



No. 2

Law Book Review

第二辑

法律书评

苏力 主编



- 苏力 你看到了什么？
- 王鑫 效率考量下的侵权行为法
- 徐蓉 关于公司能否对外担保的法律思考
- 袁巍 法学理性的魅力
- 张敏 初识法人类学
- 周威 美国民主下的司法社会



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Law Book Review

法律书评

第二辑

✱ 苏力 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律书评. 第2辑/苏力主编. —北京:法律出版社, 2004. 4

ISBN 7-5036-4803-1

I. 法… II. 苏… III. 法律-著作研究-世界 IV. D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第015198号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育	装帧设计/于佳
出版/法律出版社	编辑/法学学术与综合出版分社
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/陶松
开本/A5	印张/6.625 字数/181千
版本/2004年5月第1版	印次/2004年5月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939686	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 7-5036-4803-1/D·4521	定价:15.00元

经典赏析

司法意见的风格 (style) / 3

理查德·A. 波斯纳著

✱ 苏力译

国内学者著作

你看到了什么? / 15

✱ 苏力

——《也许正在发生》代序

赛先生、德先生与蜜思劳：解读贺卫方的

“上书” / 21

✱ 凌斌

——以孙志刚案为契机

效率考量下的侵权行为法 / 47

✱ 陈鑫

——读《侵权损害赔偿的经济分析》

目之迷离 几多理性 / 57

✱ 吴航斌

——伴侣婚姻性道德的经济学解说

关于公司能否对外担保的法律思考 / 68

✱ 徐蓉

——对我国有关公司法教材的质疑



法学中的精灵 / 79

✱ 钱 纲

——读《民商法理论争议问题——无权处分》

国外学者著作

正义的面相 / 91

✱ 吴元元

——《正义/司法的经济学》读后

通过比较展现法律的实际图景 / 103

✱ 仝宗锦

——读黄宗智《法典、习俗与司法实践：
清代与民国的比较》

法理学的范围与立场 / 116

✱ 王 旭

——评伯恩·魏德士教授的《法理学》

法学理性的魅力 / 131

✱ 袁 巍

——读拉伦茨《德国民法通论》

从宪政国家到市民社会：一种创新的制度设计理论 / 144

——《新宪政论》之述评与思考

✱ 张 军

一个有重大影响力的美国法官是这样的 / 154

✱ 井 涛

——读Learned Hand: The Man and the Judge

权威、规则与宪政 / 162

✱ 陈国申

——《政治与市场》的一个片断解读



法律书评 2

初识法人类学 / 169

——评介霍贝尔先生的《初民的法律》一书

✱ 张 敏

美国民主下的司法社会 / 186

——重读托克维尔《论美国的民主》

✱ 周 威

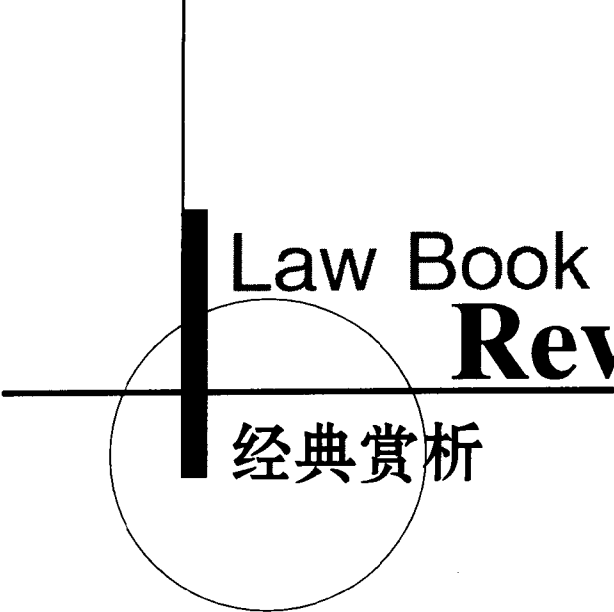
译事评点

译者和读者 / 197

——《法律的道路及其影响》译后记

✱ 张芝梅





Law Book Review

经典赏析



法律书评



司法意见的风格 (style)

★ 理查德·A·波斯纳著 苏力译

我就从我们最著名的法官的最著名的司法意见来探讨司法的文风，这就是霍姆斯在洛克纳诉纽约案 (*Lochner v. New York*) 的反对意见。¹ 该案判决撤销了某州有关限定面包房最长工作时间的一个制定法，理由是该法未经法律的正当程序剥夺了自由。在霍姆斯的反对意见中，最著名的一句话——也是法律中最著名的、并且对于我们当中那些认为多数派意见作为公共政策颇有道理、但作为法律没有道理的人以及对那些倡导规制雇佣关系的人都很珍贵的一句话——是：“宪法第十四修正案并没有颁布赫伯特·斯宾塞先生的社会静力学。”这一命题的提出并没有证据；并且还有可能，即使你同意这一点却还是认为这一案件的判决是正确的。然而，这些要点看起来并没有怎么削弱这一有 80 多年之久的反对意见的权威性。这一时期流传下来的司法意见数量很少，而其中有很大部分是霍姆斯撰写的。然而，就如同戴维·柯里所展示的，霍姆斯的司法意见常常（并且，如同我们将在这个例子中看到的）没有细密的推理。² 那么，这些意见的力量来自何处？

下面就是霍姆斯在洛克纳案中反对意见的全文：

我真诚地感到遗憾，我无法同意本案的判决，也遗憾我有义

* 摘译自波斯纳《法律与文学》（1988 年版）。

1 198U.S. 45, 75 (1905).

2 请看，David P. Currie, "The Constitution in the Supreme Court: Full Faith and the Bill of Rights, 1889—1910," 52 *University of Chicago Law Review* 867, 900 (1985); Currie, "The Constitution in The Supreme Court: 1910—1921," 1985 *Duke Law Journal* 1111, 1145—1155, 1161.

务表述我的反对意见。

本案决定的基础是一种经济理论，而这个国家的大多数人并不接受这种理论。如果问题是，我是否同意这一理论，那么，我会希望进一步并花很多时间来研究它，然后再打定主意。但是，我认为那不是我的义务；因为我强烈认为，我自己是否同意与多数法官把他们的意见写入法律的权利完全无关。本法院的诸多不同先例已经确认各州宪法和各州法律可以以多种方式规制生活，而我们如果作为立法者也许会认为这些规制方式并不明智，甚至你可以说它们很暴虐，就如同这个法律一样；它们都同样地干涉了契约自由。周日法和高利贷法是古代的例子。更为现代的一个例子则是彩票禁令。只要不妨害他人做同样事的自由，公民有做他喜欢做的事的自由，这对一些著名作者来说已经是一个口头禅，但是，这种自由就受到了学校法、邮局、各州、市机构（它们为了一些被认为可欲的目的而征收了他的税）的干预，而不论他喜欢不喜欢。宪法第十四修正案并没有颁布赫伯特·斯宾塞先生的社会静力学。我们曾支持过马萨诸塞州的疫苗接种法（*Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S.11）。美国联邦和各州的一些制定法和决定以合并而限制契约自由，也是本院熟知的（*Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S.197）。两年前，我们支持过加州宪法禁止股票保本销售或未来交付的销售（*Otis v. Parker*, 187 U.S. 606）；更晚近的决定还支持过矿工工作8小时的法案（*Holden v. Hardy*, 169 U.S.366）。这些法律中体现的某些确信或偏见可能为法官们分享；有些则可能不为法官们分享。但是，一部宪法并不是要体现某个特定的经济理论，无论是家长制理论、公民与国家的有机关系理论，还是自由放任的理论。宪法是为了观点根本不同的人民制定的，我们认为某些看法是自然的和熟悉的，或是新奇的甚至令人震惊的，这样的偶然不应当决定我们对体现这些看法的制定法与美国宪法是否冲突之问题的判断。

一般性命题并不能决定具体案件。司法决定将取决于一个判断或直觉，它们比任何系统阐述的大前提都更为精细微妙。但是，我认为，如果接受了刚才表述的这个命题，就会把我们带向这样一个结论。每种看法都趋向于成为一部法律。我认为，当用第十

四修正案中的自由这个词来防止一种主导看法的自然结果，这个词就被滥用了；除非是你可以说，任何一个理性、公道的人都必然会承认，所提议的这一法律将损害一直为我们民族和法律的傳統所理解的那些基本原则。无需研究，我就可以展示，我们面前的这一制定法不可能已经染上了这样全面的罪恶。一个合乎情理的人也许会认为在健康方面这是一种恰当的措施。一些人——我肯定不能认为他们不讲道理——会支持该法，认为它第一次启动了对工作时间的一般性规制。至于后一点是否容易被指控为不平等，我认为没有必要讨论。

霍姆斯的第一句话就确立了一个恰当的严肃且恭敬的基调，随后，他开始提出他反对意见的正文，他反对的是一个很醒目但没有细致展开的命题，“本案决定的基础是一种经济理论，而这个国家的大多数人并不接受这个理论。”他既没有告诉读者这个经济理论是什么，也没有告诉人们（也没有展开论述）该国大多数人都接受该理论这一事实与该判决有什么相关性。他指控说，多数派意见依据的是经济学的理由而不是法律的理由，但对这个严厉的指控也没有提出根据。还没有解释和支持他刚刚说的话，霍姆斯就切换了主题，作出了这样的评论，“如果问题是我是否同意这一理论，我会希望进一步并花很多时间来研究它，然后再打定主意。”

霍姆斯开篇妙语的力量在于他说话肯定。它将读者置于守势：读者你敢怀疑以如此自信和安详的确信提出的这样一个陈述吗？我们都知道，一个普通的法官会如何表述与此相同的思想。许多人都这样说，而相当数量的人会这样说：“我尊重地、但真诚地反对多数法官的意见，他们没有根据地用自己对公共政策的看法替换了美国宪法的更为灵活的命令。”随后，他会花上几页纸来论证和印证来支持这一断言。但霍姆斯的手法更有效，因为在那些我们自己的知识没有把握的领域，我们都倾向于按照一些人表面的自我评价来接受他们，并因此更相信那些充分自信的人，而不是那些处处辩解的人。

反对意见的下一句（从“如果问题是……”开始）就是道德

诉求。一般的法官会这样说，“究竟多数派的经济理论是真是假，这个问题与我个人的观点无关。”这是对霍姆斯这句话内容的精要解说，但是霍姆斯的说法则悄悄塞进另一个暗示，即他并不是匆匆忙忙地得出这一结论的；这就使这一句话更可信了。这就是大师的手笔；而且，就像使用道德诉求时经常有的情况（例如，安东尼的情况）那样，这恰恰是假的。霍姆斯并不是逐渐得出这样一个结论的，事实上，多年前，他就曾以自由放任作为自己的经济哲学。³他有可能认为为洛克纳案撤销的制定法是一番胡言乱语。许多法官在投票支持某些他们本人不喜欢的制定法时都会这样说，这使他们看起来好像是不偏不倚。这就是一种道德诉求，只是一种比较粗糙且自我夸耀式的道德诉求。霍姆斯的道德诉求则很微妙，会令人消除戒心。这是一种“实在人”的文风，乔治·奥威尔就曾非常有效地使用过。在奥威尔的散文和报道中的那个“我”并不是埃利克·布莱尔（奥威尔的真名）；而是一种说话平易、正派、诚实的典型英国人。这种浅显直白的文风常常是（在这些例子中就是）经验老到的智识者的创造。如果有人认为，霍姆斯预先想到某案件的决定会取决于一种经济理论，他就会事先耐心研究这一理论，这种看法只是想入非非而已。洛克纳案反对意见的隐含作者并不是真正的奥利弗·温德尔·霍姆斯。

同时，在这个反对意见中，读者的悬念也正在形成，他们想了解霍姆斯称之为多数派的“经济理论”到底是什么，因为多数派的意见并没有使用任何这种术语。（请注意，霍姆斯是如何像安东尼那样用悬念来造成修辞效果的。）我们最后发现，它实际上就是自由放任的理论，“这对一些著名作者来说已经是一个口头禅，（并且它）受到学校、邮局、各州市机构（它们为了一些被认为可欲的目的而征收了他的税）的干预”。看看“口头禅”这个

3 请看，Robert W. Gordon, "Holmes' *Common Law* as Legal and Social Science," 10 *Harvard Law Review* 719, 740 (1982); Joseph Frazier Wall, "Social Darwinism and Constitutional Law with Special Reference to *Lochner v. New York*," 33 *Annals of Science* 465, 475—476 (1976)。

词中精巧的、贬低性的嘲弄，以及这一点又通过——带着某些夸大——把自由放任的倡导者描述成似乎要废除邮局而如何得以强化。（请注意，霍姆斯并没有说，有谁想邮局私有化。）这种描述提供了一个开端，最终导致了这一意见的高潮性句子，也就关于赫伯特·斯宾塞——“著名作家”之一——的一句话，这句话因其具体而获得了力量。如果这句话中的“赫伯特·斯宾塞先生的社会静力学”霍姆斯写下的是“自由放任理论”，甚或是他写的是“采用”而不是“颁布”，那么这句话就会多么没有力量！宪法居然会颁布一本书就已经很奇怪了，而且还是一个英国人写的书，这样一个观点的荒唐也就增加了这句话的情感力量，并且——这是我最重要的一点——它还起到了一个取代证据的作用。霍姆斯已经把斯宾塞的著作当作自由放任理论的隐喻（作广义界定；从技术上讲，霍姆斯用的演说人物不是一个隐喻而是一个转喻）。而隐喻，由于其具体、生动以及如果用得好会出人意料，因此比隐喻的真正对应物更令人难忘。为什么洛克纳案的反对意见不仅有助于舆论的改变（多年后，在废除“洛克纳主义”时达到了高潮），而且它还成了反对多数派意见中体现的那种司法哲学的象征，这就是原因之一。

在匆匆打发了赫伯特·斯宾塞之后，霍姆斯最后提出了一些证据来支持自己的立场。例如，他引证了联邦最高法院新近决定的一个案件，该案支持一个强制接种疫苗法（*Jacobson* 案）。但此案引用得并不恰当。接种疫苗会带来经济学家称之为外在收益（这个术语将在下一章中解说）的好处，因为受到保护的不仅是接种疫苗的人，而且还有那些否则的话或许会从而为接种者传染该疾病的人们。强制接种疫苗因此与大多数自由放任理论并不矛盾，而规定最长工作时间的法律却是一个家长式的法律，因此是与自由放任理论不一致的。⁴ 随后，霍姆斯又再次迅速转向一般，

4 霍姆斯引证的 *Holden* 案和 *Otis* 案更为贴切，前一案中，联邦最高法院支持矿工每工作日最多 8 小时，后者支持禁止保本销售。请看，David P. Currie, "The Constitution in the Supreme Court: The Protection of Economic Interests, 1889—1910," 52 *University of Chicago Law Review* 324, 380 n.332 (1985)。

评论说一部宪法“是为了观点根本不同的人民制定的，我们认为某些看法是自然和熟悉的，或是新奇的甚至是令人震惊的，这样的偶然不应当决定我们对体现了这些意见的制定法是否与美国宪法冲突的问题的判断。”但是，多数派意见从来也没有说过“应当决定”。该意见说的只是这一制定法不合情理地干预了契约自由。对于这一点，霍姆斯所说的一切实际上只是，“一个合乎情理的人也许会认为，在健康问题上，这是一个恰当的措施。”

如果在1905年的法学院考试中，洛克纳案的这一反对意见会获高分吗？我认为不可能。这个意见没有逻辑地组织起来，没有敏锐地紧紧抓住同多数派的争议问题，在处理多数派意见或先例上都不仔细，没有彻底的研究，⁵没有充分运用事实记录，并且对可怜的赫伯特·斯宾塞老先生也相当不公平——如今大多数人对这位老先生的了解也不过是霍姆斯在洛克纳案反对意见中告诉他们的那些。这一反对意见也错失了同多数派意见的基本前提——不合情理的制定法违反了宪法第十四修正案的正当程序条款——进行争论的机会；反对意见根本没有提及这一修正案的起源或目的。事实上，霍姆斯最后似乎是承认了多数派的基本（并且是有争议的）前提，即正当程序条款禁止不合情理的立法，他不同意的似乎仅仅是多数派关于纽约最长工作时间法案不合情理的结论。因此，反对意见一开始时的那个笼统断言就与其结论不相配了。从总体上看，这一意见并没有明确挑战洛克纳主义，而只是挑战了洛克纳主义的滥用。简而言之，这不是一个好的司法意见。这仅仅是过去100年间最伟大的司法意见。如果用“科学”标准来评判它，那是文不对题。它是一个修辞上的杰作。很明显，在法律中，修辞起一定作用；否则的话，洛克纳案的反对意见早就会为人们遗忘了。⁶

为什么修辞或文风在法律中很重要？理由是许多法律问题

5 柯里提到两个霍姆斯没有引用的重要案件。请看，同上，页380注332。

6 同洛克纳案中的反对意见相比，请看看在人工流产案件——现代的洛克纳案——中反对派大法官们的克制性的、几乎是草率的意见。*Roe v. Wade*, 410 U.S.113, 171 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S.179, 221 (1973)。



都无法以逻辑的或经验的说明来解决。即使是1982年后，也还是不可能证明洛克纳案的決定方式错了。⁷ 洛克纳案推翻的是家长式的立法，并且通过推翻这样的制定法（尽管断断续续），直至20世纪30年代后期这种推翻最终为政治压力席卷而去，联邦最高法院可能使得美国——同如果不推翻这样的制定法可能出现的状况相比——多少更为繁荣一些。尽管，宪法第十四修正案是否旨在授权联邦司法全面干预以洛克纳案为象征（由于霍姆斯的反对意见）的各州的公众政策，至今还有很大怀疑，但是对联邦司法在近几十年里全面干预各州在诸如人工流产、死刑以及淫秽物品领域内的公共政策却没有更大的怀疑。有些人认为这两种干预形式都不恰当，尽管在法官和包括法学教授的其他法律人中这只是少数派的观点。不管怎么说，那些认为“洛克纳主义”（这个词的流行要归功于霍姆斯的反对意见）是坏法的人还继续从洛克纳案反对意见的令人迷醉的修辞中汲取着安慰和支持。而且，这一反对意见或许就是令他们——并且即使在他们揭露了其中的所有技巧之后仍然继续说服了他们——信服这一观点的材料之一。

然而，洛克纳案的反对意见并不只是一个象征，并且也不只是一个绝技。意见的第二句话——“本案决定的基础是一种经济理论，而这个国家的大多数人并不接受这种理论”——就是现实主义法学运动的开场炮之一。这一运动的精华教诲即我们知道的，许多案件的決定基础是法官自己的政策偏好，而不是外部强加于法官的法律原则。⁸ 霍姆斯在被任命为联邦最高法院大法官之前就

7 一个正在增长的学术运动认为该决定是正确的。请看，例如，Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* 108—109, 128, 280—281 (1985)，以及我的书 *Economic Analysis of Law* (3d ed., 1986) 页 589 注 3 中的参考文献。有人论辩说，联邦最高法院决定将商业广告置于宪法第一修正案的范围之内，这种决定是洛克纳案法理学的复兴。请看，Thomas H. Jackson and John Calvin Jeffries, Jr., “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment,” 65 *Virginia Law Review* 1 (1979)。

8 请看对现实主义法学的一个出色的简洁的概括，Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin,” 15 *Philosophy and Public Affairs* 205—241 (1986)；并请回想本书第4章对现实主义法学的简单讨论。

曾说过这样的话，⁹但让一位最高法院大法官说出这些话就更有分量。

在一种更深层的意义上，洛克纳案的反对意见是现实主义法学的一份文件。有人论辩说，霍姆斯关于司法决定的未明言观点是，疑难案件的决定是一个政策判断，而不是一个根据权威性前提的演绎。¹⁰（这就是他的“现实主义”。）霍姆斯这一司法意见有点支离破碎，这一特点与他的确信是一致的，即，一个试图证明某决定正确的努力，甚至在一定程度上对宪法第十四修正案创制者之意图的探讨，都是一种伪装。很明显，这里有些东西是与这种法律观相关的。洛克纳案反对意见没有通过细心收集事实和权威来提出其要点，然而我们不要错过了这些东西；也许理性实际上就是不能决定疑难的案件（这是本书第5章讨论解释问题时的一个可能的寓意）。因此，洛克纳案反对意见的文风就要求我们反思法律过程中的这些最深层的争议问题。

我将霍姆斯同马克·安东尼并同《基督重临》的叙述者进行了比较，这看起来我是在提出一种不仅是“现实主义的”，而且是玩世不恭的关于法律推理的观点。也许，看起来，我只是说世界上只有两种劝说方式：一是逻辑的，但这不能用来决定困难且重要的案件，¹¹另一则是修辞的把戏，例证就是我所举的例子。然而要防止这样的玩世不恭，就不仅必须想一想：在逻辑或科学的劝说与情感的劝说这两个极端之间，还有多种方法可以得出有正当理由的真的确信，这些确信也许不严格或不精确，却是理性的。

9 请看，例如，“The Path of the Law,” 10 *Harvard Law Review* 457 (1897)。

10 请看，G.Edward White, “The Integrity of Holmes’ Jurisprudence,” 10 *Hofstra Law Review* 633, 650—652, 664, 668—671 (1982)。

11 请看，例如，Neil MacCormick, *Legal Reasoning and legal Theory*, ch.3 (1978)。

这就是实践理性的领域；¹² 实践理性除了包括在法律文化领域内可能获得的其他许多劝说方法外，还包括诉诸常识、习惯、先例以及其他权威、直觉和公认（通过公认我们才可能把握一个制定法或宪法文本的含义）、历史、后果以及本书一直强调的“时间检验标准”。这样，消除疑难法律案件中的分歧所需要的就不再是一个纯口味的问题，这与消除文学中关于卡夫卡小说之优点的争议是不一样的。（我特意选择了一个评价性批评的例子；而许多文学文献都是准科学的。）对于霍姆斯来说，另一个替代的战略就是耐心评注洛克纳案中多数派所依赖的宪法规定之文本和历史（这之所以是替代性的，是因为，意见一长，就会弱化其修辞的力量）。但是，在争议难以通过理性方法解决时，与文学批评家的理性论证一样，法官的理性论证就不是结论性的，因此，一种或许并不完全可信意义上的“修辞”战略也许会具有更大的劝说力。那些最有影响的法官和文学批评家都是令人印象深刻的文体家，这并非偶然。

12 “法律对立因此是一个非常复杂的关于实践推理的个案。” Chaim Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning* 129 (1980)。这一理性探讨没有为精密科学的方法所穷尽，这一点就是希拉里·普特南的一本书的主题，请看， Hilary Putnam, *Reason, Truth and History*, chs.5—9 (1981)。又请看， Martha C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, ch.10 (1986)； Anthony T. Kronman, “Living in the Law,” 54 *University of Chicago Law Review* 835 (1987)； Kronman, “Practical Wisdom and Professional Character,” 4 *Social Philosophy and Policy* 203 (1986)。

Law Book **Review**

国内学者著作



法律书评