

上海三联法学文库

贺卫方 主编



The spirit of common law
普通法的精神

[美] 罗斯科·庞德 (Roscoe Pound) 著

曹相见 译 张平华 袁瑜琤 校



The spirit of common law

普通法的精神

[美] 罗斯科·庞德 (Roscoe pound) 著

曹相见 译 张平华 袁瑜琤 校

上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

普通法的精神/[美]罗斯科·庞德著;曹相见译. —上海:
上海三联书店, 2016. 6
(上海三联法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5426 - 5579 - 0

I. ①普… II. ①罗…②曹… III. ①法理学
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 112357 号

普通法的精神

著 者 / [美]罗斯科·庞德
译 者 / 曹相见
校 订 / 张平华 袁瑜琤

责任编辑 / 殷亚平
装帧设计 / 豫 苏
监 制 / 李 敏
责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店
(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼
网 址 / www.sjpc1932.com
邮购电话 / 021 - 22895559
印 刷 / 江苏常熟人民印刷有限公司

版 次 / 2016 年 6 月第 1 版
印 次 / 2016 年 6 月第 1 次印刷
开 本 / 640 × 960 1/16
字 数 / 100 千字
印 张 / 9.25
书 号 / ISBN 978 - 7 - 5426 - 5579 - 0/D · 324
定 价 / 28.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 0512 - 52601369

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一個高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(北京三联书店)、“宪政经典”(北京大学出版社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选題品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几

本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至,对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者来说,读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分离,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好的社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as literature),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(narrative and rhetoric in the law),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆(Inns of Court)这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外,著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境,及其与特定学说和思想之间的关联,自然也是我们选题的侧重点。总之,一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作

品,追求丛书的独特性;另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

中国法学的当代使命

——《普通法的精神》再译序

题记：以译者之卑微，在本书中插入任何文字，似乎都属亵渎先贤。但既然是再译，就必须明确其意义。鉴于此，译者不才，惶然添加下列文字……假使这本来自西方的名著能够引起读者对当代中国的思考，则我此时的所为，以及可能承受的板砖，就会变得十分有意义。

施康强先生说，译名著如挑重担。挑重担走长路，脚下难免有闪失。只要译者/挑夫把担子送到目的地，偶尔碰碎、打破一两个瓶子，发货人、过路人和收货人当不以为怪。此种胸怀，译者应有之，重译者更应有之。曾子谓：如得其情，哀矜而勿喜。坦率地说，已有的译本固然有待完善，但这不是我重译的全部理由，甚至也不是最主要理由。我更关注的是如何从名家论述中洞察中国法制现代化的图景。近年来，从“许霆案”、“药家鑫案”到“李昌奎案”，众多饱学而老练的法律人站在了民众普遍情感的对立面，一派大义凛然、壮士断腕的腔调。然则，这就是我们冀望的法治图景吗？热情饱满、理性担当地回答这个问题，乃是中国法

学的当代使命。

一、引子：中国的法治危机

十五大提出 2010 年形成中国特色社会主义法律体系。随着《侵权责任法》等法律的颁行，一个以宪法为中心，包括宪法相关法、民法、商法等法律部门在内的中国特色社会主义法律体系已经形成。可是，在立法上取得重大成就之时，我们的司法却遭遇到前所未有的危机。自 2007 年的“许霆案”以来，“药家鑫”、“李昌奎”等案再次成为人们茶余饭后炙手可热的话题。芸芸众生基本上可以分为两派：一派是以法官和大部分的学者、律师为代表，认为法律有着自身的逻辑与理性，判决不应为民情和舆情所左右；另一派是由极少部分学者和民众组成，认为法院的判决违背了基本的正义和天理人情，因而缺乏正当性。这样，法律人的理性便与民众的情感对立起来。但更严重的显然是这种对立的后果。

其一，那些认为法律不应该渗入道德和民意的法律人口口声声所主张的“依法审判”，恰恰是“未严格依法审判”，这种以“非形式理性”标榜“形式理性”的做法，实实在在地损害了法治的权威。法官认为许霆犯了盗窃金融机构罪，因而判处无期徒刑，但他们曲解了“秘密窃取”的意思。秘密窃取以非法占有为要件，但许霆在 ATM 机上取钱，显然是一种合法占有。因此，许霆的不法是将合法占有的他人财物据为己有，符合侵占罪的构成要件，应当依据《刑法》第 270 条判处二年以上、五年以下的最高刑。不可思议的是，二审仍认定为盗窃金融机构罪。然则，依据法律规定，此罪应被判处无期徒刑或者死刑，但法院却判处了五年有期徒刑。如此扭曲法律，还美其名曰“依法审判”，真是睁眼说瞎话，给“法律”二字抹黑！同样，“李昌奎案”实际上也是法院对《刑法》第 61 条、第 67 条的错误理解。^{〔1〕}这就难怪民众有那么大意见了。

〔1〕《刑法》第 61 条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”第 67 条规定：“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。”显然，犯罪事实、性质、情节和社会危害程度是量刑中必须考虑的因素，而自首则是可以考虑的因素。

其二,民众对司法判决的关心,正是因为司法乏善的结果,法律精英们的闭门谢客,既是拒绝关心法律的时效,同时也削弱了民众的守法意识。在“许霆案”中,民众愤愤不平的是,贪污上亿元的贪官、抢劫杀人的恶徒也未必被判无期徒刑,为何因为机器故障侵占财物就判处无期徒刑?“盗钩者诛,窃国者侯”,果不其然,这个社会真的成吃人的社会了!就李昌奎案而言,岂不是无论杀了多少人,情节多恶劣,只要罪犯自首、积极赔偿,即可以免死?“彭宇案”后,人人自危,“扶不起”一词走红网络,引起社会道德大滑坡。^{〔2〕}最典型的莫过于广东“小悦悦事件”。两岁的可爱女孩惨遭两车碾压,路过的十余名路人竟无一伸出援手。一名捡破烂的阿婆将其送往医院,却被人质疑为“想出名、炒作”。此事甚至震动了广东高层。^{〔3〕}司法对法律实效的漠视,侵蚀了民众对法律的信心。于是,跳楼、自焚、反社会,乃至群体性事件频发,社会矛盾愈演愈烈。

其三,法律人的理性与民众朴素情感的对立,使中国法治陷入一种恶性循环。首先,我们处于一个艰难培育形式理性的社会。改革开放后,中国的法制现代化实际上主要是学习西方的形式理性。三十年来,我们虽形成了社会主义法律体系、较为独立的司法制度,培养了一大批专业法律人才,但尚未使法律至上的理念深入人心。公民缺乏普遍的宪法意识,学者也提出所谓“良性违宪论”,而政府高层凌驾于法律之上的亦赫然在案。其次,我们处在一个传统缺失的社会。法制现代化瓦解了我们几千年来的道德传统,社会趋于礼崩乐坏。“在过去的一百年里,我们经过了一个自觉不自觉的割裂传统的历程,囫圇混沌,玉石俱焚。”袁瑜琤语“各人自扫门前雪,莫管他人

〔2〕 腾讯网上出现的一张相片生动地描绘了此种失德现象:在重庆市璧山县,一老人摔倒在路边,许多学生围观,却无人搀扶。由单纯、天真的小学生来充当这一事件的主角,岂不是对我们社会的绝妙讽刺?

〔3〕 此事发生后,广东省政法委、社工委等十多个部门开展“谴责见死不救行为,倡导见义勇为精神”大讨论。会后,省委政法委在官方微博上发布信息,征求救济机制、奖惩机制方面的意见与建议。而省委书记汪洋更是在省委常委会上呼吁:我们每一个人都要用“良知的尖刀”来深刻解剖自身存在的丑陋,忍住刮骨疗伤的疼痛来唤起社会的警醒与行动。在公众参与下创造扬善惩恶的制度条件和社会环境,努力提升全社会道德水平和每一个人的道德良知,避免类似事件的再次发生。

瓦上霜”成为大多数人对“自由”的理解。在此情况下,为了培育形式理性,我们实际上有意地抛弃了传统伦理;反过来讲,由于失去了文化和道德的支撑,形式理性也不受到公民的待见。甚至在司法界,主导声音也是呼吁用实质法治取代形式法治,要用社会效果、政治效果统一对法律的理解,要把突破规则和程序办案的能动司法作为司法理念。

二、进路:法律的“二重性”

在法律人理性与民众情感的对峙中,目前还没有任何一方妥协的趋势。虽则在学术界不乏结合论者,但并没有坚实理论基础作支撑,多被人斥为谬谈。况二者确实有对立的一面,如何解决亦成问题。实际上,中国法治的这种现状,正是古希腊以降法律、道德论战的延伸。法律人对民众情感的排斥是对法律权威性的坚持,而民众的道德诉求则是法律道德评价的体现,此二者构成了法律的两个基本面相,或称法律“二重性”:形式理性和实质理性。前者也称为法律规范性、技术性、权威性,是指从实在法的角度,通过价值中立的方法抽象出法律的形式特征。它贯穿立法、执法与司法全过程;后者也称为法律的概念性,从法律的内容和价值取向上来考察法律,认为法律须达到某种正义标准或者符合某种意识形态,属于实质正义的内容。此二者缺一不可。从法律的规范性角度定义法律,目的是使法律这种社会调整手段具备法律的特征。然则,“无论如何,法律的技术定义并不是法律的完整定义……实际法律和实际法律中的思想,是地域的,也是历史的”。

法治是一个“有法可依、有法必依、违法必究”的动态过程。如何在此过程中实现法律“二重性”呢?自然法学派和实证法学派喋喋不休的恶法命题,是两种不同的经典范例。仅从语言上看,“恶法非法”与“恶法亦法”正好相对应,似乎互为相反关系。然则,这恰恰是一种深刻的误会。实际上,维护法律的权威性和道德性乃是二者共同的理论目的和价值关怀。自然法学派认为,只有具备价值正当性的法律才是法律,才可能具有权威性和正当性,它试图运用价值的长弓一箭双雕:既维护法律的权威性,又达致法律的道德性。但这不过是自掘坟墓罢了。权威性意味着只要是经过正当立法程序制定的法律,即使遇到阻力,也应当被遵守。但在自然法学派看来,还应

当通过道德正当性这一门槛。反过来说,不具备道德性的法律就不应当得到遵守。但何谓道德,谁来评判道德?自然法学派将道德解释为自然理性,力图建构一种普世的价值。实际上,如前所述,道德(实质理性)并不是抽象的,它具有地域性,否则,“道德”也可能是不道德。而如果把道德交由民众或者法官来判断,则法律就丧失了权威性;一旦交给立法者,则又走向了“恶法亦法”的命题。此外,道德的本意是价值评判,但道德的评断又使法律成为封闭的体系,反而削弱了道德的评判功能。

与自然法学派“一口吃成大胖子”的做法不同,实证法学派采取了两步走战略:第一步,通过切断法律与道德的联系来维护法律的权威性。在实证法学派看来,只要是经过了正当程序,法律就是法律,必须被遵守。第二步,通过守法环节保持对法律进行道德批判的可能性。与自然法学派不同,实证法学派认为公民不负有守法义务,而有选择的自由。这个貌似离经叛道的立场,却使其具备了道德批判功能:公民可以选择不遵守恶法,从而为纠正恶法预留了通道。至于公民对良法的不遵从,则交给权威性去处置。至此,真相方才浮出水面:以道德自居“恶法非法”原来并不占有道德,反倒是以“价值中立”为理念的“恶法亦法”才是道德的践行者。呜呼!

应当指出,“恶法非法”也好,“恶法亦法”也罢,它们均不与立法中的道德矛盾,因为它们争议的是法的效力,而不是法本身。我们也许应该进一步追问:公民何时存在不服从法律的正当性,即不受法律权威性的处罚?对此,罗尔斯为我们指了一条明路:其一,公民不服从所针对的只能是对平等原则的严重侵犯,以及对机会的公平平等原则的公然侵犯;其二,对政治多数的诉求早已真诚地行使过,但未能奏效;其三,公民不服从的范围应限制在不导致破坏对法律和宪法的尊重的限度内。虽然罗尔斯是新自然法学派的代表,但他在洞悉传统自然法学派的缺陷后提出的“部分服从理论”,与实证主义法学有异曲同工之妙。

至此,我们终于可以理直气壮地说:法律绝不等于“价值无涉”,更不是以“价值中立”为美;相反,它追求正义,追求道德正当性,只不过须接受形式理性的包装罢了。首先,当形式理性与实质理性不矛盾时,二者可以并存。这主要体现为正义的立法以及在法律实践中藉法律原则与精神所实现的司

法道德。其次,当实质理性与形式理性有矛盾之时,应首先服从形式理性,然后通过正当程序寻求矫正法律的不正义。最后,在出现符合特殊条件的极端情况下,公民可以不服从形式理性,而直接诉诸实质理性。可以说,中国法治的症结就是,掌握法治话语权的法律人,非但未普遍认可作为基础的第一点,相反却一味地强调第二点,使法律与民众渐行渐远。公民的朴素情感指向的正是第一点,但法律精英使其对法律产生了不信任,甚至铤而走险到第三点的极端。

三、引证:庞德的经验启示

如果说在缺乏形式理性的中国,法律人趋于矫枉过正而忽视形式理性与实质理性关联的话,那么,来自于西方英语世界的庞德先生的学说显然更具有说服力。庞德是20世纪最伟大的法学家之一。纽约大学阿瑟·范特比尔特教授称:“大法官霍姆斯先生,凭借其一贯的出色语言能力,情不自禁地运用‘无与伦比’一词来描绘他倍加赞赏的罗斯科·庞德。在法学及其相关学科的领域内,庞德不仅是一个罕见的百科全书式学者,而且被公认为古往今来美国最博学的法学家;他独有的广泛兴趣和令人惊叹的研究深度,亦有力地促成了他的美名。”那么,在《普通法的精神》一书中,庞德先生到底可以给我们带来什么样的经验启示,以至于笔者情不自禁要重译呢?

在本书中,庞德从早期的日耳曼法律制度和思想、封建法、清教主义、17世纪法院和国王的斗争、18世纪的政治思想、19世纪前半叶美国拓荒社会的影响、法哲学思想等多个角度对普通法的传统进行了深入浅出的剖析。阅读本书,是一个惊叹作者思想深刻,臣服其敏锐观察的享受过程。更为重要的是,从这位法理学经典作家的论述中,我们隐隐看到了中国法学的昨天与今天。曾经一度模糊的道路,今日又重新明晰,并继续指引我们向前。从这个意义上说,庞德的思想已超越了“中西”,成为人类精神探索的永恒经典。

首先,庞德敏锐地意识到“法律至上”是普通法独创并具有世界影响的理念,并大加赞赏。在这点上,庞德与韦伯关于“西方法律的合理性是形式理性”的判断不谋而合。不过,我们可能只知道,美国的“法律至上”原则是马歇尔大法官通过在“马伯里诉麦迪逊案”中明修栈道、暗渡陈仓,使“既没

钱又没剑”的最高法院掌握宪法解释权实现的。但事实上,“法律至上理论”是在英国多铎王朝和斯图亚特以来法院和国王的斗争中逐步建立起来的。美国建国后,克服了对英国的偏见,继受了英国的普通法,同样也继受了“法律至上”理论,只不过通过马歇尔的卓越贡献,使它从理论变成了现实。如前所述,形式理性至今也没有在中国站稳脚跟。这固然与文化传统有关,但也与制度安排有关。虽然1999年宪法修正案规定了“依法治国”,“建设社会主义法治国家”的基本国策,但实际上,我们制度中不利于依法治国的因素还有很多,例如,政法委凌驾于司法之上、司法不独立等。现在,民众“依法限权”的呼声很高,中国是否也能出一个马歇尔式的领导人,在社会主义制度下使“形式理性”成为我们法律文化的一部分?

其次,庞德正确地阐述了传统的法律地位。在庞德看来,规定(或称强制因素)与传统(或称习惯因素),是法律制度的两个组成部分。二者相互作用、相互矫正,无论任何一方因时间而变得过于稳定和僵硬,法律均可通过另一方获得必要的弹性。他进而指出,总体而言,传统因素更为重要。第一,因为立法者通常在(问题)引起其注意后才作为,所以,我们必须依赖传统来处理新问题。第二,法律解释不仅是探究立法者的意图,它还需要且必须利用传统因素以补充、丰富和发展规定因素。第三,传统因素通常淹没规定因素,并将其结果包含于传统体系之中。此外,在许多情况下,制定法律是不适宜的,因此,传统因素是最重要的。这样,庞德将实质理性寄托于传统之中。这样做的好处是:其一,法律与传统结合,容易为公民认可,获得顽强的生命力;其二,具体化道德的标准,避免以普世、宽泛的道德观损害道德本身;其三,使法律具有地域性、历时性,印证了吉尔兹“法律是一门地方性知识”的判断。但庞德的法理学显然不是历史法学的翻版:后者认为,法理理性只能从民族精神、法律传统中寻找,是一个封闭的体系;而前者则是通过传统吸收外来因素和时代精神的开放体系。

再次,庞德对美国历史上的极端个人主义大加批判,他从未被“自由”的表象所迷惑。他认为,法律的目的不是人类意志的抽象和谐,而是人类利益的可实现性。社会的主要悲剧是没有足够以资分配的物质利益,而个人主张、需求和欲望没有止境,法律的目的就是以最小的牺牲保护最大的利益。

庞德对清教和 19 世纪法哲学中的抽象个人的自由保持了极大的警惕,并认为它给普通法带来了危害。同时,他对源自日耳曼法“关系”思想的封建法传统大加赞赏,后者能解释社会性立法。这与很多西方思想家对个人主义的讴歌大异其趣,同时也将使很多中国学者惊诧不已。后者直到现在仍然认为,中国传统总是糟粕,西方自由才是真理。庞德摒弃个人主张最大化的自由,转而关注实际生活中的整体利益,表现出一种“东方式”的特色。我们知道,西方法律文化强调“分”,中国传统则注重“和”,“放弃权利,获得利益,实现和谐,这是中国传统社会的价值追求,也是中国传统法律实现国家统治和社会秩序的主要路径。”(朱勇语)因此,《普通法的精神》一书,实际上是从西方人的角度,扇了唯西方文化马首是瞻的“留声机”们一记响亮的耳光。

四、结语:法学的当代使命

法乃公平正义之术。亚里士多德早就阐明了法治的含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是制定得良好的法律。何以我们的专家、学者执迷不悟,视民意、輿情为畏途?民众固然有感性的一面,但其所反映的朴素正义情感,难道我们不应回应吗?民众不是掌握法治话语权的群体,虽然它们也会有意或无意地对法治进程造成影响。因此,一旦法治出现了问题,法律人应当首先拷问自己,究竟有没有尽到自己的社会责任。

其一,既然法律和道德并不对立,那么,我们就应正视民意輿情,而不是视其为洪水猛兽。当然,正视并不等于屈从,形式理性仍然是不可僭越的底线。但是,我们仍然可以大有作为:法学家可以在立法过程中发挥专家的作用,立更多具备道德正当性的法律;法律人应和蔼、微笑地面对民众,阐释法律理性与朴素情感的同与不同,而不是以精英阶层自居,视民众为愚人。我们现在法律人总喜欢割裂法律与道德的关系,所以,当作为外行的最高院前院长抛出“死刑判决群众感觉依据论”^{〔4〕}这一矫枉过正的言论时,如平地一

〔4〕 2008 年,最高人民法院院长王胜俊在珠海视察时指出:对待判不判死刑的问题,社会和人民群众的感觉应当作为依据之一。“有些人可能还不理解为什么还要把社会和人民群众的‘感觉’作为依据。因为只有这样,才能达到法律效果和社会效果的统一。”吴瀚:《最高法院院长王胜俊谈死刑判决》,《南方农村报》2008 年 4 月 12 日,第 5 版。

声闷雷，完全不可思议。须知，这正是自己种下的恶果！

其二，形式理性与实质理性，二者不可偏废，但当下又应以培育形式理性为要事。沈家本说：“大抵中说多出于经验；西学多出于学理。不明学理，则经验无以会其通；不习经验，则学理亦无以证其是。”形式理性为法治的精髓，我们不得不坚持。因此，虽然“死刑判决群众感觉依据论”有其自身的合理性，但绝不能以形式理性为代价。缺乏了“法律至上”的精神，法治就成为一句空话，法律就可能成为政治的附庸。法律人应捍卫法律的形式理性，拒绝为凌驾于法律以上的人和事摇旗呐喊。对于当前涌动的御用文人的反宪政逆流，应当勇敢地替天道、正义清理门户。

其三，自由不是绝对的自由，道德具有地域性和历时性。法学家应有文化自信，而不是一味地盲从西学。“中西法律文化源流不同，且中西政教、风俗各异。如果墨守先型，完全承袭封建法律文化，则法律改革将成为空话；如果照搬西人之学，又必然与中国政教、风俗、习惯大相抵触，‘多至窒碍’。因此，只有‘会而通之’，‘古今中外，归于一体；不必为左右袒’，方可行之无弊。”（沈家本语）在对传统的问题上，封建斗士毛泽东亦持辩证态度：“五四运动本身也是有缺点的。那时的许多领导人物，还没有马克思主义的批判精神，他们使用的方法，一般地还是资产阶级的方法，即形式主义的方法。他们反对旧八股、旧教条，主张科学和民主，是很对的。但是，他们对于现状，对于历史，对于外国事物，没有历史唯物主义的批判精神，所谓坏，就是绝对主义的坏，一切皆坏；所谓好，就是绝对的好，一切皆好。”有子曰：“礼之用，和为贵。先王之道，斯为美。小大由之，有所不行。知和而和，不以礼节之，亦不可行也。”（《论语·学而第一》）如果剥去传统社会与现代精神不符的部分，“礼治”简直就是“和谐”的同义词。子张问：“十世可知也？”子曰：“殷因于夏礼，所损益可知也。周因于殷礼，所损益可知也。其或继周者，虽百世可知也。”（《论语·为政第二》）钱穆先生说“礼必随时而变，仁则古今通道”，说的就是这个道理。或许，在对“礼”予以现代解释后，正好可以回应失德社会对道德秩序的渴望，而在其被法律吸收后，反过来又促进了形式理性的形成？请广大学人思之。

前 言

从某种程度上讲,大学理性生活的影响,应对非在校生——例如,渴望与母校保持联系以助于维系学识积累的毕业生,或者对学校有意发展的各种学术方向感兴趣的朋友们——而不是在校生产生效用,此为达特茅斯校友讲座设立之理论基础。

我在 1916 年的就职演说中,就曾提议采用这种特别的讲座规划形式。当时我是这样说的:

我深信,大学对毕业生的帮助应以一种比当下更为实在的方式继续下去。大学生跨专业求职的趋势,高度分化的完全占据所从事行业人们精力的专业化趋势,以及时代对每个人不断增长的要求(想要完成自己那份事业,就必须更加努力,付出更多的时间),均赋予大学以前未曾承担或承担不够多的责任。(人们)与大体归类的艺术和科学的联系越来越少,那些担当重要职务的人更是如此。因此,许多(也可能是全部)毕业生在学校培养起来的兴趣,因为缺少给养而黯然淡去,甚至完全丧失。因而,如果学校确信其所带来的影响,值得学生以人生过程中关键的四年为代价,那么,学校为其毕业生寻找一些途径,以使这

种影响在随后的岁月中继续存在,岂非分内之事? 65岁到70岁离开工作岗位的退休人员越来越多,除日常事务外,卸任后过着别无乐趣、孤独生活的大有人在,看来,似乎学校服务于老年人的机会比年轻人更多。只要学校能够建立这样一种机制,藉此人们可以获得在其生命期间定期补充知识储备的机会。在毕业典礼后的短暂时期内,请一些公认的世界思想界名流,为学校的毕业生和朋友们开设讲座,可能是迈向该目标的一个步骤。或者还有别的方法可以实现这种可能性,但至少可以确定的是:学校与毕业生之间的正式教育关系,不应当结束于四年之后,它也绝不该结束,而应通过各种途径得以更新。

带着此种期待目标的讲座计划的实施,因1877级的亨利·林恩·穆尔(Henry Lynn Moore)先生(达特茅斯学院董事之一)的大力支持而变得可能。他以慷慨解囊的纪念方式,使他那在大学时期英年早逝的爱子——1904级的格恩西·森特·穆尔(Guernsey Center Moore)永远活在学校的记忆中。

原准备早些完成的讲座计划,因第一次世界大战而被迫中断。直到1921年夏天,在杰出而博学的哈佛大学法学院院长罗斯科·庞德教授,以及著名建筑师和创意思想家拉尔夫·亚当斯·克雷姆(Ralph Adams Cram)先生作为本讲座基金的讲授人时,该计划终于又得以继续下去。

当然,可能从一开始人们就意识到,这些演讲的影响力会因出版而倍增。这就使得演讲中的思想火花,比在任何情况下旁听任何课堂,更能为广泛的受众所知晓。因此,庞德院长的讲稿付梓,是大快人心的事情,它考虑到下面两点:一方面,相当多旁听庞德教授讲座的人,也渴望将讲稿以书面之形式出版;另一方面,更多无法旁听、但对主讲人和演讲主题感兴趣的远方朋友也希望出版。有鉴于此,这本出自庞德院长的,论述“普通法的精神”的书,将会一石激起千层浪,吸引人们的广泛兴趣。

欧尼斯特·马丁·霍普金斯(Ernest Martin Hopkins)