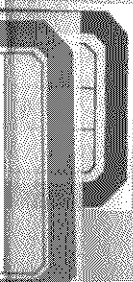


法边 余墨

法苑随笔丛书



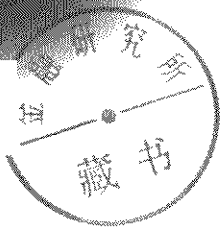
法边余墨

贺卫方 / 著

法苑随笔丛书



Z0024065



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法边餘墨/贺卫方著. -北京:法律出版社,1998
(法苑随笔丛书)

ISBN 7-5036-2283-0

I. 法… I. 贺… II. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 25409 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一二零一工厂

开本/787×960 毫米 1/32 印张/7.75

字数/140 千

版本/1998 年 1 月第 1 版

1998 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2283-0/D·1902

定价:14.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

小 引

随笔是文学体裁的一种，然而，它却不是那类职业化要求很高的品种。例如诗歌，在今天这样的社会里，“击壤而歌”之类虽然仍不乏其人，但是，他们被当作诗人的可能性却是极小。随笔或散文的情况就不一样了。似乎任何一个行业的知识人，只要有些文学或文字天分，便可以在随笔写作方面小试牛刀甚至一发而不可收拾。助长了随笔作家非职业化趋势的另外一个因素是，虽然许多学术论文往往让外行人望而却步，不过，高深的专业探讨并不必然与枯燥乏味相伴随，专业文字完全有可能以文章笔法出现，学术论文与文学情趣在许多情况下可以并行不悖。按照钱锺书先生的看法，尽管非文学文字里出现有文章意味的妙句会给人一种意外的喜悦，但实际上那却是“分内的东西”（参看“释文官”，收入《写在人生边上》）。

近年来，随笔类出版物相当走俏。不仅文学界，史学、哲学、经济学、社会学、伦理学等学科都涌现出不少随笔作家或业余爱好者。相形之下，法学界不免显得有些沉闷。我不大能

想清楚其中的原因。我们现在接受的那一套法学的观念体系缺乏某种“柔韧度”或许是一个值得注意的因素。大凡一种知识体系，如果在价值判断方面过于确定，便不可避免地妨碍学者们以谦和的态度去探讨问题。不是真理，便是谬误，大是大非，泾渭分明，字里行间本来应该有的幽默感便会丧失。进退之间的从容感，任何人都有可能犯错误的基本假定，以及论证过程中必要的修辞学追求，都会变成多余的东西。

另一个原因可能与法学这门学科所具有的一整套概念体系的过于专门化有关。在我国，现行的这套法学概念是西方的舶来品，虽然我们已经使用汉语词汇来表达它们，但是，它们离我们的日常语言毕竟尚有很大的距离。法学界习以为常的概念，诸如“无罪推定”、“时效取得”、“无因管理”、“善意买受人”之类，到了法律界以外，都成了难以理解的东西。专业语言与大众语言之间存在距离在一定程度上是正常和必要的，然而，当法学家希望与其他领域的学者沟通或向更广泛的社会层面传播本行知识的时候，如何让行外读者既能够准确地理解有关概念，同时又保持相当的可读性，那实在是学者尤其是法学家所面临的相当严峻的挑战。

此外，学者不同的研究对象和与对象相适应的研究方法也会对作品的风格产生某种潜在的影响。一位西方法学家曾将从事法学研究的学者划分为两大类，一类从内部研究法律，即注重研究法律制度的内在原理和基本学说。另一类学者则喜欢在外部进行研究，他们关注的重点是影响法律制度形成和维持的各种非法律因素，以及法律与社会其他因素之间的互动关系。我国法学界主流研究的状况似乎是以以前一类学者的作品为多。在一定程度上，这也是法学成果偏于“不苟言笑”的一个原因。因为前一类学者写作时的预期读者往往是同行学者，因而文风上也偏于艰深，不太顾及外行读者是

否能理解或喜欢。后一类学者的作品由于需要调动各种知识对法律加以解释，因而更容易以可读性较强的风格出现。当然，有时情况也不那么绝对，甚至研究方法以及对象的划分与写作风格之间是否具有上述对位关系也是大可疑问的。我很钦佩那些能够打通两类风格的作者，也就是说，在为同行学者写作时，保持相当的可读性——这既有助于专业知识在更广泛范围中的传播，也可以缓解同行读者阅读时紧张感；同时，写给行外读者的作品也能够具有相当的学术层次。这大约就是孔子所谓“文质彬彬”的境界罢。

自己从事法学研究和教学十数年来，研究对象以外国法和比较法为主，大抵上属于上面所说的那种从外部研究法律的学者类型。从1987年起，又做过八年之久的法学刊物编辑。在我看来，对于一个编辑而言，重要的是在所涉及的各个领域都具有高级常识，从而培养敏锐的鉴赏力。语言文字方面的能力当然也是自不待言的。由于涉猎范围以及编辑职业的缘故，我一直不曾成为某个领域钻研很深的专家，连自己也说不清楚这是好事还是坏事。此外，不知从什么时候起，又对随笔、杂文一类文字发生了浓厚的兴趣。先是以刊物编者的身份发表了一些编后记（收入本书的若干文章便是编后文字，其中有些还保留了编辑的语气），后来又在几家报章上发表所谓“专栏文章”。这些文章有些属于对某些法律问题的一得之见，有些则越出了法律或法学的边界，编辑，出版，某些文化和社会现象等等，都成为议论的对象。十年工夫，居然陆续发表了近百篇。这类文字积累多了，就不免有点出个集子的想法。恰好法律出版社有意推出一套法律界的随笔丛书，我就把这些文章加以筛选，编成这个集子。

收入这本书里的大多是一两千字的篇什，不过，也有几篇更长一些的。书名是在出书还没影儿的几年前就想好了

的。做编辑时写的文字总是放在刊物的边边角角上发表，在其他报章上的东西也大多发表在“周末版”一类的副刊中。总之，无论是内容，还是发表时的处境，它们都只能算作“边缘文字”。我的“正业”是法学研究，以书作比，高头讲章式的法学仿佛是版心文字，这些在版心四周空白处的涂抹，取“法边馀墨”这个名字算得上是名正言顺。既然已经用书的页面作比，索性在文章分类上也援用出版界的专业术语，法律方面的文字归到“天头”一编，编辑、出版以及其他几篇与书有关的文字放到“地脚”里去，“切口”内包括了剩下的其他篇什。我又找了几幅与主题有关的图片放在一些文章中，希望它们不只是起到活跃版面的作用。

这些文章发表时，得到原刊杂志和报纸编辑的热心帮助，这次汇编成集，除了在每篇文章末尾注明刊物或报纸名称以及日期外，我也向这些编辑朋友以及其他给予关注、鼓励的人士致以深深的谢意。

贺卫方

1997年11月5日 燕北园

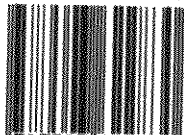
作者简介

贺卫方，1960年7月生，山东牟平县人。西南政法学院法学学士(1982)，中国政法大学法学硕士(1985)，哈佛法学院访问学者(1996)。1985年起在中国政法大学从事研究、教学以及编辑工作，1995年调至北京大学法律学系任教。学术兴趣包括比较法学、法律理论以及法律史学。发表论文十数篇，译著三五种，各类随笔近百则(有些署名“蒋槐”，有些未署名)。现为北京大学法律学系副教授。



策划/张波
设计/曹铀

ISBN 7-5036-2283-0



9 787503 622830 >

目 录

上篇 天 头

- ☐3 会通：法制现代化的一种理想境界
- ☐8 超越比利牛斯山
- ☐11 英美法与中国
- ☐18 西方法学：人类的共同财富
- ☐22 致力于更深层次的研究与借鉴
- ☐26 外国人的意见
- ☐30 法律学是一门科学吗
- ☐34 市场经济与法制现代化
- ☐36 法律翻译与比较法（一封信）
- ☐40 立法与风俗
- ☐43 法官的博学或无知

- ☐46 正义的行头
- ☐59 外行司法别议
- ☐61 从打官司到打关系
- ☐63 司法：走向清廉之路
- ☐72 法官与违法犯罪作斗争？
- ☐74 私权神圣，公权呢？
- ☐77 异哉所谓检察官起立问题者
- ☐87 法律语言
- ☐89 法律和语言
- ☐91 法学和医学
- ☐93 “契约”与“合同”的辨析
- ☐105 新闻自由、名人隐私权及其他
- ☐115 被淹没了的法学家
- ☐118 梁启超的民法研究
- ☐121 杨荫杭不满检察垄断刑事追诉权
- ☐123 刘锡鸿所见英国专利制度
- ☐126 胜雅律先生
- ☐131 大木雅夫北京讲谈侧记

中篇 地 脚

- ☐137 伯里如是说
- ☐140 一次旅行两本书

- ☐144 文革出版物
- ☐147 学术刊物的编法
- ☐152 就编辑技术答客问
- ☐158 关于注释
- ☐161 关于索引
- ☐164 文章大小论
- ☐168 法学文章的风格
- ☐170 十字路口上的学术刊物
- ☐173 教授与书
- ☐176 再谈教授与书

下篇 切 □

- ☐181 文化的秩序与无序
- ☐184 历史
- ☐186 样板戏谈片
- ☐189 像章
- ☐193 进退有餘裕
- ☐195 没有新闻的日子
- ☐198 《西游记》里的国际关系准则
- ☐200 俗与雅
- ☐203 胡适评批胡
- ☐205 听辩论赛有感

- 208 数字
- 210 忧世伤生的智者
- 213 《人生颂》诗扇亲见记
- 224 人名别议
- 226 说单位
- 228 说单元
- 230 所谓的烦恼
- 232 “钉子户”与“拔钉子”
- 234 上岸者说

【上篇】

人
头

会通：法制现代化的 一种理想境界

现代化尤其是在我国实现经济政治社会文化等领域的现代化，是当今的中国人所孜孜以求的目标，也是中国学术界的热点课题之一。虽然在理论和实践的诸方面人们尚存有不同的看法，但有一点越来越成为人们的共识：现代化不应以世界现存的某种文化——即使它是十分成功的文化——作为目标定位；现代化的重点在于一个特定文化从前近代形态向近代（或现代）形态的转变，在于传统与变革之间良好的互动作用，在于使组成社会的人们在人与人、人与自然等关系方面摆脱不合理权力的奴役和束缚，在于为特定社会建构能够成功地解决它所面临问题的可行机制。这类机制在价值层面上当然应该有一种进步的追求，但同时它们必须是富于成效的，而非制度花瓶，只是一种装饰。欲使制度富于成效，社会中的传统资源便需要得到与外来文化同样的重视，并且需要两者之间相互融合，而不是相互抵触和

排斥。

如果从这个角度检讨我国百年来的法制现代化历程，我们可以得出若干有益的教训。我国传统法制的解体以及近代型法制的探索始于清末法制改革。由于旨在使法律符合国际标准——在当时（也包括当今？）便是西方标准，以废止丧权辱国的领事裁判制度，因此这种改革带有很强烈的被迫成分，可谓岂好变哉，不得已也。这一背景给后来的变革尤其是法律移植设置了不少文化障碍（有时甚至纯粹是情绪性障碍）。但是，值得注意的是，最初担当修律大任，被后人推许为“中国法律近代化之父”的沈家本对此问题采取了一种颇有见地的立场。他指出：

方今世之崇尚西法者，未必皆能深明其法之原，本不过藉以为炫世之具，几欲步亦步，趋亦趋。而墨守先型者，又鄙薄西人，以为事事不足取。抑知西法之中，固有与古法相同者乎。……我法之不善者当去之，当去而不去，是为之悖；彼法之善者当取之，当取而不取，是为之愚。夫必熟审乎政教风俗之故，而又能通乎法理之原，虚其心，达其聪，损益而会通焉，庶几不为悖且愚乎。……古今中外之见，何必存焉？（“裁判访问录序”）

对于中国古典法律的价值，沈氏寄予极大的关

注和希望：

当此法治时代，若但征之今而不考之古，但推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之以推行于世？（“薛大司空遗稿序”）

“会通”一说可视为沈家本法律改革思想之核心，直到今天仍可以作为我们对待本国传统与域外文化的准则和法制现代化的一种理想境界。会通首先要求具有博大的胸怀，对各种文化都采取一种开放和平等的态度。“不设范以自规，不划界以自封”（语出钱锺书：“徐燕谋诗稿序”）。在这方面，过去的教训既来自亦步亦趋的崇尚西法者，也来自鄙薄西人的墨守先型者，还来自那些重货利而轻义理的有限选择派。后者割裂文化的完整性，在文化的借鉴方面设关置卡，底层文化成果放行无碍，偏偏对形上之属拒之于千里而唯恐不远。会通的第二个要求是制度与精神并重，致力于在制度层面上妥贴地体现法律的价值与精神。沈家本曾谓无论中学西学，均不能舍情理而别为法。但大体言之，我国古典文化重精神之修养而轻制度之构造，故虽有细密完备之情理学说，养浩然之气之博学君子亦历代不乏其人，毕竟屠龙乏术，于社会关系之调整，人权之保障不能有成功的作为。甚至天理不敌人欲，播龙种而收跳蚤，社会的整体道德水准亦每况愈下。会通意味着仁慈高尚

的文化精神与完善可行的制度构造之间的和谐统一。最后,会通要求在法制现代化的过程中,博采万国之长的同时使外来事物化为本国文化的有机组成部分,即一方面抛却门户之见,善则从之,仿佛大匠造屋,材料惟求合用,不管来自何方;另一方面,须折衷归一,化人为我,具有自家面目;譬若食肉,目的在于果腹强体,而绝非变食者为牛羊之属。

从1902年(光绪二十八年)清政府正式宣布参照西方法律修订中国法律以来,我国法律脱离传统轨道,走向西方模式已近百年。不过,这只是从时间维度所作出的一个判断。实际上,这百年里,神州大地,灾难不断,先是清廷覆灭,民国初立,军阀拥兵自重,战事频仍;三十年代初短暂和平之后,日寇又发动侵华战争,1945年外敌投降,接着又是解放战争。1949年中华人民共和国成立,但是,和平时期的到来并没有带来法制发展的鼎盛期。相反,法律虚无主义却渐趋盛行。五十年代中期以后,法律之地位已日趋下降,若再倡言法治,则不仅是不识时务,且不无身家性命之虞也。一直到1970年代后期,“运动治国”的实践方告结束。西洋法谚谓:“Inter arma silent leges”(“枪炮有声,法律无声”);法国作家雨果有言:“鞞鼓无声,理性争鸣”。法律制度的构造与完善无疑需要一种理性能够争鸣的环境,然而,战事频仍与运动不断的时代绝不可能为我们创造这样的环境。于是,百年来,留给我们从事法律制度建设有效时间的实际上不过三十年左右而已。这实在是中

国近代法律演变中的悲剧。但是,反过来说,正由于我们建设的时间太过短暂,因此,今日法律制度建设过程中所存在的种种问题又是可以理解或解释的。

一个世纪过去了,抚今思昔,我们似乎又回到了沈家本提出的那个老问题,这有点像是轮回。不过,即使是老问题未解决,思考和解决这一问题的环境和起点毕竟很不相同了。其中最重要的一个差别或许是,我们十分清楚地意识到,国人所耗掉的时光实在是太多了。

“法久弊生,不能不变,变而不善,其弊益滋。”(《历代刑法考·分考》卷十二)沈家本仿佛在说:勿谓老夫言之不预。

原载《南京社会科学》1993年第1期

超越比利牛斯山

对于法国人来说,17世纪前半叶可以说是一个多灾多难的时代。那时,中央政府穷兵黩武,对外连年征战。国内事务方面,也是矛盾重重,其中最突出的便是新的君主制倾向与旧有的封建社会结构之间的对立和冲突。贵族们经常起事,“投石党”(Fronde)运动的参与者从外省闹到巴黎,从1648年起,连续六年,大投其石。政治腐败、司法黑暗而混乱都是这一新旧交替时代的显著特色。虽然早在15世纪,查理七世便要求对地方习惯加以记录,从而在以后的岁月里,逐渐形成了一种所谓法国共同的习惯法(droit coutumier commun),但是,这多半是画饼充饥;实际的司法依旧是四分五裂。

法学家们当然不满意于这种状况。这个世纪里最伟大的法学家是让·多马(J. Domat, 1625—1696),他对于法律不一、司法混乱的现状极感痛心,决心通过运用自然法的观念,将罗马法的条文予以重新分类和编排,使它们成为统一的法国法的基础。他的壮志并没有获得成功;直到下一个世纪,伏尔泰

还要怒气冲天地指责说，“在这个国家旅行的人要像更换他的马匹一样频繁地更换所适用的法律。”但不管怎样，多马的成绩为后来的《法国民法典》提供了一种学理和规范的基础，这也是史家所公认的。

多马有一位朋友，虽然不是法学家，却也对法律的不统一提出了有力的批评，他便是伟大的帕斯卡尔(B. Pascal)。这位 11 岁便撰写过一篇声学论文的数理科学家和哲学家一生疾病缠身，然而，疾病以及似乎远离尘嚣的科学一点儿也没有减少他对社会苦难的关切。在《思想录》这部著作里，他认真地讨论过正义的基础问题。他认为正义没有国界，“真正公道的光辉会使一切民族都俯首听命，而立法者也就不会以波斯人或德国人的幻想和心血来潮为典范来代替那永远不变的正义了。”他嘲笑这样的荒唐现象：

所有的正义或不正义都在随着气候而改变其性质。三个纬度就颠倒所有的法理学，一个经度决定真理。根本大法频频改变。法有其自身的时代。以一条河或一座山来划界是多么可笑的正义。在比利牛斯山这边的是真理，而在那边的却是谬误。

比利牛斯山乃法国与西班牙两国界山，山长 430 公里，宽处阔 160 公里，窄处仅 10 公里。最高处海拔 3,404 米。中国老话说“十里不同俗”，而比山两侧国不同，人不同，语言各异，风俗有别，外加时常交

恶，战事频仍（从1648年直到1659年两国差不多一直处在交战状态），帕斯卡尔却坚持说山两侧不该有不同的正义标准，义正词严地质问，凭什么一河之隔，同样的杀人者便有了“凶手”和“勇士”的分别？他又说，正是由于自然法这种美好理智的腐化，才有人说正义的本质就是立法者的权威，是君主的方便，是现行的习俗。

这是了不起的思想，是激励后人为正义而抗争的思想。然而思想可以传诸百世，而人生却是如此短暂。1662年8月19日，哲学家在历尽疾病与思想的折磨之后长辞人间，享年39岁——按中国传统纪岁法，刚到孔夫子所谓“不惑之年”。但是，他提出的问题，尤其是这道正义与法律之间关系的问题，至今仍不能让我们感到不惑。

“比较法有时能使我们超越比利牛斯山。”汉斯·霍曼如是说，口气里充满了希望。但是，比较法在什么时候、在哪些地方、以怎样的方式使我们超越比利牛斯山？

我们且将这个问题提出来以难我们的读者和作者。

原载《比较法研究》1992年第1期，该刊上一期发表了美国法学家汉斯·霍曼的文章“普通法的性质和法律推理的比较研究”，文末引事指此。

英美法与中国

这是本刊今年编辑的第二个专号。按照原来的计划,这个专号的题目该是“比较法学的理论与实际”。但是,在今年的编辑过程中,我们发现,我国法学界对于一般的比较法学理论问题似乎兴趣不大,大家更喜欢对某些课题进行具体的比较研究。出现这种现象的原因不是很清楚,或许与我们的传统思维方式有某种关联,也许中国自己的比较法学理论的构建也需要一个由具体到一般的过程。不管怎样,我们还是很乐意地对早先的计划作了调整,推出了这份“英美法研究”专号。

通常所谓“西方法”(Western law)本是一个十分笼统的说法。人们纵然不同意德国比较法学家茨威格特(K·Zweigert)和克茨(H·Kötz)就西方法所作的罗曼、日耳曼、普通法、北欧以及社会主义五分法^①,但是,大陆法系和普通法法系的二分法还是

^① 参看茨威格特和克茨,《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版。

人所公认的。这两大法系虽然同属西方文化圈，然而在法律传统、法律推理与思维模式、法的结构与分类、诉讼程序以及各种具体制度等方面都存在着程度不同的差异。这个专号所发表的文章从若干不同的角度论述了普通法法系的两个主要代表国家英美两国法律制度的一些基本特色。当然，企图以十多万字的篇幅对英美法的性质与风格作出全面的讨论是不可能的，本专号所未涉及的领域还很多，例如诉讼程序方面的几篇文章并没有对颇具特色的英美证据法进行探讨，一些部门法诸如财产法、契约法、侵权行为法、信托法、刑法，现代一些的诸如劳工法、行政法等等都没有专文研究。这说不上是一个缺陷，因为由学术期刊所推进的学术进步并不像时下常见的冠以“大全”、“通览”等名号的出版物那样无事不有、包打群科；刊物还要不断出版，编辑者也就心存长远之想。待今后条件成熟，还可以以不同的形式发表英美法其他领域的专门研究成果。日子长了，研究自然会渐趋全面和深入的。

在编辑这个专号的过程中，编者考虑较多的一个重要问题是英美法与中国的关系。在检讨中国近代学习西方法的过程和得失时，不少人提出了这样的疑问：为什么近代中国法律体系的建构走的是大陆法系的路子，而英美法的影响却很少呢？在试着回答这个问题之前，有一个事实需要先辨析一下，就是在晚清的法律改革家眼中，西方不同国家、不同法系的分别并不如今天的法学家那般清晰。我们读《寄籍

文存》时发现，沈家本老先生言及西方法律时大抵上都是以“泰西法律”、“欧美科条”、“西国刑法”等笼而统之的。有一次提到差异，不过只涉及司法制度（“泰西裁判之制，英美为一派，德法为一派，大略相同而微有不同。”^①）。我们不应以今天清楚的分类去硬套前人模糊的视野。

决定中国以大陆法系为模范建设自己近代化的法律体系的因素不外乎两方面，一是价值上的选择，一是技术上的考虑。1905—1906年出使西洋考察政治的五大臣的考察报告颇透露出这方面的一些消息，其中提到美国时说：“美以工商立国，纯任民权，与中国政体，本属不能强同。”^②说到英国，则称“英国政治，立法操之议会，行政责之大臣，宪典掌之司法，……惟其设官分职，颇有复杂拘执之处，自非中国政体所宜。”^③但考察德国后，结论便不一样了：“德国以威定霸……立国之意，专注重练兵。故国民皆有尚武之精神，即无不以服从为主义。……其人民

① 沈家本，“裁判访问录序”，《寄簃文存》卷六。据李贵连编《沈家本年谱长编》（台湾成文出版社1992年版），该文写于光绪三十三年，即公元1907年。八十多年之后，我们能够说，沈氏这个判断并不确切；两大法系的司法体制以及技术不是微有不同，简直可以说是大有不同。尽管如此，沈氏在这篇序言里对于学习外国法律应取态度所表达的看法却仍具有现实意义。

② “出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏在美国考察大概情形并赴欧日期折”（光绪三十二年正月二十三日）。

③ “出使各国考察政治大臣载泽等奏在英考察大概情形暨赴法日期折”（光绪三十二年三月二十四日）。

习俗，亦觉有勤俭质朴之风，与中国最为相近。盖其长处，在朝无妨民之政，而国体自尊；人有独立之心，而进步甚猛。是以日本维新以来，事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。中国近多歆羡日本之强，而不知溯始穷原，正当以德为镜。”^①

当然，五大臣的议论偏重政治或宪政层面。具体法律制度取法大陆法系的原因迄今未见专门的研究著作。我们在这里不妨提出若干假说：

(1)大陆法系有成文法典，分类井然，体系完备。对于接受者来说，移植的技术困难比起以判例法和零散的制定法为渊源的英美法要少。普通法在引入印度时也曾不得不走法典化的道路。而将普通法规则予以法典化毕竟不如直接借用大陆诸国现成的法典来得容易和便利。

(2)上述以法典为基本法律渊源的特点与中国传统法律形式的契合。

(3)在法律推理模式上，英美法系的法律家运用的是归纳法，即从众多个案中推导出法律原则。而大

① “出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏到德后考察大概情形暨赴丹日期折”(光绪三十二年三月十六日)。其实早在距此十几年前(光绪十六年)，“出使英法比大臣”薛福成就发表过类似的意见：“西洋各邦立国规模，以议院为最良。然如美国则民权过重，法国则叫嚣之气过重；其斟酌适中者，惟英德两国之制颇称尽善。”(见薛福成，《出使英法比四国日记》，岳麓书社1985年版，第197页。)随着十多年来了解的深入，到五大臣的时候，当得上“尽善”之评的，只剩下德国一国了。

陆法系则是将成文法典的法律条文适用到具体案件的审判过程,是一种演绎推理。中国传统司法乃至整个民族的思维方式大体上也是偏重演绎的。

(4)西方两大法系的法律制度虽然都维护着平等、自由等民主制原则,然而,英美法却包含着更强烈、更深刻的个人主义和自由主义因素,而且这类因素已经渗透到各种具体的制度与程序之中。这一点与大陆法系偏重以理性的宣言去宣告和规定公民权利的做法形成了鲜明的反差。正因为这一点,在本专号发表的一篇文章中,赖特勋爵(Lord Wright)才能够不无自豪地宣称:“普通法将英语国家维系在一起,它被恰当地称之为自由民族的法律。”不过,英语国家固然因此而维系,其他国家却很可能因此而“恰当地”将其拒之门外。中国或许就是这样的国家之一。

(5)清末以来,中国面临的最紧迫的问题是富国强兵以及抑制地方割据。统治阶层常将中央集权和人民对政府的服从作为动员各种资源以实现这类目标的最有效途径。这种倾向与英美法所追求的地方、团体以及个人的自治正相反对,而与欧洲大陆国家自民族国家兴起后所出现的中央集权趋势则颇有暗合之处。

(6)日本的影响。明治维新之后,日本师法西方,改革旧制,社会发生深刻变革,成为东方国家通过“变法”洗刷外辱、走向富强的典范,也将中日传统的师徒关系倒了个个儿。沈家本的一段话代表了当时

一般士大夫阶层的看法。他说：“近日日本明治维新，亦以改律为基础，……卒至民风丕变，国势蹶蹶日盛，今且为亚东之强国矣。中日两国，政教同，文字同，风俗习尚同，借鉴而观，正可无庸疑虑也。”这类主张为清廷采纳，于是，翻译了大量日本法律著作，延聘了许多日本法律家来华充任教习，甚至直接参与修订和制定法律。一时间，日本教习，频频入华；汉译日籍，充斥坊间。在这个过程中，日本师法西方尤其是德国所建立起来的法律制度和与之相适应的一整套法律理论又大量“转口”中国，融入中国近代的法律体系之中。

当然，上述各点只是假说；既为假说，便需要充分的证据来证明或证伪。本刊对这个问题很感兴趣，期望有更多的学界同仁提供这方面的研究成果。另外，我们的关注并不限于过去；英美法的原则与制度在我们今天和明天的法律制度建设中有着怎样的借鉴意义更是倍受关注的大课题。由于着眼于以往中国没有较多地接受英美法的原因，以上六点都强调不利于二者融合的方面。其实，法律除了具有文化的特质外，还有技术性的一面。英美法、欧陆法也好，中国法也好，在一定程度上都是解决特定民族生存和发展所面临问题的制度设计。社会演进到相似程度的民族往往会发展出相类似的法律制度。况且在文化的某些方面，中国与英美还有着较诸欧洲大陆民族更可沟通之处呢。“闭门造车于千载之前，出门合辙于九州之外”，在论述文化差异的时候，我们抱一些

相对主义的态度或许是必要的。近代以来,日本法律多效法德国,有人以为日本只能学习大陆法,英美法与之格格不入。但二战以后,却大量地借鉴英美法,在诉讼程序和证据法等方面,表现得尤为突出(二战以后,就连德国也借鉴了不少美国法的原则)。这种转变良非偶然,是可以用文化的原因加以解释的。

不避“佛头著秽”之嫌,在这个“英美法研究”专号前面,就英美法与中国的“因缘”谈了一番感想,姑且比作我们古典戏剧正文之前的“试一出”。下面,还是言归正传,请列位读者阅读专号内的各篇论文和译文。

这是我为《比较法研究/英美法研究专号》
写的代引言,原载该刊 1991 年第 4 期

西方法学：人类的共同财富

不同民族间的文化交往仿佛是国际贸易，有“顺差”，也有“逆差”，有时出现“优惠待遇”，有时为保护国粹又要设置点“贸易壁垒”。由于特殊的历史发展环境，古代中国人对于外国文化总是带着几分蔑视的。那时中国对外文化“贸易”大抵是以“顺差”居多。例如在法律方面，古代日本、朝鲜、越南等国都曾大量“进口”中国的制度与观念。日本学者仁井田陞曾仿照耶林的说法，说中国象古罗马征服西方一样也曾三次征服东方，一次以武力，一次以儒教，一次以法律，当代中国学者对这种说法颇表示好感。另外，中国的科举制度还被传教士介绍到西洋，据说对那里的现代文官制度的确立产生过重要影响。

但是到了 19 世纪，这种文化“贸易”格局却发生了根本变化。从那时起，中国传统文化遭遇到了西方文化这个强大的对手，并且在竞争中越来越力不从心。昔日的弟子们也纷纷改换门庭，师法西方，学了三招两式后竟可以把个天朝大国打得一败涂地。中国人长期以来形成的自负心态难以适应这千年未有

的大剧变，便想出种种托词对西方文化加以贬抑，并聊以自我安慰，例如以西学缘附中学，说西洋的东西中国古而有之，或者说西人只有物质文明，而精神文明则不及中国：“中国之杂艺不逮泰西，而道德、学问、制度、文章，则巍然出于万国之上。”（邵作舟语）“彼人之无礼乐教化，无典章文物，而沾沾焉唯利是图；好勇斗狠，恃其心思技巧，以此为富强之计。”（方濬颐语）总之，要中国象日本那样舍己从人，死心塌地地学习一种异族文化似乎是断无可能的东西。“全盘西化”这个口号又一次受到口诛笔伐便是最晚近的一个证明。

显然，在民族间文化交流方面，人们常常过份看重本民族文化在“国际市场”上的竞争能力，只重货货相比争高低，而忽略了互通有无、取长补短给各自带来的便利，一味对国粹精心保护，却妨碍了对域外文化的积极吸收。著有《比较法律文化》一书的美国法学家埃尔曼（H· Ehrmann）指出：“……法律条文与制度的渗透很类似于贸易商品的进口。这种进口可能对民族经济有所损害，但是在评价这种不平衡时还要与闭关自守所可能带来的匮乏相对照，况且不平衡或许还是暂时的。”不仅如此，许多例子表明，对外国文化的积极借鉴可以成为更新本民族文化的关键因素，而闭关锁国、为文化“进口”设置种种障碍则足以扼杀民族的生机。

我们刚刚提到过不久前那场席卷全国的对“全盘西化”论的批判浪潮，当时，法学界也有人闻风而

动,对法学研究方面的所谓“西化”进行指责。这是颇令人疑惑的,因为自清末以来,我们国家法学以及法律制度的所有变化的总趋势便是西化。试看我们今日的法学与法律制度,从法律分类到概念体系,从立法程序到司法体制,哪个不是从西方学习而来?批判西化的人也说要以马克思主义法学观为指导,可是马克思的学说不正是西方文化的产物吗?再说,否定了西化,何从建立一种“非西化”的体系?是不是要把“七出”、“八议”这些“国粹”写进今日的法律之中?

“法律是统治阶级意志的体现”,这个定义被许多作者作为不刊之论而频频引用,于是西方的法律和法学也统统作为资产阶级意志的体现而加以一笔勾销。事实上,经过数千年不断丰富、发展的西方法学与法制是西方各民族人民智慧的结晶,是一代又一代法律家殚精竭虑、苦心经营的成果,西方法律的演进从一个侧面反映了西方社会的进步,也可以说是人类对其理想状态不断追求的写照。把这样伟大的造物归功于少数统治者,不仅是过份高估了这些人的能量,极端夸大了他们的成就,而且这结论本身便背离了历史唯物主义关于人民是历史创造者的教导。

走笔至此,发现这篇“编后小记”已经不太小了。写这么多,无非是想说明编者的一个信念,即所谓西方法学以及西方法制与观念乃是全人类的共同财富。由于我国传统制度与法律文化基本上已不适应今日社会的需要,因此,要建设中国的现代化法律制

度,我们不能不对它们加以认真地研究和借鉴。当然,对它们的具体评价与取舍等又是很有意义的学术研究课题,也是本刊的兴趣所在。我们欢迎大家各抒己见,共同探讨。

原载《比较法研究》1988年第2期

致力于更深层次的研究与借鉴

回顾本世纪初年中国法学从诞生到发展的历史,一个非常明显的现象是,我国法学以及法律制度的发展往往是与对域外法学与法律的介绍、引进以及借鉴密切关联的。中国法学的产生乃是回应西方冲击的结果;中国近代型的法律体系是以西方尤其是欧洲大陆法律为范本建立起来的;同时,法律体系的演进,法律学术的展开,也都和西方的影响息息相关。而国门的关闭总是导致法律发展的停滞和法学生机的窒息又从反面证明了外国法之于中国的重要性。

这样,西方法律与法学在中国的影响以及它们受中国本土文化的反作用而发生的变化便构成了比较法学研究的一个极为有趣和有意义的课题。这篇篇幅简短的文字当然不能在这个课题方面做哪怕最粗线条的描画。这里只能提出一个问题,即在参照西方模式变革我国法律百年之后的今天,我们法学界

如何重新确定对于外国法(尤其是西方法)的态度和立场?也就是说,我们怎样从一个更深的层次上引进、研究和借鉴外国法?

我国文人画的一个传统是重神似而轻形似。但是,就我们对西方法的接受而言,百年来却更多的是取形而遗神。弗里德曼(Lawrence Friedman)认为一种法律体系(a legal system)由结构(structure)、内容(substance)以及法律文化(legal culture)三种要素组成。我们现代的这套法律体系在结构和内容两个要素上已经是西方式的了,然而,法律文化在很大程度上却依旧是中国;徒有形而无魂魄,“篮中死鱼”的命运当然是在劫难逃无疑。

很明显,我们今天面临的重大难题正在于此。

近来有学者倡言重视本土经验,认为不能将行之于西方而有效的制度不加思考和批判地套用于中国。从文化借鉴的角度看,这样的意见当然是正确的,但是问题在于,迄今为止,我们对于所谓西方制度的了解在多大程度上进入到了它们的深层结构之中,却依旧是一个疑问。借鉴的不成功是因为对象不适合中国,还是由于我们应该并且能够做的工作没有去做或者做得不好,这是一个值得在今天郑重提出的问题。

就我个人的看法,西方在民主和法治领域所发展出的基本制度与实践并不只是一种地方知识(local knowledge),而是具有普遍意义的。举一个重要的例子——司法独立原则,即要求司法体系独立的

行使审判权力，不受行政以及其他非司法权力的干预，只有以这样的方式所行使的司法权力才能够最大限度地保证司法的公正，才能够在有效而合理地调整社会关系的同时，对国家权力的滥用倾向加以制约。这样的制度虽然最早确立于西方，但是，我国古典思想家在更早的时候便提出过法律应当具有某种独立价值的观点。只是由于一些我们至今尚没有很好地加以研究的原因，致使伟大的理想无法物化为制度的现实。在今天，我们有西方制度发展作为参照系，无论如何是一件大好事。这可以使我们多一些经验，少走一些弯路。

当然，即使参照系就在身旁，假如我们对它缺乏系统的介绍与深入的研究，那么它在实际上依旧是不存在的。所以，回到我们前面提出的那个问题上来，今天我们对待外国法尤其是西方法的态度和立场无疑应当保持宽广的胸怀。胸怀宽广并不意味着不加批判，全盘接受；恰恰相反，这种立场所倡导的是研究那些看起来合理并且在外国也行之有效的制度的背景因素，研究特定制度得以发生特定功效的社会和文化环境。同时，这种立场“重义理而轻货利”，认为无论是继承本国传统，还是借鉴域外事物，与其仿造外壳，不如取其神韵。什么是这种神韵，什么是这种神韵得以寄托和传达的外在形式，神韵与形式之间的关系如何，本国传统与外来事物之间以怎样的途径加以融合，凡此种种，都是我们研究外国法的学者需要仔细探讨的课题。

在过去的十多年间,《外国法译评》及其前身《法学译丛》组织翻译并刊发了大量的研究外国法律制度与法律思想的译文、论文以及许多立法文件,对于增进国人对外国法的了解、推动国内法学研究和立法的发展作出了令人瞩目的贡献,是国内比较法和外国法领域内最重要的刊物之一。作为读者,自己从中获益良多。同时,自己也曾有幸在此发表过几篇译文。翻阅近年来各期刊物,一个明显的感觉是,由于《译丛》改成了《译评》,加大了研究类和评论类文章的比重,使得编辑者的用武之地大大拓宽了。自己期望,编辑者今后似应有更加系统化的手眼,也就是说,致力于在更深层次上挖掘外国法的运作背景,强化专题化的编辑方针,每一期刊物都有一个主题,从而对国内学术界的研究以及立法司法实践有更加积极而主动的推进。

原载《外国法译评》1996年第1期

外国人的意见

明朝万历十一年(公元 1583 年),意大利耶稣会教士利玛窦(Mathew Ricci)开始了他在中国传播天主教的历程。在那以前,中西交往虽然已有不少先例,然而尚没有产生什么大的文化震荡,彼此仍然十分隔膜。利玛窦学识渊博,文理兼通,长于数学,又能制造钟表、日晷和绘制地图,还学得一口流利的中国话。他以科学文化知识作为布道手段,在天文、历算、舆地、水利以及火器等方面给中国的发展以深深的影响,在当时便赢得“泰西雅儒”的美称,现代学者也公认他是迄今为止中西文化交流史上最重要的一个人物。1610 年他死于北京,留下了一部记述他在华观感以及传教活动的著作——《利玛窦中国札记》。

这部《札记》忠实地记录了作者观察到的中国政府机构、风俗习惯、宗教信仰、法律制度等。正如他本人高鼻深目、绿瞳虬须的貌相以及所带来的地图、三棱镜、时钟、天主教让中国人感到惊奇不已一样,中国的许多东西也让他觉得新奇、迷惑。他对中国人民的勤劳、尊师以及温文有礼称赞有加,对监察御史的

刚直不阿、克尽职守留下了深刻印象，并说他们是外国人“模仿的好榜样”。对于中国社会的种种弊端他也有老实不客气的批评。例如他批评中国人“礼仪那么多，实在浪费了他们大部分时间。”盛行于全国的迷信与骗术也被他详加揭露。还有我们感兴趣的对司法的批评：

这个国家的刑法并不严厉，但被大臣们非法处死的似乎和合法处死的人数是同样的多。所以发生这样的情况是由于这个国家有一项固定而古老的习惯，允许大臣不经过法律程序和审判就可以随意鞭打任何人。……结果常常是把犯人打死。有时候，被告给大臣一笔巨款，就可以违反法律和正义而买得活命。（中华书局版第 93 页）

描述皇帝离开皇宫外出的景象：

在这种场合，整个朝廷都处于军事戒备之下。沿皇帝要经过的道路以及与之相通的路上，都密布着便衣警卫。不仅人们看不见他，而且人们也无从知道在他行列中许多轿子中他到底乘的是哪一座。人们会以为他是在敌国中旅行，而不是在他自己的子民万众中出巡。（第 94 页）

以及对中国人封闭心态的深刻剖析：

在他们看来，世界上没有其他地方的
国王、朝代或者文明是值得夸耀的；这种无
知使他们越骄傲，一旦真相大白，他们就越
自卑。（第181页）

这样的见解和批评是我们在同时代中国人的著述中难得见到的。之所以如此，根本原因在于利玛窦是一个外国人，有着与中国人完全不同的文化背景，他的西方价值观念与中国文化接触时必定产生碰撞，从而发现我们中国人习焉不察、习以为常的事物中的种种优越与弊病来。这个道理原本是十分简单的。

作为一份比较法方面的学术刊物，本刊一贯注重介绍和发表国外学者对我国法制与法学的研究与评论文章。我们曾经刊登过英国巴特勒教授对中国特色社会主义法制的评述，联邦德国诺尔教授对本世纪30年代以前中国移植德国法利弊得失的研究，日本滋贺秀三教授关于中国传统法文化的考察，美国赛德曼教授夫妇对深圳特区移植香港法的不同看法。这些文章发表后在学界产生了很好的影响。我们曾经收到过一些读者的来信，反映对这些文章的看法，有赞成的，自然也有提出异议和商榷的。但是大家都同意这些文章是很扎实的学术作品，其中的观点、材料乃至研究方法等对国内读者都有不少启迪。同时

大家也希望本刊能够继续择优介绍这类文章。本期刊里,我们又编发了明策尔教授对我国现行法人制度的一篇评论和特威切特博士研究初唐法律的一篇文章。明策尔先生近年来对中国法律发展十分关注,除了自己深入研究外,还向欧洲的读者加以介绍。(顺便说一句,他也是很关心本刊的一位外国学者。)相信他的文章会引起读者的兴趣。

时光如箭。现在已进入 20 世纪 90 年代,利玛窦来华已经是 400 多年前的事情了。这四个世纪尤其是最近一个世纪以来世界发生变化之剧烈似乎使得“沧海桑田”那个词都失去了份量。姑不论海禁大开、天涯比邻,朝发北京,夕至法兰克福,单以我国的人口增长论,明万历年间,全国总计约为一亿三千万,到如今这一亿三千万却只成为十亿后边的一个区区零数!想到现在这个小小寰球——是利玛窦第一次告诉中国人地球本是圆的,而并非所谓“天圆地方”——之上每四个人中便有一个中国人,中国改革与发展的世界意义当然是不言而喻的,我们还有什么理由不认真地对待那其余三个人的意见呢?

原载《比较法研究》1990 年第 1 期

法律学是一门科学吗

在过去的百多年间，一股科学化风潮席卷了人文学科各领域。最先似乎是从历史学开始的，法律学也未甘落后，学者们争相援用自然科学的各种研究方法，去探讨本学科的内在和外在规定、因果关系、客观必然性等等。一门门学科相继登上“科学的殿堂”，于是，我们有了历史科学、法律科学、政治科学等等名号，它们又一起组成了所谓社会科学(social sciences)。人们假定，在人类社会的发展过程中，也存在着自然科学试验中所可能出现的重复现象。因此，只要正确地揭示和分析事物的发展规律，便可以预知社会未来的发展路向。

人文学科的科学化自有其价值和成绩。一个可能的方面便是人们在研究社会现象、整理资料的过程中比起以往更为刻实严谨。不过，它的弊端也是显而易见的。把因果律作为一个万能定式到处套用，只见规律不见人，明于知规律而陋于知人心，忽视或贬低个人在创造文明过程中的作用等等，都是其中显著的方面。人既然成了规律的奴仆，那么，一切灵性、

个人创造、非理性因素、偶然因素之类都受到排斥，灰色的理论与其所研究的多姿多彩的社会生活现实愈发合不拢，本应充满生机、神采飞扬的人文学科却变得枯燥乏味、缺乏个性，仿佛一节节造型雷同的车厢，被规律的火车头拉着在先定的轨道上机械地行走。

其实，本世纪以来，已有不少学者对这种不科学的“科学化”趋势提出了质疑。早在1913年，英国史学家屈维廉(G.M. Trevelyan)便得出了这样的结论：

把历史同自然科学类比的做法，在过去的30年中错误地引导许多历史学家离开了他们职业的正确道路。在关于过去的知识里，没有实用的价值，也没有科学地演绎关于全体人类行动的因果规律的方法。总之，历史的价值不是科学的。它的真正价值是教育方面的。它能够使人回想过去，从而教育人们的心智。

好像是心有灵犀，10年之后，中国卓越的历史学家梁启超也觉悟到，以求得因果关系为目的的历史是一个错误。在“研究文化史的几个重要问题”一文里，梁氏对于这一见解作了颇有启发性的讨论。

法律方面也出现了类似的主张。例如，美国法学家吉尔摩(G. Gilmore)在1977年出版的一部书中就坚决反对“法律是一门科学”的观点。在他看来这

种观点：

限制了我们所能作出的一切答案。它把我们应该探索什么和怎样探索规定死了。如果我们能够抛弃法律是某种科学（不论是自然科学、社会科学，还是冒牌科学）的幻觉，同时抛弃与之相伴而生的研究法律的目的是为了预言未来的幻觉，我们的情况至少要比过去的一百年好得多。

吉尔摩的观点还容有可商的地方，例如，某些法律领域或法律的某些层面也许仍具有科学的特性，应当用科学的方法去研究。但是，把整个法律定性为一门科学，却已经是大可怀疑的了。

遗憾的是，对于这样一个重大的学术理论问题，我们的法学界还极少有人论及。在这里，我们将它提出来，以期引起重视和思考。遥想 20 年代，我国思想界曾发生过一场规模不小的科学与玄学大论战。当时以及随后相当长的时间里，很有一些人将“赛先生”（科学）的胜利作为终局定案。现在看来，问题并没有解决。最重要的，我们究竟该如何对待科学，科学的胜利是否会引出另一方面的问题，科学化是否应当限定在某种范围之内，这些不容回避的问题常常被忽略了。因此，重燃笔战烽火就很有必要了。

1991 年 9 月，时距近代科学的奠基之作——牛

顿的《自然科学的数学原理》出版已三百又四年。

原载《比较法研究》1991 年第 3 期

市场经济与法制现代化

一个社会的现代化乃是社会结构的根本变革，它旨在构成社会的人从前现代化社会中所受到的种种不合理束缚中解脱出来，使他们能够自由地发展自己。因此，经济现代化与其说是物质财富的积累，毋宁说是社会财富的生产、分配以及消费过程的进步和合理化。也就是说，现代化指的是过程而非结果，是观念、制度，而不仅仅是器物。今天，我们在思想上有了一个大进步，终于以社会主义市场经济取代从前的社会主义计划经济。之所以是一个进步，正是由于较之后者，前者能够使劳动者在生产、分配和消费过程中更好地实现他们作为宇宙万物中最具灵性、最具创造性的生物的价值。市场经济是民主经济、自由经济，它排斥一切违反民主与自由原则的干预。构成市场经济（无论是资本主义还是社会主义）的必然是这样一些原则：契约自由、财产自由、经营自由、人身自由、机会均等以及法治。

这样，经济现代化便与法律现代化有了最为密切的联系，在许多重要的方面二者可以说是互为表

里的。世界上第一个工业化国家英国的现代化过程可以作为这方面的一个例证。英国资本主义市场经济的兴起以及工业化的实现的一个重要前提，便是在十七世纪以前英国的法律制度以及司法体系就开始了现代化的过程。前些年，李约瑟博士与黄仁宇教授曾对这一过程进行了深入的探讨。他们得出结论认为资本主义乃是一种组织和运动，这种制度“总以在民主制度和立宪君主制下容易展开。极权政治一般的趋向会阻碍私人资本的成长”。（黄仁宇“西方资本主义的兴起”，《知识分子》，1986年夏季号）中国传统社会之所以没有发展出资本主义，其中很重要的原因便是缺少英国那样能够对工商业的自由发展提供坚实基础的稳定和可靠的法律制度和司法体系。

经济制度的进步也会推动法律制度的健全与合理化。只要是市场经济，总倾向于要求调整经济关系和社会关系手段上的法治化。经济的市场化以及经济管理的法治化也必然会对社会生活的其他方面产生深刻的影响。不过，那种认为只要经济发展了，便必然会导致政治、法律以及文化等向前发展，或认为只有把经济先搞上去，才能带动其他领域的改造的观点（例如所谓福利专政）却是大成问题的，因为它们把社会中不同因素之间的互动关系解说成了一种决定关系。这种观点在理论上既不成立，在实践上也是有害的。

法律翻译与比较法(一封信)

××：

来信收到。多谢你对刊物编辑的评论和建议。正在编辑的这一期是本刊内部发行的最后一期，从明年起便要向海内外公开发行了。刊物的篇幅将有较大的增加，每期刊载的文字增至17万字左右。在编辑技术上也要作一些改进。这一段时间，编辑部同仁正利用各种机会听取作者、读者以及其他有关人士的建议，你的来信可谓雪里送炭。

你在信中对我国法学翻译的落后状况表示了不满，并认为这种状况制约了比较法学在中国的发展。此论甚为确当。我想接着你的话题谈点对于这个问题的看法。比较法学与法律翻译之间的关系似可以分两层来说。第一层，比较法学的发展固然离不开一些通晓外国文字的学院派学者扎实深入的研究，但如果没有更多的人关心和理解这种研究，它的成长毕竟要受到一般社会的限制，缺乏影响实效法律与社会一般观念的必要动力（例如，从前牛津与剑桥等大学的罗马法教学与研究的情况便是如此）。而

要一般人了解以不同国家或法域的法律制度与观念之间异同及其成因作为研究对象的比较法学,外国法律著作的翻译与传播乃是一个重要的前提条件。“不怕不识货,就怕货比货”。不将人家的货色拿来比一下,又如何正确地判断其间的优劣高下呢?你素来关心我们的编辑工作,肯定会记得本刊 1987 年第四期编后小记对于因为翻译匮乏造成的评论外国法律时盲人摸象和移的就矢的状况的批评。

进一步说,法律翻译不仅有助于推进比较法学的发展,而且可以说它本身便是一项比较法学工作。这是比较法与法律翻译之间的第二层关系。法律翻译是一种语言转换,又不仅仅是语言的转换。在翻译时,我们常会遇到所谓“出发语言”(langue de départ)与“到达的语言”(langue d'arrivée)之间合不拢的难题。法律翻译的伟大先驱严复便曾提醒他的读者注意西文的“法”字所包含的与中文不同的含义。他老先生也常感叹译事之难。实际上,这种翻译上的困难大多源于文化的差异。例如将法文的“droit”、英文的“right”译为“权利”究竟是不是一个能够准确地传达原意的译法便值得推敲。在我们的文化传统里,“权”与“利”都不是太好的事物。我们都记得“君子喻于义,小人喻于利”、“权必有所争,利必有所夺”、“争名于朝、争利于市”等等说法。你对英美法研究多年,肯定也遇到过不少难以找到确切对译词的概念或制度。我觉得,发现和解释这类法律现象上的差异以及寻找或创造妥贴的对应语言加以表

达,从而使“到达的语言”所属国的人们能够准确地把握外国事物的内涵和精神实质,这正是比较法学家的使命所在,当然也是最为严峻的一种文化挑战。因此,考查一个比较法学者是否合格的最好的办法或许是检验他的专业翻译是否做到准确和妥贴地将外国事物用本国语言表达出来。法律翻译应当成为比较法学家的“看家本事”之一。当今世界上的一些著名比较法学家同时也往往是优秀的翻译者,大概不是偶然的。

值得欣慰的是,近年来,法律翻译正得到我国法学界与出版界越来越多的重视。除了一些零星的出版物外,由我国法学界十余名从事外国法与比较法研究和教学的学者组成的编委会组织翻译、中国大百科全书出版社出版的大型翻译丛书“外国法律文库”可算是一个划时代的工程了。本刊上一期曾对这套丛书略加报道。最近获悉文库的第三批书目已经初步确定,其中有不少人们期待已久的著作。我又听说一些留学海外的青年法学家正计划与他们的国内同道们一起翻译和出版一套侧重法律理论与法社会学的丛书。本世纪初沈家本主持下的修订法律馆曾组织翻译外国法律书籍百余种,这些翻译成果连同法律制度的转轨以及民众法律观念的变革对迄今为止我国法律的发展产生了深刻持久的影响。现在到了世纪末,看来我们的法学界要出现一个足以与清末法律翻译相媲美的翻译运动了。这场运动无疑将对我国法律在下一个世纪的发展产生至深且巨的影

响,对于我们的比较法学事业也必将会有强有力的推动。作为比较法学刊物的编辑,每念及此,总是欣庆不已。推动与参与这场法律翻译运动的每一位学者大约也有一种创造历史的兴奋感吧,我想。

我们的杂志也很想为此做些工作。编辑部计划在今后的一段时间里进行两方面的努力。一是大力倡导对近代以来法律翻译史的研究,争取发表一些辨析外国法律术语、概念在汉语中的表达与原初含义的异同、研究汉语在多大程度上能够完整地包蕴和准确地体现外国事物的意义以及对外国某项法律、某种著作的汉译本的个案研究等类型的文章。二是想发表一些对当今翻译作品的评论文章。过去的十年来出版的法律翻译作品看来也需要做一番总结了。我们希望能够得到法学界关心翻译问题的同行们的积极支持,其中当然包括你。

这次就谈到这里吧。新年将至,谨祝文字吉祥!

1992年12月13日

原载《比较法研究》1992年第4期

立法与风俗

在习惯法日渐式微的现代社会,操立法权柄的人们很容易把法律的制定及其实施看作是十分人工化的过程。不是么,当认为某种社会关系、某个生活领域需要进行更为强有力的管理的时候,他们很自然便会想到制定体现管理意图的一些法律条文。法律颁布后,自然会有法院、检察院以及警察系统凭借强力加以实施。因此,社会关系便会有条不紊,社会秩序便能井然不乱;令行而禁止,言出即法随,治国之道,立法而已,又何难之有?

这种观念流行的结果,便是当今立法在数量上的急剧膨胀和在范围上的无微不至。古人所谓“宪令著于官府”,近儒所谓“庞然大兽”(Leviathan)者,到了今天已达极致。一方面,立法越来越成为单纯的国家行为,非国家的组织、团体不得染指法律的制定,“大字的法律”成为强势“话语”“小字的法律”愈发削弱。另一方面,法律的民俗基础被极度忽视,甚至以立法改造乃至摧毁民俗的情况也时有发生,一些通行数百年乃至上千年的民俗可以在不加严肃论证和

立法辩论的前提下用一纸法令加以禁止。这是颇堪忧虑的事情。

也许有人会反问：难道陈规陋俗成了老虎屁股——摸不得了么？难道一些习惯、风俗只是因为它们历史悠久便具有了在当代社会继续存在的合法性了么？

这样的反问自然也不无道理。但问题在于由什么人根据怎样的标准通过什么样的程序来宣布一种风俗为“陈规陋俗”？风俗之所以成为风俗，在于它具有存在的价值和民情基础。当然，风俗不是民族工商业，它们本身并不能产生直接的经济价值；但是，我们却可以利用经济分析的方法，分析保留或废止一项风俗在经济学上的轻重得失。为了保存一种风俗，社会肯定要付出一定数量的成本，但冒然地废止它，社会或许要为了不断地维持有关法令的效力而付出更大的代价。除了直接成本之外，我们还必须考虑到废止风俗所可能导致的民众心理问题，而心理上的成本却是难以计算的。

更重要的是，一个民族的风俗乃是深层次文化观念的外化形式，是抽象理想的外在依托，是文化秩序的重要组成部分。因此，民族风俗受到破坏最严重之日，必然是文化与社会秩序最为紊乱之时。文革期间，“破四旧，立四新”，我国传统与风俗遭剧烈破坏，法律秩序亦荡然无存，可谓殷鉴未远。

“一切法律本来是从风俗与舆论而不是从法理学形成的；也就是说，从不知不觉的活动力量而不是

从立法者的武断意志形成的。”英国史学家古奇(G. P. Gooch)在他的著作(《十九世纪的历史学与历史学家》,耿淡如译,商务1989年版)中转述了萨维尼的这一鲜明的见解,并且表达了对萨维尼的下列观点的赞赏:

法律像语言一样,是民族生活的表现;它是从民族的经验与需要,经过自然的过程而成长起来的。法学家不能被称为法律的制定者,正如语法家不能被称为语言的创造者一样;他们只是发现了群众生活所创造的东西。这些创造物一部分仍然是习惯,而其他部分则变为“法律”。

在我们的社会处在激烈变革的时候,在我们的立法速度日益加快的时候,温习一下萨维尼们的学说,细细地思考一番我国今日的立法与我们民族的传统与风俗究竟应当保持怎样的关系,是十分必要,也是特别紧迫的。

原载《比较法研究》1995年第2期

法官的博学或无知

近读一本论述英国法官的著作(David Pannick, *Judges*, 1987), 对于这个国家的法官状况及相关问题颇增加些了解。作者称英国法官“是一种独一无二的现象”。这是一个数量极少并且背景高度整齐划一的群体, 成员们身穿猩红色法袍, 头戴马鬃毛假发, 年事偏高, 观念保守, 虽然也食人间烟火, 但却远离公众, 履行着真正的圣职。书中引用作家乔治·奥维尔的话说, 法官“乃英格兰最具符号化的影像之一。他是一种现实与幻觉、民主与特权、谦逊与庄严之间奇妙的融合, 是各种妥协之间难以捉摸的网络, 凭借着法官, 这个民族方能保持其为世人熟知的形象。”

从前, 自己一直以为, 由于选任上的高标准和高龄化, 英国的法官肯定是见识宽广、学养渊博的。这本书却告诉我们, 不少的法官其实是渊而不博, 经常在法律以外的事情上出差错, 其中不知何为“滚石音乐”者有之, 家喻户晓的本国足球明星不知何许人也者有之, 对流行的市井话语茫然无知者有之, 审理强

奸案而在性知识上闹笑话者有之,最奇怪的,有位法官迟至 1971 年仍不知牛津大学有位闻名遐迩的法理学教授 H·L·A·Hart。甚至一些著名法官也是知识面极窄。曾在十八世纪晚期担任过上诉法院院长和王座法院首席法官的凯尼恩勋爵(Lord Kenyon)“除了他专业耕种的法学一角外,人类知识的其他领域从不涉足。”十九世纪初的大法官埃尔登勋爵(Lord Eldon)“自知文学造诣极欠缺,因为多少年来,除了案件摘要之外,他什么都不读”。更有甚者,



现代的司法职业愈来愈须强化知识的修养,此图或可作为法官与知识结合的象征。

据说另一位大法官克兰沃斯勋爵(Lord Cranworth)连法律知识也难称精通;他总不肯单独主持听审,因为害怕“一个人被孤零零地抛在黑暗里。”这倒让我们想起齐国的那位怕单独演奏的南郭处士。

这本书的作者显然是个改革派。他认为法官知识上的缺陷应当通过改变选任标准以及在职教育而弥补。当然法官自己积极扩充知识是更重要的。他对美国最高法院的伟大法官们颇为称赏,说他们博览群书,思想精湛,阅读和思考拓宽了也深化了他们对法律问题的理解,司法意见充分体现了他们的博学和精思。

那么,法官们应该读哪些书呢?作者引用了美国著名法官汉德(Learned Hand)推荐的一个作者名单。汉德认为,除了专门的法律著作外,阅读这些作

家的作品也是同等重要的，他们是阿克顿、梅特兰、修昔底德、吉朋、卡莱尔、荷马、但丁、莎士比亚、弥尔顿、马基雅维里、蒙田、拉伯雷、柏拉图、培根、康德。当然，不一定是抱着全集啃，但至少要有“点头之交”（to have at least a bowing acquaintance with）。

中国的法官中有多少人与这些作家有点头之交？或者，与我们的先贤如孔、孟、老、庄有过往还甚至莫逆之交？吾不得而知之。

原载《法学研究》1995 年第 3 期

正义的行头

假发的隐喻

香港回归的当夜，特别行政区的新任官员们举行就职宣誓典礼，中央电视台现场直播。就官上任要进行宣誓，在我们这里本来就是一件新奇的事情，而当宣誓人中出现了一群头戴假发、身着法袍的法官的时候，电视机前的人更是议论纷纷——

“打扮得这么怪模怪样的，是些什么人呢？”

“刚才司仪不是说了么，是香港法院的法官们。”

“法官？他们怎么这样一身行头啊。大六月的，包裹得那么严实，我都替他们热。他们干嘛不像我们法官那样，穿制服，戴大沿帽？”

“这你就有所不知了。没看过香港电视剧么，那儿法庭上的法官，对了，连律师也在内，都是要戴假发、穿法袍的。”

“可是，我要问的问题是，为什么法官和律师要有这样一身打扮？穿制服、戴大沿帽不是挺威风么？”

“当然，威风是威风，不过，制服和大沿帽属于军警类职业的服饰，法官不能划到这类职业之中。法官是文职官员，而且是非常特殊的文职官员。”

“你看你看，你老兄一家伙就把我们法官的这身服装给否定掉了。我问你，法官究竟哪些地方特殊，非得有这样一身奇装异服？”

“说来话长。不过，我得先澄清一点，香港法官的服饰完全是英国制式，但它却并不是西方国家的通例。在法律与英国同属一种传统的美国，法官便只穿法袍，不戴假发。至于法官戴假发、穿法袍的理由，老实说，我也没有见到很权威的解说。只能根据平常的一些零星阅读，加上一点联想和推测，作些粗浅的解释。”

“不必谦虚，又不是大学讲堂，你姑妄言之，我姑妄听之，如何？”

“那好。我先问你，见到法官的这身打扮，你最初的感受是什么？”

“不是跟你说过了么，奇装异服，怪头怪脑——那根本就不是人的头发。”



典型英国法官的漫画像

“说得是。同样是假发，法官的假发跟平常一些人为掩饰发源稀缺而佩戴的假发很不一样。后者追求的效果是乱真，最好让人误会为美发天成；前者却恰好相反，设计的样

式是要明示其假，生怕别人看不出他假发在头。并且，如果仔细观察，你会觉察出，它不止是要人们看出那并非真发，还要显示出并非人发。你说它根本不像人的头发，其实这正是它希望达到的效果。”

“你是说，这假发把法官都变成了半仙了？哈哈，这倒是蛮好玩的。”

“又不是算命，半仙什么？不是半仙，是半神。法官的职业特点，要求他有半人半神的外部形象。”

“越说越邪乎了。法官所做的，不就是根据法律的规定处理纠纷、惩罚犯罪么？半人半神，有啥必要？”

“表面上看，法官所做的事情是很简单，但实际情况却并非如此。看起来意思很清楚的法律条文，要把它们适用到千差万别的社会生活之中，这个过程实在是相当复杂的。举个简单的例子，某地法律规定，禁止在公园中睡觉。这条法律够清楚的吧。可是，假如一个躺在公园的长椅上貌似睡觉的人恰恰是个失眠症患者，法官如何处理？这就不是一个机械地适用法律就能解决的问题。无论是判此人违法，还是不违法，法官都需要进行一番论证。这个论证的过程实际上就是法官立法的过程。从小的方面说，是为本案当事人立法，从长远的方面说，更是为今后发生类似情况的潜在当事人立法。可以说，法庭上的法官是现代社会中唯一的一种言出法随的角色。行使这么大的职权，形象上不采点神化，是不是有些份量不足呢？”

法官老的好

“你刚才关于法官需要有些神化色彩的议论当然有一定的道理。这使我想起德国思想家马克斯·韦伯有关合理化统治的理论。韦伯认为现代法律的合理化过程是排除个人化因素和神圣化因素的过程。你肯定记得他的‘自动售货机’比喻：现代的法官是自动售货机，投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”

“韦伯的理论自然有其高深和合理之处。不过，在我看来，韦伯关于现代合理化法律的理想图谱基本上是以欧洲大陆国家近代法律演变为依据描绘的。至于英国和美国的法律，是被他作为一种不合理的法律体系来看待的。其实，理论的价值也许正在于它不是实际生活亦步亦趋的对应物，而是一种提炼，一种升华。也就是说，现实生活中，不同类型法律所具有的因素是互相交错的。就法律制度的神圣色彩而言，现代法律的发展趋势的确是越来越淡薄了。法官的假发和法袍也许是古代制度神圣色彩在当代的难得残余。我们暂且不谈大理论，接着我们的讨论。我想，英国和受英国法律影响的一些地区的法官之所以穿着这样的服饰，第二个原因可能是戴假发会让人显得老态龙钟……”

“老态龙钟？这倒很有意思。呵，是啊，假发的颜色灰中透白，即使是年轻人戴上，看上去也像是一个

苍苍老者。但是，这难道也是司法职业所必要的么？”

“我想这总是有助于提高司法职业者的权威的。法官的使命主要是解决纠纷。即使是刑事案件，实际上也是发生在刑事被告人和国家之间的纠纷。要有效地和公正地解决纠纷，国家强制力作后盾是必要的。不过，没有任何一种司法制度可以单纯通过强制力而维系；社会大众对于司法阶层的信任和信心永远是更为重要的。审理纠纷的官员要获得人们的信任和信心，良好的法律教育背景和对于法律知识的熟练掌握当然十分重要，但是更重要的却是法官的社会经验，丰富的社会经验有助于培养法官处理问题的技巧和智慧，从而强化他的个人魅力。你知道，知识通常可以通过教育而在相对短的时间内获得，但是，社会经验和处理社会问题的技巧就要靠熬年头了。这就是为什么在司法界，跟其他纯粹靠智力的领域不同，很少有少年天才出现的原因。西方谚语所谓‘法官老的好，律师少的俏’，说的也是这个道理。还有，在英国，美国，可能香港也是一样，几乎所有的法官都要从行业多年的律师中择优选任。法官受到任命时，很少有未满四十岁者，也是因为这个原因。”

“看来，对于法官这个行当，年轻化未见得是个合理的选择。孔老夫子说‘四十而不惑’，是不是对于司法职业来说，不惑是一个非常重要的要求？”

“所言极是。记得有一个古老的故事，讲一个人初任法官，审理一桩案件。听完原告的陈述，法官便迫不及待地说：‘我相信你说得很对。’等被告人说

完，他又冲着被告人说：“我相信你说得对。”法庭书记官连忙对法官说：“大人，不可能原被告两方都对啊。”法官恍然大悟，对书记官说：“哎呀，搞了半天，原来是你说得对。”这种被当事人牵着鼻子走的法官是不可能很好地处理案件的。当然，有些案件十分复杂，从来都不惑的法官恐怕也很少有。重要的是，司法制度的设计应当让当事人相信法官是经验丰富，明智而不惑。假发的老化效应应当有助于获得这样的效果。”

非官僚化下的同一

“想不到香港法官的一身打扮，能够引出你这么多兴味盎然的解释。我想知道，除了半人半神和老化法官这两种效果以外，这样的服饰还有什么寓意么？”

“时间都这么晚了，我都怀疑你是不是已经困意盎然了呢。难得你有这么好的兴致，我们就索性扯下去吧。我觉得，这样的服饰至少还可以包含着另外两方面意义，一是它是一种统一的服饰，意味着穿着者们属于一个同一的群体；第二，它意味着穿着者的独立地位。”

“你的第一个意义似乎是不言自明的。只要是穿着统一服饰的行业，外表的一致总是标志着这些人属于同一个群体。这跟穿着警服的人们属于警察系统，穿着白大褂的人们属于医生群体的情况并没有

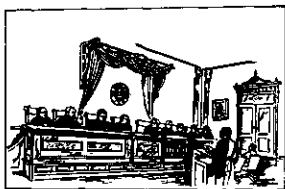
什么两样。”

“当然，你说的很有道理。不过，我们还是应当看到，法官职业的特殊之处。你知道，在英美国家，初审法院的法官通常都是一个人主持案件的审理的。每个法官都有自己的法庭。我曾经访问过一些这样的法庭，发现法庭的门上都镶嵌着法官个人的名字。法庭内部的布置和装饰风格也是由法官个人确定的。可以想见，每天在全国各地，许许多多的法官在各种风格各异的法庭上主持形形色色的案件的审理。而且，我们已经说过，法官在实际的司法过程中，要经常根据自己对于法律和正义准则的理解解释有关条文的具体含义，说白了，就是法官有时候要身兼司法者和立法者两种角色。这一点，使得他们与警察有了明显的区别。警察虽然也可能有‘将在外，君命有所不受’的情况，也就是说，在一些情况下，他要行使自由裁量权，但是，那并不是制定规则的权力。你看，又是裁决纠纷，又是制定规则，再加上各自为政，假如没有外表上的一致性，统一法制岂不变成了空口说白话了么？”

“我看，你是不是有点‘行头决定论’了？穿着同样的服饰，思想便能一致，天下哪里有这等便宜的事情！”

“哦……你误会了。我的意思是，法官的这种统一的服饰容易让人们感到（强调‘感到’二字）他们属于一个具有内在统一性的群体，感到他们是在对于法律具有统一理解的基础上处理不同的案件，感到

他们是‘众口一词’。其实呢，我们都清楚，任何群体都不可能达到思想上的高度一致性。用过去曾经很流行的语录说法，‘凡是有人群的地方都有左中右。’法官更不是一个应当追求思想一致的群体。如果一个民族思想一律了，它的生机便窒息了。司法界的思想一律，也足以造成法律发展的停滞。虽然司法机构属于广义的政府机构的一个组成部分，虽然我们汉语里把审判案件的人称为法‘官’，但是法官这个职业本质上是与官僚化相抵触的……”



司法界不应倡导下级服从上级，法官之间是平等和独立的

“哎哎，且慢，反对官僚化不是我们经常倡导的一个方面么？为什么偏偏单摆浮搁地只说法官这种职业与官僚化相抵触呢？”

“这里的官僚化并不是一个贬义词，它表示着某种特殊的组织和行为方式。我们看行政机关，那里就需要比较严密的组织，需要官员的非个性化，需要下级服从上级。所谓‘官大一级压死人’，正是官僚制度的生动写照。其实这并不总是坏事，甚至可以说是必要的。因为合理的官僚化可以使责任的归属十分明确，并且提高行政效率。不过，司法体系与行政机构就不一样。比方说，司法界就不讲下级服从上级，不

讲普通法官服从庭长，庭长服从院长。上级法院和下级法院之间也不是行政机关那种上下级关系。这些问题说来过于复杂，暂且绕开它们。我只是想强调司法界的这种十分重视个体独立的特点需要在服饰方面作些弥补，服饰的统一有助于强化法官的同质性。”

法袍及其穿着者的独立

“你提到法官的个体独立，我觉得这种提法很有意思。服饰和独立之间有什么关系呢？”

“司法独立本是一个很值得好好讨论的问题。在我国，这个问题一度相当敏感。也许正是由于这种敏感使得一些基本的概念变得模糊不清。反过来说，在不少情况下，又恰恰是基本概念上的含糊不清引发了一些不必要的神经紧张。”

“咱们今天是无事闲聊，神经高度放松。你是不是可以谈谈这里边的道理？”

“所谓放松，可能是因为我们谈的是服饰以及跟服饰相关联的一些话题吧。说到服饰和法官的独立地位之间的关系，我前不久读过一本教育家写的书里引用的一段话很有些启发意义。让我把这段话读给你听：

有三种职业是有资格穿长袍以表示其身份的，这就是：法官、牧师和学者。这种长

袍象征着穿戴着思想的成熟和独立的判断力，并表示直接对自己的良心和上帝负责。它表明这三种职业者在精神上的自主权；他们不应允许在威胁下行事并屈服于压力。

中世纪史专家坎特罗威茨的这段话揭示了法袍、教袍以及学袍（姑且这样翻译这三种职业的长袍）所具有的象征意义。”

“以穿着某种样式的服饰表示成年和独立在中国或许也不是新鲜事，例如古代贵族男子年满二十岁时举行的冠礼，便是以戴上某种式样的帽子来表示已经到了可以自立的时候。不过，你大概会说，那种成年和法官所应有的独立不是一回事。”

“但是，它们还是有相通或相似之处的。成年意味着对于世事、人事能够作出成熟的判断，当然，也意味着独立谋生能力的具备。法官独立同样有对案件予以自主处理的含义。不过，司法独立是一种职业性的独立，它表明司法作为一种行业，拥有了不受外部力量影响的权力。同时，这种独立又具有特殊性，例如，我们平常没有听说行政官独立这样的说法，假如有人说军官应当独立，大家肯定把他看作疯子：谁都知道，服从是军人的天职。行政官也好，军官也好，都是成年人，为什么只有法官、牧师以及学者特别强调一种职业性的独立，其中道理是很值得思考的。”

“我想，这自然是法官职业的特殊性所决定的。



美国最高法院九位大法官判决案件时采取少数服从多数原则。多数意见有时会执意与行政首脑作对，总统只好通过任命与自己政见一致者为大法官来改变此种情况。这是罗斯福“新政”时期美国一家报纸上刊登的一幅漫画，右为六名齐声唱诺的待任大法官，左为罗斯福总统，宪法以及象征正义的天平被扔到了垃圾桶中。

不过，有一事我不甚理解，如果说司法独立是一种行业性的独立，那不是跟我们法律规定的精神很相吻合么？我记得我国宪法就规定法院依法独立审判，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

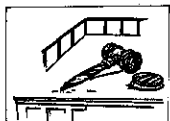
“行业独立是基本的，也是初步的。你知道，作为根本大法，宪法对于许多问题的规定只能是原则性的。这样原则性的大条文需要许多具体的小制度去丰富。不受外力干涉是很重要的，但来自司法界内部的干涉同样能够对司法独立造成伤害。像我们曾

经提到的，下级服从上级这样的原则，在行政机关那里当然是必要的，但是，在司法机关强调同样的原则就不对劲了；少数服从多数原则可以成为立法机关的议事原则，然而，将这个原则应用到司法决策过程却需要作些限定。合议庭成员之间可以少数服从多数，但是，如果让亲自审理案件的法官这个少数服从由法院中其他某些同事组成的多数，就不符合司法决策的内在特点了。用法官们批评这种做法的话说，

就是‘审者不判，判者不审’。不审者而偏要去判，不只是容易出错，更严重的是，对于司法独立原则是一种违反……你好像困了？”

“哦，不，不是困了，是有点走神儿，对不起。我在想，对于法官个人独立的强调是不是可以在法袍这一服饰样式上找到某些印证？你想呵，法袍的颜色以黑为主，黑色给人的感受第一是庄重，第二呢，似乎也有些神秘，黑色不是透明性最低的一种颜色么？这是否意味着作为个体的法官，他与外界有着一道难以透视的屏障，他的思想不受个人之外因素的影响或约束？”

“绝妙的解释！纵然是‘歪批《三国》’，道理却精当无比。我们的包公戏里，包青天的那张黑漆漆的脸谱是不是也可以作这样的解读呢？我不知道。不过，每一个法官都应忠于自己对于正义准则的理解，维护他作为法官的独立性，真正是构筑合理的司法制度的首要条件。因为，没有这种个人的独立性，整个



旧时衙门里有惊堂木，外国法官在法庭上要有一柄法锤（译为“惊堂锤”或更好），这也是正义的行头之一。我们的法官手边为何没有此物？

司法职业是不可能真正独立的。”

原载《工人日报·新闻周末》1997年7月12日

7月19日,8月23日,9月27日

外行司法别议

张说先生撰一文题曰“法官与法学家”(见本刊94年第5期第83页),称“虽然法学家不一定都要去做法官,但法官却一定或应当去做法学家。”愚以为此论虽用心极好,然终不免一面之论,盖外行而司法亦或有其独特价值在焉。略陈管见,以为商榷。

由史观之,操司法权柄者,外行人在在多有。古希腊以投票之法(281票对220票)判大儒苏格拉底死刑者,外行组成之审判团也;古罗马于法律多有推进之裁判官者,外行而有行政官职者也;普通法国家,判断被告有罪与否者,外行人之群体陪审团也;英伦更有治安法官(Justice of Peace)两万之众,轻微刑案、少年犯罪乃至婚姻家庭案咸由彼辈审理,赞者称其为“伟大之无薪者”,以其不领俸禄也,讥者称其为“伟大之无知者”,以其未受法律训练也。

以利弊论之,外行司法固有其不足,易受情感左右,易受讼师巧计蒙蔽,缺乏法律家之严谨细密,凡此均其著者。论者已多有指摘。然专家司法得无弊乎?英国法学家边沁尝抨击专业法官囿于行业成见,

每每阻挠改革,实为保守之渊藪。“不如以常人之官立通行之法,勿使披法袍之制律者(legislator in robes)以神示者之虚伪面目置喙其间,假解法之名,行立法之实。”或曰边沁持论每多偏激,然偏激之中自有道理在焉。盖外行司法,以常人之识见判断原委,或可显专门家不见之微;以律学外之技巧解释法律,或可矫专门家之偏颇。不独此也,方今之世,外行司法者例皆平民,平民而判案断狱,亦属民主政制之一端焉。

或问:汝莫非欲令外行取代专家乎?却又不然。外行司法,当须严加制约,其管辖范围不得僭越专业司法之属地,其程序更须合法治之精神与规范。五七反右时,吾国司法以群众路线相倡导,有群众辩论会审案之举,是非以阶级划线,轻重依情感设范,人权不保,法制荡然,此审案法与其曰司法,宁可谓司无法,而司无法又何如无司法欤?

原载《法学研究》1994年第6期

从打官司到打关系

将争议提交到官府，由国家指定的官吏予以解决，是谓诉讼，俗称打官司。在我们的传统社会里，虽然州县官员被呼为“民之父母”，但打官司，让父母官解决纠纷却向来被小民百姓视为畏途。我们有一种根深蒂固的传统，一方面是好人不打官司，另一方面官司一旦开打，则不惜坏心术，想方设法买通官府，打通关节，以求得对自己有利的结果。

今天的诉讼制度自然已大不同于从前。我们有了完备的司法体系，不再由州府县官兼理司法，现代培养司法官吏的教育制度力图使法律家们具有扎实的法律知识和良好的道德品行。更重要的是国家由人民做主，司法机构作为民主国家制度的一部分，理应公正清廉，不徇私情，严格依法处理案件。

遗憾的是，现实并不尽如人意；传统观念并没有失去市场。不少当事人在诉讼过程中总是竭尽全力与法官拉关系。请客吃饭已不稀罕，暗送钞票也时有所闻。法官这方面呢，当然不乏清正廉洁之士，请客不到，送礼拒收，表现出一名法官应有的职业品德。

但是以权谋私，贪利枉法者也在所多有，否则报纸上便不会将某些法官拒收礼物多少次这类本应做到之事作为先进事迹加以表彰，也不会有这样的新民谣流传：“大沿帽，两头翘，吃了原告吃被告，原告被告都吃完，还说法制不健全。”

从打官司到打关系的这种转变所损害的已不仅仅是具体案件的公平与正义，而是整个法律制度的声誉和司法体系的良好运作，并且依“劣币淘汰良币”定律，一旦打关系成为风气，法官要维持他的操守将愈来愈难。

不消说，这种坏心术、损品德的风气必须刹住。怎么刹？除社会环境的综合改造外，外国管理司法行之有效的一些经验或应取法：第一，使司法界成为高薪阶层，法官们生活优裕，不必贪小利而冒大险；第二，严肃司法纲纪，法官有贪赃舞弊者，一经查出，则严加惩罚，决不姑息。

原载《经济日报》1993年1月6日

司法：走向清廉之路

在今天的社会中，如何采取有效的措施，使我们的司法体系保持廉洁，是一个十分重要也特别紧迫的课题。这样说的原因是多方面的。在社会各个行业中，司法界的职业行为至为特殊，它不仅仅是行使裁判权，解决社会中的各种纠纷，而且行使司法权这种过程本身，实际上是在向案件当事人宣示正义的准则。也许，我们可以不夸大地说，对于特定国家公民的正义观念的形成和形态而言，没有哪一个因素能够起到司法官员行为举止所具有的那样大的作用。西方的一些调查表明，那些没有受过法律教育的公民对于法律制度的知识以及公正观念的养成，与法院处理案件的过程以及媒体对于法院活动的报道有密切的关系。对于当事人而言，法院是否公正地处理与其利益息息相关的案件更直接影响到他们对于法律乃至国家制度本身的评价。我们不可能想象，一个通过行贿获得对自己有利判决的当事人会对他所在国家法律的公正性具有坚定的信念，更不消说面对明显不公而又无可奈何的对方当事人了。从前的

谚语“廷尉狱，平如砥。有钱生，无钱死”，或更为流行的“衙门口，八字开，有理无钱莫进来”，都再形象不过地表达了一般百姓对于古典司法制度的极度失望。在这样的司法制度下，追求正义和公平是无从成为主流社会风气的。正是在这个意义上，弗朗西斯·培根才会说“一次不公的〔司法〕判断比多次不公的其他举动为祸尤烈。因为这些不公的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。”

司法廉洁重要性的第二个方面体现在司法乃是社会正义的最后一道防线。立法机关或许会制定不公正的法律，行政机关可能会滥用权力，然而，一个社会，如果拥有廉洁的和高素质的司法阶层，立法不公以及行政权力滥用所带来的危害性都会得到相当的抑制和矫正。但是，假如司法制度与腐败结缘，情形便不堪设想。在国家正式的司法体系里无从求助的当事人势必会寻求自救(self-help)，即操法律于自己之手，法律与社会秩序的维系便成为一句空话。亚里士多德将正义区分为分配的正义和校正的正义，假如司法体系不能对于校正的正义有认真的作为，则分配的正义便会变得无甚意义。

在当今的我国，司法制度面临着特别重大的使命。历史经验一再表明，当一个社会处于转型期，各种不同的利益处在变动不居的状态之时，国家的立法往往无法及时地和具体地回应社会的变化。如果司法界能够很好地履行对于各种利益进行合理地再分配的职能，能够对于随时都有可能发生的不当行

为所造成的损害提供及时的法律救济，便会有效地缓解社会矛盾，从而有助于社会平稳地转型。相反，腐败的司法却是火上浇油；利益再分配过程中出现的积怨，再加上诉诸司法而无从获得公正的救济所带来的绝望感很容易把社会置于火山口上。

那么，怎样才能保持一个国家司法界的清廉呢？

在我看来，虽然在各个不同的民族传统文化传统中，法律都与正义的信仰有或直接或间接的联系，但维系司法界的廉洁却是必须进行细致的制度安排的方面。在一些国家，司法界的清廉得到了社会的相当高的认可，而有些国家则不然，人们谈及司法界，总是将他们与腐败相联系。能够长期地保持司法清廉的地方，相关制度建设已经积累了可以为其他地方借鉴的经验。深入地研究这些经验应当有利于我们探索中国的司法廉洁之路。

司法廉洁所涉及到主要有这样几个方面制度，一是司法官员的伦理准则，二是法院内部对于涉嫌违反伦理规则者的监控和处置机制，三是其他权力机关以及新闻媒体对于司法活动的监督，四是与司法官员待遇以及司法独立相关的制度，五是诉讼程序中与司法伦理相关联的方面，六是确保司法官员自身素质的有关制度。由于篇幅的限制，我们无法在这里就每个方面的制度展开研究，只能作些简要的勾画。

说到司法官员的伦理准则问题，我们很容易想到最高人民法院发布的司法官员几准几不准一类的

规定。数年前，人民法院出版社也出版过一本题目好象叫做《人民法官职业道德》的书。我的印象，它们大多规定了法官不得徇私枉法、不得贪污受贿之类的规则。1995年生效的《中华人民共和国法官法》第七条规定的法官应当履行的义务以及第三十条列举的法官须受到惩戒的各种行为都与法官的职业伦理有直接的关联。尽管如此，我国立法以及最高人民法院的相关规定仍然存在着很大缺陷，这种缺陷主要有二，一是在不少情况下，把法官的犯罪行为（例如贪污受贿、隐瞒或伪造证据、泄露国家机密或审判机密等）作为伦理规则调整的对象，二是就法官这种特殊职业所应当适用的伦理准则的特殊性注意不够，将某些其他公务员或一般公民都应当遵守的准则作为法官的行为规范。我认为，法官的职业道德或职业伦理应当着重法官自身的行为准则、法官与其同事之间的关系、法官与当事人以及法院之外的一般社会之间关系等四个方面的内容。具体的规则诸如法官应忠诚于国家的法律以及自己的正义信念；法官须注重知识与道德的修养，保持职业行为以及日常行为的严肃端正；法官应与一切损害司法独立的外来影响作合法的抗争；法官应对律师表示应有的尊重（当然，尊重法官亦是律师的伦理准则）；法官须与有损于司法独立的商业以及政治活动保持距离；法官不应允许其偏见影响司法的结果；以及法官不得在另一方当事人或其律师不在场的情况下会见一方当事人或其律师（这较之《法官法》第三十条第十二款

所规定的法官不得“私自会见当事人及其代理人”云云要明确)。

关于法院内部的司法伦理监督和处置机制,我们法院中已经有某种机构有权对法官实施纪律制裁。例如,隶属于党的系统的纪律检察委员会、政治部以及人事机构等。现在存在的问题,一方面是这类监督机制的运作是否真正有效;另一方面,它们的运作过程是否会妨害法官个人的独立。近年来司法伦理状况的恶化使我们有理由怀疑这类机制没有产生其预期的效果。与此同时,也有一些法官抱怨在审理某些涉及权贵或地方利益的案件时,来自可以对法官行使处分权的机构或个人的压力(处分的威胁)迫使法官不得不作出违反公正准则或违反法律的判决。在这方面,德国法院内部设立的由法官本身组成的法官纪律法庭的实践或许值得我们借鉴。重要的是,对法官违反伦理准则行为的调查、听证、裁决必须依据严格的程序,涉嫌法官自我辩护或聘请律师为其辩护的权利必须得到有效的保障。与此同时,对于已经证明违反司法伦理甚至犯有腐败行为的司法人员,必须采取果断措施,将其清除出司法队伍。因为任何姑息和放纵都是对腐败行为的鼓励,从而使腐败得以滋生蔓延。

除了法院内部的监督机制之外,我们的法官以及法院还受到来自外部的监督。这种监督主要来自两个方面,一是权力机关,包括检察机关和各级人民代表大会,一是新闻媒体以及一般民众。无论如何,

外部监督对于维护司法的廉洁是特别重要的。但是，检察机关对于法院和法官行使监督权却是一种相当不合理的制度。最大的问题是它明显地能够造成刑事程序中控辩双方地位的严重失衡，从而危害诉讼程序以及诉讼结果的公正性。人民代表大会作为最高权力机关当然可以而且应当对法院的司法活动进行监督，然而，这种监督以怎样的方式进行乃是一个需要认真考虑的问题。总的要求应当是，代表大会可以在开会期间通过审查法院的年度报告、质询法院院长以及审议法院预算行使对法院以及法官的监督权，但不可以对法院正在审理（包括上诉审）的具体案件加以干预。否则，不仅法院的司法独立权会受到侵犯，而且人民代表大会也会发生职能上的“暗转”，由立法机关变成了司法机关。而现在的情况恰恰是，代表们在会议期间没有或无从通过充分的质询等程序对法院进行监督，另一方面，对于个别案件的处理，某些地方人大却可以通过非规范化的方式进行干预。四川省人大对于夹江县法院所受理的那起所谓造假者起诉打假者案件进行的干预就是这方面的一个值得注意的例证。

新闻媒体对司法的监督所存在的问题一是远远不够，一是缺乏规范。说不够是因为许多情况下，媒体对应当加以曝光的事件不报道，或轻描淡写，从而无法形成严峻的社会压力，一些腐败或违反伦理准则的人得不到应有的社会惩罚。某些案件被揭露，而另外一些同样严重甚至更为严重的案件却遮掩搪

塞，这本身就是一种不公正，是对侥幸心态的一种激励。说新闻媒体对司法的监督缺乏规范，是因为在司法与新闻媒体之间的关系方面，我们一直没有一套合理的规则加以调整。新闻自由也是一柄双刃剑，它固然可以监督司法，促进司法界的廉洁，然而，它也可能损害司法独立，对于某些案件的审判结果发生不正当的影响。对于那些尚未审结的案件，媒体带有明显倾向性的报道足以造成对法院的巨大压力，于是，报纸或电视又成了审判者。我们甚至发现，某些记者也兼任律师，利用其记者身份对于法官以及法院施加不正当影响，成为加剧司法腐败的一个因素。

对于司法体系而言，维系廉洁的一个重要方面是使司法官员享有较高的尊荣，以及具有只要正当地行使职权便不可能被解职的安全感。而这方面，我们的情况是最令人忧虑的。我国法官的薪俸并不高于其他公务员。由于近年来各行业收入结构发生的颇为微妙的变化，即虽然公务员（包括法官）的工资按照国家统一标准支付，然而，不同机构的职权性质、管辖对象等方面的差异造成了实际收入的巨大差异。一般而言，与行政官员相比，法官的收入恐怕要低一些。而法院经费实际上受到行政机关的控制以及各级政府拨款的不足又使得现状雪上加霜。从《人民法院报》等报纸上，我曾读到不少文章，抱怨法院经费严重短缺，甚至法官的差旅费、医药费都无法报销。由于这样的状况，这些年一些法院假服务市场经济建设之名，行创收以增进法院人员福利之实，正

是一种毫不奇怪的现象。只是这种法院创收、法官捞钱的勾当实在是大伤法院尊严和法官尊荣的事体，也为司法腐败开启了一扇方便之门。

诉讼程序与司法廉洁之间关系的关键点在于程序的公开性。我们前面讨论司法伦理准则时曾提到法官不得单独会见一方当事人或其律师的规则，强调的正是公开性的一个方面。与行政行为不同，在现代民主制度下，司法权的行使必须是一个公开的过程。法庭是公开的，当事人双方的证据应当在公开的法庭加以展示和对质，司法决策应当是由亲自听审的法官自己根据当事人所展示的证据和相关的法律作出，而不是由在幕后的某些人或某个机构作出。诉讼程序的另一个与司法廉洁有关的方面是司法判决必须包含着严格的法律推理内容。也就是说，法官必须对他所作判决的证据和法律依据的正当性作出严格的论证。过于简单的判决，不说理的判决，总是方便裁判者上下其手的。

最后——实际上，这是最重要的——我们要谈及法官的素质问题。观察社会中各个行业、不同群体的行为，我们可以发现，导致不同业者廉洁程度的差异的原因固然跟约束人们的纪律的张弛松紧有关，不同的行业传统也起着一定的作用，不过，不应忽视的是，从业者的普遍素质的高下至关重要。尽管需要加些限定，但是，我们大体上可以说，对于现代社会的法官来说，大学法律专业的训练乃是使其素质达到一个基本水准的必要途径。另外，我们之所以强调

普遍素质，是因为司法伦理准则的维系离不开法官群体中各个成员对于规范的共识，离不开同事之间的相互督促。人类学的一些研究告诉我们，群体成员的行为受其他成员评价的影响极大。但是，如果成员的教育以及其他背景差别很大，则群体便不成其为群体；成员之间的约束力便会大大减弱甚至消失。

写于 1997 年 11 月 4 日

法官与违法犯罪作斗争？

《中华人民共和国法官法》第28条：

法官有下列表现之一的，应当给予奖励：

.....

(五)勇于同违法犯罪行为作斗争，事迹突出的；

.....

法官法的这种规定是颇令人惊异的。很明显，本款内容涉及法官所承担的角色和要履行的职责，它要求法官要“勇于同违法犯罪行为作斗争”，而不只是在政府或其他原告对违法犯罪的追诉与被追诉当事人的辩护之间进行中立的裁判。

在一个法治社会中，以法院为中心的司法体系当然负有惩罚违法犯罪行为以维护社会安全的使命，但与此同时，司法也必须对政府权力加以制约、保障公民不受权力滥用的损害。在各种相互冲突的利益中，法院及法官应当是一种中立和公正的裁判人。与犯罪作斗争应该是警察以及检察官的事情。假如法官也加入斗争者行列，像从前一度流行的那样，“三马齐出动，拧成一股绳”，又由谁来对这种“斗争”

加以监督,对“斗争”过程中滥用权力的行为加以惩罚和纠正呢?

不仅如此,“勇于……作斗争”的法官应予奖励的规定分明是一种倡导,表明所有法官都有“斗争”之义务,唯有那些敢斗善斗、斗志旺盛、越斗越勇的法官才能获奖,但是,同一法律在规定法官义务(第7条)时却只字不提法官有此“斗争”义务,只是要求“秉公办案”而已。两相比较,似乎很缺乏呼应和协调。

此外,本款所用者亦非法律用语,而不乏“斗争哲学”盛行时代遗风,这也是应该指出的。

原载《法学研究》1995年第5期

私权神圣，公权呢？

70年代末，80年代初，中国思想界和学术界乍暖还寒的时候，如今颇为走红的后现代思潮还不为国人所知，西方启蒙哲学反封建、反专制的种种言说有如清澈的甘泉、沁人心脾；仿佛激越的战鼓，催人振奋。卢梭正是这些最具有吸引力的作家之一。《社会契约论》对民主的歌颂，《论人类不平等的起源和基础》对平等的渴望，《爱弥儿》显示出的人道主义情怀，都不禁让人为之击节。然而，冷不丁读到罗素的《西方哲学史》，作者对卢梭的轻蔑和抨击如当头棒喝：

它〔指《社会契约论》——引按〕里面的学说虽然对民主政治献嘴皮殷勤，倒有为极权主义国家辩护的倾向。……

我们看这样的制度实际上会造成什么情况。国家要禁止教会（国家教会除外）、政党、工会以及有相同经济利害的人们所组成的其他一切组织。结果显然就是个体公

民毫无权力的一体国家即极权国家。

……这本书在民主政治理论家中间重新造成讲形而上的抽象概念的习气，而且通过总意志说，使领袖和他的民众能够有一种神秘的等同，这是用不着靠投票箱那样世俗的器具去证实的。它的哲学有许多东西是黑格尔为普鲁士独裁制度辩护时尽可以利用的。它在实际上的最初收获是罗伯斯庇尔的执政；俄国和德国（尤其后者）的独裁统治一部分也是卢梭学说的结果。至于未来还要把什么进一步的胜利献给他的在天之灵，我就不敢预言了。

这样激烈的批判使得我们不得不回过头来重新审视卢氏作品，感到浪漫主义政治学说的确与专制政治有暗合之处，其要害正在于它否定了公民与国家之间的中间社会存在的合理性，而没有了这些分享国家公权的组织，孤立的公民必将在专制政治的寒风中无所躲避。近代宪法所谓结社自由自有其深意在焉。

近年来法学界先进颇用心倡导私权神圣，然而，对于私权的妥贴保护离不开公权的下放，即公民自己组成的社会行使某些公共权力，或者说凡是公民或他们的组织能够办好的事情国家自当退避三舍。

“寸权尺柄，皆属官家”（严复语）的政治，并非法

治,而是专制。

原载《法学研究》1996年第3期

异哉所谓检察官 起立问题者

——与龙宗智先生商榷

《法学》1997年第3期发表了龙宗智先生题为“检察官该不该起立——对庭审仪式的一种思考”的文章，就检察官起立与否这样一个法庭仪式细节所反映出来的制度甚至文化问题，进行了颇有意义的讨论，见微知著，很能启发人的思考。作者本人虽系检察院中人，但并非一味地维护“部门利益”，而是在更深入的层面上，提出并论证了这样的观点：由于“没有制度支撑和实际条件支持”，让检察官起立的规则必然会面临实施上的困难。

虽然龙先生的论证有一定的说服力，但是，也许应当明确地指出，对于他的观点和若干支持这种观点的论证，我基本上持反对态度。我认为，尽管存在着种种制度障碍和所谓国情差异，但是，检察官在法官到庭时，与其他当事人和出席者一道起立致敬是

一项必须加以严格执行的法庭仪式规则。本文先循着龙文的论证思路提出若干不同意见和论证,然后作些简要的正面讨论,以就正于龙先生和读者。

龙文首先提出的论据——这也是在涉及司法制度改革的讨论中,许多维护“检权”的论者所乐于依赖的依据——是目前我国司法体制中“公、检、法”三机关在刑事案件的侦查和审判过程中“分工负责、互相配合、互相制约”的关系,以及宪法和有关法律所确立的检察院对于公安、法院所具有的法律监督权能。据此,检察院之于法院,从司法职能的角度说,属同位关系。法院无权单方面制定和强制实施涉及公、检系统的规章;从法律监督的立场说,甚至形成上下位关系。要求同位者致敬本身便已有“越位在先”之嫌,而强制高位者向自己敬礼如果不是犯上作乱,至少可以说是没大没小。我们该承认,目前我国的宪法和法律的确没有确立法院在司法系统中的中心地位。但是,作为学术研究,我们应当看到,现行法律体制所存在着某些内在矛盾。最明显的,由于这样的制度,使得辩、诉、审三方本来应当构成的合理的诉讼结构无法运作。(龙文也认为“‘司法至上’应是三角形诉讼结构的题中应有之义。”)控诉方执行控告职能之外,又可以居于审判方的上位,对后者加以监督,这至少在一定的限度内将起诉权和判决权合而为一了。我国检察机关的这种职权特色存在着相当大的弊端,它分割了审判权,从而损害了审判独立原则;它造成了刑事审判程序中控辩双方地位的严重

失衡；它还在一定程度上危及“既判力”原则，导致司法判决稳定性的削弱。检察官不起立不过是这种弊端的表征之一。

退一步，我们即使在现行法律的框架之下讨论检察官该否起立的问题，也未必能够得出结论说，法律倡导检察官不起立。法检关系，同位也好，上下位也罢，指的主要是系统或机构之间的关系，它并不能等同于机构中行使权力的个人之间的关系。和国家之间货币兑换的情况不同，上位机构很难与下位机关进行人员方面的“折抵”。孙悟空引用的古语“上邦皇帝，为父为君；下邦皇帝，为臣为子”不应该成为这里的准则。而且，机构通过代表者行使职权也需要依据法律的相关规定，在法律限定的范围内，遵循相关的法律程序进行。龙文引述了新刑事诉讼法第169条，承认法律规定的是检察院（而非检察官）对于法院（而非合议庭）的监督，同时该条也明确规定监督的内容是法院“违反法律规定的诉讼程序”，监督的程序是“有权向人民法院提出纠正意见”（对于所提意见的处理权仍操于法院之手）。这里的规定并没有任何表达甚至暗示出庭起诉的检察官可以不对法官或代表国家审判权的合议庭表达应有的尊重。

至于龙文所谓公检法“三机关各自具有发布有约束力的规章的权力，这些规章在本系统适用，对于其他系统，并无强制约束力”，也不无可商之处。当然，假如法院制定和强制执行涉及检察院内部工作程序之类的规章，不消说是越权。但是，最高人民法

院所制定的是法庭的审判规则，而审判庭正是设在法院内的由法官主持的工作场所。在法庭中，法官、检察官或民事案件的原告方律师以及被告方律师乃是所谓法庭工作团队（美国法律术语称之为 Court-room work group）的基本成员。由于法庭审判程序高度的严肃性、法官在庭审过程中的主导地位以及各方面密切协作的极度重要性，有关庭审期间的规章、纪律以及某种惯例是绝对必要的。在我国的现行体制下，这类规则由全国人民代表大会常务委员会制定是适当的，不过，由最高人民法院制定和执行也并无任何不妥之处。因为那毕竟是在法院的审判庭里的规则，这里不妨对“属地法”原则稍作借用。再说，假如检察院可以不服从法庭规则，律师系统归口全国律师协会，也不归法院领导，自然也可以不服从，公安部门属于公检法三机关之一，如果在行政案件中成为被告，也可以端坐不起。旁听席上还有某些特殊人物，例如法院所在城市党委书记以及新华社派出的一位记者，等等，按照高位机关人员和具有监督职权者不该起立的逻辑，他们也可以照坐不误。果真那样的话，法官上庭时，书记员宣布全体起立，实际站起来的只有刑事被告人和个别旁听者。有官职者均稳坐不动。这将有何体统可言？

还有，起立致敬只是法庭规则中的部分要求，其他庭审过程中的纪律和规则还多得是。按照不起立论者的逻辑，只要是法院发布的规则都可以不执行，检察官（以及其他所有不属于法院系统的各色人等）

在法庭之上实在是可以随心所欲，什么讲话须经法官允许，什么询问被告和证人要遵循一定的程序，什么禁止喧哗，什么不准拍照，凭什么法官该坐在中央，为什么国徽不能挂在我这边？如此这般，法庭之上定是热闹非凡，但那究竟是审判场所，抑或是戏园子之类的娱乐场所，就不容易区分清楚了。

尽管我非常同意龙文对于我国法官选任制度造成的法官素质不尽如人意的现状的批评，但是，以此为理由否定检察官起立向法官表达敬意却不甚有说服力。龙文指出：“在这种仪式中有十分重要的个别化因素，对审判权的敬意实际体现于法庭法官，如果这些法官并不具有使人肃然起敬的个体素质，那么，要求致敬必然十分勉强。”我以为，这里表达的是一种反制度的观点。须知现代政治法律制度所强调的重要内容之一，正是制度的某种非人格化特征，即职权与行使这种权力的人的个体因素的分离。（其实，这也是一种源远流长的思想，例如孟子便表达过这样的观点。）记得西方有位著名法官在这个问题上说过一句意味深长的话，大意是，最高法院的法官并非由于裁判正确而享有终审权，相反，是因为享有终审权他们才裁判正确。虽然人们希望每个法官都“具有使人肃然起敬的个体素质”，国家也应当改进法官选任制度并提供相应的保障，以提高法官的整体素质，但是，再好的制度也不可能做到使所有的法官都品行高洁，学识渊博。具体到个别法官，如果要考察其究竟是否具有优秀的个体素质，由什么人以怎样的

方式去进行，却是一个技术上难以解决的问题。我们大概无法在每次开庭之前组织一次对审理本案的法官的专门考核，然后确定检察官是否起立致敬。今天我们所能够做的，便是一方面想方设法提高法官素质，包括升高法官的任职资格，另一方面，只能假定主持具体案件审判的法官是一个抽象群体中的一员，检察官也好，律师也好，都向其表达应有的尊重。不管怎么说，对法官的敬礼决不仅仅是针对法官个人；致敬的对象更是国家的审判权，是包括检察官在内的法律家群体所共同维护的法治本身。

至于资深检察官与年轻法官同时出庭所带来的检察官“心理上难以接受”的问题，虽然在常理上可以理解，但是，这里也涉及某些比较复杂的社会心理问题。在农耕社会，经验在生活中占据着重要地位，而经验丰富总是需要相当的年资方能够达到的一种境界。不过，农耕社会中适用的规则未必能够通行于其他类型的社会或社区。我们的成语所谓“年高德劭”也许并不总是在揭示一种因果关系，年高者未必一定德劭；德劭者也不见得一定要年高。在一个特定的社会环境中，某些人获得一般大众心悦诚服的尊重或服从，原因可能是年资，可能是血缘，可能是知识或技艺的掌握，可能是行业累积的传统声望。检察官“心理上难以接受”，主要不是因为他年龄比法官大，而是因为他的法律监督者的身份在他的心里发生了作用。假如他要起立的对象不是法官，而是所在城市的党委书记，即使后者比他年轻，大约他也不会

感到难以接受，相反，恐怕要毕恭毕敬，唯恐礼道不周的吧。

当然，话虽然这么说，目前我们的法官选任制度造成的许多法官过于年轻毕竟是一个需要注意和解决的问题。因为法官过于年轻，不仅仅可能引起敬礼时的心理障碍，更重要的是法官这种职业具有一定程度的反年轻化特征。（关于这个问题，朱苏力发表于《中国社会科学》1994年第6期的文章“论法律活动的专门化”以及我在《法学研究》1995年第4期发表的“对抗制与中国法官”一文都略有论述，这里不再赘述。）因此，我们是否可以考虑借鉴英美等国从行业一定时间的律师和检察官中选任法官的做法，从而使法官开始其坐堂生涯时不至于过于年轻，是一个值得探讨的问题。（在英国和美国，法官接受任命时年龄在40岁以下的情况便相当少见。）顺便说一句，从律师和检察官中选任法官的另外一个好处是有助于法律家集团中不同部门之间的沟通和理解，强化主要由法官、检察官和律师组成的这个集团的同质性，使他们形成一个“解释的共同体”，减少相互之间对于法律规则（也包括法庭仪式方面的规则）理解上的分歧。当然，即使是在英美国家，资深律师或检察官在比自己更年轻的法官主持的法庭上出庭的情况也是在所多有。但是，检察官或律师因为法官比自己年轻便拒绝起立致敬的情况却是闻所未闻。假如年龄或曰年资差异当真被作为起立与否的标准，那么对法官和检察官“生辰八字”的调查和比较

势必成为每次开庭之前的一个必经程序，这那里还是法庭，岂不是在重演“桃园三结义”那一套？

龙文又以军事法院中检察官与法官军衔等级差异造成“作为上级的检察官向作为下级的法官起立致敬”的情况作为论据。我对军事司法没有研究，无法评论。不过，作者在这里把军队管理所必需的等级制度延伸到了对于一般意义上的司法制度的讨论之中，却是大可疑问的。与军队不同，在一定程度上可以说，司法职业乃是一种反等级、反官僚化的行业。司法强调法院的独立，审判庭的独立，法官个人的独立。尽管上级法院可以通过上诉制度否定下级法院的判决，但是，要求法官也要在更广泛的层面上去“下级服从上级”却是与其职业特性相反对的。司法职业的非官僚化特征是一个很大的问题，容当另文讨论。

检察官是否起立致敬是一个法庭仪式问题，但是，如龙宗智先生所说，它“可以引导我们作一些更深的思索，例如考虑法制改革的配套性和统一性问题，考虑法官如何能够成为世人普遍崇敬的对象。”在思考这一问题的过程中，我常想起19世纪英国宪法学家白芝浩(Walter Bagehot)在其名著《英国宪法》里表达的一个饶有兴味的观点。他认为英国制度可以划分为两个部分，一部分突出尊严，用以唤起和保持人民的尊敬；另一部分是政府用来执行实际工作和实行统治的职能。在任何社会，最能唤起人们肃然起敬的，决不是最实用的因素，而是最有戏剧性的

因素。白芝浩称赞英国宪法特出的优点就是尊严的部分富丽堂皇,足以令人自豪,而职能的部分则简朴而新颖。英国的法院大概是可以说是两种特征兼而有之的。它通过庄严的法庭,法官、律师、公诉人的法袍和假发,法庭中其他人对于法官表示出的高度尊重,等等,营造出一种气氛,所唤起的不仅仅是人们对于法官、法院以及法律的敬重,更唤起人们对于生活于其中的国家的自豪。同时,不断重演的这类庄重而严格的仪式也使得身处其中的人们在潜移默化之中培养了对于秩序的热爱。公民对于秩序的尊重,对于法治的讲求,无疑是民主国家的命脉所系。西方古谚称:“法官不受敬重,国家走向衰亡”(Sublata veneratione magistratum, res publica ruit),表达的也是这样的道理。

龙先生在文章中认为,由于相关改革中深层制度以及“国情”限制,使我们目前不能照搬国外的做法。其实,我们现行法律所规定的这一套司法体制也差不多是照搬国外做法。观察中外文化交流的历史,可以发现,任何外来制度的引入,都会遇到本土文化程度不同的抗拒。但是,当这种制度逐渐在本土立足、扎根,人们常会忘记它的外国“血统”,把它视为国粹,用它来阻碍对更新事物的引进。因此,所谓国粹,未必都是我们的“汉家故物”;所谓国情总是处在经常的变化之中。拿法官与法庭中其他人员的关系来说,曾几何时,我们把当事人进了法院(衙门)不跪倒在法官老爷面前视为不合国情;50年代,苏联式

检察制度的引进也曾遇到过种种阻力,后来我们进行了相当大的修正(检察机关不再是全社会的监督者,却保留了对法院和公安系统的监督权),也接受下来,并逐渐“合法化”。这样的过程启发我们,国情的变化是可以通过制度设计者的努力加以推进的。一些检察官不愿意向法官致敬,的确是现在的部分国情;社会对于法官以及法院的公正性缺乏足够的信任,也是部分国情。但是,这种国情不能够让我们对于法院权威的每况愈下熟视无睹,也不能令我们把检察官不起立的这种世上独此一家的做法视为正常。

多么怪异的问题啊,检察官该不该起立!

原载《法学》1997年第5期

法律语言

美国法学家诺内特和塞尔兹尼克在《转变中的法律与社会》一书中使用了一种工具性分析框架，将法律秩序分作三种类型，即压制型、自治型和回应型。对于西方社会来说，前一种已成为历史，第二种是现实的主流，第三种则是设计的改革方向。作者认为，自治型法律以法官和规则为中心，特征之一便是“认真地对待语词”；由于规则的骤增所带来的种种复杂问题，司法变得高度专业化，法律思维与社会现实之间距离拉大，法律语言日趋脱离大众语言。

我们自然不必完全接受这种三类型说，但是，就我国的现状而言，有两点可以肯定，第一，我们的法律秩序尚未走上自治型；第二，我们的法学极少对于法律语言的认真探讨，也不倡导法律语言的专门化。甚至可以说，几十年来，法律家所使用语言的非法律专业化乃是中国法律与法学的一个基本特色。

难道大众化不好么？当然，一般而言，浅白如话，人民大众喜闻乐见并非坏事。但是，如果大众化是以牺牲法律规则的严格与精确为代价，这种倾向就大

可疑问。因为这样做的结果只能使法律走向流俗；使用“大老粗”语言的法律界最容易屈从非法律性权力的干预和一般民情的左右，从而从根本上伤及建设自治型法律的努力。

或许，应当鼓励的是一种相反的趋向，即以严格缜密的法律语言去影响大众语言，如托克维尔笔下的美国：“司法的语言差不多成了普通语言；法学家精神本来产生于学校和法院，但已逐渐走出学校和法院的大墙，扩展到整个社会，深入到最低阶层，使全体人民都沾染上了司法官的部分习性和爱好。”

据说，当年拿破仑主持法国民法典时，曾坚持法典在语言风格上要清晰易懂，让外行人能理解，粗通文墨的农民也可以在烛光下阅读。然而，在今日的中国人——即使他是法律家——看来，这部法典还是很专门，个别条文甚至解读非易。中西文化之间的确不是履历表格中所谓“文化程度”的差异啊。

该是我们“认真地对待语词”的时候了。

原载《法学研究》1994年第4期

法律和语言

法律是一整套公布出来的行为规则。公布所借助的媒介，或白纸黑字，或口耳相传。总之离不开语言。

当然，有时立法者并不将法律公开，而是“内部掌握”。尽管两千多年前我们中国就曾有“铸刑鼎”之举，但是，法律的公开似乎总是一个难以完全实现的目标。例如，专制君主朝令夕改，全凭多变的意志进行统治；职业法律家故作高深，玩法律于掌股之间，普通民众往往如坠五里雾中。于是，近代法治有了“法无明文规定不为罪”即“罪刑法定主义”的黄金原则。

我们总相信，法律可以是十分清楚和明确的，它可以明了地表达立法者或统治者的意志，可以区分罪与非罪，区分违法行为与合法行为，甚至可以有效地制约权力的滥用。我们还追求法制完善。首先是完善立法，接着“执法必严，违法必究”，如此，法治的实现便是顺理成章的事情。

但是，意志借助语言外化为法律，意志本身又是

什么——一种非语言质料？是否存在着某种前语言状态的意志？

还有，语言大概也并非某种“透明、无色、无味”的东西。它自有其历史，有其生命。它不只是传达观念，它本身就是观念。语言是一种行为，一种艺术，一种表演艺术。语调、语气、手势都是它的组成部分。此外，同样的语言，不同的使用者可以用于表达不同的意义。相反，不同的语言有时也可以表达相同的意义。

一位立法者用语言宣布一个法律条文。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”他的语调平缓。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”说到“依法”时他加重了语气以示强调。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”这一次重点强调后四个字，即“从重从快”。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”“依法”二字不仅以重音说出，而且表情严厉，并以拳头敲击桌面两声。

相同的语言，不是可以表达出很复杂或很不相同的意义么？

“月亮明白我的心。”

月亮无言。

星星叽叽喳喳。

原载《工人日报·新闻周末》

1997年10月4日

法学和医学

近读商务出版的一部《世界医学史》，忽然发现医学与法学颇有不少相似或可比之处。例如，二者都是人类最古老的实用学科（另一门学科是神学，在我们这里已不时兴，姑不论），与我们的日常生活联系紧密；医学旨在治疗人体，法学注重管束行为。意大利波伦亚大学乃世界最古老的大学，其中医学法学比翼齐飞。医学家们埋头诠释希波克拉底的著述，法学家们则精心研究查士丁尼的法典。直到今天，对于医生和法律家的训练和管理仍有相近之处。实习课是法学院也是医学院的重要课程；病例分析与案例分析一样是锻炼分析与解决问题能力的有效途径；开业执照是医生也是律师行业之前必须获取的；在许多国家，医生与律师是两种高收入职业；与之相适应，培养这二者的医学教授和法学教授薪水也比他们其他专业的同事要高……。

上述种种多半是西方的情况，中国似乎略有不同。在这儿，现代型的医学与法学均属舶来品，但显然西医比起西法来地位要稳固得多。文革时大学医

学系和法学系命运的鲜明反差说明了这一点。还有一事至今通行无碍但却颇令人疑惑：许多未学过法律的复转军人来到法院充任法官，可是为什么国家不把他们安置到医院充任医生呢？

原载《法学研究》1996年第4期

“契约”与“合同”的辨析^①

当事人之间为确立、变更、终止民事法律关系而达成的具有法律效力的协议，我们今天称之为合同。与之相适应，为调整合同关系而制定的法律则称为合同法。由于倡导发展商品经济，因而经济生活中合同之用极为普遍，对于合同以及合同法的研究亦成热点。然而在从前——例如在 50 年代之前，今日的合同是被称为契约的。至今，在研究外国法以及汉译西方法律的著作中，契约之称仍很流行。自然，将外国的契约迳称为或译为合同的也不乏其人。^② 为了全面些，有人著书做文提到合同时还要把“契约”一词放在紧挨着的括号里，表示它们本属一

① 这篇小文的写作得益于友人刘广安君甚多。写作前，我们便曾就涉及到的问题反复讨论，初稿完成后又承他细读一遍，使文章得以避免若干疏漏。谨向他致谢。

② 目前我国学者论述契约法最为全面的一部著作，王家福、谢怀栻等著《合同法》（中国社会科学出版社，1986 年版）论述中外制度时多称“合同”。

物之两名。^① 这种状况在学术研究上虽然算不上是反常现象,不过在写作或翻译过程中,总归是个小疙瘩;在某些特定情况下,不适当的混用也很容易造成误解或误导。所以有必要对它们进行一番辨析。

说起来,“契约”与“合同”都是中国古已有之的术语,但是在传统中国它们却并不是一回事。根据对中国古典契约制度作过深入研究的张传玺先生考证,早在西周,先民们已经创造了有关动产关系的契约,不过那时并不叫“契约”,而是称“约”或“约剂”。《周礼·天官·小宰》说:“听称责以傅别”,“听买卖以质剂”,“听取予以书契”。这一记载表明,周代的契约根据立约人不同的关系分为三种,即借贷关系称为傅别,取予受入关系称书契,买卖、抵押、典当关系称质剂。到了战国时期,契约成为广泛使用的信用标志。《荀子·君道》:“合符节、别契券者,所以为信也”。在此后漫长的年代里,契约的称谓和种类包括券契、租契、遗令(关于遗产继承的片务契约)、私约、券书、文契(又称红契,加盖官印以征契税)、白契、官契(北宋后期出现的约文规范化契约,可能是世界上最早的“标准契约”)、纸契等等。不同的种类和称谓

① 如佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第243页。王利明、郭明瑞、方流芳合著:《民法新论》,(中国政法大学出版社,1988年版)曾对这两个概念略加辨析(见下册,第350—351页),可能是由于篇幅的缘故,读来仍感不甚明确,有待更细致的讨论。

反映了社会关系与经济状况的变化和演进。^①“契约”这个合成词最早见于《魏书·鹿念传》：“还军，于路干梁话誓盟。契约即固，未旬，综果降。”

那么,“合同”又是什么呢?原来,合同是古代契约演变过程中出现

赵冀《陔馀丛考》中有题为

的一种表现形式。契约“合同”的一篇考据文章。

最早的形式是判书。郑玄注释《周礼·秋官·朝士》“凡有责者，有判书以治则听”时说：“判，半分而合者。”由于纸尚未发明，因此当时的契文都是刻在竹简木牍上。前引《周礼》中“听称责以傅别”一语，傅指文约，而别则是一分为二的意思。东汉郑众解释说：“……傅，傅著约束于文书；别，别为两，两家各得一也。”总之，“别”是为以后有争议时“合券为证”的。后来，发明了纸，并在纸上书写契文。为了取信和对质，便在分别写有全部契文的左右两契并合处大书一个“同”字。这样，立约人双方的契纸上便各有半个“同”字。遇有争议，便将两契相合，“同”字齐合，则属原契无疑。后来又索性将“合同”两字并书，两契之上

① 详见张传玺：《中国古代契约发展的四个阶段》，载张著《秦汉问题研究》，北京大学出版社1985年版，第140—166页。

各有两字之一半，“合同”之谓，由是而来。合同契也成为得到广泛使用的一种契约形式。这种契约年代得到确考的是曹魏元帝景元四年（公元 263 年）的“五佰陌领券”。南北朝以后，由立契人署名画押的单契又逐渐取代合同契，因而“合同”一词也逐渐退出契约领域，变得只有历史学和考古学上的意义了。^①

综上所述，我国古代的契约制度有着相当悠久的历史 and 复杂多样的形式。合同只是契约形式的一种，严格地说，它是验证契约的一种标记，犹如今天的押缝标志，它本身并不是当事人之间的协议。因此，我们今天著书做文说“中国古代合同法”云云，似乎并不是一个妥当的用语。

迄止 1949 年人民共和国成立时，无论是实际生活中，还是学者写作，大都使用“契约”一词。翻译外国法律或著作也都使用“契约”而不用“合同”。1934 年上海大东书局出版汪翰章主编《法律大辞典》，“合”部之下不收“合同”，只有“合同行为”一条，附德文对译词“Gesamtakt”。释文曰：“又称协议行为，二人以上以同一内容同一意义之意思表示之合致，而

① 参看张传玺：《中国古代契约形式的源和流》，同前注引书，第 167—187 页。民间语言中“合同文书”一类的说法后来可能曾长期流行。《西游记》第 33 回：“〔孙行者从〕脐下拔下一根毫毛，吹口仙气，变作一个铜钱，叫道：‘小童，你拿这个钱去，买张纸来。’小妖道：‘何用？’行者道：‘我与你写个合同文书。你将这两件装人的宝贝换了我一件装天的宝贝，恐人心不平，向后去日久年深，有甚反悔不便，故写此各执为照。’”

生私法上效果之法律行为也。合同行为，在以二个以上意思表示合致之点，与契约同，其与契约不同者，盖契约乃由两人以上之不同方向的意思表示而成立，合同行为则由两人以上之同一方向、同一意思表示而成立者也。例如，买卖行为属于契约，买与卖之意思表示方向不同；社团法人为解散之决议时，各社员皆具有使其社员丧失权利之意，其意思表示方向完全相同，此合同行为也。”这里的含义与分辨也是很清楚的。

不过，我也发现了例外情况。郑竞毅编著的那本分装三册的《法律大辞典》（商务印书馆，1936年1月初版）明白无误地列有“合同”一条，释文称“双方当事人同意时所订立之书面契约曰合同。换言之，即书面契约之谓也。”该条附注英文对译词为“Written agreement”（直译为“书面协议”）。从这段释文可以看出，编者是将“合同”作为“书面契约”的同义词来解释的。这与我们今天的理解也是大异其趣的。^①

① “无论是书面合同，还是口头合同，凡符合法律规定的，都具有法律上的约束力，国家对口头合同同样予以保护”。见前引王家楫等书，第163页。另外，郑编辞典的这个释文过于简短，它没有解释何以书面契约要称为“合同”。还有，用英文 written agreement 作为书面契约的对译也不确切。“contract”与“agreement”并非严格意义上的同义语，参看 *Black's Law Dictionary* (5th ed.)，第62页。前面提到的王利明等著《民法新论》说：“我国旧民法中有一些学者认为，合同和契约的区别主要在于形式上，合同可以是任何形式的，而契约只能是书面的。”这个解说与郑氏释文恰好相反对。

“合同”成为“契约”的同义词并逐渐取代后者是1949年以后的事情。50年代的若干立法文件以及翻译作品显示了这一变化过程的轨迹。

1950年8月1日，中央人民政府铁道部颁布《货物运送规则及补则》，其中第10、11条分别规定了“运送契约的成立及终了”、“拒绝运送或解除契约”等有关事项。这里用的还是“契约”，并没有提到“合同”。两个月以后的10月3日，中央人民政府政务院财政委员会颁布《机关国营合作社签订合同契约暂行办法》，标题已经将“合同”与“契约”并列，并且“合同”在前，“契约”在后。正文中的表述显示对二者的含义辨别还不是很清楚，有时好像是并列的两个不同概念（“合同及契约”），有时又似乎是同义词（“合同或契约”）。不过从内容上看，合同与契约或有分工上的差别。例如，“机关、国营企业、合作社向银行申请贷款时，应具备上级机关或主管机关批准之事业计划及财务计划，并须签订契约。”（第3条）“中央机关之大额贷款契约及重要合同，得由财政部为担保。”（第6条）这样的规定似乎表明，贷款关系所订立的协议称为契约，而其他某些协议则称为合同。又据1954年4月1日交通部核准试行的《公路汽车运输规则》第5、11条，当时在货物运输方面已称合同，而保险关系方面则仍称契约。据所能见到的材料，在我国立法文件中最后一次使用“契约”，是1957年4月1日峻事的《买卖契约第六次草稿》，这是50年代起草民法典工

作的一个重要组成部分。这部民法典终于未能颁布，“契约”之称也成为绝响。

在翻译方面，1949年以后译介最多的是苏联的立法文件和法学著作。1950年5月出版的《苏俄民法典》（王增润译本）、1951年出版的阿卡尔柯夫著《关于契约责任的几个问题》（中国人民大学民法教研室译）、1954年出版的布拉都西主编《苏维埃民法》（中国人民大学民法教研室译）等均用“契约”；1955年12月出版的《苏联经济合同论文集》（全国人大常委会编译室译）、1956年出版的《苏俄民法典》（郑华译本）、同年出版的赫鲁菲娜著《苏维埃社会主义民法中合同的意义和本质》（郑华等译）、1957年出版的《债权法分论》（王明毅等译）等书中，“契约”都悄然消失，被合同取而代之。^①

从上述例子可以看出，把“合同”作为“契约”的一个同义词或近义词来使用始于1950年，经过五年多两名通用的过渡期之后，契约作为我国立法上的一个术语终于完全消失。

① 当然，对于西方著作的翻译也还有网开一面的，不一定都跟着改换译名。例如沈景一译梅因《古代法》一书（商务印书馆，1959年版），第九章“The Early History of Contract”便译为“契约的早期史”；那句著名的口号“from Status to Contract”也不必改为“从身分到合同”。50年代中期以后的20多年间，从事纯西方法学研究的学者常受极左思潮冲击，显属不幸；不过，研究成果不大为社会所喜及所用，反而保全了他们的学术研究——包括翻译——的某种纯粹性。中国古典的“祸福倚伏”学说或许用不着这样的现代例证。

为什么一定要用“合同”来取代“契约”呢？由于在这对词语的转换过程中没有出现过公开的讨论和争论，所以此中原因颇不易看清楚。可能的原因大约有两方面，一是废除“旧法统”的影响，“契约”作为旧法术语而遭到冷落；一是社会制度与经济制度变化的影响。人们认为公有制建立之后，社会主义企业间及其与个人之间的关系已与此前各私有制社会大不相同。尤其是计划经济实施后，企业间就原料与产品的提供所订立的协议已不再是获取利润的工具，而是完成国家经济计划以及党所倡导的社会发展目标的手段。^① 含义既已经发生了根本性的变化，实在不应当继续使用从前的名称，因此便以“合同”取而代

① 在苏联，十月革命之后的一段时间里，占主导地位的观点曾一度认为可以完全废除契约制度，国家也曾发布命令，要求企业将全部产品交由国家处理，并就其所需原料提出报表。在国有化经济内，所有产品的流转均是由行政行为直接调整的。“新经济政策”时期，契约制度得到了一定程度的恢复，然而其含义与内容已迥异于资本主义市场经济下的契约。“契约不再是当事人为增进其私人利益而自由地交换商品和劳动的手段，这时它已经成为履行国家经济计划并使其具体化的一种工具。也正因为如此，它才成为社会主义法系的一个典型制度。”见 Zweigert 和 Kötz 合著：*Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., trans. T. Weir (Clarendon Press, Oxford, 1987), 卷一，第 345—346 页。中国有苏联的经验可资借鉴，立法实践上要现实一些。

之。^①

“合同”之称在今天已经是约定俗成。但是，流行的未必都是正确的和适当的。我认为，用“合同”取代“契约”是不必要的，甚至可以说是概念上的误导。理由有以下几个方面。

第一，从语词结构上看，“契约”是复合同义词，即由“契”与“约”两个同义名词合并而成；组合之后，意义不变。而“合同”一词却是动宾结构，即由动词“合”与宾语“同”组合而成，它表示的是一个过程。古代的所谓“合同契”译成白话便是“可以把‘同’字合起来〔加以验证〕的契约”。现在把“合同”二字拿来泛指契约，虽然说可以赋旧词以新义，然而与其本来意义毕竟相差太远，于文理上也难以说通。况且我们已经有“契约”这样含义准确的术语，弃良即丑，似无必要。

第二，“合同”之称在实际使用中很不经济。由于“契约”是同义合成词，所以在许多情况下可以简称

① 心细的读者马上会提出问题：不错，“契约”当然是旧法术语，但是“合同”就能算是新法名词么？这样的疑问自然有道理，但是我们不应忽略这两个字在字面上给人的感受并不一样。“契约”让人感到是对立的双方达成的一种约定，而“合同”字面上便给人一种“团结”的感受，它可以意味着或解释成合作者或“同志”间的纽带。在社会发生巨变的50年代，语汇学上发生这样的变化是很自然的，再说，“合同”这个“旧法术语”自南北朝后已经消失，而“契约”却一直使用到建国初年，文化继承史上也不乏这类“舍近求远”或“远交近攻”的例子。

为“约”，而“合同”却不能作类似的省略。这样，过去用“立约人”三个字就能表达的内容，现在却必须用“合同当事人”五个字来表达（“合同人”或“立合同人”的说法尚未见到）；“不符合约定规格”须改为“不符合合同所定规格”；“要约”、“违约”、“违约金”这类术语虽然今天依然得到保留，但毕竟与“合同”之称不相匹配，适当的说法是“合同提议”、“违反合同”、“违反合同的罚金”，这样一来，表述上却显得罗嗦。几个字的出入似乎无关紧要，然而，对于那些日复一日地审理契约案件、制作司法判决的经济庭、民庭的法官以及有关律师来说，常用词中几个字的出入却并不是一个小事情。法言法语贵简明，忌冗繁；舍简就繁，不可谓明智之选。

第三，改“合同”为“契约”会给学术研究带来方便和益处。前面我们已经提到，在学术界，对于这两个术语，许多学者至今仍是各执一词，甚至同一个人、同一本书中两词互用。读者不了解作者或译者对两个词含义的指握，就很有可能产生误会。试举一例，有这样一段译文：“古典的契约自由包含着两重意思：一、合同要建立在双方当事人协议的基础上；二、合同是自由选择的结果。”^①我们读了这段话，准会以为文中的“契约”与“合同”是两个概念，有内涵

① 见〔英〕阿蒂亚著，程正康等译《合同法概论》，法律出版社1982年版，第8页。

或外延上的差异,然而一查原文,^①却发现原来它们是一个词,一回事。^②这种情况不利于读者正确理解有关概念,无疑损害了学术著作的准确性和权威性。

有人或许会反问,如果学者们在今后的写作和翻译过程中将“契约”一律改为“合同”不是一样可以达到所希望的准确和统一的目标么?一律改为“合同”,统一的目标自然可以达到,不过准确性仍成问题。除了前述第一点语词结构方面的原因外,还因为“契约”这个概念在近代的学术理论中,已经超出了纯粹的法学与经济学的范畴。研究社会发展史和社会学的学者们将人类冲破血缘与家族纽带,建立一种平等的权利义务关系的社会演进称为社会发展史上的一大转折点。联系这种新型社会人与人之间关系的纽带便是契约。人际关系、社会关系的契约化意味着法治社会取代家族主义社会的大变局,意味着人的自由和人的解放。对于这样的变化过程,英国法学家梅因(Henry S. Maine)在其著作《古代法》中概括为“进步社会的运动,到此处为止,是一个从身份

① “... (T)he classical concept of freedom of contract embraced the two ideas of contract being based on agreement, and of contracts being the outcome of a free choice.” See P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (Clarendon Press, Oxford, 1981), p. 9.

② 类似的两词互见的情况在前引《合同法》一书中也存在。如引用梅因时用“合同”,引用马克思时又作“契约”,引用法国、德国民法典时作“合同”,而引用瑞士民法典时又作“契约”。

到契约的运动”^①(着重号为原著所有)。这个概括被法学家艾伦(C. K. Allen)誉为“全部英国法律文献中最著名的”文句。同样,梅因的这一论断传到中土以后也成为著名文句,引起了史学界、社会学界而不只是法学界的注意和重视。^②“契约”已不仅仅是一个民法上的概念,而且成为一种社会观念,一种衡量社会进步的尺度。今天,“从身份到契约”已成为经典口号,将“from Status to Contract”译为“从身份到契约”也被共认为确当的经典译例而具有广泛的影响,如同将卢梭的“Du Contrat social”译为“社会契约论”一样。因此,当我们发现今日的民法学家将梅因的口号改译为“由身份到合同”,将卢梭的学说解说成“关于国家起源于合同的学说”时^③由衷地感到这两个名词的辨析和选择已不仅仅是一个术语学(terminology)上的问题了。^④

原载《法学研究》1992年第2期

① 沈景一译本,第97页。

② 法学界之外的学者重视和研究这一名句的最近一个例子是何兆武先生的一篇文章,题目《从身份到契约》,载《读书》1991年第8期。

③ 分别见前引王家福等书,第33、44页。

④ 查日本学者对梅因那句名言的翻译,也是“从身份到契约”(“身份”和“契约”二词均用汉字),例见木下毅《英美契约法的理论》(东京大学出版会,1977),第15页。邻璧之光,或足借之。此外,台湾、香港等地区均通用“契约”,改“合同”为“契约”,也会为区际乃至国际交往减少一个术语障碍。

新闻自由、名人 隐私权及其他

——戴安娜死讯引出的话题

据报道，戴安娜在她短暂生命结束前最后一次接受报纸采访时，曾对一些媒体多有指责。她抨击那些小报热衷挖掘名人隐私，它们最希望看到的不是名人的成就，而是他们的错误，并且对于错误抓住不放。之后，戴安娜很快就以她令全世界震惊的死证明了小报记者的残酷和唯利是图。人们震惊和伤感之余，矛头便自然指向了媒体——而且在大多数情况下，是通过媒体指向了媒体。虽然那些跟在戴安娜车后穷追不舍的小报摄影记者究竟应对这起悲剧事件负怎样的责任，还取决于相关的司法调查，然而，这起事件本身所引发的有关新闻业者的行业伦理和法律责任的思考却已经超越了事件本身，成为一个更具反省意义的话题。

世上没有完美的自由

言论、新闻以及出版自由(这几种自由实际上具有内在的一致性,新闻和出版自由是言论自由的延伸)已经成为当今世界各国宪法均要加以宣布的法则。宪法中是否规定公民享有这种权利,已经成为国家有无合法性的依据之一。对于权利,我们似乎有一种相当固定的看法,即权利表示着一种正当性,流行的说法是某某权利神圣不可侵犯。既然是神圣的,当然也就是有百利而无一害的。例如载诸宪法的言论自由,那是民主制度的基本要求,是进步社会的重要标志。古往今来,多少思想家为之鼓吹和讴歌,多少仁人志士为之抛头颅,撒热血。若非美事,何须如此?

仔细想来,言论自由的种种优点或价值总是针对言论控制或言论钳制的。假如我们生活在一个没有言论自由的国度,公民没有表达自己的思想——无论这种思想多么荒诞不经——的自由,没有发表自己作品的自由,新闻检查官监控着报纸的一切言论,那当然是一种应当加以谴责的制度。因为,在这样的情形下,公民无从自由地对于政府的所作所为加以监督和批评,而没有有效的监督,任何权力都会走向腐败。人类缤纷多彩的思想由于缺乏交流,因而必然趋向单一。不同的观念失去了相互竞争的市场,一个民族的创造性的活力便不可能得以激发,久而久之,便会窒息民族本身的生机。此外,言论自由还

是维持社会安全的一种“阀门”——我们的古人便认识到“防民之口，甚于防川”这样的道理。

但是，言论自由也有其弊端。不受新闻检查制度控制的各种报纸各唱各的调，注定会带来信息的混乱。尽管可以通过相关法律规定对于构成侵权乃至犯罪的报纸加以处罚，然而事后追诉制度肯定无法保证所有的违法行为均无例外地受到惩罚，同时诉讼过程的成本也往往使一些遭受言论或媒体侵犯的人们裹足不前——如果受到侵权的人预计通过打官司所可能获得的补偿不足以偿付其损失以及为获得补偿而付出的种种代价，许多人便会打消上法院的念头。不说，对于特定的言论究竟是否构成侵权的判断也并不是一件容易的事情；在许多情况下，判断的标准完全取决于裁判者的个人的态度。这有点像是美国联邦最高法院几位前大法官对于什么属于“黄色淫秽”出版物和电影的说法——斯图尔特说必须经他亲眼看，才能够确定；沃伦则称要取决于他女儿“是否会感到受了伤害”。判断标准的含糊不清使得媒体可以“打擦边球”。与新闻自由以及言论自由相伴随的这些弊端是难以克服的。假如硬要加以克服，那么势必走向另外的一个极端。按照托克维尔的说法，给新闻以自由乃是极端的民主，而限制这种自由便会迅速地滑入极端的屈从。本以为两者之间会有漫长的路途，殊不知连歇脚片刻的方寸之地都找不到。于是，结论只能是，“为了能够享受出版自由提供的莫大好处，必须忍受它所造成的不可避免的痛

苦。想得到好处而又要逃避痛苦，这是国家患病时常有的幻想之一。”（《论美国的民主》，中译本，上卷，第207页）

戴安娜所指责的媒体正是新闻自由制度下的那些小报。在一个报纸林立的地方，大报与小报往往有着不同的编辑方针、不同的读者群体以及不同的生存方式。像《纽约时报》、《泰晤士报》这样的大报，通常是面向中高层次的读者，编辑方针严肃端正，纵然有意识形态方面的某些偏见，不过品位总是保持在较高的层次上。小报便不同，它们要满足层次相对低一些的读者群的趣味，更喜欢猎奇，喜欢报道各种耸人听闻的消息，喜欢追逐名人。名人的好事固然会报道，但是按照“人咬狗才是新闻”的定律，它们对于名人的不那么光彩的事情更津津乐道，因为这类消息会给报纸带来更大的发行量。君不见前些年北京街头报贩子卖小报，吆喝的总是“哎——瞧一瞧，看一看喽，×××又离婚喽！×××自杀没死成喽！”我从来没听到哪个人吆喝“×××到安徽赈灾义演喽！”

既然小报经常表现得“不严肃”，把它们全部取缔，整个社会不就“耳根子清静”，名人们也不会遭受这类报道给他们带来的无妄之灾了么？这种想法只是上面所说的那种只想要好处，不想要坏处的幻想。同时就小报本身而言，它在许多时候给各类名人带来的未必都是无妄之灾；名人们也常常从其中获得平头百姓以及无名之士所难以获得的益处。此外，在有关诽谤以及名誉权的法制较为完善和有效的国

家,小报也需要顾及侵权所导致的法律责任,大多数报道并非空穴来风,而是根据确凿的。对于名人的自律,对于社会的民主秩序和安全,这些无孔不入,善于制造新闻的小报的作用是大报所不可替代的。

不过,无论如何,人们的隐私权受到小报更大的威胁仍是一个必须正视的问题。

隐私权的保护及其例外

隐私权是一种出现相对晚近的“权种”。虽然我们每个人都会有一些不愿为他人知道的隐私,不过,把什么事项作为隐私,是否将隐私作为法律意义上的权利加以维护,不同的民族,不同的时代往往有不同的见解和处理方法。李鸿章出访德国,宴会上与一女士比邻,开口就问姑娘芳龄几何,闹得对方满脸通红,心想这大清国的堂堂总理如何连不问女之年龄这种起码的隐私观念都没有。李鸿章这边更是丈二和尚,满头雾水:我一个高官兼老者,问你年龄几岁结婚与否为啥结婚八年还不生娃儿乃是对你这小女子无微不至的关怀。不识抬举,大惊小怪,真是蛮夷之属,不可与之言。那时他决计想不到,百年后,这种蛮夷观念在中土也大行其道,中国“小女子”的生辰八字也成了个人隐私!

仔细地分析隐私权观念的演进与社会发展以及文化类型之间的关系超出了本文的范围。这里,只是想简要地讨论一下戴安娜事件引出的名人隐私权、

媒体以及法律几方面的关系。普通人的隐私权当然也很重要,也可能受到侵犯。但是,通常的侵犯者总是被侵犯者周围的人。小民百姓的隐私不很容易受到媒体的关注和侵犯。戴安娜与男友约会引得那么多记者通宵达旦地穷追不舍,戴家庄的农家小女戴小娜和她的男友村头约会、城里打工,如果哪个记者总是提着摄像机跟在后面偷拍,如果不是记者精神有问题,最大的可能性也就是“东方时空”的记者在“讲述老百姓自己的故事”——但我们能够记起几位被讲过故事的老百姓呢?

我们这里所说的名人似乎并不是一个十分严格的概念。近年来名人打官司的消息时有所闻,主人公大多是演艺界的一些明星们。从隐私权的角度看,政府官员、社会贤达名流以及演艺界、体育界的明星可以算是名人或曰公众人物。也可以说,容易受到媒体关注的人士就是名人。通常人们会想,按照法律面前人人平等的法则,无论有名与否,每个人的隐私权都应该受到同等的保护。实则不然,名人恰恰由于其为名人的缘故,隐私权的完整性却受到了限制。近年来在我们这里已被接受但难以执行的一种制度——政府官员收入申报制——就是这方面的一个例子。一般而言,个人收入、财产状况乃是个人隐私,没有合法理由,任何人或机构均无权强迫一个人将此公开。然而,国家官员则必须在任职时公开其财产数额,并须持续地公开其收入。为什么?因为官员容易利用其权力牟取经济利益;财产申报制有助于强化对于官

员的监督,维护官场的清廉。

另外,由于新闻自由,媒体常常会揭露官员以及其他公众人物不甚光彩的一面。应该说,媒体的这种监督对于维护官员操守的作用是不可替代的。但是,媒体上的这类文章有时不免在细节方面失实,导致被揭发者诉诸法律途径,指控作者和媒体犯有诽谤罪或损害其名誉权。受理诉讼的法院有时也会以一些细节失实而判决作者及媒体败诉。经年累月的诉讼过程,一旦败诉后必须付出的赔偿,相关文章的作者、编辑所需要面对的巨大风险,都使得媒体在刊发对公众人物的批评文章时不得不谨慎小心,如履薄冰。结果当然是挑刺不如栽花,批评少发为佳。这种状况持续下去,社会便要付出更大的代价。官员腐败问题在我们这里久治不愈与媒体的胆怯以及司法实践中的缺陷实在是密切关联的。

美国法院处理这类问题的做法或许对我们不无参考价值。1960年,《纽约时报》曾刊登整版宣传广告,揭露阿拉巴马州警察虐待黑人,煽动“恐怖浪潮”。所举例证有若干失实之处。警察当局负责人以诽谤罪起诉《纽约时报》,阿州最高法院维持地方法院判决,命令《纽约时报》赔偿50万美元。时报不服,诉至联邦最高法院。最高法院推翻原判,并宣布了涉及诽谤公职人员的一项重要原则,那就是,当公职人员受到不实批评并遭受伤害时,不得提起诽谤罪诉讼,也不得要求赔偿,除非原告能够举出确凿证据证明批评是出于“真实的恶意”。这项判决几乎封死了

公职人员在诽谤罪方面的起诉之路，因为要找出报纸有意诽谤的确凿证据真正是难上加难。到了1988年，联邦最高法院又将媒体所刊登讽刺作品包括在保护范围内，规定媒体刊登对于公众人物的讽刺作品，无论作品多么具有伤害性，即便是其中包含着令公众人物难堪的色情描写，受到讽刺的公众人物也不能够请求损害赔偿。对于法院而言，诽谤罪诉讼的目的在于确保新闻的监督功能，维持社会健康而正常的运作（详见林达：《历史深处的忧虑》，第122—125页）。

有人或许会觉得这样的制度对于公众人物一方有些不公平。个别情况下，批评失实，公众人物确实受到伤害，无从得到法律救济，诚然是不公平。不过，我们在考虑这一问题时，更需要注意制度设计的可操作性，注意个人公平与社会公平之间的平衡，注重新闻自由对于整个社会更高的价值。况且公众人物也应当意识到他从媒体所可能导致的伤害与可能获得的利益之间的平衡。

反思中国的媒体问题

戴安娜死讯传来，尽管我们报纸的报道相当有节制，但是，新闻界实际上还是十分敏感的。一些在报社工作的朋友打了电话来，询问与此相关的法律问题。讨论之余，我不免跟他们谈些自己对国内新闻所存在问题的看法。在我们现在的新闻体制下，报纸

“制造”类似事件的可能性并不大。我们的大报大多属于党报或其他机关报，管理相当严格，对于公众人物的报道更是谨慎之极。而各种小报，不仅体制上同样有严格的管束，而且它们的影响力也极为有限。这样的新闻体制跟我们的“邸报传统”以及计划经济体制密切关联，应当是今天建立与市场经济相适应的市场化的新闻体制时需要改革的一个重要方面。

除此之外，我们的传媒还存在着某些特殊问题。例如，媒体如何客观全面地反映被报道者的观点便是一个亟需重视的问题。近年来，我就听到一些被媒体采访过的人士抱怨他们的观点被剪裁得变了面目。编辑们喜欢搞“六经注我”，把专家言论按需处理，变成为既定主张服务的脚注。借助媒体而成为名人似乎是一种成功，但是，媒体形象与真实形象之间的反差却使得这种成功大打折扣。久而久之，专家，尤其是那些特立独行的专家，与媒体的疏离便是自然而然的了。

比起那些在街头接受媒体采访的普通人，专家、名人们的境遇或许还算好些。常见电视记者就某些问题采访街头上的各色人等，令人不解的是，被采访者观点出奇地一致。原因何在？记者编辑报喜不报忧，将反映民意的采访变成了“招生考试”，谁回答正确报道谁，抑或无名之士为上电视而什么好听说什么，还是客观情况的确如此，国人对于电视记者的问题的答案总是众口一词，总是回答正确？可是，“凡是有人群的地方，都有左中右。”难道毛泽东当年的这

一判断错了？

原载《天涯》1997 年第 6 期

被淹没了的法学家

中国缺少自己的法学传统，这似乎已经成为目前学界相当多人士的定见。同时，现代法学界又不乏主张以西方的法律制度和法学观念改造（取代？重构？）本国传统者。不过，这样的见解实际上反映了对于所谓传统的一种凝固的观念，那就是，一国的传统只能是本国的“土特产”，而且它一经形成，便不可能发生脱胎换骨式的变化。于是，当域外文化纷至沓来之时，中外之间便有了你死我活的搏杀。搏杀的结果却并非你死我活；你一拳，我一脚，几十个回合下来，最终却像是俗话所谓“不打不成交”，或者如赵孟頫太太歌颂爱情所说的那样，已经是“我中有你，你中有我”了。

在这种双向的变革过程中，许多人筚路蓝缕，为了文化的融合以及一种超越现存者的更高层次的文化的创造而费尽移山心力。他们中的一些人英名著于青史，著述为后人诵读和研究。但是，也有不少人却被后人遗忘了，时间的潮水无情地淹没了他们的名字和作品，尽管他们当时的作为已经在后来的制

度演变中留下了印记。

例如，当代学者研究中国法律的近代化，沈家本、严复等人物的贡献经常被称颂，他们的著作被以多种形式出版，关于他们的学术讨论会吸引着海内外的众多学者。这当然是很好的事情。但是，他们前后以及同时代的其他人的贡献又有谁记起呢？丁韪良翻译《万国公法》，为在中国进行的第一次西方法律著作的完整翻译，炼词达意，颇费斟酌。但是，迄今为止，没有人对于这次翻译进行细致的检讨；伍廷芳早年游学伦敦林肯律师会馆(Lincoln's Inn)，为华人中第一位获得英国大律师头衔者，晚清时与沈家本氏同时被任命修订法律大臣，民国后又担任首任司法部长，实为中国近代法律演变尤其是接受英美法过程中的关键人物，然而，伍氏在法律上的贡献究竟何在，至今仍缺乏系统而有说服力的研究；王宠惠，耶鲁大学法学博士，曾将德国民法典译为英文，他的译本在英语国家，至今仍被法学家提起，然而在我们这里，他的翻译连同他后来对于中国法律制度发展的影响一起都难以引起教科书作者的兴趣，一般学生茫然不知也就不足为怪了。

当然，我并非要在这里唤起读者的思古幽情，我也承认除旧布新必然会导致一些不该被遗忘的东西的淹没不彰。但是，思想以及学术传统的延续都有赖于后来人对于前人一切优秀创造的承继也是一个不争的事实。在承继的过程中，后人不必事事从头做起，前人的贡献成为他们向更高目标攀登的梯子；过

去的学说获得了新的解释,焕发出新的生命。不过,另外的一种情况的发生也是必然的,那就是,各色人物的“历史的定评”又会受到历史的重评。说到底,是人们的需要产生历史的记忆。克罗齐说得好:“由于生活发展的需要,死的历史会复活,以往的历史会再一次变为现在的东西。”

原载《法学研究》1996年第2期

梁启超的民法研究

在中国传统的学术格局中，律学只占着一个卑微的地位，因此，很难吸引伟大的心智投身于这一领域，而缺乏高品质学者的参与又使律学愈发低贱。纵观两千年历史，我们的法学前辈虽然也见过几度希望的曙光，但终于没有摆脱为士夫所轻贱的境地。这种状况与西方学术传统中法学的显学地位形成了强烈的对比。

所幸的是，到了清末，由于欧美文化的冲击，国人开始意识到法学的重要性。留学英伦学习海军的严复归国后没有译介《炮舰构造》一类作品，而是投身翻译社会科学类著作，其中包括孟德斯鸠的《法意》；沈家本以其极高的见识对传统律学进行整理与批判，为中西法律传统的融合摇旗呐喊。另外一位重要人物、戊戌维新巨子梁启超在他广泛的学术兴趣中也给予法学以高度关注。据丁文江、赵丰田《梁启超年谱长编》，梁氏1906年3月在致徐佛苏书中说：

弟日来作《中国法理学发达史》一篇，已成过半，又作《中国成文法编制之沿革得失》一篇。……惟弟于法律上智识极幼稚，其中多不中肯启之言，或甚伪谬，亦所不免。

第二年，在致同一收信人的信中，任公又谈及他的法学研究计划，令人感奋的是，他居然敏锐地察觉到民法在整个法律体系中的重要性，并已开始了对这一部门法的研究：

……弟颇欲更组织一报，约如政治经济讲义录，其内容则（一）法学通论，（二）宪法，（三）民法，（四）行政法，（五）经济或多添一两门亦可，以辑著为主。其民法、经济两门，弟担任之……此议实因数月以来，欲自研究民法，以此自课，固念将所研究者以公诸国人，当较从通译处间接受讲义更为有益。顷弟自有《日本民法集注》之著述，今呈上一览，公可见其内容。

无奈，此后对“大问题”的争论、官场生活以及早逝，中断了他的民法研究，这是颇令人遗憾的。假如1907年起即专注于民法研究，这位笔端常带情感的大学者使民法观念与知识更广泛地传播华夏当是可

以期待的。

原载《法学研究》1994年第5期

杨荫杭不满检 察垄断刑事追诉权

杨荫杭先生本世纪初出洋研修法律，回国后曾在北京任法律教习。辛亥后相继任江苏、浙江以及京师高等审判厅厅长、京师高等检察长等职。1917年以涉嫌收受巨额贿赂传讯交通总长许世英，朝野为之震动。无奈这种独立司法之行为不见容于官官相护的中国政界，最后他只能辞官回家。好在他博学多能，从事律师职业之余，又做报人发表了许多涉及范围广泛的文章。当然，法学类占有相当的比重，成为我们研究近代法学发展时应当注意的文献。有兴趣者，不妨读读由杨先生之女杨绛教授整理成编的《老圃遗文辑》（长江文艺出版社1993年版），其中不少观点对今天的法制建设也不无启发。

例如，在发表于1924年的系列短文“读律余谈”中，作者对于继承时效、刑事程序、律师等问题都有颇具兴味的议论。他称“司法改革以来，最不惬人意者，莫如检察官垄断诉追权。”他认为这种制度“最不

合中华之习惯与中华人之心理。”自唐代以来的旧法虽含国家追诉之意，但从未设专司起诉之官，“告发、告诉悉听人民自便，实与英美之法相近。”而由国家垄断追诉，若遇检察官渎职懈怠，则受害人“除饮恨吞声之外，更无他法。”作者对当时司法改革中对日本法的亦步亦趋提出了批评：

中华法政人才以出于日本者居大多数，故中华人之食日本法，如日本人之食鱼，生吞活剥，不暇烹调。所谓“国家追诉主义”，即其一例也。

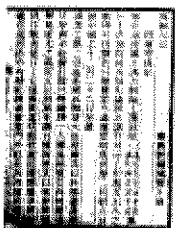
杨荫杭先生大约不会料到，时过20多年之后，中国居然设立了一种与法院相平行，不仅有追诉权，而且对法院亦行使监督权的检察机关。不过，这一次不是学日本，而是沿袭了前苏联体制。

原载《法学研究》1995年第4期

刘锡鸿所见英国专利制度

在清末出使西洋的官僚中，刘锡鸿大概是最保守顽固的一位。他不仅顽固保守，而且“窝里斗”恶习极深，长于打“小报告”。在与郭嵩焘搭档出使英国期间，他就曾向朝廷打小报告，对郭嵩焘这位开明派极尽深文周纳之能事。郭氏在日记里称他的这位副手“丧心病狂”，“穷天地之间之阴毒险贼矣。”郭氏出使英伦不到两年，便被迫奏请“因病销差”，自行引退，刘在其中可谓“功不可没”。

不过，若细读刘锡鸿旅英期间的日记——《英轺私记》，人们会发现到了英国之后，刘锡鸿的思想也起了一些变化。从“天朝上国”“下凡”来，他对英国这个颇为发达的“蛮夷之邦”留心观察，仔细记录。他曾观看英国议会辩论，感叹道：“盖合众论以择其长，斯美无不备；顺众志以行其令，斯力无不殫也。”到英两月，他便得出这样的结论：英国“无闲官，无游民，无上下隔阂之情，无残暴不仁之政，无虚文相应之事。”“地方整齐肃穆，人民欢欣鼓舞，不徒以富强之能事，诚未可以匈奴、回纥律之矣。”这里的好话说得也不



《英轺私记》书影(灵鹫阁丛书本)

少。如果郭嵩焘用“以眼还眼”之法，以此作为证据参劾刘氏“有二心于英国”，大约也是可以奏效的。不知为何郭氏没有抓他这根辫子。

刘锡鸿的日记值得注意的还有一点，就是保留了对于英国专利制度的描述(其时距近代专利制度

在英确立已有 100 余年)：

人知英人制造之巧，而不知其有所契而成也。英人于物之不适于用，或适用而意未快足者，则竭其心思之力，广其耳目之助，不惜资本，不避冗弊，遍访天下，历试诸法，以务求其当。或数十年，或十数年，一旦有得，则以告诸白丁德亚非士(小注：官名也，专管人之创制新物者。引按：此系英语专利局 Patent Office 之音译)。验之而果济于事，则给以文据。凡夫人之效为此者，皆纳资于创造之人焉。由是遍告邻近诸国，亦官主持之。有私仿其式而不纳资者，则信罚。故一物既成，其利辄以亿兆计。非然者，几经求索以发斯秘，他人坐享其成，无所控诉，谁则甘虚费财力以创造一物者？故英国

之富，以制造之多也；且不宁惟是，创造既成，告诉官而官不以为异，犹可诉诸刑司，俾审断之。近有妥玛士者，筹得利炮新法，不获见收于官，宫中实阴用之。妥玛士以控刑司，卒断令国王赔给金钱六千。人有一得之技，尊如朝廷，不得以势相抑遏，夫安能不劝。（《英轺私记》，湖南人民出版社 1981 年版，第 84 页）

不足 400 字的一段话把专利制度的内容、意义讲得一清二楚，而且还附上一例，顺带还似乎有针对性地宣扬了王室须服从司法裁断的观念。未考这段文字是否为国人介绍西方专利制度最早的例子，但说它是最早者之一却是没有问题的。

原载《比较法研究》1987 年第 2 期

胜雅律先生

胜雅律(Harro von Senger)先生,瑞士人,苏黎世大学法学博士,曾在台湾大学、东京大学以及北京大学学习,现为瑞士比较法研究所中国法律专家,德国弗赖堡大学汉学终身教授,有若干研究和介绍中国法律的著作行世。

然而,许多人知道这位汉学家却并不是因为他在法学上的成就,而是由于他对我们古代的“三十六计”的卓越研究。他的那部名为《智谋:平常和非常时刻的巧计》的著作德文版于1988年问世,两年之内便再版五次,同时,英、法、荷兰、意大利等文种的译本也相继出版,俄文、朝鲜文、日文译本也于1992年以来付梓行世。上海人民出版社于1990年12月推出了该书的中文译本,不到五个月便已经四次印刷,累计印数达17万册,畅销的程度令人惊异。《人民日报》、《光明日报》、《文汇报》以及海外的一些华文报纸也纷纷载文,对胜雅律教授的汉学成就给予热情的介绍和评论。一时间,胜雅律几乎成了与“三十六计”关系最紧密的一个名字,他在中国法律研究上的

成就反而有些湮没而不称了。

其实,法学本是胜先生的老本行,在台湾和东京留学时,他的专业都是中国法律史,并且在中国法的研究方面很有成就。他曾与留学德国的徐国建博士合著了皇皇两大卷的《中华人民共和国国际私法和国际民事程序法》(共 826 页)。前不久,我们又收到了他的新著《中国法律导论》(*Einführung in das chinesische Recht*),该书由德国权威的出版机构 Verlag C. H. Beck 于 1994 年出版。此外,近年来他不断地发表研究中国法律的论文,例如,对于中共的政策与中国国家的法律之间的关系、中国的人权理论、实践与传统及其与西方文化的关系、当代中国法制中的传统因素等方面,都提出了自己独到的见解。

依编者粗浅的观察,胜雅律先生的中国法研究的独特性首先来自他相当独特的研究方法与视角。他不是那种将自己只限定在法律圈子里的法学家,而是眼界开阔,在解释法律现象时,社会的、政治的、哲学的、文学的以及心理的素材都广泛涉猎,为我所用。这种被他名之为“全顾学”的思维方式使他的论证更丰满,结论具有别具一格的说服力。独特性的第二个来源是他对中国与西方两种文化的理解和领悟。他是极少数在文化大革命期间有机会贴近观察中国的西方法学家之一(1975—1977 年他在北京大学历史系就读,曾参加过系内学生的“毛泽东思想学习班”,自称“瑞士的工农兵大学生”)。如果说他在台湾和东京更侧重研究历史的中国的话,那么在北京

的这段经历使他见到了再生动不过的现实中国。与此同时,对东方文化的领悟又给他一个观察和批判西方文化的新维度。在这方面,他撰写的“从有限人权到普遍人权:人权两阶段说”一文是一个很好的例子。在文中,胜雅律叙述了西方人权学说的发展以及中国学者对这种发展的评论,剖析了西方国家在普遍理性与现实政策之间所面临的深刻矛盾,并且对于非西方国家对于人权学说与制度发展所作的努力——这种努力被许多西方学者所忽视——给予充分的肯定。例如他指出,在国际社会中,首倡起草普遍人权宣言的是日本政治家 Nobuaki Makino,这一倡议却由于西方国家出于种族主义偏见的抵制而受挫,这是1918年的事情。正是这种不含偏见的观察和评论使得胜氏的著述既透出学者应有的通达,又不乏学术应有的批判精神。

胜雅律先生能够在比较文化上取得这样的成就,还离不开他的另一个优势,那就是超常的语言才能。自1987年以来,编者与胜先生有过多次交往,对于他的汉语能力十分折服,西方人很少有这样不带口音的汉语。不仅如此,他还在口头语言里不时地镶嵌些非常妥贴的成语,偶尔还会冒出一些文革时的流行话语,例如,约他的文章,他居然回答说:“我一定要完成你交给我的这一光荣而艰巨的战斗任务。”令人忍俊不禁。他也曾师从日本著名的中国法律史学家滋贺秀三先生学习,故其日语也相当不坏。欧洲语言,母语德语之外,英语、法语都运用自如。读者通

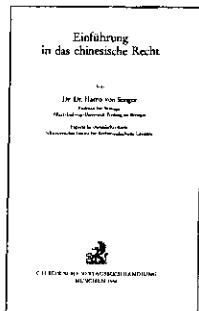
过本期发表的“大陆法制中的中国传统因素”一文可以看出,胜氏对于中文法学著述以及其他法律文献的收集和利用极为广泛,也十分独到。当今西方能有这样一位学者从事对中国法律的研究,并向西方读者介绍中国法律与法学的发展,不消说是一件值得庆幸的事情。

多年来,胜雅律先生一直十分关心本刊的发展,他那里保存有自创刊至今的全套《比较法研究》。每次与编者见面,他都要了解刊物以及他感兴

用较多的若干页以及当地报纸的评论文章复印寄来了。对于《比较法研究》这类刊物的编辑以及作者来说,这种来自国外的关注与评论当然是弥足珍贵的。

胜先生生于1944年,现在正值学术盛年,在发表他的这篇直接用中文写成的文章的同时,我们衷心地祝福他在汉学研究上不断地取得成就。我们

趣的一些作者的有关情况。《中国法律导论》一书出版后,他赠书之余,又特别来信告诉编者,在该书中,他广泛地参考和引用了《比较法研究》上发表的文章,并将引



胜雅律:《中国法导论》
(德文版)扉页

今后仍会十分高兴地向国内读者介绍这位学者在中国法及其与西方法比较方面的作品,因为将海外汉学家的作品介绍到中国来一直是本刊职责的一个重要方面。

原载《比较法研究》1994年第3、4期合刊

大木雅夫 北京讲谈侧记

当代日本最重要的比较法学家之一、上智大学法学教授大木雅夫于1992年3月访问北京，并与中国社会科学院法学研究所、中国政法大学比较法研究所的研究人员举行了座谈。

大木先生是在结束了他在上海华东政法学院的讲学后来到北京的。座谈会上，这位有着多种比较法学著作和译作行世的学者简要地讲述了近年来他对于东西方法律之间异同的见解。他在肯定了当代的一些著名比较法学家（如法国的达维、德国的茨威格特和克茨、日本的野田良之、川岛武宜等）对于东西方法律的基本评价之后，对于其中的某种夸大东西方之间对立的倾向提出了商榷。他指出东方国家的德治主义只是一种崇高的理想，一和只有在神的国家和共产主义方能实现的理想。法律是人类在现实社会中创造出来的；有人类便有法。因而在传统中国，儒家之外尚有法家，也建立了庞大的律令体系。

而就西方而言,尽管罗马法的存在已逾两千年,但是法治观念的产生只是最近两、三百年的事情。大木先生为了论证他的这一观点,列举了英、法、德等国近代史上的一些例子,如约翰王之于《大宪章》、法国的“烟幕政策”、德国的皮鞭与棍棒政策等。他认为黑格尔、康德的法治思想只是精神王国里的花朵。耶林如果认为德国人民权利意识很浓厚,便不必要撰写他的名著《为权利而斗争》了。

大木雅夫先生称自己对中国传统法律很少研究,因此列举了一些日本历史上的实例来说明夸大东西洋对立的理论的缺陷。他指出早在13世纪日本的统治者便有了明确的法治思想。当时的立法者十分注重“正当程序”。现实中,司法体系受到了高度重视,并出现了类似罪刑法定主义的学说。针对有些学者的“日本人厌讼、西方人好讼”的说法,大木先生认为日本人并非喜欢或厌恶诉讼;即使西方人大约也不会喜欢诉讼。他引了《圣经》以及其他一些经典里的话来支持其观点。

大木先生的上述观点引起了参与座谈的中国学者的浓厚的兴趣和激烈的讨论。一些人提出了商榷乃至反驳,但因为座谈时间太短,主客双方都难以展开细致的讨论,双方对此均表示遗憾。大木先生对于能在北京听到如此多的不同意见而感到高兴。他也承认自己的许多观点尚有待进一步论证。

报道者曰:大木学说于纠偏不无积极意义,然东西两方在法律文化形态与实质上之根本分野却载诸

史籍、存于现实，固非三两例外证据可弥合者也。兹事体大，全面深入之讨论或有待于大木雅夫氏著作〔如《日本人的法观念——与西洋人的比较》（1983）、《关于远东法观念的误解》（1986）等〕以及东西方其他此类著作之译为中文。否则，公左婆右，各执一词，徒增混乱而已。余于国内译界有深望焉。

原载《比较法研究》1992年第4期

【中篇】

地

脚

伯里如是说

14 世纪英国的主教兼政治家伯里(R. de Bury)也是一位爱书者。据说他一个人的藏书便超过了英国所有其他主教的总和。平生最喜欢购置书籍,无论住到哪里,卧室里总是堆满了书。在享受着“满帘风雨一床书”的乐趣的同时,他又写了一本书,题目就叫《热爱图书》。他对书进行了热情的歌颂,说对图书的热爱“是所有美好事物的母亲。它像是天国的甘露,可以消灭邪恶情欲的火焰,它以精神力量的强大作用来化解兽性的蠢动。”他甚至不避偏激地说只有从事学问或读书才是人生的最高价值。在他看来,书能使人性情高洁:“所有爱上了书的人都蔑视世俗的对名利和财富的追逐,视它们淡泊如水。杰罗姆曾对一位维吉尔派学者说‘一个人不可能兼爱黄金和书’。”

不过,伯里有些观点却不一定为现代人所赞同。例如他对法律图书的价值估计得就很低。他说“尽管我们的头脑自幼即已充满对书的热爱,阅读的喜悦曾经是我们唯一的喜悦,但是民法方面的书籍就较少得到我们的喜爱。”为什么呢?他的理由大致有三

方面，一是法律与科学在性质上有明显的区别，科学的光芒要照亮事物的整体，而法律只是维护社会稳定的规则，它是专断的，而不是理性的判断。第二，法律虽然“是由法理学家和虔诚的君主为了平息争论而制定的”，但是，“事实上执行法律这门学科的人往往是致力于促进争论而不是和解，而且不仅不按立法人的意图来引用法律条文，反而使劲地歪曲词句以求得逞。”第三呢，法律都是有时间性的，它只是一种因时而用的工具。“凡是完全依仗使用而获得力量的事物，一旦停止使用便毫无价值。”

这样的评论对于今天我们这些从事法律学习与研究，书架上也插着一些法律图书的人们来说就有点不太顺耳了。不过，我们大可不必与这位洋先贤争执，在他的那个时代，英国还谈不上有法律学术这档子事，论述英国法的第一本有价值的书也还要等到他死(1345)之后 136 年才出现。更何况他的偏见之中尚有卓识；那些只是记载或注释专断的法律规则的书，那些煽动争端的法律书以及那些趋时而出、旋即过时的法律书，即使是在今天又有多少价值呢？

令人遗憾的是，时至今日，我国的法律出版物得到我们的喜爱的依然太少。“剪刀加浆糊”式的东西充斥书市，缺乏人文精神滋润的枯笔写出来的文字识见平庸，干瘪乏味，在催眠功效上直与安定试比高。加之出版体制上的弊端，导致一些出版者爱黄金胜过爱书，于是，我们得到的便多是寡兮兮的自来水乃至污染的废水，“天国的甘露”只能是稀降人间了。

近年来书价频频上涨,读书人颇多怨言,实际上,写书人与出版家品格的降价比起书价上涨更是令人忧心的事情啊。

原载《中国政法大学校刊》

1993年12月20日

一次旅行两本书

10多年来，每次出差外地，总要在当地买上几本书。有些书，在北京访求多年而不得，到外地后便希望有意外的收获。这种希望并非奢望；我的架子上有不少书是这样买来的。古人说“读万卷书，行万里路”，假如边行路，边读书，同时又能买到一些自己喜欢的书，岂不是双重的喜悦和收获？

不过，近一两年中，这种淘好书的机遇却越来越少了。原因或许一是因为社会安定，二是由于通货膨胀，社会安定则读书人逐步增多，而私人藏书又极少散出；通货膨胀则书价飞涨，几年前出的书在今天看来价格便宜到荒唐的地步。即使在一些小地方，这些价格奇低的书也早为当地人买为已有，于是，淘旧书只好让位于买新书了。

此次讲课汕头大学，本来已带了些参考书和闲书，但还是想逛逛当地书店。主人告我，市内并无像样书店，最好的就是校内的汕大书店。汕大书店也不大，不过还是有所得，买到了两册书：陈子谦的《钱学论》和姜德明的《余时书话》。巧的是，两书都是四川

文艺出版社 1992 年的出版物,封面设计同出一人之手,均为大 32 开本,但后者用的是 80 克胶版纸,较前者为优。

陈子谦是厦门大学郑朝宗教授门下专门研究钱锺书的三位弟子之一,本书是作者研究这位文化巨人的最具功力的作品。从解释“钱学”之名开始,作者在上编依次对钱学的才、学、识、德、疑五种品格作了一番叙述。中编专门探讨钱学情境,下编研究比喻,下编之下又有研究钱学方法论的末编。

因为书刚买到手,只读了一小半,不可能对全书加以评论。大体说来,作者力图对钱学品格进行多侧面的概括和解说,用功不可谓不勤。然而,对于钱锺书先生这样的学者,目前的中国学术界尚缺乏必要的研究功底;山高入低,站在山脚下无法目测山有多高、呈何形态。因此,本书的价值也只在于以问题为目,将钱著中有关论述作些归拢、爬梳而已。作者偶尔想追求点个人见解,却不免给人“学识勿足”之感。作者序言中“纓短汲深,管孔入览”云云信非谦辞。我觉得,眼下急需的也是能够办得到的,不是急于论钱学,而是编一部条目设置合理、全面而又扎实严谨的钱著索引,从而为更多的人直接读钱并用钱、研究钱提供便利。

《余时书话》当然是清新可喜的作品。书话与书评似乎已成为两种不同类型的文体,但有时二者的边界也并不是那么明确。书评通常有相对固定的套路,书话则更率情任性,不拘一格。我偏爱那类能将

书话的风格融入其中的书评。现代撰写论书文字的作者中，李健吾的淹博而亲切、黄裳的雍容而机敏、唐弢的平实而隽永，都是我非常喜欢的。姜德明的书话大体上是唐弢的路子。作者以收藏新文学出版物著称，本书的篇什也多以这类藏品为线索写开去。每一篇都附有书影或作家手迹，令读者如对原物，生亲切之感。作者向我们介绍了一些有趣的作品，如朱自清曾留意过的署名“局中门外汉”者的《伦敦竹枝词》（著于1886年），其中一首曰：“握手相逢姑莫林，喃喃私语怕人听。订期后会郎休误，临别开司剧有声。”写爱侣幽会，且以英文译音入诗（“姑莫林”乃“Good morning”之译音，“开司译言接吻也”。）诗格不高，但活泼生动。书中也有不轻松的文字，如讲述特立独行的学者储安平，文革开始的1966年在北京神秘失踪，至今只知是蹈海自杀，却无法确定死期。自己架上也有储氏的书，但他死得如此不明不白，却是从这本书中第一次知道。

两本书虽然都署责任校对的名字，但误植失校之处仍不少，特别是《余时书话》页72上两帧书影颠倒，对于这类出版物来说是很不应该的。

原载《中国政法大学》1994年4月30日

附记：《伦敦竹枝词》的作者署名“局中门外汉”，此人何许人？姜德明“猜想作者是一名外交官，并会英文。”究为何人，则以“无名诗人”存疑。王慎之、王子今辑《清代海外竹枝

词》(北京大学出版社1994年版)收入《伦敦竹枝词》，介绍作者时称“姓名及事迹待考。或以为即室名‘观自得斋’的安徽石埭人徐士恺。”按据钱锺书先生文章“汉译第一首英语诗《人生颂》及有关二三事”中的一条注释，“光绪十四年版《观自得斋丛书》里署名‘局中门外汉’的《伦敦竹枝词》是张祖翼写的，《小方壶斋舆地丛钞》再补编第十一铁第十册里张祖翼《伦敦风土记》其实是抽印了《竹枝词》的自注。”(《七缀集》修订本，上海古籍出版社1994年版，第165页，注62)钱先生该文最初发表于北京大学出版社出版的《国外文学》1982年第1期(其中已有此注)，后经多次修订，并收入若干不同选本，流布相当广泛。未知何故姜以及两位王先生没有在他们的书中提及这一说法。

文革出版物

1966年到1976年这十年,不仅在中国当代史上,而且在整个中国历史上都是一个极特别的时期。从前史书上记载不少诸如“安史之乱”一类的“××之乱”,沿用这种说法,不妨将这十年名为“文革之乱”。“文革”这个缩略语展开来是“无产阶级文化大革命”,50年代后期此伏彼起的群众运动于此时登峰造极。革命无罪,红旗漫卷神州,造反有理,“黑帮”难逃罗网。直闹得民生凋敝、人人自危,给民族带来的灾难实在是罄南山之竹也写不完的。

劫难最重的当然是文化事业;一切致力于扼杀独立思想的运动锋芒所向必然首先是这种思想的生产者及其载体——知识分子(用这个词的本意,不以中专以上文化程度为限)和书。“文化大革命”被人们痛楚地戏称为“大革文化命”,原因即在于此。培根名言“知识即权力”(Knowledge is power)。文革期间的中国情况恰好相反:“权力即知识”(Power is knowledge)。林彪称:“毛主席的话,水平最高,威信最高,威力最大,句句是真理,一句顶一万句。”他又说:“毛主席的书,政治、军事、经济、文化各方面都有

了，我们照办就行了。”既然我们有了终极真理的占有者和发布者，那么科学研究、著书撰文进行所谓的独立探索不仅是多此一举，简直可以说是故意捣乱了。于是，从前出的书或焚毁、或查封，许多出版社也停止再出新书，甚至人员下放、遣散，只剩下几个出版社出版一些在那种政治气候下能够出版的书刊。

近年来，我一直在零星地访求着一些那个时代的出版物，好在“殷鉴不远”，除了毁掉的一些之外，近来一些地摊上摆出来的也不少。价格呢，琉璃厂里的那些面向老外的书摊当然是索价甚高（例如一本普通的《语录》居然可以卖到20元以上），但其他零散书摊就便宜多了。我收集到的主要是一些语录（包括不同版本的“最高指示”）、样板戏剧本、宣传类小册子等。文革出版物有其鲜明的特色，例如语录多为64开以下类似巾箱本的便携式，封面多为红底烫金塑料装，书前有主席像一帧，正文多用品质较好的薄凸版纸。毛泽东作品中，我买到的最豪华的是1976年外文出版社出版的《毛泽东诗词》（汉英对照本），8开，正文用极重的道林纸精印，版式考究，暗红色绸面精装，烫金书名，加护封，加线带，加书盒，极尽豪华之能事。其他出版物则大多小32开，许多封面配以细条粗犷的宣传画，扉页之前或之后照例有一、二则与该书内容相关的主席语录。但用纸上就比不上语录那么讲究了，一些书刚过十多年纸张已经泛黄变脆。装订多为铁丝平订，因此不少书已是锈迹毕露了。

如果说书的装帧方面以简朴为一般特色的话，在内容方面，文革出版物最大的特点是思想贫乏而行文武断。我们前面曾引过林彪的话，我前不久得到一册题为《毛泽东思想胜利万岁》的小红书，是一种毛主席语录与“林副主席指示”的合辑，出版于林彪炙手可热的1969年，指示前有“编者的话”，抄录一节，作为贫乏与武断的例证：

林副主席是毛主席最亲密的战友，最好的学生，最理想的接班人，是全国人民最敬爱的副统帅。林副主席把毛泽东思想伟大红旗举得最高最高最高，对毛主席最忠最忠最忠，跟毛主席最紧最紧最紧，对毛主席著作学得最活最活最活，对毛泽东思想用得最好最好最好。林副主席是全党学习、贯彻、宣传和捍卫毛泽东思想的最高典范，永远是我们学习的光辉榜样！

我统计了一下，在这篇不足七百字的短文里，“最”字用了34次，难道说这不是现代汉语最可怕最可怕的灾难么？这种病态语言在7亿中国人中风行10余年，岂非本国史上前所未有的最大奇事？

你要了解当代中国人的心灵史吗？不要忘记读文革出版物，虽然不一定搜集它们。

原载《中国政法大学》1994年3月10日

学术刊物的编法

曾有人说：“书籍是人类进步的阶梯”，假如我们将这里的“书籍”作广义的解释，它也是应该包括各种刊物尤其是学术刊物的。如果再容许抠一抠字眼儿的话，我们还应当说并不是所有的书刊都能当得起人类进步阶梯这样的评价。那些粗制滥造的书刊（被戏称为“文化垃圾”者）仿佛是用糟烂的材料制作的梯子，攀登者未留心查看，爬到半截便很可能身处危境，甚至坠落梯下、贻误前程；至于那些与历史的潮流相反的书刊则不仅不是进步的阶梯，反而是诱导人类向后倒退的阶梯；梯可以送入上山巅，亦可送入下谷底——制造书刊者，可不警乎！

不过，这篇编后记并不打算讨论书籍或刊物在内容上如何推动人类的进步，只想结合编者在编辑过程中的一些体会以及对于中外学术刊物的观察，谈谈学术刊物在技术上究竟怎样才能更有效地推进学术研究的进步。或许因为好像是些细枝末节的缘故，国内学界特别是刊物编辑界对此殊少讲求，结果常由于技术上的缺陷而限制了学术事业的发展，这

是很可惜的。

平常我们比较中西学术刊物(以下简称“中刊”、“西刊”),从外观上感到最显著的差异便是西刊简朴素淡而中刊色彩斑斓。西刊封面多为单色,用纸朴素而挺实。刊名居上横排,下列要目,在上部或下部标明卷号、期号以及出版年月。中刊的封面却大多着意求美,刊名常由书家或名家题写,横竖皆有、楷行俱见。又有装帧艺术家们各领风骚的封面图案设计,端的是众刊斗艳、百花齐放。许多刊物且不满足于此,每期还要变换颜色,每年还要变换设计,衬得西刊们不免有些单调。问题在于,学术刊物是否有必要也像通俗刊物那样花枝招展,以美丽的外观吸引读者?只求封面漂亮而排斥学术刊物封面应有的项目(例如要目)是否劳而少功或喧宾夺主?再说,仅仅色彩繁复尚不足以成就一个美的封面,而简单的美却是一种更不易达到的境界。

翻开封面,进入内文,我们发现在封面上大手大脚的许多中刊在内文里却版面拥挤、寸土必争。例如不少刊物(包括这一期以前的本刊)将目录排在封二,正文第一页头篇文章便已鸣锣上场了。再如不少刊物没有刊眉,天头地脚缺少应有的空间,不仅造成了阅读上的不便,而且令人有密不通风、压抑沉闷之感。又如为节省版面,在一文结束后的空版处接排另一篇文章者有之,将文章末尾的部分遥转他处者有之,只求排版方便而不管阅读效果地将注释一律置于文末者亦有之。凡此种种,固然版面有所节省,但

是假如读者读上三、五页便头晕眼花,多排数千字又有何益?

学术刊物的编辑技术(也是编辑方针)所涉及到的另一个重要问题是刊发文章的长短问题。编者曾在本刊 1990 年第 3 期编后小记中讨论过这个问题。今天我们仍然主张学术刊物的文章不应当有篇幅上的限制,否则无助于鼓励学术论文中有份量的大制作问世。不久前读到吕叔湘先生的一段话,把文章长短的道理说得很清楚。他说:“文章的长短取决于内容。如果每一句每一字对于内容的表达都不可缺少,多长的文章也不算长。如果其中有对内容没有贡献的字和句,文章虽短,也是太长了。”(《语文札记》,页 96)可惜至今我们的绝大多数学术刊物仍坚持对来稿篇幅加以硬性限制,甚至有限制在五、六千字以内者,如此苛刻的场地限制,大家便只好都写些小评论式的文字了。我们期望着更多的编辑界同行们注重和解决这个问题。

需要注重和解决的还包括注释的体例问题。目前西方国家的学术刊物在这个问题上已经走向规范化和标准化。例如在英语国家的法学刊物中,由《吟佛法学评论》等三家法学刊物共同编制的至今已出到第 14 版的《统一引证系统》(A Uniform System of Citation)被越来越多刊物以及其他出版物所采用。反观我们的刊物,不仅国内没有一种权威的标准化系统,甚至一本刊物之内不同作者的文章也每每不同。尤其是一些直接引述外语著作的注释,更是体

例混乱，舛误多有，令人不堪卒读。有人感叹：发展中国家只能有发展中学术。对学术事业的技术层面的普遍忽视和缺乏有组织的号召或许也是“发展中”特征的一部分。

当然，并不是所有问题都与发展中国家的现实相关联；中西学刊上的某些差别表现的是我们的独创性。这方面最显著的例子可能是刊物编辑人员以怎样的方式出现在刊物上。说得更明白些，便是编辑的署名方式。似乎就在最近十年中，我们的刊物开始流行一种编辑署名法，在每篇文章的末尾均署该责任编辑的姓名（主编、副主编的姓名则印在目录页的某个部位）。依我们的观察，这种做法可能在全世界也是独一无二的。它或许是借鉴了图书出版中责编署名的实践。西刊的编辑人员也署名，但是大多只是笼统地将主编、副主编及各门类编辑（如分论文编辑、评论编辑、书评编辑等）名单印在封二或其他某个地方，决不在每篇文章末尾另署责编姓名。不仅刊物，西方的学术书籍也不署责编名。责任编辑自然意为对学术作品质量负责任者。分别署名表示着一种个人做事个人当的勇敢精神，而西刊的署名法却表现了一种连带责任、一种集体主义倾向。这与中西文化的传统差异似乎正好相反对。从本期起，我们的刊物采用责编分类、责任共负的西刊做法。编者以为，这是一种更合理的方式。

读到这里，读者或不免怀疑上述种种是否有凡事皆以西方为标准之嫌。其实在中国，作为刊载学术

研究成果的连续出版物,学术刊物本身便是西方影响的产物。这种推进学术发展的形式传入中土,对于我们自己的科学事业以及人文学科的进步起到了巨大的作用。对于这类人类共同的文化财产,大可不必在东西方之间人为地筑墙划界或搬弄是非。再说编者在前面述及的学术刊物应有的编法大抵上已为我们的前辈学者所实施。前不久,编者在坊间购得四十年代清华大学编辑出版的《社会科学》以及国立北平图书馆编辑出版的《图书季刊》若干册,从编辑技术的角度观察和对比,不能不承认这些半个世纪以前的刊物与今天的大多数学术刊物相比要更为合理、更为考究、更符合学术研究的旨趣,也更符合前述学术刊物编法上的种种要求。对于今日的学刊编辑界来说,这未免是一个令人不安的事实。

因为这一次是两期合刊,加上谈的是编辑方面的事情,这则编后小记便写得长了些。两期合刊延迟了本刊的出版,谨向作者、读者和订户致歉。

原载《比较法研究》1992年第2期

就编辑技术答客问

编毕本期杂志，恰好有朋友来访，他也是本刊的一位热情而直率的关怀者，并且心细如发，对技术细节问题也十分重视，于是两杯清茶，主客二人便谈起《比较法研究》的编辑技术问题来。谈话首先从本刊的新封面开始。

客问：拿到贵刊今年第一期，第一个感觉就是这不是我所熟悉和喜欢的那份《比较法研究》了。您知道，这全是由于你们的新封面。坦率地说，这个封面不如从前那份富于书卷气，而且刊名上面的那条颜色又太重了，显得有些头重脚轻，不知道你们为什么要改变以前的那种风格？

主答：这件事真可以说是众口难调。杂志出版后，听到的评价褒贬不一，有些简直是大相径庭，搞得我们编辑们原来的那点儿主见也差不多有些动摇了。实际上，这里边有个习惯问题。我觉得，新封面的设计是很重视表现一种书卷气的，当然，对何谓书卷气以及用怎样的形式表现这股气儿，不同的艺术家见解也容有不同。不过，您所说的头重脚轻的毛病

确实存在,这可能与中间图案颜色过浅有关系。我们想在以后各期作些改进。效果如何,这会儿还没法预料。

问:姑且拭目以待之吧。对了,我注意到你们刊物在注释的编排方面与国内其他刊物不太一样,您能解释一下你们的具体做法和依据吗?

答:多谢您问起,这个问题我们早就想跟读者与作者交待一下了,但一直没有在刊物上腾出一小块地方来。注释的编排似乎是个小问题,但它与书刊的阅读效果很有关系。大体说来,注释方式有文内式、文末式、页下分页编号式、页下连续编号式以及旁注式五种。文内式显得版面零乱,且只宜注明引文出处,不宜有说明性注释。旁注式现已极少使用。文末式排版省事,但阅读却颇为不便。有些作者喜欢在注释中对正文涉及问题或观点作一些发挥,注释与正文往往相映成趣,排在页下,读者不费力气,尊头一低,即可对照阅读;而排在文末,则必须不断地翻找注释所在页。若没有刊眉,则更为麻烦。因此,我们采取了页下式(也称脚注)。不过,敝刊与众不同的一点不在页下注,而在连续编号。这是将页下与文末两种注释方式的优点结合起来的一种尝试。在连续编号的情况下,若有两注以上引用同一种资料,后注就可以用“同注×所引书,第×页”这种比较省力和省篇幅的注释方式了。另外,这种注释方式对于排字工人来说也较为方便。因为页下分页编号式必然涉及到将原文编号改为排版编号的问题,这在页下连续

编号式那里是不存在的。当然，最害怕的是校对时增减注释，“牵一发而动全身”，那是十分麻烦的事情。

问：您这一番解释倒使我想起了一位老报人的一句话：“编辑手下无小事”，想不到注释问题居然也是“兹事体大”。你们的这个创举真是为读者费了不少心思。我也发现一个问题，在贵刊，不同文章作者在注释体例——我是指注释所引文献的作者、文献名称、版次、年代、页码等——的顺序有时并不完全一致。这方面你们是追求一致呢，还是任其自然？

答：当然是追求一致。让我们来举例说一下我们的要求吧，中文文献如：

①⑥瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第270页。

①⑦参见费正清（编）：《剑桥中国晚清史》，中国社会科学院历史研究所编译室译，中国社会科学出版社1985年版，上卷，第24页及以下。

外文文献则尽可能直接用外文标注，并使用西方所通用的注释语言，如：

⑧Ibid p. 161; cf. C. K. Allen, *Law in the Making*, 2nd ed, Clarendon Press, Oxford 1930, pp. 155—159; J. P. Dawson, *op. cit.*, pp. 80ff.

这个注释中引用了三种文献，一是前注即注⑦所引文献的第161页，再是请读者参考Allen著的那本书第155至159页以及前面引过的Dawson著作第80页及以下。您刚才夸我们这种注释方式是一个“创举”，实际上我们是借鉴了美国学术刊物所广泛采用的“统一引证系统”第14版，所以，并不是什么创举，用我们刊物中常使用的术语，算是“移植”吧。

问：您也不必谦虚，移花接木本身也就包含着一定的造成份。我的感觉，你们的注释方式似乎追求一种“中则中到底，洋则洋到家”的风格。不过，对于不谙注释所用洋文的读者来说，纯粹西文注释便如吾乡谚所谓“黑叉叉”了。如译成中文，再附上外文，岂不两全其美？

答：当然，当然，只是又要占去一些篇幅了。这里也有点法学理论所常争论的“效率”与“公正”间合不拢的味道。我们且按现在这种方式试行一段时间，看看效果如何。

问：说到篇幅，我还有一个意见，就是很不喜欢一篇文章捉迷藏似的在刊物里转来转去。能否设法避免“下转×页”、“上接×页”这类做法？

答：我与您颇有同感。由于篇幅的关系，有些文章排到最后往往只占半页乃至寥寥数行，空着大半页怪浪费的，所以便把两个或三个半页凑到一起，于是乎便上有所转，下必接焉起来。解决这个问题的办法，一是宁空勿转，一是不转也不空，用一些小篇幅

文字补白。我更倾向于后者,因为这样既增大了信息量,又活跃了版面。只是学界目前有种风气,大家都在忙着搞大制作,将小幅文字视为“鸡零狗碎”,不屑于动手。您还记得钱锺书先生对瞧不起益人心智的片断思想的人的批评么?他说:“眼里只有长篇大论,瞧不起片言只语,甚至陶醉于数量,重视废话一吨,轻视微言一克,那是浅薄庸俗的看法——假使不是懒惰粗浮的借口。”我觉得,我们刊物的作者们决不会有这种浅薄庸俗的看法,所以很盼望他们能多写些学术性小品来,使《比较法研究》具有更强的可读性。

.....

问:可以看出,为了这些技术方面的完善,编辑部与印刷厂都付出了不少努力。哟,时间不早了,最后我还想问一下,贵刊今后在技术方面还有哪些追求和打算?

答:唉,这话也不知从哪儿说起。我们的追求倒是挺高,但有些局限却是不太容易克服。例如封面和正文的用纸,我们的财力就不容许刊物使用更好的纸张,这也多少影响了刊物尤其是封面的效果。套句老话,这方面可谓“心比天高,命比纸薄”。不过,在可能的范围内,我们还是作出最大限度的努力,把刊物编得尽可能赏心悦目一些。这包括校对更细心些、字体的变化更讲究些、版式设计更美观些,等等。当然,杂志最终是要编给读者看的,而不是留给编辑者孤芳自赏的。因此,我们的努力需要读者诸君经常性的

批评和指点，以匡不逮。不知尊意如何？

客点头称是，并起身告辞。

原载《比较法研究》1991年第2期

关于注释

收到《法学研究》1995年第1期，发现了编辑技术上的一个变化，那就是注释由原来的脚注分页计码制改成了脚注连续计码制，不禁颇为欢喜。时有客在旁，问：注释问题，区区小事，计码连续与否，与文章之质量何干？令君这般高兴？

由于职业缘故，自己常与法学界作者交往，发现如上述反问所代表的轻视注释的倾向并非个别，而国内刊物界对此又不甚讲求，导致混乱状态长期持续。这是颇堪忧虑的事情。故不惮其烦，再作陈说。

注释的功能主要有二，一是引用他人成说，注示出处，既表示相关论说非作者独造，并对前人成绩给予应有之敬重，又可为读者提供该领域的文献信息，以便利后来之研究；二是某些论说虽有必要，但放在正文中却略嫌枝蔓，置于注释之中正可从容发挥，于是文章既简洁畅达，又具体丰满，仿佛一首配器和声珠联璧合的协奏曲。

现代学术视注释为学术规范与纪律的重要组

成部分；利用他人成说不明白注释，从而足以令读者误为作者一己观点的做法，一经揭发，则足以酿成丑闻，为学术共同体所不容。故西方学术著述，注释既多且周全。甚至交谈中所获启发，亦每每注明“某教授提示我这一观点，特致谢意”云云。不掠人之美，已成为比外在规则更有效的内心自觉。

然而学术如积薪，每一代人只能在前人之上求得些许进步。这样，需要注释者必多。为了在完成必要的注释功能的同时，又节省篇幅，于是有注释技术之渐次完善。以西方学术刊物为例，脚注已成通例（个别有文中夹注作者、年代、页码三项，文后附引用文献之法），分页记码已让位于每篇连续计码。后者的好处在于，一种文献第二次以上引用时，只需标示作者、前注号、页码三项即可（英文中典型注法如，See Pollock, *supra* note 15, p. 77.），不必将作者全名、文献、出版社与出版地、版次等项目一一重列，从而减少了相当的篇幅。

反观国内刊物，某些文章，洋洋万言，不加一注，似乎无一字有来处；某些编辑，视注释为赘疣，必砍削殆尽而后快。至于民间或官方有组织地探讨和制定注释体例规范更是闻所未闻。在学界先进已开始倡导建立中国的学术规范的今天，这种状况真是该彻底改变了。

现在，《法学研究》这份历史最长、地位颇重要的法学学术刊物已经开始了这样的变革举措，怎么不

是一件令人欣庆的事情呢。

原载《法学研究》1995 年第 2 期

关于索引

索引是西文中“index”的汉译，在一本书中，它是所谓“back matter”中的一部分。学术著作附有索引已是现代西方出版界的通例。索引的好外在于提供一种目录之外的检索手段，使读者能够快捷便利地获得一部著作中的各种信息。从前这个词的译名是“引得”，一引即得，音意合璧，堪称佳译。在一篇题为“窗”的散文里，钱锺书先生曾就从门进屋与从窗进屋两种情况比较时以引得作喻：“你进前门，先要经门房通知，再要等主人出见，还得寒暄几句，方能说明来意，既费心思又费时间，哪像从后窗进来的直捷痛快？好像学问的捷径，在乎书背后的引得，若从前面正文看起，反见得愈远了。”

这比喻极形象，不过我还想举点自己经历的例子说明这种“后窗”近而“前门”远的情形。前些年我忽然对西方法律文献的早期汉译发生了兴趣。最早的例子是1839年林则徐在广州约人翻译瑞士法学家滑达尔的《万国律例》一书的片断。我从一本书的注释中知道旅美历史学家徐中约在他的《中国进入

国际家庭》(China's Entrance into the Family of Nations)一书中对此有专门的论述,便到北图借出了这本书。在目录里我们可以见到一章标题曰“国际法的汉译”,下面一节题曰“林则徐翻译滑达尔的尝试”,按照目录标明的页码去读当然可以。但是,如果你知道这第一次翻译国际法的译者名叫 Peter Parker,汉名伯驾,另外还有一位译者名袁德辉,你或许想知道除目录明显标出的章节外,全书中是否在其他地方也论及这两位译者,或者论及这次翻译,于是你跳到书后查索引,结果发现在全书其他地方仍有你需要的内容。再如伯尔曼的那本《法律与革命》,这部论述西方法律传统形成历史的重要著作长达70万言,通读一遍已非易事,更不必说对具体论说或史料的准确把握了。这时,索引的价值就体现出来了。你或许想知道作者对韦伯学说的批判,但在目录上看不出来,不要紧,查索引——在“**Weber · Max**”项下注明了全书中论及韦伯的11处页码,也许你对契约法的发展更感兴趣,索引里“**contract law**”项下列出了你应注意的29处页码。这样的索引对于学习与研究所提供的便利实在是无可估量的。

令人奇怪的是,文明悠久、各种典籍“处则充栋宇,出则汗牛马”的中国,却迟迟没有发展出这种于学术进步有明显益处的工具来。近代受西方文化影响,中国学术界逐渐意识到索引的必要性,甚至出现了几位献身于索引编纂事业的历史学家,如洪煊莲、聂崇岐等人。洪氏主持的引得编纂处(Sinological

Index Series)自1930年起,费时20年,共编印中国古籍引得64种81册,嘉惠学林,功不可没。

但是,洪氏的事业并没有得到中国学术界的全方位回应。在相当长的时间里,新著作仍然不附索引,汉译西方学术作品原书后索引也一律删去,想从后窗走捷径通常是没门儿。不仅没门,窗也没有,山墙一片光溜溜,在世界范围内也算得上是特立独行的中国特色了。

当然,这不是什么好特色。十多年来,已经可以明显地看到改变这种状况的努力。1980年,语言学家陈原先生在三联书店出版了一本薄薄的小册子《语言与社会生活》,后面便附上了一些名目的索引。更多的情况则是出现在翻译作品中,因为原文已有索引,编译过来附在后面即可。当然,原来页码也要相应保留,于是除中文版页码外,又在切口处附上边码。仍然存在的缺陷是,索引条目采取了外文与汉文对照、顺序按外文原顺序排列的办法,这就给不懂原文的读者带来了困难,有点像是一座大屋顶式中国房屋却开了些哥特式后窗。如能以汉语拼音序列重新编排,岂不更好?

原载《中国政法大学》1994年3月30日

文章大小论

40年来,我们文化的发展在总体上有一种浓重的大众化色彩。例如,在艺术领域,通俗化文学倍受推崇和倡导,虽然也允许流派的多样化,然而主流还是现实主义,而且这现实主义还须为人民大众所喜闻乐见。风尚所趋,就连芭蕾舞这样的既西洋化又贵族化的货色也不得不去尝试穿着长裤子的民族化形式。在法学与立法领域,也存在着同样的倾向。在废除“旧法统”的同时,旧法中偏向于专门化与技术化的法言法语也受到了冷落;立法文件力求通俗易懂,文言语句一律变为白话,篇幅也尽可能简短。以民法为例,学究气十足的德国民法典共2,385条,拿破仑设想可以让烛光下的农民阅读的法国民法典也有2,281条,反观我们的民法通则,却只有寥寥156条。其间相差之悬殊,令人不胜感慨。

本来,在我们这样一个农民占人口绝大多数、文盲又占人口五分之一的国家里,文化在一定程度上的大众化和通俗化原是一个值得欢迎的倾向,但是问题在于它不应扩展到文化的所有领域和所有方

面。否则，非大众化文化没有了立足空间，结果不仅会带来整体文化的单调乏味，而且也必然导致其失去应有的追求与发展的动力。普及既达不到，衰落却是势所必然。

学术文章的篇幅也可以作这方面的一个例子。目下我国的学术刊物通常都对文章篇幅有所限制。除个别刊物容许到两万字左右外，绝大多数要求文章不超过万字。对文章篇幅作这样严苛的限制原因或许有如下数端：1. “改进”文风、写短文章的一般要求；2. 节约读者时间；3. 某种利益的平衡（比如综合性大学学报总篇幅有限而各个学科门类均要兼顾到等）。

仔细推敲，这几个理由似乎都站不住脚。写短小和通俗的文章是大众传播媒体的要求，而不应是学术刊物的选文标准。学术文章目的便是讨论学术问题，因为课题差异，文章有雕龙与雕虫之分，大题大作、小题小作者有之，大题小作、小题大作者亦有之；有些问题用简短的文字即可阐明，有些则非洋洋数万言而不办。这就决定了学术文章的篇幅很难硬性划线。再从读者角度言之，学术刊物的读者多为学界中人，与著文、教文一样，读文也是他们职业生活的组成部分，因此并不存在节约时间的问题。至于利益平衡，更是与学术研究格格不入。如果办学术刊物也要搞平均主义或大锅饭，那可真是学问的悲剧。

国外学术刊物似乎很少作篇幅上的限制。通常一份二百页左右的杂志，除了若干短篇书评或案例

评注外,主要篇幅只登六、七篇甚至两、三篇大文章(article)。手边就有一份哥伦比亚大学出版的《中国法研究学刊》(创刊号),正文115页,上面刊登的格尔洪教授的论文《中国对法制现代化的探索》就占了总篇幅的近三分之一,字数当在五万字以上。该文材料丰富,条理清晰,持论严谨,气势宏大,是一篇很有学术价值的作品。试设想,若格教授是一位中国学者,这篇长文将投往何刊?他或许会接到编辑的回信。略谓尊稿拜读,经研究决定刊用,惟篇幅太长,请压缩至八千字以内云云。读罢此信,教授哭笑不得,没办法,总得发表啊!于是只好抡起板斧,忍痛砍削。唉,“文章千古事,得失寸心知”,谁知还有文章不待问世,大半即已痛失这种事情呢!

自1987年创办伊始,本刊便有意放松这方面的限制。在当时的稿约中,曾引苏东坡“行于所当行,止于所不可不止”来说明编者的看法(但还是留了一条尾巴:“不过以一万字左右或更短者更受欢迎”)。关心本刊的读者会注意到,实际上,本刊几乎每期均有超万字甚至两万字的文章登出。华东政法学院王立民先生曾来信评价本刊,称文章篇幅长也是她的优点之一。话虽这么说,在编辑过程中,有些长文还是进行了压缩。例如今年第一期发表的D. Twitchett(汉名崔维泽,剑桥大学教授,世界著名汉学家)论初唐法律的文章,长四万字以上。接到来稿后,编辑们均有太长之感,幸亏译者考虑周到,同时寄来一篇摘译稿,最后发表的正是这个删去了许多段落的稿子。

无论如何,这是很可惜的。

现在,编辑部经慎重考虑,为鼓励大份量的学术创制,决定去掉从前的那个尾巴。今后,文章录用与否,将以学术水平为唯一标准,而不再对篇幅进行限制。谨请我们的作者与读者周知。

当然,“编后小记”还不能扩大篇幅,变成“大记”,故就此打住。读者对我们的这一改革措施有什么看法,对刊物编辑工作的其他方面有什么意见和建议,欢迎写信告诉我们。

原载《比较法研究》1990年第3期

法学文章的风格

时下我国法学刊物数量之多,堪称有史以来所仅见。刊物多,写文者必多;印为铅字的大小文章自然也就很多。然而,探讨法学文章本身该如何写作的文章却极为少见。于是,虽然法学文章连篇累牍,实际情况却可以说是规矩章法,全无说法;桃李不言,下自成堆。多固然是多,不过在这种乏范状态下,学术的发展不免要多走些弯路。

当然,乏范并非无范;一种潜在的惯例还是可以感觉得到的,那就是法学文章应以严谨为尚,要避免文学化。整体布局上的套路自不必说,语言风格上亦是令人惊异地趋同——宁板滞,毋灵巧;宁沉闷,毋生动;宁单一,毋多彩;宁干巴巴,毋美文化。最不可思议者,文章的如此风格并非由于作者们追求专业化所致;人们使用的语言稀松平常,却可以既排斥外行读者,又引不起学界中人的盎然兴致,折兵赔妻,进退失据,不亦悲乎!

其实,包括法学在内的社会科学文章本来是可以也应当成为美文的。曹聚仁氏称中国19世纪末三

大散文家，“章太炎以典雅胜，梁启超以畅达胜，吴稚晖以奔放胜”，此三人均为今日所谓的社会科学家。以西洋法学家论，耶林的简洁而不局促，梅特兰的淹博而充满机智，白芝浩的畅快而意境高远，霍姆斯的庄重而不失亲切平易，都广为学界称道。正是因为他们既有言，又有文，其学说方能够影响深远，其著作方可以寿元无量。

要之，法学文章固然应当严谨，但是，严谨却不应该排斥作者的个性表现，不应扼杀不同风格的修辞学追求。更重要的是，人类高尚的情感应当在法学文章的字里行间流淌，因为法学研究不只是一是要揭示规律、分析规则，它更根本的使命在于以正义之声唤醒人的良知，以真理与知识之泉滋润人的心田，以艰苦的探索本身昭示作为法律规则造物主的人的灵性与德性。如此大使命，时下这种风格的法学著述可担当得起？

但愿我们法学界铺天盖地的文章能多些文采，少一些挽了铅一般重浊呆木之声。

原载《法学研究》1995年第1期

十字路口上的学术刊物

近年来,各地学术刊物陷入困境的消息不绝于耳。印刷成本连年上涨,办刊经费入不敷出,订户不断下降,影响愈发缩小。学术刊物乃至整个学术事业的这种凄风苦雨的境况与我国每年以两位数的速度增长的经济景象形成了残酷的对比。

为克服危机,走出困境,学术刊物编辑界的一些人士采取了种种措施,概括起来,不外是开源与节流两类。开源者如拉企业赞助,刊登广告,提高刊物售价等等;节流则如售价虽提但稿酬依旧,如降低编辑工作报酬等。新近出现了一种别出心裁的办法,作者要发表文章,不仅不能得到稿酬,反而要向刊物支付版面费;传统的以稿酬作为写作者劳动报酬的惯例被彻底改变了。当然,不甚彻底的也有,如有的刊物会将作者加以区分,有人必须付费,有人只是拿不到稿费,还有人则不付费之外,还能拿到稿费。

向作者收费的办法自然是财政窘迫之下不得已之举。不过,这办法的背后却有着难以讲通的问题。首先,向作者索取版面费缺少依据,这不仅背离著作

权法的有关规定,而且似乎把学术文章与商品广告等同起来。文章虽然可以让作者扬名,但作为思想的创造物,它绝不可以被归入广告类。至于收费,假如对作者不加分别,一律收费,那么以多少为度呢?少了,杯水车薪,不能从根本上解决刊物的经济困难;多了,现今中国的知识分子,尤其是那些仍在坐冷板凳写学术文章的读书人,本来已是阮囊羞涩,朝不虑夕,如何经得起这种雪上加霜式的“学术”盘剥?将作者区别对待的做法更是进退失据——标准是什么?必须交费是因为作者知名度不够么?(将知名度作为选文标准本身就不公平,更不合理。)还是因为这类文章还未达到发表水准?(文章水平不够,交些钱就可以发表出来,这岂非贿发文字?!)再说,读者花钱订阅刊物,理应读达到发表水准的文字,实质上,他们与编辑部之间存在着一种契约关系。如今“价金”已预付,而编辑部方面却只拿些不够水准的文章敷衍塞责,岂不是交付“货物”不合格,有违契约义务?

读者读到此,提出这样的反问大约是必然的:向作者收费固然不应该,让有钱的企业或个人资助也不可能,广告又很难拉来(学术刊物可怜的发行量根本引不起企业的兴趣),那么,学术刊物究竟怎么办?

目前这种情况似乎已别无良策。假如主管部门真以学术为重,充分估量一份高品位学术刊物的价值,就应该提供充足的财政保障。否则,便只有一条路可走——停刊。不学术,毋宁死。与其把一座神圣

的学术殿堂降格为充斥了“出租柜台”的低档“商场”，不如停掉，虽然那也是很令人抱憾的。

原载《中国政法大学》1993年9月25日

教授与书

梁启超面露愠色。他没有料到，提名陈寅恪担任刚刚成立的清华大学国学院导师居然会在曹云祥校长这里碰钉子。陈寅恪时年36岁，正负笈德国留学。从13岁开始，自日本而德国，而法国，而美国，又德国，陈寅恪的留学经历已在15年以上。但奇怪的是，这位陈先生一不拿学位，二不发表文章（更遑论出书），难怪曹校长不给任公面子。试想，清华国学院是在胡适倡导下设立，仿照牛津、剑桥，实行导师制，已经聘任的两位导师一是王国维，一是梁启超本人，都是名震遐迩的国学大师。如今这位候选人无学位，无著作，无年资，岂能聘作比一般教授地位更高的国学院导师？

“任公，碍难从命啊。”校长摊开双手，一副无可奈何的样子。

“你以为我的水平如何？”梁启超觉得该换个角度。

“任公，您……”校长有点儿意外，“您著作等身，名满天下，岂待我辈评说？”

“但是，我梁某人等身的著作统统加起来，比不上这位陈先生的百余字！”任公一字一顿，掷地有声。

结果，陈寅恪被聘为导师，国学院的学生们有了一位最伟大的历史学家做他们的老师，清华大学的校史上有了一个光照后世的名字。

作为一种现代职业，教授当然不同于从前的私塾先生，也不同于书院山长。他是一个组织化行业中的成员。他是教书的人，但又不限于教学；他还应该是所在领域的专家。于是，教学之外，他还必须有所著述。在教学和发表的过程中，他在不断地积累着自己的资本，提升自己的学术档次。教授群体是大学的命脉所系。一个大学校园设施情况只是一个次要因素；缺乏优秀教师才是大学的致命弱点。30年代曾任清华大学校长的梅贻琦先生说得好：“所谓大学者，非有大楼之谓也，有大师之谓也。”

但是，能否聚拢起一批优秀教师却涉及到极为复杂的体制因素，其中重要的是教授的选任标准和程序。从前中国的老大学以及西方的大学，承袭着教会大学和私立大学的传统，教授的聘任受到同行专家的严格控制。大学的兴衰与校长、校董以及教授会一类组织的成员的荣辱甚至利益紧密相关。因此，一个大学，总是要想方设法聘任最优秀的学者作为本校教授，并以高层次的教授阵容吸引天下英才成为本校学生。不消说，这是一个充满竞争的过程，也是一个不断淘汰的过程。专家意见的举足轻重以及评判程序的公开化保证了聘任过程的公正。

反观今日中国的大学,非常明显的一个特色是大学之间教师的流动频率极低。一般教师通常都是在他终身任教的那所大学里从助教开始干起,随着年资的增长,讲师,副教授,教授,按部就班地向上挪动。但是,这个貌似平静的过程实际上却充满了争斗。因为职称已经成为一种稀缺资源,能够按期晋升的只是一部分人。另外,为了鼓励教师的进取精神,有些人甚至可以提前晋升或越级晋升。于是,晋升的标准以及评判程序就成了核心问题。但是,在目前的评判程序和决策方式之下,似乎只能规定某些形式性的条件,例如规定申请晋升教授者必须要有20万字个人专著之类。至于这专著究竟有多少学术上的价值,甚至能否算是真正意义上的专著,在同行专家那里的真实评价如何,则管不了那许多了。

于是,书肆上冒出来许多署着某某著的花样翻新所谓专著。

于是,陈寅恪先生的教授职称终于不可能得到了。

(本文中梁曹对话并非现场录音,而是据我对十多年前读过的一篇文章的模糊印象写出,大意无误而已)

原载《中国政法大学》1995年9月20日

再谈教授与书

1981年，芝加哥大学历史学博士、普林斯顿大学历史系副教授戴维·亚伯拉汉在他的博士论文基础上出版了专著《威玛共和国的崩溃》，出版者是权威的学术出版机构普林斯顿大学出版社。作者认为，纳粹在德国的崛起，是社会各种力量相互冲突导致整个结构系统走向崩溃的结果，而不是出于人为的设计。该书引出了美国历史学界很多的好评。普林斯顿大学也准备长期聘任亚伯拉汉为本校教授。不料，在这关键的时刻，事情却发生了意外的变故。

耶鲁大学有位德国史学家名亨利·特纳，正好也在研究威玛共和国的历史，他读了亚氏著作后却感到，该书无论是观点，还是史料都存在着相当严重的问题。当即发表文章，指出作者臆造证据，以成己说。亚氏撰文，为自己辩护。承认由于在德国研究档案时，德语未精，犯了许多“令人难为情和初级的错误”，但是，他并不是有意作伪，在史学观点上他仍坚持己见。

这一回合，似乎不分胜负，尚未对亚氏的教授聘

任过程产生大的影响。但是,正所谓“半路杀出个程咬金”,另一位德国史重镇、远在加州大学伯克利分校的费德曼教授又加入了论战。这位费教授怒气冲天,连着写了好几封公开信给美国乃至德国的史学同行,指出亚氏是有意作伪,此种违反史德之行为实为史学界所不容。他不仅反对普林斯顿聘亚氏为教授,而且出面阻止任何其他大学聘其任教。终于,此事激起了美国史学界乃至整个学术界数十年未有的一场轩然大波,甚至连《纽约时报》、《时代周刊》也刊登大幅文章,加以报导。最后,美国历史学会出面了,它以正式的方式,明确表态支持特纳和费德曼两位的立场。结局呢,亚伯拉汉先生被驱逐出历史学界,以四十多岁的年纪改行,去学法律专业。这就是当代美国历史学界十分著名的“亚伯拉汉案件”(David Abraham Case)。

请读者原谅我做了一次“文抄公”,从旅美历史学家余英时教授的著作《钱穆与中国文化》(上海远东出版社1994年版,事见178—180页)中转述了“亚伯拉汉案件”的原委。余教授引述这起事件旨在说明,虽然当今美国学术界各种流派争奇斗艳,似乎是自由得很,然而,史学的基本纪律和道德却没有因此而动摇。一个治历史学的人,如果不亲自去研究和鉴别必要的史料,如果曲解史料,甚至欺诈作伪,那么,他的观点再新颖,看上去再有说服力,他仍然不会获得史学家的资格。

史学家如此,同样作为学界中人的法学家当然

也不例外。法学教授聘任或判定需要考察候选人的著作。但是,这种考察不应该停留在对发表著作数量的统计上,更重要的是这些作品的质量。所谓质量也不仅仅指是否发前人所未发,提出了某些独到的见解(那些自我标榜的“独到见解”不算),还要审查作者在研究和写作过程中,是否真正遵循了学术界的职业道德和基本纪律。例如,著作是真正的研究成果呢,抑或是抄袭(有低级与高级之别)的成果?利用他人观点或材料是否是在必要的限度之内?是否加以明显的引用标注?注释是否是真实的出处?(例如,本文引述亚氏案件,本来是从余教授的中文著作中读来的,但我如果在注释里吹牛,说引自关于这起事件的英文书 *The Noble Dream*,就犯规了。)

出过洋的大学有司及教授们常感叹发达国家里教授地位何等之高,教授待遇何等之好。但是,人们却不太深究,这种荣耀缘何而来。欲使一种职业走向低贱,最有效的途径正是选任上的低标准或标准混乱,仿佛假冒伪劣充斥市场足以使一种产品或商标“倒牌子”一样。

原载《中国政法大学》1995年9月30日

【下篇】

切

口

文化的秩序与无序

当年，神州大地曾掀起一场颇具声势的批孔浪潮。那时，我不过是个十三四岁的初中生，虽然也跟着别人一起口诛笔伐，却是动口动笔不动脑，对儒家学说可谓一无所知。比如“克己复礼”，对于什么是礼，什么叫复礼，干嘛复礼还要克己，等等，都不明白；不明白，却硬要振振有辞地深入揭批，那场面就不免有些滑稽。好在那并不是一个理性的时代。全国七亿人口只用得着一个大脑，批判文字也只消从“两报一刊”上寻章摘句，既省力，又保险。

后来读了点书，逐渐对“克己复礼”这口号有所领悟。原来，礼不过是我们的先贤所构想的理想社会秩序而已。在孔子那个时代，社会秩序发生了极大的紊乱。三教九流，都不安于各自的身份和职业，臣乱子贼，体统扫地。古典音乐（韶）大约也失去了市场，一班美声歌唱家纷纷下海，蓄起披肩发，大唱其滚石、爵士，出场费直塞得腰包滚圆。面对此情此景，孔子不由得喟然叹息：如此礼崩乐坏，持续下去，将伊于胡底！于是，他老人家便高举礼字大旗，奔走呼号，

死而后已。

孔子的复礼终于壮志未酬，并且两千年来儒家的传承人们仍然是屡败屡战，直到今天的“新儒家”看起来也难挽颓势。其中根本的原因，我猜想，在于这套社会秩序的构想本身是有问题的，即使是在古典社会，它也难以充分施展构筑合理的社会关系的功能。“礼”而不合乎“理”，便无怪乎近代以来不少国人要将其拒之于千里了。

不过，话又说回来，排斥礼不等于排斥秩序，不等于无序。秩序是建立在一定的等级和差异之上的。以文化论，都市文化与县城文化，贵族文化和平民文化，大学文化和军旅文化等等就很不相同。等级并不表示从属，差异也并不必然意味着优劣之分。不同档次、不同类型的文化各具特色，才构成了繁复多彩的社会文化整体。一个秩序良好的社会，在主流文化之下，各种亚文化应各展其长，在忠于职守的前提下又具有相互之间以及与主流文化之间的良好的互动关系。否则，心猿意马，各怀异志，朝适秦而暮归楚，或者只是一味地相互对立或拆台，那便是无序的文化。文化无序，社会价值与社会关系也必然是混乱不堪的。

当然，文化秩序并不是某种一成不变的僵硬的格局划分；社会发展或变动必然会导致旧秩序的变革和重新整合。在这种变革的过程中，一定程度的混乱原是难以避免的。但是，混乱应有其限度，健康价值与秩序的持续链条不应发生断裂或逆动。以大学

为例，假如它们不再是教育的圣地和科学的王国，而变成了商贾的闹市或权力的战场；假如大学教师不以思想和知识的探索和传授为使命，而以追逐权力或倒卖钢材为主业；假如大学生们视学问为粪土，将课堂比刑场，校门未出，商人先当；假如大学出版社不以高品质的学术出版物的出版为主业；假如……那么，这样的大学便不可能担当起推进学术进步、传播高层次文化于社会的神圣职责了。所谓大学云云，名虽存而实已亡矣。

原载《经法报》“创刊号”（1993年12月15日），这是当时中国政法大学经济法系学生办的报纸，很短命，好像“创刊号”就是“终刊号”

历 史

无论怎样富于生趣的事物，一旦进入教科书的管辖范围，马上就会变得抽象而枯燥。历史便是如此，在历史学教科书中，人类色彩斑斓的生活画卷变成了一条条干巴巴的粗线条。我们只知道若干历史的规律、社会形态的更替、帝王与起事首领们的花名册……那些震撼人心的事件到了历史家的笔下就只剩下一段段大大简化了的流水帐。19世纪以来所谓科学的历史更是把这种流水帐风格推向极端。简单化的历史只能培养出简单化的头脑；在自己的历史中找不到温暖的民族只能用裸露的躯体对抗现实的寒风。

在这里，我们发现了编史学(historiology)上的一个大问题：历史该是有情感的。历史是一个民族的梦幻，是你我血液里长久的记忆，是旧书里夹着的一片泛黄树叶给你带来的温馨或苦涩的感受。当见到今天的四世同堂之家，而中国古老的家族孔子世家至今也只有七十多代时，我们会觉得两千个春秋并不漫长。皓月当空时，我们会忽然想到‘一千多年前

李白所吟咏的正是这同一个月亮；如今明月依旧，诗篇仍让我们会心激动，而诗人自己却早已化作灰土。这种对比不禁让我们产生一种不胜古今之感。这些感触虽然不是历史本身，但是假如历史家写作时心中涌动着这样的情感，我们的历史书定会增添魅力和光彩。

总之，流水帐实在算不上历史。我们要求的是生机盎然的历史，是令人怦然心动、热血沸腾的历史，是激励我们为着人类美好的未来奋斗进取的历史。真实性也许并不是它的必备要件；兰克学派客观地描述乃至复原历史的努力看来是劳而少功的。

早晨起床，听到了窗外的沥沥细雨声，楼前的槐树上绿叶已越来越少，随着细雨变黄了的叶片无声地洒落到地面上。回想起春天那娇嫩的新叶、盛开的白花和飘进书房里的朴素而浓郁的芳香，心里隐约有了一点历史感，便写下了这篇小文。

原载《中国政法大学》1992年11月20日

样板戏谈片

对于现在 30 岁以上的人来说，样板戏无论如何是一个重要的存在。样板戏是我小时候知道的唯一剧种。如果说自己有点戏剧常识的话，它颇有些发蒙之功。对于这一代人来说，少年时代特殊的知识结构以及潜移默化培养出的某些意识肯定对他们的价值观念和行为方式具有影响。因此，作为文化现象的样板戏是很值得回过头来认真地研究和检讨的。

农历今年(1992)正月的一个晚上，北京电视台播放了一个专题节目，题曰“烽火颂——革命题材现代京剧选”，包括了《沙家浜》、《红灯记》、《智取威虎山》等八出剧目。编辑上的一个优点是全部取自文革期间摄制的影片，原汤原味，不像这两年有些演出，常常是电声乐队伴奏下由满脸商品经济色彩的演员登台“爵士”一段。那晚上我在电视机前足过了三个多小时的样板戏瘾，过瘾之余不免有些感慨系之，如郭建光所唱：“不由我心潮起落似长江”。

在京剧数百年的发展史上，样板戏无疑是规模最大的一场变革。不仅题材，形式与技术都有了深刻

变化。内容完全是为现实政治服务的，与之相适应，唱腔、道白、服饰、道具以及音乐均大不同于以往。其中最了不起的成绩是西洋管弦乐器的加入，一改传统京戏“三大件”单调的表现手段。试想杨子荣打虎上山那段唱腔，如没有管弦乐队高亢雄壮、淋漓酣畅的伴奏，效果定会大打折扣。不过，刚有余而柔不足却是它们的通病（好在用不着表现爱情题材），这也是风气使然。

虽然在许多方面均突破了传统窠臼，但是，样板戏决非没有程式，相反，它是以更为严重的程式取代了旧有的东西：旧戏以脸谱分别好坏人，样板戏则调动了一切手段——音乐、表演、灯光、化妆等——把好人坏人区别得一清二楚。革命者总是正气凛然、智勇双全，困难时耳边常响《东方红》，坏人呢，无一例外都是獐头鼠目、贼头贼脑、脸泛绿光、口出怪腔。这种人分好坏的模式以及幼稚的审美观与我国传统戏剧艺术中的类似缺陷是一脉相承的。

得力于当时的政治气候，样板戏成为中国的官方戏剧，“钦定版”流行全国。即使一个县剧团，也须在各方面（甚至铁梅裤子上那块补丁的尺寸）与官方规定相一致。但是在“帝王何力于我哉”的乡间变化就多了。贵州某村“毛泽东思想宣传队”演出《红灯记》，台上鸠山威逼李玉和，“你到底招不招？”李答：“管你郎个说，老子硬是不招！”鸠山气急败坏——

“你个龟儿子李玉和，不招……不招，我就扣你

的基本口粮!”

原载《中国政法大学》1993年1月6日

像 章

1986年年底，我所在的大学分配给我筒子楼一间。进屋以后，发现屋角里有一堆前任主人留下的垃圾。心中不免有些不快。但是，就在我清扫的时候，惊人的事情发生了。你猜我看到了什么？一堆毛主席像章。呵，这真是一个意外的收获。那时，“文革文物”的收藏还是一个不太为人注意的方面。“十年浩劫”的痛楚尚留在人们的脑海之中挥之难去。我们惯常的思维方式是“眼不见心不烦”。于是，那个时代的印刷品（语录、书本、传单等）大多化作了纸浆，布质的东西（如红袖章）也差不多毁掉了。唯有这些金属制成的像章难于处理。留着吧，既没用处，又占地方；丢掉吧，却不知扔到什么地方才没有亵渎神明之嫌。我的那位前任房主大概也是在搬家之际想到了既能扔掉，又不至于公然将他老人家委屈到街头垃圾桶中的方法的。假如他后来到琉璃厂看到一枚像章可以卖到五块以上的辣价钱，对自己“抛却自家无尽藏”的举动暗暗后悔亦未可知。

与其他一些收藏品不同，文革期间制作的这些

像章算不上什么艺术品。把一堆像章摆开，你会发现它们的造型出奇地单一，绝大多数都是面向左侧（面右者极少）、前额半秃、头发后梳、身着军装或所谓“毛式服装”的头像；表情非刚毅必慈祥。我们常听说文物可以为历史研究之助，但后世的历史学家通过这些像章能够想象到什么样的历史情形呢？他们能否透过造型如此单调的文物看到中国人的那段痛苦、病态但却又是活生生的历史呢？

那是一个什么时代啊！霍布士说在自然状态里人与人之间相互残杀仿佛狼与狼。其实他的比喻颇有些不伦。狼的凶狠大多不是针对同类，人与人之间的厮杀才更见得你死我活，更阴险惨毒，更冠冕堂皇。在我们这个世纪里，人间残杀最歹毒的地方莫过于纳粹时期的德国、“大清洗”时代的苏联和文革期间的中国。为制造完美无缺的神，必须同时制造恶迹昭彰的鬼。于是，那些胸佩像章、臂戴袖章、头脑狂热、仇恨满腔的“毛主席的红卫兵”们便向“党内走资本主义道路的当权派”以及一切“地富反坏右”发起了彻底进攻，当时流行的说法叫“横扫一切牛鬼蛇神，全无敌”，并且要“残酷斗争、无情打击”。多少人被活活打死，多少人被迫自杀，多少无辜身陷囹圄，多少家庭生生拆散。文革后，我们知道了许多大人物、名学者的悲惨遭遇。多谢冯骥才先生，他的《一百个人的十年》又给我们展示了那么多普通人在那个时代的境遇。该书前有一幅当年的照片，一位年轻的学“毛著”积极分子一脸虔诚地在表忠心，他手持“红

宝书”，全身披挂着几十枚像章。这幅照片给人的感觉与其说是可怜，不如说滑稽；与其说滑稽，毋宁说恐怖。

《列子·周穆王》里有一则故事，讲宋阳里一位名华子的人，中年得了健忘症。妻儿十分着急，延医求药，均无疗效。山东的一位读书人被重金请来为病人施行心理治疗。结果，不出旬月，“积年之疾，一朝都除。”病愈的华子非但不快活，反而勃然大怒，“黜妻罚子，挥戈逐儒生”。人问其故，曰：

曩吾忘也，荡荡然不觉天地之有无。今顿识，既往数十年来存亡得失、哀乐好恶，扰扰万绪起矣。吾恐将来之存亡得失、哀乐好恶之乱吾心如此也。须臾之忘，可复得乎！

民族如人，也会得健忘症，这种健忘也会使人们“荡荡然”。然而，这种“甜蜜的忘却”(sweet forgetting)带来的快乐肯定是短暂而虚假的。对以往痛苦的强颜欢笑以及别有用心的遮掩正表示着各类经历者们对忘却有清醒的意识；忘而不忘其忘，是为假忘。问题的关键在于，前人的假忘却必然导致后人的真无知。对于自己民族历史上所犯错误不反省乃至全无知的人们将会怎样呢？冯骥才说：“历史的过错原本是一宗难得的财富，丢掉这财富必然会陷入新的盲目。”诚哉斯言，痛哉斯言！

我期待着巴金先生多次呼唤的“文革博物馆”早日建成，这些像章连同其他文革文物将在那里获得新的生命——向世人昭示中华民族历史上这惨痛而荒唐的一页。

写于 1993 年 12 月 12 日

进退有餘裕

旅美历史学家黄仁宇在《赫逊河畔谈中国历史》一书里对孔子和孟子作了一番比较，说他们两位最为明显的差异是《论语》里的孔子有一种轻松愉快的感觉，不像孟子那样事事紧张。这当然只是一种两圣相权的说法。在我看来，孟子虽然经常拉长了脸，跟人讲道理，有时抬起杠来甚至不给对手留余地，但是，他老人家也很能表现出某种从容达观的心态。例如，对于人在官场上的进退去留，他便提出了一种既严肃又轻松的见解。

当然，作为亚圣，他不免要先对领导人的道德品质定下标准：“惟仁者宜在高位；不仁而在高位，是播其恶于众也。”不过，孟子时代大约跟后来的一些时代一样，局高位者多不仁，于是便产生了这样的问题：一旦上司尤其是君主不仁，下属该如何是好？有一天，齐宣王问孟子，公卿应如何对待君主，孟子把贵戚之卿（与王室同宗者）与异姓之卿分别开来，说前者如果发现君主有重大错误，经反复劝说仍不听从，便应当废掉他，改立他人。异姓之卿似乎没有这

样的“政变”义务，他完全可以采取不合作主义：“君有过则谏，反复之而不听，则去。”还有一次，孟子曾就一位前县长和现任“法院院长”因未能尽其言于君主而辞职一事向弟子袒露心迹：“有官守者，不得其职则去；有言责者，不得其言则去。我无官守，我无言责也，则吾进退，岂不绰绰然有餘裕哉！”

好一个绰绰然有餘裕！此情此景，哪里还有一丝紧张，简直是逍遥自在，妙不可言。遗憾的是，这样的轻松态度对后人殊少影响。征之于中国的历史，进退之间的冲突实在可以说是我们的知识分子面临的人生最大难题。《易传》曰：“小人知进不知退”。就算君子，仕途成功作为人生价值实现的唯一途径也使得他们失去了绰绰然有餘裕的轻松感。况且不少人压根儿就不适合仕途生活。一个不宜出仕的人硬要玩弄权柄，动机虽然很好，效果却往往很糟。更有一班怀抱各种动机者围绕身旁，花言巧语，吹拍迎奉，于是乎便昏昏然起来，自以为经天纬地之才备于一身，愈发认定此官职非我莫属，乃至此官职太屈我才。“谈笑时面上有天，交接时眼底无物”。事已至此，欲令其退，便真是撼山易而撼官座难了，还谈什么进退有餘裕？

最可警者，当权者所听到的“誉”发自真诚者少，别有用心者多。对此，司马迁先生颇多感触：“偃当路，诸公皆誉之，及名败身诛，士争言其恶，悲夫！”

原载《中国政法大学》1993年11月30日

没有新闻的日子

来汕头大学已经一个礼拜了，每天讲两个小时的课，要讲的东西较熟，勿需费更多精力备课，因此讲课之余，读点闲书，看看风景，日子过得倒也逍遥。最大的收获可能是整一个星期多把新闻彻底“戒”掉了。报纸固然不读，收音机忘记带了，索性不听，电视也不开，世间大事一概不闻不问。日前与一位先生谈天，偶尔聊起国际事情，谈了一会儿，他似乎感到有些异常，问我：

“难道你不知道？”

“知道什么？出什么事了么？”

“日本首相细川护熙已经辞职了。6天前就宣布了，当天中央电视台就报道了！”他很意外。

“哦，是么……”

我不禁陷入了沉思——不是惦念日本政治局势，而是思考日益快捷传媒之下现代人的心灵境遇。说科技的发展使地球变小已成俗套，不过那毕竟是个事实。所谓变小不外是两方面。一是各国各地之间往来之便利。鸦片战争时，英国到中国，往来一次

要将近一年的时间；北京到广州，以最快的速度——驿站之间马匹不停地接力——也要40天以上。100多年后的今天，不足一天的时间，高速喷气式飞机便可以把你带到地球上任何一个地方。“朝辞白帝彩云间，千里江陵一日还”，哪里比得上朝发北京，夕至法兰克福来得迅雷不及掩耳。另一方面是通讯的快捷。电话、电报、传真、卫星直播，不一而足，任何一个地方发生了事情，几小时乃至几分钟之内便可以让地球每一个角落的人们了如指掌，而且让你看到现场里生动的画面……

福兮，祸兮？

从好的方面说，相互接触与往来的增多和便利自然有助于增进理解，“日日思君不见君”之苦可以得到缓解甚至根除。足不出户，天下事了然于胸也是古人向往已久的境界。然而，从负面上说，一些在难于接近时不易产生的对立与仇视也会随之而来。一定距离之外所呈现的美妙景致，贴近了观察却发现了污浊和丑陋。吾乡谚所谓“亲戚远来香”，用中国古人的诗句表达，则是“见多情易厌，见少情易变”（张云敖）；“见多自成丑，不待颜色衰”（曹邴）。法儒帕斯卡尔（Pascal）略谓人类相处，有如刺猬，远之则无以御寒，近之则彼此刺伤，说的也是这个道理。个人如此，由个人组成的群体如民族如国家不也是这样的么？

我想起了黄秋园，前些年才去世的这位画家一辈子生活湘西山中，潜心画艺，不求闻达，生前国内

画界没有谁知道有黄某其人，死后作品被人拿来中国美术馆展览，震惊画坛。那种古风盎然的格调，求之于新闻媒体中不断扬名的衮衮诸公，得乎？

细川辞职了，过些天又会有一个新人上台；波黑仍在战火纷飞，但总不能无休止地打下去；窃国者总会得到历史的惩罚，即使他电视频露面，民众这边必定是见多益生厌……

但是，日复一日地被这些新闻牵着注意力，控制着情感，是不是对人生的一种浪费？

没有新闻的日子给了我一个新启示。

原载《中国政法大学》1994年5月10日

《西游记》里的国际 关系准则

传统中国人通常都以为本国文明高高在上，其他“蛮夷之国”只有顺从归化的份儿。与这种观念相适应关系准则乃是一种明火执仗的不平等对待，而断无今天常说的“国家不分大小，一律平等”之类原则的。“朝贡体制”便是我们这个帝国与外部世界打交道时的外交通例。邓嗣禹与费正清在《中国对西方的回应》一书中这样概括“朝贡体制”(tribute system)：“……中央王国居于文明之中心，天子是以道德与礼仪将人类社会与不可见之天加以沟通的人间代表，其周围的所有部落与民族均须心悦诚服地承认这一核心事实。简言之，中国的国家理论乃是一种大同帝国(a universal empire)理论。希望与帝国交往与贸易的外国统治者须首先注册为朝贡国，接受封号，派遣使节向天子行三拜九叩之礼，并在其他情况下遵循朝贡交往的准则。”(页18—19)近代以来中西交往中的许多冲突都与这一体制有关。很著名

的例子如英使马戛尔尼谒见乾隆皇帝所发生的那场令双方都火冒三丈的叩头之争。

有趣的是,甚至更早的文学作品也体现着这种国分等级的观念。《西游记》第三十九回,唐僧一行路经乌鸡国,赴朝廷“倒换通关文牒”(申请过境签证?),当然,实际上是要整治那假冒乌鸡王的妖魔狮狒王。进宫之前,唐僧叮嘱众人须行君臣之礼,即“三拜五叩头的大礼”。孙悟空不以为然,当着那国王,“挺身不动”。国王作怒道:

“你东土便怎么!我不在你朝进贡,不与你国相通,你怎么见吾抗礼,不行参拜?”

孙行者的回答掷地有声,表达的正是我们的经典国家理论和国际关系准则:

“我东土古立天朝,久称上国。汝等乃下土边邦。自古道:‘上邦皇帝,为父为君;下邦皇帝,为臣为子。’你道未曾接我,且敢争我不拜?”

原载《法学研究》1997年第1期

俗与雅

沈尹默是当代名学者、诗人和书法家。早在五四时代便是一名新文化运动的活跃分子。他原名君默，后来似乎是为抗议政府钳制舆论，索性将“口”字去掉，叫尹默了。他做了一些不错的新诗，虽然白话诗的旗手胡适对其人品颇有微辞。不过，沈氏书法在当代却占着一个重要的地位。论者评其楷书点画停匀、揖让安详，有不胜罗绮之轻柔娇秀。我们今天读他的作品，几乎不会想到他早年的字曾得到过“其俗在骨”的严厉批评，而出此言者，却是另一位新文化运动领袖——陈独秀。

俗是什么？这是一个难以解答又令人困惑的问题。对于俗或雅，是否有某种客观的判断标准，抑或只是一种存乎人心并且因时因人而异的感觉？雅和俗似乎是对立的两极，但是二者并不总是冰炭不容、参商难会，例如我们会用雅俗共赏来评价某些艺术。有些时候它们又会相互转化，俗到极点便是雅，所谓大俗大雅，而雅过了分寸或许反而成了俗，因而有“雅得有些俗了”之谓。到底孰为俗，孰为雅，总像是

一笔糊涂帐，难以划得泾渭分明。

有人说俗是某种东西过多的表现。例如乡村姑娘，英姿慧丽，清水芙蓉，自有不俗的格调。但进了城市，也学着城里女人那般浓墨重彩，把好端端的一幅俏丽脸儿抹得“霜重色愈浓”，于是就俗气顿生了。再以书法为例，古人有“宁丑勿妍”之说。一味地追求妍妍的姿媚——如我们在一般县城里见到的那类当地书法家作品——当然是俗，但是，那种笔势怪异、惟丑是求的野狐禅大概也算不上雅。要之，雅可以说是人本性的一种自然流露以及与此本性相符合的修养的自然展现，是一种率情任性的生活态度和人生境界，而俗呢，正相反，乃是人性的不自然流露和修养的不自然展现。俗人不避其俗或可谓雅，而雅士炫耀其雅适足成俗。

时下某些作家似乎不谙此理。他们作品里的人物一个个都在玩高雅，出口成长篇大论，妙语如连发炮弹，绞尽脑汁造幽默，银屏文坛诨大腕，实在是矫揉造作、俗不可耐。这样的作家走红，并且被某些评论称作“幽默作家”，这事实本身不正是幽默的对象么？

写到这里，想起了沈尹默的一首诗，这首题为《赤裸裸》的白话诗技术很不高明，因其旨趣与本文略似，未能免俗，搬来作结：

人到世间来，
本来是赤裸裸，
本来没污浊，

却被衣服重重的裹着，

这是为什么？

难道清白的身不好见人吗？

那污浊的，裹着衣服，就算免了耻辱吗？

原载《中国政法大学》1993年3月31日

胡适评批胡

《读书》杂志五月号上发表王学典题为《痛苦的人格分裂》的文章，叙述了 50 年代大陆“史学传统学人”的一段痛史。我们看到，从 1951 年起，先是胡适的弟子顾颉刚站出来批胡以求生，继则顾门弟子童书业以其师之道还批其师及师之师，此后（或许并非最后）童氏在山东大学历史系的弟子们又如法炮制，对乃师痛加批判……在我们这样的一个素重师道尊严的国度里，居然上演了这么一出弟子批斗其师方能自保乃至背叛其师方能升迁发迹的悲剧兼闹剧，真可以说是礼崩乐坏，莫此为甚。

这个时候，作为此派“开山教主”的胡适先生却毫发未损。他来往于美国与台湾之间，著作、演讲、答记者问，像从前一样忙得不亦乐乎。当然他对大陆政局发展与学界状况还是颇为关心的；批胡开始之后尤其喜欢搜罗有关报章文字。他往往将这类文章剪贴在日记本上，并写下他的评论和感受。例如 1951 年 12 月 11 日《大公报》发表了顾颉刚等人的批胡文章，到了次年 1 月 5 日，胡适在日记中便作出了回

应，剪报旁边，胡适评论道：

颉刚说的是很老实的自白。他指出我批评他的两点也是他真心不高兴的两点。

不要以为胡适对批他的人都这么“温良恭俭让”；对于在《大公报》上同时亮相的另两位批胡人士，他的评论就很不客气：

蔡尚思是一个有神经病的人，但他写的“胡适反动思想批判”，还参考了不少书，引了我许多话。……沈尹默的一篇则是全篇扯谎！这人是一个小人，但这样下流的扯谎倒罕见的！

总结 50 年代以后中国知识分子的遭遇及心路历史，不应忽视那位身处局外而又常在事中的胡适的言论，而他的以认真和不间断而著称的日记（台湾远流出版公司 1989 年出版的手写本皇皇 18 卷）正可以为我们提供一份弥足珍贵的史料。

原载《中国政法大学》1995 年 5 月 30 日

听辩论赛有感

日前,有幸听了场本校学生的辩论赛。辩题似乎继承了科举的传统,从《论语》中选了一句话:“知其不可而为之。”正方要证明该为,反方则力辩不应为,八位辩手,唇枪舌箭,激战数十回合,难分胜负,最后评委判决,正方以微弱优势取胜。

说起来,辩论演说之类,无论中西都是古已有之的。古希腊曾有所谓智术之师者流,专以论辩之术课徒牟利,传授的技能便是将常人以为的非辩为是,将是辩为非。此派在当时很有市场,迷惑了不少青年朋友。苏格拉底先生对此很痛心,创一法,即人所称的“苏氏论辩法”(Socratic elenchus)”,他老人家先是佯装无知(Socratic irony),一副求教神态,从极浅近事例入手提问,让对方回答;对方答案中总包含着一个更深的问题,苏翁照例抓住设问,如此层层逼进,对方终于陷入极荒谬境地。这样,一些似是而非的论题便廓清迷雾,真理重光了。西洋论辩文字最为精彩者,莫过于苏门弟子柏拉图的对话集,朱光潜教授称柏氏“文笔流利而生动,于琐事见哲理,融哲理于诗

情，他的每篇对话都像是一首散文诗，节节引人入胜，读之令人爱不释手。”端的是的评。

中国古代也不乏能言善辩之士，其中最佳辩手之一是孟珂先生，他的辩论法还颇有苏格拉底的风格。那一天，在孟府举办了一场辩论赛，与孟子对阵的是许行教授的弟子陈相，辩题便是许行的观点：“贤者与民并耕而食，饔飧而治，”意思是说，统治者从政的同时，还应亲自种庄稼、下厨房。与时下通行赛制不同，这场比赛一开始便是自由辩论。陈相作为正方，先摆出了上述观点，孟子反问。

反方：难道令师许先生也是自己种庄稼才吃饭吗？

正方：那还用说么。

反方：许先生也非得自己织布才穿衣裳吗？

正方：那倒不。不过我们先生只穿粗麻布衣。

反方：许先生戴帽子吗？

正方：是的。

反方：戴什么帽子呢？

正方：白绢帽子。

反方：是他自己织的吗？

正方：不，是拿谷米换的。

反方：那许先生为什么不自己织呢？

正方：耽误种庄稼呗。

反方：许先生也用蒸锅做饭，用铁犁耕地？

正方：是的。

反方：是他自己制造的吗？

正方：不是，是用谷米换的。

反方：……许先生为什么不亲自烧窑冶铁，把各种用具都做齐备了，随时使唤？跟手艺人一样一样地去换，他怎么不嫌烦得慌？

正方：手艺人多啦，什么用具都有，本来就没法又要种地，又要做这个，做那个。

反方：说的是啊，难道国家就可以一边种庄稼，一边管理么？……

接下去，正方就没有反驳的机会了，几乎所有篇幅都是孟子的总结陈述，把个空想社会主义者陈相驳得难以招架，老夫子的这段话也成为我们古典中最著名的语录之一。

可惜的是，先秦诸子的这种辩论风气后来中断了，原因最重要的当然是专制政治对思想的禁锢。“一经圣人口，议论安敢到”，议论尚且不敢，遑论正反对峙，激烈辩论！

因此，眼下不断举办的大学生辩论赛未尝不可以视为思想开放的一个迹象。假如我们的代议机构以及治者也能经常开展辩论，让人民做评委，那才真是“德先生”的胜利啊。

原载《中国政法大学》1994年10月30日

数 字

除了听说有祖冲之这样一个人物外，我对中国的数学史以及它在世界上的地位一无所知。知道的只是传统中国有一种类似所谓“象数学”(numerology)的东西。例如《大戴礼记》中这样的说法：“天一，地二，人三。三三而九，九九八十一，一主日，日数十故人十月而生。”还有一种将数学与政治联系起来的观念。如称皇帝具“九五之尊”，要“山呼万岁”，而宰相只能称“九千岁”之类。

但是，传统中国的有些数字如同客套话，是坐不得实的。不必说“万岁”这样呼者与被呼者都不会信以为真的数字口号，便是“不孝有三”、“三十六计”这类数字也未必都是实数。有人硬要列出三种不孝行为，三十六种计谋，就很有些缘木求鱼之嫌了。

我国文化传统中，对数字包括虚数的重视乃至迷信是文化学里的一个颇为有趣的课题。因为，在今天的现实生活中这种传统依然充满活力。在30多年前的“大跃进”运动中，一些地区粮食亩产可以达到数万斤，且这种新闻载诸权威报章，虚数变为实数，牛

皮升为公理。阶级斗争为纲时，流行说法称百分之九十五为好人，好人当然是绝大多数，但是稍加推算，7亿人口，坏人足有3500万，也是堪称大观了。文革时，不时有阶级敌人企图颠覆列车，当然每一次都因为有英雄人物与该敌人殊死搏斗，使国家财产和旅客生命得以保全。但是最近的十几年来，这类事件却从不发生，那些阶级敌人哪里去了呢？此一时彼一时的这种差异是否与那种人为的百分比有关系呢？我常常这样想。

今天，高校职称评定中讲究字数的现象，又使我亲身感受到重视数字的传统。一些大学曾规定晋升高级职称要有30万字的已发表作品。从近年的趋势看，这标准好像已显偏低。许多30岁左右的同行，著作字数已经动辄以百万计，使得那些字数仅仅几十万的朋友汇报成果时常常要带上几分自卑的神色。于是千方百计增加字数便成为摆在每一位职称候选人面前的头等大事。随着字数大关的重重突破，大跃进时代的气氛也越来越浓重了。

“韩信点兵，多多益善”。不过韩将军所点者如果都是些老弱病残，是否益善便大可怀疑。陈兵百万，不如寸铁杀人；微言一克胜过废话一吨。数字云乎哉！

原载《中国政法大学》1992年10月25日

训练以及勤奋的治学精神成就了这位饱学而机智的文化巨人。我们在仰之弥高、自叹弗如的同时，未尝不可以庆幸生逢其时，能够读到先生的各种著作，并替那些半个世纪前离开这个世界的中国学人们抱些遗憾。假如梁启超、王国维们也能读到《谈艺录》、《管锥编》该是怎样的击节称赞！（晚年的胡适能读到《宋诗选注》算得上是很有眼福的了。）

然而，处顺境者未必快乐；先生骨子眼里却是忧愤的。他对于人类由于自己本性的弱点所带来的种种苦难怀着不可遏止的怜悯和同情。少年成名以及后来事业上的巨大成功并没有减弱他的这种情感。援用他自己的一个比喻，这种情感“好比树上刻的字，那棵树愈长愈大，它身上的字迹也就愈长愈牢。”先生31岁时出版的那本《写在人生边上》的散文集便以犀利而幽默的笔调揭露了人类思想与行为中种种矛盾和虚假。短篇小说集《人·兽·鬼》让我们认识到人、兽、鬼之间并无永恒的边界，在很多情况下三者会不安分地相互换位。《围城》中冲进突出的方鸿渐、苏文纨们也绝非有些评论文字所谓只是某个时代、某个阶层的人物造型。未完成并且写就的两万字也不知下落的长篇小说《百合心》从书名即可想见主题：人生的种种追求仿佛一片一片地瓣百合的瓣寻找它的心，而悲剧在于——百合无心。熊十力曾说：“我生平不喜小说，某年赴沪，舟中无聊，友人以《儒林外史》进，吾读之汗下，觉彼书的穷形尽态，如将一切人及我身千丑百怪，一一绘出，令我藏身无

地。”《围城》的读者——假如具备一定的心智水准的话——也是应当有类似感受的。

忧世伤生的情感不仅贯穿于文学作品中，它还冲出了小说诗歌的边界，蔓延到先生的理论著作中。《谈艺录》“虽赏析之作，而实忧患之书也。”煌煌四大册的《管锥编》写作于“文革”乱世，黄裳先生说它是有趣的书，我管窥之余，分明感到它也是有气的书，其中忧思与愤懑之强烈并不下于以前的文学作品。

当然，钱先生的忧患和愤世并没有变为悲观和厌世，更没有丝毫轻薄与玩世。他的作品蕴含着改进人生与人类社会的伟大理想。因此，尽管他看到人生的种种矛盾和悲剧，但仍然通过一系列杰出的著作，更通过他自己的人生态度和生活方式展现了人生光荣与崇高的一面。石门司者称孔子“知其不可而为之”，钱锺书先生的学与行不正是体现这种精神的一个当代范例么？

原载《工人日报》1993年9月6日

《人生颂》诗扇亲见记

1982年，钱锺书先生以他的一篇英文旧作为依据，重写并以汉语发表了那篇论述晚清中西文学因缘的论文：“汉译第一首英语诗《人生颂》及有关二三事”（改定本载《七缀集》，上海古籍出版社1985年初版，1994年修订本，页137—167）。文章对于美国诗人朗费罗（Henry W. Longfellow）的诗作《人生颂》经由英使威妥玛译为“有章无韵”的汉语，又经时任总理各国事务衙门“相当于外交部当家副部长”的董恂剪裁为七言诗的过程以及其中蕴含的文化意义作了精湛的解说和分析。从文章中，我们得知，这篇“破天荒最早译成汉语的英语诗歌”的译文被写在一把扇子上，似乎是通过美国驻华公使蒲安臣赠送给了作者本人。朗费罗在日记中记此扇系一位“中华达官”所送。钱先生判断这位官员应为董恂本人，有关文献中所谓“Jung Tagen”（容大人）或为“Tung Tajen”（董大人）之误。钱先生说：“……《人生颂》译文和那把‘官老爷扇子’（mandarin fan）上面写的是一是二，有机会访问美国而又有兴趣去察看朗费罗

的遗物的人很容易找到答案。”

钱先生的文章发表已近 15 年。管见所及，似乎尚没有人去实地察看过那把扇子，至少未见有这方面的文章发表。“容大人”究竟是否系“董大人”之误？扇上的文字与中国文献上的记载是否一致？甚至，那把扇子是否还存世？这些小悬念都很有必要去解开，虽然它们算不上是什么具有历史意义的大课题。

今年(1996)7月，承美中学术交流委员会和哈佛大学的资助，我有机会来哈佛法学院作为期半年的访问研究。偶翻地图，发现朗费罗故居正在哈佛大学所在的坎布里奇(此间华人通译为剑桥)市。心中忽然想起那桩“诗扇疑案”，何不利用这大好的机会去看个究竟呢？



美国诗人朗费罗
(1807—1882)

见到了诗扇

朗费罗故居距哈佛广场约 1 公里，在著名的布拉托街(Brattle Street)105 号，是一座具有殖民地时代早期风格的建筑。在二楼临窗南眺，隔着一片绿茵茵的草地，查尔斯河款款东去，风景颇佳。此房建于 1759 年，第一个主人是一位效忠于英国王室的富有军官。美国革命时期，华盛顿曾将此房作为司令部兼住宅。至于朗费罗，则先是从 1837 年起，在此房中

赁屋而居。那时，他受哈佛大学之聘担任语言学教职。1843年，诗人与阿波顿小姐结婚，岳父索性将此房买下作为给这对新婚夫妇的礼物。诗人居于此，直到去世。现在，此房已列为“美国国家历史名胜”，室中各种物品悉照主人生前情景布置，向公众开放。

本来以为，那把扇子肯定还像100多年前英国人福开森来访时看到的那样，放置在诗人的书桌上。不料，书房看过了，其他各个房间也都看了一圈，扇子却缘吝一面。我不免有些不安，担心那把扇子已经失落。若是那样就太令人失望了，须知我此行仿佛孙行者上翠云山，念兹在兹的就是那把扇子啊。赶忙问那位谈起跟朗费罗有关的掌故来如数家珍的导游。他略有些惊奇，说故居藏品中确有一把来自中国的扇子，但并非寻常陈列品。要看此物，须与馆长联系，择日再来。于是，又与馆长谢伊（James Shea）先生电话联系，确定日期，再次来到故居——这一次是直接来到存放档案的地下室，终于，那把扇子由谢伊先生展示在我的面前。

让我感到意外的是，这把扇子居然是该故居的新发现。馆长告诉我，多年来，他们会偶尔接到来自中国和日本的有关此扇的询问，但馆中人员惟知曾有此物，其究竟在何处，是否已经灭失，则茫然无所知。三年前，他们在清理地下室时，在一个柜子中偶然发现。他还称我是三年来第一个获见此扇的中国人，令我颇感欣庆。

这是一把竹骨折扇。与人们今天常用的那种相

比较稍大些，但我此前想像者要小。（董恂译文七言三十六行计 252 字，篇幅不小，我以为总需要一个较大的空间。）扇骨上有极精致的雕刻，其中一支靠近骨脚处已经折断。扇面为黄底纸饰以冷金。《人生颂》诗文不著标题，楷体书录。上款处盖一闲章，印文难以辨认。下款所署时间为“同治乙丑仲春之月”，署名“扬州董恂”。名下有印章二，白文印“董”，朱文印为“恂”。据钱先生文章，福开森对译诗赠扇的“华国诗人”的书法很表赞赏，说“假如他的译文能和他的书法一样好，那就真是佳作了。”的确，扇面上的书法法度精严，极具功力，那样如同雕版刻印似的小楷实在不多见。以前未曾见识过董恂的书法，因署名下未加“译并书”一类字样，我略有些疑心，这幅扇面是否系“专业”人士代笔写就。

文字出入

我从哈佛燕京图书馆借出了钱先生的《七缀集》，以便以其中所引董恂译文与扇面文字相对照。结果发现四处出入，一是“扰扰红尘听鼓鼙”，扇面作“扰攘红尘……”。二是“已去冥鸿亦有迹”，扇面作“……犹有迹”。三是“欲问失帆谁挽救”，扇面作“欲问失风……”。最后是紧接着的一句，“沙洲遗迹可追求”，扇面则为“……可探求”。当时心想，这些出入大概是方濬师著《蕉轩随录》时将其上司的译文随手录来，出现笔误；或者相反，是董恂（或那位代笔人）书写诗扇时的随机改动。虽然这些均属于那类“可以引起猜测而也许不值得考究”的问题，但还是忍不住找来《蕉轩随录》加以核对。出人意料的是，方濬师书中诗文与扇面文字完全一致。尤其值得注意的是，钱先生在他的文章中曾特别对上述第二处出入的“亦”字

作出纠正：“‘已去冥鸿亦有迹’的‘亦’字多分是‘犹’字之误”。可是，这个误植无论是在扇面上，还是在《蕉轩随录》中都不存在。问题出在哪里呢？

我意识到有必要追根溯源，找到钱先生文章英文底本里的引文加以核对。多亏是在哈佛大学，这里的各个图书馆资料搜集既齐



译者 and 赠扇人董恂
(1807—1892)

全，检索与借阅又极其方便。我找到了1948年由设在南京的国立中央图书馆出版的外文期刊 *Philobylon* 第2卷第2期，复制了钱先生的英文论文“An Early Chinese Version of Longfellow's 'Psalm of Life'”。对照之下，发现上述四处出入中的后两处在英文论文的引文中尚不存在。那么，“失风”变为“失帆”，“探求”变为“追求”分明是中文论文发表时的改动或笔误。但前两处出入却是在英文论文中已经存在。另外，钱先生在英文论文中更明确地表明他所依据的是《蕉轩随录》的初刊本（“I use the first edition of 1872.”）。看来，诗文的出入应当来自辗转抄录中的笔误。

“容大人”或“董大人”

“容大人”之迷在翻看扇子背面时揭开。在扇子背面扇骨处，有一行铅笔书写的英文字：The “Psalm of Life” in Chinese by Tung Tajen。馆长以肯定的语气告诉我，此乃朗费罗本人的笔迹。字迹相当清晰，人名第一个字母分明是“T”，与“Tajen”中的“T”的写法完全一致。“Tajen”中的“j”也很清楚，并非“g”。钱先生的判断果然极为精当，诗扇的来头就是董恂“董大人”而不是另一位“容大人”。根据我后来陆续收集的有关文献推测，第一次将“Tung Tajen”误写为“Jung Tajen”的，或许是1882年2月26日（诗人去世于下个月的24日）出版的一期 *Lit-*

erary World 中对朗费罗作品的各种外文译本的列举。

要弄清楚的问题大体上都有些眉目了。但是,当我将诗扇时款的中国纪年转换为西历纪年时,又发现了另一处疑问。如前所述,此扇书于同治乙丑仲春之月,乙丑是同治四年,西历 1865 年。奇怪的是,根据钱先生文章里的引述,福开森回忆他 1864 年 9 月访问朗费罗时见过诗扇。福氏对于诗扇书法的评价表明他确实亲眼见过扇子,绝非信口开河,无中生有。但是,1864 年时,诗扇尚未题写,福氏又何从得见呢?

权威传记里的史料安排失当

看来问题有点像吾乡谚所谓“拔出萝卜带出泥”,我也索性“打破沙锅问到底”。跑到哈佛图书馆总馆——就是那所著名的威登纳图书馆(Widener Library),抱回一大堆与朗费罗有关的书(只有福开森的那本回忆录被某课题组长期调用,无从查考),传记、书信集等应有尽有。

那本由诗人的弟弟塞缪尔·朗费罗编辑的《朗费罗传》(Life of Henry Wadsworth Longfellow)向有权威传记(official biography)之誉。这本传记最早于 1886 年以两卷本出版,五年后增补许多资料出版三卷本。各种资料的编辑采取了类似我们这里的“年谱长编”的形式,按年份先后将传主的日记、书信以

及其他相关材料加以编录。钱先生文章的注释使我们很容易找到福开森访问朗费罗的那段史料。结果，白纸黑字，福氏来访的相关史料确实是在1884年项下。先是诗人9月27日的日记：“福开森先生带了一封介绍信来访。我邀他来舍小住。”紧接着是编者节选自福氏《战时与战后的美国》中关于朗费罗的长达四页半的记述，在书房里看到诗扇云云均在其中。福氏回忆与董恂赠扇之间一年左右的“时差”迫使我推测，福氏对朗费罗的访问不止一次；在朗费罗获赠诗扇与福氏书1866年出版之间，一定又来访过。有必要再查福氏第二年尤其是下半年的行踪。按照书后索引提供的线索，果然发现了福氏第二年的又一次来访。（我想起钱先生散文里的话：“好像学问的捷径，在乎书背后的引得，若从前面正文看起，反见得愈远了。”不禁莞尔。）

1865年项下，10月12日诗人日记：“福开森先生来访。晚上，我们一起到沽尔德博士酒店去吃饭……”我又取希伦（Andrew Hilen）编辑的六卷本《朗费罗书信集》（哈佛大学出版社1972）对照，找到了相关信函。福氏首次来访时，朗费罗曾写信给他的朋友，著名政治家萨姆纳（Charles Sumner）：

英格兰北方人，也可以说是我们这边
北方人的朋友福开森先生正在寒舍做客。
明天（星期四下午两点半）你能赏光和我们
一起吃饭么？……（日期：1864年9月28

日)

显然,那一次萨姆纳与福开森见过面。因此,当福氏次年再次来访时,诗人又给萨姆纳写了信:

我希望你明天能够到外边来出席一场饭局。来自英格兰卡里斯勒的福开森先生正在我这里,并且急于再见到你。想必你还记得,他一年前曾来过我国。(日期:1865年10月14日)

10天之后,朗费罗又有一信致萨姆纳,这一次提到那把扇子了:

我发现明天(星期一)在我们的朋友史密斯及其伙计们(引按:这大约是一家餐馆的名号)那里吃饭的计划无法如期实现;所以我们只好把庆贺中华达官扇的宴会推迟到星期五。我希望这个变化不会给你带来不便……

实际上,这次宴会直到10月30日方举行,朗费罗当日(钱先生文章中误为11月30日)的日记对庆扇宴会的记载便是钱先生文章译出的那句话:“邀蒲安臣夫妇饭;得中国扇,志喜也。”

根据这些情况,我们大致上可以推测导致差错

的过程。蒲安臣回国后,先是将董大人的那份赠礼送达受赠人;后者为庆贺得扇并答谢蒲氏,专门约期邀宴。此时恰好福氏来访,在书房里见到诗扇,留下深刻印象。但后来福氏在写那本书时,并没有把两次访问的印象作明显的区分,只是愉快地却又是笼统地谈他的观感,导致后来为兄作传的弟弟朗费罗把那段材料一股脑地放到了1864年项下。《蕉轩随录》这本中国文献中对于此次译诗唯一有所记载的书却只字不提赠扇这回事,更不必说赠扇的时间。幸赖钱先生博采西方文献,人们方知道有这样一桩“扇为媒”的雅事;又靠着那把扇子上的时款,我们才得以揭示那本朗费罗传在安排史料上的一个很容易引起误会的疏忽。

来哈佛本为研究中西法律交流的早期历史,却颇有兴致地去找寻并目睹了董恂赠朗费罗的那把诗扇——中西文学交流史上的一件重要物证,不免有偏离正业之嫌。不过,“诗扇疑案”的若干情节得以“侦破”,并且这些发现于钱先生再次修订文章或许不无小用,对于最喜读钱著的我而言,却实在是一件特别快意的事情。

1996年11月27日初稿于坎布里奇

1997年1月31日改定于燕北园

附记:在见到诗扇之后和查考有关文献的过程中,我曾两次写信给钱钟书先生,报告有关情况。钱先生患病住院,

海外报章亦有报导。自己深恐太多打扰,不过还是很想让钱先生了解这些情况,以便在修订《七缀集》时有所参考。让我意外的是,钱先生和杨绛先生专门请栾贵明先生写来了回信,对于我的这点小成绩颇多过誉。我愿意借发表这篇小文的机会,表达一个读者对于钱、杨两先生衷心的祝福。同时,我也感谢朗费罗国家历史名胜(Henry Wadsworth Longfellow National Historic Site)的工作人员尤其是馆长谢伊先生(Mr. James Shea)提供的帮助和便利。

原载《光明日报》1997年2月5日,收入本书时作了较大增补

人名别议

“社会纵横”版新栏目“社会学茶座”取名不俗，5月13日所刊郑也夫的《商标与人名》也是一篇很有意思的文章。在办公室里无茶而坐，却也细读一遍，生出一些感触和不同看法，便投稿“茶座”，就人名问题与也夫先生笔谈一番。

我们平时喜欢说“尊姓大名”，透露出姓与名都挺重要。不过，与名不同，姓通常难以自由选择。“人从宋后少名桧，我到坟前愧姓秦”，即使惭愧得无地自容，这“秦”字还是要姓下去。但是叫不叫“秦桧”却全看你喜欢不喜欢。这样说，似乎取名是自由的，其实这种自由也还要打折扣，因为这项自由权大多并非由一生带此符号者个人行使。农家小子呱呱坠地，全家欢喜。爷爷手摸胡子，笑咪咪地说：“就叫铁蛋吧。”于是“铁蛋”、“铁蛋”地就叫了起来，唤者自然，听者悦耳，一片祥和之气。后来小铁蛋蛋有出息，居然考上了大学。这一来，他那乡土气息颇浓的名字就面临文化上的挑战了。与班上其他同学斯斯文文的名字相比，他觉得自己的名字委实太那个了。最后，

铁蛋君决心痛改前名，舍俗取雅。改成了，他便名副其实、名正言顺；改不成，便只好铁蛋一生，死而后已甚或死而仍不已了。

有些跑野马了，还是从这个虚构的例子回到正文上来。也夫先生的基本主张是希望尽可能降低重名率。他认为单字取名重复率太高，且不利于朋友间直呼其名，而去姓称名会给人一种“亲切尊重兼而有之”之感。对于这些看法，我很赞成。不过，单字名重复率高似乎只是一般规律。据我观察，在男名中，“勇”、“明”、“平”、“强”、“亮”等作为单名用字重复率很高，但“李贽”这个单字名数百年来并没见到有重复者；当代名作家黄裳也只跟宋代《兼山集》的作者遥相重名。反之，虽然一般地说双字名重复率低，但如“丽华”、“文华”、“旭东”这类名字重复率却高得惊人。我交游不广，但近年来结识名“建国”者便有六位之多。因此，在下不赞成简单地将问题归结到单双字上，更反对也夫先生所提“单字为名报户口时应受法律干预”的主张；姓名自由权不应受到限制。以中国人口之多，重名现象不可能也没必要彻底消除。降低重名率主要还要靠大众传媒做些引导工作。个人管见，需要提倡的除了多取双字名外，还包括：1. 避免名字与社会大事件发生过于直观的联系；2. 多用取名用字频率较低的字及其组合（并非冷僻字）；3. 也是最根本的，提高全民文化水平，使取名多一些独创，少一些雷同。

原载《经济日报》1992年6月3日

说单位

改革开放之初，外国人旅游中国，常被问及在什么单位工作。外国人却好生不解：什么是“单位”？

实际上，“单位”的祖籍正在西洋。英文有 unit 一词，日本人借用古汉语词将它译作单位，后又转口中国，成为现代汉语中的一个常用词。这个词由西洋而日本再中国，一路跋山涉水，居然增添了新的含义，最终连原产地的人都相见不相识。

在当今中国，单位可是个重要的东西。它大可以有十数万人，小不过数十人而已。党政工青妇，保卫计生办，无论单位大小，这些组织机构均要照例设置。薪水单位领，福利单位发，案发先报保卫处，纠纷要找调解员。单位领导要对全体成员负政治思想教育之责。出了先进人物，足证其领导有方；发现了作奸犯科之徒，领导自然也难逃其咎。反过来，单位兴衰荣辱也与个人利益息息相关。单位好则奖金多福利多住房宽敞过节不需买东西，单位差则休言福利正常工资也难保。这就难怪学生毕业分配千方百计要寻找好单位，青年男女恋爱之初要将对方单位打

听仔细掂量再三才定夺。

所以，我们这个社会实实在在成了一个以“单位”为单位的社会。除了正常的业务之外，单位行使着相当程度的利益分配、人员管理、社会关系调整等职能，分担着国家在管理社会方面的责任。然而事情都要两面看，单位有时也不免以本身的利益与国家的利益相对立；人员流动少会使单位里逐渐滋生派系之争与人身依附；某些单位负责人可以一手遮天对不驯服者说你孙猴子再有本事也逃不出我如来佛的手心；一个长期稳定的单位会造成一种“熟人的社会”，排斥法律对社会关系的调节；个人功过与单位及其负责人挂钩又不免与个人对自己行为负责的现代观念相冲突；单位对职工衣食住行的过多操劳又阻碍了社会性公益事业的发展。

英国有位法学家叫亨利·梅因，在 131 年前曾写过这样一句名言：“进步社会的运动，到此处为止，是一个从身份到契约的运动。”意思是说个人从家庭和集团的束缚中摆脱出来乃是社会进步的一个重要尺度。10 多年来的改革开放对我们社会的单位制已经产生了或多或少的冲击。改革开放正是一场推动社会进步和个人自身发展的伟大运动。

原载《经济日报》1992 年 7 月 22 日

说单元

周末，去一位朋友家祝贺乔迁，到了那栋既高且长的新楼前却发现忘了带写着门牌号码的纸条。想又想不起，接连向几个人打听，可谁都不知道。也难怪，都是新住户，彼此不认识——不必说新住户，城市中的这种公寓式楼房，即使“门当户对”若干年，彼此不知姓名者亦不鲜见。怏怏然只得打道回府。

对于现在的城里人来说，这类住宅楼前的麻烦只是寻常小事。但在农村这可是异乎寻常的怪事。到农村访问某人，村头随便一打听，对方就会一五一十地告诉你，腿勤的小孩还会一溜小跑把你的主人喊出来迎接你，让你顿生一股暖意。乡土社会，聚族成村，人们世世代代生活在一起，形成了一种熟人的社会。不仅左邻右舍彼此了如指掌，便是南庄北村也多知根底。孩子是看着长大的。老人是一起送走的。这种情形赋予乡村社会关系以特定的性质。调整人际关系的是一代又一代形成的规矩而不是法律；纠纷常常要由双方都能接受的权威人物（家族中老者、族长等）加以调解。打官司、结怨仇是这种超稳定社会

中最忌讳的事情。

城里的情况就大不一样了。来自五湖四海的人聚集到都市里,许多人之间,没有血缘和家族的纽带,有的只是地理上的连结。虽然较之农村,人们之间的距离可能更近(就单元楼而言,似乎是把千家万户码放在一起),但是,形虽密而神实疏,近在咫尺人隔远。乡土社会的那和浓厚的人情味已很淡漠。因此,纵然开门之声相闻亦可老死不相往来。虽云邻里,实同路人。

读者且莫误会,以为我是在贬抑城市的这种居住方式,恰恰相反,居住方式以及由此带来的人际关系的变化正是走向现代社会的需要。我们在失去了乡土社会的人情味的同时,也从根本上动摇了家族主义的根基。陌生人的社会正是法治国家的温床,族长老者赋闲之日便是法院律师繁忙之时。从这个意义上说,不加限定地歌颂乡土人情,很难说表现的是一种有助于历史进步的情绪。

于是,我希望有更多的人住进单元楼。

原载《经济日报》1992年9月2日

所谓的烦恼

前些年曾读丁聪先生一幅漫画：老少三代四口人，在一幅写着“荣宝斋书画展览会”的繁简体汉字加拼音对照横幅前呈困惑状。漫画题曰“过渡时期的烦恼”。这些年来，此种烦恼未消，却又添了一桩新烦恼：称谓。

时下所谓的混乱状况可以用这样四句话概括：“同志”处境尴尬，“师傅”渐呈颓势，“小姐”悄然北上，“老师”常不副实。

先说同志。这个称谓曾被认为反映了新社会全新的人际关系，因而在解放后数十年中曾是我国独一无二的社会性称谓。其实，它并不算是新说法，我在某清人文集中就见过“就某事告吾同志”这样的标题。国民党时期它由一个对某种人际关系的描述词变成了一个政治性称谓。解放后更大众化，成为一个社会性称谓。它的优点一是平等感：无论长幼尊卑，见面即同志，颇具大同世界之风。二是无性别之分：面对男女听众，无需“女士们、先生们”，一声“同志们”便尽在其中了。不过有些场合，同志这个称呼常

使称者与被称者都不自在,而另一些场合,同志之前还须加上限定词,“已婚妇女同志们”就不如“太太们”来得简洁省力。加之政治色彩过浓,10多年来,同志这称呼的使用越来越少。有一段时间,连电视台、电台的播音员也逐渐改用“各位观(听)众”或“观(听)众朋友们”这样的称谓。

师傅的流行大约与工人阶级在我国崇高的领导阶级地位有关。与同志相比,它多了一些尊称色彩。前些年,该称谓甚至流行到“工农商学兵、行行皆师傅”的程度。大学校园里散步的老教授们,无论男女,竟也被“师傅师傅”地唤个不停。盛极则衰,现在它也呈“疲软”之势了。但是,另一个称谓——老师——在某些场合却大为走俏。比如文艺节目中两位主持人,一位年长资深,一位年少资浅,后者称前者必为“×老师”;若有若干艺界名流登场,50岁以上者便皆为老师。若不信,周末看一次“正大综艺”,可证我言之不谬。

值此混乱之际,从南方又款款走来“先生”与“小姐”。在占领了南国“称谓市场”后,这两位又北上推销,且前景看好——同志愈发尴尬了。

称谓也可以算是社会学上的一个所谓指标,称谓的混乱标志着人际关系的某种不正常状态乃至社会价值观念的某种迷惘。愚以为很有必要展开更多的讨论,从而求得一个合理的解决方案。

原载《经济日报》1992年10月21日

“钉子户”与“拔钉子”

在10年以前出版的各种词典中，还查不到“钉子户”这个词。最早将征用过程中对政府或有关机构的补偿条件提出异议并拒不搬迁的人家形象地称为“钉子户”的，恐怕还是一些报章文字。“钉子户”事件屡屡见诸报端，对“钉子户”的处理方式往往引起争议，这也许反映了当前社会解决社会冲突所存在的一些问题。

“钉子户”问题首先是一个法律问题。它所涉及的诸如个人对其财产的权利、政府对私人财产的权限、房地产价值的评估以及补偿条件的合理与否，均是民法上的重大问题。因此现代各国法律（包括我国法律）均有专门规定。不过许多现实例证表明，这类争议经常不是通过司法途径，而是用行政手段加以解决的。这就带来了一个问题：征用的行政行为与“拔钉子”的行政行为令出一门，原告与法官合而为一，如何保证结果完全公平呢？

写到这里，我觉得有必要讲一个德国“钉子户”的故事了。这故事我是从近代名学者、杨开慧的父亲

杨昌济的《静观室札记》里读到的：

“德国前皇威廉第一在位时，有一离宫在坡疵坦地方。离宫之前有磨房，欲登高远览一切景象，为所障碍。德皇厌之，传语磨房主人曰：‘此房价值几何？汝自言之，可售之于我。’孰意磨房主人殊强项，应之曰：‘我之房基，无价值可言。’德皇闻之赫然怒，令人将磨房毁去。磨房主人袖手任其拆毁，从容曰：‘为帝王者或可为此事。然吾德国尚有法律在。此不平事我必诉之法庭。’彼竟与德皇构讼。法庭依法判决德皇重将磨房建筑，并赔偿其损失。德皇为法律屈，为人民屈，竟如法庭所判。事后且语人曰：‘吾国法官正直如此。我之大错，彼竟有胆识毅然判决之，此吾国至可喜之事也。’”

不消说，19世纪的德国社会与今日之中国社会大不相同，并且德皇为的是一己私利，而我们今天征用房地产旨在造福人民。但即使如此，故事所反映的那种精神以及将政府与民众间的纠纷诉诸公正的司法解决的实践还是有它的借鉴意义的。

原载《经济日报》1992年11月25日

上岸者说

我是一个下过海而后爬上岸并决心不再下海的人。本来我在大学任教，生活清苦，陋室一间，不过心理尚较安定。但有了孩子后情况便大不一样了。安静的小屋不再安静，清苦的生活却愈发清苦。终于横下心来，随着第一次经商大潮于1988年下了海，到某进出口总公司做了一名业务员。

公司方面大约以为我的条件不错：法律专业研究生学历，讲师职称，外文方面有译著行世，年龄不足三十，身强力壮，有充分条件成为一名优秀业务员。我自己呢，也觉得胜任工作不成问题。

但是，后来的发展却与预料与期待者完全相反。原因说来很简单：我虽外在条件不坏，但是却缺乏成为一个好奇人所必须具备的内在条件，即对职业的挚爱和进取精神。对新职业我一点都喜欢不起来。每天上班8小时，接电话、发传真、算价格、打单证，整天忙忙碌碌，所为者皆是与志趣不相投的事情。因为没兴趣，便心猿意马、和尚撞钟，混事而已。报纸来了，一份一份地仔细阅读，偶尔手痒，也会偷空写点

豆腐块文章没出去；出差外地，公务之余总喜欢游览名胜、访求图书（我所在的并非图书进出口公司）。说来也怪，即使混事，个人收入还是比在大学时高出一倍以上，而大学中的我却是个兢兢业业、未敢懈怠的教师。这样的反差显示出我国经济分配体制上的一个大弊病。

有意思的是，人事体制上的弊病逐步消除，1年之后，公司终于将我淘汰出去。我又回到大学，下海者上了岸，也可以说是从一个海跳进了另一个海。我想起了“学海无涯苦作舟”那句老话。

两年后的今天，市场经济的大潮又一次冲击神州大地，知识分子下海又成了热门话题。我的不少同事已经或正准备下海。对此我心如古井，不为所动。前次的经验告诉我，人有不可为不能为的事情。我深信若论发展经济，舍市场模式则必然既无效率，又失公平，同时也深信文化教育不能完全依靠市场调整。有些没有直接市场价值的学术事业常常对于民族与人类有长远的价值，对于它们予以扶持正是政府与社会的责任所在。梁启超常说：“欲一国文化进展，必也社会对于学者有相当之敬礼，学者恃其学足以自养，无忧饥寒，然后能有余裕以从事更深的研究，而学乃日新矣。”今天的情况却是学者必须弃其学方能自养，否则便有饥寒之忧，难道这不是很可忧和可警的事情么？



法苑珠林
法苑珠林
法苑珠林
法苑珠林

ISBN7-5036-2283-0/D · 1902 定价: 14.00元