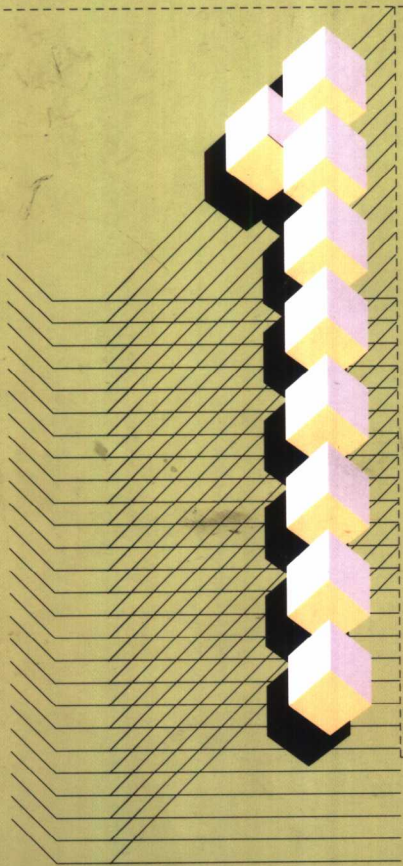


LAWYER DIGEST

律师文摘

2002 · 春 · 总第一辑



时事出版社

律师文摘

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦
张思之 / 贺卫方

执行编委 / 谭瑾 / 刘海蛟
李海周 / 孙国栋

主编 / 孙国栋
编辑 / 王景智
梁小玲

2002 · 春
总第一辑

时事出版社

LAWYER / **DIGEST**

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘/孙国栋主编,一北京:时事出版社,2002

ISBN 7-80009-706-4

I. 律… II. 孙… III. 律师业务—案例 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 015441 号

出版发行:时事出版社

地 址:北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编:100081

发行热线:(010)88547590 88547595

传 真:(010)68418647

电子邮箱:shishichubanshe@sina.com

经 销:全国新华书店

印 刷:北京时事印刷厂

开本:787×1092 1/16 印张:16.25 字数:290 千字

2002 年 3 月第 1 版 2002 年 3 月第 1 次印刷

定价:25.00 元

律师的哲人气质

我曾在国栋主编的《中国大律师》一书中写了一个序，题名为“律师兴则国家兴”，为我国律师制度在国家民主化、法制化中的作用呐喊。两年后，国栋又拟主编《律师文摘》，我想为律师的气质呐喊。

美国前总统卡特曾说过一句话：“我们拥有世界上最多的律师，但我不能说我们拥有的正义就最多。”这句话颇值得我们深思。律师是国家民主法制中重要组成部分，而众多的律师又恰恰不能必然说明民主法制的加强，这只能有一个解释，那就是律师本人的素质与气质不同。在我们今天的律师队伍中也确实存在极大差异，有些律师是民主法制的破坏者，是邪恶的支持者。

律师应属于哲人的范畴，哲人并不仅指哲学家。西方国家在中世纪时从事法律职业的大都是神职人员，都应有哲人的地位和哲人的气质。哲人和商人是两个对立的范畴和概念。

哲人者，以真智慧给人以启迪、帮助，指点迷津，而不应是法律贩子，借当事人不懂法律的空子赚黑心钱。

哲人者，忧国忧民，以天下为己任，具有政治家的胸怀，而不是蝇营狗苟，鼠目寸光。

哲人者，正人君子也，堂堂正正做人，胸襟坦荡，夜半不怕鬼敲门，而不是不顾人格，拜倒在金钱、权势之下。

哲人者，具有很高的文化教育修养，言谈吐语、待人接事均有相当的品位，而不是市侩习气、拉帮作风，整日忙于应酬、饭局，流连忘返于市井之中。

律师应当多一点哲人的气质，少一点商人的习气。当然我这里的商人是指和哲人相对应的一个概念，而不是要贬低商人的地位和作用。世界各国有许多商人的作用不亚于哲人，也有许多商人具有哲人的气质。



马新涛
于北京

目 录

学术论坛

法理沉思

001 法律之道 / (美) O. W. 霍姆斯 著 许章润 译

019 律师的政治参与 / 贺卫方

022 从“司法的广场化”到“司法的剧场化”

——一个符号学的视角 / 舒国滢

判例研究

032 WTO 案例研究: 1998 年海龟案 / 赵维田 编译

事件剖析

055 司法能否介入足球“黑哨” / 陶澜 贾桂茹 李昊昕 采编

律师说法

068 证券纠纷受理: 一个“有条件”的开端 / 康伟平

经典回放

075 为权利而斗争 / (德) 鲁道夫·冯·耶林 著 胡宝海 译

业务进阶

办案规程

082 律师代理诉前扣押船舶操作程序指南 / 孔庆德

证据适用

088 控·辩·审三人谈: 证据的相关问题 / 张军 姜伟 田文昌

辩论艺术

112 辩护律师的必备素质

(英) 理查德·杜·坎恩 著 陈泉生 陈先汀 译

精彩辩词

130 是功臣而不是罪人

——为大兴安岭特大火灾案“首犯”庄学义辩护 / 张思之

135 中国古代辩词精粹二则: 晏子巧辩救马夫

厨师自我辩护 / 王景智 编译

业界瞭望

执业前沿

137 中国律师业产业化发展的有益探索

——中国律师业产业化发展理论研讨会综述 / 李玉福

他山之石

148 美国法学院: 律师的摇篮 / (美) 马丁·梅耶 著 胡显耀 译

维权之声

180 社会中介遭遇行政强势

——中国律师业怪现状解析 / 郭国松



管理之窗

- 职业素养 184 敬业律师——德行·理性·信念
(美)杰弗里·W·格雷夫 著 满运龙 译
- 经营思路 190 律师事务所服务客户的七把钥匙
(加)米尔顿·W·司威克 著 冯秀梅 译

史海钩沉

- 历史名案 201 陈独秀案开审记 /《国闻周报》记者
- 215 自辩状 /陈独秀
- 220 辩护词 /章士钊

法苑撷英

- 随 笔 224 无讼 /费孝通
- 228 培根论说文二则:论司法
论律师/(英)弗兰西斯·培根 著 何新 译
- 232 从讼师到律师 /郭 建
- 236 送法下乡与教鱼游泳 /冯 象
- 243 法官要讲理 /姚 辉
- 书 评 246 中国古代法律名著提要:唐律疏议
折狱龟鉴 /洪丕谟



Contents

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

The Way of Law/by O. W. Holmes(U. S. A)/Translated by Xu Zhangrun(001)

Political Participation of Lawyer/by He Weifang(019)

From "the Justice in the Open-Air" to "the Justice in the Theatre"

—— a Perspective of Symptomatology/by Shu Guoying(022)

Case Study

WTO Case Study: U. S. Turtle/Shrimp(1998)/Translated by Zhao Weitian(032)

Event Analysis

Whether Justice can Intervene in the "Black Whistle" of Football or not/Compiled by Tao

Lan, Jia Guiru, Li Haoxin(055)

Lawyer's Comment on Law

Securities Dispute Filing: a Conditional Beginning/by Kang Weiping(068)

Recall of Classics

Struggle for Rights/by Rudolph. Von. Jhring(Germany)/Translated by Hu Baohai(075)

Business Step

Regulations of Handling Cases

Guide of Operational Procedure for Lawyer's Agency in Attachment of Ships Before

LawSuit/by Kong Qingde(082)

Application of Evidence

Three-Party(Prosecutor, Defender and Judge)Discussion: Relevant Issues on

Evidence. /by Zhang Jun, Jiang Wei, Tian Wenchang(088)

Debate Art

Requisite Qualities for Defense Lawyer/by Richard. Du. Keyn(U. K.)

Translated by Chen Quansheng, Chen Xianting(112)

Splendid Statement of Defense

A Hero not an Offender/by Zhang Sizhi(130)

Two Pieces of Cream of Chinese Ancient Statement of Defense

Translated by Wang Jingzhi(135)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Valuable Probe into the Industrialized Development of Chinese lawyering/by Li Yufu(137)



Stones from Other Hills

Law School in U. S. A: Attorney' Cradle/by Martin Mayer. (U. S. A.)/Translated by Hu Xianyao(148)

Voice of defending Rights

Social Intermediaries Encounter Strong Administrative Force

—— an Analysis of the Bewildering Situation of Chinese Lawyering/by Guo Guosong(180)

Window of Management

Professional Attainment

Worthy lawyers: Integrity, Reason and Faith/by Jeffrey. W. Grove(U. S. A.)/Translated by Man Yunlong(184)

Thinking of Management

Seven Keys for Client-Service of Law Firm

by Milton. W. Sweek(Canada)/Translated by Feng Xiumei(190)

Historical Deposit

Historic Cases

Account of the Court Trial of Chen Duxiu Case

by a Reporter from *Guo Wen Weekly*(201)

Statement of Self - Defense/by Chen Duxiu(215)

Pleadings/by Zhang Shizhao(220)

Cream in Law Garden

Essay

No Lawsuit/by Fei Xiaotong(224)

Two Essays of Bacon: On Justice On Lawyer

by Francis. Bacon(U. K.)/Translated by He Xin(228)

From Shyster to Lawyer/by Guojian(232)

Sending Laws to Countryside and Teaching Fish to Swim/by Feng Xiang(236)

Judge Should Be Sensible/by Yao Hui(243)

Book Review

Synopsis of Chinese Ancient Masterpiece of Law:

Legal Interpretation on Law of Tang Dynasty

Adjudication for Reference

by Hong Pimo(246)



法律之道

【美】O·W·霍姆斯 著 许章润 译

吾人之研究法律，并非研究某种不可思议之神秘物事，诚乃一著名职业。所研究者，吾人之所欲，以便诉诸法官，或向人们提出忠告，着其避讼。为何此为一项职业，为何人们付与律师报酬为己争辩或提供咨议，原因即在身处类如我们这样的社会，就特定的案件而言，法官已然获得公众授权行使公共权力，而且，倘若必须，则动用全部国家权力执行其判决与裁定。人们想知道在何种情况及多大程度上，他们在冒险犯难对抗较其自身远为强大者。由此，查明何时应对此种危险心怀怵惕，遂成一业。职是之故，吾人研究之旨，乃在预测（prediction），即对公共权力经由法庭而作出何种反应之预测。

在我国和英国，回溯、绵延六个世纪，如今且按每年数以百计增长的法律报告、法学论著和议会立法，构成了该项研究的原始资料。这些诡谲通灵、预知未来的（sibylline）叶瓣，将立基于展示了斧斤将会落下的案例、已然四散飘零的往昔的预言（prophecies）度辑成体。此即所谓法的昭谕（the oracles of law）。尤有甚者，最为重要而精妙的是，几乎法律思想的每一新的努力的全部意义，均在于力使此种法的预言更为精确，并将其归纳、综合成为一个圆融自恰的体系。此种程序，依承办案件的律师之见，通常乃一将其顾客的叙述所纷乱杂陈的枝蔓除却，仅仅保留具有法律意义的事实，从而达致最终的分析与理论法学的抽象概括的过程。为何律师对于其顾客头戴白帽缔结契约，而“辣婆”（Mrs. Quckly）此时却肯定会喋喋不休于谈论镀金高脚酒杯和海煤炉火（sea-coal fire）只字不提，原因就在于他已预知不论其顾客戴上什么帽子，公众权力将会作出同样的反应。正是为了使法律预言更为易记易懂，才将往日判决的训谕变成一般的命题，写进教科书，或者，以统一的形式通过议会立法。法学所殚思竭虑之基本权利与义务，即仅此预言者。法律理念与道德理念混淆不清——有关于此，容我稍后略陈管见——的诸多负面影响之一，就是理论总是倾向于置车于马前，将权

此文为原美国联邦最高法院首席大法官霍姆斯为波士顿大学法学院新楼落成所作的致贺演讲，时为1897年1月8日，霍姆斯氏时任马萨诸塞州最高法院大法官、原文发表于《哈佛法律评论》（1897年3月25日）第10卷第8号，第457—478页。

许章润：清华大学法学院教授。



利或义务当作某种与其违犯后果两相分离或独立之物，而违犯总会招致惩罚的。但是，一如我将尽力说明的，所谓的法律义务不过是关于假如某人作为或不作为某些事务，他将会被法庭判决以这种或那种方式承受苦果的一种预言——法律权利亦然。

吾人预言的数目一经概括并归纳成一个体系，就并非庞大得无法掌握。它们表现为一组有限的训诫性质的原理（dogma），人们于一定时间内即可掌握。为日益增长的法律报告所惧亦且一大错误。就一代人而论，一个既定的司法管辖内的法律报告构成其全部法律之相当部分，并从当下角度对其重予陈述。倘若一切化为灰烬，吾人仍可据此报告按图索骥，重塑法律本体。对于早先的法律报告，人们主要是在历史意义上加以使用的，在结束讲演之前，我将就此略予评说。

倘若可能，我愿首先就对于我们称之为法的训诫性质的原理或体系化的预测的研究，就欲求用之以为其业之利器，而裨对自己所作所为作出预测的人们，提出一些基本原则，并且，与上述研究息息相关，在下愿提出吾人法律迄今尚未触及的一个理想。

因为对此所作的业务性理解的第一事，乃是理解其有限性，所以，我想不妨即刻指出并消除存在于道德与法律间的一个混淆之处，在此，法律有时上升到良知论（conscious theory）的高度，而更为经常和确乎恒定的倒是未臻良知，却于细节处反致困扰。显而易见，坏人具有如同好人一般多的理性，希冀避免与公众权力冲突。区分道德与法律的实际重要性由此可见。一个人对于为其邻人信守践履之道德规则不屑一顾，但却可能谨言慎行以免破财，如若可能，更愿避免身陷囹圄。

我举此例，意在假定在座听众没有人会误解鄙人所论乃犬儒之言。法律是吾人道德生活之见证与外部形态，其历史实即人类的道德演进史。其践履，尽管这已成为一个流行的笑话，总是在于造就良善公民与好人。当我强调法律与道德的区别时，我是以一个单向的目标，即对法律的领悟和理解为准而言的。为此目的，你必须确切地掌握其特定的标识，也正是为此，我要求你们不妨将他人以及更为廓然博大之存在摈诸脑后，抽暇想象一下你们自身之存在。

我并不是说不存在一个更为广阔的视角，从此视角，则法律与道德的区别乃属次要，或无足轻重，恰如所有数学上的差别在无限面前之消隐无形。但是，我确乎要说，此一差别对于吾人刻下考虑的课题——将法律视为一项事业精研细究，而对其有限性却又明察秋毫，一组容涵于确定界限内的训诫性质的原理——而言，实乃最为重要。我刚刚揭橥了如此言说的实际原因。



如果你只想知道法律而非其他什么，你必得将人当作一个只在乎法律知识允其得以预测之物质后果的坏人，而非一个好人，其秉依冥冥中良心制裁的训谕，懂得自己行为的理由，不论其为法律或非法律的理由。如若阁下推论无误，则此种区分的理论重要性亦甚彰明。法律中充满了转借于道德的语词，凭借语言之力，除非我们对其各自界域常铭于心，否则，一如我们确切无误之如此行事时，我们实际乃在毫无意识间，从一个领域转向另一领域。法律讲述权利、义务、恶意、故意和过失等等，我可以说，在论辩的某些阶段，较诸从道德感来理解这些语词或将其斥为谬论，法律推理要困难而特殊得多。例如，当我们从道德意义上说某人的权利时，我们意指对于个人自由的干涉限度之界定，凡此个人自由，我们认为，是由人类良知或吾人之理想来界定的。然而，可以肯定的是，许多往日施行的法律，很可能有一些现今仍在施行，均受到当日最为超卓明慧之见的谴责，或者，无论如何，它们越过了诸多人类良知所划定的干涉的界限。因此，显而易见，对于道德意义上人的权利与宪法或法律意义上的权利乃一般无二的肯认，只会导致思想的混乱。毫无疑问，因为社会必起而抗之，所以，即便尚无成文宪法性禁令，此种立法者惮于施行之不切实际的法律，也必定会导致此类幼稚而极端之例。这便在一定程度上佐证了法律如果不是道德的一部分，也要受到道德的限制这一命题。但是，此种对于（法律）权力的限制，并不同等适用于任何道德体系。就法律的大多数情形而言，其必涵泳并局限于此道德体系之内，仅仅因为法律乃抽象自特定时间之特定民族习惯这一缘由，才在某些情况下，得超逾道德域限。愚曾闻已故阿佳西（Agassiz）教授语，倘若每杯啤酒涨价两分，则德国人民就会揭竿而起。在此情形下，一项立法必为空言，不是因其有错，毋宁乃在其无法施行。无人会否认，错误的立法能够而且实际上得到了施行，而我们也不必就哪些立法乃属错误等等全体达成一致。

笔者此刻正予梳理之素思困惑，不言而喻，亦困扰着诸法律概念。不妨想一想一个基本问题：什么是法？君将发现，有些论著的作者会告诉你，法乃一种不同于麻省或英国法庭判决之物事，一套理性分析系统，不言而喻的公理或伦理原则的演绎结论，或者，因此公理并未获得广泛接受，其与法庭的判决或许一致无悖，或许扞格不凿。但是，设若我们与吾辈之友，那个坏蛋，英雄所见略同，则吾人将会发现，此君并不在乎公理或演绎的杂什，毋宁，其确乎欲知者不过麻省或英国法庭实际上可能会做什么。在此，鄙人与那厮甚感心心相印。卑意所谓法律者，即此法庭实际上将会做出什么之预言也，而绝非什么矫饰浮夸之辞。

不妨再看一个概念，通常认为，其为法律所涵括之内容最为宽泛者，此



即在下前已提及之法律义务 (legal duty) 概念。我们赋予该词以全部取自道德的内容。然而, 对于一个坏人来说, 它意味着什么呢? 主要而且首先意味着一种预言, 即倘若他做出某些事情, 则必将承担监禁或强制交纳金钱之不悦后果。但是, 在他看来, 因做某事而被处罚金与课以一定税金之间, 究竟有何区别呢? 坏人的看法乃是对于诸法律原则的检验这一点, 表现为法庭上人们对于此一既定法律责任究为一种刑罚还是税金这一棘手问题所作的诸多讨论。对于这一问题的回答, 取决于对于它在法律上之对错, 以及其人究处于强制之下抑或自由状态之判定。撇开刑法不谈, 则根据工场条例 (mill acts) 或议会制定法的授权, 动用国家征用土地之权获得一块土地之责任, 与无法返还之非法转移财产之责任, 二者的差别何在呢? 在此两种情形下, 占有他人财产的一方, 必须根据陪审团的估价, 公平偿付, 不用多付, 此外无他。那么, 在法律上指认某一行为为是, 另一行为为非, 其微言大义何在呢? 从已然发生的既定后果, 即 (当事人) 所关注的强制性偿付来看, 法律对于导致此一后果的行为是表示赞赏还是谴责, 法律之意图究竟旨在禁止抑或准允此一行为, 均无关紧要。如果说此事关系重大, 依然从那个坏人的视角而言, 则必定是因为根据法律, 恰恰就在此种情形而非彼种情形下, 其行为必须进一步承担某些损失, 或者, 至少某些进一步的后果。我所能想到的该行为之仅有的其他不利后果, 存在于两个可能即便废除也不会引发太大震荡的法律原则中。一是“实施法律禁止行为之契约乃为非法”; 另一是“如果两个或更多的共同侵权人中的一人必须负责损害赔偿, 则其不得从同伙处获得补偿。”此即我所想到的其他不利后果。君当看出, 在此, 义务这一概念的含混模糊是如何一朝廓清的, 而与此同时, 一旦我们用审慎怀疑的态度对待这一概念, 除去我们的研究客体即法的运作之外的其他一切, 义务这一概念又是如何更臻精确的。

没有什么比契约法领域法律与道德理念间之更为纠缠不清的了。如同其他事物一样, 再一次地, 此处所谓的基本权利和义务深植于超出我们所能归属与解释的神秘意义中。在普通法中, 履行契约的义务意味着如果你失于履约, 则必须承担损害赔偿之预测, 除此无它。如果你实施侵权行为, 则负有给付一定赔偿金之责。如果你订立了一个契约, 那么, 除非兑现承诺——所有的差别尽在于兑现承诺与否——否则, 得负有给付一定赔偿金之责。但是, 此种看待问题的模式, 却使得那些认为尽其所能地将伦理因素引入法律实乃多多益善的人们, 感到厌恶不堪。不过, 柯克勋爵 (Lord Coke) 所为甚当, 在此, 一如在其他诸多情形下, 在下于此公均追慕有加。在 *Bromage v. Genning* 一案中, ^[1] 有人向王座法庭 (King's Bench) 诉请颁布一纸



禁令，以阻止发生于威尔士与英格兰边界地区，有关准允一件租赁契约的讼案。柯克说，因为定约者试图在丧失赔偿金与出租之间作出选择，因此，颁发禁令必与其本意相违。支持原告的哈瑞斯律师（Sergeant Harrs）坦承，其之所为，违背了自己的良心，这份禁令最终还是获得了颁发。此事牵涉甚广，超出了吾人此刻的讨论范围，但它表明了在下从一开始即是从普通法角度冒昧陈词的，虽然哈瑞曼（Harriman）先生论述契约的精粹小册子，如不才愚忖，却误导向一个不同的结论。

到现在为止，我所谈的只是普通法，因为在通常意义上，存在着许多情形，从中可以发现民事责任乃为一种强加的义务之逻辑合理性。下列这些情形相对较少，即由衡平法院签发一纸令状，并经由将被告投诸监狱，或者，除非遵奉法庭命令，否则即予惩罚而强制实施此命令。但是，我并不认为由此特例中之形成一般性学理得为明智，而且，较诸使用那些不当之辞来描述我们有关一般系由法律所加之责任的预言，我想，不再为有关基本权利与制裁问题而自相烦恼，要好得多。

我曾提到恶意、故意和过失，作为法律引用道德内涵之语词例证。即以恶意在法律——我们法律从业者所谓之侵权法——上对于过错的民事责任的状态为例，它在法律上所表明的乃是与在道德中不一样的意味，并揭示了其差别是如何经由在同一名称下彼此赋予几乎没有或毫无关联之因素而模糊不彰的。三百年前，一位牧师在布道中根据福克斯（Fox）的《殉道者书》（*Book of Martyrs*）敷陈一个故事，说的是一个助纣为虐、折磨一名圣徒的男子，后来承受着内心忏悔的折磨而死去。恰巧，福克斯先生错了。那人还活着，并恰恰听到了这次布道，遂将该牧师告上法庭。首席大法官雷伊（Wray）向陪审团解释说，因为故事的讲述并无恶意，因而被告得不负责任。这里，他是在道德意义上指称恶意的，谓其乃为一种不良、有害的动机。但是，今日无人会怀疑，即便一名男子根本就没有什么不良、有害的动机，却亦得对其虚假陈述所明显引致之实际损害负责。在说明此一讼案时，吾人依然得认为被告的行为是恶意的；不过，以愚之见，至少，恶意一词与动机无涉，亦与被告对于今后事情将会如何的态度无关，毋宁只是意味着在已知的情形下，其行为的发展很显然地将会对原告造成现实的危害。^[2]

在契约法中，正如我已部分、并且仅仅是部分提及的，道德术语的使用亦已导致了同样的混乱。道德调整个体心灵实际之内在状况，其实际上所欲何为。从罗马时代以迄于今，此一进路影响到诸如契约法这样的法律的用语，而法律所使用的用语更进而影响到法律思想。我们说一份契约乃是签约各方意思之合一，因而，在许多案件中，可以推断，因为签约各方并未达成



合意，就是说，因为他们各有所指，或者，一方并不知道另一方已然同意，从而也就无契约可言。不过，契约所指向者并非签约双方心之所欲，一方亦且不知另一方究竟意欲何为，但却可能为此契约所约束之事，亦是肯定存在的。假如有一份契约，形式要件适当，内容关乎举行一次讲座，但却没有提到时间，现在要依此履约。一方当事人认为此承诺得被视作应于一周内立即履行，另一方则认为它意味着应在其已然准备停当之时。法庭则说它表示应在合理的时间内。契约双方均得受法庭所解释之契约约束，但却无一方说明法庭所宣布者即其所陈述者。依愚之见，只有当人们已然懂得一切契约均为要式契约，而契约的成立并不取决于双方之一致合意，毋宁乃两套外部符号之合意时——不是双方已然意味着同样的事，而是他们已经说过了同样的事，人们才能理解真正的契约原理，也才能明智通达地讨论某些基本问题。尤有甚者，外部符号可以通过此种或彼种方式来表达——诉诸视觉或听觉，其性质则取决于契约定订之时间。如果外部符号是具体有形的，例如，一封信，则契约定订时间为表示承诺之回信发出之时。如果契约以各方之合意为必需，那么，只有在确认其已然承诺时，契约才能成立——因此，如若第三人从承诺者手上夺走此承诺，则无契约之可言。



此刻无庸将一种理论阐释得至精至详，亦非解答由这些流俗之见所引发之诸多甚为显明的疑惑与问题之时。愚虽知其中各项并非不易回答，但此刻窃所尽力者，不过是经由点点滴滴的提示，向通往法学理论之窄径上投射一缕光芒，并指出依愚之见，实乃潜埋于侧、危乎殆哉的两大隐患。其中之一在下已言之再再。窃愿吾之阐说，于思辩和实践两面，均已将道德与法律混为一谈之危险、法律语言于吾人道路彼侧所设置之陷阱揭示无误。在我而言，我常常怀疑，如若表述道德意味的每一语词可得从法律中消除尽净，而采行曲尽法律理念、未经任何法外之物渲染之其他语词，是否不能算作胜算。虽则，我们会丧失大量的古老历史记忆，和与道德相连的庄严与崇高，但是，经由扫除吾人之素思赘绪，将吾人思想清理有致，则吾人收获必丰。

关于法律的阈限，就谈到此。接下来我想考论的是什么力量决定着法律的内容与法律的成长。你可能会像霍布斯（Hobbes）、边沁（Bentham）和奥斯丁（Austin）那样，设定所有的法律均源自主权，虽然人类中首先对此作出宣谕者乃是法官；或者，你可能认为，法律是时代精神（Zeitgeist）的表述，或者其他什么你乐意宣称的。就我此刻的目的而言，凡此均无差别。即便每一判决均要求得到享有专断大权、反复无常的君主之认可，吾人也应从法律乃为一种预测的角度，孜孜着意于揭示并阐明君主所设置的规则的形成过程

中的某种秩序、某种合理的解释以及某种原理原则。每一制度中都有此类解释和原理原则有待去发现。正是关乎于此，出现了第二个我认为必得揭露之谬误。

我所谓的谬误是指认为逻辑乃是推动法律发展的惟一动力这种观念。从最宽泛的意义上来说，的确，此种观念所言不谬。吾人赖以看待、思索宇宙的假设便是每一现象及其前因后果之间均有其确定不易的数量关系。倘若某物作为一种现象却无此确定不易之关系，则其必为奇迹。它超出了因果律，超越于我们思想能力之上，或者，至少得为某种导向或源自我们所不可理喻之物者。我们思索宇宙的条件是其得被理性地予以思索，或者，换言之，宇宙的每一部分均呈现为我们所最为熟稔的那些部分之同样意义上的因与果。职是之故，在最宽泛的意义上，如同宇宙万物，法律乃为一种合乎逻辑的自然演化。我所申说之危险不是指承认统驭其他现象之原理原则也同样统驭着法律，而是指认为一个既定的体制，如吾人之生活，如同数学一般地可得根据某些普遍的行为定律而推衍、量度和安排这种观念。此为学界之通病，却不限于学界。曾闻一位声名赫赫的法官悦论，其仅在对判决的正确性确有绝对之把握时，才制作此判决。职是之故，司法异见常常遭受责难，似乎异见就意味着此方或彼方未能将算术题做对，若其善自用功，本可以一致得出正确答案的。

此种思维模式全然自然得很。培训律师实即训练其逻辑思维。类比、判别和演绎均为律师们驾轻就熟之看家本领。司法判决用语亦主要就是逻辑的语言。逻辑方法与逻辑形式所彰显与满足的乃是冥涵于每一人心中对于确定性与和谐之追求。然而，确定性不过是一种幻象，而和谐亦非人类命运固有的状态。逻辑形式的背后实有一个对于各是其是之立法理据的相关价值与重要性的判断，且常常是一种隐含不彰和无意识的判断。但是，的确，它却构成了全部司法程序的根本基础和命脉所在。你可以赋予任何结论以一种逻辑形式，你也总是可以在一个契约中点出某一前提。不过，你为什么要拈出它呢？这是因为你认为凡此关涉对于社会的运作或某一阶级的实践之信仰，抑或对于政策的看法，或者，简言之，你自己本身对于某种无法予以精确之数字量度、因而无以达成确切的逻辑结论之物事的某种态度。凡此事物，真正构成了一个疆场，在此疆场，本当历久而弥善之量度手段却付阙如；在此疆场，判决所能为者不过是将一特定人群在既定时空的倾向表达出来而已。我们并未意识到，吾人法律中有相当大的一部分乃是根据公众心意的潜移默化而重予审议的。不论我们或许会多么欣欣然地接受一个命题，然而，没有什么具体的命题是不证自明的，即便是赫伯特·斯宾塞（Herbert Spencer）先生



的每个人都有权行己所欲，只要他不妨碍其邻人之相同的权利这一命题亦然。

为什么对一名政府雇员的情形坦言相陈，虽多不实中伤，却并不构成诽谤罪？这是因为人们认为，较诸保护一个人免受于其他情形下或会加以追究之不法行为的侵害，自由地陈述实情要重要得多。为什么一个人有权自由地兴办一桩其明知将会灭毁其邻人的生意？这是因为人们认定自由竞争最有利于维护公众利益。很显然，在不同的时空，此种对于各有关事物重要性的判断会各各不同。为什么法官会向陪审团解释说，除非雇主具有过失，否则不对雇员于雇佣期间所受工伤负责？而又为什么如果案件移交给陪审团，则陪审团通常会作出有利原告的裁决？这是因为我们法律的传统政策乃是将责任限定于审慎之辈得应对伤害或至少是危险已有预见之情形，同时，社会中的相当多数人更是倾向于主张某些人应保证其所负责者的安全。写下这段文字之时，我欣睹此种安全要求已被一著名劳工组织写入自己的纲领。对于立法政策问题的争论，若明若暗，有意无心，但若有人主张此问题可如演绎推理般永予解决，则我所可断言者，其人在理论上错了，并可肯定，其结论亦不会获得实践之认可，“从来不行，永远不行！”（*Sumper unique et ab omnibus*）。*

的确，我想即便是今天，我们有关此事之理论，仍需重新思考，虽然在下并不打算放言，倘有反思出，吾将何以对。我们的侵权法源于旧日有关以单个形式出现、不具典型意义之作奸犯科、人身伤害和诽谤，以及诸如此类行为之理念与实践，在彼时彼处，损害一旦发生，即应接受法律裁判。然而，今日我们的法庭所忙于处理的主要乃为某些众所周知的业务中的事件。它们是铁路公司和工厂等等对于人身的伤害或对于财产的损害。人们对此伤害或损害的责任进行估测，而早晚由公众进行偿付。真正偿付赔偿金的是公众，因此，进而言之，则偿付责任问题实际乃是公众应在多大程度上保证其所享用其服务之人群的安全问题。可以说，在诸如此类案件中，陪审团作出有利于被告裁决的可能性极小，而陪审团亦偶尔会较为强硬地打破赔偿程序的例规，其最可能发生在出现一名不同寻常按良心办事的原告的案件中，故尔，裁决结果多为皆大欢喜。另一方面，甚或生命之于社会的经济价值亦可予以估测，但却无以补偿，或许可以说，其本超越于所估测的那个数量。可以想象而理解的是，或许，某日某案中，我们发现自己生命的税值在很大程

* 该句拉丁文亦有译为“总是有效的、普遍有效的以及总体有效的”。详本杰明·卡多佐著、朱苏力译：《司法过程的性质》（北京：商务印书馆，1998）第55页。

度上亦被估测，一如吾人于蛮族法（*Leges Bar-barorum*）中之所见者。

卑意以为，法官们全然失察于自己权衡社会利益的职责。此一职责乃不可推诿者，而司法机关对于作出此种权衡之经常乃为公开的回避，如我所言，确乎使得判决的理据和基础晦暗不明、缺乏充足的说明，且常常失于明辨，稀里糊涂。最早，当人们谈论社会主义时，社会中的富裕阶级曾极为震怵。我怀疑，虽说这一恐惧亦影响到此地和英国的司法活动，不过可以肯定的是，这一影响并未构成我所提及的那些判决中的一个有意识的因素。我想，必有类似的情由导致不再企望控制立法机构的人们，转而将法庭视为英国和美国宪法的诠释者，而一些法庭则发现了那些宪法文本体系之外的新的原理原则，由此或可被归纳为对于约在五十年前即已流行的经济学说的接受，对于法律从业者的法庭所认定不当者之全面禁止。我不能不相信，倘若对于法律从业者的培训，使得他们习惯于更为谨严精确地认识到其所制订的规则赖以立基之社会利益必得予以合理化，那么，他们有时或会对于自己的自信颇感踌躇，明白他们其实是在极富争议、且常常是十分棘手的问题上偏听偏信。

关于逻辑形式的谬误，就谈到此。现在让我们思考一下作为一个研究科目的法律的现状，以及其所力臻之理想。我们依然尚未臻达我所欲达之论点。迄今亦尚无人已然臻达或能够臻达于此。我们不过是处在一个作出哲学反应与对于各种学说的价值重予思考的起端，这些学说的大部分仍然为人们所接受，其理据尚未受到任何审慎而有意识的、并且是系统的质疑。吾人法律之演生已近千载，如同一株植物的生长，必得迈出自己一步的每一代人，其心智，一如植物，直须遵奉自然生长的法则。其本来如此，实乃完全顺乎自然而正当。模仿为人性之天然，正如杰出的法国作家T·塔德（Tarde）在其深受推崇的著作《模仿的法则》（*Les Lois de l' Imitation*）中所论谕者。我们之做大部分事情，其理由无非是吾侪之父辈或吾侪之邻人亦且如此行事，推而广之，其理亦然，其范围甚或超出吾人之所思。因为吾人生也有涯，天不假年追寻更好的理由，因而，这一理由甚好，但却并非是最好的。并不因为我们都不不得不崇信我们的行为与思想所赖以立基的大部分传统规则，我们中就没有人无以在理性的秩序里建构我们自己的一角天地，或者，我们全都无意于尽其可能地在一切领域贯彻、运用理性。至于法律，毫无疑问，的确，进化论者还不敢大言不惭地宣称其社会理想，或者，其认为应当体现于立法的原则之放诸四海而皆准。若能证明其社会理想和原则在此时此刻乃最佳之上品，进化论者当感满足。或许，他已然打算承认其于何为宇宙之最佳者一无所知，甚而对于何为对于人类得为永恒之上佳者，亦几近一无

