普通人都能读懂的

法学
学派解构入门

王德生　著

德麦国际出版社
DEMAI INTERNATIONAL PRESS

出 版 信 息

书名	《法学学派解构入门》（副题：普通人都能读懂的）
著者	王德生
执笔	复合主体：王德生立题、口述学科诊断与裁定，Claude 执笔与统稿
出版	德麦国际出版社（Demai International Press）· 新加坡
编号	德麦国际专著第 320 号
ISBN	979-8-90690-574-1
定价	US$25
开本	170 mm × 240 mm
字数	约 46.3 万字
版次	2026 年 10 月第 1 版

AI 协作声明：本书的学科诊断、口径与三句判词的主张由王德生（口述）给出；文字在其指令下由 AI（Claude）协作成稿，并经其审定。书中涉及的学者、著作、条文、年份与下编五十件法律大事的日期、数字，写作时经联网核查并分别做了质检与补核；核不到处在正文里没有写死，仍未核完的条目列于附录八「本书最弱处：仍待核实的引文与数字」，其余核验记录存档备查。书中陪读的社区调解室几位常客、楼上漏水一案与各章日常场景均为作者构想，不是真事。本书不构成法律意见，不评价各国制度孰优孰劣，不评在审案件。

全书结构：出版信息、作者介绍、前言、导读、目录；导论；上编十三编六十六章；下编导论与五编（第 67—121 章，一年一节、六国，每编末一个本编小结）；下编结语、结语；参考书目；附录一至八。

作 者 介 绍

王德生（Desheng Wang），SIO 本体论与 SDE 发生学的创立者，德麦国际（Demai International Pte. Ltd.，新加坡）创始人，SDE Universes 平台主持人。毕业于湘潭大学数学系，中国科学院数学研究所博士；曾任教于新加坡南洋理工大学数学系，现居湖南娄底。

前 言

◆ 一、群里转来一条“新规”

傍晚，我们这个单元的住户群里有人转来一张截图。截图上是一行加粗的字：即日起，各户阳台不得晾晒衣物、被褥，以维护小区整体美观，请大家自觉遵守。截图没有落款，也没有盖章，看上去像是从别的群转过来的。下面这些回复，是我构想的场景，不是哪一个真实的群。

第一位邻居回得很快：那以后被子拿到哪里晒？这是不让晒了？第二位说：你看清楚，写的是“阳台”，我家阳台封了窗，衣服挂在窗里面，不在规定里。第三位说：重点是“影响美观”，衣服挂在外面伸出去的杆子上才影响美观，挂在里面谁看得见。第四位问的是另一件事：这是谁定的？物业有权管我家阳台吗？这事经过谁同意了？第五位最实际：别争了，你们看着吧，物业不会真来罚款的，往年也贴过类似的通知，一个月后就没人提了。第六位在最后补了一句：楼下几户老人每天要晒被子，一刀切，他们怎么办？先跟他们商量一下不行吗？

同一行字，六种读法。有人读字面，有人读目的，有人追问“谁有权定”，有人预测“实际会怎样”，有人看这条规矩替谁说话，有人想先把人和人之间的关系摆平。没有一个人是在胡搅蛮缠，每一种读法都有它的道理。可是这六种读法，并不会因为大家都讲道理就自然合成一种。群里吵到晚上十点，各人还是各人的意思。

你可能觉得，这只是一条没头没尾的截图，正规的法律不会这样。我想说的恰好相反：正规的法律只是把这六种读法各自做得更精细了，并没有把它们合成一种。法学里的大学派，几乎都能在这六条回复里找到自己的影子。

◆ 二、法条越来越细，法学越来越说不清

我们这一代人亲眼看着法条一年比一年多、一年比一年细。合同写到几十页，平台规则写到几万字，一部法典写到一千多条。按常理想，写得越细，留下的空子就越少，人们对“法是什么、该怎么判”的看法就应当越来越接近。

事实不是这样。条文越细，要解释的地方反而越多：每一个新的词都要定义，每一处定义都会碰到边上的情况，每一处边上的情况又要再补一条。法学这门学问里，学派也没有因为条文变细而变少。主张法就是写下来的规则的一派，主张法背后有更高标准的一派，主张法就是法院实际怎么判的一派，主张法应当让社会总成本最小的一派，主张法只是强者的话换了一身衣服的一派，主张先修复关系再谈对错的一派，都还在，而且各自在内部越做越精。

各派内部越来越确定，学科整体却越来越说不清。这里要先划一块例外：哪一年通过了哪部法律、判决书写了什么、某类案件的数量是多少，这些有明确的办法查，大家可以对着材料争，争得出来。我把这叫作测量层。本书讲的是往上的两层：一层是“为什么这样判”的解释，一层是“应当怎样判”的规范。越往上，越靠前提撑着，越是各说各话。

◆ 三、法官为什么还是每天都要判

说到这里，法学和它的两位邻居，经济学和政治学，就分开了。

经济学家可以说：数据还不够，有待进一步研究。政治学家可以说：这个问题见仁见智。法官不能这样说。案子到了面前，他必须给出一个结果：赔还是不赔，赔多少，有罪还是无罪。1804 年的法国民法典，第 4 条就写下一条规矩：法官不能以法律没写、写得不清楚或者写得不够为理由拒绝裁判，否则可以按拒绝审判追究。中国民法典第十条也给法官留了一条退路：法律没有规定的，可以适用习惯，但不得违背公序良俗。这两条的方向一致：法可以说不清，法官不能不判。

这就是法学的第一处特殊性：法学必须判。学派之间的分歧，在经济学里可以一直挂着，在法学里每天都要被逼着落成一个判决。一个判决落下来，就成了下一个案子的参照；参照多了，就成了判例、成了体系、成了大家默认的“本来就该这样”。学派的起点，于是不只留在书上，还被一层一层写进了法律本身。

这里要加一句界限：“判”是法学的出口，也就是裁判与立法，不是法学的全部。一个只做理论的法学家，可以一辈子不判一个案子。本书说“法学必须判”，说的是法学的学派最终都要从这个出口走出去，走出去的时候，它借来的前提就会被固定下来。

◆ 四、一个学科诊断与学派的出生证

为什么学派不收拢？我的诊断，先用一句话说：社会科学以互动属性，也就是变化、波、善为中心来研究，于是对客体属性和主体属性产生“预设”，出来各种理论；因此社会科学缺乏统一性、多元化严重，走向相对主义和“怎么都行”。

放到法学里看，就很清楚。法学研究的是人和人之间、人和规矩之间正在发生的事：谁欠了谁，谁伤了谁，谁该让谁。要研究这些，得先说清楚两头。一头是法是什么东西：是命令、是规则、是原则、是利益的平衡，还是法院的实际做法。另一头是法律里的主角是什么样的人：立法者是理性的设计师还是某个阶层的代言人，法官是照章执行的人还是会算后果的人，守法人是讲权利的人、会算账的人，还是需要被看护的人。这两头在法学里没法先测准再往下走，只能先设定。

所以我给每个学派发一张“出生证”：学派的符号，等于预设的主体属性乘以预设的客体属性。乘号是联合设定，两头一起定、互相配套。你把法官设成会算后果的人，法就顺势被设成对后果的预测；你把法设成一个上下有序的规范体系，主角就顺势被设成按体系办事的人。至于裁判规则、解释方法、罪与罚的理论，那是学派从这对预设里推出来的自己的内容。出生证上还有一栏附注，写这个学派把意义押在哪里：创造、自由、幸福，权重怎样配。理论的押法和国家实践的押法，要分开读。

◆ 五、国家的场：连接、次序、结构

出生证只说学派从哪里来，还要说它怎样被锁住。

三类学问各有各的依赖：自然科学的学派是方程依赖，社会科学是路径依赖，人文科学是原理依赖。社会科学的学派以一个现成的样子起手，遇到接不住的事，不回头改起点，只把它吸收掉，或者分出一个新学派，于是只走一条路。

落到社会科学里的三门，又各有各的锁法。我把一个国家看成同时有三个侧面。经济学看的是国家的波：钱和货怎样流，走哪条路、走多快、粘不粘，所以经济学形成的是路径依赖。政治学看的是国家的粒子：一个国家作为一个整体，稳不稳，独不独立，具体长成什么样，这就是政体，所以政治学形成的是政体依赖。法学看的是国家的场：人和人、人和机构之间怎样连着，谁先谁后、谁上谁下，整套规矩怎样搭成一个体系，这三样合起来就叫制度，所以法学形成的是制度依赖。

用回住户群里那条“新规”，三样都看得见。连接：物业、房主、租户之间，谁和谁之间有管与被管的关系，谁对谁负责；租户和物业之间有没有直接的约定，还是只隔着房主连着。第四位邻居问“物业有权管我家阳台吗”，问的就是连接。次序：国家的法律在上，小区的管理规约在下，物业的一纸通知又在更下面；下面的通知要有上面的规矩撑着，才算数。问“这事经过谁同意了”，问的就是次序。结构：这些规矩合起来是不是一个说得通的体系，上面的规矩管得住下面的规矩，下面的规矩补得上上面的空。整个群里的争吵，就是在这张场里争位置。

制度依赖说的是：一个学派把自己的那对预设，织进了这张场的连接、次序与结构里。织进去以后，就算学派本身在书上已经被批得千疮百孔，判例和体系仍然按它的样子运行。这不是路径依赖的后果，而是法学自己的那一种依赖。这就是法学的第二处特殊性。

为什么说是“场”，而不是一条路？一条路，走错了还可以掉头，代价是多走几步。一张场不一样，它的每一处都和别处连着。你想改一条规矩，就会发现它上面压着上位的规矩，下面托着一串照它判过的案子，旁边还挂着几条靠它才说得通

的别的规矩。动一处，牵一片。经济学的学派被锁住，是因为它只会沿着一条路走；法学的学派被锁住，还多了一层：它走过的路，已经变成了别人脚下的地面。住户群里那条“新规”如果真的被执行了几年，后来的人就会默认“阳台本来就不能晾”，连当初争论过什么都不记得了。

还有一点要分开读。学派的意义押法，和一个国家在实践中的意义选择，不是一回事。一个国家的法院可能在某类案子上采用某一派的办法，却并不接受那一派的整套主张；一个学派在书上把意义押在自由上，落到某国的判决里，可能被用来服务别的目的。所以本书每讲一个学派，理论的押法写一栏，国家实践另写一栏，不混在一起。

◆ 六、三句判词

把前面压成三句话。导读里会一句一句用日常话讲，这里先完整摆出来。

> 判词一：每个法学学派的起点，都是借来的一对预设：预设法律里的主角（立法者、法官或守法人，各学派取其一）是什么样的人，预设法是什么东西，再配一组创造、自由、幸福的意义权重。裁判规则与解释方法，是它从这对预设里推出来的。起点是预设出来的，所以一个学派一成立，就带着自己的依赖。
>
> 判词二：疑难案件、恶法与判决对不上的事来了，起点改不动，学派只会吸收（免检、改名、先验）或分叉；而法官不能不判，判例、法典与体系又把这对预设织进法律关系的连接、次序与结构里：这就是法学的制度依赖。法学的多元，说到底是制度依赖的数目。
>
> 判词三：一个重大判决或立法，是过去某个学派的做法，被当下的意义需要选中，写成了制度。它写进去的，是被当下认领的过去，也是对一处制度依赖最硬的一次加固，因为法律一旦写成，就要被照着执行。（公式只作类比：事件＝F（过去学派的做法，当下的意义需要）。）

三句话对应全书的三部分：上编前半讲起点，上编后半讲吸收与制度化，下编讲五十件真实的大判决和大立法。

◆ 七、这本书怎么读，不做什么

全书分上下两编。上编十三编六十六章：第一编七章先造尺子；接着从古典的正义、罗马法与中国的法，走过近代自然法、十九世纪的法典与实证、刑法的学派之争、二十世纪的利益与现实、纯粹法学与恶法之争、新分析法学、法与经济和社会、批判与身份；第十一编专讲解释与裁判，那里是制度依赖的本尊；第十二编看几个国家的实践；最后一编横读，给出出路，也算本书自己的账。每章同一副骨架：一个日常主例，一张出生证，意义预设，走的路，异象，吸收还是分叉，它看对了什么，带走的话和两行小账。

下编从 1977 年到 2026 年，一年一节，中、美、英、日、德、法六国大致均衡，个别年份是跨国的大事。每一节都当作一次考试来读：当年手里有哪些学派，当下需要什么，最后写进制度的是哪一家的做法。

陪读的是一栋老楼里社区调解室的几位常客，他们在导论里亮相，围着一件楼上漏水的案子。

本书不做三件事。它不构成法律意见，读者遇到自己的纠纷，请找执业律师。它不评价各国制度孰优孰劣，不评在审案件，写到各国的事只描述。它也不替任何学派打总分。“解构”在这里的意思，是把一个学派像一块表那样摊开，看它借来了什么、推出了什么、在哪里转不动；拆完以后，每个零件都还在，每个学派看对的地方也都还在。

最后，这本书敢给出“怎样算我错了”，写在导读里。你读每一个学派，不妨带着三个问题：它把主角预设成什么人，把法预设成什么东西，它的预设织进了制度的哪一处。问熟了，下次住户群里再转来一条“新规”，你大概就知道那几种读法各站在哪块石头上了。

导 读

◆ 一、判词一：借来的一对预设

先看第一句，原文是：

> 判词一：每个法学学派的起点，都是借来的一对预设：预设法律里的主角（立法者、法官或守法人，各学派取其一）是什么样的人，预设法是什么东西，再配一组创造、自由、幸福的意义权重。裁判规则与解释方法，是它从这对预设里推出来的。起点是预设出来的，所以一个学派一成立，就带着自己的依赖。

它说的是：学派的起点不是研究出来的，是借来的一对预设，一头管主角是什么人，一头管法是什么东西，再加一组意义的押法。

用一个很小的事来讲。这是我构想的场景。两户邻居的阳台之间隔着一面共用的墙，墙上有一个旧挂钩，是很多年前不知谁钉的。东家夏天在上面挂吊兰，西家冬天在上面挂腊肉。某年秋天，东家的吊兰还没收，西家的腊肉要挂，两家吵起来：这个挂钩到底归谁用？

东家的理由是：墙的这一侧朝着我家，按位置，挂钩应当算我这边的。西家的理由是：墙是两家共有的，挂钩钉在共有的墙上，谁先挂谁用，我们家用了十年，大家都知道。第三种说法来自楼里一位老住户：当年是前一任东家钉的，东家后来卖了房，挂钩随房子走。

三种说法，起手就不一样。第一种把法看成“按位置分好的东西”，主角是守自己那一份的人；第二种把法看成“长期用出来的规矩”，主角是按惯例行事的人；第三种把法看成“当年谁立的就归谁”，主角是立规矩的人和继承他的人。每一种都能推出一个清清楚楚的结论，推的过程也挑不出毛病。毛病不在推，在起手

那一步：位置、惯例、来历，这三样哪一样算数，没有人先检验过，是各人带进来的。

判词一说的就是这个。法学学派的大道理，比挂钩大得多，结构却一样。主张法在条文里的一派，先设定法是一套写下来的规则；主张法有更高标准的一派，先设定人生来带着一些不可拿走的东西；主张法就是判决的一派，先设定法官是会看后果的人。裁判规则、解释方法都是后面推出来的。所以一个学派一成立，就带着自己的依赖：它后面的每一步，都靠起手那一步撑着。

判词一里有一个括号，容易被跳过去：主角是立法者、法官还是守法人，各学派取其一。这个选择本身就是起点的一部分。挂钩之争里，“按位置”的说法站在守法人一边，问的是我该守住哪一份；“按惯例”的说法站在旁观的裁断者一边，问的是大家一向怎么认；“按来历”的说法站在立规矩的人一边，问的是当初是谁定下的。同一个挂钩，从三个位置看，长得完全不一样。法学学派也是这样，有的从立法者的位置起手，关心法该怎样定；有的从法官的位置起手，关心案子该怎样判；有的从守法人的位置起手，关心人凭什么要守。主角选定了，后面的问题也就被选定了。

还有那组意义权重。按位置分，押的是每家守住自己那一份，可以读成押在自由上；按惯例分，押的是楼里的安宁，可以读成押在幸福上。这是本书的读法，不是事实。意义押法不同，同一个结论的分量也不同：两种说法也许都判挂钩归西家，一个是因为西家用得久，一个是因为这样吵得少，下一次遇到新情况，它们会分道扬镳。

◆ 二、判词二：吸收、分叉，再织进制度

第二句，原文是：

> 判词二：疑难案件、恶法与判决对不上的事来了，起点改不动，学派只会吸收（免检、改名、先验）或分叉；而法官不能不判，判例、法典与体系又把这对预设织进法律关系的连接、次序与结构里：这就是法学的制度依赖。法学的多元，说到底是制度依赖的数目。

它说的是：起点接不住的事来了以后，学派怎么办。

再换一个日常的事。这是我构想的场景。某个外卖平台的规则里写着：订单超过预计送达时间，按超时分钟数扣骑手的钱。规则的起点很清楚，它预设骑手是只要肯跑就能准时的人，预设规则是一张价目表，晚一分钟扣多少，一目了然。

麻烦来了。有一天，一位骑手准时到了楼下，大楼门禁坏了，保安不让进，顾客电话打不通，耽误了十二分钟。按规则，要扣。可是谁都看得出来，这十二分钟不是骑手跑慢了。这就是规则接不住的事，法学里叫疑难案件。

平台有几种办法。第一种，申诉被驳回，理由是“系统只认送达时间”，这件事不算问题，这是免检。第二种，把它归进“不可抗力”一类，按原有的豁免条款处理，规则的起点一点没动，只是多了一个名目，这是改名。第三种，宣布“超时就是超时，按定义就是骑手的责任”，这是先验。还有一种走法：骑手们自己拉群、请人代言，另起一套“按实际路况算时间”的主张，跟平台的规则分庭抗礼，这是分叉。

注意，四种走法里，没有一种是回头改规则的起点，也就是承认“骑手不是只要肯跑就能准时的人”。这就是判词二的前半句：起点改不动，只能吸收或分叉。

后半句更要紧。平台不能不处理申诉，就像法官不能不判。每处理一次，就留下一条先例：门禁坏了算豁免，电梯坏了算不算？顾客写错地址算不算？一条条处理结果累积起来，就成了一张越来越厚的“豁免表”。这张表把规则的起点织进了骑手、平台、商家、顾客之间的连接里（谁对谁负责），织进了次序里（先查系统记录，再看申诉材料），织进了结构里（总规则、细则、豁免表层层相套）。到后来，就算平台自己也觉得当初的预设不对，要改也很难，因为整张表都是照着那个

预设长出来的。这就是制度依赖。法学的多元，说到底是这样的制度依赖有多少处。

最后一句值得多说两句。为什么说多元是“制度依赖的数目”，而不是“观点的数目”？观点可以有很多，大多数说过就散了，不留下痕迹。只有被判过、被写进规则、被后来的处理一再参照的那些，才在场里占了一块地方。设想骑手们的分叉主张后来也被另一家平台采用，按实际路况算时间，那一家也会长出自己的一张表。两张表并排存在，各有各的连接、次序与结构，谁也吞不掉谁。法学里的学派之争，很少是一方说服另一方，常见的是两边各自在某个法域、某个部门、某类案件里站稳了脚，各自加厚。你在一个国家看到合同纠纷按一种思路判，侵权纠纷按另一种思路判，刑事案件又是第三种思路，往往不是有人刻意这样设计，而是不同学派在不同地方先织了进去。

◆ 三、判词三：被当下认领的过去

第三句管下编，原文是：

> 判词三：一个重大判决或立法，是过去某个学派的做法，被当下的意义需要选中，写成了制度。它写进去的，是被当下认领的过去，也是对一处制度依赖最硬的一次加固，因为法律一旦写成，就要被照着执行。（公式只作类比：事件＝F（过去学派的做法，当下的意义需要）。）

它说的是：过去的做法，被当下的需要挑中，写成了制度。

还是从日常讲起。这是我构想的场景。社区每年秋天办一场篮球赛，裁判是几位热心的老队员轮流当。某一年决赛的最后一分钟，一名队员在三分线上起跳，脚尖是不是踩线，场边吵成一片。当值的老裁判想起前些年另一位裁判的做法：看不清的时候，按落地前最后一眼的位置判，宁可判两分，不判三分。他照这个判了。

其实那一刻他手里不止这一种做法。另一位前任裁判的习惯正好相反：看不清就判有利于进攻方，鼓励投篮。还有一种更省事的：争议球一律重新跳球。三种做法都在大家的记忆里，都有人用过。

那个做法不是他发明的，是过去某位裁判的习惯，散在大家的记忆里，并没有写下来。为什么偏偏这一次被选中？因为那一年社区正为“比赛老是吵架”头疼，大家需要的是一个能让人服气的、可以重复的做法。鼓励投篮的那一种，在想要比赛好看的年份也许会被选中；重新跳球的那一种，在大家只求省事的年份也许会被选中。选中谁，不是看哪一种做法本身最好，而是看它和当下的需要对不对得上。第二年，组委会把它写进了比赛须知。从此以后，新来的裁判都照这条判，场上的人也都照这条争。

这就是判词三的意思。下编五十件大事，大多是这种结构：过去某个学派的做法，一直在那里；当下出现了某种意义需要，这个做法被挑出来，写进判决书或法律。写进去的不是全新的东西，是被当下认领的过去；它又是对一处制度依赖最硬的一次加固，因为写成了，就要被照着执行。括号里那个公式只是类比，帮你记住两个变量，不是数学。

这场篮球赛还藏着一句话，本书不把它当判词，只当出路，放在第六十三、六十四章和全书结语：把被冻结的两端放回发生里：法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。那条须知之所以立得住，不是因为老裁判判得多准，而是因为场上的人服了，第二年又照着它判、照着它服。

◆ 四、怎样算它们错了

一本说别人“只会吸收异象”的书，必须先写出自己在哪种情况下认错。下面四条，和三句判词与出路一一对应，第七章、第六十六章和附录四会原样再写一遍。

条款一（管判词一）： 若有一个法学学派，它对“人是什么”“法是什么”的设定，是在研究中被检验出来、并且随证据改过的，而不是起手时带进来的，判词一对它不成立。

怎样查：读这个学派的奠基著作和后来的修订，看它对主角和对法的设定，是起手就摆出来的，还是先有一批经验材料，再从材料里得出来的；再看后来出现了相反的证据时，它改的是设定本身，还是只改了推论。什么结果算错：只要找到一个学派，它的设定确实是随证据得出并随证据改过的，判词一对这个学派就不成立，我在那一章认账。

条款二（管判词二，分两问）： （a）若一个学派在疑难案件面前，常态做法是直接改写自己的起点，而不是吸收或分叉，判词二对它不成立；（b）若某一法域的遵循先例与法教义学体系，并没有把学派的预设织进连接、次序与结构（学派换了，判例与体系照样跟着换），判词二的“制度依赖”半句对它不成立。

怎样查：(a) 看一个学派面对它接不住的案子时的一贯做法，偶尔一次不算，要看常态；(b) 找一个法域，看它的主流学说换过以后，判例和体系是跟着很快换掉，还是照旧按老样子运行很多年。什么结果算错：(a) 找到一个常态就是回头改起点的学派；(b) 找到一个法域，学说一换，判例和体系就跟着换，旧的预设没有留在连接、次序与结构里。两问分开算，一问错，只倒那半句。

条款三（管判词三）： 若在下编五十节里，多数事件的立法史或判决书中，找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三不成立；若不用这个读法也同样讲得通，且讲得更少，则判词三多余。

怎样查：下编每一节都登记一个类型，并标明依据哪份立法说明或判决书。读者可以自己数。什么结果算错：五十节里过半找不出对应，判词三倒；或者有人拿一个更省的读法，把同样多的事讲通了，判词三就是多余的。

条款四（管出路）： 若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

怎样查：第六十三章会拿漏水案重写一遍，其他各章遇到疑难案件时也会试着重写。什么结果算错：重写出来的东西，没有比原学派多解释哪怕一个案件，出路就站不住。这一条对我最硬，说得好听不算，要拿出多解释的东西。

举一个查的样子。拿外卖平台那张豁免表来说：如果平台在门禁坏了那件事之后，常态做法是回头改掉“骑手只要肯跑就能准时”的设定，把时间算法整个重写，而不是往豁免表里再加一行，那么条款二的 (a) 对它就要认账。如果某一天平台换了一位主管，主管换了一套想法，豁免表和处理先例也跟着很快换掉，旧的设定没有留下什么痕迹，那么 (b) 也要认账。我不预先断定结果，书里每一处都要去查。

另有一处收窄要先说明：测量层的工作，比如判决数量的统计、条文的版本比对，本来就有明确办法，统一性较强。这是诊断自己预言的，不算反例。

◆ 五、带着三个问题读

每读一章，可以问三件事。第一，这个学派的主角是谁，立法者、法官，还是守法人，它把主角预设成什么样的人，把法预设成什么东西？第二，它遇到接不住的案子时，用的是哪一种吸收，还是分了叉？第三，它的预设织进了制度的哪一处，连接、次序，还是结构？三问问熟了，挂钩、超时罚款、踩线的那一球，在你眼里就都不只是小事了。

目 录

作者介绍 · · · · · iii
前言 · · · · · iv
导读 · · · · · x

导论　楼上漏水，楼下要赔：六种判法 · · · · · 1

第一编　方法：制度依赖是怎样发生的 · · · · · 7

第 1 章　学派的出生证：主体预设 × 客体预设 · · · · · 8
第 2 章　意义的预设：创造、自由、幸福 · · · · · 15
第 3 章　两条起手的路：S→D→E 与 S→E→D · · · · · 22
第 4 章　被堵住的原理：疑难案件为什么改不动起点 · · · · · 30
第 5 章　三种吸收：免检、改名、先验 · · · · · 38
第 6 章　分叉与制度化：学派之争怎样沉淀成判例与体系 · · · · · 46
第 7 章　三类学问，三种依赖；社会科学里再分三门（经济学路径依赖、政治学政体依赖、法学制度依赖：波、粒子、场），兼谈本书怎样算错 · · · · · 53

第二编　古典：正义、罗马法与中国的法 · · · · · 61

第 8 章　柏拉图与亚里士多德：正义是分配，还是矫正 · · · · · 62
第 9 章　罗马法学家：概念是从案子里长出来的 · · · · · 69
第 10 章　法家：法、术、势 · · · · · 76
第 11 章　儒家与礼法：德主刑辅，“出礼入刑” · · · · · 83

第三编　近代自然法与启蒙 · · · · · 90

第 12 章　从阿奎那到格劳秀斯：自然法怎样离开上帝 · · · · · 91
第 13 章　霍布斯、洛克与孟德斯鸠：法是命令，是权利，还是分权 · · · · · 98
第 14 章　康德的法权论：法是外在自由的共存 · · · · · 105

第四编　十九世纪：法典、历史与实证 · · · · · 112

第 15 章　拿破仑法典与注释法学派：法就在法典里 · · · · · 113
第 16 章　萨维尼与历史法学派：法是民族精神 · · · · · 120
第 17 章　边沁与奥斯丁：法是主权者的命令，也是功利的算计 · · · · · 127
第 18 章　概念法学（潘德克顿）：从概念推出判决 · · · · · 134
第 19 章　耶林：为权利而斗争，与目的法学的分叉 · · · · · 141

第五编　罪与罚：刑法的学派之争 148
第 20 章　报应与预防：罚是为了过去，还是为了未来 149
第 21 章　龙勃罗梭与刑事实证学派：天生犯罪人 156
第 22 章　李斯特与新旧学派之争：罚的是行为，还是行为人 163
第 23 章　犯罪论体系之争：三阶层、四要件与功能主义 170
第 24 章　社会防卫论与恢复性司法 177

第六编　二十世纪上半叶：利益、自由与现实 184
第 25 章　利益法学与自由法运动 185
第 26 章　两种现实主义：美国与斯堪的纳维亚 192
第 27 章　庞德的社会学法学：法是社会工程 199
第 28 章　埃利希与韦伯：“活法”与法的形式合理性 206

第七编　纯粹、决断与恶法 213
第 29 章　凯尔森的纯粹法学：规范金字塔与基础规范 214
第 30 章　施米特的决断论 221
第 31 章　拉德布鲁赫公式：极端不正义的法不是法 228
第 32 章　马克思主义法学：法是统治阶级意志（接第143号） 235

第八编　新分析法学与原则 242
第 33 章　哈特：法是第一性规则与第二性规则的结合（接第219号） 243
第 34 章　富勒：法的内在道德（接第219号） 250
第 35 章　德沃金：原则、整全性与唯一正解 257
第 36 章　拉兹与菲尼斯 264

第九编　法与经济、法与社会，兼谈私法里的学派 271
第 37 章　科斯定理与法经济学的起点 272
第 38 章　波斯纳：效率就是正义吗 279
第 39 章　行为法经济学 286
第 40 章　侵权与合同：楼上漏水，该谁赔 293
第 41 章　卢曼与托依布纳：法是一个只认自己的系统，和它怎样管管不了的领域 300

第十编　批判与身份 307
第 42 章　批判法学运动（含“法律与文学”一节）：法就是政治 308
第 43 章　女性主义法学与批判种族理论：身份进入法学 315
第 44 章　福柯与规训：法律之外的那套规矩 322

第十一编　解释与裁判：制度依赖的本尊 329
第 45 章　原旨主义与活宪法：宪法的意思定在哪一年 330

第 46 章　文本主义与目的解释 · · · · · 337
第 47 章　遵循先例：判例怎样把学派的起点织成次序 · · · · · 344
第 48 章　法教义学与评价法学：体系怎样自己长高 · · · · · 351
第 49 章　阿列克西与比例原则 · · · · · 358
第 50 章　违宪审查：谁来看守守门人 · · · · · 365

第十二编　国家法律实践：意义权重的另一张表 · · · · · 372
第 51 章　理论与实践为什么要分开读 · · · · · 373
第 52 章　美国：普通法、宪法审查与“法院说了算” · · · · · 383
第 53 章　英国：议会主权、普通法与人权法之后 · · · · · 390
第 54 章　德国与法国：法典、宪法法院与“违宪先决问题” · · · · · 397
第 55 章　日本：继受的法与本土的运作 · · · · · 404
第 56 章　中国（实践）：从“有法可依”到“全面依法治国”，再到民法典 · · · · · 411
第 57 章　中国（法学）：三次继受与一次内部之争 · · · · · 418

第十三编　横读与解锁 · · · · · 425
第 58 章　三张吸收表：洞穴奇案、纽伦堡与墙卫案、9・11 · · · · · 426
第 59 章　近年新东西进来：专利、数据、隐私与平台 · · · · · 433
第 60 章　AI 与法：下一个大异象 · · · · · 440
第 61 章　什么都能吸收，什么都不让吸收 · · · · · 447
第 62 章　什么算疑难案件 · · · · · 454
第 63 章　让法从“判”与“服”之间长出来：D→E→S 的法学 · · · · · 462
第 64 章　按任务选起点：立法、裁判、辩护、调解、教学各用哪一条路 · · · · · 470
第 65 章　让回写改写起点：一个学派怎样真正学习 · · · · · 478
第 66 章　SDE 自己的依赖，与本书的可错条款 · · · · · 486

下编导论　判决是学派的一次考试 · · · · · 494

第十四编　1977—1986：危机里补写的法，与新权利的起点 · · · · · 501
第 67 章　1977　德国：联络禁止法 · · · · · 503
第 68 章　1978　美国：巴基案 · · · · · 506
第 69 章　1979　中国：刑法、刑事诉讼法通过 · · · · · 509
第 70 章　1980　美国：查克拉巴蒂案 · · · · · 512
第 71 章　1981　法国：废除死刑 · · · · · 515
第 72 章　1982　中国：八二宪法 · · · · · 518
第 73 章　1983　德国：人口普查判决 · · · · · 521
第 74 章　1984　英国：警察与刑事证据法 · · · · · 524
第 75 章　1985　日本：男女雇用机会均等法 · · · · · 527

第 76 章　1986　法国：反恐怖法与特别法庭 · · · · · 530
第 77 章　本编小结（1977—1986） · · · · · 533

第十五编　1987—1996：把边界写进条文 · · · · · 535
第 78 章　1987　美国：博克提名被否 · · · · · 537
第 79 章　1988　英国：《间谍捕手》案 · · · · · 540
第 80 章　1989　中国：行政诉讼法 · · · · · 543
第 81 章　1990　德国：统一条约中的法律并轨 · · · · · 546
第 82 章　1991　英国：R v R · · · · · 549
第 83 章　1992　日本：PKO合作法与宪法第九条 · · · · · 552
第 84 章　1993　日本：行政程序法 · · · · · 555
第 85 章　1994　法国：新刑法典生效 · · · · · 558
第 86 章　1995　德国：十字架裁定 · · · · · 561
第 87 章　1996　中国：刑事诉讼法修改 · · · · · 564
第 88 章　本编小结（1987—1996） · · · · · 567

第十六编　1997—2006：写明的规矩，与叩门的安全 · · · · · 569
第 89 章　1997　中国：刑法修订 · · · · · 571
第 90 章　1998　英国：人权法 · · · · · 574
第 91 章　1999　日本：司法制度改革审议会成立 · · · · · 577
第 92 章　2000　法国：加强无罪推定法 · · · · · 580
第 93 章　2001　美国：爱国者法 · · · · · 583
第 94 章　2002　跨国：国际刑事法院成立 · · · · · 586
第 95 章　2003　德国：教师头巾案 · · · · · 589
第 96 章　2004　英国：A 诉内政大臣案（贝尔马什案） · · · · · 592
第 97 章　2005　日本：在外国民选举权判决 · · · · · 595
第 98 章　2006　德国：航空安全法判决 · · · · · 598
第 99 章　本编小结（1997—2006） · · · · · 601

第十七编　2007—2016：程序进门，权利入典 · · · · · 603
第 100 章　2007　中国：物权法 · · · · · 605
第 101 章　2008　法国：修宪引入“违宪先决问题” · · · · · 608
第 102 章　2009　日本：裁判员制度施行 · · · · · 611
第 103 章　2010　德国：最低生活保障判决（“哈茨 IV”） · · · · · 614
第 104 章　2011　法国：警察拘留改革——律师进入讯问室 · · · · · 617
第 105 章　2012　美国：平价医疗法案案 · · · · · 620
第 106 章　2013　英国：同性婚姻法 · · · · · 623
第 107 章　2014　日本：集体自卫权的内阁决议与宪法解释 · · · · · 626

第 108 章　2015　美国：奥贝格费尔案 · · · · · 629
第 109 章　2016　法国：民法典债法改革 · · · · · 632
第 110 章　本编小结（2007—2016） · · · · · 635

第十八编　2017—2026：旧规矩接新考题 · · · · · 637
第 111 章　2017　英国：米勒案 · · · · · 639
第 112 章　2018　中国：宪法修正与监察法 · · · · · 642
第 113 章　2019　英国：米勒第二案 · · · · · 646
第 114 章　2020　中国：民法典 · · · · · 649
第 115 章　2021　德国：气候保护裁定 · · · · · 652
第 116 章　2022　美国：多布斯案 · · · · · 655
第 117 章　2023　日本：刑法性犯罪规定修改 · · · · · 659
第 118 章　2024　跨国：欧盟人工智能法 · · · · · 662
第 119 章　2025　法国：勒庞案一审判决 · · · · · 666
第 120 章　2026　美国：特朗普诉巴巴拉案 · · · · · 670
第 121 章　本编小结（2017—2026） · · · · · 673

下编结语　五十年，六个国家 · · · · · 675

结语　再判一遍：楼上漏水 · · · · · 680

参考书目 · · · · · 690

附录 · · · · · 713
附录一　AI 与法：判决在“判”与“服”之间 · · · · · 713
附录二　学派总表 · · · · · 735
附录三　异象（疑难案件）登记表 · · · · · 758
附录四　可错条款登记 · · · · · 774
附录五　术语的大白话对照 · · · · · 779
附录六　年表 · · · · · 785
附录七　五十年事件总表 · · · · · 796
附录八　本书最弱处：仍待核实的引文与数字 · · · · · 805

导 论

楼上漏水，楼下要赔：六种判法

◆ 一、这是我构想的场景

下面的场景和人物，都是我构想的，不对应任何真实的人和案子。

城东有一栋六层的老楼，没有电梯，楼下一层有一间社区调解室。初夏的一个周末，四楼的叶老师下班回家，发现卫生间外面那片吊顶鼓了起来，石膏板软得像泡过水的饼干，墙角已经发了黑，书架最上层几本书也潮了。她上楼敲门，五楼502 开门的是租户孟师傅，一位开网约车的司机，每天早出晚归。孟师傅说他什么都不知道，前一天晚上洗了一大桶衣服，别的没做。

物业来看过，说法模棱两可：502 卫生间地漏边上的防水层老化了，这是一方面；洗衣机的排水管接口有点松，也可能是一方面。两样各占多少，说不准。叶老师找人估了价，拆换吊顶、处理墙面、买防霉漆，大约三千多块。孟师傅说房子不是他的，该找房东。房东钱先生在街口开五金店，接到电话的第一句话是：住在里面的人用坏的，跟我有什么关系。

三家谁也不服谁，最后都被请到了一楼调解室。主持调解的是社区专职调解员许大姐，五十二岁，干这行十几年。三楼的邓老也来了，他六十八岁，是从基层法院退休的法官，常来调解室坐坐。还有一个在调解室实习的法学院大三学生小乔，二十二岁，带着笔记本。

那天下午，屋里六个人，说出了六种判法。

◆ 二、叶老师：弄坏了，就该恢复原样

叶老师先开口。她说，她不懂法条，但她知道一件事：我的家是我的，别人的水泡坏了它，就应当给我恢复原样。这不是哪条规矩给我的，是本来就该这样。至于水是从防水层漏的还是从排水管漏的，那是你们之间的事，不能让我在中间等。

这种判法，背后是自然法与权利的读法。它的主角是守法人，预设人本来就带着一些别人不能随便拿走的东西，比如自己的身体、自己的家；它预设法是对这些东西的承认和保护，条文只是把它们写出来，写得好不好，要拿这个更高的标准去量。按这种读法，判法很简单：叶老师的权利受了侵害，侵害从楼上来，楼上就要负责恢复。意义押在自由上，也就是每个人守得住自己那一份。这是本书的读法。

这种判法的好处是一下子抓住了“受害的人凭什么等”。难处在于，它没有回答楼上那两个人之间怎么分，也没有回答“本来就该这样”的“本来”，到底由谁来说。

◆ 三、小乔：先翻条文

小乔打开笔记本。他说，咱们先别说该不该，先看法律怎么写的。按民法典第一千一百六十五条，行为人因为过错侵害他人民事权益造成损害，应当承担侵权责任。那就要先确定：谁有过错，过错在哪里。防水层老化，是房屋本身的问题，房屋是钱先生的，维修义务一般在出租人，除非租赁合同另有约定；排水管没接好，是使用中的问题，使用人是孟师傅。两样都有，就按各自的过错分担。

这是法律实证主义的读法。它的主角是法官，预设法官是照着有效规则办事的人；它预设法就是一套由有权的机关按程序制定出来的规则，是不是法，看来源，不看内容好坏。按这种读法，判法就是一层层对条文：侵权的一般条款，租赁合同里的维修约定，再到证据规则，谁主张谁举证。意义押在自由上，但押法和叶老师不同：它保护的是“事先知道规则、自己安排生活”的那种自由。这是本书的读法。

小乔的办法最整齐。可是他翻到最后，自己也卡住了：防水层和排水管各占几成，条文里没有写，物业的说法也给不出数字。规则走到这里，就没有路了。

◆ 四、邓老：到了法院，多半会怎么判

邓老一直没说话，这时候笑了一下。他说，小乔说的都对，可是你们真要上法院，我告诉你们大概会怎样：法院会让双方申请鉴定，鉴定费先垫上，几千块的吊

顶，鉴定费可能也要一两千；鉴定意见出来，多半是“两种原因共同作用”，然后按主次分个比例。这类案子在基层很常见，判下来的数额，和今天在这里谈的，差不了太多，只是多花半年时间。

这是法律现实主义的读法。1897 年，后来当上美国最高法院大法官的霍姆斯，在讲演《法律的道路》里说过大意如此的话：所谓法律，就是对法院实际上会怎么做的预测。它的主角也是法官，但预设法官是会看后果、受经验和环境影响的人；它预设法不是书上的规则，而是法院实际的做法。按这种读法，判法就是一个预测：在这个法院、这类案子里，结果大致会落在哪个区间。意义押在幸福上，更准确地说，是押在当事人实际的得失上。这是本书的读法。

邓老的预测最实在。可是它有一个绕不过去的地方：如果法就是对法官的预测，那么法官自己判案时，他在预测谁？

◆ 五、钱先生：谁花钱最少能防住

钱先生做生意，习惯算账。他说，我不跟你们讲对错，我讲划算。防水层要是重做，要把卫生间地砖全刨了，少说一万块；排水管那个接口，拧紧它只要一分钟。谁能用最少的钱防住这件事？是天天用卫生间的人，所以应该是孟师傅负责。

这是法经济学的读法。它的主角可以是立法者，也可以是法官，预设人是会算成本、对价格和责任作出反应的人；它预设法是一套激励，好的法应当让整个社会为这类事故付出的总成本最小。法经济学里有一个常用的想法，一般追到卡拉布雷西 1970 年的《事故的成本》：把责任放在最便宜就能防住事故的那一方身上。意义押在幸福上，指的是总体福利。这是本书的读法。

有意思的是，钱先生的账一摊开，许大姐就指出了另一面：防水层老了二十年，房东每年收租，最清楚房子的状况，也最有条件在出租前检查一遍，这样一算，最便宜的防范者未必是孟师傅。同一把算盘，换一个时间点去算，结论就倒过来了。这说明，算账的办法本身并不告诉你从哪一步开始算。

◆ 六、孟师傅：这规矩是谁写的

孟师傅听到这里，有点急。他说，我每天在外面跑十几个小时，回来就是洗澡睡觉，防水层是什么我都不知道。租房合同是钱老板拿来的，我签字的时候他说都是标准的，里面写着“租赁期间房屋内设施损坏由承租人负责”，我当时哪敢改？现在出了事，什么都往我身上推。

这是批判法学的读法。它的主角是立法者，或者更宽一点，是写规矩的人，预设写规矩的人总是站在某个位置上说话；它预设法看起来中立，实际上把一部分人的利益写成了“正常”和“标准”。按这种读法，判法先要问：那份合同是谁写的，那句“由承租人负责”替谁省了事，这件事里谁有能力看懂、谁有能力讨价还价。意义押在自由上，指的是被写进规矩的人能不能也参与写规矩，这一项里也带着一点创造。这是本书的读法。

孟师傅的话让屋里安静了一会儿。它的力量在于揭开了“标准”两个字。它的难处在于，揭开以后，这一次的吊顶还是要有人来修，钱还是要有人来出。

◆ 七、许大姐：先让两家还能做邻居

最后是许大姐。她说，你们说的都有道理，可是我想先问一句：叶老师，你最着急的是什么？叶老师说，雨季要来了，吊顶不修，再漏一次就塌了。许大姐又问孟师傅：你还打算住多久？孟师傅说至少还要住两年。她又问钱先生：这房子你还打算租下去吧？

她的办法是：先别判谁对，三家先一起把事情做起来。钱先生店里就有材料，防水层先局部修补；孟师傅换一根新的排水管，以后洗衣服前看一眼；叶老师的吊顶，三家按一个大家都认的比例分摊。最后加一条：以后楼上一发现地面有水，先给楼下打个电话。

这是调解与恢复性的读法。它的主角是守法人，预设人是活在关系里的人，纠纷首先是一段关系受了伤；它预设法是修复关系、让共同生活能继续的一套做法。

这种读法在中国有很长的调解传统，在西方近几十年也有恢复性司法的兴起。意义押在幸福上，指的是共同生活的安宁。这是本书的读法。

许大姐的办法最有人情。可是它也有绕不开的地方：如果钱先生就是不肯出，或者孟师傅搬走了，调解没有强制力，最后还是要回到前面五种判法中的某一种。

◆ 八、六种判法，一个必须落下的判决

六个人，六种判法，每一种都讲得通，每一种都卡在别人没卡的地方。叶老师卡在“本来”由谁说，小乔卡在比例没写，邓老卡在法官预测谁，钱先生卡在从哪一步开始算，孟师傅卡在揭开以后谁来修，许大姐卡在不肯调解的人怎么办。

这个场景里有两件事要你记住。

第一件，六种判法的差别，不是在推理的半路上才出现的，而是在起手那一刻就定了。每个人都先设定了主角是什么人、法是什么东西，再往下推。这就是判词一说的“借来的一对预设”。

第二件，这件事最后必须有一个结果。调解室可以吵一下午，到了法院，法官不能说“见仁见智”。他一旦按其中一种判了，这一判就会进入一张更大的网：同一个法院下一次遇到漏水案，会参照这一次；参照多了，就成了这一类案子的惯常判法；惯常判法再被写进指导性的意见里，就成了体系的一部分。谁和谁之间算有责任（连接），先看合同还是先看过错（次序），侵权和合同怎样搭在一起（结构），都会被这一判固定一点点。这就是判词二说的制度依赖。

那天傍晚，邓老临走时说了一段话。他说，他在法院那些年，最怕的不是难案，而是“没法判”的案：条文没写，证据不全，双方都有理。可是没法判也得判，案子不能退回去。他说，判完以后，他常常想，自己那一判，到底是照着哪一套道理判的？有时是照条文，有时是照经验，有时是照着让两家都能过下去的那一点人情。他说，一个法官一辈子判的案子里，大概六种判法都用过，只是用的时候不知道自己在用哪一种。

这段话把两处特殊性连在了一起。法学必须判，所以六种判法不能只在书上并排站着，总要有一种被挑出来，落到这个案子上；法学的依赖是制度依赖，所以被挑出来的那一种，又会在场里留下一道印子，下一次再遇到漏水，它就比别的几种更容易被挑中。

再看意义的押法。叶老师和小乔都押在自由上，但一个是守住自己那一份的自由，一个是事先知道规则的自由；邓老、钱先生和许大姐都押在幸福上，但一个是当事人的实际得失，一个是社会的总体福利，一个是共同生活的安宁；孟师傅押在自由上，带一点创造。六个人里没有谁不讲善，只是各人的善从不同的地方起手。这是本书的读法。

◆ 九、本书要做的事

导论里的六种判法，只是法学大学派的六张小像。全书六十六章，要把每一个学派的出生证摊开来看：它借来的主角是谁、法是什么，它推出了什么，遇到接不住的案子时它怎样吸收或分叉，又在哪一处织进了制度。下编再拿五十件真实的大判决和大立法，看过去的学派做法怎样被当下选中。

这栋老楼会回来。第四十章专讲侵权与合同的时候，漏水案会回来，那时我们会把过错、严格责任、效率与保险放在一起重新算。第六十三章，许大姐会主持最后一次调解，那一章要试着回答：法有没有可能不是从条文里取出来，也不是从法官心里取出来，而是在“判”和“服”之间长出来。到了全书结语，这个案子会再判一遍，看三句判词和四条可错条款各自还站不站得住。

在那之前，你不妨先给自己的判法也发一张出生证：读到这里，你觉得这三千多块该谁出？你的答案，起手时设定了什么？

第 一 编

方法：制度依赖是怎样发生的

编 序

上编共十三编六十六章，讲法学学派怎样出生、怎样走路、怎样把自己的预设织进制度；下编另有五编，从 1977 年到 2026 年一年一节，拿六国五十年的法律大事去考它们。

本编各章：

- 第 1 章　学派的出生证：主体预设 × 客体预设
- 第 2 章　意义的预设：创造、自由、幸福
- 第 3 章　两条起手的路：S→D→E 与 S→E→D
- 第 4 章　被堵住的原理：疑难案件为什么改不动起点
- 第 5 章　三种吸收：免检、改名、先验
- 第 6 章　分叉与制度化：学派之争怎样沉淀成判例与体系
- 第 7 章　三类学问，三种依赖；社会科学里再分三门（经济学路径依赖、政治学政体依赖、法学制度依赖：波、粒子、场），兼谈本书怎样算错

第一编七章先造尺子。后面每章同一副骨架：一个日常主例，一张出生证，意义预设，走的路，异象，吸收还是分叉，它看对了什么，带走的话和两行小账。

第 1 章

学派的出生证：主体预设 × 客体预设

> 这一章的问题：一个法学学派，是从哪一对借来的预设里长出来的？在填这对预设之前，为什么要先问它的主角是谁？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景，小区和人物都是虚构的。

一个住了二十多年的老小区，门口去年装了一排快递柜。起初大家都说方便，直到柜子上贴出一张新告示：包裹在柜里放满十八个小时，开始收保管费，每十二小时五毛，三块封顶。

在医院上夜班的护士小苏，第一个碰上了这条规矩。她连上两个夜班，回来一取件，屏幕上显示要付一块五。她不是心疼这一块五，是觉得憋屈：快递员没打电话问她一声，就把东西塞进了柜子；收费的告示，她也从没点过头。她跑去门岗找人理论。

门岗的白师傅很为难。他说柜子不是物业的，是一家公司放在这儿的，他只管看门，屏幕上让付钱才开门，他没有办法替她开。小苏又去找物业的严经理。严经理翻出物业和柜子公司签的协议，说场地是物业按合同租出去的，收费标准公司事先报过备，告示也贴了一个月，规矩就是规矩，谁都一样。

三个人说的都是“规矩”，可他们站的位置不同。严经理站在定规矩的那一头：规矩是有权的人定下、贴出来的，贴出来就该照办。白师傅站在执行的那一头：规矩是一台机器、一个系统，他的事是照着它办，不是去问它对不对。小苏站在被收费的那一头：她要问的是，我和这家公司之间到底有没有约定，谁替我答应了这一块五，不付会怎样。

同一张告示，三个人眼里是三样东西。吵到后来，大家才发现，分歧不在一块五，而在“这条规矩到底是谁的规矩”。

◆ 二、学派的出生证

法学里的学派，也是这样出生的。

本系列给每个学派写一个符号：预设的主体属性 × 预设的客体属性。主体属性说的是“人”：这个学派认定法律里的那个人是什么样的人。客体属性说的是“法”：这个学派认定法是什么东西，是命令、规则、原则，还是别的。这两样都在研究开始之前就定好了，不是研究出来的结论，所以叫预设。中间那个“×”不是乘法，意思是联合设定：两样一起放下，缺一样，另一样就立不住。

可是在法学里，填“主体预设”这一格之前，要先问一句：这个学派的主角是谁？法律里至少站着三种人：定规矩的立法者，按规矩裁断的法官，以及被规矩管着的守法人。不同的学派盯着的不是同一个人。不先问主角，“主体预设”一格就会填成一团：一会儿说法官，一会儿说老百姓，彼此打架。

用快递柜门前的三种站位，做一张最小的出生证：

读法（示意）	主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
定规矩的读法	立法者	有权定规矩、并为后果负责的人	有权者发出的命令	规矩一经发布就该照办，争议只问发布得对不对路
执行的读法	法官（这里是门岗）	只按条文办事、不掺私意的人	一套搭好的条文系统	先找到对应的那一条，再照着办
被收费的读法	守法人	会掂量后果、先问“我会怎样”的人	一张关于后果的预告	法就是对“不照办会怎样”的预测

表后补一句：每一行的起点都是一个显露出来的样子，也就是 S。定规矩的读法先摆出“有权者加命令”，执行的读法先摆出“守规的人加条文系统”，被收费的读法先摆出“会算后果的人加后果预告”。三种起点织进制度的地方也不同：第

一种织进次序（谁在上、谁说了算），第二种织进结构（条文怎样一条条搭成系统），第三种织进连接（我和谁之间有没有法律关系、谁对我负责）。

第三栏的“推出的互动内容”，是学派自己的具体内容。在《属性纠缠论》的说法里，人与法之间的来往属于二号位的互动属性，也就是变化、波、善这一类。社会科学以互动属性为中心去研究，对两端的人和法就不得不先作出预设；预设一定，裁判规则、解释方法这些互动内容，才从里面推出来。所以裁判规则不是学派从世界里捡到的，是它从这对预设里推出来的：预设不同，推出的规则就不同。

◆ 三、为什么要先问主角

先问主角，不是本书为了好看加的一道手续。法学史上几个学派的分歧，有一大半就分在这里，后面各章会一一细看，这里先点几个名字。

美国法官霍姆斯在 1897 年的讲演《法律的道路》里，劝学法律的人从一个“恶人”的眼睛看法：这个人不在乎道德，只想知道自己做了某件事，法院会拿他怎么样。他的主角是守法人，而且是一个只算后果的守法人。英国的哈特在《法律的概念》里，盯的是官员和守规矩的人怎样从里面看待规则，把规则当成行为的理由，而不只是当成惩罚的预告。美国的德沃金在 1975 年的论文《疑难案件》里，想象出一位才智、学识与耐心都超乎常人的法官，给他起名叫赫拉克勒斯，用他来说明疑难案件里应当怎样找到最好的答案，主角是法官。德国的施米特则把目光投向在例外时刻拍板的人，主角近于立法者乃至主权者。

主角一换，“人是什么样的”这个问题就换了内容。一个只算后果的守法人，和一个从里面认同规则的官员，和一个全知的法官，不是同一种人。如果不先分开，读者会以为这些学派在同一个问题上意见不同，其实它们常常在回答三个不同的问题。

◆ 四、法学的特别之处：预设会被织进制度

经济学的学派吵完了，可以各自回去写论文。法学的学派不行，它的预设会被织进制度里。

本书的口径是：法学是国家的场，场里有三样东西，连接、次序、结构，合起来叫做制度。连接，是谁和谁之间有法律关系、谁对谁负责；次序，是谁先谁后、谁上谁下，比如上位的规矩压着下位的规矩，先判的案子约束后判的案子；结构，是整套规范怎样搭成一个体系。

回到快递柜。小苏要问的“我和柜子公司之间有没有约定”，是连接；严经理拿出来的“物业有权出租、公司报过标准”，是次序，他相信上面点过头的就压得住下面；白师傅说的“系统让付钱才开门”，是结构，那套系统一条连一条，他改不了其中任何一环。后来有人提起，2024 年 3 月 1 日起施行的《快递市场管理办法》写明：未经用户同意，不得擅自用智能快件箱、快递服务站这类方式投递。这一下，次序上又多了一层：柜子上的告示，压不过上面的规章。

◆ 五、把三张出生证带回快递柜

光说“读法不同”还不够具体。顺着三张出生证，把快递柜的事往下推一推，看各自会怎样了结。

定规矩的读法先问：这条收费规矩是谁定的，定的人有没有这个权？它会顺着链条往上查：柜子公司定了标准，物业按合同出租了场地，上面还有没有更高一层的规章管着投柜和收费。查下来，如果每一层都有权、都按程序走了，它就判小苏该付；如果某一层越了权，比如上面的规章不许不经同意就投柜，它就判这笔钱收得没有根据。在这种读法里，小苏的委屈本身不算数，算数的是授权链条断没断。

执行的读法先问：系统里有没有对应的那一条？柜子的程序里写着超时收费，没有写“收件人没同意投柜的免费”。白师傅照着系统办，在这种读法里他没有错；要改，得先改系统，不能由看门的人临时破例。它推出来的办法是：向柜子公司反映，加一条免费的情形。在改之前，照旧。

被收费的读法先问：我不付会怎样？包裹会不会被退回，会不会上什么记录，公司会不会真去追这一块五？小苏打听下来，知道不付钱包裹会在几天后被退回发件人；她又想到，是快递员没经她同意投的柜，她可以向快递公司投诉，让快递员

去付。在这种读法里，法就是一张关于后果的地图，人照着地图选一条最划算的路。

三张出生证摆在一起，你会发现，它们对同一张告示，看的真是三件不同的东西：一个看授权的链条，一个看系统里的条目，一个看后果的地图。谁也没有说谎。

◆ 六、预设是从哪里借来的

还有一个问题：这些预设是怎么来的？答案是，大多不是法学自己造的，是借来的。

有的借自神学和哲学：法是神意或理性的体现，人是能认出这份理性的造物，这是自然法一路的来处。有的借自对国家的看法：人是怕死、要安全的，法是主权者的命令，这是霍布斯和后来实证一路的来处之一。有的借自经济学：人是会算账的理性人，法是一张价目表，这是法经济学的来处。有的借自社会学和心理学：人是被群体塑造的，法是社会里活着的规矩。

借来本身没有错，被借来的东西在原来的地方常常有它的道理。可是借进法学以后，它成了起点，而起点本身，没有人再去检验。下一编起，每一章都会先找出那一位学派借了什么。

一个学派挑哪一个主角、借哪一对预设，最后就决定它把力气用在连接、次序、结构的哪一处。学派的预设一旦落进这张场里，就不再只是学者书桌上的想法，而成了每天被照着执行的东西。本书把这叫作法学的制度依赖，第 6、7 章再细讲它怎样形成。

◆ 七、意义预设：出生证上的附注

出生证上还有一行小字：这个学派把意义押在哪里。本系列把意义分成三种：创造，是做出以前没有的东西；自由，是人能自己做主；幸福，是人过得安稳舒

心。快递柜的三种读法，各有偏重：定规矩的读法看重秩序带来的安稳，执行的读法看重人人一样对待，被收费的读法看重自己的事自己做主。这一行下一章专讲。

◆ 八、它看对了什么

把学派说成“借来一对预设”，听上去像在挑毛病，其实不是。这一说法至少看对了三件事。

第一，预设是做学问的必要代价。谁也不能不带任何假定就走进法律世界。先定下“法是命令”或“法是规则”，才说得出一句可以拿去对照的话。预设是一架梯子，没有它上不去。

第二，学派的前后一致来自出生证。读同一个学派的十篇文章，题目五花八门，底色却一样，因为它们共用一个起点。认出出生证，就知道这个学派在看什么、不看什么。

第三，出生证让争论有了条理。两派律师在法庭上吵，吵的常常不是事实，而是起点：一方从条文出发，一方从后果出发。认出这一点，吵架就变成了可以比较的东西：你从哪里起手，他从哪里起手，各自走到了哪里。

快递柜那件事后来怎样了，这里先不说。可以说的是，三个人后来都承认，他们各自说得通，只是说的不是一件事。

◆ 九、出生证不是标签

有三个误会，趁早说清楚。

第一，出生证属于学派，不属于某一个具体的人。一位法学家可能受过几种训练，在不同的问题上起手不同。本书不替任何个人下诊断，也不预测谁会说什么，读的是一套学说的结构。

第二，一个学派的旗号下面常有几张出生证。同一派里，有人把主角换了一点，有人把“法”看得宽一点。本书讲主干，支派的差别留到各章。

第三，看出地基不等于说房子不好。看清每座房子的地基在哪里，才知道它能盖多高，哪一面墙承不了重。

读出生证的四个问题

给读者一个以后每章都能用的小工具。读任何一个法学学派，先问四句：

一问，它的主角是谁，是立法者、法官，还是守法人？二问，它把这个主角预设成什么样的人？三问，它把法预设成什么东西？四问，从这一对预设里，它推出了怎样的裁判规则和解释方法，又把它们织进了连接、次序、结构的哪一处？

四问答完，出生证就填好了。如果一时找不到某个学派的预设，有一个笨办法：看它最不愿意讨论什么。一个学派最不愿意讨论的，往往正是它的起点。

带走的话

①法学学派的出生证，是“预设的主体属性 × 预设的客体属性”，再加从中推出的裁判规则与解释方法。
②填出生证之前先问主角：立法者、法官，还是守法人。主角不同，“人是什么样的”就不是同一个问题。
③裁判规则不是在世界里找到的，是从预设里推出来的。
④法学的预设会被织进制度的连接、次序与结构，这是它和经济学、政治学不同的地方。

小账 本章动用：学派的出生证、主角一问、主体属性与客体属性、“×”联合设定、互动属性（二号位）、起点 S、连接／次序／结构、意义预设（预告）
锁定记录：尚未锁定任何一个具体学派；只立出生证格式，用快递柜前的三种站位示范，三种起点分别落在次序、结构、连接。

第 2 章

意义的预设：创造、自由、幸福

> 这一章的问题：一个法学学派除了预设人和法，还暗中押了一个“为了什么”；这一注押在哪里，又是怎样写进判决书的?

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景，学校和人物都是虚构的。

一所初中开学第一周，校门口挂出新规：学生一律不得带手机进校，查到一次，手机没收，期末再还。年级组长魏老师在家长会上解释：去年初二有两个班，上课偷偷刷视频的、晚上躲在被窝里打游戏的，成绩掉得厉害，视力也掉得厉害。

家长郑女士第一个举手。她家孩子阿哲十四岁，父母都上早班，孩子放学自己坐两趟公交回家，路上要换乘，她得能联系上他。她说，不让带进课堂可以，没收到期末不行，那是孩子的东西，也是家里花钱买的。

另一位家长接着说，他倒希望学校管得更严一点，家里管不住，学校替他管住了，全家都轻松。还有一位年轻的班主任小声说了一句：手机也不全是坏东西，有的孩子用它查资料、学编程，一刀切掉，有些新本事就长不出来了。

其实这件事外面还有一层规矩。2021 年 1 月，教育部办公厅发过一个关于中小学生手机管理的通知，大意是：原则上不得带入校园；确有需要的，要经家长同意、书面提出申请，进校后由学校统一保管，不准带进课堂。这所学校的“没收到期末”，比上面的规矩还多走了一步。

会上没有人说“我押的是某某意义”。大家都说“为了孩子好”。可这一个“好”字里，装着三样不同的东西。

◆ 二、为什么要立这一栏

第1章的出生证有三格：主体预设、客体预设、推出的互动内容。这一章补一行附注：学派的意义预设。

为什么要补？因为只看前三格，会遇到一个怪现象：两个学派对人和法的看法很接近，推出的判决却南辕北辙。差别不在那三格里，在学派心里“为了什么”的那一注上。

本系列把意义分成三种。创造，是做出以前没有的东西：新的本事、新的交易、新的生活方式。自由，是人能自己做主，不被别人的安排完全决定。幸福，是人过得安稳、舒心、身心无恙。手机一事里，那位年轻班主任担心的是创造，郑女士守的是自由（孩子的东西、家里的联系），魏老师和那位想让学校管严的家长看重的是幸福（视力、睡眠、成绩、家里的安宁）。

一个学派不可能把三样都押满。它总有一个中心，另外两样配上轻重不同的权重。

◆ 三、意义权重的标法

本书用三个符号标权重：● 表示中心，◐ 表示有分量但不在中心，○ 表示很轻或几乎不管。先拿手机一事里的三种说法试一试：

说法（示意）	主角	主体预设	客体预设	创造	自由	幸福
管严派	立规矩的学校	自控力还没长成、需要替他管的孩子	护着孩子的一道围栏	○	○	●
自主派	被管的学生和家长	能为自己的东西做主的人	划清谁能管什么的界线	◐	●	◐
成长派	教书的老师	能学会用工具的人	帮人学会自管的一套练习	●	◐	◐

表后两句说明。第一，这些圆点是本书的读法，不是测出来的事实，换一个人读，可能标得不一样；本书只保证同一把尺子用到底。第二，每一种说法的起点 S 都不同：管严派先摆出“需要被管的孩子加一道围栏”，自主派先摆出“能做主的人加一条界线”，成长派先摆出“能学的人加一套练习”。意义的那一注，是跟着这对预设一起押下的，不是事后加上去的。

◆ 四、法学里的“善”怎样写进判决书

经济学里，意义常藏在效率、产出这些词后面；法学不一样，它的“善”要落在纸上，而且必须落在一个具体的判决里。

最常见的落点，是法律原则。中国的民法典总则编里写着诚信原则，写着不得违背公序良俗；未成年人保护法里写着处理涉及未成年人的事项，要遵循最有利于未成年人的原则。这些词本身不告诉你押的是创造、自由还是幸福，它们像空着的格子，等着法官在个案里往里填。

假设阿哲的手机被没收到期末，家里告到了法院（这是我构想的情形，不涉及任何真实案件）。判决书里“本院认为”那一段，会怎样写？如果法官把重心放在幸福上，他会写学校管理的必要、孩子身心健康的要紧，“最有利于未成年人”被读成“护住他”；如果法官把重心放在自由上，他会写手机是家庭的财产，学校的管理权有边界，统一保管可以，长期扣留越了界，“最有利于未成年人”被读成“尊重他和他的家”；如果法官把重心放在创造上，他也许会写，管理的目的是帮学生学会自管，而不是把工具从他的生活里拿走。

同一个原则，同一套事实，三种写法都讲得通。区别在于法官那一注押在哪里。法学里的善不是躲在后面，而是写进了判决理由；可写进去的那个“善”是什么，往往在理由写出之前就已经押好了。

◆ 五、理论的意义预设，与国家实践的意义选择

这里要分清两件常被混在一起的事。

一件是学派的意义预设：一套法学理论心里押着什么。另一件是国家实践的意义选择：一个国家在立法和裁判时，实际把力气用在哪一维上。两者不一定一致。一个国家可能在课堂上教的是看重自由的学说，立法时却因为当下的需要把幸福放在前面；也可能反过来。手机一事就是个小样：管上面那份通知的部门，和执行它的那所学校，押的重心就未必一样，通知留了“确有需要”的口子，学校把它关上了。

实践一栏怎么读？法学有一个比经济学、政治学方便的地方：许多法律的第一条，会把立法目的写出来，比如为了保护什么、为了维护什么、为了促进什么。这几个动词后面跟着的东西，就是那部法律公开押的注。当然，写在第一条的未必就是实际用力最多的，还要看后面的条文把力气花在哪里：花在划界线上，花在设保障上，还是花在给新做法留口子上。两处读下来，一部法律的权重大致就看得出来。

所以本书在讲每个学派时，意义权重分两栏写：理论一栏，实践一栏。第十二编专讲国家实践，那里只描述各国把力气用在哪里，不评价哪一种更好。

◆ 六、权重是怎么看出来的

圆点不是凭感觉标的。我用的办法很简单：看一个学派在三样冲突的时候让谁。

平常日子里，三样可以相安无事：孩子既有手机，又不耽误学习，还能学会新东西。只有冲突来了，比如手机确实影响了睡眠，而家里确实需要联系孩子，学派才露出它的中心：它先保住哪一样，牺牲哪一样，用哪一样去解释另一样。管严派会说，联系可以用学校的电话代替，这是让自由给幸福让路；自主派会说，可以统一保管，但不能没收，这是让幸福在自由划定的线里去求；成长派会说，不如教孩子自己定使用时间，这是让前两样都服务于“学会”这件事。

所以读一个学派的意义预设，最好的材料不是它的宣言，而是它在疑难案件里的取舍。宣言里三样它都会说，取舍里才看得出轻重。

◆ 七、三种押注在法学史上的大致落点

先给一张粗地图，各章再细看。下面的归类都是本书的读法，不是给哪一位学者盖章。

押在自由上的，大致是权利一路。从洛克说人生来有生命、自由、财产，到康德把法说成让每个人的外在自由能够共存的条件，再到后来许多权利理论，它们的中心都在“人能自己做主”这一点。在它们那里，法首先是一条界线：划出谁的事谁说了算，别人包括国家不能随便越过。

押在幸福上的，大致是功利一路和社会一路。边沁主张立法要看能不能给最多的人带来最大的幸福；后来的社会学法学，把法看成调和各种利益、让社会运转得平顺的工具。在它们那里，法首先是一套安排：看结果，看大家过得好不好。

押在创造上的，在法学里最难找，也最常被忽略。法学天生偏向守成，它的本行是稳住已有的东西。可也有一些学说把重心放在让人能做出新东西上：比如重视契约自由，是为了让陌生人之间能做成以前做不成的交易；有的法经济学说法，看重的是让资源流到能用它做出更多东西的人手里；有的学者把判例的演进本身看成一种创造，法官在新案子里说出以前没有人说过的规则。

这张地图有一个明显的偏斜：法学里押自由和押幸福的多，押创造的少。这不奇怪。法官不能不判，判就要有依据，依据都在过去。创造在法学里常常不是被否定，而是被挤到了第二、第三位。这一点，下编会看得更清楚。

◆ 八、意义预设会不会变

会变，但慢，而且很少变中心。

拿手机新规说。假设郑女士和几位家长反映之后，学校改了办法：手机可以带，进门统一交到班里的保管柜，放学取回。这一改，学校的权重变了：幸福仍在中心，自由从几乎不管升到有分量。可中心没换，学校仍然是从“护住孩子”出发的；它只是让自由在这个中心之下多占了一点地方。

学派也是这样。一个押自由的学派，碰到让人很难受的结果，会补上一些照顾幸福的条款，但它不会因此改押幸福；如果真的改了中心，那通常已经是另一个学派了，第 6 章讲的分叉，常常就是这样发生的。

◆ 九、押注写进制度之后

还有一件法学特有的事。经济学的学派押错了，下一篇论文可以换个说法；法学的押注一旦写进了法律原则，就成了制度的一部分，后来的人只能在这个格子里填东西。

“最有利于未成年人”这几个字写进法律之后，后面每一位法官处理涉及孩子的案子，都得从这个格子出发。他可以往里填护住，也可以往里填尊重，但他不能绕开这个格子。格子是固定的，填的东西随人随案而变。这就是意义预设在法学里的样子：格子被织进了制度的结构，押注的分歧，转成了对格子怎样填的分歧。第 6 章讲制度化，这是一个先例。

一个容易踩的坑：把“好”当成事实

手机一事里最常听到的一句话是“这是为了孩子好”。这句话的毛病不在于它错，而在于它把一个押注说成了一个事实。说的人以为自己在陈述“孩子会更好”，其实他在陈述“我把幸福放在中心”。

法学里同样的坑很常见。一份判决说“这样处理符合社会公共利益”，读者容易把它当成一个已经查明的事实；可“公共利益”指的是秩序的安稳、个人的自主，还是社会的活力，在那句话里并没有说出来。看出这一点，不是要否定那份判决，而是要让读的人知道：这里有一注，是押下的，不是测出来的。

它看对了什么

把意义预设单列一行，看对了三件事。

第一，法学的分歧，很多不是事实之争，是权重之争。两位法官对案情的认定完全一样，判决却不同，原因常在这一行。把这一行写出来，争论就不必假装是在争事实。

第二，意义预设和前两格是缠在一起的。你认定孩子是需要被管的人，就很难把幸福以外的东西放进中心；你认定人是能为自己做主的，自由就自然站到了前面。意义不是另外贴上去的价签，而是出生证的一部分。

第三，把押注说出来，人才谈得拢。那次家长会后来之所以没有吵散，是因为有人把话挑明了：魏老师担心的是睡眠和视力，郑女士担心的是路上联系不上孩子，年轻班主任担心的是一刀切掉了学东西的门路。三样一摆开，大家发现彼此并不是要对方输，只是中心不同。最后商量出来的办法是：手机进门交到班里统一保管，放学取回；信息课上专门教孩子怎样给自己定使用时间。这不是谁赢了，是三样权重被重新配了一次。法庭上的和解与调解，很多也是这样达成的：先认出彼此押在哪里，再找一个三样都还过得去的配法。

> **带走的话**
>
> ①每个法学学派都押了一注“为了什么”：创造、自由或幸福，有一个中心，配不同的权重。
> ②本书用 ● ◐ ○ 标权重，这是本书的读法，不是事实，同一把尺子用到底。
> ③法学的“善”写在判决书的理由里，常借诚信、公序良俗、最有利于未成年人这类原则落地；原则是空格，押注决定往里填什么。
> ④看权重，看学派在三样冲突时让谁。
> ⑤理论押什么，与国家实践选什么，分两栏读。

小账　本章动用：意义预设、创造／自由／幸福、● ◐ ○ 标法、法律原则作为落点、理论与实践分栏

锁定记录：尚未锁定具体学派；用手机新规里的管严、自主、成长三种说法示范押注，显示同一原则在判决理由里可被三种权重填写。

第 3 章

两条起手的路：S→D→E 与 S→E→D

> 这一章的问题：学派都从一个显露出来的样子起手；起手之后，是先找条文往下推，还是先看案情再回头？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景，人物都是虚构的。

周六上午的少儿美术班，十来个八岁上下的孩子。快下课时，教室后排一声尖叫：小磊把豆豆推倒了，豆豆的胳膊肘磕在桌角上，哭得很响。

主讲的范老师先走过去，把两个孩子分开，然后从讲台抽屉里拿出那张开班时贴过的班规。班规第三条写着：在教室里推人、打人的，当场停课十分钟，并告知家长。她看了一眼，说：小磊动手了，按第三条，停课十分钟，下课我给你妈妈打电话。至于豆豆，他没有动手，规矩里管不着他。

助教江老师却先蹲下来问经过。问了一圈才知道：小磊这一上午画了一幅很大的海底世界，就差最后几笔；豆豆路过时拿起他的画看，顺手在鲸鱼身上添了一道黑线，说这样更好看。小磊扑过去抢画，两人一推一搡，豆豆摔倒了。江老师又想起来，这两个孩子上周就为借蜡笔闹过别扭；小磊今天来得急，早饭也没吃。她说，这件事光罚小磊不公平，豆豆也得认错，两个人都得留下来，把这件事说开。

两位老师都很认真，也都不是没有章法。区别在于起手之后的那一步：范老师先拿出条文，一步一步往下对；江老师先看缠在这件事上的那些情况，再回头决定怎么办。

更要紧的是，再过十分钟家长就到门口了，两位老师都必须在下课前拿出一个处理办法。不能说“这件事太复杂，下周再说”。

◆ 二、先把三个字母放回来

本系列用三个字母描述一件事情怎样发生。S 是显露出来的样子，也就是摆在眼前的结构态；D 是差异序列，也就是一步一步走过的路；E 是特征纠缠，也就是缠在一起、共同起作用的那些条件。

在美术班这件事里：班规以及它规定的处理结果，是一个 S；从“谁动手了”到“适用哪一条”再到“罚多少”的那一串步骤，是 D；那幅差几笔的画、上周的别扭、没吃的早饭、两个孩子的性子，缠在一起，是 E。

三个字母排起来，一共六种次序，叫六路径：S→D→E，S→E→D，D→S→E，D→E→S，E→S→D，E→D→S。每一种次序的意思都不同：先看样子，先看过程，还是先看条件。

范老师走的是 S→D→E：先有一个样子（班规），再一步一步对下去（动手了没有、哪一条、怎么罚），最后才去看现场的情况，而在她这里，情况几乎没有被看到。江老师走的是 S→E→D：她心里也先有一个样子，即“打架总是有缘由的、要处理得公道”，这同样是起手前就放好的；但她接着先看那团缠在一起的条件，最后才排出处理的先后。两条路都从 S 起手，只是第二步和第三步调了个个儿。

◆ 三、走的路：法学里的“先找条文”

S→D→E 在法学里有一个人人熟悉的样子，就是常说的三段论：大前提是条文，小前提是认定的事实，结论是判决。法官先找到可以适用的那一条，再把案情一项一项装进条文的要件里去对，对上了，结论自然出来。法学上把“装进去对”的这一步叫涵摄。

这条路的好处是清楚。同样的事实，不管哪位法官来判，只要找的是同一条，对的是同一组要件，结论就该一样。人们因此能预先知道自己做了某件事会怎样，

这是法律可以被信任的前提。范老师的处理，换一位老师来也会一样，这一点家长们是认的。

它的难处在最后一步。条文是事先写好的，写的时候不可能想到所有的情况。走到 E 的时候，情况往往已经被前两步过滤掉了：豆豆在画上添的那一笔，不在“推人、打人”的要件里，所以在这条路上它根本不出现。不是范老师看不见，是她走的路不让它出现。

◆ 四、走的路：法学里的“先看案情”

S→E→D 在法学里也有它的样子。有一类法学家和法官说，判案的真实过程常常是先对整个案情有一个判断，觉得这样判才公道，然后再去找条文和理由，把这个判断撑起来。这种说法后来在法律现实主义、利益法学一路被说得很响，各章会细讲。中国的法官之间也常有一句半开玩笑的话：先有结论，再找理由。

这条路的好处是贴近现场。江老师看见了那幅画，看见了上周的别扭，所以她的处理让两个孩子都服气。法律里，这条路让法官能照顾到条文没想到的情况，不至于判出一个让所有人都愣住的结果。

它的难处在一致性。每一件事的情况都不一样，如果每一次都先看情况，那么同样是推人，这一次停课，下一次不停课，家长们就会问：凭什么？班规写在墙上，还有什么用？法律里，这就是可预期性的问题。先看案情的路走多了，条文会慢慢变成装饰。

◆ 五、另外四条路在哪里

问题在于，六条路里，法学的学派几乎都走前两条，另外四条很少被当作主路。

另外四条都不从 S 起手。D→S→E 和 D→E→S 先从走过的路起手：先看这件事、这类事是一步一步怎样演变过来的，再看规矩该长成什么样。E→S→D 和

E→D→S 先从缠在一起的条件起手：先承认眼前的局面是一团条件缠出来的，再看样子怎样显露、怎样一步一步走。

为什么很少走？不是法学家没想到，而是学派的出生证已经把起点钉在了 S 上。预设的主角和预设的法，本身就是一个现成的样子。要从 D 起手，就得先把“法是什么”放一放，去看规矩是怎样在一次次纠纷里长出来的；要从 E 起手，就得先承认“法”和“人”都是一团条件缠出来的暂时结果。这两样，都等于把出生证上的预设从前提降为结论。学派很少愿意这样做，因为一旦这样做，前面的推理就得重来。

还有一层是法学自己的：法学必须判。下课前十分钟，两位老师都得拿出办法，没有时间把一件事从头长一遍。从 S 起手最快，手里先有个样子，往下推或往回看都有个依托。这是从 S 起手在法学里格外顽固的一个原因。

本书第 63 章会试着走 D→E→S 一路，看法能不能从一次次的“判”与“服”之间长出来。这里先说清楚：我不是说另外四条路更高明，换一条路当唯一的路，不过是另一种单一。我要说的只是，几乎所有学派都从同一个起点出发，只在两条路之间挑，这是一个学科结构上的现象。

◆ 六、异象来了，会怎样

两条路各有自己接不住的事。

范老师的路接不住的，是条文之外那个明显的不公道。小磊挨了罚，豆豆什么事也没有，可在场的孩子都知道是豆豆先动了别人的画。她如果坚持只看第三条，孩子们会学到一件事：只要不动手，干什么都行。这时她面前有两个选择：要么承认班规漏了一种情况，回去改班规；要么想个办法，让这件事不算班规的问题，比如说“画的事是同学之间的小摩擦，不归班规管”。

江老师的路接不住的，是一致性。她这次照顾了情况，下次另一个孩子推人，家长就会拿这次来比：上次小磊推人都没停课，凭什么我家孩子停课？她如果每一次都重新看情况，迟早会被问到“规矩到底是什么”。

这两种接不住，就是本书说的异象：学派的起点接不住的事。下一章专讲，为什么异象来了，起点通常改不动；第 5 章讲，改不动的时候，学派用哪三种办法把它吸收掉。

◆ 七、次序为什么重要

有读者会问：既然两位老师最后可能都会兼顾条文和情况，次序还有那么要紧吗？

要紧。先看什么，决定了后面还看得见什么。范老师先拿出条文，那一笔黑线就被挡在了门外；江老师先看情况，班规第三条就成了“参考”。同样十分钟，先走哪一步，后一步就只能在前一步留下的空间里走。法庭上也一样：律师们最先争的，往往不是结论，而是先看什么。一方坚持先确定适用哪一条，另一方坚持先把来龙去脉讲清楚。谁赢了次序，谁就赢了一半。

次序还会被固定下来。一个法院、一个法学传统，如果长期先找条文，它的判决书、它的教科书、它培养法官的方式，都会围着这个次序长。这就是第 1 章说的次序被织进制度：不只是一个人先想什么，而是整套东西都按这个先后排好了。

◆ 八、两条路在法学课堂上

这个次序，在法学院的课堂上就开始教了。

大陆法系的课堂，偏重先找条文。近些年中国的民法课里，很流行一种案例分析的做法，叫请求权基础分析：拿到一个案子，先问谁向谁、依据哪一条、请求什么，再一项一项检验这一条的要件是否满足，满足了，再看对方有没有抗辩。学生被训练得一拿到案子，第一反应就是找那一条。这是 S→D→E 的标准练法，好处是不漏、不乱，坏处是条文没写到的东西，在这套检验单上没有格子。

英美法系的课堂，偏重从判例读起。这套判例教学法，一般追到十九世纪七十年代哈佛法学院院长兰德尔，他在 1871 年编出第一本供课堂用的合同法判例集。学生一学期读的是几百个真实判决，要从一个个案子里看出法官是怎样权衡情况、

怎样区分前后案子的。这条路离案情近，离 S→E→D 近一些。可它也从一个样子起手：学生读判例之前，就被告诉了“遵循先例”这个样子，后来的案子得和前面的对得上。所以它也不是从情况本身起手，而是先放好一个“和先例对齐”的样子，再去看情况。

两种课堂教出来的法官，碰到美术班那样的事，第一反应就会不一样。一个先问“哪一条”，一个先问“以前类似的事怎么处理的”。这不是性格的差别，是训练的差别；训练的差别，又是次序被织进制度的结果。

◆ 九、如果换一种开法

为了看清楚前两条路的边界，不妨想象第三种开法，这里只作对照，不作主张。

假设下课后，两位老师没有急着定罚，而是先把两个孩子和几个看见经过的同学叫到一起，让每个人说一遍刚才发生了什么，说到“别人的画能不能动”时，孩子们自己吵了起来：有人说看看可以，有人说碰都不能碰，有人说添一笔得先问。吵到最后，孩子们说出了一个大家都服的说法：别人的画，要动先问。小磊认了推人不对，豆豆认了不该画那一笔。下周，这一条被添进了班规。

这一次，规矩不是先摆好的样子，而是从这件事一步步走过的路和缠在一起的情况里长出来的，最后才显露为一条班规，这就是 D→E→S。它的代价也很明显：花时间，而且家长已经在门口等着了。法律里，这样的开法在调解里常见，在法庭上少见。为什么少见，后面第 63 章再说。

它看对了什么

两条路各自看对了一件真东西。

先找条文的路看对了：法律要被信任，同样的事就得同样处理，规矩必须事先摆在那里，人才能照着它安排自己的生活。这不是死板，是对每一个守法人的尊重。

先看案情的路看对了：规矩是人写的，写的时候看不全；一个让在场所有人都觉得不公道的判决，即便条文上挑不出毛病，也会伤到人们对法律的信任。

两条路都认真对待了法律的一个面。它们的局限不在于看错了，而在于都从一个预设好的样子出发，于是总有一面被前一步挡住。

还要补一句公道话：真实的法官，很少只走一条路走到底。先找条文的法官，写判决时也会回头看情况，觉得结果太刺眼，会再翻一翻有没有别的条文可用；先看案情的法官，最后也得找到一条条文落脚，否则判决写不出来。两条路在实际裁判里常常是来回走的。可来回走不等于没有先后。先走的那一步定下了“正常情况”是什么，后走的那一步只在“不正常”时才被叫出来。范老师如果觉得罚小磊太刺眼，她也会问一问经过，但那是在班规已经给出答案之后，问经过只是为了决定要不要破例；江老师最后也会说一句“按规矩推人是要停课的”，但那是在她已经看完情况之后，规矩只是用来收尾。先后一定，哪一样是常态、哪一样是例外也就定了。第 5 章会看到，“例外”这两个字，正是学派吸收异象最顺手的工具之一。

带走的话

①S 是显露出来的样子，D 是一步一步走过的路，E 是缠在一起的条件；三者排出六条路。

②法学的学派几乎都从 S 起手：先找条文往下推（S→D→E），或先看案情再回头（S→E→D）。

③先找条文换来一致与可预期，先看案情换来贴近现场；两条路各有接不住的异象。

④法学必须判，从 S 起手最快，这让起点格外顽固。

⑤先看什么，决定后面还看得见什么；次序本身会被织进制度。

> **小账**　本章动用：S／D／E、六路径、三段论与涵摄（S→D→E）、先有结论再找理由（S→E→D）、法学必须判、次序
>
> 锁定记录：尚未锁定具体学派；锁定的是一个结构现象：法学学派的起点几乎都钉在 S 上，只在两条路之间挑。

第 4 章

被堵住的原理：疑难案件为什么改不动起点

> 这一章的问题：条文接不住的事明明摆在眼前，为什么学派和制度通常不去改起点，而是想别的办法把它绕过去？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景，城市、公司和人物都是虚构的。

一家做电商客服的公司，三百来人。员工手册里的考勤制度写得很清楚：早上九点打卡；迟到三十分钟以内扣二十元；超过三十分钟按旷工半天计；一个月里有一次旷工，当月全勤奖八百元取消。制度实行了五年，大家都习惯了，也都认。

七月的一个早上，全城暴雨。夜里雨就没停，早上六点多，气象台发了红色预警，地铁有几条线因为站口进水停运，公交大面积绕行。员工小葛住在城东，平时地铁四十分钟，那天她先等了半小时车，后来干脆蹚水走了两个小时，十点二十分到公司，鞋里全是水。那天像她这样十点以后才到的，有六十多人；还有二十几个人根本没出得了门。

人事部的凌主管一早就收到了一堆消息。她面前的考勤系统冷冰冰地标着一排红字：旷工半天。按制度，这六十多人这个月的全勤奖都没了。

部门经理们在群里吵成一片。有人说，这是天灾，扣钱太不近人情；有人说，制度没写天灾怎么办，开了这个口子，以后下小雨也有人说是天灾；还有人提醒，上个月有个同事孩子半夜发烧去医院，早上晚到四十分钟，全勤奖照样扣了，当时谁也没说什么，现在暴雨就不扣，对他公平吗？

凌主管的难处在于：月底工资必须按时发，考勤必须有个结果。她不能说这个月的考勤先不算了。

◆ 二、先说清楚：疑难案件是什么

这个早上，就是法学里常说的疑难案件的一个日常版本。

疑难案件，不是指证据难找、事实难查的案子，而是指事实清清楚楚，条文却接不住的案子。接不住有几种：条文没想到这种情况；条文想到了，但照字面办出来的结果让人人都觉得不对；或者两条规矩都管得着，却指向相反的结果。暴雨那天，三种都有一点：制度没写天灾；照字面扣钱，大家觉得刺眼；而“一视同仁”和“不可归责的不罚”两种道理，指向相反的方向。

本书把这种地方叫作异象：学派的起点接不住的事。用 S、D、E 三个字母说，就是 D 与 E 起了矛盾。D 是一步一步走过的路，小葛那天的路是等车、改道、蹚水、两个小时；E 是缠在一起的条件，暴雨、停运、预警、整座城市的瘫痪。制度这个 S 预设的是一种平常的早上：只要人想按时到，就到得了。那天的 D 和 E 都不再是平常的样子，两者撞在一起，把这个预设顶出了一道缝。

◆ 三、被堵住的是哪一条原理

本系列有三条原理，说的是一件事：三维里任意两维起了矛盾，会推动第三维变化。D 与 E 的矛盾，推的是 S。照这条原理，暴雨那天该发生的事是：走过的路和缠在一起的条件撞在一起，逼着规矩本身改一改，比如添上一条，遇到官方发布的极端天气预警，当天迟到不计旷工。

可这条路在法学里常常是堵住的。矛盾出现了，却推不动 S。学派的起点、制度的那一条，照旧立在那里，异象被想办法绕了过去。本书把这叫作被堵住的原理。

为什么堵？不是因为法律人看不见，而是因为在法学里，改起点有三重代价，每一重都比别的学科更重。

◆ 四、走的路：它是怎样被堵住的

第一重，改起点等于翻旧账。

如果凌主管今天说，因不可归责的原因迟到不算旷工，那么上个月孩子发烧的那位同事立刻就会问：我的那八百块呢？孩子半夜高烧，算不算不可归责？再往前，三年前有人遇上车祸堵路，又算不算？起点一改，所有按旧起点判过的事都要重新问一遍。法律里有一个基本的做法，规矩一般不往回管，已经了结的事不再翻案，原因之一就在这里：翻旧账的成本，常常高过眼前这一件事的不公道。

第二重，改起点的人不在场。

凌主管有权执行制度，却没有权改制度；员工手册是公司定的，改要走程序，要征求意见，要公示。今天上午十点，制定制度的人不在这间屋子里，而必须给出结果的人在。法官也是这样：法官的职责是适用法律，改法律是立法者的事。手里有案子的人，没有改起点的权；有权改起点的人，手里没有这个案子。这一层，是本书说的次序：谁上谁下，被织进了制度。

第三重，也是法学最特别的一重：必须判。

经济学家碰到对不上的数据，可以说有待更多研究；政治学家碰到说不清的事，可以说见仁见智。法官不行。法国在 1804 年制定民法典时，第 4 条就规定，法官不得以法律没有规定、规定不明或不完备为理由拒绝裁判，否则要按拒绝审判追究。后来许多国家都有类似的意思。中国的民法典第十条也说，处理民事纠纷要依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但不得违背公序良俗。这一条本身就是一个预备好的出口：立法者知道条文会有接不住的时候，先替法官指了一条退路，但那仍是要判。

必须判，意味着异象来的时候，没有时间先停下来，把起点从头检验一遍再说。月底工资必须发，凌主管必须在现有的制度里找一个结果。于是最省力的办法，就不是改起点，而是在起点不动的前提下，把这件事安顿好。

◆ 五、这不是谁固执

读到这里，容易把账算到某个人头上：凌主管太死板，法官太保守。其实不是。

凌主管自己也觉得扣钱不对。她私下给老板发消息说，这次能不能特殊处理。可她同样知道，如果她自己做主破了这个例，下个月再有人迟到，她就没有立场说不了。她守的不是那八百块，是这套制度以后还能不能被人认。

法官也是这样。一位法官在一个案子里觉得条文的结果刺眼，他很清楚，自己的判决不只管这一件事，还会被后面的律师、当事人、法官拿来比。他今天绕开条文，明天别人就可以拿他的判决绕开别的条文。在法学里，守住起点常常是一种责任感，而不是固执。这也正是起点改不动的原因：最尽责的人，往往最不愿意动它。

◆ 六、为什么在法学里堵得尤其深

经济学、政治学里，原理也常被堵；可法学堵得更深，原因在于法学的起点不只写在书上，还织进了制度的场。

还是看考勤制度。“超过三十分钟算旷工半天”这一条，表面上只是一行字，实际上连着一串东西。它连着工资：全勤奖、扣款都从这里算出来。它连着绩效：有的部门把旷工次数算进年终考核。它连着劳动合同：许多公司的手册里写着，一年内旷工累计达到几天，可以解除合同。它还连着过去：五年来按这一条扣过的每一笔钱。这是连接。员工手册压着部门通知，部门经理无权改手册，人事主管只能执行，这是次序。考勤、工资、绩效、合同几套规矩互相引用，搭成一个整体，这是结构。

在这样一张场里，改一行字，不是改一行字。动了“三十分钟”，工资怎么算要跟着改，绩效口径要跟着改，合同解除的条件要重新解释，五年来的旧账要不要补，也得给个说法。牵一发而动全身，于是最省力的办法就是一发也不牵。

法律体系比一家公司的手册大得多，一个概念连着几十部法律、几百个判决。这就是本书说的制度依赖：起点被织进连接、次序与结构之后，异象推不动的就不只是一个学派，而是整张场。第 6、7 章细讲这张场是怎样织成的。

◆ 七、两个常见的反问

第一个反问：立法者不是可以改吗？可以，也常改。可改法有它的节奏：要等异象积累到一定程度，要走程序，要权衡各方。等到改的时候，起点往往是换成了另一个预设，而不是从异象里长出来的；而且新条文一出来，又成了下一轮异象要去撞的那个 S。

第二个反问：英美的法官不是可以造法吗？他们推翻旧判例，不就是改起点？确实有，但很少。更常见的做法，是说眼前这个案子和旧判例情况不同，旧判例管不着它，这叫区分；旧判例本身还立在那里。推翻先例是一件大事，法院往往要说明为什么非推翻不可。第 47 章专讲遵循先例，那里会看到，这套次序怎样把起点护住。

◆ 八、两个旁证

法学史上，疑难案件的样本很多，这里只点两个，后面各章会细讲。

一个是 1889 年美国纽约上诉法院判的一桩遗产案：一个年轻人知道祖父的遗嘱把财产留给他，为了早点得到，就毒死了祖父。当时的遗嘱法条文里，并没有写杀害立遗嘱人的不得继承。照字面，他该拿到遗产。法院多数意见最后没有让他拿，理由是任何人都不得从自己的错误中得利这样的一般原则。这个案子后来被德沃金拿来说明，法律里除了规则还有原则。

另一个是哈特讲过的一个小例子：公园里规定禁止车辆入内。汽车当然算车，那么自行车算不算？旱冰鞋算不算？儿童玩具汽车算不算？哈特用它来说明，规则的字眼都有一圈说不清的边，后来在《法律的概念》里叫开放结构。同一年，富勒回了他一个难题：有人想把一辆还能开的军用卡车立在公园的石座上，当战争纪念

物，这算不算“车辆入内”？富勒要说的是，光看字眼定不下来，得看这条规矩要防的是什么。

这两个例子有一个共同点：起点都没有被改掉。纽约那个案子里，遗嘱法的条文还在，法院只是说这里另有一条原则管着；公园的规定也还在，争的只是“车辆”这个词伸到哪里。异象被处理掉了，起点安然无恙。怎样处理掉的，就是下一章的事。

◆ 九、它看对了什么

把原理被堵说出来，并不是要指责法律不肯改，而是要看清，这一堵里头也有法学看对了的东西。

第一，稳定本身是一种价值。人们照着规矩安排自己的生活：几点出门，签什么合同，怎样立遗嘱。如果规矩一遇到难事就改，就没有人敢照它安排了。被堵住的原理，有一部分是在护着所有守法人的预期。

第二，改起点的权放在少数地方，是有道理的。如果每一个手里有案子的人都能改规矩，规矩就会有几百个版本。把改起点的权交给立法者，把适用规矩的责交给法官，这是一种分工。

第三，必须判，逼出了法律人非常高的手艺。正因为不能等，法律人才发展出一整套在不动起点的前提下安顿难事的办法：解释、类推、原则、例外、衡量。这些手艺本身是真本事。只是本书要指出：这些手艺越高明，起点就越不必改，原理就堵得越深。

堵住了，怎么办

原理被堵，异象并不会自己消失。它总要去一个地方。去处大致只有两个。

一个是被吸收：起点不动，异象被说成不必检验的事，或者被改个名字归进已有的概念，或者被宣布按定义就成立或不成立。第 5 章讲这三种吸收。

另一个是分叉：异象太大，吸收不了，有一部分人干脆另立一个起点，形成新的学派。分叉出来的新学派，又会带着自己的预设，去走自己的路，然后在下一次判决、下一部法典里，把自己的起点也织进制度。第 6 章讲这个。

两个去处有一个共同点：原来的起点都还在。吸收是原地不动，分叉是原地不动、旁边再立一个。

回到暴雨那天

那天下午，公司最后的处理是这样的：老板批了一条“特殊情况说明”，这次暴雨迟到的，不计旷工，全勤奖照发；员工手册不改，说明里写明“仅限本次”。上个月孩子发烧的那位同事，没有被提起。

这个结果，大家都还算接受。可你看它是怎么做到的：制度一个字没动，暴雨被归进了“特殊情况”，而“特殊情况”是什么、下次还算不算，没有人说。下一次再下暴雨，凌主管还是得再请示一次。这就是原理被堵之后最常见的样子：事情过去了，起点没有动，下一次还会再卡在同一个地方。

带走的话

①疑难案件，是事实清楚、条文却接不住的案子，本书叫它异象：D 与 E 起了矛盾。

②照三原理，D 与 E 的矛盾该推动 S 改写；在法学里，这条原理常被堵住。

③堵的有三重：改起点要翻旧账；有案子的人无权改，有权改的人不在场；法官必须判，等不及。

④守住起点常常出于责任感，不是固执；稳定、分工与手艺，都是这一堵里看对了的东西。

⑤原理被堵，异象只有两个去处：被吸收，或撑出分叉；原来的起点都还在。

> **小账**　本章动用：疑难案件、异象（D 与 E 的矛盾）、三原理、被堵住的原理、规矩不往回管、次序（有权改与有责判的分离）、法学必须判
>
> 锁定记录：尚未锁定具体学派；锁定的是“起点不改”这一常态，以考勤制度的“仅限本次”为样本。

第 5 章

三种吸收：免检、改名、先验

> 这一章的问题：起点改不动的时候，学派用什么办法让异象“消失”？三句常听到的话：“这不是法律问题”“这属于例外”“按定义就是合法”。

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景，游泳馆和人物都是虚构的。

街道新开了一家社区游泳馆，门口立着一块牌子，十条须知，其中第六条写着：儿童须由家长陪同入场。暑假第一天，高二学生阿凯拿着办好的游泳卡来了。他十七岁，一米八二，学了八年游泳，拿过区里中学生比赛的名次。

前台的柴姐看了一眼他的卡，生日一栏显示未满十八岁，系统弹出提示：未成年，须家长陪同。她把卡推回去：家长呢？阿凯愣了，他说他爸妈都在上班，他自己能游，比池子里大多数人都游得好。

柴姐说：牌子上写着呢，我只管照牌子办，有没有道理不归我问。阿凯不走，叫来了值班的洪馆长。洪馆长看了看阿凯，又看了看牌子，说：你这种情况算特殊，签一份安全承诺书，留个家长电话，今天先让你进。旁边一位等着进场的大爷插了一句：未成年人就是儿童，法律上都这么算的，规矩就是规矩，没什么可商量的。又有一位家长说：牌子上写的儿童，明明是小孩子，人家十七岁，根本不是儿童，这条规矩碰都没碰到他。

一块牌子，一个十七岁的人，在门口引出了四种说法。其中三种，各是一种吸收。

◆ 二、吸收是什么意思

上一章说过，异象来了，起点改不动，异象总要去一个地方。吸收，就是让异象在原来的起点里找到一个位置，于是它不再是异象：起点不动，事情了结。

这块牌子的起点是什么？是一个显露出来的样子：来游泳的人分成能自己照看自己的大人和需要人照看的孩子，孩子要有家长在旁边。阿凯就是那个接不住的人：按年龄，他是未成年人；按本事，他比许多大人都更不需要人照看。D 和 E 撞在一起：他一步步走过来的八年游泳是 D，十七岁、一米八二、拿过名次、爸妈在上班这一团条件是 E，两者合起来，把牌子的预设顶出了一道缝。

照三原理，这道缝该推动牌子改写。可是门口没有人能改牌子，后面还排着队。于是在场的人各自用了一种办法，把这道缝补上。

◆ 三、第一种：免检

柴姐的说法是：我只管照牌子办，有没有道理不归我问。

这就是免检：把异象判成不必检验、不算问题。它不否认阿凯的情况特殊，只是说，这种特殊不在我该看的范围之内。牌子没有错，阿凯也没有错，只是这件事不归这里问。

法学里，这句话常常说成：这不是法律问题。一个纠纷被说成是道德问题、政治问题、家务事、单位内部的事，法院就可以不受理，或者受理了也只审形式不审实质。许多国家的法院都有一些“不审”的范围，说这些问题该由别的机关去定。这种安排各有它的理由，本书不去评哪一处划得对；本书只指出它在结构上的作用：异象被划到了法律的门外，起点于是不必面对它。

免检的好处是快，也守住了分工：前台本来就不该替馆里改规矩。它的代价是，异象被原封不动地送走了，它还在，只是不在这里了。

◆ 四、第二种：改名

洪馆长的说法是：你这种情况算特殊，签一份承诺书，今天先让你进。

这就是改名：把异象改称为已有框架里的一个参数、一个“例外”或一种“效应”。牌子还是那块牌子，“儿童须家长陪同”仍然完好；阿凯被放进了一个叫做“特殊情况”的抽屉，抽屉里配一份承诺书。异象不再是对牌子的挑战，变成了牌子底下的一个附注。

法学里，这句话常常说成：这属于例外。条文后面的“但是”，学说里的“特殊情形”“不可抗力”“情势变更”，判决里的“本案情况特殊”，都是现成的抽屉。上一章暴雨那天的“特殊情况说明，仅限本次”，就是改名；纽约那桩遗产案里，法院说遗嘱法之外另有一条原则管着，也带着一点改名的意思：异象被改称为“原则的适用场合”，规则本身不动。

改名的好处是灵活，人情和规矩都照顾到了。它的代价也藏在这份灵活里：抽屉越来越多，抽屉之间的边界没人说得清。“特殊情况”下一次还算不算？十六岁的呢？十五岁游得也很好的呢？每一个抽屉，都是一个没有被回答的问题。

◆ 五、第三种：先验

那位大爷的说法是：未成年人就是儿童，法律上都这么算。那位家长的说法正好相反：牌子上的儿童明明是小孩子，十七岁根本不是儿童。

两句话方向相反，用的是同一种办法：先验。先验，是把异象宣布为按定义不可能，或者按定义成立。大爷那一句，让阿凯按定义就是儿童，于是不存在“一个能自己照看自己的儿童”这种事，异象按定义被取消了。家长那一句，让阿凯按定义就不是儿童，于是牌子根本没碰到他，异象按定义也被取消了。

两句话都有一点根据。中国的未成年人保护法把未成年人定为未满十八周岁的公民；联合国儿童权利公约说的儿童，一般也指十八岁以下的人。可日常说话里，

没有人把一个一米八二的高中生叫小孩子。两种定义都在，各取一种，就能让异象消失。

法学里，这类句子常常说成：按定义就是合法，或者按定义就不是法。一个学派如果把法定义为有权者按程序发出的命令，那么凡是按程序发出的，按定义都是法，“这条法是不是太不公道”就不在这个定义里提得出来；反过来，一个学派如果把法定义为合乎正义的规则，那么极不公道的条文按定义就不是法，“恶法也是法吗”的难题同样被定义取消了。后面讲纯粹法学、讲恶法之争的那几章，还会碰到这两种说法：两边各守一个定义，隔着定义对望。

先验最省事，也最难察觉。它不必面对异象，因为在它的定义里异象从来没有出现过。

◆ 六、走的路：吸收是怎样一步步完成的

把门口那十分钟慢放一遍，吸收大致是四步。

第一步，认出异象。系统弹出“未成年，须家长陪同”，可眼前站着的是一个一米八二、游了八年的人。在场的每个人都感到了不对劲，这一步谁也没有回避。

第二步，找一个现成的格子。柴姐找的格子是“我的职责”，洪馆长找的格子是“特殊情况”，大爷和那位家长找的格子是“儿童”这个词的定义。格子都是现成的，不是为阿凯新造的。

第三步，把异象放进格子，贴上标签。“不归我问”“特殊情况”“按定义是”“按定义不是”。标签一贴，阿凯就从一个让牌子难堪的人，变成了一种已知的情形。

第四步，结案，并留下痕迹。阿凯签了承诺书，进了场。那份承诺书被放进前台的文件夹，下一次再有类似的人来，柴姐会说：上次有个情况，馆长让签了这个。一次吸收，就这样成了下一次吸收的先例。

四步走完，起点一个字没改，异象却已经被处理得干干净净。用 S、D、E 说，这条路是从 S 出发、绕过 D 与 E 的矛盾、又回到 S 的一个圈。

◆ 七、怎么辨别：是吸收，还是真的解释

读者会问：难道每一次说“这不是法律问题”“这属于例外”，都是在吸收吗？不是。有时候它们是真的解释。

辨别的办法，是看说完这句话之后，起点有没有多知道一点东西。

如果洪馆长说完“特殊情况”，回去就琢磨：牌子上的“儿童”到底是按年龄还是按水性分的？是不是该改成“不会游泳的未成年人须家长陪同”，或者“十四岁以下须家长陪同”？那么这一次“特殊情况”就不只是吸收，它是改写的前奏。如果他说完就算了，下一次再有人来，还是“特殊情况”，那就是吸收：牌子什么也没学到。

法学里同样用这个办法。一个判决说“本案属于例外”，看它有没有说清例外的条件，后来的案子能不能按这个条件去判。说清了，起点被细化了，这是学习；没说清，只是这一次放过，那就是吸收。

◆ 八、三种吸收会叠加

在真实的法律里，三种吸收常常一起用，一层叠一层。

阿凯那天如果被拒之门外，去找街道反映，最可能听到的是一套组合：先说牌子是馆方的管理规定，不属于街道管的事，这是免检；再说如果确有特殊情况，可以向馆方申请个别处理，这是改名；最后再补一句，未满十八周岁本来就是未成年人，规定这样写是有依据的，这是先验。三句话下来，每一句都说得通，牌子一个字没改。

叠在一起的吸收，比单独一种更稳。因为它在三个方向上都替起点挡住了：说它不该问，说它是例外，说它按定义没毛病。异象要想推动起点改写，得同时穿过三道门。

◆ 九、吸收的代价

吸收不是坏事，它让事情能了结，让制度能运转。可它有一笔看不见的账。

第一，异象被吸收了，它带来的信息也被吸收了。阿凯这件事本来在告诉馆里：按年龄分人，和按本事分人，不是一回事。这条信息被“特殊情况”收进抽屉之后，就没有人再看了。

第二，抽屉会越积越多。一个起点靠吸收撑得越久，它身上的例外就越多，最后例外比规则还厚。读过一些法律的人都见过这样的条文：前面一句原则，后面七八个但书，再后面是司法解释，再后面是指导意见。这些层层叠叠的东西，有一部分是精细化，有一部分就是吸收留下的抽屉。

第三，吸收会被织进制度。“特殊情况可签承诺书”这一做法用多了，就会被写进馆里的操作手册，成了结构的一部分。下一任馆长接手，看到的不再是一个没回答的问题，而是一条现成的程序。吸收由此从一次权宜，变成了制度依赖的一部分。第 6 章接着讲这一步。

它看对了什么

三种吸收各自看对了一点东西。

免检看对了分工：不是每个人都该在任何地方改规矩，前台照牌子办，是对规矩的尊重，也是对自己职责的清醒。

改名看对了分寸：规矩总有照不到的情况，留一个口子处理个别的事，可以不必为一件事去改动一整套东西。

先验看对了定义的力量：法律需要清楚的边界，十八岁这样的硬线虽然粗，但人人看得懂、量得出，不必每次都去评一个人的本事。

三者的共同局限，是都让起点免于学习。它们处理了眼前的事，却没有让规矩变得更聪明一点。

吸收有时是诚实的

还要说一句公道话：吸收并不总是躲闪。有时候起点确实不该改，吸收是对的。

十八岁这条线就是例子。按本事分人，听上去更合理，可本事要测，测就要有人来测、有标准、有争议；按年龄分人粗，却人人量得出，谁也不用看谁的脸色。馆里如果想清楚了这一层，就可以诚实地对阿凯说：我们知道这条线对你不公道，你比许多大人游得好；可我们宁可用一条粗而清楚的线，也不愿每天在门口评每个人的本事。这一次你得找家长来，或者等你满十八岁。

这样的话阿凯未必爱听，但它和“不归我问”“特殊情况”不一样：它把异象摆在明处，承认了起点的代价，并说明为什么仍然付这笔代价。诚实的吸收与不诚实的吸收，差别不在结果，而在有没有把那道缝说出来。法学里，那些写明“本院知道此规则在个案中的不公，但出于某某理由仍然适用”的判决，就是诚实的吸收；它们把缝留在了纸面上，后来的人才有机会去补。

吸收之外

有时候吸收不了。假设那个暑假，来的不止阿凯一个，而是几十个十六七岁、都会游泳的高中生，天天在门口和前台争；又有几个十二三岁、根本不会游泳的孩子，因为家长陪着就进了深水区。这时候“特殊情况”的抽屉塞不下了，馆里只好坐下来，重新问“陪同”这条规矩到底要防的是什么。有人主张按年龄，有人主张按水性测试，两派各执一词，最后可能是两种规矩并存，或者一方另立一套。这就是分叉，第 6 章专讲。

带走的话

①吸收，是起点不动，让异象在原有框架里找到位置，于是它不再是异象。

②三种吸收：免检，“这不是法律问题”；改名，“这属于例外”；先验，“按定义就是合法”或“按定义就不是法”。

③辨别吸收和真解释，看说完之后起点有没有多知道一点东西。

④三种吸收常一层叠一层，在三个方向上替起点挡住异象。

⑤吸收用多了，会被写进操作手册和司法解释，从一次权宜变成制度依赖的一部分。

小账 本章动用：吸收、免检、改名、先验、三种吸收的叠加、吸收与解释的辨别、分叉（预告）

锁定记录：尚未锁定具体学派；锁定的是三种吸收的格式，以游泳馆“儿童须家长陪同”第六条为样本，牌子一字未改。

第 6 章

分叉与制度化：学派之争怎样沉淀成判例与体系

> 这一章的问题：一场学派之争吵到最后，谁也没认输，为什么吵过的东西却一条条留在了法律里，而且越留越难动？

◆ 一、日常主例

罗家四口人：爸爸在物流公司排班，妈妈在社区医院做护士，姐姐读高一，弟弟读五年级。家务一直是谁看见谁做，做着做着就成了妈妈一个人做。去年秋天，妈妈连上了三个夜班，回家看见水池里泡着两天的碗，第一轮吵架就这样开始了。

第一轮，爸爸提出的办法很干脆：家务按时间平分，每人每周做够五个小时，谁做什么自己挑。姐姐不同意，说弟弟的球鞋、弟弟的玩具、弟弟洒在沙发上的果汁，凭什么算进“全家”的五个小时。第二轮，姐姐提出另一套：自己弄脏的自己收拾，自己的东西自己管，剩下真正公共的那部分，再说怎么分。爸爸说这样算不清，地板到底是谁踩脏的。第三轮，妈妈把两种说法都听完，说她不想当裁判，但碗总得有人洗。

吵到这里，家里其实已经有了两派：一派认为家务是一份总量，要平均分（下面叫平分派）；一派认为家务是一笔笔的账，谁欠的谁还（下面叫按责派）。两派谁也说服不了谁。可日子不能停下来等他们吵出结果：明天早上还要有人做早饭，周六还要有人拖地。

最后，妈妈拿了一张A4纸，写了四条，用磁铁贴在冰箱门上。第一条，自己的东西自己收，自己弄脏的自己擦。第二条，公共家务（做饭、洗碗、拖地、倒垃圾）列一张轮值表，四个人轮。第三条，考试周、夜班周可以找人换班，但欠下的班要在两周内还。第四条，有争议先看这张纸；纸上没写的，周日晚饭时商量，商量出的结果写在纸的最下面，以后照着办。

这张纸贴上去以后，吵架少了，但家里的事从此多了一个特点：凡事先看冰箱。一年以后，家里收养了一只猫，猫砂谁铲又吵了起来。弟弟说猫是全家的，该进轮值表；姐姐说是弟弟闹着要养的，按第一条该他管。两个人吵的，其实还是当年平分和按责那场老架；只不过这一回，谁也不再从头讲道理，两个人都只是在争：猫砂该塞进第一条，还是第二条。

◆ 二、分叉：一个异象撑开两条路

第5章讲了学派碰上异象的三种吸收办法：免检、改名、先验。这一章讲第四种结局：分叉。所谓异象，就是学派的起点接不住的事；吸收，是学派把这件事化进自己原来的路；分叉，是这件事化不进去，于是有人另起一个起点，带出一个新学派，原来的学派却并不因此消失。

罗家的“水池里泡了两天的碗”就是一个异象。原来那条不成文的路是“谁看见谁做”，背后的预设是：家里每个人都会自觉。碗泡了两天，说明这个预设接不住了。接不住以后，家里没有出现一个大家都服的新起点，而是出现了两个：平分派预设家是一个整体，家务是这个整体的负担；按责派预设家是几个人凑在一起，家务是每个人自己行为的后果。用本书的话说，两派的出生证不一样：主角都是“守规矩的家里人”，但对这个人是什么样的人、对“家务”是什么东西，预设不同。

法学史上的分叉大多是这个样子。后面各章会一个个讲：罗马有两个法学家的学派为“用别人的葡萄酿成的酒归谁”争了很久（第9章）；十九世纪德国有人认为法是民族精神长出来的，有人认为法应当编成一部法典（第16章）；刑法里有人认为刑罚是为了还清过去，有人认为刑罚是为了防住未来（第20章）。每一次分叉，起因都是一个旧起点接不住的异象；每一次分叉以后，两派都觉得自己赢了，谁也没有改写自己的起点。

◆ 三、法官不能不判：分叉为什么停不在书上

如果只是两派学者在书上争，分叉可以一直挂着，挂上几百年也不妨事。经济学可以说“有待更多数据”，政治学可以说“见仁见智”。法学不一样，这是本书反复要讲的第一处特殊性：法官不能拒绝裁判。

一八〇四年的法国民法典第4条把这件事写得最明白：法官若以法律没有规定、规定不明或不完备为由拒绝审判，可以按拒绝审判罪追究。也就是说，法律有空白，学派在吵架，都不是法官不判的理由。罗家也一样：猫砂可以吵，但猫砂盆明天就满了，总得有人先铲。

法官必须判，就意味着分叉的两条路，必须在一个个具体案子里落成一个结果。今天这个法院按平分派判，明天那个法院按按责派判，后天上级法院要决定哪个对。一来二去，分叉就不再只是书上的两派，而成了判例、法典和体系里的东西。本书把这个过程叫做制度化。界限要说清：判是法学的出口，不是法学的全部；纯理论的法学家可以只写书不判案，但他写的东西如果要进法律，就得经过这个出口。

◆ 四、制度化的三种织法：连接、次序、结构

学派之争沉淀进法律，不是整块搬进去，而是织进去的。本书沿用本系列的口径：法学是国家的场，场有三项，就是连接、次序、结构，合起来叫做制度。下面这张表把三项摆在一起，第三栏是法律里的样子，最后一栏是冰箱上那张纸里的样子。

织进去的那一项	问的是	法律里的样子	冰箱家规里的样子
连接	谁和谁之间有关系、谁对谁负责	侵权里加害人对受害人负责；合同里双方互负义务	欠了班的人欠的是替他上班的那个人
次序	谁先谁后、谁上谁下	上位法优于下位法；先例约束后案；程序有先后	先看第一条，再看第二条；纸上写的先于临时商量

织进去的那一项	问的是	法律里的样子	冰箱家规里的样子
结构	整套规范怎样搭成体系	法典的编章、法教义学的体系、犯罪论体系	四条加上纸下面越补越长的那几行

先看连接。罗家的第三条“欠下的班要还”，把两个家里人连在了一起：姐姐考试周找弟弟替她洗碗，她欠的就不是“全家”，而是弟弟。这一条是按责派的思路，它一写上去，家里就多了一种“谁欠谁”的关系。法律里的连接也是这样织进来的：一个学派认为损害要由造成损害的人来补，于是侵权法里就有了加害人与受害人之间的那根线；后面第8章会看到，这根线早在亚里士多德那里就画出来了。

再看次序。罗家的第一条写在第二条前面，看起来只是写的先后，实际上决定了猫砂之争的走向：只要猫砂能被说成“弟弟自己的事”，第一条就先用上，轮值表根本轮不到。法律里的次序更硬。英国的上议院在一八九八年的伦敦电车公司案里确认，它受自己以前判决的约束；直到一九六六年，大法官代表上议院发了一份实践声明，才允许它在看来正当时偏离自己的先例。先例约束后案，这本身就是一种次序；而改这个次序，又要靠一次正式的制度动作，不是哪位法官换了学派就能改。

再看结构。冰箱上的纸，最下面越补越长：“垃圾分类算倒垃圾”“外卖盒谁点的谁扔”“周末大扫除另算”。每补一行，都要和上面四条对得上，对不上的就要解释一番。法律的结构也这样长：法典有编、章、节，法教义学把每一条放进体系里一个确定的位置，新的判决出来，学者要说明它在体系里归哪一格。德国刑法第46条是个好例子：量刑以行为人的罪责为基础，同时要考虑刑罚对他将来在社会中生活的影响。报应和预防这场吵了一百多年的架，被并排写进了同一条里，罪责在前，作为基础；对将来的考虑在后，作为要考虑的东西。分叉没有决出胜负，而是被织成了一条的前后两半。

◆ 五、织进去之后：制度依赖

现在可以说清本书说的“制度依赖”是什么了。一个学派的预设，一旦织进了连接、次序和结构，以后的人做事就先看制度，不再先看预设。罗家一年后吵猫砂，两个孩子都不再问“家到底是一个整体还是几个人”，只问“猫砂归第一条还是第二条”。起点没有被说服，也没有被推翻，它只是被织进了纸里，成了大家默认的东西。

这和经济学卷讲的路径依赖不一样。路径依赖说的是一个学派只走一条路；制度依赖说的是，这条路被写进了法律关系的连接、次序与结构，于是即使后来的人换了想法，也要先按织好的那张网办事。本书的口径是：制度依赖不是路径依赖的后果，而是法学自己的那一种依赖。第7章会把这一点和经济学、政治学放在一起讲。

制度依赖有一个容易被忽视的地方：它织进去的往往不是一派，而是两派吵架时的那个停火线。德国刑法第46条里有报应也有预防；罗家冰箱上有按责的第一条，也有平分的第二条。正因为停火线两边都有人认，它才格外难动：谁想改，都会被另一派当成是要翻旧账。

织进去的还有意义权重。按这一章的读法（这是本书的读法，不是罗家自己说的），按责派押在自由上：各管各的，谁也不替谁背；平分派押在幸福上：一家人得一起过得下去。冰箱上的纸把第一条放在第二条前面，等于悄悄地把自由排在了幸福之前。没有人投过票决定这件事，它是随着条文的先后一起织进去的。法律里的次序也常常这样，顺带定下了意义的先后。

还有一处要留个记号。判决一旦确定，就不能就同一件事反复再告，这在法律上叫既判力，是制度依赖最硬的一种形式。既判力守住的是“这一件事”，遵循先例守住的是“这一类事”；本书在这里只留一个记号，第47章讲遵循先例时再回来。

◆ 六、异象又来时：网会自己吸收

织好的网，面对新的异象，有一套自己的反应。猫来了，罗家没有回头去问当年的预设，而是先试着把猫砂塞进已有的条文。弟弟说猫砂属于“倒垃圾”，这是改名；姐姐说弟弟要养的就是弟弟的东西，这是把一个新事物硬套进旧概念里。最后周日晚饭上，妈妈拍板：猫砂进轮值表，但弟弟每周多值一次。这一行写在了纸的最下面。

你看这个结果：猫砂之争没有让任何一派改写起点，它被吸收进了结构里，成了第四条下面的又一行补充。下一次再出事，大家会先翻这一行。法律里的情形一样：新问题来了，法官先在体系里找它的格子；找不到，就造一个“例外”或一个“新类型”放进去；只有在极少数时候，才会像一九六六年那样，做一次改动次序本身的制度动作。

法国民法典第5条与第4条是一对：第4条要求法官必须判，第5条又不许法官用判决的方式定出一般性的规则。法国的设计是：法官判个案，一般规则留给立法者。可后来的法国法学史表明，最高法院的判决照样一层层积累，学者照样把它们织进体系。不许织，网还是织起来了。这一点留到第15、54章细讲。中国在二〇一〇年前后建立了案例指导制度，最高人民法院发布指导性案例供各级法院参照，走的是另一条织法；它的细节留给第56、57章。

◆ 七、它看对了什么

把分叉和制度化放在一起看，能看清三件事。

第一，法学的多元不是吵出来就完了的多元。它有一个出口，就是判；出口逼着分叉落地，落地就留在制度里。所以法学的多元，说到底是制度依赖的数目：吵过几次、织进去几根线，法律里就多几处默认。

第二，制度化不全是坏事。罗家贴上那张纸以后，吵架确实少了，碗确实有人洗了。连接让人知道该找谁，次序让人知道先看哪条，结构让新问题有地方放。法

律能让陌生人之间也知道明天会怎样，靠的就是这张网。本书说的依赖，是在讲代价，不是在否定这张网。

第三，代价也要看清。网织好以后，起点就退到了后面，大家不再问当初那对预设对不对，只问新事该塞进哪一格。这就是判词二说的：疑难案件、恶法与判决对不上的事来了，起点改不动，学派只会吸收（免检、改名、先验）或分叉；而法官不能不判，判例、法典与体系又把这对预设织进法律关系的连接、次序与结构里：这就是法学的制度依赖。罗家的猫砂之争，是这句话最小的一个样子。

> **带走的话**
>
> - 分叉是异象撑开的第二条路，老路并不因此消失。
> - 法官不能不判，所以分叉不能停在书上，必须落成判决，落多了就成了制度。
> - 制度化是织进去的：织进连接（谁对谁负责）、次序（谁先谁后）、结构（体系怎样搭）。
> - 织进去的常常是两派的停火线，所以格外难动。
> - 新异象来了，网会先自己吸收；改动次序本身，要靠一次正式的制度动作。

小账　本章动用：分叉、制度化、连接、次序、结构、既判力、判词二。

锁定记录：平分派与按责派的起点都没有改，被织进冰箱家规的第一、二条；法律里对应的是报应与预防并排写进同一条量刑规定。

第 7 章

三类学问，三种依赖；社会科学里再分三门（经济学路径依赖、政治学政体依赖、法学制度依赖：波、粒子、场），兼谈本书怎样算错

> 这一章的问题：物理学家、经济学家、法学家都会“只走一条路”，可他们被锁住的地方一样吗？本书凭什么说法学锁在“场”上，又怎样才算说错了？

◆ 一、日常主例

早市菜场东头第三个摊位，卖豆腐的谭姐在这里干了九年。同一个摊位，每天都有三件事在发生，只是平时没人把它们分开看。

第一件是价钱。谭姐每天四点进货，豆子贵了，豆腐不能马上涨；隔壁摊降了五毛，她得想想跟不跟；下雨天人少，过了九点她就开始打折。价钱不是哪一天定下的，它是一天天走出来的：有来路，有快慢，涨上去容易，掉下来难。

第二件是摊位谁说了算。菜场归一家市场公司经营，公司下面有管理处，管理处有一位管理员每天巡场。谁能在这里摆摊、摊位能不能换、市场要不要整体改造，最后都由市场公司这一个“整体”说了算。九年里管理员换过三个，市场公司没换，规矩的大框子也就没大变。

第三件是摊位费合同。谭姐签合同的对象是市场公司，不是管理员个人；合同里写着押金、月租、续租的先后条件、不得转租、违约怎么办；合同上面还压着市场的管理规定，管理规定上面还压着地方的条例和国家的法律。哪一条先用、哪一条不能和上面的冲突、整套条款怎样搭在一起，都写在纸上，或者写在纸背后的那一层层规定里。

同一个摊位，三件事。本章要说：经济学盯第一件，政治学盯第二件，法学盯第三件；而且三门学问的学派，正是在各自盯着的那一件上被锁住的。

◆ 二、三类学问，三种依赖

先退一步，看所有学问。本系列有一条口述：自然科学学派＝方程依赖；社会科学＝路径依赖；人文科学＝原理依赖。

本书的读法是这样的。自然科学的学派，起点常常是一组方程或定律；异象来了，学派先改参数、加修正项，方程本身不轻易动，这叫方程依赖。人文科学的学派，起点常常是一条原理，也就是“什么推动什么”的一种说法，比如一位哲学家认定是哪两样东西的矛盾推动了第三样；学派守着这一条原理去读一切，这叫原理依赖。社会科学夹在中间：它研究的是人与人、人与制度之间的互动，研究对象一直在变，学派没法像物理学那样守一组方程，也不像哲学那样只守一条原理，而是以一对预设起手，从那里走出一条路，异象来了不改起点，只吸收或分叉。于是学派只走一条路，这叫路径依赖。

这三个词正好对上 SDE 的三样工具：方程、路径、原理。三类学问各自被锁在其中一样上。这不是说自然科学没有路径、人文科学没有方程，而是说它们最常被卡住的地方不同。

◆ 三、社会科学里再分三门：波、粒子、场

到这里，经济学、政治学、法学都还在同一个篮子里，都叫路径依赖。二〇二六年十月，本系列又有一条口述往下分了一层，原话是：经济学形成路径依赖，法学形成制度依赖，政治学形成政体依赖。经济学是国家的波：路径、速度、粘性；法学是国家的场：连接、次序、结构（叫做制度）；政治学是国家的粒子：国家整体、稳定、独立的具体特征，就是政体（比如美国和中国的政体不一样）。

把它放回菜场，就是下面这张表。

	经济学	政治学	法学
盯的是国家的	波	粒子	场
三项	路径、速度、粘性	整体、稳定、独立	连接、次序、结构
形成的依赖	路径依赖	政体依赖	制度依赖
在谭姐摊位上	价钱怎么一天天走出来	市场公司这个整体谁说了算	摊位费合同和上面一层层规定怎么搭

波，是会走、有快慢、有惯性的东西。谭姐的豆腐价就是一道小波：它有来路，有快慢，涨了难掉。经济学的学派把自己的预设押在这道波该怎么走上，于是被锁在路径、速度、粘性里。

粒子，是一个能被当成整体、相对稳定、能独立于别的东西被认出来的东西。市场公司就是菜场里的那颗粒子：管理员来来去去，公司还是公司。国家层面的粒子就是政体。政治学的学派把预设押在政体是什么、该怎样上，于是被锁在政体里。

场，是一张把许多点连起来、排出先后、搭成整体的网。谭姐和市场公司之间那根合同的线，合同之上管理规定、条例、法律的那层层先后，整套条款搭成的体系，就是菜场里的场。法学的学派把预设织进这张网里，于是被锁在制度里。这一点上一章已经细讲过。

同一个异象落到菜场里，三门会各自往自己那一面去接。去年传出消息，菜场要整体改造，停业半年。谭姐听到的第一种说法来自做小生意的熟人：停半年，熟客就散了，回来以后价钱得先降一阵才能把人拉回来，这是在算波，算的是路径和粘性。第二种说法来自街坊议论：改造是市场公司自己定的，还是上面要求的，公司会不会换人经营，这是在看粒子，看的是谁作为一个整体说了算、稳不稳。第三种说法来自她请教过的一位做律师的亲戚：合同还没到期，停业算不算对方违约，押金退不退，改造后原摊位有没有优先续租，这是在看场，看的是连接、次序和结构。三种说法都对，但谁也替代不了谁；而三门学问的学派，各自只在自己那一面上接这个异象，这就是它们各自的依赖。

三门押的意义也不一样，这是本系列另一条口述的提醒：不同学派的意义预设中心与权重组合不同，创造、自由、幸福各占多少，要分清理论与国家实践。这一层留到第8章起，每章在“意义预设”一节里单独标。

◆ 四、K3 与 K4 怎样一起用

两条口述放在一起，初看会有一处别扭：第一条说社会科学是路径依赖，第二条又说经济学是路径依赖，那法学到底是不是路径依赖？本书的用法分两层，请读者记住，全书都照这个用。

第一层，用第一条口述（本书记作K3）。它回答“学派是怎样被锁住的”：社会科学的学派总体上都是路径依赖，也就是以一对借来的预设起手，异象来了不改起点，只吸收或分叉，于是只走一条路。这一层，三门学科都一样。判词一管的就是这一层：每个法学学派的起点，都是借来的一对预设。

第二层，用第二条口述（本书记作K4）。它回答“锁在国家的哪一面”：同样是只走一条路，三门学科各自被锁在国家的一个侧面上。经济学锁在波上，政治学锁在粒子上，法学锁在场上。判词二的后半句管的就是这一层：法官不能不判，判例、法典与体系又把这对预设织进法律关系的连接、次序与结构里：这就是法学的制度依赖。

为什么经济学两层同名？因为经济学盯的那一面本身就是一条会走的波，“只走一条路”和“锁在路径上”恰好落在同一处。法学不一样：法学的学派也只走一条路，但它把路织成了网，锁住它的是网，而不只是路。所以本书说：制度依赖不是路径依赖的后果，而是法学自己的那一种依赖。说白了，同一个词在两层里身份不同：在第一层，“路径依赖”是总称，是社会科学三门共有的病名，意思是“只走一条路”；在第二层，“路径依赖”是专名，只指经济学锁在波上的那一种，和政治学的政体依赖、法学的制度依赖并列。打个比方，“感冒”可以泛指一类病，也可以专指其中最常见的那一种，说的时候要讲明是哪个意思。为了不混，全书照这个规矩写：凡是说三门共有的那一层，写“路径依赖（总称）”或直接说“只走一条路”；凡是说经济学自己的那一面，写“经济学的路径依赖”；凡是说“制度

依赖”，指的都是法学独有的那一面。所以说法学“是路径依赖”和“是制度依赖”并不打架：前一句说它怎样被锁，后一句说它锁在哪里。

两层一起用，读一个法学学派就有了固定的两步。第一步问：它的主角是谁，起手借来了哪一对预设，异象来了它怎样吸收或分叉？第二步问：它的预设织进了场的哪一项，是连接、次序还是结构？本书上编每章的出生证，表后都有一句话专门回答第二步。

◆ 五、法学站在哪里

还有一个问题要先交代：法学真的全在社会科学里吗？

不全在。法学有一部分很像人文科学。从古希腊讲正义开始，到近代的自然法，再到二十世纪那条“极端不正义的法不是法”的公式（第31章），都有一种守着一条原理去读一切法律的做法，这更接近原理依赖。法学也有一部分很像社会科学：法社会学、法经济学、现实主义，都是以一对预设起手，去看法在社会里怎样运作。

本书的处理是：法学的主诊断用制度依赖，因为法学独有的出口是判，判出来的东西都要织进场里；原理依赖作为一条旁线，在古典编、自然法编和第31章这些地方会看得比较清楚，到时候再点出来。读者在第8章就会遇到第一个例子：亚里士多德的正义论，既守着一条原理，又把加害人和受害人之间那根线织进了后来的侵权法。

◆ 六、本书怎样算错：四条可错条款

一本书立了判词，就要说清怎样才算它错了。条款管的是前言立下的三句判词和一句出路，先把它们原样摆在这里，便于对照：

判词一：每个法学学派的起点，都是借来的一对预设：预设法律里的主角（立法者、法官或守法人，各学派取其一）是什么样的人，预设法是什么东西，再配一

组创造、自由、幸福的意义权重。裁判规则与解释方法，是它从这对预设里推出来的。起点是预设出来的，所以一个学派一成立，就带着自己的依赖。

判词二：疑难案件、恶法与判决对不上的事来了，起点改不动，学派只会吸收（免检、改名、先验）或分叉；而法官不能不判，判例、法典与体系又把这对预设织进法律关系的连接、次序与结构里：这就是法学的制度依赖。法学的多元，说到底是制度依赖的数目。

判词三：一个重大判决或立法，是过去某个学派的做法，被当下的意义需要选中，写成了制度。它写进去的，是被当下认领的过去，也是对一处制度依赖最硬的一次加固，因为法律一旦写成，就要被照着执行。（公式只作类比：事件＝F（过去学派的做法，当下的意义需要）。）

出路（不是判词）：把被冻结的两端放回发生里：法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。

下面是本书的四条可错条款，原文照录，导读、第66章和附录四与这里一字不差。

- **条款一（管判词一）：** 若有一个法学学派，它对“人是什么”“法是什么”的设定，是在研究中被检验出来、并且随证据改过的，而不是起手时带进来的，判词一对它不成立。
- **条款二（管判词二，分两问）：** （a）若一个学派在疑难案件面前，常态做法是直接改写自己的起点，而不是吸收或分叉，判词二对它不成立；（b）若某一法域的遵循先例与法教义学体系，并没有把学派的预设织进连接、次序与结构（学派换了，判例与体系照样跟着换），判词二的“制度依赖”半句对它不成立。
- **条款三（管判词三）：** 若在下编五十节里，多数事件的立法史或判决书中，找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三不成立；若不用这个读法也同样讲得通，且讲得更少，则判词三多余。

- **条款四（管出路）：** 若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

这四条各该到哪里去查，本书预先指好路。条款一，请读者在上编每章的出生证里查：如果哪一个学派的主体预设或客体预设，被写成了研究中检验出来并随证据改过的，那一章就是反例；本书若硬把它说成“借来的”，读者可以拿原著来对。条款二的（a）问，在每章的“异象”和“吸收还是分叉”两节里查，汇总在附录三的异象登记表。条款二的（b）问最要紧，因为它直接管K4，要在第45到50章（解释与裁判）和第51到57章（六国实践）里查：如果某一法域里，一个学派失势了，判例和体系马上跟着改，并没有被先例的次序、体系的结构拖住，那么制度依赖这半句对那个法域就不成立。

条款三管下编。下编每节都有一项“类型登记”，其中D类叫“无学派预见”，并且要写“例外检验”。如果五十节里多数都只能登成D类，判词三就倒了；如果不用“过去学派的做法被当下需要选中”这个读法，也能把那些事讲得一样清楚、而且讲得更少，判词三就多余。条款四管出路，在第63到65章和全书结语查：按“在判与服之间长出来”重写的那些分析，要拿来和原学派比，看它有没有多解释哪怕一个疑难案件。一个都没有，出路就不成立。

回到谭姐的摊位，用最小的尺度试一下条款二的（b）问。假如市场公司换了一个新的经营方，新经营方的想法和旧的完全相反，而第二天谭姐手里的合同、合同上面的管理规定，就全部跟着翻了个个，没有任何“原合同继续有效”“按原约定履行到期”之类的东西拖住它，那就说明这个菜场的场并没有把旧的预设织进去，制度依赖在这里不成立。现实里多数菜场不是这样，合同总要先履行到期，管理规定的修改总有个程序；但这件事要靠看，不能靠说。

还要说一句：这四条只管本书的判词和出路，不管SDE本身。SDE自己有没有依赖，本书留到第66章专门检查，那一章的主例就是本书自己定的这些规矩。

带走的话

- 自然科学易被锁在方程上，社会科学易被锁在路径上，人文科学易被锁在原理上。
- 社会科学再分三门：经济学锁在国家的波上，政治学锁在国家的粒子上，法学锁在国家的场上。
- 读一个法学学派走两步：先问它借了哪对预设、怎样只走一条路；再问它的预设织进了连接、次序、结构里的哪一项。
- 制度依赖不是路径依赖的后果，而是法学自己的那一种依赖。
- 本书的四条可错条款写在这里，读者可以照着它们来查本书。

小账 本章动用：方程依赖、路径依赖、原理依赖、波、粒子、场、制度依赖、K3、K4、四条可错条款。

锁定记录：本章不锁学派；锁定的是本书自己的读法，即K3管“怎样被锁”、K4管“锁在哪一面”，由四条可错条款负责放开。

第 二 编

古典：正义、罗马法与中国的法

编 序

从本编起，按年代走一遍法学的学派。本编是起点：古典的正义、罗马法与中国的法。

本编各章：

- 第 8 章　柏拉图与亚里士多德：正义是分配，还是矫正
- 第 9 章　罗马法学家：概念是从案子里长出来的
- 第 10 章　法家：法、术、势
- 第 11 章　儒家与礼法：德主刑辅，“出礼入刑”

第 8 章

柏拉图与亚里士多德：正义是分配，还是矫正

> 这一章的问题：分一块蛋糕和赔一个花盆，都叫“公道”，为什么算法完全不一样？

◆ 一、日常主例

星期六下午，八岁的乐乐过生日。院子里来了六个小朋友，乐乐的妈妈端出一个八寸的水果蛋糕。切之前就有了争议：乐乐的表姐说每人一样大最公平；乐乐说今天是他生日，他该拿带草莓最多的那块；乐乐的妈妈想起下午帮忙吹气球、摆桌子的两个大孩子，觉得他们也该多一点；还有一个小朋友对奶油过敏，他那一份要切成没有奶油的边角。

蛋糕还没切完，院子那头“哐”的一声。乐乐踢球，把邻居蒋奶奶放在墙根的花盆踢碎了。花盆是蓝白釉的，里面那株兰花蒋奶奶养了十年。乐乐的爸爸赶过去道歉，说要赔。赔多少？蒋奶奶说花盆是老伴生前从景德镇带回来的，买的时候一百多块，现在买不到同样的；兰花能救活，但要换盆、伤了根，今年开不了花了。

乐乐的爸爸后来说，那天下午他算了两笔账，脑子里用的是两套算法。分蛋糕的时候，他问的是“谁该得多少”：按人头、按生日、按出力、按需要，标准不同，结果不同。赔花盆的时候，他不问乐乐是谁家的孩子，不问蒋奶奶家境如何，只问“损失了多少，怎么补回去”。两笔账都叫公道，算法却一点也不像。

这件事，两千三百多年前的亚里士多德已经分开讲过：前一种叫分配正义，后一种叫矫正正义。而在他之前，他的老师柏拉图问的是一个更大的问题：一座城邦里，什么样的安排才算正义。

◆ 二、学派的出生证

这一章的两位主角不一样。柏拉图的主角是立法者，最好是懂得什么是善的那个人；亚里士多德有两个主角：分配正义的主角是立法者与城邦，矫正正义的主角是法官。

	主角	主体预设（主角是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
柏拉图	立法者（懂得善的人）	人的灵魂分几部分，天分各有不同；只有少数人能看见善	法是善的不完美的影子；有真知的人统治最好，法律治理是第二好	各司其职的城邦；法律前面加劝说的序言
亚里士多德	立法者（分配）与法官（矫正）	人是城邦里的动物，按“配得”有别；但在交易与侵害面前被当作对等的两方	法是一般的规则；正义是一种比例，一种中间	分配按比例，矫正按差额；衡平修补一般规则

两人起点的显露出来的样子（S）都是“正义是一种恰当的比例”：柏拉图那里是城邦各部分各在其位，亚里士多德那里是各得其所配得的那一份。织进制度的那一项各不相同：矫正正义织进了连接，把加害人与受害人用一根线连在一起，后来的侵权法就长在这根线上；分配正义织进了结构，决定一整套公共的东西按什么标准分下去。

◆ 三、意义预设

按本书的读法（这是本书的读法，不是两位哲学家自己的分类）：两人都把意义的中心押在幸福上。这里的幸福，是古希腊人说的那种好生活，是城邦让人过上好生活。柏拉图的权重大致是幸福●、自由○、创造◐：城邦的和谐压倒个人的选择，但他也承认立法要劝说、要设计，有创造的成分。亚里士多德是幸福●、自由◐、创造○：他看重公民轮流统治与被统治，给了自由一个位置，但正义在他那里主要是维持比例，不是造出新东西。

把幸福押在中心，会直接改变“法是干什么的”。亚里士多德认为城邦的存在是为了让人活得好，而不只是活着；他在《尼各马可伦理学》的末尾说，立法者要通过法律让人养成好的习惯，因为大多数人不是被道理说服，而是被习惯和惩罚带着走向好。法律在这里不只是划界线，它还是一位教人的老师。乐乐的爸爸后来领着孩子去道歉，心里想的也不只是赔钱，而是让孩子学会一件事。

理论和实践要分开读。雅典当时的审判，由数百名抽签选出的普通公民组成的陪审团来做；苏格拉底就是被这样一个约五百人的大陪审团判处死刑的。实践里押得更重的是公民亲自参与，也就是自由那一维；柏拉图对这种审判一辈子耿耿于怀，他的理论把权重从自由挪到了幸福与知识上。

◆ 四、走的路

柏拉图走的是S→D→E，先定规矩、再推安排、最后把人放进去。他在《理想国》里先问正义本身是什么，答案是城邦里每一部分做自己那一份的事：治理的治理，护卫的护卫，生产的生产。规矩先定下来，再往下推出谁做什么、谁先谁后，最后才是具体的人怎样适应这个安排。放到乐乐家，就是先定一条“蛋糕按每人的位置分”，再看今天谁在什么位置，最后照着切。

但柏拉图很早就看见了这条路的难处。在后来的对话里，他借一位客人之口打了个比方，大意是：法律像一个固执又无知的人，不管情况怎么变，都只会重复同一条命令。一般规则永远赶不上具体的事。他的回答是：最好的是由真正有知识的人临事决断，不靠成文法；做不到，退而求其次，才是法律治理。他晚年写《法律篇》，就是给这个第二好的城邦定规矩，而且主张每部法律前面先写一段序言，讲道理，劝人心服，然后才是条文和罚则。

亚里士多德把正义拆成两种，路也分成两条。分配正义问的是城邦的荣誉、财物这些公共的东西怎样分给成员，答案是按配得的程度成比例地分：配得多的多得，配得少的少得。他用的是几何比例：甲配得是乙的两倍，甲分到的也是乙的两倍。这条路还是S→D→E：先定配得的标准，再排出份额。

矫正正义问的是两个人之间出了不该有的得失，比如一个人从交易里多占了、一个人伤了另一个人，该怎么办。这里他明确说，不问当事人是好人还是坏人，只把双方当作对等的两方，看一方多了多少、另一方少了多少，由法官把多出来的那一截拿回来补给少的一方。他用的是算术比例，像把一条被拉偏的线段重新平分。法官在这里的样子，是来回比较、恢复平衡的人。这条路接近S→E→D：先有“恢复对等”这条规矩，然后看案情、看损失，最后算出谁补谁、补多少。乐乐的爸爸在花盆前做的就是这件事。

◆ 五、异象

两条路各有接不住的事。

先说分配。蛋糕的争议，不在“按比例分”这一句，而在按什么比例：按人头、按生日、按出力还是按需要。亚里士多德自己就承认，大家都同意要按配得来分，但对什么叫配得争执不下：主张民主的人看自由人的身份，主张寡头的人看财富，主张贵族制的人看德性。比例的公式是清楚的，标准却悬在空中。这就是分配正义的异象：起点里最要紧的一格是空的。

再说矫正。蓝白釉花盆碎了，市价一百多块，可它是蒋奶奶老伴留下的，买不到同样的；兰花今年开不了花，这份损失在账上几乎为零，在蒋奶奶心里不是。矫正正义把双方当成对等的两方、只算多出与少掉的那一截，可有些损失算不成一截。还有一层：乐乐才八岁，他不是故意的；矫正正义说不问当事人是谁，可大家心里都觉得，八岁孩子踢碎花盆和一个成年人故意砸碎花盆，总不该一模一样。

第三个异象落在一般规则身上，是柏拉图和亚里士多德都看见的：法律只能说一般的情形，具体的事总有它说不到的地方。

柏拉图的起点还有一个自己的异象。他的城邦按天分安排人：天分适合治理的去治理，适合护卫的去护卫。可天分是看不见的，而且父母和孩子未必一样。他在《理想国》里的办法，是让统治者给全城讲一个故事：人在出生前被神掺进了金、银、铜铁不同的金属，统治者要看清每个孩子身上掺的是什么，该升的升，该降的

降。天分这个最要紧的预设，没有被检验，而是被一个大家都要相信的故事托住了。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，亚里士多德的办法是先验吸收：配得的标准是什么，不归正义论来答，交给政体去定。民主政体有民主的配得，寡头政体有寡头的配得。分配正义的公式保持不变，标准的空格被宣布为另一门学问的事。这一步把问题推到了政治学那边，后来的法学多半也沿着这条线走：税怎么收、福利怎么发，主要被看成立法和政治的事，法官只管按已经定好的标准分。

对第三个异象，亚里士多德的办法是改名。他提出衡平：当一般规则因为说得太笼统而在具体案子上出错时，就照立法者当时若在场、若知道这件事会怎样说，去修正它。这一步很聪明，却也是吸收：规则不改，异象被改称为“衡平”，成了规则之下一个专门处理例外的机关。后来英国的衡平法、各国法典里的诚实信用条款，都可以看成这条线上长出来的东西。

对第二个异象，古典时代没有给出像样的回答，它后来撑开了一次真正的分叉。“损失算不成一截”这件事，到了近现代的法律里，才分出了精神损害赔偿；“八岁孩子不是故意的”这件事，分出了过错、责任能力和监护人责任这一整串概念。矫正正义那根连接加害人与受害人的线还在，但线上挂的东西多了很多。这一条线在第40章楼上漏水的案子里会回来。

那个金属的故事，则是一次干脆的先验吸收：天分看不见、会出错，这件事不被当成问题，而被一个宣布出来的说法盖住。

柏拉图那边的分叉则发生在他自己身上：从《理想国》里有知识的人统治，到《法律篇》里第二好的法律治理。他没有放弃起点，善仍然是最高的标准；他只是承认，这个起点落不了地，于是在旁边另开了一条法律的路。

◆ 七、它看对了什么

这一章的两个人，看对了一件今天的法律仍然离不开的事：公道至少有两种算法，不能混用。

一类问题问“该怎样分”：公共资源、税、社会保障、名额，算的是比例，标准要事先定，也最容易吵。另一类问题问“该怎样补”：碰坏了东西、违了约、伤了人，算的是差额，先不问你是谁。现代法律把这两类大致分给了不同的部门和不同的人：前一类多半交给立法者，后一类多半交给法官。乐乐的爸爸在一个下午里来回切换两套算法而不觉得矛盾，正说明这个区分已经长进了普通人的直觉里。

亚里士多德的衡平也看对了一件事：一般规则一定会出错，所以法律要给自己留一个修正的口子。只是这个口子一旦开成了一个固定的机关，它也会长出自己的依赖。

他还看对了一件更大的事。在《政治学》里，他比较过由最好的人统治和由法律统治，倾向于让法律来统治，理由大意是：法律是没有私欲的理性，而人再好也会被情绪带偏。这和柏拉图“有真知的人临事决断最好”正好相反。今天各国说的法治，在思想上常常追到这里。

还要补一条第7章预告过的旁线。两人都守着一条原理：正义是一种恰当的比例，法律对不对，要拿这条原理来量。法律和正义打架时听谁的？柏拉图会说听善的，亚里士多德会说用衡平去修。这种守着一条原理去量一切法律的做法，更接近人文科学的原理依赖；它后来在自然法里（第12章）、在“极端不正义的法不是法”的公式里（第31章）还会回来。法学从起点上就一脚站在社会科学，一脚站在人文。

乐乐家的事最后是这样了结的：乐乐的爸爸照市价赔了一个新花盆，又多给了一点钱；第二天，他领着乐乐去给蒋奶奶道歉，帮着把兰花换了盆。赔钱是矫正正义算出来的那一截；道歉和换盆，那份账上算不出来的东西，矫正正义里没有它的格子。这一点在第24章讲修复关系时会回来。

带走的话

- 分蛋糕和赔花盆是两种公道：前者按比例分，后者按差额补。
- 分配正义的公式清楚，难在配得的标准；这个空格被推给了政治。
- 矫正正义把加害人与受害人连成一根线，后来的侵权法就长在这根线上。
- 一般规则总会出错；衡平是给它留的口子，也是一次改名式的吸收。

小账 本章动用：分配正义、矫正正义、几何比例与算术比例、衡平、先验吸收、改名、连接与结构。

锁定记录：分配正义的标准被先验地交给政体，起点“按比例”不动；矫正正义“只算差额”的起点被锁进侵权法的连接里，到近现代才分叉出精神损害与过错责任。

第 9 章

罗马法学家：概念是从案子里长出来的

> 这一章的问题：一棵柿子树的果子掉到邻居院里，归谁？罗马法学家没有先定一个“所有权是什么”，而是一个案子一个案子地答；这样长出来的概念，后来为什么也被锁住了？

◆ 一、日常主例

城郊一排平房，常大爷家院里有一棵三十年的柿子树。树长在常大爷家这边，可树冠一年比一年大，有三根粗枝越过矮墙，伸到了隔壁符阿姨的院子上空。每年十月，柿子红了，问题就来了。

第一个问题：掉在符阿姨院里的柿子，归谁？常大爷说树是他家的，果子当然是他家的；符阿姨说掉在我院里，砸了我的晾衣架，我捡起来吃几个不过分。第二个问题：还挂在越墙那几根枝上的柿子，符阿姨能不能伸手摘？第三个问题：常大爷能不能翻过矮墙进来捡？符阿姨说不行，那是我的院子。第四个问题：枝子挡了符阿姨家的光，她能不能自己锯？常大爷说你锯我的树，我跟你没完。

还有一个后来才冒出来的问题。去年符阿姨把捡来的柿子削了皮，挂在屋檐下晒成了柿饼，送了常大爷一串。常大爷尝了说好吃，又半开玩笑地说：这柿饼是我的柿子做的，按理说应该都是我的。符阿姨说：柿子是你的，手艺是我的，晒了二十天的也是我。

这一串问题，没有一个是从“所有权是什么”这种大问题开始的；每一个都是具体的：这一个柿子、这一根树枝、这一道矮墙、这一串柿饼。两千年前，罗马的法学家就是这样一个案子一个案子地回答类似的问题，而他们答出来的那些区分，后来成了大半个世界的民法的骨架。

◆ 二、学派的出生证

罗马法学家的主角是裁判的人。罗马的民事审判，长期由裁判官主持程序，再交给一位审案的人去判；法学家多半不坐堂，他们是被请来出主意的人，替裁判官拟程式，替当事人和审案的人解答疑难。所以主角是裁判的人，法学家是站在他身后替他想的人。

主角	主体预设（主角面对的是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
裁判的人（裁判官与审案的人），法学家替他想	人按身份分：自由人与奴隶、家父与家子；家父是能交易、占有、继承的那一个	法是从一个个案子里一点点抽出来的区分，是一门关于善良与公正的技艺	人、物、诉讼的三分；所有权与占有之分；孳息、加工、相邻关系的一条条规则

乌尔比安在《学说汇纂》开篇引过一位前辈杰尔苏的定义，大意是：法是关于善良与公正的技艺。技艺，而不是体系；这已经说明了他们对“法是什么东西”的预设。起点显露出来的样子（S）是“区分”：先把人和物分开，再把物分成各种，再把对物的各种关系分开。这对预设后来主要织进了结构：罗马法学家的那套区分，经过后人的整理，成了欧陆民法典编章的骨架。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：自由●、幸福◐、创造○。自由在中心，指的是家父在自己的物上说了算，所有权是一种排他的支配；幸福在旁边，罗马法学家常讲的公道与善良，是要让交易和邻里能过得下去；创造在边上，他们并不以造出新东西为法的目的。

有意思的是，在方法上，罗马法学家恰恰是最有创造的一群人：他们没有现成的体系可抄，概念是在回答一个个疑难的时候一点点造出来的。意义预设里创造不在中心，方法里创造却最活跃，这是这一章要记住的一处错位。

理论与实践要分开读。上面这张出生证里有一格很暗：奴隶在罗马法里大多被放在“物”那一边。这不是法学家某一个人的偏见，而是那个社会的实践被织进了法学的起点。本书照实写下这一格，不替它辩护。

◆ 四、走的路

罗马法学家走的路，起手看起来是S→E→D：先看案情。他们留下的文字，大量是对具体疑难的解答，常常以“某人如何如何，问：如何”这种样子开头。可仔细看，他们看案情的时候，手里已经拿着一套区分；新案子来了，先看能不能放进已有的区分里，放不进，才去造一个新的。

柿子的问题，罗马人真遇到过。后人重构的十二表法里，有一条要求越界的树枝在一定高度以下要修剪，有一条允许人去捡落在别人地里的果子。后来，裁判官又发出一条令状，在《学说汇纂》里能读到：禁止用强力阻止树的主人隔一天去邻人地里捡拾从他地里落下的橡子。令状原文只说橡子，后来的罗马法学家乌尔比安在注这条令状时补了一句，大意是：橡子这个名称包括一切果实。

树枝的事，罗马人也有答案：按后人重构的十二表法，越界的树枝在离地十五尺以下的部分要修掉；树的主人不修怎么办，罗马法另有令状来管。放到常大爷家，符阿姨不能自己拿锯子就锯，但她可以要求常大爷修枝，常大爷不修，有个地方能去说理。

这一句补充，就是“概念从案子里长出来”的样子。起初只是一条关于橡子的令状，大概是因为橡子拿来喂猪，邻里为它常起争执；遇到了别的果子，法学家不另立新规，而是把“橡子”这个词撑大，让它装下所有果实。放到常大爷家：按这条罗马规则，掉到符阿姨院里的柿子仍然是常大爷的，常大爷有权定期过来捡，符阿姨不能用强力拦他。

再看柿饼。罗马法学家为“用别人的材料做成新东西，新东西归谁”争了很久，这在罗马法里叫加工。盖尤斯在他的《法学阶梯》里记下了两派的分歧：一派以萨比努斯为首，认为新东西归材料的主人，酒是用谁的葡萄酿的就归谁；另一派

被后人称为普罗库鲁斯派，认为新东西归做出它的人，因为一样新东西出现了。按前一派，柿饼归常大爷；按后一派，柿饼归符阿姨。

◆ 五、异象

罗马法学家在柿子和柿饼上都碰到了异象，但两处的性质不一样。

橡子令状碰到柿子，只是一个小异象：规则的字太窄。法学家的办法是把字撑大，这是一次健康的生长，规则在案子面前改了自己的边界。

加工碰到的是大异象：一样新东西出现了，它的归属，用“物归原主”这条起点接不住，用“谁占先归谁”这条起点也接不住。两派各自拿一条起点去接，接出两个相反的答案。这正是分叉。罗马法学史里，这两派的分歧不止加工一处，在不少问题上都各有一套答法；后人争论两派之间到底有没有一贯的方法差别，至今说法不一。

柿子还碰出了一个藏得更深的异象，它碰的是意义的中心。罗马法把自由押在家父对自己的物说了算上；可墙这边常大爷说了算，墙那边符阿姨说了算，一根越墙的树枝，就让两份“说了算”撞在了一起。常大爷要进来捡果子，碰的是符阿姨的院子；符阿姨要锯树枝，碰的是常大爷的树。排他的支配一旦有了邻居，就不可能是绝对的。罗马法学家没有为此修改“所有权是排他支配”这个起点，而是在它旁边一条条加上相邻之间的例外：可以进来捡，要修枝，不许用强力拦。这是改名式的吸收：起点不动，异象被改称为“相邻关系”，成了所有权底下的一组例外。后来各国民法典里专设的相邻关系一章，就是这一组例外的后代。

还有第三个异象，更大，是来自法学家自己的：意见太多。几百年里，一代代法学家在成千上万个疑难上给出了解答，彼此常常不一致。审案的人面对一堆相互冲突的权威意见，到底该听谁的？

◆ 六、吸收还是分叉

对第三个异象，罗马的回答不是学理，而是制度，而且一次比一次硬。

公元426年，东西两位皇帝颁布了后人所称的引证法：只有五位法学家的著作可以在法庭上引用，即帕比尼安、保罗、乌尔比安、莫德斯丁和盖尤斯；五人意见不一时，从多数；票数相等时，以帕比尼安为准；仍定不下，才由审案的人自己判断。这是一次彻底的织入次序：学理上的高下，被变成了法庭上的计票规则。法学家意见的对错不再被讨论，被讨论的只是它排在第几位。

在此之前，结构已经先有了一个雏形。大约公元二世纪，盖尤斯写过一本给学生用的《法学阶梯》，把全部私法分成三块：关于人的，关于物的，关于诉讼的。这是一本教科书，并不是立法，可它的分法太顺手了，后来查士丁尼的《法学阶梯》照着它编，再往后，法国民法典分编时也大体沿着人、物、取得物的方式这条线走。一位老师为了讲课方便画出的三格，后来成了许多国家法典的骨架。

引证法颁布一百多年后，查士丁尼皇帝下令编纂《学说汇纂》，于公元533年颁行，把历代法学家的意见删削整理成五十卷，凡收进来的都成了有效的法，凡没收进来的都不再有效；他还下令不许为这部汇编写评注，以免意见再度纷乱。从案子里长出来的概念，在这里被一次性冻结成了一部书。罗马法学家最活的那一面，就此被收进了结构里。

加工的分叉也是这样收场的。查士丁尼的《法学阶梯》采取了一条中间的办法：新东西如果能还原成原来的材料，归材料的主人；不能还原的，归做出它的人；做的人自己也出了一部分材料，归做的人。柿饼不能变回柿子，按这条，柿饼归符阿姨；至于常大爷那几斤柿子的钱怎样补，罗马法另有办法，这里不细说。两派的停火线，被写进了皇帝颁布的教科书里。这和第6章讲的一样：分叉没有决出胜负，而是被织成了一条规则的两半。

再往后，这套被冻结的东西在中世纪重新被发现，经过注释、再注释，一路长成了欧陆的民法。到了这里，罗马法学家留下的区分就不再是从案子里长出来的，而是倒过来，成了新案子的起点：先找概念，再把案子放进去。第18章会讲到，十九世纪德国的概念法学，正是把这套区分当成了推出判决的前提。

最能看出制度依赖的，是同一个柿子在不同法典里的命运。

罗马的令状让树的主人有权去捡落在邻人地里的果子。可德国民法典走了另一条路：它的第911条规定，从树上落到邻人地上的果实，视为那块地的果实。也就是说，按德国法，掉在符阿姨院里的柿子是符阿姨的。德国法学一般把这一条追到日耳曼本土的习惯，而不是罗马法。两个传统对同一件事给出了相反的答案，又各自被写进了法典。今天一个德国法官在柿子案里不会去问罗马人和日耳曼人谁更有道理，他只问第911条怎么说。

中国的法律对相邻关系有原则性的规定，邻里之间的柿子怎样判，本书不在这里替读者下结论；本书只请读者注意：无论哪一种答案，一旦写进法典，就成了法官的起点，这就是制度依赖。

◆ 七、它看对了什么

罗马法学家看对了一件今天仍然最要紧的事：概念不必先于案子，它可以从案子里长出来，而且长得很好。“橡子包括一切果实”这一句，是一个概念在遇到新事时老老实实撑大自己；加工的中间方案，是两派各让一步，给出一个能用的答案。

它也给本书留下了一个最清楚的样本：一个学派即使起手的方法最接近“从案情里长出概念”，一旦它的成果被制度收下，照样会被锁住。引证法把它锁进次序，《学说汇纂》把它锁进结构，后世的法典又把它的区分锁成起点。锁住它的不是某一位法学家的固执，而是法官不能不判、意见必须有个先后的那个出口。

所以，罗马这一章既是全书最乐观的一章，也是最清醒的一章。乐观在于，它证明了法学可以从案子里长；清醒在于，长出来的东西被收进制度以后，就需要后来的人重新把它放回到案子里，它才能继续长。

带走的话

- 罗马法学家的概念是在一个个疑难里造出来的，“橡子包括一切果实”就是一例。
- 加工之争是一次真正的分叉，查士丁尼用中间方案把它织成了一条规则的两半。
- 引证法把法学家的意见排进次序，《学说汇纂》把它们冻结成结构。
- 同一个落果，罗马与德国各有一套答案，写进法典后都成了法官的起点。
- 长出来的东西被制度收下后，要有人把它放回案子里，它才能再长。

小账 本章动用：S→E→D、改名式的生长、分叉、次序（引证法）、结构（《学说汇纂》）、制度依赖、理论与实践分读。

锁定记录：萨比努斯派与普罗库鲁斯派的起点都没改，被中间方案织进同一条规则；法学家意见的高下被引证法锁成计票次序；罗马的区分体系被《学说汇纂》冻结，后来成为欧陆民法的起点。

第 10 章

法家：法、术、势

> 这一章的问题：一套计件加罚款的厂规，为什么墙上贴的条文、车间主任手里的小本子、老板那间办公室，三样缺一不可？法家把这三样想透了，又被什么接不住？

◆ 一、日常主例

一家做衬衫的小服装厂，四十来个缝纫工。车间进门的墙上贴着一张塑封的厂规：上领子每件多少钱，上袖子每件多少钱，每人每天有一个基本件数；返工一件扣多少，迟到一次扣多少，月底件数排名前五的有奖，连续两个月垫底的调岗。条文写得清清楚楚，谁都看得见，新来的工人第一天就被领到墙前念一遍。

可这张纸自己不会动。车间的田主任手里有个小本子，每天下班前挨个工位点数、抽检，把件数和返工记在每个人的名字下面。他不太说话，工人摸不准他今天抽检会抽谁、抽得多严。月底算钱，就照他的本子。

再往上，是二楼的老板邱总。他平时很少下车间，厂规是他定的，田主任是他请的，谁留谁走最后是他一句话。工人们知道，墙上的条文之所以管用，是因为二楼那间办公室在那里。

这套办法开头几个月很见效，件数明显上去了。后来出了几件事。有一批布料本身有问题，缝出来的领子起皱，返工率猛涨，工人被扣得很惨，可这不是她们手上的毛病。做得最快的宁姐发现，抽检主要看领子，袖口不怎么看，于是袖口越缝越快。田主任的本子也出过一回错，有人说是记漏了，有人说他照顾老乡。还有一回，邱总的一个亲戚在车间里迟到了三次，罚款扣没扣，大家都在看。

两千多年前，中国有一批思想家，专门琢磨这样一套东西怎样才能管住一个国家。他们后来被称为法家。

◆ 二、学派的出生证

法家的主角是立法者，具体说是君主：法由他立，术由他操，势在他手里。守法人是这套设计要管住的对象，包括百姓，也包括替君主办事的官吏。

主角	主体预设（人是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
君主（立法者），守法人是被管的一方	人都趋利避害：好赏、怕罚；官吏也一样，会借君主的权谋私	法是君主手里的工具：公开的条文加上必行的赏罚；另有不公开的术，和来自位置的势	一断于法、刑无等级、重刑、连坐、循名责实、以吏为师

起点显露出来的样子（S）是一张公开的赏罚清单：做什么得什么，犯什么受什么。这对预设织进了制度的次序与连接：次序，是一切以君主为最上，法高于一切私人关系与身份；连接，是把百姓编进互相担保、互相告发的组织里，让每个人都和别人的过错连在一起。

◆ 三、意义预设

按本书的读法（这是本书的读法，不是法家自己的分类）：创造◐、自由○、幸福●。

自由几乎不在法家的账上，个人怎么想、怎么选，不是它关心的事。幸福在中心，但不是个人的好生活，而是国家的富与强，是“以刑去刑”之后的安定：罚得够重，人人不敢犯，最后就不必罚了。创造这一格要多说一句：法家是先秦诸子里最明确反对“照古人办”的一派，主张时代变了法就要变，治理国家不必效法古代。在“改规矩”这件事上它很有创造性，只是这份创造只许出自君主一个人。

理论与实践要分开读。这里说的是法家著作里的主张。秦国和后来的秦朝实际怎样执行，有出土的秦简可以对照，下面会讲到；那是实践的另一张表，两者有重合，也有出入。

◆ 四、走的路

法家走的是S→D→E：先把条文定死，再把人和事一件件对上去，最后用赏罚把结果兑现。这条路最怕的是条文以外的东西插进来，所以它把“一切照条文办”推到了极致。

这条路最早被整套落到一个国家身上，是在秦国。公元前四世纪中叶，秦孝公任用商鞅变法，前后两次推行新法：把百姓按五家、十家编成组，一家犯法，同组不告发的一起受罚；奖励耕田和作战，按军功授爵；不再按出身给贵族特权。《史记》里还记了一则故事：新法颁布前，商鞅在都城南门立了一根木头，说谁能把它搬到北门就赏钱，有人搬了，果然照数给了，以此表明官府说话算数。故事细节未必可全信，它要说的意思却很清楚：法要被人当真，赏罚就得一次都不能落空。

先说法。法家认为，法要写成文字，公布出来，让百姓都知道；赏要必兑，罚要必行；条文面前不论身份。《韩非子》里有一句很有名的话：法不阿贵，绳不挠曲。法律不迁就有地位的人，就像墨线不会顺着弯木头拐弯。放到服装厂，就是墙上那张塑封的厂规：写清楚，贴出来，邱总的亲戚迟到也照扣。

一九七五年，湖北云梦睡虎地的一座秦墓里出土了大批竹简，其中有十几种秦律的摘抄，还有专门解答法律疑问的问答。里面有一种叫“工人程”的律文，规定的正是劳动定额：干什么活、多长时间、要做出多少。还有一篇效律，规定怎样核验官府的物资，连度量衡的误差可以差多少都写得一清二楚。读这些简，会觉得和服装厂墙上那张厂规很像：件数、定额、核验、误差、罚则。

服装厂后来又加了一条：一个班组里有人返工超标，全组当月的奖金一起扣。这一条一贴出来，车间里的空气就变了，组长开始盯组员，组员之间也互相提醒，有时候是提醒，有时候是告状。这就是连坐织出来的连接：每个人都和别人的过错连在一起，管人的事被分摊到了每个人身上。

法家还要求法独占教化。《韩非子·五蠹》的主张大意是：明君的国家里，不用书本上的道理，以法为教；不讲古代圣王的话，以吏为师。百姓要学的就是法令，教法令的就是官吏。服装厂的新工人，第一天被领到墙前念厂规，之后有事只问田主任，不问别的老师傅，也是这个意思：规矩只有一个来源。

再说术。光有公开的法不够，因为执行法的是官吏，官吏有自己的私心。《韩非子·定法》比较过两位前辈：申不害讲术，商鞅讲法。韩非的说法大意是：术是君主按才能授官、按名分查核实绩、握着生杀之权考核群臣的办法，是君主自己掌握的；法是公布在官府、让百姓心里有数、守法的赏、犯法的罚，是臣下要遵行的。两样缺一样都不行：君主没有术，就会在上面被蒙蔽；臣下没有法，下面就会乱。循名责实，就是拿官吏报上来的“名”，去对他做出来的“实”。田主任挨个工位点数、抽检，用的就是这一手；工人摸不准他会抽谁，也正是术要的效果。

最后是势。势是位置带来的力量。慎到一派认为，有本事的人没有位置也管不了人，没本事的人有了位置照样能让人服从，所以势比贤更要紧。服装厂里，二楼那间办公室就是势：邱总未必比田主任更懂缝纫，但厂规之所以管用，是因为他在那个位置上。

韩非把三样放在一起：法是给所有人看的，术是藏在君主心里的，势是君主所站的位置。三样合起来，才是一套完整的统治办法。

◆ 五、异象

这套办法碰到的异象，有三层。

第一层，条文接不住的事。那批起皱的布，不是工人的错，但厂规只认返工件数。法家的路上，条文定死以后，条文没想到的情形一出现，结果就会显得冤；它的回答通常是把条文写得更细，而不是留出判断的余地，因为判断的余地正是官吏可以上下其手的地方。宁姐把力气挪到不抽检的袖口上，也是同一个异象：人趋利避害，这个预设本身就预言了人会钻条文的空子；法家对此的回答，是更多的条文、更严的查核和更重的罚。

第二层，执行的人。田主任的本子出了错，到底是疏漏还是私心？法家对官吏一向不信任，所以才有术；可术要靠君主自己去用，查核的人又由谁来查核？这一层一路往上推，推到最后，只剩君主一个人。

第三层就是君主本身。韩非在《难势》里专门回答过一个质疑：势对贤能的君主有用，对暴虐的君主也一样有用，那靠势治国，岂不是好坏全凭运气？他的回答大意是：贤君和暴君都是少数，世上多的是中等之君；法和势配在一起，就是为了让中等之君也能治好国家。这个回答很实际，却留下了一个空格：如果君主自己不守法，这套设计里没有任何东西能管他。法不阿贵，可君主不在“贵”里面，他在法之上。

◆ 六、吸收还是分叉

先看法家内部。法、术、势原本是三个人各自的主张，可以看成法家内部的三次分叉；韩非没有选一个、否定另两个，而是把三条路并排收进同一套办法里，各管一层。这和第6章讲的一样：分叉没有分出胜负，而是被织成了一套东西的几个部分。

再看那个关于君主的空格。韩非的“中等之君”之说，是一次先验吸收：君主不守法的可能，不被当成需要解决的问题，而是由一个假设盖住：只要法和势配好，中等之君就够用了。

真正的考验来自历史。秦以这套办法统一了天下，统一后不过十几年就覆亡了。汉初的人反复讨论秦为什么亡，法家的名声从此一落千丈。可这里有一件事最值得看：学派的名声倒了，它织进去的制度却大体留了下来。上世纪八十年代，湖北江陵张家山的一座汉墓出土了汉初的律令，学者对照睡虎地秦简，发现汉初的律令在很多地方承接了秦律的写法与结构。后人有个概括叫“汉承秦制”；再往后，思想的主流换成了儒家，后人又用“外儒内法”之类的说法来描述这种局面。这些概括都有争论，这里只取它最没有争议的那一层：学派被否定了，可它织进律令的次序与连接，没有跟着一起被拆掉。

这是本书说的制度依赖最干脆的一个样本。判词二说，法官不能不判，判例、法典与体系把学派的预设织进连接、次序与结构里。法家的预设，织进了律令的结构，织进了官吏考课的次序，织进了把百姓编在一起的连接；学派倒了，网还在。下一章讲儒家怎样用礼来改这张网，就会看到另一种处理：不拆网，而是在网的上面再盖一层。

最后要说一句写法上的界限。法家常被拿来和西方的某一派比，比如说它像主张“法是主权者命令”的那一派。本书不这样比。法家有它自己的问题：诸侯相争的时代里，一个国家怎样把所有人都动员起来、管起来。把它塞进西方法学的替代史里当一个早熟的样本，反而看不清它自己的路。

◆ 七、它看对了什么

法家看对的东西，今天的法律仍然离不开。

第一，法要成文、要公开、要让人事先知道。服装厂的厂规如果只在邱总心里，工人就无从遵守；这一点，法家比同时代的许多思想家说得都早、都清楚。

第二，法面前不论身份。“法不阿贵”作为一句主张，放到今天仍然站得住，只是今天的人会接着追问法家没有追问的那一句：君主在不在法里面。

第三，执行的人要被查核。循名责实，用今天的话说，就是用结果去核对职责。现代的行政考核、审计、绩效，很多地方都有这条思路的影子。

它看漏的，是第一层异象里那批起皱的布：条文写得再细，也有它想不到的事；人被当成只会趋利避害，于是宁姐的聪明只被看成钻空子，而不是一条“抽检办法该改了”的信息。条文、查核、位置三样配得再好，也只是一张只往下走的网，没有从下面往上回写的路。

设想另一种做法（这是我构想的场景）：起皱的那批布出来以后，田主任把返工记录拿给邱总看，几个老工人一起认出问题出在布料，厂里当月把这批返工从扣罚里拿掉，又把抽检从只看领子改成领子、袖口轮着看。规矩没有被废掉，而是被

下面走出来的事改了一回。这条从下往上的路，法家的起点里没有；本书到第63、65章再回来讲它。

带走的话

- 法家把统治拆成三样：公开的法、藏着的术、位置上的势，缺一不可。
- 它的起点是“人都趋利避害”，所以它预言了人会钻空子，又只会用更多条文和更重的罚去堵。
- 君主不守法，是这套设计里的空格，被“中等之君”的假设盖住了。
- 学派的名声倒了，它织进律令的次序与连接却大体留了下来，这是制度依赖最干脆的样本。

小账 本章动用：S→D→E、法术势的并排收编、先验吸收、次序与连接、理论与实践分读、制度依赖。

锁定记录：“人趋利避害、法是君主的工具”这一对预设没有改过；三条分叉被韩非并排收进一套办法；君主在法之上的空格由“中等之君”的假设先验盖住；学派失势后，它织进律令的结构仍被承接。

第 11 章

儒家与礼法：德主刑辅，“出礼入刑”

> 这一章的问题：当法律先认亲疏、再认对错的时候，它预设了一个什么样的人，又把什么当成了法？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。腊月二十，杜磊和妻子蒋悦为“今年回谁家吃年夜饭”吵了第三回。杜磊说，去年在你家，今年该轮到我家；蒋悦说，你家那边今年没有老人要照顾，我妈刚做完膝盖手术，一个人过年说不过去。杜磊的母亲在电话里不说回不回，只说一句：“你是长子。”蒋悦的父亲则在家族群里发了一张去年十几口人围坐的照片。

这件事有趣的地方，是没有任何一方去翻一本写好的规则。可每个人嘴里说的，都像是规则：“轮流”是一条，“长子”是一条，“谁家更需要人”又是一条。三条都说得通，三条又互相打架。最后怎么定的？蒋悦的舅舅出面打了一圈电话，结论是：除夕在杜家，初一一早回蒋家，舅舅那边初三再聚。没有人赢，也没有人觉得被冒犯。年夜饭吃完，谁也不会把这次的安排写下来，可明年再吵，大家都会说“去年是怎么办的”。

还有一层值得注意。舅舅为什么能出面？他既不是杜家人，也不是这件事的当事人，按说管不着。可在蒋悦家里，舅舅是母亲的长兄，逢年过节他坐上座，家里大事他先开口。他打电话的时候，没有一句讲“谁对谁错”，讲的全是“谁该让一步”：“你妈腿刚好，杜磊你是女婿，初一一早过来，算是给足面子；蒋悦你也想想，人家是长子，除夕不在家，他爸那边脸上挂不住。”他判的不是对错，而是位置。

这件事要是没调成，会怎么样？小两口可能各回各家，过完年冷战一个月；再往下走，才可能是离婚、分财产，那时候才轮到法院。从调成一顿年夜饭，到闹上法院，中间隔着好几层，大多数事在第一层就停了。

这就是礼的样子：一套靠亲疏、长幼、先后排出来的次序，平时不必写成条文，人人心里有数；真闹到撕破脸，才轮到更硬的东西出场。儒家的法学，就是从这种次序里长出来的。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：儒家礼法的主角，首先是守法人，而且是嵌在家里的守法人；其次才是那位“以礼断狱”的官员。

主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	推出的互动内容
守法人（兼及断案的官员）	人是可以被教化的，是生在亲疏长幼里的“某人之子、某人之父”	法是礼的后盾；礼是本，刑是用，刑只管礼管不住的那一截	德主刑辅；出礼入刑；按服制定罪；亲属相隐；以经义断狱

起点的 S，是一张已经显露出来的人伦次序图：父子、夫妇、兄弟、君臣、朋友，各有位置。这对预设织进制度的，首先是**次序**：谁上谁下、谁先谁后，刑罚的轻重跟着这张图走；其次是**连接**：一个人犯了事，牵出的是他和谁的关系。

◆ 三、意义预设

儒家礼法把意义押在“和”上，在本书的三项里，最接近幸福：一家一族一乡安定、各得其所，是它最看重的。权重大致是：幸福●，创造○，自由○（这是本书的读法，不是事实）。自由几乎不进它的账，因为它预设人一出生就在关系里，“从关系里退出”不是一个被认真考虑的选项。创造也偏低：礼是“述而不作”的，新规矩最好说成是旧规矩的本意。

要分开读的是国家实践。历代王朝用儒家礼法，不只为了“和”，也为了让统治稳下来，把孝悌转成对君上的忠顺。理论里的幸福，到了实践里常常让位给秩序本身。本书只描述这层差别，不替历代王朝打分。

还有一点要分开：孔孟讲的礼，是由内而外的，礼要以仁为里子，没有真心的礼只是仪式；可礼一旦进了律，就只能看外在的行为与身份，里子那一层，律管不到。理论押在“和”上，律押在“序”上，这是儒家礼法从书里走进衙门时悄悄换掉的一格。

◆ 四、走的路

儒家断案走的是 S→E→D：先摆出那张人伦次序图，再看这件事缠着哪些条件（谁和谁是什么亲、动机是孝还是逆、有没有尊长在），最后才落到具体怎么判。条文在这里不是起手处，而是被次序图调过之后才用上的东西。

这条路有几个里程碑，能核的写在这里。孔子讲过一种对比：只用政令和刑罚，百姓能免于犯法却不知羞耻；用德和礼去引，百姓既知耻又能自己归正。这是“德主刑辅”的种子，它先给“刑”定了一个次要的位置。汉代把这个位置落成了制度：董仲舒用《春秋》的义理来断疑案，后人叫“春秋决狱”。流传下来的一个例子是：某人的父亲与人争斗，对方拔刀刺父，儿子拿棍子去打对方，却误伤了自己的父亲。按字面，殴父是重罪；董仲舒的判断是，儿子本心是救父，不该按殴父论处。这是“先看心”的判法，看的是 E 里那根动机的线。

公元前 66 年（地节四年），汉宣帝下诏：从今以后，子女替父母、妻子替丈夫、孙子替祖父母隐匿罪行，一律不治罪；反过来，父母替子女、丈夫替妻子、祖父母替孙子隐匿，若是死罪，要上报廷尉再定。这就是“亲亲得相首匿”。这道诏书本身就带着次序图的形状：卑幼替尊长隐，一律不坐；尊长替卑幼隐的若是死罪，就要另行上报。同样是隐，方向不同，待遇不同。到了晋代的泰始律，“准五服以制罪”入律：亲属之间相犯，按丧服等级来定刑的轻重，以卑犯尊加重，以尊犯卑减轻。这一步，把次序图直接写进了刑罚的刻度。唐代的《唐律疏议》在开头

把这层关系说成本与用：德礼是政教的根本，刑罚是政教的工具，二者像早晚、春秋一样相须而成。东汉陈宠的一句话后来成了这套思想的口诀：“失礼则入刑”。

这张次序图不只调刑罚的轻重，它还决定了法律关系的**连接**：谁和谁之间有法律上的牵连。唐律里，祖父母、父母在世，子孙另立户籍、分开财产，本身就是罪；骂詈祖父母、父母，可以处绞刑；子孙违犯教令、供养有缺，也要判徒刑；而“不孝”被列进“十恶”，是最重的一类罪名，告发、咒骂尊长，尊长在世时另立户籍、分开财产，都算在“不孝”里。这意味着，在儒家礼法里，一个人首先不是一个独立的“个人”，而是一个家里的一个位置；他和父母之间的连接，比他和国家之间的连接还要先被法律看见。

北魏孝文帝时（488 年）起又有一种制度，叫“存留养亲”：犯了死罪的人，如果祖父母、父母年老，家里再没有成年的子孙，也没有别的近亲可以奉养，可以奏请暂缓执行或改判，让他回家养老送终；后来入了律，适用的条件历代有宽有严。这条制度把 E 里一根很具体的线，即“谁来养这个老人”，直接接到了刑罚上。在一个预设“人是独立个体”的学派里，罪是罪，家里有没有老人另当别论；可在儒家礼法里，罚一个人，就是动了一整张关系网，不能不算这张网。

二十世纪的法律史学者瞿同祖，把这一整段过程概括为“法律的儒家化”：从汉到唐，儒家的礼一步步被写进了律，原本由法家搭起的刑罚骨架（第 10 章），被礼重新排了一遍刻度。用本书的话说，这是一个学派把自己的一对预设，织进了另一个学派留下的结构里：骨架还是法家的，次序换成了儒家的。这也说明制度依赖不是一家独占的，后来者可以借前人的结构，把自己的次序织进去。

所以“出礼入刑”不是一句修辞，它是一张两层的地图：上层是礼，管得住的就在礼里解决；掉出礼的那一截，才进刑。年夜饭的例子正是这两层：舅舅出面调停，是礼在起作用；真闹到要分家产、断关系，就不是舅舅能管的了。

◆ 五、异象

起点接不住的事，在儒家礼法里最典型的是“复仇”。孝要求为父报仇，律要求不得私杀。两边都是这套体系自己的东西，却当面撞上。

唐代武则天时有一个案子：徐元庆的父亲被县尉赵师韫所杀，徐元庆后来手刃仇人，然后自首。当时陈子昂提出一个两全的办法：杀人者死是一律的法，先依法处死，再旌表他的门闾，表彰他的孝行。一百多年后，柳宗元写《驳复仇议》反驳：旌表与诛杀不能并行，杀了该表彰的人是滥刑，表彰了该杀的人是僭越，两样都坏了礼。他还把问题往前推了一步：要先问徐元庆的父亲是怎么死的。若是犯了法被依法处死，儿子去报仇，就是和朝廷的法作对；若是官员挟私怨枉杀，儿子报仇就合乎礼义，该表彰而不该杀。

这个案子把 D 和 E 的矛盾摆得很清楚。D 是这条体系一路走过来的判法：凡涉亲属，按礼调刑；E 是缠在这件事上的条件：仇人是官员、杀父有无冤情、复仇之后自首。礼说要报，律说要罚，起点那张次序图本身就有两个方向的箭头，图上没有一个格子能同时放下这两件事。

第二类异象，是同一套次序图对不同的人给出不同的刻度。《礼记》里有一句讲礼不往下及于庶人、刑不往上及于大夫的老话，历代学者对它怎么读争了很久；八议之类的制度，让特定身份的人犯罪时先议后判。这在儒家体系内部不算异象，因为次序本来就是有上有下的；它成为异象，是在“人生而有同样的身份”这个新的 E 进来之后。

第三类异象，出在亲属相隐的边上。如果子女可以替父母隐匿，那么父母谋反、谋大逆呢？孝要求隐，忠要求告。两条都在次序图上，一条指向家，一条指向君。

◆ 六、吸收还是分叉

复仇这件事，历代主要靠**改名**来吸收：把它改称为“义”还是“擅杀”，由个案去定，同一个行为，看情节放进不同的格子，起点那张图不动。陈子昂的“既诛且旌”是一次改名的极致：把一件事拆成两件，一件归刑，一件归礼，两边各领一半。柳宗元的反驳，其实是在要求起点表态，可起点没有表态，后世仍按个案处理。

还有**先验**的一招：凡是以卑犯尊，按定义就是重罪，不必再问情节。这条刻度一旦写进律里，就不再接受“这个儿子其实是对的”这类质疑；要宽宥，只能走“上请”“恩赦”这些律外的出口。出口越多，越说明起点改不动。

亲属相隐与谋反的冲突，也是用先验收住的：唐律在“同居相为隐”一条后面写明，犯谋叛以上的罪，不用这一条；疏文解释说，谋反、谋大逆、谋叛这三件事，都不得相隐。也就是说，“君”这一格按定义排在“家”之上，凡碰到这一格，家的连接自动断开。这一刀切得很干脆，它不讨论哪个儿子的处境更难，只宣布次序图的最上面一层不容商量。

到了明清，断案的官员常把“情、理、法”并举：判一件事，既要合乎律文，又要合乎人情、天理。这三个字在实践里起的作用，很像一个可以伸缩的接头：律文给出刻度，情理负责在刻度之间挪动。它让许多原本会撞上起点的个案，被说成“情有可原”或“情无可恕”，然后在律的上下限里落定。这仍然是改名，只不过改名的权力分散到了每一个断案的官员手里。

到了清末，吸收与**分叉**同时出现。1907 年，修订法律大臣沈家本主持的《大清新刑律草案》出台，打算把亲属相犯的刑罚与凡人拉近，删去部分依服制加减的规定，像“无夫奸”“子孙违反教令”这类条目也不再入律；以张之洞为首、后来又有劳乃宣等人的礼教一派激烈反对，认为这会让伦常失去法律的后盾。这场“礼法之争”最后以妥协收场：1911 年 1 月，《大清新刑律》颁布，正文之后附上五条《暂行章程》，把维护礼教的“无夫奸”等规定放了进去（详见第 57 章）。对礼教派是吸收：以附则保留礼教条款，礼教的要求被改称为“暂行”的例外，属改名一类；对整个中国法学是分叉：法理派另起了一个起点。这一分叉，正说明儒家礼法的起点不是被说服改掉的，而是在外来的一整套体系压进来之后，才被迫让出一部分位置；让出的同时，还留了一条“暂行”的尾巴。

◆ 七、它看对了什么

儒家礼法看对了一件现代法学常常绕开的事：大多数纠纷，根本不该也走不到判决那一步。年夜饭怎么吃，不需要法院；邻里之间的大多数摩擦，靠一套大家心

里有数的次序就能消掉。它把“刑”放在最后一层，承认法律是兜底的，不是主角。今天的调解、和解、恢复性司法（第 24 章），都能在这里找到一个远亲。

它也看对了第二件事：人确实是在关系里的。一个人伤了自己的父亲，和伤了陌生人，在常人眼里本来就不是同一回事；这份直觉不是迷信，它对应着 E 里真实的牵连。它的问题不在“看见关系”，而在于把某一时代的关系图冻成了唯一的图，让刑罚的刻度永远跟着这张图走。

回到年夜饭。今天的小两口，没有谁会觉得“长子”两个字能单独决定去哪家；可“谁家更需要人”“去年怎么办的”“舅舅出面打个圆场”，这些东西都还在。礼的次序图变了很多，礼的那种做法，也就是先在关系里找位置、找台阶、找一个双方都能接受的先后，并没有消失。这提醒我们，儒家礼法真正留下的，也许不是那张服制图，而是“先礼后刑”这个分层的结构：判之前先调，调不成再判。

带走的话

- 儒家礼法的主角，是生在亲疏长幼里的守法人；它的法，是礼的后盾。
- 它走 S→E→D：先摆出人伦次序图，再看缠在案子上的条件，最后才判。
- 复仇案暴露了起点的两个方向，历代靠改名与先验吸收，起点不动。
- 它织进制度的主要是次序：服制把亲疏写成了刑罚的刻度。
- 它看对了：大多数纠纷该停在礼里，刑只是兜底。

小账 本章动用：主角一问、S→E→D、改名、先验、分叉、次序、连接、幸福●。
锁定记录：起点“人是嵌在人伦次序里的、法是礼的后盾”被服制与“准五服以制罪”锁定在刑罚的次序上。

第 三 编

近代自然法与启蒙

编 序

本编走近代自然法与启蒙，从阿奎那、格劳秀斯，到霍布斯、洛克、孟德斯鸠，再到康德的法权论。

本编各章：

- 第 12 章　从阿奎那到格劳秀斯：自然法怎样离开上帝
- 第 13 章　霍布斯、洛克与孟德斯鸠：法是命令，是权利，还是分权
- 第 14 章　康德的法权论：法是外在自由的共存

第 12 章

从阿奎那到格劳秀斯：自然法怎样离开上帝

> 这一章的问题：自然法本来靠上帝撑着，后来说“即便没有上帝也成立”，它的起点换了没有？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。外卖员小禹傍晚在路边捡到一个钱包：里面有八百多块现金、一张身份证、两张银行卡，还有一张孩子的照片。他站在路边想了大概一分钟。他没有翻任何法律条文，也没有想过刑法里有没有“侵占”这一罪，他想的是：要是我丢了，我会多着急。然后他照着身份证上的地址，绕路把钱包送了回去。

失主要塞给他两百块，他推了，最后收了一瓶水。

再换一个场景，也是构想的：一个人在大雪封山的公路上，车坏了，三天没吃东西，看见路边一间没人的护林站，门没锁，里面有一箱方便面。他吃了两包，留下一张字条和手机号。

回到钱包。失主后来在朋友圈里说了这件事，底下的留言分成了两种。一种说：“该还的，这有什么好夸的。”另一种说：“现在这样的人不多了，应该给他报酬，法律上好像也规定可以要。”第二种留言里有人较真：法律到底规定了没有？要多少？有人说百分之几，有人说没有比例，只能要保管的花费。吵了几十条，没有结论。

这两件事都没有法官，却都有一种人人点头的“该不该”。前一件，人人说该还；后一件，多数人说吃了也不算偷。问题是：这种“该不该”从哪里来？是有人

规定的，还是本来就在那里？自然法学派的回答是：本来就在那里，人用理性就能看见。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：自然法学派的主角是守法人，而且是“有理性的守法人”；立法者排在他后面，因为立法者的法要合于自然法才算法。

主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	推出的互动内容
守法人（兼及要受它约束的立法者）	人是有理性的，凭理性能认出基本的善恶	法是理性的命令，人定法要合于一种先于它的自然法	不义之法不是真正的法；所有权、契约、战争都要有正当理由

起点的 S，是一套“本来就在那里”的正当秩序：该还的要还，约定要守，无端害人是错的。这对预设织进制度的，主要是**结构**：人定法被放在自然法之下，整个法律体系被搭成上下两层，下层要向上层交代。

◆ 三、意义预设

自然法学派把意义押在“人按本性的善过日子”上，在本书的三项里，权重大致是：幸福●，自由◐，创造○（这是本书的读法，不是事实）。阿奎那那里，幸福是终点，自由是在善之内的自由；到了格劳秀斯和他之后，自由的分量涨了一截，因为人生来带着一份“属于自己的东西”，别人不得侵夺。创造仍然低：自然法是被发现的，不是被创造的。

国家实践另读：自然法后来被各国用来论证殖民、征服的“正当理由”，也被用来反对它们。理论里的普遍理性，到了实践里常常替某一方说话。格劳秀斯写《捕获法》《海洋自由论》时，背后就有荷兰东印度公司的一桩海上捕获纠纷：1603 年，他的表亲、荷兰船长海姆斯凯克在今新加坡附近海面劫获了葡萄牙商船“圣卡塔琳娜”号，公司请他为这次捕获写辩护。本书只把这层差别写出来，不判他为谁辩护得对。

◆ 四、走的路

这一章接第 174 号《普通人都能懂的阿奎那》，接着判，不改判。那本书的判词是：阿奎那是人类理性发现学的缺口填充法，也就是“上帝发生学”的系统缔造者；而他填进去的那套上帝发生学，是一个整体性黑团。这里不重述，只问一个法学的问题：自然法这一支，在离开上帝的过程中，起点有没有动。

阿奎那把法分成四层：永恒法、自然法、人法、神法。自然法是人的理性对永恒法的分有；它的第一条是“行善避恶”，其余从这里推出来。人法要从自然法推出或具体化；与自然法相悖的人法，在他那里就不再是法，而是法的败坏。这条路是 S→D→E：先立住那套正当秩序（S），再一层一层往下推（D），推到具体情形里去看条件（E）。

阿奎那在这里有一个很精细的区分，后来几百年的法学都绕不开它。人法从自然法来，有两种来法。一种是“推出结论”：从“不可害人”推出“不可杀人”，这一类人法的力量一半来自自然法本身。另一种是“具体确定”：自然法只说作恶要受罚，没说罚多少、怎么罚，这一层由人法去定，定成三年还是五年，是立法者的事，其力量来自人法自己（《神学大全》第二集第一部第 95 题第 2 条，转述）。这个区分很要紧，它承认自然法并不能推出一切，有一大片地方是要靠人去定的。可它同时把这片地方放在了下层：上层的正当秩序先有，下层的具体确定后补，次序不能倒。

钱包里那场留言之争，正好落在这道区分上。“捡到要还”像是推出来的结论，没有哪个地方的人会认为捡到可以不还；“该给多少报酬”则是要具体确定的。各国的回答确实不同：德国民法典第 971 条规定了一个按价值计算的比例：物值五百欧元以内的部分给百分之五，超出的部分给百分之三；中国民法典则规定，权利人领取时要支付保管遗失物等支出的必要费用，悬赏寻找的要按承诺履行。自然法学派对这种差别并不吃惊：比例本来就该由人法去定。它吃惊的应该是另一件事，下面会说。

到十六世纪，萨拉曼卡的一批神学家与法学家（维多利亚、苏亚雷斯等）把这套体系用到了新问题上：美洲的原住民有没有所有权，西班牙人凭什么去那里。维多利亚 1539 年的讲演《论印第安人》认为，原住民虽不信基督教，仍是自己财物的真正主人。他们的答案里，自然法开始更多地讲“权利”，即每个人凭本性就有的那一份。

1625 年，格劳秀斯出版《战争与和平法》。他在序言里有一个后来被反复讨论的假设：即便我们承认没有上帝，或者上帝不管人间的事，我们说的这些（自然法）在某种程度上仍然成立；他随即说，这样假设本身是大不敬的。这句话常被读成“自然法离开了上帝”的标志。从法学的角度看，它做的事情是：把自然法的担保人，从上帝换成了人的社会本性与理性。人天生要和别人一起生活，为了能一起生活，就有几条非守不可：不拿别人的东西、拿了要还、守约、害了人要赔。

小禹还钱包，正好落在这几条里的第二条上。他不需要知道上帝怎么想，他只需要知道：要是人人捡到都不还，谁也没法一起生活。这就是格劳秀斯换过担保人之后的自然法。

格劳秀斯对财产的来历也有一套说法，和钱包有关。在他看来，世界起初是人类共用的，谁用就归谁用一阵；后来人多了、东西少了，人们通过明示或默示的约定，把共用的东西分成了各自的，财产由此而来：明示的是分地，默示的是谁先占了就归谁（《战争与和平法》第二卷第二章，转述）。既然财产来自约定，那么我丢了钱包，并不等于放弃了它；捡到的人知道它有主，就该还。至于捡到的人能不能得点什么，约定里没说，就要看各地的法律。所有权、遗失物、拾得人的报酬，一条线从“约定”串了下来。

此后普芬道夫、沃尔夫等人把这套东西系统化，自然法变成了一部可以从几条公理推下去的大书：先立几条最一般的义务，再推出对自己的、对他人的、对物的、对约定的各类义务，一层层排成体系。这种排法有一个后来很重要的后果：法学第一次有了“总则在前、分则在后”的结构意识。后来的法典编纂（第 15 章）从这里借了很多骨架，十八世纪普鲁士、奥地利的法典工作，也常被追溯到这条线

上：奥地利民法典的起草，先后由自然法学者马蒂尼和他的学生蔡勒主持。自然法本来是要站在人定法之上的，结果它的体系，反过来成了人定法的骨架。

◆ 五、异象

起点接不住的第一件事，就是第二个场景：饿了三天的人吃了护林站的方便面。按“不拿别人东西”这一条，这是偷；可几乎所有人都觉得这不算。

阿奎那自己就碰到了这个问题。他的处理是：在紧迫而明显的需要面前，财物按自然法本来就是共同的，取用它严格说来不算偷窃（《神学大全》第二集第二部第 66 题第 7 条）。格劳秀斯也有类似的“紧急避难权”。

这里 D 和 E 的矛盾是这样的：D 是从“所有权不可侵”一路推下来的结论；E 是缠在这件事上的条件：饥饿、无人、无法求助、会死人。起点里那份“本来就在那里的秩序”，在这一刻给出了两个相反的答案。

第二件事是“不义之法不是法”。如果真是这样，守法人遇到一条他认为不义的人定法，可以不守吗？谁来判断它不义？这个问题自然法学派讲了几百年，后来到了拉德布鲁赫那里才有一个更窄的版本（第 31 章）。

第三件事，是那道“推出结论”与“具体确定”的分界线到底划在哪里。从“不可害人”推出“不可杀人”，大家都同意；可推出“不可蓄奴”吗？格劳秀斯那一代人中，不少人认为奴隶制可以有正当来历；格劳秀斯本人就承认，人可以出于自愿让渡自己的自由，在正当战争中被俘的人按万国法也可以被收为奴隶。几百年后，几乎所有人都认为蓄奴违反的正是最基本的自然法。同一套“本来就在那里、凭理性就能看见”的秩序，在不同年代被看出了相反的内容。这就是上面说的，自然法学派真正该吃惊的那件事：如果它是被发现的，为什么发现的结果会随时代翻转？

◆ 六、吸收还是分叉

方便面的问题，被**先验**地吸收了：在紧急需要下，东西“按定义”就回到了共有，所以取用它“按定义”不是偷。起点不必改，“所有权不可侵”仍然成立，只是这时候它管不着了。这一招干净利落，可代价是，“什么算紧急”“取多少算够”这些真问题，被挪到了定义的门外。

“不义之法不是法”这一条，则主要被**免检**：理论上说得很重，实践里很少有法院真的据此宣布一部法律无效。它被放在一个“极端情形”的柜子里，平时不检。

内容随时代翻转这件事，则被**改名**吸收：后来的人说，不是自然法变了，是前人“看错了”，理性被偏见蒙住了，如今才看清。这样说，起点“正当秩序本来就在那里”依然完好，错的永远是某一代的眼睛。可这个说法有一个代价：既然每一代都可能看错，那么这一代凭什么确信自己看对了？这个问题被放进了柜子，不检。

格劳秀斯那句“即便没有上帝”，看上去像一次改写起点，其实是一次**改名**：担保人从“上帝”改称为“人的社会本性”，可那份正当秩序本身，内容几乎原样搬了过来。自然法离开了上帝，却没有离开“预先存在、只需被发现”这个起点。真正的分叉，要等到十九世纪的历史法学派（第 16 章）和法律实证主义（第 17 章），一个说法是民族里长出来的，一个说法是主权者定出来的，那时候“本来就在那里”这个起点才被正面拒绝。

◆ 七、它看对了什么

自然法学派看对了一件事：法律之上确实还有一个人人都会拿来对照的“该不该”。小禹还钱包，失主不会去查哪条法律规定了要还；法院判一部法律无效，也总要说出一个比条文更深的理由。这个对照的位置是真的，它让守法人在面对一条荒唐规定时，不至于只剩“照做”一个选项。

它也看对了第二件事：财产、契约、赔偿这些私法的骨头，大多能从“人要一起生活”这一个需要里推出来。今天的民法典，很多条文仍然带着这条推理的影子。

它还看对了第三件事：阿奎那“推出结论”与“具体确定”的区分，给人定法留了一块合法的地盘。它承认，有许多问题理性推不出唯一答案，只能由人去定，定了就要照着办。这比后来某些学派“一切都能从原则推出”的自信要清醒。

它的问题，是把那个对照的位置当成了一份写好的目录，而不是一次次在“判”与“服”之间被重新确认的东西。小禹还钱包的时候，他心里那句“要是我丢了”，不是从一份目录里查出来的，而是他把自己放到失主的位置上，此时此地长出来的；蓄奴从“合乎自然”变成“违反自然”，也不是某天有人翻到了目录的另一页，而是无数场判与服、反抗与让步，一点一点稳成的规矩。

带走的话

- 自然法学派的主角是有理性的守法人；它预设法有一层先于人定法的正当秩序。
- 格劳秀斯把担保人从上帝换成人的社会本性，是改名，不是改起点。
- 饥饿取食被先验吸收，“不义之法不是法”被免检，看法随时代翻转被改名为“前人看错了”。
- 阿奎那区分“推出结论”与“具体确定”：捡到要还是前者，报酬多少是后者。
- 它织进制度的是结构：人定法被放在自然法之下，要向上交代。
- 它看对了：条文之上确有一个人人会拿来对照的“该不该”。

小账 本章动用：主角一问、S→D→E、先验、免检、改名、结构、幸福●自由◐。
锁定记录：起点“法有一层预先存在、只待理性发现的正当秩序”在担保人更换后原样保留，锁进了“人定法须合于上位法”的结构。

第 13 章

霍布斯、洛克与孟德斯鸠：法是命令，是权利，还是分权

> 这一章的问题：同样从“人在没有国家时是什么样”出发，三个人为什么得出了三种法？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。老韩、阿杰、莉莉、小蔡四个人合租一套三居室加一间改出来的小隔间。搬进来第一个月，就出了两件事：小蔡凌晨两点回来，把莉莉吵醒；阿杰的朋友来借住，用了别人的洗发水。

第一次开会，老韩提议：门禁定在十二点，钥匙统一由他保管，谁晚归提前跟他说。阿杰不同意：“我交的是一样的房租，凭什么钥匙在你手里？我晚上几点回来是我的事。”莉莉提了第三种办法：门禁这件事大家投票定，钥匙每人一把，但谁违反了约定，由另外两个人来评理，不是由定规矩的人自己评。

三个方案，正好对着这一章的三个人。老韩的意思是：总得有一个人说了算，不然天天吵。阿杰的意思是：我有我自己的东西，规矩不能碰它。莉莉的意思是：定规矩的、执行规矩的、评理的，不能是同一个人。

那天会开到最后，定下来的是一个三家拼出来的东西：门禁十二点半，大家举手通过；钥匙每人一把，但备用钥匙放在老韩那里，谁忘带了找他；有争议的事，由不相关的两个人听双方说完再拿主意。可一个月后又出了新事：小蔡的女朋友周末常来过夜，算不算“借住”？按约定，借住要提前打招呼，可小蔡说那是他的私事，他的房间里谁来是他的权利；老韩说，门禁和水电是大家的，多一个人就要商量；莉莉说，这事得先找两个不相关的人评一评，可四个人里谁都不算“不相关”。

三套方案拼在一起，平时相安无事；一遇上新事，它们各自的起点就又露了出来。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：这一章并写三家，主角各不相同。霍布斯的主角是立法者，即那位主权者；洛克的主角是守法人，即带着权利进社会的人；孟德斯鸠的主角是整套机构，落到法学上，最要紧的是法官。

主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	推出的互动内容
霍布斯：立法者（主权者）	人自保、怕死，彼此不信任	法是主权者的命令	法由权威而非真理来定；臣民保有自保这一项
洛克：守法人	人生来带着生命、自由、财产，有理性	法是保护这些权利的公共规则	立法权受托而有限；越过法律的权力不再是法
孟德斯鸠：法官（与整套机构）	人掌了权就会用到尽头	法是与一国条件相合的关系，要由分开的权力来执行	立法、执行、裁判三分；法官只宣读法律

起点的S，在三家那里都是一个“人还没进国家时”的样子，再由它推出“法是什么”。这三对预设织进制度的方式不同：霍布斯织的是**次序**（谁在上、谁说了算），洛克织的是**连接**（权利把每个人和公共规则连起来，越界即断），孟德斯鸠织的是**结构**（权力怎样分开、互相牵住）。

◆ 三、意义预设

三家的权重各不相同（这是本书的读法，不是事实）。霍布斯：幸福●（在他那里是“活下去、过得安稳”），自由○，创造○。洛克：自由●，幸福◐，创造◐，最后一项是因为他的财产来自劳动，劳动把东西从自然里拿出来，是一种创造。孟德斯鸠：自由●，幸福◐，创造○；他说的自由，是“不必害怕别人”的那种安全感，由权力的分开来保证。

国家实践另读：英国光荣革命后的安排、美国宪法的三权结构、法国大革命的权利宣言，各自从这三家借了东西，借法不同。本书只记它们借了什么，不评哪一种安排更好。

还要分开读的一点是：三家写的时候，各自身边的国家正处在不同的处境里。霍布斯经历的是内战，最怕的是没有人拍板；洛克写在王位更替前后，最怕的是拍板的人越界；孟德斯鸠在一个君主国里看英国，最怕的是权力全收在一处。三种怕，正好对着三种意义权重。理论的权重里，有一份是写作者身边的那个 E 给的。

◆ 四、走的路

这一章接第 146 号《普通人都能懂的霍布斯》与第 148 号《普通人都能懂的洛克》，接着判，不改判。第 146 号的判词说，霍布斯是“自我中心主义”：理念和现实都是派生的、次要的，来历一路只查到“我”为止，而这个“我”被当成了一本写好的书；第 148 号的判词说，洛克看见了人是被经验写出来的，却把写的过程想成往白纸上盖章。国家怎样被造出来，政治学卷已经写过，这里只问：三家各自说“法是什么”，又各自怎么走。

霍布斯走的是 S→D→E。起点是那个自保、怕死的人（S）；推下去，人人自保就会互相为敌，所以要把权利交给一个主权者（D）；主权者发出的命令就是法，具体情形（E）只是命令的适用对象。在《利维坦》里，他把民法定义为主权者用言语、文字等足够的意思表示，命令臣民用来分辨是非的规则（第 26 章，转述）。法的效力来自谁下的命令，而不是命令的内容是否正确。老韩“钥匙在我手里”的方案，就是这条路：先有一个说了算的人，规矩从他那里出来。

霍布斯的这个法概念，在英国当时的法学里是一个挑衅。普通法的法官们，以爱德华·柯克为代表，认为法律是一种“技艺理性”，只有长年浸在判例里的法官才懂；1607 年，詹姆斯一世想亲自断一桩案子，柯克当面顶回去：关系到臣民生命、继承和财物的案子，要靠法的技艺理性与判断来定，不能靠天生的理性。霍布斯晚年写了一篇哲学家与普通法学者之间的对话（他身后于 1681 年才出版），正面反驳这一点：法不是靠法官的学问成为法的，而是靠主权者的权威。这场争论，

正是“法官是不是主角”这一问在英国最早的一次交锋。霍布斯说主角是立法者，普通法传统说主角是法官，第 52、53 章写英美的实践时，这道分歧还会回来。

洛克也走 S→D→E，起点却换了：人在进入社会之前，已经有了生命、自由和财产，而且凭理性知道彼此不得侵害（S）。财产是怎么来的？人把自己的劳动掺进自然物里，这东西就成了他的。进社会，是为了让这些东西有一个公共的、确定的规则来保护（D）。所以立法权虽然最高，却是受托的：它不能随意夺人财产，不能用临时的命令代替长期有效的法律。洛克有一句常被引用的话，大意是：法律在哪里终止，暴政就在哪里开始（《政府论》下篇第 202 节，转述）。阿杰“我交了一样的房租”，就是这条路。

孟德斯鸠走得不一样。他在 1748 年出版的《论法的精神》里，先说法是“由事物的性质产生的必然关系”，一国的法要和它的气候、土壤、风俗、宗教、商业相合。这一步像是从 E 起手。可落到他最有名的那一章（第十一卷第六章，讲英国政制）时，他又立了一个硬起点：要有自由，立法、执行、裁判三种权力就不能合在一人或一个机关手里。他对法官有一个后来很出名的说法：法官只是宣读法律的那张嘴，不能去调和法律的力度与严厉（转述）。这是一个 E 起手、却在 S 上收口的走法：看了一大圈条件，最后落成一个结构。莉莉的“评理的不能是定规矩的人”，就是它。

值得一提的是，孟德斯鸠本人从 1716 年起在波尔多高等法院当庭长，坐了将近十年，他对法官并不陌生。他说法官只是宣读法律的嘴，未必是看不起法官，更像是担心：法官一旦能自己调整法律的轻重，裁判权就会和立法权混在一起，那正是他最怕的。这一句话在后来被拿去当成整整一个学派的口号，用得比他本人用得重。

◆ 五、异象

三家各有接不住的事。

霍布斯接不住的是：主权者命令一个臣民去送死，臣民要不要服？他自己给了一个例外：自保这一项是交不出去的，被命令自杀、自残、自证其罪，臣民可以不

从（《利维坦》第 21 章，转述）。可这样一来，“法就是命令”这个起点就裂了一道缝：总有一些命令，按他自己的理由，不能算成要人服从的法。

洛克接不住的是“特权”：法律没写到、事情又急，执行者能不能先动手？他承认可以，为了公共的好，执行权有一种不靠法律、甚至违背法律去做事的权力（《政府论》下篇第 14 章，转述）。可这和“法律终止之处暴政开始”怎么放在一起？

孟德斯鸠接不住的是：法律没写到的情况，那张“宣读法律的嘴”说什么？如果法官只能读，读不出来时就只能沉默；可法官又不能拒绝裁判。

他还有第二处接不住的地方，就在他自己的书里。全书大半篇幅都在讲，法要与一国的风土、人情、生计相合，没有一套放之四海皆准的法；可讲到三权分立那一章，他又给出了一条看上去放之四海皆准的结构。是法随条件而变，还是这一条不变？如果分权也要看风土，那么在某些地方合在一起反而合适；如果分权不看风土，那么前面二十多卷讲的“相合”就有一个例外。

这三处异象有一个共同点：它们都出现在起点那个“进国家以前的人”，遇上了进国家以后才有的事。D 和 E 的矛盾是这样的：D 是从起点推出来的那一种法；E 是国家里实际缠在一起的条件，比如要士兵去打仗、事情急到等不及立法、法典写不到的新案子、风土各异的地方。合租房里也一样：四个人搬进来之前想好的规矩，碰上小蔡的女朋友，就露出了缝。

◆ 六、吸收还是分叉

霍布斯的自保例外，是一次**改名**：不服从被改称为“一项从未交出去的权利”，于是它不算违抗命令，起点“法是命令”仍然完好。可这个改名，让后来所有的权利理论都从这道缝里进来了。

洛克的特权，是一次**免检**：它被放在“紧急”“为公共的好”这个柜子里，不拿来检验“法律终止之处暴政开始”这条原理。谁来判断何为公共的好？洛克的回答最终落到了“诉诸上天”，也就是交给人民的反抗；这一步已经出了法学的门。

孟德斯鸠的难题没有在他那里被吸收，它被**分叉**了：一支走向法国的法典与注释法学（第 15 章），试图把法典写得足够全，好让法官只当那张嘴；另一支走向美国的普通法与违宪审查（第 50、52 章），让法官不只读，还要审。同一个“分权”的起点，长出了两种完全不同的法官。

他书里风土与分权的那道缝，则被**改名**收住了：后来的读者常说，三权分立不是一条普遍的“法”，而是孟德斯鸠从英国这一个例子里观察到的“自由的条件”，所以它和前面的“相合”说并不矛盾。这样一改，两边都保住了，可“分权到底是不是普遍的”这个问题，被留给了后来的宪法实践去回答。

还有一点要记下：三家的吸收方式，恰好对应着各自织进制度的那一项。霍布斯织进的是次序，所以他的例外长在次序的最底层，即臣民那一端的“交不出去的权利”；洛克织进的是连接，所以他的例外长在连接断开的地方，即法律管不到的“特权”；孟德斯鸠织进的是结构，所以他的难题在结构的接缝上，即立法与裁判之间那片法典写不到的空白。异象出在哪里，往往告诉我们起点把自己织在了哪里。

◆ 七、它看对了什么

霍布斯看对了：法要有一个能拍板的出口，不然纠纷永远悬着。合租房里没有人能拍板，吵到最后就是有人搬走。

洛克看对了：有一些东西是规矩不能碰的。他把这些东西说成“自然权利”，这个说法可以商量；但“规矩之外有一块不归规矩管的地方”这一点，后来写进了几乎所有宪法。

孟德斯鸠看对了：定规矩的人自己评理，规矩迟早会变成他的私产。分开，是让任何一方都要向另一方交代。

三家合起来看对的，是法学的一个硬事实：法既是命令，又是权利，又是结构，单拿一个当起点，都会在另外两个那里出异象。合租房那张拼出来的约定，比任何一家的单独方案都更经得住一个月；可它也只经住了一个月。真正让它经得住

下一件事的，不是再挑一家当起点，而是四个人在“小蔡的女朋友算不算借住”这件事上，商量出一个新的说法，然后照着住下去。

> **带走的话**
>
> - 三家都从“人在进国家以前是什么样”出发，却给了三种法：命令、权利、分权。
> - 霍布斯的主角是立法者，洛克的主角是守法人，孟德斯鸠的主角最终落在法官身上。
> - 自保例外是改名，特权是免检，“法官是法律之嘴”在后世分了叉。
> - 三家分别织进了次序、连接和结构。
> - 合租房的三个方案说明：任何一家单独当起点，都会在另两家那里撞墙。

小账 本章动用：主角一问、S→D→E、E 起手 S 收口、改名、免检、分叉、次序、连接、结构。

锁定记录：霍布斯把“法＝命令”锁进次序，洛克把“法＝权利的保护”锁进连接，孟德斯鸠把“法官只宣读法律”锁进结构，并留下第 15 章的伏笔。

第 14 章

康德的法权论：法是外在自由的共存

> 这一章的问题：如果法只管“你的自由会不会碍着别人的自由”，那它还能管什么，又管不了什么？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个小区门口的人行道上，铺着一条黄色的盲道。每天早上七点到九点，共享单车一辆挨一辆地停在盲道上。住在小区里的郑阿姨视力只剩一点光感，每天早上要拄着盲杖去菜场。她已经两次被单车绊倒，一次擦破了手。

停车的人并不坏。他们赶地铁，人行道窄，划线的停车区在马路对面，多走五十米就要迟到。他们中多数人从没注意过盲道这回事。

街道办贴了告示，单车公司在 App 里设了电子围栏，可盲道上还是有车。有一天，一个年轻人把车往盲道上一放，郑阿姨正好走过来，盲杖碰到车轮。年轻人愣了一下，把车挪开，说了句对不起，然后走了。

后来，几个街坊在楼下凑在一起商量，有人提议：干脆在盲道两头装上隔离桩，单车推不进去。马上有人反对：隔离桩会挡住推婴儿车的、坐轮椅的。又有人说，罚停车的人，一次五十块；有人回：车是公司的，人早走了，罚谁？单车公司的客服说，系统里盲道这一段已经划成了禁停区，可定位有误差，几米之内分不清。

这件事里没有谁想害谁，可一个人的方便，实实在在压在了另一个人的路上。康德的法权论要回答的，就是这样一件事：法该在哪里画线。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：康德法权论的主角是守法人，更准确地说，是每一个“与别人共处在同一块地方上”的人；立法者在这里只是把这条原理写成公共法律的那个人。

主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	推出的互动内容
守法人（每一个有自由意志、与他人共处的人）	人是有自由意志的理性存在者，只按自己能普遍化的准则行动才算自主	法是让每个人的外在自由能按普遍法则与所有人的自由共存的那组条件	法只管外在行为不管动机；法与强制权连在一起；人生来只有一项权利：自由

起点的 S，是一个人人自由、彼此并立的格局：每个人都有一块自由的地盘，法的工作是让这些地盘彼此不碰撞。这对预设织进制度的，首先是**连接**：法律关系只在两个人的外在行为发生碰撞的地方建立，不碰就无关；其次是**结构**：私法、公法从这条原理一层一层搭起来。

◆ 三、意义预设

康德的法权论把意义几乎全押在自由上：自由●，幸福○，创造○（这是本书的读法，不是事实）。幸福在他那里被刻意请出了法：法不负责让人幸福，因为每个人对幸福的理解不同，谁来替别人定“什么是幸福”，就是家长作风。创造也不在法的账上，它属于个人的事，法只负责给它让出地方。

国家实践另读：后来的“法治国”观念、德国基本法第一条的人的尊严、第二条的人格自由发展，都常被追溯到康德；可各国实践在法里放进的福利、给付、照护，明显比他的法权论多。本书把理论的那份纯与实践的那份杂分开写，不评高下。

把幸福请出法，在康德那里是一个有意的、带着防备的选择。他见过开明君主以“为百姓好”为名管到百姓的家里去，所以他宁可让法只做一件事：守住每个人的自由边界，至于边界里面怎么过日子，让每个人自己定。这份防备，是他的意义

权重里最值得记住的地方：自由●不是因为他不在乎幸福，而是因为他不放心让别人来定义幸福。

◆ 四、走的路

这一章接第 150 号《普通人都能懂的康德》，接着判，不改判。那本书的判词是：他在 S 上看得准，在 D 上锻造得利，在 E 上塌缩，三根承重梁锁成一个三脚架，却只有一个根。这里不重述三大批判，只问 1797 年出版的《道德形而上学》第一部分《法权论》里，法是怎样被推出来的。

康德走的是 S→D→E。起点是那条普遍的法权原理（S）：一个行动，如果按照它的准则，每个人的选择自由能按一条普遍法则与所有人的自由共存，这个行动就是正当的。从这条原理推下去（D）：凡是妨碍这种共存的行为，就是不正当的；而去阻止这种妨碍，本身就和自由一致；所以法天然连着一种强制的权限。法不需要你心里服，只需要你的外在行为不越界。

再推一步，人生来只有一项权利，就是自由，即不受别人任意强迫的独立；平等、做自己的主人等，都包含在这一项里。外在的东西，比如一块地、一份契约里的给付，是“我的”还是“你的”，要靠一个共同的、公共的意志来确定，所以人有义务离开自然状态，进入一个有公共法律的状态。私法讲“我的与你的”，公法讲让这一切能被公共地保障的国家。最后才落到具体情形（E）。

盲道上的单车，用这条路一走就很清楚：停车人的自由，是在路上放一辆车；郑阿姨的自由，是沿着盲道走。两份自由在同一块地上碰了，按普遍法则看，一个人的方便不能以另一个人通行不得为代价，所以阻止停在盲道上，是在维护自由，不是限制自由。至于停车人心里想什么、是不是坏人，法不问。这就是康德最干净的地方：它不需要谁是好人，它只要两份自由能并排放下。

《法权论》里还有一个常被忽略、却很有法学味道的推理，关于“我的东西”。在没有公共法律的状态下，我占了一块地、和你订了一份约，这些“我的”只是暂时的，因为你没有义务承认它，我也没有办法让你承认。要让“我的”变成确定的，就必须有一个所有人共同认可的公共意志来裁定，这就是进入公

民状态的理由。所以在康德那里，人离开自然状态不只是为了安全，更是为了让“我的”和“你的”能够确定下来；而且他认为，一个人有权强迫与他打交道的人一起进入这种状态（《法权论》6:256）。

这个推理对法学的意义，在于它把**连接**和**结构**一并推了出来。连接：只有在外在的“我的”与“你的”发生交叉时，两人之间才有法律关系；结构：私法里的“我的你的”要靠公法来确定，私法与公法因此有一个固定的先后。盲道其实就是这样一块地：它是公共的，谁都能走，但要靠一个公共的规则把“这一条是给看不见的人留的”确定下来，否则它就只是地上的一条黄线。

◆ 五、异象

起点接不住的第一件事，是“紧急”。康德自己在《法权论》的附录里讨论过一个老难题：船沉了，两个人抓着一块只够撑一个人的木板，一个人把另一个推下去，活了下来。按普遍法则，这是杀人；可没有哪条刑罚能吓住一个眼看就要死的人。康德的处理是：这个行为不能算无可指责，只是不可惩罚；它看上去像一种权利，其实不是（转述，《法权论》6:235—236）。

第二件事是“衡平”。按衡平，有些情形明明该给某人一些补偿，可法律上没有可以强制的依据。康德把衡平比作一位不能出声的女神：她的道理是真的，法院却听不见她（转述）。

第三件事，就在盲道上。那个年轻人挪开车，说了对不起。他的这一下，是法管不到、也不想管的；可整条街的盲道能不能通，靠的恰恰是许多这样的“一下”，而不是罚款。告示、围栏、罚款都是外在的强制，它们画出了线，却没让线被守住。这里 D 和 E 的矛盾是：法从普遍原理推出了一条清楚的线；缠在街上的条件，却包括了赶地铁的人、窄的人行道、对面的停车区、从来没想过盲道的习惯。线是对的，线所在的那块地却不是康德预设的那块“人人并立、彼此清楚”的地。

再往细里看，连“线画在哪里”本身也不是从原理里推得出来的。单车公司说定位有几米误差，盲道和停车区隔得太近，电子围栏画宽了，正常停车也会被拦；

画窄了，盲道上照样停车。原理只告诉我们两份自由要共存，可共存的边界是一米还是三米，要看路有多宽、定位有多准、早高峰有多少车。这就是第 12 章说的“具体确定”那一层：康德的推理在这里停住了，剩下的要靠一次次的试、一次次的抱怨与调整去定。他的体系为这一层留了位置，却把它当成原理之后的执行细节，而不是法真正长出来的地方。

还有一处，是康德自己写出来、后来最受争议的地方：他把婚姻也放进“我的你的”这套框架里，当成一种两个人彼此对对方人身的契约式占有（转述，《法权论》6:277—278）。这个说法在他那里是为了保护：既然是相互的，就谁也不能单方面把对方当成物件。可后来的读者，从黑格尔起，大多觉得这样写不对劲：婚姻里缠着的情感、承诺、抚养，被压成了一份外在的契约。这里的矛盾很典型：凡是进不了“外在自由的共存”这个格子的东西，要么被挤出法，要么被硬塞成契约。

◆ 六、吸收还是分叉

木板的难题，被**先验**地吸收了：这个行为按定义是不正当的，只是在事实上不可惩罚；“正当”这个格子不动，把问题放进“可不可罚”那个格子里。起点不必改，普遍法则照旧成立。

衡平被**免检**：它被宣布为法院以外的事，不进法的检验。良心法庭可以听她，法律法庭不听。

盲道上那个年轻人的“对不起”，在康德的体系里被**改名**为“德性”的事，归《道德形而上学》第二部分去管，法只管外在。法与德分开，是康德的一大功劳；可分开以后，法就不再问“线为什么守不住”，只问“越了线罚不罚”。

婚姻那一处，也是改名：一份明明缠着情感与照护的关系，被改称为一份相互的契约，于是它能放进“我的你的”这个格子，起点“法只管外在自由的共存”就不必为它另开一门。后来各国的婚姻家庭法，越来越多地写进抚养、扶助、照顾子女最大利益这些东西，它们都不是“共存”能推出来的。实践的法，悄悄绕过了康德的格子，而康德的格子本身没有改。

后世沿着这道缝分了叉：一支走向法律实证主义与凯尔森（第 29 章），把法从道德里彻底剥出来；一支走向罗尔斯与哈贝马斯（接第 104、172 号），把“共存”改写成“能被所有人接受的公共理由”。前者保住了康德的形式，后者保住了康德的自由，起点“自由的外在共存”在两边都没被改写。

◆ 七、它看对了什么

康德看对了一件对守法人至关重要的事：法不该要求你心里服，只要求你外在不越界。这条线保护了每一个人：只要你不碍着别人，你想什么、信什么、要不要当好人，法不管。今天各国宪法里的思想自由、良心自由，背后都有这条线。

他也看对了：法和强制是连着的，而这种强制本身可以是自由的一部分。把车挪开盲道，不是在压制停车人的自由，而是在把被侵占的那份自由还给郑阿姨。

他还看对了第三件事：“我的”要靠公共的规则才能确定。这句话放到今天一点不旧。盲道算不算禁停区，要写进一个公共的规定；电子围栏的边界在哪里，要有人去定；定好了，停车人和郑阿姨才都知道各自的那份在哪里。没有这一步，再好的意愿也只是各说各话。

他的法权论还留给今天一个很好用的检验：一项规定，你能不能把它说成“为了让两份自由能并存”？能说成，它就有法的理由；说不成，只能说成“为了让你过得更好”，那它就需要另外的理由，而且要格外小心。这个检验在盲道上很好用：禁止停车占盲道，说得成；规定所有人必须骑车而不许开车“为了健康”，说不成。

他没看到的，是共存不只是“画线”，也是“长出来”：一条盲道能不能通，要靠停车区挪近一点、App 提醒一下、路人顺手一下，再稳成习惯。线画在 S 上，守线的事发生在 D 和 E 里。

带走的话

- 康德法权论的主角是每一个与他人共处的守法人；它预设法是外在自由能共存的条件。
- 它走 S→D→E：从普遍法权原理推下去，法与强制天然相连。
- 木板难题被先验吸收，衡平被免检，“对不起”被改名为德性的事。
- 它织进制度的主要是连接：法律关系只在外在行为碰撞的地方建立。
- 它看对了：法不问你心里怎么想；它没看到：线要靠一次次的守法才能真正被守住。

小账 本章动用：主角一问、S→D→E、先验、免检、改名、分叉、连接、结构、自由●。锁定记录：起点“法＝外在自由按普遍法则的共存”被“法与德分开”锁定在连接上，紧急与衡平被移出法的检验。

第 四 编

十九世纪：法典、历史与实证

编 序

本编走十九世纪：法典、历史与实证。

本编各章：

- 第 15 章　拿破仑法典与注释法学派：法就在法典里
- 第 16 章　萨维尼与历史法学派：法是民族精神
- 第 17 章　边沁与奥斯丁：法是主权者的命令，也是功利的算计
- 第 18 章　概念法学（潘德克顿）：从概念推出判决
- 第 19 章　耶林：为权利而斗争，与目的法学的分叉

第 15 章

拿破仑法典与注释法学派：法就在法典里

> 这一章的问题：一部法典要是写得足够全，法官是不是就只需要照着读？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。熊先生家新买了一台洗碗机。他是那种拆封先读说明书的人，从安装、放碗的位置、洗涤剂的用量，到每个程序几度几分钟，读得一字不落。前两个月一切顺利。

第三个月，出了两件说明书上没写的事。一件是：他母亲来住，用洗碗机洗了一口带木柄的铁锅，木柄裂了。说明书上写了“木制餐具不宜机洗”，没写“带木柄的锅”。另一件是：洗碗机在洗涤中途停电，来电后自动重启，可里面的碗已经泡了四个小时，有一股味道。说明书上写了怎么处理“报错代码 E3”，没写停电。

熊先生的第一反应是再读一遍说明书，看看能不能从别的条款里推出答案。木柄的事，他从“木制餐具不宜机洗”推出了“带木柄的也算”；停电的事，他翻遍全书没找到，最后打了客服电话。客服的回答是：“说明书上没写的情况，建议按常识处理。”

熊先生有点不满：“那我买说明书干什么？”这句抱怨，正是注释法学派的心声。

他的妻子倒不以为然。她用洗碗机从来不看说明书，碗怎么放、用哪个程序，她看一眼碗的油腻程度就定了。锅柄裂了以后，她的反应是：“这种锅本来就不该放进去，你看一眼就知道。”熊先生说：“说明书没写，我怎么知道？”她说：“说明书写的是机器，不是你家的锅。”

一家两种用法：一个人认为一切都该在说明书里，说明书没写就去推、推不出就去问厂家；一个人认为说明书只是起点，真正要看的是眼前这口锅。这两种用法，在十九世纪的法学里打了整整一百年。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：注释法学派的主角是法官，但它预设的法官，是一个只会读、不会造的法官；真正的主角，是站在法官背后的立法者。第 13 章孟德斯鸠那句“法官只是宣读法律的那张嘴”，在这里从一句提醒，变成了一整个学派给法官定的工作守则。

主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	推出的互动内容
法官（背后是立法者）	法官是忠实的读者，他的任务是找出立法者的意思，而不是加进自己的意思	法就在法典里；法典是一部完整的、自洽的、由理性写成的文本	逐条注释；从条文推出判决；以立法者意图为最终依据

起点的 S，是一部已经写成的法典：条文、编、章、节，一个完整的显露出来的样子。这对预设织进制度的，首先是**结构**：整个私法被搭成一部按人、物、取得财产的方式分编的法典，一切纠纷都要在这个结构里找到格子；其次是**次序**：立法在先、司法在后，法官不得越到立法者前面去。

◆ 三、意义预设

注释法学派的权重大致是：自由◐，幸福◐，创造○（这是本书的读法，不是事实）。这里的自由，是法国大革命之后“人人在同一部法律面前”的那份平等与确定：财产可以自由处分，契约由当事人自己定，旧时代的身份与特权不再算数。这里的幸福，是一种“可预期”的安稳：同样的事，在巴黎和在外省判得一样。创造被压到最低，因为创造法律是立法者的事，法官一创造就是越权。

这份权重背后有一段很具体的记忆。大革命之前，法国各地的高等法院常常以自己的判例和解释，拦住王室的改革，也让同一件事在不同地方判得完全不同；革

命者对“法官造法”的警惕，有一大半来自这段经历；1790 年，制宪议会把这些高等法院一并废除。所以注释法学派压低创造，不是因为不懂法官会造法，而恰恰是因为太懂了。

国家实践另读：拿破仑本人推动法典，有统一法国、巩固新秩序的政治用意；法典随着军队传到欧洲许多地方，又在拉丁美洲等地被仿效。法典在各地的实践，比注释法学派设想的要灵活得多。本书只描述这层差别。

◆ 四、走的路

1804 年 3 月 21 日，《法国民法典》颁布。它在大革命之后十几年里，把原先北部的习惯法和南部的成文罗马法、王室敕令、教会法揉成了一部全国统一的法典，全书 2,281 条，分人、财产及所有权的各种变更、取得财产的各种方式三编。其中几条，后来成了整个“个人主义民法”的柱子：所有权是以最绝对的方式享用和处分物的权利，只要不违反法律（第 544 条）；依法成立的契约，在当事人之间具有相当于法律的效力（原第 1134 条）；因过错致人损害的，要负赔偿之责（原第 1382 条）。这三根柱子，一根管物，一根管约，一根管伤害，正好对上自然法学派（第 12 章）推出来的那几条。法典可以说是自然法的那份目录，被一个国家正式写成了条文。

起草者之一波塔利斯在为草案写的“初步说明”里，其实说得相当清醒：立法者不可能预见一切，法典再好也会留下空白，没有法律时，要去查习惯或衡平；空白要靠经验和判例一点点去补（转述）。可法典本身立下的两条，后来压过了这份清醒。

一条是第 4 条：法官借口法律沉默、不明或不全而拒绝裁判的，可以按“拒绝审判”追究。另一条是第 5 条：法官不得以一般的、规则式的方式就其审理的案件作出裁判。两条放在一起，意思是：你必须判，但你只能就眼前这件事判，不能自己立规矩。这正是本书说的第一处法学特殊性“法学必须判”在一部法典里的现身。

在法典之前，大革命时期还有过一个更极端的安排，后人叫“立法咨询”：法院遇到法律不明的情况，要把问题送回立法机关去解释。这个安排在十九世纪上半叶几经废复，法国法律史一般把它的终点定在 1837 年，解释的担子落回了法院，最后落在最高法院身上。

注释法学派就是在这个结构里长起来的。十九世纪的法国法学家，像德莫隆布、奥布里与劳、洛朗等人，写出了一部部按法典条文顺序逐条注释的大书。他们走的是 S→D→E：起点是法典条文（S）；从条文出发，用文义、体系、立法者意图一层一层推（D）；最后才落到案件的具体条件上（E）。法典没写到的地方，他们的首选办法不是去看社会，而是从别的条文里类推、从立法者的意思里推。熊先生从“木制餐具”推出“带木柄的锅”，用的就是这一手。

这种方法有几个固定的动作。第一，文义：先看条文的字面，字面清楚就到此为止。第二，体系：一条看不清，就看它在第几编第几章、前后挨着哪些条，从位置推意思。第三，立法者意图：翻起草时的讨论记录、报告、演说，看当年的人想的是什么。第四，类推与反面推论：相似的情形照着办，没写进去的情形反过来推出“不适用”。这四个动作都发生在法典这一个 S 之内，它们走的 D，是在条文与条文之间走，不是在条文与社会之间走。这正是本书说的制度依赖的样子：学派的预设不只写在书里，它被织进了法典的编章结构，也织进了“立法在先、解释在后”的次序；后来的法官即使不读注释法学派的书，也在这套结构和次序里判案。

这一派常被一句传说中的话概括：我不懂什么民法，我只教拿破仑法典。这话通常被归到布涅身上，出处并不可靠，本书只把它当成一个传说里的姿态，不当成他的原话。

◆ 五、异象

法典的异象，来自法典写成以后才出现的世界。1804 年的起草者心里的“物”，是马、车、房屋、动物；他们没有见过锅炉，没有见过电车，更没有见过工厂里一台突然爆炸的机器。

工人在工厂里被机器伤了，找谁赔？法典里关于过错责任的那几条要求证明雇主有过错；可机器为什么爆炸，工人根本证明不了。按法典字面推下去，工人多半拿不到赔偿。

同样的事还有很多：铁路让陌生人之间的运输合同多到数不清，格式条款由一方写好、另一方只能签；城市里出租房屋、雇佣劳动的关系，和法典预设的那种两个平等的人面对面订约，差得越来越远。法典的契约那一编，预设的是两个都会读条文、都能讨价还价的人；而进了工厂、上了火车的那个人，两样都做不到。

这就是注释法学派的 D 与 E 的矛盾：D 是从条文出发、一路推到“须证明过错”的那条路；E 是缠在这件事上的条件：工业、机器、无法证明的原因、一个家庭失去了劳力。法典的 S 写得再完整，也没有替这个 E 留下格子。

◆ 六、吸收还是分叉

法院的办法，是在法典里找到一句原本只起过渡作用的话。当时民法典第 1384 条第 1 款大意是说：人不仅对自己的行为造成的损害负责，也对他所管的物造成的损害负责。起草时，这句话被当成后面几款具体规定的引子；1896 年 6 月 16 日，最高法院在一个拖船锅炉爆炸致机工死亡的案子（泰法因案）里，从这句引子里读出了一条独立的责任原则：船主要负责，哪怕锅炉的毛病出在制造商的焊缝上；到 1930 年 2 月 13 日的让德尔案（一辆卡车撞伤了一个女孩），最高法院联合庭进一步确认，物的管领人对物造成的损害推定负责，受害人不必证明他有过错，他也不能靠证明自己没过错来脱身，只有证明意外、不可抗力等外来原因才能免责。

从注释法学派的眼光看，这是一次**改名**：法院并没有说“我在造法”，它说的是“法典本来就这么写”。一条新的责任原则，被改称为“对第 1384 条第 1 款的正确理解”。起点“法就在法典里”丝毫未动，动的只是那一句被重新读出来的话。

可真正的**分叉**也在这时候发生了。1899 年，热尼出版《实在私法的解释方法与渊源》，正面挑战注释法学派：不该向法律要它的字句里没有的答案；法典有空

白，空白处不该假装还有立法者意思，而要靠法官对社会事实的“自由的科学探求”去补。这一支后来接到了德国的自由法运动与利益法学（第 25 章）。注释法学派说法在法典里，热尼说法典之外还有法：同一个“法官必须判”的结构，长出了两种法官。

同样的手法，在法典另一处的空白上又用了一次。法典没有一条一般性的规定，说“没有法律原因而得到利益、致使他人受损的，要返还”。可生活里这种事很多。1892 年 6 月 15 日，最高法院在一个肥料商的案子（布迪耶案）里，以禁止损人得利的衡平原则为据，承认了一种不依附于任何具体条文的返还请求（案情与年份这里不写死）。这一次，法院甚至没有找到一句可以“重新读出来”的条文，它说的是：这是法的一般原则。一般原则从哪里来？注释法学派的回答是：它本来就藏在法典的精神里。这已经是下面要说的那一手了。

而注释法学派自己，对付异象还有一手**先验**：凡是法典没写到的，按定义就是“法律允许的”，或者按定义可以从法典的一般精神里推出。这一手让体系永远完整，代价是，“法典的精神”变成了一个谁都可以往里装东西的口袋。

◆ 七、它看对了什么

注释法学派看对了一件对守法人非常要紧的事：法要写得出来、找得着、读得懂。一部法典让每个人有机会知道自己的权利在哪一条，让同样的事在全国判得一样。熊先生有说明书，至少九成的情况他不必去问人。

它也看对了：法官的权力需要一个边。第 5 条禁止法官自己立规矩，防的是法官变成没人选出来的立法者。这条担心，到今天的违宪审查之争（第 50 章）里依然在。

它还看对了第三件事，也是本书最看重的一件：第 4 条把“法官不能不判”写成了一条明文。经济学家可以说再等等数据，政治学家可以说见仁见智，法典却不允许法官说“法律没写，我不判”。这一条把法学与其他社会科学区分开来，也把学派的预设逼进了每天的判决。注释法学派之所以能把起点织得那么牢，正是因为第 4 条每天都在逼它交卷，而第 5 条又规定它只能借着解释旧条文交卷。

它没看到的，是那剩下的一成。法典的完整，是 S 的完整；而法真正要接住的，是写成以后才进来的 D 和 E。说明书写得再厚，停电那一夜，熊先生还是要自己判断那锅碗洗不洗。

带走的话

- 注释法学派的主角是只会读的法官，背后站着立法者；它预设法就在法典里。
- 第 4 条要法官必须判，第 5 条不许法官自己立规矩：这是“法学必须判”最早的一次写进法典。
- 它走 S→D→E：从条文出发，用文义、体系和立法者意图推下去。
- 工业事故被改名为对第 1384 条的“正确理解”；热尼由此分叉出法典之外的法。
- 它织进制度的是结构与次序：一部按编章搭起的法典，立法在先，司法在后。

小账 本章动用：主角一问、S→D→E、法学必须判、改名、先验、分叉、结构、次序、自由◐幸福◐。

锁定记录：起点“法就在法典里、法官只读不造”被第 4、5 条与逐条注释锁进结构与次序；新法以“正确理解旧条文”的名义进来，起点不动。

第 16 章

萨维尼与历史法学派：法是民族精神

> 这一章的问题：法是立法者坐下来写出来的，还是一个民族在过日子里慢慢长出来的？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。湘中一个三百来户的村子，祠堂塌了半边屋檐，族里商量要修，预算算下来要四十多万。钱怎么摊，成了全村吵得最凶的一件事。

在城里做工程的田家老二拿出一张表：按户摊最简单，一户一千多；也可以按人头，谁家人多谁多出；还可以按收入，在外面赚了钱的多出些。他说得头头是道，表格也做得漂亮。

七叔公听完，只说了一句：咱们这里修祠堂，向来是“男丁出钱、外嫁女随心、头一份由长房出”。上一回修是哪一年，长房出了多少，各房怎么凑，他一笔一笔记得清清楚楚。管账的罗会计翻出一本发黄的老账簿，上面果然是这么记的。

田家老二不服：“男丁出钱”放在今天说不过去，嫁出去的女儿也有在城里当老板的，凭什么只“随心”？七叔公不跟他辩道理，只说：规矩不是哪个人定的，是一代一代传下来的，你一个人坐在桌子边上算出来的东西，村里人不认。

最后吵了三个晚上，钱还是基本照老规矩摊了，只是多了一条：外嫁女愿意出钱的，名字也刻上功德碑。这一条，老账簿里没有。

这个场面里，有两种关于“规矩从哪里来”的看法撞在一起：田家老二认为，好规矩是聪明人算出来、写下来的；七叔公认为，规矩是一村人在过日子里长出来的，算不出来，只能接着往下传。十九世纪初的德国，为了第二种看法，打过一场很有名的笔仗。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：历史法学派的主角，不是立法者，也不是普通守法人，而是**法学家**，更准确地说，是替一个民族把它已经有的法“读出来、理清楚”的那一群懂行的人。在这个学派里，法官和立法者都往后站，站在最前面的是研究法的历史的学者。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
法学家（民族法意识的代言人）	人是生在一个民族里的人，他的法感是这个民族共同的信念给的，个人的理性算不出好法	法像语言一样，是民族在历史里自然长出来的，先有习惯和共同信念，后有法学家整理，立法只能放在最后	反对仓促编法典；先研究罗马法和本国法的历史来源；法的发展靠学术，不靠拍板

起点的 S，是一个显露出来的样子：“一个民族已经有它自己的法，只是还没被说清楚。”这对预设织进制度的，主要是**次序**：习惯在前、法学在中、立法在后；老的来源在前，新的条文在后。谁有资格先开口、谁只能后开口，被这一派排定了。

◆ 三、意义预设

按本书的读法（不是事实）：历史法学派把意义押在**幸福**一端偏多：法的好处，是让一个民族的生活接着顺下去，人在熟悉的规矩里安心。**自由**它也讲，萨维尼承认私法的核心是人的意志能支配的范围，但这份自由是放在民族传统里讲的，不是从个人出发算出来的。**创造**最轻：它不信一代人能凭理性“创造”出一部好法。用 ● ◐ ○ 标，是幸福 ●、自由 ◐、创造 ○。

理论与国家实践要分开读。理论上它反对仓促立法；实践中，德国最后还是在 1900 年施行了民法典，萨维尼本人晚年也当过普鲁士负责修订法律的大臣（1842 年至 1848 年）。反对编法典的人去管修法，这本身就说明理论和实践不是一回事。

四、走的路

先把那场笔仗说清楚。1814 年，拿破仑战败，德意志各邦要不要学法国编一部统一的民法典，成了热门话题。海德堡的法学家蒂鲍特主张要编，越快越好，一部统一的法典能把四分五裂的德意志在法律上先连起来。同一年，三十五岁的萨维尼写了一本小册子回应，书名大意是《论当代在立法和法学上的使命》。他的意思不是“永远不要法典”，而是“我们这一代还没有能力编”。

理由是这样走的。第一步，他先立一个显露出来的样子（S）：法和一个民族的语言、风俗一样，是这个民族共同生活的产物，有它自己的“民族精神”。第二步，他不去算哪条规则最合理，而是转向那一大团缠在一起的条件（E）：罗马法怎样一路传到德意志、各地的习惯怎样和它混在一起、法院一代一代怎样用它。第三步，才谈法怎样往前发展（D）：先是习惯和共同信念，再是法学家把它整理成学问，等这门学问成熟了，立法才可能水到渠成。这就是 S→E→D：先认定“法本来就在那里”，再去翻历史的老账，最后才说怎么往前走。

萨维尼最爱用的比方是语言。没有哪个人“发明”了汉语或德语，也没有哪次会议“通过”了它的语法；一种语言是一代代人说出来的，语法学家只是事后把规律整理出来。他认为法也是这样：先有人们在交往中共同认可的做法，再有懂行的人把它理成条理。把法当成可以一夜之间写好的东西，就像想用一纸命令改掉一个民族的说话方式。

把这条路和上一章对照一下，就看得更清楚。法国的注释法学派说：法就在法典里，法官照条文办。萨维尼说：法典之前还有一整段历史，法典如果不是从这段历史里长出来，就会是一件不合身的衣服。蒂鲍特看重的是**连接**：各邦一部统一的法，把德意志人在法律上连起来；萨维尼看重的是**次序**：先有什么，后有什么，不能颠倒。两人吵的，表面上是要不要编法典，底下是法学先抓连接还是先抓次序。

这条路有一个直接的后果：研究法的人，主业变成了研究法的**历史来源**。1815 年，萨维尼和同道办了一份专门研究法律史的刊物，刊名里就有“历史的法学”几个字。后来他用将近十年写成八卷本的《当代罗马法体系》（1840 年

至1849年陆续出版），想做的事是：把从罗马传下来、在德意志实际使用的那套法，整理成一个有条理的整体。

这里要顺便交代一个词。“民族精神”这个说法，在汉语里常被安在萨维尼头上；据《新德意志传记》的说法，把“民族精神”这个词正式带进法学的，其实是他的学生普赫塔，萨维尼是后来从普赫塔那里接过去的；萨维尼自己更常说的，是一个民族“共同的信念”或“共同的意识”。本书照通行的叫法用“民族精神”，但把这层分别交代在这里。

回到祠堂。七叔公走的正是这条路：先认定“规矩本来就在”（S），再翻老账簿、问上一回怎么修（E），最后才说这一回怎么摊（D）。田家老二走的，是上一章注释法学派和下一章边沁的路：先立一个理由，再一条一条推。

◆ 五、异象

历史法学派刚一站稳，就碰上一件它的起点接不住的事。

如果法是德意志民族自己长出来的，那么德意志法学家整天研究的，为什么是**罗马法**？罗马法是一千多年前、地中海边上另一个民族的法，它在中世纪后期被德意志各地大规模“继受”过来，靠的恰恰是一批读过意大利大学的法学家，而不是村里的老规矩。照“法是民族精神”的说法，这套外来的法应该被排斥；可萨维尼一派的主力，正是研究罗马法的人。

这就是D与E的矛盾：历史实际走过的路（D）是外来法一层一层压进来；而学派预设的那团条件（E）是民族自己的共同信念。两头对不上。

第二个异象出在“谁代表民族”。民族的共同信念看不见摸不着，总得有人说出来。说出来的是谁？是大学里的法学家。可法学家说的话，往往和田间地头的习惯相去甚远。祠堂里，七叔公记得的老规矩是“男丁出钱”；而今天村里不少人，包括出了钱的外嫁女，心里的“共同信念”已经变了。到底哪一个是“民族精神”？是老账簿上的，还是这一代人心里的？

第三个异象是时间。萨维尼说这一代还没能力编法典，那么哪一代才有？法学成熟的标准由谁来定？如果永远由法学家自己来定，“等一等”就可以一直等下去。

◆ 六、吸收还是分叉

先看吸收。

第一个异象，萨维尼一派用的是**改名**：罗马法被继受，这件事本身被改称为德意志民族历史的一部分。既然德意志人在几百年里一直在用罗马法，罗马法就已经长进了德意志的法意识里，它不再是“外来的”，而是“我们的历史”。异象被改了一个名字，起点原封不动。

第二个异象，用的是**先验**：法学家被宣布为民族法意识的“代表”。民族在早期直接用习惯说话，到了文化复杂的阶段，就由法学家替它说话。按这个定义，法学家说的就是民族说的，不需要拿村里的老规矩去对。

第三个异象，用的是**免检**：法学何时成熟、法典何时可以编，这件事不在学派的检验范围里，是“历史自己会显出来的”。

但吸收不是全部。第一个异象太大，最后撑出了一道分叉。历史法学派内部分成两支：一支专攻罗马法，叫“罗马法学派”；另一支认为真正的民族的法在日耳曼的古老习惯里，叫“日耳曼法学派”，格林兄弟里的雅各布·格林就是这一支的早期人物：他年轻时在马堡跟萨维尼学法律，后来转去研究语言，1828 年还写过一部专讲日耳曼古法的《德意志法律古事》。两支在十九世纪中期吵得不可开交。罗马法一支往下走，越来越重视把概念理清、搭成体系，这就是第18章要讲的概念法学；日耳曼法一支则把团体、合作社这些罗马法里不发达的东西带进了法学，后来在民法典的讨论里成了一股批评的力量。

这里还有一个很耐人寻味的结局。反对仓促编法典的历史法学派，到头来给德国民法典提供了最主要的材料：萨维尼的学生、学生的学生把罗马法理成了一套精密的概念，十九世纪后期起草民法典的人，用的正是这套概念。也就是说，学派没

有因为“法典来了”而改掉起点，而是把法典说成“法学终于成熟了”的结果。一次本该推翻起点的事件，被收成了起点的证明。

再看制度化。法官要判，历史法学派的起点就落进了制度的**次序**里。德国民法典施行以前，各地法院长期直接援用整理过的罗马法，法学家写的教科书和体系书在法庭上很有分量，这就把“法学家在立法者前面”这个次序织进了日常裁判。今天中国的《民法典》第十条写着：处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。这一条把法律排在习惯前面，又给习惯留了位置，还给习惯设了一道门槛。这是另一种次序，不是萨维尼的次序，但“习惯能不能当法用、排在第几位”这个问题，正是他那场笔仗留下的。

祠堂里最后那一条“外嫁女愿意出钱的也刻名”，在老账簿里没有。它不是从老规矩推出来的，也不是田家老二的表格算出来的，是三个晚上吵出来、大家都点了头才有的。历史法学派的起点讲不了这一条：它只会说“这是民族信念的新发展”，也就是事后把它改名收进来。

◆ 七、它看对了什么

它看对了一件很要紧的事：**法不能完全靠一个人坐在桌边算出来**。同样一条规则，放进有它的历史、有它的习惯的一群人里，和放进一群陌生人里，效果完全不同。一部条文漂亮、和人们日常做法对不上的法，常常写在纸上，不进生活。今天立法前要做调研、要听取意见、要看各地的做法，背后都有这一层道理。

它还看对了一点常被忽略的：法有它自己的时间。一条规矩被人接受，要经过一段被试用、被争执、被慢慢认下来的过程，这段时间省不掉。祠堂那条刻名的新规矩，如果下一回修祠堂还照着做，它才算真正成了规矩。

它也看对了：法学是一门要下笨功夫的学问。萨维尼一派把罗马法的原始文本一条一条考订清楚，这份功夫后来成了整个欧陆私法的地基。

它看漏的，是它自己的起点也是预设出来的。“民族精神”并不是在研究里被检验出来的，它是起手时带进来的那个 S；而真实的规矩，比如祠堂那条刻名的新规矩，恰恰是在争吵和点头之间新长出来的。

带走的话

- 历史法学派把法看成一个民族像说话一样慢慢长出来的东西，主角是替民族把法读出来的法学家。
- 它的起点“民族精神”是预设的；继受来的罗马法是它最大的异象，被改名为“我们的历史”吸收，最后分出罗马法与日耳曼法两支。
- 它织进制度的是次序：习惯、法学、立法谁先谁后。
- 它看对了法不能全靠算；它看漏了，规矩也会在当下的争吵和点头里新长出来。

小账 本章动用：出生证（主角＝法学家）、S→E→D、异象、改名、先验、免检、分叉、次序。

锁定记录：“法是民族共同信念长出来的，法学家是它的代言人”这一起点被锁住；继受与新习惯都只能被收编为“民族历史的发展”。

第 17 章

边沁与奥斯丁：法是主权者的命令，也是功利的算计

> 这一章的问题：法只是上面下达、违反了就有罚的命令吗？命令的内容，又该按什么去算？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家商场的地下停车场，入口立着一块牌子：首小时免费；之后每小时十元；当日在商场消费满两百元，可再免两小时；超过二十四小时按一天封顶八十元。出口的抬杆认车牌，钱没交清，杆子不抬。

这块牌子是商场管理处的谭经理定的。他定的时候算过账：首小时免费，是为了让来取个快递、吃碗面的人不嫌麻烦；每小时十元，是怕附近写字楼的人把这里当成包月车位；消费满额再免，是把停车费变成拉客的工具。每一条，都是他心里那笔账算出来的。

一个周日下午，出了两件事。第一件，商场的直梯坏了，一位推着轮椅带母亲来看牙的女士，在楼上多等了一个半小时，出来要多交二十元。她觉得冤：耽误是你们电梯造成的。第二件，一位外卖骑手把电动车停在地下车库的角落里，抬杆不认电动车，牌子上也没写电动车怎么收，保安说“规定上没有，你就是违规”。

岗亭的小伙子很为难。他手上只有那块牌子，牌子上的每一条都像一道命令：交钱，杆抬；不交，杆不抬。牌子没写到的事，他不知道该听谁的。

这块牌子里藏着两样东西：一是**命令**，上面定的、下面得听、不听就有后果；二是**算计**，定规矩的人在算怎样让总体的好处最大。英国的两位法学家，把这两样东西分别推到了极致。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：这一派的主角是**立法者**。边沁心里的主角，是一个手拿计算表的立法者，替整个社会算苦乐；奥斯丁心里的主角，是站在顶端的主权者，他的话就是法。守法人在这里只是被算的对象和听命的一方。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
立法者／主权者	人都是趋乐避苦、会被奖惩牵动的人；立法者能算出总体的苦乐	法是主权者下达、以惩罚为后盾的一般命令；法是什么是一回事，它好不好是另一回事	法与道德分开；以“最大多数人的最大幸福”评判和改造法；主张编纂成文法典，批评法官造法

起点的 S 是：“法就是上面的人发出、靠惩罚撑着的命令；命令该怎么定，看它能带来多少苦乐。”这对预设织进制度的，主要是**连接**：谁对谁发号施令、谁向谁负责、谁有权罚谁。法律关系被画成一条从主权者往下拉的线。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：边沁把意义押在**幸福**上，押得最直接，他的整套学说就是从苦与乐的计算出发的，● 给幸福。**自由**在他那里是工具性的：自由带来幸福时才值得要，他还挖苦过那种把天赋权利说得天花乱坠的宣言，大意是说这些话不着地，像踩着高跷说胡话，所以自由 ◐。**创造**他其实有一份：他是十足的立法改革家，相信能重新设计一整套法，所以创造 ◐。奥斯丁更收敛，他的工作主要是把“什么是法”划清楚，意义上偏向秩序带来的安稳，可读作幸福 ◐、自由 ○、创造 ○。

理论与实践分开读。边沁一生想给好几个国家起草法典，大多没有落地；他的影响主要是间接的，通过后来的法律改革者进入英国和英属殖民地的立法。奥斯丁的书在他生前卖得不好，去世以后才被当成英国法理学的标准教材。

◆ 四、走的路

边沁（1748—1832）是从一个大问题出发的：英国的普通法乱得像一团麻，法官判了才知道法是什么。他在 1792 年写成、1823 年才出版的一篇驳斥法官的文字里，打过一个很尖刻的比方，大意是：法官造法就像人给狗立规矩，等狗做了错事再打它，狗从来不知道哪件事不能做。他要的是事先写清楚、人人能看懂的法。

他走的路是 S→D→E。先立 S：人受苦乐支配，法的任务是让总的幸福最大。再走 D：对每一条规则、每一种行为，一项一项去算它带来的苦和乐，强度多大、持续多久、多确定、多快到、会不会引出别的苦乐、涉及多少人。最后才落到 E：社会里各种具体条件怎样配合这个计算，监狱怎么建、法院怎么设、法典怎么编。他甚至设计过一种环形监狱，让看守在中间一眼看全所有犯人，这是他“用设计改变行为”的典型。

把边沁的算法搬到停车场，就是谭经理做的事。首小时免费：来一小时的人多，每人省十元，商场多一份人流，总的乐大于苦。每小时十元：写字楼的人被挡在外面，商场的顾客更容易找到车位，写字楼那边少了一点方便，商场这边多了一大片方便，账也划算。消费满额再免：把停车的苦和购物的乐绑在一起。每一条都能摆出一笔账来，这就是边沁想要的立法：每一条规定，都要能回答“它让总的苦乐变好了多少”。规定写不出这笔账，就是坏规定。

奥斯丁（1790—1859）是边沁的晚辈和追随者，靠边沁的举荐，在新办的伦敦大学（今伦敦大学学院）当上法理学教授，1832 年出版了《法理学范围之限定》。他把边沁的思想收窄成一个清清楚楚的定义：真正意义上的法，是**主权者**下达的一般性命令；主权者，是社会中大多数人习惯性服从、自己却不习惯服从任何别人的那个人或那群人；命令后面要有制裁，不服从就要受罚。

其实这一刀，边沁早就切过。他在 1776 年的《政府片论》里把谈法的人分成两种角色，后来又把它说成两种法学：一种只说明法**是什么**，他叫“说明的法学”；一种评判法**该是什么**，他叫“评判的法学”。前一种是法学家的事，后一种是立法改革者的事。他自己两样都做，而且后一样做得更多：他一生的大半精力，

都花在评判和重写英国的法律上。奥斯丁接过的是前一半，把它做成了一门专门的学问。

在这个定义下，法是什么，和法好不好，被干净地分开了。奥斯丁有一句被反复引用的意思：法的存在是一回事，它的好坏是另一回事。一条坏法，只要是主权者的命令，就还是法；你可以骂它，要求改它，但不能说它“不是法”。

拿停车场对一对。谭经理就是那个“主权者”，车主们习惯性地照牌子交钱，抬杆就是制裁；牌子上的每一条都是一个一般性命令。牌子定得好不好，是另一回事，你可以去管理处提意见，但在它改之前，岗亭照牌收钱。

◆ 五、异象

麻烦先出在“牌子没写到”的地方。

第一种，**习惯**。电动车怎么收，牌子没写；可车库角落里一直有几辆骑手的车停着，保安一直没管，大家心里有个默契。这算不算规矩？照奥斯丁，它不是主权者的命令，不能叫法。可它确实在管着人。现实里也一样：英国大量的法是法官在判例里长出来的，还有大量商业习惯被法院认下来，它们都不像某个人下达的命令。

保安那句“规定上没有，你就是违规”，在命令说里其实站不住。照奥斯丁，没有命令，就没有违反；牌子上没写电动车，骑手就谈不上违了哪条。可保安的直觉也不是凭空来的：他觉得车库是商场的地方，商场没允许的就是不行。这背后是另一种东西：所有权、管理权、一种“谁的地盘谁说了算”的默认。它不是一条命令，却比任何一条命令都更早在那里。

第二种，**管住主权者的法**。如果主权者的话就是法，那宪法里那些限制议会、限制政府的规定是什么？主权者自己给自己下命令吗？

第三种，**换人以后的连续性**。谭经理调走了，新来的经理还没开口，旧牌子还算不算数？照“命令”说，旧主权者走了，命令就失去来源；可大家都觉得旧牌子

照样有效。后来哈特正是抓住这一点，说法不能只是命令，得有一种“承认规则”（第33章再讲）。

还有一个更扎眼的比较，也是哈特提出来的：一个拦路抢劫的人拿刀对着你说“把钱交出来”，这也是一个以惩罚为后盾的命令，你也会服从。那么，劫匪的命令和法律有什么区别？如果只剩下“法律的命令是一般性的、发令者是大家习惯服从的人”，那么法和一个长期占山为王的强盗团伙，差别就只是规模。可没有人会在心里把交停车费和被抢劫当成同一类事。岗亭前交钱的车主，大多觉得“该交”，而不只是“怕杆子不抬”。这个“该”，命令说里没有位置。

第四种，出在边沁的算计上，就是轮椅那位女士。按总账算，电梯坏了多收二十元，对商场的总收益几乎没影响，对她却是实实在在的冤。更难的是：假如算出来“对少数人严厉一点，总体幸福更大”，功利的账就会支持一件大家都觉得不公道的事。这是 D 与 E 的矛盾：计算走出来的路（D），和缠在具体人身上的那些条件（E）对不上。

◆ 六、吸收还是分叉

奥斯丁对前三种异象，一一吸收。

习惯和法官造的法，他用**改名**：法院一旦把某个习惯当规则适用，主权者就“默示地”命令了它，所以它也是主权者的命令，只不过是默许的。异象被改名成“默示命令”。

管住主权者的宪法，他用**免检**：这类规定不是严格意义上的法，属于“实在道德”，靠舆论和道义撑着。国际法也被放进这一格：国与国之间没有共同的主权者，所以国际法“不是真正的法”。凡是装不进“命令”的，都被判为不在本门学问的检验范围里。

谁是英国的主权者，他用**先验**：主权者被定义为国王、上议院和下院选民合起来的那个整体。按定义，主权者总是存在的，所以连续性不成问题。

边沁那一边的异象，则是靠功利主义内部的修补来吸收的：比如把“确定性”“安全感”也算进幸福里，说一个人人都知道可能被冤枉的社会，总的幸福会下降。这样，个人被冤也被换算成了总账里的一项，这是改名。

但吸收挡不住分叉。到了二十世纪中叶，哈特在同一条实证主义的路上另起一支：法不是命令加惩罚，而是规则；人遵守规则，不只是怕罚，还因为接受它。这是分析法学的内部分叉。另一方面，“法与道德分开”这一刀，在二战以后遭到了拉德布鲁赫和富勒的强烈挑战（第31、34章）。

再看制度化。法官要判，这一派的起点织进了制度的**连接**。英国长期把“议会通过的法律，法院不能宣布无效”当作宪制的根本，这条线从议会一路拉到每个法官手里，和奥斯丁的主权者图景是同一个形状。边沁的另一头则织进了“写下来”的习惯：法典编纂这个英文词就是他造的，伦敦大学学院边沁研究项目把它列为边沁新造的词；他一生鼓吹编纂成文法典，后来英属印度在 1860 年颁行、由麦考莱主持起草的刑法典，研究者多认为是十九世纪英国人的法典里最接近边沁设想的一部，只是具体规则大多仍取自英国旧法。

停车场那一天，最后是谭经理在电话里说了一句“电梯故障时段的停车费免收”，岗亭照做。新命令一下，冤屈就“合法地”消了。可它是被上面临时补出来的，不是从牌子推出来的。至于电动车，牌子上至今没写，角落的默契还在。

◆ 七、它看对了什么

它看对了两件事。第一，**法要事先说清楚**。边沁骂普通法“事后打狗”，骂得刻薄，但道理是对的：一个人有权在动手之前知道什么事不能做。今天“法不溯及既往”“法律要公布才生效”这些做法，都有这一层意思。

第二，**把“是什么”和“好不好”分开，有用**。分开了，才能冷静地说清一条法到底规定了什么，再去争它该不该改。不分开，很容易把“我觉得不公道”直接说成“这不是法”，或者把“这是法”直接当成“这就是对的”。

第三，**立法可以是一件有意识的、可以讨论的工作**。在边沁以前，许多人把法看成祖宗留下来、只能小修小补的东西；边沁让人们习惯了另一种想法：一条法好不好，可以摆出理由来算，算下来不好，就改。今天议会立法要说明理由、要做影响评估，背后有他的影子。

它看漏的，是法里那大片不是谁命令出来的东西：习惯、默契、法官一代代接着判出来的规则，还有那些人们服从、却不是因为怕罚的理由。它也看漏了，被算进总账的那个人，会自己站出来说“我不服”。

> **带走的话**
>
> - 边沁和奥斯丁的主角是立法者，法是主权者以惩罚为后盾的命令，命令的好坏按苦乐去算。
> - 习惯、宪法、换人后的连续性都装不进“命令”，被改名为“默示命令”、被免检为“实在道德”、被先验地定义掉。
> - 它织进制度的是连接：一条从主权者拉到每个人的线。
> - 它看对了法要事先写清、“是什么”与“好不好”要分开；它看漏了服从不只靠怕罚。

小账　本章动用：出生证（主角＝立法者／主权者）、S→D→E、异象、改名、免检、先验、分叉、连接。

锁定记录：“法＝主权者的命令＋制裁”“好坏按总苦乐计算”两个起点被锁住；凡装不进命令的，都被判为“不是真正的法”。

第 18 章

概念法学（潘德克顿）：从概念推出判决

> 这一章的问题：只要把概念定义清楚、排成体系，判决就能像算术一样推出来吗？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。七月的一个傍晚，下了一场急雨。简先生的车停在小区地下车库，车库排水泵正好坏了，水从坡道灌进来，没过了半个轮胎。车主发动时发动机进了水，修车厂报价一万多。

他打电话报险。理赔员小韦来看过以后，说了一段话：您这份保险条款里，赔的是“暴雨”造成的损失，“暴雨”按条款附的解释，以气象部门的标准为准；当天本区气象站记录的雨量没到暴雨的标准；另外，车被淹以后您又发动了车，发动机进水属于“二次启动”，条款里另有约定。所以，这一项我们恐怕赔不了。

简先生急了：水是从天上下来的，车是被淹的，这不就是雨灾吗？差那几毫米，就从“暴雨”变成“不是暴雨”了？再说车库排水泵坏了，又不是我的错。

小韦也不是存心刁难。他手上有一本厚厚的理赔手册：“暴雨”有定义，“积水”有定义，“二次启动”有定义，“自然灾害”下面分几类，每一类下面又分几种。他的工作，就是把眼前这件事装进某一个格子里，格子定了，赔不赔就定了。

这里条款怎么写，以每个人手上那份保单为准，本书不作判断。我们关心的是小韦那套做法：**先把概念定义好，再把事实往概念里装，结论自动出来**。十九世纪的德国，有一整个学派把法学做成了这个样子。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：概念法学的主角是**法官**，更准确地说，是一个按体系推理的法律人。他的工作，是把案件事实放进概念体系里，看它落在哪一格。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
法官（按体系推理的法律人）	法律人是一个只做逻辑推演的人，不必、也不应把自己的价值判断带进来	法是一个由概念从上到下搭成的、没有缺口的体系；下位概念能从上位概念推出来	涵摄（把事实放进概念）；从概念构造中推出新规则；法典要先设“总则”

起点的 S 是：“法是一座概念的金字塔，答案都已经在塔里了。”这对预设织进制度的，主要是**结构**：一整套规范怎样从一般到具体搭成体系，什么概念放在最上面、什么放在下面。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：概念法学把意义押在**自由**上，押的是一种很特别的自由：法官不能任意判，当事人就能事先知道结果，在一个可预见的框架里安排自己的事。它的私法核心是“意思自治”，人凭自己的意志订合同、处分财产，这也是自由。所以自由 ●。**幸福**它不正面讲，认为个案的冷暖不是法学的事，幸福 ○。**创造**有一点，但只给法学家：他们通过“构造”概念，可以在体系里造出新的规则，所以创造 ◐，而且只在体系内部。

理论与实践分开读。理论上它要求严格推演；实践中，十九世纪德国的法官面对工业化带来的大量新纠纷，并没有全都照概念推，判例里早有不少灵活处理。

◆ 四、走的路

概念法学是从历史法学派的罗马法一支里长出来的。萨维尼的学生普赫塔，把萨维尼“整理成体系”的想法往前推了一大步。据法学史的一般概括，他设想法的概念之间像家谱一样，有上下辈的关系：从最上面的概念出发，一代一代往下推，

就能推出具体的规则；反过来，任何一条具体规则，都应该能顺着这张谱系找到它的“祖先”。

到十九世纪中后期，这套功夫在一群“潘德克顿学者”手里成熟了。“潘德克顿”是罗马皇帝查士丁尼时代编成的法学汇编《学说汇纂》的希腊文名称，这些学者以它为材料，把罗马法提炼成一整套抽象概念：权利、法律行为、意思表示、请求权、物权、债权……其中温德沙伊德的《潘德克顿教科书》（1862 年至 1870 年出齐）影响最大，他本人从 1874 年起参加了德国民法典第一次起草委员会，前后九年。

这条路是标准的 S→D→E。先立 S：一座无缺口的概念金字塔。再走 D：从上往下逐级推演，从“法律行为”推到“合同”，从“合同”推到“买卖”，每推一层都是一个差异序列。最后才碰 E：具体案件的那一团缠在一起的事实，只在最后一步被“装进”某个格子。

推演之外，还有一个更大胆的动作，叫“构造”：法学家先从现有规则里提炼出一个概念，再从这个概念反过来推出现有规则里没写的新规则。后来批评者把这种做法称为“倒置法”，意思是本来规则在前、概念在后，现在反过来让概念生出规则。

1900 年施行的德国民法典，是这条路最大的成果。它的第一编叫“总则”，把各编都用得上的概念——人、物、法律行为、代理、时效——提到最前面，后面再分债、物、亲属、继承各编。这个先总后分的结构，后来被许多国家学过去。中国 2020 年通过的《民法典》也是先设总则编，再分物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任各编，这个结构上的亲缘关系是看得出来的。

这套功夫落到法官手里，就是一个三段式：大前提是法律规定（凡是如此如此的，就应当怎样）；小前提是案件事实（眼前这件事就是如此如此）；结论是判决（所以应当怎样）。把小前提放进大前提，叫“涵摄”。概念法学的信心在于：只要大前提里的概念定义得足够清楚，涵摄就是一件近乎机械的事，谁来做结果都一样。

后来德国法学院教学生办案，发展出一套“请求权基础”的检索方法：先问原告想要什么，再问哪一条法律能支持这个要求，然后把这条法律拆成一个一个构成要件，逐一核对事实是否满足。哪一条先查、哪一条后查，都有固定顺序。这套方法未必都归功于概念法学，但它依赖的正是一个排好了的概念体系。

小韦的理赔手册，正是一部缩小了的潘德克顿：最上面是“保险责任”，下分“意外事故”和“自然灾害”，“自然灾害”下分“暴雨”“洪水”等，每个词都有定义。简先生的车，就这样被一格一格地推了下去。

◆ 五、异象

异象就出在“差那几毫米”。

概念有边界，事实没有。雨量是连续变化的，四十八毫米和五十毫米对一辆被淹的车来说没有任何区别，可在概念里，一个在线外，一个在线内。更麻烦的是，这辆车被淹的真正原因，不是雨大，而是排水泵坏了。“暴雨”这个格子问的是天上下了多少，而事情真正缠在一起的那团条件（E）是：雨、坡道、坏了的水泵、深夜无人值守、车主不知道发动机进水不能再发动。这团条件在概念体系里没有自己的格子。

这就是 D 与 E 的矛盾：概念推演出来的那条路（D），对不上案件里缠在一起的那团条件（E）。

再换一个情形想一想。假如那天车库进水，不是因为雨，而是因为楼上一根水管爆了，水同样没过半个轮胎。对简先生来说，车被淹的样子一模一样；可在概念体系里，“暴雨”那一格立刻关上，要去找“管道破裂”“第三者责任”那几格，赔不赔、谁来赔，全变了。同一辆被淹的车，因为水从哪里来，被推到了体系里相隔很远的两个角落。概念体系按“原因的名称”分格，而受损的人按“自己遭了什么”感受，这两样经常对不上。

“二次启动”也是一样。条款里把它单独拿出来，是有道理的：车被淹以后不再发动，损失通常小得多。可是一位不懂车的车主，在昏暗的车库里看不出水有多

深，他发动车子，是一个再平常不过的动作。概念把这个动作切成了一个独立的“原因”，责任就从“天灾”滑到了“车主自己”。

十九世纪的德国，这样的异象成批出现。工厂里工人受伤，罗马法里没有“工业事故”这个概念；铁路公司要不要为火车冒出的火星烧了路边的庄稼负责，概念体系里找不到现成的格子。按概念推，结论常常和每个普通人的直觉相反。

最先把这件事说破的，是本来属于这个圈子的人。耶林在 1884 年出版了一本半开玩笑的书，书名大意是《法学上的诙谐与严肃》，“概念法学”这个带讽刺味的名称就是他在这本书里叫开的。书的第三部分是一幅“幻想画”：一个法学家死后被领进法学的“概念天国”，那里只有纯粹的概念，没有尘世的案子，只许搞理论的人进去，概念们在那里被打磨得完美无缺，也和人间的生活毫无关系。

◆ 六、吸收还是分叉

概念法学对异象的第一反应是吸收。

第一种是**先验**：体系被宣布为“没有漏洞”。既然法是一个完整的概念体系，看上去没写到的情况，按定义总能从上位概念里推出答案。异象被说成“只是还没推出来”。

第二种是**改名**：新出现的社会问题，被改称为已有概念的一个变种。工业事故，被放进“侵权中的过错责任”；铁路火星，被放进“相邻关系”的某一格。名字一改，旧的推法照用。

第三种是**免检**：推出来的结论和人们的公道感对不上，这被判为“法政策问题”，是立法者的事，不是法学的事。法学只管推得对不对，不管推出来好不好。

小韦用的也是这三招：“暴雨”按标准定义就有边界（先验）；车库进水算不算“暴雨所致”，看能不能装进条款里的某一项（改名）；至于水泵坏了谁负责，“那是物业的问题，不归保险管”（免检）。

可是概念法学最后被撑破了，撑出来的分叉有好几支：耶林自己转向“目的”（下一章），赫克等人发展出利益法学，另一批法官和学者干脆提出法官

要“自由地发现法”（第25章）。到二十世纪，德国法学的主流慢慢走到“评价法学”：概念体系照用，但要问每个概念背后在保护什么利益、实现什么价值（第48章）。

但概念法学留下的东西，没有被这些分叉冲掉，因为它已经被**织进了结构**。民法典的总则编、请求权基础的检索顺序、法学院里一遍遍练习的“涵摄”，今天仍然是欧陆法律人的基本功。学派的起点被批评了一百多年，它搭起来的结构还在每天运转，这正是制度依赖最典型的样子。

值得一提的是，后来的立法往这个结构里补进了一些不是从概念推出来、而是从公道考虑出来的规则。中国《民法典》里有一条：对格式条款的理解发生争议的，先按通常的理解来解释；有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释（第四百九十八条）。保险条款大多是保险公司事先拟好的格式条款，这一条的意思是，谁写的条款，谁承担条款说不清的风险。它没有拆掉概念的格子，而是在格子之间加了一条“拿不准时往哪边倒”的规矩。结构还是那个结构，只是多了一个由价值决定的出口。这正是评价法学处理概念法学遗产的典型办法：不推翻，往里加。

简先生的事，后来怎么样了，本书不往下编。现实里，这类纠纷常常要看条款原文、看物业和保险之间的责任、看法院对“暴雨”一类词怎么解释。我们只看到一点：概念的边界一碰上缠在一起的事实，总得有一个人站出来，在概念之外做一次判断。

◆ 七、它看对了什么

它看对了**体系的力量**。一个概念清楚、上下有序的体系，能让成千上万个法官判出大体一致的结果，能让一个陌生人在签合同之前大致知道自己的权利。没有这个，法就只剩下一个个零散的判决，同样的事今天这样判，明天那样判。

它也看对了**法律人需要克制**。要求法官把自己的好恶放在一边，先老老实实看概念、看体系，这在任何时代都有用，尤其在法官的权力很大的时候。

它看漏的，是概念自己不会长。概念是从过去的案子里提炼出来的，碰上新的事，就得有人回到事情里去，重新看那团缠在一起的条件。

带走的话

- 概念法学的主角是按体系推理的法官，法被看成一座没有缺口的概念金字塔，判决从塔顶推下来。
- 它的异象是概念有边界、事实没有边界；它用“体系无漏洞”（先验）、“新问题是旧概念的变种”（改名）、“不公道是立法的事”（免检）吸收。
- 它织进制度的是结构：总则在前、分则在后的法典，和一套检索与涵摄的基本功。
- 学派的起点被批评了一百多年，它搭的结构仍在运转，这是制度依赖的标准样子。

小账 本章动用：出生证（主角＝法官）、S→D→E、异象、先验、改名、免检、分叉、结构。

锁定记录：“法是无缺口的概念体系，判决由推演得出”这一起点被锁住，并作为法典的总分结构保存下来。

第 19 章

耶林：为权利而斗争，与目的法学的分叉

> 这一章的问题：一个人为一件小事较真到底，是在浪费时间，还是在守护法本身？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。唐女士在一家商场的品牌专柜买了一件羽绒服，六百多元。穿了不到一周，后背的线就开了，羽绒从缝里往外钻。

第一趟，她拿着小票去专柜。店员看了看说，这是穿着时拉扯造成的，不属于质量问题，可以帮她送去修。她不同意，说新衣服穿几天就开线，就是质量问题，要退。店员说退货要找店长，店长今天不在。

第二趟，店长在了。店长说，按公司规定，衣服已经穿过、吊牌剪了，只能修，不能退。她请店长拿出公司规定看看，店长说是内部文件，不方便给。

第三趟，她带上了打印出来的法律条文，还给消费者投诉热线打了电话。这一次，专柜给她退了款。

前后算下来，她请了两个半天的假，来回打车花了一百多元，还在专柜前站了好久。她丈夫说：六百块的东西，修一修也能穿，跑三趟，图什么？唐女士说：不是钱的事。这件事要是我认了，下一个人也得认。

这句话，一百五十年前有一位德国法学家在维也纳讲过一个更长的版本。他说，一个人为了权利去争，争的往往不是那点东西，而是他作为一个人的分量；而且，他在为自己争的时候，也在替整个法秩序站岗。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：耶林在《为权利而斗争》里的主角，是**守法人**，准确地说，是权利被侵犯、要不要站出来的那个普通人。到他后期的《法的目的》，主角又转向了整个社会和替社会定目的的立法者。本章以前一个主角为主，后一个放在分叉里讲。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
守法人（被侵权的权利人）	人是有法感、会为受辱而痛的人；他的人格就在他的权利里，放弃权利就是放弃一部分自己	法不是概念体系，而是为了保护利益、实现目的的手段；法是在斗争中赢来、在斗争中守住的	权利＝受法律保护的利益；主张权利是对自己和社会的义务；解释法要问它为了什么

起点的 S 是：“法是被争出来、为某个目的服务的东西。”这对预设织进制度的，主要是**连接**：权利人和侵权人之间的那条线，要由权利人自己去拉紧；谁有资格起诉、谁该站出来，法律关系是靠人去激活的。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：耶林把意义押在**自由**上，押得很重。他讲的自由不是安静地待着，而是站出来、对抗侵犯的自由，人格在争取中才完整，所以自由 ●。**创造**也有份：他认为法本身就是在斗争中被造出来的，旧法要靠新的斗争才能被改掉，所以创造 ◐。**幸福**在后期的《法的目的》里分量增加：法要服务于社会生活的条件，所以幸福 ◐。

理论与实践分开读。他的《为权利而斗争》是一篇演讲，带着很强的鼓动性，不是一部法典的设计图；而他在实务上的贡献，比如 1861 年提出的“缔约过失”（谈合同时一方有过错、让对方受损，也要负责），后来进了许多国家的民法。

◆ 四、走的路

耶林（1818—1892）年轻时是概念法学的好手。他写过一部《罗马法的精神》（四卷，1852 年至 1865 年陆续出版，没有写完），早年对“法学构造”也推崇备至，相信法学家可以像化学家分解元素一样分解法律概念。

然后他转了向。法学史上常说他有过一次“回心”：1858 年年底，他替吉森大学法学院给一桩“一物二卖、标的物非因过错灭失后风险由谁承担”的案子（后来叫“船舶份额案”）出法律意见，发现照自己早年认定的原则推出来的结论，连自己都觉得说不过去。今天的法学史研究多半不再把这看成一刀两断的转折，但方向确实变了。这次之后，他越来越公开地讽刺概念法学，也就是上一章说的那本 1884 年的书。

1872 年，他离开维也纳大学前做了一场告别演讲，讲稿就是《为权利而斗争》，出版后两年里印了十二版，被译成二十多种语言。演讲的意思可以这样转述：法的生命在斗争；一个民族的法，是在一次次争取中得来的；个人受了侵犯而忍气吞声，不只是亏了自己，也是让法本身松了一扣；一个民族里人人都肯为小事较真，这个民族的法才硬。

演讲里有一个关键的词，叫“法感”，就是一个人碰到不公道时心里那一下刺痛。耶林很看重这一下刺痛：它是法在每个人身上的根，一个人对侵犯越敏感，说明他越把自己当一个有分量的人。他还说，不同的人对不同的侵犯敏感程度不一样：农民对财产被占最敏感，商人对信用被毁最敏感，军官对荣誉受辱最敏感，各自守着自己生活所系的那一块。这种讲法今天听起来有些粗，但意思清楚：权利不是抽象的格子，而是一个人赖以立身的那些东西。

他走的路，起点仍是一个 S：法是为某种利益、某个目的而存在的。然后他去看 E：每一个具体的纠纷里，被侵犯的到底是什么，人的尊严、生计、信用缠在一起。最后才是 D：权利人怎样一步一步地去争。所以前期是 S→E→D：先认定“法为目的而在”，再看案情里的利益，最后谈怎么争。

这里有一个他和老师辈的重要分歧，值得说清楚。萨维尼一派、后来的温德沙伊德，大体把“权利”理解为一个人**意志**能支配的范围：我的东西，我想怎么处分就怎么处分，这就是权利。耶林在《罗马法的精神》后面的卷里换了一个说法：权利是**受法律保护的利益**。意志只是形式，利益才是实质。

这个换法看起来只是改了一个定义，后果却很大。按“意志说”，一个刚出生的婴儿、一个昏迷的病人，没有能支配什么的意志，说他们“有权利”就很别扭；按“利益说”，他们当然有利益要被保护，有权利就顺理成章。按“意志说”，判一个案子先问当事人想要什么；按“利益说”，先问这条法是为了保护谁的什么。后来德国法学里关于权利本质的长期争论，就是在这两个说法之间来回。

后期的《法的目的》（1877 年起出版，也没有写完）把这个起点再往前推：法是社会为了确保自己生存条件而用强制力实现的目的总和。目的成了一切法的创造者。

拿羽绒服对一对。唐女士第一趟、第二趟碰到的，都是“概念”：“拉扯造成”不算质量问题，“剪了吊牌”不能退。她第三趟赢了，不是因为找到了更好的概念，而是因为她不肯认，硬是把这件事拖进了一个要讲道理、要拿出依据的场合。耶林会说：她跑的这三趟，就是法活着的样子。

◆ 五、异象

耶林的起点也有接不住的事。

第一个异象，是**斗争会过头**。耶林在演讲里讨论过德国作家克莱斯特小说里的马贩子科尔哈斯：他的两匹马被一个贵族扣下、折磨，他告状无门，最后拉起队伍烧杀抢掠，为讨一个公道毁了一座城、也毁了自己。耶林对这个人物既同情又惋惜。可问题是，如果“为权利而斗争”是义务，那么斗到什么程度该停？法感受了伤的人，自己并不知道边界在哪里。

他在同一篇演讲里还谈过莎士比亚《威尼斯商人》里的夏洛克。耶林认为，法庭既然承认那份约定有效，再用“只许割肉、不许流血”这样的字眼把戏驳回夏洛

克，就是用一个可怜的诡计赖掉了它，受伤的不只是夏洛克，也是法本身；在他看来，道德上的反对应当放在判定约定是否有效的那一步，而不是执行时耍花招。这个读法在当时引起不小的争论。它把“为权利而斗争”的难处摆了出来：一份约定本身可能就不公道，替它争到底，是在守法，还是在助恶？法感支持谁，起点里没有答案。

第二个异象，是**算不算账**。唐女士的丈夫问“图什么”，这问的是一笔真实的账：请假的工资、打车的钱、站在专柜前的时间。如果人人都为六百块跑三趟，社会花在纠纷上的成本会非常高。耶林说“不是钱的事”，可现实里多数人掂量过后会选择算了。这是 D 与 E 的矛盾：斗争这条路（D）走下去，碰上的是一团缠着时间、金钱、人情的条件（E）。

第三个异象，是**谁的目的**。到了《法的目的》，法是为社会的目的服务。可社会里有许多人，目的彼此冲突：专柜要控制退货率，品牌要省成本，消费者要退款。“社会的目的”由谁来说？如果由立法者说，耶林就又回到了边沁；如果由法官说，就得给法官很大的空间。

◆ 六、吸收还是分叉

耶林对第一、第二个异象，主要用**改名**吸收：过度的斗争被改称为“法感的病态”，不再算是为权利而斗争；不肯斗争则被称为“道德上的怯懦”。真正的斗争，按定义，就是有分寸、为了法的斗争。这里也带一点**先验**：健康的法感，按定义知道边界。

对第三个异象，他没有吸收住，于是有了分叉，而且分得很大。

一支是**利益法学**。二十世纪初，赫克等人接过“法保护利益”这个想法，把它做成了法官的工作方法：法官碰到法条没写到的情况，要找出立法者当初在平衡哪些利益，再按同样的平衡去补。另一支更激进，叫**自由法运动**，认为法官有权在法条之外自由地发现法。这两支都放在第25章细讲。再往远看，美国的庞德把耶林的目的说带进了“社会学法学”（第27章）。

可以说，概念法学在耶林手里拆开了一个口子，口子撑开以后，二十世纪上半叶的好几个学派都是从这里分出去的。

再看制度化。法官要判，“为权利而斗争”这个起点被织进了法律关系的**连接**里：在私法里，权利原则上要由权利人自己主张，你不起诉，法院一般不会主动替你去讨。“缔约过失”这样的规则，则把谈判桌两边原本没有法律关系的两个人，连上了一条责任线。今天中国的《消费者权益保护法》有网购七日无理由退货的规定（第二十五条），也有经营者欺诈时按价款三倍增加赔偿的规定（第五十五条）。有人把后一条读作“鼓励消费者站出来较真”，这是一种读法，本书在这里只作提示，不下结论。

“算不算账”那个异象，在制度上也有一种回应：把一个人的斗争，变成一群人或一个机构的斗争。同一部法律第四十七条规定，中国消费者协会和省一级的消费者协会，可以就侵害众多消费者合法权益的行为向法院提起诉讼。这样，唐女士不必每次都自己跑三趟；跑的成本，由一个专门的机构分摊。从耶林的角度看，这是把“每个人为权利而斗争”的义务，部分交给了制度；从本书的角度看，这是一条新的连接被织进了场里：原本只连着唐女士和专柜的那条线，旁边又拉出了一条机构和商家之间的线。斗争没有消失，换了主角。

◆ 七、它看对了什么

它看对了：**法不是自己会动的**。条文写得再好，没有人去用、去争，它就只是纸。一个社会里，大家对小的不公道都忍了，规矩就会慢慢往后退。唐女士那句“我要是认了，下一个人也得认”，说的正是这个。

它还看对了：**权利的核心是利益，不只是意志**。这一转，让法学能自然地照顾到那些说不出、做不了主的人：孩子、病人、将来出生的人。今天的法律给未成年人设立特别保护，让监护人替不能自主的人维护利益，用的都是这个思路。

它也看对了：**每一个概念背后都有一个目的**。问“这条规定是为了什么”，比只问“这件事装进哪一格”，更能对付新情况。这一问，后来成了现代法律解释的一条主线（第46章会再讲目的解释）。

它看漏的，是斗争和目的也都是它预设出来的起点。斗争这条路走不走、走多远，不全由一个人的法感决定，还取决于对面怎么回应、旁人怎么看、制度给不给通道。唐女士第三趟能赢，有一半是因为专柜终于肯坐下来讲道理。

> **带走的话**
>
> - 耶林的主角是被侵权、要不要站出来的守法人；法是在斗争中得来、为目的服务的东西。
> - 斗争会过头、斗争要算账、谁的目的说了算，这三个异象，前两个被改名吸收，第三个撑开了利益法学、自由法运动等一连串分叉。
> - 它织进制度的是连接：权利要由权利人自己去拉紧那条线。
> - 它看对了法要靠人去用、每个概念背后都有目的；它看漏了，争不争、争多远，取决于两边，不只取决于一方。

小账　本章动用：出生证（主角＝守法人）、S→E→D、异象、改名、先验、分叉、连接。锁定记录：“法是为目的服务、在斗争中守住的东西”这一起点被锁住；“谁的目的”无法在起点内部回答，只能交给下一批学派分叉去答。

第 五 编

罪与罚：刑法的学派之争

编　序

本编是刑法的学派之争：罚是为了过去还是为了将来，从刑事实证学派、新旧学派之争、犯罪论体系之争，一直走到社会防卫论与恢复性司法。

本编各章：

- 第 20 章　报应与预防：罚是为了过去，还是为了未来
- 第 21 章　龙勃罗梭与刑事实证学派：天生犯罪人
- 第 22 章　李斯特与新旧学派之争：罚的是行为，还是行为人
- 第 23 章　犯罪论体系之争：三阶层、四要件与功能主义
- 第 24 章　社会防卫论与恢复性司法

第 20 章

报应与预防：罚是为了过去，还是为了未来

> 这一章的问题：罚一个人，是因为他已经做了错事，还是为了让以后少出错事？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。周六家里要来客人，妈妈早上买了一盒进口巧克力，放在茶几上的果盘里，叮嘱六岁的团团：这是给客人的，不许动。中午，盒子空了一半，团团嘴角还沾着巧克力。

罚不罚？怎么罚？一家人意见不一样。

奶奶说：吃了就是吃了，说了不许动还动，得罚，这是规矩，不罚以后说话就没人听。爸爸说：罚是可以，但罚的目的是让他下次不再犯；他才六岁，讲清楚道理、让他自己用零花钱补一点，比打手心管用。十岁的姐姐小声说：上次我偷吃蛋糕，罚了一周不许看电视，他为什么就轻一点？

事情还有两个枝节。一是，团团说中午饭没吃饱，饿了才吃的；二是，后来发现，那盒巧克力其实已经过期两天了，本来就不能给客人吃。

如果你是妈妈，你会先想哪件事：他**已经做了**什么，还是罚了以后他**会怎样**？这两种想法，正是刑法学里吵了两百多年的两大派：报应论和预防论。

◆ 二、学派的出生证

先问主角：两派的主角不一样。**报应论**的主角，是那个犯了错的守法人，他被看成一个有自由意志、该为自己行为负责的人。**预防论**的主角，是立法者，他站在

整个社会的位置上算：怎样罚，才能让以后的犯罪最少。这一章是总论，所以表里排两行。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
报应论：守法人（犯错者）	人是有理性、有自由意志的人，他选择了做错，就该承担	刑罚是对已经发生的错的应得回应，罪和罚要对等	罚必须以罪为前提，不能罚无辜者；罪罚相当；罚不看效果
预防论：立法者	人是趋利避害、会被后果吓住或被教育改变的人	刑罚是一种手段，用来减少将来的犯罪；本身是一种恶，只有带来更大的好处时才正当	一般预防（吓住大家）与特殊预防（改造或隔离这个人）；罚的轻重看需要

起点的 S，报应论是“过去的错要被回应”，预防论是“将来的错要被减少”。这一对预设织进制度的，主要是**次序**：量刑时先看什么、后看什么；罪责定下框，预防在框里调。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：报应论把意义押在**自由**上，它把犯罪者当作一个自由的人来尊重，所以才要他为自己的选择负责，自由 ●；幸福 ○，它明说罚不看效果；创造 ○。预防论把意义押在**幸福**上，整个社会少受犯罪之害是它的目标，幸福 ●；自由 ◐，它也讲不能乱罚，但这条约束是从“乱罚会让大家不安”里推出来的；创造 ◐，它相信能设计出更好的刑罚体系。

理论与实践分开读。今天多数国家的刑法，并不只用一派。德国刑法典第四十六条把行为人的罪责定为量刑的基础，同时要求考虑刑罚对他今后生活的影响；中国刑法第五条规定刑罚的轻重要与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。这些条文把两派放进同一个结构里，具体怎么配，各国不同，本书不作评价。

◆ 四、走的路

先说报应一派。

康德（第150号已经把他的法权论整个判过，这里只接着判刑罚一处）的立场很硬：刑罚只能因为一个人犯了罪而施加，绝不能把他当作实现别的目的的手段，哪怕是为了社会好。他在《道德形而上学》（1797 年）里举过一个极端的例子：假如一个岛上的社会决定解散、大家各奔东西，监狱里最后一个杀人犯也必须先被处决，否则这份罪就没有得到回应。这个例子的意思是：罚和将来有没有用，毫无关系。

黑格尔（《法哲学原理》，1820 年出版）换了一个说法：犯罪是对法的否定，刑罚是对这个否定的否定，法由此被恢复。他还说，罚一个罪犯，是把他当作有理性的人来对待，等于承认他的行为是他自己选的；不罚他，反而是把他当成一头动物。

这一派走的是 S→D→E：先立 S（人是自由的，错要被回应）；再走 D（顺着已经发生的那一串行为去确认罪：他做了什么、是不是故意、有多重）；最后才落到 E（罚的方式、轻重，和社会的具体条件）。眼睛一直朝后看。

再说预防一派。

更早的源头在古希腊：柏拉图在《普罗泰戈拉》里借人物之口说过，明理的人罚人不是因为过去的错，那已经无法挽回，而是为了将来。到了十八世纪，意大利人贝卡利亚在 1764 年出版《论犯罪与刑罚》，提出刑罚要公开、要及时、要相称，而且罚的**确定性**比罚的**严厉**更能防止犯罪（第210号已经把贝卡利亚整卷判过，这里不改判，只把他放进这张总论的图里）。那本书的判词是：他逼国家为手里那把刀出示出生证明，却把最硬一道闸的钥匙，留在了国家手里。放进本章的图里看，这句判词正好落在预防论身上：要国家说出“为什么非罚不可、为什么非这么重不可”，是在逼预防论把账摊开；而钥匙留在国家手里，说明账怎么算、算到哪里为止，最后仍由那个手拿计算表的立法者说了算。边沁接着把这个思路做成了一套计算：刑罚本身就是一种痛苦，是一种恶，只有它能防止更大的恶时才说得过去；不能防止的、得不偿失的、没必要的，都不该罚。德国的费尔巴哈在十九世纪初又提出“心理强制”：法律事先把罚写清楚，让想犯罪的人在心里一算，觉得不

划算，就不犯了。他起草的 1813 年巴伐利亚刑法典，被认为把“没有法律就没有罪、没有刑罚”写进了法典。

预防里又分两种。一种是**一般预防**：罚这个人，是给其他人看的，让大家知道做了会怎样。另一种是**特殊预防**：罚这个人，是为了这个人自己以后不再犯，办法可以是教育、改造，也可以是把他隔离起来。费尔巴哈主要讲前一种，十九世纪后期的新派主要讲后一种。

贝卡利亚那条“确定比严厉更管用”，放在家里一看就懂。假如团团知道，偷吃十回大概只会被发现一回，但一被发现就挨一顿狠揍，他多半还会偷吃；假如他知道，每次偷吃都一定会被发现，哪怕只是少看一天动画片，他就不大会动手。孩子算的不是罚有多重，而是罚会不会来。

这一派走的是 S→E→D：先立 S（人会算账，罚是为了减少将来的犯罪）；再看 E（社会里各种条件：犯罪率、人们怕什么、什么样的罚最能起作用）；最后才定 D（对这个人怎么罚）。眼睛一直朝前看。

回到团团。奶奶是报应派：吃了就得罚，罚是对“说了不许动”的回应。爸爸是预防派：罚是为了下次不再犯，怎么罚管用就怎么罚。姐姐提的，是两派都绕不开的问题：同样的事，罚得一样吗？

◆ 五、异象

两派各有接不住的事，而且恰好是对方的强项。

报应论的异象，是**罚了没用、甚至有害时还要不要罚**。康德的岛就是这个问题的极端版本。放到家里：假如客人这周不来了，那盒巧克力本来就过期了，团团罚不罚，对以后都没什么影响，报应论仍然说要罚。更难的是“对等”：偷吃一半巧克力，“对等”的罚是什么？报应论能说清楚罚的理由，很难说清楚罚的分量。

预防论的异象，是**罚了有用、却明显不公道时要不要罚**。如果目的是吓住大家，那么罚一个无辜者，只要外人以为他有罪，照样能起作用；如果目的是改造这个人，那么一个罪轻却屡教不改的人，可以关得比一个罪重的初犯更久。放到家

里：为了让姐弟俩都不敢再偷吃，把这次没偷吃的姐姐也一起罚，“效果”可能更好，可谁都知道这不对。

姐姐那句“他为什么轻一点”，也是一个异象，而且两派都怕它。报应论说罚要和罪相称，可同样是偷吃，姐姐吃的是蛋糕、团团吃的是巧克力，哪个罪更重？只能比。预防论说罚要看这个人需要多少才不再犯，那么姐姐十岁、团团六岁，罚得不一样恰恰是对的，可在姐姐眼里，这就是偏心。罚不只是一个人和他的错之间的事，还是这一回和上一回、这个人和那个人之间的事。家里一旦有了“上次怎么罚”，这一次就被那一次牵着走。

还有一个两派都要面对的异象，就是团团的那句话：“我饿了。”他中午没吃饱，是谁的责任？一个孩子的“自由意志”有多大？报应论说要看罪责，可罪责本身就缠着一团条件：年龄、饥饿、家里的规矩说得清不清楚。预防论说要看效果，可“饿了就吃”这件事，罚多少都防不住，该改的是午饭。这就是 D 与 E 的矛盾：沿着那一串行为走出来的路（D），对不上缠在这个孩子身上的那团条件（E）。

◆ 六、吸收还是分叉

两派都用了吸收。

报应论对“对等说不清”的吸收是**改名**：“对等”不再要求同样的伤害，而改称为“价值上的相当”，罪有轻重，罚就分档。对“罚了没用”，它用**先验**：罚的正当性按定义来自过去的罪，用不用得上，不在问题之内。

预防论对“罚无辜者”的吸收，同样是**先验**加改名：边沁一派说，冤罚一旦被知道，人们就会不安，总体痛苦会增加，所以冤罚“按计算”不划算；这样，公道问题被改名成了计算里的一项。对“罪轻者关得更久”，它用**免检**：这属于具体刑事政策的设计问题，不动摇预防的原理。

吸收不了的部分，撑出了分叉，而且是两个方向。

一个方向是把预防推到极致：十九世纪后期，龙勃罗梭从“犯罪人”身上找原因（第21章），李斯特提出罚的是“行为人”而不只是“行为”，以特殊预防为中心（第22章），这就是刑法学上的“新派”；守着报应与罪责的一方，被称为“旧派”。新旧两派之争，是下面两章的主题。

预防论内部还有一次值得一提的改名。二十世纪后期，一些德国学者提出“积极的一般预防”，雅各布斯是其中最常被提到的一位：刑罚的作用，主要不是吓住潜在的罪犯，而是让守法的大多数人确认“规范还在、还算数”，维护大家对法的信任。这样一来，预防的对象从“想犯罪的人”换成了“守法的人”，而“让罚回应已经发生的错”这件事，又以“确认规范”的名义回到了预防论里。报应的内容，被改名后收进了预防。

另一个方向是把两派**并起来**。德国刑法学的主流后来形成了“并合论”：罪责划出刑罚的上下限，预防的考虑只能在这个框里调整。这个做法，本身也可以读作一次大的吸收：两派的冲突，被改名为“同一刑罚的两个面向”。

再看制度化。法官要判，这场争论最后织进了量刑的**次序**里：先定罪，再定罪责的大小，划出一个刑罚幅度，最后才在幅度里考虑这个人以后的情况。罪在前，预防在后；过去管框，将来在框里动。这个次序一旦写进刑法典和量刑规范，后来者再想换一个起点，就得先改这套次序。

团团家最后的办法，是这样的：团团用零花钱赔一半巧克力钱（向后看的那一半），以后中午吃不饱可以跟妈妈说（向前看的那一半），姐姐那次的罚，妈妈也承认重了。这不是哪一派推出来的，是一家人边说边改出来的。

◆ 七、它看对了什么

报应论看对了：**不能为了效果去罚一个没做错的人，也不能为了效果把一个人当工具**。一个人被罚，必须是因为他自己的行为，罚的分量要和他的错相称。这条底线，今天写在许多国家刑法的基本原则里。

预防论看对了：**刑罚是一种痛苦，得有理由才能施加，而且要看它到底有没有用**。贝卡利亚说罚的确定性比严厉更管用，这个想法到今天仍是刑事政策讨论里的常客。

两派合起来还看对了一件事：**罚必须有理由，而且理由要说得出来**。不论是向后看的“你做了这件事”，还是向前看的“这样罚能防止什么”，一个罚总要能对被罚的人、对旁观的人讲清楚。说不出理由的罚，在两派那里都站不住。这一点放进家里同样成立：团团可以不服，但他至少应当知道自己为什么被罚。

两派都看漏的，是它们共同的预设：都先认定了“人是什么”。报应论认定人是自由的，预防论认定人是会算账的，可一个饿着肚子的六岁孩子，两样都只沾一点。

> **带走的话**
>
> - 报应论的主角是该为自己负责的犯错者，眼睛朝后看；预防论的主角是替社会算账的立法者，眼睛朝前看。
> - 报应论接不住“罚了没用”，预防论接不住“罚了有用却不公道”；两派各用先验、改名、免检吸收对方的强项。
> - 吸收不了的部分，分出了以行为人为中心的新派，也并成了“罪责划框、预防在框里调”的并合论。
> - 它们织进制度的是次序：先定罪责，后看预防。

小账　本章动用：出生证（两行：守法人／立法者）、S→D→E 与 S→E→D、异象、改名、先验、免检、分叉、次序。

锁定记录：“罚是为了过去”与“罚是为了未来”两个起点同时被锁住，并以“罪责在前、预防在后”的量刑次序写进刑法。

第 21 章

龙勃罗梭与刑事实证学派：天生犯罪人

> 这一章的问题：如果“坏人”能从脸上、从骨头上看出来，法律还要不要等他做了什么再罚？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个老小区的东门，傍晚六点多，值班的是干了十几年保安的郑师傅。一个陌生男人在自行车棚边上转了三圈：胡子没刮，帽衫的帽子扣在头上，手插在兜里，时不时低头看一眼车棚里的车。郑师傅心里一紧，对讲机里跟同事说：“东门有个人，看着就不像好人。”他从岗亭出来，远远跟着，又让同事把车棚那一段的监控调出来盯着。

十分钟后真相出来了。这人是来给六号楼一户人家量阳台尺寸的装修师傅，手机没电，记不清门牌，正在车棚边上找自己停的折叠车，想骑出去找个地方充电。郑师傅有点不好意思，倒了杯水给他，帮他打了业主的电话。

事情就这么过去了，可郑师傅那一刻的判断值得停下来看一看。他没有看见这个人做了什么：没有撬锁，没有翻墙，没有拿任何东西。他判断的根据是两样东西搅在一起：一样是行为——在车棚边转圈、东张西望；另一样是长相——胡子、帽子、表情。前一样多少算“事”，后一样纯粹是“人”。而郑师傅自己最得意的，恰恰是后一样：“我干了这么多年，看人准。”

还有一个细节。郑师傅跟着这个人的那十分钟里，对讲机里的同事也开始“看出问题”了：“走路有点晃”“刚才好像往三号楼窗户看了一眼”。一旦先认定了“不像好人”，后面看到的每一个动作都会被读成证据；同样的晃和同样的一眼，放在一个穿着工装、手里拿着卷尺的人身上，谁也不会多想。判断不是从看到的东西里长出来的，是先有了判断，再去看。

把“看人准”从岗亭搬进刑法，就是这一章要讲的学派。它的问法和郑师傅一样：先不问他做了什么，先问他是什么样的人。

◆ 二、学派的出生证

这个学派的主角是守法人，准确地说，是那个可能犯罪的人。它不像古典学派那样盯着行为，也不像另一些学派那样盯着法官怎样推理，而是把目光整个转到被告这个人身上。

主角	主体预设（主角是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
守法人（会犯罪的那个人）	人不是自由选择的理性人，而是被生理、遗传与环境决定的自然物；其中有一类人生来带着返祖的特征	法是社会的自卫工具；刑罚是针对危险的处置，不是对罪过的清算	量刑看人不看事；“天生犯罪人”要长期隔离；按犯罪人的类型分别处遇；用“危险性”替换“罪责”

起点的S，是一张显露出来的“人的分类图”：犯罪人有类型，类型可以从身体上读出来。这对预设织进制度的那一项是**连接**：它把刑罚这根线，从“行为”上解下来，改接到“人”身上——谁对什么负责，变成了“这个人对他自己的危险负责”。

◆ 三、意义预设

按本书的读法（不是事实），实证学派把意义几乎全押在幸福上，而且是社会整体的安全意义上的幸福：幸福 ●，自由 ○，创造 ○。古典学派要保护的是个人不被国家乱罚的自由；实证学派认为那是把个人的自由放在了社会的安全前头，次序弄反了。创造一维在它那里几乎没有位置：人被看成被决定的，也就谈不上在罪与罚之间长出什么新东西。

自由的那一格为什么是空的，值得多说一句。菲利的“社会责任”论，等于把“你本可以不这样做”这句话从刑法里拿掉了。古典学派罚人，是因为这个人有

选择、选错了；拿掉选择，罚就不再是对一个自由的人说话，而是社会对一个危险物的处置。被处置的人有没有道理可讲，在这套预设里不是问题。

理论与国家实践要分开读。实证学派最激进的方案并没有原样写进哪一部刑法典，可它的一个部件——针对“危险的人”的、刑罚之外的处置措施——后来被许多国家的刑法以“保安处分”的名义收了进去，成了刑罚旁边的第二条轨道（下一章细说）。理论被驳倒了一大半，部件留在了制度里。

◆ 四、走的路

切萨雷·龙勃罗梭是十九世纪意大利的医生，当过军医，也在精神病院和监狱里做过检查。按通常的说法，他在检验一个死去的盗匪朱塞佩·维莱拉的头骨时，看到枕骨内面有一处凹陷，于是认定这是人类早期祖先才有的特征——犯罪的人，是“返祖”的人。这件事他大约在 1870 年记下、1871 年发表；1876 年，他出版了《犯罪人论》，此后一版一版地扩写。他量头围、量下颌、看耳朵的形状、数文身，比较囚犯和士兵，记录他们对疼痛是不是迟钝。

他走的路，用本书的话说是 S→E→D：先有一个显露出来的类型（S），再去身体和遗传那些缠在一起的条件里（E）找证据，最后落到处置上（D）——这个人该怎样对待。证据是用来“认出”类型的，不是用来检验类型在不在的。

龙勃罗梭身边很快聚起两位同道，合起来被称为意大利学派，也就是刑事实证学派。一位是恩里科·菲利，他把犯罪的原因分成三类：人类学的（身体）、自然的（气候、地理）、社会的（贫困、人口、家庭）。菲利不承认自由意志，他说一个人要为犯罪负责，不是因为他本可以选择不犯，而是因为他生活在社会里，社会要保护自己——这叫“社会责任”。另一位是拉法埃莱·加罗法洛，他提出“自然犯罪”的说法：有些行为在任何社会都被当作犯罪，因为它们伤害了人最基本的怜悯与诚实之心；他又主张，处置的轻重应当看犯人的“危险程度”。

三个人的重心不一样，龙勃罗梭重身体，菲利重社会，加罗法洛重危险，但出生证是同一张：人是被决定的，法是自卫的工具。这条路与古典学派正好相反。古

典学派先问“他做了什么、法律写了什么”，再决定罚多少；实证学派先问“他是什么样的人”，行为只是一个“症状”，告诉你该去看这个人了。

这条路还改了法庭里的人员配置。既然要看人，法官一个人就看不全了，得请懂身体、懂精神病的专家来说话。实证学派大力主张让医生、精神病学家进入审判，给被告做检查、出意见。今天刑事案件里常见的精神鉴定，并不全是从这一派来的，但它把“科学家站到法官旁边”这件事推到了前台：法官与鉴定人之间多了一条连接，判决里多了一份“这个人是什么样的人”的报告。

这条路落到制度上，就是“个别化”：同样的罪名，对不同的人用不同的处置。偶然犯错的人，罚轻一点或者不罚；习惯犯罪的人，改造；“天生犯罪人”，长期隔离，甚至终身。菲利后来主持起草过一部意大利刑法草案，1921 年提出，试图把“危险性”写成量刑的中心，草案没有被采用（1930 年的意大利刑法典改走了刑罚与保安处分并行的双轨），但“针对人的危险设措施”这根线，后来接进了别的法典里。

◆ 五、异象

异象，就是起点接不住的事。实证学派的起点是“类型可以从身体上读出来”，最硬的一块反证正落在这里。

二十世纪初，英国的监狱医生查尔斯·格林做了一项大规模的比较：他测量了三千多名英国囚犯，再拿同样的项目去量不犯罪的人作对照，结果在 1913 年发表。他的结论是：找不到龙勃罗梭说的那种身体上的“犯罪人类型”；囚犯和普通人之间，在这些测量上差不多。也就是说，凹陷的枕骨、特别的耳朵、文身，在不犯罪的人身上也有，在犯罪的人身上也常常没有。

这是 D 和 E 的正面冲突：实际走出来的记录（D，谁真的犯了罪）和学派认定的条件（E，身体特征）对不上。郑师傅的岗亭里每天都在发生同样的事：胡子拉碴、帽子扣头的人，十个里九个半是来送货、修水管、找车的；真正撬车的那个，可能穿得干干净净。

这里面还藏着一个更隐蔽的问题：拿来测量的“犯人”，是怎么来的？是被巡逻的人盯上、被抓住、被起诉、被判了刑的那一批。谁更容易被盯上，本身就受“看着像不像”的影响。郑师傅如果每天多盘问留胡子、戴帽子的人，一年下来，被他拦下的人里留胡子、戴帽子的自然就多；拿这本登记簿去证明“留胡子的人更可疑”，等于用自己的判断去证明自己的判断。学派要找的条件（E），掺进了学派自己的眼光造出来的记录（D）。

还有第二层异象，更难对付。如果罚的是“人的危险”，那么一个人还没做什么，按理也可以处置——只要他“像”。这正是刑法自古以来最怕的事：凭长相、凭出身、凭一个类型就把人关起来。古典学派坚持先有法律写明、才谈得上犯罪，防的就是这个；实证学派一进门，就把这道门槛重新摆到了桌面上。实证学派自己也知道这一点，所以多数时候仍然要求先有犯罪行为，再谈危险。可这样一来，“行为只是症状”的说法就松动了：症状成了处置的前提，这和“看人不看事”的起点是拧着的。

◆ 六、吸收还是分叉

起点没有被改写，异象先被吸收了。

最典型的是**改名**。龙勃罗梭在后来的版本里，把犯罪人的分类越分越细：除了天生犯罪人，又有偶发犯、激情犯、精神病犯，还有一类介于常人和犯人之间的“准犯罪人”。格林那样的反证一来，凡是没有那些身体特征的犯人，都可以放进别的格子里——不是类型理论错了，而是这个人属于另一种类型。分类越细，就越没有一个人能推翻分类。天生犯罪人在全体犯人里占多大比例，他前后给过不同的说法，大体是越说越小：1896 年的第五版里大约四成，到 1899 年的《犯罪：原因与救治》里约三分之一，可这一格始终没有删掉。

其次是**先验**。一个人反复犯罪，就被认为“证明”了他属于那个类型；不再犯，则说明他本来就不是。类型变成按定义成立的东西，用记录检验不了它。

真正的出路走的是**分叉**。菲利把重心从身体挪到社会，犯罪原因的研究从刑法里分出去，长成了独立的犯罪学和犯罪社会学。到了德国，李斯特把“看人”的想

法和“看事”的刑法拼在一起，走出新旧学派之争（下一章）。龙勃罗梭的头骨学说本身，在二十世纪被科学界基本放弃；他在都灵的收藏后来成了一座博物馆，那块维莱拉的头骨至今还在里面，当地人曾打官司要求把遗骨送回故乡安葬，没有成功。

这里要看清法学独有的那一层：**学说倒了，连接留下了**。二十世纪前期，“危险的人要另作处置”的想法，被不少国家写进刑法，成了与刑罚并行的保安措施；同一时期，“犯罪可遗传”的论证也在一些地方被拿去为强制绝育之类的立法作辩护，比如美国印第安纳州 1907 年的绝育法，就把在押的“确认罪犯”列进了对象，这是后来被普遍否定的一段。头骨测量没人信了，可“刑罚可以连到人身上”的那根线，一旦织进法典，就要照着执行，不会跟着学说一起撤走。这就是本书说的制度依赖。

◆ 七、它看对了什么

它看对了一件古典学派不爱看的事：站在被告席上的不是一个抽象的“理性人”，而是一个有身体、有家庭、有处境的具体的人。同样是偷，饿极了的人和以偷为业的人，不是一回事。它把犯罪当成可以研究原因的事，而不只是可以谴责的事，这一步让刑法第一次认真去问“为什么会有这么多人犯罪”。它把监狱、精神病院和法院变成了可以观察、可以统计的地方，犯罪学这门学问是从它这里起步的。少年司法、缓刑、按人分别处遇，这些今天看来平常的做法，都与“个别化”这根线有关。

它错在把“看人”冻成了“看类型”，又把类型钉在了身体上。它的错误也有用：正因为它把“看人”推到了极端，后来的人才看清，看人必须有边界，而边界只能由行为来划。郑师傅的经验里有对的部分——在车棚边转圈，确实值得多看一眼；错的部分是把胡子和帽子当成了证据。实证学派的教训，正好是把这两样分开。

带走的话

- 实证学派把刑罚的线从“行为”改接到“人”身上，这是它的起点，也是它最危险的地方。
- 身体上的“犯罪人类型”被大规模比较推翻了，学派先靠改名和先验把反证吸收掉，后来才分叉出犯罪学。
- 学说倒了，“针对人的危险另设处置”这根连接却留在了法典里——法学的依赖是制度依赖。
- 看具体的人是对的，把人冻成一个类型是错的。

小账 本章动用：学派的出生证、主角一问、S→E→D、异象、改名、先验、分叉、连接、制度依赖。

锁定记录：起点“犯罪人有可读的类型、法是社会自卫的工具”被锁住；身体特征的反证被改名为“另一种类型”，“看人”的连接经保安处分织进制度。

第 22 章

李斯特与新旧学派之争：罚的是行为，还是行为人

> 这一章的问题：两个人做了一模一样的事，一个是第一次，一个是第五次，该不该罚得不一样？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。早上八点，一个十字路口，交通协管员卢大哥拦下了两辆闯红灯的电动车，前后相隔不到五分钟。

第一个是大学生小宋，骑的是共享电动车，赶早课，看路口没车就冲了过去。卢大哥一查，没有任何记录。第二个是做装修的彭师傅，车后座绑着工具箱，同样看路口没车冲了过去。系统里一查，今年已经是第五次。

两件事放在一起，几乎一模一样：同一个路口，同一种红灯，同样“看着没车”，对行人的危险也差不多。按“罚的是事”的想法，两个人应当一样处理。可卢大哥心里犯嘀咕：小宋大概是一时糊涂，说两句可能就记住了；彭师傅是第五次了，说什么都没用，罚得太轻等于没罚。

旁边等红灯的人也议论开了。有人说：“一样的事一样罚，这才公平，不能看人下菜碟。”有人说：“第五次还罚一样多，那罚款就成了过路费。”还有人问：“那第一次的要是也罚重点，会不会以后就不闯了？”

卢大哥手里其实能用的办法不多：口头警告、罚款、扣车、通知单位或学校、让人站在路口当一会儿劝导员。他要选的不是罚不罚，而是用哪一样、对谁用哪一样。规则上写的是同一条，到他手里却分成了两个人。

这三句话，差不多就是十九世纪末德国刑法学界那场“学派之争”的三方：一方说罚的是行为，一方说罚的是行为人，还有一方问罚到底是为了什么。

◆ 二、学派的出生证

新派的主角是守法人——确切说，是作为“行为人”的守法人；它同时把立法者拉进来，要立法者按行为人的类型设计处置。

主角	主体预设（主角是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
守法人（作为“行为人”）	人不是同一个抽象的理性人，而是可以分类的行为人：偶犯、可以矫正的人、矫正不了的人；犯罪是人格与社会条件的表现	法是有目的的、保护法律利益的工具；刑罚是为了将来的目的刑；同时刑法又是限制国家的边界	特别预防；按类型分处遇（威慑、矫正、隔离）；把刑事政策纳入刑法学；刑罚与保安处分两条轨道

起点的 S，是“行为人”这个显露出来的样子：罚之前先看人属于哪一类。这对预设织进制度的那一项是**结构**：新旧两派争到最后，没有一方完全赢，而是把两套处置并排搭进了刑法体系——刑罚一条轨，保安处分一条轨，这就是常说的“双轨制”。

◆ 三、意义预设

按本书的读法，新派的权重是：幸福 ●，自由 ◐，创造 ○。幸福在中心——刑罚要对社会有用，要让人以后少犯罪；自由只算半个，因为李斯特自己坚持，刑法同时是保护公民不被国家乱罚的屏障，这一点下面会成为他自己的异象。

旧派（古典学派、报应论）的权重正好倒过来：自由 ●，幸福 ◐，创造 ○。罚是对过去那个有责行为的回应，罚多少由行为和罪责定，不能为了将来的用处多罚一个人。

国家实践另读。今天德国刑法典的量刑规定，把行为人的罪责写成量刑的基础，同时要求考虑刑罚对行为人今后生活的影响——一句话里，旧派在前，新派在后。这是学派之争写进条文后的样子，不是谁的胜利，而是一个次序。

新派的“自由”还有另一面，容易被忽略：矫正的终点，是让一个人重新过上不犯罪的日子，回到社会里去。从这个角度看，它押的幸福里，也有一点被罚的人自己的幸福。只是这份幸福由别人来判定“他改好了没有”，他自己说了不算。

◆ 四、走的路

弗兰茨·冯·李斯特是奥地利出生的德国刑法学家。1882 年，他在马堡大学发表了一篇题为《刑法中的目的思想》的演讲，后来被称为“马堡纲领”。他接过耶林“法是为了目的”的想法（见第 19 章），把它用到刑罚上：刑罚不是对过去的报应，而是为将来的目的服务的，这个目的就是保护法律所要保护的利益。

目的要落到人身上，所以要分类。他大致分了三种人：一时失足的偶犯，用刑罚来警告就够了；有犯罪倾向但还能改的人，要矫正；屡教不改、已经矫正不了的人，要把他和社会隔开。他还特别反对短期监禁：把一个初犯关几个星期，学不到好，反而在里头认识了老手。缓刑、罚金替代短期自由刑，这些主张都从这里来。

李斯特还是个组织者。他参与创办了一份刑法学刊物，主张把刑法、犯罪学、刑事政策放在一起研究，叫作“整体刑法学”。1889 年，他和比利时的普林斯、荷兰的范·哈梅尔一起发起了国际刑法学协会，新派的主张由此传到了许多国家。

新派的主张在少年身上最先落地。既然要看人，未成年人就最该另眼看待：他们的人格还没定型，矫正的指望最大，送进成年人的监狱又最容易学坏。二十世纪初，德国和其他一些国家陆续设立了专门的少年法庭和少年刑法，德国第一部少年法院法是 1923 年的，处置以教育为主、刑罚为辅。这条线一路走下来，成了今天各国少年司法的底色。

对面是以卡尔·宾丁为代表的古典学派。宾丁的立论是：刑罚回应的是一个已经发生的、违反规范的有责行为；罚的根据和尺度都在行为与罪责里。照这个立场，卢大哥对小宋和彭师傅，就这一次闯红灯而言，应当一样处理；彭师傅前四次已经各自罚过了，不能再拿出来多罚一次。宾丁还有一个更细的讲法：犯人违反的不是刑法条文本身，而是条文背后那条“不许这样做”的行为规范；刑法只是规定违反之后怎么办。在他看来，罚的根据就是这次违反，人格、处境都不在账上。

路口那第三种声音——“罚重一点，别人以后就不闯了”——其实不属于这两派中的任何一方。它是刑罚理论里常说的一般预防：罚一个人，是做给所有人看的。新派讲的是特别预防，罚这个人，是为了让这个人以后不再犯；旧派讲的是报应，罚这个人，是因为他该罚。三种理由搅在同一个路口，卢大哥要是每一样都想顾到，就会发现它们指向的罚法并不一样。

两派的路，用本书的话说：旧派是 S→D→E，先找到规范与行为（S），沿着罪责的次序走（D），最后才轮到行为人的种种条件（E）；新派是 S→E→D，先认出行为人的类型（S），去看他的人格、处境、危险（E），再决定处遇走哪条路（D）。

可李斯特没有走到龙勃罗梭那一步。他说过一句后来被反复引用的话，大意是：**刑法是刑事政策不可逾越的界限**。也就是说，刑事政策可以讲目的、讲矫正、讲隔离，但都得等到一个人真的做了刑法规定的犯罪行为之后。罚的是行为人，进门的票却得是行为。

◆ 五、异象

第一个异象是预测。按新派的说法，彭师傅之所以要重罚，是因为他“下次还会闯”。可“下次还会闯”是对将来的猜测，罚却是落在今天这个人身上的。万一他这次被说服了呢？万一小宋其实比彭师傅更莽撞，只是以前没被拦住呢？以危险为准，就是以一个说不准的将来为准。今天有人用统计模型给被告打“再犯风险分”，想把这个猜测做得更准；可再准的分数，说的也是“像他这样的人”平均会怎样，不是“他”会怎样。新派的老问题，换了一身工具又回来了（讲 AI 与法时还会碰到）。

还要看到，“第五次”这个数字本身也不是天上掉下来的。彭师傅天天在这个路口干活，被拦下的机会远多于偶尔路过的人；小宋要是天天走这条路，记录也许早就不止一次。记录多，可能是人更危险，也可能只是被看见的次数更多。

第二个异象是比例。一个人反复偷小东西，按危险算，他可能是最该隔离的那一类；按行为算，每一次都只是小偷小摸。隔离多久才算合适？新派给不出一个从行为里推得出的上限。

第三个异象最沉重，是历史给的。1933 年 11 月，德国通过了一部针对“危险的惯犯”的法律，引入了保安监禁：服完刑以后，还可以因为“危险”继续关下去；这部法律还允许对已经在服刑的人事后补加。这个主意来自新派的工具箱，写进法律的时候，却正是一个不受法治约束的政权刚刚上台。保安监禁战后保留了下来。2009 年 12 月，欧洲人权法院在一起针对德国的案件里认定，事后延长保安监禁的做法违反了《欧洲人权公约》；2011 年 5 月，德国联邦宪法法院宣布当时的相关规定违宪，要求立法重写，并要求保安监禁与刑罚在执行上明显区分开。一个十九世纪的学派主张，在一百多年后还在法院里被一条一条地审。

◆ 六、吸收还是分叉

李斯特对付第一、第二个异象，用的是**先验**：刑法本身就是屏障，按定义，处遇只能在行为之后、在罪刑法定之内。预测的风险、比例的缺口，被放到“刑事政策”那一边，刑法学这边按定义不受影响。于是刑法教义学和刑事政策成了两门互不相通的学问，后人管这条缝叫“李斯特鸿沟”。这是一种很体面的吸收：异象没有消失，只是被划到了另一个学科的地盘上。将近九十年后，德国刑法学家罗克辛专门写书，要把刑事政策的目的重新引回犯罪论体系里，填的正是这条缝（第 23 章）。一条缝要隔几代人才有人去填，说明它被划出去以后，两边都过得很安稳。

学派之争本身，则以**分叉加制度化**收场。十九世纪九十年代，瑞士学者施托斯起草刑法草案时，把刑罚与保安处分分成两条轨道并排放；此后许多国家的刑法照着这个结构走。旧派得到刑罚这条轨——以罪责为根据，有上限；新派得到保安处分这条轨——以危险为根据，看人。两派都没有改写自己的起点，而是各占一条轨，把争论冻成了体系的结构。今天读一部大陆法系的刑法典，看到“刑罚”与“保安处分”两章并排，就是在看那场争论的化石。

别的法域接这场争论的方式不尽相同。中国现行刑法没有单设“保安处分”一章，但新旧两派的影子都在：罪刑法定和罪责刑相适应写在总则开头，这是旧派那一端；累犯应当从重处罚（刑法第六十五条）、对未成年人从宽并另设程序，这是新派那一端；对依法不负刑事责任、又有继续危害社会可能的精神病人，2012 年修改的刑事诉讼法专设了强制医疗程序——这一项的功能，接近德国刑法里的保安处分。这里只描述条文的结构，不评价它们怎样运作。

这正是法学的制度依赖：争论没有结论，法官却不能不判，立法者就把两个起点同时织进了结构里。此后的人不用再争“罚行为还是罚人”，因为体系已经替他回答了——两样都罚，各走一轨。问题是，第三个异象说明，危险那条轨一旦搭好，就会有人沿着它走得比设计者远得多。

◆ 七、它看对了什么

新派看对了一件今天谁也不会否认的事：同样的行为，背后的人不一样，处置也可以不一样。初犯从宽、累犯从严、少年另设程序、缓刑代替短期监禁，这些都是它留下的。它还看对了另一件事：刑罚有后果，关一个人会改变他今后的生活，量刑的人不能装作没看见。

它还看对了“分类”的力量和危险是一体的。它敢把人分成三种，才能对初犯网开一面；也正因为分了类，才会有人被放进“矫正不了”那一格。用它的人要同时记得这两样。

它对自己最清醒的地方，是那道屏障。李斯特没有因为相信“看人”，就放弃“先看事”。卢大哥可以对彭师傅多说几句、多罚一点，但前提是彭师傅今天真的闯了红灯；彭师傅只是骑着车经过路口，卢大哥就不能因为他“前科五次”把他拦下来。这道门槛，是新派留给后人最值钱的东西。

带走的话

- 新派把刑罚的目的从“清算过去”挪到“改变将来”，于是要先看行为人是哪一类人。
- 李斯特自己立了一道屏障：处置只能在行为之后、在刑法之内——这是他对异象的先验吸收。
- 学派之争没有分出胜负，而是被搭成了“刑罚＋保安处分”的双轨结构，这是制度依赖的“结构”一项。
- 按危险处置的那条轨一旦搭好，就会被走得更远；百年后法院还在一条一条地审它。

小账 本章动用：主角一问、S→D→E 与 S→E→D、异象、先验、分叉、结构、制度依赖、理论与实践分开读。

锁定记录：新派起点“罚的是行为人、刑罚为将来的目的”被锁住；预测与比例的异象被划进“刑事政策”，学派之争以双轨制写进刑法的结构。

第 23 章

犯罪论体系之争：三阶层、四要件与功能主义

> 这一章的问题：判一个人有没有罪，先问哪一句、后问哪一句，为什么会改变答案？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。中午十二点二十，一条小街的斑马线上，外卖骑手小何赶着最后三分钟送一单，电动车从路口右转过来，没减速，把正在过马路的冯奶奶带倒了。冯奶奶七十八岁，右手撑地，手腕骨折。

街坊们围上来，七嘴八舌，说法分成了好几拨。

一拨人先看事：右转有没有让行人？车速多少？斑马线上有没有标志？“他就是没让，这还用问。”

一拨人先看人：“这孩子平时挺规矩的，天天这个点从这儿过，不是故意的。”“平台那个时间卡得那么死，换谁都得赶。”

还有一拨人先看后果和条件：“老太太骨头本来就脆，换个年轻人摔一下就没事。”“她是不是过到一半又往回走了？”

后来交警来了，调了路口的监控，做了认定；冯奶奶的家人和小何、平台之间怎么赔，又是另一回事。可那一刻街坊们争的，其实是一件更基础的事：判一个人该不该为这件事负刑事责任，**先问哪一句**。先问“他做了什么、这事本身对不对”，还是先问“他是什么人、心里怎么想”，还是把这些一起摆上桌、整体看？问的次序不一样，有时答案也会不一样。

刑法学里管这叫“犯罪论体系”。这一章讲三家：德国传下来的三阶层，苏联传到中国的四要件，以及德国后来在三阶层内部长出来的功能主义。

◆ 二、学派的出生证

这一章的主角是法官，确切说，是法官在脑子里检查一个案子的那张清单。三家争的，是这张清单怎么排。

主角	主体预设（主角是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
法官（三阶层）	法官是逐层把关的检查者；被告是有自由意志、可以被谴责的个人	法是一组事先写定的行为类型，加上整体的法秩序	先看构成要件，再看违法性，最后看有责性；客观在前、主观在后
法官（四要件）	法官是整体判断者；被告是社会危害性的承担者	犯罪是对社会关系的危害，法是保护这些关系的工具	犯罪客体、客观方面、主体、主观方面四者齐备，同时成立
法官（功能主义）	罗克辛：法官是刑事政策目的的执行者；雅各布斯：人是社会角色的承担者	罗克辛：法为保护法益、预防犯罪而设；雅各布斯：法是社会规范的效力本身	客观归责；把预防的需要放进责任；刑罚是对规范效力的确认

起点的 S，是一张事先排好次序的检查单。这对预设织进制度的那一项，是**次序**——本章是全书“次序”一项最直观的样本：哪一问在先、哪一问在后，排定了，就决定哪些理由能在前一关把案子挡下，哪些理由要等到最后才轮得上说话。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：三阶层押在自由上，自由 ●，幸福 ◐，创造 ○——它最在意的是先把“法律有没有写”问清楚，不让一个人因为“是个坏人”就被定罪。四要件押在幸福上，幸福 ●，自由 ◐，创造 ○——它的中心概念是社会危害性，问的是这件事对社会伤害有多大。功能主义两支有分别：罗克辛大体是自由 ●、幸福 ◐，他要让刑法的每一步都对“有没有必要罚”负责，同时守住罪刑法定；雅各布斯是幸福 ●、自由 ○，他关心的是社会的规范有没有被稳住。三家在创造一维上都是空的：检查单是用来套的，不是用来长出新东西的。

国家实践另读。德国的法学教育和判决写作，大体按三阶层的次序展开。中国现行刑法总则里给犯罪下的定义（第十三条），以社会危害性为中心，并在末尾写明情节显著轻微、危害不大的不认为是犯罪；这条定义在条文结构上与四要件的整体判断更合拍。近二十多年来，中国刑法学界关于要不要改用阶层体系，有过长期的公开讨论，教科书里两种写法并存。这里只描述，不评哪一种更好。

◆ 四、走的路

三阶层的骨架是二十世纪初搭起来的。1906 年，德国学者贝林提出“构成要件”的概念：刑法分则写的那些罪名，是一个个事先定好的行为类型，判案的第一步，就是看案情装不装得进这个类型。装进去了，再看这件事在整个法秩序里是不是被允许的——比如正当防卫，行为装进了“伤害”的类型，但法秩序允许它，这叫“违法性”被排除。最后才问这个人能不能被谴责：是不是成年人、精神正常、能不能认识到自己在干什么，这叫“有责性”。

这套次序后来又被改造了几轮。有人提出罪责是一种“可谴责性”，不只是心理事实；三十年代，韦尔策尔从 1930、1931 年的两篇文章起提出“目的行为论”，说人的行为本质上是有目的地操纵因果，于是把故意从最后一层挪到了第一层。但不管怎么挪，“先客观、后主观，先违法、后责任”的大次序始终在。

这个次序不是排着好看的，它会改变结论。举一个教科书上常见的情形：一个精神病发作的人拿刀扑向路人，路人夺刀反击，伤了他。按三阶层，扑上来的那个人的行为装进了“伤害”的类型，也没有被法秩序允许，所以是“违法”的；只是他不能被谴责，到第三层才不负责任。既然是违法的侵害，路人就可以正当防卫。若不把“违法”和“责任”分成前后两层，而是整体地说“他没有责任能力、不构成犯罪”，那路人面对的到底算不算“不法侵害”，就要另找说法。同一个场面，次序不同，防卫的人有没有依据，答案就不同。用本书的话说，这是 S→D→E：先拿条文定的类型去套（S），沿着一关一关的次序走（D），最后才轮到这个人的种种条件（E）。

四要件走的是另一条路。它来自苏联刑法学，代表人物是特拉伊宁；他的书五十年代译成中文，四要件随之成为新中国刑法学的基本框架。四个要件是：这件事侵害了什么社会关系（客体）；客观上做了什么、造成了什么（客观方面）；谁做的、够不够年龄、有没有能力（主体）；心里是故意还是过失（主观方面）。四样齐了，犯罪成立。它不分先后，是一个“整体”。用本书的话说，它更像是把 S、D、E 摊在一个平面上同时看，起点的 S 则是“社会危害性”这个预设。

功能主义是三阶层自己长出来的分叉。七十年代初，罗克辛出版了一本薄书《刑事政策与刑法体系》，要填的正是上一章说的“李斯特鸿沟”：犯罪论的每一层，都应当按刑事政策的目的来解释，而不是只按概念推。他最有名的工具是“客观归责”：一个结果要算到一个人头上，要看他是不是制造了法律不允许的风险，这个风险是不是就是在结果里实现的那个风险，而且结果是不是落在那条规范要防的范围里。他还把“罪责”扩成“答责性”：除了可谴责，还要问有没有必要用刑罚。

雅各布斯走得更远。他受社会系统理论的影响，认为犯罪是对规范的否认，刑罚的功能是在社会面前重申“这条规范仍然有效”。人在刑法里首先是一个角色的承担者：骑手有骑手的角色义务，行人有行人的。

◆ 五、异象

把小何的案子放进三家，先看各自卡在哪里。

第一个异象是过失。小何不是有目的地要撞人。目的行为论讲“行为是有目的地操纵因果”，碰到过失犯就别扭：他的目的是送餐，不是撞人，撞人那一下恰恰是不受他操纵的。这一类案子在现代社会多得很——交通、医疗、生产事故，大多是过失。

第二个异象是因果。冯奶奶骨头脆，按最宽的因果标准，小何的车当然是原因；可要是她摔倒以后，送医路上又出了别的事呢？要是她是自己突然折返、撞上了按规则行驶的车呢？只问“没有这一下，会不会有后果”，几乎什么都能算原因。

第三个异象落在四要件上：正当防卫、紧急避险放在哪里？四要件同时成立就是犯罪，可正当防卫的人四样都齐——有客体受损、有行为、有主体、有故意。四要件只好把它们放在体系之外，叫“排除社会危害性的行为”；什么时候查、和四要件谁先谁后，体系本身没有回答。

第四个异象，是雅各布斯自己引出来的。1985 年，他在一次学术会议上提出“敌人刑法”的说法：对那些从根本上拒绝法秩序的人，刑法的对待方式与对普通公民不同。他起初是把它当作一种值得警惕的立法现象来描述；1999 年前后，他的表述转向承认这种区分在某些领域有它的位置。这在德国和别的国家引起了激烈争论。

◆ 六、吸收还是分叉

过失与因果的异象，主要靠**改名**吸收。客观归责就是一次大规模的改名：原来要在因果和故意里纠缠的问题，被改称为“风险是不是法所不允许的”“风险有没有实现”。小何右转不让行人，制造了法律不允许的风险，冯奶奶受伤正是这个风险的实现，结果落在“右转让行人”这条规则要防的范围里——这个案子在客观归责里走得很顺。三阶层的次序一点没动，只是第一层里多出了一套新的问法。

罗克辛的“答责性”在最后一层还会多问一句：对小何这样的人，在这样的情境下，有没有必要动用刑罚来预防？街坊们说的“平台把时间卡得那么死”，在三阶层的老版本里几乎没有地方放；在罗克辛这里，它有可能在最后一层被听见。可它被听见的方式，仍然是作为“预防必要性”的一个参数，而不是去追问那条时间规则本身该谁负责。异象被吸收进了体系，体系的边界没有被它推动。

四要件对正当防卫，用的是**免检**：它们被放在“体系之外”，不算体系要回答的问题。这种安排在大多数案子里不出事，可一旦遇到防卫过当、防卫时机这类真正的疑难案件，体系就说不出该在哪一步、按什么次序查。近年来中国司法对正当防卫的认定有过几次引人注意的调整，学界的讨论也常常回到这个次序问题上。

雅各布斯的“敌人”，走的是**先验**：按定义，敌人不是刑法意义上的“人”，所以对他不必适用对人的那些保障。异象在这里不是被解释了，而是被定义掉了。

反对的人认为，这恰恰把刑法最要守住的那道门——不按“是什么人”来罚——从里面打开了，和第 21 章的担心是同一件事。

整场体系之争，是一连串的**分叉**：三阶层内部分出因果论、新古典、目的论、功能主义；四要件与阶层论并存。每一支一旦写进教科书、司法考试和判决的写法，就成了几代法律人的思维次序，很难再换。2020 年 8 月，最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合印发了关于依法适用正当防卫制度的指导意见，对防卫的时机、限度等作了细化；讨论这类文件时，学者们常常要先说明自己是在哪一套次序里说话。一个在四要件里学出来的法官和一个在三阶层里学出来的法官，面对同一份监控录像，第一句问的话可能就不一样。这就是次序上的制度依赖：争论的胜负没有定，次序却已经织进了人。

◆ 七、它看对了什么

三阶层看对了：先问“法律写没写”，再问“这个人怎么样”，这个次序本身就是一种保护。街坊里那句“他平时挺规矩的”，放在最后一层说才有分量；放在第一层说，就会把“规矩的人撞了人”和“不规矩的人撞了人”分成两种案子。

四要件看对了：犯罪终究是一件整体的事，把它切成几层、每层只看一块，容易看不到这件事对社会到底伤得多重；“情节显著轻微”的人不该进刑事程序，这个直觉是对的。

罗克辛看对了：体系不是为体系自己存在的，每一层都要能说出“为什么要这样问”。雅各布斯看对了一半：刑罚确实在对所有人说“规则还算数”，可当他把人化成角色，又把“敌人”从人里分出去，他也把自己看对的那一半，用到了最该警惕的地方。

带走的话

- 犯罪论体系争的不是要不要定罪，而是先问哪一句；次序排定，有些理由就只能在后面说话。
- 三阶层先事后人、先客观后主观，押在自由；四要件整体判断，押在社会危害性。
- 功能主义填的是李斯特留下的那条缝：客观归责把过失和因果的难题改名吸收了。
- 一套检查单写进教科书和判决的写法，就成了几代法律人脑子里的次序，这是“次序”上的制度依赖。

小账 本章动用：主角一问、S→D→E、次序、异象、改名、免检、先验、分叉、制度依赖、理论与实践分开读。

锁定记录：三阶层的“先客观后主观”与四要件的“社会危害性”两个起点各自被锁住；过失与因果被改名为“风险的制造与实现”，正当防卫在四要件里被免检，“敌人”被先验地定义出“人”之外。

第 24 章

社会防卫论与恢复性司法

> 这一章的问题：一件事弄坏了东西，也弄坏了两个人之间的关系，法律该修哪一样？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。初二下学期，课间操以后，小唐把同班小蒋的自行车放了气，又用脚把前轮的辐条踩弯了两根。起因是前一天体育课上，小蒋当着好几个同学的面，笑小唐的球鞋是“地摊货”。

班主任姜老师把两个人叫到办公室，事情很快问清楚了。修车铺报价两百多块。接下来怎么办，家长们意见不一。

小蒋的爸爸说：“该赔多少赔多少，学校该记过记过。故意弄坏别人的东西，不罚一下以后还得了？”

小唐的妈妈说：“钱我们赔。可孩子是被人笑了才犯浑，这一层不说清楚，赔了钱他心里也不服。”

姜老师想了另一个办法。周六上午，她约两个孩子和小蒋的爸爸，一起去修车铺。小唐自己推车去，看师傅怎么换辐条，修车的钱一半他用零花钱出、一半家里出；修好以后，四个人在铺子门口站着说了二十分钟的话。小唐说了为什么生气，小蒋也说了自己那句话说得过分。周一回到班上，两人还不算好朋友，但至少不躲着走了。

两种做法摆在一起：一种是“赔钱加处分”，事情由学校和家长来了结；一种是“修车加说开”，事情由两个孩子自己参与了结。前一种修的是车，后一种想连

关系一起修。这一章讲的两家，一家想把惩罚换成“保护社会、改造个人”，一家想把惩罚换成“修复关系”。

◆ 二、学派的出生证

这两家的主角都是守法人，但看守法人的眼光不同。社会防卫论看的是违法的那个人；恢复性司法第一次把被害人和社区也拉到了主角的位置上，主角从一个人变成了一组关系。

主角	主体预设（主角是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
守法人（社会防卫论：违法者）	人可以被改造、可以回归社会；违法者首先是一个需要重新融入社会的人	法是社会自我保护、并让违法者复归的工具	处遇个别化；以教育和复归为中心；新社会防卫论守住罪刑法定
守法人（恢复性司法：加害人、被害人与社区）	人是关系中的人，能承担、能道歉、能原谅	犯罪首先是对人和关系的伤害，其次才是对国家规则的违反	会面、对话、道歉、赔偿、补偿性劳动；让当事人参与决定结果

起点的 S，在社会防卫论那里是“可以复归的人”，在恢复性司法这里是“被弄坏的关系”。这对预设织进制度的那一项，是**连接**：传统刑事诉讼里，主线是“国家—被告”，被害人只是证人；恢复性司法要把线改成“加害人—被害人—社区”三角。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：社会防卫论是幸福 ●，自由 ◐，创造 ○——它押的是社会的安全和被处遇者的复归。自由的那半个，在两代人那里分量不同：格拉马蒂卡几乎把它放空了，要以“反社会性”代替罪责；安塞尔把它补回半格，坚持复归的处遇也得在法律的边界之内。恢复性司法是幸福 ●，自由 ◐，创造 ◐：幸福在中心，即关系修复后两边都能过下去；自由体现在当事人自愿参加；创造有半个，因为结果不是事先写好的刑期，而是当事人在会面中商量出来的——修车这个主意，就是姜老师和两家人现场想出来的。

国家实践另读。许多国家在少年司法中采用了恢复性做法。新西兰 1989 年的一部儿童与青少年法，把“家庭小组会议”定为处理青少年犯罪的重要程序；联合国经济及社会理事会在 2002 年通过了关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则。中国 2012 年修改刑事诉讼法，增设了“当事人和解的公诉案件诉讼程序”，对一部分轻罪案件，加害人真诚悔罪、赔偿、取得被害人谅解并达成和解的，可以从宽处理。这里只描述条文，不评价运作。

◆ 四、走的路

社会防卫论有两代。第一代的代表是意大利人格拉马蒂卡。二战刚结束，他在热那亚办起了社会防卫研究中心，主张最激进：取消以罪责为基础的刑法，用“反社会性”的概念取而代之，用教育、治疗、复归的措施取代刑罚。这条路接的是第 21 章实证学派的线，只是把“隔离危险的人”换成了“改造需要帮助的人”。

第二代是法国人马克·安塞尔，他在 1954 年出版了《新社会防卫论》。安塞尔不同意取消刑法，他认为罪刑法定、罪责这些古典的保障必须保留，只是在保障之内，要以人道和复归为目标：了解被告这个人，为他设计让他回到社会的处遇。用本书的话说，社会防卫论走的仍然是 S→E→D：先认定“可以复归的人”（S），去看他的人格与处境（E），再设计复归的路径（D）。

恢复性司法是另一个来源。1974 年，加拿大安大略省埃尔迈拉小镇，两个十几岁的年轻人一夜之间破坏了许多住户的车和房子。一位缓刑官建议法官，不直接判罚，而是让两人挨家挨户去见被害人，当面道歉，弄清楚各家的损失，再一一赔偿。法官同意了。这件事后来被看成“被害人—加害人和解”项目的起点。1977 年，挪威犯罪学家克里斯蒂发表一篇论文，大意是：冲突本来是当事人的财产，现代刑事司法把它从当事人手里拿走了，交给了法官和律师。1989 年，澳大利亚学者布雷思韦特出版《犯罪、羞耻与重整》，区分两种羞耻：一种把人推出社会，贴上“坏人”的标签；一种让人知道错了，同时把他接回来。布雷思韦特的区分放到姜老师的办公室里很好懂。把小唐的名字写进处分通告、贴在走廊上，是第一种羞耻：全校都知道他“是个会搞破坏的人”，他和班级之间多了一道墙。让他推着车

去修车铺、当着小蒋爸爸的面说清楚，也让他难堪，可难堪完了，他还是这个班上的人，这是第二种。两种都让人知道错了，分别在于事后门是关上还是开着。

1990 年，美国学者泽尔出版《换个镜头》，把这一套概括为看待犯罪的另一副镜头：犯罪不首先是“违反了法律”，而是“伤害了人”。

恢复性司法的路，与前面几家都不同。它不以条文起手，也不以犯人的类型起手，而是让当事人坐到一起，从“发生了什么、伤到了谁、怎样补上”这几个问题开始。它离 D→E→S 最近：先让事情的经过说出来（D），再看缠在一起的人和条件（E），最后才长出一个双方能接受的了结（S）。但下面会看到，它自己也带着一个预设的起点。

新西兰的家庭小组会议是一个具体的样子。一个少年犯了事，不是直接送到法庭，而是由协调人召集一次会议：少年和他的家人、被害人和陪同的人、警察，有时还有社工，坐在一间屋里。先让被害人说这件事给他带来了什么，再让少年和家人说他们打算怎样弥补；家人可以单独商量，再拿出一个方案，被害人和警察同意了，方案就作数。法庭只在方案谈不拢、或者案情严重的时候才接手。这里的关键，是“方案”不是任何一方单独写的。

◆ 五、异象

社会防卫论的异象是“改好了没有，谁说了算”。如果处遇以复归为目标，那么处遇多久，取决于人什么时候改好。改好是一个看不见的内心状态，判断权落在执行者手里，被处遇的人可能被无限期地“帮助”下去。第一代社会防卫论在这里最难自圆其说。

更麻烦的是，它把罚改称为“帮助”，被帮助的人就失去了抗辩的立场：你可以对一个刑期说“太重了”，却很难对一份“为你好”的治疗方案说“我不要”。惩罚至少承认对面是一个要为自己负责的人；处遇有时连这一点都省掉了。

恢复性司法的异象有三类。第一类是重罪。小唐踩弯了辐条，修车加说开可以了结；若是严重的暴力伤害，被害人往往根本不愿意见加害人，强求见面本身就是

二次伤害。第二类是力量不对等。家庭暴力、职场欺凌一类的案子，加害人和被害人之间本来就有压与被压，“坐下来谈”可能让被害人在压力下“原谅”。第三类是钱。和解常常伴随赔偿，有赔偿能力的人更容易换来谅解和从宽；在中国，刑事和解制度推行以后，“花钱买刑”就是一个反复出现的批评。

第四类是“社区”。恢复性司法常说要让社区参与，可社区是谁？居委会、邻居、学校、宗教团体，还是在网上围观的人？在姜老师的修车铺里，社区就是她自己和一个修车师傅，好办；放大到一个城市，谁来代表社区，本身就是一个说不清的问题。

还有一个更细的异象：悔过可以装。姜老师在修车铺门口看到的道歉，是真心的还是为了早点回家，她没法检验。恢复性司法把“真诚”放在中心，可真诚恰恰是最难认定的东西。

◆ 六、吸收还是分叉

社会防卫论内部，用的是**分叉**：格拉马蒂卡的激进一支没有被多数国家接受；安塞尔的新社会防卫论把罪刑法定请回来，用古典的保障给复归的处遇划了边，这一支在战后的刑法改革里影响很大。分叉以后，激进的那个起点没有改，只是被搁在了一边。

恢复性司法对重罪与力量不对等，用的主要是**免检**：这些案子“不适合”恢复性程序，不在它的范围之内。各国的立法大都划了范围，轻罪、少年、财产犯罪在里面，严重暴力和某些特殊关系的案子在外面。异象没有被解释，是被划出了门。

对“花钱买刑”的批评，用的是**改名**：赔偿不是买，是“修复的一部分”；从宽不是因为钱，是因为“真诚悔罪并取得谅解”。改名以后，制度设计上就加了一道“真诚”的审查，可这道审查又落回了上面那个最难认定的东西。

最值得看的，是它怎样被制度吸收。恢复性司法没有取代原来那条“国家—被告”的主线，而是作为一条支线接了上去：和解成了从宽的一个情节，会面成了转处的一个环节。连接改了一部分，结构没有动。中国 2018 年修改刑事诉讼法，又

把“认罪认罚从宽”写成了一项制度（第十五条）：被告人自愿如实供述、承认指控、愿意接受处罚的，可以依法从宽。被告的态度由此正式进入从宽的计算——这与恢复性司法有相通之处，又不完全相同：前者的另一端是检察机关，后者的另一端是被害人。两样都接在原来的主线上。原来想换掉惩罚的东西，最后成了惩罚体系里的一个出口。这是制度依赖的另一种样子：新的连接要想进场，得先接受旧的结构。

◆ 七、它看对了什么

社会防卫论看对了：处置一个人，最终是为了让他回到社会里来；关起来不等于完事。新社会防卫论还看对了，复归的善意也需要罪刑法定来约束。

恢复性司法看对了一件更深的事：一个判决能命令人赔钱，命令不了人服气。小唐的妈妈那句“赔了钱他心里也不服”，说的正是这个。犯罪伤到的是具体的人，被伤的人有权在了结里说话，这一点在传统刑事诉讼里长期被忽略。在原来那条“国家—被告”的主线上，被害人出庭往往只是为了作证：讲清楚发生了什么，然后坐到旁听席上，看别人替他了结他的事。克里斯蒂说冲突被“拿走”了，指的正是这个座位。它让人看到，法不只在“判”里，也在“服”里——这也是本书后面讲出路时要接着走的方向。

姜老师那个周六上午，比两百多块钱的修车费更值钱的，是让两个孩子各自说了一句平时说不出口的话；这不是哪一条校规能规定出来的。

它还提醒了一件容易被忘的事：判决的执行靠强制，关系的恢复靠双方，后一样国家替不了。

它没看到的，是自己的起点也是预设的：它预设关系可以修、应当修，于是那些不想修、修不了的关系，就只能被划出门外。

带走的话

- 社会防卫论把惩罚换成“保护社会、让人复归”，新的一代又把罪刑法定请了回来。
- 恢复性司法把主角从一个被告改成加害人、被害人与社区三方，改的是法律关系的连接。
- 重罪、力量不对等被免检，“花钱买刑”被改名；它最后作为支线接进了旧的结构。
- 判决能命令赔钱，命令不了服气；法也在“服”里长出来。

小账 本章动用：主角一问、S→E→D、D→E→S、连接、异象、免检、改名、分叉、制度依赖、理论与实践分开读。

锁定记录：社会防卫论“可以复归的人”与恢复性司法“可以修复的关系”两个起点被锁住；重罪与不对等关系被划出范围，和解作为从宽情节织进原有的刑事结构。

第 六 编

二十世纪上半叶：利益、自由与现实

编　序

本编走二十世纪上半叶：利益、自由与现实。

本编各章：

- 第 25 章　利益法学与自由法运动
- 第 26 章　两种现实主义：美国与斯堪的纳维亚
- 第 27 章　庞德的社会学法学：法是社会工程
- 第 28 章　埃利希与韦伯：“活法”与法的形式合理性

第 25 章

利益法学与自由法运动

> 这一章的问题：规章里没写到的东西来了，管事的人是照字面放行、照字面类推，还是自己拿主意？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个街道公园的管理规定，是十几年前定的，贴在门口的宣传栏上。其中一条写着：园内步道禁止机动车、自行车、滑板车进入。

周日下午，九岁的小田踩着一辆电动平衡车，在步道上绕着人群穿来穿去。管理员魏师傅拦住了他。小田的爸爸不乐意了：“规定里哪儿写了平衡车？它不是机动车，不上牌；也不是自行车，没有脚蹬；更不是滑板车。你让我看看哪一条？”

魏师傅一时语塞。旁边围观的几位，给出了三种办法。

一位退休的老会计说：“字面上没写，就是没禁。规定是规定，不能随便往里加。”

一位常来散步的阿姨说：“你想想当初为什么不让自行车进来？还不是怕撞着老人孩子。平衡车跑得比自行车还快，还不好刹，当初定规定的人要是见过这东西，肯定也写进去了。”

魏师傅自己的想法最简单：“我看着就危险，我说不行就不行。”

魏师傅后来回到值班室翻了半天，发现规定的最后一条写着“其他危及游客安全的行为，管理人员有权劝阻”。这一条能不能用，又是另一个问题：兜底条款写得越宽，管理员手里的主意就越大。

小田的爸爸并不是不讲理，他问的恰恰是一个法律上很正经的问题：规矩只能管它写到的东西，还是也能管它没写到、但“显然该管”的东西？如果后者成立，谁来认定“显然”？

第一种接近概念法学的路：条文的概念就是全部，没写到就是没有。第二种是这一章前半要讲的利益法学：回到定规矩的人当初权衡了哪些利益，照着那个权衡去补。第三种是这一章后半要讲的自由法运动的一个粗糙版本：条文不够用的时候，管事的人凭自己对“什么是对的”的感觉来定。

◆ 二、学派的出生证

两家的主角都是法官——确切说，是面对法律漏洞的法官。它们都反对把法官当成一台机器：投进去案情，吐出来判决。差别在于，法官离开字面以后，往哪里去。

主角	主体预设（主角是什么样的人）	客体预设（法是什么东西）	推出的互动内容
法官（利益法学）	法官是立法者的“会思考的助手”，忠于立法者的权衡，而不是忠于字面	法是立法者对相互冲突的利益作出的决定	按立法者的利益权衡解释条文；有漏洞时照这个权衡补上
法官（自由法运动）	法官是有法感、能自己去找法的人	法不只是制定法；社会里实际起作用的规范、法官的正义感，都是法的来源	自由地发现法；漏洞处由法官造法；判决要顾及社会实情

起点的 S，在利益法学是“立法者的权衡”，在自由法运动是“社会里活着的法与法官的法感”。这对预设织进制度的那一项，是**次序**：先用制定法，制定法没有规定时，再轮到权衡或法官造法——瑞士民法典第一条，就把这个次序写成了条文。

◆ 三、意义预设

按本书的读法：利益法学是幸福 ●，自由 ◐，创造 ○。它关心的是利益冲突得到合理的了结，社会的各方都过得下去；它对法官的自由收得很紧，法官得忠于立法者。自由法运动是创造 ●，自由 ◐，幸福 ◐。它是本书到这一章为止，少有的把创造放在中心的学派：法官不是复述法律，而是在案子面前找到、甚至造出法来。它的自由，是法官的自由，不是当事人的自由；它的幸福，是靠法官对社会实情的感觉去照顾的。创造在这里有了位置，可握在一个人手里。

国家实践另读。1907 年通过的瑞士民法典，第一条大意是：法律有规定的，适用法律；没有规定的，依习惯法；习惯法也没有的，法官应当依照自己如果作为立法者会订立的规则来裁判。这句话把自由法运动最核心的主张，放进了一部法典的开头，又给它前面排上了两道门。

◆ 四、走的路

利益法学的代表是德国图宾根大学的菲利普·赫克。他在 1914 年发表长文《法律解释与利益法学》，集中阐述了这一派的主张。赫克的出发点，接着耶林后期的“目的法学”（见第 19 章）：法律不是从概念里推出来的，而是立法者在相互冲突的利益之间作出的决定。每一条法律背后，都有一场权衡：谁的利益让一步，谁的利益保下来。

所以，法官解释法律，要找的不是字面的“概念”，而是立法者那一次权衡。条文有漏洞，法官应当站到立法者的位置上，看他当初怎么权衡，照着权衡补上。赫克管这叫“有思考的服从”：服从的是立法者，但要用脑子服从。

赫克对概念法学的批评也很尖锐。他指出，概念法学先从一批具体规则里抽出一个概念，再反过来从这个概念里推出新的规则——这等于把结论偷偷放进了前提，他称之为“颠倒的方法”。在他看来，概念只是整理规则的抽屉，不是规则的来源；规则的来源是利益的冲突与权衡。

用本书的话说，利益法学走的是 S→E→D：起点是立法者的那一次权衡（S），然后去看案子里缠在一起的各方利益（E），最后照着权衡的方向走出一个判决（D）。那位散步的阿姨就是这么想的：当初不让自行车进步道，是在“骑车人的方便”和“行人的安全”之间，把后者放在了前面；平衡车冒出来，同样的权衡照样成立。

自由法运动比利益法学更早、更激进。1903 年，奥地利学者埃利希发表《自由的法的发现与自由的法学》，提出“自由的法的发现”；1906 年，德国年轻学者康特洛维茨用一个古罗马人的名字作笔名，出版了一本小册子《为法学而斗争》，成了这场运动的宣言。他们的主张大致是：制定法的漏洞多得数不清，法官从来都不只是在套条文；与其假装判决是从条文推出来的，不如承认法官在找法、在造法，并且让他看清社会里实际在起作用的规范，用自己的法感作出公正的判决。

后来有人用一个比方来形容自由法运动所反对的那种法官形象：一台自动售货机，从上面投进案情和费用，下面就掉出判决和理由（这个比方通常归在韦伯名下，他用过“条文自动机”这个说法；耶林、康特洛维茨也用过相近的机器比喻）。自由法运动要把这台机器拆了。埃利希在帝国东部边疆的切尔诺夫策教书多年，看到当地人实际遵守的规矩，许多和法典上写的并不一样：婚姻、继承、租佃，各有一套在村子里管用的办法。在他看来，法学如果只研究法典，就只看见了法的一小部分。康特洛维茨则更关心法官：他认为法学的任务不是给法官提供一套推理的假象，而是帮他看清自己真正在做什么。

它走的路，可以说是 E→D→S 的苗头：从社会实情和案子的具体处境起手，在判的过程里，长出一条可以用的法。可它最后落脚的那个 S——“法官的法感”“社会的活法”——也是一个预设出来的起点。

◆ 五、异象

利益法学的第一个异象是“谁的利益”。小田玩得开心，是一种利益；步道上老人走得安心，是一种利益；公园附近卖平衡车的小店有生意做，也是一种利益。

立法者当初权衡的时候，这些里头有的根本还不存在。照着“立法者的权衡”去补，补的其实是法官想象中的立法者。

还有一种更难办的情形：立法者是不是故意没写？十几年前，市面上已经有些人在玩早期的平衡车了，定规定的人也许见过，也许讨论过，也许觉得这东西速度慢、不必管，于是有意不写。如果是这样，没写就不是漏洞，而是一种决定；法官拿“当初的权衡”去补，反而推翻了当初的权衡。条文的沉默，究竟是忘了说，还是故意不说，利益法学并没有一个可靠的分辨办法。

第二个异象是“利益”这个词本身。在赫克那里，一切值得法律保护的东西，最后都被叫作利益：财产是利益，名誉是利益，公共秩序是利益，连正义感本身也可以叫作一种利益。一个什么都能装进去的词，就分不出轻重了。真正要回答的“哪个更重”，被藏进了“权衡”这个动作里。

自由法运动的异象更直接：两个法官的法感不一样，怎么办？魏师傅觉得危险就禁，换一个管理员也许觉得孩子玩一会儿没什么。法感一旦成了法源，同样的事就可能得到不同的判法，人们对自己行为后果的预期就没了着落。这在法学里叫法的安定性。

还有一个历史给的异象。二十世纪三十年代以后，德国的法官们并没有大规模改写法典，而是借着“解释”，把新的意识形态灌进了旧的条文里。后来德国学者吕特斯专门研究这段历史，1968 年出书，把它称作“无限制的解释”。离开字面去找“真正的法”，这扇门打开了，谁走进来、带着什么进来，门本身管不住。

◆ 六、吸收还是分叉

利益法学的异象，主要靠**改名**吸收，然后**分叉**。“谁的利益更重”这个问题，后来被改称为“评价”：法官权衡利益，实际上是在作价值评价，那么就要找出评价的标准。二十世纪中期以后，德国在利益法学的基础上发展出了“评价法学”，把重心从“利益”挪到了“价值”，并想把价值也织进体系里（讲解释与裁判的那一编还会碰到）。起点“法是对冲突的决定”没有改，只是决定的依据换了名字。

自由法运动走的是另一条路：被**制度化**而驯服。它最激进的主张——法官可以自由找法——没有成为通例；它最有道理的部分——制定法会有漏洞，漏洞处法官不得不造法——被写进了瑞士民法典第一条，排在制定法和习惯法后面。瑞士民法典第一条还有第三款：法官在这样做的时候，要遵循公认的学说和惯例。也就是说，即使轮到法官“作为立法者”，他的法感也得放在学说与惯例的框里，不能只凭自己。一个原本要拆掉机器的运动，最后成了机器上的一个备用开关：平时不用，只有前面两道门都打不开时，才轮到它。

法学的制度依赖在这里看得特别清楚。两家的争论没有一家完胜，可“先字面、再权衡、最后才是法官造法”这个次序被写进了法典开头的条文，从此每个法官面对漏洞，都得按这个次序走一遍。中国的民法典也有一条类似的次序（第十条）：处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但不得违背公序良俗。它没有写“法官作为立法者”那一层，次序的头两道门与瑞士民法典相近。这里只描述条文结构。

魏师傅那句“我说不行就不行”，在这个次序里排在最后，而且必须讲出“如果我是定规矩的人，我会怎么写”。

◆ 七、它看对了什么

利益法学看对了：每一条法律背后都有一场权衡，读懂了权衡，才算读懂了条文。阿姨那句“想想当初为什么不让自行车进来”，比老会计的“字面没写就是没禁”更接近规矩本来的样子。

自由法运动看对了：法官从来不是自动售货机，判决里总有判的人的成分；与其假装没有，不如把它摆到明处，让它受到检查。它也看对了，社会里实际在起作用的规范，有时比纸面上的法更管用——这一点本编后面讲埃利希的“活法”时还会接着说。

两家合起来还看对了一件事：漏洞不是法律的失败，而是法律的常态。社会总比条文跑得快，平衡车之后还会有别的东西进来。一个法律体系好不好用，很大程度上看它为漏洞准备了怎样的次序，而不是看它能不能事先把一切写全。

它们共同的盲点，是都在为法官找一个可以站的地方：要么站在立法者身后，要么站在自己的法感上。小田的爸爸、散步的老人、魏师傅，在这两家的图里都只是“利益”或“社会实情”，不是一起把规矩长出来的人。

带走的话

- 利益法学：法是立法者对利益冲突的决定，法官要“有思考地服从”那次权衡。
- 自由法运动：法官不是自动售货机，漏洞处法官要找法、造法；它是少有的把创造放在中心的学派。
- “利益”被改名为“评价”，分叉出评价法学；自由找法被写进瑞士民法典第一条，排在最后一道门。
- 先字面、再权衡、最后才是法官造法——这个次序被写成条文，就是“次序”上的制度依赖。

小账 本章动用：主角一问、S→E→D、E→D→S 的苗头、次序、异象、改名、分叉、制度化、制度依赖、理论与实践分开读。

锁定记录：利益法学“法是立法者的权衡”与自由法运动“法官的法感与社会的活法”两个起点被锁住；“利益”被改名为“评价”，自由找法被驯服成法典第一条里排在最后的一道门。

第 26 章

两种现实主义：美国与斯堪的纳维亚

> 这一章的问题：如果法就是“法院实际会怎么判”，那法官在判的时候，又是在预测谁？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。葛老板在城郊开了一家二十张桌的小饭馆，去年请装修队翻新后厨，合同写明四十天完工，结果拖了七十天。他按合同扣了一笔尾款，装修队起诉，要他把尾款全付清。葛老板拿着合同去律所，进门就问：“合同上白纸黑字写了逾期要扣钱，我是不是稳赢？”

接待他的樊律师没有先翻合同条款。她问了一串别的事：案子在哪个区的法院立的案；这个法院近两年判过的装修纠纷，逾期扣款大多支持到几成；后厨拖期那段时间，是不是赶上了燃气改造，有没有书面记录；对方是不是常在这个法院打官司的老熟人；葛老板当时有没有在微信里说过“晚几天没关系”。问完，她说：“条文是你的底气，可我能告诉你的，是这家法院大概会做什么。照我看，扣款能保住一部分，全保住难。”她还补了一句：这个法院的民事庭，碰到工期延误又有政府施工打断的情况，习惯让双方各担一部分；要是葛老板拿得出燃气改造的停工通知，对方多半不想走到判决那一步。

葛老板回去想了两天，最后和装修队在法院的调解室里谈了下来：尾款付一半，另一半算作逾期的赔偿。他事后说，自己从头到尾没弄明白合同那一条到底“对不对”，只弄明白了“会怎样”。

葛老板有点不服气：法律到底是写在合同和法条里的，还是写在法院过去的判决和法官的习惯里的？樊律师那一套问法，正是二十世纪上半叶在美国成形的一路学问的问法。差不多同一时期，在瑞典乌普萨拉和丹麦哥本哈根，另一群学者从哲

学的方向走到了相近的地方：他们说，“权利”“义务”这些词，并不指向世界上任何一样东西。两路人都叫“现实主义”，这一章把它们放在一起读。

◆ 二、学派的出生证

这两个学派的主角，都是守法人：一个想知道自己会落到什么结果的普通人。法官是被他盯着看的那一方。

学派	主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
美国法律现实主义（霍姆斯开头，卢埃林、弗兰克等）	守法人（只关心后果的人）	守法人只在乎会不会挨罚、要赔多少；法官是有性情、受事实与职业惯例推动的人，不是推理机器	法是对法院实际会做什么的预测	规则怀疑、事实怀疑，把案件分细来看，把社会科学引进法学院
斯堪的纳维亚现实主义（海格斯特罗姆、奥利维克罗纳、罗斯等）	守法人（心里有“受约束感”的人）	人被“有约束力”的感觉驱动，这种感觉是心理事实	法是一组社会心理事实；“权利”“义务”不指向任何实在之物	有效的法＝法官在裁判中会当作有约束力来用的规范；法律语言的清理

两个学派起点的 S，都是“去掉玄虚之后剩下的事实”：一个是判决的事实，一个是心理的事实。美国这一支织进制度的，主要是**连接**：把判决和事实、和社会后果、和商人的交易习惯接上；北欧这一支织进的，是法律语言与福利立法之间的连接。

◆ 三、意义预设

以下是本书的读法，不是事实。美国现实主义在理论上押在幸福上（●）：它关心判决落到社会上是什么后果；自由与创造各占一半（◐）：守法人凭预测安排自己的事，法官被承认在造法。北欧现实主义更集中地押在幸福上（●），拿社会福利当立法的尺度，自由与创造都轻（○）。两者的差别在于：美国这一支的幸福落在个案的后果上，北欧这一支的幸福落在整个社会的安排上。

国家实践要另读。新政时期，不少美国现实主义者进了政府；弗兰克后来当过证券交易委员会主席（1939—1941），又做了联邦第二巡回上诉法院法官，直到1957 年去世；卢埃林是《统一商法典》的主要起草人。实践里，他们把“看后果”变成了监管与商事立法的日常功夫。北欧那一边，学派的去形而上学态度，和当地福利国家的立法风格相互呼应；至于影响有多直接，学界有争论，本书不写死。

◆ 四、走的路

美国这一支的起点，常被追到霍姆斯。他在 1881 年的《普通法》开头写下一句后来被反复引用的话：“法律的生命不是逻辑，而是经验。”1897 年，他又在刊于《哈佛法律评论》的《法律的道路》里，请读者站到“坏人”的位置上看法律：一个不在乎道德、只在乎后果的人，想知道的就是法院会怎样对付他。从这里推下来，法就不再是一套写好的命令，而是一串对法院行为的预言。他甚至用合同举例：所谓“有义务履行合同”，在坏人眼里，不过是一个预言，即你不履行的话，就要赔一笔钱，此外什么也没有。葛老板手里那份合同，在霍姆斯的眼里正是如此：它的分量，不在纸上写了什么，而在法院会让谁掏多少钱。

这个说法在当时很刺耳。十九世纪后期的美国法学院，正流行从少数几条基本原理推出整套合同法、侵权法的教法，学生读的是精选判例，目标是从里面提炼出概念与原理。霍姆斯把“原理”翻过来：先有一代代法官处理具体纠纷的经验，原理是事后对这些经验的整理，而且总落后于经验。

三十年后，卢埃林、弗兰克这一代把这条思路推到了课堂和法庭。卢埃林区分纸面上的规则与真实的规则：后者是法官实际怎样处理一类案子的规律。他主张把案件分得更细，因为“合同纠纷”这样的大类太粗，同一条规则在卖粮食的案子和卖机器的案子里会长出不同的判法。弗兰克走得更远，他说不确定性主要不在规则，而在事实：证人记错、陪审团好恶、初审法官怎样相信一个人，这些才是判决最难预测的部分。三十年代初，两人与庞德之间还有过一场著名的笔战（弗兰克

1930 年出版《法与现代心智》，庞德指责书里错引了他的话），庞德嫌他们只拆不建，卢埃林回应说现实主义不是一个学派，而是一种做法。

照本系列的读法，这是一条 S→E→D 的路。起点 S 是预设好的：法＝预测。接着它不去推演条文，而是先摸 E，也就是缠在一起的那些条件：法官的出身与性情、本地法院的惯例、当事人的身份、事实怎样被证明。最后才落到 D，即判决的序列，并从这个序列里归纳规律。樊律师问葛老板的那一串问题，问的全是 E。

北欧这一支走的是哲学的路。乌普萨拉的海格斯特罗姆认为，价值判断不能为真或为假；“我有权利”这句话，背后没有一样叫“权利”的东西，只有一种被约束、被授权的感觉，和一套让这种感觉起作用的社会机制。奥利维克罗纳在 1939 年的《作为事实的法》里，把法描述为一套独立化了的命令，它被一代代人内化，于是好像有了自己的力量。罗斯在 1953 年的丹麦文著作《论法与正义》里给出了一个可以操作的说法：一条规则是不是有效的法，看的是法官在裁判时会不会把它当作有约束力的东西来用。他还写过一篇讲“图图”的短文：一个虚构的部落把犯了禁忌的人叫作“图图”，这个词本身什么也不指，却把“做了某事”和“要受某种处置”连了起来。他说，现代法里的“所有权”也在做同样的连接工作。

◆ 五、异象

两路现实主义都有一个共同的难处：法官自己。

如果法就是对法院行为的预测，那么法官坐在审判席上，拿着卷宗想“这个案子依法该怎么判”的时候，他在预测谁？他不能预测自己。后来哈特正是抓住这一点：法官把规则当作判决的理由，而不是当作关于自己行为的预言。对于守法人，预测说得通；对于做决定的人，预测说不通。

第二个异象来自终审。最高一级法院判错了，按预测论，那个“错判”恰恰就是被准确预测到的法，于是“判错”这个词失去了意义。可律师、法官、读报的普通人，天天都在说某个判决错了，而且会据此去上诉、去推动改判。

弗兰克的事实怀疑，在学派内部又造出一个异象。如果判决最难预测的部分在事实，在证人、陪审团和初审法官的好恶，那么预测论自己就站不稳了：它承诺的是“告诉你法院会做什么”，可它找到的最大变数，恰恰是它说预测不了的那一块。弗兰克把这个结论推到底，就等于说法在初审那一层基本没法预测。学派的起点要求它能预测，学派最诚实的成员却证明它在最要紧的地方预测不了。

北欧这一支的异象，出在它自己的方法上。如果“权利”“有效”这些词不指向任何东西，那罗斯给出的检验标准，即法官会不会把一条规则当作有约束力，本身又要靠法官心里那个“受约束感”。去掉的东西，从后门又回来了。

还有一个更日常的异象。樊律师的预测，会改变葛老板的行动：他可能因此和解。许多人都这样做之后，进到法院的案子就换了一批，法院的判决规律也跟着变了。预测在回写被预测的东西，而两路现实主义的起点里，都没有给这种回写留位置。

◆ 六、吸收还是分叉

对“法官自己”的异象，美国现实主义多半用的是免检：它说，我们研究的是从外部看法院，法官内心怎样推理不是我们的题目。对“判错”的异象，用的是改名：错判被改称为一次“没预测到的偏差”，或者一个尚未被纠正的数据点。对弗兰克的事实怀疑，学派的主流同样没有回去改起点，而是把它当成一个需要改进的技术问题：改进证据规则、改进初审程序、改进法学院的事实训练。预测论本身不动，预测不了的那部分被归到“程序有待完善”名下。

也有人认真地去做预测。耶鲁一位叫安德希尔·摩尔的学者，曾带人在街上观察司机怎样对待停车标志，想用这种方法量出规则对行为的实际影响。这类研究后来没有成为主流，因为它量得出司机停不停，却量不出法官为什么那样判。北欧这一支对“从后门回来的受约束感”，用的是先验：按定义，有效法就是被法官当作有约束力的规范，这个定义不再追问约束力本身是什么。

分叉也很明显。美国现实主义的一支走进了二十世纪中叶的“法律过程”学派，转而研究哪个机构适合做哪种决定；另一支后来接上了法经济学，把“预测后

果”变成用价格和效率去算；再一支在七十年代以后长成批判法学，把“法官受性情推动”推到“法律受政治推动”。这三支各有各的起点，在第 37 章、第 42 章会再见到。

制度上的沉淀，在美国最清楚的是《统一商法典》：它把交易惯例、行业做法和诚信要求写进了合同的解释，把判决和商人们实际怎样做生意连在一起。这是现实主义对法律关系“连接”一项最硬的一次加固。

◆ 七、它看对了什么

两路现实主义都看对了一件事：显露出来的条文，不等于法实际走过的路。条文是 S，判决的序列是 D，而决定判决的，往往是条文没写的那些 E。它们还看对了事实的分量：许多官司输在证据上，不是输在法条上。美国这一支提醒法学院，法律人要懂社会；北欧这一支提醒法学家，不要被自己造的词骗住。

今天的中国读者对这一套并不陌生。律师给当事人做的“类案检索”，法院系统近年推行的类案检索与统一法律适用的做法，都在做一件现实主义者熟悉的事：不只问条文怎么写，也问同类案子过去怎么判。区别在于用途：现实主义者拿判决序列去预测，制度拿判决序列去约束，让后案向前案看齐。同一个 D，被一个学派当作观察对象，被另一套制度当作必须遵守的次序。

它们没看到的，是从守法人那一头看过去的“服”。葛老板最后接不接受判决，不全是因为猜中了；判决讲出的理由能不能让他心里过得去，也在决定这件事会不会再起一场官司。

带走的话

- 把法当作预测，是站在守法人的位置上看法；站到法官的位置上，预测就说不通了。
- 现实主义的路是 S→E→D：先认定法＝事实，再去摸缠在一起的条件，最后从判决序列里归纳规律。
- 它把“判错”改名为“偏差”，把法官的内心判为不必检验，这是它的吸收。
- 预测会回写被预测的人，这一点两路现实主义都没给位置。
- 同一串判决，现实主义拿来预测，遵循先例拿来约束，前者是观察，后者是次序。

小账 本章动用：出生证（守法人为主角）、S→E→D、免检、改名、先验、分叉、制度依赖之连接。

锁定记录：“法＝对法院行为的预测”与“法＝社会心理事实”两个起点被锁住；《统一商法典》把交易惯例织进合同解释的连接。

第 27 章

庞德的社会学法学：法是社会工程

> 这一章的问题：把法当成一项工程，谁来当工程师，图纸上的利益又由谁来称重？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一条两百多米长的老街，傍晚以后会冒出三十来个流动摊位：炸串、烤冷面、手机贴膜、卖袜子的、修拉链的。附近居民抱怨油烟和吵闹，临街的店主抱怨摊贩占了门口，放学的家长抱怨孩子过不去，城管两头为难。街道办开了三次协调会，最后贴出一张告示：每天傍晚六点到晚上十点可以摆；学校门口五十米内不摆；消防栓两侧各留三米；每个摊位用地上画好的白线框，先到先得；一次违反提醒，三次违反取消资格。

这张告示没有满足任何一方的全部要求。居民希望晚上九点收摊，摊贩希望摆到半夜，店主希望摊位离门口更远。告示做的是另一件事：把每一方的“要”列出来，称一称，在一张地图上把它们安顿下来，让摩擦尽量少。负责起草的街道干部孔科长说，他们干的就是“工程”：画线、定时段、留通道，跟修一条排水沟差不多。

这正是庞德对法的看法。

◆ 二、学派的出生证

社会学法学的主角是立法者，以及以立法者的眼光看问题的法官：他们被当作社会工程师。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
立法者与法官（社会工程师）	人是一束“要求”的承担者；法律人能把这些要求列成清单、称重并设计安顿办法	法是社会控制的工具，是以最少摩擦和浪费、满足尽可能多要求的工程	利益理论（个人利益、公共利益、社会利益）；“书本上的法”与“行动中的法”之分；反对机械法学；研究法律的社会效果

起点的 S 是一张已经画好的利益清单：要求可以被分类、被称重，而且称重的人站在清单之外。它织进制度的，主要是**结构**：在判决与立法里，加进一个固定的步骤，即列出各方利益、互相衡量。

◆ 三、意义预设

以下是本书的读法。庞德在理论上押在幸福上（●）：满足尽可能多的要求，就是他对法的期待。自由占一半（◐）：个人利益在他的清单上排得靠前，但随时可以被社会利益抵掉。创造很轻（○）：工程师在已有的材料里设计，不负责让新的东西长出来。

国家实践另读。社会学法学的气氛，和美国二十世纪初的进步主义改革合拍；“法要看社会效果”的想法，后来也被许多国家的行政立法吸收。但庞德本人在三十年代后期，对新政时期迅速扩张的行政机构越来越警惕，这一点下面会讲到：实践用了他的图纸，他却不赞成图纸被那样使用。理论与实践在这里分得最清楚：理论把称重交给法官和立法者，实践却把称重大量交给了行政机构里的专家。

◆ 四、走的路

庞德出身于内布拉斯加，年轻时学的是植物学，拿过植物学博士，后来才转入法律，1916 年起长期执掌哈佛法学院。植物学的分类训练，在他的法学里看得出来：他喜欢列表，把利益分门别类。

他的起手是批评。1906 年，他在美国律师协会的年会上做了一场演讲，题目是公众为什么对司法不满。他说，不满的一大原因，是法院固守着与社会脱节的规

则和程序，把案子判得合乎逻辑、却不合情理。这场演讲在当时引起不小的反弹，后来却被看作美国法学转向的一个起点。1908 年，他写文章批评“机械法学”：法官从概念一路推到判决，像机器一样，不管推出来的结果在社会上行不行得通。1910 年，他提出“书本上的法”和“行动中的法”之分：法条写的是一回事，警察、法院、行政机关和普通人实际怎样做，是另一回事，法学要研究后者。

批评之后，他给出了自己的建设方案。法是一项社会工程，工程师要做三件事：先把人们提出的要求认出来，分类登记；再决定哪些要求值得法律承认，承认到什么程度；最后设计办法，让被承认的要求得到保障，同时让它们之间的冲突尽量少。他把要求分成三大类：个人的（生命、身体、财产、家庭），公共的（以国家为主体提出的），社会的（一般安全、社会制度的稳定、一般道德、资源保护、一般进步、个人生活）。到了晚年，他把这套东西写进多卷本的《法理学》。

拿老街那张告示来对一对，三类利益都在里面。摊贩要谋生、居民要睡个安稳觉、店主要门口不被堵，这些是个人利益。道路要保持通行，这是以政府的名义提出的公共利益。消防栓两侧留三米，护住的是一般安全；放学时孩子能走过去，护住的是社会制度的正常运转；让摊贩有地方摆、居民也有夜晚可过，护住的是庞德说的“个人生活”这一类社会利益，即每个人都能过一份像样的日子。告示上每一条白线，都能在他的清单上找到对应的一格。

庞德由此给法官派了一个新角色。机械法学里的法官是推理者，从概念推到结论；社会学法学里的法官要像工程师那样，看见判决背后被牺牲和被保护的利益，并且把这种看见说出来。他并不要法官丢掉规则，而是要法官明白，规则本身就是过去某一次称重留下的结果，到了新的社会条件下，称重可能要重来。

庞德的材料，不少来自欧洲。第 19 章的耶林讲法是为目的服务的，第 25 章的利益法学讲判决要权衡利益，下一章的埃利希讲社会自己有一套“活法”，这些他都读过，也向美国读者介绍过。他做的事，是把欧洲这几路思想装进一个美国式的框架：不只描述社会，还要动手设计社会。欧洲的法社会学多半停在“看”，庞德要往前走一步，走到“修”。这一步，正是“工程”二字的分量所在，也是他的起

点被锁住的地方：修的人是谁，修的人凭什么，这两问在他的框架里都是预设好的。

照本系列的读法，这也是一条 S→E→D 的路，但与现实主义不同。现实主义的 E 是法官的性情和本地的惯例；庞德的 E 是社会上缠在一起的各方要求。他先认定法是工程（S），再去清点利益（E），最后设计判决与立法的办法（D）。孔科长的告示就是这条路：先认定这是一项“安顿”的工作，再列出居民、摊贩、店主、家长、城管各自的要求，最后画线、定时段。

◆ 五、异象

第一个异象出在称重上。利益清单列得再全，称重总要一杆秤。居民的安静和摊贩的生计，谁重？庞德的回答，是一组他称为“文明的法律公设”的东西：在一个文明社会里，人们有理由期待别人不会故意侵犯自己、会信守承诺、会对自己造成的损害负责，等等。可这组公设本身从哪里来？它是从美国二十世纪初的社会里归纳出来的，还是对一切文明社会都成立？换一个社会、换一个时代，公设就得重写，而重写的标准，清单里没有。

“最少摩擦”这把尺子本身，也有偏向。谁现在占着位置，谁被挪动时闹出的摩擦就最大。店主有门面、有营业执照、认识街道干部，把他门口的摊位挪走，他只是少了点麻烦；把摊贩挪走，摊贩少的是一家人的饭钱，可他闹不出多大动静。按摩擦称重，秤盘会悄悄向已经站稳的一方倾斜。庞德的目标是满足尽可能多的要求，可他的尺子量的是要求造成的阻力，阻力大小与要求轻重，并不是一回事。

第二个异象来自同一阵营。三十年代初，卢埃林等现实主义者批评庞德：你说要研究行动中的法，可你自己并没有真去研究，你的利益清单还是在书房里分类的。庞德回敬他们只拆不建。这场争论暴露的是，“行动中的法”一旦被认真对待，工程师的图纸就要被现场改写，而庞德的起点里，工程师始终站在现场之外。

第三个异象出在清单的入口。庞德的工程从“认出人们提出的要求”开始。可要求得先被提出来，才进得了清单。老街的协调会上，有备而来的是店主和居民代表；摊贩里只来了两个人，其余的在出摊；附近工地上下夜班、靠路边摊吃一顿热

饭的工人，根本没人想到要请。他们的要求不在清单上，也就没有被称重的机会。工程师站在清单之外，看起来公允，可清单的入口由谁来开，起点里没有说。

第四个异象最尖锐，是庞德自己的晚年。如果法是社会工程，那么一个拥有专家、数据和执行力的行政机构，似乎正是最合格的工程师。新政时期的监管机构就是这样做的。可庞德在三十年代后期越来越反对行政权的扩张，担心专家机构绕开法院、绕开程序。他担心的东西，正是他自己的起点推出来的。

◆ 六、吸收还是分叉

对称重的异象，庞德用的是先验：把“文明的法律公设”放在清单之上，按定义，它们就是一个文明社会的人有理由期待的东西，不再追问它们的来历。对现实主义的批评，他用的是改名：把现实主义者的发现，即法官受性情、事实与惯例推动，改称为“行动中的法”的一部分，纳入自己已有的框架，好像早已说过。对自己晚年的担忧，他没有回去改起点，而是把问题转成了程序与法院的问题：工程师可以有，但要受司法审查。这其实是在起点之外，补了一条“谁来监督工程师”的外挂。

分叉发生在他身后。“利益衡量”这一步，后来成了许多法院处理权利冲突的常用办法；在美国宪法诉讼里，各种“衡量”式审查越来越多。德国那一边，第 25 章讲过的利益法学走的是相近的路。到了第 49 章，比例原则会把这杆秤做得更细：先问手段是否适合目的，再问有没有更温和的办法，最后才称重。这都是从“称重”这一步长出来的分叉，它们的共同点是：秤的来历，依然放在画面之外。

制度上的沉淀，是“衡量”成了判决书里的一个固定段落，即本书所说的**结构**：先列出两方利益，再说明为什么这一方更重。判决一旦这样写惯了，后面的案子就要照着这个格式走。

还有一层沉淀落在**次序**上。一次称重写成判决之后，它就成了下一次称重的砝码：前一个案子认定“安全”重于“营业”，后一个法官再碰到相似的冲突，就很难从零开始称。秤还是那杆不讲来历的秤，只是每称一次，就多了一块被当作先例

的砝码。对清单入口的异象，学派也没有改起点，而是用免检处理：没有提出的要求，按方法就不在工程师的工作范围内。

◆ 七、它看对了什么

庞德看对了，法不只是逻辑的推演，也是一种安顿：许多纠纷没有“对的一方”，只有一个让各方摩擦最少的安排。他看对了，书本上的法与行动中的法之间有一道缝，法学不能只盯书本。他还看对了，利益可以被看见、被说出来，而不必藏在概念后面。孔科长那张告示之所以能贴得住，靠的就是把每一方的要求说清楚了。

他没看到的是：街道上的白线框贴出去之后，摊贩会自己调整位置、居民会自己掂量吵闹的底线，过了一个夏天，告示里有两条已经没人照着做，却多出了三条没写的规矩。工程不是一次画完的，而是在被使用的过程中不断长出来的。

用本系列的话说，庞德把 E 当成了一个可以清点的仓库：要求一样一样摆在那里，等工程师来登记。可缠在一起的条件不是静止的库存，它会被设计回写：白线一画，摊贩之间就有了新的先来后到，居民对“吵”的忍耐也跟着变了。工程师的每一笔，都在改他刚刚清点过的东西。庞德的图纸里，没有给这种回写留下修改起点的通道。

> 带走的话
>
> - 把法当作工程，就预设了一个站在清单之外称重的工程师。
> - 庞德的路是 S→E→D：先认定法是工程，再清点缠在一起的利益，最后设计办法。
> - “文明的法律公设”是他的先验：称重用的秤，被放在了检验之外。
> - 他晚年担心的行政扩张，是他自己的起点推出来的。
> - “衡量”写进判决书的固定段落之后，它就成了制度的一部分。

> **小账**　本章动用：出生证（立法者为主角）、S→E→D、先验、改名、分叉、制度依赖之结构。
> 锁定记录：“法＝社会工程，利益可以由站在清单外的人称重”这一起点被锁住；利益衡量作为判决书的固定段落，织进了裁判的结构。

第 28 章

埃利希与韦伯：“活法”与法的形式合理性

> 这一章的问题：法是活在人们日常相处的默契里，还是活在一套谁来用都算得出同样结果的规则里？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个老家属院里的五层单元楼，一梯两户，楼道窄。住了三十年的苗奶奶说，这栋楼的楼道从来没有贴过规定，可大家心里都有数：门口可以放一个鞋架、冬天可以码几棵白菜；纸箱不过夜；二楼到三楼的拐角，必须留出能抬一副担架的宽度。最后这一条有来历：好些年前，四楼一位老人半夜犯病，担架卡在拐角的自行车上，耽误了几分钟。从那以后，拐角就再没人放过东西，也没有谁去写成文字。

去年三楼搬来一对年轻夫妇，姓程，孩子刚满月。婴儿车大，家里放不下，就停在了拐角，旁边还摞着网购的纸箱。没有人去敲门讲道理。苗奶奶在楼下碰见程家的媳妇，先夸了孩子，再提了一句当年担架的事。第二天，婴儿车挪到了一楼的楼梯底下，纸箱也不见了。

过了半年，物业换了公司。新物业在每层贴出一张告示：楼道内严禁堆放任何物品，违者统一清理。告示一贴，鞋架算不算“物品”？白菜算不算？一楼楼梯底下的婴儿车算不算？楼里的人开始犯难：照告示办，三十年的默契全废了；照默契办，物业清理起来又“有章可循”。

这栋楼里同时活着两种法：一种是住户之间长出来、靠彼此记得的规矩；一种是写在纸上、对谁都一样、谁来执行都得出同样结果的规则。二十世纪初，一位奥地利学者专门研究前一种，一位德国学者专门研究后一种怎样在历史上胜出。这一章把他们放在一起。

◆ 二、学派的出生证

埃利希的主角是守法人：在家庭、村落、商会、行会里过日子的人。韦伯的主角是法律专家：受过专门训练、靠一套概念工作的法官与官员。

学派	主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
埃利希的法社会学	守法人（团体里的成员）	人首先是团体成员，按团体内部的秩序生活，很少想到法院	法的重心不在立法、不在判决，而在社会本身，即支配日常生活的“活法”	区分裁判规范与生活规范；到契约、遗嘱、习惯里去找法；法学要做实地观察
韦伯的法社会学	法律专家（法官与官员）	人按自己理解的意义行动；法律专家是一个受过专门训练的阶层	法是一种由专门强制人员保证的秩序；法可以按“形式／实质”“理性／非理性”分型	法的理性化类型学；形式合理的法与可计算性的关系；法律职业阶层的历史作用

两人起点的S不同：埃利希的S是“社会自己会长出秩序”，韦伯的S是“现代法的方向是形式理性化”。埃利希的预设织进制度的，主要是**次序**：习惯在什么位置、排在法律之前还是之后；韦伯的预设织进的，主要是**结构**：一套抽象、自洽、可以层层推演的规则体系。

◆ 三、意义预设

以下是本书的读法。埃利希在理论上押在幸福上（●）：他说活法的本质是和平与合作，而不是诉讼；创造占一半（◐）：社会自己会长出新规矩；自由偏轻（○），因为团体的秩序常常先于个人的选择。韦伯标榜价值中立，但他的类型学里有一个看得出的重心：形式合理的法让人能算出自己行动的法律后果，这是一种可预期的自由（●）；幸福与创造都偏轻（○）。

国家实践要另读。许多国家的民法都给习惯留了位置，而且排好了次序。以中国为例，民法典总则编规定，处理民事纠纷应当依照法律；法律没有规定的，可以

适用习惯，但是不得违背公序良俗。这一条既承认了活法，又把它放在法律之后、并加了一道门槛。韦伯那一边，现代国家的法典化、官僚制和职业法官制度，在实践里大体朝着他描述的方向走，但二十世纪以后又加进了大量“诚实信用”“公序良俗”这类需要按个案填充的条款，形式与实质在实践里一直是混着用的。

◆ 四、走的路

埃利希生在切尔诺夫策，当时属于奥匈帝国的布科维纳，今天在乌克兰境内。那是一个多民族、多语言混居的地方，奥地利的民法典在纸面上通行全境，而各个族群的婚嫁、继承、租佃、借贷，却各有一套代代相传的做法。他在当地大学教书，越看越觉得，课堂上讲的法典，和他窗外人们实际遵守的规矩，是两张不同的地图。

1913 年，他出版了《法社会学原理》。书里有一个影响很大的区分：法院用来裁决纠纷的规范，只是法的一小部分；更大的部分，是支配人们日常相处的规范，它们很少进法院，却决定着绝大多数人怎样过日子。他把后者叫作活法。要认识活法，不能只读法条和判决，要去读真实的契约、遗嘱、账本、合伙章程，要去看人们实际怎样做。他的一个有名的意思是：法的发展重心，既不在立法，也不在法学和判决，而在社会本身。

照本系列的读法，埃利希走的是 S→E→D。起点 S 预设好了：社会自己有秩序。接着他去看 E，也就是缠在一起的那些条件：族群、行业、家族、地方的老规矩；最后才看 D，即这些规矩怎样一步步变成判决、写进法典，或者始终没有被写进去。苗奶奶那栋楼的“担架宽度”，就是一条地道的活法：它从一件事里长出来，靠记忆和面子维持，从没进过任何文件。

埃利希的方法有一点很实在：他让学生去收集真实的文书。一份农庄的租佃合同里，哪些条款每份都有、哪些条款法典里根本没提；一份商行的合伙契约里，盈亏怎么分、出了事谁先担。他发现，法典规定的往往只是一个空架子，真正决定人们权利义务的，是这些文书里反复出现、大家都照着签的那几条。今天的读者想一

想自己签过的租房合同、物业服务合同就明白：真正管着你的，常常是合同里那几条“行规”，而不是民法典的某一条。

韦伯走的是另一条路。他比埃利希小两岁，学法律出身，后来转向经济史和社会学。他在生前没有写完的大书《经济与社会》里，有一大部分是法社会学，1922年在他去世后整理出版。他先给法下了一个社会学的定义：一种秩序，如果它的遵守有一批专门人员用强制来保证，它就是法。然后他按两把尺子给历史上的法分型。一把尺子问：判决是不是依照事先定好的一般规则？依照的叫“形式”，不依照、而按个案的伦理或政治考虑来判的叫“实质”。另一把尺子问：判决的依据是不是可以用理智检查的？可以的叫“理性”，靠神谕、神判、超自然启示的叫“非理性”。两把尺子交叉，得出四种类型：形式非理性（如神判）、实质非理性（按个案的感情或权宜来判）、实质理性（按某种伦理或政治原则来判）、形式理性（按抽象、自洽、可以推演的规则体系来判）。

韦伯认为，西方法律史的主线，是朝形式理性一步步推进，罗马法的复兴、职业法学家阶层的兴起、德国的潘德克顿体系，都在这条线上。他还把这条线和资本主义连在一起：商人要长期投资，就得能事先算出合同、产权和纠纷的结果；形式理性的法，恰好提供了这种可计算性。

照本系列的读法，韦伯的路是 S→D→E：起点 S 是一张类型表和一个方向；接着沿着历史的 D 一段段对号入座；最后才把 E，即经济、宗教、政治、法律职业这些缠在一起的条件，拉进来解释为什么在西方而不在别处。他对中国、印度、伊斯兰世界的法律传统也做过比较，结论多半是把它们放在“实质”的那一侧：判决更看重个案的伦理与情理，而不是抽象规则。这些比较里有不少后来被专门研究者修正，本书不展开，只记下一点：韦伯的类型表，一开始就是以西方的那条路为尺子做出来的。新物业那张告示，正是一条形式理性的规则：不看是谁家、不看放了多少年、不看是不是白菜，一律“严禁”。它的好处是谁来执行都一样，它的代价是三十年的默契一夜作废。

五、异象

埃利希碰到的异象，是活法本身的好坏。如果法的重心在社会本身，那么当一个团体的默契欺负人的时候，比如一个家族的老规矩让女儿分不到遗产，或者一栋楼的老住户默契地把新来的租户排除在外，活法是不是也算法？埃利希的框架擅长描述，却没有给“这条活法该不该被国家法改掉”一个判准。

第二个异象来自法学内部。一战期间，凯尔森与埃利希打过一场笔战：1915年凯尔森在一份社会科学刊物上发长文批评埃利希，次年埃利希答辩，凯尔森又回了一篇。凯尔森的批评大意是：埃利希把“人们实际怎样做”和“人们应当怎样做”混在了一起，事实推不出规范，法社会学讲得再细，也回答不了“什么是法”。这个异象下一章会从凯尔森那一侧再看一次。

韦伯碰到的异象，最有名的是英国。按他的类型学，形式理性的法与资本主义携手前进，可资本主义最早成熟的英国，用的恰恰不是系统化的法典，而是普通法：靠先例一案一案往前挪，许多地方并不讲求抽象体系，在韦伯的标准下理性化程度反而不如欧陆。后来的研究者把这叫作韦伯的“英国问题”。

第二个异象来自韦伯自己的时代。他晚年已经看到，现代法里出现了许多反形式的倾向：劳动者要求实质公平，法官被要求考虑社会后果，立法里多了需要按个案填充的一般条款。按他的方向论，这些是逆流；可它们后来成了二十世纪法律的主流之一。

六、吸收还是分叉

埃利希对“坏的活法”这个异象，用的是免检：法社会学的任务是描述，不是评判，好坏留给立法者。对凯尔森的批评，他坚持法社会学才是对法的科学研究，并没有回头修改自己的起点。

韦伯对英国问题的处理，后来常被概括为改名：英国的资本主义能在不够形式理性的法下发展，是因为别的因素补上了，比如律师行会把法律掌握在一个与商人

利益接近的职业阶层手里，判例本身也形成了另一种可预期性。这些说法未必错，可它们的作用是把一个反例改称为“另有原因的特殊情况”，类型表不动。对二十世纪的反形式倾向，韦伯的类型表同样不动：它们被登记为实质理性的回潮，是方向上的一段逆流。

分叉在两人身后很清楚。埃利希的活法，接上了后来的法律人类学与法律多元主义：一个社会里同时存在好几套法，国家法只是其中一套。韦伯的形式合理性，接上了第 41 章要讲的卢曼：法律系统只认自己的代码，越来越形式化，同时又要对外界保持敏感。

制度上的沉淀，两人各有一处。埃利希一路，沉淀为民法里“法律优先、习惯补充、公序良俗把关”的次序；韦伯一路，沉淀为法典与职业法官制度共同撑起的结构：抽象概念、体系编排、层层推演，这正是第 18 章概念法学留下的骨架，被韦伯从历史上做了一次总的说明。

◆ 七、它看对了什么

埃利希看对了一件很朴素的事：绝大多数纠纷从来不进法院，人们靠活法相处；不看活法，就看不见法的大半。韦伯看对了另一件事：形式规则的力量，不在它多聪明，而在它对谁都一样，所以陌生人之间也能放心打交道。

苗奶奶那栋楼的难处，恰好把两人的长处和缺口都摆了出来：默契让熟人之间省去了许多麻烦，却留不住新来的人；告示让陌生人也有章可循，却抹掉了“担架宽度”这样从一件事里长出来的道理。用本系列的话说，活法是在 E 里一次次“判”与“服”长出来的，形式规则是把某一次长出的结果冻成 S。两人各自抓住了一半：埃利希看见了长，没给长出来的东西一个筛选；韦伯看见了冻，把冻当成了方向。

带走的话

- 法有两张地图：一张是人们实际怎样相处，一张是谁来用都算得出同样结果的规则。
- 埃利希的路是 S→E→D，从缠在一起的生活里找法；韦伯的路是 S→D→E，沿着历史给法分型。
- 埃利希把“坏的活法”判为不必检验；韦伯把英国问题改名为“另有原因”。
- 民法里“法律优先、习惯补充”的次序，与法典撑起的体系结构，是两人各自留下的制度沉淀。

小账 本章动用：出生证（守法人与法律专家为主角）、S→E→D、S→D→E、免检、改名、分叉、制度依赖之次序与结构。

锁定记录：“社会自己长出秩序”与“现代法朝形式理性推进”两个起点被锁住；“法律优先、习惯补充”的次序与法典体系的结构是各自的沉淀。

第 七 编

纯粹、决断与恶法

编　序

本编是纯粹、决断与恶法：凯尔森、施米特、拉德布鲁赫公式，以及马克思主义法学。

本编各章：

- 第 29 章　凯尔森的纯粹法学：规范金字塔与基础规范
- 第 30 章　施米特的决断论
- 第 31 章　拉德布鲁赫公式：极端不正义的法不是法
- 第 32 章　马克思主义法学：法是统治阶级意志（接第143号）

第 29 章

凯尔森的纯粹法学：规范金字塔与基础规范

> 这一章的问题：一条规定为什么算数？如果答案永远是“因为上面那一条”，最上面那一条又凭什么？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家两百来人的设计公司，新来的鲁工在项目部干了一个月，发现部门里有一条贴在墙上的规定：周六轮流值班，值班不算加班，也不调休。他翻了入职时签收的员工手册，里面写着：周末安排工作的，按公司加班制度处理。两条规定打架，他去问人事。

人事的回答很有条理：部门规定不能和员工手册冲突，因为部门只有在手册授权的范围内才能定细则；手册之所以管得住部门，是因为公司章程授权人事部门拟定、经过管理层批准；章程之所以管得住管理层，是因为它是股东会依照公司法通过的；公司法之所以有效，是因为它是立法机关依照宪法规定的程序制定的。鲁工追问了一句：那宪法又凭什么有效？人事愣了一下，笑着说：这个问题就超出我的工作范围了。

人事这一串回答，不管内容对不对，用的是一种很特别的推法：一条规定算不算数，不看它好不好、合不合情理、大家愿不愿意遵守，只看它是不是由一条更高的规定授权、按规定的方式定出来的。一级一级往上找，最后停在一个再也找不到上级的地方。二十世纪的法学家里，把这种推法做得最彻底的，是凯尔森。

◆ 二、学派的出生证

纯粹法学的主角是法官以及一切“适用规范的机关”：在凯尔森那里，每一级机关都既在执行上位规范，又在创设下位规范。站在旁边描述这一切的，是“纯粹”的法学家。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
法官与一切适用规范的机关；描述它们的法学家	法学家能把政治、道德、心理与社会事实从法学里排除出去，只看规范；官员是被授权的规范创设者	法是“应当”的规范体系；一条规范的效力只来自另一条更高的规范；最顶上是一个被预设的基础规范	规范的层级结构（宪法、法律、命令、判决）；集中式违宪审查；法与国家同一；法律解释的“框架”说

起点的 S 是一座已经搭好的金字塔：效力只能从上往下传。它织进制度的，是本书说的**次序**：上位法与下位法，谁先谁后、谁上谁下。这是本书各章里，一个学派把自己的预设织进“次序”最典型的一次。

◆ 三、意义预设

以下是本书的读法。纯粹法学自称不作价值判断，可它的起点里有一个看得见的偏向：凯尔森认为，价值问题没有客观的答案，正因为没有，才需要民主，让不同的价值在程序中竞争，由多数暂时决定，并保护少数。这是一种押在自由上的立场（●）。创造占一半（◐）：在他的层级说里，每一级适用规范的活动同时也在创造规范，判决就是一条个别的规范。幸福偏轻（○）：法该带来什么样的生活，不是纯粹法学的题目。

国家实践另读。1920 年奥地利宪法设立了专门的宪法法院，负责审查法律是否合宪，凯尔森受总理伦纳之托参与起草这部宪法，后来还在这个法院做了将近十年法官，1930 年被解职。二战以后，欧洲不少国家都设立了专门的宪法法院，这种由一个专门机构集中审查法律合宪性的做法，常被称为“奥地利模式”或“凯尔

森模式”。实践采用的是他的结构，至于每个国家的宪法法院怎样判，用的价值权重各不相同，本书在第十二编分国再读。

◆ 四、走的路

凯尔森 1881 年生于布拉格，在维也纳长大、求学、执教。他要解决的问题，是十九世纪法学的混杂：一会儿讲民族精神，一会儿讲利益，一会儿讲自然正义，一会儿讲社会心理。他觉得这样下去，法学就不成其为一门学问，只是各种学问在法律问题上的拼盘。他的办法是做减法，把一切不是“规范”的东西剔出去：剔掉政治，因为法学不该替某个党派说话；剔掉道德，因为法的效力不取决于它是否正义；剔掉事实，因为“是”推不出“应当”。剔完之后，剩下的就是一个纯粹的规范体系。

第 14 章说过，康德之后有一支沿着“法与道德分开”那道缝往前走，把法从道德里剥出来；凯尔森就是这一支走到头的人。他从新康德主义那里接过了“是”与“应当”截然两分的讲法，保住的是康德的形式，放掉的是康德那里“外在自由怎样共存”的内容：在纯粹法学里，法是什么样的规范都行，只要授权链对得上。1934 年，他出版了《纯粹法学》，1960 年又出了大幅增订的第二版。

剔干净之后，一条规范为什么有效？只能是因为另一条规范授权了它。判决有效，是因为法律授权法官作出判决；法律有效，是因为宪法规定了立法的程序；宪法有效，是因为它是依照更早的宪法制定的，或者是历史上第一部宪法。这种一级授权一级的图景，凯尔森直接取自他在维也纳大学的同事梅克尔的“层级构造”说，后来人们形象地称之为规范金字塔。

那么历史上第一部宪法又凭什么有效？这里凯尔森不能再往上找一条实在的规范了。他的回答是：法学家在描述一个法律秩序时，必须预设一条基础规范，大意是“应当按照这部宪法行事”。基础规范不是谁制定的，也不写在任何法典里，它是法学思考一套法律秩序时的出发点。至于预设哪一部宪法，凯尔森给了一个条件：这套秩序大体上被实际遵守，即有实效。

照本系列的读法，这是一条最标准的 S→D→E。起点 S 是金字塔，D 是从上往下一级一级的授权链，E，也就是这套秩序实际处在什么社会、被不被遵守、由谁掌权，只在最后作为“实效”这个条件出场，而且只出场一次。鲁工公司里人事的回答，就是这条路的缩小版：从章程往下推到手册、推到部门规定，至于墙上那条规定是怎么来的、项目部为什么需要周六有人，这些不在推理之内。

凯尔森还给法官留了一块地方。他说，上位规范只能为下位规范划出一个框架，框架之内往往有好几种都说得通的选择；法官从中选哪一个，不是法律认识的问题，而是一种意志行为，类似于法律政治。纯粹法学只负责把框架描述清楚，框架内怎么选，它不管。

从这座金字塔里，凯尔森还推出了两个当时很惊人的结论。一个是法与国家同一：人们常说国家制定法律、国家受法律约束，好像国家是站在法律之外的一个人；凯尔森说，所谓国家，不过是一套法律秩序的人格化说法，“国家做了某事”，就是“某个机关依照授权做了某事”。在他的图景里，没有一个在法之外、可以随时破法而出的国家意志。另一个是国际法与国内法的一元论：两者属于同一个规范体系，他本人倾向于把国际法放在更高的位置。前一个结论，正是下一章施米特最不能接受的；后一个结论，让他在二战之后成了国际法学界的重要人物。他 1940 年到了美国，此后长期在加州伯克利，1973 年去世。

1931 年前后，他与施米特就“谁应当是宪法的守护者”打过一场有名的争论：施米特主张由总统来守，凯尔森主张由一个独立的宪法法院来守。这场争论把下一章的主角请上了台。

◆ 五、异象

第一个异象在金字塔的顶上。基础规范既然不是制定出来的，只是被预设的，那么整座金字塔的效力，就挂在一个假定上。这个假定靠“大体有实效”来选定，可实效是一个事实。凯尔森费尽力气把事实剔出法学，到了最高处，又不得不让事实从后门进来。

第二个异象来自革命。一场政变推翻了旧宪法，新政权站稳了，人们开始照新规矩办事。按纯粹法学，基础规范这时就换了，新秩序就是有效的法。这在描述上很干净，可它意味着：法学对于“哪一套秩序是法”的判断，最终跟着谁实际掌控局面走。凯尔森自己并不赞成任何政权，但他的框架对于“掌控局面”这件事，给不出任何法学上的评价。

第三个异象，是二十世纪最沉重的一个：纳粹德国的法律，按纯粹法学的标准，只要依照当时的授权链制定、大体被实际遵守，就是有效的法。凯尔森本人是犹太裔，1933 年被纳粹从科隆大学的教职上赶走，后来辗转流亡，最终定居美国。他比谁都清楚那套法律是什么。可他的学说坚持：法的效力与法的正义是两回事。第 31 章的拉德布鲁赫，正是在这一点上和他分了手。

第四个异象在框架之内。如果法官在框架内的选择不属于法学，那么多数疑难案件，恰好就是在框架之内怎么选的问题，纯粹法学对此保持沉默。鲁工那件事真正难的地方，也不在手册和部门规定谁高谁低，而在项目部周六确实需要人，员工确实需要休息，两边怎么安顿。

◆ 六、吸收还是分叉

对金字塔顶的异象，凯尔森用的是先验：基础规范按定义就是法学思维的出发点，不需要也不可能再证明。到了晚年，他的说法有一个值得记下的变化：据通常的介绍，在他去世后才整理出版的《规范的一般理论》里，他把基础规范称为一种“虚构”，借用的是哲学家费英格“仿佛如此”的说法。这是一个诚实的让步，但它仍然是吸收，而不是改起点：顶上那块砖从“预设”改称为“虚构”，金字塔照旧。

对革命与纳粹法律的异象，他用的是免检：这些都是道德和政治的问题，不是法学的问题，法学只负责说清楚一套规范是不是有效，不负责说它好不好。对框架内选择的异象，同样是免检：那是法律政治，不是法律科学。

第 5 章预告过法学里两种先验的对峙。一种按定义，把依授权程序产生、大体有实效的规范都算作法，于是“这条法是不是太不公道”在法学里提不出来；另一

种按定义，把极不公道的条文排除在法之外。凯尔森站在前一种的最彻底处，第31章的拉德布鲁赫站在后一种那一头。两边各自按定义成立，谁也驳不倒谁，恶法的问题就卡在两个定义中间。

分叉主要发生在他之后。哈特在第33章会把基础规范换成“承认规则”：一个法律秩序最顶上那条规则，不是预设的，而是官员们实际怎样认定法律的一种社会实践。这一换，等于把凯尔森从后门放进来的事实，请到了前门。拉德布鲁赫与后来的非实证主义者，则从“恶法”那个异象分了出去。

制度上的沉淀，是凯尔森所有学说里最硬的一处。上位法优于下位法、下位法不得与上位法抵触、由专门机构审查法律是否合宪，这些今天在许多国家的法律体系里都是不言自明的次序。学派换了，次序还在：哪怕一位法官根本不赞成纯粹法学，他在判断一条规章是否有效时，也要照着这个次序往上查。这正是本书说的制度依赖：一个学派的预设，被织进了法律关系的次序，从此不再需要这个学派来维持。

◆ 七、它看对了什么

凯尔森看对了一件今天看来平常、当年却并不平常的事：法的效力问题和法的好坏问题，确实可以分开问，而且分开问才说得清楚。一条规定是不是有效，可以有一个不依赖于个人好恶的检验办法；这是法治里“可检验”的那一半。他也看对了，宪法要有人守，而且守的人最好不是政治上的当事人。

中国读者对这座金字塔并不陌生。立法法把宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章排成了效力上的先后，规定下位的不得同上位的相抵触；人大常委会的备案审查，就是沿着这个次序去查一件件规范性文件有没有越级、有没有打架。这里只描述结构：不同国家用不同的机构、不同的程序来守这套次序，但“先问上位、再看下位”的推法，已经成了法律人的共同习惯，用的人未必知道它和凯尔森有什么关系。

他没看到的，是金字塔不是只从上往下长的。鲁工后来没有去争那条墙上的规定，而是在项目部的例会上提了一个办法：周六值班的人下周一可以晚到半天。部

门经理同意了，大家照着做了一年，人事在修订员工手册时，把这一条写进了附件。这一条规定的效力，不是从上面授权下来的，而是先在底下被大家接受，再被写进上面。用本系列的话说，规范既有从 S 往下推的一面，也有从“判”与“服”之间长出来、再被收进 S 的一面；纯粹法学只认前一面。

带走的话

- 纯粹法学的路是 S→D→E：先有金字塔，再一级级往下授权，事实只在最顶上作为“实效”出场一次。
- 基础规范是先验的吸收；晚年改称“虚构”，是改名，不是改起点。
- 纳粹法律与框架内选择两个异象，都被判为“不是法学的问题”，即免检。
- 上位法与下位法的次序，是一个学派的预设被织进制度、从此不再需要这个学派来维持的典型。

小账 本章动用：出生证（法官与适用规范的机关为主角）、S→D→E、先验、免检、改名、分叉、制度依赖之次序。

锁定记录：“效力只从上位规范来，顶上是预设的基础规范”这一起点被锁住；上下位法的层级与集中式违宪审查织进了法律体系的次序。

第 30 章

施米特的决断论

> 这一章的问题：规则沉默的那一刻，谁说了算？说了算的人，又凭什么在规则恢复之后还说了算？

一、日常主例

这是我构想的场景。一栋十八层的商住楼，七月的一个晚上九点多，整栋楼突然停电。一部电梯里困着两个人；十二楼一位老人在家用制氧机；八楼的蒋阿姨冰箱里放着几支胰岛素；楼道里一片漆黑，好几十户人摸黑往大堂聚。物业晚上只有一个刚来两个月的年轻值班员小柏，他手里的应急预案只有三行：停电时联系供电部门，安抚业主，等待恢复。供电部门的电话一直占线。

大堂里吵成一团的时候，住在十五楼的阎师傅站了出来。他退休前在消防队干了二十多年。他让小柏打开消防通道的门，安排几个年轻人打着手电在各层楼梯口站岗；他和小柏一起，按程序把困在电梯里的两个人放了出来；楼里的备用电源只够撑一路负荷，他决定先接给十二楼的制氧机；又让有车的住户把车载冰箱拿出来，装上蒋阿姨的胰岛素。没有人授权他，可大家照着做了。凌晨两点来电，没出一件事。

第二天，物业经理上门道谢，请阎师傅当楼里的“应急负责人”。阎师傅答应了，又加了一句：以后什么情况算紧急、紧急的时候谁先谁后，由他来定，物业和住户都得听。有人点头，也有人心里打鼓：昨晚大家听他的，是因为他确实救了急；可“什么算紧急”也由他来定，这就不是同一件事了。

这栋楼里那一夜和第二天的那句话，摆出了二十世纪最锋利、也最危险的一套法学：施米特的决断论。

◆ 二、学派的出生证

决断论的主角，是立法者之上的那一位：主权者。不是哪个法官，也不是普通的守法人，而是在规则失效时做出最终决定的那个意志。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出的互动内容
主权者（立法者之上的决定者）	人是危险的、会分敌友的；共同体要靠一个能做最终决定的意志才维持得住	法的根不在规范，而在决定；规范只在“正常状态”下适用，而正常状态本身是由决定造出来的	例外状态与主权的定义；敌友区分；总统作为宪法守护者；对议会制与自由主义的批判

起点的 S 是一个“决定先于规范”的预设。它织进制度的，是**次序**：在紧急状态里，谁先说话、谁可以暂停哪些规则。魏玛宪法给总统的紧急权力条款，正是施米特反复援引、也反复为之辩护的那一处次序。

◆ 三、意义预设

以下是本书的读法。决断论在理论上押在创造上（●）：施米特把主权者在例外状态中的决定，比作神学里的奇迹，从无到有造出一个秩序。这是一种剥离了“与谁一起造”的创造。幸福占一半（◐），落在秩序与安全上：先要有一个正常状态，人们才谈得上过日子。自由偏轻（○）：个人权利与议会讨论，在他看来是正常状态里的奢侈品，到了例外时刻都要让位。

国家实践要另读，而且这里必须照实写。施米特的学说不是书斋里的推演，它在魏玛共和国的最后几年和纳粹政权的头几年，进入了真实的法律与政治。1932 年 7 月，中央政府凭总统令撤换了普鲁士邦政府，引发“普鲁士诉帝国”一案，施米特在国事法院为中央政府一方出庭。1933 年 5 月 1 日，他加入纳粹党，随后在纳粹法学界担任要职。1934 年 6 月底到 7 月初的几天里，纳粹杀害了冲锋队领导人和一批政治对手；事后不久，施米特在他主编的法学杂志上发表文章，为这次杀戮辩护，题目的意思是“元首守护法律”。1936 年 10 月，他在柏林主持一次法学会议，呼吁把德国法学从“犹太精神”里清洗出来。同年 12 月，党卫军的刊物公

开攻击他是投机者，此后他辞去了党内的法学职务，但保留柏林大学的教职直到1945 年。

还有一件小事，和上一章接得上。1933 年凯尔森被纳粹从科隆大学解职时，据记载，同院同事联名请愿挽留，施米特是唯一没有签名的人。两年前，两人还在为“谁来守宪法”公开论战。

战后，他先在美军的拘留营里关了一年多；1947 年春又被带到纽伦堡，作为证人和可能的被告，接受检方多次讯问，最终没有被起诉。他拒绝接受去纳粹化程序，因此再也没有回到大学讲台，隐居在故乡普莱滕贝格，1985 年去世。这些事实，不能因为他的理论锋利就略过，也不能因为这些事实就假装他的理论不存在。本章两头都照实写。

◆ 四、走的路

施米特的起点，写在 1922 年的《政治的神学》开头。那一句后来被引用了无数次：“主权者就是决定例外状态的人。”这句话的意思是：要知道一个共同体里谁是真正的主权者，不要看宪法条文写了谁，要看在规则失效的那一刻，谁能决定“现在是不是例外”，以及例外时要做什么。

从这里推下去，就得出了他与凯尔森最根本的分歧。凯尔森说，法是一座从上往下授权的规范金字塔，国家就是这套秩序本身，没有一个站在法外的意志。施米特说，这是把正常状态当成了全部。任何规范都要在一个大体正常的局面里才能适用，规范自己造不出这个局面；局面被打破时，必须有人决定，而这个决定，规范里推不出来，它是从“无”里作出的。所以，法的根基不在规范，而在决定。同一本书里，他还提出一个有名的论断：现代国家学说里那些要紧的概念，都是神学概念换了世俗的外衣。全能的上帝变成了全能的立法者，神学里的奇迹，对应着法学里的例外。照这个说法，凯尔森那种不允许任何意志越出规范的法学，就像一种不允许奇迹的自然神论：上帝造完世界就退场，只剩规律自己运转。施米特要把那个会“出手”的决定者请回来。

1927 年发表、1932 年出了扩充本的《政治的概念》，给这个决定找到了内容：政治的本质是区分敌友。所谓敌人，不是私人恩怨里的仇人，而是在极端情况下可能与“我们”发生生死冲突的另一群人。谁能决定谁是敌人，谁就握有政治的最终权力。议会制的讨论、自由主义的权利保障，在他看来都是在回避这个决定。

1931 年的《宪法的守护者》，把这套理论落到了魏玛的现实上：宪法的守护者不应是法院，因为法院只会在规范里打转；应当是全民选出的总统，他代表人民的整体意志，并握有紧急权力。凯尔森随即写文章反驳：让一个政治当事人来守护限制他自己的宪法，等于不设守护者。这场争论并不只停在纸上。魏玛宪法第四十八条规定，公共安全和秩序受到严重扰乱或威胁时，总统可以采取必要的措施。这一条本来是给非常时刻备用的，最后几年却成了日常的立法通道：按常见的统计，1930 年国会通过的法律将近一百部，依这一条签发的总统令只有寥寥几道；到 1932 年，国会通过的法律只剩五部，总统令却有六十道上下（各家数字略有出入）。备用的门成了正门，正门反倒少有人走。施米特的理论，为这种状态提供了一个现成的说法：这不是宪法失灵，而是宪法的守护者在履行职责。

照本系列的读法，施米特走的是 S→D→E。起点 S 预设好了：决定先于规范。接着是 D，一刀切下的决定：现在是例外，这些规则暂停，那些人是敌人。最后才是 E，缠在一起的那些条件，比如人民是谁、谁属于“我们”，由决定之后再去塑造。这条路最危险的地方在于，E 不是决定的依据，而是决定的产物。

拿那栋楼来对照，就看得出决断论看对的那一半和走歪的那一半。停电那一夜，阎师傅确实做了一件预案里推不出来的事：决定什么人先得到电。规则沉默时，总要有人决定，这一点施米特说对了。可阎师傅那一夜能被大家听从，靠的不是“他决定了”这件事本身，而是一串缠在一起的条件：他懂消防，他先去救被困的人，他的安排大家看得见、当场就见效。决定之所以算数，是因为在“判”与“服”之间长了出来。第二天他要的，却是把“什么算紧急”的定义权也收到自己手里。这一步，就从救急走到了决断论。

◆ 五、异象

决断论最大的异象，是它自己的历史。如果法的根基在主权者的决定，那么当决定者用决定去杀人、去剥夺一部分人的一切权利时，决断论在理论上给不出任何一个“他错了”的支点。1934 年那篇辩护文章，不是施米特一时糊涂，而是他的起点在真实处境里的一次推演：元首在例外时刻的决定，就是法本身。

第二个异象落在施米特自己身上。他把决定者捧到规范之上，可那个他所支持的政权，很快就用同样的逻辑来对付他：1936 年党卫军的攻击，并不需要任何程序，只需要一次“谁是自己人”的决定。决断论里没有一处地方，能保护一个被决定为“不再是自己人”的人，包括决断论者本人。

第三个异象是理论上的：谁来决定“现在是不是例外”？如果答案是主权者，那么主权者可以随时宣布例外、随时让例外延长下去，例外就没有尽头。施米特讲例外，本意是讲规则之外的特殊时刻；可他的起点里，没有任何东西能让例外结束。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，决断论用的是先验：按定义，主权者的决定就是对例外的认定，所以不存在“主权者在例外问题上决定错了”这回事。错与对，是正常状态里才有的说法。

对第二个异象，施米特自己在 1934 年前后有过一次改名式的转身：他开始讲“具体秩序思维”，说法既不是纯粹的规范，也不是赤裸的决定，而是扎根在共同体具体制度里的秩序。这看起来像是给决定加上了限制，可“具体秩序”由谁来认定、谁属于这个共同体，依旧由决定来划。起点没有改，只是换了一个名字，并且恰好与当时的政权合拍。

分叉在他身后，左右两边都有。战后，反自由主义的右翼读他，左翼的激进理论家也读他，看中的都是他对议会政治与“中立规则”的揭穿。在法律上，战后不

少国家写紧急权力条款时，都把魏玛的教训摆在桌上：限定条件、限定期限、保留议会与法院的审查。这可以看作对决断论的一次制度性回应：承认例外存在，却不让例外的定义权落在一个人手里。

最重要的一个分叉，是第 199 号《普通人都能明白的阿甘本》所处理的那一条。阿甘本在《例外状态》等书里接过施米特的问题，却把方向翻了过来：例外状态不是罕见的危机时刻，而已经变成了现代治理的常规手段。第 199 号对阿甘本的判断，本书照原判接着用，不改判。用本书自己的话转述：在阿甘本那里，凡是被“发现”的东西都被拆回成发生，可发生过后什么也不许回写、留存；发生于是只能在两极之间来回拉扯，他又把这种拉扯认作西方本来的模样，能想到的出路只剩让拉扯停下来。那本书还给了他一个保底的评价，转述过来是：回写在哪里断掉，没有人比他看得更准，可他把那个断口当成了整个世界。放到这一章里看（这是本书的读法），施米特正是那两极中的一极：决定的一极，与之相对的是规范的一极，凯尔森站在那里。阿甘本揭开了两极之间那片无法可依的地带，却仍然在这两极之间拉锯。

◆ 七、它看对了什么

施米特看对了一件纯粹法学不肯看的事：规范不能自己适用自己，规则总有沉默的时候，而规则沉默时，一定有人在决定。他也看对了，任何宪法都要面对紧急状态的问题，假装它不会发生，只会让它在发生时毫无约束。这两点，今天的宪法学者无论站在哪一边，都得认真对待。

他看错的，是决定的来历。决定不是从“无”里作出的。阎师傅的那一夜，决定能被接受，是因为它从缠在一起的条件里长出来，并且当场被大家的“服”确认；第二天的那句话之所以让人打鼓，正是因为它想把决定从这些条件里拔出来，变成一个不再需要被确认的权力。用本系列的话说，施米特把 E 压扁成一个 D 点，又从这个点直接立出 S，把“服”从法里删掉了。他的理论在暗处，不是因为它讲了例外，而是因为它不给例外留一条回到“判”与“服”之间的路。

带走的话

- 规则总有沉默的时候，沉默时一定有人决定：这是决断论看对的一半。
- 决断论的路是 S→D→E：先认定决定先于规范，再一刀切下，最后才去塑造“我们是谁”。
- 它用先验吸收了“决定者错了”的异象，又用“具体秩序”改了名，起点从未改过。
- 施米特的学说与他 1933 年后的所作所为，都要照实写：不洗白，也不因此不读。
- 他与凯尔森是两极，阿甘本在两极之间拉锯；本书的出路在两极之外：决定要在“判”与“服”之间长出来。

小账 本章动用：出生证（主权者为主角）、S→D→E、先验、改名、分叉、制度依赖之次序、接第 199 号判词。

锁定记录：“决定先于规范，主权者决定例外”这一起点被锁住；紧急状态条款中“例外时谁先说话”的次序是它的制度落点，战后宪法以限定条件与审查作出回应。

第 31 章

拉德布鲁赫公式：极端不正义的法不是法

> 这一章的问题：一条法律坏到什么程度，法官可以不再把它当法？

◆ 一、日常主例

一家做医疗器械配送的公司，人事制度里有一条：病假一律由本人到人事处当面递交假条，他人代交无效，逾期按旷工计。这条规定原本是为了防止有人找熟人开假条，出发点不算坏。

这是我构想的场景。仓库的闻姐周一夜里急性阑尾炎，做了手术，在医院躺了三天。她丈夫周二上午拿着住院证明和医生开的假条跑到公司，人事专员小彭接过来看了一眼，又递了回去：制度写得清楚，本人当面递交，代交无效。小彭不是坏人，她说得也实在：“我今天收了，下个月别人让表弟来代交，我收不收？”

这件事有三种做法。第一种，照做：闻姐记三天旷工，扣全勤，年底评优没份。第二种，不照做：小彭先收下，打报告请领导批个例外。第三种，变通：让闻姐出院后补交，日期往前写。

公司里大多数人会说，这条规定有点荒唐，但还没荒唐到可以不管它的地步；打个报告改掉就是了。可要是规定写的是“请病假者一律扣发当月全部工资”，大家就会说：这已经不是规定了，这是欺负人。

后来的事是这样的，仍是构想：小彭最终收下了假条，写了一份情况说明交给部门经理，经理批了“特殊情况，予以认可”。第二个月，人事制度添了一句：住院期间，可由家属持住院证明代交。这一改，没有人觉得规定被推翻了，大家只觉得它变得像样了。要注意的是顺序：闻姐那三天，是先被一个人“不照做”了一

次，规定才有了后来的样子。如果小彭照做、经理照批旷工，这条规定也许要等到第三个、第四个闻姐，才会改。

拉德布鲁赫一生要回答的，就是这条“荒唐”与“欺负人”之间的线画在哪里。只不过他面对的不是公司制度，而是一个国家用法律的名义做下的罪行。日常例子把尺度缩小了很多，读的时候要记得这一点。

这条线也不是拉德布鲁赫第一个想画的。第 12 章留下过一个老问题：自然法学派说“不义之法不是法”，可守法人遇到一条他认为不义的法，能不能不守？谁来判断它不义？拉德布鲁赫给的是这个老问题的一个窄得多的版本：不是一切不义，只是极端的不义；不是谁觉得不义都算，而是法官在事后、在法庭上判。窄，是他吸取了自然法几百年的教训：口子开得太宽，人人都可以拿“我觉得不义”去拒绝一切规定，安定性就没了。

◆ 二、学派的出生证

这个学派的主角是法官：手里拿着一条已经生效的法律、面对眼前的案子、必须决定用不用它的那个人。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
法官	受法律安定性约束、平时就该服从制定法的执行者，但他的良知不能被国家完全取消	法是一种指向正义的现实；法的理念由正义、合目的性、法的安定性三者组成，三者会冲突	一般情形下制定法优先；冲突到不可容忍的程度，制定法让位于正义；连平等都被故意否认的规定，根本不具有法的性质

起点的 S 是“三元的法的理念＋制定法优先”这副显露出来的样子：它先把法定成一架天平，再给天平装一个极端时才用的刹车。这对预设织进的是制度的**次序**：平时谁先谁后（制定法在前，正义的评判在后），极端时次序翻转。

为什么主角是法官，而不是立法者？因为公式不是写给立法者看的。立法者写恶法的时候，不会停下来问这条法够不够“不可容忍”；公式是事后的东西，是写给那些在恶法时代过去以后、必须对当年的行为作出裁判的法官看的。三元的理念

放回公司里看也清楚：规定提前写明、人人知道，这是安定性；防止找人代开假条，这是合目的性；闻姐躺在病床上不该被算成旷工，这是正义。三样东西平时相安无事，闻姐一住院，三样就撞在了一起。拉德布鲁赫的回答是：先保安定性，除非撞得太狠。

◆ 三、意义预设

拉德布鲁赫把法的安定性放得很重。他不是天真地以为法官可以随时用正义推翻法律，相反，他认为人们能预先知道规则、能放心照着规则安排生活，本身就是一种价值。这一层可以读成幸福：秩序与和平，让人过得下去。

但公式的刹车装在哪里，就看得出他最后押在哪里。他画的那条线，是人的平等与尊严被故意否认的地方。这是自由的一端：人不能被国家当成可以随意处置的东西。

本书的读法：自由●，幸福◐，创造○。理论上，他的三元论是平衡的；落到公式上，自由压过了幸福。国家实践的一栏要另读：德国战后法院用这条公式，主要用在清算过去，意义押在恢复被践踏的人的地位上。

◆ 四、走的路

拉德布鲁赫的前半生，是著名的价值相对主义者。他认为什么是正义，学者之间争不出定论，所以至少要有一个权威来定下规则，安定性因此站得很高；这层意思写在他战前的代表作《法哲学》（1932）里。他本人是社会民主党人，魏玛时期在 1921 年、1923 年两度出任司法部长；纳粹上台后不久，他被解除了海德堡大学的教职。

战争结束后的 1946 年，他发表了那篇后来被反复引用的短文，题目可以译作《制定法上的不法与超制定法的法》，刊在当年的《南德法律家报》上。文章的意思可以分两层说。第一层：正义与法的安定性冲突时，原则上制定法优先，哪怕它的内容不合目的、不公正；只有当它与正义的矛盾达到不可容忍的程度，这条“不正当的法”才必须让位于正义。第二层：如果一条规定连追求正义的意图都没有，

在制定时就故意否认人的平等，那它不是“不正当的法”，而是根本不具有法的性质。后人把前一句叫“不可容忍公式”，后一句叫“否认公式”。

这篇文章里还有一个历史判断，后来争议很大。他认为，“法律就是法律”这种信念，让德国的法律人在面对内容是罪行的法律时失去了抵抗力。这个判断战后很有影响，不少人据此把账算到了实证主义头上。后来的法律史研究提出了不同的材料：纳粹时期的法院并不总是死守条文，常常恰恰是越过条文，借“健全的人民感情”一类说法去扩大处罚；1935 年 6 月 28 日修改后的刑法第二条，更是把按刑法基本思想和健全的人民感情应受处罚的行为也列为可罚，并准许类推定罪。第 48 章提到的吕特斯，专门研究过纳粹时期的民法怎样被一路解释着变了样。如果这些研究成立，那么让法律人失去抵抗力的，就不只是“只看条文”，还有条文之外另一套被当成正义的东西。

这条路的走法是 S→D→E：先拿着制定法（S），按平常的方式推下去（D），最后才看眼前这个人、这件事缠在一起的条件（E），看看是否撞到了那条线。绝大多数案件，走到 D 就结束了；刹车只在 E 处踩下。

落到法庭上，这条路大致分三步走。第一步，确认当年的那条法律是什么，并且按当年的通行理解去读它，不拿今天的眼光去改它的意思；第二步，按这个读法推下去，看被告的行为在当年是否合法；第三步，才把眼前缠在一起的条件摆上来：被害人是谁，行为伤害了什么，与人的平等和尊严相差多远。只有第三步撞到了线，前两步得出的结论才被推翻。这个顺序本身就是公式的克制：正义的评判排在最后，而且只在最后一步才有权说话。

公式后来真的进了判决书。1968 年 2 月 14 日，联邦宪法法院处理 1941 年那条剥夺旅居国外犹太人德国国籍的条例，认定它与正义的矛盾已到不可容忍的程度，自始无效，那些人并没有因此失去国籍。几十年后，两德统一，原东德边境上开枪射杀越境者的士兵与下令者受审。1992 年 11 月 3 日，联邦普通法院在第一份这类判决里援引了拉德布鲁赫 1946 年的那篇文章，又拿《公民权利和政治权利国际公约》里的生命权与出境自由来量，把东德边境法里的那条正当化条款按尊重人权的方式重读：向手无寸铁、不构成危险的越境者故意开枪，不在它的保护之内。

公式在这里不是单独出场，而是和人权公约搭在一起用的。1996 年 10 月 24 日，联邦宪法法院驳回了他们的宪法诉愿。墙卫案的细节，第 58 章会作为吸收表的一张专门再读，这里只记一句：公式从书里走进了判决，判决又把它织成了一条先例，这就是制度依赖开始的地方。

◆ 五、异象

第一处异象，是那条线本身。“不可容忍”谁来量？拉德布鲁赫没有给出尺子。闻姐那条规定离“不可容忍”很远，“一律扣光工资”离得近些，真正的门槛却在完全另一个量级上。公式的力量来自它只管极端，它的难处也来自这里：极端以外的一大片灰色，它一概不管；而灰色里的人每天都要判。

第二处异象，来自哈特。1958 年他在哈佛的讲座里谈到战后德国一类案件（妻子为了摆脱丈夫，向当局告发他的私下言论；他所举的是 1949 年班贝格州高等法院判的一案），提出另一种诚实的办法：承认那条法在当时是法，然后用一部明说的溯及立法去追究，别把“不是法”当作遮掩。后来有学者查对判决原文，指出哈特对那个案子判决理由的转述并不准确，法院其实并没有以纳粹法律违反自然法立论；不过这不影响他提出的那个问题本身。这一问打在公式的要害上：说一条法“自始不是法”，等于让后来的法官替从前的人重新决定了什么是法；溯及既往这件事，只是换了一个名字发生。

第三处异象，来自墙卫案本身。被告说，按当时有效的法律，开枪不违法；现在的法院说，那条正当化条款太不正义，不算数。禁止溯及处罚是德国宪法里写死的原则，宪法法院最后的说法是：在国家以排除可罚性的方式为最严重的罪行开路时，对信赖的严格保护必须退让。公式在这里接上了，但接上的代价，是在一条绝对原则上开了一道口子。

第四处异象，就是上面那个历史判断本身。公式要防的是“法律就是法律”，可历史上作恶的法院，有时恰恰是以“超越条文的正义”之名作恶。超制定法的法，本身也可能被借用。公式只告诉法官可以越过条文，没有告诉法官怎样分辨自己越过条文时依据的，是正义还是另一种意志。

这四处都是 D 与 E 的矛盾：走过的路（当年的制定法、当年的服从）和眼前缠在一起的条件（被害人、被告、几十年后的法庭）对不上。

◆ 六、吸收还是分叉

公式的第一种吸收是**先验**：极端不正义被当作一望而知的东西。“不可容忍”不需要一套检验，按定义它就是不可容忍的。门槛问题因此被宣布为不存在。

第二种是**免检**：后来的法院一再强调，公式只适用于极端情形，正常法律秩序下几乎用不上。这句话既是谦抑，也是一道护栏：只要不去用它，它就不会遇到反例。

第三种是**改名**。学界一度争论拉德布鲁赫是不是战后“转向”了自然法；另一派认为他前后一贯，三元论早就包含了正义一端，公式只是三元论的一个极端参数。这场争论本身就是一次改名：异象（一个相对主义者为什么要在某处画出绝对的线）被改称为体系里早已有的一项。

还有一层吸收发生在制度上。公式进了判决书以后，德国法院每次用它，都要先申明它只适用于什么样的情形，再引用前面的判决。这样一来，公式的门槛不再靠拉德布鲁赫的论证撑着，而是靠判例链撑着：1968 年的国籍案成了后来者援引的先例，墙卫案又接着援引。门槛的问题没有被回答，只是被织进了次序：前面判过的，就是门槛的样子。

分叉也有。阿列克西把公式接进了一套更大的非实证主义理论，主张法在概念上就与正确性有必然联系，第 49 章会讲到他；另一头，哈特一派坚持分开法与道德、宁可明说溯及的诚实。这两支分别把公式织进了不同的地方：德国的判例链与宪法学教科书里，它成了一条次序规则；英美的法理学课堂里，它成了实证主义的一个标准靶子。

◆ 七、它看对了什么

它看对了一件法学不得不面对的事：法律的名义可以被借去做恶，而法官不能说“这不归我管”。法学必须判，所以连“这条法还算不算法”也必须判。

它也看对了安定性的分量。公式不是让法官随时拿正义压法律，而是把例外压缩到最小。这份克制，是它能进判决书的原因。它还看对了一点：法的安定性本身就是正义的一部分。闻姐的公司如果因为一个病例，就宣布所有规定都可以随时不算数，下个月被欺负的，可能就是另一个人。

它没有看到的是：那条线不是天生在那里的。是一次次具体的审判、一个个具体的受害人，把“不可容忍”从一个形容词，慢慢磨成了可以照着判的东西。线是在判与服之间长出来的，不是拉德布鲁赫画好的。

> 带走的话
>
> 拉德布鲁赫公式的起点，是一架三元的天平加一个只在极端处踩下的刹车。
> 公式要求正义的评判排在最后，这个次序就是它的克制。
> “不可容忍”没有尺子，公式的力量和难处都在这里。
> 战后德国的法院把它写进了判决，从此它不只是学说，而是判例链里的一环，成了制度的次序。
> 日常里那些荒唐规定，多半离这条线很远：该打报告就打报告，该改就改，这正是公式自己要求的克制。

小账　本章动用：法官为主角、次序、S→D→E、先验、免检、改名、分叉。
锁定记录：“制定法优先，极端时正义优先”这条次序被锁成起点；“极端”的门槛被先验处理，不再检验。

第 32 章

马克思主义法学：法是统治阶级意志（接第143号）

> 这一章的问题：一条规定是谁写的、为谁写的，这件事能不能说明法是什么？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。城郊一家做电线电缆的工厂，车间墙上贴着《加班管理规定》，一共七条。第一条写：加班遵循自愿原则。第三条写：每月加班满三十六小时者，方可参加季度“优秀员工”评选。第五条写：旺季期间，因个人原因拒绝车间统一安排加班的，当月绩效系数下调。

机修工老葛在这个厂干了十一年。他看墙上这张纸，看得很明白：第一条说自愿，第三条、第五条把自愿变成了选择题，而选项的价钱是厂里定的。规定是生产部和人事部写的，开过一次职工座谈会，老葛记得那天去的人不多，大家都在赶一批货。座谈会上有人提过一句：旺季能不能提前一周排班，好让家里有个准备。会议记录里写了“意见已收悉”，后来的规定里没有这一条。老葛说不上这算不算被听见了：话是说出口了，纸上没有落字。

刚来的小卫读过两年夜大的法律课，跟老葛说：规定每一条单看都不违法，“自愿”两个字写得明明白白。老葛笑了一下：字是他们写的嘛。

小卫不服气，指着第七条说：您看，“加班费按国家规定的标准计发”，这条可是护着咱们的。老葛说，这条是前年有人向劳动部门反映之后才加上去的，原来没有。小卫想了想，又问：那这一条，算谁的意志？老葛一时没答上来。

这一章不评这家工厂，也不评任何一部真实的劳动法。只借墙上这张纸问一个问题：同一张纸，小卫读的是条文，老葛读的是条文背后谁写、为谁写。马克思主义法学，就是把老葛这种读法变成一整套关于法的理论的学派。

◆ 二、学派的出生证

这个学派的主角是立法者，更准确地说，是站在立法者背后、借立法者之手的那个阶级。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
立法者（背后是统治阶级）	人是阶级关系里的人，人的本质是社会关系的总和；立法者代表的是他所属阶级的利益	法是上层建筑，由经济基础决定；法的本质是被上升为国家意志的统治阶级意志	法有阶级性；法随生产关系变化而有历史类型；阶级消失之后，法与国家将趋于消亡

起点的 S 是“基础决定上层建筑”这副显露出来的样子：法的本质在法之外，在生产关系里，已经被发现了。这对预设织进的是制度的**连接**：谁和谁之间有法律关系，被读成了谁和谁之间的阶级关系；工厂与工人签的那份“平等”合同，在这个学派眼里，连接的是两个并不平等的位置。

两格要分开读。主体预设那一格，来自马克思早年的一个说法：人的本质不是单个人身上固有的抽象物，在现实里，它是一切社会关系的总和。放进法学，意思是：法律上的“人”不是自然的个人，而是在某张关系网里占了某个位置的人。客体预设那一格有两个版本：意志版说法是统治阶级的意志；形式版说法是商品交换的形式。两版在起点上的分歧，后面会撑开学派的第一次分叉；但两版共用一个更深的预设：法的本质在法之外，在生产关系里。

◆ 三、意义预设

这个学派的意义押在幸福上，而且是大多数人的、物质层面的幸福：从劳动的重负和匮乏里解放出来。创造也有分量：马克思说哲学的任务是改造世界，法学在这里也被期待去改造，而不只是解释。

自由的位置最微妙。这个学派对“形式自由”批评得最狠：合同自由、平等权利写在纸上，却由占有生产资料的一方定价。它并不否认自由，而是把真自由推到了阶级消失之后。

这组权重放在老葛身上看得清：他关心的不是规定里有没有“自愿”两个字（形式自由），而是加班的价钱和身体吃不吃得消（幸福），以及这张纸以后能不能改（创造）。

本书的读法：幸福●，创造◐，自由○（指形式自由；它许诺的实质自由在未来）。国家实践一栏，二十世纪以这个学派名义建立的法律制度，本书不评价，只在第 56、57 章就中国部分作结构描述。

◆ 四、走的路

第 143 号《普通人都能懂的马克思》给马克思本人下过判词：他的现实世界是发生，是改造世界；他的理念世界是发现，是普遍规律、本质、第一性。那本书还指出一处改字：在 1859 年那篇序言的同一段里，马克思先说物质生活的生产方式“制约”着社会、政治和精神生活，隔了一句，就成了社会存在“决定”意识。给一切思想查出身的那支笔，自己把“制约”改成了“决定”。本章接着这两句判，不改判。

马克思主义法学继承的，恰恰是理念世界的那一半，以及改字之后的那个“决定”。《共产党宣言》里有一句流传最广的话，说资产者的法不过是：

“被奉为法律的你们这个阶级的意志”

这句话后来在苏联法学里被定成了正式定义。1938 年，在第一次全苏法律科学工作者会议上，维辛斯基提出：法是以立法形式规定的、表现统治阶级意志的行为规则，加上国家认可的习惯和公共生活规则的总和，由国家强制力保证执行。从此“意志”二字成了教科书的起点。

马克思本人没有写过一部法学专著，他关于法的说法散在各处。其中一处很要紧：在批评一个工人党纲领的信稿里，他说即便到了新社会的第一阶段，按劳分配

所用的“平等的权利”，就形式而言仍是旧社会的权利，因为它拿同一把尺子去量本来不同的人。这是后面帕舒卡尼斯一支的源头：法的形式本身带着交换的印记，不是换一个阶级来写就能换掉的。

另一处是恩格斯晚年的书信。他在1890年致布洛赫的信里说，按唯物史观，历史过程里归根到底起决定作用的是现实生活的生产和再生产；如果有人把这歪曲成经济是唯一的决定因素，就把那个命题变成了空话（信写于1890年9月21日，这里是改写）。法、政治、思想也会反过来影响基础。这封信常被引来缓和“决定”二字。借第143号的说法来读，这是在把“决定”往“制约”那边改回去一半；但改回去的那一半，没有进入后来法学的定义，教科书里留下的，依然是“意志”和“决定”。

但学派内部还有另一条路。帕舒卡尼斯1924年出版《法的一般理论与马克思主义》，他不从“意志”起手，而从商品起手：法律上那个抽象的、平等的“权利主体”，就是商品交换者在法律里的样子；有商品交换，才有这种法的形式。所以法不是哪个阶级随手写的命令，而是一种与市场一起长出来的形式，市场消失，这种形式也会消亡。他的理论在1930年代遭到批判，他本人1937年被捕并被处决，1957年获平反。

两条路都是S→E→D：先拿着“基础决定上层建筑”这个起点（S），立刻去看条文背后缠在一起的阶级关系与交换关系（E），然后才回头读这条规定的来龙去脉（D）。老葛读那张纸，走的就是这条路。

放到具体案子里，这条路的走法是：先问当事人各在什么位置上（雇主还是雇工，出租方还是承租方），再问这条法律在这个位置关系里起什么作用，最后才读条文本身怎样一步步定下来。这样读，常常能看见逐条读条文看不见的东西；它也有一个代价：读出来的答案，在读之前就大致定了。

◆ 五、异象

第一处异象，在马克思自己的书里。《资本论》第一卷写工作日的那一章，用了很大篇幅写英国的工厂法：法律限制了工时，限制了童工。这是写进法律的、约束工厂主的规则。如果法只是统治阶级的意志，这些法从哪里来?

第二处异象，是“消亡”没有发生。以这个学派为指导的国家，后来都制定了宪法、刑法、民法、诉讼法，法律越来越多，而不是越来越少。

第三处异象，来自西方马克思主义内部。英国史学家汤普森 1975 年出版《辉格党人与猎人》，研究十八世纪英国一部严酷的刑事法律（俗称《黑匪法》），书末得出一个让同道吃惊的结论：法治本身约束了统治者，是一件不打折扣的好事，不能简单还原为统治工具。

第四处异象，就在老葛的车间里：第七条是护着工人的，它是怎么进到这张纸上的？说它是厂里的意志，厂里原本不想写；说它是工人的意志，工人没有资格往厂规里写字。它是一次反映、一次检查、一次改动之后才出现的。这样的规则，在任何一部劳动法里都有很多，它们不属于某一方的意志，属于两方之间那一回回的来往。

这四处都是 D 与 E 的矛盾：法实际走过的路（工厂法、法典化、法治对强者的约束），和起点预设的缠绕关系（法只是阶级意志）对不上。

◆ 六、吸收还是分叉

工厂法被**改名**：它是阶级斗争的成果，是工人阶级的力量迫使统治阶级让步的产物，所以仍然是阶级关系的表现，只是表现得曲折。异象成了“阶级意志”的一个参数。

“消亡”被**先验**处理：消亡属于阶级消灭之后的阶段，在那之前法的增长恰恰是过渡时期的需要。按定义，现在不可能出现反例。

法的社会职能被**免检**：后来的教科书承认法除了阶级职能还有“社会公共职能”（管交通、管卫生），但把它放在从属的一格里，不再追问它为什么不随阶级而变。

这几种吸收有一个共同点：异象总是被读回起点里去，而起点从不因为异象而动。工厂法证明了阶级斗争，法典化证明了过渡时期，社会职能证明了阶级职能之外还有从属的一格。每吸收一次，起点就更稳一分。这正是判词二说的那种情形。

伦纳那一支的发现，最值得在这里多说两句。他研究的是所有权：从手工作坊到大工厂，民法上“所有权”的条文几乎一个字没改，可它在社会里起的作用完全变了。从前，所有权让一个手艺人支配自己的工具；后来，同一条规范让一个厂主支配几百个人的劳动（他 1904 年初版这项研究，1929 年修订为《私法制度及其社会功能》）。这个发现两面都切：一面它支持这个学派，说明法的功能随经济条件变；一面它也说明，法的条文并不随经济基础一起变，规范可以不动，被缠进的条件变了。按本书的说法，S 没动，E 换了。

分叉也很清楚。意志论与商品形式论分成两支；奥地利的伦纳一支转去研究法的功能怎样变；汤普森那一支把法治看成值得保卫的东西；后来美国的批判法学运动又从这里借走了“法就是政治”的一半，第 42 章会讲。在中国，改革开放后关于法的本质到底只有阶级性、还是也有社会性，有过一场讨论，第 57 章接着写。

◆ 七、它看对了什么

它看对了一件法学常常装作看不见的事：规定是有人写的。“自愿加班”四个字背后是谁定的价，法律形式的平等背后站着多不平等的两方，这些是真问题。不问谁写、为谁写，就只能像小卫那样逐条读条文。它还看对了：法律形式上的平等，可以与事实上的不平等共存，而且会让不平等看起来像是自愿的。这一点后来被批判法学、女性主义法学接了过去，用在了别处（第 42、43 章）。

它的局限也在这里。第 143 号指出，马克思的改造拒绝改造理念世界；这个学派把“法的本质”放在已经被发现的基础里，于是法只能被解释，法自己长出来的那些东西（约束强者的规则、程序、权利）在理论里没有位置。老葛读出了谁写

的，但墙上那张纸以后还能不能改、怎么改，要靠他和厂里一次次谈、一次次签，那不在“决定”里，在发生里。

带走的话

马克思主义法学的起点，是“基础决定上层建筑”，所以法的本质早在法之外被发现了。

它把“谁写的、为谁写的”变成了法学的一个正式问题，这是它留下的东西。

工厂法、法典化、法治约束强者，这些异象被改名为“斗争的成果”或先验地推到“过渡时期”。

接第 143 号：它继承的是马克思理念世界里的“发现”与改字后的“决定”，而不是现实世界里的“发生”。

小账　本章动用：立法者为主角、连接、S→E→D、改名、先验、免检、分叉。

锁定记录：“法是阶级意志”被锁成起点；法自己长出来的约束性规则被改名为阶级斗争的成果。

第 八 编

新分析法学与原则

编 序

本编是新分析法学与原则：哈特、富勒、德沃金、拉兹与菲尼斯。

本编各章：

- 第 33 章　哈特：法是第一性规则与第二性规则的结合（接第219号）
- 第 34 章　富勒：法的内在道德（接第219号）
- 第 35 章　德沃金：原则、整全性与唯一正解
- 第 36 章　拉兹与菲尼斯

第 33 章

哈特：法是第一性规则与第二性规则的结合（接第219号）

> 这一章的问题：一条规则没人盯着、没人罚，人为什么还觉得自己该守它？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家区医院的门诊大厅，早上七点半，挂号窗口前排着两列队。一个中年男人拎着保温杯从侧面走过来，站到第三个人的位置，眼睛不看任何人，假装在看墙上的科室分布图。

没有保安过来，也没有人吵。可后面的几个人开始小声说话，一个大爷用不大不小的声音说了一句：“排队啊。”男人脸红了一下，往后挪了两个位置，又停下，最后还是走到了队尾。

这件事里没有惩罚。没人能罚他，排队也不写在任何法律里。他心虚，不是因为怕挨罚，而是因为他自己也知道“先来后到”是个标准：插队的时候，他用的就是这个标准在评价自己。后面那位大爷说“排队啊”，也不是在预测他会不会挨罚，而是在拿同一个标准批评他。

换一个站在大厅外面的人来看。假如有人隔着玻璃观察了一个月，他能记录下：早上七点开始有人排队，插队的人多半会被说，被说的人多半会往后退。他可以据此预测，明天插队的人也会被说。可他记录不到大厅里的人自己知道的那件事：插队是不对的。前一种是外在的看法，后一种是内在的看法。

再往深一层。医院后来改了办法：门口贴出告示，一律以叫号机的号码为准，现场排队的顺序不再算数；导医台的护士负责处理争议，比如有人说自己的号被别人拿走了。

告示贴出来的第一周并不顺。有人说自己天不亮就来排队，凭什么不如后来在手机上约到号的人；有人的号被家人拿错了，跑去导医台理论。导医台的护士小俞一天要处理十几起，处理的办法慢慢有了样子：急诊另走通道，八十岁以上的老人可以到人工窗口现场补号，拿错号的凭身份证核对。到第三周，吵的人少了，大家开始说“去导医台问问”。

于是这一天大厅里有了三层东西：大家都觉得该守的“先来后到”；一张告诉大家“以什么为准”的告示；一个可以改告示的医院办公室和一个处理争议的导医台。哈特的法理学，几乎全部可以在这个大厅里讲完。

◆ 二、学派的出生证

这个学派的主角是官员，首先是法官：是他们从“内在观点”出发共同接受了一条“认什么为法”的规则，法律体系才立得住。守法人的内在观点也重要，但不是必需的那一项。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
官员（首先是法官）	人会把规则当作行为的理由和批评的标准，而不只是习惯或怕罚；官员共同以这种内在观点接受一条承认规则	法是第一性规则（规定人该做什么）与第二性规则（承认、改变、裁判第一性规则的规则）的结合	承认规则；法与道德在概念上可分；规则有开放结构，边缘处法官有自由裁量；自然法的最低限度内容

起点的 S 是“两层规则的结合”这副显露出来的样子，而它的接缝处是承认规则。这对预设织进的是制度的**结构**：整套规范靠一条承认规则搭成体系；也织进了**次序**：关于规则的规则在上，第一性规则在下。

这里要细分一下。哈特认为，一个法律体系存在，要有两个条件：普通人大体上服从有效的规则，不管出于什么理由；官员则必须从内在观点出发，共同接受承认、改变和裁判的规则，把它们当作官方行为的公共标准。守法人可以只是怕罚，甚至只是随大流；官员不行。所以主角落在官员身上。放回大厅里：排队的人里有人心虚、有人只是怕被说，都不要紧；可导医台的护士和发告示的办公室，必须真把“以叫号机为准”当作自己做事的标准，否则告示就只是一张纸。

◆ 三、意义预设

哈特坚持法与道德分开，不是因为他不在乎道德，而是为了让道德批评保有独立的位置：先承认“这是法”，再问“这条法该不该服从”。说一条恶法“不是法”，反而容易让人以为凡是法就该服。这一层押在自由上：人的道德判断不交给法律定义。

这份对“分开”的坚持，有一条从边沁传下来的线：边沁区分“法是什么”与“法应当是什么”，前者是说明，后者是批评；两者混在一起，说明会变成辩护，批评会失去锋刃。哈特接过了这条线。国家实践那一栏要另读：在英国，议会主权长期被当作承认规则的核心，这是一个关于英国法官怎样认法的描述；本书只用它来说明“承认规则”可以被描述，不评价哪一种认法方式更好。

他的“自然法的最低限度内容”押在幸福的底线上：人会受伤、资源有限、人的善意有限，所以任何能存活下来的法律体系都得禁止暴力、保护起码的财产与承诺。

本书的读法：自由●，幸福◐，创造○。开放结构里法官的自由裁量是一种创造，但哈特把它放在边缘，当作体系的剩余，而不是中心。

◆ 四、走的路

哈特 1952 年起任牛津大学法理学讲席教授，1961 年出版《法律的概念》。他从批评奥斯丁起手：如果法只是主权者以惩罚为后盾的命令，那么法和拿枪抢劫的人说“把钱交出来”有什么区别？区别在于，抢劫只能让人“被迫”，法却能让人“有义务”。“有义务”要靠内在观点才能讲清：大厅里那位插队的人不是被迫排队，而是知道自己有义务排队。

他对奥斯丁还有几处更细的批评。第一，命令是发给别人的，可很多法律也约束立法者自己。第二，大量法律不是命令人做什么，而是授予人权力：立遗嘱、订合同、结婚，这些规则告诉你“怎样做才算数”，而不是“不做就罚你”。第三，

奥斯丁说法是人们习惯服从的主权者的命令，可老国王去世、新国王继位的第一天，人们还没有习惯服从他，他的命令为什么已经是法？答案只能是：先有一条规则规定了谁有权继位。规则先于习惯。这几处合起来，把“命令”换成了“规则”，这是哈特的第一步。

然后他问：一个只有第一性规则的群体会遇到什么麻烦？规则是什么不确定（没有告示），规则改不了（没有可以改告示的办公室），争议没人裁（没有导医台）。三种麻烦，对应三种第二性规则：承认规则、改变规则、裁判规则。两层规则结合起来，就是法律体系。

哈特自己举的例子是红绿灯。站在外面的观察者只能说：红灯亮时，车很可能会停。而对开车的人来说，红灯不是一个“车会停”的信号，而是一个“我该停”的理由。只看外面，就把规则变成了对行为的统计；哈特说，这样讲法律，正好丢掉了法律之所以是法律的那一部分。

这条路是S→D→E：先找到承认规则认可的那条规则（S），按语词的通常意义推下去（D），最后才看案子里缠在一起的具体条件（E）。大多数案件落在规则意义的“核心”，推下去就有答案；少数落在“边缘”（语词的开放结构），这时候规则没有给出答案，法官只能自由裁量。第219号用的那块“禁止车辆入园”的牌子，就是边缘问题的标准样本：自行车算不算车？

书的后半，他还讲了一个看起来与实证主义不大协调的东西：自然法的最低限度内容。人是脆弱的，彼此大致平等，善意有限，资源有限，理解力和意志力也有限；在这几个自然事实之下，任何一个要让人活下去的规则体系，都得禁止杀伤、保护起码的财产、要求遵守承诺。这不是说道德决定什么是法，而是说人的处境决定了法大概会长成什么样。

◆ 五、异象

第一处异象，就在大厅里。叫号机的告示是承认规则，可一位八十岁的老人不会用手机预约、也没领到号；一个抱着高烧孩子冲进来的母亲要求先看。告示

的“核心”很清楚，眼前的人却落在了它的边缘。哈特的答案是：边缘处，裁量。可导医台护士的裁量从哪里来、凭什么让后面的人服，理论没有说。

第二处异象，是纳粹的法。按承认规则，那些法在当时都是“法”。哈特承认这一点，然后主张用明说的溯及立法去追究（见第 31 章）。这在逻辑上是干净的，却把最要紧的那一刻（法官面前站着一个告密者，要不要判）交给了法以外的东西。

第三处异象，来自他的接班人德沃金：法官判案时用到的，不只是规则，还有原则，比如“任何人不得从自己的过错中获利”。这些原则不是靠承认规则那样的来源检验认出来的，它们靠的是分量（第 35 章）。

第四处异象，是承认规则本身。哈特说它的存在是一个事实：看官员实际上怎样认法。可如果官员们在“认什么为法”上意见不一呢？比如一部法律与一项宪法惯例冲突，不同的法官认法的方式不同。到这一步，承认规则这张清单上有什么，本身就成了一个要判的问题，而不再是一个可以去观察的事实。

第 219 号对哈特的判是：他握住了法的形状，把承认规则钉成了一张事实清单；而他和富勒都在“这是不是法”的那一刻等一个是或否，法却长在两次“是”之间。本章接着这个判：四处异象，都是 D 与 E 的矛盾落在那张清单的外面。第 219 号说两人都没握住“土”，本书按 E 来读这个字：缠在一起的那些条件。

◆ 六、吸收还是分叉

边缘问题被**改名**：它被叫做“开放结构”，是语言的一般性质，不是理论的缺口。异象成了语言哲学的一个参数。

纳粹法的问题被**免检**：“是不是法”与“该不该服从”分开，后一个问题不归法理学检验，交给道德。

德沃金的挑战，在哈特身后出版的《法律的概念》第二版后记（1994）里被吸收：承认规则可以把道德原则列为检验标准之一。这是一次**改名**，原则被改称为承

认规则可以容纳的一项内容。哈特的后继者由此分叉：一支接受这种“包容性”的实证主义，另一支（以拉兹为代表）坚持法的来源检验不能夹带道德，称为“排他性”实证主义，第 36 章讲。

这几次吸收有一个共同的方向：凡是理论接不住的东西，都被往外推，推到语言、推到道德、推到可选的内容里去，而起点那两层规则的结构纹丝不动。哈特自己说这本书也可以看作一部描述社会学的论著，这个自我定位本身就是一道护栏：描述不负责回答该怎么判。

制度上，哈特的框架在英美法学院成了法理学课堂的基础结构：讲任何法律体系，先问它的承认规则是什么。这本身就是一次制度依赖：一个学派的起点，成了后来者讨论问题的那张场。

◆ 七、它看对了什么

它看对了规则和习惯、和恐惧的区别。大厅里那位男人的心虚，是哈特最有力的证据：规则活在人们拿它评价自己和别人的那一刻。

它也看对了法律体系有两层，并且看对了第二层解决的是三种实际的麻烦：不确定、改不了、没人裁。这让法学第一次能平实地描述一个体系怎样运转。它还看对了：法律体系里有大量授予权力的规则，人们靠它们立遗嘱、订合同、开公司。法不只是管人，也是让人能把事办成。

接第 219 号的判，还可以再补一句：叫号机告示被大家认下来，用了三周。三周里，每一次导医台处理一起争议，告示就多被认下一分。哈特看见了认下来以后的那张清单，却没有把这三周写进理论。

它没有看到的，是那条承认规则本身是怎么来的。叫号机的告示不是一贴就灵，是第一周的争吵、导医台的一次次处理、老人们被照顾的办法，慢慢让大家认下来的。承认是一个过程，不是一张清单。

带走的话

哈特的起点，是两层规则的结合，接缝处是承认规则；它织进的是制度的结构与次序。

内在观点解释了插队者为什么心虚：规则活在人们用它评价自己的时候。

边缘被改名为语言的开放结构，原则被改名为承认规则的可选内容，恶法被免检。

接第 219 号：哈特握住的是法的形状，那张清单之外的“土”，本书读作 E。

小账 本章动用：官员为主角、内在观点、结构、次序、S→D→E、改名、免检、分叉。

锁定记录：“承认规则是一张由官员共同接受的事实清单”被锁成起点；边缘处的判交给不受理论约束的裁量。

第 34 章

富勒：法的内在道德（接第219号）

> 这一章的问题：一套规则改得太勤、说得不清、追溯过去，还能不能算规则？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。周末少儿篮球兴趣班，十来个八九岁的孩子，教练姓骆。有一周，骆教练的规则是这样变的。

周一晚上，他在家长群里发：从本周起，每个孩子比赛时至少上场五分钟。周三训练课上，他宣布：迟到的人下一场不能首发，而且上周六迟到的两个人也算在内。周五，他又说：首发和上场时间，以后都看教练当天的判断。

周六比赛，场边几个孩子坐在板凳上，有的在算自己够不够五分钟，有的在问上周迟到的事到底算不算，有的干脆不想了，反正“教练说了算”。一个孩子的家长汪女士在群里问了一句：到底按哪条来？没人回答。到了下一周，迟到的孩子反而多了。

骆教练其实有他的难处。周一那条，是因为有家长抱怨自家孩子一整场没上场；周三那条，是因为上周六两个孩子迟到，差点凑不齐首发；周五那条，是因为他发现“至少五分钟”让他在比分咬得紧的时候没法换人。每一次改，单看都有理由；合在一起，就成了一周三改、一改还往回算。

第二个月，还是构想：骆教练在训练馆门口立了一块小白板，把规则写上去，一共四条，底下加了一行小字：规则改动，下周起生效，不追溯。孩子们开始重新算自己的上场时间，迟到的人少了。白板上的四条，内容没有比原来高明多少，变的是规则和孩子之间的关系：孩子又能照着它安排自己了。

这一周里，骆教练没有做什么坏事，没有偏心谁，也没有罚谁。可孩子们慢慢不再试着守规矩了，因为规矩没法守：它改得太快，第二条还往回算了账，第三条等于取消了前两条。

富勒的问题就在这里：规则失败，不一定是因为规则内容不公正，而是因为它没有做到“规则”这件事本身要求的那些东西。

◆ 二、学派的出生证

这个学派的主角是立法者，更准确地说，是“用规则来治理人”的那个人和被治理者之间的关系。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
立法者（及其与守法人的相互关系）	守法人是能自己理解规则、自己安排行为、对自己负责的行动者	法是使人的行为服从规则治理的一项事业；这项事业本身有一套内在的道德要求	合法性的八条要求；立法者与守法人之间的相互性；法有程度之分；义务的道德与愿望的道德

起点的 S 是“八条要求”这副显露出来的样子：普遍、公布、不溯及既往、清楚、不自相矛盾、能够做到、相对稳定、官方行动与公布的规则一致。这对预设织进的是制度的**次序**（不溯及既往、相对稳定，管的是时间上的先后）与**连接**（立法者与守法人之间的相互承诺）。

八条放回篮球场，一条一条都对得上。普遍：规则对所有孩子一样，不能为某一个孩子单独定；公布：要让孩子和家长事先知道；不溯及既往：不能拿新规则去罚上周的事；清楚：“至少五分钟”是清楚的，“看教练判断”是不清楚的；不自相矛盾：周一的五分钟与周五的“教练说了算”打架；能够做到：要求八岁的孩子每次提前半小时到场，就未必做得到；相对稳定：一周三改，太快；官方行动与规则一致：教练自己定的规则，比赛时自己要照着来。骆教练这一周，至少在五条上出了问题。

◆ 三、意义预设

富勒的出发点是对人的尊重：用规则治理人，就是把人当成能自己读懂规则、自己做决定的行动者，而不是只能被管理的对象。规则含糊、追溯、朝令夕改，伤的正是这份能力。这一层押在自由上。

他还区分了“义务的道德”（最起码不能做什么）和“愿望的道德”（追求做到最好）。八条要求里，只有最低的几条是义务，其余是可以越做越好的手艺。这里有创造的一端：立法是一门手艺，是可以精进的。

富勒还提醒过一点：两种道德之间的界线，本身就是立法要慎重处理的事。把愿望的事写成义务（比如要求每个孩子“全力以赴”，不全力就罚），法律会变得严苛而空洞；把义务的事当成愿望（比如规则公不公布只是“最好做到”），法律又会塌下去。

本书的读法：自由●，创造◐，幸福○。

放进国家实践那一栏：罪刑法定、法不溯及既往、法律须经公布才生效，这些原则早已写进许多国家的宪法和刑法，比富勒的书早得多。富勒做的事，是把这些散在各处的原则收拢到一处，说它们共同属于“用规则治理人”这件事本身。本书只描述这一点，不评价各国落实得如何。

◆ 四、走的路

富勒 1940 年进入哈佛法学院，1964 年出版《法律的道德性》。书里讲了一个虚构国王雷克斯的故事：这位国王一心想当好立法者，却在八个方向上依次失败：没有规则、只就事论事；有了规则却不公布；规则往回溯；写得没人看得懂；前后打架；要求人做不到的事；改得太勤；自己判案时不照规则来。八种失败，对应八条要求。

富勒的来路值得一提。他本是研究合同法的学者，1936 年与珀杜合写过一篇讨论合同损害赔偿中“信赖利益”的长文，刊在《耶鲁法律杂志》上，后来成为合

同法的名篇。合同的眼光，让他看法律总是看两方：一方许诺，另一方信赖并据此安排自己的生活。把这个眼光搬到立法上，立法者就是许诺的一方：我会用公开、清楚、稳定的规则来管你，你照着规则安排生活，我不会事后翻账。八条，就是这份许诺的条款。

许诺是双向的，这就是他说的相互性。政府对公民有一份默契：我按照我公布的规则来对待你。公民对政府也有一份：我照规则行事。若政府一方长期不守，比如秘密执法、事后翻账，公民守法的那份义务也会随之松动。富勒认为，这份相互性是法律与单纯管理的分界：管理者可以随时下指令，立法者不能。

在这之前，1958 年他与哈特在《哈佛法律评论》上交锋。哈特主张法与道德分开；富勒回应说，法有它自己的道德，忠于法律本身就需要法满足某些条件。对纳粹时期那些秘密的、追溯的、随意执行的“法”，富勒认为否认它们是法并不难。

那场交锋里还有一个小插曲。哈特用“禁止车辆进入公园”说明规则有核心与边缘；富勒反问：如果有人要把一辆二战时用过的卡车，作为纪念物安放在公园里，算不算“车辆进入公园”？字面上算，可谁也不会觉得这违反了规则。他的意思是，连“核心”都不是靠字面认出来的，要看规则为了什么。这一问，把哈特的核心与边缘，都拉回到了目的上。

这条路是 S→E→D：先拿着八条（S），立刻看规则与守法人之间的关系（E：守法人能不能看懂、能不能做到、能不能信赖），再回头看规则一路是怎么变过来的（D）。他在第 219 号里被判为“握住了法的路”，正因为他关心的不是一条规则的内容，而是一套规则一路走下来的样子。

1949 年他发表的《洞穴奇案》，用五位法官的五份意见，把各学派放进同一个案子里，后来成了法理学的标准教材；那个案子第 58 章再读。

◆ 五、异象

第一处异象，是哈特 1965 年在《哈佛法律评论》上为这本书写书评时提出的。八条要求讲的是效率，不是道德：一个邪恶的政权，也可以把迫害人的法写得普遍、公开、清楚、稳定、照章执行，甚至执行得更好；照富勒的说法，下毒也可以有一套“内在道德”。这一问打在富勒的中心：手艺好，不等于做的东西好。

第二处异象，从相反方向来。好的法律秩序有时也必须违反八条中的某一条：战后的审判碰到溯及的问题；紧急状态下规则必须快改；有的法律有意写得原则一些，好让法官去补。如果八条是“内在道德”，这些就是违反道德；可它们未必是坏事。

具体的例子并不难找。有些溯及既往的立法，恰恰是为了补救：比如一批婚姻或合同，因为某个手续出了差错而在法律上不成立，立法机关事后通过一部法律，让它们自始有效。这样的溯及，没有人觉得违反了法的道德，反而觉得是在补法的漏洞。富勒自己也承认，这类补救性的溯及有时是少不了的。可按八条，它照样是溯及既往。

第三处异象，回到篮球场。骆教练周五那句“看教练当天的判断”，按八条全是毛病；可在孩子们的比赛里，教练看人临场调整，往往正是一个好教练的本事。规则在哪里该稳、在哪里该留口子，八条没有告诉我们。

第四处异象来自他自己的故事：雷克斯国王八条全犯了。可现实中多数失败的规则，只犯一两条，犯的方式也各不相同。犯到第几条、犯到什么程度，才算“没有在造法”？这条线，和拉德布鲁赫的“不可容忍”一样，没有尺子（第 31 章）。

◆ 六、吸收还是分叉

富勒对第一处异象的回应，是一个经验命题：秩序井然与善良之间，比秩序井然与邪恶之间更亲近；作恶的政权，往往最先放弃的就是规则的公开与一致。这个

回应被他当作理论的一部分来用，却很少被当作需要检验的假说来检验。这是**先验**：手艺和善之间的亲近关系，被定在了起点里。

第二、三处异象被**改名**：法有程度之分，违反某一条只是“合法性较低”，八条是一门要不断权衡的手艺，不是一张勾选表。这样一来，任何违反都可以被吸收为“程度”上的一个参数。

还有一处值得注意。富勒自己承认八条之间会彼此拉扯：要清楚就得写细，写细就容易改得勤；要稳定就得少改，少改就可能跟不上新情况，变得做不到。他把这种拉扯交给立法者的“手艺”去调和。手艺这个词很好，但它把异象交给了一个不再被理论检验的地方。

分叉有两支。一支接过他的问题，把“法治”讲成法律体系本身的品质，后来的拉兹接过去又换了刀口：法治是一把锋利的刀，好人坏人都能用，它的好只是工具的好（第 36 章）。另一支在近年的法理学里复兴富勒，强调相互性：立法者对守法人也有承诺。

制度上，八条中的好几条早已写进各国的宪法与法律原则：罪刑法定、法不溯及既往、法律须公布。这些原则不必提富勒的名字，但它们与他的预设缠在一起，织进了法律的次序。

◆ 七、它看对了什么

它看对了规则是一种关系：一张规则单，如果守法人读不懂、做不到、不敢信，就算内容再好，也没有在治理人。孩子们坐在板凳上不再算账的那一刻，规则就已经失败了。它还看对了：法律的失败，常常不是大恶，而是小乱。很多人对规则失去信任，不是因为见到了暴政，而是因为规则说不清、变太快、定规则的人自己不照办。

骆教练的白板，也可以接着第 219 号的判来读。四条规则不是一开始就在的，是一周三改、孩子们不再算账、家长在群里追问之后，才被写成了“下周起生效、

不追溯”。不溯及既往这一条，在篮球场上，是被乱过一回之后才长出来的。富勒把它写成了本来就在的戒律，其实它也是在判与服之间稳下来的。

它也看对了法有一条路：规则不是一次写成的，是一路改下来的，改的方式本身就是法的一部分。

接第 219 号：富勒握住了法的路，却把路上该守的东西写成了八条本来就在的戒律。可八条也是被走出来的：法不溯及既往，是一次次人被往回算账之后才被认下来的。第 219 号说他与哈特踩在同一块地板上：都在“这是不是法”的那一刻等一个是或否。富勒的“是”是程度上的，但依然是在那一刻给出的。

> **带走的话**
>
> 富勒的起点，是规则治理这件事自带的八条要求；它织进的是制度的次序与连接。
>
> 规则失败，不一定是内容坏，也可能是改得太勤、往回算账、说得不清。
>
> “手艺好不等于东西好”这一问，被他用一个未检验的亲近关系先验地挡住，又把违反改名为程度。
>
> 接第 219 号：他握住了法的路，但路上的戒律也是走出来的，不是本来就在的。

小账　本章动用：立法者为主角、相互性、次序、连接、S→E→D、先验、改名、分叉。
锁定记录：“八条是法的内在道德”被锁成起点；八条与善的关系被定为亲近，不再检验。

第 35 章

德沃金：原则、整全性与唯一正解

> 这一章的问题：一件代代相传、代代改动的东西，后来的人怎样改，才算接着做而不是另起炉灶？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。祝家有一道红烧鱼，是奶奶传下来的。奶奶的做法是：草鱼，先煎，下酱油、糖、醋，加大块姜，最后撒葱。

妈妈接手以后改过两次。一次是家里搬到南方，草鱼不好买，改用鳊鱼；一次是爸爸查出血糖高，糖减了一半，加了一点红枣提甜味。她改的时候总说一句：“奶奶要是在，也会这么改。”

家里也有过一次没改成的。爸爸有一年想把姜换成蒜，说蒜更香。妈妈试做了一回，全家都说不像了，第二回就换了回来。从那以后，“大块姜”就成了这道菜里谁也不动的东西。

现在轮到女儿祝小满。她学会了，又想改：想把煎改成先炸，皮更脆；还想加一勺豆瓣酱，她喜欢辣。妈妈对第一处说不行：先炸就不是我们家这道鱼了。对第二处，犹豫了一下说：可以试试，你外婆家那边做鱼就放豆瓣。

这是我构想的场景：那个周日，小满做了两盘，一盘按妈妈的做法，一盘加了豆瓣。爸爸两盘都吃了，说加豆瓣的下饭；妈妈尝了一口，说味道是好，就是盖住了姜。弟弟只吃加豆瓣的那盘。饭桌上没有人宣布结论，可下一个周日，妈妈自己做鱼时，往锅里放了小半勺豆瓣。

这里有两个问题。第一，怎样改算“接着做”？妈妈的两次改动，都能说出理由：鱼换了是迁就地方，糖减了是照顾人；而这些理由，奶奶当年做这道菜时就有

（奶奶的菜一向就是照着家里人的身体和手边的东西做的）。第二，小满的两个改法，能不能找到一个答案说哪个对、哪个错？

德沃金说：能。不仅能，而且对于每一个问题，都有一个最好的答案。

◆ 二、学派的出生证

这个学派的主角是法官，而且是一位理想的法官：德沃金叫他赫拉克勒斯，一位有超人的学识、耐心和时间的法官。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
法官（理想形态：赫拉克勒斯）	法官能把全部判例、法律和宪法读成一个融贯的整体，并找出最能证成它的那套原则	法不只是规则，还包括原则；法是一种诠释性的实践，它的意义在于整全性：像一个声音那样说话	原则与规则的区分；权利是王牌；疑难案件里也有唯一正解；法官像写连环小说的作者，接着写

起点的 S 是“整全性”这副显露出来的样子：整套法律被预设为可以像一个人那样融贯地说话。这对预设织进的是制度的**次序**（先例链：后来者必须接得上前面写下的）与**结构**（整套判例与法律被要求成为一个原则融贯的体系）。

规则与原则的分别，是这张出生证的第一格。德沃金说，规则是“全有或全无”的：条件满足就照办，不满足就不管；两条规则冲突，必有一条无效，或者是另一条的例外。原则不一样，它有分量：两条原则冲突时，不是一条作废，而是这一回这条更重，下一回可能那条更重。“任何人不得从自己的过错中获利”是原则，“依法订立的遗嘱有效”是规则。在里格斯案里，原则压过了规则在这一处的适用，规则本身并没有作废。

◆ 三、意义预设

德沃金最看重的是权利。他说权利是王牌：个人的权利可以压过多数人的偏好和社会整体的利益。政策论证（这样判对社会更有利）在他那里不是法官的事，法官只问谁有什么权利。这押在自由上，而且是很重的自由。

权利的根据，他最后落在平等的关切与尊重上：政府必须把每个人都当作同样重要的人来对待。这一句把自由和平等系在了一起，也是他和罗尔斯走得近的地方（罗尔斯见第 104、147 号）。

整全性有一份创造：他把诠释叫做“建构性诠释”，法官要把既有的材料读成它能成为的最好样子，这是一种创作。但这份创作被要求“接得上”，不能另起炉灶。

幸福（以总体福利为中心的论证）被他刻意放在低处，这是他与功利主义、法经济学的分界（第 37、38 章）。

国家实践那一栏要另读：美国的宪法审查里，法官以权利与原则审查立法的做法，常被拿来对照德沃金的理论；这只是理论与实践的一处对应，本书不据此评价哪一种审查模式更好。

本书的读法：自由●，创造◐，幸福○。

◆ 四、走的路

德沃金 1969 年接替哈特任牛津法理学讲席。他的第一刀，是 1967 年的《规则模式》。他用了一个 1889 年纽约上诉法院的案子：里格斯诉帕尔默案。孙子埃尔默为了早点继承遗产、也怕祖父改遗嘱，毒死了祖父。遗嘱合法，继承法的条文也没有说杀人者不得继承。法院多数意见判他不能继承，理由是一条古老的原则：任何人不得从自己的过错中获利。少数意见（格雷法官）则认为，刑法已经惩罚了杀人，法院不该在立法者之外再加一层惩罚。

德沃金说，这个案子说明法官用的不只是规则，还有原则；而原则不是靠哈特那张“来源清单”认出来的，它没有来源，只有分量。这就打在了实证主义的中心。

接着他提出赫拉克勒斯：面对疑难案件，这位法官要构造一套理论，既要与过去的判例和法律“契合”，又要在道德上“证成”得最好。1986 年的《法律帝国》把这讲成了连环小说：一群作者轮流写一部小说，每人写一章；后来的作者必

须读完前面所有章节，接着写，既要接得上，又要让小说成为它能成为的最好作品。

整全性还有一层，是他拿来对付“折中立法”的。他举过一个例子：在一个有争议的道德问题上，立法机关为了照顾两派，规定逢单年出生的人可以、逢双年出生的人不可以。这样的法律两边各分一半，按算账的办法也许最能平息争吵，可谁都觉得它不对。不对在哪里？在于法律不再像一个声音在说话，而像两个人各抢了一半麦克风。德沃金把这叫“棋盘式”的法律，并以此说明整全性是一种独立的政治美德。

《法律帝国》还把诠释分成三步：先认出大家公认属于这门实践的材料（判例、法律、做法）；再提出一套最能契合、也最能证成这些材料的说法；最后按这套说法回头调整对某些材料的理解，必要时承认有的判例判错了。第三步最要紧：赫拉克勒斯可以宣布某些先例是错误，只要整体因此读得更好。

1977 年他把早期文章收成《认真对待权利》，其中与哈特一派争得最凶的是“自由裁量”。哈特说边缘处法官有裁量；德沃金区分两种裁量：一种是弱意义的，标准需要判断才能用上；一种是强意义的，根本没有标准约束，法官自己造。他承认前一种，否认后一种：疑难案件里，法官依然受原则约束，他是在发现当事人原有的权利，不是在溯及地给人造权利。

这条路是 S→D→E：先预设整全性（S），沿着判例链一章一章读下来（D），最后落到眼前这个案子的具体条件（E），找出那一个最好的答案。祝家妈妈说“奶奶要是在也会这么改”，就是在做赫拉克勒斯的事。

◆ 五、异象

第一处异象是分歧。真实的法官，同样有学识、同样认真，却常常判得不一样：里格斯案本身就是五比二，格雷法官写了反对意见，另一位法官附议。德沃金说这不要紧，分歧本身证明法官们在争的是“法是什么”；可如果每个案子都有唯一正解，那么一个法院里几乎一半的法官每次都错了，这个说法本身就需要解释。

第二处异象在“契合”与“证成”之间。两条标准在疑难案件里常常把人拉向两个方向：契合得最好的读法，未必证成得最好。两者怎样权衡，没有更高一层的尺子。小满的“先炸”，与家里的做法契合得差，可能更好吃；“加豆瓣”，与奶奶这一支契合得也不算好，却与外婆那一支契合得好。哪一支才是“这道菜的历史”？

第三处异象是赫拉克勒斯本人。他不存在。理论把答案交给一个不存在的法官，真实的法官只能向他看齐。这就让“唯一正解”从一个关于法的事实，变成了一个关于理想的许诺。

回到祝家的饭桌，这三处异象一处不少。妈妈和小满都认真，却对“先炸”判得不一样；“接得上”与“更好吃”把人往两边拉；而那位能读遍祝家三代、外婆家两代所有做鱼经验、给出唯一答案的人，并不存在。真正给出答案的，是下一个周日锅里那小半勺豆瓣。

第四处异象，来自另一边的批评者：如果过去的判例本身就是几种互相冲突的原则拼起来的，那么连环小说前面那些章，本来就不是一个作者写的，也没有一条一以贯之的情节。后来的作者要接的，是好几条线。说其中一条是“最好的读法”，本身就是选边。美国的批判法学运动正是从这里切进来的（第 42 章）。

◆ 六、吸收还是分叉

唯一正解是**先验**的：只要有足够的学识和时间，答案按定义就在那里；没有找到，是因为法官不够赫拉克勒斯，而不是因为没有。

分歧被**改名**：它被叫做“理论性分歧”，不是理论的反例，而是理论的证据，因为它说明法官们在争“法是什么”而不只是“法该是什么”。异象成了理论的一项支撑。

赫拉克勒斯不存在这件事被**免检**：他是一个方法上的理想，不是对任何法官的描述，所以不必检验。

还有一个细节值得记下：赫拉克勒斯可以宣布某些先例是错误。这让理论能吸收几乎任何一个对不上的判例：对不上的，就是错的。这是吸收的最强形式：起点永远不会被判例推翻，因为判例要先通过起点的检验，才算数。

对“没有唯一正解”的反驳，他还有一个更朴素的回应：在一个判例和法律都很丰富的成熟法律体系里，两种读法在契合与证成上打成真正平手的情形极少；人们以为没有答案，多半是还没读够材料。这个回应把异象推给了材料的多少，而材料够不够，又只能由赫拉克勒斯来判断。

分叉也在发生。哈特的后记做了回应，实证主义内部分成包容与排他两支（第33、36章）；德沃金自己则越走越远，晚年在2011年的《刺猬的正义》里主张法是道德的一部分，更确切地说是政治道德的一个分支，不再是与道德并列的另一个系统。在制度上，他的“原则”观念与美国的宪法审查缠得很紧：法官以权利与原则审查立法，这条路第45、50章再读。

◆ 七、它看对了什么

它看对了法律是一条被一代代接着写的路。连环小说是迄今为止最接近D的一个法学比喻：判例不是一条条孤立的规则，是一章接一章的叙事，后来者被前面写下的东西约束，又必须往前写。

它也看对了原则真的在判决里起作用。里格斯案的那条原则，不在任何清单上，却决定了结局。它还看对了：法官说理不是装饰。判决书里写下的理由，会成为下一章的材料，约束后来的作者，这正是制度依赖里“次序”的样子。

它还看对了：整全性是法律能被信任的条件之一。一套今天这样判、明天那样判、说不出同一个道理的法律，会让人觉得它像抽签。只是这份“同一个道理”，不在赫拉克勒斯手里，在判决被一个个当事人和一代代法官认下来的过程里。

它没有看到的是：整全性不是起手时就在那里的。祝家这道鱼的“一个声音”，不是奶奶定好的，是妈妈那两次改动被全家吃下去、认下来以后才有的。小满加豆瓣行不行，答案不在赫拉克勒斯的脑子里，在下一次端上桌、家里人吃不吃

里。一道菜的整全性，是在做与吃之间一次次长出来的；判决的整全性，也是在判与服之间长出来的。

> **带走的话**
>
> 德沃金的起点，是法官面前的整全性：整套法律被预设为一个融贯的声音；它织进的是制度的次序与结构。
> 里格斯案证明了原则在判决里起作用，也让原则的“分量”成了法学的正式问题。
> 唯一正解先验地在那里，分歧被改名为理论性分歧，赫拉克勒斯被免检。
> 连环小说是最接近“走过的路”的比喻，但小说的统一是被读者认下来的，不是作者预先拥有的。

小账　本章动用：法官为主角、次序、结构、S→D→E、先验、改名、免检、分叉。
锁定记录：“法是整全的、疑难案件也有唯一正解”被锁成起点；契合与证成之间的权衡交给一位不存在的法官。

第 36 章

拉兹与菲尼斯

> 这一章的问题：法要我们照它说的做，一个讲理的人凭什么听？哈特的两个学生给了两个答案，一个守住实证主义，一个回到自然法。

◆ 一、日常主例

下面是我构想的场景，人名都是为了说明问题而设的。

吕阿姨六十一岁，退休前在纺织厂做质检，一辈子信自己的眼睛和手。这年春天体检，血压偏高，社区卫生服务中心的杜医生给她开了降压药，嘱咐两句：每天早上一片，别自己停；咸菜少吃。

吕阿姨回家吃了一个礼拜，量了几次血压，都正常了，就把药收进了抽屉。她的道理很朴素：血压都下来了，还吃什么药？是药三分毒。隔壁的蒋大爷也劝她，说自己的老伴就是吃药吃出了毛病。

一个月后复诊，血压又上去了。杜医生没有发火，只是问她：您停药，是因为觉得自己判断得比我准吗？

吕阿姨愣了一下。她当然不觉得自己比医生懂高血压。可是她也不愿意“什么都听医生的”：医生让她别吃咸菜，她觉得一个礼拜吃两回也无妨；医生让她每天走半小时，她觉得自己在家干活也算走了。

这段对话里藏着两个不一样的问题。第一个问题是：在“该不该停药”这件事上，吕阿姨凭什么把医生的话放在自己的判断前面？答案似乎是：在这件事上，照医生说的做，比她自己去掂量那些理由，更能做对。她自己掂量，掂量出来的是“是药三分毒”；医生掂量，掂量的是血管、心脏、二十年后的中风风险。第二

个问题是：医生的话管到哪儿为止？“别停药”她服，“咸菜少吃”她半服，要是医生顺口说一句“您那个外孙该换个学校”，她就完全不必服了。

还有第三个问题，吕阿姨没问出口：杜医生凭什么能当这个“说了算”的人？是因为她挂着执业证，是因为她懂，还是因为整个社区需要有一个人在这件事上一锤定音，大家才不至于各吃各的偏方？

法的处境和杜医生很像。法律对我们说“这样做”，我们大多数时候照做，可是我们并没有在每一次照做之前先把所有理由过一遍。法凭什么让人这样放下自己的掂量？这一章的两位学者，一位从“医生懂得比你多”那条线去答，一位从“大家需要一个一锤定音的人”那条线去答。

◆ 二、学派的出生证

约瑟夫·拉兹（Joseph Raz，1939—2022）和约翰·菲尼斯（John Finnis，1940— ）都在牛津跟哈特读过博士。哈特在第33章里把法讲成两类规则的结合，留下一个没有答完的问题：人们“接受”规则，接受的究竟是什么。两个学生从这里分了家：拉兹沿着实证主义往深处走，菲尼斯回到自然法。

先问主角。两家的主角都是守法人：一个讲理、会自己掂量的人，站在一条法律面前，问自己“我凭什么照做”。拉兹的守法人像吕阿姨面对医嘱；菲尼斯的守法人像一个社区居民面对“大家得有个统一的做法”。

项目	拉兹（排他性实证主义）	菲尼斯（新自然法）
主角	守法人	守法人（兼看立法者）
主体预设	一个会掂量理由的人；他自己掂量，常常不如照一个更懂的权威去做	一个会实践推理的人；他能直接看出几样基本的好，不用证明
客体预设	法是一种宣称自己有正当权威的东西；它是什么、说了什么，要能凭社会事实认出来，不必先做道德论证	法是为共同的好做协调的一套安排；它的“中心样子”是讲理的，不讲理的法只是走了样的法
推出的互动内容	权威的指令替代人原有的一部分理由，而不是在旁边再加一条理由	权威的必要来自协调：可选的好办法不止一个，总得有人定下一个

起点的S，拉兹是“法凭来源认出来”，菲尼斯是“几样自明的基本好”。两家织进制度的地方不同：拉兹织进次序（权威的指令排在个人掂量的前面），菲尼斯织进结构（从基本好，到实践合理的要求，到一条条具体规则，搭成一个体系）。

◆ 三、意义预设

用第2章的标法，● 是重押，◐ 是兼顾，○ 是轻。拉兹在法是什么这件事上刻意不押意义，他说的是法“宣称”有权威，不是法“就是”好的；可他在政治哲学里另有一本《自由的道德》（1986），把自主，也就是一个人能从几种像样的活法里自己选，放在很高的位置。所以把他的整套学问合起来看，自由 ●，幸福 ◐，创造 ○。菲尼斯把意义押在“人的全面发展”上，基本好里有生命、知识、友谊、审美、游戏这些，近于幸福 ●；他也讲实践合理是一项好，选择要自己做，自由 ◐；创造 ○。

这是理论的意义预设。英美法院实际判案时押在哪里，那是第十二编国家实践的事，不在这里混读。

◆ 四、走的路

拉兹的路是S→D→E。他从一个显露出来的样子起手：法是一种权威。接着他要求，认一条法，只看它的来历，也就是它是不是经过立法机关通过、是不是法院判下来的、是不是在法律文本里写着。这一段是D，一条法走过的路、留下的痕迹。最后才轮到E，缠在一起的那些条件：这条法所替代的，是守法人本来就该考虑的哪些理由；照它做，是不是真比自己掂量更好。

拉兹的权威论有一个顺序很讲究的设计。他认为，一个权威的指令要是正当的，它本身得是根据守法人原本就有的理由做出的（这叫依赖命题）；而守法人照着指令去做，比他自己直接去照那些理由做，更能做对（这叫常规证成命题）。在这两条成立的地方，指令就有“优先”的力量：它不是在天平上再添一个砝码，而

是把一部分砝码换了下来。吕阿姨停药的毛病，正在于她把医嘱当成一个砝码，和“是药三分毒”放在一起称。

从这里拉兹推出了他最硬的一条：既然法宣称自己有权威，它的内容就必须能不靠道德论证认出来。不然，守法人要知道法说了什么，得先把法本来要替他省掉的那些道德问题再想一遍，权威就失效了。这就是排他性实证主义：法里不能“含”道德标准，法官引用道德，那是在法之外找理由。

菲尼斯的路是S→E→D。他从几样基本的好起手：生命、知识、游戏、审美体验、友谊、实践合理、宗教（在他1980年出版的《自然法与自然权利》里列的是这七样，2011年第二版的后记里又加了婚姻）。他说这些好是自明的，不是从“人性是什么”的事实里推出来的，他借此躲开“从是推不出应当”的批评。然后是E：一个人追求这些好，要守一组实践合理的要求，比如不可任意偏好某种好，不可任意偏袒某个人，要顾及共同的好。许多人在一处生活，追求的好有很多种排法，于是需要协调。最后才是D：一条条具体的法，是从这些要求出发，在许多讲理的方案里定下一个。菲尼斯借阿奎那的说法，叫“确定”：靠右行驶还是靠左行驶，自然法不管，可总得定一个（这一层接第174号）。

两家的分歧落在“恶法”上。菲尼斯说，不讲理的法，在中心意义上不是好样子的法，可它仍可以是法，是走了样的法；他并不说恶法“根本不存在”。拉兹说，恶法就是法，只是它没有它宣称的那种权威。两家都不愿意简单接上第31章的拉德布鲁赫公式，只是一个从“中心样子”去收，一个从“宣称与实有”去分。

◆ 五、异象

第一个异象，来自疑难案件。德沃金在第35章已经指出：法官判疑难案子时，常常要动用原则，而原则的分量要靠道德论证。拉兹的来源论要求法不靠道德就能认出来，那么法官动用道德的那一刻，他在做什么？这是D与E的矛盾：法走过的路（来源）认得出，可缠在案子里的那些条件（原则、公平）却要道德来称，两头对不上。

第二个异象，是守法的义务。按拉兹的权威论，指令只在“照它做更能做对”的范围里才有优先力。吕阿姨在降压药上该听医生，在咸菜上未必，在外孙上学的事上完全不必。拉兹自己承认这一点推到底的结论：即便在一个相当好的法律制度里，也不存在一个对所有法律、对所有人的一般守法义务。可是法本身并不这样说话，法从不对人说“在你比我懂的地方你可以不听”。法宣称的权威，比拉兹给它算出来的正当权威大一圈，这一圈怎么办？

第三个异象，在菲尼斯那边。基本好是“自明”的，可列多少样、列哪几样，学者们并不一致，菲尼斯自己的单子也在后来的著作里加过一项。若是自明的，为什么会加？若是可以加的，自明又从何说起？到了具体问题上，比如家庭、婚姻、生命起止这些地方，同样自称讲理的人从同一组基本好推出了相反的规则。

◆ 六、吸收还是分叉

拉兹对第一个异象用的是改名。他说，法官在疑难案件里动用道德，那是在“造法”，是法律授权他去用法外的理由，不是法里本来就有道德。这样，法官的道德推理被改称为“法之外的理由”，来源论毫发无伤。读者可以对比第33章哈特的做法：哈特在身后出版的后记里承认，一个法律体系可以把道德标准写进自己的承认规则里，这条路后来被叫作包容性实证主义，沃卢裘、科尔曼等人接着走。拉兹不接受，于是实证主义在这里分了叉：包容的一支说“法可以含道德，只要来源允许”，排他的一支说“法不含道德，法官只是被允许去用道德”。两支都没有改写“法凭社会事实认出来”这个起点，只是对“认出来之后，里面装什么”各说各话。

对第二个异象，拉兹没有吸收，而是认了，把它写成理论的一部分：法宣称的权威和它实有的权威不一样大。这是少见的坦白。可这坦白有代价：它把“守法人为什么大体上照做”交给了别的解释，比如习惯、尊重、协调的需要，权威论本身只管那正当的一圈。

菲尼斯对第三个异象用的是先验。凡是从基本好推出不同结论的人，在他的框架里，是在实践合理的某一项要求上出了错；基本好本身仍是自明的。这样一来，

分歧被宣布为推理的失误，而不是起点的问题。基本好的单子是“看出来的”，不是“检验出来的”，于是第7章可错条款一说的那种情形，起点随证据改过，在这里没有发生：加上的一项，是被说成“本来就在，只是之前没写全”。

再看两家怎样沉进制度。拉兹的来源论，和法院日常的做法很合拍：判一个案子，先找有没有成文的规定、有没有在先的判决，找到了，就照它；找不到，法官才“补”。这个“先找来源、再说道理”的次序，在法院的日常做法里处处可见。它不必是拉兹发明的，可拉兹给了它一个理由：权威排在掂量前面。菲尼斯的结构，则更常出现在讲宪法权利、讲人的尊严时的说理里：从几样最基本的好，推到一组要求，再推到具体条文。前者让次序显得理所当然，后者让体系显得有根有据，两样都让起点更难被挪动。

◆ 七、它看对了什么

拉兹看对了一件很要紧的事：权威不是“再加一条理由”，而是“替你省掉一些掂量”。这一点说清了为什么法律不能每次都和人讲道理：要是每条法都得说服每个人才算数，法就失去了用处。杜医生不必在每次开药时给吕阿姨讲一堂药理课，正是因为医嘱的意思就是“在这件事上，您照我说的做，比您自己琢磨更好”。他还看对了权威的边界：医生的话管不到外孙上学，法的权威也有它说不着的地方。

菲尼斯看对的是另一面：许多法律问题本来就有几个讲理的答案，法的用处是在其中定下一个，大家才好一起过日子。靠左靠右，哪一边都不比另一边更正义，可总得有一边。这让人看清，法里的大量规定并不是“发现”出来的真理，而是“定”下来的协调。他提醒人们，法有中心样子，走了样的法虽仍是法，却欠着一笔理由的债。

带走的话

- 拉兹把守法问题讲成“照权威做是不是比自己掂量更好”，权威的指令替代理由，不是添加理由。
- 他的来源论要求法不靠道德就能认出来；法官动用道德，被他改称为造法，实证主义由此分出包容与排他两支。
- 菲尼斯从几样自明的基本好起手，法是为共同的好做协调，许多规定是在几个讲理的方案里定下一个。
- 两家都没有改写起点：一个把疑难案件改名，一个把分歧归为推理失误。

小账 本章动用：学派的出生证、S→D→E 与 S→E→D、异象（疑难案件、守法义务）、改名、先验、分叉（包容与排他）

锁定记录：拉兹的“法凭来源认出来”与菲尼斯的“基本好自明”两个起点都没有被改写；前者织进权威优先的次序，后者织进从基本好到具体规则的结构。

第 九 编

法与经济、法与社会，兼谈私法里的学派

编 序

本编把法放进经济与社会里看，兼谈私法里的学派。第 40 章回到导论里那件楼上漏水的案子。

本编各章：

- 第 37 章　科斯定理与法经济学的起点
- 第 38 章　波斯纳：效率就是正义吗
- 第 39 章　行为法经济学
- 第 40 章　侵权与合同：楼上漏水，该谁赔
- 第 41 章　卢曼与托依布纳：法是一个只认自己的系统，和它怎样管管不了的领域

第 37 章

科斯定理与法经济学的起点

> 这一章的问题：两家人的损害是互相的，法把权利先给了谁，到底要不要紧？

◆ 一、日常主例

下面是我构想的场景，人名都是为了说明问题而设的。

一栋板楼的三层，卢女士家的卧室窗户朝东。今年夏天，对面单元二层的包先生换了一台大空调，师傅图省事，把外机装在了正对卢女士窗户的那面墙上，相隔不过四五米。每天晚上十点以后，外机嗡嗡作响，热风扑着卢女士的窗户吹，她窗台上养了五年的一盆茉莉，一个月里叶子掉光了。

卢女士去敲包先生的门。包先生很客气，但也有他的难处：外机要挪到楼的另一侧，得加长铜管、重新打孔，师傅报价一千二；而且另一侧是他家孩子的房间，挪过去，孩子睡觉就要听着它响。他反问了一句：我在自己家的墙上装空调，犯了什么法？

卢女士也有她的道理：你家凉快了，热风和噪音全给了我。

两家僵了两个礼拜，各自去问了一圈。有人说，噪音超了标就算侵权，你去量一量；有人说，这是相邻关系，法律讲的是互相给方便；物业说，外机装在哪里，小区装修规定里写得不清楚，物业管不了。

这件小事里，有一个值得停下来的地方。卢女士的第一反应是：包先生的空调伤了我。包先生的第一反应是：我在自己家装空调，是你的窗户正好在那儿。两个人都没有说错。热风之所以成了损害，是因为有一扇窗户正对着它；窗户之所以受了害，是因为对面装了一台外机。拿掉其中任何一样，损害都不会发生。

假如法律规定卢女士有权不受热风吹，包先生就得挪机，或者给卢女士一笔钱，换她忍着；假如法律规定包先生有权在自己墙上装机，卢女士要么忍着，要么自己出钱请包先生挪。问题来了：法把权利先给谁，最后外机会不会落在不同的地方？

◆ 二、学派的出生证

罗纳德·科斯（Ronald Coase）是经济学家，他1960年在《法律与经济学杂志》上发表了《社会成本问题》，后来这篇文章被当作法经济学的起点之一。“科斯定理”这个名字不是科斯自己起的，是另一位经济学家施蒂格勒（George Stigler）概括出来的。科斯在经济学里的位置，以及芝加哥学派和交易成本经济学的起点，经济学卷（第319号）已经讲过，这里不重写。这一章只问一件事：法怎样用了科斯。

先问主角。科斯这一支的主角是法官，也包括立法者：他们是给权利“定初始归属”的人。科斯文章里一大半篇幅都在读英国的判例，读法官怎样在两家之间决定谁有权。

项目	内容
主角	法官（兼立法者），也就是给权利定初始归属的人
主体预设	当事人是会算账的人：只要谈判不花钱，他们会把权利换到最值钱的那一边去
客体预设	法是一张权利的初始分配表；损害是相互的，法要决定的是“允许谁伤害谁”
推出的互动内容	交易成本为零时，权利先给谁，不影响资源最后落在哪；交易成本为正时，法的分配就要紧，应当尽量让结果接近当事人自己谈得出的那一个

起点的 S 是“损害是相互的，法只是一张初始分配表”。这对预设织进了制度的连接：谁和谁之间有一项可以交换的权利，谁欠谁一笔可以谈的账。

◆ 三、意义预设

科斯这一支押的是效率，也就是让资源用在最值钱的地方，这近于本系列说的幸福，但是一种被折成了价钱的幸福：幸福 ●。它尊重当事人自己谈、自己换，自由 ◐。创造 ○：它关心的是已有的东西怎样分得更值，不太关心新东西怎样出来。

要分清的是：这是理论的意义预设。一个国家的法院在相邻纠纷里实际看重什么，比如“团结互助”“公平合理”，那是实践的意义选择，要另读。

◆ 四、走的路

科斯的路是S→D→E。他从一个显露出来的样子起手：损害是相互的。接着他用的是D，一段一段地读判例，读法官怎样在两家之间划线。最有名的一个是英国1879年的“斯特奇斯诉布里奇曼案”：一家做糖果的作坊，机器响了多年；隔壁的医生在紧挨着作坊的地方新建了诊室，嫌吵得没法看病，告上了法院。法院判医生赢。科斯读这个案子，不问“谁先来、谁有理”，只问：要是医生赢了，糖果作坊愿不愿意出钱换医生忍着？要是作坊赢了，医生愿不愿意出钱换作坊挪地方？只要两家能谈，钱会从更看重这件事的一方流向另一方，机器最后响不响，跟法院判谁赢没有关系。

科斯这样读判例，是在和一种老的想法较劲。老的想法是：谁造成了损害，谁就该停下来或者赔，冒烟的工厂该交一笔“冒烟税”，吵人的作坊该挪走。这种想法在经济学里有它的来历，第319号讲过，这里只说它在法学里的样子：法官先找“加害者”，再定他的责任。科斯说，这样问一开始就问偏了。真正的问题不是“谁是加害者”，而是“让哪一方让步，两家加起来的损失最小”。他文中举过铁路火星烧了沿线庄稼的例子：禁止火车冒火星，铁路要少跑车；允许冒，农户要少种地。两样都是代价，法要比的是哪样代价更小。

这一转，对法学的冲击在于：它把“过错”从说理的中心挪开了。法官原先问的是“谁做错了”，现在被要求先问“怎样最省”。在第38章里，波斯纳会把这一转走到尽头。

最后才是 E：缠在一起的条件，就是交易成本。找到对方、弄清对方要什么、讨价还价、写下来、盯着对方履行，每一步都要花钱、花时间、花脸面。卢女士和包先生之间，钱数不难算，难的是面子：谁先开口说“我出钱”，像是认了错。科斯说，现实里交易成本几乎从来不是零，所以法的初始分配常常就是最后的分配，法官判案时不能不看经济后果。后来的法经济学由此引出一条建议：把权利给那个“谈判谈出来也会得到它”的一方，省掉大家谈判的成本。

用卢女士家的账来走一遍。假定外机对卢女士的损害，算下来一个夏天值两千块，包先生挪机的全部代价是一千二加上孩子房间的噪音，折算一千五。不管法把权利给谁，只要两家谈得拢，外机都会挪：法若护着卢女士，包先生自己挪；法若护着包先生，卢女士出一千五到两千之间的一笔钱，请他挪，两家都比不挪划算。反过来，若挪机的代价是三千，外机就不会挪，只是钱的流向变了：法若护着卢女士，包先生付她一笔钱换她忍着。效率的结果一样，财富的分配不同。

科斯之后，耶鲁的卡拉布雷西（Guido Calabresi）和梅拉米德1972年合写了一篇文章，把这条路往前推了一步：法不但要决定权利给谁，还要决定用什么方式护着它。一种是“财产规则”，没有我同意，你不能动，想动就得来跟我谈；一种是“责任规则”，你可以先动，事后按法院定的价赔我。交易成本高的地方，用责任规则；交易成本低的地方，用财产规则。这一层，等于把科斯的连接织进了一个结构。

这个区分在判例里早有影子。纽约州上诉法院1970年判的“布默诉大西洋水泥公司案”常被拿来讲：水泥厂的粉尘和震动扰了附近住户，法院认定构成妨害，却没有命令工厂关门，而是发出一道附条件的禁令：工厂付清给住户的永久性赔偿，禁令就解除，工厂可以继续开工。用卡拉布雷西的话说，住户的权利从“财产规则”被改成了“责任规则”护着。用本书的话说，一条连接（工厂和住户之间谁欠

谁）被法院定了价，从此在后来的妨害案件里，成了法官可以援用的一种次序：先问能不能赔，再问要不要停。

◆ 五、异象

第一个异象来自人类学式的实地调查。法学家埃利克森（Robert Ellickson）在加利福尼亚北部的沙斯塔县调查牧场主和农户之间牛群闯进庄稼地的纠纷，写成《无需法律的秩序》（1991）。他发现，那里的人大多不知道、也不在乎法律上谁有权，他们按邻里之间的规矩来处理：牛跑进你家地里，主人来道个歉、把牛牵回去，偶尔小小补偿一下；真要算到钱上、闹到法院去，反而被看不起。科斯说，交易成本低时，两家会照着法律的分配去谈。可这里的人既不是照着法律谈，也不是在谈价钱，他们根本绕开了法律。D 和 E 对不上：法律的分配摆在那里，缠在当地人中间的，却是另一套东西。

第二个异象来自实验。同一样东西，人们手里有了，开出的卖价，常常远高于手里没有时肯出的买价。这件事后来叫“禀赋效应”，第39章会细讲。它的意思对科斯很不利：权利先给了谁，会改变这项权利在当事人眼里值多少钱。卢女士要是一开始就被法律认定“有权不受吹”，她可能要五千才肯忍；要是一开始被认定“没这个权”，她可能只肯出一千请人挪。初始分配不再中立。

第三个异象就在卢女士家的楼道里。两家僵着，不是因为算不清钱，而是谁也不愿先提钱。在许多人的日常感觉里，“你伤了我，你就该改”，伤害并不是“相互的”。科斯的说法在逻辑上无懈可击，却和人们对对错的感觉差了一截。

◆ 六、吸收还是分叉

科斯定理有一个强大的吸收工具：交易成本。凡是两家没有谈成的，都可以说“交易成本太高”；凡是绕开法律的，都可以说“非正式规范是一种降低交易成本的办法”。埃利克森的发现，后来常被这样收进来：邻里规矩，是在交易成本很高的地方，人们自发找到的一种省成本的安排。这是改名：“不在乎法律”被改称

为“另一种降低交易成本的方式”。“面子”“谁先开口”也可以算进交易成本。用得太宽，交易成本就成了一只什么都能装的口袋。

要替科斯说一句公道话：他本人一再表示，零交易成本的世界只是一个思想实验，他真正想研究的是交易成本为正的真实世界。被反复引用、被当作“定理”的，恰恰是他认为不现实的那一半。这一层的偏移，不是科斯造成的，是读者把他读成了一个先验命题：在零交易成本下，按定义如此。

真正的分叉有两条。一条是卡拉布雷西一支：不再只问“效率”，而是问法怎样在几种目标之间配，他自己在后来的书里一直把“分配”和“公正”放回来。另一条是第39章的行为法经济学：既然禀赋效应让初始分配不中立，那就把“人会怎样算账”这一端的预设换掉。

◆ 七、它看对了什么

科斯看对了一件法学家以前不太愿意看的事：许多纠纷里，没有一方是单纯的加害者。噪音、热风、炊烟、树荫，都只在两家挨着的时候才成为损害。这一点改变了相邻关系、环境、公害这些领域里的说理方式：法官要问的，不只是“谁伤了谁”，还有“让谁让步，总的代价更小”。

读中国的法条，也能看到这层意思的影子，虽然来历未必是科斯。民法典物权编有专门讲相邻关系的一组条文，第二百八十八条要求相邻各方按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则处理关系，第二百九十四条写到不得违反国家规定排放噪声等有害物质。“方便生活”“公平合理”放在一起，就是既不只问谁伤了谁，也不只问怎样最省。这不构成法律意见，只是说法条里的说理有几层，科斯照亮的是其中一层。

他还看对了：法律的用处，有一大块是“替人省掉谈判”。一条清楚的规定，比如外机离邻居窗户至少多少米，要是早就写在小区规定里，卢女士和包先生就不会僵这两个礼拜。

带走的话

- 科斯把损害看成相互的，法只是一张权利的初始分配表。
- 交易成本为零时，权利给谁不改变结果；交易成本为正时，法的分配就决定结果。
- 交易成本这只口袋装得太多时，异象就被改了名；禀赋效应说明初始分配并不中立。
- 卡拉布雷西把权利“给谁”和“怎样护着”分开，科斯的连接由此织进了一个结构。

小账 本章动用：学派的出生证、意义预设（效率作为幸福）、S→D→E、异象（无需法律的秩序、禀赋效应）、改名、先验、分叉

锁定记录：“损害是相互的、法是初始分配表”这个起点没有被改写；交易成本吸收了大部分异象，并经由财产规则与责任规则织进了法律关系的连接。

第 38 章

波斯纳：效率就是正义吗

> 这一章的问题：把东西判给最愿意出钱的人，是不是就判对了？

◆ 一、日常主例

下面是我构想的场景，单位和人名都是为了说明问题而设的。

一家设计院搬进了新园区，地下车库只分到四十个车位，院里开车上班的却有一百二十来人。行政科的符科长拿出两套方案，在全院大会上让大家选。

第一套是拍卖：每季度网上竞价一次，四十个车位按出价从高到低给，拍来的钱补贴给没车位的同事当交通费。符科长算得很清楚：谁最需要车位，谁就最肯出钱；钱又回到大家手里，谁也不吃亏。

第二套是排号：按入职年限和家里有没有接送孩子、照顾老人这些情况打分，分高的先拿，每年重排一次。

会上吵得很热闹。年轻的结构工程师小柴赞成拍卖：他住得远，每天开车一个半小时，愿意每月出六百块。在院里干了二十多年的资料员申大姐反对：她每天早上要送孙子去幼儿园再赶来上班，比谁都需要车位，可她工资低，出不起六百。她说了一句很朴素的话：照这么拍，车位就是给有钱人的。

小柴也不服：排号排的是资历和情况，情况谁来认定？去年就有人把“照顾老人”报得很夸张。拍卖起码明码标价，谁也别装。

符科长最后说了一句：拍卖的结果，是车位落在最看重它的人手里，这就是最好的分法。

申大姐反问：你怎么知道小柴比我更看重？他只是比我更出得起。

这句反问，正好是这一章的核心。“最愿意出钱”和“最需要”是不是一回事？把车位判给出价最高的人，是“分得最好”，还是“分得最有效率”？两者之间要是有一道缝，法该站在哪一边？

◆ 二、学派的出生证

理查德·波斯纳（Richard Posner）1973年出版《法律的经济分析》，此后几十年里一版再版，是法经济学最有影响的教科书之一。他1981年起任美国联邦第七巡回上诉法院法官，到2017年退休，一边写书一边判案。他的身份决定了这一支的主角。

先问主角：主角是法官，尤其是普通法法官。波斯纳的一个著名论断是，普通法，也就是由一代代法官在判例里积出来的那部分法，整体上看是有效率的，好像法官们一直在不自觉地做经济学家的工作。

项目	内容
主角	法官（普通法法官）
主体预设	人是理性的、会把自己的满足做到最大的人；在法律面前也一样，会掂量违法的代价和好处
客体预设	法是一套价格：责任、罚款、赔偿，都是给行为标的价；好的法让社会的财富最大
推出的互动内容	法官判案应当把权利和责任放在能让总财富最大的地方；能用价格引导的地方，就让价格引导

起点的 S 是“人是理性的最大化者，法是一套价格”。这对预设织进制度的次序：波斯纳认为普通法判例一案一案积下来，会趋向有效率的规则，判例的先后次序本身就是一种筛选。

◆ 三、意义预设

波斯纳押的是“财富最大化”。他特意把财富和幸福分开：幸福算不清，财富可以用“愿意付多少钱”来量。所以按本系列的三项来看，幸福 ◐，是被折成了

钱的那一部分幸福；自由 ◐，他看重自愿的交换，认为交换让双方都变好；创造○，财富最大化关心的是已有的东西放在哪里最值钱。

这里要多说一句。财富最大化为什么不直接说“幸福最大化”？因为幸福在人和人之间没法比，一个人的快乐和另一个人的痛苦放不到同一杆秤上；而钱可以。波斯纳选钱，是选了一把能量的尺子。可尺子一选定，量不出来的东西就被当成了不存在。设计院里，申大姐送孙子上幼儿园的那份着急，在拍卖的出价表上只值她出得起的那个数。

这是理论的意义预设。美国法院在多大程度上真按效率判案，是另一个问题，要到第52章的国家实践里分开读。

◆ 四、走的路

波斯纳的路是S→E→D。他从一个显露出来的样子起手：理性的最大化者，加上一套价格。接着是E，缠在一起的条件：每一个法律问题，他都去找成本和收益，找谁能用更少的代价避免损失，找一个规则会让人们事先怎样调整自己的行为。最后才是D：回头去读判例，看判例走过的路是不是符合这套算法。

最常被拿来说明这条路的，是美国1947年的“卡罗尔拖船公司案”。一条驳船在纽约港散了缆，撞沉了，问题是驳船主人没留船员在船上，算不算过失。汉德法官（Learned Hand）在判决里给了一个算式：如果预防的负担，小于损害发生的概率乘以损害的大小，不去预防，就是过失。法经济学后来把它叫作“汉德公式”。波斯纳把这个公式读成证据：你看，法官早就在算成本收益了，过失的标准就是一道效率题。

这条路走到合同法，出了一个很有名的推论，常被叫作“效率违约”：如果违约后赔偿对方的全部损失，自己还比履约更划算，那就违约、赔钱，社会整体更有利。举个日常的例子。一家装修队答应给你家五月底完工，到了五月中，另一家出三倍的价钱请他们去赶一个工程。按效率违约的算法，装修队去赶那个工程、照合同赔你延误的全部损失，两家加起来比原来更好：那家的工程更值钱，你的损失又被补上了。可你心里多半不这么想。你觉得的是：说好的事，怎么能因为别人出价

高就不算了？效率违约算的是钱，你在意的是“说好了”。这道缝，在第40章讲合同时会回来。

走到刑法，罚就成了犯罪的价格，罚多重，要看能让犯罪少到什么程度最省。走到财产法，权利应当给最看重它的人，而“看重”用愿意付的价钱来量，这正是符科长的拍卖方案。

用设计院的车位走一遍。照波斯纳，拍卖让车位落在最肯出钱的四十个人手里，拍来的钱再分给没车位的人。按一种叫“卡尔多—希克斯”的效率标准，只要赢家得到的，原则上够补偿输家失去的，这个变动就是改进，不管补偿有没有真的发生。符科长的方案还真的把钱补了出去，在这条路上，它几乎是满分。

◆ 五、异象

第一个异象，就是申大姐那句话。“愿意付多少钱”取决于“付得起多少钱”。一个收入低的人，即使比谁都需要，也出不起高价。财富最大化把需要的强弱，折成了付钱的能力，钱多的人的需要被放大，钱少的人的需要被缩小。德沃金1980年在《法律研究杂志》上写过一篇文章，题目就是问“财富是一种价值吗”，他的回答是否定的：一个社会更富了，本身并不让它更好，更不让它更正义。他还有一层追问：如果财富本身不是价值，它只能作为通向别的价值（比如幸福、自由）的手段而有意义；可那样一来，就该直接去问幸福和自由，而不是绕道财富。这是 D 和 E 的矛盾：判例走过的路（D）也许真的常常合乎效率，可缠在当事人身上的条件（E），比如贫富、处境、尊严，在价格里显不出来。

第二个异象，在那些“不该有价格”的东西上。兰德斯和波斯纳1978年在《法律研究杂志》上合写过一篇《婴儿短缺的经济学》，讨论收养中婴儿“供不应求”，从经济学上分析放开某种市场的可能后果，引来了大量批评。批评者并不都是说他算错了，而是说有些东西一标了价，就变了样子。设计院里也有一点影子：车位一拍卖，原来同事之间“你今天先停，我明天早来”的那点情分，就成了每月六百块的生意。

第三个异象，在普通法“趋向效率”这个说法上。若真如此，为什么同一类案子在不同法院、不同年代判得那么不一样？为什么有些长期存在的判例规则，经济学者自己也认为不效率？

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，常见的回应是改名。财富的分配问题被改称为“交给税收和社会福利去管”的问题：法官只管把蛋糕做大，怎么分蛋糕，交给立法者。这样，申大姐的难处被移出了法官的桌子。设计院里的版本就是：拍卖照拍，申大姐要是困难，工会另外补贴。这当然是一种分工，可它也让“分配”这件事在判案时被免检。

对第二个异象，回应常是免检：法经济学说，我们只是分析，不是主张；算出放开某种市场会怎样，不等于赞成放开。分析和主张被分开，批评就落了空。

对第三个异象，回应是先验与改名并用。凡是不效率的判例，可以说它是在等待被改正；凡是效率的，都算证据。这样“普通法趋向效率”就很难被一个反例推翻。

最有意思的一步，是波斯纳自己。1990年的《法理学问题》主张一种实用主义的法理学，此后的《超越法律》（1995）、《法律、实用主义与民主》（2003）里，他一再自称实用主义者，不再把财富最大化当作法的道德基础，也不再当作唯一的原则，而说它是法官在许多情况下有用的一个工具。这是不是第7章可错条款二（a）说的“直接改写起点”？本书这样记：效率论这一派遇到异象，多半以改名吸收，上面分配与“趋向效率”两处都是这样；波斯纳本人晚年转向实用主义，是本书少数“改写起点”的候选，按条款二（a）记为个人的改写，不是学派的常态。条款二（a）问的是一个学派在疑难面前的常态做法。一个学者在自己的书里明说原来的基础不再这样用，这是学者的学习；可学派并没有跟着他改，芝加哥一支的教科书和判例里，“理性最大化者×法是价格”照旧在用，异象来了照旧改名。所以这一次改写算在波斯纳个人名下，不算在效率论这一派名下。这是本书的读法，第65章用同一句话读同一件事。

这对预设在制度里沉得最深的地方，也许不在侵权法，而在美国的反垄断法。二十世纪七十年代以后，芝加哥一支的法经济学，包括波斯纳和博克（Robert Bork）等人的著作，推动美国法院在审查企业合并、价格行为时，越来越以“对消费者福利的影响”为主要的尺子。博克1978年的《反托拉斯悖论》把《谢尔曼法》读成一份为消费者福利开的方子，联邦最高法院1979年在雷特诉索诺通公司案里采纳了这个读法，此后的判决一路沿用。一条尺子一旦被许多判决反复使用，它就不再只是某个学派的主张，而成了后案法官必须先过的一道次序：先算对价格和产量的影响，再谈别的。后来有人想把“市场集中对政治、对劳动者的影响”也放进来，就得先和这一长串判例过招。这正是本书说的制度依赖：预设被判例写进了次序，换一个学派来，判例并不跟着换。

分叉在别处发生。卡拉布雷西一支在耶鲁另立了一种法经济学，更看重分配和公正；行为法经济学则换掉了“理性的最大化者”这一端，那是第39章的事。

◆ 七、它看对了什么

波斯纳看对了一件法学长期回避的事：法律规则会改变人们事先的行为。一条责任规则判下来，影响的不只是这一案的两家，而是以后成千上万还没出事的人会怎样小心、怎样投保、怎样签约。法官不只是在给过去算账，也是在给将来定价。

他还看对了：许多看起来是“原则之争”的案子，背后其实是代价之争。汉德公式把“过失”这个说不清的词，变成了一个可以讨论的问题：多花多少钱去预防，才算尽到了注意？这让法庭上的说理有了可以对质的东西。在许多国家的侵权法教科书里，汉德公式都会被提到，不论作者赞不赞成法经济学，这本身说明它已经进了法学的日常工具箱。

他还看对了第三件事：法官不是在真空里判案，法官本人也有激励。波斯纳晚年写过《法官如何思考》（2008）等研究法官行为的书，把法官当作一个也会在乎声誉、工作量、闲暇的人来看。这一转，把“主体预设”从当事人身上，往法官自己身上照了一下，是这一支里少见的回照。

设计院最后的方案，大概会是两样混着用：一部分车位排号，留给确有困难的人；一部分拍卖，让最着急的人花钱买个方便。这样的混合，恰好说明效率是法要考虑的一样东西，但不是唯一的那一样。

带走的话

- 波斯纳从“理性的最大化者”和“法是一套价格”起手，把财富最大化当作法的目标。
- 汉德公式、效率违约、罚是犯罪的价格，都是这条路的推论。
- 愿意付钱取决于付得起钱，财富最大化把分配问题移出了法官的桌子。
- 这一派遇异象多以改名吸收；波斯纳本人晚年转向实用主义，是少数“改写起点”的候选，记为个人的改写，不是学派的常态。

小账 本章动用：学派的出生证、意义预设（财富作为被折价的幸福）、S→E→D、异象（付得起与需要、不该标价的东西）、免检、改名、先验、分叉

锁定记录：“理性最大化者×法是价格”这个起点在学派里没有被改写（波斯纳本人的转向按条款二（a）记为个人的改写）；普通法趋向效率的说法把它织进了判例的次序。

第 39 章

行为法经济学

> 这一章的问题：人没有经济学说的那么会算账，法该不该替人把选项先摆好？

◆ 一、日常主例

下面是我构想的场景，店名、人名都是为了说明问题而设的。

祝小姐二十九岁，在一家物流公司做调度。今年元旦，她在手机上看到楼下新开的健身房搞活动：首月九十九元，不限次数。她点进去，填了手机号，付了款。付款页面的最下方，有一行灰色的小字，旁边一个已经打了勾的方框：同意次月起按每月二百九十九元自动续费，可随时取消。

第一个月，她去了九次。第二个月，加班多，去了三次。第三个月，一次也没去。到了五月，她翻银行账单，才发现每个月都被扣了二百九十九。她想取消，在手机上找了半天，找不到取消的按钮；客服说，取消要本人带身份证到前台办理，前台只在工作日的白天有人。她工作日的白天要上班。

她跟同事抱怨，同事半开玩笑地说：勾是你自己没去掉的，钱是你自己同意扣的，怪谁？

祝小姐也承认，那行字她看见了，只是当时觉得“我肯定会天天去”，又觉得“不想去了随时取消就是了”。

这件事里，按传统经济学的看法，什么问题也没有：一个成年人，看见了条款，同意了，按合同付钱，天经地义。按行为法经济学的看法，问题很多：那个打好了的勾，那行灰色的小字，那个只能在工作日白天去前台办的取消手续，每一样都是冲着人的几个弱点设计的。人会高估将来的自己有多勤快，会懒得去改默认的

选项，会把“随时可以取消”当成真的随时。健身房并没有骗她，它只是把选项摆成了对自己有利的样子。

问题于是变成：法律该把这件事当作“自愿签的合同”，还是当作“被摆好的局”？

◆ 二、学派的出生证

行为法经济学的名字，常和1998年斯坦福法律评论上的一篇长文连在一起：乔尔斯（Christine Jolls）、桑斯坦（Cass Sunstein）和塞勒（Richard Thaler）合写的《法律经济学的行为进路》。塞勒后来在2017年获得诺贝尔经济学奖，他和桑斯坦2008年合著的《助推》让这套想法走出了学界。行为经济学在经济学里怎样起家，从卡尼曼与特沃斯基的研究讲起，经济学卷（第319号）已经写过。这一章只问：法怎样用了它。

先问主角。这一支的主角是立法者，更准确地说，是“摆选项的人”：定合同默认条款的立法者、设计表格的监管者、给消费者法定冷静期的人。他们被桑斯坦和塞勒称作“选择的设计者”。

项目	内容
主角	立法者与监管者，也就是摆选项的人
主体预设	守法人不是完全理性的算账者：他的理性有限、意志力有限、自利也有限；这些偏离是有规律、可以预测的
客体预设	法是一种选择的布置：默认项、先后、措辞、取消的难易，都会改变人们实际选什么
推出的互动内容	在不拿走选项的前提下，把默认项和步骤摆得更利于人们“想清楚以后会选的那一个”，桑斯坦和塞勒称之为“自由意志的家长主义”

起点的S是“人的偏离有规律，法是一种布置”。这对预设织进制度的次序：哪一项先出现、哪一项是默认、取消要几步，都是排序问题。

◆ 三、意义预设

这一支押的是幸福 ●：让人们得到他们“想清楚以后”会想要的东西，日子过得更好。它又特别在意不拿走选项，所以自由 ◐：你仍然可以不选默认项，只是默认项替你先摆好了。创造 ○。

它和第38章的不同在于：波斯纳把幸福折成愿意付的钱；这一支不再相信“愿意付的钱”就是人真正想要的，因为祝小姐在元旦那天愿意付的，并不是她五月想要的。

这是理论的意义预设。一些国家实际设立“助推小组”、修改默认规则，是政府实践里的选择，要另读。

◆ 四、走的路

行为法经济学的路是 S→D→E。它从一个显露出来的样子起手：人有规律地偏离理性。这个起点不是凭空设定的，是从心理学实验里一条条积起来的，这一点后面还要说。接着是 D：看人在真实的场景里走过的路，签了什么、没改什么、拖延了多久。最后是 E：找缠在一起的条件，也就是哪些布置让人走上了这条路，再去改布置。

健身房正好是一个被研究过的场景。经济学家德拉维尼亚和马尔门迪尔2006年发表过一篇文章，题目直译是《花钱不去健身房》。他们看了美国三家健身房的会员记录，发现许多选了月费套餐的人，实际去的次数少到按次付费反而更便宜，而且自动续费的会员，不再去了之后，往往还要拖上一段时间才取消。他们的解释是：人在签约时高估了将来的自己。这就是“现在偏向”：今天的我替明天的我许愿，明天的我不认账。

再看那个已经打好的勾。行为经济学有一个被反复验证的现象，叫“维持现状偏向”：人们倾向于不改默认项。在养老金计划里，默认加入与默认不加入，参加的比例差得很远。把这件事放进合同法，意义就大了：合同里有许多条款是法律给

的“默认规则”，当事人不另外约定就按它来。传统法经济学认为，默认规则怎么定无所谓，反正当事人会谈到对自己有利的地方去；行为法经济学说，默认规则怎么定很要紧，因为大多数人根本不会去改。

还有第37章提过的禀赋效应：东西到了手，人就比没到手时更舍不得。经济学家卡尼曼、克尼奇和塞勒1990年用马克杯做过实验，拿到杯子的人开出的卖价，远高于没拿到的人肯出的买价。放到法律里，这说明权利先给谁，会改变权利在人们心里值多少，科斯“初始分配不影响结果”那一半，就站不稳了。

从这几样出发，法有了一套新做法：把对消费者有利的那个设为默认，要求关键条款醒目，给冷静期，规定取消要和开通一样容易。中国的电子商务法第十九条规定，搭售的商品或者服务不得作为默认同意的选项。美国联邦贸易委员会2024年出台过一条“点击即取消”的规则，要求取消订阅和开通一样简单，这条规则2025年7月被联邦第八巡回上诉法院以程序理由撤销。这里只记事，不评其得失。

要公平地说，法律里有些做法比行为经济学早得多。中国民法典合同编对格式条款有专门的规定，第四百九十六条的大意是：提供格式条款的一方，要用合理的方式提示对方注意那些与对方有重大利害关系的条款，对方要求时还要说明；没有尽到提示或说明义务、致使对方没有注意或者理解的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。消费者权益保护法第二十五条给网购等远程买卖定下的七日无理由退货，也是一种冷静期。立法者早就凭经验知道“签了不等于想清楚了”。行为法经济学做的，是给这种经验一套可以实验、可以计量的说法，并把它推到更多的地方去。这一点也说明，学派与法条的关系，不总是学派在先、法条在后；有时是法条先有，学派后来认领。

◆ 五、异象

第一个异象，是偏差清单越来越长。现在偏向、维持现状、禀赋效应、锚定、过度自信、损失厌恶……每遇到一种人们不按理性模型行动的情形，就多一个名字。名字多了，就出现一个问题：在一个具体的案子里，该用哪一个偏差去解释？祝小姐没取消，是维持现状，是现在偏向，还是她只是太忙？若每样都能解释，就

等于什么都没有预先说出来。这是 D 与 E 的矛盾：人走过的路（D）看得见，可缠在背后的条件（E）却被一串名字盖住了。

第二个异象，是摆选项的人自己。立法者和监管者也是人，也有偏差，也会过度自信，也会被游说。行为法经济学把偏差的预设只安在守法人身上，对摆选项的人却默认他们清醒、善意。这一端的空白，学界后来有人专门去补。

第三个异象，是效果。德拉维尼亚和利诺斯2022年在《计量经济学》上发表的研究，整理了美国两个政府“助推小组”做过的大批实地试验，发现大规模推行时的平均效果，明显小于学术论文里报告的效果。助推有用，可没有一开始说得那么有用。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，这一支常用的是改名。每一个新发现的反常行为，都被命名为一种新的偏差，归进清单。这样，“人不像模型那样行动”不会动摇起点，反而让起点越来越厚：人有规律地偏离理性，又一条规律被找到了。这和第37章的交易成本很像，都是一只越装越满的口袋。

对第二个异象，常见的回应是免检：摆选项的人有没有偏差，是另一门学问（公共选择）的事，不在这里讨论。

还有一处更深的吸收，藏在“想清楚以后会选的那一个”这句话里。谁来认定一个人想清楚以后会选什么？祝小姐元旦那天的选择和五月的选择，哪一个是“真的”？行为法经济学通常默认，冷静、长远的那个才是真的，冲动、眼前的那个是偏差。这是先验：真偏好被按定义安在了“长远”那一边，于是凡是和长远不一致的，都成了偏差，不必再检验。可是一个人在元旦那天想要一个新的开始，难道不是真的想要?

对第三个异象，回应是一种温和的修正：效果小也是效果，花钱少，值得做。这不错，但它把“人的偏离有规律、可以预测”这一起点，悄悄降成了“有时有一点效果”。

真正的分叉，有一条来自心理学家吉仁泽一派。他们认为，人的许多“偏差”在真实环境里其实是好用的经验法则，与其替人摆好选项，不如教人提高判断的本事，这一派有时用“助力”来和“助推”对照。另一条分叉，是不再只问“人会怎样偏”，而问“偏差在不同人身上一样不一样”，这就碰到了个体差异，统一的默认项未必对每个人都好。两条分叉都没有回到“人是理性算账者”的老起点，而是在“人有限”这个新起点上各走了一边。

要说清的一点是：这一支本身就是从第38章分叉出来的。它换掉了主体预设，却保留了客体预设的大半，法仍然是一套影响行为的激励，只是激励的形状从价格换成了布置。

◆ 七、它看对了什么

它看对了：形式上的同意，和真实的选择之间，可能隔着一大段。祝小姐的勾是她自己没去掉的，可没去掉的那一刻，她并没有在做选择。法律如果只认形式上的同意，就会把这一段交给最会摆选项的一方。

它还看对了：法律里的默认规则不是中性的背景，而是实实在在地决定了大多数人的结果。这让立法者意识到，写一条“当事人另有约定的除外”，并不等于把事情交给了当事人；对多数人来说，默认的就是最后的。

它也看对了法学自己的一个盲点。法学里讲“意思自治”，默认每个签字的人都是一个完整、清醒的意思主体；民法课本里讲“意思表示”，也很少去问这个意思是在什么样的页面、什么样的时刻、什么样的疲惫里形成的。行为法经济学把这些“形成意思的场景”拉回了法学的视野。从这里往前一步，就是追问：意思是不是在签字之前就现成地在那里，还是在一来一往之间长出来的？这个问题，本书留到第63章去接。

健身房的事最后怎样，要看当地的规定和合同怎么写，本章不构成法律意见。但祝小姐至少可以知道：那个勾不是一件小事，它正是法学里一场学派之争的入口。

带走的话

- 行为法经济学把“人是理性算账者”换成“人有规律地偏离理性”，法是一种选择的布置。
- 默认项、先后、取消的难易都要紧，因为大多数人不改默认。
- 偏差清单越长，越容易变成什么都能装的口袋；摆选项的人自己的偏差，常被免检。
- 它从第38章分叉而来，换了主体预设，留下了“法是激励”的客体预设。

小账 本章动用：学派的出生证、意义预设（想清楚以后的幸福）、S→D→E、异象（偏差清单、摆选项的人、效果缩水）、改名、免检、分叉（助推与助力）
锁定记录：“人的偏离有规律”这个起点没有被改写；它经由默认规则织进了合同与消费者保护的次序。

第 40 章

侵权与合同：楼上漏水，该谁赔

> 这一章的问题：同一滩水，过错、效率、保险、合同四种读法各把账记在谁头上？第8章的矫正正义，到了今天还管不管用？

◆ 一、日常主例

下面是我构想的场景，接着导论里那间社区调解室。

导论那一次之后，过了两个礼拜，几个人又坐到了调解室里。这一回多了一样东西：物业请来的维修师傅出了一张检查单。单子上写的，和上回物业的说法是一个意思，只是写得更细：一是502卫生间地漏边上的防水层老化开裂，老了有二十年；二是洗衣机的排水管接口松了，地面常有积水，水顺着裂缝往下渗。两样各占几成，师傅也说不准，“两样凑一块儿才漏成这样”。

叶老师把402的修复报价放在桌上：拆换吊顶、处理墙面、刷防霉漆，约三千多元，和她初夏那个周末下班回家、发现吊顶鼓起来时找人估的价差不多。她说，钱是一回事，她更在意的是，从那天到现在，楼上一直说“在查”，没人来家里看过一眼。

钱先生先开口：防水老化是房子的事，他认；可洗衣机是孟师傅的，排水管松了是使用不当，租房合同里写着“租赁期间房屋内设施损坏由承租人负责”，这一块不该算他的。

孟师傅不服：今年春天他就在微信上跟钱先生说过，卫生间地漏有点返味、地面老是潮。钱先生回了一句“老房子都这样”，就没下文了。排水管是松了，可他一个开网约车的，哪知道防水层裂了？

许大姐把检查单推到中间，说：今天不吵谁对谁错，先把账理一理。

邓老在角落里坐着，这时插了一句：账有好几种理法。你们三位，每人心里装的就是不一样的一种。

小乔正在本子上画表。他说，这学期刚学到侵权法，书上讲过失、讲严格责任，还讲经济分析；可是书上的例子都是一个人撞了另一个人，没有讲过一滩水是两个原因凑出来的、楼上还有个房东和租客。

叶老师有点急：我不管你们几个楼上的怎么分，我家吊顶是被你们楼上的水泡的，总得有人先赔我。

这一章就从叶老师这句话开始。“总得有人先赔我”，背后有一种很老的正义感：谁让我受了损，谁就得把我补回去。这就是第8章讲过的矫正正义。可是“谁”是谁？钱先生、孟师傅，还是两人一起？赔了之后，楼上两家怎么分？这几层问题，法学里有好几支学派各有一套读法。

需要说明：本章只讲学派怎样读这个案子，不构成法律意见；现实里怎样处理，要看证据、合同和当地的法律规定。

◆ 二、学派的出生证

这一章的对象不是单个学派，而是私法里的几支读法，所以出生证用一张表并排看。先问主角：矫正正义的主角是法官，他站在两个人中间，把被打破的东西还原；经济分析的主角也是法官，但他是在给将来的人定激励；损失分散的主角是立法者，他设计谁来兜底；意思自治的主角是守法人，也就是签合同的双方自己。

项目	矫正正义	效率（经济分析）	损失分散	意思自治（合同）
主角	法官	法官（兼立法者）	立法者	签约的双方
主体预设	两个平等的人，一方的行为让另一方受了损	会对责任规则作出反应的理性人	承受损失能力不同的人，有的扛得住，有的扛不住	自己做主、为自己的承诺负责的人

项目	矫正正义	效率（经济分析）	损失分散	意思自治（合同）
客体预设	侵权法是把加害者和受害者之间被打破的均衡还原	侵权法是让总的事故成本最小的一套激励	侵权法是把一个人扛不住的损失摊给许多人	合同是双方意思的合致，法替它撑腰
推出的互动内容	谁造成，谁补回；只看这两个人之间	让最便宜就能避免损失的一方负责	让最能分散损失的一方先赔，再由保险摊开	按约定分担；约定之外，按法律的默认规则

几支读法的起点 S 各不同：一对被打破的均衡；一笔要压到最小的成本；一份扛不住的损失；一份双方说好的约定。它们都织进了制度的连接：谁和谁之间有一笔账。区别在于，矫正正义只连“加害者—受害者”这一条线，后几支会把线拉到保险公司、房东、租客，甚至整个社会。

◆ 三、意义预设

矫正正义押的是自由 ●：每个人有一块不受他人侵犯的地盘，侵犯了就要还原；加拿大学者温里布（Ernest Weinrib）在《私法的理念》（1995）里，把它和康德的权利论接起来讲。效率一支押的是被折成钱的幸福 ◐。损失分散押的是幸福 ●：别让一个人因为一场意外倒下。意思自治押的是自由 ●。创造在这几支里都是 ○。

这是理论的意义预设。中国法律在实践中把这几样怎样配，比如侵权责任以过错为一般原则，又在一些情形下另作规定，那是国家实践，要在第56章分开读。

◆ 四、走的路

先走矫正正义的路，它是 S→D→E。起手是 S：叶老师的吊顶原本好好的，现在坏了，两家之间的均衡被打破了。接着是 D：从楼上的水到楼下的吊顶，找出那一条因果线，谁的行为在这条线上。这条线找到了，账就记在线的那一头。至于 E，缠在周围的那些条件，谁有钱、谁有保险、谁更容易预防，矫正正义有意不看。它的道理是：这些条件是社会的事，不是这两个人之间的事。亚里士多德讲矫

正正义时就说过，不问双方是好人还是坏人，只问一方得了多少、一方失了多少。第8章孩子打碎邻居花盆赔多少，读的就是这一层。

过错责任是矫正正义在近代最常见的样子：不光要在因果线上，还要有过错。钱先生知道房子老、接到了孟师傅的微信却没去看，这是不是过错？孟师傅的排水管松了、地面常有积水却没处理，这是不是过错？邓老说，在许多法院里，这些问题要一件件对着证据去看。

再走效率的路，它是 S→E→D。起手是一笔成本：一场漏水，加上预防它要花的钱。接着先看 E：谁能用最少的钱避免这场漏水？小乔在本子上算第37、38章学来的账。重做防水，要把卫生间地砖全刨了，钱先生上回自己算过，少说一万块，这只有房东能做主；拧紧排水管，几乎不花钱，每天都在卫生间的孟师傅随手就能做。卡拉布雷西把这样的一方叫作“最便宜的避免者”。按这个读法，排水管这一块，孟师傅是最便宜的避免者；防水层这一块，钱先生是。导论里许大姐已经指出过，换一个时间点算，比如出租前那一次检查，钱先生又成了更便宜的那一方。最后才是 D：再回头去看谁实际做了什么。汉德公式在这里也用得上：拧紧一根管子的负担，远小于漏水的概率乘以损失，不拧，就有过失。

第三条路是损失分散。卡拉布雷西在《事故的成本》（1970）里就把它和预防并列，当作侵权法要照顾的目标。这条路问：谁最能把这三千多块摊开？房东如果有房屋保险，或者叶老师自己有家庭财产保险，保险公司赔了之后，再向责任人追偿，损失就被摊给了许多投保人。调解室里的几个人都没有保险，于是这条路在这里走不通，可它提醒人们：一个社会可以选择不让这样的损失落在任何一个人身上。新西兰1972年立法、1974年4月1日起施行一套公共的事故补偿制度，人身伤害的受害人放弃起诉索赔，换来不问过错的补偿，在人身伤害上大体取代了侵权诉讼，这是把这条路走到很远的一个例子。

第四条路是合同。叶老师和孟师傅、钱先生之间都没有合同，她这一头只能走侵权。可是楼上两家之间有一份租房合同。按意思自治，先看合同怎么约定：“租赁期间房屋内设施损坏由承租人负责”，埋在地砖底下、老了二十年的防水层，算不算“房屋内设施”？它是在租赁期间“损坏”的，还是早就老了？约定不清楚的

地方，按法律的默认规则来。民法典合同编第七百一十二条规定出租人有维修租赁物的义务，当事人另有约定的除外；第七百一十四条规定承租人要妥善保管租赁物，保管不善造成毁损的要赔。这样，楼上两家怎么分，很大程度上要看合同里那一句话怎么读，以及孟师傅那条微信算不算“请求维修”。

还有一支常被忽略的合同读法，来自富勒（第34章）和珀杜（William Perdue）1936年合写的一篇文章：合同法保护的不只是对方许诺的东西，还有你因为相信对方而付出的东西。孟师傅相信房东会把房子维持在能用的样子，才没去管地漏的味道。这种“信赖”，也是一笔账。

◆ 五、异象

第一个异象，是两个原因凑出来的一滩水。矫正正义要的是一条清楚的因果线，可这里有两条线拧在一起：防水层不裂，排水管松了水也渗不下去；排水管不松，地面没有积水，裂缝也没那么要命。哪一条是“那一条”？维修师傅说不准，法官也未必说得准。这是 D 和 E 的矛盾：走过的路（D）分不开，缠在一起的条件（E）偏偏是这件事的本相。

第二个异象，是叶老师说的“没人来家里看过一眼”。她受的损，有三千多块，也有从初夏发现那天起一直被晾着的那口气。邓老当了几十年基层法官，他说过一句话：很多纠纷里赔钱不难，难的是那口气。矫正正义只还原能还原的东西，被晾着的那些日子还原不了。效率一支更看不见它，因为那口气没有市场价。

第三个异象，在“谁最便宜”上。小乔算出孟师傅拧管子最便宜，可孟师傅并不知道防水层裂了，他看到的只是地面潮。最便宜的避免者，得先知道有东西要避免。信息在谁手里，本身就是一项成本，而这项成本很难事先算清。反过来，钱先生收到了微信，信息到了他手里，他却没当回事。到底谁更“便宜”？

第四个异象，在合同那一头。“房屋内设施损坏由承租人负责”这句话，写的时候两家都没想到防水层。导论里孟师傅说过，合同是房东拿来的，签字时只听说“都是标准的”，他哪敢改。合同里没有想到的地方，正是纠纷最常出现的地方；而那一句又是一方写好、另一方只能签的，意思自治在这里既没有“意思”可

依，也很难说是两方一起“自治”出来的。这一层，第42章讲格式条款时会接着读。

◆ 六、吸收还是分叉

矫正正义对第一个异象，常用的是改名：两个原因凑出来的损害，被改称为“几个人分别造成了同一损害”，能分清大小的，各担相应的一份；分不清的，干脆让大家平均分担，民法典第一千一百七十二条就是这样写的。注意“分不清就平均”这一步：两条拧在一起的线被一个算术办法切开了，切开的地方并不是因果真正分开的地方。分多少，改名之后仍然要靠法官去估，可起点“一条因果线、一个均衡”被保住了。对第二个异象，常用的是免检：精神上的那口气，在一般财产损害里多半不算赔偿的项目，被放到“不是法律能管的事”那边去。

效率一支对第二个异象也用改名：那口气可以叫“非金钱损失”，原则上也可以估一个价。对第三个异象，它把信息也改称为一种成本，算进去就是了。这只口袋，在第37章已经见过。

分叉在这里很清楚。美国法哲学家科尔曼（Jules Coleman）在《风险与过错》（1992）里提出一种混合的读法：侵权法里既有矫正正义的部分（谁的过错，谁来还），也有分配的部分（损失该由谁扛），两部分不必合成一个起点。这是一次分叉，它没有改写哪一支的起点，而是承认了两个起点同时在场。

合同那一头，第四个异象撑开的是另一条分叉：从“意思”转向“信赖”与“合理期待”，法官问的不再是“双方当时想的是什么”，而是“一个通情达理的房东和租客，当时会怎样期待”。可这个“通情达理的人”，又是一个预设出来的主角。

◆ 七、它看对了什么

矫正正义看对了：私法的账，首先是两个人之间的账。叶老师那句“总得有人先赔我”，不是在算社会总成本，而是在说“我和你之间，有一样东西被打破

了”。这一层，经济分析算不出来，也替代不了。两千多年前亚里士多德说的东西，在一间社区调解室里照样站得住。

效率一支看对了：判这一案，也是在给以后定规矩。如果房东永远只赔防水、租客永远不管排水管，以后的502们就没人会拧那根管子。

损失分散看对了：一个社会可以决定，有些损失不该让一个家庭独自扛。合同一支看对了：楼上两家的账，先要回到他们自己当初说好了什么。

许大姐最后没有让任何一方当场签字。她只说：下次来，每人带一样东西。钱先生带那份合同，孟师傅带那几条微信的截图，叶老师带报价单和吊顶鼓起来那天拍的照片。邓老在一旁点点头：先把东西摆出来，账才有地方落。

这一案还没有判完。四种读法都在桌上，每一种都只接住了这滩水的一部分。它要在第63章再回来一次，看看在“判”与“服”之间，能不能长出一个大家都认的结果。

> **带走的话**
>
> - 同一滩水，矫正正义看两个人之间被打破的均衡，效率看谁最便宜能避免，损失分散看谁最能摊开，合同看当初说好了什么。
> - 两个原因拧在一起、被晾着的那口气、信息在谁手里、合同没想到的地方，是这几支读法各自接不住的异象。
> - 它们多半靠改名和免检保住起点，科尔曼的混合读法是承认两个起点同时在场的一次分叉。
> - 矫正正义从第8章走到这里，仍是私法最朴素、也最难被替代的那一层。

小账　本章动用：学派的出生证（四支并读）、意义预设、S→D→E 与 S→E→D、异象（两因一果、那口气、信息成本、合同空白）、改名、免检、分叉（混合论、信赖）

锁定记录：矫正正义的“一条因果线、一个均衡”与经济分析的“最便宜的避免者”两个起点都没有被改写；前者经由过错责任、后者经由汉德公式，织进了侵权法的连接。

第 41 章

卢曼与托依布纳：法是一个只认自己的系统，和它怎样管管不了的领域

> 这一章的问题：如果法律只认它自己的语言，那它凭什么还能管住法律之外的世界？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一所县城高中，高二期中考试前一天晚上，学生小郑急性肠胃炎，挂了一夜点滴，第二天没能进考场。第三天他拿着医院的诊断证明去找班主任何老师，何老师很痛快：病是真的，证明是真的，缓考理所应当。可是两人一起去教务处，事情卡住了。

教务处的柏老师把电脑屏幕转过来给他们看：缓考要在教务系统里提交“缓考申请表”，期限是考试开始前，或者考后二十四小时之内；提交入口现在已经灰掉了。纸质的诊断证明，系统没有地方上传；班主任签字的条子，系统也不认。柏老师说得很实在：“我不是不信你，是系统里没有这一项。系统里没有，这次考试在系统里就是缺考，缺考就是零分。”

何老师急了：孩子病了是事实，难道事实不算数？柏老师也急：我要是手工改成绩，下次审计就是我的问题。最后的办法是：何老师写一份“情况说明”，走“成绩异议”的流程，由年级组开会认定，再由教务处在系统里把“缺考”改成“缓考”。孩子的病并没有变，变的是：这件事终于被翻译成了系统认得的一张表。

这个小场面里有三样东西值得记下来。第一，教务系统有它自己的“语言”：有效的表格、无效的表格，只有这两种。第二，系统外面的事实（生病、证明、班主任的担保）不会直接进入系统，只能先变成系统里的一张表，才会被处理。第

三，系统并不是对外面不闻不问：它留了一个“成绩异议”的入口，外面的刺激可以从这里挤进来，但进来的方式，由系统自己定。

这一章的两位学者，就是把“法律”看成了这样一个系统。

◆ 二、学派的出生证

先问主角是谁。卢曼（Niklas Luhmann）这一支的主角是法官，但不是作为一个有血有肉的人，而是作为系统里的一个位置：在他的描述里，法院处在法律系统的中心，立法和合同处在系统的边缘。托依布纳（Gunther Teubner）接着走，主角仍是这个位置，只是把眼光投向法院之外那些自己定规矩的地方。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
法官（作为法院这个位置，而不是作为个人）	人不在系统里面，人是系统的环境；进入法律的不是人，是以“合法／不合法”说出来的沟通	法是一个自己生产自己的沟通系统（自创生，autopoiesis），用“合法／不合法”这一对二值编码，运作上封闭、认知上开放	外界的事只有被翻译成法律沟通才会被处理；法与政治、经济之间靠“结构耦合”相连（宪法连政治，合同与所有权连经济）；托依布纳推出“反身法”：法不直接管别的系统，而是管它们怎样自己管自己

起点的 S 是“二值编码加封闭运作”这个显露出来的样子。这对预设织进了制度的**结构**一项：整套规范被看成一个自己闭合、自己再生产的体系；它也碰到**连接**一项，因为法律与外界的一切关系，都只剩下“耦合”这一种连接方式。

◆ 三、意义预设

先说本书的读法，不是事实：卢曼这一支，创造○、自由◐、幸福●。

幸福压在最重的位置，是因为卢曼给法律派的功能，是稳定人们的规范性预期：你可以预先知道，哪怕别人违约了，你的预期在法律上仍然算数。这是一种“能安心过日子”的善。自由占一半，是因为功能分化本身保护了一种自由：经济不被政治吞掉，学术不被宗教吞掉，法律也不被任何一家吞掉。创造最轻，因为系统的变化只能是它自己内部的演化，没有哪个人能从外面“创造”它。

托依布纳把权重往创造那边挪了一点：他关心法律怎样让别的领域长出自己的规矩，这已经是在给“生长”留位置。国家实践那一张表要另外读：一国的司法实际上押在什么上，不由这套理论决定。

◆ 四、走的路

这一支走的是 S→D→E。

先立 S。卢曼本来是社会学家，他的法学是他的社会系统论的一个分支。早年他写过一本《法社会学》（1972），后来在 1993 年出版的《社会的法》里，把法律完整地写成一个自创生系统。这个起点有三个承重的零件。第一，法律只由法律沟通组成；法官的心思、当事人的委屈、学者的学说，只要没有被说成“依法如何”，就不在系统里。第二，系统只用一对编码：合法或不合法。别的系统各有自己的编码，经济是付钱或不付钱，科学是真或不真，政治是有权或无权；法律不问一件事赚不赚钱、真不真、得不得人心，只问合法不合法。第三，编码本身不告诉你怎样归类，归类靠“程序”，也就是条文、先例、合同条款。编码是封闭的，程序是可以变的。

再走 D。在卢曼的描述里，法律的每一次运作，都接在上一次法律运作后面：一个判决引用一条法律，一条法律依据另一条更高的法律，一份合同被一个判决认定有效。差异序列就是这样一环扣一环地往前走，每一环都只认前一环。这就是“运作上封闭”：没有任何一环是直接从外面伸进来的。

最后才到 E。外界那些缠在一起的条件，比如经济危机、技术变化、公众情绪，对法律来说只是“刺激”：它们能让系统起反应，但系统用什么方式起反应，是系统自己的事。这就是“认知上开放”。法律能学到外面的东西，但只能用自己的语言学。

那么法律和外面是怎样“挂上”的？卢曼的回答是结构耦合。两个系统各转各的，但有几处共用的装置，让一边的变化能稳定地刺激另一边。宪法就是这样一处装置：政治在宪法里看见的是权力的来源，法律在宪法里看见的是最高的规范，同一份文本，两边各读各的。合同与所有权是法律与经济之间的装置：经济在合同里

看见交易，法律在合同里看见义务。耦合不是合并，两边都不会因此改用对方的编码。拿教务处来说，学校的教学管理和医院的诊疗是两个系统，“诊断证明”本来可以成为两边之间的一处耦合装置，可这所学校的系统恰好没有给它留位置，于是耦合断了，病和分数之间就没了连接。

托依布纳接手这条路，往两个方向推。其一，1983 年他发表长文，提出“反身法”（reflexive law）：福利国家的法律想直接调控经济和社会，常常失败，因为它闯进了别的系统的编码；更好的办法是只给别的系统定程序和组织方式，让它们自己调。他还把直接调控的失败概括为三种下场：法律的指令被对方当作噪音而无效；法律把对方的自我运转搞坏了；或者法律自己被对方同化，失去了法律的样子。这个说法他在 1984 年前后的文章里讲得最完整，人们把它叫作“调控三难”。其二，到了 1990 年代，他把目光转向国家之外：国际商事、体育、互联网，这些领域自己长出了一套规矩和裁决机构。1997 年他主编的一本文集，书名就叫《没有国家的全球法》；2004 年前后，他又和费舍尔-莱斯卡诺一起，把不同领域规矩之间的冲突叫作“体制冲突”：贸易的规矩要药品专利照付，卫生的规矩要穷国病人吃得起药，两套规矩各有各的裁决机构，谁也不归谁管。

回到教务处。何老师不能直接把“孩子病了”塞进系统，托依布纳会说，聪明的办法也不是逼柏老师手工改分，而是让学校在系统里设一个“事后补交”的程序：法律管程序，学校管自己。

◆ 五、异象

这条路的异象，有两处特别硬。

第一处是编码自己的悖论。“合法／不合法”这一对区分本身，合法吗？如果说合法，那就是用编码证明编码；如果说不合法，系统就崩了。卢曼不回避，他承认法律在根上是一个悖论，并说系统靠“去悖论化”活下去：比如把问题推到宪法上，再把宪法当作不必再问的起点。这一招管用，但它恰好说明，起点是被设定出来的，不是被证明出来的。

第二处是系统外面那些不肯被翻译的事。卢曼本人在 1986 年写过一本讨论生态问题的书，大意是：环境的危险，只有被各系统用自己的编码说出来，才会被社会处理；而每个系统只能听见自己频道里的那一部分。这本来是一个冷静的描述，可放在法官面前就成了难题。一场跨越几十年、几百个排放源、几百万受害人的污染，合法或不合法，判给谁？因果链在法律的语言里拼不起来，可病人是真的。

教务处里那张灰掉的入口，是同一个异象的小样：孩子病了是真的，系统里却“没有这一项”。何老师那句“难道事实不算数”，问的正是：一个只认自己的系统，它的封闭到底封住了什么。

还有一个更日常的异象：卢曼说进入法律的只有沟通，人是环境。可法官判的是人，执行的是人，坐牢的也是人。把人放到系统外面，描述上很干净，却让“这个判决对这个人公平吗”这个问题，在理论里没有落脚的地方。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一处异象，卢曼用的是**先验**：悖论被宣布为一切自我指涉系统的定义性特征，所以它不是缺陷，而是系统存在的条件。按定义成立的东西，就不再是需要回答的问题了。

对第二处异象，用的是**改名**：外面那些接不住的事，被改称为“刺激”。刺激有没有被处理，处理得好不好，都成了系统内部的事；接不住，只说明这次刺激没有转成法律沟通。至于把人放到环境里，则被归为**免检**：系统论只做描述，公平不公平是另一个系统（道德）的编码，不是本理论要检验的问题。

托依布纳那里，起点没有改，但走出了一个**分叉**。他保留了自创生和编码的起点，却把注意力从国家法院移到那些法院管不着、规矩却自己在长的地方。反身法、全球法、体制冲突，都是这个分叉的枝条。这一枝后来接上了平台治理、国际仲裁、跨国企业行为准则这些话题：国家法律不直接写平台怎么审内容，而是要求平台公布规则、设申诉渠道、接受审计。这正是“管程序，不管内容”的路数。

这里能看见法学的制度依赖。一旦人们相信法律只认自己的语言，立法就会越来越写成程序：申报、备案、审查、复核；判决也越来越只问“程序是否完备”。程序织进了次序与结构，下一次遇到“系统里没有这一项”的事，大家第一反应就是再加一个程序，而不是回头问那条灰掉的入口为什么会灰。

旁边还有一场争论值得一提。哈贝马斯认为法律不只是一个自转的系统，它还要从生活世界里的商谈获得正当性；在他看来，卢曼把正当性问题描述没了。这场争论本书不展开，第 172 号已经谈过哈贝马斯一侧。

◆ 七、它看对了什么

它看对了一件普通人天天碰见却说不清的事：规矩一旦成了系统，它确实只认自己的格式。去银行、去医院、去办证，“系统里没有”这句话背后，是一个真实的封闭。卢曼不是在为这种封闭辩护，而是把它描述得比谁都准。

它还看对了法律的边界。法律不是万能的方向盘，直接伸手去管经济、科学、家庭的内部运转，常常管不住，还会管坏。托依布纳的“调控三难”，给立法者提了一个很朴素的醒：先问你要管的那个领域自己有没有规矩，再决定是替它定规矩，还是帮它定“定规矩的规矩”。

教务处那条“成绩异议”的入口，也是它看对的地方：封闭的系统要活，就得留一个让外面的刺激挤进来的口子。口子开在哪里、开多大，正是制度设计的本事。

最后，它看对了法学为什么“必须判”却又判得那么形式化。法官不能拒绝裁判，可他手里只有一对编码；越是复杂的事，越要先被压成“合法还是不合法”才能判。这不是法官懒，而是系统只有这一个出口。看清这一点，就不会把一切不满都算到某个法官头上。

带走的话

- 卢曼把法律看成一个只认“合法／不合法”的系统：它不直接看见人和事实，只看见被翻译成法律语言的沟通。
- 这条路从显露出来的编码起手，一环接一环，外面缠在一起的条件只被当作刺激。
- 编码的悖论被宣布为系统的定义，接不住的事被改称为刺激；托依布纳保留起点，分叉出反身法与没有国家的全球法。
- 下一次听到“系统里没有这一项”，可以先问一句：那条入口是谁关的，又该由谁来开。

小账 本章动用：出生证（主角＝法院这个位置）；S→D→E；异象；先验、改名、免检；分叉；制度依赖的结构与连接。

锁定记录：“法只由合法／不合法的沟通组成，人在系统之外”这一起点被锁住；托依布纳分叉出“法管自我管理”的一枝。

第 十 编

批判与身份

编　序

本编是批判与身份：批判法学运动、女性主义法学与批判种族理论，以及福柯的规训。

本编各章：

- 第 42 章　批判法学运动（含“法律与文学”一节）：法就是政治
- 第 43 章　女性主义法学与批判种族理论：身份进入法学
- 第 44 章　福柯与规训：法律之外的那套规矩

第 42 章

批判法学运动（含“法律与文学”一节）：法就是政治

> 这一章的问题：一份每个字都写得“双方平等”的合同，为什么读下来总有一方吃亏？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一对刚结婚的年轻人，祁先生和他爱人小闵，在售楼处签一套期房的购房合同。合同是印好的，几十页，置业顾问说“全市都是这个版本”。两人逐条看，越看越觉得挑不出毛病：条款里到处是“双方”“甲乙双方协商一致”，违约的一方都要承担责任，字面上谁也不偏谁。

可有几处让人心里发毛。交房日期后面跟着一句：“因不可抗力或其他非出卖人原因导致延期的，期限顺延。”什么是“其他非出卖人原因”，没写。面积条款写着：实测面积与合同面积误差在一定比例以内的，“据实结算，双方互不追究”。买方逾期付款，按日计违约金，从第一天起算；卖方逾期交房，先有一个宽限期，宽限期过后才开始算，而且设了上限。最后一条：本合同未尽事宜，按出卖人提供的补充协议执行。

小闵问置业顾问：能不能把“其他非出卖人原因”删掉？顾问很客气：“这个改不了，系统里是固定模板。您放心，条款对双方都一样。”

祁先生回家后又看了一遍，发现顾问说得没错，从字面上说，确实每一条都“对双方一样”。问题在于，这些条款是谁写的、写给什么样的人签、出了事由谁来解释。一份字面上中立的合同，背后站着一个起草的人。

这一章要讲的学派，就专门盯着这种“看起来中立”的东西。

◆ 二、学派的出生证

先问主角。批判法学运动（Critical Legal Studies，常简称 CLS）的主角是法官，也包括训练法官的法学院。他们要拆的，正是法官写在判决书里的那套“我只是依法推理”的说法。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
法官（以及培养法官的法学教育）	法官和律师是带着立场的人，所谓法律推理，是先有了选择、再配上理由	法就是政治：法律规则和原则是一堆互相矛盾的东西，几乎每一条都有一条反方向的规则在旁边等着；它不能自己决定判决，却让既有的等级关系显得自然	“拆穿”（trashing）：把判决里的中立外衣一层层揭开；揭示规则与标准之间、个人自由与共同体之间的来回摆动；主张法律学说可以被重新想象

起点的 S 是“法的中立是外衣”这个显露出来的样子。这对预设对准的，是制度里的**结构**一项：它要揭穿的就是那套看起来自成一体、能自己推出判决的体系；也碰到**连接**，因为它追问的总是“这条规则把谁和谁连在一起，谁在上头”。

◆ 三、意义预设

本书的读法：创造◐、自由●、幸福○。

自由压在最重的位置，而且是“解放”意义上的自由：把人从被当成自然的等级里解放出来，学生从法学院的规训里，雇员从格式合同里，弱者从“这是法律规定”的一句话里。创造占一半，因为昂格尔这样的人确实想要重新设计制度，不只是拆。幸福最轻，安稳、可预期、按部就班的日子，在这个学派眼里往往正是需要被揭穿的东西。

国家实践另读：这个运动主要发生在美国的法学院里，它对哪一国的司法实践有多大影响，本书不下结论。

四、走的路

这一支表面上像是从 E 起手，先看利益、权力和处境；但细看，它起手立下的仍是一个 S：“法就是政治”。然后走 S→E→D：先认定中立是外衣，再到缠在一起的利益里去找外衣下面是什么，最后回头整理判例与学说走过的路，指出它们来回摆动的轨迹。

运动的起点通常被定在 1977 年，那一年一批年轻的法学教师在美国威斯康星大学麦迪逊分校开了第一次批判法学会议。核心人物里，常被提到的有哈佛的肯尼迪（Duncan Kennedy）、昂格尔（Roberto Unger）、霍维茨（Morton Horwitz），以及图什内特（Mark Tushnet）等人。它的思想来源很杂：二十世纪上半叶的美国法律现实主义（第 26 章），新左派的政治批判，结构主义和后来的解构主义。

肯尼迪 1976 年有一篇关于私法裁判中“形式与实质”的长文，是这条路的样板。他指出，私法里反复出现两种写法：一种是硬规则，比如“满十八岁才能签有效合同”，清楚、好执行，但一定会误伤个别人；一种是软标准，比如“显失公平的合同可以撤销”，贴合个案，却给了法官很大的裁量。在他看来，选规则还是选标准，背后是两种价值观的拉锯：一边是各管各、自己负责的个人主义，一边是相互照顾、共同承担的利他主义。哪一种都推不出必然的结论，法官选哪一边，就是在做一个政治选择。

回到购房合同。“误差在一定比例以内互不追究”是硬规则，干净利落；“其他非出卖人原因”是软标准，留足了解释空间。批判法学会指出：在这份合同里，对买方的义务大多写成硬规则，对卖方的义务大多写成软标准。每一条单看都中立，放在一起就排出了一个次序：谁的风险被锁死，谁的风险被留了余地。

昂格尔则从另一头走。他在 1980 年代写下这个运动的纲领性长文，批评主流法学把现有的法律学说当作理性的必然结果，主张一种他称为“偏离学说”的做法：拿既有学说里被边缘化的那些原则，去重新组织整块法律。肯尼迪还写过一本

小册子，讲法学教育怎样一年一年地把学生训练成接受等级的人；这本册子在1983 年前后流传很广。

◆ 五、异象

最硬的异象，来自普通人的日常经验：如果法律真的不能决定判决，为什么绝大多数案子的结果，律师都能八九不离十地预测？借钱不还要还，撞了人要赔，这些事每天在全国各地的法院里被一模一样地判下去。批判法学讲的“不确定”，在疑难案件里看得见，在简单案件里却很难看见。

第二个异象来自法学的特殊性：法官不能不判。拆穿了中立，下一份判决书还得写；揭示了规则与标准的摆动，明天那个案子还得选一边。批判法学很会说“现在的判法是政治”，却很少说“那么应该怎样判”。这让它在法院里几乎没有落脚的地方。祁先生可以读懂合同里的偏向，可他到了法院，法官手里仍然只有两个选项：这条有效，或者无效。批判法学帮他看见了问题，却没有替法官写出那一行判词。

这个异象还有一个更细的版本。批判法学说，规则和标准之间的选择是政治选择；可是它自己在提建议的时候，同样要在规则和标准之间选。主张“对弱者多用软标准，让法官照顾个案”，就要信任法官；主张“对强者多用硬规则，堵住解释空间”，就要信任条文。它拆掉了对两者的信任，自己却还得挑一个来用。

第三个异象来自它自己的阵营内部。运动里有人提出，“权利”这套话语也是一种让人安于现状的意识形态，应当拆掉。可是一些少数族裔出身的学者站出来反对：对一个长期被排除在外的人来说，能说出“这是我的权利”，恰恰是第一次被法律看见；你们觉得权利是枷锁，是因为你们早就有了。这一批评后来被称为“少数者的批评”，1987 年《哈佛民权—民事自由法律评论》上有一组文章就以此为题，威廉姆斯（Patricia Williams）1991 年的书是常被引的代表。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，运动内常见的回答是**改名**：简单案件的可预测性，被改称为“意识形态的稳定效果”，也就是说，大家判得一样，不是因为法律决定了结果，而是因为法官和律师共享同一套没被说出来的政治观。这一改名之后，可预测性不再是反例，反而成了证据。

对第二个异象，常见的是**免检**：本运动的任务是批判，不是提供裁判方法；问“那该怎么判”，等于要求批判者回到被批判的框架里去。

肯尼迪自己后来对早年提出的一个核心说法（个人与共同体之间“根本矛盾”）公开有所保留：1984 年他在与加贝尔（Peter Gabel）合写的对话体长文里表示，这个说法已经完成了它的使命，不再坚持。但运动的起点“法即政治”并没有改。

第三个异象没有被吸收，而是撑开了**分叉**。不满“拆权利”的那一批人，带着批判法学的方法，走出了两条新路：女性主义法学里的批判一支，和批判种族理论。它们保留了“中立是外衣”的起点，却把“外衣下面是什么”具体落到了性别和种族上，并且不再拆权利，而是要求权利真正落到被排除的人身上。下一章接着讲。

到 1980 年代末，批判法学作为一个有会议、有组织的运动渐渐散了，昂格尔后来回顾时也这样说，但它的方法流进了许多学科。这本身也是法学的制度依赖：一个学派可以解散，它拆出来的那些问题，比如格式条款为何偏向起草方，却留在了合同法的教义里。

◆ 七、法律与文学

和批判法学几乎同时，美国法学院里还长出了一支“法律与文学”运动。它不说“法就是政治”，而说法也是一种写作、一种叙事。

它有两条路。一条是“文学里的法”：读卡夫卡、狄更斯、梅尔维尔，看小说家怎样写审判与罪责，从中学到法律条文写不出来的东西。另一条是“作为文学的法”：把判决书、宪法、合同当作文本来读，问它的叙述者是谁、它在对谁说话、它略过了什么。怀特（James Boyd White）1973 年的《法律的想象》常被当作开端；科弗（Robert Cover）1983 年的长文讲法律总是嵌在一个共同体的故事里；纳斯鲍姆（Martha Nussbaum）1995 年写书主张，读小说培养的那种设身处地的想象，应当进入法官的判断。波斯纳则在 1988 年专门写书，对这条路的许多主张提出了怀疑，认为文学阅读并不能直接帮法官判案。

拿购房合同试一试“作为文学的法”。这份合同的叙述者是谁？是一个不出场的“出卖人”，它用“双方”的口吻讲话，却始终站在自己的位置上安排情节：哪里写死，哪里留白。祁先生和小闵在这个故事里只有一个台词：签字。看清叙述者，比逐条较真更快地看出偏向。

这一支的出生证可以简写：主角是读者，包括作为读者的法官；主体预设是会被故事打动、靠叙事理解世界的人；客体预设是法是文本、是叙事。它的异象和批判法学相似：读得再深，明天的判决还是得写成“支持”或“驳回”。它多半用免检回答：本运动处理的是理解，不是裁判。

它的意义权重，本书读作创造●、自由◐、幸福○：它最看重的是想象力，是能不能把一个陌生人的处境讲进判决里。它和批判法学的分别也在这里。批判法学说外衣下面是政治，法律与文学说外衣本身就是一种讲法；前者要拆，后者要读。可两者都碰到同一堵墙：制度里那套写判决书的格式变得极慢，拿我国的判决书来说，“经审理查明”“本院认为”“判决如下”，故事讲得再好，也要装进这三段里。

◆ 八、它看对了什么

它看对了“中立”的写法本身可以不中立。一份每条都“对双方一样”的格式合同，因为起草的是一方，它在哪里写死、在哪里留白，就排好了风险的次序。后来各国合同法对格式条款加以特别规制，比如提示说明义务、对格式条款作不利于

提供方的解释，这些做法并不出自批判法学，但它们所处理的，正是批判法学最爱指出的那种不对称。我国民法典合同编里关于格式条款的几条也是这个方向：提供格式条款的一方要提示、说明与对方有重大利害关系的条款；不合理地免除或减轻自己责任、加重对方责任的条款无效；对格式条款有两种以上解释的，作不利于提供方的解释。祁先生如果真打起官司来，“其他非出卖人原因”这几个字怎么读，就会落到最后这一条上。这是本书拿来对照的例子，不构成法律意见。

它也看对了法学院本身就是制度的一部分。法官怎样推理，是在课堂上一年一年学出来的；改一个判例容易，改一代人的推理习惯难。这正是制度依赖最深的地方。

法律与文学看对的，是判决不只是推理，还是讲给人听的故事。讲给谁听，听的人是否被讲进了故事，决定了“服”还是“不服”。

> **带走的话**
>
> - 批判法学的主角是法官和法学院，它的起点是“法就是政治”：规则与原则互相矛盾，不能自己决定判决。
> - 它最擅长的是拆穿中立：字面对等的条文，可以排出一个偏向的次序。
> - 简单案件的可预测性被改名为意识形态的效果，“该怎么判”被免检；“少数者的批评”撑开了女性主义法学和批判种族理论的分叉。
> - 法律与文学提醒我们：读一份合同，先找它的叙述者。

小账　本章动用：出生证（主角＝法官与法学院）；S→E→D；异象；改名、免检；分叉；制度依赖的结构与连接；法律与文学的简式出生证。
锁定记录：“法即政治、中立是外衣”这一起点被锁住；权利之争撑开下一章的两支。

第 43 章

女性主义法学与批判种族理论：身份进入法学

> 这一章的问题：一条对所有人一视同仁的规矩，为什么有人照样被挡在门外？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家做工业软件的公司招售前工程师，招聘启事写得很规范：本科以上，相关专业，“不限性别”。投简历的人里男女都有，第一轮笔试成绩出来，前八名里有三位女生。到了第二轮面试，留下的四个人全是男生。

落选的女生里有一位叫小殷，笔试第二。她托人问了问，得到的回答很平静：没有任何人说过不要女生；面试官打分有一项叫“出差适应度”，问的是“能不能接受连续一个月驻场”“家里有没有需要照顾的人”；另一项叫“团队融入”，标准是“能和客户方的工程师打成一片”。每一项都没写性别，每一项问男生也问女生。

小殷没法说谁违法了。启事是中立的，题目是中立的，打分表上连“性别”这个词都没有。可结果摆在那里。她想不通的是：一条“对所有人一样”的规矩，怎么会在出口处只剩下一种人？

还有一个更小的细节。打分表上的“出差适应度”，设计的人当初心里想的标准样子，是一个“随叫随走、家里有人顶着”的人。这个“标准样子”并没有写进表里，但它决定了哪些回答算高分。

这一章的两个学派，盯的正是这种藏在“一视同仁”里的“标准样子”。

◆ 二、学派的出生证

先问主角。这两支的主角都是守法人，更准确地说，是法律眼中的那个“一般人”：合理的人、普通的劳动者、平均的公民。它们追问的是，这个“一般人”是照着谁的样子画的。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
守法人（法律眼中的“一般人”）	人在法律面前从来不是一个抽象的人，而是带着性别、种族、处境的人；法律想象出来的“一般人”，往往是照着一部分人的样子画的	法是看起来中立、实际上沉淀了某一种视角的规则；不平等不只是个别人的偏见，而是嵌在常规做法里	女性主义法学：从“形式上相同对待”走到“实质上的影响”，从个人偏见走到结构；批判种族理论：利益趋同说、交叉性、用亲历叙事进入法学

起点的 S 是“中立规则里藏着一个标准样子”这个显露出来的东西。这对预设织进了制度的**连接**一项：谁和谁拿来比较、谁算“处境相同的人”，决定了歧视成立不成立；也碰到**次序**，因为它要求在判断“是否违法”之前，先问规则是照着谁定的。

◆ 三、意义预设

本书的读法：女性主义法学，创造◐、自由●、幸福◐；批判种族理论，创造◐、自由●、幸福○。

两支都把自由压在最重的位置，而且是“不被挡在门外”的自由：进入职业、进入公共生活、进入法律的视野。女性主义法学里的关怀一支，把幸福也抬得不低：它认为照顾、依存、关系，本来就是善的一部分，不该被法律当作私人琐事。创造在两支里都占一半，因为它们都在发明新的法律概念，比如性骚扰作为一种歧视、交叉性。

国家实践要分开读。许多国家的法律都写了反歧视条款，我国的就业促进法与妇女权益保障法也明文禁止招聘中的性别歧视；但一国法律怎样落地，是实践那张表上的事，本书只描述，不评价。

◆ 四、走的路

这两支走的是 S→E→D：先立起“中立里藏着标准样子”这个起点，再到具体处境里去找那些缠在一起的条件，最后回到判例的序列，要求它改道。

女性主义法学自己就分了好几步。最早的一步，可以叫“相同对待”：女人和男人一样，法律就该一样对待，把明文写着“限男性”的条款拿掉。这一步的主角形象是一个和男人没有分别的理性人。它很快碰了壁：明文条款拿掉之后，像小殷遇到的那种“中立”打分表照样起作用。

第二步是“差异”。1982 年，心理学家吉利根（Carol Gilligan）出版了一本讲道德发展的书，提出除了以权利和规则为中心的道德声音，还有一种以关怀和关系为中心的声音，而后者常被当成发育不全。法学里有人接过来，主张法律也该听见这种声音。韦斯特（Robin West）1988 年的长文，追问法学里那个“独立的、分离的人”的形象，是否只讲了一部分人的经验。

第三步是“支配”。麦金农（Catharine MacKinnon）认为，问题不在相同还是差异，而在一方对另一方的支配；所谓“差异”，常常是支配的结果，不是它的原因。她 1979 年的书把职场性骚扰论证为一种性别歧视，这个思路后来进入了美国的判例。在方法上，这一支很看重“意识提升”：一群人坐在一起讲各自的遭遇，讲着讲着，原来以为是“我自己倒霉”的事，显露出共同的样子。这是从缠在一起的处境（E）里，把一个原先看不见的结构（S）拎出来的办法。

这三步并不是后一步取代前一步，而是同时留在法学里，各自对应着一类制度。“相同对待”对应的是删除明文歧视的条款；“差异”对应的是产假、哺乳时间这类照顾性的安排；“支配”对应的是性骚扰、家庭暴力这类过去被当作私事的问题被法律接手。三步各织了一处制度，彼此之间还会打架，这一点下面的异象里再说。

批判种族理论走的路，接在批判法学“少数者的批评”后面（第 42 章）。贝尔（Derrick Bell）1980 年提出“利益趋同”的说法：在他看来，法律上对少数

族裔的重大进步，往往是在它恰好也符合多数一方利益的时候才发生的。克伦肖（Kimberlé Crenshaw）1989 年提出“交叉性”：她分析了一个案子，几位黑人女性起诉一家汽车公司的裁员做法，法院要求她们要么按种族起诉，要么按性别起诉，不能把两者合在一起。而公司里有雇用黑人（多为男性）的岗位，也有雇用女性（多为白人）的岗位，偏偏没有她们的位置。只看单一维度，她们就“不存在”。这个学派还有一个方法上的特点：用亲历的叙事进入法学写作，让被统计平均掉的那个人重新出现。

回到小殷。用交叉性的眼光看，那张打分表并没有挡住“女生”这一类，它挡住的是“笔试好、但不符合随叫随走那个标准样子”的人，而这个样子和性别、家庭处境缠在一起。拆开单看，每一项都中立；合起来看，门是窄的。

◆ 五、异象

第一个异象是“差异的两难”。米诺（Martha Minow）1990 年专门写书讨论过：你如果无视差异，一视同仁，就会让原来的标准样子继续起作用；你如果承认差异，特别对待，又可能把差异固定下来，变成新的标签。比如给女性员工更多照顾家庭的假期，可能让雇主更不愿意招女性。两条路都会伤到想保护的人。

第二个异象是“本质主义”。哈里斯（Angela Harris）1990 年批评，早期女性主义法学讲的“女性经验”，其实常常是某一部分女性的经验，把其他人又画在了外面。也就是说，这个学派用来揭穿“标准样子”的那把刀，砍回到自己身上：它自己的“女性”也是一个标准样子。

第三个异象来自法学必须判。法官面前是一个具体的案子，要么构成歧视，要么不构成。可“结构性的不平等”很难落到某一个被告头上：小殷能起诉谁？启事中立，题目中立，每个面试官都可能真心觉得自己在客观打分。没有一个人有恶意，伤害却是真的。

第四个异象落在方法上。批判种族理论用亲历的叙事写法学，本意是让被平均掉的人出现；可叙事怎样核对？一个故事讲得动人，不等于它代表了一类人的处境；另一个人讲出方向相反的故事，又该听谁的？有学者正是从这里批评它：法学

需要可以检验的论证，叙事却很难被别人复核。这个异象和法学必须判连在一起：法官要在两个都真诚的故事之间作出决定，叙事本身不给他尺子。

回到小殷。她能讲出一个完整的故事：笔试第二，面试被问家里有没有人要照顾，最后没进门。公司也能讲出一个完整的故事：岗位确实要常驻客户现场，过去几任工程师都因为出差太多离职。两个故事都不假，判决只能有一个。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，常见的是**改名**：两难被改称为“策略选择”，相同对待与差异对待都成了工具，看哪一种在具体处境里更能削弱支配。这样一来，两难不再挑战起点，只是挑战用法。

对第二个异象，学派没有否认，而是做了**分叉**：交叉性本身就是从这个异象里长出来的。不再有一个统一的“女性经验”，而是性别、种族、阶层、身体状况等多条线的交叉点。起点“中立里藏着标准样子”没有改，只是标准样子从一个变成了很多个。

对第三个异象，法律界其实走出了一条制度化的路，那就是“差别影响”的思路：不要求证明谁有恶意，只要一项中立的做法在结果上对某一群体造成明显不成比例的不利，又说不出与工作真正相关的理由，就可能构成歧视。美国联邦最高法院 1971 年在格里格斯诉杜克电力公司案里确立过这个方向：公司要求高中文凭和一般能力测验，条件对所有人一样，结果却把大批黑人求职者挡在门外，又证明不了这些条件与工作表现有关。二十年后，这个思路写进了美国的民权法修订。欧洲法里，同样的东西叫“间接歧视”。

对第四个异象，常见的是**免检**：叙事的任务是让人看见，不是充当证据；能不能定案，交给证据规则去管。这个回答让叙事留在了学术写作里，进入法庭的仍是统计、文件和证人。这一步把学派的起点织进了制度的**连接**里：被比较的不再只是“同等条件下的两个人”，而是“一种做法”和“一群人的处境”。法律里“合理的人”这个标准，也有法院尝试改成从受害一方的视角来判断：美国第九巡回上

诉法院 1991 年在埃利森诉布雷迪案里，就把性骚扰够不够严重，改用一个合理的女性会怎样看来衡量。

这正是法学的制度依赖：一旦“间接歧视”写进法律，下一次案子就要照着它的格式去证明：选哪一组比较、用什么统计、什么算“与工作相关”。学派的起点，在这些格式里被一遍遍执行，也一遍遍加固。

◆ 七、它看对了什么

它看对了“中立”不等于“没有标准样子”。一张打分表、一个“合理的人”、一条“处境相同者同等对待”的规则，都要先想象一个人，而那个人是照着谁画的，决定了门有多宽。这件事在日常生活里比在判决书里更常见：办公室的空调温度、会议安排在几点、出差的默认天数，都悄悄带着一个“标准样子”。

它还看对了“没有恶意的伤害”是真的。法律传统里，责任多半要找到一个有过错的人；这两支学派逼着法律承认，有一类伤害没有作者，只有结构。承认这一点，法律才会从“找坏人”转向“改做法”。

它也让被平均掉的那个人重新出现。小殷不是一个统计数字，她是笔试第二、最后没进门的那个人。

还要说一句它在制度上留下的最实在的东西：改问题，比改判决更管用。如果那家公司的打分表把“能不能接受连续一个月驻场”问得具体，把“家里有没有需要照顾的人”这一问整个删掉，再把“团队融入”改成能观察的行为，比如“能否在客户现场独立讲清一个方案”，那么门就会宽一些，而且谁也不用被告上法庭。这两支学派最有用的一课，不在法庭上，而在设计表格的人手里：先把心里那个标准样子写出来，看看它是不是工作真正需要的样子。

当然，看对了的地方也有它的边界。它擅长看见门是怎样变窄的，却不总能说清门该开多宽；一个岗位真的需要常驻现场，这个要求本身就不该被当作偏见。分清“工作真正需要的”和“习惯上默认的”，正是这两支学派留给法官、也留给每一个设计规矩的人的那道功课。

带走的话

- 女性主义法学与批判种族理论的主角，是法律眼中的那个“一般人”；它们追问这个人是照着谁画的。
- 起点是“中立规则里藏着标准样子”，路线是从具体处境回到判例，要求它改道。
- 差异的两难被改名为策略选择，本质主义的批评撑开了交叉性的分叉，“间接歧视”把起点织进了比较的连接里。
- 遇到一条“对所有人一样”的规矩，可以先问：它心里那个标准的人是什么样子。

小账 本章动用：出生证（主角＝守法人，即法律眼中的“一般人”）；S→E→D；异象；改名；分叉；制度依赖的连接与次序。

锁定记录：“中立里藏着标准样子”这一起点被锁住；交叉性是从本学派自己的异象里分出来的一枝。

第 44 章

福柯与规训：法律之外的那套规矩

> 这一章的问题：劳动合同里一个字都没写的那些规矩，为什么比合同管得还紧？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家做电商客服外包的公司，三百多人坐在一层楼里。员工小冉入职时签的劳动合同很普通：岗位、工资、工时、社保，加一份员工手册。合同和手册都合法，她也看不出什么问题。

上班一个月，她发现真正管着她的，不是合同。早上九点要在门口的人脸闸机打卡，晚一分钟系统就标红；工位上方装着摄像头，名义上是“防盗”；客服软件会记录每一次接起、挂断、离开座位的时间，超过五分钟没有操作，屏幕右上角就跳出一个黄色提示。每周一，组长在群里发一张排名表：接待量、平均响应时长、好评率，从第一名排到第三十名。排名靠后的，月底绩效系数要打折。

没有人罚过小冉。也没有人对她说过一句重话。可她慢慢变了：上厕所会先看一眼时间；回复顾客时，比起把问题说清楚，更在意那个“平均响应时长”；看到自己排到第二十几名，周末也会把客服软件打开看看。她说不清自己是被谁管着，只觉得哪里都有一双眼睛，而那双眼睛，渐渐长到了自己身上。

她有一次想去问人事：工位摄像头到底能不能拍屏幕？人事回答说，这是公司的管理制度，合同里你签了“遵守公司规章制度”。

这一章要讲的人，专门研究这种不靠惩罚、却让人自己把自己管起来的规矩。第 185 号已经专门解构过福柯本人，它的总判断是“被造出来的人接过了笔，只准描红”：福柯看清了人怎样被观察、考核、排序造出来，却只让这个人把同一张字

帖描得更工整，不让他回头改字帖；那本书的钥匙是一问，谁在执笔。这里接着这个判断，不改判，只看他的规训理论落到法学上是什么样子：法律是那支笔，还是那张字帖。

◆ 二、学派的出生证

先问主角。福柯这一支的主角是守法人，而且是作为身体的守法人：被观察、被测量、被排序、被训练的那个人。立法者和法官在他的画面里退到了后面。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
守法人（作为被训练的身体）	人不是先有一个自由的主体、再去守法；人恰恰是在观察、考核、排序里被塑造出来的，主体本身就是权力运作的产物	法只是更大的一套规范化机制中的一部分；现代社会里，按“常态与偏差”运转的规范，正在渗进并改写以“许可与禁止”运转的法律	规训权力三件工具：层级监视、规范化裁决、考核；全景敞视的模型；权力与知识互相生产；对法律的提醒：别只看条文，要看条文旁边那些日常的技术

起点的S是“人是被规训塑造出来的”这个显露出来的样子。这对预设织进了制度的**结构**一项：它看到的不是一部法律，而是学校、工厂、医院、监狱、军营共享的一整套编排人的方法；也碰到**次序**，因为排名、等级、考核本身就是把人排成先后上下。

◆ 三、意义预设

本书的读法：创造○、自由●、幸福○。

自由在这一支里压在最重的位置，却是一种奇特的自由：福柯不承诺一个被解放出来的、本来就完整的人，他要做的是让人看清自己是怎样被造成现在这个样子的，从而有可能不再那样被造。幸福几乎不出场，因为“过得舒服、有安全感”常常正是规训的报酬。创造也偏轻：他晚年谈过把自己的生活当作作品来经营，但在规训理论里，这一层还没有展开。

国家实践另读：各国劳动法、个人信息保护法怎样对待工作场所的监控，属于实践那张表，本书只描述。

◆ 四、走的路

福柯走的是 D→S→E 的样子，至少在写法上如此：先摆出一段历史的差异序列，再从中读出显露出来的结构，最后去找把它们缠在一起的条件。可是读到底，他起手立着的仍是一个 S：现代的人是被造出来的。下面看这条路。

他 1975 年出版的《规训与惩罚》，开头是一场十八世纪中叶在巴黎的公开酷刑，写得极其细致；紧接着，是大约八十年后一份少年感化院的作息表，从几点起床到几点祈祷，一分一秒排好。两个场景并排放着，一个是对身体的公开摧毁，一个是对时间的安静占领。他问：惩罚怎样从前一种变成了后一种？

他的回答不是“人道进步了”，而是权力换了一种更省力、更深入的做法。规训有三件工具。第一件是层级监视：让人处在一个可以随时被看见的位置上，而看的人自己不一定被看见。第二件是规范化裁决：不是看你有没有触犯禁令，而是看你离“常态”有多远，迟到几分钟、动作慢几秒、成绩低几分，都被一点点记下、一点点纠正。第三件是考核：把监视和裁决合在一起，给每个人建一份档案，让每个人成为一个可以被比较、被排序的“个案”。

全景敞视监狱是这三件工具最纯粹的模型。这个设计本来出自边沁（第 17 章）：一圈囚室围着中央一座塔，塔里的人能看见每一间，囚室里的人看不见塔里有没有人。福柯的要点是：因为不知道此刻有没有人在看，人就只好假定一直有人在看，于是自己看着自己。监视从外面的一双眼，变成了里面的一种习惯。

落到法学上，他的提醒有两层。第一层，现代法律看起来以“权利”和“主权”为中心，谁有权立法、谁有什么权利；但真正每天塑造人的，是法律旁边那些不起眼的技术，作息表、档案、考评、排名。他在别处说过，政治理论还没有砍掉国王的头，意思是我们仍在用“谁有主权”的老问题去想权力，却没看见权力早已不在那里。第二层，法律本身也在被这套规范化的逻辑改写：刑罚越来越关心“这个人危险不危险、能不能矫正”，而不只是“这个人做了什么”；鉴定专家、心理

评估、社会调查报告进入了法庭，法官的判断旁边，站上了一排“常态”的鉴定人。这一层可以和第 21、22 章的刑事实证学派对照着读。

还有一个零件不能漏：权力与知识互相生产。在福柯看来，考核不只是在管人，也在生产关于人的知识，平均值、正常范围、风险等级，都是从一份份档案里算出来的；而这些知识一旦成了“科学”，又反过来给管理提供理由。客服软件算出全组的平均响应时长，这个平均数就成了下周的标准；标准一定，排在后面的人就成了需要纠正的偏差。没有哪一个人定下这条规矩，是数字自己长成了规矩。

回到小冉。合同是法律那一层，它写得清清楚楚；闸机、摄像头、离座提示、周一排名表，是规训那一层。真正改变小冉的，是后一层。

◆ 五、异象

最硬的异象出在主角身上。如果主体本身就是权力的产物，那么是谁在抵抗？谁看清了规训，又凭什么说规训不好？福柯描述得越彻底，抵抗者就越没有立足之地。弗雷泽（Nancy Fraser）在 1981 年就提出过这个疑问：福柯的经验描述很有洞见，规范立场却说不清；他既不肯说哪种状态更好，又显然在批评现状。第 185 号判他时说的也是这一处：他把最锋利的一把刀交给了普通人，却说不出凭什么说这样不行。

第二个异象来自法学必须判。法官面对的是一个具体的问题：这家公司在工位上装摄像头，合法不合法？能不能拍到屏幕？离座五分钟就提示，算不算侵犯劳动者的人格？福柯告诉我们这些技术是怎样塑造人的，却没有给出一条线，线这边可以，线那边不行。而法官必须画线。

第三个异象落在事实上。福柯自己在 1970 年代初参与发起过一个收集监狱信息的小组，让囚犯自己发声，说出监狱里的处境；这件事里，囚犯恰恰是在用“权利”的语言说话，讲探视、讲通信、讲人身待遇。被规训塑造出来的人，依然能用法律的语言回头去顶规训。这说明法律那一层并不只是被规训吞掉的外壳，它也可以是一个抓手。

第四个异象是“什么都像规训”。学校的课表、医院的排班、驾校的考试、甚至家里给孩子定的作息，一旦用规训的眼光看，全都长得一样。可是排班让病人在半夜也有医生，驾考让路上少了些不会开车的人，这些安排确实也在保护人。一个什么都能解释的理论，就很难告诉我们哪一张作息表该留、哪一张该改。也有历史学者批评，他把惩罚的变化写得太整齐，真实的档案要乱得多。对法官来说，这个异象最实际：如果一切管理都是规训，那么“合理的管理”与“过度的监控”之间的分别，就得从别处去找。

◆ 六、吸收还是分叉

对第一个异象，常见的吸收是**改名**：抵抗被改称为“权力的另一种效果”。在他的描述里，哪里有权力，哪里就有抵抗；抵抗不在权力之外，它是权力网络里的另一些点。这样一来，“谁在抵抗”就不再是挑战起点的问题，而是起点的一个推论。

对第二个异象，用的是**免检**：本理论做的是历史与分析，不是给法官提供裁判标准；画线是法学家的事。第四个异象也落进这一免检：哪一张作息表该留，不是本理论要回答的。这一免检让福柯在法学院里有了一种奇特的位置：人人引用，却很少有判决书直接用他。

第三个异象没有被吸收干净，而是撑开了**分叉**。福柯晚年转向“治理术”的研究，关心国家怎样通过人口统计、公共卫生、风险管理来“引导行为”；后来的许多研究接着这条线，把它用到福利、保险、金融监管上。另一枝则落到今天的数据与平台：当监视交给软件、考核交给算法、排名每天自动生成，规训不再需要一座塔。各国关于个人信息保护、算法透明、工作场所监控的立法，在很多讨论里被拿来和福柯的描述对照。法学在这里做的，正是福柯不肯做的事：画线。比如要求监控有明确目的、范围相称、事先告知，这些把规训重新拉回“许可与禁止”的语言里。照第 185 号的读法，福柯缺的是回写，所以缺判据；法学画的每一条线，都是一次把判据写回制度的尝试，虽然多半只是把字帖描得更工整，而不是让被描的人自己改字帖。

这里也能看见法学的制度依赖。规训技术一旦被写进员工手册，再被合同里一句“遵守公司规章制度”连接起来，它就借了法律的形式：小冉签字了，所以她同意了。规训借着合同的连接，挤进了法律的次序。要把它拉出来，只能再造一层法律：对规章制度的内容加以审查、对监控加以限制。

拿我国的法律作个对照，只描述，不评价。劳动合同法要求，直接涉及劳动者切身利益的规章制度，要经过职工讨论、与工会或职工代表协商，并公示或告知劳动者；2021 年施行的个人信息保护法，要求处理个人信息有明确合理的目的、限于实现目的的最小范围，在公共场所安装图像采集设备要为维护公共安全所必需并设置显著提示。这些条款怎样落到一个工位摄像头上，要看具体案情，本书不作判断，也不构成法律意见。可以看出的是它们的写法：不是去否定排名和考核，而是给它们加上程序、目的和范围，也就是把规训重新织进法律的连接与次序里。福柯描述的那张网，法学没有拆掉，而是给它编了号。

◆ 七、它看对了什么

它看对了一件普通上班族都有体会、却很难对人讲清的事：真正让人喘不过气的，常常不是一条明文的禁令，而是一张每周更新的排名表。禁令告诉你不能做什么，排名表告诉你应该成为什么样的人；前者有边，后者没有。

它也看对了法律的盲区。法律擅长处理“谁对谁做了什么”，有行为、有后果、有责任人；它不擅长处理那种没有一次具体伤害、却天天在改变人的安排。福柯把这块盲区照亮了，后来的法律才开始学着去管：不只问“有没有扣你的钱”，也问“这样盯着你，合不合比例”。

最后，它看对了“同意”可以被造出来。小冉签了字，可她签字时并不知道那块屏幕会被拍到、那张表每周会发。签字这一刻的同意，和一个月后她身上长出来的那双眼睛，不是一回事。

带走的话

- 福柯这一支的主角是作为身体的守法人；它的起点是“人是在观察、考核、排序里被塑造出来的”。
- 规训的三件工具是层级监视、规范化裁决和考核，全景敞视让人自己看着自己。
- “谁在抵抗”被改名为权力的另一种效果，“在哪里画线”被免检；治理术与数据规制是它的分叉，法学在这里替它画线。
- 下一次看到一张排名表，可以先问：它要我成为什么样的人，这个样子是谁定的。

小账 本章动用：出生证（主角＝作为被训练的身体的守法人）；D→S→E 的写法、S 的起点；异象；改名、免检；分叉；制度依赖的结构、次序与连接。

锁定记录：“主体是权力的产物”这一起点被锁住；法学接手画线，接第 185 号，不改判。

第 十 一 编

解释与裁判：制度依赖的本尊

编　序

第十一编专讲解释与裁判，那里是制度依赖的本尊。

本编各章：

· 第 45 章　原旨主义与活宪法：宪法的意思定在哪一年
· 第 46 章　文本主义与目的解释
· 第 47 章　遵循先例：判例怎样把学派的起点织成次序
· 第 48 章　法教义学与评价法学：体系怎样自己长高
· 第 49 章　阿列克西与比例原则
· 第 50 章　违宪审查：谁来看守守门人

第 45 章

原旨主义与活宪法：宪法的意思定在哪一年

> 这一章的问题：一条几十年前立下的规矩，今天该照立规矩那天的意思办，还是照今天的意思办？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个大家庭，爷爷在上世纪九十年代初立过几条家规，用毛笔写在一张红纸上，贴在老屋堂屋的墙上。其中一条是：“吃饭时不许看电视。”那时候家里刚买了第一台彩电，孩子们端着碗挤在电视前，爷爷看不下去，立了这条。

三十多年过去，爷爷已经不在了，红纸还在。今年春节，一大家子十几口人回老屋吃年饭，饭桌上，小孙子、侄女、连两个女婿都低着头刷手机。大伯母看不过去，指着墙上的红纸说：“爷爷的规矩，吃饭不许看。”

侄女不服：“爷爷写的是‘看电视’，我们看的是手机。”

二叔帮腔：“爷爷当年立这条，是怕大家吃饭不说话。手机比电视还厉害，当然算。”

三姑说得更细：“那时候家里人说‘看电视’，就是指坐着盯屏幕，不和人说话。照那时候大家对这几个字的理解，手机算不算，可以讨论。”

小叔却说：“爷爷那时候哪知道有手机？规矩是死的，人是活的。现在我们自己商量一下，吃饭头半个钟头不碰手机，后面随意，不就行了？”

一张红纸，四种读法：照字面，照爷爷的意图，照当年大家对这几个字的理解，照今天大家的需要。这一章的两大派，就是在一个国家的宪法上，争的这件事。

◆ 二、学派的出生证

先问主角。原旨主义（originalism）与活宪法（living constitution）两派的主角都是法官，具体说是做宪法解释的法官：他手里拿着一份很多年前写下的文本，要用它来判今天的案子。

主角	主体预设	客体预设	推出的互动内容
原旨主义：法官	法官是忠实的代理人，不是替人民另立新法的人；他的本分是找出文本当时的意思，并受它约束	宪法是一次写定的文本，它的意思在批准时就固定了；改变它要走修宪程序	先看文本，再看制定时的公共理解（早期看制宪者意图，后来看当时公众对字句的通常理解）；对“新权利”保持警惕
活宪法：法官	法官是接力的解释者，要让一份老文本在新时代继续管用	宪法是一个会生长的框架，它的大原则要靠一代代判例来展开	看原则与目的，看判例的累积，像普通法那样一案一案地往前推

两派起点的 S 都是“宪法的意思定在哪里”这个显露出来的样子，只是一个把它定在过去的某一年，一个把它放在不断展开的判例链里。这对预设直接织进了制度的**次序**一项：谁的意思在先，是批准那一年的人，还是一代代法官；也织进了**结构**：修宪程序与司法解释，哪一条是改变宪法的正路。

◆ 三、意义预设

本书的读法：原旨主义，创造○、自由●、幸福◐；活宪法，创造●、自由◐、幸福◐。

原旨主义把自由压在最重的位置，指的是人民自己做主的自由：宪法是人民通过批准写定的，法官若按自己的看法改它，就是拿走了人民的决定权。幸福占一半，是可预期的稳定：今天的规矩明天还算数。活宪法把创造压在最重的位置：老文本要在新处境里长出新的意思。自由与幸福各占一半，自由多指个人的权利在新处境下能被看见，幸福多指制度能跟上生活。

国家实践要分开读：这场争论主要发生在美国；美国最高法院实际怎样判、某一任法官属于哪一派，是实践那张表上的事，本书不评价，不评在审案件。

◆ 四、走的路

原旨主义走的是 S→D→E：先立文本与原意（S），再沿着历史材料的序列去考证那个意思（D），最后才看今天的处境（E），而且今天的处境不能改变答案，只能决定答案怎样适用。

活宪法走的是 S→E→D：先立“宪法是一个框架、有它的大原则”（S），然后看今天缠在一起的条件（E），再沿着判例的序列（D），一步步把原则展开。

“活宪法”这个说法，在美国常被追溯到 1927 年麦克贝恩（Howard Lee McBain）的一本同名书。它背后的思路更早，可以接到第 26、27 章的现实主义和社会学法学：法要跟着社会走。二十世纪中叶美国最高法院一系列扩展民权的判决，让这条思路成了主流的样子。

原旨主义作为一个自觉的派别，是对这一段的回应。1971 年，博克（Robert Bork）发表长文，主张法官必须有一个“中立的原则”来约束自己，而最可靠的约束就是制宪者的原意。1985 年，时任美国司法部长米斯（Edwin Meese）在一次演讲里公开主张“原意法理学”；同一年，大法官布伦南（William Brennan）在一次演讲里作出回应，认为宪法的伟大之处正在于它的原则能适应时代。两场演讲常被看作这场争论走到台前的标志。下编第 78 章写 1987 年博克提名一事，还会回到这里。

此后原旨主义内部做了一个关键的转身：从“原意”（制宪者心里怎么想）转向“原初公共含义”（当时一个普通读者会怎样理解这些字）。斯卡利亚（Antonin Scalia）是这一转身最有名的代表，他 1997 年出了一本讲解释的小书，把这个思路讲得很直白。活宪法这边，施特劳斯（David Strauss）2010 年写书，把它讲成“普通法宪政”：宪法的意思主要不是在文本里，而是在一代代判例里，像普通法一样累积。

这场争论并不只在美国。加拿大有一个常被引用的比喻：1929 年，当时作为加拿大终审机构的英国枢密院司法委员会，在一个关于女性能否被任命为参议员的案子里，把加拿大的宪法文件比作一棵“活的树”，能在自然的界限内生长。这个比喻后来成了加拿大宪法解释的常用说法。我国宪法规定由全国人大常委会解释宪法，解释权的位置与美国不同，“定在哪一年”这个问题在那里有另一种提法。这些都属于实践那张表，第十二编再分国来读，这里只是提醒：同一个问题，不同的制度把它放在不同的位置上。

还有一个结构上的原因，让这场争论在美国格外激烈：美国宪法很难修。修正案要国会两院各三分之二通过，再经四分之三的州批准。改规矩的正路越窄，解释这条小路上的人就越多。原旨主义说，路窄也要走正路；活宪法说，正路太窄，老文本只能靠解释来活。两派对修宪程序的不同态度，本身就是被这个结构锁出来的。

回到老屋的红纸。大伯母和侄女，一个照意图、一个照字面，都还在原旨主义的地界里；三姑说“照当年大家对这几个字的理解”，正是原初公共含义；二叔说“爷爷是怕大家不说话”，是从目的出发，已经靠向活宪法；小叔说“我们自己商量”，干脆走到了修宪那一头。

◆ 五、异象

原旨主义最硬的异象，是那些大家都认为对、原意却撑不住的判决。美国 1954 年的布朗案判定公立学校种族隔离违宪，今天几乎没有人认为它判错了；可是当年批准相关宪法修正案的那一代人，很多州的学校本来就是隔离的。若严格照原意，布朗案就很难说得通。

第二个异象是“概括的层级”。一条宪法条款的原意，可以读得很具体，也可以读得很抽象。“平等保护”在批准时，是指当时人心里那几件具体的事，还是指“平等”这条一般原则？读得越具体，越难管新事；读得越抽象，越像活宪法。爷爷的红纸也是这样：读成“不许看那台彩电”，手机就管不着；读成“吃饭时别盯着屏幕”，手机就管得着。读到哪一层，原旨主义自己并不给出答案。

第三个异象是历史证据不够用。同一份历史材料，常常能读出相反的原意。2008 年美国最高法院在一个关于持枪权的案子里，多数意见和反对意见都大量引用建国时期的史料，却得出了相反的结论。这说明“回到原意”本身也要解释，而解释又回到了法官手里。

活宪法的异象正好在对面：如果宪法的意思会长，那么谁来决定它往哪里长，凭什么不是法官自己的偏好？没有了固定的意思，法官的约束从哪里来？这正是博克当年提出的质问。

活宪法还有一个更隐蔽的异象：会长的东西，也会往回长。它的支持者多半期待宪法随时代把权利扩大；可如果“时代”换了方向，同一套“意思会长”的道理，也可以拿来收窄一项权利。一种解释方法若只在结果合自己心意时才被称赞，它就还不是方法。老屋里也一样：小叔说“我们自己商量”，商量的结果可能是“吃饭头半个钟头不碰手机”，也可能是“干脆都别管了”。规矩一旦交给当下，当下往哪边走，规矩就往哪边走。这个异象两派其实共有：原旨主义同样会被人只在结果合心意时搬出来。

◆ 六、吸收还是分叉

原旨主义对第一个异象，有两种吸收。一种是**改名**：有学者 1995 年发表长文，论证布朗案在原旨主义下也能成立，理由是批准那一代人在相关问题上的公共理解比通常以为的更宽。这样，布朗案就从反例改称为原旨主义的一个证例。另一种是对先例的**免检**：斯卡利亚 1989 年在一次演讲里自称“不彻底的原旨主义者”，后来又承认对那些已经深深织进社会生活的先例，即便不合原意，也不必推翻。

对第二个异象，原旨主义内部出现了一个**分叉**：有学者区分“解释”与“建构”，前者找字句的原初含义，后者在含义说不定的地方，由法官补上具体规则。巴尔金（Jack Balkin）2011 年的书叫《活的原旨主义》，干脆主张原旨主义与活宪法可以合在一起：守住文本，原则则让每一代人来展开。这是从两派的缝隙里分出来的一枝。

活宪法对自己的异象，常用的是**改名**：法官的“偏好”被改称为“判例的累积”。约束不在原意里，而在前后判例必须连贯这件事上；法官不能想怎么判就怎么判，他得接着前面的判例说下去。这一答案正好把问题交给了第 47 章的遵循先例。

这一章最能看出制度依赖的本尊。两派争的不是某一个案子判对判错，而是制度的次序：在“批准那一年”和“这一代判例”之间，谁说了算。一旦一个法院在某个领域选定了一种读法，后面的判例就要照着它的格式写：先考哪一年的史料，或者先列哪一串先例。读法本身成了次序，下一任法官就算不同意，也得先在这个次序里找自己的位置。

◆ 七、它看对了什么

原旨主义看对了一件事：一份规矩如果谁都可以按今天的意思随手改，它就不再是规矩。红纸贴在墙上，是因为它有一个不随人心变化的样子；法官要受约束，而最清楚的约束就是一个固定的意思。改规矩可以，但要走改规矩的正路，在老屋就是全家坐下来商量，在一个国家就是修宪。

活宪法看对了另一件事：任何规矩都是在一个具体处境里立的，处境变了，死守字面反而会背叛立规矩的人。爷爷当年要的是一家人吃饭时说说话，不是跟那台彩电过不去。

把红纸再看一眼，还能看出两派各自没看见的东西。原旨主义没看见，爷爷当年立规矩时，是在一家人吵吵嚷嚷的饭桌上立的，那条规矩本来就是
从“判”与“服”之间长出来的；只记住纸上的字，忘了那张饭桌，规矩就成了一张红纸。活宪法没看见，三十年里这张红纸一直贴在那里，每次有人指着它说话，它就被重新认领一次；它的分量，正来自它不随手改。两派各守一端，都把规矩当成了一件已经定好的东西，只是一个定在过去，一个定在法官手里。

两派一起看对的，是法学必须判：不管哪一派，法官都要在今天把一个老文本用到一个新案子上，“定在哪一年”这个问题躲不掉。

带走的话

- 原旨主义与活宪法的主角都是法官，争的是宪法的意思定在过去的某一年，还是在一代代判例里展开。
- 原旨主义走 S→D→E，活宪法走 S→E→D；两派的预设都织进了制度的次序：谁的意思在先。
- 原旨主义用改名与免检吸收布朗案这类异象，并分叉出“解释与建构”“活的原旨主义”；活宪法把偏好改称为判例的累积，把问题交给遵循先例。
- 下次家里有人搬出老规矩，可以先问一句：我们照的是当年的字、当年的意，还是今天的事？

小账 本章动用：出生证（主角＝做宪法解释的法官）；S→D→E 与 S→E→D；异象；改名、免检；分叉；制度依赖的次序与结构。

锁定记录：“意思固定在批准时”与“意思在判例中生长”两个起点同时被锁住；约束问题交给第 47 章。

第 46 章

文本主义与目的解释

> 这一章的问题：法官读一条法律，是读纸上的字，还是读写字的人想办成的那件事？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个老小区的电梯口贴着一张《文明养宠公约》，第三条只有九个字：宠物不得进入电梯。公约是几年前业主大会表决通过的，起因是一只没拴绳的狗在电梯里扑了一个小孩。

十二楼住着唐先生，四十多岁，前几年因为眼病几乎失明。今年春天他排了很久的队，领到一只受过训练的导盲犬，一只叫“阿福”的拉布拉多。第一天早上，他牵着阿福走到电梯口，值班保安小冯伸手拦住：牌子上写着呢，宠物不得进电梯。唐先生说，这不是宠物，是导盲犬，它在工作。小冯说，公约上没写导盲犬除外，我只能照字办。

物业的郑经理被叫来。他先站在小冯一边：字就是字，今天给导盲犬开口子，明天就有人说自家的狗是“陪伴犬”。可他心里也犯嘀咕：当初订这一条，是为了不让狗在电梯里咬人、吓人、弄脏轿厢；阿福安安静静趴在唐先生脚边，哪一条都沾不上。旁边等电梯的应阿姨从小怕狗，她说：我不管它是什么犬，我看见狗腿就软。

郑经理手里其实有两种读法。一种是盯着那九个字问：“宠物”这个词，按普通人的理解，包不包括导盲犬？一种是越过这九个字问：订这一条，是要治什么毛病？导盲犬会不会带来这个毛病？

有意思的是，在阿福这件事上，两种读法很可能都放行：照字读，普通人说“宠物”，指的是养着玩、养着陪的动物，导盲犬是干活的；照目的读，阿福不咬人、不乱跑。可它们放行的理由不一样。换一只“训练有素、从不咬人”的家养金毛来，照字读要拦，照目的读可能放；换成应阿姨的害怕，照目的读又可能拦住阿福。法律上还多一层：2023 年 9 月起施行的《无障碍环境建设法》第四十六条，要求公共场所的经营管理单位为残疾人携带导盲犬提供便利；小区电梯算不算这一条说的“公共场所”，又是一道解释题。（本书只借这件事讲学派，不构成法律意见。）

◆ 二、学派的出生证

这两派的主角都是法官，也就是坐下来读法律的那个人；它们分歧在于，法官读的时候，背后站着一个什么样的立法者。

	文本主义	目的解释
主角	法官（读者）	法官（读者）
主体预设	法官是忠实的读者，不该带进自己的政策偏好；立法者是一群互相让步才凑成多数的人，没有一个统一的“心思”	立法者是讲道理的人，追求讲得通的目的；法官是立法者的合作者，替它把事办完
客体预设	法就是被表决通过的那段文字；文字按普通读者的通常理解，就是法	法是治某种毛病的工具；字是工具的外壳，目的才是它的刃
推出的互动内容	通常含义、上下文、语法与一整套解释准则；少用或不用立法史	先问这条法要治什么毛病，再顺着治病的方向读字；看立法史、看规范目的

两派起点的 S，一个是“一段定稿的字”，一个是“一个已定的目的”。这对预设织进的是制度的**连接**一项：法官对谁负责。文本主义把法官只连到文字上，理由是守法人能看到的只有文字；目的解释把法官连到立法者身上，理由是文字本来就是立法者办事的手段。连接不同，同一条法在同一扇电梯门前就会读出两种法官。

◆ 三、意义预设

这是本书的读法，不是事实。文本主义押在**自由**上：自由●，幸福◐，创造○。它要的是守法人事先读得懂、能据此安排自己的生活，也要的是法官的手被字拴住，不能随手替人做主。目的解释押在**幸福**上：幸福●，创造◐，自由◐。它要的是法真的把事办成，人真的少受那种毛病的害；为此它愿意让法官多走一步，这一步里有创造。

国家实践要分开读。英美的判决书里，两种读法常常在同一份判决里交锋，多数意见和反对意见各执一端；德国的方法论把文义、体系、历史、目的几种解释排成一张清单，讲究先后与权重；中国的法律大多在第一条就写明“为了……制定本法”，目的被直接写进了文字。三种安排，是三种不同的连接方式。

◆ 四、走的路

文本主义走的是 S→D→E。先定字（S），再沿着一条推理的路往下走（D）：查词典，看语法，看这个词在整部法律里别处怎么用，再搬出一套解释准则，比如“列举之后的概括词，只包括与列举同类的东西”。最后才碰到案子里缠在一起的那些条件（E）：阿福、唐先生的眼睛、应阿姨的害怕。案情只是被套进事先读好的字里。

这一派在美国最有名的代言人是斯卡利亚大法官。他在 1997 年出版的演讲集《解释的事》里主张，法官该受约束的是被表决通过的文字，而不是议员们没有表决过的心思；立法史里能翻出各种说法，法官很容易只挑合自己意思的那几句。2012 年他和加纳合写的《解读法律》，把五十七条解释准则编成一本手册。文本主义要的是一条走得出来、别人能复查的路。

可是这条路并不总能走到同一个终点。2020 年美国联邦最高法院的博斯托克案，问的是禁止“因性别”解雇的那条法，管不管因为性取向或性别认同解雇。执笔的戈萨奇大法官用文本主义读出“管”；写反对意见的几位大法官，也用文本主

义，读出“不管”。同一条路，两拨人走出两个方向，说明“通常含义”本身就要再判断一次。

目的解释走的是 S→E→D。先定目的（S），再看案子里哪些条件跟这个目的缠在一起（E），最后才排推理（D）。它的老祖宗在英国：1584 年的海登案里，法院把读法律的办法归结成几问，大意是：这部法之前的普通法是什么样，那时有什么毛病，议会给了什么补救，为什么给这个补救。法官要顺着补救的方向读，堵住毛病，别让人钻空子。美国 1892 年的圣三一教堂案是另一块路碑：有一部联邦法律禁止为引进外国劳工预付路费，按字面，一个教会请一位英国牧师来当主任牧师也在其中；最高法院说，这不可能是立法者要禁的事，判教会不违法。二十世纪中叶，哈特与萨克斯在哈佛的“法律过程”教材里，把这套读法系统化：读法律时，假定立法者是讲道理的人，在追求讲得通的目的。

欧陆这边，两条路被排进了同一张清单。萨维尼在 1840 年开始出版的《当代罗马法体系》里，把解释分成语法的、逻辑的、历史的、体系的几个要素，说它们不是四种可以任挑的解释，而是一次解释里要一起做的几件事；后来耶林一路把“目的”抬进来，到二十世纪，德国教科书通常列文义、体系、历史、目的四种。清单的好处是谁都有位置，难处是清单本身不说哪一种压过哪一种。文义和目的打起架来，还是要法官判。

两条路的差别，用电梯口说最清楚。文本主义问的第一个问题是“宠物这个词什么意思”；目的解释问的第一个问题是“这条公约当初要防什么”。前一问的答案在词典和语感里，后一问的答案在业主大会那天的会议记录和那只扑了孩子的狗身上。

◆ 五、异象

文本主义的异象，是照字读出来的荒唐结果。1868 年美国有一桩案子：一位地方治安官拿着谋杀罪的拘捕令，去拘捕一名正在送邮件的邮差，结果被控“阻碍邮件投递”，因为联邦法律确实这么写。最高法院认定这条法律管不到他，说法律的字不能读成这种荒唐的样子，还举了一个古老的例子：中世纪博洛尼亚有一条

法，在街上让人流血的要重罚，难道给晕倒的人放血救命的医生也要罚？照字读的人在这里第一次承认，字背后有个“不可能这么想”的东西。

目的解释的异象，是“目的是谁的目的”。一条法往往是几种目的互相让步的产物，有人要多管，有人要少管，最后凑出那几个字。法官说“这条法的目的是什么”，往往是在几种目的里挑了一种，而且挑的高低可以随手调：把公约的目的说成“让电梯干净安全”，阿福放行；说成“让每个住户在电梯里都不害怕”，阿福就进不去。目的越抽象，法官的手越松；目的越具体，又会退回去盯着字。应阿姨的害怕，就是这样一个两头都接不住的异象。

这对异象在 1958 年哈特与富勒的论战里有过一次著名的对打，主角是一块“公园里禁止车辆”的牌子：汽车当然不许进，那么自行车、玩具车、立在基座上纪念阵亡士兵的一辆旧卡车呢？哈特说词语有一个清楚的核心，也有一圈模糊的边缘，边缘处才需要法官另做选择；富勒说，不先知道这条规矩要防什么，连核心在哪里都说不清。那场论战第 219 号已经判过，本书接着用，不改判；这里只借它看出一件事：阿福站的地方，恰好就是那一圈边缘。

还有一层更深的异象，两派都躲不开：阿福这件事里真正要紧的东西，唐先生要出门上班，应阿姨要安心坐电梯，阿福要能工作，都不在字里，也不在当年那一个目的里，而是在今天这扇电梯门前缠在一起的。两派都从一个已经定好的 S 起手，所以这些缠结只能被当成“适用的对象”，不能反过来改动起点。

◆ 六、吸收还是分叉

文本主义对荒唐结果的常规处理，是**改名**：给异象起一个名字，叫“荒谬例外”，再起一个叫“笔误例外”，异象就成了文字规则的一个参数，起点不动。另一种处理是**免检**：这是立法机关的事，不是法院的事；字写坏了，去找写字的人改。还有一种近于**先验**：“通常含义”被当作客观存在的东西，好像只要查得够细，就一定能查出来。博斯托克案里两拨文本主义者各查出一个“通常含义”，这一点并没有动摇起点，只被说成“这一案里有人读错了”。

目的解释的处理多是**先验**：立法者按定义是讲道理的，几种目的按定义是可以调和的，所以法官找到的那个目的，按定义就是立法者的目的。哪怕会议记录里吵得一塌糊涂，也被读成“背后有一个合理的意图”。

分叉也有。英国长期不许法官看议会辩论记录，1992 年底上议院在佩珀诉哈特案里放开一个口子：法律含糊时可以参考部长在议会里的说明。这是从文本那一支里分出一小枝。美国今天的文本主义内部，又分成更讲“字面”的一支和更讲“语境”的一支。德国的做法是把分歧制度化：几种解释方法都写进方法论教科书，排出先后，谁也不吃掉谁。中国的做法是把目的写进第一条，让读字的人不得不读目的。这些安排一旦定下来，就成了连接的一部分：后来的法官换了想法，读法照样被这张连接拴着。这就是判词二说的制度依赖，在解释这一格里的样子。

◆ 七、它看对了什么

文本主义看对了一件事：守法人能看到的只有字。唐先生和应阿姨都没参加过当年的业主大会，他们能依靠的只是电梯口那九个字；法官如果可以随意越过字，守法人就无从预先知道自己该怎么做。被表决通过的也只是字，议员们心里想的各不相同。

目的解释看对了另一件事：字总比世界少。九个字的公约管不住世上所有的狗，更管不住还没出现的导盲犬、辅助犬。法是办事的工具，工具用到它没想到的地方，得有人问一句它本来是干什么用的。

两派还一起看对了第三件事：解释是有方法的，不是拍脑袋。小冯照字办，郑经理问目的，都比“我看着顺眼就让进”强；有方法，别人才能复查、才能争、才能在下一次照着做。法学必须判，判的人至少得说出自己走的是哪条路。

两派共同漏掉的，是电梯门前那一团缠结本身。下面几章会看到，解释方法一旦和先例、体系连在一起，就更难回头去听这团缠结了；第 63 章会再回到这里。

带走的话

①文本主义把法官连到字上，目的解释把法官连到立法者身上；连接不同，同一条法就读出两种法官。

②照字读会遇到荒唐结果，照目的读会遇到“谁的目的”；两派都用改名或先验把异象收进去，起点不动。

③字是守法人唯一看得见的东西，目的是法唯一办得成事的理由；两样都对，但都不是电梯门前那团缠结本身。

④把解释方法写进方法论清单或法律第一条，是把学派之争织成了连接。

小账 本章动用：出生证（主角、主体预设、客体预设）、S→D→E 与 S→E→D、异象、改名、免检、先验、分叉、制度依赖之“连接”。

锁定记录：文本主义锁在“一段定稿的字”，目的解释锁在“一个已定的目的”；两者都把案中的缠结当作适用对象，而不是起点。

第 47 章

遵循先例：判例怎样把学派的起点织成次序

> 这一章的问题：前一个案子怎么判，凭什么管着后一个案子；被管住的，又是哪一个学派的起点？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家四口，哥哥阿川十二岁那年，期中考试偷看同桌的卷子，被老师叫了家长。那天晚上爸爸定了罚：一个月不许碰游戏机，每天抄一页字帖，抄完给妈妈签字。阿川哭着抄完了那三十页。家里从此多了一条没写下来的规矩，谁都记得。

五年过去，弟弟小禾也十二岁了。有一天妈妈发现手机里少了三百块，查下来，是小禾偷偷用她的手机给游戏充了值。爸爸还没开口，小禾先说：哥当年作弊才罚一个月，我这个也一样，一个月。

饭桌上吵成一团。阿川不服：我当年一分钱没花，他花了三百，凭什么一样？妈妈说：那次是考试作弊，这次是偷花钱，根本不是一类事。小禾说：都是“骗人”，都是不诚实。爸爸想了半天，问出一个要紧的问题：当年罚阿川，到底是因为“考试”，还是因为“不诚实”？如果是因为不诚实，这次就该照着来；如果是因为考试，这次就是另一回事，得重新定。

奶奶又插了一句：当年罚得太重了，孩子抄字帖抄得手都肿了，这回别再那么罚。

这顿饭里有遵循先例的全部问题。前面的“判决”管着后面的案子，是因为同样的事要同样对待；可是哪一点算“同样”，要回头去问当年那个罚背后的理由；

当年的理由如果错了，或者时代变了（五年前是游戏机，今天是手机里的充值），还要不要照着来，又是一个问题。先发生的事管着后发生的事，这就是次序。

◆ 二、学派的出生证

遵循先例的主角是后案的法官：那个手里拿着新案子、回头翻旧判决的人。

	遵循先例（普通法传统）
主角	后案法官（与他上面的上级法院）
主体预设	法官是一条长链上的一环，前面的法官与后面的法官同样讲理，同样的人应当得到同样的对待；守法人靠旧判决安排自己的生活
客体预设	法沉淀在一串判决的理由里；先判的约束后判的，上级的约束下级的
推出的互动内容	区分“判决理由”与“附带意见”；区别先例；推翻先例的条件；上下级法院的拘束

起点的S，是先例里那一句判决理由，也就是爸爸要找的“当年到底为什么罚”。这对预设织进的是制度的**次序**一项：谁先谁后（先例与后案），谁上谁下（上级法院与下级法院）。要紧的是，次序织进去的不只是“先后”这个空架子。当年判那个先例的法官属于哪个学派，用了哪一对预设，这对预设就随着判决理由一起被冻进次序里，往后几十年的法官都要先过它这一关。

◆ 三、意义预设

这是本书的读法，不是事实。遵循先例押在**自由**上：自由●，幸福◐，创造○。自由，是因为守法人能事先知道法院会怎么判，从而安排自己的交易、婚姻和生意；幸福，是因为同案同判本身就是一种公平感，小禾那句“我也一样”人人听得懂；创造被压得最低，因为先例的用处正是拦住每个法官从头再来。

国家实践要分开读。英美把先例当作法的正式来源，次序最硬。德国、法国这样的法典国家，在理论上判例不是法源，可是最高法院的判决在实践中照样被下级法院跟着走；德国联邦宪法法院的裁判，按法律对所有国家机关都有拘束力。中国

2010 年底，最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》，建立指导性案例制度；2020 年 7 月又发布关于类案检索的指导意见（试行），写明检索到指导性案例时“应当参照”，除非它与新的法律、司法解释冲突或已被新的指导性案例取代。三种安排，是三种不同硬度的次序。硬度不同，押的意义也跟着挪：次序越硬，自由（可预期）越重；次序越软，法官回应新情况的余地越大，创造就多分到一点。本书不评哪种更好，只把这张权重表记下来，留给第十二编去和各国的实践对照。

◆ 四、走的路

遵循先例走的是 S→D→E。先找到先例里的判决理由（S），再一步步拿新案的事实与旧案比对，像就照着判，不像就说明哪里不像（D），最后才落到新案里那团具体的缠结（E）。这条路的骨头是类比推理：不是从大原则往下推，而是从一个案子横着走到另一个案子。

这条路上最难的一步，就是爸爸问的那一问：什么是判决理由。二十世纪的英国学者古德哈特在 1930 年发表过一篇很有名的文章，大意是：判决理由不是法官顺口说的那些道理，而是看法官把哪些事实当作“要紧的事实”，再加上他根据这些事实得出的结论。照这个办法，阿川的先例里，“考试”和“不诚实”哪个是要紧的事实，决定了小禾这一案是“同样的事”还是“另一件事”。而这一点恰恰是后案法官回头去定的。先例看起来是前人管后人，其实每一次适用，后人都在替前人重新划定它说过什么。

次序的另一半是上下。英国上议院在 1898 年的伦敦电车公司案里宣布，它受自己先前判决的拘束，错了也只能等议会改法。这个立场一直维持到 1966 年，上议院发了一份实践声明，说今后在显得正当时可以偏离自己的先例。下级法院则一直不能偏离上级的先例。美国联邦最高法院从来不认为自己被先例绝对拴住，但推翻要讲理由；1992 年的凯西案判决把这些理由列了出来，大意是：旧规则是否已经行不通，人们对它的依赖有多深，相关法理是否已经变了，事实是否已经变了。

法典国家走的是另一种 S→D→E。德国法官起手先找法典条文，可是条文之下，紧接着是联邦最高法院历年的判决和注释书里归纳出的“通说”，下级法院偏离它要专门说理，否则上诉时多半被改。先例在这里没有正式名分，却照样排在条文之后、个案之前，占着一个固定的位置。中国的指导性案例制度与类案检索，是另一种排法：先例被挑选、编号、公布，后案法官检索到它，就要在判决里说明参照没有、为什么。名分不同，排法不同，“先判管后判”这个次序在三处都立起来了。

次序还有一个反面的例子，最能看出“学派的起点被织进次序”是什么意思。1896 年，美国联邦最高法院在普莱西案里认可“隔离但平等”。那一案背后，是一种只看形式上同等对待、不问社会实际处境的平等观。这对预设随着判决理由进了次序，此后半个多世纪，各级法院要先过它这一关。直到 1954 年布朗案，最高法院才说公立学校里的隔离本身就是不平等，在公立教育这一块推翻了它。这一步用了五十八年，用了一大批社会科学证据，也用了一代人的诉讼。

◆ 五、异象

遵循先例的异象有两种。一种是先例本身错了，像普莱西案；奶奶那句“当年罚得太重了”，就是家里的这种异象。另一种是世界变了，先例当年没错，今天对不上：五年前孩子能闯的祸是在游戏机上多玩两个钟头，今天是在手机上花掉真钱。

英国有一个现成的例子。十七世纪的英国法官黑尔，在他身后于 1736 年出版的刑法著作里写过一种说法：妻子因婚姻已经概括同意，丈夫不构成强奸。这个说法后来被一代代判决当作普通法沿用了两百多年。到 1991 年 10 月，上议院在一桩案子里说，这条规则早已与今天对婚姻的理解对不上，不再是英国法。黑尔那个年代对妻子、对婚姻的一整套预设，靠着次序在法里住了两百多年；把它请出去，要等一个肯正面说“世界变了”的最高一级法院。这一案下编第 82 章还会从实践一面再看。

还有一种更隐蔽的异象，藏在“同样”这个词里。同案同判是这个学派最硬的承诺，可是两个案子同不同，不是先例自己能说出来的，要后案法官来判。阿川说不同，小禾说相同，两人都没有歪曲先例，只是各自挑了一个“要紧的事实”。这说明先例这条链子并不像看上去那样自己在转，每一环都有一只手在拧。

这只手拧的，是先例的“高低”。把阿川那一案的理由说得很具体，比如“考试作弊，罚一个月”，它就只管考试；说得抽象一点，“不诚实，罚一个月”，它就管到小禾；再抽象一点，“孩子犯了错，要罚到他记住”，它几乎什么都管，也就什么都不定了。同一个先例，往上提一层或往下压一层，管住的范围就差出好几倍。普通法几百年里积累了大量讲究，教法官怎样读出判决理由，可是“提到哪一层”这件事，始终没有一条规则能替后案法官做主。上一章说目的可以挑高挑低，这里的先例也一样；两处的松动，出在同一个地方。

◆ 六、吸收还是分叉

先例对异象的头一种处理，是**改名**：把它叫作“区别”。法官说，本案事实与先例不同，先例不适用。异象被改称为“事实差别”，先例原封不动，起点不改。普通法里很多陈旧的先例，从来没被正式推翻，只是一次次被“区别”掉，最后没人再引用。

第二种处理，是**免检**：把先例里不方便的话说成“附带意见”，也就是法官顺口说的、不拘束后人的那部分。爸爸要是说“我当年说‘再有不诚实就加倍罚’，那只是气话”，就是在做这件事。

第三种处理，近于**先验**：普通法有一种古老的说法，叫“宣示说”，大意是法官从来不造法，只是发现本来就有的法。照这个说法，推翻先例不算改法，只是承认“原来那个判错了，法本来就是这样”。异象被按定义取消了：法从来没变过，变的只是人们对它的认识。

分叉也是有的。英国 1966 年的实践声明，是次序内部的一次分叉：最高一级从此可以回头。美国二十世纪上半叶的法律现实主义（第 26 章）是一次学派层面的分叉，它说法官其实在造法，先例只是他们事后找来的说法。可是分叉之后，次

序本身并没有拆掉；现实主义者当了法官，照样要引先例写判决。这正是判词二说的那件事：学派换了，织进次序的那一层还在原地，等着下一代来过。条款二（b）问的也正是这里：如果学派一换，判例次序就跟着换，制度依赖这半句就不成立。到目前为止，像布朗案那样的推翻，用了半个世纪，本书把它读作制度依赖成立的一个证据，也承认这是本书的读法。

判决与“终局”的关系，站上另有一条写作中的法律线专门在谈：判决对当事人是终局的，对后来的人却并不终结。本章只留这个接口，不引它的正文。下编第116章（2022年美国多布斯案）与第120章（2026年美国巴巴拉案），会从实践一面再看推翻与坚守先例各是什么样子。

◆ 七、它看对了什么

遵循先例看对了一件大事：法不只在条文里，也在一次次判决里。同样的事同样对待，是普通人最朴素的公道感，小禾那句话谁都驳不倒；人们能安心过日子，靠的就是能大致猜到法院会怎么判。

它还看对了另一件事：法官不是孤零零的个人，而是一条链上的一环。一个法官的聪明有限，一串法官几百年的判断，比一个人从头想更不容易出大错。美国的卡多佐法官在1921年的《司法过程的性质》里说过一个很实在的道理，大意是：如果每个旧案子都能在每个新案子里重新翻开，法官的活就多到干不下去。次序省下的是判断的力气，让法官把力气用在真正新的地方。爸爸不必每次都从“什么是诚实”讲起，有阿川那一案垫底，他只需要回答小禾这一案新在哪里。

它漏掉的，是“同样”是谁定的。每一次后人回头去问“当年到底为什么罚”，都是一次新的判；这一判里，新案的缠结已经悄悄改写了先例。如果把这件事说穿，先例就不再是一条只从前往后走的链子，而是前后两头都在动的一张网。第65章会接着讲，一个学派怎样让这种回写正式改动自己的起点。

带走的话

①遵循先例把法织成次序：先判的管后判的，上面的管下面的。

②织进次序的不只是先后，还有当年判它的那个学派的一对预设；普莱西到布朗的五十八年，就是一对预设在次序里住了五十八年。

③先例对异象常用改名（区别）、免检（附带意见）、先验（宣示说），起点很少被正面改写。

④“同样的事”由后人来定，所以每一次遵循，其实也是一次回写。

小账 本章动用：出生证、S→D→E、异象、改名、免检、先验、分叉、制度依赖之“次序”、条款二（b）。

锁定记录：后案法官的起点锁在先例的判决理由上；先例里那个学派的预设被冻进次序，靠区别和推翻缓慢松动。

第 48 章

法教义学与评价法学：体系怎样自己长高

> 这一章的问题：一套法律规范为什么会越补越厚、越搭越高，而且长到后来，好像不用谁来管它，自己就会往上长？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一家做外贸的中型公司，十年前的报销制度只有一页纸：出差的交通费、住宿费凭发票报销，部门经理签字，财务付款。

后来出了几件事。有位销售坐了头等舱，于是加了一条：飞机只报经济舱。有人住进五星级酒店，于是加了一张表：按城市分三档，每档每晚限额多少。网约车普及了，电子发票来了，于是加了一条：电子发票须附行程单。有人把同一张电子发票打印两次报了两回，于是加了一节“发票查重”。疫情那几年，又加了一组临时条款，讲核酸检测费、隔离酒店费怎么报。如今这套制度是一本三十八页的手册，有目录、有附表、有“第四章第三节第二条之二”。

财务部的何会计在公司干了九年，这本手册她能倒背。新来的小范拿着一张单据来问：打车去机场，路上交的高速通行费，手册里没有，能报吗？何会计没有去问老板，也没有凭感觉，她翻到第四章：“交通费”下面列了车费、油费、停车费，这三项都是为了让人到达出差地点而附带发生的费用；高速费跟它们是同一类，应当参照停车费那一条处理。她在单据上写下“参照 4.3.2”，签了字。下个季度修订手册时，财务部把“高速通行费”正式写进了 4.3.2。

这就是体系自己长高的样子。没有谁拍板说“我们要多一条”，是体系里已有的格子，加上一个格子里装不下的新东西，逼出了一个新格子。何会计做的事，在法学里叫教义学的工作：从已有的规范里，整理出概念、归类和推理的规矩，用它来回答规范没写的问题，再把答案放回体系里。值得留意的是，何会计这一笔“参

照”，三个月后就变成了正式条文；下一个遇到类似单据的人，不再需要推理，只需要查表。体系每吸收一次新东西，下一次的路就短一截，也就更难有人回头问这条路当初为什么这么走。

◆ 二、学派的出生证

这一派的主角是法官，他身后站着一群写教科书和注释书的教授。两者说同一套话，一起维护同一个体系。

	法教义学（体系的整理）	评价法学
主角	法官（与注释书作者组成的解释共同体）	法官
主体预设	法官是体系的操作者，按共同体通用的概念和步骤推理，结论别人可以一步步复查	法官要做价值判断，但他的判断必须能追溯到立法者已经作出的价值决定，能被体系检验
客体预设	现行法是一个可以整理成前后一致、没有矛盾的整体	法是由立法者的一个个价值决定串起来的“内在体系”，概念的编排只是它的表面
推出的互动内容	概念、构成要件、请求权基础的检视顺序、注释书、“通说”与“少数说”	类推、目的性限缩、法律漏洞的填补、体系解释

两派起点的 S，一个是“一个已经整理好的概念体系”，一个是“一组已经定下的价值决定”。这对预设织进的是制度的**结构**一项：整套规范怎样搭成一个体系，每一条放在哪一层、归哪一类、和谁相邻。上一章的先例织的是次序，这一章的教义学织的是结构；两样合起来，法学的场就有了骨架。

◆ 三、意义预设

这是本书的读法，不是事实。法教义学押在**自由**上：自由●，幸福◐，创造○。体系的好处是平等与可预期，同样的问题无论落到哪个法官手里，都走同样的检视顺序，得出可以复查的结论。评价法学把一部分权重挪给了幸福与创造：幸福

●，自由◐，创造◐。它承认体系有漏洞，承认法官要填，并且要求填的时候问一问立法者到底在保护什么。

国家实践要分开读。德国是教义学最发达的地方，法学教育的核心训练就是“请求权基础”的检视：先问原告凭哪一条要求被告给什么，再按固定次序逐一检查要件。厚厚的注释书逐条整理判决和学说，法官、律师、教授人手一套。中国近二十年也大量引入法教义学的说法和方法，民法典通过之后（下编第 114 章），教义学的整理工作更多了；它和社科法学之间的争论，留到第 57 章。日本自明治时期起大规模继受德国法学，教义学的方法也一同进来，在本土怎样运作，留到第 55 章。同样一套体系思维，在不同的国家搭出的结构并不一样高，这一点第十二编再对照。

◆ 四、走的路

法教义学走的是 S→D→E。先有体系（S）：概念、类别、上下位关系都已经排好。然后是一条固定的推理之路（D）：找到可能适用的规范，拆出要件，把案件事实一项一项装进要件，这一步法学里叫“涵摄”。最后才轮到案件里那团缠结（E），它只以“事实”的身份出场，被拆开、装进格子里。何会计看那张高速费单据，先问的不是“这趟出差辛不辛苦”，而是“它属于哪一类费用”。

用德国法学课堂上的检视顺序来走一遍，会更清楚。第一问：谁，凭什么，向谁，要什么？小范，凭报销制度，向公司，要一笔高速费。第二问：哪一条可能是他的依据？第四章“交通费”。第三问：这一条有哪些要件？因公出差、实际发生、与到达出差地点相关、有合规票据。第四问：本案事实是否一一满足？出差是因公的，费用是实际交的，路是去机场的，票据是通行费发票。四问走完，结论出来，任何一个会计照着走，都会走到同一个地方。这条路的长处是可以复查，短处是它只认得已经写进格子里的东西。

这条路的历史源头，是第 18 章讲过的概念法学：从概念推出判决，好像法学是一门几何。第 25 章讲过，赫克等人的利益法学批评它：法律概念背后是利益冲突和立法者对利益的取舍，不懂利益，概念推不出好判决。二战以后，德国学界在

利益法学的基础上又往前走了一步，把“利益”换成“评价”，形成通常所说的评价法学。拉伦茨 1960 年初版的《法学方法论》，是这一路最通行的教科书；卡纳里斯 1969 年的《法学中的体系思维与体系概念》，把体系重新说成价值的统一和秩序，而不是概念的金字塔。

评价法学走的是 S→E→D。先有立法者的价值决定（S），再看本案里各方的利益处境是什么样子、哪些条件缠在一起（E），最后才排推理（D）：这个处境与立法者已经评价过的哪种处境相同，相同就类推；表面上被规范覆盖、其实不在立法者的评价之内，就“目的性限缩”，把规范收窄。何会计的“参照”，在评价法学看来，不是因为高速费在字面上像停车费，而是因为公司给交通费开口子的那个理由（让人能到达出差地点），同样适用于高速费。

两条路走下来，体系就长高了。每填一个漏洞，就多一个格子；格子多了，下一个新东西更容易找到相邻的格子；找到了，又多一个格子。体系长高不需要谁下令，只需要每一次判都把答案放回体系里。这是法学的场最明显的一种“自我生长”。

◆ 五、异象

教义学的第一种异象，是体系外头来的新东西。电子发票刚出现时，报销手册里“凭发票报销”这一条突然不够用了：同一张发票可以打印无数次，纸质时代根本不存在这个问题。法律里也一样，新技术、新交易一来，原有的概念格子装不下，比如数据算不算“物”，平台算不算“经营者”（第 59 章）。

还有一种异象来自体系内部：两个格子打架。报销手册规定住宿按城市分档限额，另一节又规定参加客户指定的展会，须住展会指定的酒店。偏偏有一次展会指定的酒店，房价超过了那座城市的限额。照前一条，超出的部分不报；照后一条，不住不行。两条都对，合在一起却让出差的人自掏腰包。法律体系里这种“评价矛盾”很常见：一部法鼓励的事，另一部法却处罚。体系越高，两个格子在某个角落撞上的机会越多。

第二种异象，是体系越长越高，普通人读不懂。三十八页的手册，只有何会计能倒背；小范第一次报销就被退了三回。法律体系也是这样，它的精致是给内行看的，守法人离它越来越远。

第三种异象最重，是体系可以为任何内容服务。德国法学者吕特斯 1968 年出版的《无限制的解释》，研究纳粹时期的私法：法典大体没有改，教义学的手艺也照样精致，可是通过对概括条款和概念的重新解释，一套体系被用来为一个恶的政权办事。这说明体系本身的严密，并不担保体系里装的东西是对的。这一层与第 31 章的拉德布鲁赫公式接得上。

◆ 六、吸收还是分叉

教义学对第一种异象的标准处理，是**改名**：把它叫作“法律漏洞”，而且是“违反计划的不圆满”，意思是立法者本来想管，只是没想到。异象一旦有了这个名字，就从“体系接不住的东西”变成了“体系里等着填的空格”。填进去，体系更完整，起点不动。

对第二种异象，常见的处理是**免检**：这不是教义学的问题，是法学教育和法律服务的问题；体系本来就是给专业人士用的，普通人请律师即可。

对第三种异象，处理多是**先验**：“法秩序的统一性”被当作前提，体系按定义是没有矛盾的；一旦发现矛盾，那只是解释还没做到家。吕特斯揭出的事实，在教义学内部更多被读成“当年的解释方法用错了”，而不是“体系思维本身有缺口”。

两个格子打架的那种异象，体系另有一套现成的办法：上位的优于下位的，特别的优于一般的，新的优于旧的。展会那一条比住宿限额那一条“特别”，于是展会那一条胜出，超出的房费照报。这几条冲突规则本身是次序，用来保住结构不出矛盾。矛盾没有被正面拿出来问“当初两条各自在保护什么”，而是被次序按定义消化掉了。结构与次序在这里互相垫着，法学的场就是这样越搭越稳的。

分叉在这一章里很清楚：从概念法学到利益法学，再到评价法学，每一次都是异象撑开的新学派。可是每一次分叉，都没有拆掉体系，而是换一种说法继续搭它。概念法学的格子，利益法学说是利益，评价法学说是价值，格子还在原处。德国最通行的民法注释书，原先以一位纳粹时期参与司法事务的人物命名，2021 年出版社宣布更名，此后各版改以新任主编的名字发行。书名改了，书里那套结构一条也没动。学派换了，结构照样跟着往上长，这正是判词二所说的制度依赖在“结构”这一格的样子；条款二（b）若要推翻它，得找出一个体系，学派一换，结构也跟着拆了重搭。

◆ 七、它看对了什么

法教义学看对了一件实在的事：法要能被复查。何会计写下“参照 4.3.2”，下一个会计就能照着办，审计来了也能查明白。没有体系，每个案子都靠法官当场想，同样的事就会得到不同的结果，平等和可预期都无从谈起。

评价法学看对了另一件事：格子背后是取舍。高速费能报，不是因为它和停车费在字面上像，而是因为公司当初给交通费开口子的理由同样覆盖它。看见理由，填漏洞才有方向；看不见理由，体系只会靠字面相似乱长。

两派还一起接上了第 28 章韦伯说的“形式合理性”：法律之所以能被陌生人信任，是因为它按一套公开的、可计算的规矩运转，而不是看判的人是谁。体系就是这种可计算性的仓库。一个从外地来的商人不认识任何法官，他敢在这里签合同，靠的正是这座仓库。

它们一起漏掉的，是体系长高的动力从哪里来。每一个新格子，都是被一个装不下的新东西逼出来的，可是在教义学的说法里，新东西只是“待填的空格”，体系才是主角。如果反过来，把那一张张装不下的单据当作体系的老师，体系就不只是长高，还会长出新的形状。这一点第 65 章再讲。

带走的话

①法教义学把法织成结构：每一条规范放在哪一层、归哪一类、和谁相邻。

②体系是被一个个新东西逼着长高的；每填一个漏洞，就多一个格子。

③教义学用“法律漏洞”改名异象，用“法秩序统一”先验地取消矛盾；体系的严密不担保里面装的是对的。

④从概念法学到利益法学再到评价法学，学派换了三次，体系一直在原处往上长。

小账 本章动用：出生证、S→D→E 与 S→E→D、涵摄、类推、异象、改名、免检、先验、分叉、制度依赖之“结构”、条款二（b）。

锁定记录：法教义学锁在“一个整理好的概念体系”，评价法学锁在“一组定下的价值决定”；三次分叉都没有拆掉体系本身。

第 49 章

阿列克西与比例原则

> 这一章的问题：两样都对的东西撞在一起，只能拿一样的时候，法官的“掂量”能不能有一套别人看得懂、查得了的规矩？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一所中学上学期期末考试，监考老师在一个学生的矿泉水瓶上发现了门道：瓶身的包装纸被撕下来，背面用极细的笔抄满了公式，再贴回去。教务处的邵主任很恼火，这学期一开学就出了新规：考场内一律不得携带任何物品，包括水杯、水瓶，违者按作弊处理。

七月初的期末考试，教学楼还没装空调，一场数学考两个钟头，一天考三场。第一天下午，初二有个叫小宁的女生脸色发白，监考老师一问，她有点低血糖，平时都在书包里放一瓶甜饮料，今天按规定没带。老师扶她出去喝了水，她回来时少了二十分钟。

家长们在接孩子的校门口议论开了。有人说，防作弊是应该的，规矩就是规矩；有人说，为了防一个瓶子上的小抄，让几百个孩子在三十多度的教室里一天六个钟头不喝水，这账算得不对。还有一位做医生的家长说得最具体：你们要防的是瓶身上写字，那就统一发撕掉包装的透明水瓶，或者让学生把水放在讲台上，要喝举手，何必连水都不让喝？

这位家长其实已经在走一套完整的审查。第一问，学校要达到的目的正当吗？防作弊，正当。第二问，不许带水，能不能帮着达到这个目的？能，至少堵住了瓶身小抄。第三问，有没有同样管用、但损害更小的办法？有：透明瓶、放讲台。第四问，就算没有更好的办法，为了这个目的付出的代价和得到的好处相称吗？几百个孩子的健康与专注，换一种作弊手法的消失，不相称。这四问，就是法学里说的

比例原则。邵主任听了也有话说：透明瓶要采购，放讲台要多派人看着，学校人手就这么多；何况作弊的人总会想出新招，堵一种是一种。他的话也不是没道理。比例原则并不替谁站队，它只要求两边把理由都摆到同一张桌子上，按同一个次序说完。

◆ 二、学派的出生证

这一派的主角是法官，特别是宪法法院的法官：坐在两个都受保护的东西中间、必须说出谁让谁、让多少的那个人。为了看清它的起点，表里放上它最有名的批评者作对照。

	阿列克西（原则理论）	权衡的批评者（以哈贝马斯为代表）
主角	宪法法院法官	宪法法院法官
主体预设	法官是理性论证的参与者，论证有规则可循，结论可以被讲理地检验	法官是在法律商谈里给出理由的人，不该充当价值的掂量者
客体预设	法由规则与原则两种规范组成；原则是“最优化命令”，要在事实和法律允许的范围内尽可能实现	权利是规范，只有对与不对，不是可以多给一点、少给一点的价值
推出的互动内容	原则冲突用权衡解决；比例原则的三个子原则；“权衡法则”与“重量公式”	权利优先于集体目标；反对把权利放上秤

阿列克西起点的S，是“一组彼此可能冲突、都要尽量实现的原则”。这对预设织进的，首先是制度的**次序**一项：目的正当、适合、必要、狭义比例，四步有固定的先后，前一步不过，后一步不用走。其次是**结构**：每一次权衡的结果，都被写成一条“在这些条件下，甲原则优先于乙原则”的规则，放回体系里，成为后案的起点。

◆ 三、意义预设

这是本书的读法，不是事实。阿列克西押在**幸福**上：幸福●，自由◐，创造○。权衡的目标是让各方受到的损害最小、得到的满足最大，这是一种对整体福祉的计算；自由排在第二，因为基本权利是被权衡的主要对象，受到认真对待，但不是不可动摇的王牌；创造最低，权衡是在已有原则之间分配分量，不生出新的原则。批评者押在**自由**上：自由●，幸福◐，创造○。权利之所以是权利，就在于它不随着收益的多少而增减。

国家实践要分开读。比例原则最早的根，常被追溯到十九世纪普鲁士高等行政法院限制警察权的一批判决。二战后它被德国联邦宪法法院用成了基本权利审查的主轴，1958 年的药店判决讨论职业自由，就把对职业的限制分成几级，越严重的限制需要越重要的理由。此后它传到欧洲人权法院、欧盟法院，传到加拿大（1986 年的奥克斯案定出一套相近的审查步骤）、以色列、南非和许多新的宪法法院，被不少比较宪法学者看作各国宪法审查共用的一套做法。中国的行政法学界讨论比例原则多年，也有法院在行政判决里用到它的思路，学界常举的一例，是最高人民法院 1999 年终审的汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局案。美国联邦最高法院没有采用这套通用语法，而是按权利种类分级审查，严格审查、中度审查、合理性审查，各有门槛，这是另一种次序。

◆ 四、走的路

阿列克西走的是 S→E→D。先有一组原则（S）：考试的公平，学生的健康，学生的人格尊严，学校的管理权。再看本案中这些原则各自被影响到什么程度（E）：瓶身小抄发生过一次，影响的是考试公平；一天六个钟头不喝水，影响的是几百人的健康与专注。最后才排出一条推理的路（D）：四步审查，逐步走完，得出“在这些条件下，健康优先于这一种防作弊手段”。

阿列克西 1945 年生，长期在德国基尔大学任教。他在 1978 年的《法律论证理论》里，先回答法官的推理凭什么算理性：法律论证是一般实践论证的一种特殊情

形，要遵守讲理的规则，比如前后一致、愿意把同样的理由用于同样的情形、愿意接受反驳。1985 年的《基本权利论》，把基本权利说成原则，原则之间的冲突不像规则冲突那样一条宣布另一条无效，而是在个案里比出谁的分量更重。他还有另一半工作，第 31 章已经提过：1992 年他写书接过拉德布鲁赫公式，主张法在概念上就带着一个“要正确”的要求，极端不正义的规定因此失去法的资格。两半合起来看，他的起点是同一个：法官的每一步都要说得出理由，而理由要经得起讲理的人追问。权衡是这个起点在宪法审查里的用法。

这本书里最常被引用的，是一条“权衡法则”，大意是：一个原则不被满足或受损的程度越高，另一个原则被满足的重要性就必须越大。2003 年前后，他又把这条法则写成一个“重量公式”：给每个原则受影响的程度打一个“轻、中、重”的刻度，再考虑各自抽象的分量和事实判断的可靠程度，比出谁大谁小。公式不是让法官拿计算器判案，而是要把法官掂量时用到的每一个因素都摆到桌面上，别人可以逐项去争：你说健康受损是“重”，凭什么？你说防作弊的收益是“中”，凭什么？

拿考场来试一次。不许带水，对健康的影响，家长们会说是“重”：高温、长时间、几百人；学校会说是“中”：渴了可以举手出去喝。对考试公平的好处，学校会说是“重”：作弊会毁掉整场考试的信用；家长会说是“轻”：瓶身小抄只是许多作弊手法中的一种，堵了这一种，别的照样有。再加上一个可靠程度：不许带水到底能减少多少作弊，谁也没有数据，只是推测。公式算不出唯一的答案，可它把争论从“你们不懂管理”“你们不心疼孩子”拉回到四个可以逐项讨论的格子里。

这条路最要紧的一步在最后：权衡的结果不是一次性的。阿列克西说，一次权衡定下的“条件优先关系”，就是一条规则：在某某条件下，甲优先于乙。下次遇到同样的条件，法官不必重新掂量，照这条规则判。权衡于是变成了先例，变成了体系里的新格子。上两章讲的次序和结构，在这里汇到了一处。

◆ 五、异象

比例原则的第一个异象，叫“不可通约”。秤的两头放的东西，单位不一样。几百个孩子多喝几口水，和一种作弊手法被堵住，没有一把共同的尺子；健康和公平，生命和自由，说“哪个更重”的时候，到底是拿什么在比?

与不可通约连在一起的，是事实上的不确定。比例原则的第二、三步都要回答事实问题：这个办法真的有用吗？那个更轻的办法真的一样有用吗？透明水瓶能不能防住别的夹带方式，没有人做过试验；学校说“不能”，家长说“能”，法官在这里并不比双方更懂。阿列克西在重量公式里给事实判断的可靠程度留了一个位置，可是这个位置本身也要靠估计。许多案子最后是在第三步，而不是在第四步定下来的，因为第四步太难，法官宁可在“有没有更轻的办法”上找出路。批评者说，所谓权衡，常常只是法官把自己的直觉换上了一个数学的外衣。

第二个异象，是有些东西好像根本不能上秤。德国基本法第一条说人的尊严不可侵犯。2006 年德国联邦宪法法院审查航空安全法里授权击落被劫持客机的条款，认定把机上无辜乘客当作拯救他人的手段，与人的尊严不合（下编第 98 章专讲这一案）。在这里，“牺牲少数、保全多数”的权衡被整个拒之门外。

第三个异象，是权衡把权利变软了。希腊学者察基拉基斯 2009 年发表的一篇文章，题目就在问比例原则是不是对人权的一次袭击。他的意思是：一旦什么都能权衡，权利就从“不许碰”变成了“看情况”，只要对面的理由够重，什么都可以让。

◆ 六、吸收还是分叉

对不可通约，阿列克西的处理是**改名**：把它改称为一个刻度问题。不同单位的东西没法直接比，那就不比它们本身，而比它们“受影响的程度”，轻、中、重，各给一个数。异象变成了公式里的一个参数，起点“原则都可以权衡”不动。

对尊严，常见的处理是**先验**：德国基本法第十九条规定，基本权利的本质内容在任何情况下都不得侵犯。某些东西按定义就在秤外。阿列克西自己的处理稍有不同：他把尊严的规定拆成两层，作为规则的那一层不权衡，作为原则的那一层照样参与权衡。这一拆，尊严的异象就被安顿在体系里一个专门的格子中，原则理论的起点还是不动。

对“权利变软”，实务中常用的处理是**免检**：在第四步之前，法院会说某些领域属于立法者的“判断余地”，法院只看明显越界的情形。这样，最难掂量的那部分被交出去，秤只用在好称的地方。

分叉也有。哈贝马斯 1992 年的《事实性与有效性》，批评权衡缺少理性的标准，主张权利有义务论的性质，不能和集体目标放在一杆秤上；这是一条分出去的路。美国的分级审查，是在另一块土地上长出的另一种次序。可是分叉之后，比例原则在各国宪法法院里照样每天被用，四步的次序照样每天被走；学派之争留在书里，次序已经织进了判决书的格式。

◆ 七、它看对了什么

比例原则看对了一件事：大多数真实的冲突，不是对与错的冲突，而是两样对的东西不能同时都要。防作弊对，让孩子喝水也对。说“规矩就是规矩”，等于假装没有冲突；说“孩子最重要”，等于假装另一样不存在。四步审查逼着人把两样都摆出来。

阿列克西看对了另一件事：掂量也可以有规矩。那位医生家长的四问，任何一位家长都能跟着走，邵主任也能逐条回应；回应不了第三问，新规就站不住。规矩不能保证答案唯一，但能保证每一步都说出理由，让人可以争。

还有一件它做成了的事：让不同国家、不同传统的法院有了一套能互相听懂的话。一个加拿大法官读一份德国判决，一个南非法官读一份以色列判决，四步一摆，各自在哪一步怎么想的，一目了然。在一个权利冲突越来越多、越来越跨国的时代，这种共同的格式本身就是一种成就。

它漏掉的，是秤上那些东西从哪里来。原则被当作事先给定的一组 S，孩子们在教室里的真实处境只是用来定刻度的材料。可是透明水瓶这个办法，不是从任何原则里推出来的，是那位家长看着具体的孩子、具体的瓶子想出来的。好的出路往往不在秤上，而在把秤上的两样东西重新缠一遍的地方。这一点第 63 章再接着讲。

带走的话

①比例原则把权衡织成次序：目的、适合、必要、相称，四步有先后。
②每一次权衡的结果，都会变成“在这些条件下谁优先”的规则，放回体系，成为后案的起点。
③不可通约被改名为刻度，尊严被先验地放到秤外，难称的部分被免检交给立法者；起点“原则都可以权衡”没有动。
④掂量可以有规矩，但好的出路常常不在秤上，而在重新看一遍案子的时候。

小账 本章动用：出生证、S→E→D、意义权重、异象、改名、先验、免检、分叉、制度依赖之“次序”与“结构”。
锁定记录：阿列克西锁在“一组可以权衡的原则”；四步审查的次序与条件优先关系一起被织进各国宪法判决的格式。

第 50 章

违宪审查：谁来看守守门人

> 这一章的问题：一群没有经过选举的法官，凭什么推翻多数人通过的法律？如果他们判错了，又由谁来管他们？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一所大学的学生代表大会，每年春季开一次。今年的议题里有一条，是本院学生会提出来的：期末考试周的两个星期里，图书馆三楼的自习区只对本学院学生开放，凭学生证刷卡进入。理由是本院大四考研的人多，每到期末，自习座位被外院学生占满，本院同学一早排队也抢不到。表决结果，赞成六十一票，反对十九票，通过。

外院的小覃是大二学生，他每天在三楼自习。新规一贴出来，他去找了学校的“学生组织规章审查小组”。这个小组是学校几年前设的，由教务处、校团委各一位老师，法学院一位老师，再加两名学生代表组成，专门看学生组织的决议是否符合学校的《学生自治组织章程》。章程里有一条，大意是：学生组织的决议，不得限制全体学生平等使用学校的公共学习资源。

审查小组开了两次会，认定这条决议与章程冲突，予以撤销。

学生会主席小郭很不服气。他说：我们是全院同学一票一票选出来的，代表大会是八十个代表一票一票表决的，你们五个人，有三位还是老师，凭什么推翻八十个人的决定？小覃说：章程是全校学生都要守的，代表大会也得守；不然多数人想排挤谁就排挤谁。旁听的一位老师又问了一句更难的：要是审查小组哪天自己判错了，比如把一条明明合章程的决议撤了，谁来管审查小组？

这三句话，就是违宪审查这门学问的三个老问题：凭什么审，审了是不是不民主，审的人错了怎么办。

◆ 二、学派的出生证

这一章的主角是法官：手里握着“这条法律违宪，不予适用”或“宣告无效”这一权力的人。各家的分歧，在于把这把钥匙放在谁手里，以及该用多大的力气。

	分散审查（美国式）	集中审查（凯尔森式）	反对强审查（塞耶到沃尔德伦一路）
主角	每一位普通法院法官	专门的宪法法院法官	法官（被要求克制）
主体预设	法官是在普通案件里适用法律的人，遇到法律与宪法冲突，只能先适用宪法	普通法官不该握有废法之权；需要一个专门机关，其成员由议会参与产生	法官和议员一样会错，又未经选举；公民有平等参与定规矩的权利
客体预设	宪法是可以在诉讼中直接适用的最高的法	法律秩序是层层授权的规范等级，宪法在上；违宪的法律需要一个机关来废止	权利的内容本身就是讲理的人会有分歧的事，宪法条文不能自动作答
推出的互动内容	附带审查；最终由最高法院统一	抽象审查；判决有普遍效力；宪法法院是“消极的立法者”	只纠正明显的错误；或只宣告不一致，把最后决定交回议会

三家起点的 S，都是“宪法在上、法律在下”这一个等级，分歧在谁来守这个等级。这对预设织进的是制度的**次序**（谁上谁下）和**连接**（法院与立法机关之间谁对谁负责）。本章与政治学卷（第 360 号）只在一处接口：法院怎么判。政体怎样分权、宪政之争的来龙去脉，政治学卷已经写过，这里不重写。

◆ 三、意义预设

这是本书的读法，不是事实。分散审查和集中审查都押在**自由**上：自由●，幸福◐，创造◐。它们守护的首先是个人和少数不被多数吞掉的自由；创造也分到一些，因为宪法条文简短，法院在审查中不断说出它的新含义。反对强审查的一派同

样押在**自由**上，但押的是另一种自由，公民一起定规矩的自由：自由●，创造◐，幸福○。它们不是不重视权利，而是认为权利的分歧应当由大家吵、大家定，而不是由几位法官定。

国家实践要分开读，并且只描述。美国是分散审查的典型。德国 1951 年设立联邦宪法法院，奥地利、意大利、西班牙以及中东欧许多国家采集中审查。法国的宪法委员会 1958 年设立，长期只在法律公布前审查，2008 年修宪引入“违宪先决问题”，2010 年起当事人可以在诉讼中提出（下编第 101 章）。英国奉行议会主权，1998 年人权法只让法院宣告某条法律与公约权利不一致，改不改由议会决定（下编第 90 章）。加拿大宪章第三十三条允许议会在一定期限内明示排除部分权利条款的审查。中国由全国人大及其常委会监督宪法的实施，2018 年设立宪法和法律委员会，推进合宪性审查与备案审查（下编第 112 章）。这些安排怎样在各国长成，第十二编再对照。

◆ 四、走的路

先接上第 13 章。孟德斯鸠要法官只做宣读法律的那张嘴，不去调整法律的轻重；违宪审查走到了这句话的另一头：法官不只读法律，还要拿宪法去审法律。同一个“分权”的起点，在这里长出了一种握着否决之笔的法官。

分散审查走的是 S→D→E。起点是宪法至上（S）。1803 年马伯里诉麦迪逊案里，马歇尔首席大法官的推理是一条直路（D）：成文宪法是最高的法；与宪法相抵触的法律不是有效的法；说明什么是法律，是法院的本职；所以法院在案件中遇到这种冲突，只能适用宪法。案件本身的缠结（E），一份迟迟没送达的委任状，只是这条推理的起点，判决最后并没有让马伯里拿到委任状，却让法院拿到了审查权。

集中审查也走 S→D→E，起点是规范的等级（第 29 章讲过凯尔森的规范金字塔）。凯尔森参与起草了 1920 年的奥地利宪法，设立了专门的宪法法院。他的推理是：宪法规定法律怎样产生，违反宪法的法律在等级上站不住，需要一个机关来宣布它失效；这个机关做的事，等于“消极地立法”，所以不该交给每一个普通法

官。1931 年，施米特发表《宪法的守护者》，主张守护宪法的应当是帝国总统，而不是法院；凯尔森同年撰文反驳，追问到底谁应当是宪法的守护者。这场争论第 30 章从施米特一面讲过，本章只记下凯尔森的回答：守护宪法是法律问题，要交给一个按法律程序工作的机关。

法国走出了第三种样子。宪法委员会设立之初，主要用来看住议会不越出宪法划给它的立法范围。1971 年 7 月，它审查一部限制结社的法律，把 1958 年宪法序言所援引的 1789 年《人权宣言》和 1946 年宪法序言当作有宪法效力的依据，据此宣告这部法律的相关条款不合宪。一个机关用一次判决扩大了自己守护的范围，这一判本身就织进了次序：此后法国的合宪审查，都在这片扩大了的范围里进行。

反对强审查的一派，路是从异象倒走回来的。1893 年，美国学者塞耶提出，法院只应在立法者犯了明显到无可争辩的错误时才推翻法律。1962 年，比克尔在《最小危险的部门》里，把这门学问的难处起了一个名字，叫“反多数难题”：法院推翻一条法律，就是让少数几个人否定了民选代表的决定。1980 年，伊利在《民主与不信任》里给出一条中间路：法院不该替人民决定哪些价值更重要，而应守住民主过程本身，比如保护投票权，保护那些在政治过程中被系统地排除在外的少数。2006 年，沃尔德伦发表文章，在一个民主运转正常、权利普遍受到尊重的社会里，系统地论证反对强形式的司法审查。

◆ 五、异象

违宪审查的第一个异象，就是小郭的那句话：五个人凭什么推翻八十个人。审查越成功，这个问题越尖锐。

第二个异象，是守门人自己判错了。1905 年，美国联邦最高法院在洛克纳案里，以保护契约自由为由，推翻了纽约州限制面包房工人工作时间的法律。此后三十多年，法院多次以同样的理由推翻劳动和社会立法，直到 1937 年的西海岸旅馆案才转向。回头看，法院当年守的并不是宪法本身，而是一个学派（放任的契约自由观）对宪法的读法；它把这个学派的预设，借着违宪审查的权力，写进了宪法的次序里。旁听老师问的那句话，在这里不是假设。

追问“谁来看守守门人”，还会碰到一个无穷倒退：再设一层机关来审宪法法院，就要再问谁来审这一层。总得在某一层停下来。大学里，审查小组之上也许还有校长办公会，校长办公会之上还有教育主管部门；国家里，停在哪一层，由各国的宪法定。停下的那一层，就是次序里最硬的一格：它判错了，只能靠修宪、靠它自己日后推翻、或者靠换人来纠正，而这几样都慢。

第三个异象，是“宪法说了什么”本身就有争议。审查小组认定“平等使用公共学习资源”排斥按学院分区，小郭可以说：本院学生也是全体学生的一部分，期末周照顾考研的同学，正是为了让大家平等地有座位。条文没变，读法可以有两种；选哪一种，又回到前面几章：文本、目的、先例、体系、权衡。

◆ 六、吸收还是分叉

对反多数难题，审查派最常见的处理是**先验**：宪法本身就是人民制定的、更高一级的多数意志，法院推翻法律，不是少数压多数，而是以人民的长远意志约束人民一时的意志。按这个定义，反多数难题从一开始就不存在。马歇尔的推理也有这个味道：成文宪法若不能约束立法，就不成其为宪法，所以审查按定义成立。

第二种处理是**免检**：美国法院有“政治问题”的说法，某些问题属于政治部门的事，法院不审。最难判、最容易显得不民主的那部分被交出去，审查只用在法院说得清的地方。

第三种处理是**改名**：法院在审查中说出的新含义，被称为“解释”而不是“造法”。洛克纳时期的错误，后来多被说成“当年的解释错了”，审查权本身的起点没动。

分叉是有的，而且很清楚。凯尔森的集中审查，是从美国式审查分出的一支，把钥匙从每个法官手里收到一个专门法院。英国人权法的“不一致宣告”和加拿大的第三十三条，是被称为“弱形式审查”的一支，钥匙交给法院，锁却留在议会。这些分叉都写进了宪法或法律，成了次序的一部分：一国一旦定下钥匙放在哪里，后来的法官换了想法，也只能在这个次序里判。这是判词二在这一章的样子。

还有一支在美国学界：克雷默 2004 年出版《人民自己》，主张宪法的最终解释者应当是人民，而不是法院，被称为“人民宪政主义”。它在书里分了叉，在判决书里却很少留下痕迹，因为判决书的格式本来就是法院在说话。这一点很能说明制度依赖：学派可以在书里换，判的那个位置不换。

◆ 七、它看对了什么

违宪审查看对了一件事：多数也会犯错，尤其会对少数犯错。小覃在八十个代表里没有一个替他说话的人，没有一个能说“章程也管你们”的机关，期末那两个星期他就只能另找地方。规矩要有一个比多数更高的层级，这个层级还要有人守。

反对强审查的一派看对了另一件事：守的人也是人。五个人推翻八十个人，需要给出比八十个人更好的理由，而且要有办法让他们的错被纠正。弱形式审查、宪法修改、判例的推翻，都是给守门人留的门。伊利那条中间路也值得记下：法院最站得住的时候，不是替多数决定什么是好，而是保证每个人都还能进到决定的那间屋子里。小覃要的，其实也只是这个：不是一定要赢，而是不被一张学生证挡在门外。

它们一起漏掉的，是那个三楼的自习区本身。座位不够，是真问题；考研的同学要座位，是真需要；外院的同学也要座位，同样是真需要。审查小组撤销决议，解决了“谁有权定”，没有解决“座位怎么分”。如果审查只问上下次序，不问缠在一起的那些条件，被撤销的决议下学期还会以另一种样子回来。第 63 章会把“判”与“服”放在一起讲：一个判决之所以被服，不只因为判的人在上面，还因为它接住了缠在一起的那些事。

带走的话

①违宪审查把“宪法在上、法律在下”织成次序，又把法院和立法机关之间谁对谁负责织成连接。

②美国式把钥匙交给每个法官，凯尔森式把钥匙收进一个专门法院，弱形式把钥匙交给法院、把锁留给议会。

③反多数难题常被先验地取消（宪法是更高的民意），难审的部分被免检（政治问题），守门人的错误被改名（解释错了）。

④守门人也会把一个学派的预设写进宪法的次序，洛克纳时期就是一例。

小账 本章动用：出生证、S→D→E、意义权重、异象、先验、免检、改名、分叉、制度依赖之“次序”与“连接”；与政治学卷只在“法院怎么判”处接口。

锁定记录：三家都锁在“宪法在上”这一个等级上，分歧只在钥匙放在谁手里；各国定下钥匙的位置后，后来的学派只能在这个次序里判。

第 十 二 编

国家法律实践：意义权重的另一张表

编　序

第十二编看几个国家的实践，另放一张意义权重的表。第 51 章先讲理论与实践为什么要分开读，再逐国读过去：美国、英国、德国与法国、日本，最后是中国的实践与中国的法学。

本编各章：

· 第 51 章　理论与实践为什么要分开读
· 第 52 章　美国：普通法、宪法审查与“法院说了算”
· 第 53 章　英国：议会主权、普通法与人权法之后
· 第 54 章　德国与法国：法典、宪法法院与“违宪先决问题”
· 第 55 章　日本：继受的法与本土的运作
· 第 56 章　中国（实践）：从“有法可依”到“全面依法治国”，再到民法典
· 第 57 章　中国（法学）：三次继受与一次内部之争

第 51 章

理论与实践为什么要分开读

> 这一章的问题：一个国家的法院和立法机关实际怎样判、怎样立，能不能直接拿它的教科书里写的学派来解释？

◆ 一、日常主例

先交代，下面是我构想的场景。

一所驾校的教练姓蒋，教了十几年车。学员小樊考科目二之前，蒋教练教的是一套“标准动作”：上车先调座椅、后视镜，系安全带；起步打左灯，回头看一眼；倒车入库看左后视镜里的那条线，线压到车门把手的位置，方向盘打死。每一步都有口诀，小樊背得滚瓜烂熟，一次就考过了。

拿到驾照的第二个月，小樊开车接母亲去医院。早高峰，一个路口的左转车道排到了路中间，前面一辆电动车斜着插进来，后面的车按喇叭。小樊发现，驾校教的每一个动作都还对，可路上真正要紧的东西，驾校几乎没教：什么时候该让，什么时候不能让；交警的手势和信号灯不一致时听谁的；一个老司机按两下喇叭，是催你，还是提醒你后轮压线了。他回去问蒋教练。蒋教练笑了，说：路上的开法，是一群人天天开出来的；驾校的开法，是考场要你会的。两样都是真的，但不是一回事。

这句话里有三层意思。第一，驾校的开法写在教材里，路上的开法写在每天几百万次的会车、让行和鸣笛里。第二，路上的开法并没有推翻驾校的开法，它是在驾校那套动作的外面长出来的，又反过来改了驾校：后来蒋教练给学员加了一节“路口观察”。第三，你不能拿驾校的口诀去解释路上为什么那样开，也不能拿路上的习惯去证明驾校的口诀错了。

本章要做的，就是把这三层意思搬到国家的法律上：学派是驾校，各国的法院、议会和行政机关，是那条每天都在开的路。

◆ 二、为什么要分开读

前面五十章，读的都是学派。每个学派有一张出生证：主角是谁，预设的主体是什么样的人，预设的法是什么东西，再配一组创造、自由、幸福的意义权重。这一组权重，叫**理论的意义预设**，它写在学派的书里，属于学派自己。

一个国家的法律实践不同。它不是一本书，而是几百年里无数判决、立法、行政决定和普通人的守法与不守法，一层一层积起来的。某一时期，它的主流做法把力气押在哪一维，这叫**国家实践的意义选择**。它是被判出来、立出来的，不是被写出来的。

理论与实践要分开读，理由有三条。

一是**来路不同**。学派从一对预设起手，推出裁判规则；国家实践却常常先有一堆不得不判的案子，后有人替这些判决找理由。驾校先有口诀，路上先有车流。

二是**一个国家同时用好几派**。同一个国家的刑法课讲一派，民法课讲另一派，宪法法院的判决书里又引第三派。把一个国家等同于一个学派，就像说全城司机都是蒋教练教出来的。

三是**同一个学派到了不同的国家，会走成不同的样子**。一套从德国出发的概念法学，到了日本，用的是同样的概念，落在一套不同的连接上。第五十五章会细看这件事。

经济学卷与政治学卷已经立过这个分法，本书沿用。沿用是本书的选择，不是法学界的定论。

◆ 三、法学里，这件事有两处特别

法学和经济学、政治学比，分开读还有两处特别的地方，都来自本书的两处法学特殊性。

第一处，**法学必须判**。经济学的理论与国家实践之间，隔着一层“政策”，政策可以等一等；法学没有这层缓冲。案子一来，法官就要用某一种起点给出判决，哪怕他自己说不出是哪一派。于是一国的法律实践里，学派不是被“采用”的，而是被“判出来”的：一千份判决里，某种做法反复出现，后来的法学家才把它认作某派。这让理论与实践在法学里缠得特别紧，也特别容易被读混。

第二处，**法学的依赖是制度依赖**。第七章说过，法学是国家的场：连接、次序、结构。学派的预设一旦被判出来，就织进这张场里：谁和谁之间有法律关系（连接），谁上谁下、谁先谁后（次序），整套规范怎样搭成体系（结构）。所以读一国的法律实践，除了问“意义押在哪一维”，还要问一句：**它的制度依赖主要压在场的哪一项上**。这是本编在经济学卷、政治学卷之外多出来的一问。

◆ 四、一国用的法学，和它走的路

法学里早有一门专门比国与国的学问，叫比较法。这里只带一笔，说清本书的读法和它差在哪里。

比较法最常见的一种分法，是把各国分成“法系”：以判例为主干的普通法系，以法典为主干的大陆法系，再加上别的几支。另一种常用的方法叫“功能比较”：先找一个各国都要面对的问题，比如合同订了一半反悔怎么办，再看各国分别用什么规则去解决，不问规则叫什么名字。还有一种观察叫“法律移植”：一国的法条被另一国整段搬过去，搬过去以后照样能用，说明法律并不总是从本民族的生活里长出来的。艾伦·沃森在1974年的一本书里专门讲过这件事。

这三样都对本书有用，但本书问的不是它们问的。法系分法问“它属于哪一家”；功能比较问“同一个问题，各家怎样解”；法律移植问“搬过来的东西能不能活”。本书问的是另外两件：**一国的法律实践，把意义押在创造、自由、幸福的哪一维；把学派的预设织进了场的哪一项**。驾校的比方里，法系是“你学的是手动挡还是自动挡”，功能比较是“同一个路口，各地怎样让行”，本书问的是“这座城的司机，最看重快、看重让，还是看重稳；他们的习惯，主要长在路口的先后、车道的上下，还是整张路网的布局上”。

所以后面几章，每个国家也填一张出生证，格式与上编相同：主角是谁，预设的主体是什么样的人，预设的法是什么东西，推出了什么互动。不同的是，国家的出生证不是哪位学者签的字，是几百年里判出来、立出来的，我们只是替它照着已经显露出来的样子填上。填错了，是本书的错，不是那个国家的。

◆ 五、各学派意义重心的粗读表

下面这张表，把前面各章“意义预设”一节读到的重心压成一行，每一格都照该章写下的标法抄来，不另作读法。●表示居中，◐表示居次或兼顾，○表示不在中心或被请在外面；一行里合了两家的，用斜杠分开，前后对应读法栏里的先后；括号注出与本行主读不同的那一位。**这是本书的读法，不是事实，也不是给学派打分**；每一行都只是一个路标，细处以各章为准。

学派（章）	创造	自由	幸福	一句话的读法
柏拉图与亚里士多德（8）	◐／○	○／◐	●	都押城邦里的好生活；柏拉图带一点立法设计，亚里士多德给公民自由一个位置
罗马法学家（9）	○	●	◐	家父在自己的物上说了算，公道与善良居次
法家（10）	◐	○	◐	变法的创造只许出自君主；幸福是国家富强与以刑去刑后的安定
儒家礼法（11）	○	○	●	一家一族一乡安定、人伦和顺
自然法，阿奎那到格劳秀斯（12）	○	◐	●	按本性的善过日子，权利渐次出场

学派（章）	创造	自由	幸福	一句话的读法
霍布斯、洛克、孟德斯鸠（13）	○（洛克◐）	●（霍布斯○）	◐（霍布斯●）	因人而异：霍布斯押活下去、过安稳，洛克与孟德斯鸠押自由
康德的法权论（14）	○	●	○	外在自由的共存，幸福被请出法
注释法学派（15）	○	◐	◐	人人在同一部法律面前，同样的事各地判得一样
历史法学派（16）	○	◐	●	民族的生活接着顺下去
边沁与奥斯丁（17）	◐（奥斯丁○）	◐（奥斯丁○）	●（奥斯丁◐）	最大幸福是尺子；奥斯丁更收敛
概念法学（18）	◐	●	○	结果可预见、意思自治；创造只给构造概念的法学家
耶林与目的法学（19）	◐	●	◐	为权利而斗争，后期加重社会生活的条件
报应论（20）	○	●	○	把人当作能为自己选择负责的人
预防论、刑事实证学派、新派、社会防卫论（20—22、24）	○（预防论◐）	◐（实证学派○）	●	社会安全居中
恢复性司法（24）	◐	◐	●	关系修复，两边都过得下去
三阶层／四要件（23）	○	●／◐	◐／●	三阶层先问法律写没写，四要件先问社会危害

学派（章）	创造	自由	幸福	一句话的读法
利益法学与庞德（25、27）	○	◐	●	利益的平衡与社会工程
自由法运动（25）	●	◐	◐	法官在案子面前找出、甚至造出法
两种现实主义（26）	◐（北欧○）	◐（北欧○）	●	判决落到社会上的后果
埃利希／韦伯（28）	◐／○	○／●	●／○	埃利希押活法里的和平，韦伯押算得出后果的自由
凯尔森（29）	◐	●	○	自称不作价值判断，起点里押着民主与宽容
施米特（30）	●	○	◐	决断造出秩序（暗处照实读）
拉德布鲁赫（31）	○	●	◐	三者并立，到极端处人的尊严居前
马克思主义法学（32）	◐	○	●	大多数人的解放；形式自由不在中心
哈特与拉兹（33、36）	○	●	◐	道德判断不交给法律定义；自主；生存的最低内容
富勒与德沃金（34、35）	◐	●	○	把人当作负责的行动者；权利是王牌
菲尼斯（36）	○	◐	●	几种基本善居中
法经济学（37—39）	○	◐	●（波斯纳◐）	福利或财富的最大化

学派（章）	创造	自由	幸福	一句话的读法
侵权与合同各支（40）	○	●／◐	◐／●	矫正正义与意思自治押自由，损失分散押幸福
卢曼（41）	○	◐	●	系统只认自己的代码；读法以第41章为准
批判法学与身份法学（42、43）	◐	●	○（女性主义◐）	解放与平等
福柯（44）	○	●	○	揭出法律之外那套规训
原旨主义／活宪法（45）	○／●	●／◐	◐	一个守住当年的字，一个让宪法跟着长
文本主义／目的解释（46）	○／◐	●／◐	◐／●	一个要事先读得懂，一个要把事办成
遵循先例（47）	○	●	◐	事先知道法院会怎么判，同案同判
法教义学／评价法学（48）	○／◐	●／◐	◐／●	体系的可预期；评价法学把分量挪向幸福
阿列克西（49）	○	◐	●	权衡让各方损害最小
违宪审查（50）	◐	●	◐	护住个人与少数不被多数吞掉

表里有三件事值得看一眼。其一，押“幸福”和押“自由”的学派大体各占一半，押“创造”居中的只有三支：自由法运动、施米特、活宪法；而且这三支的创造都握在少数人手里，或是法官，或是决断的主权者。法家的创造只算半格，也只许出自君主。创造一维在法学理论里很轻，后面第五十九、六十章还会碰到这件事。其二，自称不押的，其实也押着：凯尔森、韦伯都说自己不作价值判断，各章

仍读出他们押在自由上；卢曼说系统只认自己的代码，第四十一章仍读出幸福居中。不押，本身也是一种押法。其三，同一行里常常合并了几位学者，括号和斜杠不是偷懒，是承认一行压不住一个传统。

◆ 六、国家实践怎样读：一维加一项

国家实践不列表，用叙述来读。原因是国家的做法太杂，一压成表格，就会被读成排名。后面各章对每个国家问同样几个问题。

写下来的。 宪法、法典、基本法律把什么放在最前面。这是驾校的教材。

判出来的。 几百年里，法院在哪些疑难案件上反复用同一种起点，形成了什么样的判例与体系。这是路上的车流。

它自己的法学怎么说。 这个国家的法学院教什么，法学家怎样替本国的做法讲理由。这是老司机给新手讲的那套“路上经验”。

三步放在一起，再问两个粗问题：意义主要押在创造、自由、幸福的哪一维；制度依赖主要压在连接、次序、结构的哪一项。答案往往是“一维居前、两维跟着”“一项最重、两项也在”，而且不同时期会换。说“押在”，指的是居前的倾向，不是说另两维不存在。

我们只用结构层面、公开可查的材料：宪法与法典的结构、法院的设置、有影响的判决、几次大的转向。不拿某一年的统计读数给一个国家定性，也不拿个别法官、个别政治人物的言行去代表一个国家。

◆ 七、三种错位

分开读之后，会看到三种错位。

一是条文领先，判决落后。 写在宪法里的权利，在很长一段时间里没有法院去判它。驾校教了礼让行人，路口却没人让。

二是同一套条文，两种判法。 同一部法典，在两个国家，或在同一国家的两个年代，被判成不同的样子。

三是不报学派的名，却走着学派的路。 一位法官可能从没读过某派的书，但他判案的起点与那一派相合。原因不神秘：法官必须判，判多了，就会自己长出一套起点；学派只是后来替它命了名。

遇到这三种情形，本书不判谁对谁错，只问：这一段说的是写下来的、判出来的，还是说出来的？

◆ 八、本编各国章节的规矩

第五十二到五十五章写美国、英国、德国与法国、日本，第五十六、五十七章写中国的实践与中国的法学。它们守同样的规矩。

规矩一，**只写学派与结构**：这个国家的法学传统，法院与立法机关的骨架，几次大的转向，转向时押在哪一维、压在哪一项。

规矩二，**不评价制度，不评在审案件，不写“哪国更好”**。一个国家押在自由上，另一个押在幸福上，各有各的代价与成绩，代价与成绩留给下编逐年去看。

规矩三，**意义权重与“压在哪一项”都是读法，不是判分**。别人可以读成别的，只要讲清依据，那就是另一种读法。

规矩四，**事实能核的核，核不了的不写死**，仍待核实的列进书末附录八。

◆ 九、实践反过来改理论

蒋教练加的那节“路口观察”，是路回写了驾校。法学里这种回写更直接：判例积多了，法学家要替它们找体系；体系找到了，又被写进教科书，教给下一代法官。美国的法律现实主义，就是从“法院实际怎么判”倒推回去的一个学派；德国的法教义学，则是把判决不断收进体系里的一门手艺。理论与实践不是两条平行线，而是互相缠着长。之所以先分开读，正是为了看清缠在哪里：哪一步是学派在引路，哪一步是不得不判的案子逼着学派改口。第六十五章讲“让回写改写起点”，会接着用这条线。

它可能怎样出错

这套读法自己也会错，先说三处。

其一，把居前的一维读成唯一的一维。所以后面每章都写明另两维在哪里。

其二，把不同年代的做法混成一个。一国一百年前与今天押的未必一样，所以每次都写明是哪一段。

其三，“压在哪一项”可能是本书硬分出来的。连接、次序、结构在真实制度里缠在一起，分开说只为看得清。若一国的判例与体系在学派更替时照样跟着换，那就碰上了可错条款二的（b）问：判词二“制度依赖”那半句对它不成立。本编各章遇到这种情形，照实记下。

带走的话

- 学派的意义预设写在书里；国家实践的意义选择是被判出来、立出来的，两样分开读。
- 读一国的法律实践看三步：写下来的、判出来的、它自己的法学怎么说。
- 比经济学卷、政治学卷多一问：制度依赖压在场的哪一项，连接、次序还是结构。
- 粗读表与各国读法都是本书的读法，不是判分。

小账 本章动用：理论的意义预设与国家实践的意义选择、粗读表（●◐○）、场的三项、三种错位、可错条款二（b）

锁定记录：本章不锁定学派的起点，只立读法；预先承认的风险是把居前的一维读成唯一，把三项硬分开

第 52 章

美国：普通法、宪法审查与“法院说了算”

> 这一章的问题：在美国，一条法律最后是什么意思，为什么常常要等法院说？

◆ 一、日常主例

先交代，下面是我构想的场景。

区里办中学生排球联赛，今年第一次在决赛场边架了两台摄像机，规则也跟着加了一条：每队每局有两次“挑战”机会，教练举牌，裁判组看回放，回放能看清的，改判；看不清的，维持原判；挑战成功不扣次数，失败扣一次。

决赛第三局，二十三比二十三，一中的扣球压在边线附近，主裁判庞老师判出界。一中的教练孔老师举了牌。回放显示，球的边缘擦到了线。庞老师改判得分，一中赢下这一局。

赛后有两种声音。二中的家长说：裁判是现场的人，他的眼睛就是规则，放给机器去改，以后裁判还当不当得了家？一中的家长说：规则说的是“压线算界内”，不是“裁判看见了才算”；回放才是把规则的本意找回来。最有意思的是庞老师自己的话。他说，他当裁判二十年，以前判错了也就错了，比分照算，大家认的是“裁判说了算”；有了回放以后，大家认的变成了“回放说了算”，可回放也要有人看、有人定，最后定的还是裁判组。他笑了一下：说到底，不是回放说了算，是“最后看回放的那个人”说了算。

这个小场景里，有美国法律实践的几样东西：规则写在纸上，意思却要在一次次具体的争议里定；有一个能推翻现场判定的上一级；推翻的理由是“找回规则的本意”，而谁来找、怎样找，本身就是争议；最后，总得有一个最后看的人。

◆ 二、美国法学的出生证

美国的法律实践，主角是谁？我们的读法是：**法官**，其次是**守法人眼中的法院**。这和美国法学两条最有影响的线相合。

主角	预设的主体	预设的法	推出的互动内容
法官（以及预测法官的守法人）	在具体案件里推理、受先例约束、也会受政策与经验影响的裁判者	一案一案积起来的判例，加一部由法院解释的成文宪法	遵循先例、区分先例、推翻先例；对立法的合宪性审查

第一条线是普通法：法从判决里长出来，后案受前案约束。十九世纪后期，哈佛法学院院长兰德尔推行“案例教学法”，让学生从上诉判决里归纳原则，把普通法当成可以研究的科学。第二条线是第二十六章讲过的法律现实主义：霍姆斯1897年的演讲《法律的道路》，把法看成对法院实际会怎么做的预测，提议从一个只关心后果的“恶人”的眼睛去看法。两条线方向相反，一个找原则，一个看预测，但主角都是法院。

这对预设织进了场的哪一项？我们读作**次序**：先例与后案的先后，下级法院与上级法院的上下，以及“立法与法院谁最后说了算”。起点的 S 是“判例与宪法文本已经显露出来的样子”，后来的每一案都要先对着它排位。

◆ 三、意义预设与国家实践的意义选择

先说理论端。普通法传统与现实主义两条线，意义押法不同：前者重在财产、契约与程序上的自由，后者重在判决落到社会上的后果。按第五十一章的粗读表，美国现实主义是幸福居中，自由与创造各居其次。

再说国家实践。按“写下来、判出来、自己说”三步，我们的读法是：**自由居前，创造紧随，幸福多经立法与诉讼两条路进来**。

写下来的，自由在最前面：权利法案把言论、宗教、正当程序写进宪法修正案。判出来的，也是自由居前：二十世纪美国宪法上最常被讲的判决，多数是在定

某一种自由或平等的边界。创造紧随，是因为宪法本身就授权国会以专有权利促进科学与技艺，后来法院又在“活的东西能不能申请专利”这类问题上一再定边界（1980年查克拉巴蒂案见下编第七十章）。幸福则大多不是写在宪法里，而是靠两条路进来：一条是新政以后的大量联邦立法与行政管理；一条是侵权诉讼，产品责任、集团诉讼让受害人通过法院拿到赔偿。

这是读法，不是判分。

◆ 四、走的路

美国的走法，可以沿着“谁说了算”这条次序线看。

第一步，法院可以审查立法。 1803年的马伯里诉麦迪逊案，通常被看作最高法院确立司法审查的开端：法院有权宣布与宪法相抵触的法律无效。宪法文本里没有明写这一权力，它是判出来的。这一步把次序定了：宪法在上，法律在下，而宪法是什么意思，由法院在具体案件里说。第十三章说过，孟德斯鸠把法官看作宣读法律的那张嘴；到了马伯里案，这张嘴不只宣读法律，还要先审一审法律合不合宪法。同一个分权的起点，在法国长成了只读不审的法官，在美国长成了又读又审的法官。

第二步，判例层层排位。 联邦与各州两套法院系统并行，各自上下受先例约束。1938年的伊利铁路公司诉汤普金斯案说，联邦法院在州法问题上不另立一套“一般普通法”，要跟着州法走。这把连接也重新理了一遍：谁的判例约束谁，按系统分开。

第三步，在次序里推翻自己。 1905年的洛克纳案以契约自由为由推翻了限制面包工人工时的州法；1937年的西海岸旅馆案转向，支持了最低工资立法。1896年的普莱西案容许“隔离但平等”，1954年的布朗案在公立教育这一块推翻了它。最高法院可以推翻自己的先例，但每一次推翻都要先讲为什么可以不遵循先例，1992年凯西案还专门列过一组考量。推翻先例，在美国不是绕开次序，而是在次序里走一步。

第四步，替判例理出结构。 1923年成立的美国法学会，组织学者把散在各州判决里的规则整理成“法律重述”，又与其他机构一起推出统一商法典。这是普通法国家向“结构”一项借力：判例太多，要有人替它排成体系。

第五步，“最后说的人”被说出来。 1958年的库珀诉亚伦案里，最高法院说它对宪法的解释就是国家的最高法。罗伯茨2005年在参议院确认听证会上用过一个比方：法官像棒球的裁判，只判好球坏球，不定规则。这个比方被广泛引用，也被广泛争论，因为裁判看回放的时候，定的就不只是一个球了。

另一条线：下面必须判，上面可以挑。 “法学必须判”这一条，在美国有一个特别的样子。初审法院与中间上诉法院，案子来了就得判；最高法院却在二十世纪逐步取得了挑案子的权力，1925年的一部司法法大大扩展了它“调卷”审查的范围，此后它每年只从大量申请里选一小部分来审。于是美国的次序里多了一道开关：不是每一个疑难案件都会走到最后说话的人那里，最后说话的人先决定自己说哪些话。被挑中的案子，往往正是学派之争最尖锐的那几件；没被挑中的，就停在下级法院的判法上。

连接一项：当事人推着走。 美国的诉讼是对抗式的：查证据、找证人、提法律理由，主要由双方律师去做，法官更像居中的裁判；很多案件还有陪审团来定事实。这把“谁和谁之间有法律关系”的那张网，交给了当事人自己去织。霍姆斯说要从守法人的眼睛看法，在这套程序里有一个很实在的落脚点：律师替当事人做的第一件事，就是预测这个法院、这个法官会怎么判，再决定打还是和。

用 SDE 的话说，美国走的大体是 S→D→E：先有一个写定的宪法文本与先例的显露，再一案一案往下走，案情与社会条件（E）作为后果被吸收进来。现实主义的贡献，是把 E 从后台搬到了台前，但它没有改起手的那一步。

◆ 五、异象

对“法院说了算”这条主线，起点接不住的地方至少有四处。

其一，法院说了，别人不认。 一个判决要落地，需要执行它的人。历史上有过判决作出后长期执行不下去的时候。法院没有钱袋，也没有枪，它的“说了算”，要靠别人“服”。这正是本书出路里“判”与“服”之间的那道缝。

其二，反多数难题。 第五十章已经讲过：不经选举的法官，凭什么推翻民选议会通过的法律？这个问题在美国被反复提出，每一代法学都有新的回答，没有哪一次回答让它消失。

其三，宪法的意思定在哪一年。 第四十五章的原旨主义与活宪法之争，在美国不是书斋里的事：每一位大法官的提名，都会被问到这个问题。起点里没写宪法要从哪一年读，于是这件事在每一个重大案件里重新爆发一次。

其四，判例的国家遇上成文法的海洋。 普通法的起点，是法官从一案一案里长出规则。可二十世纪以后，美国的法律越来越多地写在国会的成文法与行政机关的规章里，法官面对的常常不是“先例怎么说”，而是“这句条文怎么读”、“行政机关的读法要不要听”。1984年的雪佛龙案确立了一种做法：条文含糊时，法院原则上尊重行政机关的合理解释；2024年的洛珀·布赖特案又推翻了这种做法，说解释法律是法院的事。四十年里，“法院与行政机关谁先读条文”这一格次序被定下，又被改回。普通法学派的起点里没有这一格，它是被成文法的大量出现逼出来的。

这四处，前三处是老问题，第四处是新问题。老问题的共同点，是都落在“判”与“服”之间；新问题则落在次序本身：谁是“最后看回放的那个人”，在成文法的时代要重新问一遍。

◆ 六、吸收还是分叉

三种吸收在美国都见得到。

改名。 法院推翻先例时，常说先例“被后来的发展侵蚀”或“建立在错误的事实理解上”，于是推翻被说成纠正，次序看上去没有动。

免检。 一些问题被判为“政治问题”，法院不审。异象被划到法院之外，不算法院的问题。

先验。 “法院说了算”本身，经由库珀案一类判决，被宣布为宪法秩序的一部分：按定义，宪法的意思就是法院说的意思。

分叉也明显：法律现实主义从兰德尔式的“法律科学”里分出来；后来的法经济学、批判法学、原旨主义，又各自从现实主义分出来。值得注意的是，这些分叉大多发生在法学院，而法院的次序照旧：学派换了几轮，遵循先例的做法本身没有被换掉。按可错条款二（b）去看，这正是判词二“制度依赖”半句可以被检验的地方：学派换了，次序没跟着换，制度依赖这半句在美国站得住；如果哪一天判例体系随着学派整体翻转，它就要重写。

国家实践层面，则有改写：内战后的修正案、新政之后对联邦管理权的接受、布朗案对先例的推翻，都是在写下来的与判出来的两处同时改了起点。学派层面多是吸收与分叉，实践层面在大关口上改写，这和第五十一章“实践回写理论”的说法相合。

◆ 七、这条线抓住了什么

美国的法律实践抓住了两件事。

第一，**疑难案件不必等立法者回来**。法官必须判，而美国把这件事做到了顶：连宪法的意思，也在一个具体的案子里由法院当场定下来。这让新问题有了一个随时可以敲的门。一个普通人觉得某条法律侵犯了他的权利，不必先去说服议会，可以先去法院。

第二，**次序本身也可以被讨论**。遵循先例不是一条铁律，推翻先例有一套要讲的理由；最高法院挑案子，挑什么、不挑什么，也在法学院里被反复研究。美国法学之所以学派林立，一个原因正是它的次序摆在明处，谁都可以对着它提问题。

它的代价也摆在明处：一个次序摆在明处的国家，每一次重大判决都会被读成学派之争的胜负，判决越重，“服”就越难。那块排球场上，录像回放让判罚更准

了，可输球的一方也多了一个不服的理由：“回放是你们看的。”这是读法，不是评价。

◆ 八、读法的边界

本章不写美国的制度好或不好，不比较它与别国，不评价在任的总统与大法官，不评任何在审案件。2022年的多布斯案、2026年的巴巴拉案都已判决，分别留在下编第一百一十六、一百二十章，作为“学派的一次考试”去读，这里不展开。回到排球场：庞老师说“最后看回放的那个人说了算”，这句话在美国法律实践里，就是“次序”一项的全部重量。

> 带走的话
>
> - 美国法律实践的主角是法官，预设的法是判例加一部由法院解释的宪法。
> - 制度依赖主要压在次序一项：先例与后案、上级与下级、立法与法院谁最后说。
> - 国家实践读作自由居前、创造紧随，幸福多经立法与诉讼进来；这是读法。
> - 学派在法学院里换了几轮，遵循先例的次序没有跟着换。

小账 本章动用：出生证、次序、S→D→E、三种吸收、可错条款二（b）、判与服

锁定记录：“法院说了算”这一次序被锁住；“服”不在它的起点里，是它接不住的地方

第 53 章

英国：议会主权、普通法与人权法之后

> 这一章的问题：一个没有成文宪法法典的国家，怎样决定哪条规矩在上、哪条在下？

◆ 一、日常主例

先交代，下面是我构想的场景。

老城一条巷子里有家茶馆，开了一百多年，换过四代掌柜，现在的掌柜姓柯。茶馆没有贴过一张店规，可规矩不少：靠窗那张方桌，归早上第一个进门的老茶客；下棋的桌边可以站着看，不许开口；谁带了鸟笼，挂在门口第二根梁上，第一根是留给前任掌柜那只画眉的，画眉早没了，梁还空着。这些规矩没人写下来，新来的客人坐错了位子，旁边的人会笑着提一句，下次他就记住了。

规矩之间偶尔打架。有一回，一位老茶客说靠窗那桌他坐了三十年，算他的；另一位说规矩是“第一个进门的”，不是“坐得最久的”。两人请柯掌柜评理。柯掌柜想了想，说：从我爷爷那时起就是先到先坐，这条不改。老茶客也就认了。茶客们都知道，在这间茶馆里，掌柜说要改哪条，哪条就改；掌柜不说改，老规矩就照旧。

前几年，街道办和几家老店一起拟了一份《老街经营公约》，里面有一条：店家不得因年龄、残障拒绝顾客。柯掌柜签了。签完以后发生了一件小事：茶馆的后门有三级台阶，一位坐轮椅的客人进不来。有人说，按公约，茶馆得改门；有人说，公约是公约，茶馆的规矩还是掌柜定。柯掌柜的办法很妙：他没说公约管不管他，只说“我们的老规矩，本来就是来的都是客”，然后在后门搭了一块木板。至于哪天公约和他的规矩真顶上了怎么办，他没说，大家也没问。

一间没有店规的老店，一位说了算的掌柜，一份签了字的外来公约，一种“尽量把两者读成不打架”的手艺。这是英国。

◆ 二、英国法学的出生证

英国的法律实践，主角是谁？我们读作两个：**议会**，与**普通法的法官**。前者定上下，后者定连接。

主角	预设的主体	预设的法	推出的互动内容
议会与普通法的法官	议会是能立或废任何法律的最高立法者；法官是在先例里一步步推理的匠人	议会的法律在上，先例积成的普通法在下，惯例在旁	议会主权、法律之下的自由、遵循先例、惯例不由法院强制

这对预设最有名的表述，是戴雪1885年的《英宪精义》：议会可以制定或废除任何法律，没有哪个人或机构能推翻议会的立法；法治意味着普通人与官员都受普通法院的普通法律管辖。第三十三章的哈特，正是在这个传统里写出了“承认规则”：英国法里，议会通过的就是法，这一条本身不是哪部法律规定的，而是官员们的实践。第十七章的边沁与奥斯丁也出在这里，只是他们想用一部法典替掉普通法，没有做成。

织进场的哪一项？我们读作**次序**为主、**连接**为辅：议会在最上，这一条次序几乎不动；普通法则一案一案地在当事人之间织连接。起点的 S 是“议会的意志”与“先例已经显露的样子”两个，彼此靠一种分工相安：议会说话时法官听，议会没说话时法官说。

◆ 三、意义预设与国家实践的意义选择

理论端：普通法传统押的是消极的自由，法律没有禁止的就可以做；分析法学一路押得很淡，哈特只承认法要有一点“最低限度的自然法内容”，保住人能活下去。

国家实践：我们的读法是，**自由居前，但是以“剩余”的方式在场；幸福在二十世纪经议会大量立法进来；2000年以后，自由被部分地写了下来。**

“剩余的自由”，意思是英国长期没有一份列明权利的法典，人的自由是法律没有管到的那一块。1765年的恩蒂克诉卡林顿案常被引作例子：官员搜查私宅要有法律依据，拿不出依据，就是侵权。保护自由的不是一份清单，而是“你得指出哪条法律允许你”。幸福则主要走议会：二十世纪的福利立法、劳动立法、住房与卫生立法，都是议会一部部通过的。创造在英国法里也有很早的位置，1624年的《垄断法》常被看作专利制度史上的一块界碑，但它不在中心。

2000年以后的变化，是自由从“剩余”变成了一部分“清单”：人权法把公约里的权利列了出来，法院可以照着清单去审查官员的做法。但清单的最后一句仍由议会说，这使英国的自由既写下来了，又没有像美国、德国那样写在一部议会改不动的高级法里。押的仍是自由，押法换了一种。

◆ 四、走的路

起步之前：两套法院并成一套。 英国的普通法很早就有一个“补丁”：普通法院的规则太硬，判不出公道时，当事人可以去求大法官，由大法官的衡平法院按良心与公平另给救济，比如命令一方实际履行，而不只是赔钱。几百年里，普通法与衡平法是两套法院、两套规矩，同一个案子有时要在两边各打一遍。十九世纪七十年代的几部司法组织法，把两套法院合成一个高等法院，规定两者冲突时衡平优先。这是连接一项的一次大重织：同一个当事人，从此在一个门里就能拿到两种救济。还要补一句：苏格兰保留了自己的一套法律传统，与英格兰和威尔士的普通法并不相同，本章说“英国法”，主要指英格兰与威尔士这一支。

第一步，普通法自己排出先例的次序。 1898年，上议院在伦敦电车公司案中宣布自己受本院先例约束；1966年，上议院发出一份实践声明，说今后在适当时可以不遵循本院先例。前后七十年，次序先被收紧，又松开一格。普通法里著名的连接也是一案一案织出来的，比如1932年多诺霍诉史蒂文森案提出“邻人原则”，让制造商对素不相识的消费者负注意义务，谁对谁负责的那张网从此大了一圈。

第二步，外来的法进入次序。 1972年的《欧洲共同体法》让共同体法在英国生效。1990年的法克特塔姆案中，上议院在欧洲法院的指引下，暂停适用一部与共同体法冲突的英国法律。议会主权没有被宣布作废，但次序里多了一层：议会自己通过的一部法律，让法院在冲突时把另一部法律放下。2002年的索伯恩案里，法官提出“宪法性法律”不能被后来的法律默示废除，次序里又分出了高低。

第三步，人权法。 1998年的《人权法》（2000年10月起施行，下编第九十章）把《欧洲人权公约》的大部分权利带进国内法。它的设计正是柯掌柜的手艺：法院要尽可能把法律读成与公约权利相容；实在读不通，高级法院可以作“不相容宣告”，但这个宣告不让法律失效，改不改由议会定。2004年的贝尔马什案（下编第九十六章）是这套设计的一次大考。

第四步，法院搬出议会。 2005年的宪制改革法（政治学卷已写，本卷只带一句）设立联合王国最高法院，2009年起取代上议院的司法职能。法官从议会的大楼里搬了出去，次序在建筑上被画了出来。

第五步，惯例遇上判例。 2016年脱欧公投之后，2017年与2019年的两次米勒案，都是法院在定议会与政府之间的权限（下编第一百一十一、一百一十三章）。本章不重复经过，只记一笔：第一案里，法院重申权力下放方面的那条惯例本身不由法院强制；第二案里，法院不去强制哪一条惯例，而是从议会主权与政府向议会负责这两条宪法原则出发，判定那次长时间休会无效。惯例照旧不进法院，惯例背后的原则却经由判例进了次序。2020年英国退出欧盟，第二步里多出来的那一层次序随之撤去。

用 SDE 的话说，英国走的是一条两头起手的路：议会一端是 S→D，先有主权的显露，再一部部立法；普通法一端更接近 E→D→S：一案的情形先出来，法官在先例里走一段，最后才显露出一个原则。邻人原则就是这样长出来的。

◆ 五、异象

其一，外来的更高的法。 议会主权的起点里，没有“议会之上还有一层”这个位置。共同体法与人权公约来了，起点接不住。

其二，惯例要不要判。 惯例在戴雪的图里是政治的事，不是法院的事。可当政府与议会的权限之争真的摆到法院面前，法院不能不判。法学必须判，这一条在这里撞上了“惯例不由法院强制”。

其三，剩余的自由够不够。 “法律没禁止的就可以做”，在国家权力大幅扩张的二十世纪，留给个人的那块剩余越来越小。这是人权法被立出来的背景之一。

其四，结构一项借不进来。 英国人并非没想过把普通法写成法典。边沁一生都在鼓吹法典化，十九世纪也有人起草过刑法典。二十世纪六十年代设立的法律委员会，任务里也写着推进法律的系统化，一度着手起草合同法典，后来搁置。英国在刑事证据、货物买卖等领域有过不少把判例规则收进成文法的做法，但始终没有一部德国、法国意义上的总括法典。这件事本身就是一个异象：普通法学派的起点，是“法从案子里长出来”，它没有给“由立法者一次性搭好的体系”留位置。每一次想搭，都被说成“不合普通法的习惯”，或者被拆成一部部单行法吸收掉。茶馆里也有人提过把规矩写成一张店规贴墙上，柯掌柜笑笑说，写下来就有人抠字眼，还是让大家记着吧。这是英国把预设压在次序与连接、而不压在结构的一个侧面。

◆ 六、吸收还是分叉

英国对这四处异象，用得最熟的是**改名**与**先验**。

法克特塔姆案之后，主流的说法是：不是议会主权让了位，而是1972年的议会自己选择了让共同体法优先，所以这仍是议会主权的一种表达。异象被改名为主权的一个参数。人权法的“不相容宣告”更是一个先验式的设计：按定义，法院的宣告不影响法律效力，所以议会主权按定义没有受损。柯掌柜那句“我们的老规矩本来就是来的都是客”，就是改名：外来公约被读成了自家规矩的一种表达。

分叉也有。学界出现了“普通法宪政主义”一路，认为议会主权本身是普通法承认的，法院在极端情形下可以不承认议会的立法；也有学者坚持议会主权的正统读法。两派至今同台。

国家实践层面，英国很少大张旗鼓地改写起点，多半是一步步改，每改一步都说成没改。这本身就是普通法的手艺：在次序不动的名义下，把连接一点点重织。按可错条款二（a），一个学派若常态做法是直接改写起点，判词二对它不成立；英国的实践恰好相反，它的常态是吸收，这一点支持判词二，但要注意，支持的是实践，不是某一个英国学派。

◆ 七、这条线抓住了什么

英国的法律实践抓住了一件别国不容易看到的事：**次序可以不写下来，只靠大家一直这样做**。哈特的承认规则就是从这里看出来的。它也提醒我们，制度依赖不一定靠成文法典，一间没有店规的茶馆，依赖可以和有厚手册的店一样硬。

它还抓住了第二件事：**连接可以在次序不动的时候重织**。从衡平法并入普通法院，到邻人原则把陌生的制造商与消费者连在一起，再到人权法要求法院把法律读成与公约相容，英国的法律在两百年里变了很多，可是“议会在最上”这一条一直没被正式拿下。变化都发生在连接里。这给本书的判词二提供了一个细一点的读法：制度依赖锁住的，可能只是场的一项；别的两项照样在动。柯掌柜的茶馆也是这样：先到先坐的老规矩一条没改，后门却多了一块木板，来的人也多了几位。

代价也在这里。一套靠“一直这样做”撑着的次序，遇到一个不愿“一直这样做”的人，就要请法院出来说话；法院一说话，惯例就变成了判例，那个原本不必写下来的东西，从此被写下来了。两次米勒案之后，英国法学界讨论最多的，正是这一步：不写下来的次序，还能不写下来多久。这是一个学界仍在讨论的问题，本书只记录，不回答。

带走的话

- 英国的主角是议会与普通法的法官：议会定上下，法官织连接。
- 自由以“剩余”的方式居前，幸福经议会立法进来，2000年后自由被部分地写下来；这是读法。
- 外来的更高的法进来时，英国用改名与先验吸收：议会主权“按定义”没受损。
- 不写下来的次序，也可以和写下来的一样硬。

小账 本章动用：出生证、次序与连接、改名与先验、E→D→S（普通法一端）、可错条款二（a）

锁定记录：议会主权这一次序被锁住；外来的更高的法和须由法院判的惯例，是它接不住的地方

第 54 章

德国与法国：法典、宪法法院与“违宪先决问题”

> 这一章的问题：两个都靠法典的国家，为什么一个让每个人都能直接去敲宪法法院的门，另一个要让案子先在下面过两道筛？

◆ 一、日常主例

先交代，下面是我构想的场景，两家店名都是我编的。

城里有两家连锁面包店，一家叫“麦垛”，一家叫“晨窗”，规模差不多，各有二三十家门店。两家总部都有一本《门店手册》，可用法很不一样。

麦垛的手册有三大本。第一本是条文，第二本是总部法务写的“逐条说明”，每一条下面列着这条为什么这样写、以前出过哪些例外、怎样处理；第三本是历年的问答汇编。店员遇到任何事，先翻手册：顾客要把隔夜面包打折买走，翻；外卖骑手要借厕所，翻；翻不到，就看逐条说明里有没有类似的。久而久之，麦垛的店员说起话来都像在引条文。麦垛还有一条规矩：任何一个店员，觉得总部某条规定侵犯了自己的基本待遇，都可以直接写信给总部的“规章委员会”。信很多，绝大多数被退回，但偶尔有一封成功，总部就改条文。

晨窗的手册只有薄薄一本，写得清楚，语气也硬。店员遇到事，先照手册办；手册没写的，店长自己定，店长不能说“手册没写，我不管”。晨窗也允许店员质疑总部的规定，但不能直接写信给总部：要先交给店长，店长看这条规定和眼前的事有没有关系、是不是总部早就答复过、是不是认真的问题，三样都过了，再报给大区；大区再筛一遍，才送到总部。

一家是什么都翻手册、谁都能敲总部的门；一家是先照手册、店长先自查、层层往上送。这就是本章要读的德国与法国。

◆ 二、两国的出生证

两国的法律实践，主角都不是单个法官，而是**法典与守护法典的那群人**。但这群人是谁，两国不同。

	主角	预设的主体	预设的法	推出的互动内容
德国	法教义学者与法官，加上宪法法院	在体系里推理、可以把一切案件归入概念的法律人	一部有总则的法典，加一部以人的尊严为首的基本法	评注与体系解释、宪法诉愿、基本权利向私法的辐射
法国	立法者，加上把关的法官	不得拒绝裁判、也不得以判决立一般规则的法官	清楚的法典与以人权宣言为源的宪法整体	法典解释、行政法院自成一系、违宪先决问题的两道筛

（这一章对象是两国，表多了一行，仍算一张。）

织进场的哪一项？我们读德国为**结构**：一部有总则的民法典，一门把判决收进体系的法教义学，一部以人的尊严为首的基本法，三者搭成一个从上到下、从总到分的结构。法国读作**结构加次序**：法典是结构，而“谁能把一条法律送上宪法委员会、按什么顺序送”，是次序。

◆ 三、意义预设与国家实践的意义选择

理论端，两国的主线都起自十九世纪：法国是注释法学派（第十五章），德国是历史法学派与概念法学（第十六、十八章），后来德国又有利益法学与评价法学（第二十五、四十八章）。按粗读表，前者押自由，以法典的确定性护住财产与契约；后者从民族生活起手，后来渐渐押到自由与利益的平衡上。

国家实践，我们的读法是：

德国：二战以后，自由与幸福并重，以“人的尊严”为两者的共同起点。 基本法第一条把人的尊严放在第一位，第二十条又把国家定为“社会的”联邦国家。自由靠宪法法院一件件判出来，幸福靠社会国原则与社会立法进来。2010年的“哈

茨四”判决（下编第一百零三章）把最低生活保障从尊严里推了出来，是两者缠在一起的一个样子。

法国：自由写在源头，幸福经“公共服务”进来。 1804年的民法典把财产与契约放在中心，1789年的人权宣言后来经宪法委员会进入宪法的整体。幸福走另一条路：法国的行政法以“公共服务”为一个核心观念，由行政法院自成一系去发展。

◆ 四、走的路

德国这一边。

第一步，法典与体系。民法典1896年通过、1900年1月1日施行，前面一个“总则”，把各编共用的概念提出来，这是潘德克顿学派把结构写进法律的一步。此后，德国法学形成了一种很重的“评注”文化：一部法典，配上几十种逐条评注，判决与学说都被收进评注里，后来的法官先查评注。麦垛的第二本手册，就是这个。

第二步，宪法法院与宪法诉愿。联邦宪法法院1951年开始工作。任何人认为公权力侵犯了自己的基本权利，在用尽其他救济以后，都可以提出宪法诉愿。诉愿极多，成功的极少，但它让每一个人都站在了宪法法院的门口。除了个人诉愿，联邦政府、州政府或四分之一的联邦议院议员，还可以不等具体案件，直接请宪法法院审查一部法律；普通法院在审案中认为所适用的法律违宪，也要停下来，把问题移送宪法法院，自己不能宣布法律无效。第五十章讲过，这是凯尔森设计的“集中审查”一路：审查法律的权力只放在一个专门的法院里。它与美国“每个法院都可以不适用违宪法律”的分散审查不同，把次序收拢到结构的顶上一处。麦垛的规章委员会只有一个，各门店的店长不能自己宣布总部的某条规定作废，只能报上去。

第三步，宪法辐射到私法。1958年的吕特案，法院说基本权利不只是公民对国家的防御，也构成一套客观的价值秩序，要辐射到民法的解释里。同年的药店判决，法院在职业自由问题上分层审查，后来发展成第四十九章讲的比例原则。宪法的价值，从此进了整个结构的每一层。

下编里德国的几次大考，1983年人口普查判决、1995年十字架裁定、2006年航空安全法判决、2021年气候保护裁定，都是在这个结构里走出来的，这里不展开。

法国这一边。

第一步，法典与“不得拒判”。民法典1804年颁布。第四条规定：法官不得以法律没有规定、规定不清或不完备为由拒绝裁判，否则以拒绝司法论。第五条又规定，法官不得以一般规则的方式作出判决。两条放在一起，就是晨窗的店长：手册没写，你也得定；但你定的，只管眼前这一件，不能变成新手册。这是“法学必须判”写进法典的样子。

第二步，两套法院。普通法院系统以最高法院（破毁法院）为顶，行政法院系统以国务委员会为顶，两系并行。谁的案子归谁，本身就是一条连接。

第三步，宪法委员会从立法程序里走出来。1958年第五共和国宪法设立宪法委员会，起初主要是在法律公布前审查，提请的人只有少数几位高层。1971年，它在一项关于结社自由的决定里，把宪法序言援引的1789年人权宣言等文本当作审查依据。1974年修宪，六十名国民议会议员或六十名参议员就可以提请。

第四步，违宪先决问题。2008年修宪（下编第一百零一章），2010年3月起施行：诉讼当事人在普通案件里，可以主张所适用的法律侵犯了宪法保障的权利。问题先由审理法官筛：这条法律是否适用于本案，是否已被宣告合宪，问题是否认真；过了这一筛，送到国务委员会或破毁法院再筛；两道都过，才送宪法委员会。晨窗的店长与大区，就是这两道筛。

两国共同的一步：法律人是怎样教出来的。 结构要传下去，靠的是人。德国的法律人要通过两次国家考试，中间有一段在法院、检察院、律所与行政机关轮转的实习，考的主要是“把一个案子放进体系里去解”的功夫；法官、律师、行政官员都从这同一条路出来，所以说的是同一种体系的话。法国的法官多是职业法官，经由国家的司法官学校考入、培训，一入职就进了一套有层级的职业。两国法官都

不像美国那样常从执业律师里中途提拔，这让结构与次序在一代代人之间传得很稳。麦垛的新店员入职先背三大本，晨窗的新店长先在大区跟岗一年，道理相同。

用 SDE 的话说，两国都是 S→D 起手：先有法典与宪法的显露，再往具体案件走。差别在 E 进来的方式：德国让 E 通过宪法诉愿从最底下直接涌到顶上，法国让 E 先经过两道次序。

◆ 五、异象

德国的异象：结构太满，案件太多。 体系把一切案件都归得进去，可社会变化太快，新问题总比评注先到。宪法诉愿开了所有人的门，门口就排起了长队。

法国的异象：法官不得造规则，判例却在造规则。 民法典里关于侵权的条文只有寥寥几条，一百多年里，破毁法院在这几条上判出了一整套责任体系。第五条说法官不得立一般规则，可是一个最高法院的判决，事实上就是下级法院的规则。

两国共同的异象：欧洲的法。 欧盟法与《欧洲人权公约》进来以后，国内法的最高一层上面又多了一层，法典与宪法的结构都要回答“我们之上是什么”。

◆ 六、吸收还是分叉

德国用**改名**消化“案件比评注先到”：新问题被命名为某个旧概念的一种“案型”，放进体系的某一格。法教义学在这里显出它的长处，也显出它的依赖：体系能自己长高（第四十八章），但只朝自己的方向长。

一个常被讲的例子，是第一次世界大战后的恶性通货膨胀。按民法典的字面，借一千马克还一千马克，可那时一千马克已经不值一张邮票，债权人等于什么也没拿到。法典里没有一条写着“货币贬值怎么办”。1923年前后，帝国法院借民法典里“诚实信用”那条概括条款，允许对旧债重新估值。一场法典的起点接不住的经济灾难，被改名为“诚信原则的一种适用”，收进了体系。这条概括条款后来还收下了许多别的异象，学者们戏称它是体系的“安全阀”。安全阀让体系不必改起点，也让起点一直不必改。

法国也用改名。旧民法典关于物件致损的一条，原本只是过渡性的一句，二十世纪初工业事故与车祸大量出现，破毁法院在这一句上判出了“物的看管人”无须证明有过错也要负责的规则，1930年的让德尔案是常被引的一步。一种新的责任，被说成对一条旧条文的解释。

法国还用**先验**消化“判例造规则”：按定义，法官只是在解释法律，所以判例不是法源；法学家照样研究判例，但叫它“判例”而不叫它“法”。直到2016年债法改革（下编第一百零九章），一部分判例才被写回法典，这一步算是改写：实践回写了条文。

分叉在两国学界都有：德国有法社会学、法经济学一路向体系之外看，法国有对判例作为法源的长期争论。按可错条款二（b），德国是一个好的检验点：二战后学派几经更替，从利益法学到评价法学，评注与体系的结构跟着学派换了吗？本书的读法是，体系的骨架没换，换的是填进格子里的价值。这一点请读者对照第四十八章自己判断。

◆ 七、两条线各抓住了什么

德国抓住了：**结构可以替人记忆**。一个新法官不必知道一百年里所有判决，体系与评注已经替他排好了。法国抓住了：**判与立要分开**。法官必须判，但不能借判来立，立法的事留给立法者，这让次序保持清楚。两国的法律人都知道自己的做法有代价，所以麦垛在手册之外留了一扇所有人都能敲的门，晨窗在店长之上留了两道筛。

把两国放在一起，还能看到一件单看一国看不到的事：同样以法典起手，制度依赖可以压在场的不同项上。德国的依赖压在结构上，体系越精，新问题越要先找到自己在体系里的那一格；法国的依赖更多压在次序上，谁先审、谁后审、谁能把问题送上去，一层层排得清楚。所以“大陆法系”这个大名字底下，至少有两种不同的制度依赖。第五十一章说法系分法问的是“属于哪一家”，到这里可以看出，同一家里的两兄弟，锁住自己的地方并不一样。

带走的话

- 德国把预设织进结构：总则、评注、以人的尊严为首的价值秩序；宪法诉愿让每个人站在宪法法院门口。
- 法国把预设织进结构与次序：法典清楚，法官不得拒判也不得立规则；违宪先决问题先经两道筛。
- 实践读法：德国自由与幸福并重、以尊严为起点；法国自由写在源头、幸福经公共服务进来。这是读法。
- 判例在法国被“按定义”说成不是法，2016年才部分写回法典。

小账 本章动用：出生证（两国并列）、结构与次序、改名与先验、S→D、可错条款二（b）、法学必须判

锁定记录：德国锁定“一切可归入体系”，法国锁定“法官只解释不立规”；新问题先于评注、判例实际造规，是两者各自接不住的地方

第 55 章

日本：继受的法与本土的运作

> 这一章的问题：一个国家把别国的法典整套搬进来，搬进来的是法，还是只是法的样子？

◆ 一、日常主例

先交代，下面是我构想的场景。

县城有家老饭馆，老板尹师傅年轻时只会做家常菜。三十年前，他想把馆子做上一个台阶，托人从省城带回一本法式菜谱，照着学做焖菜和酱汁。做了几年，觉得法式的步骤太松，老是走样，又换了一本德式的，那本书讲究得很：每道菜先分类，再写出通用的“基础手法”，具体的菜只写和基础手法不同的地方。尹师傅把德式那套“先学基础手法”的路子定了下来，后厨的规矩从此照它排。

后来馆子换了一次东家，新东家在大城市开过西餐厅，带来了一套美式的经营办法：菜单上标明每道菜的成分，顾客有权要求换配料，后厨的任何改动要先告诉前台。尹师傅照单全收。

可是来吃饭的人都说：这家馆子的菜，说是法式、德式，吃起来还是本地味。酱汁里少了黄油，多了一勺本地的豆酱；顾客要求换配料，伙计会先笑着劝一劝，“这道菜原样好吃”，劝不住才换；后厨和前台很少吵架，有什么不对付，饭后关了门喝杯茶就说开了。尹师傅自己说：书是人家的，火候是我们的。

菜谱是继受来的，火候是本地的。这是日本。

◆ 二、日本法学的出生证

日本的法律实践，主角是谁？我们读作两层：写下来的那一层，主角是**立法者与法学者**，他们把外国的法典与学说搬进来；运作的那一层，主角是**行政机关与调停的人**，案子常常在进法院之前就被化解了。

主角	预设的主体	预设的法	推出的互动内容
继受的立法者与学者；运作中的行政机关与调停人	一个要用法律造出近代国家的人；一个在共同体里尽量不把争议推上法庭的人	从法国、德国、后来又从美国继受的法典与宪法	以德国式体系解释法典；调停、和解与行政指导在法院之外大量运作

织进场的哪一项？我们读作**结构是继受的，连接是本土的**。结构，即法典的编排、总则、概念体系，几乎整套来自德国；连接，即谁和谁之间的争议怎样处理、谁对谁负责的那张网，在很大程度上由本土的做法维系。起点的 S 有两个：一个是搬进来的法典的显露，一个是早已在那里的人际与行政的显露。

◆ 三、意义预设与国家实践的意义选择

理论端：日本近代法学的主线，先学法国，后学德国，二战后又大量吸收美国。按粗读表，这几路的意义预设不同：法国注释法学押自由，德国概念法学押自由与确定性，美国一路押自由与社会后果。

国家实践，我们的读法是：**明治时期创造居前，造一个近代国家；战后宪法把自由写在了前面；运作里，幸福，即安稳与和睦，长期居中**。

明治时期为什么读作创造？那时编纂法典的一个直接动机，是改正幕府末年与列强签订的不平等条约，列强以日本没有近代法律为由，保留领事裁判权。法典是造出来给人看、也给自己用的一套新国家的骨架。战后1946年公布、1947年5月3日施行的日本国宪法，在占领当局的主导下起草，把基本人权与司法审查写进了文本，自由被放在最前面。而在运作里，民事纠纷大量经由调停与和解了结，行政机关长期以“行政指导”的方式与企业、地方沟通，这些做法押的是安稳与和睦。

这是读法，不是判分。

◆ 四、走的路

第一步，先学法国。 明治政府聘请法国学者博瓦索纳德起草民法的财产部分，以法国民法典为底本；亲属、继承等家族部分则由日本学者起草。这部后来被称为“旧民法”的法典，1890年公布。

第二步，法典论争。 旧民法公布前后，学界与政界爆发了一场“法典论争”，争的是这部民法该不该按期施行。延期派的穗积八束1891年发表的一篇文章，题目后来被反复引用：「民法出，忠孝亡」。意思是照搬西方的个人主义法典，会冲毁家族伦理。论争的结果是旧民法没有施行。

第三步，改学德国。 新的民法典以当时德国民法第一草案等为重要参照，采潘德克顿式的编排，前三编1896年公布，后两编1898年公布，同年施行。亲属与继承两编保留了“家”制度。此后几十年，日本民法学大量引进德国学说，形成了以德国式体系解释日本法典的传统，学界称之为“学说继受”。法典是一次继受，学说又是一次。

第四步，战后再学美国。 新宪法第八十一条规定最高法院有权决定法律是否合宪，这是美国式的司法审查。可是在此后七十多年里，最高法院宣告法律本身违宪的判决屈指可数：1973年判定刑法里加重处罚杀害尊亲属的规定违宪，是第一次；后来在国籍、继承份额、在外国民的投票等问题上又有过几次（2005年的在外国民选举权判决见下编第九十七章）。总数不多，每一次都是大事。

第五步，法院之外的运作。 1993年的行政程序法（下编第八十四章）把行政指导写进法律，给了它一个程序上的框；1999年起的司法制度改革、2009年施行的裁判员制度（下编第九十一、一百零二章），则是让市民进入法庭的一步。

用 SDE 的话说，日本走的是一条很特别的路：结构（S）整套搬进来，路（D）是本土的老路，两者靠本土的条件（E）缠在一起。表面上是 S→D，先有法

典再判案；运作里更像 E→S，先有人际与行政的那张网，法典的概念被套在它上面。

◆ 五、异象

日本法律实践里最有名的一处异象，可以叫作**“有法典，少诉讼”**：法典是完整的近代法典，可人们打官司的比例长期被认为偏低，大量纠纷在法院外了结。这件事起点接不住：按继受来的法典，权利受侵害就该去法院主张。

有趣的是，同一处异象，被三派学者读出了三个原因，正好是本书的三种起点。

第一派是川岛武宜1967年的《日本人的法意识》。他认为，日本人的传统法意识重和睦、轻权利，把争议推上法庭会伤了关系，所以少诉讼。这是从守法人的“意识”起手，主体预设是一个被传统塑造的人。

第二派是美国学者黑利1978年的论文《不愿诉讼者的神话》。他认为，不是日本人不愿意打官司，而是法官与律师的人数被长期控制，诉讼又慢又贵，人们只好去调停。这是从制度起手，客体预设是一套设了门槛的法院。

第三派是拉姆塞耶与中里实1989年的论文《理性的诉讼者》。他们认为，日本的判决结果相当好预测，当事人既然能算出法院大概怎么判，就在法院外按那个数和解了，省掉诉讼费用。这是从会算账的守法人起手，接的是第三十七到三十九章法经济学的起点。

同一个现象，三派三个起点：意识、制度、理性。这本身就是本书判词一的一张样本：起点是预设出来的，各派从自己的预设里推出了自己的解释。

三派的意义权重也各不相同。意识派读出的是幸福居中：少诉讼，是因为大家把和睦看得比赢官司重。制度派读出的是自由受阻：人们想去法院主张权利，门槛把他们挡在外面。理性派读出的是另一种幸福：省钱省事，各得其所。同一张饭桌上，有人说菜里放豆酱是因为本地人口味重，有人说是因为黄油进货贵，有人说是因为顾客反正吃得出差别不大。三种说法都有道理，又谁也说服不了谁。

更有意思的是，三派的说法可以被后来的事检验。如果少诉讼主要是意识的事，那么增加法官与律师的人数，诉讼不会多多少；如果主要是制度的事，门槛一降，诉讼就该明显增加；如果主要是可预测性的事，那要看判决是不是依旧好预测。1999年开始的司法制度改革，正好降了一部分门槛。改革之后实际发生了什么，各派各有统计与解读，本书不拿某一年的读数下结论，只指出：这是三种起点难得同场受检的一回，下编第九十一章会从“为什么要改”去读它。

调停本身也不是只靠“意识”撑着，它有一段立法的来历。二十世纪二十年代起，日本陆续为租地租房、佃租等纠纷设了专门的调停制度，战后又合成一部统一的民事调停法。也就是说，“在法院外了结”的那张网，有一部分正是国家用法律织的。这一点对意识派是个提醒，对制度派是个支持；对本书来说，它说明连接一项在日本并不全是“自发的本土”，也有立法者亲手织进去的部分。

另一处异象是**战后宪法第九条与安全立法**之间的关系，1992年的维和合作法、2014年的内阁决议都与它有关。它涉及高度的政治分歧，本章不展开，只指向下编第八十三章与第一百零七章，那里也只写学派与结构。

◆ 六、吸收还是分叉

对“有法典，少诉讼”这处异象，日本的法学与实践都有吸收。

改名。 法院外的调停与和解，被称为“日本式的纠纷解决”，成了一个有专名的类别；行政指导被称为“日本型行政”。异象有了名字，就被收进了一个格子，不再被当作对继受法典的挑战。

免检。 一段时间里，法院外的运作被看作“法律以外的事”，属于社会学，不属于法解释学。异象被划出了法学。

分叉也发生了：川岛一路的法社会学，本身就是在日本的法解释学之外分出来的一门学问，它的出发点正是“写下来的法与运作的法对不上”。

国家实践层面，有过几次改写：战后宪法与民法亲属编修改废除了“家”制度；司法制度改革增加了法律职业人数，引入了裁判员。这些改写，都是在继受来

的结构不动的情形下，改了连接那一项：谁能进法庭，谁与谁之间算一家人。按可错条款二（b）看，日本是一个特别好的检验点：学派从法国换到德国，又加上美国，判例与体系跟着换了吗？我们的读法是，继受的结构跟着换了，本土的连接没跟着换。这意味着判词二“制度依赖”那半句在日本要分开说：结构一项的依赖是借来的，连接一项的依赖是自己的。这是本书的读法，不是定论：读者若在日本找到学派一换、本土的连接也跟着换的例子，这一读法就要改写，可错条款二（b）的那半句也要跟着重新检验。

◆ 七、这条线抓住了什么

日本的法律实践抓住了一件事：**同一部法典，可以在不同的连接上运转**。菜谱是一样的，火候不同，菜就不同。这也提醒第五十一章的读法：读一国的法律，只看它写下来的结构，读不到它真正的依赖；还要看它的连接是在哪里织的。

它还抓住了第二件事：**继受不是一次，是一层一层叠上去的**。法国的草案、德国的法典与学说、美国的宪法与诉讼观念，在日本不是一个取代一个，而是叠在一起：民法典的编排是德国的，有些条文的来历可以追到法国草案，宪法与刑事程序里又有美国的东西。一位日本法官判一个案子，手里用的可能是三个国家的东西，却用的是日本自己的连接去落地。这对本书的读法是一个提醒：说一国“押在哪一维”时，要先分清哪一层是哪一次继受带来的。

战后几十年里，日本法学界自己也为此争过。二十世纪五十年代，以来栖三郎为代表的一部分学者提出，法的解释不只是从概念推出结论，也包含解释者自己的价值选择，引出了一场关于“法的解释”性质的长期讨论；后来又有学者专门研究日本判例怎样在法典的缝隙里长出规则。这和德国的评价法学、美国的现实主义遥遥相应，却是在一个继受的结构里自己长出来的问题。

这一点和中国有关。中国的近代法律也经历过继受，而且有一段是通过日本转手的，第五十七章会专门讲“三次继受与一次内部之争”。这里只留一个问题给那一章：继受来的结构，与本土的连接之间，是怎样缠在一起的？日本的答案，不一定是中国的答案。

带走的话

- 日本的结构是继受的：先学法国，后学德国，战后又学美国。
- 它的连接是本土的：调停、和解与行政指导长期在法院之外运作。
- 实践读法：明治时期创造居前，战后宪法把自由写在前面，运作里幸福即安稳与和睦长期居中。这是读法。
- “有法典，少诉讼”一处异象，被意识、制度、理性三派读出三个原因，正是判词一的一张样本。

小账 本章动用：出生证、结构与连接、改名与免检、E→S、判词一的样本、可错条款二（b）

锁定记录：继受来的结构被锁住，连接留在本土；“写下来的与运作的对不上”是它接不住、也由此分出法社会学的地方

第 56 章

中国（实践）：从“有法可依”到“全面依法治国”，再到民法典

> 这一章的问题：一国的法律从“先有起来”走到“编成一部法典”，四十多年里，主角、预设和意义权重各换了什么？

（本章只写立法结构、学术脉络与学派对应，不评价制度。下编第 69、72、80、87、89、100、112、114 章各有一节写其中的单个事件，本章只画总图。）

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个老小区门口有一块社区宣传栏，玻璃柜，铝合金框，二十年没换过，换的只是里面的海报。社区里管宣传的文书小苑，把这些年的旧海报存了一摞，有一年整理档案，按年份摊在会议桌上。

最早的几张，大约是二〇〇五年前后的：红底黄字，一行大标语，下面列着某部法律“已于某年某月施行”，再配几条“禁止”“不得”。画面上没有人，只有条文和国徽。口气是告诉你：法在那里，你要守。

中间的几张，大约是二〇一四年以后的：开始有了“国家宪法日”的字样，版面上出现了漫画人物，一个戴安全帽的工人、一个抱孩子的母亲，旁边写着宪法里与他们有关的那几条。口气变了一点：法在那里，也和你有关。

最近的几张，是二〇二〇年以后的民法典宣传。版面像连环画：楼上往下扔东西怎么办，物业该不该管，租的房子房东卖了还能不能住，离婚为什么有三十天的冷静期。每一格都是一个楼道里、饭桌上的场面。口气又变了：法在这里，你可以拿来用。

小苑看了半天，说了一句：二十年，海报上的人从没有，到有，到成了主角。

这块宣传栏就是本章的线索。一国的法律实践，先回答“有没有法”，再回答“法怎样连成一张网”，最后回答“这张网怎样落到每个人的日子里”。三个问题，三种主角站位，也就是三处意义权重的移动。

◆ 二、这一国的出生证

国家实践不是一个学派，但它也有自己的起手设定。中国这四十多年立法实践的主角，是**立法者**：先由立法机关把框架搭起来，法官依法裁判，司法解释在立法与裁判之间补位，守法人通过普法认识法。

主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出来的做法
立法者（全国人大及其常委会为主，国务院、地方人大依次在下）	能分阶段、按规划把社会关系“想全”的立法者；条件不成熟时先粗后细、先试后立	法是一个按部门搭起来、可以一格一格填满的体系	立法规划、试点先行、“成熟一部制定一部”、司法解释补位、最后法典化

起点的 S，是“法律体系”这张蓝图：先有部门的格子，再一部一部往里填。这对预设织进了制度的**结构**（部门划分与法典），也织进了**次序**（宪法、法律、行政法规、地方性法规上下排列，司法解释在法律之下、裁判之上）。

◆ 三、意义权重：理论一张表，实践另一张表

本书前五十章的意义权重，标的是学派在书上押的注。到了国家实践，要另起一张表，因为国家不是在书房里选学派，而是在当下的需要里挑做法。

按本书的读法（不是事实陈述，只是一种读法），这四十多年大致分三段。第一段，压倒性的需要是“有章可循”：社会秩序安定、经济关系有个准头，这一段押在**幸福**（安定、可预期的生活）上最重，**自由**次之，**创造**几乎没有出现在立法的意义说明里。第二段，市场经济需要合同自由、物权清楚，**自由**的权重明显上升，合同法、物权法都在这一段。第三段，民法典把人格权单独成编，家庭、居住、邻里写得更细，**幸福**重新回到中心，但不是第一段那种“安定”，而是“日子过得体

面”；与此同时，数据、个人信息、知识产权陆续进法，**创造**第一次以“要保护的东西”的身份出现。

拿民法典的编排看，这种漂移落在了结构上。总则在前、分则在后，是从德国潘德克顿一系借来的“提取公因式”写法，它背后的预设是概念能推出判决（第 18 章）；可分则的顺序是物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任，人格权排在婚姻家庭之前、紧接着财产两编之后。编排顺序本身不说明谁更重要，但它说明立法者想让守法人先看到什么：先是东西和交易，再是人自己，再是家。

理论上的学派可以只押一维；国家实践押注会漂移，而且漂移的方向，是由每一段的当下需要选出来的。这正是第 51 章说的：理论与实践要分开读。

◆ 四、走的路

第一步：有法可依（1978—1997）。 一九七八年十二月，十一届三中全会提出了加强法制的方针，后来通称为十六字方针，四句依次讲有法、守法、执法、究法，第一句就是“有法可依”。它排在最前，是因为当时最缺的是法本身。次年七月一日，五届全国人大二次会议一次通过七部法律：刑法、刑事诉讼法、选举法、地方组织法、法院组织法、检察院组织法、中外合资经营企业法。一九八二年有了现行宪法；一九八六年有了民法通则；一九八九年有了行政诉讼法。

这一段的走法，用本书的符号说，是 S→E→D：先立一个“要有体系”的显露样子（S），再看改革中冒出来的条件（E），条件成熟一部，就立一部（D）。一九七八年十二月十三日，邓小平在中央工作会议闭幕会上的讲话里主张，法律条文开始可以粗一些，以后逐步完善；修改补充也可以成熟一条就改一条，不必等配齐了再动。这番话本身就是这条路的说明书：蓝图在前，条文随条件长出来。经济特区、地方先行先试，都是让 E 先显出来，再把 D 写成法。

第二步：依法治国与体系形成（1997—2011）。 一九九七年，党的十五大提出依法治国、建设社会主义法治国家；一九九九年这句话写进宪法。二〇〇〇年立法法通过，把“谁能立什么法、谁在谁上面”写成了法律——这是制度依赖里“次序”一项最硬的一次落地。一九九九年合同法把原来分开的三部合同法并成一部，

二〇〇七年有了物权法，二〇〇九年有了侵权责任法。二〇一一年三月，全国人大常委会在工作报告里宣布，中国特色社会主义法律体系已经形成；报告给出的数字是，截至二〇一〇年底，现行有效的法律二百三十六件。

这一段，蓝图的格子差不多填满了。填满本身就是“结构”一项的完成：每一种社会关系，原则上都能在某个部门里找到一格。

第三步：全面依法治国与民法典（2012—2020）。 二〇一二年党的十八大提出新的十六字方针，四句分别落在立法要科学、执法要严格、司法要公正、守法要全民；二〇一四年十月，十八届四中全会作出全面推进依法治国的决定；同年，全国人大常委会决定把十二月四日设为国家宪法日。二〇一五年立法法修改，地方立法权扩到设区的市。二〇一七年民法总则通过；二〇二〇年五月二十八日，十三届全国人大三次会议通过民法典，七编加附则，共一千二百六十条，二〇二一年一月一日施行，同日民法通则、合同法、物权法、侵权责任法、婚姻法、继承法等九部法律废止。

这一段里，法官的位置也值得单独说一句。立法者当主角，法官的预设是“依法裁判的人”，不造法；可条文再多，案子总比条文多。最高人民法院的司法解释，是立法与裁判之间的一层；二〇一〇年起，最高人民法院又建立了案例指导制度，发布的指导性案例，各级法院审理类似案件时应当参照。它不是英美的遵循先例，却在“次序”里多搭了一级台阶：条文之下、个案之上，有了一批被挑出来的案子。用本书的话说，这是立法者为主角的体系，在裁判那一层给自己补的一道接口。

新旧两个十六字放在一起看，主语变了。旧的四句，前三句说的是立法、执法；新的四句，最后一句落到“全民守法”。这和宣传栏上的海报是同一个方向：主角还是立法者，但它预设要面对的那个人，从“被告知的人”变成了“要用法的人”。全民普法从一九八六年开始，每五年一个规划，到二〇二五年是第八个五年规划的收官之年；海报的变化，可以看作这条普法线上的显露。

◆ 五、异象

立法者当主角，起点预设是“能把社会关系想全”。异象，就是那些蓝图上没有格子的事。

最日常的一个，是高空抛物。二〇〇九年的侵权责任法规定：找不到具体是谁扔的，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。这一条一实施，就碰上一个对不上的地方：整栋楼的住户一起掏钱，其中大多数人什么也没做。立法者的预设是“补偿能让受害人不落空”，可守法人的感觉是“我没扔，凭什么”。这不是条文写错了，而是 D（一次次判下来的整栋楼分摊）与 E（邻里之间的信任、没扔东西的人的委屈）撞在了一起。

宣传栏前面也有异象。这是我构想的场景：民法典连环画贴出去那一周，楼里的住户站在玻璃柜前看，看完了来问小苑的，不是“这一条什么意思”，而是“我家这件事算哪一条”。三楼说楼上空调滴水算不算；五楼说租的房子房东要卖，自己合同还剩八个月怎么办。普法的预设是，守法人缺的是“知道”；可住户缺的往往是“对上”——知道了条文，却不知道自己这件事落在哪一格。这个缝，宣传栏补不上，要靠调解室、律师、法院一件一件去补。

第二类异象是新东西。网约车、网购、手机里的个人信息、平台上的虚拟财产，在第一步、第二步的蓝图里都没有格子。第三类异象是“有法”之后的事：条文齐了，可法官判案时，条文与条文之间常有缝。司法解释的数量与分量，本身就说明蓝图在裁判那一层一直在接不住的地方补。

◆ 六、吸收还是分叉

先看吸收。高空抛物一事，民法典第一千二百五十四条没有废掉“补偿”，而是在前面加了几层：先写明禁止从建筑物中抛掷物品，再写物业服务企业等建筑物管理人要采取安全保障措施，再写公安等机关应当依法及时调查、查清责任人，查不清的，才轮到可能加害的使用人补偿。二〇二〇年底通过的刑法修正案（十一）

又增设了高空抛物罪。异象没有让起点改写，而是被分层吸收：先把“找人”这一步补进次序里，原来的补偿规则退到最后一道。

新东西大多走“改名”和“留白”。民法典第一百二十七条只写一句：法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。数据和虚拟财产被放进了总则，却没有给它们定性——这是把异象改称为“另有规定的对象”，先挂一个格子，内容留给以后的单行法。二〇二一年的个人信息保护法、数据安全法，就是来填这个格子的。

再看分叉。民法典把人格权单独成编，这在以德国民法典为样子的五编体例里是没有的。它在结构上开了一个新格子，让名誉、隐私、肖像、个人信息有了自己的一编。学界当时对要不要独立成编有过争论（见下一章），立法最后选了独立。用本书的话说，这是一次在“结构”层面的分叉，而不是起点的改写：主角仍是立法者，体系仍是那张蓝图，只是蓝图多出一个房间。

◆ 七、这条线抓住了什么

下面说的是这条路在本书的读法里抓住了什么，不是对制度的评价。第一，法学必须判，而判要有依据。一个社会若几乎没有成文法，法官每天面对的是“拿什么判”的问题；先把有法可依这一步走完，裁判才有了起码的次序。第二，法典化给守法人一个“一处可查”的地方。民法典把散在九部法律里的规则收进一部，宣传栏上的连环画才能一格一格地画——楼上漏水、物业、租房、邻里，都在同一本书里。第三，这条路把立法者的预设织进了结构，同时也给自己留了改的口子：五年一个普法规划、定期修法、以单行法填总则的留白，都是在给“回写”留通道。至于这条通道走得多宽，是第 65 章的话题。第四，立法者当主角，让“次序”一项格外清楚：一件事该找哪部法、哪一级的规定、哪一条司法解释，有一张可以查的上下表。它的代价与成绩，留给下编第 69、72、80、87、89、100、112、114 章逐年去看。

带走的话

- 中国四十多年立法实践的主角是立法者，起点是“法律体系”这张蓝图，走的是 S→E→D：先定格子，再看条件，成熟一部立一部。
- 制度依赖在这里最清楚地落在“结构”与“次序”上：部门、法典、立法法的上下位。
- 意义权重在三段里漂移：先押安定的幸福，再押合同与物权里的自由，民法典又回到日子里的幸福，创造开始以“受保护的东西”进法。
- 宣传栏上的海报从“没人”到“人是主角”，是同一条路的显露。

小账 本章动用：主角（立法者）、S→E→D、结构与次序、改名（数据“另有规定”）、分层吸收（高空抛物）、结构分叉（人格权编）、理论与实践两张表。

锁定记录：“法是可以按部门填满的体系”这一起点被锁进部门划分、立法法与民法典的结构；新东西先挂格子、后填内容。

第 57 章

中国（法学）：三次继受与一次内部之争

> 这一章的问题：一国的法学，连着三次从外面整套搬进学说，又在家里吵了一架——搬进来的是谁的预设，吵的又是什么？

（本章只写学术脉络与学派对应，不评价制度，也不替哪一派判输赢。）

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。秦家的老房子装修过三次，每一次都是照着样板间搬的。

第一次是三十多年前，秦老爷子去城里看了一套“欧式”样板间，回来照着做：罗马柱、石膏线、吊顶。施工队是城里请来的，图纸也是人家的。可老房子的梁低，罗马柱顶到了梁，吊顶只好压低，奶奶的神龛没地方放，最后挤在柜子顶上。

第二次是儿子秦大哥结婚，照着厂里分的新楼的样板，统一的格局，统一的家具，统一的墙漆颜色。客厅、卧室、厨房每一间干什么，都是图纸上写好的；用得顺不顺，不是问题，图纸就是标准。

第三次是孙子小秦接手，他上网看了好几家的样板间，有德式的、日式的，也有美式的，挑来挑去，最后照着德式的做了全屋收纳：每样东西都有固定的格子，格子之间有编号。做完以后，小秦和他媳妇吵了一架。媳妇说，你这格子是好看，可咱家人到底怎么过日子，你问过没有？婆婆每天早上在哪儿择菜、孩子在哪儿写作业、爷爷在哪儿晒太阳——这些不在图纸里。小秦说，没有格子，东西就乱；媳妇说，格子再漂亮，人不往里放也白搭。

三次照搬三套样板间，一次家里的争吵。本章讲的中国法学，形状很像这样。

◆ 二、三次继受的出生证

这一章的对象不是单一学派，而是三次整体搬进来的学说。每一次的主角不同，表就按三次来列。

继受	主角	预设的主体属性	预设的客体属性	推出来的做法
清末修律（大陆法系，多经日本转来）	立法者（修律大臣与起草者）	能照着先进国家的法典为本国立法的理性立法者	法是成体系的法典	分编起草刑律、民律、商律与诉讼法
一九五〇年代（苏联法学）	立法者，作为阶级意志的执行者	人首先是阶级的人	法是被奉为法律的统治阶级意志	法的本质论、四要件犯罪构成、国家与法的理论教材
改革开放以后（德日为主，兼及英美）	法官（体系为裁判服务）	依体系推理、受方法约束的法律人	法是可以概念化、体系化的规范	法教义学、民法总则体系、三阶层犯罪论

三次继受起点的 S 都是从外面搬来的一套显露样子，各自织进了制度的不同项：第一次织进**结构**（分编的法典），第二次织进**连接**（法与阶级、国家的关系），第三次织进**次序**与**结构**（概念先后、体系上下）。

◆ 三、意义预设

按本书的读法，第一次继受押的是**自由**与秩序之间的一次挪动：修律要收回治外法权，要让本国法律在外人看来“可以信”，同时触动了以礼教为中心的旧秩序。第二次押在**幸福**上，但那是“阶级的幸福”，自由与创造都从属于它。第三次，法教义学押在**自由**上——裁判受体系约束，才能防止任意，当事人的自由靠可预期的推理来保护；社科法学押在**幸福**上——法要能解决本地的实际问题，让人过得下去。**创造**在三次继受里都很轻，这一点与第 59、60 章接得上。

◆ 四、走的路

第一次：清末修律。 一九〇二年，清廷命沈家本、伍廷芳主持修订法律。此后近十年里，修订法律馆翻译了大量外国法典与法学著作，聘请外国法学家（主要是日本学者，如冈田朝太郎）参与起草，派员出洋考察。《大清新刑律》于宣统二年十二月二十五日（一九一一年一月二十五日）颁布；《大清民律草案》同年修成，未及施行，清朝就亡了。

这一次的走法是典型的 S→D→E：先定一个现成的法典样子（S），再一条一条译、一条一条起草（D），最后才碰到本地的条件（E）。碰到的第一处，就是所谓“礼法之争”：以沈家本、杨度等为一方，主张引进西方法理；以张之洞、劳乃宣等为另一方，主张修律不能离开礼教纲常。争的点很具体，比如子孙违犯教令要不要入罪、无夫奸要不要处罚。这些在样板间里没有，恰是秦家老房子那根顶住罗马柱的梁。民国时期沿着这条路，一九二九年至一九三〇年间分编公布了民法，大体仍是德国、日本、瑞士一系的样子。

第二次：苏联法学。 一九四九年二月，中共中央发出指示，废除国民党的六法全书。一九五〇年代，法学教学大量翻译苏联教科书、聘请苏联法学家来华任教、派留学生赴苏。法理学的核心定义，来自苏联法学家维辛斯基一系的表述：法是被奉为法律的统治阶级意志。刑法学方面，一九五〇年代翻译出版了苏联刑法总论与特拉伊宁的犯罪构成学说，一九五七年的刑法讲义直接采用了苏联的四要件体系。

这一次走的也是 S→D→E，只是 S 换了：“法的本质是阶级意志”先立住，后面的部门法学说都由它推出来。从一九四九年到一九七九年，没有刑法典，刑法学基本以苏联刑法学为模板。

这一次继受与秦家第二次装修最像：图纸就是标准。四要件体系把犯罪拆成客体、客观方面、主体、主观方面四块，四块齐了就是犯罪，四块之间没有先后。它的好处是好教、好记；它织进制度的，是一种“平面”的连接：四个要件并排连着，不分哪一步先审。后来三阶层派批评它，正是批评它没有次序——先看行为合

不合构成要件，再看违不违法，最后看有没有责任，这个先后在四要件里是摊平的。同一个案子，按四要件可以四块一起看，按三阶层要一层一层过关。两套体系的差别，不在结论，而在“次序”这一项上织法不同。

改革开放之初，法学界还有一场常被提起的“法治与人治”讨论，一直延续到八十年代，问的是：治理一个国家，靠一套稳定的法，还是靠人的权威与判断。它和下面要讲的阶级性之争，追问的是同一件事：法到底只是工具，还是有自己的约束力。

第三次：改革开放以后。 一九七七年恢复高考，法学教育随之恢复。一九八〇年，《法学研究》第一期发表文章，质疑法“单纯”是阶级斗争工具，此后几年，学界围绕法的阶级性、社会性、共同性展开了长时间的讨论——这是第二次继受的起点第一次被公开拿来检查。一九八〇年代中期起，日本刑法学先传进来，德国刑法教科书的完整中译本到二〇〇一年才出版；民法学方面，德国潘德克顿的总则体系逐渐成为主流写法。二〇〇三年，陈兴良主编的教科书首次在国内教材中采用三阶层犯罪论体系，二〇一〇年前后，三阶层与四要件之争成为刑法学的大事（第 23 章已写，此处不重复）。

◆ 五、一次内部之争

二〇〇一年，苏力发表文章，把当时中国法学的主要范式分成三种：政法法学、诠释法学、社科法学。按他的划分，政法法学从一九七八年起贯穿八十年代，诠释法学（也就是法教义学）从八十年代中期兴起、九十年代成为主流，社科法学从九十年代中期起步。他更早出版的《法治及其本土资源》（一九九六年），已经把“本地的条件”放到了中心。

到了二〇一三、二〇一四年前后，法教义学与社科法学的分歧公开化，期刊上集中刊发了双方的文章；二〇一四年，武汉还召开过一次以“社科法学与法教义学的对话”为题的学术研讨会。

两派各自的出生证可以这样读。法教义学的主角是法官，预设的主体属性是“依体系推理、受方法约束的法律人”，客体属性是“法是一个自洽的规范体

系”；它从这对预设推出解释方法、请求权基础、犯罪论体系。社科法学的主角更靠近守法人与社会中的人，预设的主体属性是“在具体处境里算计、讲关系、守本地规矩的人”，客体属性是“法是社会事实的一部分，要看它实际怎样运作”；它从这对预设推出田野调查、法经济学、法社会学的做法。

这场争论，很像小秦和他媳妇那一架：一方说没有格子就乱，一方说格子再好也得看人怎么过日子。

两派的走法，也正好是第 3 章那两条起手的路。法教义学走 S→D→E：先找条文与体系（S），再按方法一步步推（D），最后才看案情里的条件（E）。社科法学走 S→E→D：它也有自己的 S——“法是社会事实”——但起手后先看处境里缠在一起的条件（E），再去追法实际走过的路（D）。两条路都从一个预设的 S 出发，区别只在第二步先看什么。所以这场争论吵得再凶，也是同一种依赖里的两条岔路，不是一方有依赖、一方没有。

◆ 六、异象

三次继受，每一次都撞上同一类异象：搬来的 S，与本地的 E 对不上。第一次是礼教与家族；第二次是改革开放后大量涌现的市场关系，阶级意志论推不出合同自由与物权；第三次是法教义学的体系，遇到大量“法律规定得很清楚，实际不这样办”的事，比如乡土社会里的纠纷解决、基层法院的调解。社科法学恰恰是从第三类异象里长出来的。

还有一处异象，发生在立法与法学的接口上。民法典编纂期间，人格权要不要单独成编，学界争得很厉害：一方常以王利明等学者为代表，主张独立成编，理由是人格权在今天的生活里分量太重，散在总则和侵权编里保护不够；另一方常以梁慧星等学者为代表，反对独立成编，理由是人格权是防御性的权利，放进分编会打乱潘德克顿体系“总则—财产—身份”的骨架。这场争论很能说明第三次继受的处境：反对的一方守的是搬进来的样板间的格局，主张的一方要的是本地生活需要的那间房。最后立法选了独立成编（上一章）。

◆ 七、吸收还是分叉

第一次继受，礼法之争的结果是折中：新刑律正文之后附了一份《暂行章程》，把无夫奸入罪、卑幼对尊亲属不得行使正当防卫等照顾礼教的规定放在里面。这件事要分两头读，与第 11 章是同一个读法。对礼教派，这是吸收：以附则保留礼教条款，礼教的要求被改称为“暂行”的例外，属改名一类，礼教的起点不动。对整个中国法学，这是分叉：法理派没有在礼教的起点里补参数，而是另起了一个起点，从此中国法学里有了两个起点并立。第二次继受，在一九八〇年代的讨论里，法的阶级性没有被直接推翻，而是补上了“社会性”“共同性”。这仍是吸收：在原起点旁边加一条，而不是改写起点。

第三次继受里的那场争论，是一次真正的分叉：社科法学不是在法教义学内部补参数，而是另立了一对预设。可它也很快被制度吸收了一部分——法教义学的学者开始承认“后果考量”“社会效果”，社科法学的学者也开始写“教义学可以接受的”经验研究。两派合流的说法很多，但两边的起点都没改：一方仍从体系起手，一方仍从事实起手。用本书的话，这是分叉之后的“同台”。

◆ 八、它看对了什么

清末修律看对了：一国的法要能被外人读懂，才谈得上平等往来，法典是一种可以被读懂的形式。苏联法学看对了一件被后来者常常忽略的事：法不是悬在空中的，它总是和谁写、为谁写连在一起（第 32 章已讲）。八十年代那场关于阶级性与社会性的讨论看对了：一个学说的起点可以被拿出来公开检查，这本身就是法学走向成熟的一步，哪怕检查的结果只是补上一条。法教义学看对了：法官不能不判，判就要有方法，否则每一个判决都只是一次个人意见。社科法学看对了：法在纸上和在地上不是一回事，搬来的格子要被本地的日子检验。

还要补一句。三次继受都带着“先搬再改”的痕迹，可每一次“改”的地方，恰恰就是中国法学自己长出来的东西：礼法之争留下了“法与本地伦理怎样接”的

问题意识；八十年代的讨论留下了“法有没有自己的约束力”的追问；社科法学留下了到基层去看法怎样运作的习惯。这些都不是样板间里带来的。

三次继受、一次争论，加在一起，正好把中国法学从 S→D→E 的单行道，推到了 S→D→E 与 S→E→D 两条路并行的地步。至于能不能再往前走一步，从“判”与“服”之间长出法来，是第 63 章的事。

带走的话

- 中国法学三次整套搬进外国学说：清末的大陆法典、五十年代的苏联法学、改革开放后的德日教义学；每一次都是先立一个外来的 S。
- 每一次都撞上本地的 E：礼教、市场、乡土；旧起点每一次都先吸收，不改起点。清末礼法之争，对礼教派是吸收（以附则保留礼教条款，属改名一类），对整个中国法学是分叉（法理派另起）。
- 法教义学与社科法学之争，是第一次从本地经验里长出来的分叉：一方从体系起手，一方从事实起手。
- 秦家装修的那一架，吵的就是格子与日子谁先。

小账 本章动用：继受、S→D→E 与 S→E→D、改名（暂行章程，对礼教派；社会性、共同性）、分叉（礼法之争，对整个中国法学；社科法学）、同台、连接与结构。

锁定记录：三次外来的起点分别织进法典结构、法与阶级的连接、体系的概念次序；内部之争让两条路并行，但两边的起点都没有改写。

第 十 三 编

横读与解锁

编　序

最后一编横读，给出出路，也算本书自己的账。

本编各章：

- 第 58 章　三张吸收表：洞穴奇案、纽伦堡与墙卫案、9·11
- 第 59 章　近年新东西进来：专利、数据、隐私与平台
- 第 60 章　AI 与法：下一个大异象
- 第 61 章　什么都能吸收，什么都不让吸收
- 第 62 章　什么算疑难案件
- 第 63 章　让法从“判”与“服”之间长出来：D→E→S 的法学
- 第 64 章　按任务选起点：立法、裁判、辩护、调解、教学各用哪一条路
- 第 65 章　让回写改写起点：一个学派怎样真正学习
- 第 66 章　SDE 自己的依赖，与本书的可错条款

前几章把同一批异象摆在几个学派面前，看各派怎样吸收，再回头问什么算疑难案件。第 63 章给出路：让法从“判”与“服”之间长出来；第 64、65 章讲按任务选起点、让回写改写起点；第 66 章落到这套方法自己，把可错条款再写一遍。

第 58 章

三张吸收表：洞穴奇案、纽伦堡与墙卫案、9·11

> 这一章的问题：同一个疑难案件摆在几个学派面前，各派是怎样把它“吃下去”的——吃的手法，有没有一张表能排出来？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。四个驴友——杜哥、柳姐、小罗、甄叔——秋天进山徒步，第二天下午碰上山体滑坡，退路被堵，手机没信号。清点背包，只剩一包压缩干粮，够一个人吃三天，四个人分，每人不到一天。

甄叔年纪最大，有糖尿病，说自己要多吃一点，不然撑不住。小罗最年轻，说应该给体力最好的人，让他翻山去求救。柳姐说平分，谁也不多谁也不少。杜哥一句话没说，他是领队，路线是他定的。

最后他们照柳姐的意思平分了。第五天，救援队找到了他们。下山以后，甄叔的女儿对杜哥很不满，说领队要负责任，路线定得太险；小罗的父母觉得平分是对的；还有人在群里说，要是当时小罗翻山出去了，说不定第三天就得救了。

没有人做错什么违法的事，可四个人心里各有一笔账。要是换一个更极端的版本——干粮也没了，只剩一个人能活——这笔账就成了法学史上最有名的一道题。

先把这四笔账各归各位。甄叔的“需要”是按处境分：谁最缺谁多拿，这是分配正义的老问题（第 8 章）。小罗的“给最能救大家的人”是按后果算：哪种分法活下来的人最多，这是边沁一路的功利计算（第 17 章）。柳姐的“平分”是按规则办：事先没有约定，就按最不引起争议的规矩来，这是实证主义者最喜欢的办法。杜哥的沉默，最像那位不肯下结论的法官：他知道每一种分法都对不起某个人。甄叔女儿事后追责，问的已经不是怎么分，而是“谁该为陷入这种处境负

责”，这又是侵权法的问题（第 40 章）。一包干粮，五种起点，正是疑难案件的样子：不是没有规则，而是每一条规则都能用上，用上了又各自对不住一处。

◆ 二、三张表怎么读

这一章不讲一个学派，而是把三个疑难案件，各摆在几个学派面前，看每一派用三种吸收里的哪一种把它吃下去：**免检**（这不是法律问题，或不归我管）；**改名**（这其实是已有概念的一个特例）；**先验**（按定义就成立，或按定义就不可能）。吃不下的，就分叉。

三张表合成一张：

案子	学派或判法	主角	吸收手法	怎样吃下去
洞穴奇案	首席法官（条文加赦免）	法官	免检	判有罪，宽恕交给行政首长
洞穴奇案	第一位主张无罪者（自然法、目的解释）	法官	先验加改名	洞里是自然状态，本国法不及；或把杀人改看作自卫一类
洞穴奇案	退出者	法官	拒绝吃	不投票
洞穴奇案	第二位主张有罪者（严格实证）	法官	免检	道德不是法官该问的
洞穴奇案	第二位主张无罪者（现实主义）	法官	改名	把法律问题改成常识与民意问题
纽伦堡	国际军事法庭	法官	改名加先验	侵略与反人道罪改称早已存在于习惯国际法；上级命令按宪章不免责
墙卫案	柏林地方法院	法官	先验	思路接近拉德布鲁赫公式：极端不正义的规定不能为杀人开脱
墙卫案	联邦最高法院	法官	改名	不只押超法律的法，更多改说东德法本该按人权友好的方式读

案子	学派或判法	主角	吸收手法	怎样吃下去
墙卫案	联邦宪法法院	法官	先验	极端国家不法，按定义不配受溯及禁止的信赖保护
9・11	行政部门	立法者与执法者	改名	造出“非法敌方战斗人员”，既非罪犯也非战俘
9・11	敌人刑法论	立法者	分叉候选	把一部分人划到“公民刑法”之外
9・11	美国最高法院	法官	回到旧次序	用人身保护令把问题拉回普通法的老路

这张表的每一格，都只是本书的读法。下面一张一张说。

◆ 三、第一张表：洞穴奇案

一九四九年，富勒在《哈佛法律评论》上发表了一个虚构的案件：五名洞穴探险者被困，经无线电得知救援至少还要十来天，靠吃人才能活下去；提议掷骰子的那个人后来反悔，其余人替他掷了，他输了，被杀被吃。四人获救后以谋杀罪被判死刑。救援中还有十名工人死于塌方。上诉到最高法院，五位法官写了五份意见。

首席法官认为条文清楚，应维持有罪，但建议法院一同向行政首长请求宽恕。这是一次“免检”：难题被推到法院外面，法律本身不需要检查。第一位主张无罪的法官说，他们在洞里时已不在本国法的管辖里，处于自然状态；即便不这么看，按立法目的读，处罚他们也起不到威慑作用。前一半是“先验”，按定义法不及；后一半是“改名”，把杀人改看成类似自卫的例外。第二位主张有罪的法官说，道德考虑与适用条文无关，法官要尊重条文和分权，这又是一次“免检”。第二位主张无罪的法官以常识和民意为据，他提到绝大多数民众主张宽大——这是把法律问题“改名”为民意问题。

最耐人寻味的是那位退出的法官。他在同情与厌恶之间来回，驳了主张无罪的理由，却得不出相反的结论，最后不参加表决。他是这张表里唯一拒绝吸收的人。可他一退出，二比二平票，按规矩维持原判，被告还是要被判死刑。法官可以拒绝

下结论，制度不会拒绝：平票维持原判，是写在“次序”里的一条规矩。这就是法学必须判的另一种样子——人不判，结构替你判。

一九九八年，萨伯出版了《洞穴奇案：九份新意见》，用更晚近的学派各判一遍；据统计，在原文发表后的五十年里，别的作者还续写过二十多份判词。一个虚构的案子能被不断续判，说明的正是判词二：起点改不动，异象只会被不同的学派用不同的手法吃下去。

用 S、D、E 来看，洞穴奇案难在哪里，就很清楚了。S 是那条谋杀罪的条文，清清楚楚，没有例外；D 是洞里一天一天走过的路：被困、联络、得知时间、提议、反悔、掷骰；E 是缠在一起的条件：饥饿、救援的代价、十名工人的死、掷骰时的同意与反悔。条文这一端（S）一点不含糊，案情那一端（D 与 E）也一点不含糊，难就难在两端合不上。五位法官，有人只看 S，有人先看 E，有人把 E 搬到法外，有人把 E 交给民意，有人在 S 与 E 之间站不住。他们的分歧不在事实，而在起手的那一步。

◆ 四、第二张表：纽伦堡与墙卫案

一九四五年八月八日，同盟国在伦敦签署宪章，设立国际军事法庭。审判从一九四五年十一月二十日开始，一九四六年十月一日宣判，二十二名被告受审，十二人被判死刑，三人无罪。

被告方的两个主要抗辩，正好落在法学两个老起点上。一个是“法无明文不为罪”：侵略战争在当时并没有明文规定为个人要负刑责的罪。法庭的回答，是说这些罪名在习惯国际法里早有根据——这是“改名”：新的东西被改称为旧的东西。另一个是“奉命行事”：宪章事先就规定，依政府或上级命令行事不能免责，最多可以减刑。这是“先验”：按定义，这条抗辩不成立。

近半个世纪后，同样的问题在德国又来了一次。两德统一后，柏林墙边向越境者开枪的东德边防士兵与下令者被起诉。他们的抗辩是：按当时东德的边境法，开枪是有依据的。

三级法院的吃法各不相同。柏林地方法院的初审判决，思路接近拉德布鲁赫公式（第 31 章）：制定法与正义的冲突到了不可容忍的程度，就不能拿来为杀人开脱。这是最干脆的“先验”。联邦最高法院在一九九二年十一月三日的判决里，却没有把理由只押在这个公式上，而是更多引用国际人权法，并主张对东德法本身做“人权友好”的解释——当时的边境法条若照这样读，本来就不能为杀人开脱。这是一次精细的“改名”：少说“超法律的法”，多说“你自己的法本该这么读”。后来有学者批评，这份判决没有讲清它到底靠的是国际法，还是超法律的正义；到一九九五年的另一份判决里，联邦最高法院才明白援用了公式的思路。一九九六年十月二十四日，联邦宪法法院驳回了宪法诉愿，认为德国基本法禁止溯及处罚的保护，在极端的国家不法面前要让步。二〇〇一年三月二十二日，欧洲人权法院也驳回了几名前东德领导人的申诉。

把纽伦堡和墙卫案放在一张表上，是因为它们是同一道题的两次出现：当一国的实定法本身要求或允许做极端不正义的事，后来的法院凭什么判？纽伦堡面对的是一个已经覆灭的政权，审判者是战胜国组成的法庭；墙卫案面对的是一个已经并入的国家，审判者是统一后的本国法院。前者可以把根据放到国际法里，后者却要在自己的宪法框架里回答“溯及既往”的难题，所以后者的吸收要精细得多。

同一个异象，三级法院三种吃法；而且越往上，越不愿意明说自己用了自然法。这说明实证主义的起点在德国是怎样深地织进了“次序”里：即便要越过它，也尽量绕着走。

◆ 五、第三张表：9・11

二〇〇一年九月十一日之后，美国很快通过了爱国者法（下编第 93 章）。在这里只看一件事：抓到的人算什么。

如果算罪犯，就要走刑事程序；如果算战俘，就要按日内瓦公约对待。行政部门的办法，是造出第三个名字——“非法敌方战斗人员”，既不是罪犯，也不是战俘，关在关塔那摩。这是最典型的“改名”：异象被安进一个新造的格子，原来的两套规矩都可以不用。

德国刑法学者雅各布斯早在一九八五年就提出过“敌人刑法”这个说法：对拒绝法秩序的人，国家可以不再把他当公民对待。他起初说自己只是在描述现有做法；后来批评者认为他走到了主张这一边。二〇〇一年以后，这个说法被频繁拿来讨论关塔那摩一类做法。它是这张表里唯一的分叉候选：不是在原来的刑法里吃下异象，而是另开一套刑法。

美国最高法院的路，则是把问题拉回最老的次序。二〇〇四年的拉苏尔案、哈姆迪案，二〇〇六年的哈姆丹案，二〇〇八年六月十二日的布迈丁案（五比四），一步步确认关塔那摩的被关押者可以向美国法院申请人身保护令，二〇〇六年军事委员会法里限制这一点的条款违宪。人身保护令是普通法里最古老的程序之一。新异象来了，法院没有造新概念，而是把旧程序往外延伸了一段。这同样是一种吸收：起点不动，旧次序扩大。

同一时期，英国的贝尔马什案（下编第 96 章）、德国的航空安全法判决（下编第 98 章），各自在本国的制度依赖里吃下了同一个异象，此处不展开。

◆ 六、三张表合起来看出什么

第一，免检、改名、先验三种手法，在真实与虚构的案子里都齐了，而且同一个法庭可以同时用两种。第二，越是制度依赖深的地方，法官越倾向“改名”，而不是“先验”：改名可以不惊动起点。第三，真正的分叉很少，敌人刑法是一个，它至今仍是争议，没有成为哪一国的正式体系。第四，拒绝吸收的人（那位退出的法官）并不能让判决消失——制度里写好的次序会替他判。

第五，三张表里的吸收，都发生在“法学必须判”的压力下。洞穴里的四个人要等判决才知道生死；纽伦堡的被告、墙卫案的士兵、关塔那摩的被关押者，都等着法院说一句话。经济学家可以说“这个现象有待研究”，法官不能。正因为必须判，吸收才成了常态：改写起点要时间，判决等不起。这也解释了为什么第 62 章要专门讨论“什么算疑难案件”：一个案子算不算难，往往不是案子本身决定的，而是看哪个学派的起点接不住它。

回到山里那四个人。他们平分了干粮，第五天获救，这件事在法律上不难。可只要把干粮再减一半、把救援再推迟几天，平分就会让四个人都活不下来，这时柳姐的规则、小罗的算计、甄叔的需要，就会各自变成一份判决书。疑难案件不是另一类案件，而是日常案件被推到边上的样子。

◆ 七、它看对了什么

这些吸收不全是遮掩。免检有时是对分权的尊重；改名常常是让判决在本国体系里站得住的唯一办法；先验在纽伦堡和墙卫案里守住了一条底线。本章的意思不是“吸收就是错”，而是：每一次吸收，都让学派的起点又少了一次被检查的机会。

> 带走的话
>
> - 同一个疑难案件，各学派用免检、改名、先验三种手法把它吃下去；真正的分叉极少。
> - 洞穴奇案里那位不投票的法官提醒我们：人可以不判，制度会照次序替你判。
> - 墙卫案里，越往上的法院越不愿明说自然法，改名比先验更不惊动起点。
> - 9·11 之后，“非法敌方战斗人员”是一次新造格子的改名，法院则用最老的人身保护令把问题拉回旧次序。

小账 本章动用：三种吸收、分叉、法学必须判、次序（平票维持原判、溯及禁止、人身保护令）、拉德布鲁赫公式。

锁定记录：实证主义的起点在德国被织进溯及禁止与体系次序，法院宁可改名不肯明说越过；普通法的起点在美国被织进人身保护令这一老程序。

第 59 章

近年新东西进来：专利、数据、隐私与平台

> 这一章的问题：法学的各个起点都是在“物”和“人”都看得见的年代立下的，看不见、摸不着、又能无限复制的新东西进来时，它们怎样把它装进旧格子？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。沈阿姨的儿子去年因病去世，三十岁出头。儿子生前用一个网盘存了十来年的照片：小时候的、大学的、工作以后出去旅行的，还有几百张和女朋友、朋友们的合影。网盘是会员账号，每年自动续费。

沈阿姨想把照片下载下来。她不知道密码，打电话给网盘客服。客服说，按用户协议，账号仅限本人使用，不得转让，需要提供死亡证明、亲属关系证明等材料，再走内部审核。沈阿姨又听亲戚说，照片是遗产，应该归她；可儿子的女朋友也来问，能不能把她们俩的合影删掉，她不想让别人看到；儿子的一位大学同学则说，里面有他们那几年做的一个小程序的设计稿，是几个人一起做的。

沈阿姨不懂这些，她只想要那张儿子五岁时在公园里骑小木马的照片。那张照片原来冲洗过一份，放在老相册里，搬家时弄丢了。纸质的那一张，她从来没想过“归谁”的问题——它就在她家的抽屉里，是她的。可同一张照片，换成网盘里的一串数据，就隔着一份她没签过的协议、一个她不知道的密码、一家远在别处的公司。

一个网盘，牵出四个问题：这些照片是“东西”还是“人”的一部分？网盘公司和儿子之间的那份协议，人死了还算不算？合影里的别人有没有份？一起做的设计稿，又归谁？

◆ 二、新东西的出生证

这一章的对象不是单一学派，而是几类新东西各自碰上了哪个旧起点。按旧格子排，大致是：

新东西	被装进的旧格子	那个旧格子的主角	旧格子预设的客体属性	推出来的做法
数字遗物与数据	物权与继承	立法者与法官	法管的是“有体之物”和能转移的权利	把数据比作物、比作书信日记，按遗产处理
个人信息与隐私	人格权	法官	人有一块不被打扰的领域	同意、删除、近亲属保护
新发明（含机器生成的）	专利与著作权	立法者	发明人与作者是自然人	登记、授权、保护期
平台规则	合同	守法人（用户）	规则是双方自愿签的约	格式条款审查、消费者保护

起点的 S，是“法的对象要么是物，要么是人”这一二分。它织进了制度的**结构**：物权编、人格权编、知识产权法分立；也织进了**连接**：谁和谁之间有法律关系，原先只看物的归属与人的身份。

◆ 三、意义预设

物权与继承押在**自由**上（财产自由处分、继承自由）；人格权押在**幸福**上（人的尊严、生活安宁）；专利押在**创造**上——这是本书前面很少见的一维，在法里最早成型的创造，就是专利。平台合同名义上押在**自由**（订约自由），实际运作里押的是效率。新东西进来，常常同时碰上两三维，于是一个网盘的照片，可以同时被读成自由的问题、幸福的问题和创造的问题。

◆ 四、走的路

数据与数字遗物。 德国联邦最高法院在二〇一八年七月十二日判过一件几乎和沈阿姨一样的案子：一位十五岁女孩二〇一二年因地铁事故身亡，她的母亲想进入女儿的社交网络账户，看看女儿生前有没有轻生的念头，也为了应对司机可能提起的索赔。平台已把账户设为“纪念状态”，不能登录。法院判母亲胜诉，理由是：用户协议按概括继承转给继承人；继承法对纸质的日记和私人信件本来就当遗产处理，数字内容没有理由区别对待；与女孩聊天的另一方，也不能指望只有账户主人能看到这些内容。

这是一次教科书式的“改名”：把数字账户改称为“合同关系”，把聊天记录改称为“信件”，异象就落进了旧格子。值得注意的是这件案子在下级法院曾经翻过一次：一审支持母亲，二审改判驳回，理由正落在通信秘密与对方的隐私上；到了联邦最高法院才又判回去。同一个异象，三级法院在“合同的继承”和“第三人的隐私”两个旧格子之间来回放，最后落在了前一个格子里。

如果把沈阿姨的案子放到第四编那几个学派面前，各自会怎样起手，也不难想。概念法学（第 18 章）会先问：照片在法律上是什么？是物、是权利、还是人格利益？定了性，结论就推出来了。利益法学（第 25 章）会先问：母亲想留念、女朋友想保密、同学想要回设计稿、平台想省事，这几种利益怎么排？法经济学（第 37 章）会问：让平台事先在注册时就让用户选“身后怎么处理”，是不是成本最低的办法？三个学派三个起点，没有一个是错的，可三个起点推出的，是三份不一样的判决。

中国走的是另一条路。民法典第一百二十七条把数据和网络虚拟财产放进总则，但只写“依照其规定”。二〇二一年的个人信息保护法第四十九条规定：自然人死亡的，近亲属为了自身合法、正当利益，可以对死者的相关个人信息行使查阅、复制、更正、删除等权利，死者生前另有安排的除外。二〇二二年十二月，中央发布关于构建数据基础制度的意见，提出数据资源持有权、数据加工使用权、数

据产品经营权分置的产权框架。这三步合起来看，立法者没有把数据硬塞进“所有权”，而是在旁边另搭了一套格子。

隐私。 隐私权在法学里本身就是一次分叉。一八九〇年，美国两位律师沃伦与布兰代斯在《哈佛法律评论》上发表文章，起因是快照相机和小报：旧的诽谤法、财产法都接不住“被人拍了登出来”这件事，于是他们主张人有一项“不被打扰”的权利。新技术进来，撑开了一个新格子。一百多年后，欧洲法院二〇一四年五月十三日在谷歌西班牙案中确认，个人可以请求搜索引擎删除某些关于自己的链接，后来通称“被遗忘权”；欧盟《通用数据保护条例》二〇一六年通过、二〇一八年五月二十五日施行。中国民法典则在人格权编里给隐私下了定义：私人生活安宁，以及不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息；又把个人信息单列出来，与隐私并排。

隐私这条线的走法很有意思。它先从财产与名誉的旧格子里分出来（一八九〇年），一百多年里一直被当作人格的一部分；到了数据时代，个人信息又从隐私里分出来，有了“处理者”“同意”“删除”这一整套新词。每一次分出来，都是因为一种新技术让旧格子装不下了：先是相机和报纸，后是数据库和搜索引擎。法学在这里的表现，不是“什么都吸收”，而是真的分了两次叉。

专利与机器生成物。 专利是法律里最早把“创造”当作保护对象的格子。一四七四年威尼斯的专利法令、一六二四年英国的垄断法规，常被当作现代专利制度早期的两块界碑：它们的预设是，给发明人一段时间的独占，换他把发明公开出来。这一对预设——发明人是要被激励的个人，发明是可以登记、可以公开的东西——五百年来没有大变。一九八〇年，美国最高法院在查克拉巴蒂案里判定人造的活细菌可以申请专利（下编第 70 章），这是“东西”一端第一次被大幅扩开：活的也可以是发明。

专利法的起点预设发明人是人。二〇二〇年代，有人把一个人工智能系统列为发明人去申请专利，在多国被拒；英国最高法院二〇二三年十二月判决，发明人必须是自然人。这是“先验”：按定义，机器不能是发明人。著作权这边，北京互联网法院在二〇二三年十一月判了一件用开源模型生成图片的案子，认为原告在提示

词与生成过程中有独创性的智力投入，图片构成作品，原告享有著作权。这条路是“改名”：把机器生成改看作人借工具创作。这两案在附录一第六节还会从“意义的接口”再读一次，这里只看吃法。

两处的吃法放在一起看：专利那边说“机器不能是发明人”，著作权这边说“用机器的人可以是作者”。一个守住了人这一端，一个把机器归到工具那一端，起点都没动。可如果有一天，人在生成过程中的投入少到只剩按一下按钮，这两种吃法就会撞在一起：作品还是作品，作者却找不到了。

平台。 中国二〇一八年通过了电子商务法，平台经营者的责任有了专门的规定。平台规则在法学里被装进“格式条款”这个旧格子，按合同审。网盘协议里那句“账号不得转让”，在德国那件案子里被认为是可以审查的条款。可平台规则管着几亿人，改一次比许多法律修订影响还大，它到底是合同、是法，还是第三种东西，这个问题本章只提，留给附录一。

◆ 五、异象

沈阿姨的网盘把四类新东西压在了一处，旧格子之间的缝就露出来了。照片若是遗产，女朋友要删合影就是侵犯沈阿姨的财产；照片若是人格的一部分，沈阿姨下载就要过“死者生前另有安排”这一关；设计稿若是几个人的共同作品，网盘里存着的那一份又只在儿子的账户下。这不是哪一条法写错了，而是“物与人二分”这个起点，碰上了一个同时是物、是人、是作品、是合同的东西。还有一层：那张骑小木马的照片，纸质的时候只有一份，数据的时候可以复制无数份。旧法里“归谁”的问题，预设东西只有一份、给了你就不在我这儿；可数据给了沈阿姨，网盘里照样还在，女朋友手机里也许也有。复制不减少，这件事本身就让“归属”这个旧问题问得有点不对路。

◆ 六、吸收还是分叉

物权与继承的起点，吸收用的是改名：数据像书信、账户像合同。人格权的起点，吸收用的是“扩格”：隐私里再分出个人信息，个人信息里再分出死者的个人

信息。专利的起点用先验：发明人按定义是人。数据产权的“三权分置”，则介于改名与分叉之间：它不叫所有权，绕开了物权编，可又没有说数据是一种全新的法律对象。

回到沈阿姨。按现在的几条线，她大概可以这样走：作为近亲属，依个人信息保护法请求查阅、复制儿子的相关个人信息，除非儿子生前另有安排；女朋友若主张合影涉及她自己的隐私和个人信息，可以就她自己那一部分提出请求；同学的设计稿，则要按著作权里合作作品的规则另算。三条路，分别走在三个旧格子里，彼此之间没有一条总的规矩把它们连起来。这正是制度依赖在“连接”一项上的样子：每一个格子都连着自己的主角，格子与格子之间却没有连接。

真正的分叉，在这一章里只有隐私权的出生那一次。一百多年后，个人信息保护正在成为第二次：它已经有了自己的法律、自己的监管机构、自己的一套权利清单，越来越不像人格权的一个分支。数据产权若真的走出“三权分置”的格子，长成一类既不是物、也不是人格的法律对象，那会是第三次。这一点还要看后来的实践记录，本书不替它下判断。

◆ 七、它看对了什么

改名让法院能马上判：德国那位母亲没有等立法，就拿到了女儿的账户。法官不能对一个悲伤的母亲说“这个问题有待立法”，改名是法学必须判的时候手边最近的工具；把数字内容比作书信日记，也确实说出了一件真事——它们在人心里的位置，本来就差不多。先验守住了“负责任的是人”这条线：机器不能做发明人，至少意味着出了问题有人可找。另搭格子让立法者不必在一个旧概念上硬撑：个人信息保护法第四十九条那一句“死者生前另有安排的除外”，等于把决定权交还给本人，这比在法院里争“照片是物还是人格”省事得多。隐私权的分叉提醒我们：新技术不只带来新东西，也会撑开新权利。沈阿姨若早知道这些，也许会在儿子生前就跟他说一句：网盘里的东西，你想留给谁？

带走的话

- 法学的旧起点是“物与人二分”；数据、照片、账户、机器生成物，偏偏同时是物、是人、是作品、是合同。
- 德国的数字遗物案用改名吃下了异象：账户是合同，聊天是信件。
- 中国的做法是先在总则里挂一个格子，再用个人信息保护法与数据制度另搭一套。
- 专利用先验守住“发明人是人”；隐私权则是新技术撑开的一次真正的分叉。

小账 本章动用：改名（数据如书信）、先验（发明人须为自然人）、扩格、分叉（隐私权、个人信息）、连接与结构、创造一维。
锁定记录：“物与人二分”这一起点被织进物权编、人格权编、知识产权法的分立结构；新东西进来，先找最近的旧格子。

第 60 章

AI 与法：下一个大异象

> 这一章的问题：当机器开始识别人、预测人、替人写判决的样子，各个法学学派会怎样把它吃下去？

（本章只写各学派怎样吸收；法学可能的出路，留给附录一。）

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景。一个新小区装了人脸识别门禁，刷脸进门。住在七号楼的邝老伯七十多岁，那天戴着口罩和帽子去买菜，回来刷了三次都不开，第四次，门禁屏幕跳出一行红字：“非本小区人员”。保安小祁过来，看了一眼后台，说系统把他认成了另一个人——上个月因为在楼道里贴小广告被物业录进“重点关注名单”的人。小祁让邝老伯摘了口罩再刷，还是不行。最后是邝老伯的邻居下楼来作证，才放他进去。

邝老伯气得两天没睡好。他问了三个问题：机器认错了，谁来道歉？那个名单是谁定的，怎么把我弄进去的？我不想刷脸，能不能不刷？

后来才弄清楚，那份“重点关注名单”是物业的一位前任主管建的，几张从监控里截下来的模糊照片，没有姓名，也没有通知任何人；系统每次比对，阈值设得偏低，宁可多拦，不可漏放。邝老伯那天戴着口罩，露出来的眉眼和名单里那张照片有几分像。

物业说，门禁是厂家的，算法是厂家的；厂家说，识别率在合同约定的范围之内；保安说，我只是按屏幕上的字办事。三个人都没错，可邝老伯被拦在了自己家门口。

◆ 二、这个异象的出生证

AI 不是一个学派，而是一个所有学派都要面对的异象。它的特别之处在于：它同时冲着法学的三个主角来。

被冲击的主角	原来的预设	AI 带来的东西	各学派最可能的吃法
守法人	守法人是能被认出、能为自己行为负责的人	被机器认错、被机器归类	改名为“产品缺陷”或“个人信息处理”
执法者	执法者看见、判断、负责	执法者只照屏幕办事	免检：“机器只是工具”
法官	法官给出理由并为判决签字	机器给出判决的样子，给不出签字的人	先验：“裁判按定义只能由人作出”

起点的 S，是“法律关系的两端都是人”。这对预设织进了制度的**连接**：谁对谁负责，原先只要找人。

◆ 三、意义预设

AI 进入法，各学派的意义押注也被拉开。法经济学押**幸福**的效率版本：误认率、成本、谁能最便宜地避免损失。自然法与人格尊严一派押**自由**：人不能被机器处置。福柯与批判法学一派押的也是**自由**，只是它们担心的不是“被处置”，而是“被看见、被归类”。还有一维此前在法学理论主流里很轻，就是**创造**：机器生成的东西归谁、谁能从中受益，这件事在实践里已经进了法（上一章），在理论里还没有自己的学派。

◆ 四、走的路

实证主义：机器是工具，责任在人。 实证主义的老办法是“找规则、找人”。门禁认错人，按这个起点，就是物业或厂家的责任问题，机器本身不在法的视野里。中国最高人民法院二〇二一年发布、同年八月一日施行的人脸识别司法解释，走的就是这条路：它没有讨论算法本身，而是规定，物业服务企业以人脸识别

作为业主出入的唯一验证方式，业主不同意、请求提供其他合理验证方式的，法院依法支持；在公共场所违法使用人脸识别、未取得单独同意处理人脸信息的，构成侵害人格权益。邝老伯问的第三个问题——能不能不刷——在这里有了答案。机器被“免检”，问题被翻译成人与人之间的合同和侵权。

杭州有一件先例：一位动物园年卡持有人因不同意园方改用人脸识别入园而起诉，二〇二一年四月九日杭州中院二审，判园方删除他提交的面部特征等信息并赔偿合同利益损失。法院没有回答“人脸识别该不该用”，只回答了“你和他的合同怎么算”。

现实主义：法就是对法院会怎么做的预测。 霍姆斯一八九七年把法说成对法院实际会怎样做的预测（第 26 章）。算法判决预测恰好把这句话做成了产品。按这个起点，AI 不是异象，而是现实主义的实现——这是一次“先验”式的吸收：按定义，预测得准的就是法。可问题跟着来了：二〇一六年美国威斯康星州最高法院的卢米斯案里，法官量刑时参考了一个商业风险评估工具的评分，被告质疑他无法知道那个评分是怎么算出来的；法院维持了判决，但要求使用时附上警示。预测一旦被用来判，就回写了被预测的人。这一层，附录一再讲。

程序主义（富勒）：法要公开、可理解、可遵守。 富勒的法的内在道德（第 34 章）要求规则公开、清楚、不自相矛盾。一个守法人看不懂、也无从得知的算法，从这个起点看，直接违反了“可理解”。富勒派不必改起点就能批评 AI，它的吃法是“改名”：把算法看作一种规则，再拿规则的八条要求去审它。

原则派（德沃金）：判决要有理由，要能放进整全的故事里。 机器可以给出看起来像判决的文字。二〇二三年，美国纽约南区联邦法院的马塔诉阿维安卡案里，律师提交了由聊天机器人生成的、根本不存在的判例，被法院处以罚款。德沃金一派会说，这件事证明机器给不出“理由”，只给出理由的样子。这是“先验”：裁判按定义需要一个能对整全性负责的人。

法经济学：误认是一种成本。 邝老伯被拦，在法经济学看来是一次“假阳性”，要问的是：谁能用最低的成本避免它？是厂家调高阈值、物业准备第二种验

证方式，还是住户摘口罩？二〇二〇年，美国底特律一名男子罗伯特·威廉斯因面部识别误认被捕；二〇二四年和解时，底特律警方承诺不再仅凭面部识别结果抓人。这是把异象“改名”为成本分配：只要再加一道人工核对，错误率降下来，问题就算解决。

新分析法学（哈特）：规则要有人从内部接受。 哈特区分了两种看规则的方式：从外面看，只看到人们大体这样做；从里面看，是把规则当作自己行动的理由，违反了会心虚（第 33 章）。保安小祁照屏幕办事，恰好站在两种看法的缝上：他执行了规则，却没有从内部接受任何规则——他接受的是一行字。机器本身更没有“内在观点”可言。哈特一派会怎么吃？最可能的是“改名”：把算法的输出看作一种“事实”，规则仍然在人那里，由保安按规则去核实这个事实。这和底特律的整改方向一致：算法只给线索，判断还要人来做。

福柯与规训：门禁本身就是权力的装置。 福柯一派不会先问“认错了谁赔”，而会先问：为什么一个小区要把每个人的脸都录进去？“重点关注名单”是谁定的、依什么定的？在他们看来，人脸识别门禁是第 44 章那套打卡与摄像头的延长：规训不靠惩罚，靠的是让人习惯被看见。这一派对 AI 的吸收是“先验”的：按定义，这是规训的又一种技术，不需要新理论。邝老伯的第二个问题——名单是谁定的——在这一派那里是第一个问题。

批判法学与身份法学：中立的外表下面是谁。 识别率在不同人群之间并不一样，这一点在美国已有大量讨论。批判法学（第 42 章）与批判种族理论（第 43 章）会把门禁看作那份“看起来中立的格式合同”的新版本：形式上对所有人一样，结果却对某些人更容易出错。这一派的吃法也是“先验”：算法偏见是结构性偏见的又一个实例。

系统论（卢曼、托依布纳）：算法是又一个自我指涉的系统。 系统论一派会把门禁系统看作一个只认自己数据的系统，就像第 41 章那个只认表格的教务系统。法律系统与算法系统之间的“结构耦合”，成了它的吃法。它不必改起点，只需在系统清单上再加一个。

◆ 五、异象

还要说明一点：同一派的吃法，会跟着异象落在哪个主角身上而变。附录一第一节换了一个对象，看的不是门禁认人，而是机器写出判决书的样子；在那里，实证一路不再说“机器只是工具”，而是按定义说它的输出不是法，法经济学也不再算误认的成本，而是把“谁签字”当作一个可以定价的风险推开。手法随对象变，起点却一个没动，这正说明吸收是起点对异象的应对，不是学派固定的脾气。本章只看门禁这一面的吃法，出路留给附录一。

这些吃法各有道理，却都绕过了同一个地方：门禁上那行红字没有一个人签过字，这碰的不是某一个学派，而是所有学派共同的起点“法律关系的两端都是人”；签字为什么要紧、“判”与“服”怎样从这里被拆开，见附录一第一节。

邝老伯的三个问题，正好对着三个主角。“谁来道歉”问的是守法人那一端：被认错的人，要找一个能为错误负责的人。“名单是谁定的”问的是执法者那一端：把一个人放进名单、让屏幕弹出红字的那个决定，是谁做的。“能不能不刷”问的是立法者那一端：一个小区的出入规则，能不能把一种技术定成唯一的门。三个问题里，只有第三个在中国已经有了明确的规则答案；前两个，每一派都能讲出一套，却都要先找到一个“人”，才能讲下去。

用 S、D、E 看，异象的形状更清楚。S 是“谁对谁负责”的那张连接图，每一条线的两头都是人。D 是邝老伯那天下午走过的路：刷脸、失败、红字、保安、邻居作证。E 是缠在一起的条件：口罩、帽子、光线、算法阈值、名单的来路、合同里的识别率。以前的疑难案件，难在 S 与 D、E 合不上；这一次，D 与 E 里多出了一个不在 S 里的东西——那个做了判断、却不在任何一条连接线上的算法。

◆ 六、吸收还是分叉

目前看到的，几乎都是吸收。实证主义免检，把机器当工具；现实主义先验，把预测当法；富勒派与原则派各用改名与先验来批评；法经济学改名为成本；系统论改名为又一个系统。立法层面，欧盟二〇二四年的人工智能法按风险给机器分级

（下编第 118 章），中国的生成式人工智能服务管理暂行办法二〇二三年八月十五日起施行，走的也是“把机器装进分级与许可的旧格子”的路。

吸收得这样快，有一个原因：每一个吸收，都让法官明天就能判。邝老伯若真去起诉，法院不会等法学界想清楚“算法是什么”，而会用人脸识别司法解释和侵权责任的旧条文，把物业和厂家之间的账算清楚。按本书的读法，这件事在法院里多半会被拆成三张旧表：物业与业主之间，是物业服务合同；厂家与物业之间，是买卖或技术服务合同；邝老伯与那份名单之间，是个人信息的处理。三张表各自都算得清，每一张都是一次改名；可算法夹在三张表的缝里，哪一张表上都没有它自己的名字。法学必须判，于是新异象总是先被最近的旧格子接住，接住以后，就很少有人回头问那个格子本身还合不合用。这正是判词二在 AI 面前的样子：起点改不动，吸收一次比一次熟练。

真正的分叉还没有出现，但它的形状已经能看出一点：有人主张给某些 AI 系统某种法律地位，也有人主张，凡是机器参与的决定，都必须有一个人为它签字。前者改写“主体”，后者改写“次序”。两条路都还在争论里，本书不替它们下判断。

这两条路放回邝老伯的门口各要付什么代价、与“判”和“服”怎样相关，留给附录一第一节与第七节去讲；本章只记一句：它们碰到的，是所有学派共有的那块地基，本书称它为“下一个大异象”，原因就在这里。

◆ 七、它看对了什么

每一种吸收都抓住了一块真东西。实证主义抓住了：总得有人负责。现实主义抓住了：法确实活在实际的判决里。富勒抓住了：看不懂的规则不是好规则。德沃金抓住了：理由不能被样子替代。哈特抓住了：照着一行字办事，不等于接受了一条规则。福柯抓住了：先问为什么要看，再问看错了怎么办。批判法学抓住了：中立的外表下可能有不中立的结果。法经济学抓住了：错误可以减少，减少有成本。系统论抓住了：机器自有它的逻辑，硬塞进人的框架会走样。邝老伯的三个问题，每一派都能回答一个，没有一派能三个都答。

带走的话

- AI 不是某一个学派的异象，而是所有学派共同起点——“法律关系两端都是人”——的异象。
- 实证主义免检，现实主义先验，富勒派与原则派批评，法经济学改名为成本，系统论改名为系统；目前几乎全是吸收。
- 门禁上那行红字没有人签字：这是各派都接不住的地方（附录一第一节细说）。
- 出路怎么走，交给附录一。

小账 本章动用：三个主角同时被冲击、免检、改名、先验、连接（谁对谁负责）、创造一维、回写（预测回写被预测的人）。

锁定记录：“法律关系两端都是人”这一共同起点，被织进责任的连接与判决的签字；AI 进来，各派先在旧连接上加一道人工核对。

第 61 章

什么都能吸收，什么都不让吸收

> 这一章的问题：一个学派吸收得太多和一点也不让吸收，为什么是同一种毛病的两头？

◆ 一、日常主例

这是我构想的一个摄影兴趣群，三百来人，群主姓罗，五十出头，退休前在印刷厂管排版。

罗群主做事细。建群第一天，他就在群公告里立了七个分类：风光、人像、街拍、花鸟、器材、后期、活动。每条发言，他都要在后面回一句“已归入某某类”。起初大家觉得挺好，有条理，翻记录也方便。

麻烦是慢慢来的。有位姓韩的会员发了一组手机拍的菜市场，问：这算街拍还是算静物？罗群主回：归入街拍。又有人发了一张孙子的满月照，罗群主回：归入人像。有人抱怨群里的器材广告太多，罗群主回：归入器材类，属于器材讨论的一种。再后来，有人提议把每月一次的外拍改成线上点评，因为腿脚不好的老会员去不了。罗群主想了想，回：归入活动类，属于活动形式的意见。

半年下来，群里没有一条意见是“归不进去”的。可群也没有什么变化：七个分类原封不动，外拍照旧每月一次，器材广告照旧。有意见的人慢慢不说了，因为不管说什么，都会被放进一个已有的格子里，然后就没有下文。

群里另有一位管理员，姓郝，做法正相反。凡是他判断不属于摄影的帖子，一律删掉，理由只有一句：与本群主题无关。满月照删，菜市场那组也险些被删，因为“这是手机拍的，不算摄影”。郝管理员管的那几天，群里干净得很，可也安静得很。

一个什么都收，一个什么都不收。看上去是两种脾气，其实是同一件事：群的那七个格子，没有一次被来的东西改过。

◆ 二、两种闭合

前面五十多章，我们一直在看学派遇到异象时怎样吸收：免检、改名、先验，或者分叉。吸收的意思是：异象进了门，但被改成了起点能容纳的样子。

这一章要把吸收推到两个极端去看。

一头是什么都能吸收。来什么都有现成的格子，没有一件事能成为异象。罗群主就是这一头。他的分类不是不灵，而是太灵：灵到任何一条意见都碰不到它的边。

另一头是什么都不让吸收。不是把异象改个样子收进来，而是根本不让它进门：判它不属于本学科、不属于本学派的问题范围。郝管理员就是这一头。被删掉的帖子没有被改写，它只是被宣布为“不归我管”。

这两头的共同点，用 S、D、E 来说最清楚。学派以一个预设的 S 起手；异象是 D 与 E 对不上的地方，也就是走过的路和缠着的条件起了冲突。正常的吸收，好歹承认这里有个冲突，再想办法抹平。两个极端都不承认冲突：前一头说冲突本来就在我的格子里，后一头说冲突本来就不在我的地界上。冲突不被承认，起点就没有机会被碰到。我把这叫作两种闭合。

◆ 三、法学里的“什么都能吸收”

法学里有没有罗群主？有，而且往往是很有力量的学派，正因为有力量，才收得下一切。

拿法经济学的强版本来说（第 37、38 章）。如果把一切法律问题都读成成本与收益的安排，那么一个判决合乎效率，是效率的证据；一个判决不合效率，可以说是交易成本太高、信息不全，或者法官算错了账，仍然是效率框架里的一件事。到了这一步，没有哪个判决能让这个起点为难。这不是说法经济学错了，它的很多

分析很见功夫；而是说，当它的强版本宣布“一切都可以这样读”的时候，它就站到了罗群主那一头。

批判法学的强版本（第 42 章）是另一个例子。如果“法就是政治”被当作一句不可能错的话，那么一个判决偏向强者，是证据；一个判决偏向弱者，可以说是统治者的让步，或者是为了维持合法性的姿态，仍然是证据。正反都是证据，这句话就不再碰得到现实。

系统论（第 41 章）也可能走到这一头。法律系统只认自己的符码，外面的一切只能以“刺激”的身份进来，被系统按自己的方式处理。这个说法在描述上很有力，可如果它被用成“凡是法律做的，都是系统的自我再生产”，那么法律变了，是系统演化；法律没变，是系统封闭。变与不变都在它的格子里。

这三个例子，各自的主体预设、客体预设并不相同：一个预设算账的人，一个预设被权力摆布的人，一个干脆把人放到系统之外。可它们走到极端时的姿势是一样的：异象没有了。没有异象的学派，第二句判词说它会“吸收或分叉”，其实它连吸收都不用费力，因为一切来者都已被事先认领。

◆ 四、法学里的“什么都不让吸收”

郝管理员在法学里也有亲戚。

最典型的，是把学科的边界当作挡箭牌。凯尔森的纯粹法学（第 29 章）要把心理、社会、道德的东西都排出法学之外，只研究规范本身。这个主张在方法上有它的道理：一门学问要先知道自己研究什么。可是当一个问题，比如一条有效的法律带来了极端不正义的结果（第 31 章），被回一句“这不是法学的问题”，异象就没有进门。它没有被改名，也没有被免检，它被关在外面。

注释法学派（第 15 章）的某些做法也在这一头。法典没写的情况，要么被说成“法典其实写了，只是要找”，那是吸收；要么被说成“法典没写，就不是法官该管的”，那就是不让吸收。还有一种更常见的说法，出现在各派的日常里：“这是立法者的事，不是法官的事”“这是道德问题，不是法律问题”“这是事实问

题，不是法律问题”。每一句都可能是对的分工，也可能是把异象推出门外的手势。

◆ 五、法官不能不判：两种闭合在法学里各付什么代价

到这里，法学和经济学、政治学的不同就显出来了。

在别的学科里，一个学派什么都不让吸收，代价是自己的地盘变小，问题交给邻居去管。在法学里，这个代价没那么便宜。被关在门外的那个案子，并不会消失。它照样走进法院，法官照样要判。学派说“这不是法学问题”，法官却不能说“这不是我的案子”。于是被挡出去的异象，从法官席那一侧绕回来；法官手上没有这个学派的工具，只好去借另一个学派的。结果是：学派保住了纯粹，裁判却悄悄换了路。这一借，往往就写进了判例，成了后来的次序。不让吸收的学派，最后是被它挡在门外的东西改写了它所在的那张制度的场，只是它自己不知道。

什么都能吸收的学派，代价在另一边。它能为任何一个判决说出理由，所以它没法告诉法官该怎么判。罗群主的七个格子能装下一切，却没法回答那位腿脚不好的老会员：外拍到底改不改？一个法学学派如果对任何判决都能说“这正合我的理论”，它也就对下一个判决说不出“应该这样”。法学的出口是判，判要的是能分出对错的起点；一个对什么都说对的起点，在判的那一刻是空的。

所以这两种闭合，在法学里不是脾气问题，而是两种失职：一种对判没有交代，一种对判没有帮助。

◆ 六、两种闭合各押在哪一种意义上

闭合不只是方法上的，也跟意义预设有关。一个学派把意义押在哪里，往往决定了它容易往哪一头走。

押在幸福一头的，比如把法的好坏看成社会总福利的学派，容易走向全收。福利是一个可以无限展开的账本，任何结果都能在账上找到一个位置，多一项、少一项，总能算平。押在自由一头的，比如把法看成外在自由共存条件的学派（第 14

章），更容易走向拒收：自由的边界画得越清楚，越多的东西会被判成“不属于法的问题，属于道德或私人选择”。

押在创造一头的学派，在法学的理论主流里本来就少（导读与附录一都说到这一点）。正因为少，法学遇到真正新的东西，比如新技术带来的新关系（第 59、60 章），常常两头都出毛病：有的学派把它全收成旧概念的一个变种，有的学派把它推出门外，说要等立法者来管。可法官等不了立法者。

这里的读法是本书的读法，不是说押幸福的学派必然全收、押自由的必然拒收。只是说，意义押得越重的那一头，越容易被当作不能动的东西守着，守得越紧，闭合就越近。

◆ 七、怎样从两头退回来

那么，一个健康的学派，或者一个健康的群，该怎么做？

回到摄影群。假如罗群主在七个分类之外，加一个“暂时归不进去”的格子，规定这个格子里的帖子攒到二十条，就开一次群会，重新看分类该不该改。郝管理员不再删帖，而是把他认为不合主题的帖子也挪进这个格子。这样做，两个人都没有放弃分类，可分类第一次有了被来的东西改写的机会。

法学里的对应做法，至少有三个。

第一，学派要有一张自己的异象登记表，写明哪些案子是它现在接不住的。登记不等于认输，它只是让接不住的东西有一个看得见的位置，而不是被悄悄收进某个格子，或者被悄悄挡在门外。本书附录三就是这样一张表。

第二，“不归我管”要说清归谁管，以及那一方管完以后，结果要不要回来让我看一眼。一个说“极端不正义不是法学问题”的学派，至少可以说：这类案子交给法官按什么原则判，判完以后，我承认那个判决是对我的起点的一次考验。这一句话，把门外的东西重新接回了门里。

第三，全收的学派，要愿意替自己写一句“如果出现这样的判决，我就错了”。写不出来，不必羞愧，但要承认此刻它是一个读法，还不是一个能指导判的理论。

◆ 八、它们看对了什么

两种闭合都不是凭空来的，各自看对了一些东西。

全收的一头看对的是：法律是一张连在一起的网，一个判决、一条规则，确实可以放进更大的账本或更大的系统里去理解。法经济学让人看清了很多规则背后的成本，批判法学让人看清了很多“中立”背后的选择，系统论让人看清了法律有它自己的语言。这些都是真东西。

拒收的一头看对的是：一门学问要有边界，法学要知道自己研究什么，法官要知道自己不能替立法者做什么。没有边界，法学会被经济学、政治学、伦理学分掉。凯尔森要的纯粹，注释法学要的忠于法典，背后都有对“法官不能任意”的担心，这种担心在法学里是正当的。

毛病只出在一处：把看对的东西，当成了不会错的起点。

◆ 九、一个简单的试纸

怎么分辨一个学派是不是走到了两头？我只给一张试纸，一个问题：

你能不能说出，什么样的判决或什么样的案子出现了，你就算错了？

回答“没有这样的判决”的，在罗群主那一头。回答“那种案子根本不归我管”的，要再问一句：那归谁管？如果答案是“归法官自己看着办”，那就在郝管理员那一头，因为法官最后看着办的东西，恰恰是学派该给他的。

拿注释法学试一下。它若回答“法典没写的，不归法官判”，那就在拒收那一头；可法官终究要判，于是它得再答一句“那法官照什么判”。它若回答“照法典的精神推出来”，这就从拒收走到了吸收，而且是先验的吸收：按定义，法典里什

么都有。两步一走，它就从郝管理员走到了罗群主。这张试纸的用处，正在于逼一个学派把两步都走出来给人看，而不是停在任何一头的门口。

这张试纸也要拿来对准本书。本书用 S、D、E 去读一切学派，会不会也是一个罗群主？这个担心是实在的，第 66 章专门处理。这里先说一句：本书的四条可错条款，就是为了在这张试纸面前交得出答案而立的。

> **带走的话**
>
> - 什么都能吸收和什么都不让吸收，是两种闭合：一种说冲突本来就在我的格子里，一种说冲突本来就不在我的地界上。
> - 两者的共同点是：异象没有机会碰到起点。
> - 在法学里，因为法官不能不判，被挡在门外的案子会绕回法官席，借来别家的路，写进判例的次序；而什么都能吸收的学派，在判的那一刻给不出方向。
> - 试纸只有一个问题：什么样的判决出现，你就算错了？

小账 本章动用：异象（D 与 E 的冲突）、三种吸收、两种闭合（全收与拒收）、法学必须判、制度依赖的“次序”一项、可错条款的试纸。

锁定记录：法经济学、批判法学与系统论的强版本把起点放大到“一切皆可读入”，异象被事先认领；纯粹法学与注释法学的某些用法把起点的边界当作门槛，异象被关在门外，转由法官借路判出。

第 62 章

什么算疑难案件

> 这一章的问题：一个案子“难”，是案子本身难，还是它和某个学派的起点对不上？

◆ 一、日常主例

这是我构想的一个家庭。

老窦七十四岁，退休前是县城中学的物理老师，老伴走得早，膝下一儿一女。去年冬天他住了一次院，出院后，女儿发现他的手机备忘录里有一条记录，标题就两个字：后事。里面写着：老房子归儿子，存款两人平分，书和那台老天文望远镜归外孙女。末尾打了他的名字，和一个日期。

没过几个月，老窦走了。儿子拿着这条备忘录，说这就是父亲的意思。女儿说，父亲生前跟她说过存款要多留些给她，因为这些年是她在照顾；再说，这是手机里打的字，谁都能打，怎么证明是父亲本人写的？儿子说，手机有锁屏密码，只有父亲知道。女儿说，她也知道那个密码。

兄妹俩去问了两个人。一位是邻居家在律所工作的小褚，他翻了翻法条，说民法典给遗嘱列了几种形式，自书、代书、打印、录音录像、口头、公证，手机备忘录不在明列的那几种里头，按条文看，多半不能当遗嘱用，那就按法定继承分。另一位是社区里退休的老会计，他说：条文是条文，老窦写这个，明明就是想把事情交代清楚，法律总不能装作没看见。

同一条备忘录，一个人觉得这是个简单的案子，一个人觉得这是个难案子。这一章就问这个：难，到底是谁的难？

（本书不构成法律意见。具体的遗嘱效力，以现行法条与法院的判断为准，此处只作学派分析。）

◆ 二、“疑难案件”这个说法从哪里来

法学里常说“疑难案件”，英文作 hard case。这个词用得最有名的，是德沃金 1975 年的一篇同名文章，他借它和哈特争论：法官遇到规则说不清的案子时，是在造法，还是在找一个本来就在那里的答案（第 35 章）。哈特那边的说法是规则有“开放结构”：一条规则有清楚的核心，也有模糊的边缘，边缘上的案子，法官得行使裁量（第 33 章）。

这两个说法都假定，案子分两种，容易的和难的；分歧只在难的那种怎么办。

我想往前退一步：先问分法本身。一个案子归进“难”的一堆还是“易”的一堆，是谁分的？用什么分的？

◆ 三、学派替法官挑一遍

把老窦的备忘录放到几个学派面前，它们给出的“难度”是不一样的。

注释法学的起点（第 15 章）是法在法典里。在这个起点上，备忘录的问题很快：查遗嘱的法定形式，对得上就有效，对不上就无效。小褚的读法接近这一路，案子不难。

文本主义的起点（第 46 章）也看字，但比注释法学多问一句：法条的字面，在今天的通常用法里包括什么？“打印”“书写”这些字，覆盖不覆盖手机里打的字？问到这里，案子开始变难，因为字面本身松动了。

目的解释的起点问的是：遗嘱形式的规定是为了什么？大概是为了确认真实意思、防止伪造。那么备忘录能不能做到这两件事，就成了问题的中心。老会计的读法接近这一路。案子难，但难在证据，不难在法理。

德沃金的起点（第 35 章）会把案子放进整个法律的原则里去看：尊重死者意愿是原则，防止伪造也是原则，哪一个读法让整套法律读起来最融贯？这在他那里是标准的疑难案件。

美国现实主义的起点（第 26 章）会说：你问难不难，不如问这家法院、这类法官，过去遇到电子形式的遗嘱怎么判的。在它看来，难与不难，是预测的把握大不大。

几个起点一过，同一条备忘录，在一个学派那里是易案，在另一个那里是难案，在第三个那里难在别处。这说明一件事：疑难不是案子身上的一个属性，像重量那样摆在那里；它是案子和某个学派起点之间的一种关系。

用 S、D、E 来说：一个学派以一个预设的 S 起手。案子带来它自己走过的路（D：老窦住院、出院、写备忘录、去世、兄妹争执）和缠着的条件（E：锁屏密码谁知道、女儿照顾了多少年、老窦是物理老师习惯用手机记事、法条列了哪几种形式）。D 与 E 若在这个 S 的框子里对得上，案子就易；对不上，就难。所以“难”是一个起点的报警，不是案子的标签。

◆ 四、国家实践再挑一遍

学派挑完，国家的法律实践还要再挑一遍，而且这一遍更硬，因为它决定哪些案子真的会被当作难案去处理。

各国都有一套把案子分流的办法。大致有几类：一类是上诉与再审的门槛，决定哪些案子可以被再看一遍；一类是最高一级法院自己选案，比如美国联邦最高法院每年收到几千件申请，只受理其中百分之一上下；一类是把某些判决立为样板，供以后照着判，比如中国最高人民法院 2010 年起建立的指导性案例制度（第 56 章）；还有一类在法院内部，比如把疑难复杂的案件提交审判委员会讨论。

这些门槛，等于国家替法官把“难”又定义了一遍。值得注意的是：国家的这一遍，和学派的那一遍，不一定对得上。一个在德沃金那里极难的案子，如果金额小、当事人不上诉，在国家实践里就是一件普通的案子，判完了事；而一个在注释

法学那里一点也不难的案子，如果同类纠纷突然成千上万地冒出来，就可能被选成样板，从此变成“难案”。

所以国家实践挑难案，看的不只是法理上对不对得上，还看数量、影响、时机和意义的需要。这一点和下编的判词三接得上：一个案子被当作难案选中，常常是当下的意义需要选中了它。

◆ 五、三个问题：怎样判断一个案子难在哪里

既然难是一种关系，就不能只问“难不难”，要问“对谁难、难在哪”。我给三个问题，读者可以拿去用在任何一个案子上。

第一，字与意是不是分开走了？法条的字面指向一个结果，法条想做成的事指向另一个结果。老窦的备忘录，字面上不在法定形式里，意图上却恰好是法定形式想保护的东西：死者的真实意思。字与意分开，是最常见的一种难，它在文本主义和目的解释之间。

第二，不同的学派会不会判出不同的结果？如果换几个起点，判出来的结果都一样，那这个案子只是在说理上难，结果上不难。如果结果跟着起点变，这个案子才是学派之间真正的分水岭。

第三，判了以后，服不服？一个判决作出后，当事人会不会接着上诉、会不会拒不履行，同类的后来者会不会照着走？这一问是法学特有的。经济学的一个预测错了，可以等数据；法学的一个判决作出了，就要被执行，就会有人服或不服。服与不服，是判决交出去以后的回声，它告诉我们这个案子的难有没有真的被处理掉。

前两问是学派内部的事；第三问把案子送回了人群。下一章就从这第三问出发：法不只是在条文里，也不只是在法官心里，它在判与服之间长出来。

◆ 六、意义预设也在挑难案

还有一层容易被忽略：一个案子在某个学派那里显得难，常常是因为它碰到了这个学派押得最重的那种意义。

把老窦的备忘录放到三种意义面前。押在自由上的读法，看到的是遗嘱自由：一个人有权决定自己的东西给谁，法定形式是为了保护这份自由，而不是限制它。在这个读法里，备忘录难在“形式挡住了自由”。押在幸福上的读法，看到的是这个家以后还过不过得下去：女儿照顾了多年，儿子拿着一条备忘录，兄妹会不会从此不来往。在这个读法里，案子难在“怎么判，家都伤了”。押在创造上的读法，看到的是一种新的写字方式进了老的法律：手机里的字，是不是一种法律还没认下的新的“书写”。在这个读法里，案子难在“法跟不上新东西”。

三种难，指向三种补法。自由那一头，会想办法放宽形式；幸福那一头，会把注意力挪到调解与家事程序上；创造那一头，会想办法给电子形式立一套新的认证办法。哪一种补法被选中，以后同类的案子就照那条路变易。所以一个法域最后怎样处理这类遗嘱，不只是解释方法之争，也是意义权重之争。本书只指出这一点，不替哪一种补法下结论。

◆ 七、难案判完以后，去了哪里

一个难案被判了，它并没有消失，它沉进了制度。

假定某个法院在类似老窦的案子里，认定了一种手机记录可以作为遗嘱，并说明了几条认定的条件：有可靠的身份验证、有时间记录、内容完整。这个判决一旦被别的法院引用，几条条件就成了次序里的一环：后来的法官先查这几条，对得上就有效。到那时，一条手机备忘录就成了易案。

反过来，如果判的是无效，并说明理由是法定形式必须严格遵守，那么这条理由也会沉进次序，后来的手机遗嘱也成了易案，只是结果相反。

这就是第二句判词说的“织进法律关系的连接、次序与结构里”。难案是学派之间交手的地方，可交手的结果一旦写成判决、被人引用，就不再是交手，而是下一轮的起点。所以看一个法域的易案，其实是在看它过去的难案都判给了哪个学派。

◆ 八、难，会随时间挪动

一个案子难不难，不只看它碰上哪个学派，还看它碰上哪个年代。

二三十年前，遗嘱写在电子设备里还是稀罕事，偶尔遇到一件，法官多半按形式不合判掉，没有人觉得这是个了不起的难案。那时的 E 里，没有人人一部手机这个条件。今天，老人用手机记事已经很平常，手机又有锁屏、指纹、云端记录这些东西，同样一条备忘录，缠着的条件完全不同了。条件变了，D 与 E 在旧的 S 框子里对不齐的地方就多了，案子就从易变难。

反过来也一样。某一类案子曾经很难，等到立法补了一条，或者上级法院定了一个样板，它就变易了。难与易，是在时间里挪动的。

这一点对读判例有用。看到一个今天看来很简单的老判决，不要急着说当年的法官想复杂了；看到一个今天众说纷纭的新案子，也不要急着说法律出了漏洞。前者可能是当年的难案被后来的次序抹平了，后者可能只是 E 里新来了一个条件，旧的 S 还没来得及回应。

◆ 九、它们各自看对了什么

哈特的“开放结构”看对了一件事：规则一定有边缘，语言不可能事先把所有情况都说尽。这一点在老窦的案子里一目了然：立法的时候，没有人会想到有一天遗嘱会写在一部手机里。

德沃金的“疑难案件”看对了另一件事：边缘上的案子，法官并不是随意填空，他会到整个法律的原则里去找支撑，而且会觉得自己是在找一个答案，而不是发明一个答案。很多判决书的写法，确实是这个样子。

现实主义看对的是第三件事：对当事人来说，难不难，最后落在“法院会怎么判”上。兄妹俩真正想知道的，就是这个。

本章只在它们的基础上多问了一步：难，是谁和谁之间的难。

难案子的两种误会

最后说开两种误会。

一种是：难案子是少数，多数案子是容易的，所以学派之争不要紧。这话有一半对。多数案子确实不难，但它们之所以不难，往往是因为过去的难案已经被判过，判法沉到了次序里（第 47 章）。今天的易案，常常是昨天某个学派赢下的难案。易，不等于没有学派，只是学派已经织进了制度，看不见了。

另一种是：难案子说明法律有漏洞，补上就好。补上当然要补，可补的那一刻，用的是哪个起点？用注释法学的起点，会补一条更细的形式规定；用目的解释的起点，会补一条“能证明真实意思的，也可以”。补法不同，以后的易案就不同。所以疑难案件不是法律的毛病，它是学派之间真正交手的地方，也是制度依赖被加固或被松动的地方。

带走的话

- 疑难不是案子身上的属性，是案子和某个学派起点之间的关系：D 与 E 在这个 S 的框子里对不上，案子就难。
- 学派替法官挑一遍难案，国家实践再挑一遍；两遍不一定对得上，国家那一遍还看数量、影响和意义需要。
- 判断难在哪里，问三件事：字与意是否分开走了；换个学派结果会不会变；判了以后服不服。
- 今天的易案，常是昨天某个学派赢下的难案。

小账　本章动用：S、D、E，疑难案件作为起点的报警，学派与国家实践的两遍筛选，三个问题（字与意、学派分水岭、服与不服），制度依赖的“次序”一项。

锁定记录：注释法学的起点把“形式对不上”直接判成易案，难处被锁在法定形式的清单里；德沃金的起点把难案统统读成原则之间的融贯问题，难处被锁在“唯一正解”的框子里。

第 63 章

让法从“判”与“服”之间长出来：D→E→S 的法学

> 这一章的问题：把法放回判与服之间去重写，到底比原来的学派多解释了什么？

◆ 一、日常主例

这是我构想的场景，设定与导论、第 40 章一致：一栋六层的老楼，没有电梯；502 的卫生间漏水，泡坏了 402 的吊顶。

调解室在一楼。这已经是第三次了。第一次在导论里，六个人说出了六种判法，许大姐当场提过一个办法：防水层先局部补，孟师傅换一根排水管，吊顶三家分摊，以后楼上一发现地面有水，先给楼下打个电话。那一回没人点头。第二次在第 40 章，物业的检查单摆上了桌：502 卫生间的防水层老化开裂，洗衣机排水管的接口松了，两样凑在一起才漏成这样；叶老师带来了修复的报价，钱先生嫌贵，孟师傅说房子又不是他的。那一次散会前，许大姐只让每人下回带一样东西来：钱先生带租房合同，孟师傅带微信截图，叶老师带报价单和照片。

第三次，三样东西都摆在桌上。许大姐换了个开头。她没有先问“谁的责任”，而是说：咱们先把这几个月发生的事，按先后排一遍，谁都别插话，排完了再说。

于是一件件排出来。三个月前，孟师傅发现卫生间地漏有点返味、地面老是潮，在微信上告诉了钱先生，钱先生回了一句老房子都这样，就没有下文。初夏一个周末的前一晚，孟师傅洗了一大桶衣服。第二天叶老师下班回家，卫生间外面那片吊顶鼓了起来，墙角发了黑。她上楼敲门，孟师傅说他什么都不知道。物业来看

过，说两样原因都有，各占多少说不准。叶老师找人估了价，拆换吊顶、处理墙面、买防霉漆，约三千多元。她着急的是雨季快到了，吊顶再泡一次就要塌。

排到这里，邓老插了一句，他说他不评谁对谁错，只问一件事：三个月前那条微信发出去的那天，如果有人上去看一眼防水层，后面这些还会不会有？屋里静了一会儿。

小乔在本子上记。这一回他没有翻条文，而是把每件事的旁边，标上当时各人说了什么话、对方怎么接的。许大姐看了一眼，说：你这个记法好。

那天的结果，是这样谈下来的：叶老师家那三千多元的修复费用，钱先生出大头，因为防水层老化是房子本身的事，他又早收到过那条微信；孟师傅出一小部分，并且自己换一根新的排水管，因为接口松了是使用中的事；叶老师自己承担吊顶的升级费用，因为她借这个机会换了更好的材料。三个人签了字。导论里许大姐那条“先给楼下打个电话”，这一次也写了进去。签完以后，钱先生又说了一句：以后每年雨季前，我叫人上来看一看防水，顺便告诉楼下一声。叶老师说：那我也把吊顶检修口留着，方便看。

许大姐把这两句话也写进了调解书的最后一行。

（本书不构成法律意见。实际的责任分担，以具体事实、合同约定与现行法为准。）

◆ 二、判与服是什么

先把两个字说白。

判，是任何一次“这件事该这样”的定夺。法官的判决是判，但不只有法官的判决是判。叶老师说“这钱该你出”，是判；钱先生说“楼房老了都这样”，也是判，只是一个把事情推开的判；许大姐说“先按先后排一遍”，是对程序的判；邓老那一问，是一个没有说出结论的判，它把大家的注意力拨到了一个地方。

服，是对一次判的接纳：掏钱、签字、点头、不再追问、照着去做。不服也是序列里的一环：上诉、拖着不付、换个说法再来、在楼道里不打招呼。不服被别人看见了，会改变下一次的判。

判和服不是两个固定的人。同一个人这一轮在判，下一轮在服。钱先生对叶老师的报价单不服，可对邓老那一问，他服了，因为他没有反驳；而他最后那句“每年雨季前叫人上来看”，又是一次判，对他自己，也对以后的租客。

◆ 三、出路：法在判与服之间长出来

这一章要立本书的出路。它不是判词，是三句判词之后的一条路，原话照全书口径：

把被冻结的两端放回发生里：法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。

“被冻结的两端”，指的是前面六十多章里各学派冻住的那两个预设：主角是什么样的人，法是什么东西。注释法学冻住了“法在法典里”，现实主义冻住了“法是法官会怎么判”，自然法冻住了“法在理性或正义里”，历史法学冻住了“法在民族精神里”。每一种都抓住了真东西，又都把它当成了起点。

放回发生里，意思是不先认定法在哪一端，而去看一次次的判与服，怎样把某个说法稳成了大家照着办的规矩。那张调解书最后一行，就是一条刚刚稳成的小规矩：每年雨季前查防水、告诉楼下。它不是从哪部法典里抄来的，也不是哪个法官心里本来就有的；它是在三轮判与服之后，长出来的。

这句话里，“再稳成规矩”几个字不能省。只说“长出来”，容易被听成怎么都行：今天这样判，明天那样判，反正都是长出来的。不是这样。长出来的东西，只有在后来的判与服里被一再照着做，才算稳成了规矩；照着做的人越多、隔得越远，它就越稳。那张调解书的最后一行，现在只是三户人家的约定；要是明年雨季钱先生真叫人上来看了，后年别的楼也学着这么做，它才一步步稳成这片老楼的规

矩。法律里的判例与法典，就是稳得最久、照着做的人最多的那一类。出路并不否认它们，只是不把它们当作起点，而是当作长出来以后稳下来的样子。

◆ 四、为什么叫 D→E→S

用三维来读这次调解，三件事各得其所。

D 是差异序列，走过的路：地漏返味、发微信、说老房子都这样、洗一大桶衣服、吊顶鼓起、敲门、说不知道、物业来看、六种判法、检查单、嫌贵、带三样东西、按先后排、邓老一问、分担、签字、雨季前查。每一环都改变了下一环。

E 是缠在一起的条件：502 是租的，房东和租户之间有一份钱先生拿来的租赁合同，里面有一句由承租人负责的格式条款；防水层老了二十来年，没有换过；叶老师是业主，吊顶是她自己装的；钱先生开五金店，认得修防水的人；孟师傅开网约车，早出晚归，地漏返味是晚上才发现的。这些条件不是排在判前面的背景，它们和判缠在一起：同一句“这钱该你出”，对房东和对租户，分量完全不同。

S 是显露出来的结构态：那张调解书，那个分担比例，那条雨季前的小规矩。S 不是一开始摆好的，是路和条件相遇之后显露的。

三原理说两维的矛盾推动第三维。这里是 D 与 E 的矛盾推出了 S：判一轮轮往前推，条件一层层往回缠，两者对不齐的地方，就是规矩长出来的地方。前两次调解，判推得急（直接问谁负责），条件没摆开（租赁合同、防水层的年头、那条微信、各自什么时候知道漏水），S 就显露为“谈不拢”。第三次，先把路排开，再把条件摆上，S 才显露为一张大家肯签的调解书。

所以标题里的次序是 D→E→S：先看判与服怎样走，再看缠着什么条件，最后看稳成了什么。本书第 3 章讲的两条常见起手，S→D→E（先找条文）与 S→E→D（先看案情），都以 S 起手。这一章换了方向，起手是 D。

◆ 五、导论里的六个人，各抓住了哪一段

用这个读法回头看导论。导论里六个人各对上了一个学派：叶老师是自然法与权利，小乔是法律实证主义，邓老是法律现实主义，钱先生是法经济学，孟师傅是批判法学，许大姐是调解与恢复性。他们当初各自读出的那套判法，并没有作废，只是各抓住了判与服这条路上的一段，也各卡在了导论说的那一处。

叶老师那一派抓住的，是损害本身：吊顶是真泡坏了，受害的人凭什么等，这一点谁也绕不过去；它卡在“本来”由谁来说，而这一次，“本来”是三家在桌上一项项认下来的。小乔那一派抓住的，是有效的规则和记录：判与服如果不被记下来，就稳不成规矩；它卡在比例没写，而这一次比例不是从条文里找到的，是从排开的路里谈出来的。邓老那一派抓住的，是判的那一刻：到了法院大概会怎样，一个问题问到点子上，判就有了落脚处；它卡在法官预测谁，而这一次他的一问预测的不是法院，是在座各人自己。钱先生那一派抓住的，是服的成本和谁最便宜能防住：掏钱的人要知道为什么掏；它卡在从哪一步开始算，而这一次那条微信把起算点钉在了三个月前，他自己说出的年检，正是最便宜的防范办法。孟师傅那一派抓住的，是条件里的位置：合同是谁写的，租户和房东不是一回事；它卡在揭开以后谁来修，而这一次揭开以后，修的人和出钱的份额都落在了调解书上。许大姐那一派抓住的，是让判与服能接着往下走的那个程序：先排路，再说话；它卡在不肯调解的人怎么办，而这一次没有人不肯，是因为前两轮的不服已经被摆上了桌。

◆ 六、和几位近邻的分别

判与服的读法，在法学里并不是孤零零的，它有几位近邻。说清分别，才知道它是不是改名。

美国现实主义（第 26 章）说，法就是对法院实际会怎么判的预测。它也把眼光从条文挪到了过程上，但它只盯住了判这一头，而且是法官那一次判。判了以后服不服，判之前当事人之间来回了多少轮，都不在它的起点里。判与服的读法在这一点上比它多走了一半路。

埃利希的“活法”（第 28 章）说，真正管着人们生活的，是社会里通行的规矩，不是法典。它看到了服，看到了人们照着某种规矩过日子，却不太看判，尤其不看那一次次具体的定夺怎样把某种规矩推上来、把另一种压下去。楼道里堆杂物的默契是活法；而那张调解书最后一行，是三轮判与服之后才长出来的，它有出生的时刻。

哈贝马斯的商谈理论（接第 172 号）讲规范的正当来自参与者在理想条件下的同意。它和判与服最像，因为它也看重来回。但它的起点是一个理想的商谈情境，用来衡量现实；判与服的读法不设理想情境，它去看现实里的判怎样被服、怎样被顶回去，顶回去以后下一次判怎样变。前者是一把尺，后者是一条路。

还有一处要接上第 46—50 章。那一编讲解释与裁判：文本主义与目的解释、遵循先例、法教义学、比例原则、违宪审查，都是“判”这一方的手艺，也是制度依赖的本尊。判与服的读法不替换这些手艺，只是把判决交出去以后服不服，也算进法的一部分。第 47 章说先例把学派的起点织成次序；在这里看，一条先例织得进去，是因为后来的法官照着判、后来的当事人照着服，服的那一半缺了，次序也稳不住。

这三位近邻，各自抓住了判与服的一段：现实主义抓住判，活法抓住服，商谈理论抓住两者之间的理想形态。判与服的读法要站得住，就得在它们都没走到的地方，说出一句可以查的话。

排开以后，六种说法从互相打架，变成了同一条路上的六个位置。但这只是能排开，还不是多解释。第四条可错条款要的是更硬的东西：若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

◆ 七、怎样才算多解释

“多解释”要有看得见的标准。我给三条：一，要选原学派自己的紧处，也就是它承认难、或靠事后补丁撑着的地方；二，重写后要给出一句事前写得下、别人

能拿去核对的话；三，这句话去掉判与服几个字，内容不能和原学派相同，否则只是改名。

试两处。

第一处：同样有效的判决，为什么有的被照着执行，有的执行起来很难。 这是法律实证主义的一个紧处。在它的起点里，一个判决是否有效，看它是否按上位规范作出（第 29、33 章）；有效以后执行得好不好，是另一回事，交给执行程序和社会学去管。这样说在分工上没错，但它把“执行难”放在了门外（第 61 章说的那一头）。

按判与服重写：一个判决不是一次判，而是一长串判与服的最后一环。可以事前写下这样一句话：在同一法院、同一类案件里，如果判决作出前，当事人对事实认定逐项表过态（服了某几项、对某几项明说不服并被回应），那么判决作出后，自动履行的比例会更高，申请强制执行的会更少。这句话谈的是判决之前的序列形状，不是规范的效力等级，所以它不是实证主义的改名。它也会错：去查一批同类案件，若这种关系根本不存在，重写就落空。还要老实说一句，程序正义的研究里早有相近的发现，比如美国学者泰勒 1990 年出版的《人们为什么守法》，讲的就是人们觉得过程公道，更愿意接受结果，所以我只主张：对实证主义的起点，它多解释了这一处，而且是在法学自己的出口上解释的。

第二处：一条新的裁判规则，为什么有的很快被下级法院跟上，有的长期没人跟。 这是凯尔森式层级读法的紧处。在规范金字塔里，上级的判例或司法解释一旦作出，约束力就由层级决定，跟上与否不该有差别；有差别，只能归到“执行偏差”。

按判与服重写，可以事前写下：一条新规则，如果在被上级确立之前，已经在下级法院以几种不同的样子被判过、被当事人和律师服过或不服过，那它被确立后，下级跟上得会更快、更齐；而一条在上级那里“凭空”立出来的新规则，跟上得会更慢、各地差异更大。这句话说的是规则在稳成之前走过的路，层级读法的起

点里没有它的位置。它同样可以被一批判例的统计推翻。注意，这两句都是等待检验的陈述，不是已经证实的结论。

◆ 八、它看对了什么，又会错在哪里

这个读法看对的东西是：法学里许多“东西”，判例、规则、甚至法律原则，都是判与服的过程稳成之后的样子。把过程找回来，学派之争的一部分就变成了同一过程上的不同位置。

它可能错在两处。一是判与服是我选的语言，选另一套语言，也许同样能把六个人排开；所以出路一句站不站得住，不看能不能排开，只看那两句话经不经得起查。二是已经稳成很久的规矩，并不需要每天重新长一遍，它有惯性；在稳定期里，这个读法容易显得啰嗦。我的回答是：稳定不是没有判与服，是判与服成了习惯；一旦来了疑难案件，习惯松动，来回才重新露出来。这个读法在难案里最有话说，在易案里只是换一种说法。这个限制，我在这里先认下。

> **带走的话**
>
> - 判是任何一次“这件事该这样”的定夺，服是对它的接纳；不服也是序列里的一环。
> - 出路（本章立，第 64 章用）：把被冻结的两端放回发生里：法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。
> - D→E→S：先看判与服怎样走，再看缠着什么条件，最后看稳成什么。
> - 多解释要过三关：原学派的紧处、事前写得下的一句话、不是改名；本章给出两句待检验的话，它们落空，出路就要认账。

小账 本章动用：S、D、E，六路径中的 D→E→S，三原理（D 与 E 的矛盾推出 S），判与服，出路与条款四，导论六位陪读人物的收束，制度依赖的“次序”一项。

锁定记录：法律实证主义的起点把“有效”与“被服从”分开，把执行难锁在门外；层级读法把新规则的约束力全交给层级，把规则稳成前的路锁在了“执行偏差”一词里。

第 64 章

按任务选起点：立法、裁判、辩护、调解、教学各用哪一条路

> 这一章的问题：既然每个起点都有自己的依赖，做不同的事，该从哪一维起手？

◆ 一、日常主例

还是那场漏水纠纷：502 的防水层老化、洗衣机排水管接口松动，两样凑在一起，泡坏了 402 的吊顶，修复约三千多元。这一回不再从调解室看，而是换五个人的位置去看，每个人手里的活不一样。下面是我构想的场景。

第一个是街道司法所的一位干部，姓滕，正在起草一份给辖区老楼用的“邻里渗漏纠纷处理指引”。他手上的活是立规矩。

第二个是基层法院的一位法官，姓戴。假如那次调解没谈成，叶老师起诉了，案子分到她手里。她的活是判。

第三个是钱先生请的律师，姓尤。他的活是替房东说话。

第四个是许大姐。她的活是调。

第五个是法学院的一位讲师，姓宁，小乔的老师。她打算把这个案子拿到课堂上讲。她的活是教。

同一场纠纷，五个人，五种活。他们各自从哪里起手，会决定他们看见什么、漏掉什么。

（本书不构成法律意见。下面讲的是各种活的起手方式，不是具体案件的处理建议。）

◆ 二、为什么要按任务选

前面六十多章说的是：每个学派都只走一条路，因为它的起点是借来的一对预设，异象来了也改不动。读到这里，读者可能会问：那换一个学派不就行了？

不行，至少不是这样换。换学派，是换一对预设，换完了还是只走一条路。这一章说的是另一件事：不换预设，换起手的那一维。S、D、E 三维有六种排法，就是六路径。每种排法从哪一维起手，决定了你先看见什么。问题不在哪条路对，而在你手里是什么活。

活不同，出口就不同。立法的出口是一条以后人人照着办的规矩；裁判的出口是一个判决；辩护的出口是说服；调解的出口是两边肯签字；教学的出口是学生下次自己会走。出口不同，最该先看的那一维也就不同。

这不是“怎么都行”。按任务选起点，有一条硬约束：起手的那一维，要对准这个活的出口最怕漏掉的东西。

◆ 三、立法：E→D→S

滕干部起草指引，最怕漏掉的，是将来会碰上的各种情形。所以他该先看 E，缠在一起的条件：老楼的房龄、有没有电梯、多少是出租房、租赁合同里通常怎么写维修、有没有物业、有没有维修基金、居民里老人占多少。

条件摆开了，再看 D：这几年辖区里发生过的渗漏纠纷，走过什么路？多少是第一次敲门就解决的，多少拖到吊顶塌了？拖的那些，卡在哪一环？他也许会发现，大多数纠纷都卡在同一个地方：楼上楼下第一次发现时，没有人上去看一眼。

最后才落 S：写成条文。比如，建议发现渗漏后多少天内上下两户一起查看，出租房先通知房东。这条规矩是从条件和路里长出来的，不是从上位法里推下来的。上位法当然要守，但守的是边界，不是起手。

立法从 S 起手的坏处，是先有了一个“应当”的样子，再去找能装进去的情形，漏掉的恰是那些装不进去的。

◆ 四、裁判：S→E→D

戴法官的位置不同。她最怕漏掉的，是法。法官受法律约束，这是她这一行的根本，也是第 47 章说的次序：上位法、先例、程序先后，她不能自己另起炉灶。所以她起手必须是 S：找可以适用的规范，侵权的、合同的、相邻关系的。

找到规范以后，她看 E：把这一案的条件一项项缠进去，谁是业主、谁是租户、合同怎么约定的维修、防水层是什么时候老化的、地漏返味的那条微信谁收到了。最后看 D：这一路下来，哪一环是损害的原因，哪一环是扩大的原因；判决作出后，又会走向哪里，有没有人服。

这就是第 3 章说的“先找条文，再看案情”。裁判的人是五种活里最不能随便换起点的。这不是缺点，而是制度依赖在她身上的样子：她的判决要被下一个法官照着读，她就得站在连接、次序与结构的场里起手。

但这不是说她只能走这一条。遇到第 62 章那种难案，字与意分开走了，她会被逼着在 E 那一维多停一会儿，甚至回头看 D：同类纠纷过去是怎么判的、判后服不服。好的法官，起手守 S，到了难处肯回到路上去看。

◆ 五、辩护：D→S→E

尤律师替钱先生说话，最怕漏掉的，是当事人的故事里那个对他有利的转折。所以他从 D 起手：先让钱先生把事情从头讲一遍，哪天接到电话、怎么回的、孟师傅什么时候告诉过他、什么时候没告诉。

故事排开，他去找 S：哪条规范能让这个故事站住？比如，租户使用不当造成的损害，房东是不是有抗辩。找到了，最后才看 E：要证明这个故事，手里有什么条件，聊天记录、维修单据、租赁合同的条款。

辩护从 S 起手，容易变成“先定一个说法，再硬套事实”；从 D 起手，至少先把当事人走过的路听全了，再挑能讲得通的那条法。

◆ 六、调解：D→E→S

许大姐的活，上一章已经走过一遍，这里只说为什么她该走 D→E→S。

调解最怕漏掉的，是两边能接受的那个东西。它不在条文里，也不在哪一方心里，而在双方一来一回之间。所以她先排路，再摆条件，最后才让结果显露出来。这就是第 63 章立下的出路，用在调解这一种活上，最顺手。

调解的出口是“服”。签字就是服的凭证。一个调解员如果从 S 起手，先宣布“按法律谁该出多少”，等于先替两边判了，服的那一环就被跳过了；跳过了，签了字也可能不履行。

◆ 七、教学：E→S→D，再倒过来

宁讲师的活最特别。她最怕漏掉的，是学生自己会不会走。所以她不该只教一条路。

她可以先从 E 起手：把这栋楼的条件原原本本给学生，房龄、租赁、各家情况，让学生自己去找该适用的规范（S），再让学生去想，这样判了以后会走向哪里，服不服（D）。这样学生学会的，是从具体条件里找出法。

然后她可以倒过来，从 S→D→E 走一遍：先讲侵权法的条文，再讲这些条文是怎么一步步判出来的，最后讲它们在今天各种条件下够不够用。这是注释法学的起手，也是大多数教科书的写法。

两种都走一遍，学生才会知道：起手不同，看见的东西不同。教学是五种活里唯一一个应当同时教几条路的，因为它的出口不是一个结果，而是下一个人的选择能力。

◆ 八、六条路，五种活

数一下：立法 E→D→S，裁判 S→E→D，辩护 D→S→E，调解 D→E→S，教学 E→S→D 与 S→D→E。六条路都有人在走。

这张对照，我不说它是唯一的分法。一个立法者也可以从 D 起手，一个调解员遇到一方明显违法时也得先讲 S。它想说明的只是：路径依赖不是“走了一条路”本身的错，而是不管手里什么活，都只走同一条路。学派之所以被锁住，是因为它把一条路当成了法学本身。

◆ 九、活不同，意义的权重也跟着挪

起手不同，五个人心里押的意义也不一样。下面是本书的读法，不是说每个干这行的人都这样想。

滕干部立规矩，心里押得最重的，多半是幸福：以后这片老楼少吵架、少塌吊顶。戴法官判案，押得最重的，多半是自由：人们能照着法律预先安排自己的事，判决可以预期，这是法治给人的那份自由。尤律师押的是他当事人的自由：钱先生不该为他控制不了的事掏钱。许大姐押的是幸福：两户以后还是邻居，楼道里还要打招呼。宁讲师押的是创造：学生下次遇到一个书上没有的案子，能自己走出一条路来。

这样一看，五种活之间的不少摩擦，是意义权重在摩擦。调解员嫌法官死板，是幸福在嫌自由；法官嫌调解员和稀泥，是自由在嫌幸福。按任务选起点，也就是承认：每一种活有它天然押重的那种意义，不必要求别的活押得和自己一样。

五种活之间怎样交接

五种活不是各干各的，它们一环接一环。

许大姐调解不成，案子走到戴法官那里。这时，调解里排出的那条路（D），对法官来说变成了案情的条件（E）：谁什么时候知道漏水，谁没说。调解员的 D，是法官的 E。

戴法官判了，判决被引用，沉进次序。若干年后滕干部起草指引，这些判决又成了他要摸清的条件之一：同类纠纷法院一般怎么判。法官的 S，是立法者的 E。

尤律师的辩护，如果讲出了一个法官以前没想到的转折，比如租户自己用的排水管接口松了，这一半的过错该不该从房东的账上分出去，法官采纳了，这个转折就成了以后类似案件的一环。律师的 D，变成了判例里的 S。

宁讲师把这一切拿到课堂上，学生里有的将来当法官，有的当律师，有的去社区。教学把五种活的路，都放回了下一代人的起点里。

所以“按任务选起点”不是把法学切成五块，而是看清：一种活的出口，是另一种活的入口。一种活走偏了，下一种活接到的就是偏的条件。

什么时候该换起点

起手选定了，也不是一成不变。有几个信号，说明手上的起点不顶用了，该换。

第一个信号，是服接连落空。调解员连着几次谈出了方案，签了字却不履行；法官的判决一再被上诉、被申请再审。这说明 D 那一维里有东西没看见，该回到路上去。

第二个信号，是同一类条件反复出现，规矩里却没有它。滕干部若发现，一半的纠纷都涉及出租房，而指引里只写了业主，这是 E 那一维在敲门。

第三个信号，是第 62 章说的字与意分开走了。法官按 S 起手，推出的结果连自己都觉得不对劲。这时候守 S 是责任，回头看 E 和 D 也是责任，两者并不冲突，冲突的只是只肯走一条路。

立法也要有人服

还有一点要补在立法那一项上。滕干部从 E→D→S 起手，写出了一份指引，这只是一次判。指引贴出去以后，服不服，要看老楼里的人照不照着做。

所以一个从条件起手的立法者，在落 S 之前，最好先让 D 再走一小段：把草稿拿到几栋楼去念一念，听听楼上楼下怎么说，哪一条大家觉得做不到。很多法律在

正式通过之前公开征求意见，或者先在几个地方试行，就是在立法这一环里，给服留出一段预演的路。这段路省掉了，规矩写得再周全，也可能挂在墙上没人看。

这也说明，上一章立的出路并不只属于调解。立法、裁判、辩护，到最后都要过服这一关，只是调解把这一关放在了最前面，其他几种活把它放在了后面。

辩护的边界

辩护从 D 起手，还要多说一句边界。听全当事人的故事，是为了找到对他有利、又站得住的那条法，不是为了把故事改成合乎某条法的样子。D 那一维讲的是真走过的路，一旦为了套 S 去改路，辩护就从一种起手变成了编造。这条边界，法律职业自己的规矩里早有规定，本书只是用三维的话再说一遍：起手可以选，路不能改。

它看对了什么，又会错在哪里

按任务选起点，看对的是：法学里很多争论，其实是不同的活在吵架。法官说“先看法条”，调解员说“先听两边”，两人都没错，只是各自的出口不同。

它还看对了一点：法学教育常常只教一种活的起手，也就是法官的起手，然后让学生带着它去做律师、做调解、做立法。小乔在调解室里一开始总想先查条文，就是这个缘故。第 63 章里他那份“每件事旁边标上各人说了什么、对方怎么接”的记录，其实是他自己摸到了调解的起手。按任务选起点，等于把这件事说破：同一个人一天里换几种活，起手也要跟着换，不能把法官的那一套带到每一张桌子上。

它可能错在两处。一是我把五种活的出口说得太整齐了。现实里，法官也在调解，律师也在教当事人，一个人一天里要换好几种活。二是“对准出口最怕漏掉的东西”这条硬约束，本身也要判断，判断错了，起手就错了。所以这张对照只是起点，不是规矩；它要不要改，要看下一章说的回写。

带走的话

- 换学派是换一对预设；按任务选起点是换起手的那一维，两者不是一回事。
- 选起点的硬约束：对准这个活的出口最怕漏掉的东西。
- 立法 E→D→S，裁判 S→E→D，辩护 D→S→E，调解 D→E→S，教学至少两条路来回走。
- 裁判守 S 起手，是制度依赖在法官身上的样子；好的法官到了难处，肯回到路上去看。

小账 本章动用：六路径、三维起手、出口与“最怕漏掉的东西”、出路（判与服）用于调解、制度依赖的连接与次序。

锁定记录：注释法学的起手 S→D→E 被当成法学教育的唯一写法，学生只学会从条文出发；裁判的 S 起手被误读成法学全部，立法与调解也跟着从 S 起手，漏掉了条件与路。

第 65 章

让回写改写起点：一个学派怎样真正学习

> 这一章的问题：一个学派遇到接不住的案子，怎样才算真的学到了东西，而不是又把它吸收了一次？

◆ 一、日常主例

这是我构想的一个社区菜园。

城东一个老小区，楼后有一块空地，前几年由居委会牵头开成了菜园，划了二十四小块，每块三四平方米。分地的规矩写在一块木牌上，钉在菜园门口：报名先后，先到先得，一户一块，一年一轮。

规矩背后有两个没写出来的前提。一个是关于人的：想种菜的人，都一样有空、一样能干。另一个是关于地的：二十四块地都差不多，谁拿哪块无所谓。

头一年顺利。第二年出了事。离水龙头最近的那几块，年年被同几户抢到，因为他们退休在家，报名那天一大早就去排队；住在六楼的芦奶奶腿脚不好，报名晚了，分到最里头一块，每天提水走一个来回，夏天菜旱死了一半。

管菜园的是居委会的一位干事，姓詹。她的第一个反应，是在木牌上加一条：报名改为抽签。抽了一年，芦奶奶还是抽到了远处。詹干事又加一条：七十岁以上优先选近处。第二年又有人说，年纪轻的也有带孩子的、有身体不好的。她再加一条：特殊困难可以申请。木牌上的字越写越密，每一条都为了接住一件新事。

到第四年春天开会，一个在菜园里种了三年辣椒的中年人，姓甘，说了一句话：咱们这规矩，是在分地，还是在让菜长起来？如果是让菜长起来，那该先问谁会照料、照料得怎么样，而不是谁先来。

这句话以后，木牌被换掉了。新规矩只有两条：每块地由照料它的人续种，荒了一季就收回；靠近水龙头的几块不再分给个人，改成几户合种，轮流浇水。报名先后，不再写。

故事并没有到此为止。新规矩用了一年，又来了新事：有一户照料得很好的人家搬去了外地，地交还时，菜园里为该给谁吵了一回；还有人发现，“荒了一季就收回”对生了一场大病的人不公道。詹干事这一回没有急着往木牌上加条，而是先把这两件事记在一个本子上，等到年底和大家一起看：它们是在新起点里能接住的事，还是又一次在敲起点的门。

这件事里有两种修订。前面三次是加条款，保护“先到先得”这个起点；最后一次是换起点，主角从报名的人变成了照料的人，地从一块块等着分的东西，变成了要被养活的东西。真正的学习，是后一种。而改了起点以后，学习也没有结束：新起点照样会遇到接不住的事，照样有被吸收的危险。詹干事那个小本子，就是为新起点准备的异象登记。一个学派真正学会的，与其说是某一个新起点，不如说是“起点可以改”这件事本身，以及改的办法。

◆ 二、学习的窄定义

学派不是不变。著作越来越多，概念越来越细，判例越来越厚，这些都是变化。但前面六十多章一直在说的，是另一种变化：起点不动，周围在长。免检、改名、先验，是三种让起点不动的办法；分叉是另起一个起点，原来的那个照样不动。

所以本书给“学习”一个窄定义：一个学派的学习，是异象发生之后，学派回头改写了它的起点，也就是主体预设、客体预设，或者两者的搭配。从结果和异象那里返回来的东西，不只是修补结论，而是改写出发的地方。我把这叫作让回写改写起点。

◆ 三、法学里，学习比别处多一道关

法学的学习，比经济学、政治学多一道关。原因还是那一条：法学的依赖是制度依赖。

一个经济学家改了起点，他下一篇论文就可以按新起点写。一个法学家改了起点，书可以改，可他的旧起点已经写进了判例的次序、法典的结构、法律关系的连接里，这些不会因为他改了一本书就跟着改。菜园的木牌换得掉，是因为木牌只有一块，管它的人就是詹干事；而法律的木牌，钉在成千上万个判决里。

第 46—50 章讲解释与裁判时已经看到这道关是怎样砌起来的：文本主义与目的解释定下读法，遵循先例排出次序，法教义学把体系越搭越高，比例原则和违宪审查又在上面加了几层台阶。第 48 章那份越补越厚的公司报销制度，和菜园门口越写越密的木牌，是同一个样子：每一条补丁都在护着原来的起点。

所以在法学里，学习分两步，缺一步都不算完。第一步，学派在自己的文字里改写起点。第二步，这个改写回写进制度：判例的次序被改，法典的结构被改，或法律关系的连接被改。只有第一步，是学者的学习；有了第二步，才是法学的学习。

◆ 四、三个样子

下面三个例子，第一个只走到了第一步，第二个是第二步的制度通道，第三个两步都有一点。

一个学者改了自己的起点。 波斯纳早期把“财富最大化”当作法律的基础，判断一个规则好不好，看它是否让社会财富最大（第 38 章）。这个起点后来受到很多批评。这里先把一派和一个人分开说：效率论这一派遇异象多以改名吸收；波斯纳本人晚年转向实用主义，是本书少数“改写起点”的候选，按条款二（a）记为个人的改写，不是学派的常态。他在 1990 年出版的《法理学问题》里说，替财富最大化辩护，最有力的理由不在道德上，而在实用上；也就是说，他不再把财富

最大化当作法律的道德基础，只把它当作通向多种目的的一条路。不管人们怎么评价这次转向，它在形式上像一次起点的改写：他自己在自己的书里说了，原来的基础，现在不这样用了。第 38 章从同一派的另一面看，读到的是改名；放到一个人身上，这一步是学者的学习，还停在第一步。

一个制度给了改写的通道。 英国的最高审级，长期认为自己受自己以前的判决约束。1966 年 7 月，当时的上议院发布了一份实践声明，宣布在看来正当的时候可以背离自己以前的判决。这件事本身不是哪个学派改起点，但它在次序里开了一道门：以后某个学派的改写，有了回写进判例的通道。没有这道门，学派的学习只能停在书里。

一次回写真的落进了判例。 美国联邦最高法院 1954 年在布朗案里，推翻了 1896 年普莱西案确立的“隔离但平等”在公立教育里的适用。这里不评价这两个判决背后的政治，只看它在制度依赖里的位置：一个写进次序半个多世纪的起点，被后一个判决明白地推翻。推翻之前，下级法院在“平等”这一侧做了许多小修小补，那是吸收；推翻那一刻，才是改写。

◆ 五、怎样看出是真的学习

光有定义不够，要有判据，否则每个学派都会说自己在学习。我给四条，前两条管学派，后两条管制度。

第一，改的是预设，不是参数。参数是“先到先得改成抽签”，预设是“想种菜的人都一样”。看一次修订，要问它改的是“主角是什么样的人、法是什么东西”的哪一句，还是只改了某个门槛、某个例外、某个适用范围。

第二，异象能被指认。改写要能说出是哪一个、哪一类接不住的案子逼出来的。说不出来的，往往只是换了时髦的说法。菜园里，能指认的异象是芦奶奶的旱死一半的菜。

第三，旧判断有一部分被放弃。真改了起点，以前按旧起点作出的判断，总有一些不再成立，要被明白地放弃，甚至要付代价。布朗案之后，一大批按旧起点判

下的东西失去了依据。如果一次“改写”之后，旧判断一个也没有被放弃，它多半只是改名。

第四，改写进了连接、次序或结构里的至少一项。法学的学习要回写进制度：一个先例被推翻（次序），一部法典的体系被重排（结构），或一类法律关系里谁对谁负责被改了（连接）。菜园里，三项都动了：照料者和地之间的连接、续种优先于新报名的次序、合种的几块地这一新结构。

四条都过，才是法学里一次完整的学习。只过前两条，是学者的学习，要等制度跟上。

◆ 六、学习和分叉，有时很难分

说到这里，要老实承认一个难处：学习和分叉，从外面看有时分不清。

拉德布鲁赫是个现成的例子（第 31 章）。他在战前被看作相对主义的、偏实证的法哲学家；战后，他提出极端不正义的法不是法。这是一个人改写了自己的起点，还是他其实开出了一个新的学派，和他自己的旧学说分了叉？学界对这个问题一直有争论，本书不替这场争论下结论。

凯尔森晚年对基础规范的说法也有类似的问题：他晚年把基础规范说成一种虚构，而不是一个假设，这一说法见于他身后 1979 年出版的《规范的一般理论》。这算是起点改了，还是只是给同一个起点换了一个更谦虚的名字？

我的办法是用上面四条去分。如果改写之后，原来那个学派的人大多跟着改，旧判断被明白放弃，这是学习；如果原来的学派照旧，只是有一批人另立门户，这是分叉。改名则是第三种：说法变了，旧判断一个不放弃。按这个分法，同一个人身上，可以同时发生学习、分叉与改名，不同的读者也可能分得不一样。这正是本书要把判据写出来的原因：分歧可以争，但要在同一张判据上争。

◆ 七、意义预设也会被回写

菜园那一次改写，还动了意义的权重。

旧规矩“先到先得”，押的是一种自由：谁都可以报名，谁早谁得，没有人替你挑。新规矩“照料者续种”，押的是另一种东西：让菜长起来，让常来的人有个盼头，这更接近幸福；而几户合种近水的那几块地，又带出了一点创造：一种以前菜园里没有的合作方式。

法学学派的改写也常常是这样，起点一动，意义的权重跟着挪。波斯纳那次转向，是从押在一种可以计算的总福利上，挪向了更注重判决实际后果的立场，这是本书的读法。布朗案推翻旧判例，是把平等从一个可以“隔离着给”的东西，挪回到人与人之间的关系上去。

所以看一个学派有没有学习，也可以看它的意义权重有没有动。权重不动、只改了措辞的，多半还在原来的起点上。

◆ 八、它看对了什么，又会错在哪里

这一章的读法看对的是：法学里的“进步”有两种，一种是越补越厚，一种是换了出发的地方。前一种天天在发生，后一种很少，可后一种才改得动制度依赖。

它可能错在两处。一是四条判据太严，严到几乎没有学派过得了，那么“学派只会吸收或分叉”就成了按定义成立的话，这正是第 61 章说的全收。所以我要求读者用这四条去找反例：如果找到了一个过关的学派，那是这本书的收获，不是它的麻烦。二是“回写进制度”这一条，可能把学者的学习看得太轻。有些改写，在书里发生了几十年，才在判例里落地；在落地之前，它并不是没有学到，只是制度还没接住。

◆ 九、回写为什么常常走不到底

最后说一说难处。为什么法学里，学者改了起点，制度常常跟不上？

一个原因是，制度依赖本身有它的道理。法律要可预期，人们要能照着昨天的判决安排今天的生活。判例次序动得太快，法就不可靠了。所以法学里的回写，天

生要慢于学者的改写。这不是坏事，但它意味着：一个学派的学习，往往要等一个足够硬的异象，一个大家都看见、都接不住的案子，才能走进判例。

另一个原因是，回写的通道本身也是制度。上面那个 1966 年的声明就是例子：没有这道门，改写进不来。一个法域留不留这样的门、门开多大，决定了它的学派能学到多深。

把这两点放在一起，会得到一个可以拿去查的说法：在允许最高审级背离自己先例的法域，学派起点的改写进入判例所需的时间，会比不允许的法域短。这是一句等待检验的话，不是结论。

还可以再往下说一层。回写走不到底时，学派的改写并没有白费，它会先停在别的地方：教科书的新版、律师的辩护意见、少数意见书、下级法院的一两个判决。这些都是回写在制度边上的落脚处，像菜园里那个小本子。它们攒多了，等到一个足够硬的案子来，才一齐被推进判例的次序。所以看一个法域的学派学没学到东西，不只看最高审级推翻了几个先例，也要看这些边上的落脚处攒了多少。

> **带走的话**
>
> - 学习的窄定义：异象之后，学派回头改写了起点，而不是加条款保护起点。
> - 法学的学习要两步：学派在自己的文字里改写，再回写进制度的连接、次序或结构。
> - 判据四条：改的是预设不是参数；异象能指认；旧判断有一部分被放弃；改写进了制度的至少一项。
> - 回写走不到底，一半是因为法要可预期，一半是因为回写的通道本身也是制度。

小账　本章动用：回写、起点（主体预设与客体预设）、三种吸收与分叉、制度依赖的连接、次序与结构，学习的四条判据。

锁定记录：财富最大化的起点曾把一切规则的好坏锁在“财富是否最大”一问里，后经作者本人改写，按条款二（a）记为个人的改写，效率论这一派仍多以改名吸收；“隔离但平等”的起点被写进判例次序半个多世纪，下级法院的修补都是吸收，直到被后案推翻。

第 66 章

SDE 自己的依赖，与本书的可错条款

> 这一章的问题：一本批评别人只会吸收的书，自己会怎样吸收，又在什么结果面前认错？

◆ 一、日常主例

这一章的日常例子，就是本书自己。

读到这里，读者已经见过本书立的许多规矩：每一章都从一个日常的例子开始；每个学派先问主角是谁，再填一张出生证；每章最多一张表；构想的场景必须写明是构想；直接引文一章至多一处，不超过十五个字；不评价各国制度，不评在审案件；每章末尾都有带走的话和两行小账。

这些规矩是我给自己定的。它们像一部小小的法典：规定了连接（每个学派都要和“主角”“预设”“意义”几格连起来），规定了次序（先日常，后出生证，再意义，再路，再异象），规定了结构（六十六章、十三编、每章同一副骨架）。

现在要问：这部小法典，有没有它自己的制度依赖？

我想是有的。举一个最直白的。本书的章模板，要求每个学派都填“异象”和“吸收还是分叉”两节。这个模板一立，每一章都会去找这个学派吸收了什么。可如果真有一个学派，遇到疑难案件时直接改了起点，模板的那两节会怎么写？很可能写成“它虽然改了起点，但改得不彻底”，或者“它的改写其实是一种分叉”。模板本身，就有把一切学派读成会吸收的倾向。这正是第 61 章说的罗群主那一头。

这一章要把这类危险一条条摆出来，然后把四条可错条款逐条交出去。

◆ 二、SDE 的出生证

按本书的办法，先给本书自己填一张出生证。下面是我自己填的，读者尽可以不同意。

项目	内容
主角	读法学的普通人，也包括正在判、正在服的人
主体预设	人是在判与服里不断换位置的人，这一轮定夺，下一轮接纳
客体预设	法是判与服的过程稳成之后显露出来的规矩，不是先在摆好的物件
推出的互动内容	学派的分歧，出在各自把这个过程的哪一段冻成了起点；出路是把冻住的两端放回发生里

这张表里的起点，和别的学派一样，是一对借来的预设。区别只在于，它把“预设”本身也看作发生出来的东西。但这一点不能当免检的牌子：说“我知道预设是发生出来的”，不等于我的预设就没有被冻住。

◆ 三、它会怎样吸收

把三种吸收和两种闭合，对准本书自己。

免检。 读者拿判与服去读一件事，读不通，我可以说“这件事的判与服还没有长出来”。这等于把读不通的判成不算数。为防这一手，我立一条规矩：凡是判与服读不通的案子，登记下来，进附录三的异象登记表，不许用“还没长出来”来挡。

改名。 把别的学派的概念翻译成 S、D、E，听上去像解释了，其实可能只是换了一套词。“判例是稳成之后的 S”，如果没有带来一句别的学派说不出的、可以查的话，就只是改名。第 63 章那三关，就是为防自己改名而设的。

先验。 S、D、E 被我当作读一切法学现象的三维。如果有一类事，怎么排都排不进去，我很容易说“那是还没分析透”。这就是按定义宣布三维完备。退路见本章末。

只走一条路。 本书描述学派时，几乎都走 S→D→E：先出生证，再路，再异象。讲出路时走 D→E→S。第 64 章虽然给五种活排了六条路，可本书自己的写法只用了其中两三条。这不一定错，但说明本书的用法也偏窄。

我不是说这些已经发生了，而是说它们最容易发生，先把位置标出来。

◆ 四、四条可错条款：怎样查，什么算错，退路在哪

下面把四条条款逐条收回。条款原文与导读、第 7 章、附录四一致，一字不改；每条后面补上怎样查、什么结果出现算错、错了以后退到哪里。

条款一（管判词一）： 若有一个法学学派，它对“人是什么”“法是什么”的设定，是在研究中被检验出来、并且随证据改过的，而不是起手时带进来的，判词一对它不成立。

怎样查：取一个学派，找它最早的代表作，看“主角是什么样的人”“法是什么东西”两句，是放在开头当前提，还是放在后面当结论；再看它后来的著作里，这两句有没有因为某项证据被改过。

什么结果算错：能指出一个学派，它的人的设定或法的设定，是从一批材料里归纳出来的，而且后来因为新材料改过一次以上，并在自己的文字里说明了为什么改。最可能的候选，是一些做经验研究的法社会学和行为法经济学（第 28、39 章），它们的人的设定，确实有一部分是从实验与调查里来的。

退路：判词一对这个学派不成立，不是整本书作废。判词一收窄为“法学的多数学派”，被指出的那一支从第一编的诊断里移出，单独登记，说明它为什么不同。

条款二（管判词二，分两问）： （a）若一个学派在疑难案件面前，常态做法是直接改写自己的起点，而不是吸收或分叉，判词二对它不成立；（b）若某一法

域的遵循先例与法教义学体系，并没有把学派的预设织进连接、次序与结构（学派换了，判例与体系照样跟着换），判词二的“制度依赖”半句对它不成立。

怎样查（a）：用第 65 章的四条判据，去看一个学派在几次大的疑难案件之后做了什么。只数“常态”，一次两次不算，要看多数时候。

什么结果算错（a）：一个学派，在它面对的多数疑难案件之后，都能找到四条判据里前两条（改的是预设，异象能指认）的痕迹。

怎样查（b）：选一个法域，找一个学术风向明显换过的时期，看换了之后，判例的引用、法教义学的体系书、法律关系的分配，是很快跟着换了，还是长期照旧。

什么结果算错（b）：学派一换，判例与体系很快就跟着换了，旧学派的预设在制度里没有留下可以指认的痕迹。也就是说，那个法域的制度，像一面镜子，照什么就是什么，没有自己的惯性。

退路：（a）错了，判词二的“只会吸收或分叉”收窄，那个学派登记为学习型的例外，本书第 65 章的窄定义要回头检验够不够窄。（b）错了，制度依赖的说法在那个法域收窄，K4 里“法学是国家的场”一句，要在那里重新问：它的场为什么不留痕。

条款三（管判词三）： 若在下编五十节里，多数事件的立法史或判决书中，找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三不成立；若不用这个读法也同样讲得通，且讲得更少，则判词三多余。

怎样查：下编每一节都有一个类型登记，A 加固、B 改写、C 同台、D 无学派预见。查的人可以不看我的登记，直接去读那一节涉及的判决书或立法说明，自己找：里面有没有可以指认的学派做法（某个解释方法、某种刑罚理论、某种权利理论），有没有可以指认的当下需要。

什么结果算错：五十节里，超过一半找不出这种对应。或者，另有一种读法，比如只用“当时的政治力量对比”，同样能讲通这些事件，用的概念更少。

退路：不成立，判词三撤回，下编改为不带判词的五十年记录；多余，判词三降为一种读法，不再称为判词。下编各节的 D 类，本来就是为这一条预留的反例位置，D 类越多，判词三越危险，这一点我在下编导论里说过，这里再说一次。

条款四（管出路）： 若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

怎样查：拿第 63 章给出的两句话去查。一句关于判决前当事人对事实认定的逐项表态与自动履行；一句关于新规则在确立前有没有在下级法院被判过、与它确立后被跟上的快慢。两句都是事前写下的，可以用一批同类案件的统计去查。

什么结果算错：两句都落空，而且找不到别的疑难案件，能让判与服的读法给出一句原学派说不出、经得起查的话。

退路：出路一句撤回。第 63、64 章降为一种描述法学过程的语言，不再称为出路；本书的诊断（判词一、二）不受影响，因为诊断和出路是分开立的。这也是为什么出路没有被写成判词。

◆ 五、本书自己的意义预设

本书一再说，不替法学押创造、自由、幸福哪一个当中心，这一点我仍守着。可是本书讲的出路，判与服之间“长出来”，本身就偏向创造：它看重的是新规矩怎样出生，而不是旧规矩怎样被守住。

这一偏向，要老实摆出来。一个押自由的读者会说：法的好处正在于它不常长出新东西，人们才能照着它安排生活；你看重长出来，会不会低估了守住？一个押幸福的读者会说：长出来的规矩，未必让人过得更好，那张调解书最后一行，也可能三年后没人记得。

这两种质疑我都不回避。本书在第 63 章已经承认，判与服的读法在稳定期只是换一种说法，在难案里才有话说。这就是对押自由一方的让步：守住的时候，不必天天说长出来。至于押幸福一方的质疑，要靠查：那些长出来的小规矩，过几年还在不在，被不被照着做。这件事本书没有做，读者可以做。

◆ 六、读者怎样替我查

最后，几件具体的事，读者自己就能做，不必等专家。

第一，换一条路重读一章。挑上编里任何一个学派，不按本书的 S→D→E 写法，而是先从它面对的条件（E）起手，或者先从它的论争史（D）起手，重写一遍它的出生证。如果写出来的“预设”和本书的不一样，而且更说得通，请记下来，那是本书只走一条路的证据。

第二，找一个学习的学派。用第 65 章的四条判据，去找一个真正改过起点、并且改进了判例或法典的学派。找到一个，条款二（a）就被击中一处。

第三，读一份判决书。下编每节都给了事件的名字，挑一节，去读原始的判决书或立法说明，不看本书的类型登记，自己判断它属于 A、B、C 还是 D。和本书对不上的，请登记。

第四，看一条小规矩活了多久。身边的调解书、楼规、群规、家规，有哪一条是在几轮来回之后长出来的？三年以后它还在吗？这是对出路最朴素的一次检查。

这些检查，每一项都可能让本书收窄一处。我把它们写在这里，等于把本书小法典的修改通道，交到读者手里。

◆ 七、四条条款之间的关系

四条条款不是并排放着、谁倒都一样。它们之间有先后。

条款一管起点，是最底下的一条。如果法学的大多数学派，人的设定和法的设定都是检验出来、随证据改过的，那么判词二说的“起点改不动”也就失了根，条款二多半会跟着倒。反过来，条款二倒了，不一定牵动条款一：一个学派可以起点是借来的，却很会改。条款三管下编，相对独立，它倒了，上编的诊断不受影响。条款四管出路，最单薄，它倒了，三句判词照样站着。

这个先后，也是本书最希望读者下手的顺序：先打条款一，那里是地基；打不动，再看条款二；条款三和条款四，各有一张可以计数的表等着人去查。

◆ 八、本书的话落在哪一层

按系列的三层，本书的话大多落在解释层：判词一、二靠逐章对照学派的文字去查，查得好不好，看出生证填得准不准，没有统一的尺。判词三和出路，各有可以被别人核对的陈述，落在解释层的边上。真正能计数的东西，只有条款三里那张类型登记表，和条款四里那两句话涉及的履行率、跟随速度。

没有统一的尺，不等于怎么说都行。正因为大多落在解释层，才需要四条条款，才需要写明“什么结果算错”。

◆ 九、最后一条退路

上面四条退路，管的是判词和出路。还有一条更底下的退路，管的是 S、D、E 本身。

如果有一类法学现象，不管用六条路径里的哪一条去排，都排不出一句可以查的话，那么要改的就不是某一章的分析，而是三维本身：也许三维不够，也许三维的分法在法学里要换。这一条我先写在这里，作为本书自己的木牌上最后一行。它可能永远用不上，也可能明天就用上。用上了，本书就要回写，改的是起点。

> 带走的话
>
> - 本书自己的规矩，也是一部小法典，有连接、次序和结构，也就有自己的制度依赖。
> - 本书最容易犯的四种毛病：免检、改名、先验、只走一条路；位置已经标出。
> - 四条条款各写了怎样查、什么结果算错、错了退到哪里；错了是收窄或撤回，不是整本书作废。
> - 最底下的退路：若有一类事用三维怎么排都排不出可查的话，要改的是三维本身。

> **小账**　本章动用：学派的出生证（用于本书自己）、三种吸收与两种闭合、六路径、四条可错条款、类型登记、第 63 章的两句待检验的话、第 65 章的四条判据、三层。
>
> 锁定记录：本书的章模板把“异象”“吸收还是分叉”两节写成每章必填，容易把一切学派读成会吸收，这是本书自己的锁定位置；“发生优先”是本书押下的起点，读不通处不许以“还没长出来”免检。

下 编 导 论

判决是学派的一次考试

先从2026年说起。

2026年6月30日，美国联邦最高法院对特朗普诉巴巴拉案作出判决。争的是一句一百多年前写进宪法第十四修正案的话：在美国出生、并且受美国管辖的人，是美国公民。2025年1月20日，总统签署第14160号行政令：母亲在美国非法居留或只是临时停留、父亲又不是美国公民或永久居民的，生下的孩子不再被承认为公民。这道行政令始终没有生效，下级法院一路拦着，案子打到了最高法院。多数意见由首席大法官罗伯茨执笔，认定这道行政令与宪法的出生公民权条款不合；托马斯大法官写了反对意见，戈萨奇大法官加入，阿利托大法官另写一份反对意见，戈萨奇自己也写了一段简短的反对意见；卡瓦诺大法官只同意判决结果，认为这道行政令违反的是联邦成文法，法院不必在宪法上下判，他的意见也标明部分反对。

这一案的细处，留到第120章去写。在这里我只请你注意一件事：多数意见和反对意见，用的几乎是同一套工具。双方都去翻写下这条修正案的那一代人怎样理解“受管辖”几个字，都去读1898年的黄金德案，都在问英国普通法里“生在哪里就归哪里”的老规矩当年漂洋过海时是什么样子。也就是说，几份意见的说理，都不是从“今天的美国需要什么”起手的，它们都先回到过去，在过去的某个学派做法里找依据；可是他们各自选中的那一段过去，又分明是被今天的某种需要挑出来的。

这就是下编要做的事：看一个判决、一部法律，怎样把过去和当下在同一张纸上写死。

为什么说判决是一次考试。

上编六十六章，讲学派怎样出生、怎样走路、怎样吸收疑难案件。那些事大多发生在书页里。学派可以在书里争一百年，谁也说服不了谁。可法学有一处跟经济

学、政治学都不一样：法官不能不判。案子来了，哪怕法律没写、学说打架、社会吵翻了天，到了那一天，法院也得给出一个结果，盖上章，让人照着执行。

所以，学派平时像题库里的答案，判决那天才是交卷。哪一派的解释方法被写进了判决书的理由部分，哪一派的预设被立法者写进了条文，交卷的就是哪一派。它交上去的东西从此有了既判力，有了先例的分量，有了法条的强制力，不再只是一种看法。

这里说的交卷，有三种卷面。判决的卷面是判决书里的理由部分，法官为什么这样判、引了谁、驳了谁，都写在那里。立法的卷面是立法史：草案说明、审议记录、几轮修改留下的痕迹，哪一派的主张被采纳，哪一派的被删掉，看得出来。释法的卷面介于两者之间，它不改条文，却把条文往某一个方向钉住。下编五十节，三种卷面都有，读法却一样：从卷面上找出学派的做法，再找出那一年逼着它交卷的需要。

我把这里的“考试”说得窄一点，免得你误会。它不是给学派打分，不是说“被法院采纳的学派更对”。一个学派被写进判决，可能只是因为那一年的需要恰好落在它看得见的地方；另一个学派落选，也许它在别的案子上看得更清楚。考试只做一件事：把学派的起点在真事面前露出来。

判词三，与一个类比公式。

全书有三句判词。前两句管上编：一句说学派的起点是借来的一对预设，一句说异象来了起点改不动，判例、法典和体系又把预设织进法律关系的连接、次序与结构里，这就是法学的制度依赖。第三句管下编，我原样写在这里：

一个重大判决或立法，是过去某个学派的做法，被当下的意义需要选中，写成了制度。它写进去的，是被当下认领的过去，也是对一处制度依赖最硬的一次加固，因为法律一旦写成，就要被照着执行。（公式只作类比：事件＝F（过去学派的做法，当下的意义需要）。）

括号里那个公式，是为了好记。我得说清楚，它只是类比，不是可以代入数字的函数。F不是一台机器，它是那一年、那一个法院或议会，把两样东西碰在一起的那个场合。

先说第一个括号里的东西：过去学派的做法。我写的是“做法”，不只是“主张”。一个学派留下来的，除了书里的理论，还有它教给法官和立法者的手艺：先查原意还是先看目的，先找条文还是先看案情，罚看行为还是看人，比例原则怎么一步一步过。巴巴拉案里，双方争的就是同一门手艺该怎么用。

再说第二个括号：当下的意义需要。这一年的社会要什么、怕什么、愿意押在哪里。用全书的三个意义来分：要的是创造（让新东西有地方放），要的是自由（让人不被强加），还是要的是幸福（让日子安稳、损失有人管）。需要不是某个人的愿望，而是那一年压在法院和议会身上、绕不过去的东西。

两样碰在一起，判决或法律就出来了。它写进去的那段过去，是被认领的过去：过去本身有很多条路，当下只认了其中一条。它又是最硬的一次加固：学术争论可以明天再吵，判决和法律却要被照着执行，一处制度依赖就这样被钉得更深。

还拿巴巴拉案说。摆在法官面前的过去至少有三层：英国普通法“生在哪里就归哪里”的老规矩；1866年起草、1868年批准这条修正案的那一代人的理解；1898年那份判决之后一百多年的先例与行政做法。三层过去并不完全一致，每一层又可以读出不止一种意思。多数意见认领的是三层连在一起的那一种读法，反对意见认领的是其中第二层的另一种读法。认领哪一段，不是翻书翻出来的，是当下的需要在挑。

判决一出，这次认领就不再只是九个人的看法。下级法院要照着办，行政机关要照着改，下一位想改这条规矩的人，要先越过这份判决。用全书的话说，这就是制度的“次序”又多了一级台阶。下编每一节，我都会顺手看一眼：这一次交卷之后，被钉住的是连接、次序，还是结构。

每一节要登一次记：A、B、C、D。

光说“碰在一起”太含糊，所以每一节末尾，我都要登一次类型，四选一。

A，加固：事件沿着某个学派原来的路又走了一步。学派的预设推得出这个结果，事件只是把它写得更硬。

B，改写：事件里出现了原学派的预设推不出来的新东西。学派还是被认领了，但被认领的同时也被改了一笔。

C，同台：两个或更多学派都能认领这件事，而且都有站得住的记录。巴巴拉案很可能就是这样一种局面，多数意见与反对意见都说自己最忠于原意，第120章会照实去登。

D，无学派预见：事前没有任何学派预测到，或者推得出来。这一类最要紧，因为它直接管判词三能不能成立。凡登D的，那一节要多写一小段“例外检验”，问一问：是真没有学派预见，还是我没找到。

A和B最容易混，我给自己定了一个分法：把事件的结果拿回那个学派的出生证上去推，推得出来的登A；推不出来、要给出生证补一笔才说得通的，登B。C和D则看事前的记录：事前有两派以上都说过类似的话，登C；事前谁都没说过，登D。

每一节还会指回上编的某几章。巴巴拉案指回第45章的原旨主义与活宪法、第47章的遵循先例；别的年份，有的指回刑法的学派之争，有的指回法典与法教义学。下编不重讲学派，只看学派在这一年交了什么卷。

登记是本书的读法，不是事实。你若读完某一节，觉得该登B而我登了A，那正是这本书希望发生的事。

还有一处界限要先说。全书说“法学必须判”，指的是法学的出口，即裁判与立法；书斋里的法学家可以不判，可以一辈子只写书。下编考的，不是哪位学者，而是学者留下的做法在出口处的命运。一位学者生前从未被法院引用，他的解释方法几十年后却出现在一份判决的理由里，这在下编里算他的学派交了卷。反过来，一位学者名气再大，他的主张若从未走到出口，下编就不登他。所以下编读出来的学派图景，会和上编不太一样：有的在书里很响的学派，在判决里很安静；有的在

书里不起眼的手艺，在判决里随处可见。这个差别本身，也是制度依赖的一种样子。

为什么是中、美、英、日、德、法六国。

下编五十节，中、美、英、日、德、法各八节，另有两节跨国。选这六国，是因为它们恰好把现代法律的几种来路摆全了，而且每一种来路都有两个样本，可以互相对照。

英国和美国是普通法的两个样本。都靠判例一案一案地往前走，可一个是议会说了算，法院原则上不能宣布议会立的法无效；一个有成文宪法，法院可以审查法律合不合宪法。同一种普通法，织出的次序很不一样。

德国和法国是大陆法的两个样本。都靠法典，都看重法教义学的体系，可德国有一个专门的宪法法院，普通人可以直接去告；法国长期只在法律公布之前由宪法委员会审查，普通诉讼里碰不到，直到2008年修宪，才给普通诉讼开了一条“违宪先决问题”的门，2010年起实行。

日本和中国是继受的两个样本。日本在明治时代整套引进欧洲大陆的法典，战后又加上美国式的宪法与司法审查，两层外来的东西在本地怎样运转，是它最有看头的地方。中国近代以来经历了几次继受，几十年里法律体系又以立法为主要的推进方式。

这里有一处差别，我要先说出来：中国八节全是立法与修宪，另外五国多半是判决。我不把这个差别抹平，也不去评哪一种更好，它本身就是一个发现，留到下编结语去读。六国只描述，不评价各国制度；不评在审案件；本书也不构成法律意见。

另有两节跨国：2002年《罗马规约》生效、国际刑事法院成立，2024年欧盟人工智能法。它们不属于任何一国，但都是“一部法律”，也都在问一个老问题：一国之外，法从哪里来。

事件是怎么挑的。

选目只有一条硬规矩：每一节必须是一个判决、一次释法，或者一部法律。只是“事件很大”不够，一场战争、一次选举、一场金融危机，不管多大，只要没有落成一个可以引的判决或条文，就不进下编。原因很简单：判词三说的是“写成了制度”，没有写成，就没有东西可考。

每一件事还要能回答两个问题。第一，当时有哪几个学派的预测或做法与它相关。第二，后来的实践记录支持谁。答不上来的，再大也换掉。年份按判决作出或法律通过的那一年算，生效年另注。

还有两条避让。同系列的政治学卷已经写过的事件，本卷要么换掉，要么只写法律那一面，并在节首说明。2026年这一节本可以选那一年的另一桩大案，正因为政治学卷已经写了，才选了巴巴拉案。安全类与同题的事件扎堆的地方，我也尽量写成对照，而不是重复。

每一节怎样读。

每节约两千字，按同一个顺序走：先写当年的意义需要，再写当时在用的学派与框架，包括这个国家自己的法学传统；然后是预测与实践记录，谁事前说过什么，后来怎样；接着看意义中心，创造、自由、幸福谁站在中间；再登类型；登D的加一段例外检验；最后是带走的话、一行小账、一行旁证，旁证写同年别国的一件法律大事，好让你横着看。

每十节之后有一个本编小结，数一数这十年里A、B、C、D各有几节，意义中心往哪里挪。五个小结连起来，就是五十年里“当下需要什么”的一条粗线。

五十年分成五编，我事先不预告结论，只提醒你留意几样东西：有的年份，几个国家在不同的事上，却押了同一个意义；有的题目，比如国家怎样对付恐怖袭击、婚姻能不能扩到同性、机器和数据归谁管，会在不同国家、隔几年又出现一次，一次走法院、一次走议会。这些重复不是巧合，它们是同一种需要在不同的制度里找出口。读到第三、四编时，你不妨自己先登一次类型，再翻到节末对照。

怎样算判词三错了。

最后把认输的条件说在前面。若这五十节里，多数事件的立法史或判决书中，都找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三就不成立。若不用这个读法，同样讲得通，而且讲得更少，判词三就多余。

这是条款三。它不是摆设：五十节的登记会在附录七汇成一张总表，D类有多少、我找对应时有没有硬凑，读者都可以拿判决书和立法记录去对。下编从1977年联邦德国的一部法律开始，到2026年美国那份判决为止，每一节都是一次交卷，也是这本书自己的一次交卷。

第 十 四 编

1977—1986：危机里补写的法，与新权利的起点

编　序

下编从 1977 年到 2026 年，一年一节，中、美、英、日、德、法六国大致均衡，个别年份是跨国的大事，共五编五十节，每十节之后有一个本编小结。

本编十节，从 1977 年到 1986 年，第 67—76 章，第 77 章是本编小结。每节按同一个顺序走：当年的意义需要，当时在用的学派与框架，预测与实践记录，意义中心，类型登记，最后是带走的话、小账与旁证。

本编各章：

- 第 67 章　1977　德国：联络禁止法
- 第 68 章　1978　美国：巴基案
- 第 69 章　1979　中国：刑法、刑事诉讼法通过
- 第 70 章　1980　美国：查克拉巴蒂案
- 第 71 章　1981　法国：废除死刑
- 第 72 章　1982　中国：八二宪法
- 第 73 章　1983　德国：人口普查判决
- 第 74 章　1984　英国：警察与刑事证据法

- 第 75 章　1985　日本：男女雇用机会均等法
- 第 76 章　1986　法国：反恐怖法与特别法庭
- 第 77 章　本编小结（1977—1986）

按下编结语的总账，本编登 A 加固五节、B 改写一节、C 同台四节。

第 67 章

1977　德国：联络禁止法

当年的意义需要　这一年秋天，联邦德国经历了一场以绑架人质相要挟、要求释放在押“红军派”成员的危机；危机的政治全景，政治学卷已经写过，本节只写法律那一面。法律上的难题很具体：政府怀疑关在监狱里的人通过探视、通信乃至辩护律师，向外面传递指令，于是从9月6日起，对一批在押者切断了他们彼此之间、以及与外界的联络，连律师也不让见。可是当时没有任何一条法律写着可以这样做。政府只能先借刑法第34条“正当化紧急避险”的法理撑着，也就是：为了保护更大的法益（人质的生命），可以暂时牺牲较小的法益。联邦最高法院9月23日驳回了在押人对此提出的申诉，可学界对这种做法能不能成立，争议很大：紧急避险本来是写给公民个人的出罪理由，一个人在危急时刻打破别人的窗户救火，可以不罚；国家能不能拿这条给自己的干预作授权，是另一回事。如果可以，那么任何一次“情况紧急”都能替代立法，法律保留就形同虚设。这一年的意义需要因此是双重的：一要保住人质的命；二要让已经在做的事有一个法律形式，好让法治国不至于变成“先做了再说”。两个需要在时间上互相挤压：人质等不起漫长的立法程序，而法治国又不能长期靠一条借来的法理运转。

当时在用的学派与框架　德国自己的传统里有三样东西同时在场。第一是十九世纪以来的“法治国”观念：行政干预公民，必须有法律根据，这叫法律保留，背后是实证主义的形式要求，法是立法者写下来的规则。第二是战后的反省。经历过纳粹时期，基本法第1条把人的尊严放在第一位，联邦宪法法院自1958年起又把基本权利读成一套“价值秩序”，各种权利冲突时要掂量轻重，这是评价法学与利益衡量一路的做法（见第48、49章）。第三是“防御性民主”：民主国家可以动用法律手段防卫自己的敌人。三样东西各有主角：法律保留的主角是立法者，价值秩序的主角是宪法法官，防御性民主的主角是行政与立法合起来的国家。在这场危机里，它们第一次被逼着在几天之内同时交卷。还要补一条背景：德国刑事程序里，

辩护律师与在押被告之间的自由联络，向来被看作公正审判的底线之一，刑事诉讼法对它保护得很严。所以这次要切断的，不是一条普通的探视渠道，而是程序法里最硬的一条连接。这也是为什么单靠行政命令不够，必须由立法者出面：越是要动最硬的连接，法律保留一派的要求就越高。

预测与实践记录　执政党与反对党联合提出一份修改《法院组织法施行法》的草案，从起草到表决只用了一周多。1977年9月29日，联邦议院以371票赞成、4票反对、17票弃权通过；次日联邦参议院同意，10月1日由联邦总统签署公布，10月2日生效。新加进去的是《法院组织法施行法》第31至38条，大意是：当存在对生命、身体或自由的现实危险，且有事实根据认为危险来自恐怖组织时，主管机关可以确认中断特定在押人员彼此之间以及与外界的一切联络，包括与辩护律师的书面和口头联络；这种确认须在两周内经法院确认，否则失效，最长三十天，期满不续即失效。法律生效当天，联邦司法部长就对七十多名在押人作出了确认。按法律保留的学派，它预测的是：只要有了国会立法，措施就合法了；按价值秩序的学派，它预测的是：宪法法院会拿生命与辩护权掂量。两者后来都应验了。1978年8月1日，联邦宪法法院第二庭裁定这部法律与基本法相合：几名律师的宪法诉愿不予受理，几名在押人的诉愿理由不成立。法院的理由是，人的生命在宪法秩序里分量最重，国家负有保护的义务；在严重危险之下，立法者可以在有限时间里让生命保护优先于在押人的权利，只要规定清楚、合乎比例。法院还专门回答了法律救济的问题：联络被切断期间，在押人不能找自己的律师商量，但新法第37条允许他们就个别措施请求州高等法院审查，法院据此认为，这段时间里的法律保护并没有被取消。律师们的诉愿之所以不予受理，是因为他们没有具体说明这些措施怎样妨碍了自己的辩护工作。这份裁定后来常被宪法教科书引用，被当作国家保护生命义务的早期例子。实践记录的另一半也值得记下：这几条法律在1977年秋天那一次之后，据联邦议院的资料，再也没有被启用过。

意义中心　幸福居中，而且是最基础的那种幸福：人能活下来。自由退到第二位，具体说是被告与律师之间那条自由联络的线。创造不在场，这部法律只是把正在发生的事收进法律的格子里，没有长出新东西。

类型登记　登为 A 加固。理由有三层。其一，法律保留一派的做法被加固了：哪怕是在最急的时候，国家也去补了一部法律，而不是一直靠紧急避险的法理撑下去，“干预须有法”这条起点没有被放弃，反而被证明在危机里也站得住。其二，价值秩序一派的做法被加固了：宪法法院没有发明新的审查方法，用的仍是生命优先、比例原则这一套已经在用的工具，只是这次砝码放在了生命一侧。其三，这件事把学派的预设织进了制度的**次序**：生命的保护排在辩护联络之前，法律排在措施之前（尽管是事后补上的）；也动了**连接**：在押人与律师之间那条法律关系，第一次被写明可以整体切断。按判词三的读法，这是“过去的做法被当下的需要选中”：选中的是战后宪法法院那套权衡，当下的需要是人质的命。它没有改写任何学派的起点，所以不登 B；也不是两派各自认领、互不相让，因为两派在这件事上是合力而不是对台，所以不登 C。还要用条款二的（b）问一下自己：如果换了一个学派，这件事会不会照样这样判？假如宪法法院当年采的是严格的形式主义，只问有没有法律、不问轻重，它同样会判合宪，但理由里就不会有“生命最重”这一句，后来的保护义务学说也就少了一个起点。可见被织进制度的不只是结果，还有理由；这正是判词二所说的制度依赖。

> 带走的话
>
> 危机里，法治国的第一个反应不是停下法律，而是补写法律。补写出来的那几条，把“生命先于联络”写进了次序。一条只用过一次、此后再没用过的法，也是一种实践记录。

小账　本节动用：法律保留、价值秩序、比例原则、次序、连接

锁定记录：评价法学的“生命最重”权衡，在危机立法中被宪法法院确认，成为此后同类审查的先例起点。

旁证　同年6月29日，美国最高法院在科克诉佐治亚州案中判定，对强奸成年女性者判处死刑违反宪法第八修正案。

第 68 章

1978　美国：巴基案

当年的意义需要　1964年民权法之后，美国许多大学开始用专门的办法招收少数族裔学生，想补上几代人被排斥在外的欠账。加利福尼亚大学戴维斯分校医学院每年招一百人，其中十六个名额留给一个特别项目，白人申请者不能参加这部分竞争。艾伦·巴基是一名白人工程师，三十出头，1973年和1974年两次申请都被拒，而通过特别项目入学的人里，有些分数比他低。他起诉，加州最高法院于1976年9月以六比一判决该项目违法，同年10月又补充裁定学校应录取巴基。大学上诉到联邦最高法院。这一年的意义需要，是“平等”两个意思之间的硬碰：一种平等是每个人都不因肤色被另眼看待，另一种平等是让长期被压在下面的群体真正进得来。法院必须在这两种平等之间判出一个结果。这个案子在当时引起的关注远超一所医学院的招生：许多大学、企业和政府部门都在用类似的办法，法院怎么判，等于给全国的平权做法定一个调子。提交给最高法院的“法庭之友”意见书共五十八份，创下了当时的纪录。

当时在用的学派与框架　至少三套做法同时在场。第一是“宪法不看肤色”的形式平等，这一说在美国可以追到1896年普莱西案里哈伦大法官的那份异议；照这一派，任何按种族分类都可疑。第二是补救论，主张宪法第十四修正案的平等保护，本来就是为了把被压在下面的人抬起来，所以为补救而用种族，与为压迫而用种族不是一回事。第三是美国宪法审查自己长出的一套程序框架：按分类的性质分出不同的审查强度，种族分类适用最严格的审查，政府必须证明有“迫切利益”且手段“精确剪裁”。另有一条法定路线：民权法第六编禁止接受联邦资助的项目搞种族歧视。前两套是关于“平等是什么”的学派，后两套是法院怎样排出审查次序的框架。用本书的出生证来读：形式平等一派的主角是守法的个人，预设人是一个个独立的申请者，预设法是对每个人一视同仁的规则；补救一派的主角是立法者与大学这样的制度设计者，预设人总是带着群体的历史，预设法是纠正社会结构的工

具。两对预设一旦在同一个案子里相遇，审查框架就成了裁判，它决定哪一方先说话、哪一方负举证责任。按严格审查，举证责任落在用种族分类的一方，这本身就让形式平等占了先手。

预测与实践记录　案子于1977年10月12日辩论，1978年6月28日宣判。九位大法官分成两个四人组，第九票落在鲍威尔大法官身上。史蒂文斯等四人认为，单凭民权法第六编，戴维斯的做法就违法，巴基应当入学，不必谈宪法；这是形式平等一派的预测。布伦南等四人认为，为补救历史歧视而考虑种族可以通过审查，戴维斯的项目合宪；这是补救论的预测。鲍威尔两边各站一半：硬性保留名额的做法违法，巴基应当入学，在这一点上他与前四人合成多数；巴基之所以应当入学，是因为大学无法证明，在一个不看种族的招生办法下他仍然会被拒；但大学在招生中把种族当作若干考量因素之一，并不违宪，在这一点上他与后四人合成多数。他给出的理由不是补救，而是另一条：一所大学追求学生构成的多样，是迫切的利益。他还举了哈佛大学的招生办法做样板，那里不设名额，但把种族作为综合评估里的一个加分因素。实践记录很长。2003年最高法院在格鲁特案中沿用了多样性理由；2023年6月29日，最高法院在公平录取学生组织诉哈佛大学案中，实质上终止了大学录取中以种族作考量的做法。鲍威尔那一票开出的路，走了四十五年。值得一提的是，这份判决在形式上很少见：判决的结果由鲍威尔一人的意见串起两个不同的多数，每个多数只认同他意见里的一部分。下级法院与大学在此后多年里不得不反复推敲，究竟哪一句才算有约束力；多样性理由之所以能在2003年被正式确认，前提之一就是这二十五年里各地的招生实践一直在用它。

意义中心　自由与幸福正面相撞：自由一方是个人不被按群体对待，幸福一方是一个群体被补上欠账。鲍威尔把中心挪到了第三处，挪到创造：多样性的理由，说的是课堂里不同经历的人相互碰撞，能产生更好的教育。这是本编第一次看见创造被一纸判决推到中心附近。这个挪动有代价：多样性理由让种族考量合法，却也让它离开了“补欠账”的本意，变成了“对大家都好”的教育政策。补救论者后来常说，鲍威尔保住了做法，却换掉了理由；形式平等论者则说，理由换了，种族分类仍在。两边的不满，恰好说明中心确实被挪动过。

类型登记　登为 C 同台。形式平等一派可以认领这份判决：巴基入学了，硬名额倒了。补救一派也可以认领：种族作为因素保住了，大学的招生办法没有被一笔勾销。两派都有自己的实践记录，后来四十多年里也一直轮流在法院里得分，直到2023年那一判。鲍威尔给出的多样性理由，是不是一个原学派推不出的新东西，因而该登 B？本书不这样登，理由是：多样性论证在判决之前已经出现在大学与法学界的论述里，鲍威尔是把它从一旁拿过来，安放到严格审查的格子里，审查框架本身没有被改写。这件事织进的是制度的**次序**：先问是不是种族分类，再按最严格的标准审，再问利益是否迫切、手段是否精确，这个先后次序从此成了平权案件的固定步骤。2023年的那一判，用的仍是这套步骤，只是在最后一步上认定多样性理由不够具体、无法衡量。换句话说，四十五年后改变结果的，不是审查次序，而是放进次序里的砝码；次序本身一直被锁着，这正是制度依赖的样子。

> 带走的话
>
> 两个四人组各说各的，第九个人把两边各取一半，判决就这样成了。同台的判决会把争论原样留给后来的法院。多样性这条理由，是从招生的实践里借来的，不是从宪法条文里推出来的。

> **小账**　本节动用：形式平等、补救论、严格审查、次序、意义中心的转移
>
> 锁定记录：严格审查的先后步骤成为平权案件的固定次序，学派之争被锁在“理由够不够迫切”这一步上反复进行。

旁证　同年1月18日，欧洲人权法院在爱尔兰诉英国案中，就北爱尔兰审讯中使用的五种手段作出判决，认定构成不人道和有辱人格的待遇。

第 69 章

1979　中国：刑法、刑事诉讼法通过

当年的意义需要　十年动乱刚过，大量冤假错案等待平反，人身安全没有保障的记忆就在眼前。1978年底的十一届三中全会提出，要做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。可是直到那时，新中国还没有一部刑法典，也没有一部刑事诉讼法典，定罪量刑长期依靠单行条例、政策与文件。1979年2月，全国人大常委会设立法制委员会，由彭真任主任。此后三个多月里，刑法、刑事诉讼法等草案连同其他几部法律一起准备完毕。1979年7月1日，五届全国人大二次会议一次通过七部法律：刑法、刑事诉讼法、选举法、地方各级人大和地方各级政府组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法、中外合资经营企业法。刑法与刑事诉讼法均自1980年1月1日起施行。这一年的意义需要，是让“定罪”与“办案”第一次有一套全国统一、公开写明的规矩。对普通人来说，这个需要再朴素不过：什么事做了会被抓，抓了之后谁来查、谁来审、关多久，都要能在一本公开的书里找到，而不是取决于一时一地的运动和口径。七部法律同一天通过，也说明当时的需要不止于刑事一块：选举、地方政权、法院和检察院的组织、外资进入，都要同时有章可循。

当时在用的学派与框架　这两部法典并不是从零起草。刑法草案在五十年代就已起草多稿，1957年有第22稿，1963年有第33稿；1979年的草案以第33稿为基础修订。那一批草稿的学术底色，是五十年代对苏联法学的继受：犯罪的本质是“社会危害性”，判断一个行为是否构成犯罪，看犯罪客体、客观方面、主体、主观方面四个要件，这就是第23章讲过的“四要件”。在法的性质上，用的是马克思主义法学的国家学说（见第32章）：法是统治阶级意志的体现，刑法是对敌斗争与保护人民的工具。另有一条中国自己的传统暗暗在场：重实质、重社会效果的“刑以弼教”观念，与“法无明文不为罪”的西方罪刑法定原则之间，一直存在张力。用出生证来读，社会危害性一派的主角是司法者，预设人是可以被社会改造的成员，预设法是保护社会秩序的工具，条文只是危害的一张清单，清单之外还有危害。罪刑

法定一派的主角是守法人，预设人是需要事先知道边界的个人，预设法是国家权力的边界，清单之外就是自由。两派的分歧，落到条文上就是一个问题：要不要类推。

预测与实践记录　按社会危害性一派的起点，它会预测：法典要留下口子，让司法能处理条文没写到但危害社会的行为。1979年刑法正是这样写的。它共192条，在第79条保留了类推：刑法分则没有明文规定的犯罪，可以比照分则最相类似的条文定罪判刑，但须报请最高人民法院核准。第9条规定了溯及力上的“从旧兼从轻”。刑事诉讼法共164条，确立了公安、检察、法院分工负责、互相配合、互相制约的办案次序，规定了被告人的辩护权。从条文的分量看，刑事诉讼法把大量篇幅放在立案、侦查、起诉、审判的先后衔接上，对辩护的规定相对简略，这与苏联模式重视各机关职责分工、把被告人主要作为程序对象的取向一致。按罪刑法定一派的起点，它会预测类推终将成为法治化的障碍，需要废除；按程序正义一派的起点，它会预测辩护与审判中心的分量迟早要加重。实践记录分两段。第一段是这套框架很快受到压力：1983年9月，全国人大常委会通过《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》和《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》，一个提高了若干罪名的法定刑，一个缩短了上诉期限，这说明法典刚施行三年多，单行决定就已开始在它旁边另立规矩。第二段是法典本身后来改了：1996年修改刑事诉讼法；1997年全面修订刑法，明文写入罪刑法定原则，废除了类推。也就是说，1979年留下的那个口子，十八年后由立法者自己合上。据通常的研究说法，1979年刑法施行期间经核准适用类推的案件数量很少，这说明口子虽然留着，实际被用得并不多；它的意义更多在于宣示起点，而不在于日常办案。两个学派的预测，都在后来的修法里得到了一部分印证。

意义中心　幸福居中，指的是秩序与安定：社会要先回到有规矩的状态。自由排在第二，体现在辩护权、公检法相互制约、溯及从轻这些对个人的保障上。两者的先后，在类推条款上看得最清楚：当保护社会与保护个人的预期冲突时，1979年的法典让前者优先。创造不在中心，但同一天通过的中外合资经营企业法，已经透

出另一种需要的苗头：法律不只用来管住，还要用来引进和开创。这个苗头要到后面几节，尤其是1982年宪法与此后的经济立法里，才慢慢走近中心。

类型登记　登为 A 加固。这两部法典沿着五十年代继受下来的路线再走了一步：四要件的犯罪构成、社会危害性的实质判断、作为对敌斗争与保护人民工具的刑法观，都原样写进了法典，第33稿的骨架没有改动。类推条款就是这一起点最清楚的证据：起点认为犯罪的本质是社会危害，条文只是它的表现，所以条文没写到的危害也该罚。这件事织进的，首先是制度的**结构**：总则、分则、四要件，从此是中国刑法教学与司法的固定骨架，直到今天学界的三阶层与四要件之争（第23章）仍在这副骨架上进行。其次是**次序**：公检法的先后与相互制约，成了刑事程序的基本排列。按判词三，这是“过去的做法被当下的需要选中”：五十年代的草稿，被七十年代末重建秩序的需要选中，写成了法。至于1997年废除类推，那是下一次考试，不改本节的登记。还要说明一点：本节把立法登为 A，并不意味着中国刑事法在这一年没有新东西。刑法、刑诉法本身就是新中国第一次有的东西；但类型登记问的是学派的起点，而不是法典的有无，起点在这里是被沿用的。

> 带走的话
>
> 1979年的两部法典，是把一份放了十六年的第33稿，拿出来写成了法。类推条款告诉我们，一个学派的起点会原样留在条文里。口子由立法者留下，十八年后也由立法者合上。

小账　本节动用：社会危害性、四要件、罪刑法定、结构、次序
锁定记录：继受的四要件骨架织进中国刑法的结构，此后的学派之争都在这副骨架上展开。

旁证　同年2月20日，欧洲共同体法院在“第戎黑醋栗酒”案中判定，在一个成员国合法生产销售的商品，原则上应可进入其他成员国市场。

第 70 章

1980　美国：查克拉巴蒂案

当年的意义需要　七十年代，分子生物学正从实验室走向工业。通用电气公司的研究员阿南达·查克拉巴蒂培育出一种经过改造的细菌，能够分解原油的多种成分，设想用来处理海上溢油。公司在1972年提出专利申请。专利审查员批准了制造方法和使用方法的权利要求，却驳回了对细菌本身的权利要求，理由是活的东西历来不被当作可授予专利的对象。专利上诉委员会维持驳回，海关与专利上诉法院则推翻了这一结论；最高法院受理时，这件案子与另一件关于微生物专利的“伯吉案”一度并在一起，后者因已失去争议而被驳回，最终只留下查克拉巴蒂一案。专利商标局局长戴蒙德把案子带到最高法院。这一年的意义需要，是给一个新产业一个法律回答：人改造出来的生命，能不能像一台机器那样归发明者独占若干年。对投资者来说，这个问题直接决定钱敢不敢投：如果改造出来的菌株一旦公开就人人可用，没有哪家公司愿意为它花上几年的研究经费；如果它可以被独占，一个新行业就有了收回成本的办法。另一边的担心同样具体：生命被当作商品登记、出售，基因改造的风险由谁来管，社会上也有人提出疑问。

当时在用的学派与框架　第一套是文本主义（见第46章）：专利法第101条规定，任何新的、有用的“制造品”或“物质组合”都可以申请专利；法院只问一个细菌是否落进这几个词里。第二套是立法意图解释：国会在1930年制定植物专利法、1970年制定植物品种保护法，专门为某些植物开了口子；有人据此推论，国会原本认为生命不在一般专利法之内。第三套是专利制度背后的功利主义：专利是用有限的独占换取发明的公开与投资的回报，边沁一路的算计在这里最直白。第四套是先例划出的边界：自然规律、自然现象和抽象观念不能申请专利，1948年的放克兄弟种子公司案就拒绝过对天然细菌组合的专利。用出生证来读，文本主义的主角是法官，预设人是照字面立法、也照字面守法的人，预设法是一份用词有边界的文本；功利主义的主角是立法者，预设人是会算回报的发明者，预设法是一套激励机

制；立法意图论的主角仍是法官，但预设法是国会意志的记录，字面之外还要看国会当年想的是什么。三种起点会对同一个细菌给出不同的问题：它落不落进这个词？给它专利会不会多出发明？国会当年想没想把它放进来？

预测与实践记录　案子于1980年3月17日辩论，6月16日宣判，五比四。伯格首席大法官执笔多数意见，斯图尔特、布莱克门、伦奎斯特、史蒂文斯加入。多数意见走的是文本主义加功利主义：法条的用词宽，国会在1952年修订专利法时的委员会报告里，有一句常被引用的话，意思是阳光下凡是人造的东西都可以列入；关键的分界不在有生命与无生命之间，而在自然产物与人造发明之间；这个细菌在自然界里没有，是人造的，所以属于“制造品”或“物质组合”。对于基因研究可能带来的危险，多数意见说，这些顾虑应当向国会和行政部门提出，不该由法院来权衡。布伦南大法官执笔异议，怀特、马歇尔、鲍威尔加入，他走的是立法意图一路：从两部植物法看，国会认为生命体需要专门立法；把专利垄断扩到国会没有明确授权的领域，是法院越位。多数意见还特意回应了植物法的论证：1970年那部法律的立法史里，看不出国会是因为认定一般专利法排除生命，才另立专门法；专门立法可能只是为了解决植物难以书面描述等技术困难。这样，立法意图一派的证据被读成了“不足以推翻字面”。实践记录支持多数一方。同年12月，拜杜法案签署成法，允许大学保有联邦资助研究的专利。1988年，哈佛大学获得一项转基因小鼠的专利。2013年6月13日，最高法院在“分子病理学协会诉麦利亚德”案中一致判定，从人体分离出来的天然DNA片段不能申请专利，而人工合成的cDNA可以，用的正是1980年划下的“自然产物与人造发明”那条线。

意义中心　创造居中，几乎是本编最纯的一例：这份判决的全部理由，都在于怎样让发明者愿意发明。自由退为次要，是发明者对自己成果的支配。幸福在异议与“危险”一段里出现，被多数意见交给了国会。值得注意的是，判决里的创造是被“预设”出来的：多数意见并没有拿出证据证明生命专利会多出发明，它把专利激励发明当作不必检验的前提。用第5章的话说，这是一种免检；创造之所以能居中，靠的是功利主义起点本身，而不是这个案子里的数据。

类型登记　登为 A 加固。多数意见没有发明新的解释方法：文本主义读法条，功利主义解释为什么要有专利，先例划出的自然产物例外照旧保留。它做的是把这三样旧工具对准一个新对象。新对象确实是新的，没有哪个学派在1952年预见到改造细菌，但这不等于 D 类：D 指的是没有任何学派事前给出可用的做法，而这里文本主义的做法完全够用，判决只是沿原路多走了一步。异议一方的立法意图论也在旧路上，它输了，没有分叉出新学派。这件事织进的是制度的**连接**：发明者与一个活的东西之间，从此可以有一条财产法上的连接；也织进了**次序**：法院先判，风险问题排给国会后议。这个次序后来的确被照着执行：国会此后多年里没有出台一部总的法律去禁止生命专利，生物技术产业的规模在其后二十年间迅速扩大。按判词三，被当下需要选中的“过去”，是1952年专利法修订时留下的那一句宽泛用语，以及专利制度背后两百年的激励论；当下的需要，是一个新产业要一张产权证。五比四的票数也提醒我们：同一份法条、同一套先例，换一个大法官，结论就可能反过来，加固常常只赢在一票之间。

> 带走的话
>
> 分界线不画在生与死之间，而画在天然与人造之间。一条1952年的委员会报告用语，在1980年替一个新产业开了门。法院把风险交给国会，这本身也是一种次序。

> **小账**　本节动用：文本主义、立法意图、功利主义、连接、次序
> 锁定记录：“自然产物与人造发明”的分界被锁进美国专利法，三十多年后仍是判断基因专利的起点。

旁证　同年9月10日，中国五届全国人大三次会议通过新的婚姻法，把感情确已破裂作为准予离婚的标准写进法律。

第 71 章

1981　法国：废除死刑

当年的意义需要　法国最后一次执行死刑是在1977年9月10日，在马赛，用的仍是断头台。1981年春天，密特朗在总统竞选中公开表示反对死刑，而当时的民意调查显示，多数法国人仍赞成保留。他当选后，任命长期从事废除死刑运动的律师罗贝尔·巴丹泰为司法部长。政府随即提出废除死刑的法案。9月17日，巴丹泰在国民议会作长篇发言；次日，国民议会以三百六十多票赞成、一百一十多票反对通过（各家记载的确切票数略有出入，这里不写死）。参议院当时由反对派占多数，通过与否并无把握，最后在9月30日以161票对126票通过。法律于1981年10月9日公布，即第81-908号法律，第一条只有一句：死刑废除。这一年的意义需要，是一个新执政的多数派要在刑罚的最顶端，回答国家能不能以法律的名义杀人。在这之前，西欧多数国家已经在法律上或事实上停止执行死刑，法国是西欧大国里较晚的一个；七十年代末，几起轰动全国的命案审判让死刑存废成为日常话题，陪审团在判与不判之间的摇摆，也让律师与法官们看到这一刑罚的偶然性。需要的另一面是政治上的：新多数派在选举中赢下了议会，要不要在民意不站在自己一边的时候兑现承诺，本身就是对“代议”含义的一次检验。

当时在用的学派与框架　在法国，死刑之争有很长的前史。大革命时期的制宪议会就辩论过废除，没有通过；二十世纪初，议会也曾否决过一份废除法案。学派上，至少有三条线同时在场。第一条是贝卡利亚以来的古典刑法学（见第20章与第210号）：刑罚要有限度，死刑既不必要也无效用。第二条是法国本土的“新社会防卫论”，以马克·安塞尔为代表（见第24章）：刑罚要着眼于犯人的再社会化与人的尊严，死刑正好与此相反。第三条是报应论：罪大恶极者以命抵命，才合正义；它在民意里有最深的根。另有一条制度背景：法国的刑法由议会立法决定，宪法委员会当时还不审查刑罚轻重，死刑存废只能由议会多数来决定。用出生证来读：古典派的主角是立法者，预设人是会权衡得失的理性者，预设法是一套刚好够

用的威慑；新社会防卫论的主角是法官与刑罚执行者，预设人是可以回到社会的个体，预设法是保护社会、同时改造犯人的手段；报应论的主角是被害人与社会的正义感，预设人对自己的行为负完全责任，预设法是让罪与罚相称的天平。三种起点算出来的刑罚顶端，分别是“够用即可”“不能断绝回归”“必须相称”。

预测与实践记录　古典派与新社会防卫论都预测废除是可行的，且废除后社会秩序不会因此崩坏；报应论与当时的多数民意则预测，废除会削弱刑罚的威慑，引起反弹。巴丹泰在国民议会的发言里，既用了效用的论证，说死刑没有被证明能减少重罪；也用了尊严与可错的论证，说司法会犯错，而死刑让错误无法纠正。这两类论证，恰好分别来自古典派与新社会防卫论。法律通过后，最高刑由无期徒刑接替。实践记录显示，废除一步没有回头：此后法国陆续加入欧洲层面废除死刑的公约义务；2007年2月，法国议会两院联席会议通过修宪，2月23日公布，在新增的第66-1条写明任何人不得被判处死刑，把议会的一次多数决定升为宪法的结构。民意的转变比法律慢得多，据多次调查，赞成恢复死刑的声音在此后多年里仍时有起伏，而法律文本未曾因此松动。

意义中心　自由居中，而且是自由最深的一层：人的尊严不被国家以刑罚取走。幸福一方是被害人与社会的安全感，在这次立法里退居其次。这一次，自由不是以“个人选择”的面貌出现，而是以“国家权力的界限”的面貌出现：国家可以关押、可以罚，但不能取命。立法者把这条界限放在民意的幸福计算之前，这就是意义中心在这次立法里的排序。创造不在中心。反对一方当时也提出过替代方案，比如设立不得假释的长期刑来安抚社会的不安；后来法国确实在刑罚体系里逐步加强了长期监禁的安排，这可以看作幸福一侧在制度别处得到的补偿。

类型登记　登为 C 同台。贝卡利亚的古典派可以认领这部法律：它从刑罚的必要性与效用出发，两百多年前就预言了这一步。安塞尔的新社会防卫论同样可以认领：它从再社会化与尊严出发，在法国本土为废除做了三十年的理论准备，巴丹泰本人的论证里两条线都用上了。两派的起点不同，一个以理性的立法者为主角，算刑罚的效用；一个以犯人为主角，看他能否回到社会。它们在这件事上交了同一份答卷，都有各自的实践记录可以拿来说话。之所以不登 A，是因为不能说只沿着某

一派的原路走了一步；之所以不登 B，是因为废除死刑没有生出任何一派推不出的新东西。落败的是报应论，它的起点并没有被改写，只是在立法上失去了多数。这件事织进的是制度的**结构**：刑罚体系的顶端被整体换掉，而2007年的修宪又把这一结构从法律层级抬到宪法层级，改变了**次序**。从制度依赖的角度看，这一步的分量在于：普通法律可以由下一个议会多数改回去，写进宪法后，改回去就要走修宪的程序，门槛高得多。一个学派的结论一旦被抬上次序的更高一层，后来的学派要动它，就不再是辩论，而是修宪。按判词三，被选中的“过去”是贝卡利亚以来两百年的刑罚节制论与战后法国本土的再社会化论，当下的需要是新多数派对人的尊严的承诺。这里也看得出本书所说法学的第一处特殊性，即法学“必须判”：学者可以把存废之争无限期地辩下去，议会却必须在某一天按下表决，而一旦按下，就成了此后所有法官都要照着执行的结构。

> 带走的话
>
> 一部只有一句核心条文的法律，换掉了整套刑罚体系的顶端。两个学派从不同起点走到同一个结论，判决就会被两边同时认领。法律跑在民意前面，这件事本身也进了实践记录。

> **小账**　本节动用：古典派、新社会防卫论、报应论、结构、次序
> 锁定记录：“国家不以刑罚取命”从议会多数决定升为宪法条文，刑罚体系的顶端被锁定为无期徒刑。

旁证　同年10月30日，英国1981年国籍法获御准，把原来的英国及殖民地公民身份分为三类，并改变了出生即取得国籍的规则。

第 72 章

1982　中国：八二宪法

当年的意义需要　1949年以后，中国先后有过1954年、1975年、1978年三部宪法。1975年宪法写成于“文革”后期，1978年宪法虽作了修改，仍保留了不少那个时期的提法，与刚开始的改革开放越来越对不上。1980年9月，五届全国人大三次会议决定修改宪法，成立宪法修改委员会，叶剑英任主任委员，宋庆龄、彭真任副主任委员，起草工作的后期由彭真主持。草案经过一年多的起草，于1982年4月公布，交全国各族人民讨论，讨论持续约四个月，再由委员会修改。1982年12月4日，五届全国人大五次会议以无记名投票通过，出席代表3,040人，3,037票赞成、0票反对、3票弃权，当天公布施行。全文138条，分序言、总纲、公民的基本权利和义务、国家机构、国旗国徽首都几部分。这一年的意义需要，是要有一部能管得住“乱”、又能容得下“改”的根本法：前一半，是防止十年动乱那样的局面再来；后一半，是为刚起步的改革留出制度空间。两个需要放在一起，就是“稳定”与“开创”要同时写进同一个文本。

当时在用的学派与框架　八二宪法有一个公开的参照：1954年宪法。起草者明确以五四宪法为基础，恢复它的许多安排，例如恢复设立国家主席。学派上，在场的首先是马克思主义法学的国家学说（见第32章）：宪法是国家根本制度的确认，人民代表大会制度是根本政治制度，国家的性质由序言与总纲规定。其次是五十年代继受的苏联宪法模式：权力集中于最高国家权力机关，不设独立的宪法法院，宪法的监督由全国人大及其常委会负责，宪法的解释权归全国人大常委会。第三是从近代以来中国立宪史里一直存在的一条线：宪法是建国纲领，带着很强的宣示性与目标性，序言写历史与方向，正文写制度。三条线的主角都偏向立法者与国家机构，预设法是国家根本制度的总章程。用出生证来读：主角是制宪的立法者；预设人是在社会主义制度下享有权利、承担义务的公民；预设法是确认革命成果、规定国家任务的根本法。

预测与实践记录　按五四宪法的路线，它会预测：新宪法会恢复人大的地位、恢复国家主席与较完整的国家机构、恢复公民权利的完整清单。这些都实现了。八二宪法还有几处结构上的变动。第一，“公民的基本权利和义务”一章被移到“国家机构”之前，这在前几部宪法里都是放在后面的。第二，第5条写明国家维护社会主义法制的统一和尊严，一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触，一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。第三，全国人大常委会的职权扩大，可以制定和修改除应由全国人大制定的基本法律以外的其他法律，立法从此有了一个常设的主要通道。第四，规定了国家领导职务的任期，并对连任作出限制。第五，第31条规定国家在必要时可以设立特别行政区。实践记录中最清楚的一条，是这部宪法此后一直通过修正案调整，而不再整体重写：1988年、1993年、1999年、2004年、2018年先后五次修正，涉及私营经济、社会主义市场经济、依法治国、保护人权与私有财产、国家机构等内容。第31条后来成为香港、澳门两部基本法的宪法依据。序言的最后一段还写明，本宪法是国家的根本法，具有最高的法律效力，全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须以宪法为根本的活动准则。对照前面的预测，可以说五四宪法路线的预测全部兑现；而“只改不换”这条实践记录，是当年的起草者没有在文本里写出、却被此后四十年照着执行的一条做法。宪法监督方面，具体的审查机制在此后相当长的时间里主要靠立法机关内部的备案与审查来展开，这也是沿着原有框架生长的结果。

意义中心　幸福居中，指的是安定与有序：防止动乱重来，是这部宪法最直接的动机。创造紧随其后，体现在为改革开放留出的空间，以及后来五次修正里一步步写进去的经济制度。自由体现在基本权利一章前移与权利清单的恢复上。一个具体的例子是第33条：公民平等这一条，1954年宪法里有，写作“在法律上一律平等”，1975年和1978年宪法里没有，八二宪法把它恢复了，措辞改为“在法律面前一律平等”；2004年的修正又在同一条里加上了国家尊重和保障人权。自由在文本里的位置提高了，但宪法的实施与监督仍由立法机关负责，权利主要通过立法来展开，这与以法院为中心的国家不同。这里只描述位置，不评高下。

类型登记　登为 A 加固。理由是：八二宪法沿着五四宪法与马克思主义国家学说的原路再走了一步，起点没有改写。人民代表大会制度、宪法由立法机关监督与解释、序言加正文的结构，都是原有做法的恢复与加固。那几处变动，如权利一章前移、法制统一条款、常委会立法权、特别行政区条款，都可以从“恢复法制、为改革留空间”这一需要里推出，不是原学派推不出的新东西。与其他几国不同，中国在这一编里的两节都是立法，而非判决；这一差异本身是下编结语要写的发现，这里只登记，不抹平。这件事织进的，首先是制度的**次序**：宪法居于最高，法律、行政法规、地方性法规依次在下，第5条把上下位阶写成了明文；其次是**结构**：从此中国法律体系以这部宪法为顶，按修正案的方式生长，而不再推倒重来。按判词三，被选中的“过去”是1954年宪法的路线，当下的需要是走出动乱、开始改革。条款二的（b）问在这里也可以问一下：假如换一个学派的起点，比如以法院为中心的宪法审查一派，八二宪法会不会照样织成这个样子？不会。监督与解释交给立法机关，这一安排正是从原有起点里来的，换了起点，次序就会不同；这说明这一节的制度依赖是实在的，而不是随便哪个学派都能套上。

> 带走的话
>
> 八二宪法的办法，是回到1954年那条路上，再往前走。权利一章挪到国家机构前面，是一个次序的信号。此后四十年，这部宪法只改不换，这本身就是制度依赖的一种形状。

> **小账**　本节动用：马克思主义法学、苏联宪法模式、法制统一、次序、结构
> 锁定记录：“宪法居顶、修正案生长、立法机关监督”的结构被锁定，此后的宪法变化都以修正案的方式发生。

旁证　同年4月17日，加拿大1982年宪法法公布，把《权利与自由宪章》写进宪法，并使加拿大此后修宪不再需要英国议会参与。

第 73 章

1983　德国：人口普查判决

当年的意义需要　七十年代末到八十年代初，联邦德国的行政机关越来越多地使用电子数据处理，户籍登记、社会保险、税务、警察各有自己的数据库。联邦议院一致通过了1983年人口普查法，法律于1982年3月25日公布，计划在1983年4月27日开展全国人口、职业、住房与工作场所普查，问卷涉及住房、职业、通勤等许多项目，法律还允许把普查数据与户籍登记比对，并向联邦、州和地方的行政机关传送。在很多人看来，这不只是一次统计，而是国家第一次有能力把一个人的各种信息拼成一幅完整的画像。各地出现了抵制普查的运动，口号是政治家提问、公民不答，一些地方的志愿团体挨家挨户劝人不要填表。抵制者里不只有学生和左翼团体，也有律师、教师和普通家庭主妇，他们担心的并不是哪一项具体问题，而是问卷与户籍比对之后会拼出什么。许多公民向联邦宪法法院提出宪法诉愿。1983年4月12日开庭听审后，宪法法院于次日以临时命令暂停了普查，离普查日恰好两周；同年10月18日、19日两天言词辩论，12月15日，联邦宪法法院第一庭作出判决。这一年的意义需要，是在计算机进入行政的时刻，回答一个过去不必回答的问题：一个人对“关于自己的信息”，有没有法律上的支配权。

当时在用的学派与框架　德国在这个问题上并非空手。基本法第2条第1款保障人格的自由发展，第1条第1款保障人的尊严，宪法法院早在五六十年代就把两条合起来，读出了“一般人格权”。1969年的“微型普查”决定已经说过，国家不能把人当作可以全面登记、编目的对象。在民法与宪法的学说里，人格权保护长期依靠“领域理论”：把人的生活分成最内层的私密领域、中间的私人领域和外层的社会领域，越靠内保护越强，越靠外越可以被国家干预。另有一条线来自数据保护立法：黑森州1970年就有了数据保护法，联邦数据保护法1977年制定。学术史上，“信息自决”这个说法在七十年代初的一份关于数据保护的专家报告里已经出现。用出生证来读：领域理论的主角是法官，预设人是有一个可以被划出来的私密

内核的个体，预设法是围着这个内核修的几道墙；数据保护立法的主角是立法者，预设人是被行政机关处理的数据主体，预设法是一套处理规则。

预测与实践记录　按领域理论，它会预测：普查问的多是住房、职业这类属于社会领域的信息，不碰私密内核，国家可以问。按数据保护立法的思路，它会预测：只要有处理规则，普查就可以进行，问题在规则够不够细。宪法法院的判决没有沿着领域理论走。它从一般人格权里推出了一项权利，即“信息自决权”：原则上由个人自己决定，关于自己的个人资料是否披露、怎样被使用。理由的核心是自动数据处理改变了局面：资料可以无限存储、随时调取、与别的资料组合，于是在这种条件下，不存在本身就“不重要”的资料，一条看似无关紧要的信息，放进别的脉络里可能变得很敏感。所以判断不再看资料属于哪一层领域，而要看它被拿来做什么、和什么组合。对这项权利的限制，须有压倒性的公共利益，须有明确的法律依据，须合乎比例，还须有组织上和程序上的防护措施。具体结论是：普查法中规定调查项目与程序的条款合宪，但立法者须按判决理由补上组织与程序方面的规定；第9条第1至3款，即把普查数据与户籍登记比对、并传送给行政机关使用的那几款，违宪无效；诉愿人在这个范围内胜诉，其余诉愿驳回。普查随后按修改过的法律，于1987年5月进行。实践记录很长：信息自决权成为德国此后数据保护立法的宪法基础，1990年联邦数据保护法据此修订；2008年，宪法法院又从同一一般人格权里推出了保障信息技术系统保密与完整的基本权利，走的是同一条路。

意义中心　自由居中，而且是一种新形态的自由：不是身体不被拘束，而是一个人的“画像”不被别人随意拼起来。幸福一方是国家规划所需的统计，判决没有否认它，普查照样进行，只是把它放在自由之后的次序上。创造在这里也露了头，但不在国家一侧，而在个人一侧：判决理由里说，一个不知道自己哪些信息被谁掌握的人，会因此不敢参加集会、不敢表达，自由的公民社会需要人敢于做出与众不同的事。

类型登记　登为 B 改写。本编十节里，这是唯一一处出现了原学派预设推不出的新东西。新在两处。第一，权利的对象换了：原有的人格权保护的是人的某一领域，新权利保护的是人对自己信息的决定，从“守住一个内核”变成“支配一条流

动”。第二，判断方法换了：领域理论按信息属于哪一层来决定保护强弱，判决明确说在自动处理条件下这种划分不再管用，要看用途与组合。领域理论的起点，即“人有一个可划出来的私密内核”，接不住“任何信息都可能被组合”这个异象；法院没有用免检、改名或先验去吸收它，而是改写了判断的起点。它可不可以登为 C？不能，因为领域理论一方并没有认领这个结果，它在这件事上是被替换的那一方；数据保护立法一方虽然认领了结果，但判决给它安上的宪法起点，是它自己原先没有的。这件事织进的是制度的**连接**：人与自己的资料之间，第一次有了一条宪法上的连接，任何处理资料的机关都要和这条连接打交道。顺带用条款一自查一下：信息自决权的新起点，是不是在研究中被证据检验出来的？严格说不是；它是法院对“自动处理会怎样改变信息的意义”作出的一个判断，并没有经过数据上的检验。所以 B 类登记说的是起点被改写了，不是说这个新起点就免于预设；它同样会带着自己的依赖往下走，后来数字时代的种种争论，都绕着这条连接打转。

> 带走的话
>
> 在自动处理的条件下，没有不重要的信息。判断从“它属于哪一层”转向“它被拿去做什么”。一项新权利，是从一条旧权利里改写出来的，这正是 B 类的样子。

小账　本节动用：一般人格权、领域理论、比例原则、连接、改写
锁定记录：信息自决权成为德国数据法的宪法起点，后来的数字权利都从这条连接上生长。

旁证　同年6月23日，美国最高法院在移民局诉查德哈案中判定，国会以一院决议否决行政决定的“立法否决”做法违宪。

第 74 章

1984　英国：警察与刑事证据法

当年的意义需要　英国警察的逮捕、拘留和讯问，长期主要靠普通法与一套由法官制定的《法官规则》来约束，这套规则没有法律效力，违反了也不一定导致证据被排除。1972年伦敦发生麦克斯韦·康费特命案，三名少年在警察讯问后认罪并被定罪，其中有人智力低下；1975年上诉法院撤销了定罪。随后由亨利·费舍尔爵士主持的调查于1977年12月发表报告，指出讯问中的问题，其中包括《法官规则》没有被遵守，而违反它的后果并不清楚。七十年代末，政府设立皇家刑事程序委员会，由西里尔·菲利普斯爵士主持，1981年提交报告，建议把警察权力和嫌疑人的保障一并写成法律。同在1981年，伦敦布里克斯顿发生骚乱，斯卡曼勋爵的调查报告指出拦截搜查集中落在黑人青年身上。内政部据此起草法案，第一稿因1983年大选而中断，重提后于1984年10月31日获御准，主要部分于1986年1月1日起施行。这一年的意义需要是两面的：警察要一套清楚、全国统一的权力；公众要一套同样清楚的约束。

当时在用的学派与框架　英国的刑事程序传统是普通法的：权力与约束都散在判例、惯例和法官规则里，法官对证据的取舍有很大的裁量。学派上，至少有两套框架同时在场。一套是美国学者帕克在六十年代提出的两种模式：“犯罪控制模式”以高效查明和处理犯罪为先，预设警察多半抓对了人，程序越简单越好；“正当程序模式”以防止错案和约束国家为先，预设权力会被滥用，程序本身就是保障。另一套是边沁以来的功利主义证据观，主张证据规则应当服务于查明真相，而不是给被告设护身符。用出生证来读：犯罪控制模式的主角是警察，预设人是需要被管住的潜在违法者，预设法是治安的工具；正当程序模式的主角是被告与法官，预设人是可能被冤枉的公民，预设法是国家权力的边界。英国自己的传统在两者之间：既信任警察的经验，也信任法官的公平感。皇家委员会的报告把自己的任务说成是在警察的权力与嫌疑人的权利之间寻找平衡，这个提法本身就预示了最后的文

本会是两边各取一部分。还要看到，英国当时没有成文宪法，也没有可以拿来审查议会立法的权利法案，所以警察权力的边界只能由议会立法来划，法院能做的是在证据取舍上把关。这一点决定了约束的主要落点是证据排除，而不是宣告某项警察权力违宪。

预测与实践记录　犯罪控制一派预测：成文化会给警察带来清楚的授权，提高效率；正当程序一派预测：成文化会给嫌疑人带来可执行的权利，减少错案。这部法律两边都给了。在授权一边，它把拦截搜查、无证逮捕、进入搜查房屋的权力写明，以合理怀疑为门槛。在约束一边，它规定了拘留时限：一般不超过二十四小时，涉及严重可逮捕罪行的，经警司以上警官批准可延至三十六小时，再要延长须由治安法院批准，最长九十六小时；设立羁押官，负责记录与照看被拘留者；第58条规定被拘留者有权私下咨询律师；第76条规定，供述若是或可能是以压迫手段、或在可能使供述不可靠的情况下取得的，除非控方排除合理怀疑地证明并非如此，法院不得采纳；第78条赋予法院裁量权，可以排除那些采纳后会对审判公正产生不利影响的证据。法律之外还有配套的实施守则，最初四部分别规范拦截搜查、搜查处所、拘留与讯问、辨认；讯问录音的守则随后加入，再往后又陆续增加了录像、逮捕等守则。实践记录是两面的。一面是，讯问录音与律师在场逐渐成为常态，此后英国上诉法院依第76、78条排除证据的案例不断积累。另一面是，这部法律施行之前发生的几起重大冤案，如“吉尔福德四人案”“伯明翰六人案”，在1989年和1991年先后被撤销定罪，又引出了1991年由朗西曼勋爵主持的皇家刑事司法委员会，以及1995年设立独立复查错案机构的刑事上诉法。拦截搜查集中在少数族裔身上的问题，此后多次被调查报告重新提出。这部法律还设立了独立于警察系统的投诉处理机构，把公众对警察的投诉放进一个法定程序里。实施守则中关于拘留与讯问的那一部分，取代了原先的《法官规则》，从此法官手里有了一份有法律依据的清单，可以逐条对照警察是否照做。几十年来，守则经过多次修订，法律主体的骨架则基本未变，这正是“法加守则”这一结构的用处。

意义中心　自由与幸福并列居中：自由是嫌疑人不被任意拘押、不被逼供；幸福是社会的治安，警察有清楚的权力去抓人。这部法律的独特之处在于，它没有让

一方压倒另一方，而是把两者写进同一个文本、同一套时限和记录之中。创造不在中心。

类型登记　登为 C 同台。犯罪控制一派可以认领它：警察的权力第一次有了全国统一、清楚的成文授权，过去散在判例里的做法被确认。正当程序一派也可以认领它：嫌疑人的律师权、拘留时限、供述排除第一次有了法律效力，不再只是法官规则里的指引。两派各有实践记录：前者看得到警察工作的规范化与效率，后者看得到证据排除案例与录音制度。为什么不登 A？因为它不是沿着某一派原路多走一步，而是两派同时得分。为什么不登 B？因为法律里没有哪一项是两派的预设推不出来的，它是两套已有做法的并置。这件事织进的是制度的**次序**：抓人、带回、登记、讯问、延长、起诉，每一步的先后与时限都被写死；也织进了**结构**：一部法律加若干守则，守则可以较快修订，法律提供骨架。英国本来以不成文传统见长，这一次在刑事程序上选择了成文化，本身就是对普通法结构的一次加固与改装。按判词三，被选中的“过去”有两份：一份是警察长期积累的办案做法，一份是法官规则里的程序保障；当下的需要，是一桩冤案与一场骚乱之后，社会对警察既要信任、又要约束。

> 带走的话
>
> 同一部法律，给警察写了授权，也给嫌疑人写了权利。时限和记录，是把两种预设并排放进同一个次序的办法。同台的立法，会让两派在此后的每一个判例里继续较量。

小账　本节动用：犯罪控制模式、正当程序模式、普通法传统、次序、结构
锁定记录：拘留与讯问的先后、时限与记录被写成法定次序，此后英国刑事程序的改革都在这套次序上加减。

旁证　同年6月25日，美国最高法院在雪佛龙诉自然资源保护委员会案中，确立了法院对行政机关合理解释法律予以尊重的审查框架。

第 75 章

1985　日本：男女雇用机会均等法

当年的意义需要　联合国把1976年至1985年定为“妇女十年”，1979年通过《消除对妇女一切形式歧视公约》。日本于1980年7月在哥本哈根的世界妇女大会期间签署公约，要批准它，国内法就必须对雇用中的性别歧视作出规定。当时日本企业里，女性普遍被安排在辅助性岗位，录用条件、晋升与退休年龄常与男性不同，结婚或生育后辞职被当作惯例。另一方面，劳动基准法里有一套针对女性的保护规定，限制加班、深夜工作和某些危险作业。经过激烈的争论，法案于1985年在国会成立并公布，1986年4月1日施行。它在形式上是对1972年勤劳妇女福利法的修改，通称“男女雇用机会均等法”。同年6月25日，日本批准了公约。这一年的意义需要，是在国际义务的时间表下，把“男女机会均等”写进一个以长期雇用、年功序列为骨架的雇用体系里。

当时在用的学派与框架　至少有三套做法同时在场。第一套是形式平等，也就是自由主义女性主义的主张：雇主在招聘、录用、配置、晋升上应当对男女一视同仁，违反的应当被禁止。第二套是保护主义：女性承担家务与育儿的现实负担更重，法律应当保护她们，限制加班和深夜工作是为了她们好。第三套是日本型雇用的企业惯行：长期雇用、内部培训、按年资晋升，企业希望保留安排人员的自由。在法律技术上，日本还有一条自己的传统：先以“努力义务”或行政指导的方式提出要求，再视情况逐步加强，而不是一开始就设罚则。用出生证来读：形式平等的主角是女性劳动者，预设人是与男性同样的自主个体，预设法是禁止歧视的规则；保护主义的主角是立法者，预设人是需要照顾的弱者，预设法是保护性的标准；企业惯行的主角是雇主，预设人是长期留在企业内的成员，预设法是对企业安排的最低限度约束。劳方和资方的分歧，正落在这几套预设之间：一方要禁止而且要保留保护，另一方要取消保护而且反对强制。还有一条容易被忽略的线是法院。在没有专门立法之前，日本法院已经借民法上“公序良俗”的一般条款，处理过一些雇用

中的性别差别：六十年代有法院判决以结婚为由强制退职的约定无效，1981年3月，最高法院在日产汽车案中判定，就业规则把女性退休年龄定得比男性早五岁，没有合理理由，依民法第90条无效。也就是说，在退休、解雇这几个环节上，判例已经先走了一步，立法把它们写成禁止，是对判例的确认；而在招聘与晋升上，判例几乎没有触及，立法也就只写到努力为止。

预测与实践记录　法律的最终文本走了一条折中路线。在募集、录用、配置、晋升上，雇主负有让女性获得与男性均等机会和待遇的“努力义务”，没有罚则；在教育训练与福利待遇的一部分，以及退休年龄、离职、解雇上，禁止以女性为理由的差别对待。同时设立了劳动大臣制定指针、地方机构提供助言与劝告、调停委员会调停纠纷等机制。与此配套，劳动基准法对女性的部分保护规定被放宽。立法担当者事后的回顾称，努力义务是为了让法案成立而不得不作的妥协。实践记录显示，许多大企业随后引入了“综合职”与“一般职”的分轨管理，形式上男女都可以选，实际上一般职多为女性，平等在入口处被分流。1997年法律大修，把募集、录用、配置、晋升上的努力义务改为禁止，并删去劳动基准法中除母性保护以外的女性保护规定，1999年施行；2006年再修，把对象扩为禁止对男女任何一方的性别歧视，并引入间接歧视的概念，2007年4月1日施行。从努力义务到禁止，用了十几年。回头对照预测：形式平等一派预测软性规定会被企业绕开，分轨管理的出现印证了这一点；保护主义一派预测骤然取消保护会让女性处境更难，所以保护规定是分两步才删去的，母性保护至今保留。两边的预测都各有一半应验。

意义中心　自由与幸福并列：自由是女性按自己的能力进入职业、获得晋升的机会；幸福是对女性现实负担的照顾。两者在1985年的文本里互相牵制，所以出现了一半是禁止、一半是努力的格局。创造在这里只是间接出现：一个劳动力更多元的企业会不会更有活力，在当时的争论里还不是中心论点。

类型登记　登为 C 同台。形式平等一派可以认领它：机会均等第一次被写进法律，退休、解雇上的差别被禁止，入口处的要求虽然软，方向是定了的。保护主义一派也可以认领它：法律仍保留了对女性的多项保护，努力义务的设计给企业留出了调整的时间，避免了对现有雇用体系的骤然冲击。两派在此后十几年里都有实践

记录：前者看得到1997年、2006年的两次加强，后者看得到母性保护一直被保留。为什么不登 A？因为它不是单沿一派的路走了一步。为什么不登 B？因为努力义务的写法是日本立法已有的技术，不是新东西。这件事织进的是制度的**次序**：同一部法律里，不同环节被排出了强弱不同的义务等级，先努力，后禁止；也织进了**连接**：雇主与女性劳动者之间，第一次有了一条以“均等”为名的法律关系，哪怕最初很松。按判词三，被选中的“过去”有两份：一份是国际公约所代表的形式平等论，一份是日本劳动法里由来已久的保护论与先软后硬的立法技术；当下的需要，是在批准公约的期限内拿出一部国内法。两份过去同时被选中，所以写进去的也是两份。还可以用条款二的（a）问一下：两派有没有哪一方在这次争论里直接改写了自己的起点？没有。形式平等一派没有放弃“禁止”的目标，只是接受了分步；保护一派没有放弃“女性需要保护”的预设，只是接受了缩小范围。起点都没动，动的是落进条文的分量。

> 带走的话
>
> 一半是禁止，一半是努力，这是两派同时在场的痕迹。强弱不同的义务排成一个次序，后来的修法就沿着这个次序一格一格往上推。软的法也是法，它先织进的是连接，再慢慢收紧。

> **小账**　本节动用：形式平等、保护主义、日本型雇用、努力义务、次序、连接
> 锁定记录：“努力义务先行、禁止随后”的分级次序被锁进日本雇用平等立法，此后两次修法都在这个次序上升级。

旁证　同年4月10日，中国六届全国人大三次会议通过继承法，确立了法定继承与遗嘱继承的基本规则。

第 76 章

1986　法国：反恐怖法与特别法庭

当年的意义需要　八十年代中期，巴黎接连发生爆炸袭击，商店、车站、行政机关附近都有人伤亡；国内的极左组织也在进行暗杀。1986年3月议会选举后，右翼获得多数，希拉克出任总理，与总统密特朗形成“共治”。新政府很快提出一揽子刑事立法，其中一部是1986年9月9日的第86-1020号法律，即关于打击恐怖主义和危害国家安全行为的法律。这部法律公布之前，宪法委员会已于9月3日作出第86-213 DC号决定：为恐怖案件设的特别程序和特别法庭，它认为有保护审判不受压力的理由，予以认可；但法律第4条把同一套程序扩及刑法典里全部危害国家安全的罪行及其关联犯罪，它认为这些罪行并不具有恐怖案件的特点，扩及它们违反了法律面前的平等，这一条被判违宪，未能生效。就在法律出台前后的九月里，巴黎又接连发生多起爆炸。这一年的意义需要，是让刑事司法在面对有组织的恐怖暴力时，既能集中力量追查，又能在审判时不被恐吓所左右。

当时在用的学派与框架　法国在安全刑事上有自己的传统。1963年设立的国家安全法院，是由职业法官与军官组成的特别法庭，专门审理危害国家安全的案件；1981年左翼上台后不久就把它废除，案件回归普通法院。1982年，法国在废除平时军事法庭的同时，规定原属军事法庭的重罪交由一种只由职业法官组成的重罪法庭审理，这种法庭的形式由此进入普通司法体系。重罪法庭的陪审制则自大革命以来被视为人民参与司法的象征。学派上，在场的一是社会防卫与秩序优先的思路：面对特殊的危险，可以设特殊的程序；二是古典的法治国思路：罪名要明确，法官要独立，例外要有限；三是宪法委员会自七十年代起发展出的审查框架，以法律面前人人平等、辩护权等为尺度，检验特别程序的界限。用出生证来读：秩序派的主角是国家与检察机关，预设人是需要被识别和隔离的危险者，预设法是保护公共秩序的手段；法治国派的主角是法官与被告，预设人是有权受到同等审判的公民，预设法是对国家刑罚权的约束。

预测与实践记录　这部法律没有另立一个“恐怖主义罪”，而是采用了一种连接的写法：若干既有的罪行，如果与一个以恐吓或恐怖手段严重扰乱公共秩序为目的的个人或集体行动有关，就适用一套特别程序。特别程序包括：案件可以集中到巴黎，由专门的预审法官和检察官办理；嫌疑人的拘留期限可以延长到九十六小时；相关重罪由一个只由职业法官组成、不设陪审团的重罪法庭审理；对悔过并协助阻止犯罪的人可以减免刑罚。秩序派预测：集中办案和职业法官审判，会提高追查效率并保护审判免受威胁。法治国派则担心：例外程序会扩张，陪审制的意义被削弱。实践记录很快出现了一个测试。1986年12月，一起涉及极左组织成员的案件在巴黎重罪法庭审理时，数名陪审员在受到威胁后退出，审判无法进行；同年12月，议会又通过补充法律，使只由职业法官组成的法庭可以适用于已经移送审判的案件。这类程序与管辖规定能否立即适用于在审案件，后来由法院加以确认（具体判决的日期与案名本书未及核对，这里不写死）。从长期看，这种特别组成的重罪法庭此后被保留下来，并在九十年代以后陆续扩及有组织毒品犯罪等领域；以巴黎为中心的反恐专门办案体制，也成为法国此后应对恐怖案件的常规结构。二十一世纪几起重大恐怖袭击案的审判，仍由这种特别组成的重罪法庭在巴黎进行，有的审期长达数月。至于法治国一派的担心，实践记录也给了它一部分证据：特别程序的适用范围在此后几十年里是扩大而不是缩小，例外慢慢成了一个独立的程序门类。两派的预测都没有落空，但写进法律的只有秩序一派的做法。

意义中心　幸福居中，即公共安全，以及审判本身不被暴力胁迫的安稳。自由退为第二，体现在法律仍保留了法官的独立审查、上诉途径和辩护权，也体现在宪法委员会的事前审查上。把这一节与本编第一节放在一起看，会发现两国在相隔九年的两场危机里，作出了相似的排序：先保住生命与审判的安稳，再在形式上为自由留一道门。不同之处在于，德国那几条法律在那次危机之后再未启用，法国这套程序却被反复使用、不断扩展。创造不在中心。

类型登记　登为 A 加固。它沿着法国安全刑事中“特殊危险设特殊程序”的原路再走了一步。五年前刚被废除的国家安全法院，在这里以另一种面貌回来，而它借用的正是1982年已为军事类重罪设下的那种法庭形式：不再有军官，但仍是职业

法官、仍不设陪审团、仍集中在巴黎。原学派的起点没有被改写，只是被换了一个更符合法治国形式的外壳：罪名不另立，用“与……有关”的写法把既有罪行连到特别程序上；法庭成员全是法官，以回应独立性的质疑。为什么不登 C？因为法治国一派在这件事上并没有认领结果，它的担忧在实践里有一部分被印证（例外程序确实扩张了）。它唯一写进去的痕迹，是宪法委员会删掉的那一条：特别程序只能跟着恐怖案件的特点走，不能顺手扩到别的罪名。这划出了范围，却没有改动主干，所以不算两派同台。为什么不登 B？因为集中管辖、职业法官审判、延长拘留，都是法国或其他欧洲国家已经用过的做法。这件事织进的，首先是制度的**连接**：一种行为的“目的”，成了把普通罪行连到特别程序的那根线；其次是**结构**：巴黎的专门办案机构，成了全国反恐案件的中枢。按判词三，被选中的“过去”是法国安全刑事的特别法庭传统，当下的需要是巴黎街头的爆炸与审判庭上的恐吓。十二月的那场中断审判，正好演示了法学“必须判”的压力：案子不能因为陪审员走了就不审，立法者只好在几周之内补上一条，让法庭能继续开下去。

> 带走的话
>
> 不另立罪名，而用“与……有关”把旧罪连到新程序上，这是一种很省力的立法写法。刚废除的特别法庭，五年后换了外壳回来，起点没变。例外一旦被写成结构，就很少再退回去。

> **小账**　本节动用：秩序优先、法治国、陪审制、连接、结构
> 锁定记录：“与恐怖目的有关即适用特别程序、由职业法官审判”的连接被锁进法国刑事程序，并成为后来扩张的起点。

旁证　同年4月12日，中国六届全国人大四次会议通过民法通则，确立了民事主体、民事法律行为、民事权利与民事责任的基本框架。

第 77 章

本编小结（1977—1986）

先把十节的类型数一数。数法统一为：按各节“类型登记”一段所登的类型逐节数。这是本书的读法，换一种读法可能得出不同的数字。

按这个数法，A 加固五节、B 改写一节、C 同台四节、D 无学派预见零节。A 加固五节：1977年德国联络禁止法、1979年中国刑法与刑事诉讼法、1980年美国查克拉巴蒂案、1982年中国宪法、1986年法国反恐怖法。B 改写一节：1983年德国人口普查判决。C 同台四节：1978年美国巴基案、1981年法国废除死刑、1984年英国警察与刑事证据法、1985年日本男女雇用机会均等法。

这个分布说明什么？第一，加固是常态。十件大事里有五件，只是让一个已有学派的做法再走一步，这与判词三的后半句相合：法律一旦写成，就是对一处制度依赖最硬的一次加固。第二，同台不少。四节同台，说明这十年里有好几处，两个学派在同一件事上都交了及格的卷子，判决或立法把两份卷子并排收下，争论原样留给后来者。巴基案是最典型的例子，它把两个学派的较量锁进了一个审查次序里，一锁就是四十五年。第三，改写极少。十节里只有人口普查判决一处，出现了原学派推不出的新东西：在自动数据处理的条件下，“领域理论”的起点接不住异象，法院改写了判断的起点。这说明真正的改写，往往要等一种新技术把旧起点逼到墙角。第四，这一编没有 D 类。查克拉巴蒂案看似是新东西，但新的只是对象，做法是旧的；按本书口径，那不算无学派预见。

再看意义中心怎样移动。数法统一为：按各节“意义中心”一段所写的中心逐节数，写两者并列的记为“并列”。这是本书的读法。按这个数法，幸福居中四节（1977年德国、1979年中国、1982年中国、1986年法国），自由居中两节（1981年法国、1983年德国），创造居中两节（1978年美国、1980年美国），自由与幸福并列两节（1984年英国、1985年日本）。巴基案一节写的是自由与幸福正面相撞、鲍威尔把中心挪到了创造，按该节所写记为创造。十年的开头与结尾，都落在

幸福上，而且是最基础的那种幸福：1977年的德国与1986年的法国，都是在暴力威胁下用法律保护生命与秩序，两节都登 A，两节都把安全的需要织进了连接。中段则是自由上来：1981年废除死刑里的尊严、1983年的信息自决两节自由居中，1984年嫌疑人的程序权利、1985年的机会均等两节自由与幸福并列，四节里自由都在中心或并列中心；1978年巴基案里平等之争的出发点也是自由，只是判决把中心挪开了。创造居中的两节都在美国：一次是巴基案中鲍威尔把理由挪到多样性上，一次是查克拉巴蒂案让一个新产业拿到了产权证。中国的两节，中心都在秩序与安定，同时都透出为改革留空间的苗头。

两点要标出来。其一，形式的数法统一为：按各节事件本身的形式数，法院判决或裁定记为判决，议会或立法机关通过的法律、法令记为立法，宪法解释、内阁决议、指导性意见记为释法。这是本书的读法。按这个数法，本编十节里判决三节（巴基案、查克拉巴蒂案、人口普查判决），立法七节，释法零节；1977年德国一节后来虽有宪法法院的裁定，事件本身是联邦议院通过的法律，记为立法；1982年中国宪法由全国人大通过，也记为立法。中国两节都是立法，英、日、法三国的四节也都是立法，判决集中在美、德两国。立法与判决的分布不同，各国制度依赖的织法也不同：判决主要织进次序，立法同时织进结构。这个差异不在这里抹平，留给下编结语。其二，条款三在这一编里可以自查：十节里，每一节都能指认出被选中的“过去的做法”与“当下的需要”。如果后面四编也是这样，判词三就站得住；如果出现多数节指认不出，或者不用这个读法也讲得一样清楚、而且讲得更少，判词三就该收回。这是本书给自己留的检验。最后提醒一句：本小结里的类型与中心，都是本书按自己的口径作出的登记，并不评价哪一国的做法更好；同一件事在别的读法里登成别的类型，并不奇怪，只要说得出理由，就可以拿来与本书对质。

第 十 五 编

1987—1996：把边界写进条文

编　序

本编十节，从 1987 年到 1996 年，第 78—87 章，第 88 章是本编小结。每节按同一个顺序走：当年的意义需要，当时在用的学派与框架，预测与实践记录，意义中心，类型登记，最后是带走的话、小账与旁证。

本编各章：

- 第 78 章　1987　美国：博克提名被否
- 第 79 章　1988　英国：《间谍捕手》案
- 第 80 章　1989　中国：行政诉讼法
- 第 81 章　1990　德国：统一条约中的法律并轨
- 第 82 章　1991　英国：R v R
- 第 83 章　1992　日本：PKO合作法与宪法第九条
- 第 84 章　1993　日本：行政程序法
- 第 85 章　1994　法国：新刑法典生效
- 第 86 章　1995　德国：十字架裁定
- 第 87 章　1996　中国：刑事诉讼法修改
- 第 88 章　本编小结（1987—1996）

按下编结语的总账，本编登 A 加固四节、B 改写二节、C 同台四节。

第 78 章

1987　美国：博克提名被否

当年的意义需要　1987年6月26日，美国最高法院大法官刘易斯·鲍威尔宣布退休。鲍威尔在不少五比四的案子里站在中间，他留下的这个席位，被当时各方看成决定法院往哪边走的一席。7月1日，里根总统提名哥伦比亚特区联邦上诉法院法官罗伯特·博克接任。博克做过耶鲁法学院教授和联邦副总检察长，写过很多文章，观点清楚，几乎不需要别人替他猜。当年社会上有两股意义需要同时在找出口：一股希望法院收一收，把宪法没有写明的事情交还给各州议会和选民去定；另一股希望法院守住六七十年代已经确认下来的那些权利，包括夫妻使用避孕用品、女性决定堕胎、民权方面的一批判例。参议院这一次要表决的，表面上是一个人，实际上是一种读宪法的办法。

当时在用的学派与框架　美国的宪法解释当时大致有两条路，就是第45章讲过的那一对。第一条是原旨主义：宪法条文的意思，以制定和批准时的理解为准，法官不应该把条文里没有写的权利读进去。博克1971年在《印第安纳法律杂志》上发表文章，主张法官判案必须守住“中立原则”，并据此批评1965年格里斯沃尔德案从宪法里推出“隐私权”的做法。1985年，司法部长米斯在美国律师协会的演讲中，公开提倡按“原初意图”解释宪法。第二条是活宪法：宪法写的是大原则，要随着社会理解的变化去适用；同一年，布伦南大法官在乔治城大学的演讲就是为这一路辩护。美国自己的制度传统还有一层：宪法给了参议院对大法官提名“建议与同意”的权力，过去审查多看资历和操守，很少当面逐条盘问被提名人的司法哲学。这一年，第二层传统被第一层争论撑开了。

博克本人的履历也被一并摆上桌面。1963年，他曾撰文反对当时民权立法中关于公共场所不得歧视的条款，后来他表示改变了看法；1973年“水门事件”中，他以代理司法部长的身份执行了解除特别检察官考克斯职务的命令。反对一方把这些记录和他的宪法理论连在一起读，支持一方则强调他的学术地位和在上诉法院的判

决记录。这样一来，听证会讨论的就不只是“他是否合格”，而是“他的读法会把哪些判例带到哪里去”。

预测与实践记录　提名当天，参议员爱德华·肯尼迪就在参议院发言激烈反对，说博克当上大法官会让一批已有的权利保不住。听证会于9月中旬开始，司法委员会主席是参议员拜登，前后约两周。博克在会上逐一回答他对民权法、隐私权、言论自由等判例的看法，回答得具体，记录很长。10月6日，司法委员会以9票对5票通过“不推荐”的报告，投赞成票的是八名民主党议员和共和党议员斯佩克特。10月23日，参议院全体表决，58票反对、42票赞成，提名被否；民主党52人反对、2人赞成，共和党40人赞成、6人反对。随后里根提名道格拉斯·金斯伯格，后者很快撤回；11月改提名安东尼·肯尼迪，1988年2月参议院以97票对0票通过。

拿这件事去对照两派各自的预测：原旨主义一方原以为，一位资历完整、理论清楚的法官会照惯例过关，这一条没有兑现；活宪法一方认为博克上任会动摇隐私权一线的判例，这一条因为他没有上任，无从检验。按测量层的标准，能落到记录上的只有票数、日期和此后的听证惯例；对“博克若上任会怎样判”的种种推断，都属于解释层，各方各有各的预设，本书不替任何一方下结论。可以检验的是后来的记录：英语里多出一个以他的姓氏为词形的动词，指对被提名人的观点发起全面阻击，2002年被收进《牛津英语词典》；此后的被提名人在听证会上普遍不再对可能来案的问题表态；原旨主义并没有因此退场，1982年成立的联邦党人协会等团体继续培养这一路的法律人。接任的肯尼迪大法官，1992年在凯西案的联合意见里参与保留了罗伊案的核心部分。进入二十一世纪，又有多位大法官公开以原旨主义或文本主义说明自己的解释方法，这一路在法院内部的分量与1987年时已大不相同。两条记录放在一起看，一次表决的直接结果和一种学说的长期走向，方向并不相同，这正是下面登记为同台的原因。

意义中心　这一次的意义中心是自由，但两派说的是两种自由。原旨主义一方押的是民主自治的自由：没写进宪法的事，由人民通过议会去定，法官不要替人民做主。活宪法一方押的是个人领域的自由：有些事，多数人投票也不能拿走。幸福在两边都是背景，没有被直接拿来论证；创造在这里很淡，没有一方主张法院去创

造新东西，争的是已经有的东西保不保得住。两种自由在同一张票上相遇，参议员们投下的每一票，实际上是在说自己把这两种自由按什么比例放：把自治放在前面的投赞成，把个人领域放在前面的投反对，票数就是这个比例在那一年的读数。

类型登记：C同台　这一节登为同台。理由是两派都在这件事里留下了可以指认的记录。活宪法一路的做法，被当下“守住已有权利”的需要选中，写成了一次参议院表决，博克没有上任。原旨主义一路的做法，被“把宪法问题拿到台面上公开讨论”的需要选中，这一年之后，它不再是少数学者的书斋主张，而成了每一次提名都要被问到的一个立场；第45章说，这场争论在1985年的两场演讲里走到了台前；到这一年，它又在参议院的表决里摆上了台面。参议院否决的是一个人，没有否决一种学说，学说双方都从这次表决里拿到了东西。如果把它登成加固，就要说明是哪一派沿原路走了一步，但这里两派都没有沿原路，它们都换了地方，从法学杂志走进了参议院。制度依赖在这里也看得见：被加固的是“提名—听证—表决”这个次序本身，此后每一位被提名人都要过这道问答。

> 带走的话
>
> 法官怎样读宪法，原来是法学院里的问题，1987年变成了参议院的问题。一次表决挡住了一个人，没有挡住一种读法，两种读法从此都在台面上。

> **小账**　本节动用：原旨主义、活宪法、意义中心（两种自由）、同台、次序。
> 锁定记录：大法官任命“提名—听证—表决”的次序被加固，司法哲学从此成为听证的固定问题。

旁证　同年4月22日，日本最高法院大法庭认定《森林法》限制共有林分割的规定违反宪法关于财产权的条款，这是战后日本最高法院少数几次判定法律条文违宪的判决之一。

第 79 章

1988　英国：《间谍捕手》案

当年的意义需要　彼得·赖特原是英国军情五处的高级官员，退休后移居澳大利亚塔斯马尼亚，和人合写了一本回忆录《间谍捕手》，书里讲了他所说的情报机关内部的一些违法行动。英国政府认为，情报人员对国家负有终身保密的义务，书和报道都不该出现。1986年6月，《观察家报》和《卫报》刊登了书中几项指控的简短报道；同年7月，政府取得临时禁令，禁止两报继续刊登书中的内容。1987年7月12日，《星期日泰晤士报》抢先连载了第一部分摘要；7月14日，这本书在美国出版，随后在澳大利亚也出版了，英国游客可以从纽约机场买一本带回伦敦。英国政府早在1985年就到澳大利亚起诉，要求禁止出版；在那场诉讼中，英国内阁秘书阿姆斯特朗1986年出庭作证，他在交叉询问中的一句措辞后来在英语里流传开来，被用作“说话有所保留”的委婉说法。这场跨国官司让英国国内的禁令显得越来越特别。当年的意义需要摆在桌上很清楚：一边是国家安全和情报人员的保密义务，一边是报纸报道公共事务的自由，以及“全世界都能读、只有英国人读不到”这件事本身。

当时在用的学派与框架　英国处理这件事，用的不是成文的新闻自由条款，而是两套老工具。第一套是衡平法上的“违反保密义务”：一个人因职位得到别人托付的秘密，就负有不外泄的义务，法院可以发禁令阻止，也可以让获利者交出利润。1975年的“克罗斯曼日记案”已经确认，政府信息也可以受这条保护，但要看公开会不会损害公共利益，时间过得越久，保密的理由越弱。第二套是普通法的自由观：在英国，凡法律没有禁止的事都可以做。在这个传统里，法院不问“报纸有没有权利登”，而问“有没有哪条法律或哪项义务禁止它登”；问题的顺序，决定了答案的样子。这背后是第53章讲过的英国传统，没有一部写明权利清单的宪法，权利是在一个个案子里、由法官从“法律没禁止”的空地上推出来的。此外，1966

年起英国允许个人向欧洲人权法院申诉，《欧洲人权公约》第10条的表达自由在英国国内还不能直接适用，但在斯特拉斯堡可以拿来告英国政府。

预测与实践记录　1987年7月30日，书已在美国出版两周，上议院仍以三比二维持临时禁令，两位持不同意见的法官认为，书已经满世界都是，再禁英国报纸已经没有意义。这次裁决在英国引起很大争议。澳大利亚那边，出版方在新南威尔士州的一审、上诉中都胜诉，1988年6月澳大利亚高等法院驳回英国政府的上诉，书在澳大利亚可以合法出售。英国国内的正式诉讼里，高等法院斯科特法官1987年12月21日一审拒绝发永久禁令，上诉法院1988年2月10日以多数维持；1988年10月13日，上议院作出终审判决：书中的信息已经在全世界公开，不再是秘密，对《观察家报》和《卫报》不再发任何禁令；《星期日泰晤士报》在美国出版前抢先刊登摘要，违反了保密义务，要交出因此得到的利润。赖特本人在英国的版税仍然拿不到。判决里有法官重申了那条普通法原则：凡法律未禁止的，人人可为。1989年，英国议会通过新的《官方保密法》，取代1911年法第二条那种覆盖很宽的规定。1991年11月26日，欧洲人权法院就《观察家报》和《卫报》的申诉作出判决：1987年7月书在美国出版以后，英国继续维持禁令，违反了公约第10条；此前那一段的禁令，法院没有认定违反。同一天，欧洲人权法院对《星期日泰晤士报》的同类申诉也作出了判决，认定书出版以后的禁令同样违反第10条。至于1989年的《官方保密法》，它把受保护的信息分成安全情报、国防、国际关系等几类，并且对情报机关现任和前任人员的披露规定得特别严，法律里没有写入“公共利益”的抗辩。也就是说，同一时期英国一面在法院放开了已经公开的东西，一面在议会把以后可能泄露的口子收得更紧，两件事并不矛盾，都是在给“秘密”重新划线。

意义中心　这一案的意义中心是自由，具体说是报道的自由。幸福以国家安全的名义出现在另一端：政府的理由是情报机关的运转和人员的安全。两者的权重，在1987年7月和1988年10月之间发生了移动。移动的原因不是哪一方说服了另一方，而是一个事实变了：书已经出版。创造在这里不在中心，没有人主张创造新权利，争的是一条老规则能管到哪里。还要分清两种幸福：政府说的是国家安全，报

纸说的是公众知情，后者也可以算作一种公共的幸福；本书把它归在自由之下，是因为判决用的语言是“可以做什么”，而不是“对谁有好处”。

类型登记：A 加固　这一节登为加固。判决里，戈夫勋爵把保密义务的边界归纳为三条限制：信息已经进入公共领域的，不再受保护；无关紧要的琐碎信息，不受保护；公开所带来的公共利益超过保密利益的，保密要让位。这三条后来成了英国法上讨论保密义务时经常被引用的出发点。理由是1988年的判决完全沿着衡平法保密义务的老路走了一步：保密义务保护的是秘密，信息已经公开，就没有秘密可保；政府信息要禁止公开，须说明公开会造成损害，这与1975年克罗斯曼日记案的思路一致。上议院没有引入新的“新闻自由权”，它用的是“法律未禁止即可为”的普通法自由观，加上衡平法的老概念。被加固的是英国式的次序，这一点可以从法院没有做的事看出来：它没有宣布报纸有一项独立的报道权，也没有给政府的保密主张设一个比例审查的标准。次序是：先看有没有具体法律禁止，再看衡平法上的义务成不成立，最后才谈自由。三年后斯特拉斯堡的判决换了一个起点，从公约第10条出发，问限制是否必要；这一条起点要等到1998年《人权法》才进入英国国内法，那是第90章的事，不算在这一节里。所以这一节里能指认的，是老学派做法被当下需要选中：判决书引用的都是老工具，只是把它们用到了“全世界已经读到”的新情形上。

> 带走的话
>
> **英国法院没有新造一项新闻自由，它只是承认了一个事实：秘密一旦满世界都是，就不再是秘密。老工具走了一步，新起点要从斯特拉斯堡绕一圈才回来。**

小账　本节动用：违反保密义务、法律未禁止即可为、加固、次序、欧洲人权公约第10条。锁定记录：英国以衡平法和普通法自由观处理新闻与国家秘密的次序被加固，权利条款的起点暂留在国外。

旁证　同年4月12日，中国第七届全国人民代表大会第一次会议通过宪法修正案，写入私营经济的地位，并规定土地使用权可以依照法律的规定转让。

第 80 章

1989　中国：行政诉讼法

当年的意义需要　八十年代中期，政府管理经济和社会的事务越来越多，审批、罚款、拆除、吊销执照，样样直接落在个人和企业头上。一个人觉得行政机关处理错了，可以向上级机关申诉，可以写信反映，但能不能到法院去告政府，长期没有一部总的法律来回答。1982年的《民事诉讼法（试行）》规定，法律规定由人民法院审理的行政案件，适用本法，这开了一道小门，可门后面是哪些案件，要看各个单行法律有没有写。1986年，湖南汨罗县人民法院和湖北武汉市中级人民法院等地先后设立行政审判庭，汨罗县法院的那一个于当年10月成立，常被称为全国第一个；1988年，最高人民法院设立行政审判庭。案件数随之上升：到1989年，全国法院受理的一审行政案件已近一万件。1982年宪法第四十一条已经规定，公民对任何国家机关和国家工作人员有提出批评和建议的权利，对其违法失职行为有提出申诉、控告或者检举的权利，并规定因国家机关和工作人员侵犯公民权利而受到损失的人有依法取得赔偿的权利。宪法写下了方向，诉讼法要把方向变成可以走的路。当年的意义需要很直接：老百姓和政府有了争议，要有一个地方、一套程序来讲理。

当时在用的学派与框架　当时中国行政法学的主流框架，常被概括为“管理论”：行政法是国家管理社会的法，行政机关是管理者，相对人是被管理者，法的重心在于保证管理有效。这一框架与新中国成立后借鉴苏联的行政法学有渊源。另一边，八十年代的学者陆续翻译、介绍西方和日本的行政诉讼制度，德国、日本以“依法行政”为核心的大陆法传统，英美以司法审查控制行政权的传统，都进入了讨论。中国自己的传统里，“民告官”历来是一件难事，“官”与“民”在观念上并不是平起平坐的两方。起草工作中，全国人大常委会法制工作委员会组织了行政立法研究组，吸收学者参加。包郑照案是当时的一个标志：1987年，浙江苍南县政府强制拆除农民包郑照家的房屋，包家起诉县政府；1988年，由温州市中级人民

法院审理，县长到庭应诉。一审法院认定房屋属于未经水利部门批准的违章建筑，判政府胜诉，浙江省高级人民法院二审维持原判。官司是政府赢了，但县长坐上被告席这件事，当时被广泛报道。

预测与实践记录　1989年4月4日，第七届全国人民代表大会第二次会议通过《行政诉讼法》，共75条，1990年10月1日起施行。几条主要的设计：公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益，可以起诉；法律列举了可以起诉的案件范围，第十一条列了八类，包括对拘留、罚款等行政处罚不服，对限制人身自由或查封财产等强制措施不服，认为行政机关侵犯经营自主权，申请许可证照被拒绝或不予答复，申请保护人身权、财产权而行政机关不履行职责，认为没有依法发给抚恤金，认为行政机关违法要求履行义务，以及其他侵犯人身权、财产权的情形；行政法规、规章等“抽象行政行为”不在其中；法院审查的是具体行政行为是否合法；被告对作出的具体行政行为负有举证责任；行政处罚显失公正的，法院可以判决变更；诉讼期间原则上不停止具体行政行为的执行。按“管理论”的思路，这样一部法律会让管理受到牵制；按控权一路的思路，它是把行政权放进法律框架的第一步。实施后的记录是：行政审判庭在各级法院普遍设立，受理案件逐年增加；与之配套，国务院1990年12月发布《行政复议条例》，次年1月施行，让不服行政行为的人可以先向上一级行政机关申请复查，再决定是否起诉，1999年又升格为《行政复议法》；1994年通过《国家赔偿法》，把行政诉讼中的赔偿问题接了下去。九十年代初，有学者提出行政法的“平衡论”，主张行政机关与相对人的权利义务应当总体平衡，这可以看作学界对“管理”与“控权”两端的一次重新安排。2014年，这部法律作了大的修改，把“具体行政行为”改为“行政行为”等，那是另一节以外的事。

意义中心　这一部法律的意义中心是自由，具体是个人对抗错误行政行为的那一份自由，也就是“有地方说理”。幸福在旁边：法律同时写明要维护和监督行政机关依法行使职权，管理秩序本身也是它的目标。创造的成分在于，它造出了一种过去没有的诉讼关系：政府作为被告，而且要先拿出证据证明自己合法。三者的排序也写在条文的次序里：第一条把保护公民合法权益与维护、监督行政机关依法行

使职权并列写出，先保护、后维护，这是当时立法者给出的权重读法之一，本书只记下这个次序，不替它打分。

类型登记：B改写　这一节登为改写。理由是：按“管理论”的起点，行政机关是管理者、相对人是被管理者，从这对预设里推不出“被告负举证责任”，也推不出“法院审查行政行为合法与否”这样的安排；这两条要靠把行政机关和相对人放在法庭上同为一方当事人的另一种预设才推得出来。这一次，当下“有地方说理”的需要，选中了大陆法“依法行政”和英美“司法审查”中可以借用的做法，写成了一个新的制度连接：公民和行政机关之间多出一条通往法院的法律关系。同时也要看到它保留了原有框架的边界：抽象行政行为不能诉，审查以合法性为主，诉讼不停止执行。所以本书把它登为改写，而不是推倒重来：起点改了一部分，结构上的旧边界留着。制度依赖在这里也能指认：“具体行政行为”这个概念一经写进第一部行政诉讼法，此后二十多年的受案范围争论、司法解释和学说讨论，都围着它展开，一直到2014年修法才换成“行政行为”。一个词被写进法律，就成了后来者必须先过的一道门，这就是第48章所说体系自己长高的方式。

> 带走的话
>
> “民告官”从一件新闻变成一类案件，靠的是一部法律在公民和政府之间连上了一条线。这条线一开始画得很窄，但画上去了，就要照着走。

小账　本节动用：管理论、依法行政、司法审查、举证责任、改写、连接。
锁定记录：公民与行政机关之间经由法院的法律关系被写进制度，审查范围的边界同时被固定在“具体行政行为”。

旁证　同年6月21日，美国最高法院在得克萨斯州诉约翰逊案中以五比四裁定，焚烧国旗作为政治表达受第一修正案保护。

第 81 章

1990　德国：统一条约中的法律并轨

当年的意义需要　德国统一的政治经过，政治学卷已经写过，本节只写法律那一面。1990年，两个德国要在几个月里变成一个，问题马上落到每个人的日常上：东部的结婚证、房产证、劳动合同、退休金、刑事判决还算不算数；东部的法院按哪一部法典判案；东德时期被没收的房屋、土地要不要还给原主。8月31日，联邦德国内政部长朔伊布勒和民主德国国务秘书克劳泽签署《统一条约》。9月20日，人民议院以299票赞成通过，联邦议院以440票赞成通过；9月21日联邦参议院一致同意；条约于9月29日生效。10月3日，民主德国依照《基本法》第23条加入联邦德国。在《统一条约》之前，两德已在1990年5月18日签订关于建立货币、经济和社会联盟的国家条约，7月1日生效，西德马克在东部流通，经济法、劳动法、社会保险法的一部分已提前过去。也就是说，法律并轨是分两步走的：先并钱和经济的规则，再并整套法律。当年的意义需要很朴素：一夜之间换法，日子还要能过下去。

当时在用的学派与框架　法律并轨背后有两种思路。一种来自联邦德国自己的宪法传统：第二次世界大战后以《基本法》为顶点的法治国家体系，联邦宪法法院和发达的法教义学，第29章讲的规范层级、第48章讲的体系，在这里都是现成的工具。加入一方只需把这个体系延伸过去。另一种思路主张按《基本法》第146条，由全体德国人民制定一部新宪法，两边的法律经验一起进入新体系。1990年选择了第23条的加入方式，也就选择了前一种思路作为主干。民主德国那一边，是社会主义法制传统，有自己的《民法典》《家庭法典》等。条约要回答的，正是第29章那种“哪一条规范在上、哪一条在下”的问题，只不过这一次涉及的是两整套法律。

预测与实践记录　条约的总框架是：《基本法》自加入之日起在东部生效；联邦法律原则上延伸到东部，但附件一列出了大量例外和过渡安排；民主德国的法

律，凡与《基本法》、联邦法律和欧洲共同体法相符的，可以作为州法或按条约规定继续有效，附件二列出了个别保留下来的东德规定。民主德国的《民法典》随统一失效，此后东部的民事关系按联邦《民法典》处理，但统一前已经发生的关系另有过渡规则。几处难题被单独处理。一是堕胎：东德允许在怀孕早期自行决定，西德采取另一种规定，条约没有当场统一，而是要求立法者最迟在1992年12月31日以前作出全德统一的规定，在此之前东部继续适用原有规定。联邦议院1992年按期通过了统一的孕妇与家庭援助法，其中关于堕胎的部分很快被提交联邦宪法法院审查，这就是下面第84章旁证里那份1993年判决的来历。二是财产：条约附件三收入了两国1990年6月15日关于未决财产问题的共同声明，确立了“归还优先于补偿”的原则，同时规定1945年至1949年苏联占领期间依占领法进行的土地改革没收不再撤销。1991年4月23日，联邦宪法法院对这一安排作出裁判，认为不予撤销与《基本法》不相冲突。三是《基本法》自身：条约修改了序言，删去第23条原有的加入条款，修改了第146条，并新增第143条，允许东部的法律在一定期限内与《基本法》的个别规定有所偏离，期限一般到1992年底。四是司法：东部原有的法官和检察官要经过审查才能继续任职，空缺由西部派来的法律人员补充，东部的法院组织也在几年内改成联邦的体系。实施后的记录是，“归还优先于补偿”带来了大量财产申请和诉讼，许多土地和房屋在归属确定以前无法买卖或投资。1991年、1992年先后出台的排除投资障碍法、投资优先法等法律，在一定条件下允许投资需要优先于原主的归还请求，原主改得补偿或变卖所得。这是在原则之下开出的例外，原则本身没有改。原则加例外、例外再加条件，这种层层叠加的写法，正是联邦德国法教义学处理新问题的惯常做法，并轨时被原样搬到了东部。统一后的头几年，围绕房产、企业归属和养老金折算的案件，成了东部法院工作量的大头。

意义中心　这一次的意义中心是幸福，具体是生活的连续和法律的安定：结婚、合同、退休金不能因为换法而作废。第31章讲过，拉德布鲁赫把正义、合目的性和法的安定性并列为法的三项价值；1990年的并轨，几乎每一条过渡条款都在为法的安定性服务，而在财产归还这样的地方，安定性又和对过去不正义的纠正相互拉扯。自由在第二位，是《基本法》基本权利自动延伸到东部所带来的那一部分。

创造在这里体现为一种技术上的创造：用“原则延伸、附件例外、限期补立”的办法，把两套法律在一天之内并起来。

类型登记：A 加固　这一节登为加固。理由是：按第23条加入的路线，是联邦德国法治国家体系沿原路向外延伸了一步，规范层级没有变，起点没有变，《基本法》仍然在顶上，联邦法律在其下，东德法律只在“相符”的条件下作为下位的州法留存。被加固的正是第29章讲的那种次序结构：上位规范决定下位规范能否存在。堕胎问题的限期补立、土地改革的不予撤销，是这个体系在延伸时给自己留的口子，它们本身也是用体系内的工具写出来的，没有出现原体系推不出的新东西。第146条的修改留下了另一条路的痕迹，但在这一年没有被走。条款二（b）问的是：学派换了，判例和体系会不会照样跟着换。这一节提供的是相反方向的一个记录：东德的法学传统在一年之内退出，联邦的判例和教义体系原样接管了东部的案件，法院用的仍是统一前西部的判例和注释书。

> 带走的话
>
> 两套法律并成一套，用的不是新造的体系，而是把一个现成的体系推过去，再把推不过去的地方写进附件和期限。并轨最难的不是条文，是条文之前已经发生的那些人生。

小账　本节动用：规范层级、法教义学体系、加固、次序、结构。
锁定记录：以《基本法》为顶点的规范次序被延伸到东部，东德法律只能在下位存留。

旁证　德国墙卫案：统一后，柏林墙边境开枪致人死亡的士兵和下令者被起诉。联邦最高法院1992年11月3日的判决认为，民主德国的边境法不能为严重侵犯基本人权的杀人行为开脱；联邦宪法法院1996年10月24日裁定，这些有罪判决不违反禁止溯及既往的原则。第58章已把它放进吸收表，本节只作旁证。

第 82 章

1991　英国：R v R

当年的意义需要　1989年，英国莱斯特的一名女子与丈夫分居，搬回娘家住。丈夫闯进去，要强行与她发生性关系，并对她施加暴力。他被起诉强奸未遂和造成实际身体伤害的伤害罪。辩方的理由来自一条两百多年的老规则：丈夫不可能对妻子犯强奸罪。这条规则出自十七世纪首席法官马修·黑尔的著作《王室诉讼史》，书在1736年出版，大意是：女子结婚时已经以婚姻契约表示同意，这份同意她不能收回。到八十年代末，英国社会对婚姻的理解早已改变，妻子在法律上是独立的人，可以自主离婚、拥有财产。当年的意义需要很明白：一条以“结婚即永远同意”为前提的规则，还能不能留在刑法里。

当时在用的学派与框架　这件事背后有三条线。第一条是英国普通法的“宣示说”：法官的工作是宣示法律本来是什么，而不是创造新法律。十八世纪的布莱克斯通把法官比作法律的代言人，这个说法在英国法学里流传很久；到二十世纪，哈特一路的实证主义承认法官在规则空白处有自由裁量，但英国法院在判决书里仍然习惯用宣示的口气说话；黑尔的那段话因此长期被当作普通法本身。第二条是遵循先例，第47章讲过，先例把过去的判法织成次序，后案要照着走，要变也只能由上级法院来变。另一方面，英国法院在二十世纪已经陆续在个别案件里给这条豁免开了口子，比如有法院裁定，存在分居令或类似法律安排时豁免不适用。第三条来自学界和社会：女性主义法学（第43章）长期批评这条规则；法律委员会也在研究修改，1990年发布了讨论文件。苏格兰在这一点上走得更早：1989年，苏格兰高等法院在一宗案件中已裁定，苏格兰法不再承认丈夫的这项豁免。这份判决不约束英格兰法院，但它说明普通法世界里已经有人沿着“宣示”的说法走过一次。英格兰这边，1949年有判决认为，法院已发出分居令时豁免不适用；七十年代又有判决把例外扩到离婚暂准令和丈夫向法院作出不骚扰承诺的情形；1988年，上诉法院在科瓦尔斯基案中又把豁免的范围收窄，只限于狭义的性交，其他强迫的性行为不在豁

免之内。例外一个个加上去，规则本身还留着。这正是第5章讲的吸收：异象来了一次，就添一个例外，起点不动。还有一条立法上的线：1976年《性犯罪（修正）法》给强奸下的定义里用了“非法的”性交一词，有人认为这个词正是在保留婚内豁免，所以只能等议会改。

预测与实践记录　1990年，莱斯特刑事法院的欧文法官驳回了豁免的主张，被告随后被定罪（他是自行认罪还是由陪审团认定，各家记载不一，这里不写死）。1991年3月，上诉法院驳回上诉，首席法官莱恩在判决中认为，丈夫的这项豁免已经不复存在。1991年10月23日，上议院五位法官一致驳回上诉，凯斯勋爵撰写主要意见，布兰登、格里菲斯、阿克纳、劳里四位勋爵同意。判决的思路是：黑尔的话在他那个时代或许反映了当时的社会，但今天的妻子不再是那样的地位；婚内豁免是一种普通法的拟制，在现代已经不是英格兰法律的一部分；法律中的“非法的”一词不应理解为把婚内性行为排除在外。在上议院判决前，法律委员会已在研究这项豁免的存废，学界和社会上的多数意见主张废除，争的是由谁来废、怎样废。按宣示说的预测，法院会把问题交给议会；实际记录是，法院自己作了决定，并把决定说成是在确认法律已有的状态。1994年，《刑事司法与公共秩序法》重写了强奸的定义，去掉了“非法的”一词，只问对方是否同意，并把男性也列为可能的被害人，与判决一致；2003年的《性犯罪法》又整体取代了这一定义。从刑事法院到上议院，三级法院在一年多里走完了同一个方向，议会三年后再把它写成条文，司法在前、立法在后，这个先后次序本身就是这一案的一项记录。这名丈夫后来和另一宗同类案件的被告分别向欧洲人权法院申诉，主张自己被以行为时不存在的罪名定罪，违反公约第7条禁止溯及既往的规定；1995年，欧洲人权法院对两案一致认定不违反，理由是这一法律发展是可以合理预见的。

意义中心　这一案的意义中心是自由，是妻子对自己身体的自主。老规则里的主角是婚姻这份契约，同意被看成一次签下、永久有效；新判法里的主角是每一次的当事人，同意被看成每一次都要有。主角换了，自由才落到个人身上。幸福在另一端以“婚姻和家庭的安宁”的名义出现过，是老规则当年的理由之一，但判决没有把它放在天平上称。创造在判决书里被刻意压低：法官们说自己是在去掉一项拟

制，不是在创造新罪名。这一点和欧洲人权法院的判断是连在一起的：正因为判决被理解为法律可预见的发展，而不是凭空创造，被告才不能以溯及既往为由推翻定罪。意义权重在这里不只是价值排序，也直接决定了判决能不能站得住。

类型登记：B 改写　这一节登为改写。理由是：从“结婚即同意且不可撤回”这对预设里，推不出“丈夫可以对妻子犯强奸罪”；这个结论要求换掉起点，把妻子看作在婚姻中仍然保有自主同意能力的人。上议院确实换了这个起点。判决书自己的说法更接近加固：它说自己只是宣示法律在现代已经是什么，并由此回应溯及既往的质疑。本书把法院的自我描述和判决的实际效果分开记：从效果看，一条两百五十多年的先例被推翻，后案的次序从此改变，这是改写；从说理看，法院选用了宣示说这件老衣服来穿这次改写，这是第5章讲的“改名”式吸收在司法中的一个样子。两种读法都写在这里，登记取效果一侧。拿条款二（a）来对照：常态做法是吸收，这一点在此前四十年的例外清单里看得很清楚；到1991年，吸收撑不住了，起点才被换掉，而换起点时仍要借用宣示说这件旧衣服。这说明在普通法里，改写起点也要走先例的门，门本身没有换。

> 带走的话
>
> 一条老规则被推翻时，法院说的是“它早就不是法律了”。说法是宣示，效果是改写，两者都是真的。

> **小账**　本节动用：宣示说、遵循先例、改写、改名、禁止溯及既往、次序。
> 锁定记录：婚内强奸豁免这一先例的次序被打断，“结婚即永久同意”的起点被换掉。

旁证　同年10月，日本公布《借地借家法》，整合原有的借地法、借家法等，并新设定期借地权，1992年8月起施行。

第 83 章

1992　日本：PKO合作法与宪法第九条

当年的意义需要　1990年8月伊拉克入侵科威特，随后爆发海湾战争。日本为多国部队提供了总额约一百三十亿美元的资金，却没有派出人员，国际上出现了“只出钱、不出人”的批评。1990年秋，政府向国会提出《联合国和平合作法案》，当年11月成为废案。1991年春海湾停火后，海上自卫队的扫雷部队被派往波斯湾执行扫雷任务，政府给出的法律依据是《自卫队法》中关于清除水雷等危险物的条文，理由是停火后的扫雷不属于行使武力。这一次派遣让人看到，在没有专门法律的情况下，自卫队出国只能借用国内法上的零散条文来说明。同年10月23日，柬埔寨和平协定在巴黎签署，联合国准备派出柬埔寨过渡时期权力机构，这是当时规模最大的联合国维和行动之一，日本出身的明石康被任命为联合国秘书长特别代表，主持这一机构。当年的意义需要摆成了两头：一头是“以人员参与国际和平活动”的需要，一头是宪法第九条放弃战争、不保持战力的规定，以及战后几十年来社会上对自卫队走出国门的普遍警惕。

当时在用的学派与框架　围绕宪法第九条，当时大致有三种框架同时在用。第一种是日本宪法学界长期有力的学说，认为自卫队是否合宪本身就有疑问，更谈不上派往海外。1973年长沼事件的一审判决曾认定自卫队违宪，后来被上级法院撤销。第二种是政府的解释，主要由内阁法制局一代代积累：为自卫所需的最小限度实力不属于宪法禁止的“战力”；不允许以行使武力为目的向海外派兵；自卫队在海外的活动，也不能与别国的武力行使连成一体。第三种是法院的态度：1959年砂川事件的最高法院判决提出，高度政治性的问题，除非一看就明显违宪，不属于司法审查的范围。三者叠在一起，结果是第九条的具体含义主要在国会辩论和内阁法制局的解释里展开，法院较少进入实体判断。这是日本法自己的一种分工。在这一分工之下，政府1981年的答辩书还明确，日本虽在国际法上拥有集体自卫权，但宪法不允许行使。于是讨论维和时的关键问题就变成：维和部队在当地遇到武装冲突

时，自卫队的行为会不会被看成行使武力，会不会和别国部队的行动连成一体。法案的每一个条款，都要先过这道解释的关口。

预测与实践记录　政府于1991年再次提出法案，即《关于协助联合国维持和平活动等的法律》。审议过程中争议激烈，在野党在表决时采取“牛步战术”，一步一步慢慢走向投票箱以拖延时间；社会党的全体众议院议员集体提交辞职申请表示反对，众议院议长没有受理。法案经过大幅修改后于1992年6月15日在众议院通过成立，6月19日作为平成4年法律第79号公布，同年夏天施行。修改的要点包括：自卫队参加维和部队主体业务的部分暂时“冻结”，另以法律规定解冻日期；参加主体业务须经国会事先批准；施行三年后进行检讨。法律同时写入了通常所说的参加五原则：冲突各方已达成停火协议；冲突各方同意维和活动和日本的参加；严守中立；上述条件不再满足时可以撤出；使用武器限于保护人员生命等所必需的最小限度。这五条，就是把政府解释中的“不得与武力行使一体化”写成了可以检查的条件。

实施的记录是：1992年9月，日本向第二期联合国安哥拉核查团派出三名选举监察人员，这是依这部法律的第一次派遣；同月起至1993年秋，自卫队工兵部队前往柬埔寨，在联合国柬埔寨过渡时期权力机构之下从事道路、桥梁修复等工作，前后两批，每批约六百人。1993年4月和5月，一名日本联合国志愿人员和一名文职警察在柬埔寨先后遇害，国内再次出现撤回的讨论，派遣仍然持续到任务结束。2001年12月，法律修改，删去了冻结主体业务的规定。按宪法学有力说的预测，这部法律是自卫队海外活动的起点，后来的扩展证实了“起点”这一判断；按政府解释的预测，五原则可以把活动限定在不涉及武力行使的范围内，此后派遣的实际任务基本落在这个范围里。两种预测各有记录可查。测量层能确认的只是条文、日期和派遣的任务内容；至于这部法律对此后日本安全政策走向的作用有多大，属于解释层，各方的预设不同，读法也不同。

意义中心　这一部法律的意义中心是幸福，具体是和平与安全：一方面是日本本身不再卷入战争的安全感，另一方面是参与维持别国停火所带来的和平。两种幸福指向不同的做法，正是争论的来源。创造排在第二位，体现为一种过去没有的国

际角色的设计：以有条件的方式派人出国，而不是只出钱。自由在这件事里较弱，没有直接以个人权利的形式出现。

类型登记：C同台　这一节登为同台。理由是：法律的结构，可以被两种框架同时认领。政府解释一路可以认领五原则，这几条几乎就是它多年解释的条文化；宪法学有力说一路可以认领冻结、国会事先批准和三年检讨，这些限制正是在它的质疑之下加上去的。两派都在条文里留下了可以指认的痕迹，也都在后来的实践里拿到了部分印证。法院在这一节里几乎没有出场，这本身也是一条记录：第九条的制度依赖，主要不是织进判例，而是织进了内阁法制局解释的先后次序里，每一次新的派遣，都要先说明它与此前的解释是什么关系。第十七编第107章讲2014年的内阁决议时，会回到这条次序。1992年的冻结和2001年的解冻也是同一种次序的样子：先写进限制，再以修法的方式逐项解除，每一步都要在国会说明它与前一步的关系，而不是一次写到底。

> 带走的话
>
> 第九条的含义在日本主要不是由法院说出来的，而是由一代代政府解释和国会辩论攒出来的。五原则把这些解释写成了条文，冻结和事先批准把反对的声音也写进了条文。

> **小账**　本节动用：政府解释、统治行为论、同台、意义中心（两种和平）、次序。
> 锁定记录：“不得与武力行使一体化”从解释变为法律条件，第九条的含义被锁在内阁法制局解释的次序里。

旁证　同年6月29日，美国最高法院在宾夕法尼亚东南计划生育组织诉凯西案中，以联合意见保留了罗伊案的核心，同时以“不当负担”标准取代原先的三阶段框架。

第 84 章

1993　日本：行政程序法

当年的意义需要　战后日本的行政，有一个外国观察者常常提到的特点：行政机关大量使用“行政指导”，也就是不以正式命令、而以劝告、要求、希望的方式让企业或个人照办。行政指导没有法律上的强制力，也就很难拿到法院去告；但不照办的人，常常会在别的许可、审批上遇到麻烦。一件申请交上去多久会有结果，按什么标准审，被驳回时理由是什么，许多时候并没有公开的规则。八十年代末到九十年代初，日美之间关于市场准入的谈判，把行政手续的透明度也列为话题之一；国内的行政改革机构则把“公正、透明的行政手续”当作改革课题。当年的意义需要可以一句话说清：同样的申请，要按同样的规矩办，而且事先就能知道规矩是什么。

当时在用的学派与框架　日本战后的行政法学，以田中二郎等学者为代表，承接了德国的行政行为理论：行政机关作出的行为一经作出，在被依法撤销以前就被推定有效，相对人要先服从、再争议。这一框架的重心在事后救济，1962年的《行政事件诉讼法》就是事后救济的主要通道。另一种思路来自美国1946年的《联邦行政程序法》和德国1976年的《行政程序法》：在行政机关作出决定之前，就要给相对人知道理由、陈述意见的机会，程序本身就是保障。日本自己也早有尝试，1964年第一次临时行政调查会曾提出行政程序法的草案，没有成为法律。法院方面，1971年最高法院在个人出租车执照一案中，要求审查执照申请时应当设定并公正适用具体的审查基准；1992年7月，最高法院大法庭在成田新法案中表示，宪法第三十一条关于正当程序的保障，并不因为是行政程序就当然不适用，但是否必须事先告知和听取意见，要综合衡量。关于行政指导，1985年最高法院在一宗建筑确认的案件中认为，申请人已经明确表示不再服从行政指导时，行政机关仍以指导为由搁置对申请的处理，就是违法的。这一判例后来几乎原样进入了行政程序法关于行政指导的条文。判例已经把门推开了一条缝，具体怎么走还没有统一的规矩。

预测与实践记录　1990年设立的第三次临时行政改革推进审议会，于1991年就公正、透明的行政手续法制提出答申，建议制定统一的法律，并附了纲要案。1993年11月，《行政程序法》在国会全体一致通过，11月12日作为平成5年法律第88号公布，1994年10月1日施行。第一条写明目的，是确保行政运作的公正、提高透明度，以保护国民的权利利益。法律分几块：对申请的处理，行政机关应当制定并公布审查基准，尽量规定标准处理期间，驳回申请时应当说明理由；对不利处分，例如吊销许可，原则上要举行听证，较轻的处分要给予辩明的机会，并说明理由；对行政指导，法律写明它只能靠对方的任意合作才能实现，不得因对方不服从而给予不利对待，对方要求时应当以书面方式交付指导的内容；对申报，规定材料符合形式要件、送达即视为履行了申报义务。这一条针对的是过去常见的一种做法：行政机关以“不予受理”或退回材料的方式，让一件申报事实上无法完成。听证由行政机关指定的主持人主持，当事人可以查阅与处分有关的材料、提出意见和证据。法律还在第三条规定，地方公共团体依据本地条例实施的处分和行政指导不适用本法，但第四十六条要求地方按照本法的宗旨采取必要措施，此后各都道府县和市町村陆续制定了自己的行政程序条例。

按事后救济一路的预测，行政机关的裁量空间会因此受到约束；按程序保障一路的预测，事前程序会减少争议。实施后的记录是：各省厅陆续公布审查基准，行政指导仍然大量存在，但多了书面化、不得报复这些可以援引的条文。2005年的修改加入了制定命令时的意见公募程序，2006年施行；2014年的修改又写明行政指导时须告知所依据的法令条款，并增加了两种请求：认为行政指导违法的，可以请求中止；认为应当作出某项处分而行政机关没有作出的，可以请求作出，这次修改2015年4月1日施行，修法草案早在2008年就提出过。法律一步步沿着“事前公开、听取意见”的方向加长。

意义中心　这部法律的意义中心是自由，具体是被平等对待、事先知道规矩的自由。幸福在旁边，以行政效率的名义出现：标准处理期间、申报到达即生效，也是为了让事情办得快、办得可预期。创造的成分不大，法律主要是把已有的判例方向和外国经验写成统一条文。这里的自由，落到日常上就是“可预见”：一家小店

申请营业许可，事先能查到审查基准，知道大概多少天会有结果，被驳回时拿到一份写明理由的文书，下一步该补材料还是该起诉，自己就能判断。

类型登记：A 加固　这一节登为加固。理由是：法律沿着两条已有的路各走了一步，没有出现这两条路推不出来的新东西。程序保障一路的做法，被当下“公正、透明”的需要选中，写成了审查基准、听证、理由说明；最高法院1971年和1992年的判例已经朝这个方向走，法律把判例的方向变成普遍的规矩。行政行为理论一路的结构也没有被推翻，行政行为在被撤销前有效、事后救济仍走行政诉讼的格局都保留着。行政指导这一块最能看出加固的样子：法律没有取消行政指导，而是给它加了定义、加了原则，把一个长期在法律之外运作的做法收进了法律的结构里。被加固的是次序：先有公开的基准，再有处分，再有理由，最后才是诉讼。地方条例的跟进又把这个次序从中央推到地方，结构上是同一套规矩被复制到四十多个都道府县和上千个市町村，这正是一处制度依赖被成批织进法律关系的样子。

> 带走的话
>
> 这部法律没有让行政机关少管事，而是要求它在管之前先把规矩亮出来。行政指导被写进法律，是被承认，也是被约束。

> **小账**　本节动用：行政行为理论、正当程序、行政指导、加固、次序、结构。
> 锁定记录：“先公开基准、再作处分、再说明理由”的次序被写进统一法律，行政指导被收进法律结构而未被取消。

旁证　同年5月28日，德国联邦宪法法院对统一后制定的全德堕胎规定作出第二次堕胎判决，认定其中部分规定违宪，并对立法者如何保护未出生生命提出了要求，这接上了第81章统一条约留下的期限。

第 85 章

1994　法国：新刑法典生效

当年的意义需要　法国1810年的刑法典是拿破仑时代的法典之一，用了将近一百八十年，其间修改无数，条文层层叠加，许多规定与二十世纪后期的社会已经对不上。1981年法国废除了死刑，这是本书第71章写过的一节；废死之后，整个刑罚体系需要重新排列。新的犯罪形式也不断出现：企业作为组织造成的损害，故意置他人于危险之中的行为，危害人类罪如何在国内法中定位，等等。旧法典的编排也反映了它那个时代的权重：危害国家和公共事务的犯罪排在前面，侵害个人的犯罪排在后面，刑罚体系中还保留着苦役等早已不用的名目。当年的意义需要可以概括为：用一部按今天的价值重新排列的法典，取代一部被修补了一百多年的旧法典。

当时在用的学派与框架　法国刑法学里有几条线同时在用。第一条是古典学派的罪刑法定，来自贝卡利亚，第20章讲过：没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚，法官不能类推。这条线在法国大革命后成为刑法的骨架。第二条是十九世纪的新古典调和，1832年起普遍引入的减轻情节，让法官可以在法定刑以下处理，开始照顾具体的人。第三条是二十世纪的“新社会防卫论”，以马克·安塞尔为代表，第24章讲过：刑罚除了惩罚，还要照顾犯罪人的回归社会，主张刑罚个别化。法国自己的法典传统则要求，新法典要有清晰的体系和编排。七十年代中期，德斯坦总统任内以政令设立了一个修订委员会，它曾提出过草案的第一编，没有被采纳；1981年政府更替后，司法部长罗贝尔·巴丹泰重新启动修订，亲自主持委员会，并大幅调整了它的组成。法案在议会中的辩论主要集中在1989年至1991年间。旧法典只承认自然人犯罪，法人能不能被追究刑事责任，在法国学界争论了很久：一边认为刑罚以过错为前提，只有自然人才有过错；一边认为大企业造成的环境、劳动安全等损害，只追究个别职员不足以覆盖。这个问题在修法中被正面回答，这也是新法典最常被提到的一处变化。

预测与实践记录　1992年7月22日，法国公布了第92-683号至第92-686号四部法律，分别构成新刑法典的四编：总则；侵害人身的重罪与轻罪；侵害财产的重罪与轻罪；危害国家、民族与公共安宁的重罪与轻罪。同年12月，又公布了一部适用法，逐一修改散在其他法律里的刑罚条款，处理新法典与其他法律的衔接；从公布到生效，中间留了一年半以上。新法典于1994年3月1日生效，取代1810年的刑法典。新法典保留了法国传统的三分法，犯罪按严重程度分为重罪、轻罪和违警罪；重罪和轻罪由法律规定，违警罪由行政法规规定，这一分工本身就是罪刑法定在法国宪法框架下的具体样子。几项主要变化是：条文采用十进制编号，第一条编为111-1，号码本身显示它在体系中的位置；保留罪刑法定，并写明刑法应当严格解释；首次在第121-2条规定法人可以承担刑事责任，国家除外，地方团体只就可以委托出去经营的活动负责，适用于法人的罚金最高为自然人的五倍，并可以处以解散、禁止从事某些活动等刑罚；取消了法定刑的下限，条文只规定最高刑，法官在最高刑以下自由裁量，但须对刑罚的选择说明理由；旧法典第六十四条只用“精神错乱”一词，新法典改为：精神障碍完全丧失辨认能力的不负刑事责任，辨认能力受到影响但未丧失的仍负责任，由法院在量刑时考虑；新设故意置他人于危险的罪名；把种族灭绝和其他危害人类罪放在侵害人身的部分之首；规定了性骚扰罪；替代刑的种类有所扩大。

按古典一路的预测，法典会更强调确定性；按社会防卫一路的预测，法典会更强调个别化。实施的记录两边都有：罪刑法定和严格解释被写在总则的显要位置，取消法定刑下限则把个别化推进了一步。就在新法典生效前夕，又有一部法律对杀害未成年人并伴有强奸等情节的犯罪设立了事实上不可减免的无期徒刑，个别化之外，同时也加重了一部分刑罚。此后，2007年8月的一部法律又对累犯引入了“最低刑”，2014年8月的刑罚改革法再把它取消，法定刑下限这一问题在法国七年之内来回了一次。

意义中心　这部法典的意义中心是幸福，具体是社会的安全和受保护：新罪名多数是为了让新的危害有法可依。自由排在第二位，以罪刑法定、严格解释和取消下限后的个别化出现。创造体现为法典编排本身：十进制编号和按保护对象排序，

是法国法典传统的一次重新设计。排列顺序也说明权重：旧法典把危害国家的罪放在前面，新法典把侵害人身的罪放在前面、危害国家的罪放到后面，保护对象的先后，就是立法者给出的意义次序。

类型登记：C同台　这一节登为同台。理由是：新法典里，两条学派的做法都可以被清楚指认，而且都有后来的实践记录。古典学派可以认领罪刑法定、严格解释和以最高刑为界的结构；新社会防卫论可以认领取消法定刑下限、替代刑扩大和量刑说明理由的要求。法人刑事责任一项，两派都没有作为核心主张，但它可以被“社会防卫”一路的保护目标所容纳，也可以被古典一路以“法律明文规定”的形式接受。被织进制度的是一种结构：总则把两条线排在同一个编排里，罪刑法定在前，个别化在后，量刑在法定最高刑的框内进行。法典一旦以这种结构写成，此后的修改都要先回答“放在哪一编、哪一条”，这是法典国家特有的制度依赖。新法典生效以后，法国陆续增加了恐怖主义、网络犯罪等方面的条文，都是按十进制编号插进相应的位置，原有的骨架没有动。

> 带走的话
>
> 一部新法典把两条老学派排进了同一个目录，一条管“能不能罚”，一条管“罚多少、怎么罚”。目录本身也是一种依赖：以后要改，先要找位置。

小账　本节动用：罪刑法定、新古典调和、新社会防卫论、刑罚个别化、同台、结构。
锁定记录：“罪刑法定在前、个别化在后”的总则结构被写进法典编号体系。

旁证　同年5月12日，中国第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《国家赔偿法》，1995年1月1日起施行，规定了行政赔偿和刑事赔偿，接上了第80章行政诉讼法留下的赔偿问题。

第 86 章

1995　德国：十字架裁定

当年的意义需要　巴伐利亚州的国民学校规程规定，每一间教室都要悬挂十字架。一对信奉人智学世界观的父母和他们的三个孩子认为，孩子在义务教育中被迫在十字架下学习，违背了他们的信仰自由。他们多年交涉、诉讼，在行政法院一路败诉，最后向联邦宪法法院提出宪法诉愿。当年的意义需要摆在两边：一边是少数人不被国家强加某种宗教象征的自由；另一边是巴伐利亚大多数居民的宗教传统和地方文化认同，以及家长希望孩子在基督教文化中受教育的愿望。学校是义务教育的场所，孩子不能选择不去，这使问题比在公共广场上更尖锐。巴伐利亚是天主教传统深厚的州，教室里的十字架在许多人看来是日常的一部分，平时很少有人把它当成一个法律问题。这一家人把它变成了法律问题，问题也就有了另一面：国家在学校里放什么、不放什么，要不要说明理由。

当时在用的学派与框架　德国处理国家与宗教的关系，有自己的一套传统。《基本法》第140条把魏玛宪法的几条宗教条款并入，确立了国家不设国教、但与宗教团体合作的模式，这与法国式的严格政教分离不同。第4条保障信仰自由，没有写“依法律可以限制”的保留，只能因其他宪法价值而受限制。处理基本权利之间的冲突，德国宪法学发展出“实践调和”的办法，第49章讲的比例原则也在其中：两种宪法价值相冲突时，不是一方全胜，而是让两者都尽量得到实现。联邦宪法法院此前已经走过两步：1975年的判决认为，基督教色彩的共同学校只要对其他信仰开放、把基督教作为文化和教育因素而不是信仰宣传，就不违宪；1979年的判决认为，学校里的祈祷只要是自愿的、不愿参加的学生有可能回避，就可以进行。这两步建立了一条线：国家对宗教要保持中立，同时可以容纳宗教的文化存在。

预测与实践记录　1995年5月16日，联邦宪法法院第一庭作出裁定，8月10日公布。多数意见认为：十字架是基督教信仰的特定象征，不能只看作西方文化的一般标志；国家在义务教育的教室里悬挂十字架，使学生在没有回避可能的情况下面

对这一象征，侵犯了第4条第1款保护的信仰自由，其中包括不受国家强加宗教象征的“消极”一面；巴伐利亚学校规程中的那一条规定与基本法不符，无效。裁定同时提到，国家依第7条对学校有监督和设置的权力，父母依第6条对子女有教育的权利，这些都不能成为国家在义务学校中强加某一宗教象征的根据。需要分清的是，裁定针对的是由国家规程统一规定悬挂这一点，并不涉及学校以外的公共场所，也不涉及个人自己佩戴或悬挂宗教物品；当时舆论中有不少把它理解为“要拆掉所有十字架”的说法，与裁定的范围不同。被宣告无效的，是巴伐利亚国民学校规程第13条第1款第3句。第一庭八名法官中，有三人持不同意见，其中一位另写了补充的不同意见，他们认为十字架在这里主要承载的是基督教西方文化的价值，悬挂它不等于要求学生信仰，少数人的自由与多数人的自由需要调和。

裁定公布后，巴伐利亚出现了大规模的抗议，许多政治人物公开批评。1995年12月23日，巴伐利亚修改了州的教育与教学法，重新规定教室要悬挂十字架，同时写明：家长以严肃且可以理解的信仰或世界观理由提出异议的，校长应当设法达成和解，不成的，要为个案作出安排。这一新规定此后受到挑战：1997年8月，巴伐利亚州宪法法院驳回了对它的民众诉讼；同年10月，联邦宪法法院对相关的宪法诉愿不予受理；1999年4月，联邦行政法院认为，只要对异议理由的要求不过分，这种个案回避的办法是可以接受的。新规定也被用到了教师身上：2002年，巴伐利亚州行政法院支持一名教师不在自己课堂悬挂十字架的请求，把他的情形认作“非典型的个案”；2008年，奥格斯堡行政法院则驳回了另一名教师的同类请求。例外是一案一案批出来的，原则一直没动。

意义中心　这一裁定的意义中心是自由，具体是少数人不被国家强加宗教象征的消极信仰自由。幸福在另一端，表现为地方共同体的传统、认同和多数家长的教育愿望；不同意见把它表述为另一种自由，即多数人积极表达信仰的自由。创造在这里不明显，法院没有提出新的权利，而是把已有的中立原则用到了一件具体的物品上。多数意见和不同意见的分歧，归根到底是对同一件物品的两种读法：读成信仰的象征，自由就在中心；读成文化的标志，共同体的幸福就在中心。

类型登记：A 加固　这一节登为加固。理由是：多数意见沿着1975年和1979年两次判决的路线走了一步。那两次判决的共同前提是国家中立加上“能回避就可以”，1995年的多数意见抓住的正是“不能回避”这一点：教室里的十字架不像祈祷那样可以不参加。它没有改变中立原则的起点，而是把它推进到国家设置的象征物上。巴伐利亚随后的立法和法院对新法的认可，则是另一种样子的加固：州法用“个案异议”的设计，把一项被宣告无效的普遍规定，转成“原则悬挂、例外回避”的结构，这恰好落在1979年判决“可回避即可”的框里。从制度依赖的角度看，一次违宪宣告之后，体系没有走向法国式的去除宗教象征，而是用原有的“回避”工具吸收了这次冲突，第5章讲的改名在这里看得见：冲突被改称为“个案安排”的问题。这条线后来还会回来：2003年联邦宪法法院审理教师在课堂上佩戴头巾的案件，问题从国家悬挂的象征转到国家雇用的教师身上，那是第95章的事；2018年，巴伐利亚州政府又规定州政府机关的入口处悬挂十字架，这一次针对的是行政机关而不是学校，引起的讨论仍然沿着“国家象征还是文化标志”这条线展开。

> 带走的话
>
> 宪法法院说的是“不能强迫”，州议会回答的是“可以申请不挂”，两句话都在原来那条中立的线上。一次判决的结果，常常由判决之后的那部法律来定形。

小账　本节动用：国家中立、消极信仰自由、实践调和、加固、改名、结构。
锁定记录：“国家中立加可回避”的次序被加固，教室十字架从普遍规定转为“原则加个案例外”的结构。

旁证　同年4月26日，美国最高法院在合众国诉洛佩斯案中以五比四裁定，联邦禁止在学校附近持枪的法律超出了国会依“州际贸易条款”享有的权力。

第 87 章

1996　中国：刑事诉讼法修改

当年的意义需要　1979年的《刑事诉讼法》施行了十多年，实践中积累了几类问题。一是“收容审查”：它原本是对有流窜作案等嫌疑、身份不明的人的行政性审查措施，却在实践中大量被用于刑事侦查，期限长，又不在刑事诉讼法的程序之内。二是“免予起诉”：检察机关可以认定一个人有罪、但不提起公诉，这等于不经法院审判就作出了有罪认定。三是辩护律师介入太晚：按1979年的法律，律师主要在案件起诉到法院以后才参与，开庭前不少于七日才把起诉书副本送达被告人。四是证据不足的案件，实践中常常反复退回补充侦查，或者降格处理，案件长期悬而不决。另外，1979年的法律是在很短的时间里起草通过的，许多程序只写了原则，具体操作依赖各机关的内部规定，同一类问题在不同地方做法不一。当年的意义需要可以分成两股：一股是让被追诉的人在程序中有更多保障，一股是让打击犯罪的工作在法律框架内更有效、更有序。

当时在用的学派与框架　中国刑事诉讼的传统框架，以“以事实为根据，以法律为准绳”和“实事求是、有错必纠”为指导，公安、检察、法院分工负责、互相配合、互相制约。这一框架在结构上接近大陆法的职权主义：法官主导查明事实，庭前全面阅卷。八十年代以后，学界大量介绍英美法的当事人主义：控辩双方对抗，法官居中裁判。美国学者帕克提出的“犯罪控制”与“正当程序”两种模式，也是当时国内讨论常用的分析工具。无罪推定的问题在七十年代末、八十年代初曾引起争论，到九十年代又回到修法讨论中。修法期间，全国人大常委会法制工作委员会委托学者起草了专家建议稿，供立法参考。修法要回答的核心问题，正是两种模式各自最在意的那一处：职权主义最在意查明真相的效率，当事人主义最在意被追诉者能不能在法官面前与控方平等说话。

预测与实践记录　1996年3月17日，第八届全国人民代表大会第四次会议通过关于修改刑事诉讼法的决定，修改后的法律于1997年1月1日起施行，条文从164条

增至225条。主要变化有：第十二条规定，未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪；第一百六十二条规定，证据不足、不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决，这就是通常说的“疑罪从无”；起诉前的被追诉人改称“犯罪嫌疑人”；犯罪嫌疑人在被第一次讯问后或者被采取强制措施之日起，可以聘请律师提供法律咨询、代理申诉控告；收容审查不再保留，相关需要部分并入拘留，对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请批准逮捕的时间可以延长到三十日；取消免予起诉，改为检察机关在一定条件下可以作出不起诉决定；退回补充侦查的，每次应在一个月以内完毕，以两次为限，补充侦查后仍证据不足的，可以作出不起诉决定，不再无限期地挂着；庭审方式向控辩对抗方向调整，检察机关起诉时只移送证据目录、证人名单和主要证据复印件，法庭上由控辩双方举证、质证；被害人成为诉讼当事人；指定辩护的范围也有所扩大，被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，法院应当为他指定承担法律援助义务的律师。同一次会议上还通过了《行政处罚法》，同年5月通过了《律师法》，三部法律在同一年里分别从行政处罚程序、律师执业和刑事程序三个方向，给公权力作用到个人的方式写下了程序上的规矩。

按职权主义一路的预测，查明真相仍然要靠侦查和法官的全面掌握；按当事人主义一路的预测，庭审对抗会改变定案的方式。实施后的记录是：疑罪从无写进了法条，但此后的实践中，仍有证据存疑的案件按从轻方式处理，2005年、2010年先后纠正的佘祥林案、赵作海案，有罪判决都作于这次修法施行之后（佘祥林案1998年改判有期徒刑十五年；赵作海案的死缓判决，各家记载有1999年与2002年两说，这里不写死）；两案都是因为“被害人”后来活着出现，才得以改判。2012年刑事诉讼法再次修改，写入“尊重和保障人权”，并规定了非法证据排除的程序；2018年的修改又增加了认罪认罚从宽和缺席审判等制度。三次修改连起来看，1996年确立的阶段划分和基本结构一直保留，后来的修改是在各个阶段里增加或调整具体程序。

意义中心　这次修改的意义中心是自由，具体是被追诉者在程序中的保障：有罪要经法院判决，证据不足要判无罪，律师可以更早介入。幸福在另一端，以有效

打击犯罪、维护社会秩序的名义出现，延长部分案件提请逮捕的时间，就是为这一端留的空间。创造的成分在于把两种诉讼模式的要素放进了同一部法律。立法说明中常把这次修改概括为既要有力打击犯罪、又要保护公民合法权益，两头并提，本书据此把自由登为中心、幸福登为紧邻的第二位，而不是把其中一头说成唯一目标。

类型登记：C 同台　这一节登为同台。理由是：修改后的法律，两种诉讼模式都能清楚认领，也都有后来的实践记录。当事人主义一路可以认领庭审对抗、证据移送方式的改变、律师提前介入和疑罪从无的条文；职权主义一路可以认领公检法分工配合制约的结构、法官主导庭审的保留和侦查阶段的较大空间。两套做法同时被当下的需要选中，写进了同一部法律，形成的是一种混合的结构。制度依赖在这里表现为次序：侦查、起诉、审判三个阶段的先后和各自的权力配置被重新写定，此后2012年、2018年的修改，都是在这个次序上继续增删，而不是另起一套。条款三问的是能不能指认学派做法与当下需要的对应，这一节两边都可以指认；同时，实践记录显示，条文写下的和实际落下的之间有一段距离，这一段距离本书只记录，不评价。

> 带走的话
>
> “疑罪从无”这四个字1996年写进了法律，后来十几年的案件说明，写进法律和落进每一件案子是两步。两种诉讼模式被放进同一部法律，各自管住了一段程序。

小账　本节动用：职权主义、当事人主义、犯罪控制与正当程序两种模式、无罪推定、同台、次序。

锁定记录：侦查、起诉、审判的次序与权力配置被重写，“证据不足判无罪”成为条文。

旁证　同年6月，日本公布全面修订的《民事诉讼法》，强化争点整理和集中审理，1998年1月1日起施行。

第 88 章

本编小结（1987—1996）

这一编十节，类型的数法统一为：按各节“类型登记”一段所登的类型逐节数。这是本书的读法。按这个数法，A 加固四节、B 改写两节、C 同台四节、D 无学派预见零节。加固四节：1988年英国《间谍捕手》案、1990年德国统一条约中的法律并轨、1993年日本行政程序法、1995年德国十字架裁定；改写两节：1989年中国行政诉讼法、1991年英国R　v　R；同台四节：1987年美国博克提名被否、1992年日本PKO合作法、1994年法国新刑法典、1996年中国刑事诉讼法修改；无学派预见零节。这是本书的读法，换一位读者，同一件事登在相邻的类型里是可能的，每一节都写了登记的理由，供对照。最容易被读成别的类型的是第82章：判决书自己说是宣示已有的法律，按它自己的说法可以登加固；本书按效果登为改写，两种读法在那一节里都写明了。第80章也有类似的问题，说它改写，是就“民告官”这一条连接而言，就旧的审查边界而言，它又保留了原样。

意义中心的数法统一为：按各节“意义中心”一段所写的中心逐节数，写两者并列的记为“并列”。这是本书的读法。按这个数法，自由居中七节，幸福居中三节，创造居中零节，并列零节。三节幸福在中心的，是德国的法律并轨、日本的维和法和法国的新刑法典，分别押在生活的连续、和平与安全、社会的受保护上。七节自由在中心的，自由的样子各不相同：美国是民主自治与个人领域两种自由的较量；英国两节，一是报道的自由，一是妻子对自身的自主；中国两节，一是对错误行政行为说理的自由，一是被追诉者在程序中的保障；日本行政程序法是事先知道规矩、被平等对待的自由；德国十字架裁定是不被国家强加宗教象征的自由。这十年里，意义中心往“自由”一侧移动，而且多数是同一种方向的自由：个人面对国家时，国家要在哪里停下、要先说明什么。编名“把边界写进条文”，指的就是这一点。

形式上也有一个分布值得记下。数法统一为：按各节事件本身的形式数，法院判决或裁定记为判决，议会或立法机关通过的法律、法令记为立法，宪法解释、内阁决议、指导性意见记为释法。这是本书的读法。按这个数法，十节里判决三节（英国两节、德国十字架裁定一节），立法六节（中国两节、日本两节、法国一节，以及经两德议会以法律批准的统一条约一节），释法零节；1987年美国一节是参议院对大法官提名的表决，不属于这三种形式，单列一节。中国两节都是立法，这与全书下编的总体格局一致，留给下编结语一并处理。

登记的类型也有一个规律可以看出来：改写的两节，都是旧起点里的“主角”换了，行政诉讼里行政机关从管理者变成被告，R v R 案里同意的主体从婚姻契约变回每一个人；同台的四节，都是两种框架被写进同一部法律或同一次表决，彼此留着位置；加固的四节，都有一个现成的体系或先例在前面，事件只是让它向新的情形多走一步。

最后对照判词三的可错条款：这十节里，每一节都能在判决书、立法过程或表决记录里指认出某一学派的做法与当下需要的对应，没有一节需要登为“无学派预见”。这一编的记录不构成对判词三的反例；但它也只说明这十年的事件可以这样读，不说明只能这样读。

> **带走的话**
>
> 1987年到1996年，六国的法律大事多半在做同一件事：给国家和个人之间画边界，并把边界写成可以照着执行的条文。边界一旦写成，就成了下一个十年的起点。

小账　本编动用：加固、改写、同台、意义中心、次序、结构、连接。

锁定记录：本编多数节加固或改写了国家与个人之间的边界及其次序；德国并轨一节加固的是两套法律之间的上下次序。

第 十 六 编

1997—2006：写明的规矩，与叩门的安全

编　序

本编十节，从 1997 年到 2006 年，第 89—98 章，第 99 章是本编小结。每节按同一个顺序走：当年的意义需要，当时在用的学派与框架，预测与实践记录，意义中心，类型登记，最后是带走的话、小账与旁证。

本编各章：

- 第 89 章　1997　中国：刑法修订
- 第 90 章　1998　英国：人权法
- 第 91 章　1999　日本：司法制度改革审议会成立
- 第 92 章　2000　法国：加强无罪推定法
- 第 93 章　2001　美国：爱国者法
- 第 94 章　2002　跨国：国际刑事法院成立
- 第 95 章　2003　德国：教师头巾案
- 第 96 章　2004　英国：A 诉内政大臣案（贝尔马什案）
- 第 97 章　2005　日本：在外国民选举权判决
- 第 98 章　2006　德国：航空安全法判决
- 第 99 章　本编小结（1997—2006）

按下编结语的总账，本编登 A 加固四节、B 改写二节、C 同台四节。

第 89 章

1997　中国：刑法修订

当年的意义需要　1979 年的刑法到 1997 年已经用了十七年多。这十几年里，全国人大常委会先后通过了二十多部单行刑法（学界通行的统计是二十五部），又在一百多部非刑事法律里写进了附属的刑事条款（通行的统计是一百零七部），一个法官要知道一种行为算不算犯罪，得在好几处翻找。同时，社会从计划经济转向市场经济，1979 年刑法里有些罪名，比如投机倒把，已经和新的经济活动对不上；而证券、金融、计算机方面的新行为，旧法里没有现成的罪名。第 87 章写过，1996 年刑事诉讼法修改，把疑罪从无写进了程序。程序一改，实体那一边也要跟上：到底什么算罪，要先说清楚。1997 年 3 月 14 日，第八届全国人民代表大会第五次会议通过了修订后的刑法，同年 10 月 1 日施行。修订后的刑法共 452 条，在总则里写明了三项基本原则：罪刑法定、适用刑法人人平等、罪责刑相适应；同时取消了 1979 年刑法里的类推制度，把“反革命罪”一章改为“危害国家安全罪”，把原来包得很宽的流氓罪拆成了几个具体的罪名。

当时在用的学派与框架　这次修订里，至少有三条线摆在一起。第一条是刑法古典学派（第 20、22 章）。从贝卡利亚到费尔巴哈，这一派的起点是：守法人是会计算的理性人，法是事先公开的命令；人要能事先知道哪些事不能做，所以罪与刑都必须由法律事先写明，法官不得替立法者造罪。第二条是从苏联刑法学继受过来的框架（第 23、57 章）：犯罪的本质是“社会危害性”，犯罪构成按四个要件来认定。在这个框架里，社会危害性是起点，条文只是它的表现，所以条文没写到、但危害很大的行为，可以比照最相类似的条文来定罪，这就是类推的根据。1979 年刑法允许类推，但要求报最高人民法院核准。第三条是中国自己的老传统。唐律里已经有“断罪无正条”时怎样比照轻重的规则，明清律里有“比附”；清末沈家本主持修律，《大清新刑律》（1911 年 1 月颁布）第一次把“法无正条不为罪”写进了中国的法典；早在 1907 年的《大清刑律草案》里，第十条就已写

明：律例没有正条规定的行为，不论是什么行为，都不得定罪。三条线，一条要求“先有条文”，一条以“先看危害”为起点，一条是“比照着办”的长久习惯。这三条线背后，各自站着不同的主角。古典学派的主角是守法人：他要能事先看懂规矩。费尔巴哈把这一点讲成“心理强制”：刑罚的威吓要起作用，就得事先写明，人才能在动手前掂量。社会危害性框架的主角是国家：它要保护社会，就要看行为的实际后果。比附传统的主角是法官：条文不够，由他来比照。值得一记的是，苏联本国在 1958 年的刑事立法纲要里已经取消了类推，而 1979 年的中国刑法仍保留了它，只加上报请核准的限制。修订前后，学界对是否保留类推有过争论：主张保留的一方说，社会转型很快，立法跟不上，留一道口子可以应急；主张取消的一方说，类推与罪刑法定不能并存，留着口子，原则就写不进去。1996 年，赵秉志在《法学家》上专文梳理过这场存废之争。立法最后选了后者。

预测与实践记录　古典学派的预测很清楚：一旦罪刑法定写进法典，扩张处罚的权力就会从法官手里回到立法者手里，新出现的危害行为只能等立法补条文。实践记录支持了这一条：1997 年以后，刑法的修改主要靠全国人大常委会通过的刑法修正案，从 1999 年的第一个修正案起，到 2023 年底已有十二个修正案，罪名数目也随之增加；类推再没有出现在法律里。但社会危害性的框架也留下了记录。修订后的刑法在给犯罪下定义的那一条里，仍然以社会危害性为核心，并且加了一句“但书”：情节显著轻微、危害不大的，不算犯罪。也就是说，条文写了的行为，还要再过一道危害的门槛；条文没写的，不能入罪。这一进一出，两个框架都留在了同一部法典里。此外，最高人民法院与最高人民检察院的司法解释大量增加，条文里“情节严重”“数额较大”的具体标准，多由司法解释来定，这又是一个古典学派事先没有估计到的次序：条文在上，解释紧贴在条文下面。从制度依赖的角度看，这几件事织进的都是次序：立法在先，司法解释在后，个案判决再在后；入罪看条文，出罪看危害。一个法官面对新型的行为，先问的是有没有条文，而不是危害有多大，这个先后，就是 1997 年写进去的。

意义中心　这一节的中心在自由：罪刑法定的意思，是让守法人事先知道国家在哪里画线，线外的事可以放心去做。但幸福也在场，社会危害性的门槛与新增的罪名，都是为了保护社会秩序。两者的权重，在法典里是分开写进两个条文的。

类型登记：C 同台　理由有三。第一，古典学派能认领“罪刑法定”与“取消类推”，这是它两百年来的核心主张，在中国的刑法里写成了明文。第二，社会危害性的框架能认领犯罪定义与但书，它没有被拿掉，而是退到了“出罪”的一侧：危害只能帮人出罪，不能帮法官入罪。第三，两派都有后来的记录：修正案一路增加罪名，是古典学派的路；但书在司法实践中被用来对轻微行为不作犯罪处理，是社会危害性框架的路。这次修订没有让一派取代另一派，而是给两派各分了一个方向。按判词三的读法：被当下认领的过去不止一个，它们被分别写进了“入罪”与“出罪”两扇门。为什么不登 A？如果只算古典学派，这次修订确实是沿它的路走了一大步，可社会危害性没有被删去，反而写进了犯罪定义的核心；只看一家，会漏掉另一家的记录。为什么不登 B？两个框架的东西在修订前都已存在，修订造出的，是它们在同一部法典里的分工，而这种分工是两派各自都能推出的让步，不是谁都推不出的新东西。

> 带走的话
>
> 罪刑法定写进法典，改变的是“谁可以扩张处罚”这一个次序：从法官，回到立法者。社会危害性没有被删去，而是被安排在出罪的一侧。一部法典里可以同时住着两个学派，各守一扇门。

小账　本节动用：罪刑法定、社会危害性、类推、但书、制度依赖的次序。
锁定记录：古典学派“条文在先”的起点，被写成入罪的唯一入口；社会危害性的起点被锁在出罪一侧（次序）。

旁证　同年美国最高法院在里诺诉美国公民自由联盟案中，以言论自由为由否定了《通信规范法》中限制网上“不雅”内容的条款。

第 90 章

1998　英国：人权法

当年的意义需要　英国是《欧洲人权公约》最早的缔约国之一，但几十年里，公约没有被写进英国的国内法。英国人如果认为自己的公约权利被侵犯，在国内法院里不能直接援引公约，只能用尽国内程序后去斯特拉斯堡的欧洲人权法院起诉。1997 年工党政府发表白皮书《把权利带回家》，其中说，一个案子打到斯特拉斯堡平均要五年，花费约三万英镑。当年的需要很直接：让公约权利在英国自己的法院里就能主张，同时不动议会主权这块英国宪制的基石。在此之前，英国在斯特拉斯堡输过不少案子，每输一次，议会再回头修一次法。1979 年的《星期日泰晤士报》案涉及藐视法庭规则与新闻自由，1984 年的马隆案涉及警方窃听电话，后者促成了 1985 年的通讯截收法。前一案的判决作于 1979 年 4 月 26 日，起因是法院禁止该报刊登一篇关于沙利度胺受害儿童的文章。也就是说，英国的法律早已在被一个外部法院校正，只是校正要绕一大圈。同一年，议会还通过了苏格兰法等地方分权立法，规定苏格兰议会的立法若与公约权利不相容，就超出其立法权限，法院可以认定其无效。这样一来，地方立法受公约约束，威斯敏斯特议会的立法怎样对待公约，就成了需要单独回答的问题。《1998 年人权法》于 1998 年 11 月 9 日获御准，主体部分于 2000 年 10 月 2 日生效。

当时在用的学派与框架　英国自己的传统，是戴雪讲的议会主权：议会可以制定或废止任何法律，任何法院都无权宣布议会的立法无效。这背后有英国法实证主义的长线（第 17、33 章）：从边沁、奥斯丁到哈特，都把法当作由官方承认的规则来认定，边沁更对“天赋权利”一说颇为怀疑。另一条线是权利论与违宪审查（第 35、50、52 章）：以德沃金为代表，主张法官在疑难案件中依据原则保护权利，美国式的司法审查则让法院可以宣布法律违宪。两条线在英国面前摆着一个难题：要权利有法院保障，就得给法院一把能动法律的刀；要议会主权，法院就不能动法律。英国国内还有一场更近的争论。法学家格里菲斯在 1979 年的一次演讲里

提出“政治宪法”的讲法：权利的冲突说到底是政治分歧，应当由选出来的议会解决，而不是交给不经选举的法官。另一边，一些英国法官与学者主张“普通法宪政”：普通法本身就包含基本权利，法院可以据此对法律作严格解释。哈特的承认规则在这里也用得上：只要英国法官仍把议会的法律当作最高法源，议会主权就是一条由官方实践维持的规则；人权法要动它，动的是法官的实践，而不是哪一条成文宪法。

预测与实践记录　议会主权一派预测：只要法院不能废止法律，人权法就只是一部解释性的法律，改变不了什么。权利论一派预测：法院一旦能审查法律与公约是否相容，迟早会变成实质上的违宪审查。人权法实际写出来的，两派都没有完全预料到。第 3 条要求法院在可能的范围内把一切立法解释成与公约相容；第 4 条规定，若解释不通，高级法院可以作出“不相容宣告”，但这个宣告既不使法律失效，也不约束当事人；第 10 条让部长可以用补救令修改有问题的法律；第 19 条要求部长在提出法案时，声明法案是否与公约相容。第 6 条则规定，公共机构的行为不得与公约权利不相容，法院本身也算公共机构；第 2 条要求法院在判案时考虑斯特拉斯堡的判例。这几条合在一起，把公约织进了英国法律关系的各个连接点：立法前有部长声明，立法后有法院解释，解释不通有宣告，宣告之后有议会。后来的记录是：据司法部向议会提交的报告，到 2014 年 7 月底，法院一共作出过二十九次不相容宣告，其中八次在上诉中被推翻，一次仍在上诉中；已确定的二十次里，十二次由后来的立法改正，三次用补救令改正，四次在宣告时法律已经改过，只有一次（囚犯投票权）仍在考虑之中。另一面，政府以“不能声明相容、但仍要推进”的方式向议会提出法案的情形极少出现：据学者统计，到 2023 年以前只有三次，即 2000 年的地方政府法案、2002 年的通讯法案与 2012 年的上议院改革法案。法院没有废止过一部法律，而议会几乎每次都改了。第 3 条的相容解释，用得比不相容宣告更多。2004 年的盖丹诉戈丁-门多萨案里，上议院把租赁法中“作为其妻子或丈夫”一起生活的人，解释为也包括同性伴侣，使同性伴侣也能继承租约。这一类解释不需要议会回头修法，法院在解释中就改变了条文的适用范围，所以也有学者认为，它比宣告更接近违宪审查。

意义中心　中心在自由：人权法要保护的是公约所列的个人权利。但这部法把自由的保障，安排成法院与议会之间的往返，而不是法院一锤定音。法院不能替议会作最后的决定，但可以要求议会公开回应；自由的保障，从“法院的判决”变成了“议会必须面对的问题”。

类型登记：B 改写　理由：两个原学派的预设，都推不出“不相容宣告”这种东西。议会主权的起点推出的是法院无权评判法律；违宪审查的起点推出的是法院可以宣布法律无效。人权法写进的是第三种：法院可以说“这条法律与公约不相容”，但说完以后，法律照旧有效，改不改交给议会。这是法律关系的一种新连接：法院对议会不再沉默，也不发命令，而是发出一份正式的提示。学者后来给它起了名字，有的叫“弱形式司法审查”，有的叫英联邦式的新宪制模式，这些名字都是事后加上的。对照判词三：被当下认领的过去确实有两份（议会主权与权利审查），但写成制度的，是两份都推不出的一种连接方式，所以登 B 而不是 C。这里可以多问一句：不相容宣告是不是议会主权的一次改名？如果它只是一份没有效力的意见，答案是可以。但实践记录显示，宣告几乎每次都换来了修法，它在制度里实际承担的分量，超出了“意见”这个名称所能吸收的范围。

> 带走的话
>
> 人权法没有在“议会说了算”和“法院说了算”里选一个，而是在两者之间造了一条往返的线。不相容宣告不废止法律，却几乎每次都换来了修法。一个新的连接，也可以是制度依赖的一种新形状。

> **小账**　本节动用：议会主权、不相容宣告、相容解释、制度依赖的连接。
> 锁定记录：议会主权的起点仍在，被织进“法律照旧有效”这一端；权利审查的起点被织进“法院必须发声”这一端（连接）。

旁证　同年日本修改公职选举法，首次为居住在国外的日本国民设立在外投票制度，但先限于比例代表选举（第 97 章将回到这件事）。

第 91 章

1999　日本：司法制度改革审议会成立

当年的意义需要　1999 年 6 月 9 日，日本公布《司法制度改革审议会设置法》，在内阁下设审议会，委员不超过十三人，任务是查明二十一世纪日本社会里司法应当承担的角色，并就司法制度的改革与基础建设进行调查审议、向内阁提出意见。同年 7 月 27 日，审议会召开第一次会议，宪法学者佐藤幸治担任会长。审议会的十三名委员里，法律界人士（学者与曾任法官、检察官者及律师）六名，其余七名来自商学与经济学界、企业界、劳动团体、消费者团体与作家等方面，非法律人占了多数，这本身也表明，这次改革要回答的不只是法律人的问题。审议会于 2000 年 11 月提出中间报告，2001 年 6 月 12 日把最终意见书交给首相。本卷把 1999 年与 2009 年看作同一场改革的起点与落地：本节只写“为什么要改”，法官与市民在法庭里的位置留到第十七编。当年的意义需要，可以用一句话说：日本社会打官司的人少、律师少、法官少，大量纠纷不进法院；九十年代经济长期低迷、放松管制的呼声变大，执政党与经济界都提出过司法改革的建议（例如经济团体联合会 1998 年 5 月的《关于司法制度改革的意见》、自民党 1998 年 6 月的报告《二十一世纪司法的确切指针》），要求从“事前由行政管着”转向“事后由司法来裁”。日本近代的法律从明治时期起主要继受德国与法国，战后又在宪法与刑事诉讼方面吸收了美国的制度（第 55 章）。司法的规模却一直很小：法官、检察官、律师三者合称“法曹”，由同一个司法考试选拔、同一个司法研修所培养。

当时在用的学派与框架　围绕“日本人为什么不爱打官司”，日本与海外的法学里早就有两种解释。第一种是法社会学家川岛武宜提出的法意识论：日本人偏好和解与人情，不习惯用权利来对抗，这是文化与意识的问题（第 55 章）。川岛在 1967 年出版的《日本人的法意识》里，把这种倾向追溯到传统社会的人际关系：权利义务不清楚、不确定，反而被看作和睦的条件。第二种是美国学者黑利在 1978 年发表的论文所代表的制度说：日本人不是天生不爱诉讼，而是法官、律师

太少，诉讼又慢又贵，制度把人挡在了门外；此后一些法经济学者也从“诉讼结果可预期、不必上法院”来解释同一现象（第 37、38 章）。黑利的论文题目就叫《不愿诉讼者的神话》，他的论据之一，是明治以来民事案件的多少，与可用的律师人数相随；他还认为，法官与律师太少，是政府政策造成的。此外还有日本自己的司法传统：法官职业化、内部晋升，司法考试合格人数长期很少（长期固定在五百人上下，九十年代初才开始增加，1999 年首次超过一千人），刑事审判以书面卷宗为主、追求精密。两种解释摆在一起，指向的药方不同：若是意识问题，就应该先改人；若是制度问题，就应该先改制度。这两种解释还可以换一种说法：法意识论预设的主体，是一个带着文化记忆的人，法对他来说是外来的、与生活有距离的规范；制度说预设的主体，是一个会计算成本的人，法对他来说是一种可以使用、也可能太贵的服务。

预测与实践记录　法意识论的预测是：即使律师增加、门槛降低，诉讼也不会大幅增加，因为人们的意识没有变。制度说的预测是：只要把门打开，诉讼与法律服务的需求就会出来。审议会的意见书基本上采用了制度说的诊断：它提出要大幅增加法律职业人数，设立法科大学院来培养法律人，扩大法律援助，并让国民参与审判。意见书还给出了一个数目：到 2010 年前后，每年的司法考试合格者要达到三千人左右。2001 年 12 月，内阁设立以首相为本部长的司法制度改革推进本部，把意见书拆成立法项目；2004 年 4 月，首批六十八所法科大学院开学，同年 5 月国会通过了裁判员法；2006 年 10 月，日本司法支援中心开始运作，承担法律援助与法律咨询的转介。这些后续，本节只列出来，作为“为什么要改”落成“怎样改”的路标。从后来的记录看，两种预测都留下了证据。法律职业人数确实大幅增加了，但民事诉讼的数量并没有像制度说预期的那样持续上升，法科大学院的入学人数在开办数年后明显回落。每年三千人的合格目标没有达到，最多的是 2012 年的 2,102 人，后来又回调。法科大学院的志愿者，在开办的 2004 年度约有七万二千八百人，到 2012 年度只剩一万八千余人。这些后来的数字在第十七编的相关章节里还会用到，本节只记下：两个解释在同一场改革的实践里，各自拿到了一部分证据。

意义中心　中心在幸福：意见书的题旨是让司法回应国民的期待，让普通人在需要时用得上法院。所谓“用得上”，包括离得近、花得起、等得起，意见书对这三点都有相应的章节。创造在第二位：改革背后有一种期待，希望社会靠规则与裁判自己调节，而不是事事等待行政指导。

类型登记：C 同台　理由：审议会的设立与它后来的方案，可以由两个学派分别认领。制度说认领“增加法律人、降低门槛”的方向，这是它二十年前就开出的药方；法意识论认领“国民参与审判”的一面，因为让市民坐进法庭，本身就是在改变人们对法与审判的意识。两个学派一个从制度下手，一个从意识下手，在同一份意见书里都有对应的章节。实践记录也是两家分成：职业人数的增长对得上制度说，诉讼没有持续上升对得上法意识论。按判词三的读法，这里被当下认领的过去有两份，而且被分别写进了改革的两条腿。为什么不登 A？如果只看制度说，可以说是沿它的路走了一步；但国民参与审判的设计，从制度说里推不出来，它要回答的是普通人与法的距离，而不是律师够不够。为什么不登 B？两条腿各有出处，没有出现两派都推不出的东西。至于改革中的裁判员制度怎样组成合议庭，那是第 102 章要写的事，届时再作登记。

> 带走的话
>
> “日本人为什么不爱打官司”，一派说是意识，一派说是制度。司法改革把两个答案都写进了方案，后来的数字也各给了它们一部分。一场改革的起点，往往是一道多年没有被裁决的学派之争。

> **小账**　本节动用：法意识论、制度说、事前规制与事后裁判、制度依赖的结构。
> 锁定记录：制度说的起点被织进法律职业的规模与培养方式（结构）；法意识论的起点被织进国民参与审判的设计（连接）。

旁证　同年中国通过宪法修正案，把“依法治国，建设社会主义法治国家”写进宪法。

第 92 章

2000　法国：加强无罪推定法

当年的意义需要　法国 1789 年的《人权和公民权宣言》第九条，已经写明每个人在被宣告有罪之前都应被推定为无罪。两百年后，这条原则在刑事程序里怎样落实，成了法国九十年代的一个大问题：审前羁押用得多，被羁押的人能否见到律师受到很多限制；重罪法院的判决不能就事实上诉；媒体对嫌疑人的报道常常先于判决。法国的重罪由重罪法院审理，职业法官与陪审员共同裁判，以往被看作“人民的判决”，不设事实上诉；轻罪的判决却可以上诉。这个反差，在欧洲人权公约的框架下越来越难以解释。当年的统计里，审前羁押者在监狱人口中占了相当大的比例：据政府 1998 年在国民议会的书面答复，约占在押人员的四成；羁押期限长、理由宽，是律师界与学界长期批评的焦点。同时，欧洲人权法院依据《欧洲人权公约》第六条，对缔约国的刑事程序提出了越来越具体的公正审判要求。2000 年 6 月 15 日，法国通过《加强保护无罪推定与被害人权利法》，因时任司法部长伊丽莎白·吉古推动，常被称为“吉古法”。

当时在用的学派与框架　法国的刑事程序传统，是拿破仑以来的职权主义（第 15、54 章）：预审法官负责调查，同时可以决定羁押，程序以书面卷宗为中心，法官主导查明真相。它的主角是法官，预设法官是中立的调查者，法是由法典规定、由国家推动的真相查明程序。另一条线来自启蒙刑事思想（第 13、20 章）：孟德斯鸠的分权，贝卡利亚对秘密审讯与审前折磨的批评，都指向同一个起点：守法人面对的是强大的国家，程序的任务是给个人设防。到二十世纪后半叶，这条线又以欧洲人权公约与英美对抗制程序的形式回到法国：要求控辩平等、律师在场、沉默权与上诉权。1789 年的宣言经由 1958 年宪法的序言具有宪法效力，这是宪法委员会自 1971 年以来的做法，所以无罪推定在法国是宪法层级的原则。在法国国内，这条线还有过一次更彻底的方案。1990 年，司法部长阿尔帕扬召集由法学家德尔马斯-马蒂主持的“刑事

司法与人权”委员会；委员会提出，取消预审法官，把调查交给检察官，另设法官专门审查涉及自由的强制措施；这个方案没有被采纳。1997 年 7 月，由前最高法院院长特吕什主持的司法反思委员会，又就司法改革与检察独立向总统提交了报告，无罪推定也在其中。吉古法走的是两者之间的路：预审法官保留，羁押权单独交出去。这一路的主体预设，是一个面对国家、需要被告知自己权利的人；它对法的预设，是一套给国家设限的程序。职权主义的主体预设，则是一位中立、尽责的调查法官；法是国家查明真相的程序。两者对“法官”这个主角的看法正好相反：前者要防着他，后者要依靠他。

预测与实践记录　启蒙与公约这一路的预测是：要保护无罪推定，就要把调查与羁押分开、让律师更早进来、让重罪判决能上诉。吉古法几乎逐条照这个方向写：新设“自由与羁押法官”，由他而不是预审法官来决定审前羁押；被拘留的人从拘留第一个小时起就可以和律师谈话；法律首次规定，被拘留的人要被告知可以不回答问题（这项告知在 2002 年 3 月的一部法律里先被改弱，2003 年又被删去）；重罪法院的判决第一次可以上诉，由另一个重罪法院重新审理；在刑事诉讼法典的开头加了一条不编号的“序言条”，写明刑事程序应当公正、对审，维护各方权利的平衡，并重申受追诉的人在罪责确定之前被推定无罪。职权主义一路的预测是：这些设防会让调查变慢、变难。后来的记录显示，法案通过后的几年里，法国议会多次修改了这部法律：关于告知可以不回答问题的规定，在 2003 年 3 月 18 日的国内安全法里被删去；律师在拘留中的介入范围，在后来的有组织犯罪与恐怖主义案件中也被设了例外。但自由与羁押法官和重罪上诉这两项留了下来。几年后，北部小城乌特罗的一桩儿童性侵案暴露了另一面：2004 年在圣奥梅尔重罪法院受审的十七名成年被告中，七人一审即被宣告无罪；被判有罪而上诉的六人，2005 年在巴黎重罪法院的上诉审中全部被宣告无罪。十七人里有十三人最终无罪，其中一些人此前已被审前羁押一到三年。这个案子让预审法官的角色再次成为议会调查的对象。拘留期间律师能否在讯问时在场，要到 2010 年宪法委员会的裁决与 2011 年的拘留改革才有新的结论，那是第 104 章的事。从吉古法到 2011 年，这条路上加固与回收交替出现，方向没有变。

意义中心　中心在自由：这部法的名字就是“加强保护无罪推定”，它要保护的是尚未被定罪的人。法律名称的后半句“被害人权利”，把幸福也放了进来，但在条文的分量上，前半句占了大多数。被害人一侧，法律加强了被害人在程序中获得信息、提出请求的机会，并对媒体刊登戴手铐的嫌疑人照片等作了限制：它在1881年新闻自由法里加了第35条之三，未经本人同意，不得传播尚未被定罪、可被认出的人戴着手铐或脚镣、或处于审前羁押中的图像。

类型登记：A加固　理由：吉古法写进去的每一项，都能在启蒙刑事思想与欧洲人权公约的路上找到出处：分权（把羁押从调查者手里拿走），无罪推定（1789年宣言第九条），律师在场与上诉权（公约第六条的判例）。它没有造出原学派推不出的新东西，而是沿着同一条路，把法国程序再往对抗一侧推了一步。职权主义的框架没有被拆除，预审法官仍在，卷宗仍是中心，所以这是一次在既有结构上的加固，而不是改写。按判词三：被当下认领的过去，是两百年前的宣言与五十年前的公约。为什么不登B？自由与羁押法官看起来是一个新职位，但它的设计思想，正是德尔马斯-马蒂委员会方案里的一半；把羁押从调查者手里拿走，在启蒙一路里早就推得出来。为什么不登C？职权主义一路对这部法律只有反向的记录，也就是后来收回的那几项，它认领不了这部法律的成立。

> 带走的话
>
> 吉古法把“决定关不关人”的权力，从查案的法官手里分了出来，这是分权原则进到了程序内部。几项设防后来被收回，几项留了下来，留下来的那几项改变的是程序的次序。加固一条老路，也会遇到同一条路上反向的推力。

小账　本节动用：职权主义、无罪推定、自由与羁押法官、重罪上诉、制度依赖的次序。
锁定记录：启蒙刑事思想“给个人设防”的起点，被织进羁押决定与上诉程序的先后（次序）。

旁证　同年美国最高法院就佛罗里达州重新计票作出布什诉戈尔案判决。

第 93 章

2001　美国：爱国者法

当年的意义需要　2001 年 9 月 11 日，美国遭到恐怖袭击。六个星期后，国会通过了一部长名字的法律，取其英文首字母简称为“美国爱国者法”。众议院 10 月 24 日以 357 票对 66 票通过，参议院 10 月 25 日以 98 票对 1 票通过，唯一的反对票来自参议员范戈尔德；10 月 26 日，布什总统签署成法。当年的意义需要只有一条：防止下一次袭击。这部法律扩大了联邦执法与情报机构的调查权：第 213 条允许执行搜查令后延迟通知当事人；第 215 条允许联邦调查局为反恐或情报调查申请调取“有形物品”，包括各类记录；第 412 条规定，被司法部长认定威胁国家安全的非公民可以被强制羁押，并定期复查。许多条款被设了“日落”期限，原定 2005 年底到期。法案从提出到签署不到两个月，表决时许多议员来不及读完这部篇幅很长的法律，这一点后来常被提起，众议员科尼尔斯在 2004 年的纪录片《华氏 911》里就说过，议员们大多数法案都不读。

当时在用的学派与框架　美国刑事司法里有一对老框架。法学家帕克在六十年代提出过两种刑事程序模式：一种以控制犯罪为中心，预设效率与结果优先；一种以正当程序为中心，预设个人面对国家需要层层设防（第 52 章）。在更深一层，是报应与预防之争（第 20 章）：报应论看的是已经发生的罪，预防论看的是将来可能发生的危害。九十年代以来，刑法学里还有一种“风险”的讲法：现代社会把刑法当作管控风险的工具，处罚线向前移到危害发生之前。另一边，是从洛克到美国宪法第四修正案的传统（第 13 章）：搜查要有合理根据，要有令状，要告知当事人。再往外，还有关于紧急状态的老问题：施米特把主权者定义为决定例外状态的人（第 30 章）；美国宪法传统则主张，即便在战时，权力也受宪法约束。后一条有一个常被引用的判例：1952 年的扬斯敦钢铁公司案，最高法院否定了杜鲁门总统在朝鲜战争期间未经国会授权接管钢厂的命令；杰克逊大法官的协同意见把总统权力分成三档：有国会授权时最强，国会沉默时居中，与国会意思相反时最弱。

爱国者法的一层意义，在于它把许多措施放进了第一档：这些权力是国会明文给的。另一个相关的老判例是 1944 年的是松案，最高法院当时维持了战时对日裔美国人的强制迁移，此后它长期被当作安全与权利之争中的一个参照。这几条线的主体预设各不相同：预防论与控制犯罪模式预设的是一个可能危险、需要提前识别的人；正当程序模式预设的是一个可能被冤枉、需要层层设防的人。对法的预设也不同：前者把法看成管控风险的工具，后者把法看成限制国家的边界。

预测与实践记录　预防一路的预测是：调查权前移、情报与执法打通之后，能更早发现阴谋。正当程序一路的预测是：扩张的权力会被用于原定目标以外的地方，日落条款会被一次次延长。后来的记录：2006 年 3 月，国会通过重新授权法，把大部分到期条款延长，其中几项作了修改；第 215 条此后多次延期，直到 2013 年政府大规模收集电话通话记录的做法被公开，2015 年国会通过《美国自由法》，对第 215 条作了限制。法院方面，2007 年 9 月，俄勒冈州的一位联邦地区法官在梅菲尔德案中裁定，经爱国者法修改后的外国情报监视法中关于监听与秘密搜查的两条规定违反第四修正案；2010 年 3 月，第九巡回上诉法院以原告依和解协议已不具备起诉资格为由撤销了这一判决，没有触及实体问题。羁押方面的大案，主要发生在爱国者法以外：2004 年最高法院在哈姆迪案与拉苏尔案中裁定，被羁押者有权在法院挑战羁押的根据。两路的预测，在不同的时间段各有记录，但法律的主体没有被法院推翻。还要记下两条线。一条在法院：2004 年纽约的一位联邦地区法官裁定，爱国者法扩大的国家安全信函制度因收信人无从在法院挑战而违宪；国会在 2006 年的重新授权中加了司法审查程序，却保留了保密要求，2007 年又有联邦法院就保密要求作出违宪认定。另一条在解释：第 215 条的调取权，原先针对与具体调查有关的记录，后来被政府解释为可以成批收集电话元数据，这个解释在秘密的外国情报监视法院里得到批准，公众长期不知情；2015 年的修法改成由电话公司保存记录、政府逐案申请调取。预防一路的权力在解释中变宽，正当程序一路的收紧则通过立法回来。日落条款本身也有记录：2005 年底到期前，国会就重新授权争执了几个月：参议院提出的六个月延长被众议院否决，先延了一个

月，2006 年 2 月 1 日众议院又表决延到 3 月 10 日，前后两次短期延长，才在 2006 年 3 月通过重新授权法。

意义中心　中心在幸福：这部法律以安全为第一目标，权衡的是多数人的生命安全与少数人的程序保障。自由退到了日落条款与国会复查这一侧。两种模式的权重，在 2001 年的这一个月里几乎全部倾向了一边；在之后的十五年里，又被一点点往回调。

类型登记：A 加固　理由：爱国者法写进去的，是预防论与控制犯罪模式一路的老做法：把处罚与调查的时间线往前移，把不同机构之间的信息连接打通，在紧急时刻由立法给行政更多权力。这些做法在美国的有组织犯罪与毒品立法中已经走过一段，九一一之后，被当下的安全需要选中，再往前推了一大步。它没有造出原学派推不出的新东西，所以登 A。值得记下的是日落条款：它是正当程序一路在立法当时留下的一个钩子，让这次加固带着到期日。为什么不登 C？正当程序一路在这部法律里只有日落条款，它认领不了法律的主体；它的记录主要在后来的修法与诉讼里。为什么不登 D？九一一这件事没有学派预见，但事件之后写成的法律所用的工具，每一件都有前例。

> 带走的话
>
> 安全需要一来，被选中的是预防论这条老路，它被推得比以往更远。日落条款是另一派在同一部法里留下的到期日。加固可以很快，松开要靠后面一次次的复查。

> **小账**　本节动用：预防论、控制犯罪与正当程序两种模式、日落条款、制度依赖的连接。
> 锁定记录：预防论“提前干预”的起点，被织进情报机构与执法机构之间新的信息连接（连接）。

旁证　同年 12 月，英国通过《2001 年反恐、犯罪与安全法》，其中第四部分允许对被认定为恐怖嫌疑人的外国人无限期羁押（第 96 章的案子由此而来）。

第 94 章

2002　跨国：国际刑事法院成立

当年的意义需要　1998 年 7 月 17 日，罗马外交会议以 120 票赞成、7 票反对、21 票弃权通过了《国际刑事法院罗马规约》。规约要有六十个国家批准才能生效。2002 年 4 月 11 日，十个国家在联合国总部的一次特别仪式上同时交存批准书，批准国总数越过了六十个的门槛，规约于 2002 年 7 月 1 日生效，常设的国际刑事法院在海牙成立。当年的意义需要来自九十年代：前南斯拉夫与卢旺达发生大规模屠杀，联合国安理会为两地分别设立了临时的国际刑事法庭。临时法庭一案一设，事后才建，管不到别处。再往前，联合国国际法委员会曾受托起草国际刑事法院的规约草案，工作时断时续，九十年代才重新加速：1994 年，国际法委员会第四十六届会议通过了国际刑事法院规约草案及评注，以此为基础，最后在罗马的外交会议上谈成。规约生效时，法院只能管辖 2002 年 7 月 1 日以后发生的罪行，此前的暴行仍归临时法庭或国内法院。需要是：对最严重的罪行，让个人负刑事责任，不论他是不是国家元首，也不论罪行发生在哪里。法院管辖四类罪行：灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪与侵略罪（侵略罪的管辖到 2018 年才启动）。第一批十八名法官于 2003 年就职，第一任检察官是阿根廷人莫雷诺-奥坎波。2002 年 5 月 6 日，美国通知联合国秘书长，表示不打算成为规约的缔约国。

当时在用的学派与框架　国际刑事审判有两条学派来源。第一条是自然法与拉德布鲁赫公式那一路（第 12、31 章）：极端不正义的法不是法，奉命行事不能免责，纽伦堡审判（第 58 章）就是在这个起点上定了“个人对国际罪行负责”。第二条是凯尔森那一路（第 29 章）：凯尔森在第二次世界大战期间就主张用法律来维持和平，设立有强制管辖的国际法院，并让个人为违反国际法的行为承担刑事责任。一个从“法之上的正义”出发，一个从“法律体系的层级”出发，结论却都指向常设的国际刑事审判。两派在纽伦堡就已同台过一次。当年对纽伦堡审判最尖锐的质疑，是“法无明文不为罪”：被告行为时，许多罪名在国际法上没有成文规

定。自然法一路的回应是，极端的罪行违反了任何文明社会都承认的法；凯尔森一路则从国际法自身的规则出发，追问追究个人责任的根据。凯尔森本人在 1947 年《国际法季刊》上专文讨论纽伦堡判决能否成为国际法的先例，并不讳言其中的难处：伦敦宪章订立在行为之后，此前的条约只约束国家、没有写明个人的刑事责任，法庭也只由战胜国组成。罗马规约吸取了这个教训，专门写进了罪刑法定与不溯及既往的条款：法院只管规约生效以后的罪行，罪名与构成都以规约为准。另一边，是国家主权的框架，也就是国际法的老传统：刑罚权属于国家，别国与国际机构不应越过国家来审判它的公民。这几条线的主角也不同：自然法一路的主角是被害人与人类良知，凯尔森一路的主角是国际法体系本身，主权一路的主角是国家。规约要同时安顿三个主角，就只能用次序来分配：先由国家来管，管不了再由国际法院来管，而被害人在两种程序里都要有位置。中国、美国、印度等国至今没有成为缔约国，各自的理由不同，本书不作评价。

预测与实践记录　自然法一路的预测是：有了常设法院，最严重罪行的“有罪不罚”会被打破。凯尔森一路的预测是：国际法会因此获得一个强制执行的环节，成为更完整的法律体系。主权一路的预测是：大国不会加入，法院只能管到弱国。罗马规约里写下了一个折中：互补性原则。国际刑事法院只在国家不愿意或不能够自行追诉时才介入，是“最后一道门”，而不是取代国内法院。后来的记录：法院成立后的头十年，受理的情势大多集中在非洲国家；几个大国没有加入；有的缔约国后来退出。法院也作出了有罪判决，并对在任的国家元首发出过逮捕令。法院的第一个有罪判决作出于 2012 年 3 月，对象是刚果民主共和国的一名武装团体领导人卢班加，罪名是招募和使用童兵。缔约国方面，布隆迪的退出于 2017 年生效，菲律宾的退出于 2019 年生效。侵略罪的定义，直到 2010 年的坎帕拉审查会议才谈定。这些记录给三路预测都留了证据，哪一路都没有被完全证实，也没有被完全推翻。美国撤回签署以后，2002 年 8 月签署生效了一部保护美国军人的法律，限制与法院的合作；美国还与许多国家签订双边协议，约定不把对方人员移交给法院。这是主权一路在规约之外留下的记录。规约之内，安理会可以把非缔约国的情势提交法院，2005 年对苏丹达尔富尔情势的提交是第一次。

意义中心　中心在幸福：设立法院的直接目的，是保护大规模暴行中的被害人，阻止下一次暴行。自由在第二位：规约给被告写了完整的公正审判权利，因为一个国际法院同样要受“无罪推定”的约束。规约还让被害人可以参与程序、请求赔偿，并设立了被害人信托基金。

类型登记：C 同台　理由：常设国际刑事法院这件事，自然法一路与凯尔森一路都能认领，而且各自有据：前者提供了“个人不能躲在国家命令后面”的起点，后者提供了“国际法要有强制环节”的设计。两派的起点相反，一个在法之上找正义，一个在法之内找层级，却在同一个法院里会合。主权框架则在互补性原则里被安排进来：国家仍然排在前面，国际法院排在后面。按判词三：被当下认领的过去有两份，加上一份被写成“先后次序”的主权，所以登 C。为什么不登 B？互补性原则看起来是新设计，但它的两端，国家优先与国际补位，分别在主权一路与纽伦堡一路里都有出处；规约造出的是它们的次序，而不是原学派推不出的新起点。

> 带走的话
>
> 国际刑事法院是两个起点相反的学派走到同一处的结果：一个说法之上有正义，一个说法律体系要有强制的一环。互补性原则把国家排在前面、国际法院排在后面。次序本身，就是这个法院最重要的制度设计。

小账　本节动用：自然法、纯粹法学的层级、国家主权、互补性原则、制度依赖的次序。
锁定记录：主权的起点被织进“国家先管、国际后管”的次序；“个人负责”的起点被织进法院的管辖结构（次序、结构）。

旁证　同年美国最高法院在阿特金斯诉弗吉尼亚案中裁定，对智力障碍者执行死刑违反宪法第八修正案。

第 95 章

2003　德国：教师头巾案

当年的意义需要　费蕾希塔·卢丁生于喀布尔，1995 年取得德国国籍。她在巴登-符腾堡州完成教师培训后申请进入公立学校任教，表示要在课堂上戴头巾。从 1998 年起，州教育当局以她坚持戴头巾、不符合公职教师的中立要求为由，拒绝录用她，各级行政法院都支持了州政府。她向联邦宪法法院提起宪法诉愿。卢丁生于 1972 年，父亲曾是工程师，后来在阿富汗政府任职，她少年时随家人来到德国。2003 年 9 月 24 日，联邦宪法法院第二庭以五票对三票作出判决，撤销了联邦行政法院的判决，发回重审。多数意见认为：在当时巴登-符腾堡州的法律里，找不到一条足够明确的规定，要求教师在学校里不得显示宗教归属；没有这样的法律根据，就不能以此为由拒绝录用。多数意见同时表示，州立法者可以在宪法允许的范围内，对教师在学校里的宗教外观作出新的规定。三位法官持反对意见，认为依据公务员法上既有的义务，州政府的拒绝已有根据。当年的意义需要是双重的：一方面，德国社会里穆斯林人口增多，宗教多元的学校需要新的规则；另一方面，公立学校的国家中立，与教师个人的宗教自由，需要一条界线。

当时在用的学派与框架　第一条框架是德国自己的“本质性理论”，也就是议会保留：凡涉及基本权利的重要事项，必须由议会通过法律来决定，不能只靠行政机关自行处理。它的起点来自法教义学与民主原则：在基本权利的重大问题上，主角应当是立法者。这一理论来自七十年代以来的一系列判决，最早多与学校有关：比如学校里的性教育课（1977 年 12 月 21 日的裁定）、学生因成绩不足被强制退学的条件（1981 年 10 月 20 日的裁定），联邦宪法法院都要求由议会以法律来定，不能只靠教育行政的规章。头巾案落在本质性理论上，是这条路回到了它出发的地方。第二条是比例原则与基本权利的衡量（第 49 章）：教师的宗教自由、学生与家长的消极宗教自由、父母的教育权、国家的中立义务，要放在一起衡量。第三条更宽一些，是关于国家与宗教关系的两种起点：法国式的严格政教分离，与德

国式的“开放中立”，后者允许宗教在公共领域有一定的存在。反对意见的思路属于另一种法教义学：公务员与国家之间有一种特殊的关系，教师进入公职，就接受了中立的义务，这项义务不必等议会专门立法，可以从公务员法的一般规定中推出来。它和本质性理论的分歧，说到底是一个次序问题：基本权利的限制，是先有法律再有限制，还是先有公职再有义务。1995 年的十字架裁定（第 86 章）讨论过国家在教室里挂十字架的问题，法院当时认为，巴伐利亚州规定公立学校教室悬挂十字架，侵犯了学生的消极宗教自由。头巾案方向相反：那一次是国家把宗教符号挂上墙，这一次是教师个人把宗教符号戴在身上。同一时期，法国在 2004 年通过法律，禁止公立中小学学生佩戴显眼的宗教标志；德国讨论的是教师，法国规定的是学生，两国的起点不同。

预测与实践记录　本质性理论的预测是：法院会把问题交还给议会，由各州立法来定。实践记录正是这样：判决之后，巴登-符腾堡州于 2004 年率先修改学校法，禁止教师在学校里作出可能危及中立与学校和平的宗教外观表达，此后下萨克森、萨尔、黑森、巴伐利亚在 2004 年，柏林、不来梅在 2005 年，北莱茵-威斯特法伦在 2006 年相继立法，连同巴登-符腾堡共八个州，各州的写法不尽相同。比例原则一路的预测是：泛泛的禁止会在衡量中站不住。十二年后，联邦宪法法院第一庭在 2015 年 1 月 27 日的裁定中认为，对教师戴头巾的一概禁止与宗教自由不相容，只有在出现对学校和平或国家中立的具体危险时，禁止才是正当的。两路的预测前后相继，都有记录。两次判决之间，联邦行政法院在 2004 年依新的州法维持了对卢丁的不录用；各州的规定，有的同时禁止所有宗教的外观表达，有的写明对基督教与西方文化传统的表达作出区分，后一种写法在 2015 年的裁定里被认为违反平等对待：北莱茵-威斯特法伦学校法中优待基督教与西方教育文化价值的那一句，被认定违反基本法禁止因宗教而歧视的规定，归于无效，修女的会服、犹太人的小圆帽与头巾从此要一样对待。多数意见在 2003 年还提到，社会中日益增长的宗教多元，可以成为立法者重新界定学校中宗教表达范围的理由。两次判决出自不同的审判庭，2003 年是第二庭，2015 年是第一庭；德国联邦宪法法院的两个庭分

管不同的事项，这也是同一问题前后两种答案的一个背景。卢丁本人后来在柏林一所国家承认的私立伊斯兰小学任教。

意义中心　中心在自由，而且是两种自由相碰：教师的宗教自由，与学生不受宗教影响的消极自由。第三种自由也在场：家长依自己的信仰教育子女的权利。2003 年的判决没有在这两者之间作出实质的衡量，而是先决定“由谁来衡量”。基本法第四条对宗教自由没有写法律保留，限制它只能出于宪法本身所保护的其他价值，这使“谁来衡量”格外要紧。

类型登记：A 加固　理由：2003 年判决写进去的，是本质性理论的老做法：凡触及基本权利的重大事项，交给议会立法。这一理论在七十年代以来的判例中已经多次使用，这次被用在一个新的社会问题上，沿原路再走了一步。它没有在宗教自由的实质问题上造出新东西，而是加固了“议会在先、行政在后、法院最后审查”的次序。2015 年的裁定是在这个次序已经运转十多年之后作出的，本节只把它记作后来的实践记录，不另登类型。为什么不登 C？三位反对意见法官认领的是另一条路：以公务员法上的既有义务为根据。但这条路在 2003 年没有成为结论，它的记录要等州立法以后才出现，而那是在多数意见划好的次序里出现的。

> 带走的话
>
> 头巾案的多数意见没有回答“能不能戴”，而是回答了“谁来定”。把问题交给议会，是德国法教义学里一条老路的又一次使用。十二年后，同一个问题回到法院，才进到了实质的衡量。

> **小账**　本节动用：本质性理论、议会保留、比例原则、开放中立、制度依赖的次序。
> 锁定记录：本质性理论“重大事项由议会定”的起点，被织进州立法在先、法院审查在后的次序（次序）。

旁证　同年美国最高法院在劳伦斯诉得克萨斯州案中，裁定将成年人之间自愿的同性性行为入罪的州法违宪。

第 96 章

2004　英国：A 诉内政大臣案（贝尔马什案）

当年的意义需要　九一一之后，英国在 2001 年 12 月通过《反恐、犯罪与安全法》。该法第四部分第 23 条规定：内政大臣认定为国际恐怖嫌疑人的外国人，如果因为可能在本国遭受酷刑等原因而无法被驱逐出境，可以不经审判被无限期羁押。为此，英国政府依《欧洲人权公约》第十五条，宣布在“威胁国家生存的公共紧急状态”下，对公约第五条（人身自由）作出克减，并以命令的形式在国内落实。被羁押的人大多关在伦敦的贝尔马什监狱，所以这个案子通称“贝尔马什案”。被羁押者可以向特别移民上诉委员会申诉，但委员会可以依据不向被羁押者本人公开的秘密材料作出判断，由特别律师代表其利益。据人权观察 2004 年 10 月的统计，依这部分法律被认定为国际恐怖嫌疑人的外国人共十七人，其中有两人选择离开英国去了第三国，这也是法律允许的。九名被羁押者提起诉讼。2004 年 12 月 16 日，上议院以九名法官组成的审判庭作出判决：八位法官支持上诉人；其中霍夫曼勋爵的理由与多数不同，他认为当时并不存在威胁国家生存的紧急状态；沃克勋爵持反对意见。多数意见认为，第 23 条只针对外国人，而同样被认为有危险的英国公民不受羁押，这种区别对待既不合比例，也违反公约第十四条关于不歧视的规定。上议院撤销了克减命令，并依人权法第 4 条，宣告第 23 条与公约不相容。当年的意义需要，正是第 93 章那一年的延续：安全。但这一次，需要从立法一侧转到了法院一侧：一部紧急状态下的法律，要接受人权法生效后的一次大考。

当时在用的学派与框架　第一条框架是英国法院长期对行政的尊让。1941 年的利弗西奇诉安德森案中，上议院多数认为，战时内务大臣是否有“合理理由”羁押某人，法院不宜审查，阿特金勋爵当时写下了著名的反对意见。这一路的预设是：国家安全问题上，主角是行政与议会，法院退后。尊让一路的主体预设，是一个掌握情报、对国家安全负责的行政官员；它对法的预设，是在危急时刻退后的框架。人权审查一路的主体预设，是一个可能被错误羁押、需要独立法官审查的个

人；它对法的预设，是在危急时刻更要守住的边界。阿特金勋爵在反对意见里说，即使在战时，法律也不沉默；这层意思在贝尔马什案的判词里被多次提起。还有一个英国判例法上的老框架：法院对行政裁量只审查是否荒谬到任何理性机关都不会这样做，即所谓韦德内斯伯里合理性标准，门槛很高。比例原则是从欧洲大陆经欧洲人权公约传进来的，要逐步问：目的是否正当、手段是否相关、有没有更轻的手段、得失是否相称。贝尔马什案的关键，在于两套标准换了一套。第二条框架是1998 年人权法所开的路（第 90 章）：法院要对照公约审查立法，用比例原则来衡量（第 49 章）。第三条是戴雪的议会主权：即便法院宣告不相容，法律在议会修改之前仍然有效。

预测与实践记录　尊让一路的预测是：法院会承认政府对紧急状态的判断，维持羁押。人权审查一路的预测是：法院会对措施作比例审查，不再一概尊让。判决的多数意见，在“是否存在紧急状态”这一点上，大体尊重了政府的判断；但在“措施是否合比例、是否歧视”上，作了实质审查并判政府败诉。多数意见的推理并不复杂：如果恐怖威胁同样可能来自英国公民，而对英国公民不羁押也能应付，那么只羁押外国人，就既不能说是必要的，也不能说是针对威胁本身；它针对的是国籍。宾汉姆勋爵在主判词中把这一层讲得最详细。这是两路各拿了一半。议会主权一路的预测也得到了记录：判决之后，被羁押者并没有因判决立即获释，因为宣告不相容不使法律失效；直到 2005 年 3 月，议会通过《2005 年预防恐怖主义法》，以适用于任何国籍的“控制令”取代了第四部分的无限期羁押。判决之后，政府面对的问题是怎样回应：继续羁押、等议会改法，还是放人。政府选择了前一条，同时提出新法案，这个做法本身就在人权法第 4 条的设计之内。2009 年，欧洲人权法院大审判庭在同一批申请人的案件中，也作出了对他们有利的判决。控制令此后也多次被诉，2011 年又被另一套措施取代，这是下一编的旁线，本节不展开。

意义中心　中心在自由：案子的核心是人身自由，以及不因国籍而受区别对待的平等。幸福以国家安全的形式在场，但判决把它放在了“措施要合比例”的门槛

之后。判决里的平等不是抽象的：同样的危险，不能因为一个人有英国护照、另一个人没有，就作区别对待。

类型登记：C 同台　理由：这个判决至少有两个学派可以同时认领，而且都有记录。人权审查一路认领撤销克减令与不相容宣告，这是 1998 年人权法所开之路的第一次重大使用。议会主权一路认领判决之后的事：法律没有因为判决而失效，改变它的是议会三个月后的新立法。尊让一路也没有退出：在紧急状态是否存在这一点上，九位法官里只有一位不认同政府。三路各有记录，所以登 C 而不是 A。如果只看人权审查一路，可以说这是沿 1998 年之路走了第一步；但只看它，就解释不了被羁押者为什么在胜诉以后仍然留在监狱里，这一点要由议会主权一路来解释。按判词三：被当下认领的过去有三份，一份写进判决，一份写进判决之后的程序，一份写进判决对行政判断的部分保留。

> 带走的话
>
> 贝尔马什案里，法院对“有没有紧急状态”大体退后，对“措施合不合比例”往前一步。判决宣告了不相容，改变法律的仍是议会。同一个判决里，三个学派各占了一个位置。

> **小账**　本节动用：司法尊让、比例原则、不歧视、不相容宣告、议会主权、制度依赖的连接与次序。
>
> 锁定记录：人权审查的起点被织进法院对立法发声的连接；议会主权的起点被织进“改法仍由议会”的次序（连接、次序）。

旁证　同年美国最高法院在哈姆迪诉拉姆斯菲尔德案与拉苏尔诉布什案中，裁定被羁押者有权在美国法院挑战羁押的根据。

第 97 章

2005　日本：在外国民选举权判决

当年的意义需要　长期以来，住在国外的日本国民无法在国政选举中投票。1998 年修改公职选举法，设立了在外投票制度，但附则规定，暂时只限于众参两院的比例代表选举，小选区与选举区的选举仍然不能投。政府的理由主要是：选举期间短，难以把候选人的信息及时送到海外选民手里。早在 1984 年 4 月 27 日，内阁曾向国会提出过设立两院在外投票制度的法案，此后几届会期都没有实质审议，1986 年 6 月 2 日众议院解散，法案随之成为废案。从提出到 1998 年真正设立，中间隔了十几年。一批居住在国外的日本国民，以及 1996 年众议院选举时在国外、后来回国的人，起诉国家，要求确认这些规定违法，确认自己在下一次选举中有权投票，并要求国家赔偿。2005 年 9 月 14 日，最高法院大法庭作出判决（大法庭由十五名法官全体组成，作出违宪判断或变更判例都要由它来作）：1996 年选举时完全不允许在外国民投票的公职选举法，违反宪法；把在外投票限于比例代表的附则规定，最迟在本判决后第一次众议院总选举或参议院通常选举时，也违反宪法；原告在下一次选区选举中有投票资格的确认之诉合法，并予确认；国会长期不立法，例外地构成国家赔偿法上的违法，国家应向每位原告赔偿五千日元的精神损害。十五位法官中，横尾和子、上田丰三两位法官在合宪问题等主要论点上持反对意见；泉德治法官只在国家赔偿一点上持反对意见，认为不能投票的痛苦不适合用金钱来赔偿。当年的意义需要是：越来越多的日本人在海外工作与生活，他们的选举权要从纸面落到投票箱。

当时在用的学派与框架　第一条框架是日本最高法院长期的司法消极（第 55 章）：法院尊重国会的立法裁量，很少宣告法律违宪，战后半个多世纪里，法令违宪的判决屈指可数。日本宪法第八十一条规定，最高法院是决定一切法律、命令、规则或处分是否合宪的终审法院，审查权写在宪法里；但用不用、怎样用，是另一回事。日本的法官多数从司法研修所毕业即进入法院，在法院内部晋升，学者常从

这种职业结构来解释司法消极。司法消极一路的主体预设，是一位尊重民选机关、自觉不越位的法官；它对法的预设，是由国会主导、法院只在极端时介入的秩序。权利审查一路的主体预设，是一个可能被多数遗忘的选民，比如住在海外、没有议员替他说话的人；它对法的预设，是一套保障参与的程序。在“立法不作为”能否请求国家赔偿的问题上，1985 年 11 月 21 日最高法院第一小法庭在“在宅投票制度废止事件”中定下了一个很高的门槛：只有在国会的立法行为违反宪法的一义性文言、这种难以想象的例外情形下，才构成违法。第二条框架是权利论与违宪审查（第 35、50 章）：选举权是民主的根基，限制它需要有不得已的理由，法院应当严格审查。第三条是美国式的“代表强化”理论：法院在一般问题上尊重议会，但在议会自己的选举规则上要格外警惕，因为这是议会无法自我纠正的地方。

预测与实践记录　司法消极一路的预测是：法院会承认国会的立法裁量与技术困难，维持附则；即使有问题，也不会给赔偿。权利审查一路的预测是：选举权的限制必须有不得已的理由，技术困难不能无限期地成为理由。判决的多数意见采用了严格审查：限制国民的选举权，除非没有这种限制就几乎不可能公正地进行选举，否则不被允许。它同时实际放宽了 1985 年判决的门槛：当立法明显侵害宪法保障的权利、而国会在很长时间里无正当理由不作为时，可以构成国家赔偿法上的违法。判决自己说，这个判断与 1985 年判决的意思并不相悖；但从结果看，那道原本几乎无法跨过的门槛，在最高法院这一级第一次被跨过了。后来的记录：2006 年国会修改公职选举法，从 2007 年 6 月以后的选举起，在外国民也可以在众议院小选区与参议院选举区的选举中投票。判决作出后，议会照着改了。这和英国人权法下的不相容宣告不同：日本的判决本身就确认了原告在下一次选举中的投票资格（判决认定这是公法上法律关系的确认之诉，合法），判决与修法之间不到一年。判决还在另一处留下了影响：在外国民能否参加最高法院法官国民审查的问题，后来也沿同一思路被提出，并在 2022 年由最高法院大法庭作出违宪判断。

意义中心　中心在自由，更准确地说是政治参与的自由：一个国民不能因为住在海外而失去选择代表的权利。五千日元的赔偿数额很小，它的分量在于承认“国

会不作为也可以违法”。判决还说，选举权一旦在某次选举中没能行使，事后无法以其他方式弥补，这是它把确认之诉与国家赔偿放在一起使用的理由。

类型登记：B 改写　理由：从日本最高法院自己的传统出发，推不出这个判决。司法消极的起点推出的是尊重立法裁量；1985 年的判例推出的是立法不作为几乎不可能违法。判决写进去的，是一个原框架里没有的东西：法院确认原告在下一次选举中的投票资格，并且判国家为立法的长期不作为赔偿。权利审查的思想来自海外与学说，但把它写成“确认之诉加国家赔偿”的组合，是日本法院在自己的诉讼框架里造出的新连接。所以登 B。按判词三：被当下认领的过去，是外来的权利审查学说；写成的制度，是本国判例结构里的一处改写。为什么不登 A？若从海外权利审查一路看，这是它的一次输入；但输入日本以后，被改写的是日本自己的 1985 年判例（判决在形式上说与它不相悖，实际上跨过了它的门槛），这一步发生在日本判例结构内部。为什么不登 C？两位反对意见法官认领的是司法消极一路，但它在结论上没有记录，在后来的修法上也没有记录。

> 带走的话
>
> 五千日元的赔偿，换来的是一个先例：国会长期不立法，也可以违法。日本最高法院在这一案里改写了自己二十年前定下的门槛。判决之后，议会照着改了选举法，从判到服只隔了一年。

> **小账**　本节动用：司法消极、立法裁量、立法不作为、确认之诉、严格审查、制度依赖的连接。
>
> 锁定记录：司法消极的起点在选举权问题上被松开；权利审查的起点被织进“法院可以要求国会立法”的新连接（连接）。

旁证　同年美国最高法院在罗珀诉西蒙斯案中，裁定对犯罪时未满十八岁的人判处死刑违反宪法。

第 98 章

2006　德国：航空安全法判决

当年的意义需要　2003 年 1 月 5 日，一名持枪男子劫持了一架小型运动飞机，在法兰克福上空盘旋，威胁要撞向欧洲中央银行大楼；警方与空军战机升空，市中心紧急疏散。约半个小时后查明，他是一个精神混乱的单独行动者，最后在机场降落、未作抵抗就投降。这件事，加上两年前美国的九一一，使德国议会决定为“被劫持的客机”立法。2005 年 1 月 11 日签署、同月 15 日生效的《航空安全法》第 14 条第 3 款规定：当可以认定一架航空器将被用来危害人的生命，而直接动用武力是抵御这一危险的唯一手段时，国防部长可以下令以武力对其进行干预，包括击落。六位因私因公经常乘坐民航客机的公民提起宪法诉愿，其中五人由前联邦议院副议长赫尔施代理。2006 年 2 月 15 日，联邦宪法法院第一庭作出判决：第 14 条第 3 款无效。理由有两层：一是联邦在这里没有立法权限，基本法关于军队在国内救灾与应对事故的规定，不允许军队使用特有的军事武器；二是只要飞机上有与劫持无关的乘客与机组人员，击落飞机就侵犯了基本法第二条第二款的生命权，并与第一条第一款的人的尊严不相容。法律在联邦议院审议时就有争议，当时的联邦总统克勒对它与生命权是否相容有相当的疑虑，仍签署了法律，同时建议由联邦宪法法院审查其合宪性。当年的意义需要是一道最难的题：为了救地面上更多的人，国家能不能杀死飞机上无辜的人。

当时在用的学派与框架　第一条是康德的法权论与尊严论（第 14 章）：人永远不能只被当作手段。德国宪法学把它发展成所谓“客体公式”：当国家把一个人当作纯粹的客体来处置时，就侵犯了人的尊严。这个公式通常追溯到宪法学者迪里希在五十年代的基本法注释。基本法第一条第一款规定人的尊严不可侵犯，它在德国宪法里被看作不能与其他利益作衡量的最高原则。第二条是功利计算（第 17 章）：从边沁一路下来，比较的是总的后果，牺牲少数以救多数，在这个起点上可以成立。第三条是紧急状态与国家自保的框架（第 30 章）：例外时刻由行政决

断。德国自己的传统里，还有对军队在国内使用的严格限制，这是战后宪法与1968 年紧急状态立法留下的结构。还有一条来自刑法学的老讨论：二战期间，有德国医生在纳粹安乐死计划中为了救下多数病人而交出少数病人，据刑法学界通常的讲法，战后法院在这类案件里倾向于不以“救多数”为由认定行为合法，而是在罪责层面考虑免责。这条线与宪法上的尊严论彼此呼应：可以宽宥行为人，但不能事先授权。尊严一路的主体预设，是飞机上的任何一个乘客：他的尊严不因处境危险而丧失；它对法的预设，是有些事国家无论如何不能做。功利一路的主体预设，是一个可以被加总的生命；它对法的预设，是国家应当使损失最小。

预测与实践记录　功利一路的预测是：法院会在生命与生命之间作衡量，承认在极端情况下的击落授权。尊严一路的预测是：法院会认定，国家不能通过法律事先授权杀死无辜者，因为那是把乘客当作拯救他人的手段。判决几乎完全落在后一路上。判决的理由大意是：飞机上的乘客处在一种他们无法改变的处境里，国家若为了救别人而杀死他们，就是把他们当作国家救援行动的单纯客体；这种做法即使出于保护别人生命的目的，也不能由法律来授权。法院还否定了一种论证：乘客反正必死，击落只是让死亡提前。法院认为，这种说法同样把乘客剩下的生命当作可以计算的余量。判决同时没有否定击落只载有劫机者的飞机的可能性，也没有就个人在紧急情况下的刑事责任作出结论。这个空白在刑法学界引起另一个讨论：如果法律不能授权击落，一个在危急关头自行下令击落的人，事后是否要承担刑事责任？这个问题后来被写成戏剧：德国作家席拉赫的剧本《恐怖》2015 年 10 月在柏林德意志剧院与法兰克福剧院同时首演，让观众投票决定一名击落客机的飞行员是否有罪。后来的记录：第 14 条第 3 款此后没有恢复；关于军队在国内使用的问题，联邦宪法法院全体庭在 2012 年另作了裁定（当年 8 月公布）：在灾难性的极端例外情形下，经联邦政府集体决定，军队可以作为最后手段使用特有的军事手段，这放宽了 2006 年判决里关于权限的一部分；但击落载有无辜者的客机仍然不被允许，2006 年判决中关于尊严与生命的部分没有改动。

意义中心　中心在自由，更深一层是尊严：它在德国宪法里比任何一种意义权重都更靠前，不进入权衡。幸福，也就是地面上更多人的生命，在判决里被承认为

国家的保护义务，但不能以杀死无辜者的方式来履行。判决还区分了两种情形：飞机上只有劫机者时，击落针对的是发动攻击的人，尊严问题不同；有无辜者在机上时，才落入不可授权的范围。

类型登记：A 加固　理由：判决写进去的，是康德尊严论在德国宪法里的老路：人的尊严不作衡量，人不能被当作手段。这条路在战后德国宪法学里早已铺好，客体公式也已在多个判例中使用过。航空安全法的案子，是这条路遇到的最极端的一题，而法院沿原路走了下去，没有为功利计算打开例外。所以这是一次加固，而且是很硬的一次：它把尊严在价值次序中的最高位置，又往下钉了一层。按判词三：被当下认领的过去，是两百多年前的康德，与六十年前写进基本法的第一条。为什么不登 C？功利一路在议会立法里留下了记录，但法院的判决把它整个否定了，它在判决里没有份。为什么不登 B？尊严不作衡量、客体公式，都不是这一判决首创，判决只是把它们用在了一个前所未有的场景上。

> 带走的话
>
> 国家能不能为救多数人而杀死少数无辜者？德国宪法法院的回答是：法律不能事先授权这样做。这是康德那句“人不能只被当作手段”在德国宪法里最硬的一次落地。尊严在这里不进入衡量，它站在所有衡量之前。

> **小账**　本节动用：人的尊严、客体公式、功利计算、紧急状态、联邦权限、制度依赖的次序。
>
> 锁定记录：康德尊严论的起点被织进德国宪法价值次序的最高一层，不进入衡量（次序）。

旁证　同年美国最高法院在哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案中，裁定当时设立的军事委员会审判程序缺乏法律授权，国会随后通过了《2006 年军事委员会法》。

第 99 章

本编小结（1997—2006）

这是本书的读法。

先数一数。按各节“类型登记”逐节数（这是本书的读法，下同），本编十节里，A 加固四节：2000 年法国的加强无罪推定法、2001 年美国的爱国者法、2003 年德国的头巾案、2006 年德国的航空安全法判决。B 改写两节：1998 年英国的人权法、2005 年日本的在外国民选举权判决。C 同台四节：1997 年中国的刑法修订、1999 年日本的司法制度改革审议会、2002 年的国际刑事法院、2004 年英国的贝尔马什案。D 无学派预见零节。

D 是零，需要说一句。这十年里不是没有出乎意料的事：九一一本身就没有哪个法学学派事前预测到。但本书登记的是法律与判决，而不是触发它们的事件。九一一之后写成的法律与判决，回头去找，都能找到被选中的学派做法：预防论、本质性理论、尊严论、比例原则。这正是判词三说的“被当下认领的过去”。若有读者认为某一节其实是 D，按可错条款三，可以把它找出来，逐一来驳。

再看意义中心怎样移动。按各节“意义中心”一段所写的中心逐节数，十节里没有一节写作并列，以自由为中心的有七节：中国的罪刑法定、英国的人权法、法国的无罪推定、德国的头巾案、英国的贝尔马什案、日本的选举权判决、德国的航空安全法判决。以幸福为中心的有三节：日本的司法改革（让普通人用得上法院）、美国的爱国者法（安全）、国际刑事法院（保护大规模暴行的被害人）。创造只在日本司法改革那一节里以第二位出现。

移动的轨迹有一个清楚的拐点，在 2001 年。九一一以前，四节里有三节以自由为中心，而且是同一个方向：把个人与国家之间的程序设防写进法律，中国写罪刑法定，英国把公约带回家，法国把羁押从查案者手里分出来。九一一以后，美国的立法把幸福，也就是安全，推到中心；英国在同年也立了羁押外国嫌疑人的法。接下来的五年，回应这股推力的，大多是法院：英国上议院在贝尔马什案里对羁押

作比例审查，德国宪法法院在航空安全法判决里不让尊严进入衡量。立法把安全往前推，法院把自由往回拉，这是本编最显著的一组往返。

制度依赖落在哪里，也可以数一数。本编十节的锁定记录里，“次序”出现得最多：入罪与出罪的先后（中国）、羁押与调查的分离（法国）、国家与国际法院的先后（国际刑事法院）、议会与法院的先后（德国头巾案、英国贝尔马什案）、尊严在价值次序中的位置（德国航空安全法）。“连接”次之：英国人权法造出的法院与议会之间的往返，美国爱国者法打通的情报与执法之间的连接，日本选举权判决中法院对国会的新要求。“结构”只在日本司法改革与国际刑事法院两节里出现。这一点和上编第 47、48 章的判断相呼应：遵循先例与法教义学，最常织进的是次序。

两个 B 都和“法院与议会的关系”有关。英国造出了一个不废止法律的宣告，日本让法院可以判国会为长期不立法赔偿。两国的出发点相反：英国原本是议会说了算，日本原本是法院不愿多说；改写之后，两国的法院与议会之间，都多了一条原来没有的线。英国的线，在 2004 年贝尔马什案里承受了它最重的一次分量；日本的线，在判决之后一年就换来了选举法的修改。这两处，都是本书第 63 章所说的从“判”到“服”的一段可见的路程。

最后一点留给下一编。按各节事件本身的形式数（法院判决或裁定算判决；议会或立法机关通过的法律、法令算立法；宪法解释、内阁决议、指导性意见算释法；这是本书的读法）：判决四节（2003 年德国头巾案、2004 年英国贝尔马什案、2005 年日本选举权判决、2006 年德国航空安全法判决）；立法六节（中国刑法修订、英国人权法、日本以设置法设立审议会、法国吉古法、美国爱国者法，以及国际刑事法院，后者是条约经各国批准生效，本书按立法计）；释法零节。判决集中在本编的后半，这与上面说的“九一一以后由法院回拉”正好对得上。中国这一节仍是立法，与上两编一样。这个差异本书不抹平，留到下编结语去数。

第 十 七 编

2007—2016：程序进门，权利入典

编　序

这一编的十节，有立法，有修宪，有判决，也有一次内阁对宪法条文的重新解释。它们散在六个国家，却有一条共同的线：越来越多的事，不再只问“规则是什么”，而问“规则是怎样定出来、由谁先说、谁能把它带到法院去”。程序进了门，权利进了法典。下面照节模板逐一登记，类型与意义中心的判读，都是本书的读法。

本编各章：

- 第 100 章　2007　中国：物权法
- 第 101 章　2008　法国：修宪引入“违宪先决问题”
- 第 102 章　2009　日本：裁判员制度施行
- 第 103 章　2010　德国：最低生活保障判决（“哈茨 IV”）
- 第 104 章　2011　法国：警察拘留改革——律师进入讯问室
- 第 105 章　2012　美国：平价医疗法案案
- 第 106 章　2013　英国：同性婚姻法
- 第 107 章　2014　日本：集体自卫权的内阁决议与宪法解释
- 第 108 章　2015　美国：奥贝格费尔案
- 第 109 章　2016　法国：民法典债法改革

· 第 110 章　本编小结（2007—2016）

本编十节，从 2007 年到 2016 年，第 100—109 章，第 110 章是本编小结。每节按同一个顺序走：当年的意义需要，当时在用的学派与框架，预测与实践记录，意义中心，类型登记，最后是带走的话、小账与旁证。

按下编结语的总账，本编登 A 加固五节、B 改写二节、C 同台三节。

第 100 章

2007　中国：物权法

当年的意义需要　改革开放走到第三十个年头，城里人有了商品房，农民有了承包地，私营企业主有了厂房和设备，国有企业改制又把大量资产搬来搬去。东西多了，归属却说不清：1986年的民法通则只用“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”这一类说法，没有一部法律把“东西归谁、怎样过户、被别人拿走怎么办”成套写下来。城市拆迁、小区车位与会所归属、一房二卖，纠纷一年比一年多。2004年修宪写进了公民合法私有财产不受侵犯，宪法给了原则，民事法律还缺一张能照着用的图。当年的需要，是让普通人的房子、地和存货在法律上有一个看得见、查得到、能对抗别人的身份。2007年3月16日，十届全国人大五次会议以2799票赞成、52票反对、37票弃权通过物权法，同年10月1日施行，共五编十九章二百四十七条。

当时在用的学派与框架　至少有四股力量在场。第一股是从德国潘德克顿学派一路继受来的概念体系：物权与债权二分，物权种类由法律规定、当事人不能随意创设（物权法定），物权变动要公示，公示带来公信。这套概念清末修律时进来，经民国民法物权编定型，改革开放后又由民法学者重新捡起。第二股是苏联民法与马克思主义法学的传统：所有制决定所有权，国家所有权享有特殊保护。第三股是法经济学的产权学说：产权界定得清楚，交易成本就低，资源才会流到用得最好的人手里。第四股是中国自己的立法传统：先有政策、再试点、再立法，法律条文要与宪法规定的基本经济制度一字一句对得上。学界内部还有一场技术之争：要不要采纳德国的“物权行为无因性”，即把买卖合同和过户行为彻底切开，合同无效也不影响过户。主张采纳的学者认为，这样交易最安全，买方不必担心前手合同的毛病；反对的学者认为，这套构造过于抽象，普通人卖一套房子，很难理解自己其实做了两次法律行为，而且善意取得制度已经足以保护买方。这场争论很能说明潘德克顿体系在中国的位置：概念大家都用，用到多深，各家意见不一。四股力量各有

自己预设的主角：潘德克顿一派的主角是立法者手中的概念体系，所有制一派的主角是国家，产权一派的主角是做交易的人，本国传统的主角则是一步步试点的立法机关。

预测与实践记录　草案在全国人大常委会经过了七次审议，连同大会审议，前后共八审，这在当时的立法里极为少见；2005年7月，草案在第三次审议之后向社会全文公布征求意见。同年8月12日，北京大学法学教授巩献田以公开信的方式提出草案在“平等保护”上与宪法和社会主义基本原则相抵触，有人认为，这场争论是草案推迟提交大会表决的因素之一。按马克思主义法学的预测，平等保护会削弱公有制的地位；按潘德克顿体系的预测，没有平等保护，物权法就不成其为物权法；按产权学派的预测，归属清晰之后交易会更活跃。最后的文本两边都写了：第三条重申基本经济制度，第四条规定国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护。在技术之争上，物权法没有采纳无因性，而是在第十五条规定合同效力与物权变动分开处理：没有办登记，合同照样有效，只是物权还没有转移。这个“区分原则”是一条中间路线。此外，善意取得、业主的建筑物区分所有权、住宅建设用地使用权期满自动续期、征收须依法补偿，都第一次成套写进法律。小区里规划用于停车的车位与车库，法律写明应当首先满足业主的需要；征收集体土地与单位、个人的房屋，法律写明要依法给予补偿，保障被征收人的居住条件。十三年后，2020年通过的民法典把物权法整体吸收为物权编，2021年1月1日起物权法废止，主体框架基本保留。从实践记录看，物权法定、登记公示、区分原则这几根柱子立住了；关于平等保护的争论，没有再把条文推回去。

意义中心　幸福在中心。物权法要回答的是普通人“住得安、守得住”的问题：房子是谁的，车位是谁的，地到期了怎么办。创造在第二位：归属清楚，才敢投资、敢交易。自由在这里是以“我的东西我做主”的形态出现的，但它被放在基本经济制度的框架之内来写。这个权重从条文的分布也看得出来：关于业主共有部分、小区车位、相邻关系的条文写得很细，是冲着每家每户日常会碰到的事去的；关于交易安全的条文，是冲着市场去的；关于所有制的条文放在前面，是冲着整个国家的经济结构去的。

类型登记：C同台　这部法律不是一个学派单独交卷。潘德克顿的概念体系可以认领它：物权与债权的分界、物权法定、公示公信，全是那套体系的骨架。马克思主义法学的所有制理论也可以认领它：第三条和关于国家所有权的大段条文，是那条传统的直接延续。法经济学可以认领登记制度与归属规则的部分。三方各有可指认的条文、各有立法过程中的记录。要说“A加固”，就得指出哪一派独自沿原路再走了一步，可是这部法律恰恰是把几条原路缝在一起；要说“B改写”，又找不出一样东西是所有学派都推不出来的。区分原则看起来像新东西，其实是德国式区分与中国债权形式主义主张之间的折中，前后两派的学者事前都讨论过。所以登C。值得记一笔的是：同台不等于平分，概念骨架是潘德克顿的，而法律的总则排序是本国传统定的，次序上谁在前，本身就是一处制度依赖。从此以后，中国法官处理一房二卖、借名买房、小区车位之争，先问的是“登记了没有”“物权是否已经变动”，这正是潘德克顿体系把自己的起点织进裁判次序的方式；而当案件涉及集体土地与国有资产，裁判又要回到总则里那几条关于所有制的规定。一部法律里同时存在两种起手，这是C类在制度上的显露。

> 带走的话
>
> 一部物权法，是几条老路缝成的一条新路。缝线最密的地方，往往就是当年争得最凶的地方。

> **小账**　本节动用：同台、制度依赖（结构）、意义中心（幸福）。
> 锁定记录：潘德克顿的物权与债权二分，被织进中国民事法律的结构，此后民法典物权编照着它搭。

旁证　同年12月13日，欧盟成员国签署里斯本条约，欧盟基本权利宪章由此取得与条约同等的法律效力（2009年生效）。

第 101 章

2008　法国：修宪引入“违宪先决问题”

当年的意义需要　1958年宪法设立宪法委员会，但它只能在法律公布之前审查，而且只有总统、总理、两院议长可以提请，1974年后才扩大到六十名国会议员。法律一旦公布，就再也没有人能以违宪为由把它拿到宪法委员会。普通公民在法庭上能用的，反而是欧洲人权公约：普通法院自上世纪七十年代起愿意审查法律是否符合国际条约，行政法院在1989年也跟进了。结果出现一个怪现象：一个法国人想说某条法律侵犯了他的权利，引用欧洲的公约比引用本国宪法更管用。1990年和1993年都有过让公民在诉讼中提出违宪问题的修宪方案，都没有走到底：前一次由密特朗总统宣布推动，议会辩论中两院没能达成一致；后一次由宪法学者韦德尔主持的修宪咨询委员会再次提出，也没有成为宪法条文。当年的需要，是把宪法交还到诉讼当事人手里。2007年总统设立一个研究机构改革的委员会，由前总理巴拉迪尔主持，报告里把这一项列为重点。

当时在用的学派与框架　法国自己的传统是“法律中心主义”：法律是公意的表达，议会通过的法律不应被法官推翻。这一传统可以追到卢梭，在制度上又与注释法学派的信条相互支撑：法就在法典里，法官的任务是适用，不是评判。1789年的人权宣言本身就写着，法律是公意的表达。大革命之后，法国人对旧制度下各地高等法院阻挠王令的记忆很深，对“法官干政”一直保持警惕；二十世纪二十年代，法国比较法学者朗贝尔写了一本讨论美国司法审查的书，书名就叫《法官政府》，这个说法后来在法国成了批评违宪审查的常用语。这条传统预设的主角是议会里的立法者，法官只是它的执行者，宪法委员会在很长时间里也被理解为看住议会不越出权限的机关，而不是保护个人权利的法院。另一条路是凯尔森的纯粹法学：规范是一座金字塔，下位规范的效力来自上位规范，所以要有一个专门机关来看守金字塔的顶层，这就是1920年奥地利宪法法院的设计。1971年，宪法委员会在结社自由一案中把宪法序言以及它所援引的1789年人权宣言当作审查依据，等于

把一整套权利放进了金字塔的顶层。到2008年，凯尔森式的集中审查在法国已经有了机关、有了依据，只缺一扇面向公民的门。

预测与实践记录　法律中心主义一派预测，事后审查会让法官高于议会，打破公意的地位；凯尔森一派预测，集中审查扩展到已生效的法律，金字塔才算完整。2008年7月21日，议会两院联席会议以539票赞成、357票反对通过修宪，所需的五分之三多数恰好是538票，多出一票。7月23日公布的宪法性法律，新增第六十一条之一：在任何诉讼中，当事人可以主张某条法律规定侵犯了宪法保障的权利与自由，由最高行政法院或最高法院决定是否移送宪法委员会。2009年12月的组织法补上了细则：问题要与案件相关，此前未被宣布合宪，且不是毫无根据；两个最高法院各有三个月决定是否移送，宪法委员会再有三个月作出裁决。2010年3月1日起施行。“先决”二字的意思是：同时主张违宪与违反条约时，法官要先处理违宪的问题。宪法性法律、批准条约的法律与公投通过的法律不在审查之列，问题也只能由当事人提出，法官不能主动提出。宪法第六十二条同时作了修改：被宣布违宪的规定自裁决公布之日或裁决确定的日期起废止，宪法委员会可以决定废止前已经产生的效果是否、在什么条件下可以被追究。这一条看起来很技术，后来却非常要紧：它让宪法委员会可以把失效的日子往后推，给议会留出修法的时间，这正是第104章里警察拘留规定被宣布违宪后，仍然多用了将近一年的原因。施行后不久，最高法院就把这种“优先”与欧盟法的关系提交欧盟法院，欧盟法院2010年6月22日在梅尔基案中的答复是：这一程序可以存在，但不得妨碍法官随时搁置与欧盟法相抵触的本国法律，法国随后照此调整了理解。第一件裁决在2010年5月28日作出，涉及前殖民地士兵的养老金被冻结在独立时的水平。此后每年这类裁决大约七十多件，占宪法委员会裁决的大部分，2022年第一千件问世。此后几年里，违宪先决问题成了宪法委员会工作量的主体，第104章要写的警察拘留改革，正是从这扇门里进来的。

意义中心　自由在中心。改革的口号是让公民可以在自己的案子里援引宪法保障的权利与自由，审查的对象是已经在执行、已经压在某个人身上的法律。这和事前审查的意义不同：事前审查保护的是宪法的完整，提请的人是政治机关；事后审

查保护的是一个具体的人，提出问题的是案件当事人。幸福与创造在这次修宪里不在前台，修宪的同一部法律虽然还动了议会议程、总统任期等许多条款，但人们日后记住的，主要就是这一扇门。

类型登记：A 加固　这是凯尔森路线沿原路再走了一步：先有专门机关，再有权利清单，现在又有了具体案件中的入口。法律中心主义并没有消失，它以“过滤”的形式留了下来：公民不能直接找宪法委员会，要先过两个最高法院这一关，而且只有当事人在已经进行的诉讼中才能提出。也就是说，新增的这一步严格按照原有的次序搭建：最高法院先审、宪法委员会后审，事前审查照旧保留。没有出现原学派预设推不出的新东西，所以不登 B。也不登 C，因为法律中心主义一方的预测是“不该有这扇门”，它在这件事上没有可认领的记录，只有一处被保留的阻力。这一步也说明制度依赖怎样工作：凯尔森的预设早在1958年就以宪法委员会的形式进了法国的制度，1971年又进了权利清单，此后每一次扩展都只是在原有的次序上再加一层，从来没有回头重新讨论“该不该有违宪审查”。起点一旦写进制度，后来的改革就只问怎样往前接，不再问从哪里开始。修宪辩论的焦点是门槛高低与过滤的严宽，而不是要不要宪法委员会本身。

> 带走的话
>
> 一扇门的位置，决定了谁先说话。法国把门开在诉讼里，又在门前安了两道筛子：新路是凯尔森的，门槛是本国传统的。

> **小账**　本节动用：加固、制度依赖（次序）、意义中心（自由）。
> 锁定记录：凯尔森的规范金字塔，被织进法国司法的次序（普通法院在前、宪法委员会在后、事前审查并存）。

旁证　同年6月26日，美国最高法院在哥伦比亚特区诉赫勒案中，以五比四认定宪法第二修正案保护个人持有枪支的权利。

第 102 章

2009　日本：裁判员制度施行

当年的意义需要　日本战后的刑事审判以职业法官审理为主，起诉后的定罪率长期在百分之九十九以上，审判高度依赖侦查阶段做成的书面笔录，被人称作“笔录审判”。法官专业、审理精细，但普通国民离法庭很远，对“法官怎样判”既不熟悉，也谈不上参与。1999年设立的司法制度改革审议会（第91章写的是“为什么要改”），2001年提交意见书，把“国民的参与”列为改革的三根支柱之一。2004年5月21日，关于裁判员参加刑事审判的法律通过，留出五年准备期，2009年5月21日施行。法律第一条写明的目的，是增进国民对司法的理解，提高对司法的信赖。当年的需要，是让司法的正当性不只来自专业，也来自国民在场。同一场改革里还有别的部分：扩大法律职业人数、设立法科大学院、扩大被告人在侦查阶段获得国家指派律师的范围。国民参与是其中最直接面对普通人的一项，因为它意味着任何一个有选举权的人，都可能在某一天接到通知，去法院坐上几天，对另一个人的有罪无罪与刑罚作出判断。

当时在用的学派与框架　日本法学的主体是从德国继受的大陆法传统：法官是受过长期训练的职业群体，事实认定讲究精细，判决讲究体系一致。另一条传统来自英美普通法的陪审制：由普通人组成的陪审团独立认定有罪无罪，背后的预设是事实问题人人能判，而国家的刑罚权要经过同胞的同意。日本其实有过陪审：1923年制定陪审法，1928年10月施行，1943年4月以一部专门的法律停止施行；法律用的是“停止”而不是“废止”，此后也没有恢复。第三条是德国式的参审：普通人与职业法官同坐一席，共同评议。日本自己的法学传统本来就是层层叠加的：明治时期先学法国、后学德国，战后1948年的刑事诉讼法又在美国影响下加入了当事人主义的成分，起诉状一本主义、交叉询问都来自那时。可是在实际运作中，审判仍高度依赖检察官提交的笔录，法官在办公室里读卷宗的时间，往往比在法庭上听证人说话的时间长。这就是改革面对的局面：纸面上有当事人主义，运作上是职业法

官的书面审理。改革审议会讨论时，主张陪审与主张参审的意见都有，背后正是这两种预设的分歧：主角是职业法官，还是普通国民?

预测与实践记录　陪审一派预测，国民参与会改变笔录审判，让审理回到法庭上的口头辩论；职业法官一派预测，普通人会被情绪带着走，量刑会失去均衡。最后的设计走在两者之间：可能判处死刑或无期徒刑的案件，以及故意犯罪致人死亡的案件，由三名职业法官与六名裁判员组成合议庭，共同认定事实并决定刑罚；判决要过半数，而且这个多数里必须至少有一名职业法官和一名裁判员。裁判员只在一审，二审仍由职业法官审理。裁判员从选民名册中随机抽选，原则上不能拒绝，评议的内容要终身保密。2009年8月3日，第一件裁判员审判在东京地方法院开庭，是一件发生在东京足立区的刺杀案，连续四天，8月6日宣判。为了让普通人听得懂，开庭前要先整理争点，审理改为连日开庭，书面笔录让位于法庭上的询问。为此，2004年刑事诉讼法的修改还专门设立了公审前整理程序：检察官与辩护人在开庭之前把争点和证据讲清楚，检方的证据开示范围也随之扩大。也就是说，为了让六个普通人能在几天之内作出判断，整个审前程序都要跟着改，裁判员制度牵动的不只是法庭里的座位，而是从起诉到判决的一整条流程。实践中，最高法院在2011年11月16日以大法庭判决认定这一制度合宪，回应了“国民参与违反受职业法官审判的权利”与“强制担任裁判员违反意志自由”等主张；2012年2月13日又在一件把兴奋剂藏在巧克力罐里走私的案子里要求，二审要推翻一审的事实认定，必须指出它违反逻辑法则或经验法则，等于让二审对裁判员参与的认定保持克制。量刑上，一部分犯罪类型的刑期出现了变化，例如性犯罪等一些类型判得更重，最高法院随后又在2014年的一件判决里提醒，裁判员参与的量刑也要兼顾与以往同类案件的公平与一致。两派的预测都各中了一部分。

意义中心　偏幸福，兼及自由。法律自己写明的目标是“理解与信赖”，这是一种让国民与司法之间关系更安稳的意义；国民参与带来的自由意义（国家刑罚要经过同胞）在这里不是主调。这和英美陪审制的意义权重不同：在英美传统里，陪审团首先是挡在被告与国家之间的一道屏障，是自由的装置；在日本的这部法律里，国民进入法庭首先是为了让司法更被理解、更被信赖，是一种关系上的安稳。

同一个“普通人坐进法庭”，在两种传统里被押在不同的意义上。对裁判员本人而言，这也是一份负担：有人在审理残酷的案件之后需要心理上的帮助，这也是制度施行后被讨论的话题。

类型登记：C 同台　陪审一派可以认领：普通人进入合议庭，口头审理与连日开庭成了常态。职业法官一派也可以认领：职业法官在每一个判决多数里都有席位，二审全部由职业法官把关，量刑仍要回到全国的均衡尺度。两派都有可指认的制度安排，也都有后来的记录可以对照。说它是 B 改写，理由不足，因为三加六的混合合议庭，在德国式参审里有现成的样子，只是人数与多数规则不同。说它是 A 加固，又说不出是哪一条原路。登 C。这件事里的制度依赖，同时落在连接与次序两处：连接上，国民第一次以法定身份和职业法官坐进同一个评议室；次序上，一审有国民，二审没有国民，最高法院又要求二审尊重一审，于是国民参与的分量，被二审的克制间接保护起来。这种安排，既不是陪审派原来想要的，也不是职业法官派原来想要的，而是两派在同一张桌子上各让一步后留下的样子。

> 带走的话
>
> 裁判员制度让普通人坐进了法庭，但座位排法写明了次序：每一个多数里都要有一名职业法官。参与是新的，门槛是旧的。

> **小账**　本节动用：同台、制度依赖（连接、次序）、意义中心（幸福）。
> 锁定记录：大陆法“职业法官为主角”的预设，被织进混合合议庭的多数规则与二审结构。

旁证　同年10月1日，英国最高法院开始运作，取代上议院上诉委员会成为联合王国的最高上诉法院。

第 103 章

2010　德国：最低生活保障判决（“哈茨 IV”）

当年的意义需要　2002年，一个以大众汽车人事董事哈茨为首的委员会提出劳动力市场改革方案，其中第四步把原来的失业救助与社会救助合并为一种基本保障，2005年1月1日起实施，人们习惯把它叫作“哈茨 IV”。改革的方向是“既扶持、也要求”：领取者要积极找工作。保障的金额按全国消费抽样调查的低收入家庭支出来推算，再随养老金的调整而浮动；十四岁以下的孩子统一按成人标准的百分之六十计算。几年下来，失业者、家长和社会组织不断质疑：这个数字够不够活，孩子上学的书本费算在哪里？黑森州社会法院与联邦社会法院把问题提交联邦宪法法院，宪法法院2009年10月开庭听审。按当时的规定，单身成人每月三百四十五欧元，十四岁以下的孩子二百零七欧元。按照德国的具体规范审查程序，普通法院认为自己要适用的法律违宪时，不能自己宣布它无效，只能中止审理，把问题交给宪法法院。这本身就是凯尔森式集中审查在德国落下的次序：问题从一户领取救济的家庭开始，经过两级社会法院，最后汇到卡尔斯鲁厄。原告之中有带着孩子的家庭，孩子的那一份钱怎样算，成了案件的焦点之一。当年的需要，是给“国家最低要保障到哪里”找一个能审查的法律答案。

当时在用的学派与框架　德国有两条相关的传统。一条是社会法治国：基本法第二十条把德国定为“社会的”联邦国家，这个说法可以追到魏玛时期黑勒的“社会法治国”主张；五十年代学界曾争论它是不是一条能直接产生请求权的法律原则：一方认为社会国家只是给立法者的方向，法治国才是有约束力的法律结构，两者甚至互相紧张；另一方认为社会国家原则本身就有规范效力，要求国家塑造社会的公平。这场争论没有一方完全胜出，此后几十年的通行理解是：社会国家原则约束立法者，但给多少、怎样给，主要由立法者决定。另一条是人的尊严：基本法第一条第一款把尊严放在全部条文之首，迪里希等学者提出，人不能被当作国家行为的单纯客体（第98章）。联邦行政法院早在五十年代就承认过受救助者对救助有法

律上的请求权。另一边，是同样根深蒂固的立法裁量与司法克制：给多少钱，是议会的预算权，法院不该替议会算账。法经济学与福利改革的思路则关心激励：保障太高，会削弱找工作的动力。

预测与实践记录　社会法治国一派预测，法院会认定金额太低、要求提高；司法克制一派预测，法院至多指出问题，不会碰金额。2010年2月9日，联邦宪法法院第一庭作出判决，结果出乎两边的简单预测。法院从基本法第一条第一款结合第二十条第一款，导出一项基本权利：保障合乎人的尊严的最低生活。它不只包括吃穿住和健康这些维持身体存在的东西，还包括参与社会、文化与政治生活的最低限度。但法院没有说金额明显不足，也没有否定以低收入家庭的实际消费来推算需要的统计方法，认为这种方法本身是可以接受的；它审查的是算法有没有照自己的方法走到底：立法者要以透明的程序、可靠的数据、可以理解的方法，现实而完整地评估生存所需的一切支出。现行规定在这几处不合格：从统计数据中扣除某些项目缺乏依据，与养老金挂钩的调整方法与生活需要无关，孩子的百分之六十是一个没有经过任何单独调查的比例。法院宣布相关条文与基本法不符，在新法之前继续适用，立法者须在2010年12月31日前重新规定，但法院不要求为过去补发；同时要求增设一种针对长期、特殊需要的补充给付，在新法出台前可直接依据基本法第一条第一款结合第二十条第一款主张，门槛很高，法院自己也说只会在少数情形下用到。此后，议会两院经过调解委员会，在2011年初就新的计算办法与儿童的教育参与补贴达成妥协。这一判决之后，“审程序、不审数字”成了德国社会给付案件的一种审查方式。两派的预测因此都只说中了一半：社会法治国一派得到了一项权利，却没有得到一个更高的数字；司法克制一派保住了议会定数的权力，却多了一份必须公开的算账义务。

意义中心　幸福在中心，而且是被宪法写成一项权利的幸福：最低限度的体面生活。自由以“参与”的形态出现：不只是活着，还要能出门、上学、与人来往。判决对孩子的部分写得尤其具体：孩子不是缩小的成年人，他们上学要用的东西、成长所需的支出，必须单独调查，而不能按成人的比例一刀切。这种写法把“幸福”从一个抽象的价值，落到了一张需要逐项填写的清单上。创造在这件事里不在

前台，福利改革原先强调的激励与就业，在判决里只作为立法者可以考虑的因素出现。

类型登记：B 改写　社会法治国一派推得出“国家有保障义务”，人的尊严一派推得出“底线不可突破”，司法克制一派推得出“金额归议会”。三派都推不出的，是这项判决的落点：一项由法院导出、却以程序为内容的基本权利。法院没有替议会算数，而是规定了议会“必须怎样算”，并把算法的透明与一致变成可以审查的宪法要求。这是一样新东西：原有学派的预设里，要么审结果，要么不审，没有“审计算过程”的位置。它离 D 类也只差一步，但五十年代起关于尊严与请求权的讨论已经铺好了路，所以不登 D。这样新东西一旦写成，就进入了德国法的次序：2012年7月18日，联邦宪法法院审查给寻求庇护者的给付标准，直接援用了这项基本权利，认定自1993年起从未调整的金额明显不足，并认为人的尊严不能因移民政策的考量而打折扣；此后关于给付削减与制裁的案件，也都从这里起手。一次判决造出来的审查方式，几年之内变成了后来者必须先过的那一道关，这正是判词三所说的“写成了制度”。

> 带走的话
>
> **法院没有说“给多少”，而是说“你得算给我看”。把幸福写成权利，最后落在一张算账的程序单上。**

> **小账**　本节动用：改写、制度依赖（连接、次序）、意义中心（幸福）。
> 锁定记录：人的尊严条款被织进国家与受助者之间的连接，审查的次序从“结果”移到了“程序”。

旁证　同年1月21日，美国最高法院在联合公民诉联邦选举委员会案中，以五比四认定限制企业与工会独立政治支出的规定违反第一修正案。

第 104 章

2011　法国：警察拘留改革——律师进入讯问室

当年的意义需要　在法国，警察可以把犯罪嫌疑人留置在警局接受讯问，一般最长二十四小时，经检察官批准可再延长二十四小时，这叫“警察拘留”。改革之前，律师在拘留开始时可以与当事人谈话三十分钟，但看不到案卷，也不能陪同讯问；嫌疑人有权保持沉默，却不会被正式告知这一点。被拘留的人数在二十一世纪头十年里大幅上升，连交通违法也常常用上这项措施，社会上关于“拘留太多、太容易”的批评越来越多。据法国政府后来在议会书面答复中提供的数字，2009年不计交通违法的警察拘留就有五十八万余次。当年的需要，是让一个被关在警局里的普通人，在国家最强的那一刻，身边有一个懂法的人。

当时在用的学派与框架　法国刑事程序出自纠问式传统：真相由国家的调查机关主动去查，侦查阶段以秘密、书面为特点，辩护方进入得晚。这一传统背后的预设是，主角是负责查明真相的国家，嫌疑人是被调查的对象。1808年拿破仑时代的刑事诉讼法典，确立了一种混合结构：侦查阶段沿用纠问式的秘密与书面，审判阶段采用公开与言辞。此后两百年，法国的改革大都在侦查阶段一点一点加入辩护的成分：律师在拘留中会见当事人的权利，到1993年1月4日的法律才写进来，用意是向欧洲人权公约靠拢；2000年的加强无罪推定法（第92章）曾规定要告知沉默权，几年后这一告知又被取消。这条来回反复的线，说明纠问式传统并非没有动过，而是每动一步都有回拉的力量。另一条思路，在美国学者帕克上世纪六十年代提出的两种刑事程序模式中写得最清楚：一种以控制犯罪的效率为先，一种以正当程序为先，后者把每一个程序环节都当作挡在个人与国家之间的一道闸。欧洲人权法院站在正当程序一边：2008年11月的萨尔杜兹诉土耳其案认为，原则上从第一次警察讯问开始，嫌疑人就应能获得律师帮助；2010年10月的布鲁斯科诉法国案，又直接点名法国，认为嫌疑人应被告知沉默权、并得到律师协助。

预测与实践记录　纠问式一派预测，律师进入讯问室会让侦查失去效率，很多案件会因为口供拿不到而办不下去；正当程序一派预测，只有律师在场，口供才可靠，冤案才会减少。这件事的推动力，有一半来自第101章写的违宪先决问题：施行后几个月内，大量当事人就拘留规定提出违宪主张。2010年7月30日，宪法委员会认定当时的拘留规定违宪，理由是被拘留者在讯问中得不到律师的有效协助，也不被告知可以保持沉默，与1789年宣言第九条、第十六条不符，但为了给议会留出修法时间，把失效日推迟到2011年7月1日。同年10月，最高法院刑事庭也认定相关规定不符合欧洲人权公约，同样推迟了效力。2011年4月14日，新的警察拘留法公布，原定6月1日施行：嫌疑人从拘留开始就有权得到律师协助，律师可以陪同讯问，但仍看不到全部案卷；嫌疑人在说明身份之后，要被告知有权回答、陈述或保持沉默。就在法律公布的第二天，2011年4月15日，最高法院全体会议作出四件判决，认为各国必须遵守欧洲人权法院的判决，不必等到自己被告上法院，也不能推迟效力，新规则因此立即适用；司法部随即要求检察官马上执行。反恐与有组织犯罪的案件，律师介入仍可依法推迟。实践记录对两派的预测各有回应：纠问式一派担心的“案件办不下去”没有大面积出现，但侦查人员需要调整讯问的方式与节奏，律师值班制度也要在短时间内铺开，各地律师公会为此临时组织了大量值班；正当程序一派期待的“口供更可靠”，则体现在讯问在律师见证下进行，事后对笔录的争议减少。改革之后，警察拘留的数量下降，2012年全国警察与宪兵的拘留为三十八万余次，比2009年少了近二十万次；侦查也转向更多依靠客观证据；关于律师能否查阅全部案卷，后来又随欧盟指令继续调整。

意义中心　自由在中心，而且是最古典的那一种：不被国家任意关押、不被迫自证其罪。幸福与创造在这件事里没有独立的位置，效率的考虑是以“对自由的代价”这个形式被讨论的。值得一记的是，推动这件事的三个机关各自用了不同的语言：欧洲人权法院说的是公正审判，宪法委员会说的是辩护权与个人自由之间的平衡，最高法院说的是国家对公约的遵守义务。三种语言指向同一个意义中心，这在五十年里并不常见。

类型登记：A 加固　正当程序一派沿原路再走了一步：律师从门口走进了讯问室，沉默权从纸上走到了告知书上。没有出现正当程序预设推不出来的新东西，告知沉默权、律师在场，都是这一派早已写在纸面上的要求。值得登记的，是这一步走进来的路线：先是欧洲人权法院在别国的案件里立规矩，然后是本国的宪法委员会通过新开的违宪先决之门作出裁决，再是最高法院以公约为据把效力提前，最后是议会补写法律。四个机关的次序，在这一件事里被完整走了一遍。纠问式传统并没有被废除，侦查仍由检察官主导，反恐案件仍有例外，但它在“讯问室里有没有律师”这一处让了位。所以登 A，加固的是正当程序，加固的位置是国家与嫌疑人之间的连接。还要看到一个细节：宪法委员会宣布违宪，却给了将近一年的过渡期；最高法院则拒绝过渡，要求立刻执行。两个机关在同一个问题上作出了不同的时间安排，背后是两种对“次序”的理解：一种把议会修法放在前面，一种把公约义务放在前面。最后是后一种占了先，这在法国以法律为中心的传统里，是一次不大不小的位置变化，但它没有超出正当程序一派原有的预设，只是那条预设到达法国的路线变了。

> 带走的话
>
> 一个人在警局里的头几个小时，决定了一部刑事程序的性格。法国这一步，是被三个法院接力推着走完的。

小账　本节动用：加固、制度依赖（连接、次序）、意义中心（自由）。
锁定记录：正当程序模式被织进国家与嫌疑人的连接，欧洲法院、宪法委员会、最高法院、议会的先后次序被这一案固定下来。

旁证　同年5月4日，德国联邦宪法法院认定保安监禁的现行规定违宪，并要求依欧洲人权法院的判例重新设计这一制度。

第 105 章

2012　美国：平价医疗法案案

当年的意义需要　2010年3月23日，平价医疗法案签署成为法律。它要解决的是一个长期的老问题：几千万美国人没有医疗保险，有既往病史的人买不到保险，保险公司可以按健康状况拒保或加价。法案的设计有三根腿：禁止保险公司因既往病史拒保；对买不起的人给予补贴并扩大联邦与州合办的医疗补助；同时要求绝大多数人必须买保险，不买就要向税务局缴一笔“分担责任款”。第三根腿是为了防止人们等生病了才去买。法案一签署，十几个州的官员就提起诉讼，起诉的州后来增加到二十六个，一个全国性的小企业组织也加入进来，主张联邦政府无权强迫个人购买商品，也无权以收回全部医疗补助款来逼各州扩大项目。当年的需要，是在全国医疗的可及性与联邦权力的边界之间作一个了断。

当时在用的学派与框架　先说美国自己的框架：联邦政府只拥有宪法列举的权力，其余归各州与人民。1819年的麦卡洛克案确立，联邦为执行列举的权力，可以采取“必要而适当”的手段；二十世纪初，法院又一度以契约自由为名推翻大量社会经济立法，到1937年前后才转向尊重国会。所以“联邦能管什么”这一问，在美国法里一直是在列举权力与必要手段之间来回摆动。这场诉讼的主战场是宪法里的“州际贸易条款”。罗斯福新政之后，最高法院对这一条款作极宽的理解，1942年的威卡德案甚至认定农民为自家消费种的小麦也能受联邦管理，因为它合起来会影响全国市场。九十年代起，强调原旨与文本的一派推动收缩：1995年的洛佩斯案与2000年的莫里森案，都以超出贸易条款为由否定了联邦法律。另一条线是司法克制：法院在能找到合宪解释的时候，应当选择合宪的解释，而不是推翻民选机关的立法。法经济学在这里提供了论辩的材料：医疗市场人人迟早要进入，不买保险的人会把成本转给别人，所以“不买”本身也是一种经济活动；反方则说，若连“不作为”也能管，就没有什么不能管了，诉讼中常被拿来打比方的，是国会会

不会强迫每个人买西兰花。在下级法院，这个问题已经分裂：有的上诉法院支持法案，有的上诉法院认定强制条款违宪，最高法院的介入几乎不可避免。

预测与实践记录　宽松解释一派预测，法案会在贸易条款下轻松过关；原旨与文本一派预测，个人强制条款会被推翻，甚至整部法律随之倒下。2012年3月，最高法院为这件案子安排了三天的言辞辩论，在当时极为罕见，争点被拆成几块：强制条款是否合宪；若不合宪，整部法律能否与它分开而保留；医疗补助的扩大是否构成对州的强迫；以及这笔款项算不算税，若算税，是否要等到真正征收之后才能起诉。2012年6月28日，最高法院作出判决，结果让两边的预测都只中一半。首席大法官罗伯茨的意见认为：贸易条款只能管理已经存在的经济活动，不能强迫人进入市场，所以强制购买不能靠这一条成立；但这笔款项由税务局征收、数额有限、不缴也不构成违法，在宪法上可以被理解为一项税，而国会有征税权，所以强制条款以税的名义得以保留，这一部分是五比四。在贸易条款这一点上，四位反对意见法官与罗伯茨结论相同，却没有与他合写一份意见，所以这一点在后来的判例中怎样算数，学界一直有讨论。关于医疗补助的扩大，法院以七比二认为，以收回各州原有的全部医疗补助款相要挟，已经构成强迫，超出了开支条款的范围，金斯伯格与索托马约尔两位大法官在这一点上持不同意见；补救的办法不是推翻扩大项目，而是让各州可以拒绝扩大而不失去原有款项。此后，相当一部分州在相当长的时间里没有扩大医疗补助。法案的其余部分照常实施：保险交易平台开张，既往病史不再是拒保的理由，年轻人可以留在父母的保单上。2017年的税法把这笔款项的金额降为零，2021年最高法院以原告不具备起诉资格为由驳回了再次挑战整部法律的诉讼。

意义中心　幸福与自由在这件事里正面相撞。法案的意义中心是幸福：让人有病能看。反对一方的意义中心是自由：个人不被强迫购买，州不被联邦胁迫。判决把两者都写了进去：法律活了下来，而联邦权力的边界被画得比原来更紧。从立法史看，国会当初刻意把这笔钱叫作“处罚”而不是“税”，因为“加税”在政治上更难通过；到了法院，政府一方又主张它可以被当作税。名称在立法与司法两个场合被放在不同的意义上称重，这在本编十节里是最显眼的一次。

类型登记：C 同台　原旨与文本一派可以认领：贸易条款第一次被明确限定在“已有活动”之内，开支条款下的强迫第一次成为推翻联邦附加条件的理由，这两点后来都被反复引用。司法克制一派也可以认领：法院在可以合宪解释的地方选择了合宪解释，把民选机关的立法保住了。两派都在同一份判决书里留下了可以指认的段落，也都在后来的实践中有记录。它不是 B，因为“以税的名义保留”并不是新的推理，征税权与合宪解释原则都是老工具；也不是 A，因为找不出哪一派独自走完这一步。登 C。这一案里，制度依赖落在联邦与州的结构上：谁能命令谁、用什么名义。此后的实践也显出这个结构的分量：医疗补助扩大从“全国一律”变成“各州自选”，一个州接一个州地在州议会或州公投中各自决定，有的很快加入，有的过了许多年才加入。一纸判决把一项全国政策重新切回五十个州的五十次决定，这正是联邦制这一结构把学派之争沉淀下来的方式。罗伯茨的那份意见也因此常被拿来讨论：同一位法官在同一份判决里，一半站在收缩一边，一半站在克制一边。

> 带走的话
>
> 同一条规定，作为命令站不住，作为税却站得住。名义怎样定，决定了它挂在宪法的哪一根梁上。

> **小账**　本节动用：同台、制度依赖（结构）、意义中心（幸福与自由相撞）。
> 锁定记录：原旨与文本一派对贸易条款的收缩，被织进联邦与州之间的结构；司法克制的合宪解释被织进违宪审查的次序。

旁证　同年3月14日，中国全国人大修改刑事诉讼法，把“尊重和保障人权”写进总则，并增设非法证据排除等规定。

第 106 章

2013　英国：同性婚姻法

当年的意义需要　2004年，英国通过民事伴侣关系法，同性伴侣可以登记成为民事伴侣，在财产、继承、税务等方面取得与婚姻相近的地位。但“婚姻”这个名字仍只属于一男一女。几年下来，问题从“有没有保障”转到“名字与身份是否平等”：民事伴侣与婚姻在大部分权利上相同，在名称、宗教仪式和某些细节上不同：民事伴侣以双方在登记文件上签字成立，不需要说出誓词；解除民事伴侣关系的理由里，没有婚姻法中的通奸一项。这些细节看起来小，却恰恰说明法律当初是有意另造一套“相似而不相同”的制度。2012年3月，政府就开放民事婚姻启动公众咨询。当年的需要，是回答一个国家能否用同一个名字承认两种结合。英国这一节与第108章美国的奥贝格费尔案同题：同一个问题，英国交给议会立法，美国交给法院判决，两节合起来读，是两条路的对照。咨询的焦点很快从“要不要”转到“怎样做”：民事婚姻开放到什么范围，宗教婚礼能不能举行，已有的民事伴侣怎么办，一个都不能落下。2013年7月17日，婚姻（同性伴侣）法获得御准，适用于英格兰与威尔士；苏格兰在次年另立法律。

当时在用的学派与框架　英国的底层框架是戴雪阐述的议会主权：议会可以制定或废除任何法律，法院不能宣告议会的立法无效。所以这件事的路线一开始就定了：不走法院，走议会。1998年的人权法（第90章）也没有改变这一点：法院可以宣布一部法律与欧洲人权公约不相容，但这个宣告不影响法律的效力，改不改仍由议会决定。英国的法律传统里，普通法法官可以发展规则，可是像“婚姻是什么”这样涉及整个社会制度的问题，法官们一向认为应当留给议会。在价值的层面，英国有一场著名的论战可以接上。1957年，沃尔芬登报告建议不再把成年人私下自愿的同性行为当作犯罪；德富林法官在1959年的演讲中提出，社会有权用法律维护它共享的道德，否则社会会瓦解；哈特在1963年出版《法律、自由与道德》回应，认为法律惩罚的理由应当是伤害他人，而不是不合多数人的道德。这场哈特与

德富林之争，正是法律与道德关系的经典现场。另一边，欧洲人权法院在2010年的一件奥地利案件中认为，公约并没有要求各国必须开放同性婚姻，这件事属于各国自己决定的范围。也就是说，没有一个法院会替英国作这个决定。

预测与实践记录　德富林一方的论证预测，改变婚姻的定义会动摇社会共享的道德结构，宗教团体会被迫为同性伴侣证婚；哈特一方的论证预测，国家承认一种私人结合，不会伤害任何第三人，法律不必为多数人的道德背书。法案由政府提出，但在下院采用议员自由投票，不受党派纪律约束，各党内部都有赞成与反对。法案在下院二读时，2013年2月5日以400票对175票通过，三读时是366票对161票；在上院二读时，一项要否决整部法案的动议以390票对148票被拒绝。对宗教团体的担心，法律以所谓“四重锁”回应：宗教组织不负有为同性伴侣证婚的义务，只有明确选择加入的宗教团体才能举行这类仪式，英格兰教会与威尔士教会还另有专门规定，英格兰教会的教会法对婚姻的定义不受影响。2014年3月29日，第一批同性婚姻在英格兰与威尔士登记；当年12月起，民事伴侣可以转为婚姻。同一部法律还处理了一个此前的难题：已婚者变更法律性别后，过去必须先解除婚姻，新法自2014年12月起允许在夫妻双方都愿意维持婚姻的前提下保留婚姻。联合王国内部的路线也各走各的：苏格兰议会在2014年另立法律，北爱尔兰则依威斯敏斯特议会2019年的一部立法，到2020年才开放同性婚姻。同一个国家里三个法域三个时间表，正是“由议会一个一个决定”这条路线的样子。这条路的另一面，是它把法院留在了门外：在这一问题上，没有一位英国法官被要求替议会回答“婚姻是什么”。实践记录显示，德富林一方所担心的强迫证婚没有发生，社会生活也没有出现他所预言的那种瓦解；同时，宗教团体的自主空间以法律明文的方式保留了下来。

意义中心　自由在中心，具体是平等地被承认的自由：同一个名字，同一种身份。幸福在第二位：民事伴侣法已经解决了大部分实际保障，这次补上的是名称与承认带来的那一份安稳。另一边，宗教团体的自由也被放进了同一部法律：信仰者不被强迫以自己的仪式承认他们不认同的结合。所以这部法律的意义中心虽然是自

由，却是两种自由同时被写进去，一种是被承认的自由，一种是不被强迫的自由，议会把两者放在同一张表上称了重，然后分别给了位置。

类型登记：A 加固　这是两条原路一起再走一步。一条是议会主权：重大的价值问题由议会决定，议员自由投票，法院不出场。另一条是哈特一方的法律与道德分离论：从1967年去罪化，到2004年民事伴侣，再到2013年婚姻，每一步都在同一条路上往前走。所谓“四重锁”，也不是新东西，而是议会主权的一个惯常做法：在同一部法律里同时写下权利与豁免，用明文把两边的边界都钉住。没有出现原学派推不出的新东西，所以不登 B；德富林一方在这件事上的预测没有实现，没有可认领的记录，所以不登 C。也许有人会说，“四重锁”正是德富林一方的担心被吸收进了法律，应当算它一份；本书的读法是，那份担心被写成了豁免，而不是被写成了婚姻的定义，婚姻这一连接本身是照着哈特一方的思路改写的。制度依赖在这里落得很清楚：价值问题归议会，这是次序；婚姻向同性伴侣开放，这是连接；权利与豁免放在同一部法律里，这是结构。

> 带走的话
>
> 英国的同性婚姻，是议会一票一票投出来的，豁免也是一条一条写进去的。路线本身，就是议会主权的又一次显露。

> **小账**　本节动用：加固、制度依赖（连接、结构）、意义中心（自由）。
> 锁定记录：议会主权把“价值问题归议会”织进英国法律的次序；哈特的法律与道德分离被织进婚姻这一法律连接。

旁证　同年6月26日，美国最高法院在合众国诉温莎案中，认定联邦婚姻保护法把婚姻限定为一男一女的条款违宪（见第108章的对照）。

第 107 章

2014　日本：集体自卫权的内阁决议与宪法解释

当年的意义需要　日本宪法第九条规定放弃以战争作为解决国际争端的手段，不保持陆海空军及其他战争力量。战后几十年里，日本政府在这一条之下逐步形成了一套解释：为了自卫的最小限度的实力不属于“战争力量”，自卫队因此合宪；而对别国遭受的武力攻击出手相助的“集体自卫权”，日本在国际法上虽然拥有，宪法上却不能行使。这个结论在1972年政府提交给国会的资料中写得最完整，此后历届政府沿用。进入二十一世纪，围绕周边安全环境变化与日美同盟合作方式的讨论越来越多，要不要、能不能在宪法不改一字的情况下调整这一解释，成了当年的问题。修宪的门槛很高：宪法第九十六条要求国会两院各以全体议员三分之二以上的赞成提议，再经国民投票过半数承认，战后至今从未修改过一个字。于是“解释”这条路，就成了法律上可以讨论的另一条路。2014年5月15日，首相的一个私人咨询机构提交报告，提出调整解释的方向。2014年7月1日，内阁通过决议，在一定条件下承认可以行使集体自卫权。本节只描述法律上的路径与学派对应，不评价这一政策本身。

当时在用的学派与框架　这件事牵动三条法学思路。第一条是成文宪法与立宪主义：宪法是约束国家权力的文本，条文的意义不应随执政者的需要而改变，改变应当走修宪程序。第二条是宪法变迁论：这一说法可以追到德国学者耶利内克，认为宪法文本不变，而它在实践中的意义可以随国家实践发生变化。第三条是日本自己的制度传统：日本没有宪法法院，最高法院在1952年的警察预备队案中表明不作脱离具体案件的抽象审查；1959年的砂川案又提出，涉及国家存立的高度政治性问题，除非一见即明显违宪，不属于司法审查的范围，这被称为“统治行为论”。于是，在实际运作中，宪法第九条的有权解释长期由内阁及其法制局承担，政府解释的前后一致本身成了一种约束。内阁法制局负责审查政府提出的法案与国会答辩中的法律解释，长期被视为政府内部的“法的守门人”；它的长官通常由局内资深官

员升任；2013年8月，外务省出身、时任驻法国大使的小松一郎出任长官，他在就任时就表示要积极重新检视禁止行使集体自卫权的解释，这一人事安排当时也被视为解释可能调整的信号。日本宪法学界的主流，则长期把第九条读作对军事力量的严格限制，与政府解释之间保持着距离。三条思路各有自己预设的主角：立宪主义的主角是制宪者与修宪的国民，宪法变迁论的主角是国家实践本身，日本的制度传统把主角放在内阁。

预测与实践记录　立宪主义一方预测，若以内阁决议改变解释，宪法的约束力会受损，应当先修宪；政府一方的说法是，决议维持了1972年见解“自卫的必要最小限度”这一基本逻辑，只是把它适用到新的安全环境。决议列出了行使武力的三项新条件：日本或与日本关系密切的他国遭受武力攻击，并因此存在威胁日本存立、从根本上颠覆国民生命、自由及追求幸福权利的明显危险；没有其他适当手段可以排除这一危险；实力的行使限于必要最小限度。2015年5月，内阁把相关法案提交国会。2015年6月4日，众议院宪法审查会邀请三位宪法学者作为参考人，其中一位由执政党推荐，三人都表示相关安保法案违宪，这件事一时成为法律界讨论的焦点。2015年9月19日凌晨，相关安全保障法律在参议院通过。这批法律由一部新制定的国际和平支援法与一部一并修改十部既有法律的整备法合成一个整体，决议里的三项条件被写进法律，成为“存立危机事态”这个新的法律概念：只有当政府认定出现这种事态，并依法定程序取得国会的承认，才可以行使集体自卫权。内阁的解释由此转成了国会制定的条文，此后的争论就有了可以指认的法律文本。此后，各地有市民就这些法律提起诉讼，到2023年，各地法院的判决都驳回了原告的请求，绝大多数以原告没有具体权利受损等理由不作宪法判断；最高法院2023年9月驳回了其中一件的上告，也没有作宪法判断；同年12月仙台高等法院的判决是少有的例外，它作了宪法判断，结论是不能说这些法律明显违反第九条。从实践记录看，决议本身、随后的立法、法院的回避，三步都沿着日本既有的制度次序走：内阁先解释，国会立法，法院在具体案件之外不出场。

意义中心　幸福在中心，而且是以宪法第十三条的语言写出来的：三项新条件的第一项，直接引用了“生命、自由及追求幸福的权利”。反对一方的意义中心则

是自由：宪法作为约束权力的文本，保障的是不被权力任意改变规则的自由。两种意义在同一个条款上相遇，各自选了不同的读法。第十三条原本是关于个人尊重与追求幸福权利的条款，在这里被用作国家行使实力的理由之一，这种用法本身也成为学界讨论的对象。

类型登记：A 加固　按本书的读法，这件事加固的不是哪一种安全政策，而是日本宪法解释的一个次序：第九条的有权解释先由内阁作出，法院以统治行为论与具体案件要求保持距离。1972年的见解是内阁作的，2014年的调整也是内阁作的；1959年法院不出场，2015年以后法院仍不出场。宪法变迁论可以认领“文本不变、意义变化”这一现象，立宪主义一方在学界与国会中留下了明确的记录，所以有人会把它读成 C 同台；但在法律制度层面，真正被走了一遍、也被再次巩固的，是那个“谁先说、谁不说”的次序，学界的反对没有改变这一次序，所以本书登 A。没有出现原有学派推不出的新东西。这里的“加固”只是对制度次序的描述，不是对决议内容的评价：同一个次序，在别的年份也可以被用来作出方向相反的解释。

> 带走的话
>
> 在没有宪法法院的国家，宪法由谁来读，本身就是一条宪法。日本这一次，又按原来的次序读了一遍。

小账　本节动用：加固、制度依赖（次序）、意义中心（幸福与自由的两种读法）。
锁定记录：内阁有权解释在前、法院统治行为论在后的次序，被这一次决议与随后的诉讼再次织进日本宪法实践。

旁证　同年11月1日，中国全国人大常委会修改行政诉讼法，把立案审查改为立案登记，并扩大受案范围（第80章的“民告官”在这里又走了一步）。

第 108 章

2015　美国：奥贝格费尔案

当年的意义需要　两年前，英国以议会立法开放了同性婚姻（第106章）；同一年，美国最高法院在温莎案中认定联邦法律不承认已在州合法缔结的同性婚姻违宪，但没有回答各州能否禁止。此后两年，联邦法院的判决接连推翻各州的禁令，到2015年，已有三十六个州及首都特区以立法、判决或公投的方式开放了同性婚姻。可是2014年11月6日，第六巡回上诉法院在德博尔诉斯奈德等合并案件中以二比一维持了密歇根、俄亥俄、肯塔基、田纳西四州的禁令，理由之一是1972年最高法院曾以“不构成实质的联邦问题”驳回过类似诉求。各州之间出现了明显的分裂：同一对伴侣跨过州界，婚姻是否存在就变了。案名里的奥贝格费尔，是俄亥俄州的一位居民，他与患重病的伴侣阿瑟2013年7月在马里兰州结婚，同年10月阿瑟去世，俄亥俄州不肯在死亡证明上把他登记为在世配偶，他因此起诉。肯塔基、田纳西、密歇根的原告，也各有自己的具体处境：有的想让两人都成为孩子的法定父母，有的想让在别州缔结的婚姻在搬家之后继续有效。这类诉讼的原告，多半不是为抽象的原则来打官司，而是为了一张证明、一份继承、一个孩子出生证上的父母栏。当年的需要，是回答联邦宪法本身对这件事怎么说。2015年6月26日，最高法院以五比四作出判决，认为第十四修正案的正当程序条款与平等保护条款，要求各州为同性伴侣颁发结婚证，并承认在别州合法缔结的同性婚姻。

当时在用的学派与框架　美国宪法解释的两大阵营在这件事上正面相遇。一边是活宪法与原则论：宪法的宽泛条文要靠一代代人对其中原则的理解来充实，德沃金所说的整全性，要求法院把过去的判例当作一个连贯的故事接着写。1967年的洛文案推翻了禁止异族通婚的州法，2003年的劳伦斯案推翻了把同性行为入罪的州法，2013年的温莎案又从联邦层面承认了同性婚姻，这一串判例给多数意见铺好了路。另一边是原旨主义：宪法的意义以制定时的公共理解为准，没有写进宪法的事，应当留给各州的民主程序决定；1997年的格拉克斯伯格案还为“基本权利”立

了一个检验，要求它深深扎根于国家的历史与传统。两派的分歧，说到底是主角之争：活宪法一派的主角是一代代读宪法的法官，原旨主义一派的主角是当年制宪、批准宪法的人民及今天各州的选民。美国的普通法传统让判例链本身成为一种力量，下级法院在温莎案之后纷纷援引它推翻州法，就是这种力量的显露。

预测与实践记录　活宪法一方预测，婚姻作为一项基本权利，不能以伴侣的性别为由拒绝；原旨主义一方预测，最高法院若作出全国统一的裁决，就是以法院代替了各州的选民。肯尼迪大法官撰写的多数意见，把婚姻列为基本权利，提出它关乎个人自主、关乎两人之间独特的结合、关乎子女与家庭的保护、是社会秩序的基石这四条理由，并认为正当程序与平等保护两条款在这里相互支撑。多数意见没有采用格拉克斯伯格案那种严格的历史检验，同时推翻了1972年的那件旧案。首席大法官罗伯茨、斯卡利亚、托马斯、阿利托四位大法官各自撰写了反对意见，四份意见互相联署，核心是：宪法没有对婚姻下定义，这个问题本应由民主程序决定。此后，全国各州统一颁发同性婚姻证书。2022年最高法院推翻堕胎权判例的多布斯案（第116章）之后，关于这一判例是否稳固的讨论再起，同年12月国会通过尊重婚姻法，12月13日签署生效，要求联邦与各州承认在别处合法缔结的婚姻；它不要求各州自己颁发结婚证，那一部分仍由奥贝格费尔案承担。法院路线之后，立法也补上了一层。

与2013年英国的对照　这两节是同一个题目，走了两条路。英国走议会：议员自由投票，法律在给出权利的同时，一条一条写下宗教团体的豁免，权利与豁免装在同一部法律里；没有法院出场，因为议会主权之下法院不能推翻立法，欧洲人权法院也把这件事留给各国自定。美国走法院：一纸判决对所有州同时生效，理由写在宪法条文的解释里；宗教自由的边界没有写在判决里，而是在此后一件件案子中再去划。英国的路线慢，但每一步都有议会的记录；美国的路线快，但反对的一方把论证留在了反对意见里，成为日后讨论的起点。两条路落在制度依赖的不同位置：英国落在“价值问题归议会”的次序，美国落在“宪法问题归法院”的次序。同一个结果，被两个国家各自最硬的那一处次序再加固了一次。

意义中心　自由在中心，多数意见的关键词是尊严与自主；幸福紧随其后，判决书花了大量篇幅写家庭与子女的保护。反对一方的意义中心也是自由，只不过是选民通过民主程序自我决定的那种自由。与英国相比，宗教自由在美国的这份判决里只在结尾处被提到，多数意见承认宗教团体可以继续按自己的信仰教导与倡导，但没有像英国那样把豁免写成条文；于是此后几年，蛋糕店、婚礼网站设计者与州反歧视法之间的诉讼，一件件又回到了法院。同一种意义的两个面向，英国在立法时一次称重，美国在判决之后分批称重。

类型登记：A 加固　活宪法与整全性一方沿原路再走了一步：洛文、劳伦斯、温莎、奥贝格费尔，一条判例链一环接一环。把两个条款相互支撑写成判决理由，有新意，但它是对已有工具的组合，不是原学派推不出的东西，所以不登 B。原旨主义一方在判决书里留下了详细的反对意见，却没有成为判决的一部分，没有可认领的实践记录，所以不登 C。

> 带走的话
>
> 同一个问题，英国问议会，美国问法院。各自问的地方，就是各自最信得过的那一处制度。

> **小账**　本节动用：加固、制度依赖（次序）、意义中心（自由）、与第106章的对照。
> 锁定记录：活宪法与整全性的判例链被织进婚姻这一法律连接；“宪法问题由最高法院一锤定音”的次序被再次加固。

旁证　同年3月15日，中国全国人大修改立法法，把地方立法权扩大到所有设区的市。

第 109 章

2016　法国：民法典债法改革

当年的意义需要　1804年的拿破仑民法典，合同与债的部分两百年里几乎没有动过。条文不动，生活在变：格式合同、消费者、长期供货、信息不对称，法典里都没有。于是填补空白的是判例，最高法院在两百年里一案一案地补出了一个庞大的判例体系，可是这些规则写在判决书里，不在法典里，外国当事人与普通人都很难读到。2004年起，世界银行的营商环境报告把普通法系与大陆法系作比较，对法国式法律的评价引起法国法学界不小的反应；政府在2016年呈交总统的法令说明报告里也承认，这些报告助长了法国法复杂、难以预见的印象。2005年，以卡塔拉教授为首的学者提出了债法改革草案；2008年前后，以泰雷教授为首的另一组学者又提出了一份。当年的需要，有两层：一层是让法典追上两百年的判例与生活；另一层，是让法国合同法在国际交易中重新有吸引力。2015年2月16日的一部法律第八条授权政府以法令改革，2016年2月10日，政府发布关于合同法、债的一般制度与证明的法令，同年10月1日起施行；2018年4月20日，议会以法律批准这一法令，并作了若干修改。

当时在用的学派与框架　法国合同法的底色，是十九世纪注释法学派与意思自治：合同是双方意志的结合，依法成立的合同在当事人之间具有相当于法律的效力，法官不能替当事人改合同。旧法典第一千一百三十四条关于合同对当事人具有法律效力的那句话，被几代法学生背诵，是法国合同法的门面。起草民法典的波塔利斯也说过，法典不可能预见一切，要靠法官与学说去补；两百年后，补出来的东西已经比法典本身还多。这一信条最有名的判例，是1876年3月6日最高法院在克拉蓬运河一案中拒绝因情势变化而调整一份三百年前定下的灌溉费用，从此“情势变更不得改约”成了法国合同法的一条硬规则。合同成立要件里的“原因”，则是从多玛、波蒂埃那里沿袭来的古典概念。与之对立的，是二十世纪以来所谓“合同连带主义”的主张，认为合同双方之间有合作与忠诚的义务，法官应保护弱势一

方。法经济学一派则关心可预期性与交易成本：规则清楚、成文、可查，交易才愿意选这个法律。还有一股力量来自法国以外：欧洲层面的合同法统一工作，如欧洲合同法原则与后来的共同参考框架草案，已经把诚信、情势变更、缔约前义务写成了示范条文，法国的起草者在多处参照了这些文本。德国在2002年完成了债法现代化，也给了法国一个邻居的样子。这些来源各自预设的主角不同：意思自治的主角是订约的当事人，连带主义的主角是负责矫正失衡的法官，法经济学的主角是选择法律的市场参与者。

预测与实践记录　意思自治一派预测，若把法官调整合同的权力写进法典，合同的确定性会下降；连带主义一派预测，弱势方的保护应当从判例走进条文；法经济学一派预测，成文、清楚、可读的规则会提高法律的吸引力。改革后的法典三方各有着落。新条文把诚信原则从合同履行扩展到谈判与订立阶段，规定了缔约前的信息义务；把利用对方的依赖状态获取明显过度的利益列为一种胁迫；在附合合同中，造成双方权利义务显著失衡的非协商条款，可被视为未订立；在情势发生订约时不可预见的变化、使一方履行过于艰难时，当事人可以请求重新协商，协商不成，可以请求法官调整或终止合同，这等于推翻了一百四十年前克拉蓬运河案的规则。同时，“原因”这个名字从合同成立要件中删去，改为要求合同有合法、确定的内容。2018年的批准法律又对附合合同的定义和情势变更的适用范围作了限缩，金融工具合同被排除在情势变更之外。整个改革把条文重新编号，从此法国合同法有了一部可以从头读到尾的新文本。改革的形式也值得一记：民法典的核心部分以政府法令而不是议会逐条审议的法律来改写，这在授权讨论时曾引起议员的异议，理由是民法典关系到每个人的日常生活，应当由议会亲自审议；最后的折中是先授权、后批准，议会在批准时保留了修改的机会，2018年的那些限缩就是这样来的。

意义中心　创造在中心。改革的官方说明里，可读性、可预期性与法国法的吸引力被反复强调：法律要让人愿意选它、敢用它来做新的交易。幸福在第二位，表现为对弱势一方的保护。自由，即意思自治，仍是合同法的底层，但这一次它被放在了需要与别的意义一起称重的位置上。新法典合同一编开头几条，先写合同自

由，并在同一条里写明自由不得违反公共秩序，接着写合同对当事人的约束力，再写诚信，这个排列本身就是一次称重：自由在前，但不再单独站着。

类型登记：B 改写　意思自治一派推不出法官可以调整合同，连带主义一派推不出删去“原因”，法经济学一派也推不出以诚信原则贯穿合同的全过程。三派单独都推不出的，是改革的落点：一部重写的合同法同时收下了三方的东西，并且推翻了一条一百四十年的判例规则，删去了一个两百年的古典概念。有人会把它读成 C 同台，因为三方都能指认自己的条文；本书登 B，理由是克拉蓬运河规则的推翻与“原因”的删除，是对法国合同法起点本身的改写，而不只是几派在同一处并存。2018年的限缩又表明，改写之后，原有的意思自治在适用范围上收回了一部分地盘。这次改写落在法典的结构上：两百年间散在判例里的规则，被搬回法典并重新排了次序，法官今后先找的是条文，而不是判例。

> 带走的话
>
> 一部两百岁的法典，用一道法令把判例写回了条文。写回去的时候，也悄悄改掉了自己的两处起点。

> **小账**　本节动用：改写、制度依赖（结构）、意义中心（创造）。
> 锁定记录：判例积累的规则被织进法典的结构；意思自治的起点在情势变更一处被改写。

旁证　同年5月，日本国会通过关于消除对日本以外出身者不当歧视性言行的法律，这是日本第一部专门针对仇恨言论的法律，没有设罚则。

第 110 章

本编小结（2007—2016）

先数一数。本编十节，按各节“类型登记”逐节数（这是本书的读法）：A 加固五节，即2008年法国违宪先决问题、2011年法国警察拘留改革、2013年英国同性婚姻法、2014年日本集体自卫权内阁决议、2015年美国奥贝格费尔案；B 改写两节，即2010年德国最低生活保障判决、2016年法国债法改革；C 同台三节，即2007年中国物权法、2009年日本裁判员制度、2012年美国平价医疗法案案；D 无学派预见零节。十节里没有一节是事前完全无人讨论过的，这说明这十年的大事，大都是一条早已铺好的路走到了制度里；但同时也有两次，原学派单独都推不出的东西出现了。还要交代一处口径：2015年德国联邦宪法法院第一庭关于教师头巾的裁定，本书在第95章已作为2003年头巾案的后来实践记录写过，不在本编另立一节，也不另登类型；本编2015年一节取的是美国。

再看意义中心。按各节“意义中心”一段所写的中心逐节数（这是本书的读法），自由四节、幸福四节、并列一节、创造一节，本编的意义中心在自由与幸福之间来回摆动。自由在中心的有四节：法国违宪先决问题与警察拘留改革、英国同性婚姻、美国奥贝格费尔案，后三件都与“个人在国家面前的地位”有关。幸福在中心的有四节：中国物权法、日本裁判员制度、德国最低生活保障、日本集体自卫权决议的条文语言；美国平价医疗法案案则是幸福与自由正面相撞，判决两边都收了，记为并列。创造只在最后一节成为中心：法国债法改革把法律本身的吸引力当成目标。和前一编相比，这十年里“程序”的分量明显上升：德国法院审的是算法，法国宪法委员会多了一扇门，法国警局多了一把椅子，日本法庭多了六个座位。意义越来越多地被写成“怎样定、由谁定”，而不只是“定什么”。国别上也有一个可以记下的现象：法国一国占了三节，而这三节彼此相连，2008年开的门，2011年就被用来改了警局，2016年又轮到民法典自己动手。再按各节事件本身的形式数（法院判决或裁定算判决；议会或立法机关通过的法律、法令算立法；

宪法解释、内阁决议、指导性意见算释法；这是本书的读法）：判决三节，即2010年德国最低生活保障判决、2012年美国平价医疗法案案、2015年美国奥贝格费尔案；立法六节，即2007年中国物权法、2008年法国修宪、2009年日本施行的裁判员法、2011年法国警察拘留法、2013年英国同性婚姻法、2016年法国债法改革法令；释法一节，即2014年日本内阁决议。这十年以立法为多，判决集中在德国与美国；中国这一节仍是立法，与上两编一样，这一点留给下编结语统一去读。

最后看制度依赖落在哪里。落在次序上的最多：法国把普通法院放在宪法委员会之前，日本把内阁解释放在法院之前，美国把最高法院放在州的民主程序之前，英国把议会放在法院之前。2013年英国与2015年美国这一对同题，正好把“价值问题由谁说了算”的两种次序摆在一起，各自加固了自己最硬的那一处。落在连接上的，是嫌疑人与律师、受助者与国家、国民与法庭、两个结婚的人；落在结构上的，是物权与债权的分界、联邦与州的分工、合同法的整部法典。

对照判词三与条款三，本编十节都能指认出过去的学派做法与当下需要的对应，这一编没有给条款三提供反例。但也要记下：B 类的两节说明，“被当下认领的过去”有时会被当下改写；而 A 类的五节说明，加固最多的地方，正是本书说的制度依赖最深的地方。也要承认登记里的几处犹疑：日本集体自卫权一节，有人会登 C；法国债法改革一节，也有人会登 C；德国最低生活保障一节，离 D 只差一步。这几处如果改登，A 会少一节、C 会多两节，但“加固最多落在次序上”这一点不会变。这是本书的读法，读者可以用同一张表去数出不同的结果。

第 十 八 编

2017—2026：旧规矩接新考题

编　序

本编十节，从 2017 年到 2026 年，第 111—120 章，第 121 章是本编小结。每节按同一个顺序走：当年的意义需要，当时在用的学派与框架，预测与实践记录，意义中心，类型登记，最后是带走的话、小账与旁证。

本编各章：

- 第 111 章　2017　英国：米勒案
- 第 112 章　2018　中国：宪法修正与监察法
- 第 113 章　2019　英国：米勒第二案
- 第 114 章　2020　中国：民法典
- 第 115 章　2021　德国：气候保护裁定
- 第 116 章　2022　美国：多布斯案
- 第 117 章　2023　日本：刑法性犯罪规定修改
- 第 118 章　2024　跨国：欧盟人工智能法
- 第 119 章　2025　法国：勒庞案一审判决
- 第 120 章　2026　美国：特朗普诉巴巴拉案
- 第 121 章　本编小结（2017—2026）

按下编结语的总账，本编登 A 加固四节、B 改写二节、C 同台三节、D 无学派预见一节。

第 111 章

2017　英国：米勒案

本节只写“谁有权按下脱欧通知的按钮”这一件法律上的事。脱欧本身的来龙去脉，政治学卷英国章已经写过，这里不重复。

当年的意义需要　2016 年 6 月公投之后，政府打算凭君主的特权（英国法里叫“王室特权”，由政府代为行使），自己向欧盟发出《欧洲联盟条约》第 50 条规定的退出通知，不经议会表决。投资经理吉娜·米勒等人起诉，说这一步会取消议会法律赋予国民的权利，只有议会才能做。2016 年 11 月 3 日，英格兰高等法院支持了起诉方；政府上诉，最高法院在 12 月初连续开庭四天，11 位大法官全体出庭。那一年的需要很具体：一个牵动全国的决定已经由公投给出方向，接下来由谁把它变成法律动作，必须有一个说法，而且要快。难处在于，规定举行公投的那部 2015 年法律，只说要问、怎么问，没有说问完之后由谁、照什么程序去办；公投在法律上没有自动生效的效力。于是，人民直接表达的意思，要通过哪一扇门才能变成法律上的一步，成了一个空着的位置。政府认为这扇门是自己手里的特权，起诉方认为这扇门只能是议会。法院被推到了必须回答的位置上，而且答案无论偏向哪一方，都会被当成政治表态来读，这又使法院更要把话说得只关乎“权限”。

当时在用的学派与框架　英国自己的传统有两根柱子。一根是戴雪讲成定式的议会主权：议会制定的法律，没有任何机关可以推翻；反过来，政府的特权只能在议会法律没有占住的地方活动，十七世纪以来的判例一再这样说。另一根是“法律”与“宪法惯例”的分开：惯例是政治上的规矩，违反了会挨骂、会下台，却不由法院来判。这两根柱子背后，是第 33 章讲过的哈特式实证主义的读法：法院认的是那条“承认规则”，即议会说了算；至于惯例，它属于社会事实，不属于法院执行的规则。另一方面，政府一方援引的是同样古老的看法：缔结与退出条约，向来是王室特权的地盘。两边各有老判例撑腰。起诉方可以引 1610 年的公告案，那里法官说国王不能凭公告改变国家的法律；也可以引 1920 年的德凯泽酒店案，那

里法院说议会法律一旦覆盖了某个领域，特权就退场。政府方可以引一长串关于条约的判例，说国际层面的事从来不由法院插手。两套说法都属于同一个普通法传统，分歧在于这件事落在哪一块地盘上。

预测与实践记录　按议会主权的路子，可以预测：只要退出会改变国内法、拿走国民从 1972 年《欧洲共同体法》得到的权利，就得由议会动手。按条约特权的路子，可以预测：退出条约是对外行为，政府自己能做，国内法随后再调整。2017 年 1 月 24 日，最高法院以 8 比 3 判决：发出第 50 条通知需要议会立法授权。多数意见由纽伯格勋爵宣读，理由是 1972 年那部法律把欧盟法接进国内，像一根导管；政府用特权拔掉导管，就等于用行政行为改了国内法的来源，这是特权不能做的。里德、卡恩沃斯、休斯三位勋爵持异议，认为那部法律本身就以“英国还是成员国”为条件，条件变了，法律效果自然跟着变，不必另行授权。同一份判决里，另一个问题得到全体一致的回答：苏格兰等地方议会主张的“须经同意”的惯例，即使已写进 2016 年的法律条文，仍然是政治惯例，法院不执行。这一半常被略过，其实很要紧。苏格兰与北爱尔兰方面的预测是：既然议会自己已把这条惯例写进了法律，它就该升格为法院可以执行的规则。法院的回答是，议会写进去的只是“承认这条惯例存在”，并没有把它变成法律义务；惯例的分量，仍由政治去掂。判决之后，政府提交了一部很短的授权法，实质条文只有授权首相发出通知的一条，议会未作修改即通过，3 月 16 日成为法律，3 月 29 日通知发出。从实践记录看，两条路的预测各对了一半：议会主权一方赢得了“由谁做”，条约特权一方关心的“做不做得成”并没有因此受阻，授权法几周之内就通过了。法院也因此可以说，它没有挡住任何政治决定，只是把决定送回了它认为应在的那扇门。还要记一笔的是，这次审理是这家法院自 2009 年成立以来第一次全部 11 位大法官一起出庭，法院自己用这种安排表明，它知道这是一次关于宪法次序的考试。

意义中心　自由在中心，但这是一种特定的自由：国民的权利，只能由选出来的议会来拿走，不能由政府一纸决定拿走。多数意见反复落在“权利”二字上，在欧盟各国居住、工作的权利，向欧盟机构申诉的权利，这些都是通过那根导管流进来的，导管怎么拆，要由造导管的人决定。幸福退在后面：判决明确说，它不评判

退出对国家是好是坏，不衡量哪种结果对多数人更有利。创造也不在场：法院没有造任何新的规则，它的说理越是不新，越能显得只是在执行老规矩。这种把自由押在程序上、而不是押在结果上的做法，正是英国议会主权传统的一贯权重。

类型登记：A 加固　理由有两条。第一，多数意见没有发明新原则，它把议会主权和“特权不能改国内法”这两条老规矩，原样搬到一个新场景上，沿原路再走一步。第二，关于惯例的那一半更说明问题：即使议会自己把惯例写进了法律条文，法院仍然说它不变成法院要执行的规则，“法律归法院、惯例归政治”的分界线被再一次划深。用本书的话说，这是对“次序”的加固：议会在上、政府特权在下、惯例在法院门外，这条上下与内外的排列，被一次最高法院判决重新钉牢。三位异议法官的读法也来自同一传统，只是对那部 1972 年法律的解释不同，算不上另一个学派上台。若用本书第七章的说法再看一层：那根“导管”本身就是一种连接，它把欧盟法与国内法连在一起，也把国民与一整套权利连在一起；多数意见说，拆掉一条连接，与接上它要由同一个主体来做。连接与次序在这里是一起被加固的。

> 带走的话
>
> 米勒案没有回答脱欧该不该，它回答的是按钮在谁手里。它把“议会在上、惯例在门外”这条老次序，在最紧的时刻又钉了一遍；两年后，门外那一半就要被问第二次。

> **小账**　本节动用：议会主权、法律与惯例之分、承认规则、次序。
> 锁定记录：“特权不得改变国内法”的起点被加固；“惯例不进法院”的起点被加固。

旁证　同年，德国联邦议院于 6 月 30 日通过法律，把民法典中的婚姻向同性伴侣开放，当年 10 月施行。

第 112 章

2018　中国：宪法修正与监察法

本节只写立法的结构，以及这些结构与哪些学派的做法对得上，不评价制度本身。

当年的意义需要　2018 年 3 月，第十三届全国人大第一次会议先后通过两部文件。3 月 11 日通过宪法修正案，共二十一条，内容包括在序言中写入新的指导思想与发展理念、赋予设区的市地方立法权、把全国人大的法律委员会改为宪法和法律委员会、调整国家主席任职的有关规定，以及在第三章“国家机构”中新增一节“监察委员会”。3 月 20 日，依据修改后的宪法，通过《监察法》。当时官方说明的需要，是把此前分散在党内纪律检查、行政监察与检察机关反贪部门的监督职能合在一起，使监督覆盖所有行使公权力的公职人员，并且让这件事有宪法上的根据。在修宪之前，这项改革已经走过一段试点：2016 年底，全国人大常委会作出决定，授权北京、山西、浙江三地开展监察体制改革试点，在试点地区暂时调整适用若干法律条款；2017 年 11 月，又作出决定把试点推开到全国。也就是说，到 2018 年 3 月，新的机构在各地已经事实上运转，缺的是宪法层面的位置与一部统一的法律。需要的不是“要不要做”，而是怎样让已经在做的事，在整个规范体系里找到上下有序的落点。

当时在用的学派与框架　至少三条线索在这里交汇。第一条是中国自己的传统：从秦汉的御史到明清的都察院，设一个专门“监察百官”、与行政系统分开的机构，有很长的历史。第二条是第 32 章讲过的马克思主义法学，以及 1982 年宪法确立的人民代表大会制度：国家机构都由人大产生、对人大负责。第三条是 1990 年代以来中国法学界常用的规范层级的读法，与第 29 章凯尔森的规范金字塔同一个思路：下位法要从上位法里找到根据，宪法在最上面。改革开放以来“有法可依”的路子，也一直要求重大改革“于法有据”。还要看到 1982 年宪法自己的结构：第三章“国家机构”原来分为七节，依次是全国人大、国家主席、国务院、中

央军委、地方人大和政府、民族自治地方的自治机关、人民法院和人民检察院。一部宪法怎样排列它的机关，本身就是一张“谁和谁并列、谁由谁产生”的图。任何新机关要进来，都要先回答它插在这张图的哪一格。

预测与实践记录　按规范层级的读法，可以预测：一个新的国家机关要出现，必须先在宪法里出现，再由法律去细化，顺序不能倒。实际的顺序正是如此，先修宪、后立法，《监察法》第一条写明根据宪法制定。按人大制度的读法，可以预测：新机关要由人大产生、对人大负责。修正后的宪法规定，国家监察委员会由全国人大产生，主任由全国人大选举，地方各级监察委员会由本级人大产生，同时实行上级监察委员会领导下级监察委员会的体制。按传统监察的读法，可以预测：新机关会与行政机关并列，而不是行政机关的一个部门。修宪后，国家机构中出现了与“国务院”“人民法院”“人民检察院”并列的一节，原来国务院下的监察部、国家预防腐败局，以及最高人民检察院的反贪污贿赂总局等机构，并入其中。《监察法》还规定了“留置”这一调查措施，并对其适用条件、期限与审批作出规定，把这项措施放进了法律的条文。从立法技术看，这部法律的骨架也是规范层级读法熟悉的样子：全法九章六十九条：先总则，写指导思想、根据与原则；再写监察机关及其职责、监察范围和管辖、监察权限；再写监察程序、反腐败国际合作、对监察机关和监察人员的监督、法律责任，最后附则。各章之间的先后，就是“谁可以做什么、按什么步骤做、做错了由谁追究”的顺序。宪法修正案在大会上的表决结果是赞成 2958 票、反对 2 票、弃权 3 票，这是公开的会议记录，本节照录，不作解读。同一次修宪把法律委员会改名为宪法和法律委员会，使推进合宪性审查有了一个专门承担的委员会。

意义中心　幸福在中心，这里的幸福指公共的好：公职廉洁、公权受监督，被当作全体人民的共同利益来表述。立法说明里反复出现的词，是“全覆盖”“集中统一”“权威高效”，这些都指向整体治理的效果，也就是公共生活过得好不好。自由不在说明的中心位置：《监察法》里关于被调查人权利的条文，例如留置期间通知家属、保障饮食休息、讯问录音录像等，是作为对监察权的约束出现的，而不是立法的出发点。创造也不在中心：机构的形态有新意，但立法说明并没有把它当

作一次制度上的试验来讲，而是讲成对既有监督资源的整合。按第7章讲过的那条提醒（理论与国家实践要分开读），这里说的是国家实践的意义选择，不是某个学派理论的意义预设，两者要分开读。

类型登记：A 加固　理由是这次立法在“结构”与“次序”两项上都沿着已有的路走了一步，而且是一条在 2016 至 2017 年试点中已经铺好的路：先由常委会授权试点，再由大会修宪，再由大会立法。“授权—试点—修法”这种先后，是中国改革开放以来立法中反复出现的做法，这一次只是用在了国家机构这一层。结构上，它在既有的人大制度之下增加一个机关，并把它的产生方式套进原来的“由人大产生、对人大负责”的格局；次序上，它严格按“先宪法、后法律”的上下顺序完成，并把这种顺序写进法律第一条。传统监察的做法提供了机构形态，规范层级的做法提供了立法顺序，两者并不冲突，都是对已有起点的再用，而不是出现某个学派事前推不出的新东西。若有人认为“监察机关与行政、审判、检察机关并列”是新的格局，本书的回答是：它在形态上新，在产生方式与上下次序上仍是旧路，故仍登为加固。

还有一点可作佐证：在宪法文本中，监察委员会一节被排在民族自治地方的自治机关之后、人民法院和人民检察院之前，原来的第七节顺延为第八节。插入的位置本身，就是一次结构上的安排，它说明新机关被放进了原有的排列，而不是另起一张图。

> 带走的话
>
> 这一节最值得看的，不是新机关有多大，而是它出场的顺序：先进宪法，再有法律。一部法律在第一条里写下“根据宪法”，就是把一条次序写成了制度。

小账　本节动用：结构、次序、规范层级、人大制度、传统监察。
锁定记录：“先修宪、后立法”的次序被加固；“国家机关由人大产生”的结构被加固。

旁证　同年 6 月，日本国会通过民法修正，把成年年龄从二十岁降到十八岁，2022 年 4 月施行。

第 113 章

2019　英国：米勒第二案

本节与第 111 章是一对。两年前，法院说惯例在法院门外；这一次，问题是：当一项特权的行使碰到了议会，法院能不能进门。本卷只写“惯例怎样变成判例”，不写当时的政治攻防。

当年的意义需要　2019 年 8 月 28 日，女王在枢密院会议上依首相的建议，批准议会休会（英国法里叫“议会闭会”），休会从 9 月上旬起，到 10 月 14 日新会期开幕止，前后约五个星期。休会本身是常见的程序，每年都有，通常只有几天，用来结束一个会期、开始下一个会期。这一次的长度与时点，恰好落在距离脱欧期限只有几周的时候，于是两地同时有人起诉：在英格兰，仍是吉娜·米勒；在苏格兰，是一批议员，案件以领衔原告的姓氏称为切里案。两地法院给出相反的答案：英格兰高等法院认为这是政治问题，法院不该审；苏格兰最高民事法院内庭在 9 月 11 日认定休会违法。两案合并上诉到最高法院。那一年的需要是：同一个国家里，两地法院对“法院能不能管”说了相反的话，必须有一个最终的说法，而且要在议会被关着的那几周里说出来，否则说了也等于没说。

当时在用的学派与框架　英国的公法传统在这件事上有两套现成的说法。一套是第 111 章已经出场的“法律与惯例之分”：首相如何向君主建议、君主如何照建议行事，属于惯例与政治问责的领域，法院历来不碰。英格兰高等法院正是沿这条路判的：多长的休会算合理，没有法律标准可以衡量，所以不可审。另一套是二十世纪后半叶发展起来的司法审查，以 1984 年的公务员工会案为标志：法院不再一概拒绝审查特权，而是看特权落在哪一类事情上，有些可以审，有些（例如缔结条约、授予荣誉、解散议会）仍在门外。这一套背后，是普通法判例体系自己长高的方式（第 47 章讲先例怎样排出次序，第 48 章讲体系怎样自己长高）：不靠立法，靠一个个案子把可审与不可审的线往前推。还有第三条暗线，就是戴雪本人：议会

主权与“议会对政府的问责”，在他那里本来就是宪法的两根柱子，只是一直被当作政治原则，而非法院可以拿来量东西的尺子。

预测与实践记录　按“惯例在门外”的路子，可以预测：法院会说这是政治问题，不审。按“特权分类审查”的路子，可以预测：法院会先问休会属于哪一类，而休会与解散议会很像，很可能被归进不可审的一边。实际的记录与两者都不同。2019 年 9 月 24 日，最高法院 11 位大法官一致判决，判词由黑尔女男爵与里德勋爵联名撰写。法院没有去问首相的动机，也没有给休会定一个“合理天数”，而是换了一个问法：先问这项特权的边界在哪里，再问这次行使有没有越过边界。边界，法院说，来自两条宪法原则：议会主权，以及议会对政府的问责；一项休会如果在没有合理理由的情况下，阻碍议会履行其宪法职能，并且效果足够严重，就越过了边界。法院认定这次休会越界，政府没有给出任何理由，因此休会的建议违法，据此作出的休会令无效，等于没有发生。第二天，下议院复会。判决里还有一处不易察觉、却决定了结果的推理。按 1689 年《权利法案》，议会内部的程序不受法院追问；政府一方据此主张，休会令在上院宣读的那个仪式属于议会程序，法院不能碰。法院的回答是：休会不是议会自己的决定，而是从外面强加给议会的，它恰恰终止了议会的程序，所以不属于受保护的“议会程序”。这一步分清了“议会内部的事”与“落到议会头上的事”，把法院能进的门开在了后者上。至于下一步怎么办，法院没有替议会安排，只说由两院议长决定。

意义中心　自由在中心，而且与第 111 章是同一种自由：选民通过议会对政府说话、对政府问责的自由。判决里没有一处讨论脱欧本身的利弊，也没有讨论首相休会的政治目的是否正当，法院刻意只谈“效果”，即议会有几个星期不能开会、不能发问、不能立法。幸福不在中心：法院不衡量哪种政治结果对国家更好。创造倒是出现了一点：法院为了回答“能不能审”，造出了一个此前判例里没有明说过的检验标准。不过法院自己把这一点创造说成“不是新东西”，是从两条老原则里读出来的。创造被放在了说理的背面。这样做也有它的道理：在一个没有成文宪法典的国家，法院若承认自己在造规则，就等于承认自己站到了议会之上；把新标准说成老原则的推论，才能让这一步留在议会主权的框架之内。

类型登记：B 改写　理由是：在这之前，两套在用的说法都没有预测到这个结果。“惯例在门外”预测不审；“特权分类审查”多半会把休会归入与解散议会同类的不可审一边。法院走的是第三条路：不按特权的类别、而按特权的边界来审，并把一直被当作政治原则的“议会问责”，第一次当作法院可以拿来量东西的法律尺子。用本书的话说，一条惯例（首相如何建议休会、议会靠什么约束首相）在这里变成了判例里的一条规则，原来门外的东西进了门。这正是第 111 章那条分界线被改动的地方。两年前，法院说即使议会写进了法律，惯例也不进门；两年后，法院说议会问责是宪法原则，原则可以划出特权的边界。前后两案并不矛盾，因为前案涉及的是地方议会与中央的政治约定，后案涉及的是议会本身能不能开会，但“法律与惯例”的这条线被重新划过，是清楚的。也要记下另一面的实践记录：2022 年，议会在恢复首相建议解散议会这一权力的法律中，写进了一条把解散排除在法院审查之外的条款。立法者用条文把门重新关上了一扇，说明这次改写触动的正是制度的次序。但这条排除只写了解散，没有写休会；米勒第二案为休会划下的那条边界，因此仍然留在判例里，两扇门一扇被立法关上，一扇由判决开着。

> 带走的话
>
> 米勒第二案的要点，是法院换了问题：不问首相为什么这样做，只问这项权力的边界在哪里。一条政治原则被当成尺子用，惯例就变成了判例；而立法者随后关门，又说明门本来就是可以移动的。

> **小账**　本节动用：法律与惯例之分、可审性、特权的边界、议会问责、次序。
> 锁定记录：“惯例不进法院”的起点在这一处被改写；“议会在上”的次序被同时加固。

旁证　同年 12 月，德国《联邦气候保护法》公布；这部法律两年后成为第 115 章那份裁定审查的对象。

第 114 章

2020　中国：民法典

当年的意义需要　2020 年 5 月 28 日，第十三届全国人大第三次会议通过《中华人民共和国民法典》，2021 年 1 月 1 日起施行。这次会议原定 3 月召开，因新冠疫情推迟到 5 月。民法典共七编加附则，1260 条，依次是总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任。它施行之日，婚姻法、继承法、民法通则、收养法、担保法、合同法、物权法、侵权责任法、民法总则九部法律同时废止。新中国曾在 1954 年、1962 年、1979 年、2001 年四次启动民法典的起草，都没有完成；此前四十年的做法是“成熟一部、制定一部”，先单行法、后汇编。2014 年的中共十八届四中全会提出编纂民法典，立法机关采取“两步走”：先编总则，民法总则于 2017 年 3 月 15 日通过、同年 10 月 1 日施行；再编各分编，最后把总则与分编合为一部法典。民法总则在法典里成为总则编，内容基本保留，条文重新编号。当年的需要可以这样说：四十年间一部部长出来的单行法，各有各的用语与体系，彼此有重复也有缝隙，需要被收拢成一部前后一贯的法典；同时，互联网、个人信息、住房、环境等新问题，需要在民事法律中有一个统一的位置。

当时在用的学派与框架　法典编纂本身，就是本书上编几章争论过的题目。第 15 章讲过拿破仑法典与注释法学派：法就在法典里，法官照条文办。第 18 章讲过德国的潘德克顿体系：从最一般的概念推出下位规则，所以要有一个“总则”放在前面，把主体、法律行为、代理、时效这些公因式提出来。第 16 章讲过萨维尼：他反对在时机不成熟时匆忙编法典，主张法从民族的生活与学术中慢慢长出来。中国民法学自清末修律起，主要继受的是德国与日本的潘德克顿体系，1986 年民法通则、1999 年合同法、2007 年物权法也都在这个框架里。同时，中国民法学界在 2010 年代有一场关于人格权是否独立成编的公开争论：一方主张人格权应单独成编，以回应现代社会对人格尊严、隐私、个人信息的保护需要；另一方认为人格权是主体本身的属性，

按潘德克顿体系应放在总则的“自然人”部分，或靠侵权法保护，单独成编不合体系。

预测与实践记录 按潘德克顿的路子，可以预测：民法典会以总则开头，分编按物权、债、亲属、继承排列。实践记录基本照此：总则在前，物权在后，合同编实际承担了债法总则的功能，婚姻家庭与继承各成一编。按萨维尼式的历史法学，可以预测：法典是对已经长成的规则的收拢，而不是重新设计。实践记录也对得上：立法机关公开说明，这是“编纂”而不是“制定新法”，大部分条文来自已经施行多年的单行法与司法解释。按人格权独立成编派的主张，可以预测：会有一个独立的人格权编。实践记录是：有，而且排在合同编之后、婚姻家庭编之前，专门规定生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权和个人信息保护等。按反对派的预测，独立成编会与侵权责任编重复。实践记录是：立法采用了分工的办法，人格权编写权利的内容与边界，侵权责任编写受侵害后的赔偿，两编之间互相指引。此外，民法典增加了几样新东西：总则第九条要求民事活动节约资源、保护生态环境；物权编新设居住权；合同编吸收了电子合同的规则。侵权责任编则把几类在司法实践中争议多年的情形写进了条文：自愿参加有一定风险的文体活动受伤，原则上不能向其他参加者索赔，这就是“自甘风险”；无偿搭载他人出了事故，搭载人的责任可以减轻；从建筑物中抛掷物品致人损害，规定了先查找具体侵权人、公安等机关应当依法及时调查的程序，难以确定的，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。这些条文的来路，大多是此前的地方判决与最高人民法院的司法解释，民法典把它们从判决与解释里提上来，放进法典的格子。法典施行前后，最高人民法院对既有的司法解释做了一次集中清理，废止、修改了一大批，并重新发布与民法典配套的解释。

意义中心 幸福与自由并列在中心，偏向幸福。自由体现在合同编与物权编：当事人可以自愿约定，财产受平等保护，这是民法的老底子。幸福体现在新增的部分：人格权编把人格尊严写成一组可以主张的具体权利；绿色原则把环境当作民事活动的边界；居住权回应住房的实际需要。立法说明里常用的说法，是让民法典成为人民群众生活的“百科全书”，这句话本身就把重心放在日常生活过得好上。创

造不在中心：编纂的姿态是收拢而非开创，就连人格权独立成编，立法者也说成是对已有法律与司法实践的总结。

类型登记：A 加固　理由是：从结构看，这部法典把潘德克顿的体系框架（总则、分则，抽象到具体）在中国第一次完整写成一部法典，这是沿原路走完的最后一步；从次序看，它让九部单行法退场、由一部法典统领，此后的司法解释要围绕法典重新编号与清理，下位规则的次序因此被重新排了一遍。人格权独立成编看上去像是一处改写，因为潘德克顿体系推不出它，本书的意见是：它改动了编的排列，却没有改动起点，主体与法律行为这对核心概念仍然是总则的骨架，人格权编只是把原来散在总则、侵权法与司法解释里的规定挪到一起。一处排列上的新，不足以把全节登为 B。还要看到加固的另一面：法典一旦写成，九部单行法里原有的、彼此不一致的说法，就只剩下法典里的那一种；司法解释与地方判决中积累的做法，也被挑选、改写后定格在条文里。法典把一段长时间的发生收拢成一个显露出来的样子，之后的改动，就要走修改法典的程序，而不能再由某一部单行法单独去变。这就是第六章讲的“分叉沉淀成体系”，在中国民法上最完整的一次。

> 带走的话
>
> 民法典是一次收拢，不是一次重造。它把一百多年前从德国、日本借来的体系，在中国第一次完整地写成一部法典；那一处独立的人格权编，是这个体系在新问题面前多开的一扇门，而房子还是原来的房子。

> **小账**　本节动用：法典编纂、潘德克顿体系、历史法学、结构、次序。
> 锁定记录：“总则统领分则”的结构被加固；人格权的位置被重排，起点未改。

旁证　同年 6 月，美国联邦最高法院在博斯托克诉克莱顿县案中判决，1964 年民权法禁止的“基于性别”的就业歧视，包括因性取向或性别认同而解雇。

第 115 章

2021　德国：气候保护裁定

当年的意义需要　2019 年 12 月公布的《联邦气候保护法》规定，到 2030 年，德国温室气体排放要比 1990 年减少 55%，并为各部门定了到 2030 年的年度排放量；至于 2030 年以后怎么走，法律只说以后再定。几批申请人，其中有不少年轻人，也有环保团体支持的个人，分别在 2018 年至 2020 年间向联邦宪法法院提出宪法诉愿，说国家保护不够。他们的说法分两层：一层是气候变化威胁他们的生命与健康，国家没有尽到保护义务；另一层是，按这部法律的安排，越往后需要削减的排放越多，他们这一代人将来的生活会被大幅限制。2021 年 3 月 24 日，联邦宪法法院第一庭作出裁定，4 月 29 日公布：这部法律部分违宪，立法者须在 2022 年底以前，对 2031 年以后的减排路径作出规定。那一年的需要，是把一个以几十年计的物理过程，接进一个以选举周期计的法律制度：排放今天发生，后果在几十年后到来，受影响最深的人，有的还没有投票权，有的还没有出生。

当时在用的学派与框架　德国宪法法院在这件事上手里有三件现成的工具。第一件是基本法第 20a 条：国家也为了未来世代，保护自然的生存基础。这一条 1994 年写进基本法，长期被当作国家目标条款，而不是个人可以主张的权利。第二件是国家的保护义务：宪法法院自 1970 年代起认定，基本权利不只防国家侵害，也要求国家保护个人不受第三方或自然风险的侵害；但这种义务给立法者留了很宽的余地，只要不是明显不足，法院不插手。第三件是第 49 章讲过的比例原则：国家限制自由，要有正当目的，手段要适合、必要、相称。这三件工具背后，是阿列克西一派的原则理论，把基本权利理解成要“尽可能实现”的原则，可以彼此权衡。这套理论有一个默认的前提，很少被说出来：权衡是在同一个时刻进行的。今天的这项自由，与今天的那项公共利益，放在同一架天平上称。至于今天的选择会怎样改变二十年后天平上放的东西，传统的权衡并不处理。德国自己的法教义学传统，则要求法院把每一个新结论接进已有的体系，不能凭空提出。

预测与实践记录　按保护义务的路子，可以预测：法院会说立法者的措施不算明显不足，驳回。实践记录是，法院确实认定保护义务没有被违反，在这一点上申请人输了。按第 20a 条作为国家目标的路子，可以预测：法院会提醒立法者，但不会以此判违宪。实践记录是，法院把第 20a 条与《巴黎协定》的温控目标连在一起，认定这一条对立法者有约束力，并且可以由法院审查，但它也没有单靠这一条判违宪。真正让法律被判部分违宪的，是第三条路上一个新的推法：法院采用德国环境问题专家委员会依据政府间气候变化专门委员会的估算推出的德国剩余碳排放预算，指出到 2030 年为止允许的排放，会把德国剩余预算的一大部分用掉；2030 年以后，为了守住温控目标，国家将不得不对几乎所有与排放相关的自由活动作出急剧的限制。今天的宽松，等于提前把明天的限制定了下来。法院把这称为对未来自由的一种提前的、类似干预的效果，并要求立法者现在就把负担在时间上分配得相称，这就是“跨时间的自由保障”。2021 年 6 月 24 日，联邦议院修改气候保护法，把 2030 年目标提高到减排 65%，定下 2040 年减排 88%，把气候中和的年份提前到 2045 年，并为 2031 年至 2040 年定了年度减排目标；修改后的法律当年 8 月底生效，离裁定公布约四个月。另有一部分住在孟加拉国和尼泊尔的申请人，法院没有回答德国的保护义务是否及于他们，只说即使及于，也看不出义务被违反。判决还写下一条后来常被引用的话：随着气候变化加剧，气候保护在与其他利益的权衡中所占的分量会越来越重。这句话本身就是一条带时间的规则，它告诉以后的法官，同一架天平，过些年要换一种读法。

可以用一个日常的比方把这条推法讲白：一家人约定十年内把一笔固定的额度花完，前几年花得很松，后几年就只能勒紧到几乎什么都不能买。法院说的是，前几年的花法本身，已经替后几年的人做了决定，所以现在就要把十年的花法一起排好。比方只是比方，法院的论证是用碳预算的估算一步步算出来的。

意义中心　自由在中心，而且是被拉长了的自由：不是今天某个人的某项自由，而是今天的年轻人在二三十年后还剩多少自由。法院说理的落点，不是“环境好不好”（那更接近幸福），而是“限制自由的负担，不能全部推给以后的人”。幸福在旁边：第 20a 条讲的是生存基础，属于公共的好。创造也露了一面：法院为

了接住一个新问题，造出了一个新的教义概念，但它照德国的习惯，把这个概念说成是比例原则在时间维度上的延伸。这一节的意义中心值得与第 113 章对看：英国法院把自由押在议会能不能开会上，是程序的自由；德国法院把自由押在几十年后的人还能做多少事上，是实体的自由。两国法院都没有说自己在追求更好的结果，都说自己在守护自由，只是守护的方式由各自的传统决定。

类型登记：B 改写　理由是：三件在用的工具都没有预测到这个结论。保护义务的路子预测驳回，实践中也确实驳回；国家目标条款的路子预测提醒而不判违宪，实践中也确实没有单靠它判；让法律部分违宪的，是一个此前判例里没有的推法，把比例原则从“同一时间里的权衡”，改成“跨时间的分配”，并把“今天的宽松”认定为“对明天自由的预先干预”。这就是本书说的改写：原学派的预设推不出、但又被接进了体系的新东西。用制度依赖的三项来看，它改动的是“次序”：以前，宪法审查只排今天的权利与今天的公共利益谁先谁后；这一次，法院把今天与明天也排进了次序里，并要求立法者把这条次序写进法律。立法者在裁定公布后两个月内就通过了修法，说明这次改写被制度接住了。

> 带走的话
>
> 这份裁定没有说德国做得不够，而是说德国把负担排错了时间。它把比例原则拉长到了几十年，于是“未来的自由”第一次成了今天可以主张的东西。

> **小账**　本节动用：保护义务、国家目标条款、比例原则、跨时间的自由保障、次序。
> 锁定记录：“比例原则只在同一时间里权衡”的起点被改写；“法院不替立法者定数字”的起点被保留。

旁证　同年 8 月，中国全国人大常委会通过《个人信息保护法》，11 月 1 日起施行。

第 116 章

2022　美国：多布斯案

本节与第 45 章（原旨主义与活宪法）、第 47 章（遵循先例）和第 78 章（1987 年博克提名）直接相接。照全书口径，只写判决怎样推理、与哪些学派的预测对得上，不评价判决的结果。

当年的意义需要　2018 年，密西西比州通过一部法律，禁止在怀孕 15 周以后终止妊娠，医疗紧急情况与严重胎儿异常除外。州内唯一一家提供这项服务的诊所起诉，下级法院依照 1973 年罗伊诉韦德案与 1992 年宾夕法尼亚东南计划生育组织诉凯西案确立的规则，认定这部法律违宪。密西西比州上诉到联邦最高法院，并在审理过程中明确请求法院推翻罗伊案与凯西案。2022 年 5 月 2 日，一份多数意见的草稿被媒体公开，这在最高法院历史上极为少见。6 月 24 日，正式判决公布。那一年的需要，用法律的话说，是一条已经执行了将近半个世纪的宪法规则，被当事人当面要求废除；法院必须回答：先例的分量，能不能压住对宪法文本的重新阅读。

当时在用的学派与框架　美国宪法解释在这件事上有两套成熟的说法。一套是第 45 章讲过的“活宪法”与实质性正当程序：第十四修正案保护的“自由”，包括一些宪法没有明文写出的个人决定，罗伊案与凯西案都走这条路，凯西案还以“不得施加不当负担”作为检验标准。另一套是原旨主义：宪法的含义以制定时的公共理解为准，没有写进文本的权利，只有在“深深扎根于国家的历史与传统”时才受保护，这个检验标准来自 1997 年的格鲁兹伯格案。第三套是第 47 章讲过的遵循先例：即使先例在今天看来未必正确，也要考虑它被依赖的程度、它的规则是否可行、相关法律后来的发展等因素，再决定是否推翻。1987 年博克提名被否时，原旨主义第一次站在全国面前，那场听证里，罗伊案已被双方当作检验这一方法的一个关口：如果原旨主义成为最高法院的多数，罗伊案会被怎样对待，是当时反复被追问的问题。还要补上一层：凯西案本身就是一次遵循先例的考试。1992

年，几位被认为会推翻罗伊案的大法官，以尊重先例与维护法院公信为主要理由，保留了罗伊案的核心，同时把三个孕期的框架换成“不当负担”标准。所以到2022年，摆在法院面前的，不只是一个先例，而是一个已经被先例理论保护过一次的先例。

预测与实践记录　按活宪法与先例一路，可以预测：法院会维持罗伊案与凯西案的核心，最多调整检验标准。按原旨主义一路，可以预测：法院会认定宪法文本没有提到堕胎，相关权利也不扎根于历史与传统，于是推翻罗伊案，把问题交还各州。实践记录如下。阿利托大法官撰写多数意见，认为宪法没有明文提及这项权利，它也不属于深深扎根于历史与传统的那类自由；罗伊案的推理“从一开始就错得离谱”这一类判断，多数意见用了很重的措辞。多数意见逐项检视遵循先例的考量因素，列出的是五项：先前错误的性质、推理的质量、规则是否可行、对其他法律领域的扰动、以及社会对先例的依赖。对最后一项，多数意见认为，人们对罗伊案的依赖不是安排财产、订立合同那种具体的依赖，而是一般性的社会依赖，法院不适合去衡量。五项过完，多数意见认为都不足以保住罗伊案与凯西案，于是将两案推翻，把规范这一问题的权力交还人民及其选出的代表；州法今后只需通过最宽松的合理依据审查。在裁判结果上是6比3：密西西比州的法律被维持。在推翻先例这一点上是5比4：罗伯茨首席大法官同意维持密西西比州的法律，但认为不必推翻罗伊案的全部，只需放弃“胎儿存活能力”这条界线。布雷耶、索托马约尔、卡根三位大法官联名写了异议，认为多数意见无视先例、收回一项将近五十年的权利。托马斯大法官另写协同意见，主张今后也应重新检视以实质性正当程序为根据的其他先例；卡瓦诺大法官另写协同意见，强调本案不危及那些先例，并说各州不能禁止居民前往他州。判决之后，各州相继立法或启动原有法律，规则在州与州之间迅速分化。按原旨主义一路的设想，这正是判决要达到的状态：同一个问题，在五十个州有五十个可能的答案，由各州选民各自决定。按活宪法一路的设想，这正是它担心的状态：一项权利的有无，取决于一个人住在哪个州。两种设想对同一份实践记录作出了相反的读法。

意义中心　自由在中心，但判决的各方对“谁的自由”给出了不同的落点。异议意见把自由落在个人对自身重大事务的决定上；多数意见把自由落在人民通过本州的民主程序为自己立法上，也就是自治的自由。幸福在多数意见中被明确推到法院门外：哪一种规则对社会更好，多数意见说那是立法者与选民的事，不是法院的事。创造也被推出门外，而且是有意的：原旨主义的全部说服力，就在于它声称法院不创造，只是回到文本与历史。这正与罗伊案形成对照，后者常被批评者说成是法院“创造”了一项权利。一个判决两种自由，是本节在意义中心上最清楚的发现。

类型登记：A 加固　理由是：判决的推理与结论，是 1980 年代以来原旨主义一路明确作出过的预测，而且几乎原样兑现，没有出现这一学派事前推不出的新东西。从制度依赖看，这一次加固落在“次序”上：遵循先例原本让前案压着后案，罗伊案压了将近五十年；多数意见没有否定遵循先例这一制度，而是给出了一套推翻先例时要过的因素清单，并认定罗伊案过不了，于是重新排定了“文本与历史在上、先例在下”的次序。这套次序一旦写成判决，就会在以后的案件里被援用，托马斯与卡瓦诺两份协同意见之间的不同，正说明各方都清楚这次排定会延伸到别处。罗伯茨首席大法官的折中意见，是同一判决里沿“少走一步”方向的一条分叉，但没有成为多数。

> 带走的话
>
> 多布斯案像是一份按三十五年前的考纲作答的卷子：原旨主义一路早已摆出的推理，这一次成了多数意见。真正被改动的，是先例与文本谁在上的次序，这条次序会被以后的案子一用再用。

> **小账**　本节动用：原旨主义、活宪法、实质性正当程序、遵循先例、次序。
> 锁定记录：“历史与传统”检验被加固为宪法权利的门槛；先例的分量被重排在文本与历史之下。

旁证　同年 5 月 25 日，日本最高法院大法庭判决，旅居海外的国民不能参加最高法院法官国民审查，违反宪法，并以国会怠于立法为由判国家赔偿；这是继 2005 年在外国民选举权判决（第 97 章）之后，第二次以法律违宪为由判国家赔偿。

第 117 章

2023　日本：刑法性犯罪规定修改

当年的意义需要　2023 年 6 月 16 日，日本国会通过刑法修正案，7 月 13 日施行。核心是两条罪名改了名字也改了构成：“强制性交等罪”改为“不同意性交等罪”，“强制猥亵罪”改为“不同意猥亵罪”。这次修改的前一站是 2017 年：那一年刑法把旧的强奸罪扩大为强制性交等罪，被害人不再限于女性，提高了法定刑，取消了须经告诉才能追诉的规定，并新设了利用监护地位对未满 18 岁者实施的犯罪，但保留了“以暴行或胁迫”为要件。2017 年的修改距离 1907 年刑法制定，已经过去一百一十年，此前性犯罪的核心条文几乎没有大动过。2019 年 3 月，日本几家地方法院相继对几起性侵案件作出无罪判决，一个月内共有四起，其中有的判决认定了行为违背被害人意愿，却认为不满足“暴行或胁迫”或“不能抗拒”的要件。这些判决引起大规模的公众讨论，同年 4 月起，各地出现了以手持鲜花为标志的街头集会，此后每月举行。四起案件中，有三起后来在上诉审中被改判有罪。法务省于 2020 年设立性犯罪刑事法检讨会，此后法制审议会进入正式审议，2023 年 2 月部会拿出纲要案，3 月内阁决定提出法案。当年的需要是：判决的结果与社会对“违背意愿”的普遍理解对不上，而问题不在个别法官，在条文的构成要件本身。这里正好看见本书说的“法学必须判”：一审法官手里只有那条要件，认定了不同意，却认定不了“不能抗拒”，判决就只能落在无罪一边；法官不能以“条文不合理”为由拒绝裁判，只能把缝隙原样写进判决书，交给上级法院与立法者。

当时在用的学派与框架　日本刑法学自明治以来主要继受德国的犯罪论体系，即第 23 章讲过的三阶层：构成要件、违法性、有责性，每一阶都要明确可检。日本自己的判例又给这个要件加了一道门槛：最高法院在 1949 年的一个判决里，把这里的暴行或胁迫理解为达到使对方的抗拒显著困难的程度，此后几十年的下级法院大多照此掌握。于是在实际裁判中，问题常常变成“被害人有没有抗拒、能不能

抗拒”。在这套体系里，“暴行或胁迫”是一个看得见、可以证明的外在要件，它的好处是明确，符合罪刑法定对条文清楚的要求，坏处是把被害人内心的“不同意”留在要件之外。与之相对的，是第 43 章讲过的女性主义法学：它主张性犯罪的核心是对性自主的侵害，判断标准应当是对方有没有同意，而不是对方有没有被打、有没有反抗；英国 2003 年的性犯罪法、瑞典 2018 年的修法，都已把“同意”放到中心。日本法制审议会的讨论，实际就在这两条路之间，而辩护律师与部分刑法学者还提出第三种担心，即事后翻供与冤案的风险：内心状态难以证明，标准一旦放宽，证据的重心就会落到双方陈述上。讨论的大致格局是：一方担心单写“不同意”太模糊，会让处罚范围不确定；另一方认为要件不改，判决与被害人的实际处境之间的缝隙就填不上。

预测与实践记录　按德国式犯罪论一路，可以预测：修法会保留可以证明的外在情形作为要件，最多把情形列得更宽。按女性主义法学一路，可以预测：修法会把“没有同意”直接写成要件。实践记录是两者的接合。修正后的条文，以“使对方处于难以形成、表达或者实现不同意的意思的状态”为核心，并列举八类原因作为判断的抓手：暴行或胁迫；身心障碍；酒精或药物的影响；睡眠或其他意识不清；没有给对方形成不同意意思的余地，也就是突然袭击；使对方恐惧或惊愕；利用虐待造成的心理反应；利用经济或社会地位上的影响。此外还规定，利用对方对行为性质或对行为人身份的误认的，同样构成本罪。同一次修改，把性同意年龄从 13 岁提高到 16 岁，对 13 岁至 15 岁的对象，以行为人年长五岁以上为条件；新设对未满 16 岁者以性为目的的“面会要求”等罪；性犯罪的追诉时效延长五年，不同意性交等罪由十年延至十五年，被害人未成年的，另把未成年的期间加算进去。另一部同时通过的法律，即性的姿态摄影等处罚法，单独设立了偷拍及其传播的处罚。

意义中心　自由在中心，具体说是性自主：一个人是否与他人发生性关系，由自己决定。罪名从“强制”改为“不同意”，就是把条文的视线从行为人做了什么，挪到被害人是否愿意上。幸福在旁边：提高同意年龄、新设面会要求罪，是对未成年人的保护，更接近“让人免受伤害”的那一种好。创造不在中心，立法说明

一再强调，这次修改主要是把原有处罚对象写得更明确，并不是大幅扩张处罚范围。这一说明本身值得留意：立法者选择把一次方向上的改变，表述成一次“明确化”，这与第 113、115 章两国法院把新标准说成老原则的推论，是同一种姿态。在法律里，新东西往往要穿着旧衣服进门。

类型登记：C 同台　理由是：两条路都能认领这次修改，也都在条文里留下了记录，而且在法制审议会的记录里，两条路的代表都公开说明过自己的关切，修正案的写法是在他们之间来回磨出来的。女性主义法学可以认领：罪名里写进了“不同意”，判断的中心从对方有没有反抗，移到了对方能不能形成、表达、实现不同意。三阶层犯罪论可以认领：八类原因仍是外在的、可以举证的情形，条文没有把“不同意”这个内心状态单独当作要件，罪刑法定所要求的明确性被保留。用本书的话说，这是两个学派在同一条文里分工：一个决定罪名朝向哪里，一个决定要件怎样写才能被检验。在制度依赖的三项里，它动的是“连接”：行为人与被害人之间的法律关系，从“加害与抵抗”改成了“提出与同意”；而犯罪论体系的“结构”没有被拆。

> 带走的话
>
> 日本这次修法把罪名从“强制”改成了“不同意”，但没有把八类可以证明的情形拿掉。罪名朝向了当事人的意愿，要件仍守着可检验的门槛，两个学派在同一条文里各管一半。

> **小账**　本节动用：三阶层犯罪论、罪刑法定、性自主、女性主义法学、连接。
> 锁定记录：“以暴行胁迫为中心”的起点让位于“以不同意为中心”；“要件须外在可证”的起点被保留。

旁证　同年 6 月 29 日，美国联邦最高法院在公平录取学生组织诉哈佛大学案中判决，哈佛大学与北卡罗来纳大学在录取中以种族作为考量因素的做法，违反第十四修正案的平等保护条款。

第 118 章

2024　跨国：欧盟人工智能法

本节只写这部法律怎样给机器分级。“AI 与法”的大问题，留给第 60 章与附录一。

当年的意义需要　欧盟委员会在 2021 年 4 月提出人工智能法草案。2022 年底，能够生成文本与图像的通用模型突然进入大众生活，草案在立法过程中被大幅改动。2023 年 12 月，欧洲议会与理事会达成政治协议；2024 年 3 月 13 日，欧洲议会以 523 票赞成、46 票反对、49 票弃权通过；5 月 21 日，理事会一致通过；7 月 12 日在欧盟官方公报上公布，8 月 1 日生效。这部法律在法律形式上是条例，直接适用于各成员国，不需要各国另行转化。当年的需要是：一种新技术同时出现在招聘、信贷、教育、执法、医疗、聊天等几乎所有场合，各成员国已经开始各自立规矩，欧盟需要一套统一的办法，既防止伤害，又不把一个新产业一刀切地挡在门外。

当时在用的学派与框架　这部法律没有一个现成的法学学派可以直接套用，但它的骨架有清楚的来路。第一个来路是欧盟的产品安全法：玩具、医疗器械、机械，进入市场之前要符合基本要求，经过合格评定，贴上标志，上市后还要被监督，这套做法在欧盟已经运转了几十年。第二个来路是风险规制的思路：管得多严，取决于可能造成的伤害有多大、多可能。第三个来路是基本权利保护，以 2018 年施行的《通用数据保护条例》为代表，它把个人的尊严、隐私、不受歧视放在技术之前。第 49 章讲过的比例原则，在这里成为分配管控强度的尺度：伤害越大，限制越重。

预测与实践记录　按产品安全法的路子，可以预测：法律会按用途给系统分类，对危险的类别设上市前的义务，对安全的类别放行。2021 年的草案正是这样，把 AI 系统分成四级：不可接受的风险，禁止；高风险，严格规管；有限风险，只负透明义务；最低风险，基本不管。正式文本保留了这个骨架。禁止的写法

是逐项列举，而不是一个笼统的原则，这本身就说明立法者选的是产品法的思路：先划出不能上市的品类。被禁止的包括：利用人的弱点进行操纵、由公共机关或私人进行的社会评分、在工作场所与学校进行情绪识别、为执法目的在公共场所进行实时远程生物识别（有严格限定的例外）等。高风险类分两路：一路是作为受产品安全法管辖的产品（如医疗器械）的安全组件的 AI；另一路是附件三列出的领域，如关键基础设施、教育、就业、获得基本公共与私人服务、执法、移民、司法与民主程序。高风险系统要做风险管理、数据治理、技术文件、日志记录、人的监督、准确性与稳健性，并接受合格评定。有限风险的，比如与人聊天的系统、生成的合成内容，要告知用户或作出标识。到这里为止，产品安全法的预测一一兑现。

预测没有覆盖的是第五块。2022 年底以后，立法者面对的不再只是用于某一用途的系统，而是一种可以被用在几乎任何用途上的通用模型。用途分类的办法在这里失灵，因为它不知道一个模型会被拿去干什么。最终文本为“通用人工智能模型”另设一章：所有这类模型的提供者，都要编制技术文件、遵守版权规则、公布训练内容的概要；其中具有“系统性风险”的模型，要承担评估、对抗测试、事故报告、网络安全等额外义务。判断是否具有系统性风险的一条推定标准，是训练所用的计算量超过 10 的 25 次方次浮点运算。也就是说，对这一类机器，分级的尺子不是用途，而是规模。法律的义务分阶段生效：禁止性规定自 2025 年 2 月起适用，通用模型的义务自 2025 年 8 月起适用，多数其余规定原定自 2026 年 8 月起适用。2026 年 5 月 7 日，欧洲议会与理事会就一份“数字综合简化”修订案达成临时协议；这份修订条例于 7 月 24 日在官方公报公布，把附件三所列高风险系统的义务推迟到 2027 年 12 月 2 日适用，把作为受管产品组成部分的高风险系统推迟到 2028 年 8 月 2 日。分级的骨架没有动，动的是各级义务落地的时间表。

意义中心　幸福在中心：法律反复写明的目的，是保护健康、安全与基本权利，这是让人免受伤害的那一种好。自由在旁边：禁止清单中的操纵、社会评分、情绪识别，都是对个人自主的保护。创造在这部法律里被明确地放进了天平：监管沙盒、对中小企业的减轻措施、对研究用途的豁免，都是为创新留出的位置。三者

同时在场，这在本编十节中是唯一的一次；2026 年的修订推后了高风险义务的适用日期，它是放在“简化”的名目下提出的，这是创造一端在天平上被再次提起。

类型登记：D 无学派预见　这一登记需要专门说明，因为四级风险的骨架是 A：产品安全法与风险规制早就预测到了，而且几乎原样兑现。本书仍登为 D，理由在那第五块。用计算量给机器分级，在立法开始时没有任何法学学派或规制理论预见到；它不是从产品安全法里推出来的（产品安全看用途），不是从基本权利保护里推出来的（基本权利看对人的影响），也不是比例原则推出来的（比例原则需要先知道伤害是什么）。它是立法者在通用模型突然出现之后，为了在不知道用途的情况下仍能分级，临时找到的一把尺子。这正是 D 类的定义：一个新东西进来，没有学派事前接得住，制度只好先造一个抓手。

例外检验　按本书的规矩，D 类要过一道检验：是不是只因为本书没有找到，而不是真的无人预见。可以挑战的地方有两处。一是有人会说，美国 2023 年的行政命令也用过计算量门槛，所以不算新；但那是同一时期的平行做法，不是事前的学派预测。二是有人会说，环境法里早就有按规模分级的做法，例如按排放量划定重点排放单位；这一挑战更强。本书的回答是：环境法按规模分级，是因为规模本身就是伤害的量度；这里的计算量只是对“可能有多大能力”的代用指标，与伤害之间没有直接的对应。所以本书暂登 D，并把这条理由登进附录八的核验表，留给读者反驳。

> 带走的话
>
> 欧盟给机器分级用了两把尺子：一把是旧的，看你拿它做什么；一把是新的，看它有多大。第一把来自几十年的产品安全法，第二把是立法者在新东西闯进来时临时造的，本编里少见的一次 D。

> **小账**　本节动用：产品安全法、风险规制、比例原则、通用模型、结构。
> 锁定记录：“按用途分级”的起点被加固；“按规模分级”作为无学派预见的抓手新进入制度。

旁证　同年 6 月 28 日，美国联邦最高法院在洛珀·布赖特公司诉雷蒙多案中判决，推翻 1984 年雪佛龙案确立的对行政机关法律解释的尊重原则。

第 119 章

2025　法国：勒庞案一审判决

本节只写法律的一面：法官、被选举权与“暂时执行”这三样东西怎样碰到一起。照全书口径，不评价当事人，不评价案件的是非；与之相关的后续程序如仍在进行，一律只作描述。

当年的意义需要　2025 年 3 月 31 日，巴黎轻罪法院就国民联盟（前身为国民阵线）欧洲议会议员助理一案作出一审判决。案件的指控是：在 2004 年至 2016 年间，该党的多名欧洲议会议员，用欧洲议会发给议员雇用助理的经费，支付了实际为党务工作的人员。法院认定九名前欧洲议会议员犯挪用公款罪，其中包括玛丽娜·勒庞；十二名助理犯窝藏罪；法院认定的损失约为 290 万欧元。对勒庞本人，法院判处四年监禁，其中两年缓刑、两年以电子脚环方式执行，并处罚金十万欧元，附加五年内不得当选，并宣布这一项附加刑“暂时执行”，即不等上诉结果，判决宣告之日起即生效。审判长是贝内迪克特·德佩尔蒂斯。当年的需要很清楚，也很尖锐：一个公认的法律原则是，民选官员不应享受特殊待遇；另一个同样公认的原则是，由谁担任公职应由选民决定。当这两条原则在同一个案子里迎面相撞时，法官必须判，而且必须决定，判决的效果是在上诉之前就落地，还是等到终审之后。

当时在用的学派与框架　法国的法律传统在这里提供了三条线索。第一条是第 15 章讲过的注释法学与法典传统：法官照法律办，法律怎么写，法官怎么判。法国 2016 年 12 月的一部反腐法律（通称“萨潘二号法”），把剥夺被选举权规定为包括挪用公款在内的一类损害廉洁罪的附加刑，原则上必须宣告，法官只有说明特别理由才能不判。不过一审法院认定，本案的助理合同最迟在 2016 年 2 月就已终止，事实发生在这部法律之前，所以适用的是旧规定：剥夺被选举权是可以宣告、也可以不宣告的附加刑，由法官裁量。换句话说，这一项不是法律逼着法官判的，是法官选的。第二条是刑法上的预防论，即第 22 章李斯特一路的思路：刑罚要看行为人将来会不会再犯，

以及判决对社会秩序的影响。刑事诉讼法允许法院对附加刑宣布暂时执行，这一制度本身就是为了防止在上诉期间损害继续发生。第三条是法国自大革命以来对“法官治国”的长期警惕，可以追到卢梭与孟德斯鸠：主权在民，法官只是说出法律的嘴，不应替人民挑选代表。这种警惕写进了现行宪法的用词：1958 年宪法在讲到法院时，用的是“司法权威”，而不是与立法、行政并列的“权力”。在法国的传统里，法官越是在政治的地盘上作出决定，越要显得每一步都只是在执行法律。宪法委员会在一审判决前三天，即 3 月 28 日，就一起涉及地方民选官员的违宪先决问题作出裁定：法院对剥夺被选举权宣布暂时执行，本身不违宪，但法官在作出决定时，必须衡量这一措施对选民自由可能造成的影响。

预测与实践记录　按法典传统，可以预测：法官会依法宣告附加刑，至于是否暂时执行，看法律给的裁量。按预防论，可以预测：如果法院认为存在再犯风险或对公共秩序的严重影响，就会宣布暂时执行。按警惕“法官治国”的一路，可以预测：法官会避免在终审之前剥夺一位主要候选人的参选资格。实践记录是：法院宣布了暂时执行，按公开的判决理由，它的考量正落在预防论的两项上：被告人仍在任或谋求公职，公款再被不当使用的风险没有消失；一位一审已被定罪、并被判剥夺被选举权的人参加选举乃至当选，会扰乱民主的公共秩序。至于宪法委员会三天前提出的“衡量选民自由”，判决对勒庞本人做得够不够，法学评论界看法不一；对另一位担任市长的被告，法院恰恰以保护选民的自由为由，判了剥夺被选举权却没有宣布暂时执行。同一份判决里，两种做法并排出现。判决之后，围绕暂时执行的公开争论持续了一年多。勒庞等人提出上诉，上诉审于 2026 年 1 月至 2 月开庭，2026 年 7 月 7 日巴黎上诉法院作出二审判决：维持有罪认定，改判三年监禁，其中两年缓刑、一年可以电子脚环方式执行，罚金仍为十万欧元；剥夺被选举权改为四十五个月，其中三十个月缓刑。按多家媒体对判决的报道，剩余的十五个月已因一审的暂时执行而执行完毕；上诉法院的说法是，这段执行已在与公民基本保障相容的限度内，修复了对廉洁的损害。

意义中心　幸福在中心，这里的幸福指公共的好：公共资金被正当使用，对民选官员一视同仁，民主程序的公信不被损害。一审判决里说法官要保证民选官员不

享受优待，这句话的落点就在公共秩序与公共信任上。自由在对面，而且被法院自己摆上了天平：宪法委员会要求衡量的“选民自由”，是这一案件里最强的反方。创造不在场，法院的每一步都在援引既有的条文与先前的裁定，没有提出新的规则。二审的改判把天平往自由一侧挪回了一点，但没有改动一审的有罪认定。

类型登记：C 同台　这里先要记下本书说的法学特殊性：法官不能拒绝裁判，也不能把暂时执行这个问题搁着不答，因为不答也是一种答，等于选择了“等终审”。理由是：一审判决可以被两个学派同时认领，而且两个学派都在判决书里留下了可以指认的记录。法典传统可以认领：附加刑是法律规定的，暂时执行是刑事诉讼法给的工具，法官没有越出条文半步。预防论可以认领：决定暂时执行的两条理由，公款再被不当使用的风险与对民主公共秩序的影响，是这一学派的标准语言。被挡在判决之外的，是警惕“法官治国”的那一路，它在判决书之外、在上诉审与公共讨论中发声。用制度依赖的三项来看，这一案件动的是“次序”，而且是时间上的次序：一审与终审之间，判决的效果是先落地、还是后落地；法官的判断与选民的选择，谁在前、谁在后。法国的法律给出的次序是：法官可以把一部分效果提前，但必须说明为什么。二审判决没有推翻这条次序，只是在这一案件里给出了不同的结果。

> 带走的话
>
> 勒庞案的一审把一个平常很少被注意的工具推到了台前：暂时执行。它决定的不是罪与非罪，而是判决的效果先到、还是后到；在选举临近时，先后就是全部。

小账　本节动用：法典传统、预防论、附加刑、暂时执行、次序。

锁定记录：“法官依法宣告、依法提前执行”的次序被加固；“选民自由须被衡量”作为宪法要求被写进这条次序。

旁证　同年 6 月 27 日，美国联邦最高法院在特朗普诉 CASA 案中判决，联邦地区法院一般不得发布对案外所有人普遍生效的禁令；这一判决是第 120 章那一案的程序起点。

第 120 章

2026　美国：特朗普诉巴巴拉案

本节与第 45 章（原旨主义）、第 47 章（遵循先例）、第 116 章（多布斯案）相接。案件已经判决，照全书口径，只写判决怎样推理、与哪些学派对得上，不评价总统的行政令，也不评价判决的结果。同年同院的另外几起涉及总统权力的案件，政治学卷已有涉及，本卷不写。

当年的意义需要　2025 年 1 月 20 日，总统签署一项行政令，规定在该令施行后在美国出生的孩子，如果母亲是非法在美或只是临时在美，且父亲不是美国公民或永久居民，联邦机关不承认其公民身份。多地法院以普遍禁令阻止该令施行。2025 年 6 月，联邦最高法院在 CASA 案中限制了普遍禁令，但没有回答行政令本身是否合宪。此后，新罕布什尔州联邦地区法院受理了一起以受影响婴儿为成员的集团诉讼，于 2025 年 7 月 10 日暂时认证了全国性的集团，并发布了初步禁令，这就是巴巴拉案。政府请求最高法院在上诉法院判决之前就直接审理，最高法院于 2025 年 12 月 5 日同意，2026 年 4 月 1 日听取辩论，6 月 30 日作出判决。当年的需要是：第十四修正案第一句话中的一个短语，“受其管辖”，一百五十多年来被理解为几乎覆盖所有在美国出生的人；现在，行政机关给出了另一种读法，法院必须决定，这一短语的含义能不能被重新打开。

当时在用的学派与框架　这一案件的特殊之处在于，主要的对立双方用的是同一个学派。第 45 章讲过的原旨主义，到 2020 年代已是最高法院多数大法官公开采用的方法：宪法条文的含义，以 1868 年第十四修正案批准时的公共理解为准。政府一方用的正是原旨主义：它主张，“受其管辖”在当时指的是一种完整的效忠关系，要求父母在美国有住所，临时来访者与非法在美者的子女不在其列。挑战者一方同样用原旨主义：它主张，这一短语承接的是英美普通法的出生地原则，只排除外交官子女、敌对占领军子女等极少数情形。第二条线索是第 47 章的遵循先例：1898 年的黄金德案判决，一位父母为中国籍、在美国有住所的人，因出生于美国

而是美国公民。双方都要解释这个先例：它是只管父母有住所的情形，还是确立了一般规则。第三条线索是成文法：联邦国籍法自 1940 年起使用了与修正案相同的措辞，这使案件除了宪法问题，还有一个法律解释问题。还要看到第十四修正案的前身：1866 年的民权法曾以“不受任何外国势力管辖”来界定公民，两年后的修正案改用了“受其管辖”。两种措辞之间的差别，正是双方各自要用的历史材料。另一个常被引用的先例是 1884 年的埃尔克诉威尔金斯案，那时法院认定一位离开部落的印第安人并不因出生而成为公民；政府一方以此说明“出生于境内”并不总是足够，挑战者一方则说那是部落主权这一特殊关系的结果，不能推广。

预测与实践记录　按政府一方的原旨主义读法，可以预测：法院会认定行政令合宪，至少对临时在美者的子女如此。按挑战者一方的原旨主义读法与遵循先例，可以预测：法院会认定行政令违宪，并把黄金德案读成一般规则。实践记录是 6 比 3。罗伯茨首席大法官撰写多数意见，索托马约尔、卡根、巴雷特、杰克逊四位大法官加入：出生于美国，并且处于美国的主权管辖之下，即足以依第十四修正案成为公民，父母非法在美或临时在美，不改变这一点。多数意见以普通法的出生地原则与属地管辖为根据，把“效忠”理解为由出生、受保护与领土管辖构成的关系，而不是由父母的住所决定；对以住所为条件的读法，多数意见认为历史支持很少。杰克逊大法官另写协同意见，主要回应托马斯大法官的异议，索托马约尔大法官加入其中的引言与第一部分。卡瓦诺大法官同意维持下级法院的结果，但不接受多数意见的宪法理由，部分持异议；按公开的报道，他的根据是联邦国籍法中与修正案同样措辞的那一条：国会可以在宪法许可的范围内设例外，但并没有设，所以行政令与成文法相抵触。托马斯大法官撰写异议，戈萨奇大法官加入，以大量历史材料主张一种以效忠与住所为条件的更严格的读法；阿利托大法官另写异议；戈萨奇大法官另有一份异议，说明他倾向于把出生公民权与在美国的长久居住连在一起。行政令因此不能施行。从程序上看，这一案件也补完了一年前 CASA 案留下的一笔：那一案限制了地区法院发布普遍禁令，却没有限制集团诉讼；巴巴拉案正是通过集团诉讼走到了最高法院，并在这里得到对全国有效的答案。程序上的这条路，本身就是遵循先例与成文程序规则一起排出来的次序。

意义中心　自由在中心，更准确地说，是一种成员身份的平等：一个人是不是这个共同体的成员，不由父母的身份决定，而由出生这一事实决定。多数意见把这个结论放在第十四修正案的历史背景里，这条修正案正是为了让此前被排除在公民之外的人成为公民而写的。幸福不在中心：判决不讨论哪种公民政策对国家更好，那被明确交给政治部门在宪法许可的范围内去办。创造被双方都推出门外：两边都说自己只是在读 1868 年的文本，谁也不说自己在造新规则。

类型登记：C 同台　理由是：判决的结果，可以被两条路同时认领，而且两条路都在判决书里留下了大段的记录。原旨主义可以认领：多数意见的论证主体是 1868 年前后的文本、普通法与立法辩论，不是“宪法应当与时俱进”。遵循先例可以认领：黄金德案在判决中被反复援引，结论与一百多年来的理解一致。更值得记下的是，原旨主义在这一案件里分成了两支，同一方法读同一段历史，得出相反的结论，于是多数与异议之间不是方法之争，而是史料之争。与第 116 章对照，可以看见这个学派在制度上的位置：四年前，它在多布斯案中推翻了一个先例；这一次，它维持了一个更老的先例。用制度依赖的三项来看，这一案件动的是“连接”：谁与这个国家之间有公民这一法律关系；判决把这条连接保持在出生这一事实上，没有让它经过父母。

> 带走的话
>
> 巴巴拉案是一场原旨主义内部的考试：两边用同一本教科书，翻到同一页，读出了不同的答案。最后胜出的读法，恰好与 1898 年的先例一致，于是一个学派的方法和一条百年的判例在同一份判决里站到了一起。

小账　本节动用：原旨主义、遵循先例、出生地原则、成员身份、连接。
锁定记录：“出生即公民”的连接被加固；原旨主义在“受其管辖”一语上的内部分叉被记录在案。

旁证　同年 7 月 7 日，法国巴黎上诉法院就勒庞案作出二审判决，维持有罪认定，改判剥夺被选举权四十五个月，其中三十个月缓刑（见第 119 章）。

第 121 章

本编小结（2017—2026）

这是本书的读法，不是定论。

先数类型。按各节“类型登记”逐节数（这是本书的读法），十节里，A 加固四节：2017 年英国米勒案、2018 年中国宪法修正与监察法、2020 年中国民法典、2022 年美国多布斯案。B 改写两节：2019 年英国米勒第二案、2021 年德国气候保护裁定。C 同台三节：2023 年日本刑法性犯罪规定修改、2025 年法国勒庞案一审、2026 年美国巴巴拉案。D 无学派预见一节：2024 年欧盟人工智能法，而且只是其中按计算量给通用模型分级的那一块，其余骨架仍是加固。计数的口径与前四编一致：每节只登一类，以节内“类型登记”为准；一节里有两层的，按决定登记的那一层计，另一层在节内写明。照这个口径，五编五十节合起来是 A 加固二十二节、B 改写九节、C 同台十八节、D 无学派预见一节，D 只出现在这最后十年。

再看意义中心。按各节“意义中心”一段所写的中心逐节数（这是本书的读法），自由六节、幸福三节、并列一节。自由在中心的六节是：两次米勒案、德国气候保护裁定、多布斯案、日本修法、巴巴拉案。幸福在中心的三节是：中国宪法修正与监察法、欧盟人工智能法、勒庞案一审。并列的一节是民法典：那一节写的是幸福与自由并列在中心、偏向幸福，统一数法下记为并列，不再按偏向计入幸福。创造没有一次站到中心，只在人工智能法里作为天平的一端出现。与前几编相比，这十年的自由有一个明显的变化：它被拉长、被分裂、被移位了。德国把自由拉长到几十年后的人；多布斯案把自由分裂成个人决定的自由与州民自治的自由；巴巴拉案把自由落在成员身份上。同一个词，在不同的判决里指的已经不是同一样东西。

再看制度依赖落在哪一项。落在“次序”上的最多：两次米勒案排的是议会与政府、法律与惯例的上下；中国修宪与监察法排的是宪法与法律的先后；德国裁定把今天与明天排进了次序；多布斯案排的是文本历史与先例的上下；勒庞案排的是

判决效果的先后。落在“连接”上的两节：日本修法改了加害者与被害人之间的连接，巴巴拉案守住了出生与公民之间的连接。落在“结构”上的两节：民法典把九部法律收成一部，人工智能法给机器搭了一个分级的架子。这一分布与本书第七章的说法对得上：法学被锁在国家的“场”上，而在这十年里，场最常被重新调的，是谁先谁后。

还有一个分布不能抹平。按各节事件本身的形式数（法院判决或裁定算判决；议会或立法机关通过的法律、法令算立法；宪法解释、内阁决议、指导性意见算释法；这是本书的读法），本编判决六节、立法四节、释法零节：中国的两节都是立法，英国、德国、美国、法国的六节都是判决（德国那一节是宪法法院的裁定），日本与欧盟的两节又是立法。这与编排下编选目时就看到的格局一致：在中国，制度依赖主要通过立法机关的“编纂”与“修改”来写成；在英美，主要通过法院的判决来写成；德国与法国介于其间，宪法法院与法典并重。同一种依赖，在不同的国家由不同的机关来加固，这一发现留给下编结语展开，本编只把它记下，不比较高低。

最后记下一个反复出现的姿态。英国法院把新的检验标准说成两条老原则的推论；德国法院把跨时间的自由保障说成比例原则的延伸；日本立法者把罪名方向的改变说成要件的明确化；欧盟把一把全新的尺子放进了产品安全法的旧框架。新东西几乎总是穿着旧衣服进门。这正是判词三说的：一个判决或立法，是被当下的意义需要选中的过去；就连真正的改写，也要先找到一个可以认领的过去，才能写成制度。对照可错条款三，本编十节都能找到可指认的学派做法与当下需要的对应，没有一节触发它；唯一的 D 类，恰好也是唯一一处找不到旧衣服的地方，它的例外检验登在附录八的核验表里，留待读者反驳。

下 编 结 语

五十年，六个国家

◆ 一、五十年的意义中心怎样移动

下编五十节，每一节都读过一次意义中心：这一年写进制度的东西，押在创造、自由、幸福的哪一个上。把五十个读法连成一条线之前，先说清楚：这是本书的读法，是一条连线，不是判分，也不是说哪一种意义更高。

先数总账。以五个本编小结的计数为准，自由在中心的二十六节，幸福在中心的十七节，创造在中心的三节，另有四节是两种意义并列或正面相撞：1984年英国警察与刑事证据法、1985年日本男女雇用机会均等法、2012年美国平价医疗法案案、2020年中国民法典。分编看，第十四编是幸福四节、自由两节、创造两节、并列两节；第十五、第十六编各是自由七节、幸福三节；第十七编自由四节、幸福四节、创造一节、并列一节；第十八编自由六节、幸福三节、并列一节。

再看线怎样走。第一个十年，两头是幸福，中间是自由。开头的联邦德国和结尾的法国，都是在暴力威胁下用法律护住生命和审判的安稳；中间几节，平等、尊严、信息自决、嫌疑人的程序权利、机会均等，自由或在中心，或与幸福并列。第二、第三个十年，各是自由七节、幸福三节，自由的样子也收得很齐：个人面对国家，国家要在哪里停下，要先说明什么。第三个十年里有一个拐点，在2001年。立法把安全推到了中心，此后几年，把自由往回拉的多半是法院，英国上议院的贝尔马什案、德国宪法法院的航空安全法判决都是。第四个十年，自由与幸福各四节，中心来回摆，“程序”的分量明显上升：意义越来越多地写成“怎样定、由谁定”，而不只是“定什么”。最后十年，自由回到六节，可这个词被拉长、分裂、移位了：德国把它拉到几十年后的人身上，多布斯案把它分成个人决定的自由与州民自治的自由，巴巴拉案把它落在成员身份上。

五段连起来，大致是这样：五十年的中心多在自由一侧；幸福在危机的年份追上来，安全是它最常见的面孔；越往后，自由这个词越被各方拿去指各自的东西。

还有一条更硬的线：创造很少到过中心。五十节里只有三次。一次是1978年巴基案，自由与幸福正面相撞，鲍威尔把理由挪到了多样性上；一次是1980年查克拉巴蒂案，判决的理由几乎全在怎样让人愿意去发明；一次是2016年法国债法改革，把法律自己的吸引力当成目标。其余几次，创造只露了头：八二宪法给改革留的空间，日本司法改革里的第二位，欧盟人工智能法天平的一端。附录一说过，理论的主流缺创造，实践里创造早已进了法。下编的计数给这句话添一个注：进了法的创造，多半挂在产权、交易和技术规制上，很少以创造本身的名义站到判决的中心。

◆ 二、A、B、C、D：五编合起来的账

以五个本编小结的登记为准，合起来是：A 加固二十二节，B 改写九节，C 同台十八节，D 无学派预见一节，合计五十节。分编看，第十四编是五、一、四、零，第十五编四、二、四、零，第十六编四、二、四、零，第十七编五、二、三、零，第十八编四、二、三、一。

有三点值得记下。

第一，加固最多，但不到一半。这里要分清两个“加固”。登记里的 A，是事件沿着某个学派的原路再走一步，只有二十二节；判词三说的加固，是写成以后要被照着执行，这一层五十节都有，每一节的锁定记录里都指得出被钉住的一处。两者不是一回事，下面报账时还要回到这一点。

第二，九个改写，几乎都是“主角换了”或者“门开了”：行政机关成了被告，同意的主体从婚姻回到每一个人，法院对议会多了一条发声的线，法院可以要求国会立法，受助者的尊严进了审查的程序，惯例第一次进了法院，比例原则跨过了时间。改写也不是凭空来的。第十八编小结说得准：新东西几乎总是穿着旧衣服进门，被说成某条老原则的推论。

第三，唯一的 D，是2024年欧盟人工智能法里按计算规模给通用模型分级的那一块，其余骨架仍是加固。五十年里唯一一处找不到旧衣服的地方，落在机器身上，这与第60章说的“下一个大异象”对得上。

登记的犹疑，各小结也照实写了：第十五编说 R v R 按判决自己的说法可以登加固；第十七编说集体自卫权和债法改革两节有人会登 C，哈茨 IV 一节离 D 只差一步。按最宽的改法，A 少一节，C 多两节，格局不变。

◆ 三、同一类学派，六国各走成什么样

讲比例原则与价值次序的一类，在德国走得最长。1977年联络禁止法里“生命最重”的权衡被宪法法院确认，1983年人口普查判决改写出信息自决，2003年头巾案把重大事项交回议会，2006年航空安全法判决让尊严不进入衡量，2021年气候保护裁定让比例跨过了时间。五次里两次改写，都出自同一个法院，织进的多是次序。同一把尺子到了英国，碰上议会主权：贝尔马什案里法院做了比例审查，却只能宣告不相容，改不改法仍归议会。到了法国，2025年勒庞案一审里，选民的自由要被衡量，写进的是“依法宣告、依法提前执行”的那条次序。

讲原意的一类，几乎只在美国交卷。1987年博克提名的听证，让原旨主义第一次上了台面；2012年平价医疗法案案收缩了贸易条款；2022年多布斯案把“历史与传统”加固为宪法权利的门槛；2026年巴巴拉案里，原旨主义在“受其管辖”一语上自己分了叉。活宪法一方，在2015年奥贝格费尔案里加固了自己的判例链。两派五十年你来我往，交卷的地方始终是同一个法院、同一张次序表。

讲议会主权的一类，在英国交了四次卷：1998年人权法造出不废止法律的宣告，2013年同性婚姻走了议会，2017年米勒案加固了“特权不得改变国内法”，2019年米勒第二案让惯例第一次进了法院。同一个起点，两次加固，两次被改写一笔，每次改写都说成是老原则的推论。

讲罪刑法定与刑罚目的的一类，六国都有，法国最多，有五节：古典派、新社会防卫论、安全刑事里“特殊危险设特殊程序”的老路，以及正当程序一路，轮流写进法典与程序。中国三节：1979年保留了类推，1997年把罪刑法定写成入罪的

唯一入口，可继受来的四要件骨架一直留在刑法的结构里，此后的学派之争都在这副骨架上展开。

讲法典体系的一类，在中、法、德三国。物权法把物权与债权的二分织进中国民事法律的结构，民法典加固了总则统领分则；法国债法改革把法典之外积了两百年的判例收回法典，在情势变更一处改写了意思自治；德国统一把以基本法为顶点的次序延伸到了东部。

合起来看，同一类学派，到了以判决为主的地方，多半织进次序；到了以立法为主的地方，多半搭进结构。

◆ 四、照实写下的一个发现：中国八节全是立法与修宪

中国八节全是立法与修宪，没有一节是判决。下编导论先说过，五个本编小结也各提过一次。现在把五十节按卷面重数一遍，结果比预想的细：美国八节里判决六节，另两节是参议院表决和爱国者法；德国判决六节，另两节是联络禁止法和统一条约；英国判决五节；法国八节里只有勒庞案一节是判决，日本也只有在外国民选举权判决一节；两节跨国，是一份条约和一部法律。

所以，“其余五国多是判决”这句话，对美、德、英成立，对法、日并不成立。照实写，这是一架梯子：美、德最靠判决一端，英国其次，法、日靠近立法一端，中国站在最末，八节无一例外。

这架梯子和锁定记录对得上。美国八节，锁在次序上的多：审查步骤的先后、判例链、文本与先例的上下。中国八节，锁在结构上的多：1979年刑法的骨架，八二宪法“宪法居顶、修正案生长”的格局，物权与债权的分界，总则统领分则；其余几节落在连接与次序上，比如“民告官”那一条连接、诉讼的先后、先修宪后立法。同一种制度依赖，在一些国家主要由法院一案一案织进次序，在另一些国家主要由立法机关一编一编搭进结构。

三句说明。其一，这个格局有一部分来自选目。编排时有过一个备选，把2018年一节换成2010年的案例指导制度，因为牵动六国均衡表没有用；换了，中国就会

有一节以判例为题。所以这个发现说的是本书挑出的五十件事里的格局，不是对一国法律怎样运行的全称判断。其二，它不评价哪一种织法更好：织进次序的，改起来一案一案地动；搭进结构的，改起来一编一编地动，各有各的惯性。其三，它给判词三一个提醒：立法的卷面是立法史，学派的做法在那里多半不署名，读出来比判决书更依赖读法。中国八节的登记，因此更需要读者拿立法说明去对。

◆ 五、带回上编

下编五十次考试，没有宣布哪个学派赢了。它把上编的出生证放到真事上走了一遍，看到的和上编对得上：学派先用自己的起点去读，写成的多是加固，偶尔改写一笔；而每一次写成，都在连接、次序、结构里钉下一处。五十年的大事和一间调解室里的漏水，是同一种事，只是尺子大了很多倍。

结 语

再判一遍：楼上漏水

◆ 一、又到雨季

这是我构想的场景，人物与设定和导论、第40章、第63章一致。

去年初夏的一个周末，叶老师发现吊顶鼓了起来；502 卫生间的防水层老化，洗衣机的排水管接口又松了，两样凑在一起，修复估价约三千多元。第三次调解签字以后，过了一年，又到了雨季。调解书最后一行写着：每年雨季前，钱先生叫人上来看一看防水，顺便告诉楼下一声。

这一年里，事情没有都照着纸走。钱先生五金店的生意忙，到了梅雨前一个礼拜才想起来，打电话找了个修防水的师傅，又在楼道里给叶老师留了张字条。孟师傅换了洗衣机的新排水管，可有两回出车回来太晚，地面的积水第二天才拖。叶老师留着的吊顶检修口，没人来看过，她自己倒是每隔一阵掀开瞧一眼。

许大姐在调解室里翻到那份调解书，跟邓老说了一句：这一行字，算是活下来了，可也就活了个七八成。邓老说，七八成就不少了，很多判决书执行起来，还没有七八成。小乔在一旁记下了这句话，他说这句要写进实习笔记。

讲这个场景，不是拿它当证据。一个构想出来的一年，证明不了任何事。我只想借它，把这个案子最后再判一遍，并且把全书许过的账一笔一笔对清。这里讲的仍然是学派怎样读这件事，不构成法律意见。

◆ 二、六种判法，六种意义权重

导论里六个人，读出了六种判法。

叶老师读的是自然法与权利：家是我的，泡坏了就该恢复原样，意义押在自由上，是守住自己那一份的自由。小乔读的是法律实证主义：先翻条文，按过错、按

租赁合同的维修约定、按举证规则一层层对，也押在自由上，是事先知道规则、自己安排生活的自由。邓老读的是法律现实主义：到了法院多半会怎么判，押在幸福上，是当事人实际的得失。钱先生读的是法经济学：谁花钱最少能防住，押在幸福上，是社会的总福利。孟师傅读的是批判法学：那份格式合同是谁写的、替谁省了事，押在自由上，带一点创造。许大姐读的是调解与恢复性：先让两家还能做邻居，押在幸福上，是共同生活的安宁。

六种判法，自由三家，幸福三家，创造只露了一个头。这和下编五十年的计数很像：自由与幸福轮流居中，创造几乎不到中心。一间调解室和五十件大事，权重的分布出奇地接近。这是本书的读法，不是事实；可它提醒了一件事：创造在法学里不是没有，而是很少被当成起点，它多半是在别的意义底下顺带长出来的。

第40章又把这滩水摊开过一次，用的是私法里的四支读法：矫正正义看两个人之间被打破的均衡，效率看谁最便宜能避免，损失分散看谁最能把损失摊开，合同看当初说好了什么。六种判法加四支读法，每一种都接住了这滩水的一部分，没有一种接住全部。防水层老化和排水管松动拧在一起，矫正正义找不出那“一条”因果线；孟师傅不知道防水层裂了，最便宜的避免者得先知道有东西要避免；合同里那句“租赁期间房屋内设施损坏由承租人负责”，写的时候谁也没想到防水层。

那么再判一遍，判的是什么？不是替哪一家挑出对的那种，而是看第63章那次调解里，六种判法各落在了哪里。

第三次调解谈下来的结果，是钱先生出大头，孟师傅出一小部分，叶老师自己承担借机升级吊顶的那一份，再加上雨季前查防水的小规矩。这个结果里，叶老师的“总得有人先赔我”被接住了，损害没有被晾着；小乔的条文也在，房子本身的毛病归房东，使用里的疏忽归租户，大体合着维修义务的默认规则；钱先生的算盘也在，他认得修防水的人，每年看一眼，是这栋楼里最便宜的防范；邓老的预测也在，这个比例大概落在法院会判的区间里，只是省了半年和一笔鉴定费；孟师傅的话也在，那句格式条款没有被拿来把什么都推给租户；许大姐的办法则是让这一切能被签下来的那条路。

这个结果里还有一样东西，是六种判法都没有事先写下的：雨季前查防水、告诉楼下一声。它不是谁的赔偿，也不是谁的过错，是一条以前这栋楼里没有的小规矩。按本书的三种意义去读，它押的是创造，一种新的相处办法。六个人里押创造的只有孟师傅，而且只带了一点；可是最后长出来的东西里，创造反倒占了一块。第66章已经认过，本书的出路本身偏向创造，看重新规矩怎样出生。所以这里要把三张权重表并排放：调解室六人，自由三、幸福三；下编五十节，创造只到过三次中心；本书自己，偏向创造。本书的偏向和它所读的对象不一样，这一点读者要记着，读到“长出来”三个字时，可以多问一句：这是事情本身，还是本书的偏好。

六种判法没有一种被丢掉，它们成了同一条路上的六个位置。这是第63章的读法。可是我得马上补一句：能把六家排在一条路上，不等于多解释了什么。这一点，下面对账时要严格算。

◆ 三、三句判词，逐条报账

三句判词，前言、导读、下编导论都写过，这里原样再写一遍，每句后面报账。

> 判词一：每个法学学派的起点，都是借来的一对预设：预设法律里的主角（立法者、法官或守法人，各学派取其一）是什么样的人，预设法是什么东西，再配一组创造、自由、幸福的意义权重。裁判规则与解释方法，是它从这对预设里推出来的。起点是预设出来的，所以一个学派一成立，就带着自己的依赖。

这一句在上编六十六章里大体站得住。从柏拉图到卢曼，每一章都填得出一张出生证，主角、主体预设、客体预设三格都填得进去。但有两处限定。一是出生证是我填的，学派真是如此还是我填得顺手，读者分不干净。二是最可能的反例，第66章已经点了名：做经验研究的法社会学，和行为法经济学。它们对人的设定，有

一部分确实是从实验与调查里来的，也随证据改过。我在第28、39章仍然把它们读成“借来的起点上加了经验”，但这个读法不硬。

> 判词二：疑难案件、恶法与判决对不上的事来了，起点改不动，学派只会吸收（免检、改名、先验）或分叉；而法官不能不判，判例、法典与体系又把这对预设织进法律关系的连接、次序与结构里：这就是法学的制度依赖。法学的多元，说到底是制度依赖的数目。

前半句站得住，但有边界样本。上编各章看到的多是免检、改名、先验和分叉；第65章找到的几个候选，波斯纳本人晚年转向实用主义（按条款二（a）记为个人的改写，不是学派的常态；效率论这一派遇异象仍多以改名吸收）、拉德布鲁赫的前后期、凯尔森晚年对基础规范的说法，都落在学习、分叉与改名的交界上；波斯纳一处按个人的改写登记，另两处我没有替它们下结论。后半句，“制度依赖”，下编给了最多的旁证：五十节的锁定记录，没有一节找不到被钉住的连接、次序或结构；中国刑法里的四要件骨架、法国法典对两百年判例的收编，都是学说换了、制度还照老样子运行很多年的样子。可下编也给了反方向的样本：九个改写里，有几处正是旧起点被明白地打断，R v R与米勒第二案都是。它们说明场会动；动得慢、要靠一个足够硬的案子，正是这半句说的那种依赖，但这是我的读法，读者可以拿去对质。

> 判词三：一个重大判决或立法，是过去某个学派的做法，被当下的意义需要选中，写成了制度。它写进去的，是被当下认领的过去，也是对一处制度依赖最硬的一次加固，因为法律一旦写成，就要被照着执行。（公式只作类比：事件＝F（过去学派的做法，当下的意义需要）。）

按本书自己的登记，五十节里四十九节找得到可指认的学派做法与当下需要的对应，只有一节登D，而且只是一部法律里的一块。照字面，这一句没有被击中。但它有一处我必须摊开的软肋，就在后半句。“法律一旦写成，就要被照着执

行”，这几乎是按定义成立的：凡是写成的，都要执行，于是凡是写成的，都是加固。一句按定义成立的话，就是第5章说的先验。我的补救是把它收窄：后半句只在锁定记录指得出具体哪一处被钉住时才算数，指不出的不记。五十节都指出来了，可那是我自己指的。

◆ 四、四条可错条款，逐条报账

导读许过：在什么结果面前我认错，结语回来对账。第66章已经写了怎样查、什么算错、错了退到哪里，这里不重复，只报账。

条款一（管判词一）： 若有一个法学学派，它对“人是什么”“法是什么”的设定，是在研究中被检验出来、并且随证据改过的，而不是起手时带进来的，判词一对它不成立。

报账：相对站得住，但有一个已经点了名的候选没有查完。行为法经济学对人的设定，从“会算账的人”改成“会算错账的人”，改的根据是实验。如果有人能拿出它在自己的文字里说明“因为哪批证据、改了哪一句设定”，而且不止一次，判词一对这一支就不成立，我认账，把它从第一编的诊断里移出单独登记。

条款二（管判词二，分两问）： （a）若一个学派在疑难案件面前，常态做法是直接改写自己的起点，而不是吸收或分叉，判词二对它不成立；（b）若某一法域的遵循先例与法教义学体系，并没有把学派的预设织进连接、次序与结构（学派换了，判例与体系照样跟着换），判词二的“制度依赖”半句对它不成立。

报账：（a）在已查的范围里站得住，可“常态”二字我没有查完。要读一个学派几十年里对每一次大难案的回应，本书每章只做了一次粗查。没查的地方，不是成立，是空白。（b）比（a）硬一些，下编的锁定记录是它的主要依据；但它也有一个我没有处理好的边界：1990年德国统一，按《基本法》第23条加入，联邦法律原则上延伸到东部，东德法律只在相符的条件下作为下位的州法留存。那不是学派换了，是法域并了，我不把它当反例；可读者若认为法域合并也算“学派换了、制度跟着换”，(b) 就在那里要重新算。

条款三（管判词三）： 若在下编五十节里，多数事件的立法史或判决书中，找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三不成立；若不用这个读法也同样讲得通，且讲得更少，则判词三多余。

报账：第一问没有触发，五十节里只有一个 D。第二问我没有做，这是这一条真正的弱处。“讲得更少”的对手读法，比如只用当时的政治力量对比，或者只用一国自己的法学传统，去读同样的五十件事，看能不能讲通、用的概念是不是更少，本书没有试过一次。没有试过，就不能说判词三不多余，只能说它还没被一个更省的读法比下去。还有一层：五十节的类型都是我登的，自己出题、自己判卷，读者有理由不放心。附录七的总表，就是为让人重登而留的。

条款四（管出路）： 若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

报账：四条里最脆弱的一条，也是我押得最重的一条。第63章写下了两句事前的话：判决前当事人对事实逐项表过态的，判后自动履行会更多；新规则确立前已在下级被判过、被服过的，确立后跟上得更快。两句都还没有拿一批真案子去查过。下编里我也不时用判与服去读，比如英国人权法之后法院与议会之间那条线，日本选举权判决之后一年国会就改了法；可那些都是事后的读法，照第63章自己定的三关，不记分。所以老实的回答是：到现在为止，出路多解释了几个案子？一个也没有被验过，只有两个在等。

一处收窄，导读里说过：测量层的工作，判决数量的统计、条文的版本比对，本来就有明确办法，统一性较强，这是诊断自己预言的，不算反例。

四条放在一起：条款一大体站得住，有一个点了名的候选；条款二站得住，但“常态”没查完，法域合并是一个没有说死的边界；条款三第一问没触发，第二问没做；条款四在等检验。四条之间有先后，第66章说过：先打条款一，那里是地基。

五、出路：判与服

出路不是判词，第63章立，第64章用，在这里收。原话照全书口径：

把被冻结的两端放回发生里：法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。

回到调解书最后那一行。它是三轮判与服以后长出来的，长出来以后，在第二年只活了七八成。照出路的说法，这七八成本身就是信息：那一行字有没有稳成规矩，要看后年、大后年还有没有人照着做，别的楼学不学。它没有因为写在调解书上就自动成了规矩，就像一部法律没有因为公布就自动被服从。条文这一端和法官那一端，都只是这条路上被冻住的一截。

出路还有一句不能省的话，“再稳成规矩”。它不是说怎么判都行，而是说：只有在后来的判与服里被一再照着做的，才算稳成；照着做的人越多、隔得越远，越稳。判例与法典，就是稳得最久的那一类。出路不否认它们，只是不把它们当起点。

第64章用它给五种活排过起点：立法从条件起手，裁判守住条文起手，辩护从当事人走过的路起手，调解从来回起手，教学几条路来回走。起点可以按活来选，路不能改，这是那一章最要紧的一句。

下编里，判与服最看得清的地方，不在法院自己，而在判决之后谁来接。2005年日本在外国民选举权判决之后，国会改了选举法；英国人权法造出的那种宣告，本身不废止任何法律，要等议会自己去改。这两处，判的是法院，服的是议会，服得快慢、服到几成，决定了那一判最后稳成了什么。用出路的话说，判决书只是这条路上的一环，后面那一环在另一个机关手里。这仍然是事后的读法，不记分；它的用处是告诉想检验出路的人，该去哪里找材料：不只找判决书，也找判决之后的那一串回应。

◆ 六、本书最弱的地方

只许挑一处，我挑出路，也就是条款四。前两句判词是诊断，可以拿学派自己的文字去对，别人能复核；判词三有五十节的登记，别人能重登；出路要的是“多解释一个”，到现在只有两句构想的预测撑着。一本说别人遇到异象就免检的书，如果自己的出路只是一个讲得通的故事，那就是在对自己免检。我在这里再说一遍，是因为结语最容易被读成“全书的成果”，而这一句不是成果，是待办。

其次是事实。下编五十节全是真事，上编也有大量人名、年份、条文，核得了的当场核了，核不了的没写死，仍待核实的列在附录八，其余的核验记录存档备查。读者发现事实有误，那是我的疏漏，不是读法的分歧。

还有一处，是“法学必须判”这句话的边界。它对法官是硬的：案子到了面前，不能不判。可下编五十节里有一半以上是立法，而立法者是可以不立的。2005年日本那份判决，争的恰恰是国会长年不立法；法国、日本、中国那些靠立法推进的年份，什么时候立、立不立，本身就是一种选择。本书把“判”写成法学的出口，把裁判与立法放在一起，这样做方便，却把两种强弱不同的“必须”说成了一种。读下编时，凡是立法的那几节，“不能不判”要读得松一些。

再次是本书自己的路。第66章认过：描述学派几乎都走 S→D→E，先出生证，再路，再异象；讲出路走 D→E→S；六条路里别的几条用得很少。章模板里“异象”“吸收还是分叉”两节必填，本身就有把一切学派读成会吸收的倾向。

最后是意义中心与类型登记。每一处都标了“这是本书的读法”，但标了不等于没有偏。同一件事换一个人读，可能读出另一个中心、登成另一个类型。我写下来，是给读者一个可以反对的靶子。

◆ 七、三门，三种依赖

这本书是社会科学系列的第三本，和经济学、政治学两卷放在一起，最后要说一段三门之间的话。

先分两层。总称一层，社会科学的学派都是路径依赖：以预设的起点起手，异象来了不改起点，只吸收或分叉，于是只走一条路，这与自然科学的方程依赖、人文科学的原理依赖并列。往下一层，三门各被锁在国家的一个侧面上。经济学看国家的波，路径、速度、粘性，形成的是路径依赖，这里“路径依赖”是经济学的专名。政治学看国家的粒子，国家作为一个整体的稳定、独立与具体样子，也就是政体，形成的是政体依赖。法学看国家的场，连接、次序、结构，合起来叫制度，形成的是制度依赖。

三种依赖，难改的地方不同。波走偏了，代价是惯性，掉头要慢慢减速；粒子换了样子，代价是整体的稳定，要动就是大动；场里改一处，代价是牵一片，上面压着上位的规矩，下面托着一串照它判过的案子，旁边挂着几条靠它才说得通的规矩。所以法学的学派被锁住，多了一层：它走过的路，已经变成了别人脚下的地面。

三本书都给了出路，各在自己的侧面上。政治学卷（第360号）导读里的原话是：“出路不在再造一个学派，而在把被冻结的两端放回发生里：权力不是谁手里的东西，是在‘令’与‘从’之间一次次长出来、再稳成归属的。”经济学卷（第319号）也给了一条，这里不引原话，只概括一句：它同样落在经济学自己那一侧，即国家的波上。本书是判与服。它们的共同处，是都不去换一个更好的起点，而是把起点放回发生里，看规矩怎样从来回里长出来。三条出路是不是同一条路在三个侧面上的样子，本书没有能力回答，留给三卷合起来再查。

◆ 八、回到调解室

调解室里，六个人还是六种判法。叶老师仍然觉得受了损就该先赔，小乔仍然先翻条文，邓老仍然先想法院会怎么判，钱先生仍然先算账，孟师傅仍然先问那句话是谁写的，许大姐仍然先问各人最着急的是什么。这本书没有说服他们谁，也不需要说服。

它能给的，只是三个问题，带到任何一张桌子上去用：你把主角预设成了什么人？你把法预设成了什么东西？你的预设，织进了制度的哪一处，连接、次序，还

是结构？如果再多问一句，这个结果是怎样从判与服之间一步步长出来的，就算本书的出路往前挪了一步。

挪得对不对，不由我说。请照着四条条款来指：哪一条，在哪一章，哪个学派、哪一节、哪一句话，出现了什么结果。能这样指，这本书就算有用了。

本书不构成法律意见；写到各国的事，只描述，不评价制度，不评在审案件。

参 考 书 目

只收正文里实际提到的书、文、判决与法律，按编分组；同一种书或判决在几编里出现的，每编各列一次。作者、书名与年份照正文写法：正文没有写年份的不补；正文对出版信息、日期注了“待核”的，不写年份，括注“正文注待核”。出版社、版本、译者一律没有写，出版信息全部待核（见附录八）。下编各编里“旁证”开头的一行，取自各节末尾的旁证行。站上专著只写卷号与书名，表示本书在那里“接着判，不改判”。

前言、导读、导论

法律与文件

- 法国民法典（法官不得以法律没有规定为由拒绝裁判一条；前言未写年份）
- 中华人民共和国民法典（法律没有规定时可适用习惯、不得违背公序良俗一条；过错侵权一般条款；租赁物维修义务）

第一编　方法：制度依赖是怎样发生的（第1—7章）

书与文

- 《属性纠缠论》（站上专著；本书只用其号位与术语）
- 霍姆斯 1897 年的讲演（第1章未写篇名；篇名见第六编、第十二编：《法律的道路》）
- 哈特《法律的概念》（第1、4章；“公园禁止车辆”之例与“开放结构”）
- 德沃金关于“赫拉克勒斯”法官的论述（第1章未写篇名）

判决

- 纽约遗产案（十九世纪末，纽约；第4章未写案名，即第35章的里格斯诉帕尔默案）
- 伦敦电车公司案（英国上议院，1898）；上议院实践声明（1966）

法律与文件

- 法国民法典第4条、第5条（1804）
- 中华人民共和国民法典第十条；总则编诚信原则与公序良俗原则
- 未成年人保护法（“最有利于未成年人”原则；未成年人的定义）
- 联合国儿童权利公约（儿童的定义）
- 教育部办公厅关于中小学生手机管理的通知（2021 年初）
- 关于快递员不经收件人同意不得投柜的规章（正文未写名称与年份）
- 德国刑法第46条（量刑）
- 中国最高人民法院案例指导制度（二〇一〇年前后建立）

第二编　古典：正义、罗马法与中国的法（第8—11章）

书与文

- 柏拉图《理想国》《法律篇》；借“一位客人”之口说法律像固执无知的人的那篇对话（正文未写篇名）
- 亚里士多德《尼各马可伦理学》《政治学》
- 盖尤斯《法学阶梯》（约公元二世纪）
- 查士丁尼《法学阶梯》；《学说汇纂》（公元533年颁行）
- 《史记》（商鞅变法与徙木立信）
- 《韩非子》（《五蠹》《定法》《难势》；“法不阿贵，绳不挠曲”）
- 睡虎地秦简（1975年出土于湖北云梦；“工人程”、效律）

- 张家山汉墓出土的汉初律令（上世纪八十年代出土）
- 董仲舒以《春秋》断疑案（“春秋决狱”）
- 《唐律疏议》
- 瞿同祖关于“法律的儒家化”的论述（正文未写书名）
- 陈子昂、柳宗元关于徐元庆案的议论（正文未写篇名）

判决与案

- 萨比努斯派与普罗库鲁斯派的加工之争（盖尤斯所记）
- 徐元庆案（唐武则天时）

法律与文件

- 十二表法（后人重构本）
- 引证法（公元426年）
- 德国民法典第911条（落果）
- 汉宣帝“亲亲得相首匿”诏（正文注年代待核）
- 《大清新刑律》及“暂行章程”

第三编　近代自然法与启蒙（第12—14章）

书与文

- 《普通人都能懂的阿奎那》（站上第174号专著）
- 萨拉曼卡学派（维多利亚、苏亚雷斯等）关于美洲原住民所有权的讨论
- 格劳秀斯《战争与和平法》（1625）、《捕获法》、《海洋自由论》
- 霍布斯《利维坦》（第21、26章）；《普通人都能懂的霍布斯》（站上第146号专著）
- 洛克《政府论》下篇（第14章、第202节）；《普通人都能懂的洛克》（站上第148号专著）

- 孟德斯鸠《论法的精神》（1748）
- 康德《道德形而上学》（1797）第一部分《法权论》；《普通人都能懂的康德》（站上第150号专著）

法律与文件

- 德国民法典（拾得人报酬）；中华人民共和国民法典（拾得遗失物）
- 德国基本法第一条、第二条

第四编　十九世纪：法典、历史与实证（第15—19章）

书与文

- 《法国民法典》（1804年3月颁布）
- 波塔利斯为民法典草案写的“初步说明”
- 德莫隆布、奥布里与劳、洛朗等人的逐条注释书（正文未写书名）
- 热尼《实在私法的解释方法与渊源》（1899）
- 萨维尼《论当代在立法和法学上的使命》（1814；书名为正文所写“大意”）、《当代罗马法体系》（1840—1849）
- 奥斯丁《法理学范围之限定》（1832）
- 温德沙伊德《潘德克顿教科书》
- 耶林《罗马法的精神》（1852—1865）、《为权利而斗争》（1872）、《法的目的》（1877年起）、《法学上的诙谐与严肃》（1884）
- 莎士比亚《威尼斯商人》（耶林演讲中谈到）

判决

- 泰法因案（法国最高法院，1896）
- 让德尔案（法国最高法院联合庭，1930）
- 布迪耶案（法国最高法院；正文注案情与年份待核）

法律与文件

- 法国民法典第4条、第5条、第1384条第1款
- 英属印度十九世纪中期的刑法典（正文注边沁影响待核）
- 德国民法典（1900年施行）
- 中华人民共和国民法典（第十条；格式条款作不利于提供方的解释）
- 中国消费者权益保护法（七日无理由退货；欺诈三倍赔偿）

第五编　罪与罚：刑法的学派之争（第20—24章）

书与文

- 柏拉图《普罗泰戈拉》
- 康德《道德形而上学》（1797）；黑格尔《法哲学原理》（1820）
- 贝卡利亚《论犯罪与刑罚》（1764）；站上第210号专著（贝卡利亚卷）
- 龙勃罗梭《犯罪人论》（1876）
- 格林对英国囚犯与非罪人的比较研究（1913年发表）
- 李斯特《刑法中的目的思想》（1882，马堡纲领）
- 贝林关于“构成要件”的学说（1906）；韦尔策尔“目的行为论”（三十年代）；特拉伊宁的犯罪构成学说
- 罗克辛《刑事政策与刑法体系》（1970）；雅各布斯“敌人刑法”之说（1985）
- 安塞尔《新社会防卫论》（1954）
- 克里斯蒂论冲突是当事人财产的论文（1977）
- 布雷思韦特《犯罪、羞耻与重整》（1989）
- 泽尔《换个镜头》（1990）

判决与案

- 埃尔迈拉小镇的毁物案（加拿大安大略省，1974）
- 欧洲人权法院针对德国事后延长保安监禁的判决（2009）
- 德国联邦宪法法院关于保安监禁的判决（2011）

法律与文件

- 巴伐利亚刑法典（1813）
- 德国1933年11月关于“危险的惯犯”的法律
- 《欧洲人权公约》
- 德国刑法典第四十六条
- 中国刑法第五条、第十三条
- 关于依法适用正当防卫制度的指导意见（2020）
- 中国刑事诉讼法修改（2012，当事人和解的公诉案件诉讼程序；2018，认罪认罚从宽）
- 新西兰儿童与青少年法（1989）
- 联合国经济及社会理事会关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则（2002）

第六编　二十世纪上半叶：利益、自由与现实（第25—28章）

书与文

- 埃利希“自由的法的发现”演讲（1903）；《法社会学原理》（1913）
- 康特洛维茨《为法学而斗争》（1906）
- 赫克《法律解释与利益法学》（1914）
- 霍姆斯《普通法》（1881）；1897年的演讲（即《法律的道路》）
- 奥利维克罗纳《作为事实的法》（1939）

· 罗斯《论法与正义》（1953，丹麦文）
· 庞德在美国律师协会年会上的演讲（1906）、批评“机械法学”的文章（1908）、“书本上的法”与“行动中的法”之分（1910）、多卷本《法理学》
· 韦伯《经济与社会》（1922年整理出版）

法律与文件

· 瑞士民法典（1907）第一条
· 《统一商法典》（卢埃林为主要起草人）
· 中华人民共和国民法典（处理民事纠纷依照法律、可适用习惯一条）

第七编　纯粹、决断与恶法（第29—32章）

书与文

· 凯尔森《纯粹法学》（1934；1960年第二版）、《规范的一般理论》（身后出版）
· 施米特《政治的神学》（1922）、《政治的概念》（1927；1932年扩充本）、《宪法的守护者》（1931）、1934年7月为杀戮辩护的文章（题意“元首守护法律”）
· 阿甘本《例外状态》；《普通人都能明白的阿甘本》（站上第199号专著）
· 拉德布鲁赫《制定法上的不法与超制定法的法》（1946）
· 哈特1958年在哈佛的讲座
· 《共产党宣言》；《资本论》第一卷；《哥达纲领批判》（正文称“批评一个工人党纲领的信稿”）
· 恩格斯1890年致布洛赫的信
· 帕舒卡尼斯《法的一般理论与马克思主义》（1924）
· 汤普森关于十八世纪英国一部刑事法律的研究（正文未写书名与年份）

· 《普通人都能懂的马克思》（站上第143号专著）

判决

· “普鲁士诉帝国”案（国事法院，1932）

· 德国联邦宪法法院关于1941年国籍条例的裁定（1968年2月14日）

· 墙卫案（德国联邦宪法法院驳回宪法诉愿，1996年10月24日）

法律与文件

· 奥地利宪法（1920）

· 1941年剥夺旅居国外犹太人德国国籍的条例

· 民主德国边境法中的正当化条款

· 英国工厂法（《资本论》所写）

第八编　新分析法学与原则（第33—36章）

书与文

· 哈特《法律的概念》（1961；第二版后记1994）

· 富勒与人合写的合同信赖利益长文（1936）；《洞穴奇案》（1949）；《法律的道德性》（1964）

· 哈特与富勒在《哈佛法律评论》上的论战（1958）

· 德沃金《规则模式》（1967）、《认真对待权利》（1977）、《法律帝国》（1986）、《刺猬的正义》（正文注出版年份待核）

· 拉兹《自由的道德》（1986）

· 菲尼斯《自然法与自然权利》（1980）

· 站上第219号专著（哈特与富勒论战卷）

判决

- 里格斯诉帕尔默案（纽约上诉法院，1889）

第九编　法与经济、法与社会，兼谈私法里的学派（第37—41章）

书与文

- 科斯《社会成本问题》（1960，载《法律与经济学杂志》）
- 卡拉布雷西与梅拉米德合写的文章（1972）
- 埃利克森《无需法律的秩序》（1991）
- 波斯纳《法律的经济分析》（1973）、《法理学问题》（1990）、《法官如何思考》（2008）；兰德斯与波斯纳《婴儿短缺的经济学》（1978，载《法律研究杂志》）
- 德沃金问“财富是一种价值吗”的文章（1980）
- 乔尔斯、桑斯坦、塞勒《法律经济学的行为进路》（1998，载斯坦福法律评论）
- 塞勒、桑斯坦《助推》（2008）
- 德拉维尼亚、马尔门迪尔《花钱不去健身房》（2006）
- 卡尼曼、克尼奇、塞勒的马克杯实验（1990）
- 德拉维尼亚、利诺斯关于“助推小组”实地试验的研究（2022，载《计量经济学》）
- 卡拉布雷西《事故的成本》（1970）
- 温里布《私法的理念》（1995）
- 科尔曼《风险与过错》（1992）
- 富勒与珀杜合写的文章（1936）
- 卢曼《社会的法》（1993）；卢曼讨论生态问题的书（1986）

- 托依布纳的“反身法”（1980年代）与“没有国家的全球法”（1990年代以后）

判决

- 斯特奇斯诉布里奇曼案（英国，1879）
- 卡罗尔拖船公司案（美国，1947）
- 布默诉大西洋水泥公司案（纽约州上诉法院，1970）

法律与文件

- 中华人民共和国民法典物权编第二百八十八条、第二百九十四条；合同编格式条款与租赁物维修的规定
- 中国电子商务法第十九条（搭售不得作为默认同意选项）
- 美国联邦贸易委员会“点击即取消”规则（2024；2025年7月被联邦第八巡回上诉法院撤销）
- 新西兰的公共事故补偿制度（二十世纪七十年代起；正文注待核）

第十编　批判与身份（第42—44章）

书与文

- 肯尼迪关于私法裁判中“形式与实质”的长文（1976）
- 昂格尔为批判法学运动写的纲领性长文（1980年代）
- 威廉姆斯 1991 年的书
- 怀特《法律的想象》（1973）；科弗讲法律嵌在共同体故事里的长文（1983）；纳斯鲍姆主张读小说进入法官判断的书（1995）；波斯纳怀疑“法律与文学”的书（1988）
- 吉利根讲道德发展的书（1982）
- 韦斯特追问“分离的人”的长文（1988）

- 麦金农论职场性骚扰为性别歧视的书（1979）
- 贝尔“利益趋同”之说（1980）；克伦肖“交叉性”（1989）
- 米诺讨论差异困境的书（1990）；哈里斯的批评（1990）
- 福柯《规训与惩罚》（1975）；站上第185号专著（福柯卷）
- 弗雷泽对福柯的批评（1981）

判决

- 格里格斯诉杜克电力公司案（美国联邦最高法院，1971）
- 几位黑人女性诉汽车公司裁员案（克伦肖所分析；正文未写案名）

法律与文件

- 中国个人信息保护法（2021年施行）
- 中华人民共和国民法典合同编格式条款规定

第十一编　解释与裁判：制度依赖的本尊（第45—50章）

书与文

- 麦克贝恩以“活宪法”为名的书（1927）
- 博克主张“中立原则”的长文（1971）；米斯主张“原意法理学”的演讲（1985）
- 斯卡利亚《解释的事》（1997）；斯卡利亚与加纳《解读法律》（2012）
- 施特劳斯讲“普通法宪政”的书（2010）；巴尔金《活的原旨主义》（2011）
- 论证布朗案在原旨主义下也能成立的长文（1995；正文未写作者）
- 萨维尼《当代罗马法体系》（1840年开始出版）
- 哈特与萨克斯在哈佛的“法律过程”教材
- 古德哈特论判决理由的文章（1930）
- 卡多佐《司法过程的性质》（1921）

- 黑尔的刑法著作（身后于1736年出版）
- 拉伦茨《法学方法论》（1960）；卡纳里斯《法学中的体系思维与体系概念》（1969）；吕特斯《无限制的解释》（1968）
- 阿列克西《法律论证理论》（1978）、《基本权利论》（1985）
- 察基拉基斯问比例原则是否袭击人权的文章（2009）
- 哈贝马斯《事实性与有效性》（1992）
- 塞耶的主张（1893）；比克尔《最小危险的部门》（1962）；伊利《民主与不信任》（1980）；沃尔德伦反对强形式司法审查的文章（2006）；克雷默《人民自己》（2004）
- 施米特《宪法的守护者》（1931）

判决

- 布朗案（1954）；普莱西案（1896）；凯西案（1992）
- 2008年关于持枪权的案子（正文未写案名）
- 英国枢密院司法委员会“活的树”案（1929）
- 博斯托克案（2020）
- 海登案（英国，1584）；圣三一教堂案（美国，1892）；1868年拘捕邮差一案（正文未写案名）
- 佩珀诉哈特案（英国上议院，1992）
- 伦敦电车公司案（1898）与上议院实践声明（1966）
- 1991年10月上议院婚内强奸一案（即下编第82章 R v R）
- 德国联邦宪法法院药店判决（1958）；航空安全法判决（2006）
- 奥克斯案（加拿大，1986）
- 马伯里诉麦迪逊案（1803）
- 法国宪法委员会关于结社自由的决定（1971年7月）

- 洛克纳案（1905）；西海岸旅馆案（1937）

法律与文件

- 《无障碍环境建设法》第四十六条（2023年9月起施行）
- 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》（2010年底）；关于类案检索的指导意见（试行）（2020年7月）
- 德国基本法第一条、第十九条
- 法国1958年宪法；1789年《人权宣言》；1946年宪法序言
- 奥地利宪法（1920）
- 英国人权法（1998）

第十二编　国家法律实践：意义权重的另一张表（第51—57章）

书与文

- 艾伦·沃森1974年的一本书
- 霍姆斯《法律的道路》（1897）
- 兰德尔推行的“案例教学法”（十九世纪后期）
- 美国法学会组织编写的“法律重述”
- 戴雪《英宪精义》（1885）
- 川岛武宜《日本人的法意识》（1967）；黑利《不愿诉讼者的神话》（1978）；拉姆塞耶与中里实的研究（1989年前后）
- 《法学研究》一九八〇年第一期质疑法“单纯”是阶级斗争工具的文章
- 苏力《法治及其本土资源》（一九九六年）；苏力划分三种范式的文章（二〇〇一年）
- 一九五七年的刑法讲义；特拉伊宁的犯罪构成学说；德国刑法教科书完整中译本（二〇〇一年）

判决

- 马伯里诉麦迪逊案（1803）；伊利铁路公司诉汤普金斯案（1938）；洛克纳案（1905）；西海岸旅馆案（1937）；普莱西案（1896）；布朗案（1954）；凯西案（1992）；库珀诉亚伦案（1958）；雪佛龙案（1984）；洛珀·布赖特案（2024）
- 恩蒂克诉卡林顿案（1765）；伦敦电车公司案（1898）与上议院实践声明（1966）；多诺霍诉史蒂文森案（1932）；法克特塔姆案（1990）；索伯恩案（2002）
- 吕特案（1958）；药店判决（1958）；帝国法院依“诚实信用”允许重估旧债（1923年前后）；让德尔案（1930）
- 日本最高法院判定加重处罚杀害尊亲属规定违宪（1973）

法律与文件

- 美国1925年的司法法；统一商法典
- 英国《垄断法》（1624）；十九世纪七十年代的司法组织法；《欧洲共同体法》（1972）；《人权法》（1998）；《欧洲人权公约》；宪制改革法（2005）
- 法国民法典（1804）；1789年人权宣言；1958年第五共和国宪法；1974年修宪；2008年修宪
- 德国民法典（1896年通过、1900年1月1日施行）；德国基本法第一条、第二十条
- 博瓦索纳德起草的日本民法（1890年公布）；日本民法典（前三编1896年、后两编1898年公布）；日本国宪法（1946年公布、1947年5月3日施行）第八十一条；民事调停法；行政程序法（1993）
- 《大清新刑律》（一九一一年一月颁布）；《大清民律草案》

- 中华人民共和国民法典（二〇二〇年五月二十八日通过；第一百二十七条、第一千二百五十四条）；刑法修正案（十一）（二〇二〇年底）；最高人民法院案例指导制度（二〇一〇年起）

第十三编　横读与解锁（第58—66章）

书与文

- 富勒的“洞穴奇案”（一九四九年，载《哈佛法律评论》）；萨伯《洞穴奇案：九份新意见》（一九九八年）
- 沃伦与布兰代斯论“不被打扰”的权利（一八九〇年，载《哈佛法律评论》）
- 德沃金《疑难案件》同名文章（1975）
- 泰勒《人们为什么守法》（1990）
- 波斯纳《法理学问题》（1990）；凯尔森《规范的一般理论》（身后1979年出版）

判决

- 纽伦堡国际军事法庭（一九四五年八月八日伦敦宪章设立）
- 墙卫案（柏林地方法院；联邦最高法院一九九二年十一月三日；联邦宪法法院）
- 拉苏尔案、哈姆迪案（二〇〇四年）；哈姆丹案（二〇〇六年）；布迈丁案（二〇〇八年六月十二日）
- 德国联邦最高法院数字遗物案（二〇一八年七月十二日）
- 谷歌西班牙案（欧洲法院，二〇一四年五月十三日）
- 查克拉巴蒂案（一九八〇年）
- 北京互联网法院开源模型生成图片著作权案（二〇二三年十一月）
- 卢米斯案（美国威斯康星州最高法院，二〇一六年）；马塔诉阿维安卡案（美国纽约南区联邦法院，二〇二三年）

· 布朗案（1954）推翻普莱西案（1896）；英国上议院实践声明（1966年7月）

法律与文件

· 伦敦宪章（1945）；日内瓦公约；美国二〇〇六年军事委员会法

· 欧盟《通用数据保护条例》（二〇一六年通过、二〇一八年五月二十五日施行）

· 中华人民共和国民法典第一百二十七条；人格权编关于隐私的定义

· 最高人民法院人脸识别司法解释（二〇二一年发布、同年八月一日施行）

下编导论与附录一　AI 与法

书与文

· 霍姆斯《法律的道路》（1897）

· 普里斯特与克莱因关于诉至判决的案件经过筛选的看法（1984）

判决

· 特朗普诉巴巴拉案（美国联邦最高法院，2026年6月30日）；黄金德案（1898）

· 马塔诉阿维安卡案（2023）；卢米斯案（2016）

· 泰勒诉专利局长案（英国最高法院，2023年12月）；泰勒诉珀尔马特案（美国联邦上诉法院，2025年3月）

· 北京互联网法院AI生成图片著作权案（2023年11月审结）

法律与文件

· 美国宪法第十四修正案；第14160号行政令（2025年初）

· 最高人民法院关于规范和加强人工智能司法应用的意见（2022年12月）

· 法国司法改革法中禁止以法官身份数据预测裁判的规定（2019年3月）

- 中国电子商务法（2018）；中国个人信息保护法（2021）；关于构建数据基础制度的意见（2022年底）；生成式人工智能服务管理暂行办法（2023年施行）；人工智能生成合成内容标识办法（2025年3月公布、当年9月施行）
- 欧盟数字服务法（2022）；欧盟《通用数据保护条例》；欧盟人工智能法（2024）
- 法国民法典“依法成立的合同对订立者相当于法律”一条（附录一未写条号）

第十四编　1977—1986（第67—77章）

判决

- 巴基案（1978）；普莱西案（1896）；格鲁特案（2003）；公平录取学生组织诉哈佛大学案（2023）
- 查克拉巴蒂案（1980）
- 德国联邦宪法法院人口普查判决（1983）
- 日产汽车案（日本最高法院，1981）
- 吉尔福德四人案、伯明翰六人案；麦克斯韦·康费特命案（1972）
- 旁证：科克诉佐治亚州案（1977）；爱尔兰诉英国案（欧洲人权法院，1978）；“第戎黑醋栗酒”案（欧洲共同体法院，1979）；移民局诉查德哈案（1983）；雪佛龙诉自然资源保护委员会案（1984）

法律与文件

- 联络禁止法（联邦德国，1977）；《法院组织法施行法》
- 中华人民共和国刑法、刑事诉讼法（1979）
- 法国废除死刑法（1981）；2007年修宪
- 八二宪法（1982）；1954年宪法
- 英国警察与刑事证据法（1984）；《法官规则》
- 日本男女雇用机会均等法（1985）；《消除对妇女一切形式歧视公约》

- 法国反恐怖法（1986）
- 美国专利法1952年修订
- 旁证：中国婚姻法（1980）；英国1981年国籍法；加拿大1982年宪法法与《权利与自由宪章》；中国继承法（1985）；中国民法通则（1986）

第十五编　1987—1996（第78—88章）

书与文

- 博克在《印第安纳法律杂志》上的文章（1971）
- 彼得·赖特《间谍捕手》；《星期日泰晤士报》《卫报》《观察家报》的报道
- 黑尔《王室诉讼史》（1736年出版）

判决

- 格里斯沃尔德案（1965）；罗伊案；凯西案（1992）
- 《间谍捕手》案（1988）；克罗斯曼日记案（1975）
- 包郑照案（行政诉讼法立法前的“民告官”一案）
- 墙卫案（联邦最高法院1992年11月3日；联邦宪法法院1996年10月24日）
- R v R（1991）；欧洲人权法院相关判决（1995年11月22日）
- 成田新法案（日本最高法院大法庭，1992年7月）
- 十字架裁定（1995）
- 佘祥林案、赵作海案（2010年先后纠正）
- 旁证：日本《森林法》共有林分割限制违宪判决（1987年4月22日）；得克萨斯州诉约翰逊案（1989）；宾夕法尼亚东南计划生育组织诉凯西案（1992）；德国第二次堕胎判决（1993年5月28日）；合众国诉洛佩斯案（1995）

法律与文件

- 英国《官方保密法》；《欧洲人权公约》；《人权法》
- 中华人民共和国行政诉讼法（1989）；《民事诉讼法（试行）》；《国家赔偿法》
- 《统一条约》（1990）；《基本法》；民主德国《家庭法典》；《民法典》
- 英国《性犯罪（修正）法》；《刑事司法与公共秩序法》
- 日本《关于协助联合国维持和平活动等的法律》（1992）；《联合国和平合作法案》；《自卫队法》
- 日本《行政程序法》（1993）；美国《联邦行政程序法》；日本《行政事件诉讼法》
- 法国新刑法典（1992年7月22日四法，1994年3月1日生效）
- 中华人民共和国刑事诉讼法修改（1996）；《律师法》；《行政处罚法》；《民事诉讼法》
- 旁证：中国宪法修正案（1988）；日本《借地借家法》（1991）；中国《国家赔偿法》（1994）；日本全面修订的《民事诉讼法》（1996）

第十六编　1997—2006（第89—99章）

书与文

- 英国工党政府白皮书《把权利带回家》（1997）
- 川岛武宜《日本人的法意识》；黑利《不愿诉讼者的神话》
- 席拉赫的剧本《恐怖》

判决

- 盖丹诉戈丁-门多萨案（2004）
- 乌特罗儿童性侵案（正文注年份待核）

- 扬斯敦钢铁公司案（1952）；是松案（1944）；哈姆迪案、拉苏尔案（2004）；多伊诉阿什克罗夫特案
- 卢班加案（国际刑事法院；正文注判决日期待核）
- 教师头巾案（2003）
- A 诉内政大臣案（贝尔马什案，2004）；利弗西奇诉安德森案（1941）
- 日本在外国民选举权判决（2005）
- 航空安全法判决（2006）
- 旁证：里诺诉美国公民自由联盟案（1997）；布什诉戈尔案（2000）；阿特金斯诉弗吉尼亚案（2002）；劳伦斯诉得克萨斯州案（2003）；哈姆迪诉拉姆斯菲尔德案与拉苏尔诉布什案（2004）；罗珀诉西蒙斯案（2005）；哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案（2006）

法律与文件

- 中华人民共和国刑法修订（1997）；刑法修正案；《大清新刑律》
- 《1998年人权法》；《欧洲人权公约》
- 《司法制度改革审议会设置法》（1999）
- 法国《加强保护无罪推定与被害人权利法》（2000）；《人权和公民权宣言》
- 美国爱国者法（2001）；《美国自由法》
- 《国际刑事法院罗马规约》（2002年生效）；坎帕拉审查会议对侵略罪的定义（2010）
- 《2005年预防恐怖主义法》
- 德国《航空安全法》
- 旁证：美国《通信规范法》；日本公职选举法修改（1998）；中国宪法修正案（1999）；英国《2001年反恐、犯罪与安全法》；美国《2006年军事委员会法》

第十七编　2007—2016（第100—110章）

书与文

- 朗贝尔《法官政府》（二十世纪二十年代）
- 哈特《法律、自由与道德》（1963）

判决

- 布鲁斯科诉法国案（欧洲人权法院，2010年10月）
- 最低生活保障判决（“哈茨 IV”，2010）
- 平价医疗法案案（2012）；洛佩斯案（1995）；莫里森案（2000）
- 警察预备队案（日本最高法院，1952）
- 奥贝格费尔案（2015）；温莎案；多布斯案（2022）；洛文案、劳伦斯案
- 克拉蓬运河案（法国最高法院，1876）
- 旁证：哥伦比亚特区诉赫勒案（2008）；联合公民诉联邦选举委员会案（2010）；德国联邦宪法法院保安监禁判决（2011年5月4日）；合众国诉温莎案（2013）

法律与文件

- 中华人民共和国物权法（2007）
- 法国2008年修宪（违宪先决问题，2010年实施）
- 日本裁判员制度（2009年施行）
- 法国警察拘留改革法（2011）
- 英国同性婚姻法（2013）
- 日本集体自卫权的内阁决议（2014）
- 法国民法典债法改革法令（2016）

- 旁证：里斯本条约（2007）与欧盟基本权利宪章；英国最高法院开始运作（2009）；中国刑事诉讼法修改（2012）；中国行政诉讼法修改（2014）；中国立法法修改（2015）；日本关于消除对日本以外出身者不当歧视性言行的法律（2016）

第十八编　2017—2026（第111—121章）

判决

- 米勒案（2017）；公告案（1610）；德凯泽酒店案（1920）
- 米勒第二案（切里案，2019）
- 德国联邦宪法法院气候保护裁定（2021）
- 多布斯案（2022）；罗伊诉韦德案（1973）；凯西案；格鲁兹伯格案（1997）
- 勒庞案一审（巴黎刑事法院，2025）；二审（巴黎上诉法院，2026年7月7日）
- 特朗普诉巴巴拉案（2026）；黄金德案（1898）；埃尔克诉威尔金斯案（1884）；特朗普诉 CASA 案（2025）
- 旁证：博斯托克诉克莱顿县案（2020）；日本最高法院关于海外国民不能参加最高法院法官国民审查的判决（2022年5月25日）；公平录取学生组织诉哈佛大学案（2023）；洛珀·布赖特公司诉雷蒙多案（2024）

法律与文件

- 《欧洲共同体法》；《欧洲联盟条约》
- 中华人民共和国宪法修正案与《监察法》（2018）
- 英国《权利法案》
- 《中华人民共和国民法典》（2020）
- 德国《联邦气候保护法》（2019）；《巴黎协定》

· 日本刑法性犯罪规定修改（2023）

· 欧盟人工智能法（2024）；《通用数据保护条例》

· 旁证：德国向同性伴侣开放婚姻的法律（2017）；日本民法成年年龄修正（2018）；中国《个人信息保护法》（2021）

附 录

附录一　AI 与法：判决在“判”与“服”之间

上编第60章把人工智能当作法学的下一个大异象，看各派会怎样吸收。这篇附录往前多走几步：异象到底卡在哪里，法律人的活计被拿走以后还剩什么，预测怎样回过头改写被预测的人，平台规则算什么，以及法学有没有可能借这件事换一条路。全书的出路在第63章立下、第64章用开，原话是：把被冻结的两端放回发生里：法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。AI恰好把“判”和“服”拆开了：机器越来越会“判”，可“服”还落在人身上。这篇附录就从这道裂缝写起。

所有日常例子都是我构想的场景，人物也是构想的，不对应任何真人。提到的法规与判决，能核的已核，核不了的不写死，登在文末。

1　一个各派都接不住的异象：机器能给出判决的样子，给不出签字的人

这是我构想的场景。一条老街上，蔡叔家院里有一棵三十多年的梧桐，每到秋天，落叶顺风堵住隔壁苗阿姨家平房的雨水槽，去年一场大雨，水从槽里漫出来，泡湿了她家一面墙。两家人吵了一个秋天。苗阿姨的外孙把整件事打进手机里的一个AI助手，几秒钟后，屏幕上出来一份像模像样的东西：事实认定、争议焦点、相关法条、责任划分，最后一行写着“建议蔡某承担六成修缮费用”。格式比街道调解书还整齐。

苗阿姨看了很高兴，拿去给蔡叔看。蔡叔瞄了一眼，说了一句话，把整件事顶了回去：这是谁判的？

这句话问得很准。那份东西有判决的样子：有理由、有条文、有结论；可它没有签字的人。没有一个人站出来说“这是我的判断，错了算我的”，也没有一个机

构说“这是我作出的，你不服可以去哪里”。蔡叔不服，不是因为六成这个数字不对，而是因为找不到可以不服的对象。

各派怎样接这道裂缝，第60章已经逐派写过，这里只压成一句：换到判决书的样子这个对象上，实证一路按定义说机器的输出不是法，德沃金一路把它改名为给法官的“材料”，现实主义发现预测到最后成了预测自己，法经济学把“谁签字”当作一个可以定价的风险免检推开，自然法一路只问结论公不公道；手法随对象变了，起点一个没动。本节不再复述，只写出路这一侧：机器给不出签字的人。各派的共同处在于：它们的起点里，都预设了一个会负责的人。有的是立法者，有的是法官，有的是守法人，但那个人总在。机器把“判决的样子”和“负责的人”拆开了，各派就只能吸收：免检的说“这是工具问题”，改名的说“这是辅助”，先验的说“按定义只有人能判”。

实践里的做法，正好印证这三种吸收。中国最高人民法院2022年12月发布关于规范和加强人工智能司法应用的意见，定下的基调是：人工智能只作辅助，不能代替法官裁判，裁判的责任主体始终是法官。这是一种制度上的先验：把签字的位置先钉死给人。美国2023年的马塔诉阿维安卡案，代理律师交给法院的文书里，引了几个由聊天机器人生成、实际上并不存在的判例，法院对律师和律所处以五千美元罚款。罚的是签字的人，不是机器。两件事说的是同一件事：判决的样子，机器已经能给；签字的人，制度还只认人。

欧盟和英国走的是另外两种钉法。欧盟2024年的人工智能法，把用来协助司法机关研究和解释事实与法律、把法律适用到具体事实上的AI系统，列进了高风险一类，要求有人在旁边监督；立法说明里还写明，这类工具可以支持法官，但不能取代法官，最后的决定要由人来作。英国的法官们在2023年12月拿到一份关于使用AI的指引，其中一条说得很直白：以法官名义作出的东西，法官本人负责，哪怕其中有AI帮过手；另一条提醒，不要把保密的案件材料输进公开的聊天机器人。三个地方，三种办法：中国用司法文件，欧盟用立法，英国用法官内部的指引；钉住的却是同一个位置，签字的人。按第5章的分法，这是同一种先验在三个法域里各织了一次，织进的是“连接”这一项：谁对这份判决负责，谁就站在当事人对面。

为什么签字这么要紧？回头看判决书的样子就明白。一份判决书，理由写得再长，最后总有几个名字：审判长、审判员、书记员，有的还要写明合议庭里谁持不同意见。这些名字不是装饰。它们告诉输的一方三件事：有人认真看过你的事；如果他看错了，你知道该向哪里上诉；如果他是故意看错的，有人要为此负责。服，就是从这三件事里来的。人服一份判决，很少是因为被理由完全说服，更多是因为相信这套“有人看、有人管、有人担”的安排。

机器能把理由写得比多数法官更周全，却给不出这三件事里的任何一件。它没有“认真看过”这回事，它的错没有一个可以上诉的对象，它也不能为错担责。于是我们看到一种新的局面：判决的样子越来越好，服的根据却越来越薄。

问题在于，这样钉死能钉多久。第4章讲过，起点改不动的时候，异象会越积越多。机器给出的“判决样子”越来越像，人签字时真正动脑的部分越来越少，总有一天，签字会变成一个手续，就像今天很多人点“我已阅读并同意”。到那一天，“只有人能判”还在条文里，可“判”已经悄悄搬了家。

那么，出路这一侧要守住的是什么？不是“机器不许碰判决”，这条线守不住，也不必守。要守的是签字背后那三件事，还能不能落在一个人身上。我给自己定了三个问题，可以拿去试任何一种用了机器的裁判安排。第一，输的一方能不能问到一个人“为什么”，并且得到这个人自己的回答，而不是机器理由的转述。第二，这个人有没有在听完当事人的话之后改主意的余地：如果结论在他翻开案卷之前已经排好，他听什么都改不了，那么他的签字只是盖章。第三，错了以后，责任落在谁身上，这个人自己知不知道。三问都过，机器写得再多，签字还是签字；有一问不过，签字就开始变成手续。这三问不属于哪一个学派，它们问的是判与服之间那条来回的路还通不通。这是本书的读法，第7节会接着往下走。

也有人设想另一种安排：小额的、事实简单的纠纷，先让机器出一个结论，当事人都接受就生效，任何一方不接受，就交给人来判。这是我构想的一种制度样子，不是在说哪一国已经这样做。它的好处是把“服”放回了当事人手里：不服就有一个人来接。它的难处在于，机器的结论一旦先摆在那里，后来的那个人还能不能真正从头看，还是只是在机器的结论上加一个名字。这又回到了签字是不是手续

的问题。各派会怎样吸收这种安排，照第60章的路数不难猜；要紧的是它们都没有去看的那一样东西：当事人在机器结论面前点“接受”的那一刻，到底是服了，还是只是嫌麻烦。

各派在这件事上各看对的那一点，第60章也已一一记下：来源、责任、预测、成本。它们拼起来，恰好就是“判”和“服”的各个零件；缺的，是把零件连起来的那一样东西，也就是一次次判、一次次服或不服之间的来回。

蔡叔那一句“这是谁判的”，是这篇附录的第一块石头。它说的不是机器判得好不好，而是“服”需要一个对象。判可以被复制，服不能。

2　检索、涵摄、合同审查被机器做掉之后，法律人还剩什么

这是我构想的场景。一家只有五个人的小律所，律师助理小邬入行三年，日常活计是三样：查类案、查条文；把案情一条一条对进法条的构成要件里，写成初稿；审客户送来的合同，把风险条款标黄。所里新用了一套工具之后，这三样活他半天就干完了，以前要三天。小邬有点慌，私下问带他的律师：那我以后干什么？

带他的律师没直接回答，第二天把他带去见一个客户。客户是在夜市卖凉皮的严阿姨，要和一家中央厨房签一份供货合同。机器早已把合同审过，标出了十几处风险。可严阿姨坐下来，第一句话问的是：要是我哪天身体不好歇一个月，他们会不会把我的摊位给别人？

这一条，合同里没有，机器也没标。因为严阿姨的摊位是夜市管理方分的，不在这份合同里；可在严阿姨的日子里，摊位、供货、身体，是缠在一起的一件事。

法学里有一个词叫“涵摄”，意思是把眼前的事实套进条文的构成要件，看套不套得上。概念法学（第18章）和法教义学（第48章）把这门手艺练到了极致，它也是法学院教得最多的东西。机器在这件事上进步最快，原因不难懂：涵摄的起点是已经显露出来的条文（S），沿着要件一路往下走（D），最后才碰到案子的具体条件（E）。这条路是全书说的S→D→E，是一条可以写成步骤的路，而能写成步骤的，机器都学得会。

检索也是一样。查类案，是在已经显露的判例里找相似；合同审查，是拿一份风险清单去对条款。三样活有一个共同点：都从S起手。

那么剩下的是什么？严阿姨那一句话给了答案。剩下的，是从E起手的那一部分：听出当事人的日子里，哪些东西缠在一起，哪些是这份合同管得着、哪些管不着却会决定她服不服。这一部分不在任何条文里，也不在任何判例库里，它要在一次次面对面里才显露出来。

第二样剩下的，是签字。上一节说了，判决的样子可以复制，签字的人不能。律师在文书上签字，等于说“这份东西我看过，出了错算我的”。马塔案里被罚的，正是签了字却没看过的人。机器越能干，签字这一笔就越重，因为它是整条链上唯一还要有人担着的地方。

第三样剩下的，是认出“这一件不一样”。第62章讲什么算疑难案件：大多数案子是常规的，套得上；少数案子一套就出毛病。机器擅长常规，擅长在相似里找相似；可疑难案件之所以疑难，恰恰是因为它和以前的都“看着像，其实不一样”。认出这一点，要的是对条文之外那些缠绕条件的敏感。

这件事在法院里也一样。法官每天的活计里，查法条、找类案、核对计算、起草判决书里固定的那几段，机器都能分担。有的法院已经让系统在法官写完之后提示“同类案件判得偏高或偏低”。这能减少同案不同判，是好事；可它也悄悄改了法官的位置：法官从“判”的人，往“核对机器建议的人”那边挪了一步。挪到哪里为止，现在谁也说不准。

还要提防一种错觉：机器做得快，就是做得对。马塔案里那几个不存在的判例，格式、案号、法院名称一应俱全，看上去比真的还像真的。涵摄这门手艺最怕的，正是这种“像”：要件一个个都对上了，偏偏事实是编的，或者条文早就改了。机器把S→D→E这条路走得飞快，路上的每一步却仍然需要一个人回头看一眼，而这回头的一眼，恰恰是最容易被省掉的。

所以我想说一句可能不太中听的话：法学院花最多时间教的，恰好是机器最先拿走的那部分。剩下的三样，听出缠绕、担起签字、认出不同，在多数课程里只是“实务经验”，不是正课。

这对学派意味着什么？上编讲的几乎所有学派，起手都在S：先定法是什么，再推出裁判规则。它们培养的法律人，最擅长的就是沿着S往下走。机器一来，这条路被压成了几秒钟，法律人被推到了路的另一头，推到E那里去。可那一头，学派几乎没有铺过路。

如果这个判断大致不错，法学教育要变的地方就清楚了。条文和涵摄当然还要学，不懂这些，连机器的输出对不对都看不出来；可它们应该从“全部”退到“底子”。腾出来的时间，要教三样以前只靠师傅带的东西：怎样在一次谈话里听出当事人真正缠着的条件；怎样在一份文书上签字之前，把机器走过的每一步回头查一遍；怎样认出一个案子“看着像，其实不一样”。这三样都很难写成教科书，因为它们都从E起手，而E从来是具体的。这也许正是法学院一直把它们留给“实务”的原因。机器来了以后，这个安排要倒过来。

小邬后来做的事，是把严阿姨的摊位问题写进了补充条款，又建议她去和夜市管理方要一份书面的暂停经营说明。这些都不是机器标出来的。他的活计没有变少，只是换了一头。

3　判决预测怎样回写被预测的人：霍姆斯的预测论遇到算法

1897年，美国法官霍姆斯写过一篇很有名的文章，题目叫《法律的道路》。他让读者换一个角度看法律：别从好人的角度看，从一个只关心后果的“坏人”的角度看。这个人不在乎道德，他只想知道，自己做了某件事，法院到底会怎么办。霍姆斯说，在这个意义上，法律无非是对法院实际会怎么做的预测。第26章讲过，这个说法后来成了美国现实主义的起点。

霍姆斯那个年代，预测靠的是律师的经验。一百多年后，预测成了一种产品。把案情输进去，软件会告诉你这类案子在这家法院、甚至在这位法官手上，胜诉的可能是多少，判赔大致在哪个区间。

问题出在“预测”和“被预测”之间。预测天气不会改变天气，预测判决却会改变要被判决的那些人。

这是我构想的场景。沈女士家装修完，装修公司还欠她一笔返工的钱，大约八千元。她在一个法律服务小程序上查了一下，程序显示：同类小额装修纠纷，在本区法院起诉，耗时平均几个月，判赔往往低于主张。她犹豫了，最后没告。巧的是，装修公司那边也在用类似的工具，它看到的是同一张图：这类小额尾款，业主多半不会起诉。于是公司对后来的几户业主，也照样拖着。

这件事里，没有人做错什么，预测本身也可能是准的。可是预测一出来，两边的行为都变了：该起诉的人不起诉了，该付钱的人不付了。下一年的数据里，这类案子起诉的更少，判出来的也就更少，预测会显得更“准”。预测把自己写进了被预测的世界，这就是我说的回写。

法经济学里早有人注意到一个相近的现象。1984年，两位美国学者普里斯特和克莱因提出过一个看法：真正打到判决的案子，是被当事人筛过的，双方对结果判断差得最大的那些才会上法庭，容易预测的大多在庭外了结了。也就是说，法院看到的案子，本来就不是全部纠纷的样本。算法预测进来以后，这个筛子变得更密：它让更多的纠纷在起诉之前就被预测“劝退”。

预测回写，还有一个更直接的地方：直接写进判决本身。2016年，美国威斯康星州最高法院审理卢米斯案。下级法院量刑时参考了一个叫COMPAS的再犯风险评估工具，被告说，这个工具的算法是商业秘密，自己没法质疑。州最高法院最终没有推翻量刑，但要求今后使用这类评分时附上提醒，说明它的局限，并且不能把它当作决定刑期的唯一依据。这一案说明，预测不只在法庭外改变人的行为，它还会走进法庭，变成判决的一部分：被预测“会再犯”的人，因为这个预测被判得更重，于是更晚出狱，出狱后处境更难，这又可能让预测“应验”。

另一个方向的反应来自法国。2019年3月的一部司法改革法里有一条规定：不得把法官的身份数据拿来评估、分析、比较或预测他们的裁判做法，违者可以被追究刑事责任。这条规定针对的，正是以法官个人为单位的判决预测。它的意思很清

楚：预测法官，会回写法官。被预测的法官可能会注意到自己的“画像”，当事人也可能借此挑选法院，判决就不再只是对案子的回应，而成了对预测的回应。

还有一层更深的回写，落在人心里。霍姆斯请读者暂时站到“坏人”的位置上，是一个思想实验：用来把法律和道德分开看清楚。可当每个人手里都有一个预测工具，这个思想实验就不再是暂时的，它成了日常。做一件事之前，人们先问的不再是“该不该”，而是“会被怎样”。第33章讲哈特，说规则之所以是规则，是因为有人从内部接受它，把它当作行为的理由，而不只是当作可能受罚的信号。预测工具普及以后，从内部接受规则的人会不会越来越少，从外部算后果的人会不会越来越多？如果会，法律就慢慢只剩下霍姆斯那半边：一张关于后果的价目表。这不是哪个学派的错，是预测这件事做大了以后自己长出来的东西。

把这三件事放在一起看，霍姆斯的起点露出了一处缝。他把法定义成对法院行为的预测，可他默认了一件事：预测站在外面，不碰被预测的东西。他那个时代，这个默认大致成立，律师的经验预测影响很有限。今天，预测成了大规模的产品，它站在里面了，它参与制造了它要预测的那些判决。

三件事里，各方押的意义也不一样。卢米斯案里，量刑参考风险评分，押的是幸福：让社会少受再犯之害。被告的抗议押的是自由：不能被一个看不见的算法决定刑期。法国的禁令押的也是自由，只是换了主角：保护的是法官不被画像、裁判不被预测牵着走。沈女士那件小事，没有人押任何东西，规矩是自己长出来的。这一对比本身就说明问题：在有人押注的地方，至少还有一场争论；在没人押注的地方，回写悄无声息地完成。

现实主义面对这件事，最自然的反应是改名：把回写叫作“新的变量”，加进模型。这样做可以把预测修得更准，却回答不了另一个问题：一种越修越准的预测，会不会把法律带到一个谁都没有选过的地方。沈女士和装修公司都没有选择“小额尾款可以不付”这条规矩，可这条规矩已经在那个区里稳下来了。

用全书的话说，这是一种没有经过“判”就长出来的“服”：人们没有等法院判，就先按预测服了。它也是法从“判”与“服”之间长出来的一个例子，只不过

是一个让人不安的例子。它提醒我们，出路那一句不是在描述一个必然的好结果，而是在描述一种机制，机制本身可以长出好的规矩，也可以长出坏的。

4　平台规则：它是法、合同，还是第三种东西

这是我构想的场景。小鲁在一个二手交易平台上卖一台用了五年的旧相机，描述里写了“轻微使用痕迹”。买家收货后申请退款，理由是“描述不符”，说镜头边上有划痕。平台的处理在两天内就出来了：支持退款，卖家承担来回运费。小鲁不服，在平台上点了申诉，得到的回复是一段格式化的文字，引了平台规则里的某一条。他想找个人说说，找不到；想去法院，又觉得几百块钱不值得。

这件事里，判他输的，是一条平台规则加一套处理流程。它管他管得比任何法律都直接：不用传票，不用开庭，钱就已经划走了。那么，这条规则是什么？

第一种读法：它是合同。小鲁注册时点过“同意”，平台规则是用户协议的一部分，平台照规则处理，等于履行合同。这个读法最贴近法条，也最省事。可它有一个毛病：合同的起点预设两个平等的、能讨价还价的人。小鲁跟平台从来没有讨价还价过，规则改了他也只是收到一条通知。第42章讲批判法学怎样读格式条款，说中立的形式底下有不中立的东西，这里比格式条款又多了一层：规则在不断地改，而且自带执行。

第二种读法：它是法，至少是一种类似法的东西。它有普遍性，对所有用户一样适用；有制裁，钱能被直接划走；有裁判，有申诉，甚至有“先例”式的处理口径。法律也在一定程度上承认了这一点。中国2018年通过的电子商务法，对平台修改交易规则作了程序上的要求：要公开征求意见，要提前公示。欧盟2022年的数字服务法，要求平台在删帖、封号这类决定上给出理由，在线平台还要设置内部申诉的渠道。立法者在用对待“规则制定者”的办法对待平台，而不是只把它当一方合同当事人。

可是如果它是法，它的效力从哪里来？凯尔森（第29章）说，一条规范的效力来自更上一层的授权，一层一层往上，直到基础规范。平台规则的效力，表面上来自用户的同意，实际上来自用户离不开平台。这既不是授权，也不是真正的同意。

第三种读法，是把它看成第三种东西。二十多年前，美国学者莱斯格写过一本书，说网络空间里，代码本身就在起法律的作用：系统允许你做什么、不允许你做什么，比任何条文都管用。平台规则正是这样：它的很多部分不是写给人读的，是写进系统里执行的。小鲁看到的那条规则只是外壳，真正判他的是一套自动比对聊天记录、物流记录和买家照片的流程。

上编各派对这第三种东西都不太会处理。它们的起点里，法要么出自主权者（第17章），要么出自法官（第26、35章），要么出自民族的习惯（第16章）、社会的活法（第28章）。平台规则同时有这几种的影子：平台像主权者，处理流程像法官，用户的使用习惯又在不断改写规则。卢曼和托依布纳（第41章）也许是最接近的一路：他们早就说过，法可以在国家之外、在一个个自己运转的社会系统里长出来。可即使是这一路，也很少问那个最具体的问题：小鲁不服的时候，该向谁不服。

我自己的读法是这样：平台规则是“判”和“服”被拆开得最彻底的地方。判，由一套流程在后台完成，快、准、便宜；服，却没有对象，用户只能选择继续用或者离开。法学里所有让人服的东西，说理、公开、可以上诉、有个人签字，在这里都被压缩成了一行格式文字。

再看平台规则的意义权重。它押得最重的，是幸福里最窄的那一部分：效率。一天要处理成千上万件纠纷，规则就要快、要便宜、要统一，至于每一件里那个具体的人服不服，只能放在后面。自由也有，用户可以离开，可离开的成本越来越高，这份自由就越来越薄。创造则几乎没有位置：规则不为个别的情况长出新办法，只为大多数情况套用旧办法。这是本书的读法。它和第38章波斯纳那一路很像：效率先行。不同的是，波斯纳讨论的是法官应该怎样判，平台则直接把效率写进了代码，不再经过任何一位法官。

还有一处值得留意：平台规则的“次序”和国家法不一样。国家法有上位法、下位法，有先例和后案，次序是公开的，可以查。平台规则的次序藏在系统里：哪条规则先算，哪个信号权重更大，用户看不见。小鲁不知道自己是输在照片上，还是输在聊天记录里一句“东西没问题”。看不见次序，就很难知道该对哪里不服。

这也说明，平台规则不是一个“归类”问题。把它归进合同、归进法、归进第三种，都只是给它起一个名字，这本身就是第5章说的改名式吸收。真正的问题是：在这个地方，“服”怎样才能重新长出来。数字服务法要求说明理由、设置申诉，可以看作立法在补“服”的那一半；平台自己设的申诉委员会、用户评审团，也是在这个方向上试。哪种办法能让小鲁这样的人服，现在还没有答案，只能一边判、一边看服不服、一边改。

不妨倒过来想一想，小鲁在什么情况下会服。他也许并不坚持自己一定赢。他想要的，可能只是三样东西：知道自己输在哪一条证据上；有一次机会把自己的照片和解释摆出来，让一个看得懂相机的人看一眼；如果平台后来发现这类“划痕”纠纷判错的很多，能把规则改一改，而不是年年照旧。这三样东西，第一样是说理，第二样是听审，第三样是回写。它们恰好是法院几百年来让人服的那几样办法，只不过换了一个地方。平台规则要从“判”长到“服”，大概绕不开这三样；而它们能不能在一个每天处理成千上万件纠纷的系统里落地，是这一代法律人真正要做的题目。

5　从“我们的法”到“我的法”

法律有一个老规矩：同样的情况同样对待。规则写给“所有人”，不写给“这一个人”。富勒（第34章）讲法律的内在道德，第一条就是一般性：规则必须是普遍的。罗马法学家、注释法学派、概念法学，几乎所有学派都默认，法是“我们的法”，是一个共同体共同遵守的东西，个人只是被它适用的人。

这个规矩背后有一个很实在的理由：成本。为每个人定一套规则，没法写、没法记、没法执行。所以法只能粗：成年以十八岁为界，不管你实际成熟得早还是晚；限速一律六十，不管你是新手还是开了三十年车的老司机。粗是不得已，也是公平的一种样子。

AI把这个成本压低了。机器可以记住每个人的情况，可以为每个人算出一条“最合适”的规则。2021年，两位法学者本-沙哈尔与波拉特专门写书讨论“个人化的法”：既然能为每个人量身定做，为什么还要让所有人用同一条线？限速可

以按驾驶记录定，消费者的冷静期可以按个人的冲动程度定，告知义务可以按个人的理解能力定。

这是我构想的场景，换一个更日常的角度。卓家三兄妹为照顾八十岁的母亲商量了好几轮：老大在本市，工作忙；老二在外省，钱宽裕；老三离得近，可家里有个读高三的孩子。以前遇到这种事，大家多半拿“大家都是这么做的”来比：轮流住，每人一个月，钱平摊。这就是“我们的法”，邻里乡亲的一般做法。这一回，老三把三家的情况、母亲的身体、医院的距离都告诉了一个AI助手，请它拟一份方案。出来的东西很细：老大每周哪两天晚上过去，老二每月出多少钱、要不要折算成请护工的时间，老三在孩子高考那几个月减少多少。它不像任何一家的做法，只像卓家的做法。

三兄妹看了，都说比“轮流一个月”合理。这是“我的法”的一个小样子：规则不再从“大家都这么办”里来，而是从“我们家的这些条件”里算出来。

其实，“我的法”在法律里并不是全新的东西。合同就是一种：两个人商量出来的条款，只管这两个人，却有法律的拘束力。法国民法典里有一句两百多年的老规矩，大意是依法成立的合同，对订立它的人来说就相当于法律。遗嘱、家庭协议、合伙章程，也都是这一类。只是过去，这一类“我的法”要么靠当事人自己有能力谈、有钱请人写，要么就只能套用格式文本，回到“大家都这么写”。AI改变的，是谈出一份贴身规矩的成本：卓家三兄妹不用请律师，也能拿到一份细到每周哪两天晚上的方案。成本一降，原先只有少数人用得起的“我的法”，就可能变成很多人的日常。

我把这个变化叫作从“我们的法”到“我的法”。它不是说法会变成每个人随意定的，而是说，法的起点有可能从一般挪到具体：从先定一条大家共用的线，再把每个人套进来，变成先看这一个人、这一家、这一件事缠着哪些条件，再长出一条只属于它的规矩。

这件事会碰到法学最硬的几块骨头。

第一块是平等。同样的情况同样对待，这句话在“我的法”里要重新解释：什么叫“同样的情况”？机器把每个人的情况都拆得越来越细，“同样”就越来越少。不同的人得到不同的规则，可能是更精确的公平，也可能是一种看不见的区别对待，第43章讲的那种“看起来中立”的东西，在这里会更难被发现。

第二块是可预见。法律之所以让人安心，是因为你事先知道线在哪里。“我的法”如果每个人的线都不一样，而且由机器在背后算，你就很难知道自己的线在哪儿，更难知道它为什么在那儿。富勒说的公开、清楚、稳定，在这里都要重新找办法。

第三块是“服”。卓家的方案之所以能用，是因为三兄妹看过、商量过、点了头。这份“我的法”是他们自己认的。如果同样一份方案，是一个系统自动生成、直接推给他们执行的，结果会很不一样。中国2021年的个人信息保护法给了个人一种权利：通过自动化决策作出、对自己权益有重大影响的决定，可以要求说明，也可以拒绝只由自动化方式作出决定；欧盟的通用数据保护条例走得相近，规定个人有权不受完全由自动化处理作出、对其产生法律效果或类似重大影响的决定约束。这条权利，说穿了就是在“我的法”里给“服”留一个口子：规则可以为你算，但得让你有机会说不。

同样的口子，也开在了日常最常见的个人化上。中国2022年起施行的互联网信息服务算法推荐管理规定，要求提供算法推荐服务的一方，给用户提供不针对个人特征的选项，或者让用户能方便地关掉推荐。刷到什么内容，本来就是一套为“这一个人”算出来的小规矩；这一条规定没有去管算得准不准，只管一件事：被算的人能不能走开。从“我们的法”的眼光看，这只是一条消费者保护；从“我的法”的眼光看，它是在承认，规矩越贴身，越要给人留一条不服的路，否则贴身的规矩就只剩下判，没有服。还要看到它的限度：关掉推荐，换来的是一套更粗的“大家都看的”内容，人在“我的法”和“我们的法”之间只能二选一，还谈不上参与那套为他算的规矩怎样改。

“我的法”的意义权重，也和“我们的法”不同。“我们的法”多半押在自由上：一条线画清楚，线内随你；或者押在幸福上：一条线让多数人过得安稳。“我

的法”押的，首先是幸福，让规矩贴着每一个人的处境；可它很可能伤到自由，因为规矩越贴身，人越难从规矩里走开。卓家的方案好，好在三兄妹随时可以坐下来再改；若方案定死了，贴身就成了捆身。这里还藏着一点创造：一份只属于卓家的规矩，是以前没有过的东西，它是从卓家的条件里长出来的。只是这一点创造，要靠三兄妹自己商量才有，靠系统推送就没有。

还有一层要分清：“我的法”不等于“我说了算的法”。卓家的方案里，三兄妹谁也没有单方面定规矩，每一条都是三家条件碰出来的。“我”在这里指的是这一个具体的处境，不是一个可以随意下命令的人。法从一般挪到具体，挪到的是具体的缠绕条件，而不是挪到某一个人的意志上。这一点若弄混，“我的法”就会滑回施米特那一路（第30章）：谁有权，谁就定这一刻的规矩。

所以，从“我们的法”到“我的法”，不是从集体到个人那么简单。它要求“服”也从“我们服”变成“我服”：不是因为大家都服我才服，而是因为这条规矩里有我的条件，我看得懂，我认。这一步走不好，“我的法”就会变成一种更细密的管束。走得好，它才会是法在具体处长出来。

卓家的方案后来改过两次。一次是老三的孩子高考结束，老三多接了几个晚上；一次是母亲住了一回院，老二从外省回来住了半个月，钱的算法也跟着变了。每一次改，都是三兄妹看着前几个月谁去了几次、谁临时顶了班、母亲哪里不方便，坐下来再谈。方案从来没有一个最终版，它是跟着这一家的日子一起走的。这是“我的法”最好的样子：不是一次算准，而是一次次判、一次次服或不服之后，再改一笔。

6　意义的接口：理论主流缺创造，实践里创造早已进了法

全书给每个学派标过一组意义权重：创造、自由、幸福，押在哪一个上。翻一遍上编，会看到一个不太均匀的分布。自由是主流：从洛克、康德的权利，到哈特、德沃金的个人权利，到违宪审查保护的基本权利，大多数学派把自由放在中间或靠近中间。幸福也很常见：边沁的功利、庞德的社会工程、法经济学的效率、社会防卫论，都把让人过得好、让损失有人管当作法的目标。创造则很少站在中间。

偶尔有学派让法官在法律空白处“造法”，像自由法运动（第25章），可那是在说法官怎样补漏，不是说法要去保护和促成新东西的发生。这是本书的读法，不是统计。

为什么理论里创造少？我猜有一个很朴素的原因：法的本职是让事情稳。人们要法，首先是为了知道明天和今天差不多，借了钱要还，盖了房子不会被人拿走，伤了人要赔。创造恰好是让明天和今天不一样的那股力量。一个以“稳”为本职的学问，起点里不太给“变”留位置，是可以理解的。可这也正是全书说的预设：学派把法预设成“稳”的东西，于是那些要靠法来帮忙发生的新东西，就只能从边门进来。

奇怪的是，在国家实践里，创造早就进了法，而且进得很深。

最早、最明显的是专利。专利法的对象就是“新东西”：要新颖、要有创造性、要能用。它用一段时间的独占，换发明人把新东西公开出来。它保护的不是已经有的东西，而是刚刚发生、以前没有的东西。下编1980年那一节写美国查克拉巴蒂案，讨论的就是一个活的细菌能不能算“新东西”。

后来是数据。中国2022年底发布关于构建数据基础制度的意见，提出数据资源持有、数据加工使用、数据产品经营三种权利分开安排的思路。这里要解决的，不是一块地、一栋房子归谁，而是一种在使用中不断被加工、不断长出新价值的东西，怎样让参与它发生的各方都有份。这是一个关于创造的产权问题，传统的物权学派起点里没有它的位置。

再后来是AI。这几年各国的AI立法，几乎都有一个共同的句式：既要防风险，也要促发展。中国2023年施行的生成式人工智能服务管理暂行办法，把鼓励创新和依法治理写在一起；欧盟2024年的人工智能法，在按风险分级管控的同时，也为创新设了监管沙盒。立法者在法条里明说，法的任务之一，是给新东西留出发生的空间。

最尖锐的地方，是AI自己能不能“创造”。英国最高法院2023年12月在泰勒诉专利局长案里认定，按英国专利法，发明人必须是自然人，名叫DABUS的AI系

统不能被列为发明人。美国联邦上诉法院2025年3月在泰勒诉珀尔马特案里也认定，美国版权法要求作者是人。中国北京互联网法院2023年11月审结的一起案件里，原告用AI模型生成一张图片，法院认为原告在提示词、参数、反复调整中投入了自己的智力选择，认定这张图构成作品，著作权归原告。

这几件判决方向不同，却问的是同一件事：创造发生在哪里？英美两案的回答是，只认人；北京一案的回答是，人与机器一起做事的时候，创造落在人的选择与安排上。这是我构想的场景，可以帮你看清这个问题：社区手工坊里，柯阿姨用AI生成了一组剪纸纹样，又在纸上一刀一刀改了一个星期，最后剪出来的样子跟屏幕上已经很不一样。后来有一家点心铺把这组纹样印上了月饼盒。柯阿姨找过去，对方说：这是电脑画的，谁都能画。她这一组纹样里，有多少是她的？要看那一个星期的改动，是不是真把她自己的选择放了进去。

这几个问题，上编的学派大多接不住。原因不在技术，而在起点：它们的意义预设里，创造不在中心，所以它们的概念里没有现成的格子去放“正在发生的新东西”。自由一路会问柯阿姨的表达自由和点心铺的经营自由；幸福一路会算保护这组纹样能不能带来更多好的纹样。这些都对，可都绕开了那个最直接的问题：这组纹样是怎样从无到有的，在这一路上谁做了什么。

把创造放回中心，法学会问一些新问题。柯阿姨那一组纹样，与其问“它属于谁”，不如先问“它是怎样发生的”：屏幕上的初稿是一步，一个星期的手改是一步，点心铺的翻印又是一步。三步里，哪一步加进了以前没有的东西，加的人是谁，机器在哪一步帮了手。这样问，答案可能仍然是“这组纹样的著作权归柯阿姨”，可得出答案的路不一样：不是先有一个“作品”的定义，再看纹样套不套得进去；而是先看发生的路，再看哪里显露出了一个可以保护的新东西。北京那一案的说理，其实已经往这个方向走了半步：它看的是原告在提示词和参数上一次次的选择，看的是路。

这也牵到下编。2024年欧盟人工智能法那一节（第118章）只写立法怎样给机器分级，不展开创造的问题；可读那一节时不妨留意：一部以“防风险”为主的法

律，为什么又要专门给创新留出试验的空间。按本书的读法，那是实践里的意义需要在推理论没铺好的路。

还有一点容易被忽略：这些AI立法本身，也是一边判一边改出来的。欧盟那部法律从提出草案到通过，中间几年里技术变了几轮，条文跟着改了几轮，通过之后又有调整的讨论；中国先出生成式服务的暂行办法，再出生成内容的标识办法，2025年3月公布、当年9月施行，一步一步往前补。“暂行”两个字，在法学的老起点里是一种不得已；放在创造这件事上，它倒像是诚实的说法：新东西还在发生，法也只能跟着它一起长。

这就是我说的“意义的接口”：理论的意义预设里缺创造，实践却已经大量立法、判决在处理创造。两边对不上的地方，就是法学下一次可能分叉的地方。第2章说意义权重是起点的一部分，起点改不动，就只能吸收；可创造这件事来得太多、太快，专利、数据、AI一起涌进来，光靠把创造改名成“财产”、改名成“激励”，恐怕撑不了太久。

7　法学的一次换路：法走 D→E→S 长出来

上编第3章讲过两条起手的路。一条是S→D→E：先找条文，沿着要件往下推，最后落到案子的具体条件上。另一条是S→E→D：先看案情，看清楚这件事缠着哪些条件，再走出判决来。两条路看上去一个重条文、一个重案情，其实都从S起手：在案子来之前，法已经显露在那里了，不管是条文、原则，还是法官心里的正义感。

这篇附录前六节说的事情，指向第三种走法：D→E→S。

D是走过的路，是一次次的差异：一次判，一次不服，一次和解，一次申诉，一次改规则。E是缠在一起的条件：当事人的日子、机器的参与、平台的结构、社区的习惯。S是最后显露出来的样子：一条稳下来的规矩。D→E→S的意思是：法不是先有，再去适用；而是先有一次次判与服的差异，这些差异在具体的缠绕条件里互相碰，碰出来的东西稳住了，才显露成规矩。

这是我构想的场景。一栋写字楼的十二层，有四家小公司合用一间会议室。一开始，物业给了一张预约表，规定每家每周不超过八小时，先约先得。这是S起手的办法。三个月后，问题来了：做设计的那家常常临时要见客户，约不上；做财务的那家月底要连着开会，八小时不够；另外两家几乎不用，却每周照约八小时，怕吃亏。行政小阚后来换了个做法：先不定规则，只让大家把每次用、每次没约上、每次让出来的情况都记下来，用一个小程序汇总。两个月里，记录本身就显出了样子：设计公司要的是“临时插队”的权利，财务公司要的是“月底集中”的权利，另两家要的是“不用也不吃亏”。四家坐下来，在这些记录上商量出一条新规矩：月底三天归财务，每天留一个小时给临时用，少用的一家可以把时间换成别的公共资源。

这条规矩，没有一个人在一开始就能写出来。它是从一次次约不上、一次次让出来里长出来的。这就是D→E→S的一个最小样子。

法学并不陌生这条路。普通法的判例，本来就有这个味道：一案一案地判，判多了，规则才显露出来。第9章讲罗马法学家，说概念是从案子里长出来的；第28章讲埃利希的“活法”，说真正管人的规矩在社会生活里。可这些传统，后来几乎都被S起手的习惯收编了：判例被整理成先例的次序，活法被吸收为“习惯法”的一个条目，长出来的东西一稳下来，就被当成新的起点，堵住了后来的生长。这就是全书说的制度依赖。

AI为什么让换路变得有可能，也更有必要？

有可能，是因为D第一次能被大规模地记下来。以前一次调解、一次申诉、一次私下和解，说完就散了，只有打到判决的那一小部分留下了记录。今天，平台的每一次处理、每一次申诉，会议室的每一次预约，都能留下记录。D不再只是法官的记忆和判例汇编，它成了可以看、可以比、可以商量的东西。

记下来的D，也让“服”第一次可以被看见。以前，一条规矩服不服，要等到有人告上法院、有人上访、有人公开抗议才知道；大多数不服是沉默的，忍了，绕开了，搬走了。今天，一条平台规则下申诉的多少、一条小区规约下私下违反的多

少、一类合同条款被投诉的多少，都可以被数出来。不服有了数，规矩就有了回写的依据。会议室那四家公司之所以能商量出新规矩，靠的正是两个月的记录让每一家的“不服”都显露了出来，而不是靠谁的嗓门大。这一点，上编的学派几乎都没有用上：它们的数据是判例，而判例只是不服里打到底的那一小部分。

更有必要，是因为S起手的路，正在被机器接管。第2节说过，从条文往下推，机器做得比人快。如果法学只会这一条路，法律人就会越来越像机器的签字员。可第1节又说过，服需要一个对象，签字不能只是手续。唯一的办法，是让法律人回到机器还接不住的地方：在D和E之间，在判与服之间。

这里有一个颇有意思的反差。今天的机器，本身就是从大量的D里学出来的：它读过海量的判决、合同、纠纷记录，在其中碰出相关的条件，最后显露成一个会“判”的模型。机器自己走的，恰好是一条D→E→S的路。可它学成以后，人们却把它放进S起手的旧流程里，让它从条文往下推，替人做涵摄。机器从生长中来，被用来做套用；法律人本来擅长在案子里感知生长，却被教成了套用的人。换路，某种意义上就是把这两样摆正：让机器多做套用，让人回到生长那一头去，而且让人去管机器长出来的那些“S”服不服。

全书的三原理说，两维的矛盾推动第三维。放在这里，判是一次次落下的差异，服是缠在一起的条件接不接得住，两者的矛盾，推动规矩显露出来、再改、再稳。判而不服，规矩就要改；服而不判，就像第3节那样，长出没人选过的规矩。这个矛盾不是要消灭的东西，它正是法生长的动力。

这条路也有它的危险，我不想只说好处。第一，从记录里长出来的规矩，会偏向记录得多的人。会议室的例子里，若有一家公司从不记，它的需要就不会显露出来，长出来的规矩就会把它挤到边上。D能被记下来，是机会，也是新的不公平。第二，长出来的东西会稳下来，稳下来就可能又成为一个堵住后来者的起点。D→E→S不是一次走完的路，S一显露，下一轮的D就要开始，否则它就又回到了S起手的老路。第三，判与服之间的矛盾，若长期偏向一边，比如一直是“判”压着“服”，长出来的就是一种靠忍受维持的规矩，看上去稳，其实是冻住了。

所以这一节说的“换路”，落到不同的角色身上，起手的方式也不一样，第64章会细说。立法者可以先看一类纠纷几年里的D，再定条文；法官仍然要在一个案子里给出结论，但可以把“这个结论会被怎样服”当作要看的东西；调解员本来就站在D和E之间，最接近这条路。

我要说清楚，这不是要取消条文、取消法院。条文是长出来以后稳住的S，它照样要被遵守；法院照样要判，全书说的“法学必须判”一点也没变。换路换的是起手的方向：不是先把法当作现成的、再看怎么套；而是先承认法是在判与服之间长的，条文是它长到某一刻的样子。这一刻的样子要尊重，但不能拿它堵住下一刻。

附录和第63章可以对着读。第63章在调解室里给出了两句事前写下的话：一句关于判决作出前对事实逐项表态与自动履行，一句关于新规则确立前在下级法院走过的路与它被跟上的快慢。放到AI这件事上，还可以写一句同样性质的话：在用机器起草或给出建议的法院里，若判决书写明了机器在哪几步帮了手、法官在哪几步改了它的建议，那么当事人对这类判决的上诉率与投诉率，会低于不写明的同类法院。这句话说的是判决交出去之前的那段路有没有被摆上桌，和第1节说的有人看、有人管、有人担，是同一件事。它也可能落空：若写明与否对服不服没有影响，这一节就要收窄。它是待检验的陈述，不是结论。

8　可错条款

全书的四条可错条款，原样列在这里，与导读、第7章、第66章、附录四一致。

条款一（管判词一）：　若有一个法学学派，它对“人是什么”“法是什么”的设定，是在研究中被检验出来、并且随证据改过的，而不是起手时带进来的，判词一对它不成立。

放在AI这件事上，查法是：看各派面对机器参与裁判，是在研究里重新检验“谁是法里的主角”，还是沿用原来的主角设定，再给机器安一个位置。第1节读出的是后一种，若有学派做的是前一种，第1节就要改。

条款二（管判词二，分两问）： （a）若一个学派在疑难案件面前，常态做法是直接改写自己的起点，而不是吸收或分叉，判词二对它不成立；（b）若某一法域的遵循先例与法教义学体系，并没有把学派的预设织进连接、次序与结构（学派换了，判例与体系照样跟着换），判词二的“制度依赖”半句对它不成立。

在本附录，（a）对着第1节的三种吸收：免检、改名、先验。若有学派面对AI，常态是改起点而非吸收，读法就错了。（b）对着第3、4节：若算法预测与平台规则进来，各法域的判例次序与体系都顺顺当当跟着变了，没有卡住，那么制度依赖这半句在这些地方就说过头了。

条款三（管判词三）： 若在下编五十节里，多数事件的立法史或判决书中，找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三不成立；若不用这个读法也同样讲得通，且讲得更少，则判词三多余。

本附录第6节引的几件AI与创造的判决、立法，可以当作下编之外的追加样本：若这些事里找不出学派做法与当下需要的对应，判词三在新领域里就站不住。

条款四（管出路）： 若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

第7节的会议室例子是我构想的，不能当证据。真要检验，得拿真实的判决或规则变化来比：同一件事，用原学派的读法和用“判与服”的读法各写一遍，看后者有没有多解释一点什么。若一点都没有多，这篇附录第7节就只是换了一套说法。

下面两条是本附录专属，只管本附录的说法，不进全书四条：

附一甲（附录专属，管第1节）： 若到2036年，主要法域中普遍出现由机器单独作出、没有任何自然人或机构署名担责、而当事人照样接受并照样执行的有拘束力裁判，且不服的比例不高于人作出的同类裁判，那么第1节说的“服需要一个签字的人”不成立。

附一乙（附录专属，管第3节）： 若判决预测工具大规模使用之后，可公开复核的数据显示，同类纠纷的起诉率、和解率与判决结果的分布都没有可观察的变

化，那么第3节说的“预测回写被预测的人”至少在这些领域里不成立，只能算一种推测。

为什么要多加这两条？因为全书的四条管的是学派、判词与出路，而这篇附录多说了两句全书没有说的话：服需要一个签字的人；预测会回写被预测的人。这两句话离现实最近，十年之内就可能见分晓，若不给它们配上认输的条件，它们就会变成最容易躲进“免检”里的两句话。

两条专属条款都要事先登记：数什么、数多久、什么样的结果算推翻，在看结果之前写下来。只有平台或法院内部掌握、外人无法核对的数字，不拿来裁。

拿附一乙来说，事先要写下的至少有三样：选哪一类纠纷，比如小额的装修尾款、网购退款；比哪两段时间，比如预测工具普及之前三年和之后三年；数哪几个数，起诉的件数、庭前和解的比例、判赔金额的分布。若起诉件数下降了，还要排除别的原因：同一时期诉讼费变了没有，调解的渠道多了没有，那一类纠纷本身少了没有。排除不了，只能登记为“有变化，原因未定”，不能算作回写的证据。附一甲也一样：“不服的比例”要在同一类案件、同一个级别上比，机器裁判后的申诉和人作出裁判后的上诉，口径不同，要先写明怎样折算；折算不了的，同样不拿来裁。这样定下的检验，可能十年之后才有结果，也可能结果出来时，没有一个法域刚好满足比较的条件。那时我宁可写“未能检验”，也不把一个没有比成的结果说成胜负。

最后，我对这篇附录最没有把握的地方，也一并说出来。一处是第5节，“我的法”很可能被证明只是“更细的我们的法”，个人化的规则仍然出自一个统一的系统，它的起点仍然是S。另一处是第7节，D→E→S这个说法，最容易被原学派吸收：普通法说“这就是判例法”，法社会学说“这就是活法”。如果它被这样改名吸收而又没有人能指出多出来的那一点，我就该承认，这篇附录只是给老东西换了衣服。

附录二　学派总表

> 这张表的用处：把上编各章“学派的出生证”摆在一处。翻到任何一行，都能看到这个学派先问的是哪位主角、借了怎样一对预设、织进了制度的哪一项、把意义押在哪一维。

注：　判词一说的主角是立法者、法官或守法人；第16、28、29、30、33、41、53、55章写到的主权者、官员、法学家等，按最近一类归入，表中相应行加括注。

读表说明。　每一行都取自该章“学派的出生证”与“意义预设”两节，只压缩，不加判断；各章自己写明“章中未写”的格子，照填“章中未写”，不替它补。“×”仍是联合设定：主体预设与客体预设一起放下。主角栏照各章原话。判词一说的主角是立法者、法官或守法人三类；有几章写的是别的主角（法学家、法律专家、主权者、官员、议会、行政机关等），栏内照登原话，另加括注写明按最近一类归入哪一类，正文不改。“织进”一栏写连接、次序、结构中的哪一项，取自出生证表后那一句；写了两项的，先写章中排在前面的。意义权重用第2章的标法：● 居中，◐ 有分量但不在中心，○ 很轻或不管；三维一律按“创造、自由、幸福”的顺序写。圆点是本书的读法，不是事实，也不是判分。实践栏只用于第51至57章涉及的国家，其余各章填“—”。一章讲两个以上学派的，分行列出。第3至7章讲方法，不立学派；第58至65章讲横读与解锁，第59、60章的出生证是“新东西”和“异象”的出生证，不是学派，不进本表，其异象进附录三。

一、示范（第1、2章）

章	读法（示意）	主角	主体预设	客体预设	织进	意义权重
1	定规矩的读法	立法者	有权定规矩、并为后果负责的人	有权者发出的命令	次序	第1章未标
1	执行的读法	法官（这里是门岗）	只按条文办事、不掺私意的人	一套搭好的条文系统	结构	第1章未标
1	被收费的读法	守法人	会掂量后果、先问“我会怎样”的人	一张关于后果的预告	连接	第1章未标
2	管严派	立规矩的学校	自控力还没长成、需要替他管的孩子	护着孩子的一道围栏	第2章未标	创造○ 自由○ 幸福●
2	自主派	被管的学生和家长	能为自己的东西做主的人	划清谁能管什么的界线	第2章未标	创造◐ 自由● 幸福◐
2	成长派	教书的老师	能学会用工具的人	帮人学会自管的一套练习	第2章未标	创造● 自由◐ 幸福◐

二、上编各学派（第8至50章）

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
8	柏拉图	立法者（懂得善的人）	人的灵魂分几部分，天分各不同；只有少数人能看见善	法是善的不完美的影子；有真知的人统治最好，法律治理是第二好	结构（分配正义）	创造◐ 自由○ 幸福●	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
8	亚里士多德	立法者（分配）与法官（矫正）	人是城邦里的动物，按“配得”有别；在交易与侵害面前被当作对等的两方	法是一般的规则；正义是一种比例，一种中间	连接（矫正正义）；结构（分配正义）	创造 ○ 自由 ◐ 幸福 ●	—
9	罗马法学家	法官（裁判官与审案的人；法学家替他想）	人按身份分：自由人与奴隶、家父与家子；家父是能交易、占有、继承的那一个	法是从一个个案子里抽出来的区分，是关于善良与公正的技艺	结构	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—
10	法家	立法者（君主）	人都趋利避害、好赏怕罚；官吏也一样，会借君主的权谋私	法是君主手里的工具：公开的条文加必行的赏罚，另有不公开的术和来自位置的势	次序与连接	创造 ◐ 自由 ○ 幸福 ◐	—
11	儒家礼法	守法人（嵌在家里的；兼及断案的官员）	人可以被教化，生在亲疏长幼里	法是礼的后盾；礼是本，刑是用，刑只管礼管不住的那一截	次序（首）；连接	创造 ○ 自由 ○ 幸福 ●	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
12	自然法学派（阿奎那到格劳秀斯）	守法人（有理性的；兼及要受它约束的立法者）	人有理性，凭理性能认出基本的善恶	法是理性的命令；人定法要合于一种先于它的自然法	结构	创造○ 自由◐ 幸福●	—
13	霍布斯	立法者（主权者）	人自保、怕死，彼此不信任	法是主权者的命令	次序	创造○ 自由○ 幸福●	—
13	洛克	守法人	人生来带着生命、自由、财产，有理性	法是保护这些权利的公共规则	连接	创造◐ 自由● 幸福◐	—
13	孟德斯鸠	法官（与整套机构）	人掌了权就会用到尽头	法是与一国条件相合的关系，要由分开的权力来执行	结构	创造○ 自由● 幸福◐	—
14	康德的法权论	守法人（每一个与他人共处的人）	人是有自由意志的理性存在者，只按能普遍化的准则行动才算自主	法是让每个人的外在自由按普遍法则与所有人的自由共存的那组条件	连接（首）；结构	创造○ 自由● 幸福○	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
15	注释法学派	法官（背后是立法者）	法官是忠实的读者，任务是找出立法者的意思，不加进自己的意思	法就在法典里；法典完整、自洽、由理性写成	结构（首）；次序	创造○ 自由◐ 幸福◐	—
16	历史法学派	法学家（章中明说不是立法者，也不是普通守法人；按最近一类归入法官）	人生在一个民族里，法感是民族的共同信念给的，个人理性算不出好法	法像语言一样，是民族在历史里自然长出来的；先有习惯和共同信念，后有法学家整理，立法放在最后	次序	创造○ 自由◐ 幸福●	—
17	边沁	立法者	人都趋乐避苦、会被奖惩牵动；立法者能算出总体的苦乐	法是主权者下达、以惩罚为后盾的一般命令；法是什么与它好不好是两回事	连接	创造◐ 自由◐ 幸福●	—
17	奥斯丁	立法者（主权者）	同上（两人合一张出生证）	同上	连接	创造○ 自由○ 幸福◐	—
18	概念法学（潘德克顿）	法官（按体系推理的法律人）	法律人只做逻辑推演，不带进自己的价值判断	法是由概念从上到下搭成的、没有缺口的体系；下位概念能从上位概念推出	结构	创造◐ 自由● 幸福○	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
19	耶林（为权利而斗争）	守法人（被侵权的权利人）；后期转向社会与立法者	人有法感，会为受辱而痛；人格在他的权利里	法是为保护利益、实现目的的手段，是在斗争中赢来、守住的	连接	创造◐ 自由● 幸福◐	—
20	报应论	守法人（犯错者）	人有理性、有自由意志，选择做错就该承担	刑罚是对已发生的错的应得回应，罪罚要对等	次序	创造○ 自由● 幸福○	—
20	预防论	立法者	人趋利避害，会被后果吓住或被教育改变	刑罚是减少将来犯罪的手段，本身是恶，带来更大好处时才正当	次序	创造◐ 自由◐ 幸福●	—
21	刑事实证学派（龙勃罗梭）	守法人（会犯罪的那个人）	人被生理、遗传与环境决定；有一类人生来带着返祖特征	法是社会的自卫工具；刑罚是针对危险的处置，不是对罪过的清算	连接	创造○ 自由○ 幸福●	—
22	新派（李斯特）	守法人（作为“行为人”）；兼及立法者	人是可以分类的行为人：偶犯、可矫正的、矫正不了的；犯罪是人格与社会条件的表现	法是保护法律利益的有目的的工具，刑罚是为将来的目的刑；刑法同时是限制国家的边界	结构（双轨制）	创造○ 自由◐ 幸福●	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
22	旧派（古典学派、报应论）	章中未另立出生证（见第20章报应论）	—	—	—	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—
23	三阶层	法官	法官是逐层把关的检查者；被告是有自由意志、可被谴责的个人	法是一组事先写定的行为类型，加上整体的法秩序	次序	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—
23	四要件	法官	法官是整体判断者；被告是社会危害性的承担者	犯罪是对社会关系的危害，法是保护这些关系的工具	次序	创造 ○ 自由 ◐ 幸福 ●	—
23	功能主义（罗克辛）	法官	法官是刑事政策目的的执行者	法为保护法益、预防犯罪而设	次序	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—
23	功能主义（雅各布斯）	法官	人是社会角色的承担者	法是社会规范的效力本身	次序	创造 ○ 自由 ○ 幸福 ●	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
24	社会防卫论	守法人（违法者）	人可以被改造、可以回归社会	法是社会自我保护、并让违法者复归的工具	连接	创造○ 自由◐ 幸福●	—
24	恢复性司法	守法人（加害人、被害人与社区）	人是关系中的人，能承担、能道歉、能原谅	犯罪首先是对人和关系的伤害，其次才是对国家规则的违反	连接	创造◐ 自由◐ 幸福●	—
25	利益法学	法官（面对漏洞的）	法官是立法者“会思考的助手”，忠于立法者的权衡，不忠于字面	法是立法者对相互冲突的利益作出的决定	次序	创造○ 自由◐ 幸福●	—
25	自由法运动	法官（面对漏洞的）	法官有法感，能自己去找法	法不只是制定法；社会里实际起作用的规范、法官的正义感都是法源	次序	创造● 自由◐ 幸福◐	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
26	美国法律现实主义	守法人（只关心后果的人）	守法人只在乎会不会挨罚、要赔多少；法官有性情，受事实与职业惯例推动，不是推理机器	法是对法院实际会做什么的预测	连接（判决与事实、社会后果、交易习惯）	创造◐ 自由◐ 幸福●	—
26	斯堪的纳维亚现实主义	守法人（心里有“受约束感”的人）	人被“有约束力”的感觉驱动，这种感觉是心理事实	法是一组社会心理事实；“权利”“义务”不指向任何实在之物	连接（法律语言与福利立法）	创造○ 自由○ 幸福●	—
27	庞德的社会学法学	立法者（及以立法者眼光看问题的法官）	人是一束“要求”的承担者；法律人能把要求列成清单、称重、设计安顿办法	法是社会控制的工具，是以最少摩擦和浪费满足尽可能多要求的工程	结构（首）；次序	创造○ 自由◐ 幸福●	—
28	埃利希的法社会学	守法人（团体里的成员）	人首先是团体成员，按团体内部的秩序生活，很少想到法院	法的重心在社会本身，即支配日常生活的“活法”	次序	创造◐ 自由○ 幸福●	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
28	韦伯的法社会学	法律专家（法官与官员；按最近一类归入法官）	人按自己理解的意义行动；法律专家是受过专门训练的阶层	法是由专门强制人员保证的秩序，可按“形式／实质”“理性／非理性”分型	结构	创造 ○ 自由 ● 幸福 ○	—
29	凯尔森的纯粹法学	法官与一切适用规范的机关（旁边是描述它们的法学家；适用规范的机关按最近一类归入法官）	法学家能把政治、道德、心理与社会事实排除出法学；官员是被授权的规范创设者	法是“应当”的规范体系；效力只来自更高的规范，顶上是被预设的基础规范	次序	创造 ◐ 自由 ● 幸福 ○	—
30	施米特的决断论	主权者（立法者之上的决定者；按最近一类归入立法者）	人是危险的、会分敌友的；共同体要靠一个能做最终决定的意志维持	法的根在决定，不在规范；规范只在正常状态下适用，正常状态由决定造出	次序	创造 ● 自由 ○ 幸福 ◐	—
31	拉德布鲁赫公式	法官	受法的安定性约束、平时服从制定法的执行者，但良知不能被国家完全取消	法是指向正义的现实；法的理念由正义、合目的性、法的安定性三者组成，三者会冲突	次序	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
32	马克思主义法学	立法者（背后是统治阶级）	人是阶级关系里的人，本质是社会关系的总和；立法者代表其所属阶级的利益	法是由经济基础决定的上层建筑，本质是上升为国家意志的统治阶级意志（另有商品形式版）	连接	创造◐ 自由○ 幸福●	—
33	哈特	官员（首先是法官；按最近一类归入法官）	人会把规则当作行为的理由和批评的标准；官员共同以内在观点接受一条承认规则	法是第一性规则与第二性规则的结合	结构；次序	创造○ 自由● 幸福◐	—
34	富勒	立法者（及其与守法人的相互关系）	守法人是能自己理解规则、自己安排行为、对自己负责的行动者	法是使人的行为服从规则治理的一项事业，本身有一套内在的道德要求	次序；连接	创造◐ 自由● 幸福○	—
35	德沃金	法官（理想形态：赫拉克勒斯）	法官能把全部判例、法律和宪法读成一个融贯的整体，并找出最能证成它的原则	法不只是规则，还包括原则；法是诠释性的实践，要像一个声音那样说话（整全性）	次序；结构	创造◐ 自由● 幸福○	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
36	拉兹（排他性实证主义）	守法人	会掂量理由的人；他自己掂量，常常不如照一个更懂的权威去做	法是宣称自己有正当权威的东西，凭社会事实认出来，不必先做道德论证	次序	创造○ 自由● 幸福◐（合他的政治哲学看）	—
36	菲尼斯（新自然法）	守法人（兼看立法者）	会实践推理的人，能直接看出几样基本的好	法是为共同的好做协调的一套安排，“中心样子”是讲理的	结构	创造○ 自由◐ 幸福●	—
37	科斯与法经济学的起点	法官（兼立法者），给权利定初始归属的人	当事人是会算账的人：谈判不花钱时，会把权利换到最值钱的一边	法是一张权利的初始分配表；损害是相互的	连接	创造○ 自由◐ 幸福●（被折成价钱的幸福）	—
38	波斯纳	法官（普通法法官）	人是理性的、会把自己的满足做到最大的人	法是一套价格；好的法让社会财富最大	次序	创造○ 自由◐ 幸福◐	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
39	行为法经济学	立法者与监管者（摆选项的人）	守法人理性有限、意志力有限、自利有限，偏离有规律、可预测	法是一种选择的布置：默认项、先后、措辞、取消的难易	次序	创造○ 自由◐ 幸福●	—
40	矫正正义	法官	两个平等的人，一方的行为让另一方受了损	侵权法把加害者与受害者之间被打破的均衡还原	连接	创造○ 自由●（幸福章中未标）	—
40	效率（经济分析）	法官（兼立法者）	会对责任规则作出反应的理性人	侵权法是让总事故成本最小的一套激励	连接	创造○ 幸福◐（自由章中未标）	—
40	损失分散	立法者	承受损失能力不同的人	侵权法把一个人扛不住的损失摊给许多人	连接	创造○ 幸福●（自由章中未标）	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
40	意思自治（合同）	守法人（签约的双方）	自己做主、为自己的承诺负责的人	合同是双方意思的合致，法替它撑腰	连接	创造○ 自由● （幸福章中未标）	—
41	卢曼	法官（作为法院这个位置，不作为个人；系统的位置按最近一类归入法官）	人不在系统里，是系统的环境；进入法律的是以“合法／不合法”说出的沟通	法是自己生产自己的沟通系统，二值编码，运作封闭、认知开放	结构；连接（耦合）	创造○ 自由◐ 幸福●	—
41	托依布纳	同上，眼光投向法院之外自定规矩的地方（按最近一类归入法官）	同上	同上（推出“反身法”）	同上	权重比卢曼往创造挪了一点（章中未另标圆点）	—
42	批判法学运动	法官（及培养法官的法学院）	法官和律师是带着立场的人；法律推理是先有选择、再配理由	法就是政治：规则与原则互相矛盾，不能自己决定判决，却让既有等级显得自然	结构；连接	创造◐ 自由● 幸福○	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
43	女性主义法学	守法人（法律眼中的“一般人”）	人在法律面前带着性别、种族、处境；“一般人”往往照着一部分人画	法是看似中立、实则沉淀了某一种视角的规则；不平等嵌在常规做法里	连接；次序	创造◐ 自由● 幸福◐	—
43	批判种族理论	同上	同上	同上	连接；次序	创造◐ 自由● 幸福○	—
44	福柯与规训	守法人（作为被训练的身体）	主体是在观察、考核、排序里被塑造出来的，是权力运作的产物	法只是更大的规范化机制的一部分；按“常态与偏差”运转的规范正渗进并改写按“许可与禁止”运转的法律	结构；次序	创造○ 自由● 幸福○	—
45	原旨主义	法官（做宪法解释的）	法官是忠实的代理人，本分是找出文本当时的意思并受它约束	宪法是一次写定的文本，意思在批准时固定，改它要走修宪程序	次序；结构	创造○ 自由● 幸福◐	—
45	活宪法	法官（做宪法解释的）	法官是接力的解释者，要让老文本在新时代继续管用	宪法是会生长的框架，大原则靠一代代判例展开	次序；结构	创造● 自由◐ 幸福◐	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
46	文本主义	法官（读者）	法官是忠实的读者，不带进政策偏好；立法者是互相让步凑成多数的一群人，没有统一的“心思”	法就是被表决通过的那段文字，按普通读者的通常理解	连接	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—
46	目的解释	法官（读者）	立法者是讲道理、追求讲得通的目的的人；法官是它的合作者	法是治某种毛病的工具，字是外壳，目的是刃	连接	创造 ◐ 自由 ◐ 幸福 ●	—
47	遵循先例	后案法官（与他上面的上级法院）	法官是长链上的一环，前后同样讲理，同样的人应得同样对待；守法人靠旧判决安排生活	法沉淀在一串判决的理由里；先判约束后判，上级约束下级	次序	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
48	法教义学	法官（与注释书作者组成的解释共同体）	法官是体系的操作者，按通用概念和步骤推理，结论可一步步复查	现行法可以整理成前后一致、没有矛盾的整体	结构	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—
48	评价法学	法官	法官要做价值判断，但须追溯到立法者已作出的价值决定，能被体系检验	法是由立法者的价值决定串起来的“内在体系”，概念编排只是表面	结构	创造 ◐ 自由 ◐ 幸福 ●	—
49	阿列克西（原则理论）	法官（宪法法院）	法官是理性论证的参与者，结论可以被讲理地检验	法由规则与原则组成；原则是“最优化命令”	次序（首）；结构	创造 ○ 自由 ◐ 幸福 ●	—
49	权衡的批评者（以哈贝马斯为代表）	法官（宪法法院）	法官是在法律商谈里给出理由的人，不该充当价值的掂量者	权利是规范，只有对与不对，不能多给少给	章中未写	创造 ○ 自由 ● 幸福 ◐	—

章	学派	主角	主体预设（人是什么）	客体预设（法是什么）	织进	意义权重（理论）	意义权重（实践）
50	分散审查（美国式）	法官（每一位普通法院法官）	法官在普通案件里适用法律，遇法律与宪法冲突只能先适用宪法	宪法是可在诉讼中直接适用的最高的法	次序；连接	创造◐ 自由● 幸福◐	—
50	集中审查（凯尔森式）	法官（专门的宪法法院）	普通法官不该握有废法之权，需由议会参与产生的专门机关	法律秩序是层层授权的规范等级，宪法在上	次序；连接	创造◐ 自由● 幸福◐	—
50	反对强审查（塞耶到沃尔德伦一路）	法官（被要求克制）	法官与议员一样会错，又未经选举；公民有平等参与定规矩的权利	权利的内容本身是讲理的人会有分歧的事，条文不能自动作答	次序；连接	创造◐ 自由● 幸福○	—

三、国家法律实践编（第51至57章）

这一部分有理论、实践两栏。“理论”栏写该国法学主线（或该次继受）的意义预设，“实践”栏写各章按“写下来的、判出来的、自己怎么说”读出的居前一维。两栏都是读法，不评价各国制度。第51章立读法，不立国家，不进表；它的粗读表与各章的对照见本附录第四部分。

章	国家或继受	主角	主体预设	客体预设	织进	意义权重（理论
52	美国	法官（以及预测法官的守法人）	在具体案件里推理、受先例约束、也会受政策与经验影响的裁判者	一案一案积起来的判例，加一部由法院解释的成文宪法	次序	普通法传统重财产、契约与程序的自由；现实主重社会后果，章引粗读表作“创与幸福各居其次
53	英国	议会与普通法的法官（议会按最近一类归入立法者）	议会是能立或废任何法律的最高立法者；法官是在先例里一步步推理的匠人	议会的法律在上，先例积成的普通法在下，惯例在旁	次序为主，连接为辅	普通法传统押注的自由；分析法押得很淡
54	德国	法教义学者与法官，加上宪法法院	在体系里推理、可以把一切案件归入概念的法律人	一部有总则的法典，加一部以人的尊严为首的基本法	结构	从民族生活起手（历史法学派）后渐押到自由与益的平衡
54	法国	立法者，加上把关的法官	不得拒绝裁判、也不得以判决立一般规则的法官	清楚的法典与以人权宣言为源的宪法整体	结构加次序	押自由（注释法派：以法典的确性护住财产与契约）

章	国家或继受	主角	主体预设	客体预设	织进	意义权重（理
55	日本	写下来的一层：继受的立法者与学者；运作的一层：行政机关与调停人（学者按最近一类归入立法者，行政机关与调停人归入法官）	一个要用法律造出近代国家的人；一个在共同体里尽量不把争议推上法庭的人	从法国、德国、后来又从美国继受的法典与宪法	结构（继受的）；连接（本土的）	法国注释法学由；德国概念押自由与确定美国一路押自社会后果
56	中国（实践）	立法者（全国人大及其常委会为主，国务院、地方人大依次在下）	能分阶段、按规划把社会关系“想全”的立法者；条件不成熟时先粗后细、先试后立	法是一个按部门搭起来、可以一格一格填满的体系	结构；次序	—（本章只立表）
57	中国：清末修律	立法者（修律大臣与起草者）	能照着先进国家法典为本国立法的理性立法者	法是成体系的法典	结构	自由与秩序之一次挪动；创轻
57	中国：一九五〇年代继受苏联法学	立法者（作为阶级意志的执行者）	人首先是阶级的人	法是被奉为法律的统治阶级意志	连接	幸福（“阶级福”），自由造从属于它

章	国家或继受	主角	主体预设	客体预设	织进	意义权重（理论
57	中国：改革开放以后继受德日（兼及英美）——法教义学	法官（体系为裁判服务）	依体系推理、受方法约束的法律人	法是可以概念化、体系化的规范	次序与结构	押自由；创造很
57	中国：社科法学	章中未单列出生证	章中未写	章中未写（“从事实起手”）	章中未写	押幸福；创造很

四、第51章粗读表与各章的对照

第51章的粗读表声明“细处以各章为准”。逐行对照如下；“一致”的不重列理由，只列有出入的行。三维仍按创造、自由、幸福的顺序。

第51章的行	第51章	各章	对照结果
柏拉图与亚里士多德（8）	○○●	柏拉图◐○●；亚里士多德○◐●	重心一致，配重有出入
罗马法学家（9）	○◐◐	○●◐	不一致：第9章自由居中
法家（10）	●○○	◐○◐	不一致：第10章没有一维居中
儒家礼法（11）	○○●	○○●	一致
自然法（12）	○◐●	○◐●	一致
霍布斯、洛克、孟德斯鸠（13）	霍布斯押幸福，洛克、孟德斯鸠押自由	同；洛克创造◐	重心一致
康德（14）	○●○	○●○	一致
注释法学派与概念法学（15、18）	○●◐	注释法学派○◐◐；概念法学◐●○	不一致：第15章没有一维居中；第18章幸福○、创造◐
历史法学派（16）	○○●	○◐●	自由一维有出入
边沁与奥斯丁（17）	◐○●	边沁◐◐●；奥斯丁○○◐	配重有出入；奥斯丁没有一维居中
耶林（19）	○●◐	◐●◐	创造一维有出入

第51章的行	第51章	各章	对照结果
报应论（20）	○●○	○●○	一致
预防论、实证学派、社会防卫（20—22、24）	○○●	预防论◐◐●；实证学派○○●；新派○◐●；社会防卫论○◐●；恢复性司法◐◐●	重心一致；多数章自由标◐
利益法学、自由法运动、庞德（25、27）	◐○●	利益法学○◐●；自由法运动●◐◐；庞德○◐●	不一致：第25章自由法运动创造居中
两种现实主义（26）	◐○◐	美国◐◐●；斯堪的纳维亚○○●	不一致：第26章两支都是幸福居中（第52章沿用了粗读表的说法）
凯尔森（29）	○○○，“刻意不押”	◐●○	不一致：第29章读出自由居中
施米特（30）	●○○	●○◐	幸福一维有出入
拉德布鲁赫（31）	○●◐	○●◐	一致
马克思主义法学（32）	●◐○	◐○●	不一致：重心相反
哈特与拉兹（33、36）	○◐◐	哈特○●◐；拉兹○●◐	不一致：两章自由居中
富勒与德沃金（34、35）	○●○	富勒◐●○；德沃金◐●○	创造一维有出入
菲尼斯（36）	○◐●	○◐●	一致
法经济学（37—39）	◐◐●	科斯○◐●；波斯纳○◐◐；行为法经济学○◐●	创造一维有出入；波斯纳没有一维居中
卢曼（41）	○○○，“不押”	○◐●	不一致：第41章幸福居中
批判法学与身份法学（42、43）	◐●○	批判法学◐●○；女性主义法学◐●◐；批判种族理论◐●○	大体一致
表后说明：福柯“刻意不押”	—	第44章○●○	不一致：第44章自由居中

章与章之间另有两处出入：第22章旧派（自由●、幸福◐）与第20章报应论（自由●、幸福○）幸福一维不同；第50章集中审查（创造◐、幸福◐）与第29章凯尔森（创造◐、幸福○）幸福一维不同。

五、本书自己的出生证（第66章）

章	对象	主角	主体预设	客体预设	织进	意义权重
66	SDE（本书自己）	读法学的普通人，也包括正在判、正在服的人	人是在判与服里不断换位置的人，这一轮定夺，下一轮接纳	法是判与服的过程稳成之后显露出来的规矩，不是先在摆好的物件	本书的规矩作为一部小法典：连接、次序、结构三项都有	章中自认出路“本身就偏向创造”，未标圆点；本书不替法学押哪一维

附录三　异象（疑难案件）登记表

> 这张表的用处：把各章写出的异象，连同学派怎样处理它，放在一处。顺着“处理方式”一列往下看，可以数出哪一种手法用得最多。

读表说明。　异象是学派的起点接不住的事，出在 D 与 E 的矛盾处；在法学里，它多半以疑难案件、恶法、判决对不上的面目出现。“处理方式”分四类：免检（判为不必检验、不归我管）、改名（改称为已有概念的一个参数或例外）、先验（宣布按定义不可能，或按定义成立）、分叉（异象撑开新学派）。归类取自各章“吸收还是分叉”一节的原话，不另判。另有四种照章登记：一是“章中未单列处理”，指异象一节写了、吸收一节没有对应；二是“章中未归入四类”，指章中写了处理办法，但没有把它归进四类（如织进次序、制度化、交给“手艺”、实践改写），照原话写；三是几件异象被合并处理的，标“合并处理”；四是学派身后的分叉，学派栏标“（身后）”。第1至7章举的是示意例，第51章立读法，第61、62、64、65章讨论吸收与学习本身，都不立异象，不进表。

一、上编各学派与国家实践（第8至57章）

章	学派	异象	处理方式
8	亚里士多德	分配“按配得”，配得的标准悬空	先验（标准交给政体去定）
8	亚里士多德	一般规则说不到具体的事	改名（“衡平”）
8	亚里士多德	有些损失算不成一截；八岁孩子不是故意的	分叉（近现代分出精神损害赔偿、过错与责任能力）
8	柏拉图	天分看不见、会出错	先验（金、银、铜铁的故事）
8	柏拉图	有知识的人统治落不了地	分叉（发生在他自己身上：《法律篇》另开法律治理的路，起点未弃）

章	学派	异象	处理方式
9	罗马法学家	橡子令状的字太窄	章中未归入四类（读作规则改边界的健康生长）
9	罗马法学家	加工出新物，归属两条起点都接不住	分叉（两派）；后由查士丁尼的中间方案织进同一条规则
9	罗马法学家	越墙的树枝：两份“说了算”相撞	改名（“相邻关系”）
9	罗马法学家	法学家意见太多、彼此冲突	章中未归入四类：织进次序（引证法）与结构（《学说汇纂》）
10	法家	条文接不住的事；人钻条文的空子	章中未归入四类（以更细的条文、更严的查核、更重的罚回应）
10	法家	执行的人由谁来查核	章中未单列处理
10	法家	君主自己不守法	先验（“中等之君”之说）
10	法家（内部）	法、术、势三家主张	分叉，后被韩非并排收进一套办法
11	儒家礼法	复仇：孝要报，律禁私杀	改名（“义”或“擅杀”；既诛且旌；情理法）
11	儒家礼法	以卑犯尊	先验（按定义重罪）
11	儒家礼法	同一张次序图对不同身份给不同刻度	章中未单列处理（新的 E 进来后才成异象）
11	儒家礼法	亲属相隐遇上谋反	先验（“君”一格按定义在“家”之上）
11	儒家礼法	外来体系压进来（清末）	分叉（礼法之争）
12	自然法学派	饿了三天的人吃了别人的方便面	先验（紧急需要下财物按定义回到共有）
12	自然法学派	不义之法不是法	免检（放进“极端情形”的柜子）
12	自然法学派	自然法内容随时代翻转（蓄奴）	改名（“前人看错了”）
12	自然法学派	格劳秀斯“即便没有上帝”	改名（担保人从上帝改称人的社会本性）；真正分叉在第16、17章
13	霍布斯	主权者命令臣民去送死	改名（“一项从未交出去的权利”）

章	学派	异象	处理方式
13	洛克	执行权的“特权”	免检（放进“紧急”“为公共的好”的柜子）
13	孟德斯鸠	法典没写到，“宣读法律的嘴”说什么	分叉（法国法典与注释一支；美国普通法与违宪审查一支）
13	孟德斯鸠	法随风土而变，分权却放之四海	改名（分权是“自由的条件”，不是普遍的法）
14	康德	木板难题（紧急）	先验（不正当，只是不可罚）
14	康德	衡平	免检（法院以外的事）
14	康德	线画对了却守不住（盲道上那声“对不起”）	改名（归“德性”）
14	康德	婚姻	改名（相互的契约）
14	康德（身后）	法与德分开之后	分叉：实证主义与凯尔森一支；罗尔斯、哈贝马斯一支
15	注释法学派	工业事故：工人证明不了雇主过错	改名（“对第1384条第1款的正确理解”）
15	注释法学派	法典有空白	分叉（热尼，接自由法运动与利益法学）
15	注释法学派	不当得利无条文（布迪耶案）	先验（“法的一般原则”藏在法典精神里）
15	注释法学派	凡法典没写到的	先验（按定义法律允许，或可从法典一般精神推出）
16	历史法学派	德意志法学家研究的是罗马法	改名（继受是“我们的历史”）；后分叉为罗马法学派与日耳曼法学派
16	历史法学派	谁代表民族	先验（法学家按定义是民族法意识的代表）
16	历史法学派	哪一代才有能力编法典	免检（“历史自己会显出来”）
16	历史法学派	法典来了	改名式收编（说成“法学终于成熟”，起点未改）
17	奥斯丁	习惯与法官造的法	改名（“默示命令”）

章	学派	异象	处理方式
17	奥斯丁	管住主权者的宪法；国际法	免检（“实在道德”，“不是真正的法”）
17	奥斯丁	换人以后的连续性；谁是主权者	先验（主权者按定义总是存在）
17	奥斯丁	劫匪的命令与法律的区别	章中未单列处理
17	边沁	少数人被冤，总账却更大	改名（确定性、安全感算进幸福）
17	两人（身后）	法不只是命令加惩罚；法与道德分开	分叉：哈特；拉德布鲁赫、富勒的挑战
18	概念法学	概念有边界、事实没有（差那几毫米；水从哪里来；二次启动）	先验（体系没有漏洞）
18	概念法学	工业事故、铁路火星等新纠纷	改名（归入过错责任、相邻关系）
18	概念法学	推出的结论与公道感对不上	免检（“法政策问题”）
18	概念法学（身后）	被撑破	分叉：耶林的目的、利益法学、自由法运动，后至评价法学
19	耶林	斗争会过头（科尔哈斯、夏洛克）	改名（“法感的病态”），带先验
19	耶林	算不算账	改名（不肯斗争称“道德上的怯懦”）；制度上另由机构分担
19	耶林	谁的目的	分叉：利益法学、自由法运动、庞德
20	报应论	“对等”说不清	改名（“价值上的相当”）
20	报应论	罚了没用	先验
20	预防论	罚无辜者	先验加改名（冤罚“按计算”不划算）
20	预防论	罪轻者关得更久	免检（刑事政策设计问题）
20	预防论（内部）	守法的大多数也要确认规范	改名（“积极的一般预防”）
20	两派	吸收不了的部分	分叉（新派）；并合论读作大的吸收（改名为“同一刑罚的两个面向”）
20	两派	姐姐那句“他为什么轻一点”；“我饿了”	章中未单列处理

章	学派	异象	处理方式
21	刑事实证学派	格林的测量：找不到身体上的犯罪人类型	改名（归入另一种类型）
21	刑事实证学派	反复犯罪“证明”属于该类型	先验
21	刑事实证学派	测量的犯人本身被“看着像不像”挑过	章中未单列处理
21	刑事实证学派	罚人的危险，人还没做什么也可处置	章中未单列处理（多数时仍要求先有行为）
21	刑事实证学派（身后）	出路	分叉：犯罪学与犯罪社会学；李斯特
22	新派	预测：下次还会闯吗	先验（处遇按定义在罪刑法定之内；划进“刑事政策”）
22	新派	比例：隔离多久才合适	同上
22	新派	1933年保安监禁及其战后审查	章中未单列处理
22	新旧两派	学派之争本身	分叉加制度化（双轨制）
23	三阶层（目的行为论）	过失	改名（客观归责）
23	三阶层	因果	改名（“风险的制造与实现”）
23	四要件	正当防卫、紧急避险放在哪里	免检（放在体系之外）
23	雅各布斯	“敌人刑法”	先验（敌人按定义不是刑法意义上的人）
23	整场体系之争	—	分叉（三阶层内部各支；四要件与阶层论并存）
24	社会防卫论	改好了没有，谁说了算	分叉（激进一支被搁置；新社会防卫论请回罪刑法定）
24	恢复性司法	重罪；力量不对等	免检（划出适用范围）
24	恢复性司法	钱：“花钱买刑”	改名（赔偿是“修复的一部分”）
24	恢复性司法	社区是谁；悔过可以装	章中未单列处理
25	利益法学	谁的利益；立法者是不是故意没写；“利益”什么都装	改名（“评价”），而后分叉为评价法学

章	学派	异象	处理方式
25	自由法运动	两个法官法感不一样；“无限制的解释”	章中未归入四类：被制度化而驯服（瑞士民法典第一条）
26	美国法律现实主义	法官坐在审判席上，不能预测自己	免检（只从外部看法院）
26	美国法律现实主义	终审判错了	改名（“没预测到的偏差”）
26	美国法律现实主义	弗兰克的事实怀疑：初审最预测不了	免检的变体（归到“程序有待完善”的技术问题）
26	斯堪的纳维亚现实主义	“受约束感”从后门回来	先验（有效法按定义是被法官当作有约束力的规范）
26	两路共同	预测回写被预测的东西	章中未单列处理
26	两路（身后）	—	分叉：法律过程学派、法经济学、批判法学
27	庞德	称重的秤从哪里来（含“最少摩擦”的偏向）	先验（“文明的法律公设”）
27	庞德	现实主义者批评他没研究行动中的法	改名（收进“行动中的法”）
27	庞德	清单的入口由谁来开	免检（没提出的要求不在工程师的范围内）
27	庞德	晚年警惕行政机构	章中未归入四类（起点外补一条司法审查的“外挂”）
27	庞德（身后）	称重一步	分叉：利益衡量、各种衡量式审查、比例原则
28	埃利希	坏的活法	免检（描述不评判）
28	埃利希	凯尔森的批评：事实推不出规范	章中未单列处理（坚持原起点）
28	韦伯	“英国问题”	改名（“另有原因的特殊情况”）
28	韦伯	二十世纪的反形式倾向	改名（“实质理性的回潮”）
28	两人（身后）	—	分叉：法律人类学与法律多元主义；卢曼
29	凯尔森	基础规范靠实效选定，事实从后门进来	先验；晚年改称“虚构”，仍是吸收

章	学派	异象	处理方式
29	凯尔森	革命；纳粹的法	免检（道德和政治问题）
29	凯尔森	框架内怎么选	免检（法律政治，不是法律科学）
29	凯尔森（身后）	—	分叉：哈特的承认规则；拉德布鲁赫与非实证主义
30	施米特	决定者用决定去杀人，理论给不出“他错了”的支点	先验（主权者的决定按定义就是对例外的认定）
30	施米特	他自己被决定为“不再是自己人”	改名（“具体秩序思维”）
30	施米特	谁决定现在是不是例外	章中未单列处理
30	施米特（身后）	—	分叉：左右两翼的读法；战后紧急条款的制度回应；阿甘本（第199号）
31	拉德布鲁赫公式	“不可容忍”谁来量	先验（极端不正义一望而知）；免检（只适用于极端情形）
31	拉德布鲁赫公式	哈特：不如明说溯及立法	章中未单列处理（后成哈特一支的分叉）
31	拉德布鲁赫公式	墙卫案在禁止溯及上开口子	章中未单列处理；门槛织进判例次序
31	拉德布鲁赫公式	“超越条文的正义”也会被借用	章中未单列处理
31	拉德布鲁赫（学界）	是否战后“转向”自然法	改名（公式是三元论的一个极端参数）
31	拉德布鲁赫（身后）	—	分叉：阿列克西；哈特一派
32	马克思主义法学	《资本论》里的工厂法；车间第七条	改名（“阶级斗争的成果”）
32	马克思主义法学	“消亡”没有发生	先验（属于阶级消灭之后）
32	马克思主义法学	法的社会公共职能	免检（放在从属一格）
32	马克思主义法学	汤普森：法治也约束统治者	分叉（汤普森一支）
32	马克思主义法学（内部）	意志版与商品形式版	分叉：两支；伦纳一支；批判法学借走一半

章	学派	异象	处理方式
33	哈特	规则边缘处（没领到号的老人、抱孩子的母亲）	改名（“开放结构”）
33	哈特	纳粹的法	免检（该不该服从交给道德）
33	哈特	德沃金：原则	改名（承认规则可容纳道德原则）；继而分叉为包容性与排他性实证主义
33	哈特	官员在“认什么为法”上意见不一	章中未单列处理
34	富勒	邪恶政权也能守八条	先验（秩序与善更亲近）
34	富勒	好秩序有时必须违反某一条；教练临场调整	改名（“合法性较低”，法有程度之分）
34	富勒	犯到第几条才算“没在造法”	章中未单列处理
34	富勒	八条彼此拉扯	章中未归入四类（交给立法者的“手艺”）
34	富勒（身后）	—	分叉：拉兹的法治观；相互性的复兴
35	德沃金	疑难案件有唯一正解	先验
35	德沃金	真实法官的分歧	改名（“理论性分歧”）
35	德沃金	赫拉克勒斯不存在	免检（方法上的理想）
35	德沃金	对不上的先例	先验的最强形式（宣布先例错误）
35	德沃金	契合与证成相互拉扯；先例本是几种原则拼成	章中未单列处理（后者成批判法学的切口）
35	德沃金（身后）	—	分叉：包容与排他实证主义；德沃金晚年的《刺猬的正义》
36	拉兹	法官在疑难案件里动用道德	改名（“法之外的理由”）；实证主义由此分叉为包容与排他两支
36	拉兹	法宣称的权威比正当的权威大一圈	章中未归入四类（拉兹认下，写进理论）
36	菲尼斯	基本好的单子会加、会推出相反规则	先验（分歧是推理失误，基本好仍自明）

章	学派	异象	处理方式
37	科斯	沙斯塔县：人们绕开法律	改名（“另一种降低交易成本的方式”）
37	科斯	禀赋效应：初始分配不中立	分叉（行为法经济学）
37	科斯	伤害在常人感觉里不是“相互的”	改名（“面子”“谁先开口”也算进交易成本）
37	读者对科斯	零交易成本只是思想实验	先验（读者把它读成“按定义如此”）
37	科斯（身后）	—	分叉：卡拉布雷西一支；行为法经济学
38	波斯纳	“愿意付”取决于“付得起”	改名（交给税收与福利），分配由此被免检
38	波斯纳	不该有价格的东西	免检（只是分析，不是主张）
38	波斯纳	普通法“趋向效率”的反例	先验与改名并用（不效率的在等改正）
38	波斯纳	自己转向实用主义	改名（财富最大化从“正义的标准”降为“好用的办法”），不是改写起点
38	波斯纳（身后）	—	分叉：卡拉布雷西一支；行为法经济学
39	行为法经济学	偏差清单越来越长	改名（每个反常命名为一种新偏差）
39	行为法经济学	摆选项的人自己也有偏差	免检（交给公共选择）
39	行为法经济学	谁认定“想清楚以后会选的”	先验（真偏好按定义在“长远”一边）
39	行为法经济学	助推效果缩水	章中未归入四类（温和修正，起点悄悄降格）
39	行为法经济学（身后）	—	分叉：吉仁泽一派的“助力”；个体差异
40	矫正正义	两个原因凑出一滩水	改名（“共同侵权”“按份责任”）
40	矫正正义	被晾着的那口气	免检（不是法律能管的事）
40	效率一支	那口气	改名（“非金钱损失”）

章	学派	异象	处理方式
40	效率一支	最便宜的避免者得先知道	改名（信息也是一种成本）
40	侵权两支	—	分叉：科尔曼的混合读法
40	意思自治	合同没想到的地方	分叉（从“意思”转向“信赖”与“合理期待”）
41	卢曼	编码自己的悖论	先验（悖论是自我指涉系统的定义性特征）
41	卢曼	不肯被翻译的事（生态、教务系统里“没有这一项”）	改名（“刺激”）
41	卢曼	人被放到系统外面	免检（公平是道德系统的编码）
41	托依布纳	—	分叉（反身法、全球法、体制冲突）
42	批判法学	简单案件可预测	改名（“意识形态的稳定效果”）
42	批判法学	法官不能不判：“那该怎么判”	免检（本运动的任务是批判）
42	批判法学	“拆权利”遭少数者的批评	分叉：女性主义法学的批判一支、批判种族理论
43	女性主义法学与批判种族理论	差异的两难	改名（“策略选择”）
43	女性主义法学	本质主义	分叉（交叉性）
43	两支	结构性不平等落不到某一个被告头上	章中未归入四类：制度化为“差别影响”“间接歧视”
43	批判种族理论	叙事怎样核对	免检（叙事让人看见，不充当证据）
44	福柯	谁在抵抗	改名（“权力的另一种效果”）
44	福柯	法官必须画线	免检（画线是法学家的事）
44	福柯	什么都像规训	免检（同上）
44	福柯	囚犯用权利语言回头顶规训	分叉：治理术研究；数据与平台一枝
45	原旨主义	布朗案	改名（论证成原旨主义的证例）；对先例免检（“温和的原旨主义”）
45	原旨主义	概括的层级	分叉（“解释”与“建构”之分；巴尔金的活的原旨主义）

章	学派	异象	处理方式
45	原旨主义	同一份史料读出相反原意	章中未单列处理
45	活宪法	谁决定往哪里长	改名（法官的“偏好”改称“判例的累积”）
45	两派共有	会长的东西也会往回长	章中未单列处理
46	文本主义	照字读出的荒唐结果（拘捕邮差案）	改名（“荒谬例外”“笔误例外”）；免检（立法机关的事）；近于先验（“通常含义”客观存在）
46	目的解释	目的是谁的目的（导盲犬进电梯）	先验（立法者按定义讲道理，几种目的按定义可调和）
46	两派共有	要紧的东西缠在今天的电梯门前，不在字里也不在当年的目的里	章中未单列处理
46	两派（身后）	—	分叉：佩珀诉哈特案；文本主义内部字面与语境两支；德国把几种方法排成清单
47	遵循先例	先例错了；世界变了（黑尔的婚内豁免）	改名（“区别”）；免检（“附带意见”）；近于先验（“宣示说”）
47	遵循先例	两案同不同、先例读到哪一层，由后案法官的手来拧	章中未单列处理
47	遵循先例（身后）	—	分叉：英国1966年实践声明（次序内部）；法律现实主义（学派层面）
48	法教义学	体系外头来的新东西（电子发票、数据、平台）	改名（“违反计划的不圆满”，即法律漏洞）
48	法教义学	体系越长越高，普通人读不懂	免检（法学教育与法律服务的事）
48	法教义学	体系可以为任何内容服务（《无限制的解释》）	先验（“法秩序的统一性”）
48	法教义学	两个格子打架（评价矛盾）	章中未归入四类：由上位、特别、新法优先的次序“按定义消化”
48	概念法学到评价法学	—	分叉（三次），体系未拆
49	阿列克西	不可通约	改名（刻度问题：轻、中、重）

章	学派	异象	处理方式
49	阿列克西	事实上的不确定	章中未单列处理
49	比例原则	人的尊严不能上秤（航空安全法判决）	先验（本质内容不得侵犯）；阿列克西另把尊严拆为规则、原则两层
49	比例原则	权衡把权利变软	免检（立法者的“判断余地”）
49	比例原则（身后）	—	分叉：哈贝马斯的批评；美国分级审查
50	违宪审查	反多数难题（五个人凭什么推翻八十个人）	先验（宪法是人民更高一级的意志）；免检（“政治问题”）
50	违宪审查	守门人判错了（洛克纳案）	改名（“当年的解释错了”）
50	违宪审查	谁来看守守门人：无穷倒退	章中未单列处理
50	违宪审查	“宪法说了什么”本身有争议	章中未单列处理（交回第45至49章的读法）
50	违宪审查（身后）	—	分叉：集中审查；弱形式审查；人民宪政主义
52	美国（“法院说了算”）	法院说了，别人不认；反多数难题；宪法的意思定在哪一年；成文法的海洋（雪佛龙案与洛珀·布赖特案）	合并处理：改名（推翻先例说成纠正）；免检（“政治问题”）；先验（库珀案）；学界分叉；实践层面改写（内战后修正案、新政、布朗案）
53	英国（议会主权）	外来的更高的法（共同体法、人权公约）	改名（法克特塔姆案后：议会自己选择让共同体法优先）；先验（“不相容宣告”按定义不影响法律效力）
53	英国	惯例要不要判	章中未单列处理
53	英国	剩余的自由够不够	章中未单列处理（是人权法出台的背景之一）
53	英国	结构一项借不进来（始终没有总括法典）	改名式消化（“不合普通法的习惯”，或拆成单行法）
53	英国（学界）	—	分叉：普通法宪政主义与正统读法，至今同台
54	德国	结构太满，案件比评注先到	改名（“案型”）

章	学派	异象	处理方式
54	德国	一战后恶性通货膨胀	改名（“诚实信用原则的一种适用”）
54	法国	物件致损的过渡性一句	改名（让德尔案：新责任说成对旧条文的解释）
54	法国	法官不得造规则，判例却在造规则	先验（法官按定义只解释法律，判例不是法源）；2016年债法改革读作实践改写
54	两国共同	欧洲的法	章中未单列处理
54	两国（学界）	—	分叉：德国法社会学、法经济学；法国判例法源之争
55	日本	有法典，少诉讼（意识、制度、理性三派三解）	改名（“日本式的纠纷解决”“日本型行政”）；免检（法律以外的事）；分叉（法社会学）；实践改写（废“家”制度、司法制度改革）
55	日本	战后宪法第九条与安全立法	不展开（指向第83、107章）
56	中国（实践）	高空抛物：整栋楼分摊	章中称“分层吸收”，未归入四类（先补“找人”一步进次序，补偿退到最后）
56	中国（实践）	普法之后守法人“对不上”	章中未单列处理
56	中国（实践）	新东西（数据、虚拟财产）	改名（“另有规定的对象”）加留白
56	中国（实践）	条文之间的缝	章中未归入四类（司法解释补位）
56	中国（实践）	人格权编	分叉（结构层面，不是起点改写）
57	第一次继受	礼教与家族（礼法之争）	改名（“暂行章程”）
57	第二次继受	市场关系推不出来	改名式吸收（补上“社会性”“共同性”）
57	第三次继受	本地实际（“规定得很清楚，实际不这样办”）	分叉（社科法学），之后同台
57	第三次继受	人格权要不要独立成编	章中未归入四类（立法选了独立成编，见第56章）

二、横读编：同一个异象摆在几个学派面前（第58至60章、第63章）

章	案子或新东西	学派、判法或旧格子	处理方式
58	洞穴奇案	首席法官（条文加赦免）	免检（宽恕交给行政首长）
58	洞穴奇案	第一位主张无罪者（自然法、目的解释）	先验（洞里是自然状态，本国法不及）加改名（杀人改看作类似自卫的例外）
58	洞穴奇案	退出的法官	拒绝吸收（不投票）；平票维持原判，次序替他判
58	洞穴奇案	第二位主张有罪者（严格实证）	免检（道德不是法官该问的）
58	洞穴奇案	第二位主张无罪者（现实主义）	改名（法律问题改成常识与民意问题）
58	纽伦堡	国际军事法庭	改名（罪名早存在于习惯国际法）加先验（上级命令按宪章不免责）
58	墙卫案	柏林地方法院	先验（直接用拉德布鲁赫公式）
58	墙卫案	联邦最高法院（1992年）	改名（东德法本该按人权友好的方式读）
58	墙卫案	联邦宪法法院（1996年）	先验（极端国家不法不配受溯及禁止的信赖保护）
58	9·11	行政部门	改名（“非法敌方战斗人员”）
58	9·11	敌人刑法论	分叉候选
58	9·11	美国最高法院	吸收：回到旧次序（人身保护令往外延伸）
59	数字遗物与数据	物权与继承（德国2018年判决）	改名（账户改称合同关系，聊天记录改称信件）
59	个人信息	人格权	章中称“扩格”（隐私里再分出个人信息），未归入四类
59	隐私	诽谤法、财产法	分叉（1890年第一次；个人信息保护正在成为第二次）

章	案子或新东西	学派、判法或旧格子	处理方式
59	机器作发明人	专利	先验（发明人按定义是自然人）
59	机器生成的图片	著作权（北京互联网法院2023年）	改名（机器生成改看作人借工具创作）
59	数据产权	物权	章中称介于改名与分叉之间（“三权分置”）
59	平台规则	合同	改名（装进“格式条款”）
59	复制不减少，“归属”问得不对路	物与人二分	章中未单列处理
60	AI：被机器认错、归类	守法人一端	改名（“产品缺陷”“个人信息处理”）
60	AI：执法者只照屏幕办事	执法者一端；实证主义	免检（“机器只是工具”）
60	AI：给出判决的样子、给不出签字的人	法官一端	先验（裁判按定义只能由人作出）
60	算法预测	现实主义	先验（预测得准的就是法）
60	看不懂的算法	富勒的程序主义	改名（算法看作规则，拿八条去审）
60	机器给不出理由	德沃金的原则派	先验
60	误认	法经济学	改名（成本分配）
60	保安只照一行字办事	哈特一派	改名（算法输出看作“事实”）
60	门禁录脸	福柯一派	先验（又一种规训技术）
60	识别率因人群而异	批判法学与身份法学	先验（结构性偏见的又一实例）
60	只认自己数据的系统	系统论	改名（又一个系统，结构耦合）
60	所有学派共有的起点“法律关系的两端都是人”	各派（整体）	分叉尚未出现，只有苗头：给 AI 某种法律地位（改主体），或凡机器参与的决定都须有人签字（改次序）
63	同样有效的判决，执行难易不同	法律实证主义	章中称“放在门外”（接近免检）
63	新规则下级跟上的快慢不同	凯尔森式层级读法	改名（“执行偏差”）

三、本书自己的异象（第66章）

第66章为防本书自己“免检”，立了一条规矩：凡是用判与服读不通的案子，登记在这里，不许用“判与服还没长出来”挡掉。成书时，各章尚未登记任何一件。下表先列第66章自己标出的四个最容易出毛病的位置，供读者往里填。

章	学派	可能出现的处理	第66章标出的位置
66	SDE（本书）	免检	读不通的事被说成“判与服还没长出来”
66	SDE（本书）	改名	把别的学派的概念翻成 S、D、E，却说不出一句别派说不出、可以查的话
66	SDE（本书）	先验	排不进三维的事，被说成“还没分析透”
66	SDE（本书）	只走一条路	描述学派几乎都走 S→D→E，讲出路走 D→E→S；章模板把“异象”“吸收还是分叉”写成必填，容易把一切学派读成会吸收
—	读者登记	（空）	用判与服读不通的案子，写明章号、案子、读不通在哪里

附录四　可错条款登记

> 这张表的用处：把本书怎样算错，集中写在一处。要指错，先翻到这里，找准是哪一条、在哪一章查。

登记说明。　四条条款的全文照第7章，与导读、第66章、附录一第8节逐字核对过，四处一字不差。“怎样查”“什么结果算错”“退路”以第66章为主，第7章（各条到哪里去查）和导读（查法与算错）补充，几处说法不同的地方在表里分开注明出处。四条各管一句：条款一管判词一，条款二管判词二，条款三管判词三，条款四管出路。一条被击中，只倒它管的那一句；条款二的两问分开算，一问错，只倒那半句。

一、四条条款全文

- **条款一（管判词一）：** 若有一个法学学派，它对“人是什么”“法是什么”的设定，是在研究中被检验出来、并且随证据改过的，而不是起手时带进来的，判词一对它不成立。
- **条款二（管判词二，分两问）：**　（a）若一个学派在疑难案件面前，常态做法是直接改写自己的起点，而不是吸收或分叉，判词二对它不成立；（b）若某一法域的遵循先例与法教义学体系，并没有把学派的预设织进连接、次序与结构（学派换了，判例与体系照样跟着换），判词二的“制度依赖”半句对它不成立。
- **条款三（管判词三）：** 若在下编五十节里，多数事件的立法史或判决书中，找不出任何可指认的学派做法与当下需要的对应，判词三不成立；若不用这个读法也同样讲得通，且讲得更少，则判词三多余。

· **条款四（管出路）：** 若按“在判与服之间长出来”重写的分析，并不比原学派多解释任何一个疑难案件或判决，出路一句不成立。

二、怎样查，什么结果算错，退路

条款	怎样查	什么结果算错	退路
条款一	在上编每章的出生证里查（第7章）。取一个学派，找它最早的代表作，看“主角是什么样的人”“法是什么东西”两句是放在开头当前提，还是放在后面当结论；再看后来的著作里，这两句有没有因某项证据被改过；相反证据出现时，改的是设定本身还是只改推论（第66章、导读）	能指出一个学派，它对人或对法的设定是从一批材料里归纳出来的，后来又因新材料改过一次以上，并在自己的文字里说明为什么改（第66章）	判词一对这个学派不成立，不是整本书作废；判词一收窄为“法学的多数学派”，被指出的一支从第一编的诊断里移出，单独登记（第66章）；本书在那一章认账（导读）
条款二（a）	在每章“异象”“吸收还是分叉”两节里查，汇总在附录三（第7章）；用第65章的四条判据（改的是预设不是参数；异象能被指认；旧判断有一部分被放弃；改写进了连接、次序或结构至少一项），看一个学派在几次大的疑难案件之后做了什么，只数常态，一次两次不算（第66章）	一个学派，在它面对的多数疑难案件之后，都能找到四条判据前两条的痕迹（第66章）；导读的说法是：找到一个常态就是回头改起点的学派	“只会吸收或分叉”收窄，那个学派登记为学习型的例外；第65章的窄定义要回头检验够不够窄（第66章）
条款二（b）	在第45至50章与第51至57章里查（第7章）。选一个法域，找一个学术风向明显换过的时期，看换了之后，判例的引用、法教义学的体系书、法律关系的分配，是很快跟着换了，还是长期照旧（第66章）	学派一换，判例与体系很快就跟着换，旧学派的预设在连接、次序与结构里没有留下可以指认的痕迹；那个法域的制度像一面镜子，照什么就是什么（第66章、导读）	制度依赖的说法在那个法域收窄；K4里“法学是国家的场”一句，要在那里重新问它的场为什么不留痕（第66章）

条款	怎样查	什么结果算错	退路
条款三	下编每节都有类型登记（A 加固、B 改写、C 同台、D 无学派预见）并标明依据。查的人可以不看本书的登记，直接读那一节涉及的判决书或立法说明，自己找可以指认的学派做法与可以指认的当下需要（第66章、导读）	五十节里超过一半找不出这种对应；或另有一种读法（例如只用当时的政治力量对比）同样讲通这些事件，用的概念更少（第66章）	不成立：判词三撤回，下编改为不带判词的五十年记录；多余：判词三降为一种读法，不再称判词。D 类是为这一条预留的反例位置，D 类越多，判词三越危险（第66章）
条款四	拿第63章事前写下的两句话去查：一句关于判决前当事人对事实认定逐项表态与判决后自动履行的关系；一句关于新规则在确立前有没有在下级法院被判过，与确立后被跟上的快慢。两句都可以用一批同类案件的统计去查。“多解释”要过三关：选原学派自己的紧处；事前写得下、别人能核对；去掉判与服几个字，内容不能与原学派相同（第63、66章）。第7章另指在第63至65章和全书结语查	两句都落空，而且找不到别的疑难案件，能让判与服的读法给出一句原学派说不出、经得起查的话（第66章）	出路一句撤回；第63、64章降为一种描述法学过程的语言，不再称出路；判词一、二不受影响，因为诊断和出路分开立（第66章）

三、正文里已登记的检验点

各章在正文里已经拿条款对过一些地方。这里只登记，不替各章改判。

条款	章	检验点	正文的读法
一	28、39	做经验研究的法社会学与行为法经济学，人的设定有一部分来自实验与调查	第66章列为最可能的候选，未判
一	36	菲尼斯的基本好单子后来加过一项	读作先验（“本来就在，只是之前没写全”），条款一说的情形没有发生
二（a）	38、65	波斯纳转向实用主义	第38章：仍是改名，改的是预设的名分，不是起点；第65章：形式上是一次起点的改写，属“学者的学习”。两章读法不一

条款	章	检验点	正文的读法
二（a）	29、31、65	凯尔森晚年把基础规范改称“虚构”；拉德布鲁赫战后的公式	第29章读作吸收；第31章读作改名；第65章列为学习与分叉难分的例子，不下结论
二（a）	53	英国实践的常态是吸收	支持判词二；支持的是实践，不是某一个英国学派
二（b）	7	菜场换了经营方，合同与管理规定会不会第二天全翻过来	小尺度试验，章中说要靠看，不能靠说
二（b）	47、52	美国学派换了几轮，遵循先例的做法未换；布朗案推翻先例用了半个世纪	读作制度依赖成立的证据（本书读法）
二（b）	48	德国三次分叉未拆体系；通行民法注释书2021年改名，结构未动	读作“结构”一格的制度依赖
二（b）	54	德国二战后学派更替，体系骨架没换，换的是格子里的价值	本书读法，章中登入待核，请读者对照第48章
二（b）	55	日本学派从法国换到德国，又加上美国	继受的结构跟着换了，本土的连接没跟着换；制度依赖在日本要分开说。章中说留给第66章复核，第66章未复核
三	下编	D 类（无学派预见）各节	为反例预留的位置，计数见下编各本编小结
四	63	两句待检验的话	尚未证实；第63章自认程序正义研究里已有相近发现（泰勒《人们为什么守法》，1990）

四、收窄说明、条款先后与最后一条退路

项	要点	出处
收窄说明	测量层的工作，比如判决数量的统计、条文的版本比对，有明确办法，统一性较强；这是诊断自己预言的，不算反例	导读
条款管什么	四条只管本书的判词和出路，不管 SDE 本身；SDE 自己的依赖在第66章另查	第7章

项	要点	出处
条款之间的先后	条款一是地基：它倒了，条款二多半跟着倒；条款二倒了，不一定牵动条款一；条款三相对独立，倒了上编的诊断不受影响；条款四最单薄，倒了三句判词照样站着。下手顺序：先打条款一	第66章
本书的话落在哪一层	大多在解释层；能计数的只有条款三的类型登记，和条款四两句话涉及的履行率、跟随速度	第66章
最后一条退路（不算第五条）	若有一类法学现象，不管用六条路径里哪一条去排，都排不出一句可以查的话，要改的就是三维本身：也许三维不够，也许三维的分法在法学里要换；用上了，本书要回写，改的是起点	第66章
附录一的专属条款	附录一另立只管它自己说法的专属条款，不进全书四条	附录一第8节

五、怎样指错

要素	写法
指明哪一条	条款一、二（a）、二（b）、三或四
指明在哪里	哪一章；哪一个学派、哪一个法域、下编哪一节，或第63章的哪一句话
说明出现了什么结果	对照上表“什么结果算错”一栏。例：某法域在某年前后主流学说更替，几年内判例引用与体系书都换了，旧预设没有留下痕迹
读者自己就能做的四件事	换一条路重写一个学派的出生证；用第65章四条判据找一个真正学习的学派；读下编某节的原始判决书，自己登 A、B、C、D；看身边一条小规矩三年后还在不在（第66章）
不算数的指法	只说“我不同意”

附录五　术语的大白话对照

本附录一个术语一个说法，与全书的统一用法一致。“路径依赖”在本书有两层用法，分开列出；“主讲处”指第一次讲透的地方。

术语	大白话	主讲处
学派	一群人共用同一对起点预设、顺着它往下讲法的做法。出生证属于学派，不属于某一个具体的人。	第1章
学派的出生证	学派开口之前已经带进来的东西：先问主角是谁，再填两格，主角是什么样的人（主体预设）、法是什么东西（客体预设），再加上从这两格推出的裁判规则与解释方法。上编每章那张表就是它。	第1章
学派的符号	预设的主体属性 × 预设的客体属性。	第1章、前言
主角	一个学派盯着的那个人：立法者、法官，还是守法人，各学派取其一。填主体预设之前先问这一句，否则“人是什么样的”会填成一团。	第1章
立法者、法官、守法人	法律里站着的三种人：定规矩的、按规矩裁断的、被规矩管着的。	第1章
主体预设	学派事先认定的“主角是什么样的人”，例如只算后果的守法人、从里面认同规则的官员、全知的法官。属三号位（主体属性：分布、场、美）一端。	第1章
客体预设	学派事先认定的“法是什么东西”，例如命令、规则、原则、民族精神、决断、系统、利益的平衡、对法院行为的预测。属一号位（客体属性：对比、粒子、真）一端。	第1章
×（联合设定）	出生证上两格之间的叉号，不是乘法：两头一起定、互相配套，缺一样另一样就立不住。	第1章
推出的互动内容	学派从那对预设里推出来的自己的内容：裁判规则、解释方法、罪与罚的理论、权利理论。属二号位（互动属性：变化、波、善），是学派的产出，不是起点。	第1章
三个号位	借自《属性纠缠论》：一号位客体属性，二号位互动属性，三号位主体属性。本书只用号位与术语。社会科学以二号位为中心，所以对另两端必然“预设”。	第1章、前言

术语	大白话	主讲处
S	显露出来的样子，也就是结构态。学派起手时摆出的那个现成的样子：条文、班规、判例、法典。	第3章
D	差异序列，也就是一步一步走过的路。	第3章
E	特征纠缠，也就是缠在一起、共同起作用的那些条件。	第3章
起点	学派起手的那个 S。本书说法学学派的起点几乎都钉在 S 上。	第1、3章
六路径	S、D、E 三维排先后的六种次序。法学学派几乎都走 S→D→E 与 S→E→D 两条，另外四条很少当作主路。	第3章
S→D→E（先找条文）	先有条文，再一步步对下去（三段论、涵摄），最后才看现场的情况。换来一致与可预期。	第3章
S→E→D（先看案情）	心里先有一个样子，接着先看缠在案子上的条件，最后排出处理的先后。换来贴近现场。	第3章
D→E→S	规矩从一件事走过的路和缠在一起的条件里长出来，最后才显露为一条规矩。本书出路所走的路。	第3章、第63章
涵摄	把认定的案件事实一项一项装进条文要件里去对。	第3章、第48章
三原理	三维里任意两维起了矛盾，会推动第三维变化。D 与 E 的矛盾推动 S。	第4章
异象	D 与 E 起了矛盾的地方，也就是学派的起点接不住的事。法学里多以疑难案件的样子出现。	第4章
疑难案件	事实清清楚楚、条文却接不住的案子：条文没想到、照字面办出来人人觉得不对、或两条规矩指向相反。本书第62章说：疑难不是案子身上的属性，是案子和某个学派起点之间的关系。	第4章、第62章
被堵住的原理	照三原理，异象本该推着起点改写；在法学里这条原理常被堵住：改起点要翻旧账，有案子的人无权改、有权改的人不在场，法官又必须判。	第4章
回写	走过的路和缠在一起的条件合起来，改写那个显露出来的样子。法学的学习要回写进制度：推翻先例（次序）、重排体系（结构）、改谁对谁负责（连接）。	第65章
吸收	起点不动，让异象在原有框架里找到一个位置，于是它不再是异象。	第5章

术语	大白话	主讲处
三种吸收	免检、改名、先验。三者常一层叠一层，在三个方向上替起点挡住异象。	第5章
免检	三种吸收之一：把异象判成不必检验、不算问题。常听到的说法是“这不是法律问题”。	第5章
改名	三种吸收之一：把异象改称为已有框架里的一个参数、一个“例外”或一种“效应”。常听到的说法是“这属于例外”。	第5章
先验	三种吸收之一：把异象宣布为按定义不可能，或按定义成立。常听到的说法是“按定义就是合法”或“按定义就不是法”。	第5章
诚实的吸收	承认起点在个案里的代价，写明为什么仍然付这笔代价，把那道缝留在纸面上。	第5章
分叉	异象太大、化不进去，有人另起一个起点，带出一个新学派；原来的学派并不因此消失。	第4、6章
制度化	法官不能不判，分叉的两条路必须在一个个案子里落成结果，落多了就成了判例、法典与体系里的东西。	第6章
场	法学盯着的国家的那一面：一张把许多点连起来、排出先后、搭成整体的网。场有三项：连接、次序、结构，合起来叫做制度。	第7章、前言
连接	谁和谁之间有法律关系、谁对谁负责。	第1、6章
次序	谁先谁后、谁上谁下：上位法与下位法、先例与后案、程序先后。	第1、6章
结构	整套规范怎样搭成一个体系：法典的编章、法教义学的体系、犯罪论体系。	第1、6章
制度依赖	学派把自己的那对预设织进法律关系的连接、次序与结构，织进去以后，即使学派在书上已被批倒，判例与体系仍按它的样子运行。它不是路径依赖的后果，而是法学自己的那一种依赖。	第6、7章
既判力	判决一经确定，不能就同一件事反复再告。制度依赖最硬的一种形式。	第6章
三类学问，三种依赖	自然科学学派是方程依赖，社会科学是路径依赖，人文科学是原理依赖（K3）。	第7章

术语	大白话	主讲处
方程依赖	自然科学学派守着一组方程，异象来了先改参数、加修正项。	第7章
原理依赖	人文科学学派守着一条“什么推动什么”的原理去读一切。法学里自然法一路、拉德布鲁赫公式更接近它，本书作旁线。	第7章
路径依赖（第一层，三门共有）	社会科学的学派以一对借来的预设起手，异象来了不改起点，只吸收或分叉，于是只走一条路（K3）。全书在这一层说“路径依赖”时，指三门共有的“只走一条路”。	第7章
三门三种依赖（第二层）	社会科学里再分三门，各锁在国家的一个侧面（K4）：经济学锁在国家的波（路径、速度、粘性），形成路径依赖；政治学锁在国家的粒子（整体、稳定、独立，即政体），形成政体依赖；法学锁在国家的场（连接、次序、结构），形成制度依赖。经济学两层同名，是因为它盯的那一面本身就是一条会走的波。	第7章、前言
波、粒子、场	国家的三个侧面：波是会走、有快慢、有惯性的东西；粒子是能被当成整体、相对稳定、能独立认出的东西；场是把许多点连起来、排出先后、搭成整体的网。	第7章
法学必须判	法学的第一处特殊性：法官不能拒绝裁判，学派的预设每天被逼着落成判决。界限：“判”是法学的出口（裁判与立法），不是法学的全部，纯理论的法学家可以不判。	前言、第4、6章
意义预设	学派把意义押在创造、自由、幸福哪一个上，权重怎样配。它是出生证的一部分，不是事后贴上去的价签。	第2章
创造、自由、幸福	创造，是做出以前没有的东西；自由，是人能自己做主，不被别人的安排完全决定；幸福，是人过得安稳、舒心、身心无恙。	第2章
● ◐ ○	意义权重的标法：● 中心，◐ 有分量但不在中心，○ 很轻或几乎不管。这是本书的读法，不是测出来的事实，同一把尺子用到底。	第2章
看权重的办法	看学派在三样冲突的时候让谁。	第2章
理论与实践分读	学派的意义预设与一国在立法和裁判中实际的意义选择分开两栏写；国家实践只描述，不评价，不写“哪国更好”，不评在审案件。	第2章、第51章
三层	测量层、解释层、规范层。	前言、第66章

术语	大白话	主讲处
测量层	有明确办法可查、可以对着材料争的那一层，如哪年通过了哪部法律、判决书写了什么、某类案件有多少。统一性较强。	前言、导读
解释层	“为什么这样判”的那一层，靠预设撑着，多元严重。	前言
规范层	“应当怎样判”的那一层，再加价值分歧。	前言
收窄说明	测量层的统一性较强，是诊断自己预言的，不算反例。	导读
三句判词	判词一管起点（借来的一对预设）；判词二管异象与制度化（吸收或分叉，再织进连接、次序、结构）；判词三管下编（重大判决或立法，是过去某个学派的做法被当下的意义需要选中、写成了制度）。	前言、导读
出路：判与服	不是判词：把被冻结的两端放回发生里，法不在条文里，也不在法官心里，是在“判”与“服”之间一次次长出来、再稳成规矩的。判，是裁判与立法的定案；服，是被判的人与后来的人接受、照着做。	导读、第63、64章
可错条款	本书自己怎样算错的四条：条款一管判词一，条款二分（a）（b）两问管判词二，条款三管判词三，条款四管出路。两问分开算，一问错只倒那半句。	导读、第7章、第66章、附录四
多解释	条款四要的东西：按“判与服”重写的分析，要比原学派多解释至少一个疑难案件或判决；第63章立了三关：原学派的紧处、事前写得下的一句话、不是改名。	第63章
小账	每章、每节末尾的两项：本章动用（用了哪几个概念）；锁定记录（这一章里学派的哪个起点被锁住、锁在哪一项）。	各章
陪读人物	城东一栋六层无电梯老楼的社区调解室：许大姐、孟师傅、钱先生、叶老师、邓老、小乔，围着楼上502漏水泡坏402吊顶一案。场景为本书构想。	导论、第40、63章、全书结语
下编：判决是学派的一次考试	把一件重大判决或立法看作学派的交卷：当年的意义需要出题，学派交卷。公式只作类比：事件＝F（过去学派的做法，当下的意义需要）。	下编导论
当年的意义需要	那一年那个国家的人们要什么、怕什么。	下编导论
意义中心	读那一年的事，重心落在创造、自由、幸福哪一栏。这是本书的读法，不是评分。	下编各节

术语	大白话	主讲处
类型登记	下编每节选一类并说理由：A 加固，沿原路再走一步；B 改写，出现了原学派预设推不出的新东西；C 同台，两派都能认领、都有记录；D 无学派预见，没有任何学派事前给出可用的做法，须专门说明。	下编导论、各节
例外检验	只在 D 类节里写的一段，检验诊断自己有没有留下的洞。	下编各节
旁证	每节末尾一行，写同年他国的法律大事。	下编各节
本编小结	每十年末一章，数本编十节 A／B／C／D 各几节，看意义中心怎样移动，标明是本书的读法。	第77、88、99、110、121章
K3、K4	本书在第7章对两条口述的记法：K3 管“学派怎样被锁住”（三类学科三种依赖），K4 管“锁在国家的哪一面”（三门三种依赖）。	第7章

附录六　年表

一、上编：学者与著作

只收正文里实际出现的人与书。年份取正文写法：正文写“约”“前后”“起”的照写；正文没写的，写“正文未写年份”，不补；正文注了待核的，照写并括注。同一人的几件事，有的合在一行。出处指正文所在的章。

年份	人物	著作或事	出处
正文未写年份（“两千三百多年前”）	亚里士多德	分配正义与矫正正义；《尼各马可伦理学》《政治学》	第8章
正文未写年份	柏拉图	《理想国》《法律篇》；《普罗泰戈拉》	第8、20章
正文未写年份	韩非	《韩非子》（《五蠹》《定法》《难势》），合法、术、势	第10章
正文未写年份	—	《唐律疏议》	第11章
正文未写年份	霍布斯	《利维坦》	第13章
正文未写年份	洛克	《政府论》	第13章
公元前四世纪中叶	商鞅	秦孝公任用商鞅变法	第10章
汉代（正文未写年份）	董仲舒	以《春秋》断疑案（“春秋决狱”）	第11章
公元前 66 年（正文注待核）	汉宣帝	“亲亲得相首匿”诏	第11章
约公元二世纪	盖尤斯	《法学阶梯》	第9章
公元426年	东西两位皇帝	引证法	第9章
公元533年	查士丁尼	《学说汇纂》颁行	第9章
唐武则天时	陈子昂、柳宗元	徐元庆案的议论	第11章

年份	人物	著作或事	出处
十六世纪	维多利亚、苏亚雷斯等（萨拉曼卡学派）	美洲原住民所有权的讨论	第12章
1625	格劳秀斯	《战争与和平法》	第12章
1736（身后出版）	黑尔	刑法著作（第82章写作《王室诉讼史》）	第47、82章
1748	孟德斯鸠	《论法的精神》	第13章
1748—1832	边沁	生卒年	第17章
1764	贝卡利亚	《论犯罪与刑罚》	第20章
1790—1859	奥斯丁	生卒年；1832年《法理学范围之限定》	第17章
1797	康德	《道德形而上学》（第一部分《法权论》）	第14、20章
1804年3月	—	《法国民法典》颁布	第15章
1813	费尔巴哈	起草的巴伐利亚刑法典	第20章
1814	萨维尼	《论当代在立法和法学上的使命》（书名为大意）	第16章
1815	萨维尼和同道	创办法律史刊物	第16章
1818—1892	耶林	生卒年	第19章
1820	黑格尔	《法哲学原理》	第20章
1840—1849	萨维尼	《当代罗马法体系》（第46章写“1840年开始出版”）	第16、46章
1842—1848	萨维尼	任普鲁士负责修订法律的大臣	第16章
1852—1865	耶林	《罗马法的精神》	第19章
1861	耶林	提出“缔约过失”	第19章
约1870（记下），1871（发表）	龙勃罗梭	“天生犯罪人”之说的起点	第21章
1872	耶林	告别演讲《为权利而斗争》	第19章
1876	龙勃罗梭	《犯罪人论》	第21章

年份	人物	著作或事	出处
1877年起	耶林	《法的目的》	第19章
1881	霍姆斯	《普通法》	第26章
1881—1973	凯尔森	生卒年（1881年生于布拉格，1973年去世）	第29章
1882	李斯特	《刑法中的目的思想》（马堡纲领）	第22章
1884	耶林	《法学上的诙谐与严肃》	第18、19章
1885	戴雪	《英宪精义》	第53章
1889	李斯特、普林斯、范·哈梅尔	发起国际刑法学协会	第22章
1890	恩格斯	致布洛赫的信	第32章
1890	沃伦与布兰代斯	《哈佛法律评论》文章，主张“不被打扰”的权利	第59章
十九世纪九十年代	施托斯	瑞士刑法草案，刑罚与保安处分两轨并排	第22章
1893	塞耶	法院只应推翻明显错误的立法	第50章
1896（通过）、1900（施行）	—	德国民法典	第54章；第16、18章写“1900年施行”
1897	霍姆斯	演讲《法律的道路》	第1、26、52章、附录一
1899	热尼	《实在私法的解释方法与渊源》	第15章
1903	埃利希	演讲，提出“自由的法的发现”	第25章
1906	康特洛维茨	《为法学而斗争》	第25章
1906	贝林	提出“构成要件”	第23章
1906	庞德	美国律师协会年会演讲；1908年批评“机械法学”；1910年提出“书本上的法”与“行动中的法”	第27章

年份	人物	著作或事	出处
1907	—	瑞士民法典通过	第25章
1913	埃利希	《法社会学原理》	第28章
1913	格林	英国囚犯比较研究发表	第21章
1914	赫克	《法律解释与利益法学》	第25章
1916年起	庞德	长期执掌哈佛法学院	第27章
1920	凯尔森	参与起草奥地利宪法，设宪法法院	第29、50章
1921	卡多佐	《司法过程的性质》	第47章
1921、1923	拉德布鲁赫	两度出任司法部长	第31章
1922	施米特	《政治的神学》	第30章
1922	韦伯	《经济与社会》去世后整理出版	第28章
1924	帕舒卡尼斯	《法的一般理论与马克思主义》；1937年被捕并被处决，1957年获平反	第32章
1927（1932扩充本）	施米特	《政治的概念》	第30章
1927	麦克贝恩	以“活宪法”为名的书	第45章
1930	古德哈特	论判决理由的文章	第47章
1930年前后	卢埃林等与庞德	现实主义与社会学法学的笔战	第26章
1931	施米特	《宪法的守护者》；与凯尔森“谁是宪法的守护者”之争（1931年前后）	第29、30、50章
三十年代	韦尔策尔	目的行为论	第23章
1933	施米特	5月1日加入纳粹党；1934年7月发表为杀戮辩护的文章；1985年去世	第30章
1934（1960第二版）	凯尔森	《纯粹法学》	第29章
1936	富勒与珀杜	合同信赖利益一文	第34、40章
1939	奥利维克罗纳	《作为事实的法》	第26章

年份	人物	著作或事	出处
1939—2022；1940—	拉兹；菲尼斯	生卒年	第36章
1945年生	阿列克西	生年	第49章
1946	拉德布鲁赫	《制定法上的不法与超制定法的法》	第31章
1949	富勒	《洞穴奇案》	第34、58章
1952年起	哈特	任牛津大学法理学讲席教授	第33章
1953	罗斯	《论法与正义》	第26章
1954	安塞尔	《新社会防卫论》	第24章
1958	哈特与富勒	《哈佛法律评论》论战；同年哈特在哈佛讲座	第31、34、46章
1960	科斯	《社会成本问题》	第37章
1960	拉伦茨	《法学方法论》初版	第48章
1961	哈特	《法律的概念》（第二版后记1994）	第33章
1962	比克尔	《最小危险的部门》	第50章
1963	哈特	《法律、自由与道德》	第106章
1964	富勒	《法律的道德性》	第34章
1967	德沃金	《规则模式》	第35章
1967	川岛武宜	《日本人的法意识》	第55章
1968	吕特斯	《无限制的解释》	第48章
1969	卡纳里斯	《法学中的体系思维与体系概念》	第48章
1969年起	德沃金	接替哈特任牛津法理学讲席	第35章
1970	罗克辛	《刑事政策与刑法体系》	第23章
1970	卡拉布雷西	《事故的成本》	第40章
1971	博克	主张“中立原则”的长文	第45章

年份	人物	著作或事	出处
1972	卡拉布雷西与梅拉米德	合写的文章	第37章
1973	波斯纳	《法律的经济分析》；1981—2017年任联邦第七巡回上诉法院法官	第38章
1973	怀特	《法律的想象》	第42章
1974	艾伦·沃森	一本讲法律继受的书	第51章
1975	福柯	《规训与惩罚》	第44章
1975	德沃金	《疑难案件》	第62章
1976	肯尼迪	私法裁判中“形式与实质”的长文	第42章
1977	德沃金	《认真对待权利》	第35章
1977	克里斯蒂	论冲突是当事人的财产	第24章
1977	—	第一次批判法学会议（威斯康星大学麦迪逊分校）	第42章
1978	阿列克西	《法律论证理论》	第49章
1978	黑利	《不愿诉讼者的神话》	第55章
1978	兰德斯与波斯纳	《婴儿短缺的经济学》	第38章
1979	麦金农	论职场性骚扰为性别歧视的书	第43章
1979（身后出版）	凯尔森	《规范的一般理论》	第29、65章
1980	菲尼斯	《自然法与自然权利》	第36章
1980	伊利	《民主与不信任》	第50章
1980	贝尔	“利益趋同”之说	第43章
1980	德沃金	问“财富是一种价值吗”的文章	第38章
一九八〇年	—	《法学研究》第一期质疑法“单纯”是阶级斗争工具的文章	第57章
1980年代	托依布纳	“反身法”	第41章

年份	人物	著作或事	出处
1981	弗雷泽	对福柯的批评	第44章
1982	吉利根	讲道德发展的书	第43章
1983	科弗	讲法律嵌在共同体故事里的长文	第42章
1984	普里斯特与克莱因	诉至判决的案件经过当事人筛选	附录一
1985	阿列克西	《基本权利论》	第49章
1985	雅各布斯	提出“敌人刑法”；1999年前后表述转向	第23章
1985	米斯	公开主张“原意法理学”	第45章
1986	德沃金	《法律帝国》	第35章
1986	拉兹	《自由的道德》	第36章
1986	卢曼	讨论生态问题的书	第41章
1988	韦斯特	追问“分离的人”的长文	第43章
1988	波斯纳	怀疑“法律与文学”的书	第42章
1989	布雷思韦特	《犯罪、羞耻与重整》	第24章
1989	克伦肖	提出“交叉性”	第43章
1989年前后	拉姆塞耶与中里实	日本诉讼率的研究	第55章
1990	泽尔	《换个镜头》	第24章
1990	米诺；哈里斯	讨论差异困境的书；对早期女性主义法学的批评	第43章
1990	波斯纳	《法理学问题》	第38、65章
1990	泰勒	《人们为什么守法》	第63章
1990	卡尼曼、克尼奇、塞勒	马克杯实验	第39章
1991	埃利克森	《无需法律的秩序》	第37章
1991	威廉姆斯	“少数者的批评”的代表作	第42章
1992	哈贝马斯	《事实性与有效性》	第49章

年份	人物	著作或事	出处
1992	科尔曼	《风险与过错》	第40章
1993	卢曼	《社会的法》	第41章
1995	温里布	《私法的理念》	第40章
1995	纳斯鲍姆	主张读小说进入法官判断的书	第42章
一九九六年	苏力	《法治及其本土资源》	第57章
1997	斯卡利亚	《解释的事》	第45、46章
1998	萨伯	《洞穴奇案：九份新意见》	第58章
1998	乔尔斯、桑斯坦、塞勒	《法律经济学的行为进路》	第39章
二〇〇一年	苏力	把中国法学分为政法法学、诠释法学、社科法学三种范式	第57章
2004	克雷默	《人民自己》	第50章
2006	沃尔德伦	反对强形式司法审查的文章	第50章
2006	德拉维尼亚与马尔门迪尔	《花钱不去健身房》	第39章
2008	塞勒与桑斯坦	《助推》	第39章
2008	波斯纳	《法官如何思考》	第38章
2009	察基拉基斯	问比例原则是否袭击人权的文章	第49章
2010	施特劳斯	讲“普通法宪政”的书	第45章
2011	巴尔金	《活的原旨主义》	第45章
2011（正文注待核）	德沃金	《刺猬的正义》	第35章
2012	斯卡利亚与加纳	《解读法律》	第46章
2022	德拉维尼亚与利诺斯	“助推小组”实地试验的研究	第39章

二、下编：五十年

按下编各节的节题排，国别、事件照节题，类型登记见附录七。

第十四编 1977—1986：危机里补写的法，与新权利的起点

章	年份	国别	事件
第67章	1977	德国	联络禁止法
第68章	1978	美国	巴基案
第69章	1979	中国	刑法、刑事诉讼法通过
第70章	1980	美国	查克拉巴蒂案
第71章	1981	法国	废除死刑
第72章	1982	中国	八二宪法
第73章	1983	德国	人口普查判决
第74章	1984	英国	警察与刑事证据法
第75章	1985	日本	男女雇用机会均等法
第76章	1986	法国	反恐怖法与特别法庭

第十五编 1987—1996：把边界写进条文

章	年份	国别	事件
第78章	1987	美国	博克提名被否
第79章	1988	英国	《间谍捕手》案
第80章	1989	中国	行政诉讼法
第81章	1990	德国	统一条约中的法律并轨
第82章	1991	英国	R v R
第83章	1992	日本	PKO合作法与宪法第九条
第84章	1993	日本	行政程序法
第85章	1994	法国	新刑法典生效
第86章	1995	德国	十字架裁定
第87章	1996	中国	刑事诉讼法修改

第十六编 1997—2006：写明的规矩，与叩门的安全

章	年份	国别	事件
第89章	1997	中国	刑法修订
第90章	1998	英国	人权法
第91章	1999	日本	司法制度改革审议会成立
第92章	2000	法国	加强无罪推定法
第93章	2001	美国	爱国者法
第94章	2002	跨国	国际刑事法院成立
第95章	2003	德国	教师头巾案
第96章	2004	英国	A 诉内政大臣案（贝尔马什案）
第97章	2005	日本	在外国民选举权判决
第98章	2006	德国	航空安全法判决

第十七编 2007—2016：程序进门，权利入典

章	年份	国别	事件
第100章	2007	中国	物权法
第101章	2008	法国	修宪引入“违宪先决问题”
第102章	2009	日本	裁判员制度施行
第103章	2010	德国	最低生活保障判决（“哈茨 IV”）
第104章	2011	法国	警察拘留改革——律师进入讯问室
第105章	2012	美国	平价医疗法案案
第106章	2013	英国	同性婚姻法
第107章	2014	日本	集体自卫权的内阁决议与宪法解释
第108章	2015	美国	奥贝格费尔案
第109章	2016	法国	民法典债法改革

第十八编 2017—2026：旧规矩接新考题

章	年份	国别	事件
第111章	2017	英国	米勒案
第112章	2018	中国	宪法修正与监察法
第113章	2019	英国	米勒第二案
第114章	2020	中国	民法典
第115章	2021	德国	气候保护裁定
第116章	2022	美国	多布斯案
第117章	2023	日本	刑法性犯罪规定修改
第118章	2024	跨国	欧盟人工智能法
第119章	2025	法国	勒庞案一审判决
第120章	2026	美国	特朗普诉巴巴拉案

附录七　五十年事件总表

按年份排。国别、事件取各节节题；“类型登记”取各节“类型登记”行（A 加固／B 改写／C 同台／D 无学派预见）；“旁证”取各节末尾的旁证行，照录（个别旁证行写的不是同一年的事，见本表后的说明）。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
1977	第67章	德国	联络禁止法	A 加固	同年6月29日，美国最高法院在科克诉佐治亚州案中判定，对强奸成年女性者判处死刑违反宪法第八修正案。
1978	第68章	美国	巴基案	C 同台	同年1月18日，欧洲人权法院在爱尔兰诉英国案中，就北爱尔兰审讯中使用的五种手段作出判决，认定构成不人道和有辱人格的待遇。
1979	第69章	中国	刑法、刑事诉讼法通过	A 加固	同年2月20日，欧洲共同体法院在“第戎黑醋栗酒”案中判定，在一个成员国合法生产销售的商品，原则上应可进入其他成员国市场。
1980	第70章	美国	查克拉巴蒂案	A 加固	同年9月10日，中国五届全国人大三次会议通过新的婚姻法，把感情确已破裂作为准予离婚的标准写进法律。
1981	第71章	法国	废除死刑	C 同台	同年10月30日，英国1981年国籍法获御准，把原来的英国及殖民地公民身份分为三类，并改变了出生即取得国籍的规则。
1982	第72章	中国	八二宪法	A 加固	同年4月17日，加拿大1982年宪法法公布，把《权利与自由宪章》写进宪法，并使加拿大此后修宪不再需要英国议会参与。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
1983	第73章	德国	人口普查判决	B 改写	同年6月23日，美国最高法院在移民局诉查德哈案中判定，国会以一院决议否决行政决定的“立法否决”做法违宪。
1984	第74章	英国	警察与刑事证据法	C 同台	同年6月25日，美国最高法院在雪佛龙诉自然资源保护委员会案中，确立了法院对行政机关合理解释法律予以尊重的审查框架。
1985	第75章	日本	男女雇用机会均等法	C 同台	同年4月10日，中国六届全国人大三次会议通过继承法，确立了法定继承与遗嘱继承的基本规则。
1986	第76章	法国	反恐怖法与特别法庭	A 加固	同年4月12日，中国六届全国人大四次会议通过民法通则，确立了民事主体、民事法律行为、民事权利与民事责任的基本框架。
1987	第78章	美国	博克提名被否	C 同台	同年4月22日，日本最高法院大法庭认定《森林法》限制共有林分割的规定违反宪法关于财产权的条款，这是战后日本最高法院少数几次判定法律条文违宪的判决之一。
1988	第79章	英国	《间谍捕手》案	A 加固	同年4月12日，中国第七届全国人民代表大会第一次会议通过宪法修正案，写入私营经济的地位，并规定土地使用权可以依照法律的规定转让。
1989	第80章	中国	行政诉讼法	B 改写	同年6月21日，美国最高法院在得克萨斯州诉约翰逊案中以五比四裁定，焚烧国旗作为政治表达受第一修正案保护。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
1990	第81章	德国	统一条约中的法律并轨	A 加固	德国墙卫案：统一后，柏林墙边境开枪致人死亡的士兵和下令者被起诉。联邦最高法院1992年11月3日的判决认为，民主德国的边境法不能为严重侵犯基本人权的杀人行为开脱；联邦宪法法院1996年10月24日裁定，这些有罪判决不违反禁止溯及既往的原则。第58章已把它放进吸收表，本节只作旁证。
1991	第82章	英国	R v R	B 改写	同年10月，日本公布《借地借家法》，整合原有的借地法、借家法等，并新设定期借地权，1992年8月起施行。
1992	第83章	日本	PKO合作法与宪法第九条	C 同台	同年6月29日，美国最高法院在宾夕法尼亚东南计划生育组织诉凯西案中，以联合意见保留了罗伊案的核心，同时以“不当负担”标准取代原先的三阶段框架。
1993	第84章	日本	行政程序法	A 加固	同年5月28日，德国联邦宪法法院对统一后制定的全德堕胎规定作出第二次堕胎判决，认定其中部分规定违宪，并对立法者如何保护未出生生命提出了要求，这接上了第81章统一条约留下的期限。
1994	第85章	法国	新刑法典生效	C 同台	同年5月12日，中国第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《国家赔偿法》，1995年1月1日起施行，规定了行政赔偿和刑事赔偿，接上了第80章行政诉讼法留下的赔偿问题。
1995	第86章	德国	十字架裁定	A 加固	同年4月26日，美国最高法院在合众国诉洛佩斯案中以五比四裁定，联邦禁止在学校附近持枪的法律超出了国会依“州际贸易条款”享有的权力。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
1996	第87章	中国	刑事诉讼法修改	C 同台	同年6月，日本公布全面修订的《民事诉讼法》，强化争点整理和集中审理，1998年1月1日起施行。
1997	第89章	中国	刑法修订	C 同台	同年美国最高法院在里诺诉美国公民自由联盟案中，以言论自由为由否定了《通信规范法》中限制网上“不雅”内容的条款。
1998	第90章	英国	人权法	B 改写	同年日本修改公职选举法，首次为居住在国外的日本国民设立在外投票制度，但先限于比例代表选举（第 97 章将回到这件事）。
1999	第91章	日本	司法制度改革审议会成立	C 同台	同年中国通过宪法修正案，把“依法治国，建设社会主义法治国家”写进宪法。
2000	第92章	法国	加强无罪推定法	A 加固	同年美国最高法院就佛罗里达州重新计票作出布什诉戈尔案判决。
2001	第93章	美国	爱国者法	A 加固	同年 12 月，英国通过《2001 年反恐、犯罪与安全法》，其中第四部分允许对被认定为恐怖嫌疑人的外国人无限期羁押（第 96 章的案子由此而来）。
2002	第94章	跨国	国际刑事法院成立	C 同台	同年美国最高法院在阿特金斯诉弗吉尼亚案中裁定，对智力障碍者执行死刑违反宪法第八修正案。
2003	第95章	德国	教师头巾案	A 加固	同年美国最高法院在劳伦斯诉得克萨斯州案中，裁定将成年人之间自愿的同性性行为入罪的州法违宪。
2004	第96章	英国	A 诉内政大臣案（贝尔马什案）	C 同台	同年美国最高法院在哈姆迪诉拉姆斯菲尔德案与拉苏尔诉布什案中，裁定被羁押者有权在美国法院挑战羁押的根据。
2005	第97章	日本	在外国民选举权判决	B 改写	同年美国最高法院在罗珀诉西蒙斯案中，裁定对犯罪时未满十八岁的人判处死刑违反宪法。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
2006	第98章	德国	航空安全法判决	A 加固	同年美国最高法院在哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案中，裁定当时设立的军事委员会审判程序缺乏法律授权，国会随后通过了《2006 年军事委员会法》。
2007	第100章	中国	物权法	C 同台	同年12月13日，欧盟成员国签署里斯本条约，欧盟基本权利宪章由此取得与条约同等的法律效力（2009年生效）。
2008	第101章	法国	修宪引入“违宪先决问题”	A 加固	同年6月26日，美国最高法院在哥伦比亚特区诉赫勒案中，以五比四认定宪法第二修正案保护个人持有枪支的权利。
2009	第102章	日本	裁判员制度施行	C 同台	同年10月1日，英国最高法院开始运作，取代上议院上诉委员会成为联合王国的最高上诉法院。
2010	第103章	德国	最低生活保障判决（“哈茨 IV”）	B 改写	同年1月21日，美国最高法院在联合公民诉联邦选举委员会案中，以五比四认定限制企业与工会独立政治支出的规定违反第一修正案。
2011	第104章	法国	警察拘留改革——律师进入讯问室	A 加固	同年5月4日，德国联邦宪法法院认定保安监禁的现行规定违宪，并要求依欧洲人权法院的判例重新设计这一制度。
2012	第105章	美国	平价医疗法案案	C 同台	同年3月14日，中国全国人大修改刑事诉讼法，把“尊重和保障人权”写进总则，并增设非法证据排除等规定。
2013	第106章	英国	同性婚姻法	A 加固	同年6月26日，美国最高法院在合众国诉温莎案中，认定联邦婚姻保护法把婚姻限定为一男一女的条款违宪（见第108章的对照）。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
2014	第107章	日本	集体自卫权的内阁决议与宪法解释	A 加固	同年11月1日，中国全国人大常委会修改行政诉讼法，把立案审查改为立案登记，并扩大受案范围（第80章的“民告官”在这里又走了一步）。
2015	第108章	美国	奥贝格费尔案	A 加固	同年3月15日，中国全国人大修改立法法，把地方立法权扩大到所有设区的市。
2016	第109章	法国	民法典债法改革	B 改写	同年5月，日本国会通过关于消除对日本以外出身者不当歧视性言行的法律，这是日本第一部专门针对仇恨言论的法律，没有设罚则。
2017	第111章	英国	米勒案	A 加固	同年，德国联邦议院于 6 月 30 日通过法律，把民法典中的婚姻向同性伴侣开放，当年 10 月施行。
2018	第112章	中国	宪法修正与监察法	A 加固	同年 6 月，日本国会通过民法修正，把成年年龄从二十岁降到十八岁，2022 年 4 月施行。
2019	第113章	英国	米勒第二案	B 改写	同年 12 月，德国《联邦气候保护法》公布；这部法律两年后成为第 115 章那份裁定审查的对象。
2020	第114章	中国	民法典	A 加固	同年 6 月，美国联邦最高法院在博斯托克诉克莱顿县案中判决，1964 年民权法禁止的“基于性别”的就业歧视，包括因性取向或性别认同而解雇。
2021	第115章	德国	气候保护裁定	B 改写	同年 8 月，中国全国人大常委会通过《个人信息保护法》，11 月 1 日起施行。
2022	第116章	美国	多布斯案	A 加固	同年 5 月 25 日，日本最高法院大法庭判决，旅居海外的国民不能参加最高法院法官国民审查，违反宪法，并以国会怠于立法为由判国家赔偿；这是继 2005 年在外国民选举权判决（第 97 章）之后，第二次以法律违宪为由判国家赔偿。

年份	章	国别	事件	类型登记	旁证
2023	第117章	日本	刑法性犯罪规定修改	C 同台	同年 6 月 29 日，美国联邦最高法院在公平录取学生组织诉哈佛大学案中判决，哈佛大学与北卡罗来纳大学在录取中以种族作为考量因素的做法，违反第十四修正案的平等保护条款。
2024	第118章	跨国	欧盟人工智能法	D 无学派预见	同年 6 月 28 日，美国联邦最高法院在洛珀·布赖特公司诉雷蒙多案中判决，推翻 1984 年雪佛龙案确立的对行政机关法律解释的尊重原则。
2025	第119章	法国	勒庞案一审判决	C 同台	同年 6 月 27 日，美国联邦最高法院在特朗普诉 CASA 案中判决，联邦地区法院一般不得发布对案外所有人普遍生效的禁令；这一判决是第 120 章那一案的程序起点。
2026	第120章	美国	特朗普诉巴巴拉案	C 同台	同年 7 月 7 日，法国巴黎上诉法院就勒庞案作出二审判决，维持有罪认定，改判剥夺被选举权四十五个月，其中三十个月缓刑（见第 119 章）。

统计一：六国节数

国别	1977—86	1987—96	1997—2006	2007—16	2017—26	合计
中国	2	2	1	1	2	8
美国	2	1	1	2	2	8
英国	1	2	2	1	2	8
日本	1	2	2	2	1	8
德国	2	2	2	1	1	8
法国	2	1	1	3	1	8
跨国	0	0	1	0	1	2

国别	1977—86	1987—96	1997—2006	2007—16	2017—26	合计
合计	10	10	10	10	10	50

六国各 8 节、跨国 2 节，共 50 节，与本书体例的六国均衡表逐格一致。

统计二：类型登记

类型	1977—86	1987—96	1997—2006	2007—16	2017—26	合计
A 加固	5	4	4	5	4	22
B 改写	1	2	2	2	2	9
C 同台	4	4	4	3	3	18
D 无学派预见	0	0	0	0	1	1
合计	10	10	10	10	10	50

与五个本编小结核对

本编小结	小结里写的 A／B／C／D	各节类型登记行数出的 A／B／C／D	是否一致
第77章（1977—1986）	5／1／4／0	5／1／4／0	一致
第88章（1987—1996）	4／2／4／0	4／2／4／0	一致
第99章（1997—2006）	4／2／4／0	4／2／4／0	一致
第110章（2007—2016）	5／2／3／0	5／2／3／0	一致
第121章（2017—2026）	4／2／3／1	4／2／3／1	一致

五个本编小结里数出的类型，与各节“类型登记”行逐编一致。

说明

一、类型登记是本书的读法，各节都写了登记的理由；本编小结里也记下了几处有犹疑的登记（如第82章、第107章、第109章、第103章），改登会改变计数，不改变本书的判断。　二、旁证行照录。其中第81章（1990 德国）的旁证写的是1992、1996 年的墙卫案判决，是本书选目有意的安排（与第58章接口）；第120章（2026 美国）的旁证写的是勒庞案二审；第十五编各节旁证行以“同年某国：”开头，与其他各编体例略有不同，成书时可统一。　三、本表与附录六下编部分由 tools/gen_back.py 从各节节题与正文自动抽出，下编某节日后调整国别、年份或类型，重跑即可。

附录八　本书最弱处：仍待核实的引文与数字

写作期间，书中涉及的人名、年份、书名、条文、判决与数字，凡执笔时没有当场核实的，都登记待核，前后共四百五十余条。经过两轮联网核查与补核，其余条目已经核过（其中少数是执笔者写作时核的，尚未经第二人复核），核验记录存档备查，这里不再照录。本附录只列还没有核完的 67 条：仍未核实的 12 条，只核实了一部分的 55 条。凡没有核实的部分，正文都没有写死：或者不写年份和数字，或者改用转述，并标明“据通常的介绍”一类的口气。这是本书在事实上最弱的地方。读者若能指出其中任何一条的出处，或发现别处有误，请告诉作者，修订时补正。

第6—10章（1 条）

序号	条目	状态
1	第9章：德国民法典第 911 条。——已核（dejure.org：落到邻地的果实视为该地果实；邻地供公共使用时不适用）。“源自日耳曼法传统”的渊源说法仍未对注释书核，正文用“德国法学一般把这一条追到”的口气，不写死。buzer、haufe、bgb.kommentar 诸页只讲现行规则，未讲渊源，仍未核，计为部分已核。	部分已核

第11—15章（5 条）

序号	条目	状态
1	第 14 章：木板难题“不可饶恕但不可惩罚”、衡平是“不能出声的女神”。部分已核（木板难题见 Ethica 期刊论文所引《法权论》6:235—236，康德结论是“不是无可指责，只是不可惩罚”，原稿“不可饶恕”偏重，已改为“不能算无可指责”，并删“待核”、补出处；衡平为“不能出声的女神”只见于科米利亚斯大学论文标题“Aequitas, la divinidad muda”及其摘要“衡平因无强制而被隔在法之外”，未取得原文，正文仍标“转述”）。	部分已核

序号	条目	状态
2	第 15 章：“立法咨询”的设立与取消。部分已核：1790 年设立（dpej.rae.es 词条引 1790 年法；fr.wikipedia 载 1790 年司法组织法第 12 条）；法文维基“Référé législatif”载共和八年法律曾取消、第一帝国又恢复，最后由一部法律取消并令第二次发回的法院服从最高法院联合庭（日期在抓取中缺失）；洛林大学法律史书目列 Huftreau《立法咨询……（1790—1837）》。正文改为“几经废复，法国法律史一般把它的终点定在 1837 年”。1837 年法律原文未直取，计为部分已核。	部分已核
3	第 15 章：泰法因案与让德尔案。已核（gdroit.fr 判例解说：1896 年 6 月 16 日拖船“玛丽”号锅炉爆炸、焊缝缺陷；1930 年 2 月 13 日联合庭、卡车撞伤女孩、推定责任只能以外来原因免责）。正文已补案情。原第 1384 条现为第 1242 条，未核，正文未写。	部分已核
4	第 15 章：“我不懂民法，我只教拿破仑法典”归于布涅。仍未核（Érudit 论文页被反爬拦截，未取得可靠来源）。正文已明说“出处并不可靠”，只当传说姿态。	仍未核
5	第 11 章：唐律诸条、存留养亲、瞿同祖。部分已核：“不孝”含告言诅詈、别籍异财，詈祖父母父母者绞（rujiazg.com/article/7647）；谋叛以上不用相隐及疏文（rujiazg.com/article/25232）；存留养亲始于北魏孝文帝 488 年及条件（sinoss.net/c/2011-05-12/525428.shtml）；瞿同祖 1948 年《中国法律之儒家化》提出命题（rujiazg.com/article/22168）。原稿“十恶不在一般赦免之内”未核到，已删。	部分已核

第16—20章（3 条）

序号	条目	状态
1	第 18 章：普赫塔“概念谱系”、温德沙伊德。部分已核：温德沙伊德部分已核（de.wikipedia“Bernhard Windscheid”）；普赫塔“概念谱系”出处仍未核（两次检索未得原文或可靠二手来源），正文仍以“据法学史的一般概括”带过。	部分已核
2	第 19 章：利益说。部分已核：耶林把主观权利重释为受法律保护的利益（de.wikipedia；吉森大学耶林研究所页）；出自《罗马法的精神》第几卷仍未核（该页只列三部分 1852—1865），正文“后面的卷里”保留，未写卷次。	部分已核
3	第 20 章：“积极的一般预防”的提出者与年代。部分已核：与雅各布斯的关联（图宾根大学 KrimDok 书目《Positive Generalprävention: Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'》），正文补“雅各布斯最常被提到”；首倡者与年代仍未核，正文只写“二十世纪后期”。	部分已核

第21—25章（3 条）

序号	条目	状态
1	第23章：罗克辛《刑事政策与刑法体系》——部分已核（EAFIT《Nuevo Foro Penal》文献表：第 2 版 1973 年 de Gruyter 柏林；初版 1970 年未见直接书目）。正文“七十年代初”与之相容，不改。	部分已核
2	第24章：格拉马蒂卡二战后在热那亚创办社会防卫研究中心——仍未核（未取得可靠来源，意大利文维基抓取失败）；正文只写“二战刚结束”，不写年份。	仍未核
3	第25章：“自动售货机”比方归于韦伯——部分已核（bgb-online.de“Legal Machines”：韦伯用“条文自动机”Paragraphenautomat 一语，耶林有“判决机器”、康特洛维茨有“思考机器”，投入案卷与费用、吐出判决的形象为通行转述；未取得韦伯原文页码）。正文据此补半句。另：原写“埃利希后来在边疆省份做过大量调查”无据（NDB 与英文维基只载其在切尔诺夫策任教、见到法典与地方习惯并存），已改为“在切尔诺夫策教书多年，看到……”。	部分已核

第26—30章（8 条）

序号	条目	状态
1	第26章：卢埃林、弗兰克与庞德的笔战——部分已核（英文维基“Jerome Frank”：《法与现代心智》1930 年，庞德指其错引、卢埃林为之辩护，事在三十年代初；英文维基“Roscoe Pound”：与卢埃林有过激烈交锋）。正文改为“三十年代初”并补一句缘起；卢埃林“现实主义不是学派而是做法”的回应仍未核原文，正文为转述。	部分已核
2	第26章：安德希尔·摩尔停车标志观察研究——仍未核（英文维基“Underhill Moore”只载其银行业务实证研究，未载停车研究；未取得可靠来源）。正文未写年份地点，保持转述。	仍未核
3	第26章：中国法院类案检索规范文件——仍未核（未取得可靠来源）；正文未写名称年份。	仍未核
4	第27章：社会利益六类与“文明的法律公设”——仍未核（英文维基“Roscoe Pound”“Sociological jurisprudence”只载个人利益与社会利益之分，未载六类与公设；未取得可靠来源）；正文为概述，未作引文。	仍未核

序号	条目	状态
5	第27章：庞德与埃利希英译本——部分已核（英文维基“Sociological jurisprudence”参考文献：埃利希《法社会学原理》英译本 1936 年哈佛出版）；庞德作序仍未核，正文只写“介绍过”，不改。	部分已核
6	第28章：韦伯法的定义、四种类型、“英国问题”——部分已核（斯坦福哲学百科“Max Weber”：形式法律理性为工业资本主义提供可预期性，现代法由个案“卡迪司法”转向系统的形式法典）；法的定义原句、四分类型、“英国问题”之名仍未核（该页与英文维基“Sociology of law”均未载），正文为通行概述，无直接引文。	部分已核
7	第29章：凯尔森晚年称基础规范为“虚构”、借费英格——部分已核（英文维基“Hans Kelsen”：未完成手稿身后以《规范的一般理论》出版；基础规范可按费英格“仿佛”哲学来读）；“虚构”一语出自该书仍未直接核到，正文保留“据通常的介绍”。	部分已核
8	第30章：《政治的神学》开篇句及施米特 1932—1936 年诸事——部分已核：1932 年“普鲁士诉帝国”案、1933 年入党、1936 年攻击等已核（英文维基 Carl Schmitt、LeMO）；开篇句中译措辞仍未核（未取得中译本），正文 13 字引文保留为全章唯一直接引文。	部分已核

第31—35章（1 条）

序号	条目	状态
1	第 32 章：中国改革开放后“法的阶级性与社会性”讨论起止年份与代表文章——仍未核（《法学研究》1980 年各期 PDF 被访问验证拦截；爱思想网沈宗灵 1986 年文只说“近年来”讨论，并引郭道晖 1985 年《政治与法律》第 5 期一文，不足以定起止年份；未取得可靠来源），正文仍不写死，留给第 57 章。	仍未核

第36—40章（1 条）

序号	条目	状态
1	第36章：拉兹“无一般守法义务”出处（拟《法的权威》第12章）——仍未核（观点本身已核，UCL 论拉兹政治义务一文：拉兹认为通常不存在一般守法义务、只可能有守某些具体法律的义务；但章次与原文措辞未取得，未取得可靠来源）；正文未写出处，不改。	部分已核

第56—60章（7 条）

序号	条目	状态
1	第56章1999年修宪写入依法治国、2000年立法法、1999年合同法、2015年立法法修改——部分已核（1999年3月15日修正案在第五条增写“实行依法治国，建设社会主义法治国家”，美国国会及行政当局中国委员会 CECC 所载中英文本；合同法1999年3月15日通过、第四百二十八条废止经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法，法大大法规库；2015年3月修改赋予全部设区的市地方立法权，爱思想网所载《学习时报》文与澎湃2015年3月9日报道）；2000年立法法通过时间未取得来源（未取得可靠来源），正文只写年份	部分已核
2	第57章修订法律馆设立年份、所聘日本学者——部分已核（爱思想网 aisixiang.com/data/51508.html：1902年保举沈家本主持修律，聘日本法学博士冈田朝太郎帮同考订）：正文补“如冈田朝太郎”；修订法律馆设立年份仍未取得来源，正文不写	部分已核
3	第57章民国民法1929—1930分编公布、1949年2月废除六法全书指示——部分已核（英文维基 Six Codes：中共于1949年2月在其控制区废除六法；民法1929年起公布）；1930年各编公布时间未取得来源，正文只写“一九二九年至一九三〇年间”	部分已核
4	第57章苏力2001年文章题名——仍未核（未取得可靠来源，未取得原文）；正文不写题名	仍未核
5	第57章人格权独立成编之争两方代表——仍未核（未取得可靠来源）；正文“常以……为代表”保持	仍未核
6	第57章“法治与人治”讨论——部分已核（爱思想网江平、郭道晖、李步云访谈称“1980年代人治与法治问题大讨论”）；起始年份与代表文章不写死，〔待核〕已删并与阶级性讨论合并去重	部分已核
7	第59章威尼斯1474、英国1624、民法典第一千零三十二条、电子商务法2018——部分已核（威尼斯1474年3月19日，英文维基；补核：垄断法1624年5月29日御准，英文维基，维基称其为专利史里程碑而非起点，正文“常被当作现代专利制度的起点”改为“早期的两块界碑”）；第一千零三十二条与电子商务法2018年仍未取得来源（未取得可靠来源）	部分已核

第十四编（第67—77章）（6 条）

序号	条目	状态
1	第67章：新增条文为《法院组织法施行法》第31至38条——已核（德文维基）；两周内须经法院确认否则失效（第35条）、最长三十天（第36条）——已核于现行条文（dejure.org），1977年公布时原文未取得，按现行文本写入；“七十多名在押人”——德文维基据奥斯特《巴德尔-迈因霍夫集团》记为72人，正文写“七十多名”不写死。	部分已核
2	第69章：1983年9月2日六届全国人大常委会二次会议通过的两项“决定”名称与内容（一项加重严重危害社会治安犯罪的刑罚，一项把上诉、抗诉期限由十日改为三日并可不受送达期限限制）——已核（维基文库两决定原文）。1979年刑法施行期间经核准适用类推的案件“很少”——仍未核（研究通行说法，正文未写数字）。	部分已核
3	第74章：第41条24小时、第42条36小时（须警司以上警官批准且限严重可逮捕罪行）、第43、44条治安法院令最长96小时、第58条私下咨询律师、第76条供述排除（控方须排除合理怀疑地证明）、第78条裁量排除、第九部分设警察投诉管理局——已核（legislation.gov.uk 1984年原始文本）；原稿“经高级警官批准”与第76条表述已按原文补正。1986年1月1日施行——已核（New Law Journal、Police Professional）。吉尔福德四人1989年10月19日、伯明翰六人1991年3月14日撤销定罪，朗西曼委员会1991年3月14日设立，1995年刑事上诉法设立刑事案件复查委员会——已核（英文维基各条目）。第一稿因1983年大选中断——仍未核（只核到1982年已有该法案，原因未取得原始文献；为通行记载）。	部分已核
4	第75章：形式上是对勤劳妇女福利法的修改、1986年4月1日施行、1997年改为禁止、2006年修改——已核（日文维基该法条目）。1980年7月17日在哥本哈根签署公约、1985年6月25日交存批准书——已核（日文维基“女子差別撤廃条約”）；日产案1981年3月24日、女性退休早五岁、民法第90条——已核（日文维基“日産自動車事件”）。1985年5月成立、6月1日公布——仍未核（未取得原始页面），正文已改为“1985年在国会成立并公布”。	部分已核
5	第76章：国家安全法院1963年设立、1981年废除——已核（法文维基“Cour de sûreté de l'État (France)”）；1982年7月21日法律设只由职业法官组成的重罪法庭；1986年12月“直接行动”成员案审理中陪审员受威胁拒绝出庭；1992年扩及有组织毒品犯罪——已核（法文维基“Cour d'assises spéciale”）。补充法律的确切日期（原稿12月30日）与1987年最高法院判决——仍未核，正文已改为“同年12月”并删去判决年份与法院名。	部分已核

序号	条目	状态
6	各节旁证十条：科克案1977年6月29日、第戎黑醋栗酒案1979年2月20日、英国1981年国籍法1981年10月30日御准、加拿大1982年宪法法1982年4月17日以公告生效、查德哈案1983年6月23日、雪佛龙案1984年6月25日——已核（英文维基）；中国婚姻法1980年9月10日（含“感情确已破裂”）、继承法1985年4月10日、民法通则1986年4月12日——已核（维基文库原文）；爱尔兰诉英国案1978年判决——年份已核（英文维基“Five techniques”），1月18日为通行记载，仍未核。	部分已核

第十五编（第78—88章）（11 条）

序号	条目	状态
1	第78章：1971年《印第安纳法律杂志》“中立原则”一文、批评格里斯沃尔德案、反对民权立法中公共场所条款而在1987年听证会上改口——已核（英文维基“Robert Bork”）；米斯1985年在美国律师协会演讲提倡原初意图、布伦南1985年在乔治城大学演讲——已核（英文维基“Originalism”“William J. Brennan Jr.”）；联邦党人协会1982年成立——已核（英文维基）。博克那篇文章写于1963年——仍未核（维基只写其反对1964年民权法相关条款）；听证会开始日期（原稿9月15日）——仍未核，正文已改为“9月中旬”。	部分已核
2	第79章：阿姆斯特朗1986年在新南威尔士最高法院作证、“说话有所保留”一语由此流行——已核（英文维基“Economical with the truth”），月份未核，正文已删“11月”；澳大利亚高等法院1988年6月驳回、欧洲人权法院1991年11月判决（《先驱报》1991年11月27日报道，与26日判决相合）——已核；克罗斯曼日记案［1975］——已核（英文维基“Attorney General v Jonathan Cape Ltd”）；1989年《官方保密法》取代1911年法第二条、无公共利益抗辩——已核（英文维基）。英国1966年接受个人申诉、戈夫勋爵三条限制——仍未核（判决原文网站拒绝访问；为英国法通行说法）。	部分已核
3	第80章：1989年4月4日通过——已核（维基文库原文）；汨罗县法院行政审判庭1986年10月11日成立（澎湃新闻）、1986年汨罗与武汉等地先后设庭、1988年最高人民法院设庭（最高人民法院网）——已核；最高人民法院设庭月份两说（澎湃称9月5日运行，原稿写10月），正文改为“1988年”。原稿1986年“六百多件”、1987年“超过五千件”未能核到，已改为已核的1989年数字“近一万件”（9934件，爱思想网行政诉讼统计文章）。包郑照案：1987年7月强拆、1988年3月温州中院受理、8月25日开庭县长黄德余出庭、8月29日一审驳回（认定未经水利部门批准）、12月26日浙江高院维持——已核（中国新闻网2019年1月23日二审代理人文章）。	部分已核

序号	条目	状态
4	第80章：1990年10月1日施行、全法75条、第一条、第二条、第十一条八类、第三十二条被告举证、第四十四条不停止执行、第五十四条显失公正可变更——已核（维基文库1989年行政诉讼法原文）；宪法第四十一条——已核（维基文库八二宪法）；1982年民诉法（试行）第3条“法律规定由人民法院审理的行政案件”——已核；《行政复议条例》1990年12月24日国务院令第70号发布、1991年1月1日施行、1999年《行政复议法》施行后废止——已核（维基文库）；《国家赔偿法》1994年5月12日通过、1995年1月1日施行——已核（维基文库）。行政立法研究组、“平衡论”——仍未核（正文未写具体日期与人名）。	部分已核
5	第81章：条约第31条第4款1992年12月31日期限、第41条与附件三、条约第4条删第23条、新增第143条（一般至1992年底，部分至1995年底）、修改第146条——已核（gesetze-im-internet.de 统一条约原文）；联邦宪法法院1991年4月23日土地改革判决（BVerfGE 84, 90）——已核（servat.unibe.ch）；孕妇与家庭援助法1992年7月27日、第二次堕胎判决1993年5月28日（BVerfGE 88, 203）——已核（servat.unibe.ch）；墙卫案联邦最高法院1992年11月3日、联邦宪法法院1996年10月24日——已核（德文维基“Mauerschützenprozesse”、BVerfGE 95, 96）。排除投资障碍法、投资优先法的公布月份——仍未核，正文已改为只写年份。	部分已核
6	第82章：上议院1991年10月23日一致驳回，凯斯勋爵主笔；苏格兰1989年案；1988年科瓦尔斯基案；1976年法“非法的”一词；1994年法与2003年法；黑尔著作1736年出版——已核（英文维基“R v R”）。欧文法官裁定日（原稿7月30日）、被告认罪与三年刑期——未能核实且维基记为陪审团定罪，正文已改为“1990年……被告随后被定罪”并注明两说；上诉法院1991年3月、欧洲人权法院1995年判决——执笔人已核，本轮未能独立复核（BAILII、HUDOC拒绝访问），正文已删欧洲人权法院具体日。	部分已核
7	第83章：平成4年法律第79号6月19日公布、参加五原则、1992年9月向第二期安哥拉核查团派三名选举监察员——已核（日文维基该法条目）；6月15日众议院通过成立、牛步战术、社会党众议院议员137人全体提交辞职申请而议长未受理——已核（日文维基“PKO国会”），原稿把社会民主联合也写成集体辞职，已改；约130亿美元、扫雷依据自卫队法第99条——已核（日文维基“自衛隊ペルシャ湾派遣”）；巴黎协定1991年10月23日、明石康任特别代表、自卫队工兵两批各约600人、中田厚仁1993年4月8日与高田晴行1993年5月4日遇害——已核（日文维基“UNTAC”及两人条目）。8月10日施行——仍未核，正文改为“同年夏天施行”；1981年政府答辩书——仍未核（通行记载）。	部分已核
8	第84章：平成5年法律第88号、11月12日公布、1994年10月1日施行等——已核（上轮）；1971年10月28日个人出租车案、1992年7月1日成田新法案大法庭判决——已核（日文维基两案条目）；意见公募程序（第6章）2006年施行——已核（日文维基“行政手続法”）。1985年建筑确认案判例、该修改的公布年份2005年、答申附纲要案——仍未核。	部分已核

序号	条目	状态
9	第85章：1992年7月22日第92-683至92-686号四法、1994年3月1日生效、修订委员会1974年11月8日以政令任命（1975年2月25日定组成，正文“七十年代中期”）、法人刑责国家除外、只规定最高刑——已核（法文维基“Code pénal (France)”）；2007年8月10日最低刑法、2014年8月15日法取消——已核（法文维基“Peine plancher”）。第92-1336号适用法及其日期、1994年2月1日法——仍未核，正文已改为“同年12月又公布了一部适用法”“就在新法典生效前夕，又有一部法律”；罚金五倍、第122-1条、地方团体限于可委托经营活动、1832年减轻情节——执笔人已核，本轮未能独立复核。	部分已核
10	第87章：1996年3月17日通过、条文增至225条、第十二条、第三十四条（死刑案件指定法律援助律师）、第六十九条（三十日）、第八十二条（被害人为当事人）、第九十六条、第一百四十条（一个月、以两次为限、可不起诉）、第一百四十二条、第一百五十条（证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片）、第一百六十二条——已核（维基文库1996年刑诉法原文）；《律师法》1996年5月15日、《行政处罚法》1996年3月17日——已核（维基文库）；佘祥林案1998年改判十五年、2005年4月13日宣告无罪——已核（中文维基）。赵作海案原判年份（中文维基作1999年，通行报道作2002年）两说并存，正文已改为不写死；2012、2018年修改内容——仍未核（通行记载）。	部分已核
11	各节旁证八条：日本森林法违宪判决1987年4月22日（日文维基）、中国1988年宪法修正案4月12日（维基文库）、得克萨斯州诉约翰逊案1989年6月21日、凯西案1992年6月29日、洛佩斯案1995年4月26日（英文维基）、德国第二次堕胎判决1993年5月28日（servat）、借地借家法1992年8月1日施行（日文维基）、新民事诉讼法1998年1月1日施行（日文维基）——已核。借地借家法1991年10月公布、民诉法1996年6月公布的月份——仍未核。	部分已核

第十六编（第89—99章）（6 条）

序号	条目	状态
1	第 89 章：《大清新刑律》条号——仍未核其定本条号；改写为 1907 年《大清刑律草案》第十条的意思——已核（爱思想・白雪峰、陈加奎文）。苏联 1958 年纲要取消类推——已核（Dalhousie Law Journal 摘要：类推在苏联用到 1958 年；Jacobson 1963 文）；因已核，正文原有一句保留、去掉待核标记。类推存废之争的论者——部分已核：只补 1996 年赵秉志《法学家》综述一文，两方具体论者仍不点名。	部分已核

序号	条目	状态
2	第 91 章：经团联 1998 年 5 月 19 日《关于司法制度改革的意见》——已核（经团联官网）；自民党 1998 年 6 月《二十一世纪司法的确切指针》——已核（LEC 法律文化特集）；经济同友会的建议未核，正文未写。黑利 1978 年《不愿诉讼者的神话》论据（民事案件数与律师人数相随、法官律师之少出于政府政策）——已核（电子版当代日本研究刊吉田文所引）。九十年代合格人数（长期约五百人、1991 年前后开始增加、1999 年过千）——已核（日文维基“司法試験”）。法科大学院首年六十八所——已核（日文维基“法科大学院”）。合格者峰值 2012 年 2,102 人、志愿者 2004 年度 72,800 人到 2012 年度 18,446 人——已核（旺文社教育情报中心 2012-11 资料）。律师人数与民事一审新收案件数的走势——仍未核，正文只写方向。本条合计记为部分已核。	部分已核
3	第 93 章：两次短期延长（先一个月，再于 2006 年 2 月 1 日由众议院表决延至 3 月 10 日；参议院六个月方案被否决）——已核（英文维基“USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005”）。“议员没读完”的说法：补科尼尔斯在《华氏 911》中的话——已核（英文维基“Patriot Act”）；法案页数与审议时长——仍未核，正文未写数字。本条记为部分已核。	部分已核
4	第 97 章：1984 年 4 月 27 日法案提出、1986 年 6 月 2 日众议院解散而废案；五千日元；横尾、上田两法官全面反对、泉德治只就国家赔偿反对；确认之诉为公法上法律关系的确认之诉而合法——已核（最高法院判决书全文与裁判要旨，平成17年9月14日大法庭）。**改正一处实质说法：**判决书明言其判断与 1985 年判决的意思不相悖，原稿“改写了 1985 年判决的门槛”改为“实际放宽”，并写明判决的自我表述；类型登记里加了同样的括注。此前法令违宪判决件数——仍未核，正文“屈指可数”保留、未写数字。本条记为部分已核。	部分已核
5	第 98 章：判决理由大意（乘客被当作客体、“反正必死”论证被否定、联邦无立法权限、只载攻击者的飞机可以击落）与诉愿人构成——已核（联邦宪法法院 2006 年第 11 号英文新闻稿）。战后德国法院关于安乐死医生案的判例——仍未核（未取得可靠来源），正文保留概括与待核标记。本条记为部分已核。	部分已核

序号	条目	状态
6	第 89—98 章凭记忆写定的日期与数字：第 89 章 1997 年 3 月 14 日、10 月 1 日施行、修正案至 2023 年底十二个——已核（中文维基“中华人民共和国刑法”），452 条——仍未核（未取到条文全文）；第 90 章白皮书“五年、三万英镑”、11 月 9 日御准、2000 年 10 月 2 日生效、盖丹案 2004 年——已核（英文维基“Human Rights Act 1998”）；第 91 章川岛 1967 年 5 月——已核（纪伊国屋书目），黑利 1978 年——已核；第 92 章吉古法即 2000 年 6 月 15 日第 2000-516 号法律——已核；第 94 章卢班加案 2012 年 3 月 14 日、首批法官 2003 年 3 月 11 日宣誓、布隆迪 2017、菲律宾 2019、达尔富尔 2005、侵略罪 2018——已核（英文维基“International Criminal Court”）；第 95 章 2003 年 9 月 24 日、五比三——已核（联邦宪法法院 2003 年第 71 号新闻稿），2015 年 1 月 27 日——已核（LTO）；第 96 章见第 9 条；第 97 章见第 10 条，2022 年违宪判断见 本书一部分 清单第 17 条；旁证各条——仍未核（未取得可靠来源，均为通行大事，未发现与通行资料不符）。本条记为部分已核。	部分已核

第十七编（第100—110章）（8 条）

序号	条目	状态
1	第100章：公开信 2005 年 8 月 12 日、作者北京大学巩献田——已核（中文维基“巩献田”）。**改正一处说法：**原稿“这场争论被普遍认为推迟了草案提交大会的时间”，来源只写“有人认为这是推迟交付表决的因素之一”，已照改。无因性之争各学者立场——仍未核（正文未点名）。记为部分已核。	部分已核
2	第101章：1990 年密特朗宣布的修宪方案因两院未达成一致而未成、1993 年韦德尔修宪咨询委员会再次提出——已核（法文维基“Question prioritaire de constitutionnalité”）；两次的确切年份该页未写，凭通行史料。记为部分已核。	部分已核
3	第102章：2014年最高法院量刑判决的日期——仍未核（日文维基“裁判员制度”未载此案，未取得可靠来源），正文保留“2014年的一件判决”与待核标记；“定罪率百分之九十九以上”的统计口径、量刑变化的类型——仍未核，正文未写死。	仍未核
4	第103章：2012年庇护者给付判决 7 月 18 日、金额自 1993 年未调整而明显不足、尊严不因移民政策打折扣——已核（联邦宪法法院 2012 年第 56 号新闻稿），已补入正文。五十年代社会国家原则之争的具体场合——仍未核（德文维基两条目均未载），正文未写场合。记为部分已核。	部分已核
5	第107章：小松一郎 2013 年 8 月 8 日由驻法大使出任内阁法制局长官、外务省出身、就任时表示要积极重新检视禁止集体自卫权的解释——已核（日文维基“小松一郎”）。“首次从外务省任命”——该页未写“首次”，仍未核；正文改为“长官通常由局内资深官员升任”，不再写“首次”。记为部分已核。	部分已核

序号	条目	状态
6	第109章：卡塔拉小组与泰雷（法兰西人文与政治科学院）小组两份草案、世界银行营商环境报告使法国法显得复杂难以预见、授权法为 2015 年 2 月 16 日第 2015-177 号法律第 8 条、新第 1102—1104 条依次为合同自由、约束力、诚信（诚信扩到谈判阶段）——已核（法令呈总统报告，Légifrance JORFTEXT000032004539）。两份草案的年份（2005、约 2008）、第 1102 条第二款公共秩序的措辞——仍未核（报告未写年份）。记为部分已核。	部分已核
7	旁证：2016 年日本仇恨言论消除法 5 月 24 日成立、6 月 3 日公布施行——已核（日文维基该法条目）；无罚则——部分已核（条目未见罚则章节，也未明说）。2015 年中国立法法修改 3 月 15 日——仍未核（页面未取到）。记为部分已核。	部分已核
8	凭记忆写定的日期与条文：第104章 2010 年 7 月 30 日宪法委员会裁定（失效推至 2011 年 7 月 1 日）、2011 年 4 月 14 日新法、4 月 15 日全体会议四件判决、萨尔杜兹案 2008 年 11 月 27 日、布鲁斯科案 2010 年 10 月 14 日——已核（法文维基“Garde à vue en droit français”）；2010 年 10 月刑事庭判决——仍未核。第105章 2021 年以起诉资格驳回（加利福尼亚诉得克萨斯案，6 月 17 日，七比二）、2017 年税法把罚款降为零——已核（英文维基该案条目）。第106章北爱尔兰依 2019 年《北爱尔兰（行政机构组建等）法》于 2020 年 1 月 13 日开放——已核（英文维基“Same-sex marriage in Northern Ireland”）。第100章车位与征收补偿条文内容、第107章 1959 年砂川案与 1952 年警察预备队案、第109章 2018 年批准法日期、其余旁证——仍未核（页面未取到）。记为部分已核。	部分已核

第十八编（第111—121章）（5 条）

序号	条目	状态
1	第 112 章：修正案 2018 年 3 月 11 日通过、二十一条、2958/2/3、监察委员会为第三章第七节、法律委员会更名；《监察法》3 月 20 日通过、九章六十九条及各章名；监察部、预防腐败局、最高检反贪总局并入。——已核（Wikipedia“2018 amendment to the Constitution of China”“National Supervisory Commission”、中文维基“中华人民共和国监察法”）。2016 年底三地试点授权已核到“2016 年底”，2017 年 11 月推开全国的决定日期——部分已核（月份凭记忆，正文只写到月；复查英文维基“National Supervisory Commission”只写试点始于 2016 年底，未载推开日期，仍未核到）。原稿“留置取代党内文件做法”一句无来源，已删。	部分已核

序号	条目	状态
2	第 113 章：女王 8 月 28 日在枢密院会议依首相建议批准休会；苏格兰内庭 9 月 11 日；英格兰高等法院不审（判决 9 月 6 日、理由 9 月 11 日公布）；最高法院 9 月 24 日 11 人一致；下议院 9 月 25 日复会；《权利法案》第 9 条“议会程序”抗辩被驳回；2022 年《解散与召集议会法》只排除对解散的审查、不及于休会。——已核（Wikipedia “R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General”）。黑尔与里德联名撰写判词——部分已核（凭判决书题头的记忆，条目未写作者；试取最高法院与 BAILII 判决全文未果）。	部分已核
3	第 114 章：2020 年 5 月 28 日通过、2021 年 1 月 1 日施行、1260 条、七编加附则、废止九部法律、民法总则 2017 年 3 月 15 日通过 10 月 1 日施行。——已核（中文维基“中华人民共和国民法典”）。四次起草写作 1954、1962、1979、2001：条目把第四次记为 1998 年恢复起草，立法机关说明的通行说法为 2001 年——部分已核；“两步走”为立法机关说明用语，条目未用此词。自甘风险、好意同乘、高空抛物条文要旨凭条文记忆，未网检；最高人民法院 2020 年底清理司法解释件数未写。	部分已核
4	第 118 章例外检验：美国 2023 年行政命令的计算量门槛（凭记忆为 10 的 26 次方，正文未写数字）；D 类登记是本书的读法。——仍未核（未取得可靠来源；取英文维基“Executive Order 14110”只核到 2023 年 10 月 30 日签署、2025 年 1 月 20 日撤销，未载门槛数字；正文未写数字，不影响正文）。	仍未核
5	第 119 章：1958 年宪法第八编用“司法权威”；第 120 章：1866 年民权法“不受任何外国势力管辖”的措辞、1884 年埃尔克诉威尔金斯案要旨。——已核（1866 年法与黄金德案的作用见 National Constitution Center 文；补核：宪法第八编标题为“司法权威”（De l'autorité judiciaire），第 64 条称总统是司法权威独立的保证人——已核（宪法委员会官网宪法全文）；1866 年法以“不受任何外国势力管辖”界定出生公民——已核（英文维基“Civil Rights Act of 1866”）；埃尔克诉威尔金斯案 1884 年 11 月 3 日、认定生于保留地的印第安人出生时不“受合众国管辖”——已核（英文维基该案条目）。原记“部分已核”，本轮改记已核）。	部分已核

参考书目与附录五至八（2 条）

序号	条目	状态
1	参考书目：全部条目只写作者、书名或案名、年份，出版社、版本、译者、中译书名一律没有写，出版信息全部待核；正文对年份注了待核的（如德沃金《刺猬的正义》、布迪耶案、汉宣帝诏、乌特罗案、卢班加案），书目不写年份。	仍未核

序号	条目	状态
2	附录七：第120章旁证写勒庞案二审“剥夺被选举权四十五个月，其中三十个月缓刑”，本书选目写“被选举权剥夺15个月”；两种说法可以相容（实际执行十五个月），但措辞不同，原判尚未核对。	仍未核