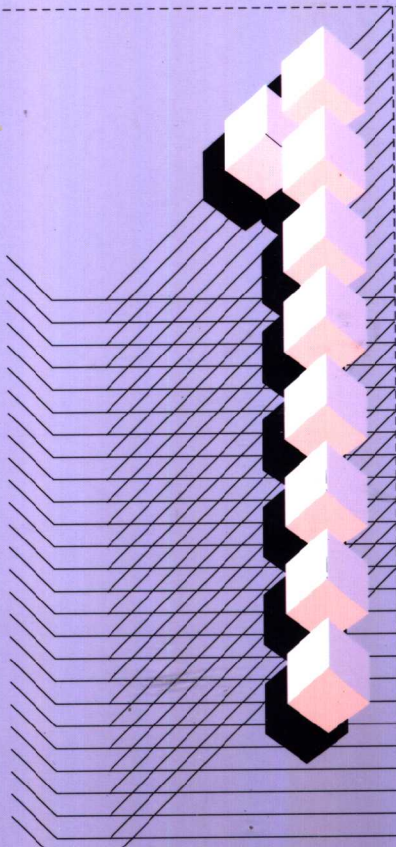


LAWYER DIGEST

律师文摘

2002 · 第二辑 · 总第二辑



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 / 谭礞 / 刘海蛟
李海周 / 孙国栋
董志军

主编 / 孙国栋
编者 / 王景智
梁小玲

2002·第2辑
总第2辑

时事出版社

LAWYER / **DIGEST**

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.第2辑 / 孙国栋主编. —北京:时事出版社,2002
ISBN 7-80009-723-4

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 048737 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:17 字数:280 千字

2002 年 6 月第 1 版 2002 年 6 月第 1 次印刷

定价:25.00 元

真正的律师与优秀的律师

中国律师制度恢复二十年以来的艰苦创业，为我们培育了一批又一批真正的律师，这是我们“十万大军”的脊梁，律师制度得以不断发展的基石。

真正的律师，似澄澈见底的潺湲清流，如通体透明的光泽水晶：是真正的人，表里如一，道德崇高，事事处处体现着人格的完善与优美。

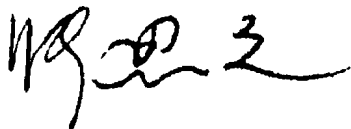
真正的律师，必有赤子之心：纯正善良，扶弱济危；决不勾串赃官，奔走豪门，拉拉扯扯，奴颜婢膝；不见利忘义，礼拜赵公元帅，结缘市侩，徇私舞弊；他自始至终与人民大众走在一起。

真正的律师，实是一团火，从点燃到熄灭，持续放着光，散着热。艺品高超，仗义执言；爱爱仇仇，义无反顾。

人们会在新的发展中呼唤着优秀律师的涌现，以便构建起中国律师制度的富丽殿堂。

什么人称得上“优秀的”？作为当代中国的优秀律师，除上面所说的特征之外，似乎还应具有——哲人的智慧；诗人的激情；法学家的素养；政治家的立场：四者统一于科学的使命和职业良心与社会正义之中。目前我们奇缺而又至关重要的是哲人。我们这支队伍历经二十年磨砺至今不能达到一个处处放彩满队生辉的境界，我认为首先是存在着这样一个致命的弱点。

这不是苛求。诚然，达到那样一个“四合一”的境地相当不易；然而既然是使命所在、社会需要和职业良心的要求，我们就应当登上这个高度。



王纪之



目
录

第一编 学术论坛

- 一、法理沉思
- 001 正义:法律与权利
(英)弗里德利希·冯·哈耶克 著 邓正来 译
- 020 法律的三度论 / 吴经熊
- 二、判例研究
- 023 “IKEA”域名侵权案中的法律推理问题 / 赵玲
- 三、事件剖析
- 034 郑百文“资产、债务重组方案”评说 / 方流芳
- 四、律师说法
- 048 医疗诉讼,可能出现的新问题 / 刘琳
- 五、经典回放
- 055 从身份到契约 / (英)亨利·梅因 著 沈景一 译

第二编 业务进阶

- 一、以案论道
- 062 境内同业银团贷款中的律师实务 / 徐斌
- 二、办案规程
- 070 204 条商品房买卖补充合同 / 秦兵
- 101 签下“204 条”只为不再受骗 / 吴晨光
- 三、论辩艺术
- 107 法庭心理战:怎样把法庭变成你的家 / 林正 编译
- 四、精彩辩词
- 133 真理面前半步也不后退 / (意)布鲁诺 著 汤侠生 译
- 136 中国古代辩词精粹三则 / 王景智 选注

第三编 业界瞭望

- 一、执业前沿
- 139 光荣与梦想
——写在第五届全国律师代表大会召开之际
王进喜 崔玉麒



二、他山之石

- 155 辩诉交易 / (美)弗来彻 著 熊丽霞 译
- 163 美国辩诉交易案例两则 / 许身健 梁欣 编译
- 166 要“绝对正义”还是要“相对正义”
——“辩诉交易”进入我国引起广泛争议 / 崔丽 田萌 陈婧

三、法学教育

- 171 公平正义应是法科学生一生的追求
——中国政法大学校长徐显明教授访谈录 / 李勇
- 176 司法考试:打造职业门槛 / 李咏 魏甫华

第四编 管理之窗

一、职业素养

- 190 出庭律师的道德 / (美)皮特·莫瑞 著 李玥 译

二、体制创新

- 212 完备的分配机制是合伙制事务所的稳定基石
——北京中伦金通律师事务所“计点制”介绍 / 张学兵

第五编 史海钩沉

百代风流

- 219 伍廷芳:第一个取得外国律师资格的中国人 / 马作武

第六编 法苑撷英

一、随 笔

- 223 论自由 / (英)阿克顿 著 侯健 范亚峰 译
- 226 既听取隆著者也听取卑微者 / 陈瑞华
- 230 “一元钱官司”该不该打 / 刘星
- 239 “大法官”非大官之谓 / 王怡
- 242 一个美国律师对当事人的忠告 / (美)赛尼 著 屈新 译

二、书 评

- 248 自由裁量与行政正义
——阅读戴维斯《自由裁量的正义》 / 王锡梓

Contents

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Justice: Law and Rights / by F. A. Hayek (U. K.)

Translated by Deng Zhenglai(001)

On Three Dimensions of Law / by Wu Jingxiong(020)

Case Study

Legal Reasoning in Domain Name Tort Case of IKEA / by Zhao Ling(023)

Event analysis

Comment on Zheng Baiwen's Scheme for Recombination of Assets and Debts

by Fang Liufang(034)

Lawyer's Comment on Law

Medical Lawsuit , a New Problem That Is Likely to Arise / by Liu Lin(048)

Retrospect of Classics

From Status to Contract / by Henry Maine(U. K.)

Translated by Shen Jingyi(055)

Business Step

Theoretical Discussion On Case

Practice of Lawyer in Domestic Syndicate Loan among Banks

by Xu Bin(062)

Regulation of Handling Case

Article 204 in Supplementary Contract For Commercial Housing Sales

by Qin Bing(070)

Signing Article 204 Is Only for Not Being Deceived Again / by Wu Chenguang(101)

Debate Art

Psychological Warfare in Court: How to Turn the Court into Your home

Translated by Lin Zheng(107)

Splendid Statement of Defense

Don't Retreat even Half a Step Before Truth / by Bruro(Italy)

Translated by Tang Xiasheng(133)

Three Pieces of Excellent Chinese Ancient Statement of Defense

Translated by Wang Jingzhi(136)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Glory and Dream

— On the Occasion of the Convening of the Fifth

National Lawyer's Representative Conference / by Wang Jinxi, Cui Yuqi(139)



Stones from Other Hills

Plea Bargaining / by Betty Fletcher / Translated by Xiong Lixia(155)

Two Pieces of Cases about American Plea Bargaining

Translated by Xu Shenjian, Liang Xin(163)

Which is Advocated, Absolute Justice or Relative Justice ?

— an Extensive Dispute about Plea Bargaining into China

by Cui Li, Tian meng, Chen Jing(166)

Education of Law

Fairness and Justice Should Be Pursued by Students of Law for Life

—An Interview With Professor Xu Xianming, President, China University of Political Science and Law /by Li Yong(171)

Judicial Examination: Make a Professional Entrance

by Li Yong, Wei Fuhua(176)

Window of Management

Professional Aattainment

Trial Lawyers' Ethics

by Peter Murray(U. S. A) / Translated by Li Yue(190)

Renewal of System

Perfect Distribution System is the Stable Cornerstone of Partnership Law Firm

— an Introduction to the Hourly System of Beijing Zhonglun Jingtong Law Firm

by Zhang Xuebing(212)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

Wu Tingfang: the First Chinese Qualified as a Foreign Lawyer

by Ma Zuowu(219)

Cream in Law Garden

Essay

On Freedom / by Acton(U. K.) / Translated by Hou Jian, Fan Yafeng(223)

Listen to the Elite as well as the Lowly / by Chen Ruihua(226)

One Yuan Case is Worthy to be Brought to Court or not? / by Liu Xing(230)

Grand Justice, not Grand Government Official / by Wang Yi(239)

An American Attorney's Advice to His Clients / by Sean(U. S. A)

Translated by Qu Xin(242)

Book Review

Discretion and Justice of Public Administration: A Review of Davis's Discretionary Justice

by Wang Xixin(248)

正义：法律与权利^{*}

(英)弗里德利希·冯·哈耶克^{**}著 邓正来^{***}译

引论：正义是人之行为的一种属性

我们选用“正当行为规则”一术语来指称那些有助益于自生自发秩序之型构的“目的独立”的规则(end-independent rules),并以此与那些“目的依附”的(end-dependent)组织规则相对照。前者是内部规则(nomos),而内部规则不仅是“私法社会”^①的基础,而且也是使开放社会得以形成的基础;而后者,就其作为法律来说,乃是确定政府组织问题的公法。然而,我们并不认为,所有事实上有可能为人们所遵循的正当行为规则都应当被视作是法律,而且我们也不认为,每一条构成正当行为规则系统之一部分的规则,其本身就是一项界定正当行为的规则。就此而言,我们仍不得不对正义与法律的关系这个争论不休的问题进行检视。这个问题之所以长期以来一直都混淆不清,其原因不仅在于人们认为,立法机关的意志决定着何谓正义的问题,而且也同样是因为人们相信,所有能够由立法决策予以决定的事情都必定是一个有关正义的问题。据此,我们将首先探讨正义这个术语在其适用性方面所存在的某些常常被人们忽略的限度。

严格地说,惟有人之行为才能被称之为是正义的或不正义的。如果我们把正义与不正义这两个术语适用于一种事态,那么也只有当我们认为某人应当对促成这一事态或允许这一事态发生负有责任的时候,这些术语才会具有意义。一个纯粹的事实,或者一种任何人都无力改变的事态,有可能是好的或坏的,但却不是正义的或不正义的。^②把“正义”一术语适用于人之行动或支配人之行动的规则以外的情势,乃是一种范畴性的错误。只有当我们

^{*} 本文译自哈耶克 Law, Legislation and Liberty (1973, 1976, 1979, Routledge & Kegan Paul: London) 三卷本,第一部分是原著第八章的前三节,第二部分则是原著第九章的“补遗”文字。本文标题是译者所加。

^{**} 弗里德利希·冯·哈耶克(1899-1992):当代最重要的自由主义理论家之一,1974年诺贝尔经济学奖得主。历任奥地利经济研究所所长,英国伦敦大学、美国芝加哥大学、联邦德国弗莱堡大学等校教授。

^{***} 邓正来:中国文化书院导师,《中国社会科学评论》主编。



意图谴责一个人格化的造物主的时候,我们把诸如某人患有一种天生的生理缺陷、或染上某种疾病、或失去一位亲人等事情说成是“不正义的”才会具有意义。自然既不可能是正义的,也不可能是不正义的。尽管我们所具有的那种以泛灵论或拟人化的方式解释物理世界的根深蒂固的习惯,常常会使我们按照这种方式滥用语词并促使我们去寻找某种代理者负责所有与我们相关的事务,但是,除非我们相信某人原本能够并应当以不同的方式安排事物,否则把一种事实性情势描述为正义的或不正义的,都是毫无意义的。

但是,如果不受人控制的任何东西都不可能是正义的(或道德的),那么使某种东西能够成为正义的东西的诉求,就未必是我们使这种东西受到人的控制的一个有效的理据;这是因为置某种东西于人之控制的做法本身就可能是非正义的或不道德的,至少从另一个人的行动的角度来看是如此。

在某些情势中,促使某种事态的出现也许是一项法律义务或一项道德责任,而这种事态在此后也往往可以被描述为是正义的。在这样的情势中,“正义的”这个术语事实上所指涉的乃是行动而不是结果;只要我们考虑一下“正义的”这个术语只能够适用于个人行动中他自己有能力决定的行动所导致的那些后果,那么这个问题也就十分清楚了。“正义的”这个术语所预设的不仅是那些被认为有责任促使那种事态出现的人能够切实地做到这一点,而且还包括他们如此行事时所凭借的手段也是正义的或合乎道德的。

人们力图把不同类型的行动界定为正义的或不正义的,然而需要指出的是,他们在进行界定时所凭的规则,却有可能是正确的或不正确的。如果一项规则把一种不正义的行动描述为是正义的行动,那么久已确定的做法就是把这项规则宣布为是一项不正义的规则。这种做法十分普遍,以致于我们必须把它视作是一种具有合法性的做法而接受下来,但是尽管如此,这种做法也不是没有危险的。一如我们所知,有时候我们会说,一条我们都认为是正义的规则,在适用于某一特定情势的时候,却被证明是不正义的;当我们说这个话的时候,我们真正的意思是,未能对我们视之为正义者的东西做出适当界定的规则,乃是一项错误的规则,或者说,对该项规则所做的文字阐释并没有适当地表达出那项指导我们判断的规则。

显而易见,不只是个人的行动,而且也包括许多个人的联合行动或组织所采取的行动,都可能是正义的或不正义的。政府就是这样一种组织,但社会却不是。众所周知,社会秩序会受到政府行动的影响,但是,只要社会秩序还保有自生自发秩序的性质,那么该社会过程中所产生的特定结果就不可能是



正义的或不正义的。这意味着，政府向个人提出的要求是否正义的问题，必须根据正当行为规则来判定，而不能根据这些要求被适用于某一个别情势所产生的特定结果来判定。毋庸置疑，政府在其所采取的每一项行动中都应当保有正义；此外，公众意见的压力也可能会促使政府在尽可能大的范围内遵循它所必须遵循的明确原则，而不论它是否想这样做。但是，有关政府所承担的正当职责究竟应扩展到什么范围的问题，却必须取决于它依照统一的规则(uniform rules)而享有的影响不同个人的处境的权限。

因此，只有那些能够由正当行为规则加以决定的人之行动秩序的方面，才会产生有关正义的问题。所谓正义，始终意味着某个人或某些人应当或不当采取某种行动；而这种所谓的“应当”(ought)，反过来又预设了对某些规则的承认：这些规则界定了一系列情势，而在这些情势中，某种特定的行为是被禁止的，或是被要求采取的。我们现在知道，一项得到人们承认的规则的“存在”，在此情形中未必意味着该项规则已然形诸于文字。实际上，它只要求人们能够发现这样一条规则就足够了，而这就是那种能够依据人们事实上所承认的有关正义与否的原则而对不同种类的行为做出界分的规则。

正当行为规则所指涉的乃是影响到其他人的个人行动。在一个自生自发的秩序中，每个个人的处境都是由许多其他人的行动所造成的一种综合性结果，而且任何人都没有责任或力量能够确使众多人所采取的彼此分立的行动会对某个特定的人造成一种特定的结果。尽管一个人的处境可能会受到某个人的行为的影响，也会受到一些人的协调一致的行动的影响，但是它却很少会完全为其他人的行为所支配。因此，在一个自生自发的秩序里，那种决定一个人应当具有何种生活状况的规则是根本不可能存在的。一如我们所见，个人行为的规则所决定的只是由此形成的秩序所具有的某些抽象性质，而不是它所具有的特定且具体的内容。

当然，人们很容易在某种诱惑的驱使下把一种因每个参与者都以正义(或不是不正义)的方式行事而形成的事态称之为“正义的”；但是，在因此而形成的事态并不是个人行动所旨在实现的目的的情况下，比如在自生自发秩序的情形中，上述观点却是极具误导性的。由于只有人之意志所造成的那些情形才能被称为正义的或不正义的，所以一个自生自发秩序中的特定情形也就不可能是正义的或不正义的：如果“甲所得的多而乙所得的少”这种状况并不是某个人的行动所意图的或可预见的结果，那么这种结果就不能被称之为是正义的或不正义的。我们将会在下文中看到，所谓“社会的”正义



或“分配的”正义 (social or distributive justice) 在自生自发秩序中确实是毫无意义的,而仅仅在一个组织中才会有意义。

一、正义与法律

我们既不主张事实上得到社会成员遵守的所有正当行为规则都是法律,也不认为通常被称为法律的所有东西都是由正当行为规则组成的。我们的主张毋宁是,由正当行为规则组成的法律有着一种极为特殊的地位,而这一地位不仅使它具有一个独特的称谓(比如“内部规则”)成为可欲之事,而且也使得人们把它与其他被称之为法律的命令明确区别开来成为一项极为重要的事情;因此,正是在发展这种法律的过程中,它的典型特征得到了极为明确的凸显。这是因为:只要 we 想维护自由社会,那么我们就必须只能强制公民遵守那部分由正当行为规则(主要是指私法和刑法)所组成的法律并使它们对公民具有约束力——而不论对政府组织中的成员施以约束的法律是什么。过去,人们一直认为,法律只服务于正义而非特定利益(或政府的特定目的);然而我们将会看到,正是人们对这种法律的信念的沦丧,构成了个人自由不断受到侵损的主要原因。

有关一项公认的正当行为规则应当具备何种要件才能被称之为法律这个问题已经得到了人们的大量讨论,所以我们在这里亦毋须再对这个问题进行赘述。尽管绝大多数人都不愿意赋予一项通常为人们所遵守但却无法得到强制实施的正当行为规则以法律之名,但是人们现在却很难不把法律之名赋予这样一些规则;亦即那些经由没有组织然却极为有效的社会压力或者通过把破坏一项规则的人驱逐出本群体的做法而得到实施的规则。^③从这样一种状态发展到那种被我们视作为成熟的法律系统,显然经历了一个渐进的转换过程;而在这种成熟的法律系统中,承担实施和修正这种基本法律(primary law)之职责的则是刻意创设的组织。当然,支配这些组织的规则是公法的一部分,而且这些规则,就像政府本身一样,也是建基于那些基本规则(primary rules)之上的,因为它们的目的就是要使这些基本规则变得更具效力。

需要指出的是,虽然私法和刑法所旨在确立和实施的乃是正当行为规则,并在这一点上与公法形成对照,但是这并不意味着这些法律在其间得以表达的每一项规则本身就是一项正当行为规则,而仅仅意味着整个规则系

统^④会有助于人们辨识或确定它们是否是正当的行为规则。所有的正当行为规则都必须指涉某些特定的事态；再者，以分立的规则来界定这些为特定的行为规则所必须指涉的事态，与在指涉这样一种事态的每一项规则中都重复这些定义相比较，也往往要更方便一些。虽说正当行为规则所保护的 personal 领域必须不断地得到指涉，但是用某些规则把这些个人领域的取得、转让、丧失以及界分的方式一劳永逸地确定下来或表述出来，将是十分有助益的；当然，这些规则的惟一作用就在于充当正当行为规则的参照条款（points of reference）。在某些条件下，人们可以取得并转让财产、缔结有效契约或遗嘱、取得或丧失其他“权利”或“权力”；然而，所有陈述这些条件的规则，其作用只在于对这些条件进行界定，进而使那些可强制实施的正当行为规则得以依据这些条件而对上述种种行为提供保护。这些规则的目的就是使相关的事态得到识别，并且确使各方当事人在缔结契约时能够互相理解。如果法律对一种交易所规定的方式被忽略了，那么这也不意味着一项正当行为规则被违反了，而只是意味着某些正当行为规则不会再对这项交易提供保护，因为只有当这一方式得到遵守的时候，这些正当行为规则才会保护这项交易。像“所有权”（ownership）这样的状态，只有经由指涉它们的正当行为规则才会具有意义；离开那些指涉所有权的正当行为规则，所有权也就根本不存在了。

在正当行为规则向那些并不共享亦未意识到共同特定目的的人群逐步扩展的过程中，有一种通常被称之为“抽象的”规则类型得到了发展；而在本书上文（即第5章）的讨论中，我们已然看到了这种抽象规则的发展过程。这里需要指出的是，“抽象的”（abstract）这个术语在被用于逻辑层面的时候，有着它自身的严格含义；因此，只有当这个术语不是在逻辑的意义上加以使用的时候，用它来描述这种类型的规则才是适当的。如果一项规则只适用于那些指纹呈现出一种特定的样式并且可以用代数学式加以界定的人，那么从该术语被用于逻辑的那种意义上讲，这项规则就肯定是一项抽象的规则。但是，由于经验告诉我们，每个个人的指纹都是不同的，而且每个个人也都可以根据自己独特的指纹得到识别，所以这样一项规则实际上只能适用于一个可以被确认的个人。所谓“抽象的”，其含义可见之于一项经典的法律程式之中：规则必须适用于未知其数的未来情势。^⑤正是在这里，法律理论发现，我们必须明确承认我们对于特定情势所具有的那种不可避免的无知（inevitable ignorance），尽管我们希望那些了解这些特定情势的人能够利用



它们。

我们在上文已经指出，正当行为规则之所以采取指涉未知其数的未来情势的形式，实是与那些业已通过一般化过程的规则所具有的某些其他特征紧密相关的，而这些特征包括：一、就这些规则禁止而非要求采取某些特定种类行动的意义上讲，它们几乎全都是否定性的规则 (negative rules)；^②二、这些规则禁止而非要求采取某些特定种类的行动，其目的乃在于对可以确认的领域提供保护——在这些领域中，每个人都可以自由地按照自己的选择行事；^③三、某项特定的规则是否具有这种特征，能够用一般化或普遍化的标准对其进行检测而获知。我们将努力表明，所有上述特征都是那些构成自生自发秩序之基础的正当行为规则所必须具备的特征，但是它们却并不适用于那些构成公法的组织规则。^④

实际上，所有正当行为规则都是否定性的，当然这是在它们通常不向任何个人施加肯定性的义务 (positive duties) 的角度所言的，除非个人因自己的行动而承担了这样的义务。论者们一再强调这项特征，而且每次都像是一种新发现似的，但是却鲜有论者对这项特征做过系统的探究。^⑤这一特征适用于绝大多数行为规则，但也不是没有例外。例如，家庭法中的某些规定就对行为人施加了某些义务（比如说子女对父母的义务）：这些义务并非源出于一种刻意的行动，而是源出于个人在其无力控制的各种情势下而被置于其间的那种位置。此外，还存在一些更为罕见的情形，其间，根据正当行为规则，一个人因各种情势而被认为与某些其他人处于某种特定的亲密关系之中，并因此而对他们负有一项特别具体的义务。需要强调指出的是，英国普通法中似乎只有一个这样的事例，亦即公海遇险救助的事例。^⑥当然，现代立法趋向于走得更远，而且在某些国家中，现代立法甚至还施加了肯定性作为的义务 (positive duties of action)，即要求一个特定的人在其力所能及的范围内去保护他人的生命。^⑦将来，立法也许还会朝着这个方向做进一步的拓展，但是这类肯定性义务仍可能是极为有限的，因为要用一般性规则来明确规定具体由谁去承担这样一项义务，无疑是十分困难的。无论如何，就当前的情势来看，要求采取肯定性行动的正当行为规则仍属罕见的例外情形，它们仅适用于这样一些场合，其间，偶然性因素会暂时使人们与某些其他人发生紧密关系。就本书讨论的宗旨言，我们把所有的正当行为规则都视作是否定性的规则，那也不会有大错。

正当行为规则之所以必须成为否定性规则，实是因规则不断扩展其适



用范围并超出了那种能够共享甚或能够意识到其共同目的的生活共同体而造成的一个必然结果。^⑩那些“目的独立”的规则,亦即那些并不受限于遵循特别指定的目的的规则,也决不可能完全决定一项特定的行动,而只能界定出其所许可的某些行动类型的范围——至于是否采取某项特定的行动,则由行动者本人根据他自己的目的加以决定。一如我们所见,上述情形只能使规则成为禁止人们采取某些有可能侵损他人的行动的禁令;而且我们也已发现,要想禁止侵损他人的行动,惟有凭靠那些对任何其他人都不得干涉的个人领域(或有组织的群体的领域)做出界定的规则方能实现。

此外,我们还发现,行为规则不可能禁止所有侵损他人的行动。向某个特定的人买东西或不买东西,以及向某个特定的人提供服务或不提供服务,实是我们所享有的自由中的一个基本组成部分。但是,如果我们决定不买某个人的东西或不为某个人提供服务,又如果那些因此而受到影响的人又依赖我们的光顾或我们的服务,那么我们的决定就有可能给这些人造成极大的损害;此外,当我们处置属于我们自己的东西的时候,如我们花园里的一棵树或我们房屋的外观,我们也可能会使我们的邻居蒙受巨大的情感伤害。因此,正当行为规则不可能保护所有的利益,甚至都不可能保护对某人来说具有重大意义的所有利益,而只能够保护那些被称之为“合法”预期(*legitimate expectations*)的东西;所谓“合法的”预期,乃是那些由正当行为规则界定的预期,有时也许还是因法律规则的规定而萌发的那些预期。^⑪

因此,正当行为规则的主要功能就在于告知每个人:他可以指望什么、他在实现自己的目的的时候可以使用哪些东西或哪些服务、以及他可以采取的活动的范围有多大。如果正当行为规则要确使所有的人都享有同等的决策自由,那么它们就不可能对其他人的所作所为做出同样的保证,除非其他人为了他们自己的目的而自愿同意按照某种特定的方式行事。

据此我们可以说,正当行为规则界定确受保障的领域(*protected domains*)的方式,并不是把特定的东西直接分配给特定的人,而是要使一种从可确认的事实中推知确定的东西究竟属于谁的努力成为可能。虽然大卫·休谟和伊曼纽尔·康德^⑫早就阐明了这个问题,但是有许多论者仍旧以这样一个错误的假设为基础:“法律赋予了每个人以一系列完全独特的关涉物质财产使用的自由权项(*liberties*),而且法律也对每个人施加了一系列独特的关涉财产使用的限制……。对于那些涉及到我使用我自己所拥有的财产方面的行为,法律站在我一边,而不会站在其他人一边”。^⑬显而易见,这样一种



解释完全没有把握住抽象的正当行为规则的目的。

事实上,正当行为规则的作用就在于告知人们,在什么样的条件下,某一行动属于被许可的行动,但是这些规则却会把创建个人确获保障的领域的事情交由个人依照这些规则去完成。或者套用法律的话来说,这些规则并不赋予特定的人以权利,而只是确立一些人们依据它们便可以获得这种权利的条件。每个人所会得到的领域,部分取决于他的行动,部分则取决于他所无法控制的事实。这些规则的作用只是使每个人都能够从他所能确认的事实中推知他本人确受保护的领域的边界,而这些领域的界分则是他与其他人为他们自己确定的。^⑩

由于适用正当行为规则所引起的后果将始终取决于这些规则本身无从决定的一些事实性情势,所以我们不能根据一项规则在某一特定情势中所产生的结果来衡量该项规则的适用是否正义。就此而言,有论者针对约翰·洛克有关竞争之正义问题的观点提出了一个颇为正确的说法:“真正重要的乃是竞争得以展开的方式,而不是竞争的结果”。^⑪这个说法不仅在一般意义上可以适用于自由的正义观念(liberal conception of justice),而且也能够适用于正义在自生自发秩序中所能实现的东西;一个人通过一次正当的交易有可能获益颇丰,而另一个人通过一次与此相同的正当交易,却有可能失去一切,^⑫但是值得我们注意的是,这种情况并不能否定这些交易是正义的。正义所关注的并不是一个自生自发秩序所产生的那些非意图的后果(unintended consequences),因为这些后果并不是任何人所刻意促成的。^⑬

因此,正当行为规则只有助于防阻冲突,并有助于人们通过消除某些不确定性的根源来促进合作。但是需要指出的是,由于这些规则旨在使每个人都能够依照他们各自的计划和决策行事,所以它们又不可能完全根除不确定性。正当行为规则只能够在下述范围内创造确定性,即它们保护个人所享有的资源或财产并使之免受他人的干涉,进而使个人能够把这些资源或财产视作是他可以按照自己意图使用的东西。然而,正当行为规则却不能够保证个人在使用这些资源或财产的时候获得成功,因为他的成功不仅要取决于某些物质性的事实,而且还要取决于他所预期的其他人所采取的行动;例如,正当行为规则就不可能确保他能够以他所预期的价格卖掉他要卖的东西或买到他要买的东西。

二、正义与个人权利

否定性的正义观念 (negative conception of justice) 乃是由个人行为规则界定的,而“肯定性的”正义观念 (“positive” conception of justice) 则要求“社会”负有责任,确使个人获得特定的东西。需要指出的是,从这个否定性的正义观念到肯定性正义观念的转换,常常是经由对个人权利的强调而得到实现的。在福利制度中出生和成长起来的年轻一代似乎养成了这样一种感觉,即他们有正当的理由要求“社会”提供它负有责任提供的特定东西。不论这种感觉何等强烈,反正这种感觉的存在并不能够证明由此提出的要求与正义有任何干系,甚或也不能够证明这类要求能够在自由社会中得到满足。

“权利”这个名词含有这样一种意思,即每项正当的个人行为规则都会创生一项相应的个人权利。就行为规则界分个人领域而言,个人会对自己的领域享有一项权利,而且在捍卫这项权利的过程中,个人还会得到其同胞的同情和支持。大凡在人们为了强制实施行为规则而建构起了诸如政府这类组织的地方,个人都有正当的理由要求政府对他的权利进行保护并且对他所受到的侵犯做出补偿。然而,只有当这类要求所指向的乃是一个能够行动而且在其行动中受正当行为规则约束的人或组织(比如政府)的时候,这些要求才可能是正当的要求或权利。当然,这类要求还包括对那些自愿承担义务的人所提出的要求,或对那些因特殊情势(比如父母子女间的关系)而联系在一起的人所提出的要求。在这类情势中,正当行为规则会赋予某些人以权利,并赋予其他一些人以相应的义务。但是,在这些规则所指涉的特定情势并不存在的情况下,这些规则本身是不可能赋予任何人以一项主张某种特定东西的权利的。一个孩子之所以享有食、衣、住的权利,乃是因为其父母或监护人甚或某个特定的机构被设定承担有一项相应的义务。然而需要指出的是,如果用以确定由谁来承担这项相应的义务的特定情势没有得到规定或陈述,那么该项正当行为规则就不可能以抽象的方式确定这种权利。除非某人有权义务保障某一特定的事态的权利,否则,任何人对这一特定事态都不享有权利。我们根本就无权要求我们的住宅不烧掉,无权要求我们的产品或服务必须有一个买主,也无权要求其他人向我们提供任何特定的商品或服务。正义并没有向我们的同胞设定一项一般性义务,要求他们为我们提供生计;因此,只有在我们维持一个组织以实现这个目的的限度内,主张该组织为我们提供生计的要求才是可能的。显而易见,讨论一种任何人没有义

