则,就不会有任何服从这种司法制度的义务。

道德对法律在逻辑上的居先性也是犯罪概念的一个有机部分。犯罪就是做了法律上和道德上的错事:从法律上说,它是一种依法应受惩罚的罪行;从道德上说,则不管受惩罚与否,人们都有服从法律的道德义务,不能犯法律上的罪行。但这并不是全部。除去各种特殊情况,一种犯罪行为即使是一种不受惩罚的法律罪行,在道德上也仍然是错的。谋杀、强奸和盗窃不管是否有法律禁止它们,都是违反道德规则的行为。把某一类行为纳入刑法的范围,其正当理由是这一类行为在道德上是错的。但是,并不是所有道德上的错误行为依其事实(*ipso facto*)都应该被作为应受惩罚的法律罪行。其他一些考虑,尤其是强制性,也是重要的。但是,除非存在道德规则和原则,否则就不会有道德上的错误行为,从而也不会有任何正当理由去规定应受惩罚的法律罪行。道德规则和道德原则自身并不是可强制执行的,即,为了保持它们的道德属性,它们不必是可强制执行的。那么,使它们成为道德的是什么呢?尽管我们提供了许多道德原则和道德规则的例子,但对道德和“道德性”的观念却未加以研究。这一观念被作为人们熟悉的观念来对待,是理所当然的。但是,它在人们日常思考和行为中的习以为常并不能使之免于批评性考察。它对人权概念的重要意义,使这种考察成为必要。

摘自《人的权利与人的多样性——人权哲学》

[英]A.J.M.米尔恩 著 夏勇 张志铭 译

中国大百科全书出版社 1995 年版