



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 735

## 法律与哲学

朱伟一

公共场合,最好不要东张西望——至少不要盯着美人死看。否则美人会问:“看什么看?”当然,京油子会卷起舌头反问:“你不看我,怎么知道我看你?”京油子是有点痞,但他这是在用哲学,用了哲学上的方法论。律师理屈时也会这样狡辩。还有,“当主要矛盾解决之后,次要矛盾便上升为主要矛盾”。都是讲哲学、用哲学,尽管是些雕虫小技。

### 一、体系

哲学的大问题是体系问题,大哲学家讲究完整的体系,不仅要解释过去,解释现在,还要解释未来,解释宇宙。

法律也一样,专业上国人喜欢划分体系。比如,民法又称“大民法”,将物权法、侵权法和婚姻法统统打在网内。所以,中国的法律学者比较喜欢当民法专家。如果你是民法专家,那世上万物,人间百态,尽在股掌之中。当然,德国的民法典确实不错,是人类共同遗产。德国有很好的民法典,那也不是偶然的,德国多哲学家,尼采、黑格尔、马克思,他们都是德国人或是德国的犹太人。

法律的专业划分是需要的。可惜,这种划分经常是出于争强地盘和巩固地盘的需要。大民法是个很头疼的问题,难免有“垄断”现象和“独裁”倾向。曾经有人想从中割出一块“经济法”的天地。当然,这有点另立山门的意思,任务很艰巨的,相当于“文革”中“当权派”从资产阶级反动路线中杀出来。反叛者曾经一度得逞,很有异军突起的气势。学校里有经济法专业、经济法系,甚至还有什么国际经济法系,法院里的经济庭也很坐大。但好景不长,法院又改回来了,取消了经济庭,改设民一庭、民二庭,把颠倒的历史重新颠倒过来。

讲究体系很好,但要命是,讲究体系重在包罗万象,一言以蔽之。一言以蔽之就很难容得下反对意见。德国法院的判决书原来都是一致意见,后来做了些改良,稍稍有些松动,德国宪法法院的判决也有反对意见。但德国其他法院的判决书也还都是一致意见。据说这是为了避免歧义,以免减弱法律的权威性。美国人比较尊重不同意见,至少在美国国内是这样。美国联邦法官卡多索有句名言:“言论自由是一切权利之母”。美国上诉法院的判决中常有不同意见(上诉法院是合议庭。一审法院多是独任法官,无所谓意见不同)。

法律来自日常生活,是为解决人们生活中的困惑和烦恼而制订的规则。从这个意义上说,法律应该贴近生活,是人民大众生活中的一部分。但法律还可以再往上提升,升到什么体系的角度。而体系的角度实际上也就是哲学的角度或是说高度。这样来看,法律便是介于法律哲学(也可以说是理论问题)与实际问题之间。

在此三角关系中,德国人是尽量要将法律往体系和理论上升。德国人的法律也是这样,每部法律都有总则,统领所有细则,细则里没有谈到的具体问题,再回头去看总则。美国人不同,往往是选择一个突破点。人类是从自由王国走向必然王国,美国法官分析问题更喜欢走回头路。

美国法律不太注重体系,至少是一开始不讲什么体系。除路易斯安那州外,美国没有民法典(路易西安那州原来是法属殖民地,沿袭法国民法典至今)。美国的合同法、侵权法都是自成一体的大法,不是大法下的小山头。美国法律界人士有时也会说到商法,但这里的“商法”(commercial law)并不是自成一体的法律,而是各个法律中与商业有关的内容都汇总在一起。

美国法官讲究打硬仗,打乱战。抓住一点进攻,突破后四处出击,全面开花。美国比较讲究实用。美

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

国人的光辉思想常常是一、两个闪光的点，比较接近中国的成语故事。如，所谓的“毒树之果”规则（fruit of a poisonous tree），指刑法审判中必须视程序为生命，非法获得的证据不能被作为定罪的证据。还有“公众人物”（public figure）规则，是说当官或出名后就得准备挨骂，别人骂错了也很难索赔。如果有人损你，就必须忍着点，因为公众人物是大家关注的交点，所以必须牺牲点隐私权。而且即便报道有点失真，我们也不能求全责备。美国进而发展到要背案例，一个案例一个思想。

沉默权（right to maintain silence）也是美国法中的一条重要规则。按这条规则，犯罪嫌疑人一旦落网，有权始终保持沉默，而且沉默不得被视为其有罪的表现。这实际上是举证责任的转移，要求控方在被告不认罪的情况下证明指控。这种点上的规则是小敲小打，但也有宇宙性的影响。比如，倘若沉默权早点在中国适用，“文革”中挨斗的老干部就可以保持沉默，避免屈打成招，更不会乱咬人，就没有那么多的冤假错案。

## 二、有逻辑不等于合理

法律和哲学都讲究推理，讲究逻辑。法律甚至更进一步，将其化为程序，说是程序的公正要高于实体的公正。步步为营，稳扎稳打是为了避免错误。德国人很讲逻辑，连笔记薄纸上都是小方格，如同象棋的棋盘。瑞士说德语的那部分人也是一样。

但追求逻辑也可能铸成大错，也可能导致荒谬。希特勒从上台到独裁，走过了法律的每一个程序，可以说是合法的。等德国人走完整个步骤，等到他们发现误入歧途，惊呼上当，一切都太迟了。

美国也有类似情况。比如，政治捐款在美国也是言论自由的一种形式，受宪法保护。政治捐款经常被用于广告，这样就与言论挂上钩了。按这种逻辑顺推，任何人、任何企业，如果用自己的钱，就可以想捐多少捐多少。当初，希特勒拿德国大资本家的捐款就不受任何限制。可这样一来，穷人还有说话的余地吗？所以，许多美国人都不服。在各种压力之下，美国已经有了限制政治捐款的规定，而且还会继续推出新的法律。

美国已故大法官奥列佛·福尔摩斯在《普通法》一书中说过：“法律的生命不是逻辑，法律的生命就是经历”。至少可以说，逻辑与经历两者是在相互影响。

## 三、抽象

法律与哲学有一个共性，就是两者都很抽象。抽象后问题就可以变幻无常，律师和法官就可以做手脚，就有了回旋余地。例如，货物买卖合同可以很简单，但德国人非要将其一分为二；销售合同有别于物权转让合同，而且两者分离，即便销售合同不成立，物权转让合同可以单独成立。这就是德国民法上的所谓分离原则。分离原则是立法者向大银行投降的结果。商界的大债主多是银行。银行总是希望把债务人捏在手里，能不解放他们就不解放他们，能晚一天解放他们就晚一天解放他们。银行有可能想将此担保用于彼债务。

中国法不这样规定。按照中国的《担保法》，担保合同依赖主合同而存在。主合同终止，担保合同也不复存在。这是中国法律进步的地方——至少书面上如此。

美国朋友也是不甘落后，开动脑筋，在证券法方面将抽象的概念发挥的淋漓尽致。复杂一点的合同中大多有“说明与担保”（representation and warranty）条款。这里的说明指合同一方披露有关合同的情况，但只是说明现有状况或过去的状况，不涉及未来。

证券法将此概念往前推进一大步，推出了披露的概念。证券法的披露也是说明情况，但不仅要披露公司的现状，而且还要披露公司对未来利润的预测。据说有了这些信息，投资者就可以对证券的价值做出正确判断。对未来利润的预测并就等于凭空想象，但与凭空想象也比较相近了。不仅如此，还可以把尚没有创造出的未来财富也算在今天，而且是算在资产负债表中。还有什么调帐，可以把公司不同时间的利润调来调去。这些都像哲学，非常的抽象，脑子不转几个弯，无论如何不能理解。

## 四、智慧游戏

“哲学”一词的英文是“philosophy”，来自拉丁文“philosophia”，意思是崇尚“智慧”。一说智慧，我们习惯上就手忙脚乱地搬出孔子、老子，恨不能全世界人民都学习《论语》、《易经》。这样我们开着“别克”车，吃着麦当劳的时候心中就很自豪。先哲的话确实有不少绝句。比如，五十年到一百年外，世界会发生翻天覆地的变化（说了等于没说。五十年会没有巨变？）。

但哲学上还有另一种智慧，英国历史学家詹姆斯·佛罗德说过：“哲学只不过是各种可能”。各种可能当然也包括失败的可能。法律也一样，法律是一种逆向思维，先说不可能，再反推可能性。先假设事情办不成，假设会出许多问题，然后再往最好的方面努力，一步、一步地努力。从这点上说，法律不太浪漫，要考虑的不是最好做些什么，而是能够做些什么。律师是战略上的悲观者，战术上的积极者。律师的职业病就是满脑子的问题。

看一位同志是不是学过法律，看他是不是真懂法律，拿什么去辨别他哪？就是看他会不会提问。看一个律师的水平高不高，不在于他有没有答案，而是在于他有没有问题。法律与哲学一样，答案很少只有一个。如果不能提出问题，解决问题又从何谈起？

本文将收入《另面法律：情节与情结》（即出），上海三联书店，“思想柳叶刀”丛书。

相关文章:

---

[细说LSAT ——美国法学院的“科举”](#)

[历史与法律](#)

[法律与哲学](#)

[走马美国法学院](#)

[返回](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

