



Law Book Review

第一辑

法律书评

苏力 主编



苏力

《新乡土中国》序

强世功

我们究竟贡献了什么？

刘思达

反思功能与次级团体

凌斌

洞悉法律的多维视角

原始社会规则和法律的形成和遵守

翻译中的制度问题



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Law Book Review

法律书评

第一辑

★ 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1辑/苏力主编. —北京: 法律出版社, 2003. 10

ISBN 7-5036-4079-0

I. 法… II. 苏… III. 法律—著作研究—中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 083374 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/法学学术出版中心

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/191千

版本/2003年12月第1版

印次/2003年12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

法学学术出版中心/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

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4079-0/D·3797 定价: 15.00元

需要中国的法律学术批评

(代发刊词)

很久以来，都感到中国法学界缺少学术的批评。

缺少学术批评，不是因为法学研究的成果无需批评——大家都知道法学界的学术问题很不少，而且私下的批评也很多，而是因为当代中国很难展开这种批评。

首先的制约是一些历史的痕迹或惯性。批评曾经是一种剥夺学者政治和学术生命的武器，并且至今在学界也还不时还会出现（我自己的一个最近的例子是在上个月：一位评议人批评我前年开始的《波斯纳文丛》翻译没有以去年底召开的中共十六大的“政治文明”为指导）。这种往事和惯性由此带来了至少是两种禁忌，一是警惕任何批评，特别是那些具有政治意味的，一遇到这种批评，大家都会警觉起来，力求不让这种批评发生；二是自己也不愿批评了，既然批评已经被糟蹋了，也就自觉不做那些有嫌疑的事了，这叫做自我避嫌。

缺少学术批评的另一个重大因素是法学的特点以及法学界的特点。法学就其性质来说主要不是以学术为导向的，而是以解决问题为导向的，更像技术、工艺而不太像学术；即使是先前似乎最有学问的法律解释，其实也更多是决疑术+修辞+解释（interpretation，“传话”），受控于一个或一些权威的文本；传统的法学就总体而言不是以知识增量为前提，而大致是在某些神圣文本所划定的圈子内把问题解决好就行了。尽管也有一些法律家提出了一些具有学理的问题，但并不以求知为主导。这种学术传统使得在法学很难如同其他社会科学一样展开学术的批评，也很难看到法学的发展。



这种状况应当变化，也可能变化，因为世道变了。不仅中国的改革开放要求知识创新，而且法学如今也更多汲取了其他社会科学，法学的知识类型就总体上开始从人文学科转向了社会科学。中国的一些主要法学院也发生了变化，已经从教学型转向教学与科研并重。中国年轻一代法律学生接触的知识类型也发生了某种变化。更重要的是中国社会发展和学术发展迫使中国的法学必须面对中国的法治实践的挑战。

因此，我们需要批评。我们的书评将以批评为主，谢绝出版广告性的“书评”。当然批评在此并不具有贬义，而是有好说好，有坏说坏。

也因此，我们需要的是学术批评。所谓学术，有三个方面。首先我们批评的将以学术著作为主，但并不排斥教科书性质的著作；但是必须具有学术的意义。没有多少学术意义的“学术”著作我们也不关心。其次，学术批评不是一般的挑刺；一般的言语不通顺、用词不准确、翻译上的差错，除了能构成一个学术问题外，我们并不关注；我们也不搞“政治正确”或“诛心之论”，我们坚持批评中的行为主义。最后，我们追求——并非一定可能实现——批评本身也具有一定的学术性。

当然，我们需要的是中国的学术批评。这一点的意义是不用多说了。我们希望逐步增加对中国学者的著作的学术关注和批评。即使是关注国外学者的著作，也希望批评者有中国问题和中国意识。并且我们希望批评文字读起来像中文，清楚，明快，说清问题就行，而不是一些拙劣的译文。

这并非一个艰巨的任务，但会是一个长期的任务。然而，这是我们这几代法律学人应当承担的任务。

苏 力

2003年4月15日于北大



目录

contents

经典赏析

经典阅读与评析: 约翰·马歇尔 / 3

原著: 奥利弗·温德尔·霍姆斯

★ 译评: 苏 力

国内学者著作

正本清源 / 13

★ 袁秀挺

——评《无形财产权制度研究》之“基本理论编”

穿越概念交错的丛林 / 25

★ 刘晓春

——评王先林《知识产权与反垄断法》

活着的法律 / 34

★ 欧树军

《新乡土中国》序 / 50

★ 苏 力

我们究竟贡献了什么? / 56

★ 强世功

——法律社会学研究的初步反思

驿外断桥边 / 73

★ 李 肃

——刘燕《会计法》简评

人 身份 契约 / 78

★ 刘如翔

——评董保华等著《社会法原论》



SA1390/05

国外学者著作

洞悉法律的多维视角 / 85

——读波斯纳《法律理论的前沿》

※ 凌 斌

两种理性的较量 / 99

——读波斯纳的《性与理性》

※ 方 鹏

法官创造法律 / 107

——解读卡多佐名著《司法过程的性质》

※ 方 宁

平民 律师 法官 / 125

——《卡多佐》读后

※ 汤 鹏

分工、法律与社会理论 / 133

——《社会分工论》的法律思想研究

※ 朱晓喆

反思功能与次级团体 / 159

※ 刘思达

原始社会规则和法律的形成和遵守 / 164

——关于《原始社会的犯罪与习俗》

※ 张芝梅

法律如何整体性阐释? / 173

——重读《法律帝国》并评《法学方法论与德沃金》

※ 金自宁

穿行在经济—法律—政治之间 / 184

※ 魏 姝

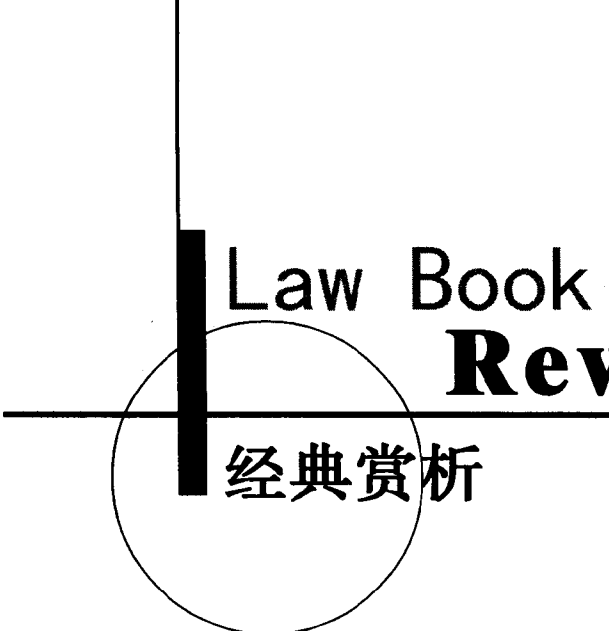
译事评点

翻译中的制度问题 / 197

——《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》中译本评介

※ 苏 力





Law Book **Review**

经典赏析



法律书评

经典阅读与评析：

约翰·马歇尔

原著：奥利弗·温德尔·霍姆斯

译评：苏力

当我们沿着波士顿的法院大街向南，穿过熙熙攘攘的、同我们一样关注着今天以及各自事务的人流，我们的目光可能会落在屹立在麻州大街尽头的那座深色小楼上。像一座不祥的礁石，它切开涌动着奔向远处峭壁般高耸的灰色大厦的商业人流。无论是谁，在此，我们都可能驻留片刻，暂时忘却我们的忙碌，因为我们想起，当年预告革命风暴即将来临的第一排涌浪就碎裂飞舞在这块礁石旁。但如果我们是法律人，我们会涌起更深厚的记忆和敬畏。我们记得，就在这座陈旧的麻州小楼内，詹姆斯·奥提斯辩论了协助令案，奠定了美国宪法的基础之一。如今，巨大的建筑群在某种程度上已构成了小楼的背景，但并没有湮灭这座小楼，而是强化了它，焕发了它荣耀；与此相同，我们民族这一生命的起点，无论是战斗的起点，还是法律的起点，都没有因她此后岁月里一切辉煌壮丽的事件而失去丝毫伟大，尽管，如果不是这样看，而仅仅是从数量或程度上来看，无论怎样，都应当说它们太渺小了。对于我们这些参加过南北战争的人来说，美国革命中最伟大的战役似乎也不过是一次火力侦察，莱克星顿和康考特战役不过是一些军事冲突，报纸甚至提都不会提。然而，我敢说，了解现代战争规模的老兵们一点也不会比那些告诉我们很快就不再会有战争的开明商家子弟低估这些小型战斗的精神意义。

如果只是简单地从抽象的数量和规模来思考约翰·马歇尔的话，我也许会迟疑，要不要用“最”这样的字眼，这就像脱离了布兰迪万河战役在历史因果联系中的地位来思考，我也会迟疑一样。但是，这样思考之空洞与思想之抽象成正比。把一个人同他周围的环境——事实上这就是他的环境——分割开来，这是最无聊的。应当明确，在想象中，把一个人同他的丰富性割裂开来要比同他的



性格割裂开来更为容易。但这完全没有意义。声带失去一小块，男高音就不再能歌唱。大脑失去一小块，雄辩家就哑然失声；或，勇敢、豪爽、深情的人就会成为一个怯懦且成天嘟囔的浪子。一位伟人代表的是社会的伟大神经中枢，或，换一种说法，代表的是历史战役中的战略转折点，他之所以伟大，部分就在于他曾在那里。历史由约翰·亚当斯来任命首席大法官，而不是一个月后由杰弗逊任命，亚当斯又把这个职务交给了一位联邦党人和一位宽松释法者，由他来启动美国宪法的运作，你无法把约翰·马歇尔同这一万幸的境况分开，就如同你不能将把肖尔上校同他向福特·瓦格纳送电用的黑线分开一样。当我们纪念马歇尔时，我们同时也在、且不可分割地是在庆祝这样一个不可避免的事实，即通过这个最高贵的法院的判决和法令，宣告了以国家的统一以及联邦宪法的至上来治理人与人的交往。

当然，我并不是说，评价个人毫无用处，或于我们无所裨益。无疑，今天人们会从能干称职的人那里听到对马歇尔的这类评价。但我不会侵入他们的研究领域。否则就与今天的场合不配，今天只是要我来回答本法庭提出的这一动议。而这里的许多人是想聆听今天下午那位有成就的、有各种机会研究马歇尔法官个人的教师的讲演，还想在今天晚间聆听一位生来就分享马歇尔传统的先生的讲演。我个人的印象都是我在共同的法律教育和实务进程中累积起来的。我意识到，或许，其中有些印象与我们纯粹地方的或民族的评价不太一致，也意识到希望评判事和人的标准都更大气些。就其实践而言，人都注定是地方性的，为他扎根之地献出生，以及必要时献出死。但是他的思考应当大气且无所偏倚。他应当有能力批评他所尊敬和热爱的。

多年前我阅读《联邦党人文集》，在我看来，该书确实是那个时代的原创且精彩的产物。然而，当我想起马歇尔这位联邦党人以及《联邦党人文集》的作者对我的一位杰出英国朋友只有有限的触动，我不相信这个判断没有改动；而且我还感到应更多怀疑，在汉密尔顿和美国宪法之后，马歇尔的工作是否只证明了他是一位智识卓绝、风格独特并在法院说一不二的人，有勇气、公正并坚信其政党。激起我最强烈兴趣的，并不是那些人们认为是伟大的争议和伟

大的案件，而是一些渺小的决定，这些决定一般的编选者都会放过，因为它们处理的不是宪法问题或某个大电话公司，然而其中有某种更为广阔的理论酵母，因此可能给法律的肌体组织带来局部的深刻变化。我真正想纪念的一些人都是一些思想转变的原创者。他们常常不那么显要，因为这个世界看重的是判断，而不是原创的思想。

但我说这话并不意味着我参加这一庆典是半心半意的。我不仅要重提开始时我说的话，记住，不可能把一个人同他的时空分开，而且还要记住，落在马歇尔肩上的也许是有史以来一位法官可能填补的最伟大的位置。当我想到他的伟大、正义以及智慧时，我确实完全相信，如果要用一个人物来代表美国的法律，那么无论是怀疑者还是崇拜者，他们都会同样毫无争议地赞同只能是一个人，这就是约翰·马歇尔。

我还想多说两句。我们是靠着象征活着的，而一个视觉形象究竟象征了什么，取决于目睹这一形象的人的心灵。除了纪念一位伟大的法官外，今天这个场合，对于一位弗吉利亚人来说，也许意味着自己伟大的州的荣耀；对于一位爱国者来说，它代表了的事实是历史站在了马歇尔这一边，并代表着汉密尔顿为此论辩的、马歇尔为之决定的、韦伯斯特为之演说的、格兰特为之战斗的以及林肯为之牺牲的东西今天已经成为我们的基石。而对于法律人更抽象但更深远的思考来说，它意味着一套新的法理学的兴起，由于它，一些指导性原则被升华到制定法和国家之上，并赋予了法官一种神圣的、前所未闻的权威和义务。对于一个也许自己看来是在孤独思考中生活的人来说，这一天——因为它标志着一个人（当年一些总统都表示要执行他的判决）可能获得的最大胜利——标志着这样一个事实，即所有的思想都是社会的，都正在成为行动；标志着，用一位法国作家的话来说就是，每一种观念都趋向于首先成为一种对答，然后成为一个符号；根据其价值，也许哪一天，他孤独无援的沉思无需武力就会登上王座；甚或，在武力的支持下，也许它会遍及世界，令一个无人抵抗的专制权力心惊胆战。所有的东西都是象征，如果你喜欢这样说的话；哪怕是国旗，也不例外。对一个缺乏诗意的人来说，国旗不过是一块布而已。然而，幸亏有了马歇尔，幸

亏有他们那一代人——并且首先是因为这一点我们才纪念他和他们——国旗的红色化作我们的鲜血，国旗的星星化作我们的国家，国旗的蓝色化作我们的天空。它覆盖着我们的国土。为了它，我们不惜献出我们的生命。

评析：

学术思考的力度其实并不总是必须体现在重大问题上，而完全可以、甚至更体现在对日常问题的随感中。

霍姆斯的这篇短文就是一个典型的范例。

1901年2月4日是马歇尔就任联邦最高法院首席大法官100周年纪念日，有人提议马萨诸塞州最高法院休庭，霍姆斯写作了这篇短文作为回答。

马歇尔是美国最著名也是公认最伟大的法官，同时也是一个说一不二的政治强人和行政管理者，他在任首席大法官35年期间内，几乎所有的最高法院司法意见都是他撰写的或以他的名义撰写的。这些意见中有著名的《马伯利诉麦迪逊》和《麦克洛诉马里兰州》等一系列里程碑的案件，前者创造了三权分立中最重要的司法审查制度，后者创造了联邦至上原则并确认了联邦与各州分权的联邦制度。马歇尔在美国司法界的地位是无人可以出其右的。

但是，霍姆斯同样是一位伟大的人物。他是一位三次负伤的战斗英雄，然后“复转军人进法院”，写作此文时他已经成为当时最出色的法官，后来更被公认为美国最伟大的法学家和思想家，他在美国法学史和法律史中的地位也是无人出其右的。但这都是后来者的判断。至少当霍姆斯写作这篇短文时，他的历史地位尚未确定。霍姆斯雄心勃勃，没有尼采批评的那种普通人面对伟人常有的生不逢时的迟到感，他尊敬马歇尔，但并不臣服于马歇尔的辉煌。他有一种“试看天下谁敌手”的气概。

更重要的是，作为一个思想家，正如霍姆斯在文中所言，能“激起[霍姆斯]最强烈兴趣的，并不是那些人们认为是伟大的争议和伟大的案件，而是一些渺小的决定，这些决定一般的编

选者都会放过……，然而其中有某种更为广阔的理论酵母，因此可能给法律的肌体组织带来局部的深刻变化。[霍姆斯]真正想纪念的一些人都是些思想转变的原创者。他们常常不那么显要，因为这个世界看重的是判断，而不是原创的思想”。

由此构成了霍姆斯写作这篇短文的一个制约。他必须将马歇尔准确定位，充分阐述马歇尔对于美国的意义，同时他还必须准确地表达自己的偏好、追求和判断；而不是在一片对马歇尔的赞扬声中放弃或沉默自己的见解，随大流。在纪念名人——尤其是一位几乎无可非议的人物——的文章中，这种分寸是最难把握的。而且所有这一切都必须做到浑然一体，而且还必须坚持霍姆斯的风格和文采，必须让那些纪念马歇尔的人们感到合情合理，由衷地接受。这种写作是一个挑战。然而，对一位真正的学者来说，每一次写作都是一次挑战，一次对自己的超越，尽管应战可能是从容不迫的。

霍姆斯没有像一般的虔诚者那样用各种优美的言词赞扬马歇尔。他从马萨诸塞州的小楼以及周围的景观写起，在一种强烈的现实对比下，在一种历史的透视中，他花费了整整一段华美的文字雄辩地提出了一个更为现代（在当代中国可能被称之为后现代）的命题，一个事件或人物的伟大不是来自某种神性或本质，而是来自它或他在历史的因果关系之中。不是以数量和规模来评价，而是在历史的进程中，依据行动的结果，来评价历史人物和事件。

在这样一个理论框架中，霍姆斯然后转向有节制地但更有分寸地因此也更有分量地赞美了马歇尔。马歇尔的伟大就在于他在特定的时空中，完成了一个对于这个民族和国家具有历史意义的行动。马歇尔的伟大不是超越时空的。“思考之空洞与思想之抽象成正比。把一个人同他周围的环境——事实上这就是他的环境——分割开来，这是最无聊的。”

霍姆斯的这一评价与当时人们的一般本质主义的伟大观是不同的。因此霍姆斯指出了自己与其他人的区别。他强调自己在强调历史时空之际，并不是忽略了个人。霍姆斯又指出自己的观点与流行的观点都具有地方性，指出“就其实践而言，人都注定

是地方性的，……他的思考应当大气且无所偏倚。他应当有能力批评他所尊敬和热爱的”，包括对马歇尔。随后，霍姆斯——与前面的思想相一致——反思了对马歇尔以及对《联邦党人文集》等的礼赞。他以这种反思隐舍地批评了自己所处时代的人们的思维方式：对原创性关注不够，过分关注案件的重大，而不是看重哪怕是渺小案件中可能具有的原创性。这种反思、怀疑和批评具有很强的震撼力，同时展现了一种真正具有超越性的学术关怀。

马歇尔缺少原创性，但是他仍然是伟大的，因为“如果要用一个人物来代表美国的法律，那么无论是怀疑者还是崇拜者，他们都会同样毫无争议地赞同只能是一个人，这就是约翰·马歇尔”；并且“我们是靠着象征活着的，而一个视觉形象究竟象征了什么，取决于目睹这一形象的人的心灵”。马歇尔的伟大在于马歇尔的事业最终得到了历史的承认，得到了后人的承认，成了一种被人们广为接受的法理学。马歇尔因此成为这一事业的象征。

这篇文章，主题极为鲜明，反复变奏，层层递进，思考辨析很精细，言词表达也极有分寸；作者的视野极为开阔，行文一气呵成却有气韵跌宕起伏，文采修辞极为形象、华美、雄浑，有一种壮丽感。但是，中国法律读者千万不要仅仅关注此文的文词（因为我感到人们很容易被文词打动），而必须首先关注激情洋溢的文字所要表达的精细思想，以及其表达思想的分寸，注意作者隐含的层层递进的辨析，作者的理论思维完整和形象生动的完美结合，注意作者的格言式的表达方式以及其中蕴含的高度思辨概括能力，作者在赞美诸如马歇尔这样伟大前辈时表现出来的思想的深度和分寸。而正是有了这一点，作者霍姆斯也就——为后来的历史证明——超越了马歇尔，超越了霍姆斯的时代，成为了一位伟大的甚至具有预言性的法学思想家。

必须强调，这些能力都是成功的法律人的文字所必须具备的。在当代中国法律界，有些法律人喜欢以情动人，但往往会被自己的激情席卷而去，被习惯的语言套路席卷而去，语言和思想失去了分寸感，作者似乎根本忘了自己要说的究竟是什么，构



成了词与物的断裂。而有些法律人则为了追求局部的所谓的概念表达准确而文字言词失之枯燥，既不具有雄辩力和感染力，而且全文缺少结构和关联，缺乏总体上的分寸感和精确度。在我看来，好的法律人，无论是律师、法官还是法学教授都必须同时具备使情和理、质与文水乳交融的能力。但这决不只是一种文字能力，而首先是对问题思考深入的结果。仅仅是修辞是没有力量的，力量需要也在于分寸。

2003-01-06 于北大法学院

