**法律的道路（测试，修改）**

（The Path of the Law）

(本文原载于《霍姆斯读本：论文与公共演讲选集》，霍姆斯著，刘思达译，上海三联书店，2009年9月版，转载请注明出处。)

1897年1月8日在波士顿大学的演讲，《哈佛法律评论》第10辑，1897年，第457页起。

　　我们研究法律并不是在研究一样神秘的东西，而是在研究一个众所周知的职业。我们是在研究我们需要什么才能够在法官面前辩论，或者能够为人们提供意见，以使他们不被卷入诉讼。为什么这是一个职业，为什么人们会付给律师报酬来让他们为其辩论或者提供意见，原因在于，在像我们这样的社会里，某些情况下公共权力的支配权是被赋予法官的，而如果有必要的话，整个国家权力都将被用来执行他们的判决和裁定。人们想知道在什么情况下和在多大程度上他们可以冒风险去对抗比其自身强大得多的东西，因此搞清楚何时这种危险将会大得使人畏惧就成了一项事业。于是，**我们研究的目标就是预测，是对通过法院而实现的公共权力的影响范围的预测**。

　　研究材料是大量的判例报告、论文和法规，在这个国家和在英国，这些材料可以回溯到六百年前，而且现在每年都以数以百计的速度增加。这些神秘的书页里收集的是过去那些关于法律界限案例的散乱预言。这就是被恰当地称为法律的神谕（oracles of the law）的东西。**法律思想每个新成就的最为重要和几乎全部的意义就是使这些预言变得更加精确，并把它们归纳成一个充分联系的体系。**从律师对案件的陈述看，这个过程是统一的，排除了当事人故事中涵盖的所有戏剧化成分，只留下具有法律重要性的事实，直到最终的分析和法学理论的抽象原则。一个律师不会提到他的当事人订立合同时戴着一顶白帽子，而多嘴夫人（Mrs. Quickly）肯定会详细陈述这一点，另外还有镀金高脚杯（parcel gilt goblet）和海煤火（sea-coal fire），其原因在于律师预见到公共权力的行使都是相同的，无论他的当事人头上戴的是什么。过去的判决被转化成一般命题收入教科书，法规被以一种普遍形式传递，这些教学方式的目的是让预言变得更容易记忆和理解。法理学所关注的主要权利和义务也都只不过是预言而已。我马上将要提到，法律理念与道德理念混淆的许多恶果之一是理论倾向于本末倒置，把权利或义务视为分离存在并独立于违背它们的后果，而这些后果所引发的某种制裁则是后来添加的。但正如我试图说明的那样，一项所谓的法律义务只不过是一个预测，即如果一个人做了或者没做某些事情就将会被法院判决承担这样或那样的惩罚后果，法律权利也是如此。

　　当我们的预测被概括和简化为一个体系，其数量就不是特别庞大了。它们呈现为有限数量的原理（dogma），可以在一段合理时间内被掌握。被判例报告数量的不断增长吓倒是一个巨大的错误。这些在某个时代里关于某个特定管辖范围的报告几乎包含了法律的全部，并且是以当前的视角对它进行重述。即使之前的材料都被销毁，我们也可以通过它们来重构法律的躯体。早期判例报告的作用主要是历史性的，在结束演讲之前我会提到这一点。

　　如果可以的话，我希望能提出几个研究这些被我们称为法律的原理或者系统性预测的首要原则，使得想在工作中用它作为工具的人能够在需要的时候作出预测。而且，关于这项研究，我希望指出一个我们的法律还未能实现的理想。

　　要对这个问题有务实的理解，**第一件事就是要理解它的界限**，所以我认为值得立即指出并摒弃道德和法律的混淆，它有时候会被提升到意识理论（conscious theory）的高度，而更为经常的、事实上总在发生的并非意识问题，而是它在具体细节上所制造的麻烦。你们可以很明显地看到，坏人和好人一样都有足够的理性希望避免遭遇公共权力，因此你们可以看出区分道德和法律的实际重要性。一个根本不在乎他的邻居所信奉和实践的伦理规则的人对于避免金钱赔偿却很可能十分在意，而且如果可以的话，他还会尽力避免牢狱之灾。

　　我相信我的听众里没有人会将我必须要说的话误解为冷嘲热讽。法律是我们道德生活的见证和外在积淀。它的历史就是一个民族的道德发展史。它的实践倾向于塑造好公民和好人，尽管这种观点会引来公众的嘲笑。我强调法律和道德的区别只有一个目的，就是学习和理解法律。为了这个目的你们必须确切地掌握它的具体标志，也正是为此，我要求你们暂时假设你们自己并不关心其它更重要的事情。

　　我并不是说不存在更为广阔的视角能使法律和道德的区分变得次要或者无足轻重，正如一切数学上的区分在趋于无限时都会消失一样。但我要说的是，这一区分对于我们在这里所考虑的问题而言至关重要——把正确地学习和掌握法律作为一项界限明确的事业，作为一套位于确定边界之内的原理。我刚才已经解释了这么说的实际原因。如果你想了解法律而不是其它东西，你必须从坏人的角度来审视它，坏人只在乎这种知识能使他预测到的实质性后果，而好人会在良心的模糊约束中找到他行为的理由，无论是在法律之内还是在法律之外。这一区分的理论重要性并不亚于实践重要性，如果你们能正确地理解你们的问题。法律充满了取自道德的措辞，而仅仅通过语言的力量就让我们不断地在毫无意识的情况下从一个领域过渡到另一个，我们肯定会这么做，除非在我们的意识里二者的界限一直存在。法律谈论权利、义务、恶意、故意和过失等等，在辩论的某个阶段在道德意义上使用这些词语，没有什么比犯这样的错误更容易的了，或者我可以说，在法律推理中没有什么比这更普遍的了。举例来说，当我们在道德意义上谈论一个人的权利时，我们的意图是要划定干涉个人自由的界限，这被认为是由我们的良知或者理想决定的，无论怎样实现它。但可以肯定，许多被当时最开明的观点所谴责的法律或者无论如何都超越了依良知而确定的干涉界限的法律在过去都被执行了，其中一些很可能现在还在被执行着。因此，很明显，假定一个人在道德意义上的权利等同于在宪法和法律意义上的权利只能带来思想混乱。毫无疑问，即使没有成文的宪法性禁止规定，简单和极端的案例也能导向一些假想的法律，立法机关不敢制订这些法律，因为社会将奋起反抗；这就使那种认为法律即使不是道德的一部分也要受道德约束的主张有了一些合理性。但这一权力界限并不与任何道德体系共同延展。在大多数情况下它都会远远地落在这种体系的界限内，在一些情况下也有可能扩展到它们之外，这是由于某一特定人群在某一特定时期的习惯。我曾听已故的阿加西兹教授（Professor Agassiz）说，如果你把一杯啤酒的价格提高两分钱，德国人就会反抗。在这样的案例中，法规将成为一纸空文，不是因为它错误，而是因为它无法执行。没有人会否认，错误的法规可以被执行并且正在被执行，而对于哪些法规是错误的，我们可能看法不一致。

　　我所讨论的这个混淆极大地困扰着法律概念。举一个根本问题的例子，是什么构成了法律？你会发现一些教科书作者告诉你，它是与马萨诸塞州法院或英国法院的判决不同的东西，它是一个理性系统，是伦理原则或被承认的公理的演绎，有可能与判决一致也有可能不同。但如果我们采取了我们的朋友坏人的角度，我们将发现他根本不在乎什么公理或者演绎，但他的确想知道马萨诸塞州法院或英国法院实际将会做什么。我基本上持这种观点。我们所说的法律只意味着对法院实际将会做什么的预测，而不是那些毫无根据的东西。再考虑一下一般认为法律所包含的最宽泛概念——法律义务，我前面已经提到过它了。我们用所有取自于道德的内涵来填充它。但对一个坏人来说它意味着什么呢？主要和首要的是一个预测，即如果他做了某些事情，他就将得到监禁或者强制性付款的不利后果。但从他的角度讲，在因为某件事情被处以一定数额的罚款与被征收同样数额的税之间有什么区别？他的观点是对法律原则的检验，这已经由许多在法院发生的关于一项特定法定责任究竟是处罚还是税收的讨论显示出来。对于这个问题的回答取决于对行为在法律上是对是错、以及他是应该被强迫还是自愿的判断。暂且不考虑刑法，在依据工厂法案或法规（mill acts or statutes）授权取得的地产征用权（eminent domain）责任与我们称为无法恢复原状的财产非法转让责任之间究竟有什么区别？在这两个案例中，取得了另一个人财产的一方都必须支付由陪审团所确定的合理价格，仅此而已。从法律的角度而言，认为其中一个行为正当而另一个非法究竟有什么意义？对于作为既定后果的强制性付款而言，它所依附的行为是被以赞扬还是谴责的形式来描述，或者法律意在禁止或准许，都无关紧要。仍从一个坏人的角度讲，如果这有什么重要性的话，那一定是因为在一种情况而非另一种情况下，法律在行为之上依附了其它某些不利后果，或者至少是其它某些后果。我曾想到的唯一一种依附在行为之上的其它不利后果是在两个不太重要的法律原则中被发现的，这两个原则都可以被废除而不至于引起什么混乱。其中一个是关于法律所禁止行为的合同无效，另一个是如果两个或两个以上的共同侵权人之一赔偿了所有损失，他不能从其他侵权人那里得到补偿。我相信这就是全部。你们看到了，当我们用嘲讽的酸液来洗涤义务的概念，使它排出了我们的研究对象——法律的运作——以外的一切之后，这一概念的模糊外延是怎样缩减并同时变得更为精确的。

　　法律与道德理念的混淆在合同法领域表现得最为明显。其中，所谓的基本权利与义务也被赋予了超出分配和解释限度的神秘重要性。履行一项合同的义务在普通法上意味着一个预测，即如果你不履行它的话，就要支付赔偿——仅此而已。如果你实施了一项侵权行为，你就有责任支付一定数额的赔偿金。如果你订立了一项合同，除非被许诺的事件发生了，否则你就有责任支付一定数额的赔偿金，这就是全部差别。但这样一种看待问题的方式会使那些认为尽可能多地把伦理植入法律将大有裨益的人感到厌恶。然而，对科克爵士（Lord Coke）而言这已经足够好了，在这个问题上我很愿意赞同他的观点，就像在其它许多案件中一样。在Bromage v. Genning一案1[1]中，原告在王座法庭（King’s Bench）申请一项禁止令，要求中止威尔士边界地区的一个关于租赁合约具体履行的诉讼，科克认为这将会违背订约人的意图，因为他想要在失去赔偿金与订立租约之间进行选择。代理原告的高级律师哈里斯（Sergeant Harris）承认他违背良心地转移了问题，于是禁止令被准许了。这虽然超出了我们目前的讨论，但它表明我要说的东西从一开始就是普通法的观点，而依我的愚见，哈里曼先生（Mr. Harriman）在他那本关于合同法的很好的小册子里错误地得出了一个不同的结论。

　　我所谈到的只是普通法，因为在一些案件中可以找到合乎逻辑的理由来将民事责任视为在可理解的意义上施加义务。但这些案件比较少，即依据衡平法发布禁令，并通过监禁被告人或者其它惩罚方式来执行，除非他遵从法院的命令。但我并不认为从特例中形成一般理论是一种明智的做法，我认为停止我们关于基本权利和制裁的争论将比停止用不适当的术语来描述我们关于法律通常规定的责任的预测更好。

　　作为在法律中使用道德词语的其它例子，我提到了恶意（malice）、故意（intent）和过失（negligence）。恶意在关于不法行为民事责任的法律（the law of civil liability of wrongs）——也就是我们法律人通常所说的侵权法——里的用途就足以说明它在法律和道德中的意涵不同，这也足以说明这一差别如何通过给几乎或完全没有关系的两个原则赋予同样的名称而变得模糊。三百年前一位牧师在一次布道中讲述了福克斯的《殉道者书》（Fox’s Book of Martyrs）中的一个故事，有人曾是迫害圣灵的帮凶，后来他在不安的内心折磨中死去了。但福克斯其实错了。那个人仍然活着，并且正好听到了那次布道，于是他便起诉了那位牧师。首席大法官雷伊（Chief Justice Wray）指示陪审团说被告并不承担责任，因为这个故事是被善意地讲述的，并不存在恶意。他是在道德意义上理解恶意，即具有恶毒的动机（malevolent motive）。但现在没有人会怀疑一个人有可能根本不具有任何恶毒的动机，却要为明显将导致现实损害的错误陈述承担责任。在为这一案件辩护时，我们仍然应该将被告人的行为称为恶意；然而，至少在我看来，这个词的意思根本和动机无关，也和被告人对于未来的态度无关，而只意味着在已知情形下他行为的倾向很明显将给原告人带来现实损害。2[2]

　　正如我已经部分说明的那样，在合同法中道德词语的使用带来了同样的混乱，但这只是一部分而已。道德所涉及的是个体意识的实际内在状况，也就是他实际上想要什么。从罗马法的时代直到今天，这种处理方式影响了关于合同的法律语言，而这些被应用的语言已经触及了思想。我们说一项合同是双方当事人的一次合意，因此在许多案件中并不存在合同，因为他们没有达成合意；也就是说，因为他们想要的是不同的东西，或者因为一方并不知道另一方的同意。但没有什么比以下情况更为确定无疑，即双方当事人根据合同有可能要受他们都不想要的事情的约束，当一方不知道另一方是否同意时也是如此。假设一份关于做演讲的合同以书面形式签字生效了，却并没有提到时间。一方当事人认为这一允诺应该被解释为立即完成，在一周之内；另一方则认为它意味着当他准备好的时候。法院认定它意味着在合理的时间内。当事人要受到经法院解释的合同的约束，而他们的意思都和法院所宣称的他们的意思不同。在我看来，没有人能够理解合同法的真实理论或者甚至是明智地讨论一些根本性问题，直到他明白了，所有合同都是关于外在形式的，而一项合同的订立不是取决于在同一个意图上双方意思的一致，而是取决于两组外在符号的一致——不是取决于双方当事人所想的是同样的事情，而是他们说了同样的事情。此外，由于符号能被以某种方式感知——视觉或者听觉——合同成立的时间就要取决于符号的性质。如果符号是有形的，比如一封信，那么当承诺信函被送达时合同就成立了。如果双方当事人的意思必须达成一致，那么在承诺被读到之前合同就没有成立——比如承诺被第三人从要约人手中夺走的话，合同就没有成立。

　　这还不是详细阐释一个理论或者回答许多由这些一般观念而产生的明显疑问和问题的时候。我觉得它们都不难回答，但我现在要做的只是通过一系列的提示来照亮法律原则的狭窄道路，以及两个在我看来就在它旁边的危险陷阱。关于第一个陷阱我已经说得足够了。我希望我举的例子已经说明了在思考和实践中将道德与法律混淆的危险，以及法律语言在我们道路的那一边所设下的圈套。就我自己而言，我常常怀疑，如果每个具有道德意义的词语都从法律中被完全禁止、而采用其它只表达了法律理念而不被法律之外的东西所沾染的词语，是不是就没有什么好处。我们将会丢掉大量历史遗迹以及从伦理性联系中所得到的权威，但通过去除一个不必要的混淆，我们将在思想的清晰性上受益良多。

　　关于法律的界限已经谈得太多了。**我想讨论的下一个问题是什么是决定法律的内容和生长的力量**。你们可以像霍布斯、边沁和奥斯汀那样假定，一切法律都来自主权者，即使首先阐述法律的人是法官，或者你也可以认为法律是时代精神（Zeitgeist）的声音或其它什么东西。对于我现在的目的而言这都是一样的。即使每个判决都需要一位专断无常的皇帝来批准，带着预测的观点，我们仍然应当有兴趣从他所确立的规则中发现某种秩序，某种理性的解释，以及某种生长的原则。在每个体系中都可以发现这样的解释和原则。第二个错误就和它们有关，我认为将它揭示出来非常重要。

**我所指的错误是这样一种观念，即法律的发展过程中唯一起作用的力量是逻辑**。的确，在最宽泛的意义上，那种观念是正确的。我们思考宇宙的基本假设是在每个现象和它的前因后果之间存在固定的量化关系。如果存在这样的事情，一个现象不具有这些固定的量化关系，那么它就是一个奇迹。它处在因果律之外并超越了我们的思想力量，或者至少是某种我们无法理性推断的东西。我们思考宇宙的前提是它可以被理性地加以思考，或者换句话说，它的每一部分都与那些我们最熟悉的部分具有同样意义的因果关系。因此在最宽泛的意义上，可以说法律和其它东西一样是一个逻辑发展过程。我所谈论的危险并不是承认支配其它现象的原则也支配法律，而是一种观念，即一个特定体系（例如我们的体系）可以像数学一样由某些行为的一般公理推演出来。这是学院派的天然谬误，但不仅仅是他们犯这个错误。我有一次听一位非常著名的法官说，在完全确信判决的正确性之前，他从未放走过一个判决。因此司法异议常常受到谴责，似乎它仅仅意味着一方或另一方没有算对数目一样，而如果他们不嫌麻烦的话，就必定会达成一致意见。

　　这种思维方式是完全自然的。法律人的训练是关于逻辑的训练。类比、辨析与演绎的过程他们最为熟悉。司法判决的语言主要是逻辑的语言。而且逻辑的方法和形式迎合了每个人心中对于确定和安宁的渴望。但确定通常是一种幻想，而安宁也不是人的命运。**在逻辑形式的背后隐藏着对于相互冲突的立法基础的相对价值和重要性的判断，它经常是一个含混不清和无意识的判断，这不但真实，而且还是整个程序的根基和关键**。你可以给任何结论赋予一个逻辑的形式。你总是可以在合同中暗示一个条件。但你为什么要暗示它？这是因为某些关于社会或阶级实践的信念，或者因为某种政策观点，或者，简而言之，因为你对一件事情的某种无法量化测量因此也无法确立精确逻辑结论的态度。这样的事情真的像战场一样，那里没有能一劳永逸地做出决断的方法，判决只是体现了特定群体在特定时间地点的偏好罢了。我们并没有意识到，我们的法律中有多大一部分会由于公共思维习惯的微小变化而需要重新加以考虑。没有什么具体命题是不证自明的，无论我们有多么愿意接受它，甚至连赫伯特斯宾塞先生（Mr. Herbert Spencer）的“每个人都有权做他想做的事情，只要他不干涉与其相邻之人的类似权利”也是如此。

　　为什么当一项错误和有害的陈述是善意地提供关于一个仆人的信息时，就会受到特许？这是因为提供信息的自由被认为要比保障一个人不受到在其它情境下可诉的过错行为的侵害更加重要。为什么一个人可以自由地设立一个他明知会使其相邻人破产的企业？这是因为自由竞争被假定为促进公共利益的最好方式。很明显，这种对于相对重要性的判断有可能随着时间地点而改变。为什么法官会指示陪审团说，一个雇主不对其雇员在雇用过程中所受的伤害承担责任，除非他存在过失，而为什么陪审团在被允许自主决断时通常会做出有利于原告的裁决？这是因为我们法律的传统政策是将责任限定于一个审慎的人有可能预见到伤害或者至少是危险的情况，而社会中相当大部分人都倾向于让某些阶层的人来保障和他们打交道的人的安全。写下这段演讲词之后，我看到在最著名的劳工组织之一的规划中写入了这种保障要求。在立法政策问题上有一场隐蔽的和半自觉的战争，而如果任何人认为它能被通过演绎方法一劳永逸地解决，我只能说我认为他在理论上是错误的，而且我确信他的结论在实践中也不会被众口一词地（semper ubique et ab omnibus）接受。

　　的确，我认为即使是现在，我们关于这一问题的理论仍有待反思，虽然我不准备讲如果真的提出反思的话我将如何决断。我们的侵权法来自于古代那些孤立而未经概括的过错（wrongs）、攻击（assaults）、诽谤（slanders）等行为，在这些情形下损害赔偿将根据法律的判断来恢复原状。但今天我们的法院所忙于处理的侵权行为主要是某些知名企业的事故。它们是铁路、工厂等对人身或财产的损害。关于它们的责任被加以估算，并且早晚会变成由公众来负担的代价。实际上是公众在支付这些损害赔偿，而如果进一步追问的话，责任的问题其实是这样一个问题，即公众应当在多大程度上保障那些为他们服务的人的安全才是可取的。有人可能会说，在这样的案件中陪审团支持被告的机会微乎其微，只是偶尔会武断地打乱常规的补偿过程，并且最有可能是在一个原告非同寻常地尽责的案件中发生，因此最好不要这样做。另一方面，甚至一个生命对于社会的经济价值都可以被估算，而且可以说，任何补偿都不应该超出这一数额。可以想见，有一天在某些案件中我们可能发现我们自己在更高的水平上模仿着我们在蛮族法律（Leges Barbarorum）里看到的对生命和肢体所课以的税。

　　我认为法官们自身并没有足够认识到他们对社会利益进行权衡考虑的义务。这份义务无法逃避，而司法机构经常宣称厌恶这类考虑的结果只是使判决的依据和基础变得含混不清而且经常是无意识的，像我已经说过的那样。当社会主义刚开始被谈论时，社会里的富裕阶层感到了很大的恐惧。我怀疑这种恐惧影响到了这里和英国的司法判决，但我所指的当然不是判决中的有意识因素。我认为某种类似的东西已经指引着一些不再指望控制立法机构的人将法院视为各州宪法的阐释者，而在一些法院已经发现了那些宪法文本之外的新原则，它们可以被概括为对大约五十年之前流行的经济学说的认可，以及许多法律人的裁判庭认为不正确的禁止措施。我不得不相信，如果法律人的训练能使他们习惯于更为明确和直率地考虑使他们所确立的规则获得正当性的社会利益，他们将会不时地对目前他们自信的东西感到迟疑，并且意识到，他们其实是在有争议甚至经常十分棘手的问题上做出偏袒。

　　关于逻辑形式的错误已经谈得太多了。现在让我们来考虑一下法律作为研究主题的当前状况，以及它所趋向于的理想。我们离我所要达到的观点仍然很远。还没有人已经达到或者能够达到它。我们只是刚刚开始哲学反思和对法律原则的价值反思，而这些原则基本上没受到过任何针对其存在基础的深思熟虑、有意识和系统的质疑。我们的法律发展经历了近一千年的时间，就像一株植物的生长一样，每一代都走着他们无法逃避的一步，意识和物质一样，都只是遵循着自然生长的法则罢了。这完全是自然和正确的。模仿是人类本性的一种必然，正如杰出的法国作家塔赫德（M. Tarde）在那本令人赞赏的《模仿的法则》（Les Lois de l’Imitation）中所描述的那样。我们所做的绝大多数事情，都只是因为我们的父辈或者我们的邻人那样做了，而我们所思考的事情很大一部分也是这样。这是一个很好的理由，因为我们短暂的生命没有给我们时间来做得更好，但这并非最好的理由。我们都被迫间接地相信作为我们行为和思想的基础的那些规则，并不意味着我们每个人都不能尝试用理性秩序来支配其世界的某个角落，或者我们所有人不能集体地渴望用理性来指引它所能涉及的整个领域。关于法律，一个进化论者会在确认其社会理想或者他认为立法应当体现的原则的普遍有效性上感到犹豫，这毫无疑问是正确的。如果他能证明它们在此时此地是最好的，就可以满足了。他可能会愿意承认，他对于宇宙中的永恒最优状态几乎一无所知，甚至对于人类的永恒最优状态也几乎一无所知。但当一个法律体系所包含的每项规则都被清楚明确地指向一个它们所推动的目标时，当期望那个目标的理由得到了陈述或者可以用语言加以陈述时，法律就更加理性和文明，这仍然是正确的。

　　在目前的许多案件中，如果我们想知道为什么一项法律规则具备了其特定形态，而如果我们还或多或少地想知道它究竟为什么会存在，我们就会诉诸传统。我们从《年鉴》（Year Books）里追寻它，也许还要追寻到撒利族法兰克人（Salian Franks）的习惯里，而在过去的某个地方，在日耳曼的森林里，在诺曼国王的需求里，在统治阶级的假定里，在普遍化概念的缺失里，我们发现目前最好做法的实际动机仅仅是从它被接受而且人们已经习惯这一事实中获得了正当性。对法律的理性研究在很大程度上仍然是关于历史的研究。历史必须成为研究的一部分，因为没有它我们就无法了解规则的精确范围，而了解这些正是我们的职责。这是理性研究的一部分，因为它是通向开明怀疑论的第一步，也就是通向谨慎地重新考量那些规则的价值的第一步。当你把一条龙从它的山洞里拖到平地的光天化日之下，你就可以数清它的牙齿和爪子，并且看到它的能量究竟如何。但把它拖出来只是第一步。下一步要么是杀死它，要么是驯服它，使它变成一头有用的动物。**对法律的理性研究而言，现在所需要的或许是精通文字的人，而未来所需要的则是精通统计和经济学的人**。如果现在的法治不具备比亨利四世所确立的法治更好的理由，那将是令人厌恶的。而如果当时确立法治的依据早已消逝，而规则仅仅由于对过去的盲目效仿而持续，那将是更加令人厌恶的。我想到了一条关于被称为自始侵害（trespass ab initio）的技术性规则，我在一个最近发生在马萨诸塞州的案件里3[3]试图对它进行了解释。

　　让我举一个三言两语就可以说清的例子来说明，规则的形式来源于渐进的历史发展而不是通过明确参照被考虑的目标来进行整体性的有意识重塑，作为这一事实的后果，法治所追求的社会目标怎样变得模糊并且只能部分实现。我们认为值得去防止一个人的财产被另一个人侵占，于是我们将盗窃定为一种犯罪。无论是所有权人亲手将财产交给了犯罪人，还是犯罪人非法地将它取走，只要实施了侵占行为（misappropriation），其罪行都是一样的。但原始法律的弱点在于它并没有怎么超越防止暴力的努力，而且很自然地将非法取得（wrongful taking）这一侵害行为（trespass）作为了犯罪定义的一部分。在现代，法官们将这一定义扩展了一些，认为如果违法者通过骗局或者诡计取得了财产，也构成犯罪。这其实是在放弃侵害行为的要求，而对于法律目前的目标而言，完全放弃这一要求既更合乎逻辑，又更真实。然而，那样做将会显得过于大胆，因此它被留给了成文法。将贪污定为犯罪的法规被通过了。但传统的力量导致贪污罪被认为与盗窃罪相去甚远，而直到今天，至少在一些司法管辖权内，这还给窃贼们留下了一道缝隙，如果被指控盗窃罪，他们可以主张自己应当被指控贪污罪，而如果被指控贪污罪，他们可以主张自己应当被指控盗窃罪，从而以这种理由逃脱惩罚。

　　更为根本的问题仍在等待我们做出更好的回答，而不是重复我们父辈的做法。我们是不是只能凭借盲目的猜测来说明刑法目前的形式利大于弊？我并不仅仅是指它使犯人堕落并且再次陷入犯罪深渊的效果，或者是指这样一个问题，即罚款和监禁是否使犯罪人的妻儿受到了比他自己更重的惩罚。我所考虑的是更加深远的问题。惩罚具有威慑作用吗？我们处理犯罪人的原则适当吗？欧陆刑事学家（Continental criminalists）的一个现代学派以那个据说是高尔（Gall）首先提出的原则为荣，即我们必须考虑犯罪人，而不是犯罪。这一原则并没有告诉我们太多东西，但已经开始的研究第一次在科学的基础上寻找着我那个问题的答案。如果典型的犯罪人是个堕落的人，由于像响尾蛇咬人那样固有的生理必然性而注定要实施诈骗或者谋杀，那么对于通过监禁这一传统方法来威慑他的讨论就毫无意义。他必须被清除掉；他不可能被改造好，恐惧也不可能祛除掉他的器官结构反应。另一方面，如果犯罪像正常的人类行为一样主要是模仿的问题，就有可能期望通过惩罚来使它变得不再流行。对于犯罪人的研究被一些著名的科学家认为是要维系前一种假设。人口密集地区（例如在最容易找到模仿对象的大城市）较人口稀疏地区（那里传染的速度要慢一些）犯罪数量相对增加的统计数据则被用来有力地支持后一种观点。但以下信念还是很有权威性，即无论如何，“并非犯罪的性质，而是犯罪人的危险性，构成了指导针对犯罪人的无可避免的社会反应所唯一合理的法律标准”4[4]。

　　我已经通过盗窃罪说明了的理性概括的障碍在其它法律领域以及犯罪领域里也有所显现。拿侵权法或者区别于合同法及类似法律的民事责任赔偿法来说，是否存在关于这类责任的一般理论？或者具有这类责任的案件都只能被一一列举并且特殊地加以解释，正如关于某些诸如侵害或诽谤之类人所共知的过错行为种类的诉权都有其特殊历史这一事实让我们很容易相信的那样？我认为存在一个有待发现的一般理论，它虽然还没被确立和接受，但有这样的趋势。我认为法律将一个有责任的人所实施的暂时性损害视为可诉，如果在他所知悉的情境下根据通常的经验或者根据他所具有的更多经验其行为的危险性是明显的，除非在一些案件中基于特殊的政策依据法律拒绝保护原告或者授予被告一项豁免权（privilege）。5[5]我认为一般的恶意、故意与过失只意味着在行为人所知悉的情境下危险所显示出的程度大小，虽然在一些豁免权案件中恶意有可能意味着一个实际的邪恶动机，而这样一个动机有可能剥夺一项有意造成损害的许可，否则它将以占统治地位的公共利益（dominant public good）的这样或那样的理由而被准许。但有一天当我向一位非常著名的英国法官陈述我的观点时，他说：“你是在讨论法律应当是什么；而关于法律是什么，你必须说明存在一项权利。一个人不会因为过失而承担责任，除非他负有一项义务。”如果我们的分歧不只是言语上的分歧，也不是关于规则与特例之间的比例，那么在他看来，一项行为导致暂时性损害的明显倾向并不是该行为责任的充分解释，而必须涉及损害的特殊性质，或者必须从某些该行为倾向之外的特殊情境中推衍出来，而关于这些问题并不存在一般性的解释。我认为这样一种观点是错误的，但它在英国却为人所熟知而且可以说被普遍接受。

　　无论何处，原则的基础都是传统，以至于我们甚至有过分夸大历史重要性的危险。艾姆斯教授（Professor Ames）曾经写了一篇精深的文章来说明，普通法的问题之一在于它不承认在诉讼中依据特殊性所作的欺诈抗辩，而道德力量似乎认为，该抗辩的个人特征来自于其衡平法的起源。但如果像我已经说过的那样，一切合同都是形式化的，这一区别就不仅仅是历史性的了，而是理论上的，是影响合同成立的形式瑕疵与明显不能在任何我们称之为理性的系统中考虑的错误动机之间的区别，除非是针对与那些动机存在利害关系的人。这并不仅限于特殊情形，而具有普适性。我应当补充一句，我并不认为艾姆斯先生会反对我的观点。

　　然而，如果我们考虑合同法的话，我们发现它充满了历史。债务（debt）、盖印合同（covenant）与未盖印合同（assumpsit）之间的区别仅仅是历史性的。某些由法律设定并且不考虑任何准合同（quasi contracts）之类协议的付款义务的分类仅仅是历史性的。对价原则（doctrine of consideration）仅仅是历史性的。印章的效力也只能由历史来解释。——对价仅仅是一种形式。它是一种有用的形式吗？如果是的话，为什么不应该在所有合同中都对它作出要求？印章仅仅是一种形式，而且在卷宗和立法中关于无论是否盖章都必须有对价的要求之下正在消失。——为什么要允许任何仅仅是历史性的区别影响商人们的权利和义务呢？

　　写下这些话之后我遇到了一个很好的例子，在这个例子里，传统不仅超越了理性政策，而且是在首先被误解并赋予了一个较其初始意涵更新和更广的范围上超越了它。英国一项已经确立的法律认为，一方当事人对于书面合同的实质性变更将使合同无效，并且要承担不利于他的后果。这一原则是和法律的一般趋势背道而驰的。我们不会告诉陪审团，如果一个人曾经在某个特定情形下说了一次谎，他就将被假定在所有情形下都会说谎。即使一个人曾经试图欺诈，这也不是使他不能证明事实真相的充分理由。一般来说，类似性质的反对意见取决于证据的分量，而不是可采信性。此外，这一规则并不考虑欺诈，而且也并不限于证据。它不仅意味着你不能再使用那个文件，而且意味着合同终止了。这是什么意思？一项书面合同的存在取决于要约人与承诺人已经以书面形式交换了他们的意思表示这一事实，而不是取决于这些意思表示的持续存在。但对于盖章书面合同（bond）而言，早期的概念却有所不同。合同与羊皮纸是不可分离的。如果一个陌生人毁损了它、剥掉了封印或者改变了它，债权人虽然没有过错，却没有恢复请求权，因为被告人的合同，也就是他所封印的真实而可触摸的盖章书面合同，已经无法以使他受约束的同样形式产生了。大约一百年以前，凯尼恩爵士（Lord Kenyon）开始在这一传统上运用他的理性，正如他有时针对法律损害所做的那样，在没有理解这个问题的情况下，他说他看不到有什么理由说明为什么关于盖章书面合同的正确原则对于其它合同不应该也正确。他的判决恰好是正确的，因为它是关于一张期票，而在这里普通法也认为合同与书写它的纸张之间不可分离，但这一推理则是一般性的，并且很快扩展到了其它书面合同，而为了解释这一被扩展了的规则，各种荒谬和不真实的政策依据被创造出来了。

　　我相信没有人会因为我这么毫无顾忌地批评法律而认为我不尊重它。我崇敬法律，尤其是我们的法律体系，它是人类思想所产生的最为巨大的成果之一。没有人比我更清楚，无数伟大的智者都尽其所能地使它获得某些添加或者改善，但其中最伟大的改善与其巨大的整体相比都显得微不足道。**它值得尊敬的终极理由在于它的存在，在于它并非一个黑格尔式的梦想，而是人们生活的一部分。**但一个人还是可以批评他所崇敬的东西。法律是我的生命所致力于的事业，如果没有用我的全部精力来改善它，而且当我观察到在我看来是它未来的理想时，如果我在指出它或者全身心地推进它时犹豫不决，我就没有显示出足够的奉献热情。

　　也许我关于今天的高水平法律研究中历史研究所必然起到的作用已经说得太多了。在这所学校和坎布里奇6[6]，它都不存在被低估的危险。这里的比格洛先生（Mr. Biglow）以及那里的艾姆斯先生（Mr. Ames）和塞耶先生（Mr. Thayer）已经做出了不会被忘却的重要贡献，而在英国最近由弗里德里克波洛克爵士（Sir Frederick Pollock）和梅特兰先生（Mr. Maitland）完成的早期英国法律史则为这一主题赋予了一种几乎带有欺骗性的魅力。我们必须意识到爱好古物研究（antiquarianism）的隐患，并且必须记住，**为了我们的目的，我们对于过去的唯一兴趣只在于它对现在的借鉴意义。我期待着这样一个时代，那时候历史在对原则的解释中将只起到非常小的作用，而我们将花费精力去做的并不是天才的研究，而是一项关于我们试图达到的目的以及追求它们的理由的研究。作为向着那个理想所迈出的一步，我觉得每个法律人都应当试图掌握经济学。**目前政治经济学和法学的学科分离在我看来反映出哲学研究还有很大的进步空间。在目前的政治经济学领域，的确，我们又在更大的尺度上遇到了历史，但在那里我们被要求考虑和权衡立法的目的、实现它们的手段及其代价。我们懂得为了得到一样东西我们必须放弃另一样东西，我们学会比较我们得到了和失去了的好处，并且在作出选择时明白我们究竟在做什么。

　　还有一项有时被从事实践工作的人所低估的研究，我想为它说一些好话，虽然我认为在那个名称之下存在着许多非常糟糕的东西。我指的是被称为法理学的研究。在我看来，法理学只不过是法律里最具概括性的部分。任何将案例简化为规则的努力都是一次法理学的努力，虽然在英语里这个名称被限定为最广义的规则与最根本的概念。一个伟大法律人的标志之一就是他能发现最广义规则的应用。有一个关于佛蒙特州治安法官的故事，他受理了一个农民状告另一个农民损坏了他的搅乳器（churn）的案件。法官考虑了很久，然后说他仔细查阅了法规，但没找到任何关于搅乳器的规定，于是判被告胜诉。我们所有的普通案例汇编和教科书中也显示出同样的思想状态。对于合同法或侵权法中最根本规则的应用在铁路或电报的标题之下被隐藏起来，或者进入了诸如运输法或衡平法之类的历史分类的膨胀论述中，或者在商法这样被认为最符合实践者口味的武断名目之下被聚集起来。如果一个人从事了法律，那么成为精通它的人是要付出代价的，成为精通它的人意味着能够穿过所有戏剧性事件而察觉到预言的真实基础。因此，对于什么是法律、什么是权利、什么是义务、什么是恶意、故意和过失、什么是所有权、什么是占有等等有一个准确的概念是有好处的。我想起了一些我认为让最高级别的法院左右为难的案例，而这正因为他们没有搞清楚这里的一些主题。我已经说明了它们的重要性。如果还需要进一步的说明，可以读一下詹姆斯斯蒂芬爵士（Sir James Stephen）的《刑法》附录中关于占有的论述，然后再读波洛克（Pollock）和赖特（Wright）的那本富于启发性的书。詹姆斯斯蒂芬爵士并不是唯一一位这样的作者，他试图分析法律理念却误入歧途地追求所有体系的无用集萃，而不是对一个体系的准确剖析。奥斯汀的麻烦在于他不懂英国法。但这也是奥斯汀大师、他的前辈霍布斯和边沁以及他杰出的后辈霍兰（Holland）和波洛克（Pollock）的一个实际优势。弗里德里克?波洛克爵士最近的一本小书充满了他的所有作品都具备的巧妙手法，而且完全不受罗马法范式（Roman models）的广泛影响。

　　老人们对于年轻人的建议很容易像百佳图书名单那样不切实际。至少在我的年代我得到了这样的建议，而推荐学习罗马法是这些建议中最不切实际的。我假定这个建议不仅仅意味着收集一些拉丁法谚来装点话语——那是柯克爵士（Lord Coke）推荐布拉克顿（Bracton）的目的。如果那就是想要的东西，《论古代法律规则》（De Regulis Juris Antiqui）这本书就可以在一小时之内读完。我假定，如果要学习罗马法，那么就要将它视为一个操作体系来学习。这意味着要掌握一系列比我们的法律体系更艰深难懂的技术细节，并且学习另一门对于解释罗马法比解释我们的法律更必不可少的历史课。如果有人怀疑我，那就让他去读一读凯勒（Keller）的《罗马民事程序与诉讼》（Der R?mische Civil Process und die Actionen），一本关于执政官法令的书，以及穆尔黑德（Muirhead）那最有意思的《罗马私法历史导论》，而最好的机会是让他去读一读索姆（Sohm）那令人崇敬的《法学阶梯》（Institutes）。不！**获得关于你题目的自由视角的方法不是去阅读其它东西，而是对这个题目本身刨根问底。这样做的方法，首先，是借助法理学根据现存的原理体系导出其最高程度的概括；其次，是从历史中发现它如何演变至今；而最后，是尽你所能去考虑，这些规则所试图达到的目的，追求这些目的的理由，为了获得它们放弃了什么，以及是否值得为它们付出这样的代价。**

　　我们关于法律的理论不是太多，而是太少，尤其是在这个最终的研究领域里。当我谈论历史的时候，我以盗窃罪为例说明了法律如何因为能够体现其目的的规则不具备清晰的形式而受到困扰。在那个例子里，麻烦是由于流传下来的形式来源于一个只考虑更少目的的时代。现在让我举一个例子来说明理解法律的原因对于真实案件判决的实际重要性，这个例子来自一些据我所知从未以足够的方式被解释或理论化的规则。我指的是关于时效的法规和时效法（the law of prescription）。这些法规的目的很明显，但因为时间的推移就剥夺一个人的权利（这是一种纯粹的罪恶），其正当性何在？有时候证据灭失会被提起，但那只是一个次要的问题。有时是因为对和睦的追求，但为什么和睦在二十年之后比这之前更值得追求？它本来就越来越有可能发生，并不需要立法的帮助。有时候人们说，如果一个人忽略了行使他的权利，而过了一段时间以后法律也像他一样，他就不能抱怨。如果这些就是全部理由，那么在我要举出的一个案例中你很可能将判原告胜诉；而如果你持有我将要主张的观点，你就有可能判被告胜诉。一个人被起诉非法侵入了土地，而他声称他拥有通行权。他证明了他在二十年里一直公开和逆向地使用这条路，但结果发现是原告将一份许可证授予了一个他有理由认为是被告代理人的人，虽然事实上并非如此，因此他假定对这条路的使用是被许可的，而在这种情况下将不能获得什么权利。那么被告是不是已经取得了一项权利？如果他的权利取得是基于普通意义上土地所有人的过错和疏忽，就像一般所假定的那样，那么并不存在这样的疏忽，通行权也就并没有被取得。但如果我是被告的律师，我将主张依时间流逝而取得权利的基础应当从取得它们的人的角度来考察，而不是从丧失它们的人的角度来考察。亨利梅因爵士（Sir Henry Maine）让将古代的财产观念与时效相联系的做法变得流行起来。但这种联系比任何有记载的历史都要久远。它存在于人类意识的本性里。一件你已经当作自己的东西享受并使用了很长时间的事物，无论是财产还是一个观点，都在你身上扎根，无论你是怎么得到它的，把它拿走只会招致你对该行为的愤恨并且试图自我保护。法律无法要求比人类最深的本能更好的正当理由。只有通过对这一主张的回答，你才会使前一个所有人失望，你才会指出他的疏忽已经造成了他自己和他所主张的东西之间的逐渐分离，以及它和另一个人的逐渐关联。如果他知道另一个人正在实施表面上显示了他正在建立这样一种关联的行为，我将主张，他一定要搞清楚那个人的行为是否经他允许，并且警告他或者在必要时阻止他，否则就要承担责任，这样对于那个人才是公正的。

　　我一直在谈论学习法律的问题，而我几乎没有谈到在这个关系中最经常被谈论的东西——教科书和案例体系，以及学生最经常接触的所有工具。我不打算去谈论它们。我的主题是理论，而不是实践的细节。毫无疑问，教学方法已经比我的学生时代有所进步，但无论采用什么方法，拥有天赋和勤奋的人都能够掌握原始材料。**理论是法律原则中最重要的部分，就像建筑师是房屋建造过程中最重要的人一样。**在过去的二十五年里最重要的进步是理论上的进步。不用担心它们不切实际，因为对于有能力的人而言，它仅仅意味着对问题的刨根问底。对于没有能力的人而言，有时正像人们所说的那样，对普遍性理念的兴趣意味着具体知识的缺乏。我记得我服兵役时读到过一个年轻人的故事，他的考试成绩最低，当被问到一个关于中队训练的问题时，他回答说他从没考虑过一万人以下的操练问题。但必须允许软弱和愚蠢的人去做荒唐的事情。**真正的危险在于那些有能力的实践者对于那些和他们的事业相距甚远的理念表现得漠不关心或者毫不信任。**我听说过一个故事，有个人给他雇的仆人很高的工资，但有过错就要扣钱。其中一个扣钱的理由是：“缺乏想象力，扣五美元。”并不只是仆人才缺乏想象力。野心和权力现在基本上都只以金钱的形式出现。金钱是最直接的形式，而且是恰当的追求目标。雷切尔（Rachel）说过：“财富是智力的衡量标准。”这是一句将人们从愚人天堂里唤醒的好格言。但正如黑格尔所说的那样7[7]：“归根结底必须要满足的不是胃口，而是观点。”对于任何尺度的想象力而言，权力最为影响深远的形式不是金钱，而是理念的支配。如果你想见识伟大的例子，那就去读一读莱斯利斯蒂芬先生（Mr. Leslie Stephen）的《十八世纪英国思想史》（History of English Thought in the Eighteenth Century），看看笛卡儿的抽象思考如何在他去世一百年后成为控制人类行为的实践性力量。读一读伟大的德国法理学家的著作，看看今天的世界在多大程度上是被康德而不是被拿破仑来统治。我们不可能都成为笛卡儿或者康德，但我们都想要幸福。而与许多成功人士的接触使我相信，幸福并不是仅仅通过为大公司担任法律顾问并拿到五万美元的收入就能得到。一个有足够的才智去赢得荣誉的人除了成功以外还需要其它食粮。正是那些法律中更为深远和更为概括的方面赋予了它普遍性的关注。正是通过它们你才不但能成为你职业中的一位大师，而且能将你的问题和整个宇宙联系起来，听到无限苍穹的一缕回音，瞥见它那深不可测的变化过程，那是普遍性法律的一点暗示。

1[1] Roll. Rep. 368.

2[2] See Hanson v. Globe Newspaper Co., 159 Mass. 293, 302.

3[3] Commonwealth v. Rubin, 165 Mass. 453.

4[4] Havelock Ellis, “The Criminal,” 41, citing Garofalo. See also Ferri, “Sociologie Criminelle,” passim. Compare Tarde, “La Philosophie Penale.”

5[5] 法律拒绝保护原告的一个例子是当他在使用一条收费道路时被一个陌生人打断，而他比规定的时间提前一周踏上了这条路。一周之后他将获得一项权利，而现在他只是一个侵入者。关于特权的例子我已经提供了。最好的例子之一是商业中的竞争。

6[6] 译者注：坎布里奇（Cambridge）是哈佛大学法学院所在地。

7[7] Phil. Des Rechts, § 190.