



像法律人那样思考

法律推理新论

Thinking Like a Lawyer
A New Introduction to
Legal Reasoning



[美] 弗里德里克·肖尔◎著
雷磊◎译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



Thinking Like a Lawyer
A New Introduction to
Legal Reasoning

像法律人那样思考

法律推理新论

[美] 弗里德里克·肖尔◎著
雷磊◎译



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

像法律人那样思考: 法律推理新论 / (美) 弗里德里克·肖尔著;
雷磊译. —北京: 中国法制出版社, 2016.5
书名原文: Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning
ISBN 978-7-5093-7551-8

I. ①像… II. ①弗… ②雷… III. ①法律—推理—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 111277 号

北京市版权局著作权合同登记图字: 01-2014-4786

THINKING LIKE A LAWYER: A New Introduction to Legal Reasoning by Frederick Schauer.
Copyright © 2009 by the President and Fellows of Harvard College. Published by arrangement with
Harvard University Press through Bardou-Chinese Media Agency. Simplified Chinese translation
copyright © 2016 by China Legal Publishing House. ALL RIGHTS RESERVED.

策划编辑: 赵 宏 (health-happy@163.com)

责任编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

封面设计: 李 宁

像法律人那样思考: 法律推理新论

XIANG FALŪ REN NAYANG SIKAO: FALŪ TUILI XINLUN

著者 / (美) 弗里德里克·肖尔

译者 / 雷磊

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河汇鑫印务有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2016 年 6 月第 1 版

印张 / 17 字数 / 220 千

2016 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7551-8

定价: 45.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66070046

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

译序

P
R
E
F
A
C
E

美国学者弗里德里克·肖尔 (Frederick Schauer) 的《像法律人那样思考——法律推理新论》(*Thinking like a lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*) 的中文版已完成翻译即将付梓。我的同行好友雷磊是该书的译者，他把这个好消息告诉了我，并邀我作序。雷磊是我最关注、最喜欢也可以说是最欣赏的法理学—法哲学青年学者之一。他在规范理论和法律方法论方面的学术旨趣一直是相当单一而纯正的，这对于年轻学者来讲是非常难能可贵的。我认为由他来翻译这本书，应该是最合适不过了。

法律人是否具有一种独特的思维方式？说来也巧，苏力和我曾就“法律人思维”问题有过一次讨论。苏力在《北大法律评论》[第14卷第2辑(2013)]发表了《法律人思维？》，认为法律人不存在独特的思维。拙文《法律人思维的二元论》(2013年第6期的《中外法学》)和苏力进行了商榷，引起了学界广泛关注，也有不少学者撰文参与讨论。其实，我们的讨论所涉及的表面上是一个法律人耳熟能详的问题，但其深层次上是法教义学和现实主义法学之间、规范法学理论和社会法学理论之间的差异比较问题，也正是当下大家所关注的关于“规范

法学”和“社科法学”的比较和讨论。我们如何把握两者各自的运行机理？如何恰如其分地理解“像法律人一样思考”这句俗语？美国学者肖尔的这本著作，能帮助我们更真实、更全面地了解英美国家中法律方法和法律思维的特点。

肖尔在《像法律人那样思考》中的主要观点是：

第一，法律人思维（法律推理）的独特性。法律人思维的独特性不来自于独特的法律职业，不是因为优秀法律人通常所具备的那些优点（沟通技术、设身处地地着想、思维更加严谨、细致等），也不是因为法律领域存在着独特的推理形式，而在于它是一种基于权威的推理。这体现在，法律推理所得出的决定，往往可能并非通盘考量之后对于当下案件来说最佳的决定。基于权威的推理在日常生活中也存在，但肖尔认为由于它在法律领域大量存在（比其他领域加起来还要多），所以可以合理地主张有法律推理这回事。

第二，换用我们的话说，也就是法官并不以个案正义为唯一目标，基于权威的推理恰恰意味着即使当法官不赞成权威所作的指令，他也有义务去服从。权威的存在恰恰意味着，假如没有权威的指令，法官可能会去做不一样的事。所以，法官很多时候有义务去做他并不赞成的事（得出在他看来是错误的结论）。肖尔这里所说的权威，在英美法的语境中，主要是指成文法规则和先例。因为裁判涉及的问题不仅是要决定什么是正确的，而且更重要的是涉及谁有权作出那个决定。尊重权威——适用规则、遵循先例，即使法官认为在个案中它们会产生错误的结论——其实就意味着尊重立法和上级法院、先前法院的决定。所以裁判不仅是关注个案正义的活动，它还要关照“更大的范畴”，即广义上的权力分立的问题。当然，肖尔并不认为在一切时候都一定要服从错误的决定，当出现“异乎寻常”“极端的错误”时，美国法院也有偏离规则和先例去追求实质正义的做法，但

此时需要“特别证立”(special justification)。但肖尔对这个问题没有展开仔细论述,没有处理诸如何时可以偏离规则和先例,特别证立需要达到什么样的论证程度等问题。他的整体想法类似于我说的,遵从规则是常态,超越法律是例外。

第三,法律思维和法律推理的独特性最终反映的是法律本身的独特性。法律最大的特点在于其“形式性”(formality)和“一般性”(generality)。法律的文义,即法律的字面意思,本身就很重,其不是到达正当价值所必须通过的透明玻璃窗,而就是法律本身。法律在一般化的过程中往往会省略掉个别的细节,这就造成有时它的适用会产生与目的不符的情况。但法律的文义(文本)并不仅仅是实现其背后目的的手段,即使有时它与目的不符,其仍要优先。肖尔并不主张法律的这个特点是它的优点,他也没有对此作出评价,但他认为这就是法律的独特之处。

以上是肖尔的主要观点,贯穿全书的始终。本书共有12章,除去第1章导论,其余11章中,除了第11、12章之外都曾发表过单篇论文。文章的重心在于第2、3、4章,前两章论述了规则和先例起作用的方式,第4章是前两章的总结,因为规则和先例是权威的两种形式。第5章区分了遵从先例和类比,这与一般人的想法不同,一般认为先例推理的方法就是类比,但肖尔区分了两者,认为先例推理反映的是尊重权威,上级法院、先前法院的先例是下级法院、嗣后法院必须要遵从的,而类比是法官面对一系列可选择但没有义务去遵从的案例时运用相似性判断的推理方式。第6章论述普通法的观念,个案积累方式发展起来的法律,尤其是案件发生后才形成规则,那么没有事前颁布的一般性规则,从而要应对这样的挑战:不具有可预测性的普通法是法吗?第7章是现实主义对规则和先例决定案件这一观点的挑战以及肖尔的回。第8章是关于成文法解释,主要处理了有文本、没文本、有文本但规定不合理等三种情况,中心思想还是上述

的第二点。第9章论及司法意见，是美国法院的特色，肖尔处理了说理的重要性问题以及一些技术问题。第10章讲述了规则 and 标准这两类规范的特点和关系。第11章阐释了法律事实（证据法）的特点，维持了法律与事实二分，但反对传统认为事实问题归陪审团和一审，法律问题归法官和二审的区分。第12章解释了证明负担、推定和尊重这三个概念，阐述了它们的相通性及其背后的法律价值，并与本书的核心观点——最佳的法律决定并不一定是最佳的决定，挂起钩来。

就像作者在序言里说的，本书是面向法学院新生写作的。尽管肖尔的想法比较深刻，但他运用的是比较平实的语言，举了大量的案例来佐证，而且也没有完全沿着他的基本想法一路深挖，有的时候是点到为止（比如法律为什么是形式性的，为什么会呈现出他说的那些特征，没有分析）。全书也照顾到了法律推理领域的方方面面（当然带有美国的视角），并不是像一般艰深的专著那样完全围绕核心想法在单线推进。因此，本书非常好读。

雷磊过去的研究和翻译工作基本上是以德国或者大陆法系的规范理论和法律方法为主，比如他的两部专著《类比法律论证》和《规范理论与法律论证》，还有四部译著也是以德国法学家的著作为主。现在他跨法系地翻译美国法律方法理论，对他自己来讲也应当会是一次大胆的挑战，更是一次长足的跨越。

孙笑侠

序言

I
N
T
R
O
D
U
C
T
I
O
N

这是一本有关思维与推理的书。说得更确切点，本书讨论的是律师和法官的思维、推理和论证方法。这个群体的思维、推理和论证方法可能与普通人不同，也可能与普通人没什么差别。法律人的思维方式是否有别于普通人，这个问题至今尚无定论，尽管如此，人们还是认为某些推理技术是法律决策所独有的。本书就着眼于这些技术。它的目标既在于对法律推理的各个话题进行严肃的学术探讨，更在于向刚进入或即将进入法学院的学生们介绍法律思维的本质。在典型的法学院，尤其是美国的法学院，教师们认为，他们在诸如侵权法、合同法、刑法、财产法、民事诉讼法和宪法等核心科目的教学过程中，就已经潜移默化或见缝插针地传授了法律思维和推理。其实，这种传授远不如他们认为的那般到位。即使存在这方面的传授，也仍然有必要从具体的学科中抽身出来，以专著的方式对学生在典型的间接教学中获得的东西进行描述和分析。同样，尽管大多数法学教师认为，学生知道法律推理领域的一些主要学者、话题和案例很重要，但在当下的法学院中，这些资料比较零散，所以也有必要将它们集中呈现出来。本书试图回应这些需求，同时，针对上述话题也提出一些观点，以供法律实务人士和法

学学者们思考和指正。

令人惊讶的是，一些重量级的法学文献一开始是面向法学院新生的。奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）的不朽名篇《法律的道路》（*The Path of the Law*）最初是波士顿大学法学院大楼落成典礼上的演讲，参加者大概多数是法学院学生。卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn）的《荆棘丛》（*The Bramble Bush*）一开始是一年级新生学习法律的指南。爱德华·列维（Edward Levi）的《法律推理导论》（*An Introduction to Legal Reasoning*）定位大体相同，而哈特（H.L.A.Hart）则明确将《法律的概念》作为面向英国法律本科生的入门读物。尽管目标读者主要是初学者，这些著作以及许多其他类似的著作都为法学研究打下了深深的烙印，以至于学者仍旧在饶有兴趣地围绕其阅读、撰文和争论，正如初学者们持续地从中汲取知识一样。

将本书与上面这些著作相比很冒昧，但我的目标是一样的。在讨论各个话题时，我不仅描述现有的各种问题，而且要解释和分析它们，进而提出新观点或至少要提出有效的质疑。总的来说，我赞同法律思维形式层面的理解，从而会对二十世纪与二十一世纪的许多美国法律思想提一点不同的看法。我采用的视角也许会忽略法律思维中的创造性因素，而是强调形式性的、反对在个案中追求绝对正义、重视法律成文性（written-down character）的法律推理。本书旨在描绘一幅图景来反映律师行业与裁判活动中现实的法律思维，同时也要说明法律对于社会决策（social decision-making）的独特贡献。

多年以来，我一直在研究本书的一些话题，例如规则、先例、权威、解释以及说理，也就此写了一系列相关的文章。但本书并不是我以前发表的论文的合集，它是一本新著，是一个融贯的整体。书中的案例和话题有时重复，因为我猜想读者们通常只会去读他们感兴趣的那部分，而不是捧着书从头到尾地通读。但书里所有的文字都是在本书特定目标的指引下

专门撰写的。其他的话题，例如判决依据与附带意见、法律与事实、类比、推定以及法律现实主义，在我以前的著述中被捎带提过，正好借本书之机对它们进行展开论述，从而阐明它们为什么是法律推理理论的必要组成部分。

多年以来，许多朋友对法律推理各种话题的讨论，以及对我先前手稿的评论对我帮助极大，然而，不可能一一致谢，在此我对他们一并表示感谢。书里的某些想法应当归功于他人，但我现在没法将这些想法摘出来；其他一些不错的想法也得益于那些慷慨的朋友与批评者长年以来的评论。当然，对他人就本书的直接帮助表示感激更多是一种愉悦，而不是一种负担。拉里·亚历山大（Larry Alexander），我的朋友与合作者，对全书的手稿给予了非常有价值的书面评论。哈佛大学出版社的一位匿名审稿人也给过书面评论。第1章原来是弗吉尼亚大学“裁判心理学”会议上的发言稿，后来经修改成为我在牛津大学乌希罗实践伦理学中心（Uehiro Centre for Practical Ethics）的一次讲座的底稿。第2章是提交给牛津大学的约尔迪·费勒（Jordi Ferrer）和理查德·图尔（Richard Tur）组织的“法律中的可辩驳性”会议的论文。第3章从布莱恩·比克斯（Brian Bix）、乔迪·克劳斯（Jody Kraus）和比尔·斯瓦德林（Bill Swadling）富有挑战的评论中获益匪浅，斯瓦德林对第5章的评论对我的帮助也很大。第4章在伦敦大学学院法律系、哈佛法学院公法学研讨会、剑桥大学法律与政治哲学论坛以及声名赫赫的牛津法理学研讨组（the Oxford Jurisprudence Discussion Group）——与会者参与度很高、提问也很尖锐——上分别被报告和讨论过。安迪恩·费尔莫勒（Andian Vermeule）对本章作出了极有价值的评论。牛津大学法理学研讨组的两位成员，乔治·奥利维拉（Jorge Oliveira）和诺姆·古尔（Noam Gur）也为本章提供了有帮助的书面评论。本章的某些部分曾以不同的形式发表在《弗吉尼亚法律评论》上。上面提到的布莱恩·比

克斯 (Brian Bix)，他的法理学知识可谓博大精深，他和牛津大学法律研究会讲座上的一位听众都对第7章作出了富有价值的评论。最后，博比·斯佩尔曼 (Bobbie Spellman) 对第1章到第7章都提出了极具挑战的评论，她对本书涉及的几乎所有话题都进行过有益的探讨。不仅书里表达的某些观点应当归功于她，更重要的是，还有许多表达未尽的主张也应该归功于她。

本书的大部分内容是我在牛津大学做乔治·伊斯特曼访问教授 (George Eastman Visiting Professor) 期间完成的，我在那里有幸成为巴里奥尔学院 (Balliol College) 的一员。牛津大学和巴里奥尔学院为我提供了大量有形和无形的帮助，那里有互助互惠的跨学科学术氛围，有一个由法律学者组成的独特团队，他们对于法律理论与法律推理的共同兴趣是世界上其他地方无法比拟的。因为他们的支持和关注，本书得以更加完善。

目录

C
O
N
T
E
N
T
S

- 第 1 章 引言：有法律推理这回事吗？ / 001
- 第 2 章 规则——法律及其他领域 / 013
 - 2.1 规则概论 / 013
 - 2.2 核心地带与边缘地带 / 019
 - 2.3 规则的一般性 / 025
 - 2.4 法律的形式性 / 031
- 第 3 章 先例的实践与问题 / 039
 - 3.1 两种先例 / 039
 - 3.2 先例的基本观念 / 040
 - 3.3 一种古怪的想法 / 045
 - 3.4 先例的认定 / 048
 - 3.5 判决依据与附带意见 / 060
 - 3.6 先例的效力：推翻、区分及其他规避方式 / 063
- 第 4 章 权威与诸权威 / 068
 - 4.1 权威的观念 / 068
 - 4.2 拘束型权威与所谓的说服型权威 / 075
 - 4.3 为什么真正的权威无需具有“拘束力” / 083

- 4.4 有禁用型权威吗? / 085
- 4.5 权威是如何成为权威的? / 089

第 5 章 类比的运用与滥用 / 094

- 5.1 先例与类比的区分 / 094
- 5.2 相似性的确定 / 102
- 5.3 怀疑论的挑战 / 106
- 5.4 类比与法律变迁的速度 / 111

第 6 章 普通法的观念 / 113

- 6.1 历史与比较 / 113
- 6.2 普通法的本质 / 119
- 6.3 普通法如何变迁? / 123
- 6.4 普通法是法吗? / 128
- 6.5 衡平法概览 / 130

第 7 章 法律现实主义的挑战 / 136

- 7.1 规则和先例决定案件? / 136
- 7.2 教义即使没法指引,也能施加约束? / 147
- 7.3 一种经验性主张 / 151
- 7.4 现实主义与律师的角色 / 156
- 7.5 批判法学与现实主义的新装 / 158

第 8 章 成文法解释 / 162

- 8.1 规制国家中的成文法解释 / 162
- 8.2 文本的角色 / 166
- 8.3 文本没有提供答案时怎么办 / 173
- 8.4 文本提供糟糕的答案时怎么办 / 179
- 8.5 成文法阐释的规准 / 183

第 9 章 司法意见 / 187

- 9.1 司法意见的缘由与影响 / 187
- 9.2 提供理由 (说理) / 192
- 9.3 再论判决依据与附带意见 / 198
- 9.4 司法意见的衰落趋势 / 202

第 10 章 运用规则与标准造法 / 206

- 10.1 基本区分 / 206
- 10.2 规则、标准和裁量权问题 / 208
- 10.3 稳定性与灵活性 / 213
- 10.4 司法意见中的规则 and 标准 / 214
- 10.5 宽度与模糊的关系 / 218

第 11 章 法律与事实 / 222

- 11.1 事实的观念 / 222
- 11.2 初审事实的确定: 证据法及其批评者 / 225
- 11.3 事实与上诉审程序 / 232

第 12 章 举证责任及相关概念 / 239

- 12.1 举证责任 / 239
- 12.2 推定 / 245
- 12.3 尊重与决策责任的分配 / 250

译后记 / 256

第 1 章

引言：有法律推理这回事吗？

全世界的法学院都号称教学生如何“像法律人那样思考”。法学院认为，学习法律的主要目的并不在于掌握堆积如山的法律规则，因为法律规则远非三年法学教育所能教完的。更何况，学生在法学院中学到的许多法律规则在他们从事法律实务时都会发生改变。法学教育也不在于告诉学生在法庭上该站在哪里或者怎么写一份遗嘱，因为对于这类技巧，相比于大学，学生在实务中会学得更好。了解一些法律规则、掌握一些法律职业技巧对于胜任法律实务来说当然很重要，在法学院学习期间当然也能有效地积累起一部分知识，但真正能将法律人和其他人区分开来的标准，在于能否掌握一些论证和决策的能力，它们笼统地被称作法律推理（*legal reasoning*）。所以，法学院坚决认为，即便确实传授法律规则和实践职业技巧，但最重要的使命是通过训练让学生掌握法律论证、法律决策和法律推理的技艺——像法律人那样思考。^①

但真的有一种特殊的推理形式叫法律推理吗？真的有像法律人那样思

^① 在 1973 年的电影《力争上游》（又名《平步青云》，*The Paper Chase*）中，恶名昭彰的金斯菲尔德教授为这个传统主张提供了一个戏剧性的说明，他在合同法的课上说“你们自己去教自己法律，我负责来训练你们的思维。你们来的时候满脑子浆糊，但如果能挺过来，你们走的时候就会像法律人那样去思考。”

考这回事吗？当然，有一些法律人的确比其他人更善于思考和推理，但同样也存在这样的医生、会计师、政治家、士兵和社会工作者。有许多法律人比起普通人更擅长分析思维、精确思维或更严谨的思维，但许多经济学家、科学家和投资银行家也同样如此。所以当法学院号称在传授法律推理时，肯定不只是在教学生怎么进行更有效、更理性或更严谨的思考。确实如此。法学院希望教会学生的是怎么进行有所不同的思考——不同于普通人，也不同于其他职业的人。

早在1628年，柯克爵士（Lord Coke）就认为法律中存在某种“人为的”理性（“artificial” reason）^①，这种理性将单纯的理性与法律的特殊方法，尤其是法官的特殊方法区分开来。当然，柯克爵士的观点有可能是错的。也许法律推理并不像他所想的那样独特，法律推理无非就是一般的推理而已。它时好时坏，大多数时候介于两者之间，但终归是一般的推理。但柯克爵士的观点也有可能是对的。毕竟，法律推理与日常推理，甚至是非常棒的日常推理不同，这种观点是大多数律师、法官和法学院长久以来的传统信念。所以，虽然认为法律推理很特殊的传统信念有可能是错的，但我们有很充分的理由来主张，不应该从一开始就否认有法律推理这回事。

法律推理可能有它特殊的地方，但这肯定不是因为法律是一种独立的职业，因为特定职业者的思维推理并不一定与外行人相异。电工知道木匠不知道的知识，而木匠知道水暖工不知道的知识。但如果我们说“像木匠或水暖工那样思考”，这无疑很奇怪。实际上，“像法律人那样思考”这样的说法也许同样很奇怪。但法学院并不认为它奇怪，大多数律师和法官也

^① Sir Edward Coke, *Commentaries upon Littleton* 97b (Charles Butler ed., 1985) (1628). 当代更为详细的阐述参见 Charles Fried, “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know”, 60 *Tex. L. Rev.* 35 (1981)。

不认为它奇怪。法学院以及法学院训练出来的律师和法官都认为，判断是不是法律人的标准，并不只是在于他们是否知道一些外行人不知道的知识。法律知识是很重要，辩护技巧与起草文书的技巧也很重要，但传统观点认为，法律人的独特性在于他们还拥有一些与此不同的东西。

我们并不容易确定，除了专业技巧和法律知识外，法律人还拥有什么。多年以来，对法律独特性的主张（law's claim to distinctiveness）一直存在众多的怀疑和挑战。所以要说明它是什么非常困难。相对来说，说明“像法律人那样思考”指的不是什么更简单一些。法律现实主义者（第 7 章将详细论述），比如杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank）和卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn，他不那么极端），认为律师和法官看待问题的方式与其他政策制定者、公共决策者没什么太大差别。很多研究最高法院决策过程的政治学者都提出过类似的主张，他们认为比起所有传统法律推理的方法，法官的意识形态、态度、政见和政策偏好在法院裁判的过程中起着更大的作用。^① 研究律师和法官推理过程的心理学家也不太关注法律推理所谓的典型模式，他们更加关注理性的缺陷，因为它困扰着所有决策者，无论是不是法律人。^② 如果我们往前追溯到十九世纪早期，注意到杰里米·边沁

① 例如参见 Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (1997); Saul Brenner & Harold J. Spaeth, *Stare Indecisus: The Alteration of Precedent on the U.S. Supreme Court, 1946-1992* (1995); Lee Epstein & Jack Knight, *The Choices Justice Make* (1998); Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002); Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will* (1999); Lawrence Baum, "Measuring Policy Change in the U.S. Supreme Court", 82 *Am. Pol. Rev.* 905 (1988)。

② 例如参见 Chris Gunthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, "Inside the Judicial Mind", 86 *Cornell L. Rev.* 777 (2001); Dan Simon, "A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making", 71 *U. Chi. L. Rev.* 511 (2004); Barbara A. Spellman, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence", 155 *U. Penn L. Rev.* PEN Numbra No.1 (2007), <http://www.pennumbra.com/issues/articles/155-1/Spellman.pdf>。

(Jeremy Bentham) 对法律职业的尖锐批评——他的称呼是“法官有限公司”(“judge and company”)——的话^①，那么可以说，对法律推理的怀疑或贬低在那个时候就已经出现了。这些对法律推理传统观念挑战的主线是：律师和法官同样也是人，他们拥有与普通人大体相当的才能和人性的弱点。比起律师或法官在法学院学到的知识以及在法律实务和裁判活动中掌握的技巧，律师和法官同样是人这个事实更能用来说明法律推理与司法推理的方式。

法律推理的怀疑论者并不是一概认为律师和法官在撒谎。他们认为，律师和法官对他们自身活动行为的认识常会掩盖掉更深刻的现实，那就是，政策选择及其他各种法外因素对于法律论证和法律结果所发挥的作用，比起这些内行人自己的观点或理解，要大得多。假如这些怀疑准确反映了现实，那么法律推理就可能真的不像很多人想的那么独特，也不像很多人想的那么重要。相反，假如传统的理解大体是合理的，也就是说律师和法官真的拥有独特的法律思维方法（即便他们与普通人在推理方面有许多共同特征），那么探究这些具体的特征和方法就很重要了。所以，要理解所谓法律推理的独特性，就要弄清楚，在律师和法官的推理中，有多大部分要借用他们所受的专业训练和承担的角色来说明，又有多大部分只是因为他们是人。^②

所以，主张有法律推理这回事是一个（有争议的）假定，它假定法律人理解问题和作出决定的方式不同于其他人。但究竟是什么方式呢？有时候人们认为，法律人的特殊技能在于他们善于处理事实与证据，以及理解

① Jeremy Bentham, “Introductory View of the Rationale of Evidence”, in *6 The Works of Jeremy Bentham* 22-24 (John Bowring ed., 1843) .

② 参见 Frederick Schauer, “Is There a Psychology of Judging?”, in David E. Klein & Gregory Mitchell, *The Psychology of Judicial Decision Making* (2009 年待出)。

特定事件、争议或决定之间的来龙去脉。^①虽然这些技能对于优秀的法律人来说很重要，但成功的法律人不一定比成功的刑侦人员、历史学家、精神病专家和人类学家更多地具备或者需要这类技能。同样，也有人试图将法律推理的特征说成是多角度论证的高强能力，^②或者善于洞悉人心和设身处地处理问题的能力，^③但我们希望所有职业中善于思考和才能卓越的人都拥有这些特征。实际上，即使是经常被作为法律才能来自夸的类比推理^④也不是为律师和法官所独有的，因为几乎在一切领域，能不能有效运用类比都是区分专家与新手的标准。^⑤所以，虽然我们理所当然地希望律师和法官能够为人机警，有同情心，分析能力强，思维严谨、准确、开放，对于事实的细微差别很敏感等，但我们同样希望政治家、社会工作者、外科医生和投资银行家拥有这些特征，所以我们还是不清楚，究竟什么样的技能或特征（假如真的存在的话）才是法律人所独有的。

本书将研究与法律体系有传统联系的各种推理形式，比如依据规则作出决定，视某些渊源为权威，尊重先例（即使那会得出错误的结论），保持对举证责任敏感，熟悉决策的权限问题——也就是要明白，得出正确的结论是一回事，意识到某些机构有权得出那个结论而其他机构没有这种权

① 例如参见 Steven Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (3d ed., 2005); Richard A. Bandstra, "Kooking Toward Lansing: Gould You Be a Lawyer/ Legislator?", 89 *Mich. B.J.* 28 (2005); Martha Minow & Elizabeth Spelman, "In Context", 63 *S. Cal. L. Rev.* 1597 (1990)。

② 参见 Suzanna Sherry, "Democracy and the Death of Knowledge", 75 *U.Cinc. L. Rev.* 1053 (2007)。

③ 参见 Katherine Bartlett, "Feminist Legal Methods", 103 *Harv. L. Rev.* 829 (1990)。

④ 例如 Edward Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949); Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996); Lloyd Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (2005)。

⑤ 例如参见 Kenneth D. Forbus, "Exploring Analogy in the Large", in *The Analogical Mind: Perspectives from Cognitive Science* 23 (Kenneth D. Forbus, Keith J. Holyoak & Boris N. Kokinov eds., 2001); Keith J. Holyoak, "Analogy", in *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning* 117 (Keith J. Holyoak & Robert J. Morrison eds., 2005)。

力是另一回事。不过，我们不应该从一开始就对法律推理的独特性主张提出不切实际的要求。首先，我们无法将法律看作是一个像国际象棋那类游戏一样的封闭系统。在国际象棋游戏中，所有的招数都规定在国际象棋规则中，但在法律论证和法律决策中，并不是所有的解决办法都可以在法律规则中找到。^① 法律不仅必然要依靠大量法律外的技巧，而且也不可避免地受到人类不可预见的复杂境况的制约。我们充其量是对未来作出不完美的预测，却不能确定在未来应该怎么做。我们面对的是不可预期的世界，法律一次又一次地被迫逾越已有的规则，才能更好地为社会服务。也许法律本身有法律论证与决策这样一个宝库，从而适应不断变迁的社会。但假如如此，那么将法律看成具有规则以及法律论证实践的完全封闭的系统，也不太可能准确地描述法律及其运行。

不仅法律不是一个封闭的系统，而且法律的典型推理方法（假如真的有这类方法的话）也不仅仅为法律所独有。也许爱沙尼亚语与英语，或者文学批评与多变量运算之间没什么交叉，但不可因此否认，即使是最典型的法律推理形式在法律体系之外也比比皆是。自然，律师和法官通常依据成文法规则进行论证和决策，但官员、银行家以及每个遵守交通指示牌上限速标志的人也都是这么做的。法律体系好像与先例有着某种特殊的联系，也就是说，（法官会）仅仅因为某件事曾经被做过就重复去做。但这种思考方式同样不是法律所独有的，家长们对这一点了然于胸。他们会容许自己的孩子在某一个年龄做某件事，仅仅是因为他的哥哥或姐姐在相同的年龄曾被容许做同样的事。同样，尽管法律制度以基于权威的推理为特征，也就是将指令的来源而不是它背后的理由当作遵守它的正当化依据，但法律

^① 法律可以被视为一种封闭和演绎的系统，对这种观点最著名的批判参见 H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. Rev.* 593, 608 (1958)。

体系外的领域对这种做法同样不陌生。我们可以再次将家庭生活当作一个很好的例子。每个家长都可能曾经恼羞成怒地对他顽皮的孩子喊过“因为我说的”这句话，这个时候他就会意识到，求助于权威而不是理性的做法广泛存在于人类事务中。

尽管法律推理的典型模式经常可以在法律外的领域中找到，但这些推理和决策形式与法律体系的联系尤为紧密。不管我们多么普遍地运用这些推理形式来做决策，重要的是不能忘记，它们在某种特定意义上是独特的。这种独特性体现在，法律推理和法律论证的主要特征可以看作是这样一条道路：它可能只是通往某个决定，而不是通盘考量之后得出的那个对于当下案件来说最佳的决定。通常情况下，当我们遵守某个限速规定驾车时，它的时速未必就是我们自己认为——在交通状况、驾车条件和驾驶技术稳定的前提下——最佳的时速。所以，我们遵守限速规定就是在做某件自己并不认为是最佳的事。类似地，只有当如果不存在先例我们有可能作出不同决定时，遵循先例（仅仅因为以前做过某个决定就要作出相同的决定）才会变得重要。给年幼的孩子与年长的孩子相同年龄相同自由的家长，只有当他/她感到，如果不存在先例时有很好的理由来对两个孩子作区别对待，他/她才会感觉到先例的影响力，所以受先例的拘束同样不同于得出正确的决定。只有当我们听从权威的指示，去做不同于我们自己认为是最佳事情的时候，我们才真正是在遵守或遵从权威。如果容许士兵在做决定时可以不听从指示（或命令），他们很可能就会做不同于命令的事，就像乖巧的学生或孩子会压抑自己的欲望，去做符合指令内容的事。

我们一旦明白，这些被广泛认可的推理与决策的普遍形式在这种意义上是独特的，也就是说它们所导致的结果往往不同于做决定的人自己会选择的结果，那么我们就可以理解，正因为这些推理形式在法律推理中大量存在（比在其他所有决策领域中加起来还要多），所以我们可以合理地主

张，有法律推理这回事。由于这些推理形式导致的结论往往不同于做决定的人自己通盘考量后认为对于当下案件来说最佳的结论，所以它们在某种程度上有悖于直觉。但假如这些推理形式在法律中占据支配地位，而在其他领域中某种程度上是个例外，我们就可以得出结论说，有法律推理这回事，有我们所谓的“像法律人那样思考”这回事，相应地，律师和法官知道怎么做才好，法学院也必须教会学生怎么做才好就至关重要。重申一下，这些法律推理的方法并非为法律体系所独有，它们也不是法律所运用的唯一方法。法律推理的模式也存在于其他所有领域，我们可称之为“普通推理”（ordinary reasoning）的模式，其在法律论证和法律决策中占据着重要的一席之地。但归根到底，假如推理的方法虽然存在于任何领域，但在法律论证和决策中运用得特别频繁，并且占据着支配地位，那么主张说有法律推理这回事，最终还是能够成立。

法律的方法似乎有悖于直觉，这不仅仅是历史的偶然，它们是法律所固有的一般性（*generality*）功能的体现。尽管法庭内外的纠纷是特定人针对特定问题的特定争议，但法律倾向于将它所面对的特例当作类型化的一种情形来处理。法律的目标并不在于尝试针对每个争议都以一种完全特殊和情境化的方式得出最佳结论，而通常在于保证它的结论对于某个既定类型中的所有情形或至少大部分具体情形来说是正确的。柯克爵士曾提出过一个很有启发的观点：“法律与其造成危及多数情形的不利后果，不如忍受（只针对一个特定情形的）损害。”^①换句话说，柯克认为，得出一个对于特定争议来说是错误的结论，要好过采纳一个对于当下案件来说是正确的结论，假如后者的代价是在许多其他情形中导致错误结论的话。

^① Sir Edward Coke, as quoted in J.R.Stoner, *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, an the Origins of American Constitutionalism* 25 (1992) .

柯克的教诲可以在传统的苏格拉底教学法 (Socratic dialogue)^① 中得到印证，这种教学法常常在法学院一年级的课堂上被师生们演练。老师会引导学生对案例进行准确叙述，之后追问学生，他们认为手头案件的正确结论是什么。通常情形下，学生们会给出他们自己认为对于争议双方来说最公平或最公正的结论。这个时候，老师会质问他们，支持这一结论的规则或原则是什么。经典的苏格拉底询问法就从这里开始了。通过一系列具有代表性又构思精巧（但通常也是陈旧的）的假想案例，教授会对学生一开始给出的规则提出挑战，他想要证明的是，能为当下案件提供公正、公平或有效的结论的规则，在其他案件中可能会导致不那么公正、公平或不那么令人满意的结论。在让这个被选中的倒霉蛋^② 将她一开始选定的规则运用于一系列导致不良后果的案件之后，教授想要让课堂上所有的学生都明白，（就像柯克所主张的）最佳的法律规则有时在当下案件中或许会导致不公正的结论，但在更多的案件中却可能会得出更好的结论——当然当下案件除外。

值得注意的是，苏格拉底询问法并不限于法学院的课堂，它也是上诉论证活动中常用的司法询问法。因为上诉法院通常认为自己有权通过宣告规则来调整未来发生的案件，也认为应该表明意见来作为后续案件的先例。上诉法院的法官们不仅关注在当下案件中如何得出最佳的结论，也关注当

① 《柏拉图对话集》中苏格拉底采用的以问题为中心的教學法和在法学院课堂传统上进行的询问类型之间几乎没什么联系。即使柏拉图相对于他人拥有巨大优势，他能够同时写出答案与问题，苏格拉底的目标也在于从他的对话者那里提炼出某些潜在但非专业的洞见，而不是向他们灌输某种他们迄今为止没有掌握的专业技巧。所以，或许人人都潜在地拥有超脱当下案件或当下争议进行推理的能力，但假如它隐藏得非常深，以至于对于大多数人来说，需要一大堆法学教授花费三年的法学教育才能提炼出来，那么法学教育的灌输模式和提炼模式在结果上就没什么区别。不管哪种情形，法学教育的目的都在于培养学生的实际能力，去动手做某些他/她以前不会做的事。

② 这里指的是被教授选出来进行质问的学生——译注。

下裁判对于未来发生的案件的效果。所以，上诉律师在口头辩论中经常被问的问题是，他们主张的规则或结论在各种假定情形中会导致什么样的结果。就像在法学院的课堂上一样，法官将这些假定情景摆放在争论不休的律师面前。他们相信，法庭在特定争议中认为是对的结论，只有当它不会在太多可预期的未来案件中导致错误的后果时，才会实际上成为最终的结论。

典型的苏格拉底询问法想要向倒霉的学生或苦苦相斗的律师证明，最佳的法律结果可能对于当下争议来说并不是最佳的结果，它体现出法律普遍的愿景，即寻求一种结果，这一结果不同于在特定案件中通盘考虑后得出的最公平或最睿智的结论。例如最高法院受理的“美国诉洛克案”（*United State v. Locke*）^①就是这么一个案件：土地管理局驳回了一项在1982年12月31日提交的土地权变更申请，理由是，相关法律规定，这类申请应当在每年的“12月31日之前”提出。虽然在法院和几乎所有人看来，这个法律用语明显有瑕疵，因为议会真正想表达的是“12月31日当天或之前”，但瑟古德·马歇尔（Thurgood Marshall）大法官和其他五位大法官的结论却是，相比于最高法院能否修改存在明显错误的联邦制定法（尤其是关于截止期限和提交日期的规定）这个问题来说，洛克本人主张的对错并不那么重要，前者才是更大的问题。在本案中，其他案件亦然，法律关注的通常只是一般性规则和原则的充分运用，其结果是，法律经常要因为这种关注而付出代价，即很少像非法律决策者那样担心，在特定案件中可能产生错误、不正义或不公平的后果。如传统所理解的那样，法治是与人治相对立的范畴，法治的观念体现在，它对个人判断会保持高度警惕，它也不愿意过多依赖于不受控制的判断以及某人一时的心血来潮。所以，

① 471 U.S. 84 (1985)。

虽然有时存在不公平的情况，即将一个明确的规则或先例作为裁判依据会导致就连法官自己都认为是错误的裁判结果，但传统观念认为，让法官遵从自己认为是错误的规则或先例恰恰是法律希望决策者们去做的事。^①

重要的是要明白，相信存在一种还算独特的可称为“法律推理”的推理形式，终归是一个经验上的主张（empirical claim）。很多人都能描述独角兽，但世界上并不存在真正的独角兽，这两者并不矛盾。相似地，大多数人都能指出真正能作自我牺牲的英雄的典范，但即使如此，我们也会承认这类行为十分罕见。这些例子教导我们，即使我们能够描述法律推理，甚至描述运用了法律推理的真实案例，也远远无法说明这类推理在律师和法官的现实行为中究竟占有多大的比重。例如，一个或一些受先例拘束的真实事例，根本就无法说明这类拘束在整个法律决策领域中的概率。而一些规则或权威起了重要作用的真实案例，也没法有力证明规则和权威能够经常发挥重要作用。然而，假如我们最终能举出大量真正的法律推理的实例，那么举证责任就会转移到那些认为这类推理要么十分罕见，要么全部或大部分是假想的人身上。怀疑论立场主张，独特的法律推理在现实法律实践中是例外而不是常态，这可能确实是有道理的，但本书预设的前提是，法律推理不仅确实存在（即使它无法代表律师和法官的全部行为），而且它的存在足以一般性地说明，在描述的意义上的确存在可被准确概括为“像法律人那样思考”这回事。

但是，即使我们认为有法律推理这回事，也不能必然推出说，法律推理是个好东西。实际上，或许法治也不是个好东西。众所周知，柏拉图（Plato）曾建议创造一个由哲学王来统治的社会。在这样一个社会中，不

^① 例如想一想路易斯·布兰代斯（Louis Brandeis）大法官的著名断言“在大多数情形中，设定可适用的法律规则要比设定正确的法律规则更重要”。*Burnet v. Coronado Oil & Gas. Co.*, 285 U.S. 393, 412 (1932)（布兰代斯持反对意见）。

能理所当然地说，睿智和优秀的哲学王就应该遵从规则而抛开他自身的最佳判断；或者，就应该受先例的拘束，即使先前的决定是错的也要因循守旧；或者，就应该遵守权威指令，虽然它很可能是错的。在一个由睿智与优秀的人统治的社会中，法律推理很可能会是障碍。在这样一个社会（假如真的存在这样一个社会的话）中，法治至少是肤浅的，也很可能是有害的。

当然，我们并没有生活在柏拉图的乌托邦^①之中，所以我们明白，法律推理与法治的价值在于为这样一个重要目标服务，即对缺乏柏拉图所设想的哲学王那般良善智慧的领袖们的行为施加限制。即使我们离开柏拉图的乌托邦进入现实世界，现实世界中领袖们的身上也有着真实的缺陷，同样的困境依然存在。特定意义上的法律推理和一般意义上的法治通常被视为是开明的（即使是不完美的）领袖们施行英明政策和合理运用裁量权的障碍。^②法治在何时何地沦为为错误的利益服务，或者它是否只关心防止对个人裁量权的滥用，却阻碍了裁量权的恰当运用，这不是本书关注的焦点。评价法律和法治是一件大事，实际上，它甚至是任何个人终其一生都不能完成的大事。所以，本书的目标要低得多，它只对法律推理的典型模式进行辨别、描述、分析，偶尔也作一点评价。总之，这种模式是否以及何时有价值，这个问题的答案远非不证自明，最好还是留给其他场合去解决。

① 柏拉图清醒地认识到，他自己也不是生活在这样一个世界中。

② 参见 Morton J. Horwitz, "The Rule of Law: An Unqualified Human Good?", 86 *Yale L.J.* 561 (1977) (书评)。

第2章

规则——法律及其他领域

2.1 规则概论

运用规则来推理或许是律师和法官最常见的行为。通常观念认为，律师借助普通人难以理解的艰深的规则来为案件而辩，而法官则通过查找满是这类规则的书籍来作出判决。按照这种想法，只要法官找到了正确的规则，然后将规则机械地适用到手头的案件上，问题也就解决了。

法律行家大多对这种想法嗤之以鼻，因为在法律内行看来它与法律实践的实际情况差得太远。这里面的原因很多，其中一个很重要的原因在于，大多数可以直接适用规则来解决的争议或案件压根就不会出现在法庭上。^①不过，对律师和法官行为的这种莫大讽刺尽管不尽准确，也难免夸大其词，但它却抓住了法律很重要的一个部分。规则的的确确在法律和法律推理中占有重要地位。律师常常要查找规则，法官也经常根据它们来作判决。法

^① 因为在诉讼中直接或简单地适用法律规则的情况极少，所以法院面对的案件主要是那些（某种意义上的）疑难案件。进入诉讼的疑难案件都是那些非典型的法律事件，这种现象通常被称作选择效应（*selection effect*）。参见 George L. Priest & William Klein, "The Selection of Disputes for Litigation", 13 J. Legal Stud. 1 (1984)。我们将在本章第二部分来处理选择效应以及它的后果，并在第7章和第8章中再来论述这个问题。

律或许并不完全以规则为中心，但它很多时候确实要涉及规则，比如从财产法上的禁止永久性规则（Rule Against Perpetuities）^①，到合同法上的“信筒规则”（mailbox rule）^②，从刑法上的重罪谋杀规则（felony murder rule）到联邦民事诉讼程序规则（Federal Rules of Civil Procedure），再到其他不计其数的规则。正因为规则在法律活动中占据的分量很大，所以抱着积极的心态来搞清楚规则是什么以及它们是如何运作的，有助于我们来理解法律推理、法律论证和法律决策。

来看一个简单的例子——我们常见的限速规则。限速牌标示“限速 55 英里”，我们的第一反应是，这意味着限速 55 英里每小时吗？^③ 为什么是 55 呢？速度被限定为 55，是因为某个权威——可能是立法者，但更可能是高速公路管理部门、县长或州警察——认为，在这条路上开车时速超过 55 英里不安全。对于大多数情形来说可能的确如此，但限速牌的重要特征在

① 按照美国财产法理论，禁止永久性规则包括“反永久归属原则”（Rule Against Remoteness of Vesting）“反转移限制原则”（Rule of Against Inalienability）“反积累原则”（Rule Against Accumulations）三个层面。这三个层面分别限制委托人的三大自由，即控制财产未来归属的自由、禁止财产流通的自由和强制财产持续累积的自由。其中，作为禁止永久性规则最主要层面的反永久归属原则的含义是，一项财产必须自让与时存活之人的一生加上 21 年的期间内归属于受让人——译注。

② 按照美国合同法理论，信筒规则是指如果承诺的意思以邮件、电报表示的，则承诺人将信件投入邮筒或电报交付电信局即生效力，除非要约人和承诺人另有约定——译注。

③ 某些人会这样来回应这个例子：当设置“限速 55 英里”的标识时，“实际”限速却要高一些。对于许多司机，甚至是大多数司机来说，“限速 55 英里”意味着不应驾车超过 64 英里每小时，因为他们知道通常情况下警察不会拦住你，除非你超过限速至少 10 英里以上。第 7 章讨论法律现实主义时将会涉及这个问题，届时将更仔细地来考察这样一个事实：官方的惯例通常会偏离成文规则的字面意义。这种偏离行为导致了许多重要和复杂的问题。但通常来说限速规则要直接得多，大部分司机都知道警察可以接受的超速余地有多大。重要的是，即使大家都知道实际限速是被标示出来的限速加上 9 英里每小时，但正文中例子的所有重点几乎都不会变。

于它是恒定不变的，而且这个限速规定适用于几乎每个人。^①下雨时限速 55 英里，天晴时也限速 55 英里。交通拥挤时是 55 英里，交通顺畅时也是 55 英里。对于最高时速可达 120 英里的汽车来说是 55 英里，对于最高时速只有 50 英里的汽车来说也是 55 英里。对于安全驾车的老司机来说是 55 英里，对于粗心大意、毫无经验的新手来说也是 55 英里。虽然设置“限速 55 英里”是用来保障安全的，但对于实现这个目的来说，有些情况下 55 英里可能定得过高，而有些情形中又可能定得过低，所以没有必要。

假设在一个天气晴朗交通流畅的星期天早晨，你驾驶一辆保养良好的新车外出。你是一位经验老道、为人谨慎的司机。你从来没有发生过车祸，也没有因为交通违章而被传讯过。因为你是个好司机，外出条件也很理想，所以你决定以 70 英里的时速（非常安全地）驾驶汽车。片刻之后，你在后视镜里看到了警车的闪光灯，它指示你靠边停车。接下来的事情你肯定明白：警察会告诉你，你的车速记录为 70 英里每小时，而这一带的限速规定是 55 英里每小时。你对警察说：“我知道，但让我来解释一下。限速 55 英里每小时是为了保障安全，但我刚才开车非常安全。交通顺畅，天气晴朗，高速公路路面干燥，我的车况良好，我也有完美的行驶记录，你可以检查一下。我们都知道，55 英里只是在考虑到一切条件和所有司机情况下的平均值，但限速的真正目的在于确保安全驾驶，而你不能否认我开车时非常安全。”

我们都明白接下来会发生什么事。警察会指着限速牌——如果可以看得到的话——对你说：“这条路限速 55 英里每小时。55 英里就是 55 英里，不管你认为你安全驾驶的时速是多少。”谈话到此结束。你会收到一张超速罚单。即便限速规则的目的在于促使人们安全驾驶，你也会收到这张罚

① 目前我们不需要关注救火车、救护车和警车等情形。

单。最重要的是，即便你确实在安全驾驶，你仍会收到这张罚单。

这个例子似乎再平常不过了，甚至都有点白痴，但它充分地说明了规则观念的核心要点。每条规则的背后都有它正当化的依据（background justification）^①——有时也称为理由（rationale）——这是规则拟追求的目标。^②比如通常来说，限速规则拟促进高速交通的安全，禁止永久性规则的目标在于在合理的期限内对持有与处分财产的不确定期间进行限制。联邦民事诉讼程序规则第 56 条——即决判决规则（summary judgment rule）^③——的目标在于在法庭上排除那些法律上不重要、事实上得不到支持的主张。口头证据规则（parol evidence rule）^④的目标在于实现当事人以书面合同为准的意图，如此等等。每条规则都有这样的一个理由或背后的正当化依据，所以每条规则都可以被看作是实现它背后的正当化依据的尝试。

从理论上讲，规则通常是对背后正当化依据的简单重述。例如，蒙大拿州数年之前废除了所有数字化的限速规定，而只是要求司机开车时应该保持“理智和谨慎”（reasonable and prudent）。^⑤但司机们对于什么叫理智

① 后文简称为“背后（的）正当化依据”——译注。

② 更详细的讨论参见 Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991)。同样可见 Larry Alexander & Emily Sherwin, *The Rule Of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law* (2001)。

③ 联邦民事诉讼程序规则第 56 条规定：“当没有真正的事实争议需要审理时，可作出有关是非曲直的裁断而无需进行听证。”——译注。

④ 美国合同法中的“口头证据”是指，在最终协议签订之前或签订同时存在的有关协商或协议的口头或书面证据。“口头证据规则”指的是，如果合同主体同意书面文件是他们之间协议条款的最终和完整的表达，那么协议前或同时的证据就不能被采纳用以否定或改变书面文件或给书面文件增加新的条款——译注。

⑤ 在 *State v. Stanko*, 974 P2d 1132 (1998) 一案中，Mont. Code Ann. 61-8-303 (1996) 由于过度模糊而被宣告无效。参见 Robert E. King & Cass R. Sustein, “Doing Without Speed Limits”, 79 B.U.L.Rev. 155 (1999)。

和谨慎的理解相差很大，警察和法官也一样。结果在限速执法中标准不统一，司机们完全不知道他们以多快的时速开车才不会违反法律。蒙大拿州高等法院认为这里面的不确定性太大，因此认定“理智和谨慎”这个规则过于模糊，从而推翻了它。实际上，即使这条规则没有被宣告为违反蒙大拿州宪法，立法者也很可能会废止“理智和谨慎”这个规则，重新制定数字化的限速规则。在蒙大拿州以及其他地方，人们都明白，规则背后的正当化依据常常过于模糊、含混不清和主观，没法向人们提供来自法律的指引，也难以操作；对它的解释也过于多样化，没法限制掌权者的行为。所以，虽然从理论上讲，限速规则可以是对一些抽象理由——安全驾驶、谨慎驾驶或小心驾驶——的简单重述，但在实践中，这些抽象理由或正当化依据通常要转变为具体的规则。具体的规则的确服务于它们背后的正当化依据，然而，是规则本身肩负着法律效力（the force of law），通常情况下，也是规则本身决定着法律后果。这就是为什么当一位司机以 70 英里的时速安全驾驶时，她还是会收到罚单。这只是众多例子中的一个。它说明，通常情况下，是一条规则的具体表述而不是它背后抽象的正当化依据代表着法律的要求。

让我们来看另一个例子。美国证券规制法里有一条稍微技术化一点的规则——1934 年证券交易法第 16 (b) 条，它禁止特定的公司内幕人士在六个月或更短的时间内买卖（先买后卖或先卖后买）自己公司的股份。^①这条规则背后的目标（理由）在于防止公司内幕人士根据内幕信息来进行交易，因为他们被假定拥有公众没法获得、潜在交易对象也不知晓的内幕信息。但这条规则本身并没有规定“实际拥有内幕信息”这个要件，相反，它直接禁止所有的官员、董事或持有公司 10% 或更多份额股份的股东在六

① 5 U.S.C. § 78p (b) (2000) .

个月内买卖股份。出台这条规则的考虑是，通过禁止所谓的短线交易，来大大增加内幕人士凭借地位和内幕信息获利的难度。这条规则是通过禁止短线交易来达成目标的，它不管从事交易的人是否真的拥有内幕信息，就像限速规则禁止超过限速驾驶汽车，而不管司机实际上有没有安全驾驶一样。参与短线交易的买家或卖家即使没有任何内幕信息，只要违反了这条规则，就要“吐出”获利，因为根据对内幕人士的准确定义，他们已被认定为内幕人士。相反，一个凭借内幕信息进行交易的人，只要这条规则没有将他定义为内幕人士，他就不会依据这条规则被追究责任，虽然很可能另一条规则会找他的麻烦。^① 这种情形就像低于限速规定开车却存在安全隐患的司机并没有违反那条限速规则一样。

还有一个例子，很多地方的法律都禁止持有盗窃工具。^② 法律真正关心的并不是盗窃工具本身，而是盗窃行为以及对它们发生频率的限制。虽然这条规则服务于制止盗窃行为这个背后的正当化依据，但它是通过更具体的规定来实现这个正当化依据的。这条规则只是禁止持有盗窃工具，而不是禁止任何可能增加盗窃几率的东西，就像限速规定通常是一条明明白白的数字化规则，而不是一个要求所有人都必须安全谨慎驾驶的命令；也就像短线交易规则禁止被定义为内幕人士的人在规定期限内进行一切交易，而不只是禁止那些凭借内幕信息来进行的交易。

从这些例子中可以得出的结论是，规则的一个主要特征在于，它的表述事关重大（*what the rule says really matters*），正是这个特征使得规则之所以是规则。这就是为什么如果你开车超过了一定时速警察就会向你开罚单，即便你驾车时十分小心，也很安全；这也是为什么如果公司高管和大

① 尤其是证券交易委员会颁布的 10b-5 号法规 [17 C.F.R. § 240.10b-5 (2007)]，它规定，除其他事项外，没有向其他交易参与方陈述重要事实的证券交易行为是非法的。

② 例如 Conn. Gen. Stat. Ann. 53A-106 (West, 1999) ; Cal. Penal Code 466 (West, 1999) 。

股东们在六个月之内进行股票交易，就要对公司的损失负责，即便他们可能压根就没什么内幕信息。回想一下第 1 章中对“美国诉洛克案”^①的讨论，在该案中，最高法院忠实执行了土地管理局的那条归档规则——“在 12 月 31 日之前”，即使国会的真正意思很明显是“在 12 月 31 日当天或之前”。在某些学者看来，洛克案的判决是错的，因为它过分看重规则的实际用语以至于到了荒谬的地步，^②或许真的如此。但事实上，六位联邦法院大法官都愿意严格执行“在 12 月 31 日之前”这条规则的字面含义，这说明一条规则的“规则性”（ruleness）很大程度上恰恰依赖于规则所使用的语言。规则是什么，它们如何运作，要回答这两个问题，“规则是怎么表述的”就是个关键要素，即便规则的字面含义看上去是错的或者与规则背后的正当化依据不一致，即便盲从规则的字义在特殊场合中会导致坏的结果。我们在第 8 章讨论成文法解释时，将会进一步来考察这些问题，包括要考虑到，在解释和适用法条时字面含义并不是法条的真义（the last word）。但即便规则的字义不是真义，它也几乎总不离文义（the first word）。弄明白规则是什么，它们如何运作，就会明白规则的文字本身就很重，它不仅仅是一扇通往其背后正当化依据的透明玻璃窗。

2.2 核心地带与边缘地带

虽然规则如何运作很大程度上取决于规则的用语，但对于律师和法官，

① 471 U.S. 84 (1985)。

② Richard A. Posner, “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, 37 Case West. Res. L. Rev. 179 (1986); Nicholas S. Zeppos, “Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation”, 76 Va. L. Rev. 1295, 1314-16 (1990)。

尤其是对于法律专业的学生来说，要承认规则的这个特征通常很困难。这是因为，法官、律师和法律专业的学生大部分时候都在规则的边缘地带而不是中心地带活动。英国法哲学家哈特（H.L.A.Hart）提出了一个著名的区分，即区分规则清晰的中心地带（核心地带）与存在争议的边缘地带（阴影地带），并举出一个广为流传的例子。^①在这个例子中，哈特让我们想象存在这样一条规则，它禁止“机动车”驶入公立公园。哈特说，这条规则显然会禁止汽车（驶入公园），因为根据“机动车”的公认含义，汽车显然是机动车。对于卡车、公共汽车和摩托车，哈特也毫无疑问地得出了相同的结论，因为它们也都属于“机动车”的核心地带。但哈特追问，当我们去考虑，自行车、滑冰鞋或玩具汽车是否也应被“机动车不得驶入公园内”这条规则所禁止时，我们的结论又会是什么呢？他或许还会问，那么童车又怎么算呢？要是搁在今天的话，我们可能还会问，滑板车或电动轮椅怎么算呢？这个时候我们就不那么确定了。我们不再处于规则的那个简单明了的核心地带。相反，我们转移到了规则的模糊边缘或阴影地带，我们可能要考虑到规则背后的目的才能来确定，是否应该将某种情形包含进（规则的）边缘地带，从而去适用（规则）。例如，如果上述规则背后的正当化依据在于保障行人的安全，那么童车或许就将被容许进入公园，而自行车或滑冰鞋将不会被容许。但假如上述规则的目标在于减少噪音，那么或许就没有理由禁止自行车、滑冰鞋或童车进入公园，却可能有充分的理

^① H.L.A.Hart, *The Concept of Law* 125-26 (Joseph Raz & Penelope Bulloch eds., 2d ed., 1994)。这个例子最早见 H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. Rev.* 593, 608-15 (1958)。深入的分析参见 Frederick Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", 83 *N. Y. U. L. Rev.* 1109 (2008)。我们在第 8 章中将再次提到这个例子，用它来更好地讨论成文法解释这个主题。

由将以燃气或电为动力的玩具车挡在门外。^①

规则存在可争议的边缘地带，对于此规则是否应该适用，正反双方都可以提出有力的论据，这对于法律人来说不算什么新鲜事。这类争议对于法律人来说说是家常便饭。但规则也有清晰和毋庸置疑的核心地带，这常常被法律人和法律专业学生忽略了，因为在上诉法院中，直接适用规则的情况很少。这种情况在法院中很罕见，法律人碰到它们的机会很少。如果一辆皮卡——后面坐着准备外出野餐的司机家属——的司机看到了“禁止机动车驶入”的指示牌，通常情况下估计他会直接掉头开走，压根就没有什么争议。类似地，一条精确规定限制时速的规则，虽然在边缘地带也可能会遇到困难和有争议的问题，但通常情形中，律师在联邦法庭上要么应诉，要么在联邦民事诉讼程序规则第 12 (a) (1) (A) (i) 条规定的 20 天的期限届满前请求延期。直截了当适用法律规则的情形在案例教材里或法学院课堂上非常罕见，因此，法律专业学生、法律人，尤其是法官忽略了大量的对于法律规则来说至关重要的日常情形。^②

我们可以用一个真实的案件来说明规则的清晰内核与模糊边缘之间的区分。这个案件是几年前美国联邦最高法院判处的，有趣的是，它与哈特假想的那个公园中机动车的例子非常接近。在斯图尔特诉杜德拉驳船公司案 (*Stewart v. Dutra Barge Company*)^③ 中，法院要解决的争点是，一台被

① 在《哈佛法律评论》上进行的一场冠绝一时的论战中，哈特的同代人、美国法学家朗·富勒 (Lon Fuller) 对这种观点提出了挑战：词语的明显意义 (plain meaning) 本身就可以提供清晰的结论，因而无需考虑规则背后的目的。Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart", 71 Harv. L. Rev. 630 (1958), 它是对这篇文章的回应: H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 Harv. L. Rev. 593 (1958)。文本与目的之间的关系非常重要，它将是我们在第 8 章中处理的核心议题之一。

② 参见 Frederick Schauer, "Easy Cases", 58 S. Cal. L. Rev. 636 (1985)。

③ 543 U.S. 481 (2005)。

叫做“超级铲斗”(Super Scooper)的大型挖泥机是否属于联邦海事法中所称的“船”(vessel)。“超级铲斗”是当时世界上最大的挖泥机,当时它正在开凿波士顿港,也就是大挖掘(Big Dig)工程^①的一部分。在“超级铲斗”上工作的工人威拉德·斯图尔特(Willard Stewart)在施工时受伤,他起诉挖泥机的所有者因过失导致他受伤。但后来发现,斯图尔特能否提起诉讼取决于“超级铲斗”是否是一艘“船”。如果它是船,那么联邦制定法“琼斯法案”^②将可以作为提起诉讼的(规范)基础。但如果超级铲斗不是船,那么另一部联邦制定法“沿海和码头工人补偿法案”^③将容许斯图尔特主张与工人补偿金等额的赔偿,但却排除了对公司提起过失之诉的可能。所以斯图尔特是否有权对驳船公司提起过失之诉取决于“超级铲斗”是否是船。

这是个疑难案件。虽然“超级铲斗”大部分时间都固定地停泊在某个地方挖掘河道,它也因缺乏自航能力而需要被从一个地方拖到另一个地方,但它上面确实有船长和船员,它也确实漂浮在水面上,无论是挖泥的时候还是从一个地方被移动到另一个地方的时候。所以斯图尔特提出了一个合理的论证:超级铲斗通常处于漂浮状态,加上它有船长、船员,这证明它是一艘船;而驳船公司则提供了另一个同样合理的论证:超级铲斗没法自航,在外观和功能上它类似于一座地面上的固定建筑,这证明它与船不一样。虽然在诉讼期限的最后一天,最高法院一致判决认为“超级铲斗”确

① 这里指的是波士顿的“马拉松城市交通道路改造工程”(波士顿中心隧道工程),它从二十世纪的1991年开始动工,直到二十一世纪的2006年其主体工程才算基本完成,有人戏称它是波士顿的“永恒之掘”。这个美国历史上规模最大、耗资最多、工期最长、难度也较大的城市交通道路改造项目,在造价与工期上都是史无前例的,仅其中一段1/10英里的地下道路造价高达15亿美元,此后该工程的陆续投入达到150多亿美元——译注。

② 46 U. S. C. App. § 688 (a) (2000)。

③ 33 U. S. C. § 902 (2000)。

实是艘船，但我们不需要受这个现实结论的羁绊。重要的是，虽然最高法院面对的这个案件是疑难案件，双方当事人也都提出了理由充分的论证，但最高法院的这个案件可能会对法律规则的常规应用和诉讼外的操作造成误解。不同于威拉德·斯图尔特案中的“超级铲斗”，大部分（几乎是所有）关于某物是否是一艘船的问题压根不会到达最高法院，也不会到达上诉法院，甚至都可能不会进入诉讼。假如问题是，一艘载有一千名乘客的大型游轮是否是一艘船，将不会有任何严肃的论据来支持说它不是，也不会有任何合格的律师会提出这种主张。或许在整个争论中还有其他可以使用的好论据，但不可能需要法院来裁定“邮轮是否是船”的问题。规则会被适用，但这并不是在法庭上发生的。相似地，假如一座码头的边缘是被一台以地面为基的挖掘机挖掘的，这台机器从没有进入水里，也无法进入水里，那么这台机器就不会被认为是船。对此，没有人会质疑，所以这个问题压根就不会在法庭上被提出来。

真正的简单案件以及法律规则的直接适用极少在法庭中发生争议，因而法庭解决的争议并不能真正代表所有法律事件。这种效应被称为“选择效应”（selection effect）^①，它指的是法院受理的案件只是（或几乎只是）这样一些案件，在特定法律问题上，观点相互对立的双方当事人都认为他们自己对于案件拥有合理的胜诉机会。假如一方当事人认为自己没有合理的机会在整个案件中胜诉，甚至没有机会在某个特定问题上胜诉，那么除了

^① 关于法律中的选择效应存在大量相关文献，但影响深远的一篇论文是 George L. Priest & William Klein, “The Selection of Disputes for Litigation”, *supra* note 1。同样可见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* § 21 (3d ed., 1986); Frederick Schauer, “Judging in a Corner of the Law”, 61 *S. Cal. L. Rev.* 1717 (1988)。对这些问题与文献的精彩概览参见 Leandra Ledeman, “Which Cases Go to Trial?: An Empirical Study of Predictions of Failure to Settle”, 49 *Case West. Res. L. Rev.* 315 (1999)。值得一提是多年以前卡尔·卢埃林提出的观点：诉讼案件之于潜在争议的关系就如“杀人癖或嗜睡症之于我们的日常生活的关系”。Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* 58 (1930)。

例外情形,^①他压根就不会提出争议。他要么会遵从法律,要么会支付赔偿,要么会达成和解,要么会在诉讼中寻求依靠某个其他论据。所以,只有当双方当事人都认为自已可能会赢得案件,尤其是当他们都可以提出合理的法律论证时,他们才会在法庭上进行对抗。就法律规则而言,通常当相关问题处于相关规则的边缘而非核心地带时,双方当事人就会合理地认为他们自己可能会赢。这种情形之所以被叫做选择效应,是因为法律体系鼓励去创造这样一个世界,在这个世界中,只有部分法律或规则的适用才会入选诉讼,其特征是位于法律规则的边缘地带(或宽泛地说,位于法律的边缘地位)。

选择效应是决定哪些争议或法律调整的事件能进入诉讼的主要因素,随着诉讼层级越来越高,这种效应会越来越明显。比如,在2007年开庭期,^②美国联邦最高法院——它几乎可以全权来决定审理哪些案件——面对来自联邦上诉法院与州最高法院超过9000件案件的审理请求,但只同意受理和判决了71件案件(判决包括完整的案情介绍、论证和意见)。^③这71件案件几乎都是不存在清晰法律答案的案件,所以将它们看作法律或规则如何运作的代表无疑是严重误解。

法学院案例教科书所选的案件十分相近。这些案件通常都是疑难案件,

① 一种例外情形是,一方当事人之所以在知道法律对自己不利的情况下依然提起诉讼或威胁要提起诉讼,只是出于通过拖延时间或耗费用来达到消耗对手的目的。从理论上说,法律体系备有防止这类诉讼的机制(如即决审判),但实践中的确存在当事人出于策略性原因去做毫无希望之事的情形,这些情形要比选择效应理论所预测的来得多。

② 最高法院的一个所谓开庭期(a Term)通常是从十月的第一个周一持续到最高法院结束它所审理的案件为止(通常是在六月份)。开庭期以它开始的那个年份来命名,例如,有时它被称为2007年10月开庭期,有时则直接被叫做2007年开庭期。

③ 对2006年开庭期——这是本书出版时可查找到精确数据的最近的一个开庭期——统计的结果是,最高法院共接到8922件待审查的上诉状或请愿书,它以不附意见的即决命令(summary order without opinion)的方式判决了其中的278件,同意审理和判决77件,其中对73件依据案情简介和口头论证以完整意见(full opinion)的方式作出了判决。“The Supreme Court: 2006 Term: The Statistic”, 121 *Harv. L. Rev.* 436 (2007)。

正因为如此它们的情节才显得有趣，它们才具有教学价值。对于这些案件，双方律师都可以提出强有力的论证，学生们也都可以针对相对立的立场进行分析和评价。正因为它们是疑难案件，所以总是可以对审理案件的法院的观点提出质疑，这种质疑构成了案例讨论课的主要内容。就它本身来说，这并没有什么错。学会如何站在对立立场上提出有力论证本身就是成为一个法律人的重要素质，学会如何揭露司法意见的缺陷同样也是如此。但是，假定所有案件或几乎所有案件都是疑难案件，假定大部分法律事件都存在争议，假定法律规则从不或很少给出清晰的答案，这些想法却是错的。上诉法院和法学院课堂聚焦于规则的灰色领域——模糊的边缘地带——自有其道理。但假定规则完全等同于灰色领域或模糊的边缘地带却大错特错了。

2.3 规则的一般性

虽然法律规则的典型适用情形是简单案件，但出于我们刚刚考察过的那些理由，司法裁判却主要用于解决疑难案件。这些疑难案件具有不同的表现形式。其中一种是处于规则的模糊边缘的案件，斯图尔特诉杜德拉驳船公司案是其代表。但另一种完全不同的疑难案件更加接近于公路限速的情境而不是“超级铲斗”案。当你向警察抱怨说，你实际上并没有危险驾驶时，你并不是主张说在这一场合中规则是不清晰的。这不同于其他一些场合：比如黄昏时你被（警察）拦下，理由是天黑了你却没有打开车灯；或者你在蒙大拿州开车时被拦下，理由是你没有遵守“合理和谨慎”的限速规则。通常，当司机试图免于被开罚单时会承认，依照字面含义，规则完全适用于她——她在限速 55 英里每小时的路段开到了 70 英里每小时——但她的主张是，将这条规则按照字面含义适用于当前情形会与规则背后的正当化依据相悖。她大概会这么说：她承认开车超过了 55 英里每小时，但

她肯定没有危险驾驶。

规则的语词明文规定的结论与规则背后的理由所暗含的结论之间存在冲突，这是个普遍现象。例如，宪法第七修正案规定，在普通法的民事案件中，只要争议标的额达到“20 美元”，当事人就有权在联邦法院获得陪审团审判。显然，20 美元这个最低标准背后的目的在于将陪审团审判限于标的额较大的案件。尽管在 1791 年通过第七修正案时，20 美元是一大笔钱，但在今天它微乎其微。十分相似的是宪法第 2 条，它要求总统任职年龄应满“35 周岁”。当时男性（那时没有人会想到女性可以投票，更别提当总统了）的平均寿命低于 40 岁，而在今天美国男性与女性合在一起的平均寿命超过 75 周岁。^①但与获得陪审团审判的 20 美元这道门槛的通胀效应一样，“35 周岁”这一规则的字面含义与规则背后的目的相悖，这并没有对规则的含义本身提出挑战，它的含义依然被牢牢拴在制定规则时所使用的语词之上。假如你只有 32 岁，你就不能成为总统（除非是异想天开），不管规则背后的潜在理由是什么。^②宪法第 2 条还规定，总统应当是“出生于本国的公民”（natural born citizen），这个争议更大的要求同样如此。这条规则排除了马德琳·奥尔布赖特（Madeline Albright）^③、亨利·基

① 整个十八世纪有很多儿童死于疾病，所以这些原始数据可能有误导性，因为大部分成年男性在那时活到了 60 岁或 70 岁。但即使对于那些成年了的人来说，1787 年与现在的差别依然是巨大的。

② 我们不清楚在 2009 年多大岁数相当于 1787 年时的 35 岁。在一个能够比以前更多更快地获得信息（例如通过电视、网络、出版业的技术进步和航空旅行）的年代，有人可能会主张，“35 岁”规则背后的目的其实指向更低的最低年龄。但假如宪法的缔造者们想要做的是，确保总统产生于人民中的年长者和经验老到之人的话，那么潜在的理由或许就会主张设立比 35 岁高得多的年龄门槛。

③ 马德琳·科贝尔·奥尔布赖特（Madeleine Korbel Albright，1937 年 5 月 15 日—），捷克裔美国人，1997 年 1 月至 2001 年 1 月任美国第 64 任国务卿，是美国历史上第一位女性国务卿——译注。

辛格 (Henry Kissinger)^① 之类的国务卿以及阿诺德·斯瓦辛格 (Arnold Schwarzenegger)^②、珍妮佛·格兰霍尔姆 (Jennifer Granholm)^③ 之类的州长参选美国总统的可能, 这条规则背后的正当化依据最初无疑是为了确保 (对美国的) 忠诚与献身精神, 尽管这很可悲, 但规则的语词胜过一切。

虽然规则的语词在这些例子以及许多其他例子中战胜了它的目的, 但情况并非总是如此。经常被用来说明目的战胜字面含义的一个例子是美国诉圣三一教堂案 (*United States v. Church of the Holy Trinity*)。^④ 在该案中, 一家教堂被指控违反了一部联邦成文法, 该法禁止美国雇主为外国雇员支付因受雇从国外前往美国的路费。被告的教堂恰恰这样做了, 它雇佣一位新牧师的费用中包括了他的路费, 因而从字面上看违反了这部成文法。然而最高法院认为, 在本案中不能根据字义来适用这部成文法。大法官布鲁尔 (Brewer) 推理到: 这部法律针对的是那些从国外往美国输入大量廉价劳动力的雇主。而这家教堂为新牧师支付海上行程费用的行为明显不同于 (法院所认为的) 国会制定这部法律的目的, 所以法院认为, 这部成文法语词的字义应当向它的真实理由让步, 这家教堂并没有违反规则。

在得出这一结论的过程中, 布鲁尔大法官借助了一个采取相同做法的

① 亨利·阿尔弗雷德·基辛格 (Henry Alfred Kissinger, 1923 年 5 月 27 日—), 出生于德国的美国犹太人外交家, 原美国国家安全顾问, 后担任尼克松政府的国务卿并在水门事件之后继续在福特政府中担任此职。基辛格在 1969 年到 1977 年之间在美国外交政策中发挥了中心作用, 1971 年秘密访华, 为尼克松访华做准备, 促进了中美关系的发展——译注。

② 阿诺德·阿洛伊斯·施瓦辛格 (Arnold Alois Schwarzenegger, 1947 年 7 月 30 日—), 生于奥地利, 美国好莱坞男演员、健身运动员、政治家, 曾担任第 38 任加利福尼亚州州长——译注。

③ 珍妮佛·马尔赫恩·格兰霍尔姆 (Jennifer Mulhern Granholm, 1959 年 2 月 5 日—), 出生于加拿大, 美国政治家、教育家、学者、政治学者, 曾担任密歇根检察总长和第 47 任密歇根州州长, 美国第一位女性州长——译注。

④ 143 U.S. 457 (1892)。

先例，即美国诉科比案（*United States v. Kirby*）。^①在科比案中，被告是一位肯塔基州的执法官，他被控违反了一部联邦成文法，该法规定妨碍信件邮递的行为是犯罪，而科比恰恰这么做了。他的确妨碍了信件邮递，但这件事的背景是，他登上一艘汽艇逮捕了一个叫做法瑞斯（Farris）的邮递员，这个邮递员已被肯塔基一家法院合法指控犯有谋杀罪。与二十年后发生的圣三一教堂案一样，在科比案中，最高法院认为，当适用成文法的表面含义与成文法的潜在目的不符（正如在这个案子中所发生的那样）时，就不应当再按照其表面含义适用该成文法。

我们将在第8章讨论成文法解释时再来考察语言与目的之间发生张力的其他例子。但就目前来说，上述这些例子足以说明规则的一个重要特征，即一般性（generality）。与具体的命令（*commands*）——现在你把这个包从垃圾堆里拣出来——不同，规则并不是针对在某个时间实施某项行为的某个个体发布的。规则通常是针对在较长时间段内实施各种行为的许多人发布的。限速规则适用于所有司机、所有时间、所有情境，正如职业安全与健康管理局（Occupational Safety and Health Administration，简称 OSHA）颁布的那个要求保护工人的规则，适用于某一类的所有工厂和这些工厂中所有的雇员。

规则的典型特征就在于这种意义上的一般性。但像大多数概括（或称“一般化处理”）那样，即使它们从统计学上看是合理的，也可能并非每次都是准确的。“瑞士奶酪上有小孔”是个很好的概括，但某些瑞士奶酪上却没有小孔。同时，极少有人会不同意这样一个概括，即芝加哥一月份的天气很冷，但暖和天气在一月的芝加哥也不是没有。一般化处理是一切规则的内在要素，但精确来讲，因为规则具有一般性，就存在它所包含的一

^① 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868).