英美两国法律体系一家亲吗？

——对波斯纳《英美两国的法律与法学》之质疑

□ 周　赟

习惯上人们一般认为，整体上看，欧美世界存在两大法系，一是以英国普通法为基础的英美法系；二是以罗马法为基础的大陆法系。人们并且会为两大法系找出其他区别，如英美法系中“先例”或“法官法”是关键词，而大陆法系中“法典（法）”是关键词；又如，英美法系是经验主义或经验主义为主的法系，而大陆法系则以建构主义或建构主义为主的法系；再如，大陆法系主要存在于欧洲大陆以及曾经为欧陆法所影响的其他地区，而英美法系则主要存在于英国（典型讲是英格兰和威尔士，下同）和美国以及为英美法所影响的其他地区，等等。

也就是说，习惯上一般认为，相对而言，英国法是美国法的近亲，而与欧陆法相比，则属于不同物种。应当说，这种观念不仅仅普遍存在于国内学界，也广泛地为英美国家学者所接受。这里尤其值得提及的也许是英国学者，因为他们在谈起英国法律是一种与欧陆法律不同的体系时总喜好以一种看上去自嘲，但实际上充满骄傲的语气。在西方，准确讲是欧洲法律世界，“英国法是一个例外（something of an exception）”。

对于如上观念，如果有人，譬如说我，提出相反意见，认为美国法更像欧陆法而不是英国法，或者英国法更像欧陆法而不是美国法，那么，大概不会引起什么关注，或者如果引起关注也可能仅仅是嘲笑意义上的；如果有人跑到英国，去告诉英国人，“你们的法律与美国法不像，毋宁说与欧陆法才更像”，那么，很可能甚至都无法引起嘲笑意义上的关注；而如果有人居然跑到牛津大学——英国法理学研究的“首都”，当着拉兹（Joseph Raz）、菲尼斯（John Finnis），以及诸多的哈特（H. L. A. Hart）之徒子徒孙、拥趸的面说，“英国法不仅仅更像欧陆法，而且以哈特法理学为首的英国法理论也更像欧陆法理论，并且也正因如此，又反过来加强了英国法的欧陆气质”，那么，这个人很可能会被认为是一个疯子。

当然，如果这个人是被牛津大学克拉林顿（Clarendon Press）出版基金盛情邀请的，如果这个人还是当年“牛津大学年度法律系列讲座”的第一人，如果这人是波斯纳（R. A. Posner）——

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.ne

没错，就是那个法学作品引用率“英语世界第一人”的波斯纳，那么，相关观点可能就不会被忽视，也不会被认为太疯狂或太不值得关注。1995 年 10 月，正是波斯纳，正是基于克拉林顿基金邀请，并且，也正是作为该牛津大学年度法律讲座系列的首位开讲人，在牛津提出了上面的观点。

波斯纳的这一系列（一共有三个讲演）讲演，后来被克拉林顿出版社以《英美两国的法律与法学》为名结集出版。这也使得我们这些无缘亲临现场的人可以从书面文字的角度了解到相关内容，并从字里行间领会、揣摩、想象当年的盛况。

在这次讲演中，波斯纳明确提出：无论是英国的主流法理论，还是英国的司法实践乃至整个法律架构、法律系统，都并非像看上去的那样与美国法更像，毋宁说，它更多的具有的是欧陆法之意味。

首先，按照波斯纳的观察，从英、美两国的主流法理论来看，应该说是源自边沁（J. Bentham）经由奥斯丁（J. Austin）并在哈特这里达到高潮的规范实证主义理论。在波斯纳看来，这是一种典型的欧陆建构化、理性化、概念化理论，并且它实际上关注的是法典法问题，或至少可以说，它是以法典法思路来讨论相关问题的，这使得它注定只能是立法中心主义的，进而也使得它远离普通法的实践、远离司法过程；相对而言，与哈特同一时期的德沃金（R. Dworkin）尽管也同样对法律问题做精深的哲学化理论研究，但却显然更加贴近普通法的实践并且显然是司法中心的。波斯纳指出，“令人吃惊（striking，其实波斯纳自己当然一点都不吃惊，否则波斯纳根本无法得出哈特法理论欧陆化的结论，引者注）的是，在 1961 年第一版以及 1994 年第二版中，《法律的概念》一书‘关键词索引’部分居然都没有收入‘common law’”，可以认为，“对哈特的论说而言，普通法是个尴尬的事物”，并且，事实上“要协调普通法与作为哈特实证主义基础的承认规则（a rule of recognition）是一件困难的事儿，因为普通法系法官造法时所依据的材料并不局限于实在的立法之法”（Law and Legal Theory in England and American，P. 14，以下只注明页码）。

在波斯纳看来，当哈特们把一个国家的法律看作是由一个个等级分明的规则组成之体系时，可以说与欧陆法学家关于法典法的论说几乎没有什么区别。对波斯纳来讲，更重要的也许是，此种法理论尽管不像美国法理论那样关注普通法实践及司法过程，但却并不游离于英国的法制现状，毋宁说，它恰恰忠实地反映并紧密地关联着后者，因为唯有这样的法理论，才能贴近于英国法制实践中的中央集权以及法官的职权主义（在庭审过程中扮演着远比美国当事人主义模式中法官更加积极、主导之角色）特征，也才能反映出英国法制实践所具有的一如欧陆法法制实践的“立法中心”倾向，进而也才能与英格兰法

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

官、律师的职业状况和法官思维特点相符。波斯纳对英国法政基本架构和法律实践的特点做了这样的说明，“英国的政府（government，也即不包括司法权的国家机器，在本文中，‘政府’一词都在这个意义上使用，引者注）比美国的更强有力，因此政府职员比美国的政府职员也更有实权，这导致它能吸引到更好的人才进而运转得也更好，其结果是几乎没有什么余地需要法官进行弥补。最重要的是，随着法官被踢出政治体系，他们变得非常的技术化，因此，他们是否是民意代表并不重要，因为这种技术本身就是非民意的。作为非民意以及非政治化的技术官僚（technicians），法官们压根就不敢妄想与行政或立法机关抗衡”（P33）。

56

那么，波斯纳眼里的英国法官具有怎样的思维模式？进而言之，英国的法律职业状况如何？具体讲，与美国相比具有怎样的不同？这实际上就已经涉及波斯纳对前述核心观点的第二方面的论证，即从法律职业以及相关实践看英国法与美国法的疏离。波斯纳首先指出，英国实证主义法学的核心要旨在于，对于法官来讲，只有可实证的法律才是其裁判依据，法官不应在法律之外或法律出现空白之处径直坠入政治领域或道德领域，这一方面当然也正是欧陆的法理学特点，另一方面，也正好与英国法官的思维习惯相匹配。根据波斯纳的观察，英国法官的思维特点也正是如此，所以波斯纳坦言，“实证主义并不必然意味着形式主义（formalism），但他们实可谓一对‘琴瑟和鸣的夫妻’（comfortable couple），因此，毫不奇怪，英格兰法官比美国的更加具有实证主义以及形式主义倾向。一个形式主义者就是法律推理的模范，他仅仅根据法律而不添附任何东西通过演绎得出合法的结论。一个如此演绎推理的法官不会远离法律，也不可能坠入政治的领域”（P11）。相对应地，美国法官，也许尤其是上诉法院或联邦最高法院层面的法官，在执业过程中就显然不为形式主义观念所限，也正因如此，才会给英国法官们造成这样一种感觉——用英国大法官德福林（Lord Devlin）的话讲，即“美国联邦最高法院压根不是个法院，而是个‘政府组织’（organ of government）……尤其是在如下三个方面：种族隔离、选举权和刑事诉讼程序改革。在这些尚没有共识或至少共识不牢靠的方面，最高法院事实上已经立法了”（P12）。

关于英美两国的法官职业，波斯纳还特别提到了这样一点，即美国的法官是半路出家型的（lateral），而不像英国的法官那样是终身制的。了解英格兰法律职业状况的人可能会说，波斯纳这个判断有问题，因为几乎所有英格兰高级法院的法官都来自律师阶层，换言之，他们并不是终身制的法官（a career judiciary）。波斯纳显然考虑到了这种可能遭受质疑，因而他特别对英格兰的律师与法官之关系做了详细的考察。波斯纳的考察表明（P22—23），实际上，英国的辩护律师（barristers）与美国律师有很大不同，在实际的执业

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

过程中，与其说他们是律师，毋宁说他们更像初级法官（junior judges）。首先，他们的执业完全依赖于法官们的好感（good will），而正是这些法官却又坚持认为律师扮演的本就应当是司法审判活动的助手角色。导致律师这一状况的原因有好几个，其中一个是：法官以及辩护律师的数量太少了。辩护律师与代理律师（solicitors）的分化以及尤其是只有辩护律师才能出席高等法院、上诉法院以及上院上诉委员会进行辩护等原因使得辩护律师的数量不可能太多。这样一来，同样的辩护律师就将总是反复在同样的法官前面出现，因此，如果一个辩护律师不能在初次执业过程中赢得法官的好感，考虑到一个法官对他的恶评可以很容易地在数量如此小的法官群体中散播开来，则不难预见，他的整个职业生涯都将可能一片暗淡。可以说，一个律师只要引起了一个法官的反感，那么，他就将从起点上成为这个行业中的“贱民”（pariah）。英格兰民事诉讼领域内陪审团制度的几乎撤销以及在刑事诉讼领域内对陪审团适用的大幅减少也加重了律师对法官好感的依赖：由于本就不直接与当事人接触（当事人聘用 solicitors，后者再聘用 barristers），因此陪审团的更少使用使得辩护律师很难通过在普通民众前面展示自己才华的方式来赢得当事人；换言之，只有那些得到法官认同的律师才可能获得更多的“客源”，而这当然意味着律师在更大程度上依赖于法官的好感。

另一方面，作为一种自由职业（self-employed），辩护律师当然不享有任何社会化的养老保障，因此当辩护律师渐渐老去，期望能够进入法官这一可以领取养老保障之行业的想法也使得律师们只能依赖于法官们的好感。按照波斯纳的考察：首先，在英国，可以获得更高薪酬的那些高级辩护律师，也即所谓皇家律师（Queen's Counsel，又被称为 silks，即穿着丝质外袍的律师）的称号由首席大法官（Lord Chancellor，兼任上院院长）授予，而后者往往在咨询了经常与该律师打交道的法官们后才决定是否做出这种授予。这也意味着法官实际控制了辩护律师们的生活水准，而这种情形在美国是不可想象的。其次，只有皇家律师才有进入法官队伍的资格。这种情形导致一个律师在执业过程中往往不愿与法官产生激烈的对抗。这当然意味着律师的渎职，或者说对当事人的不利，而这种现象也根本不可能存在于美国。

波斯纳认为，正是律师对法官的依赖，构成了英国律师执业过程中的如下一些在外人看来有点奇怪的现象之内在逻辑（P26）：首先，如果不了解律师对法官的此种依赖，我们将很难理解为何英国律师总是力劝当事人不要将琐碎的案件或两可案件提交法院，因为这种案件往往容易引起法官的反感，这种反感当然会波及相应律师。而一旦律师从事这种活动，实际上也就等于为法官处理、过滤了相当一部分案件，可以说，此种情形中的律师更像的是“初审法官”而非律师。其次，如果不了解律师对法

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

官的此种依赖，我们也很难理解，为什么英国法官这么相信律师——按照波斯纳的观察，这种相信甚至到了这样的程度，“英格兰的辩护律师控制了诉讼过程中的事实以及用来作为裁判依据的规范，这本来实际上都是法官的工作。法官信任律师们在诉讼过程中提交的事实或其他影响判决结论的材料”。再次，如果不了解律师对法官的这种依赖和对法官工作的极力协助，我们也很难理解为什么英国法官压根不需要配备法官助理。最后，如果我们认同波斯纳关于律师实际上扮演着初审法官以及法官助理角色的判断，那么，后者关于英国法官终身制的判断当然也就无法因为有部分法官成为法官前是律师这一现象所击破。

终身制法官与半路出家型法官的不同就在于：第一，由于它不是民选的，当然也由于传统以及其他因素的影响，所以，法官在其他政府权力前面总是只能表现出消极的面向，而美国法官显然不是如此，一般而言，美国各州法官由民主选举产生，而联邦法官则由总统任命并得到国会确认（因而也带上了民选色彩），也正因如此，美国法官才可能行使违宪审查权，并且美国才能形成大体均衡的三权分立格局；第二，英国法官在司法诉讼过程中却又明显占据着主导性的、积极的介入式角色（a dominating, positive and interventionist role），相对应地，则绝少有美国法官愿意这样刻画自己的形象。所以，波斯纳指出，“如下情形的产生并非偶然：美国比英格兰以及其他欧洲国家拥有更多的民选法官；与英格兰以及其他欧洲国家不同，美国在私法案件中也仍然使用陪审团；不像英格兰法官，可以自由地支配陪审团采信证据，美国法官在刑事诉讼中对陪审团的控制力更小；美国的律师比英国的律师更加独立，并且比英国的更加强悍（less docile）。行政与立法权的属性强化了采取措施——如民主选举以及陪审团的真正独立——来限制中央集权的需要”，并且正因如此，相对而言，不仅仅英国法理论更像欧陆法律理论，并且“英格兰司法也站在了欧陆一边”（P35）。

当然，波斯纳也从其他方面，譬如说国民性以及国家政治法律文化传统方面论述了为什么他认为英国法更像欧陆法。他说，“长期以来，人们都认为英格兰是这样一个国度：其中，整个社会紧密关联着阶层分化以及顺从（deference）观念，而社会阶层也在整个社会运作中扮演着比在美国社会中重要得多的角色。当然，在我看来，不仅仅英格兰如此，总体上看欧洲、更不用说包括日本在内的东亚，阶层观念、社会地位观念、顺从观念等在社会运作过程中都扮演着比在美国社会中重要得多的角色。一个具有顺从观念的社会更倾向于相信政府官员，这对于法律体系具有多种意味：首先，这种社会更适于接受国会内阁式的中央集权式的政府架构，而非美国式的权力分立模式”（P107）。但总体上看来，波斯纳的此部分论说由于欠缺更多实证材料的支撑，因而并不具有特别的说服力；当然，这些部分本

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

来也不是波斯纳观点的主要依据。

波斯纳在讲台上讲，可以想见坐在讲台底下的哈特的牛津徒子徒孙们或者一个单纯的颇以英国普通法之个性自豪的英国人将多少有点郁闷，甚至愤懑。当时尚未获得牛津法学博士学位，但现在已经贵为牛津大学法学院院长的梯莫西（Timothy Endicott）估计就是“愤懑者”中的一员。所以，在1998年，后者发表了一篇针对波斯纳讲演的书评。在这篇书评中，梯莫西直言，波斯纳的讲演简直就是个“灾难”（disaster）。

沿袭着波斯纳的思路，梯莫西主要从两方面反驳了波斯纳：第一，波斯纳虽然反对像哈特那样对法律展开一种本质的追问，但其实他自己同时又注意将法律与其他社会实践相区分，并“一不小心”对法律做了一个定义，“法律就是法官正在做的”。这本身不就是一种对法律的本质主义认识？第二，波斯纳认为律师某种程度上发挥了法官的作用，并不等于他们本身事实上就变成了法官，或者说主要属性方面看具有法官的意味，这就正如警察、法学家也在某种程度上发挥了法官的作用却并不能认定警察、法学家就是法官一样。

在笔者看来，正如波斯纳在表述其相关观点时多少带点感情色彩——我甚至认为，波斯纳根本就有一种想要刺激英国听众的意味，这既可以从充斥着讲稿字里行间的戏谑意味看出，也可以从他的一些具体说辞看出，譬如他说，“尽管美国看起来（seems）更像英国而非其他欧洲国家，但实际上美国人却正具有与英国人相反的国民性：顺从，宿命论、自我克制以及非攻击性等只能用来描述过去，而不再适合今天的美国人。诉讼就是一场战争（fighting），而美国人就是其中的战士（fighters）；而今天的英国人，除了在足球场以外，不是战士”（P109）；梯莫西对于波斯纳的批评也同样带有感情色彩，否则以梯莫西的儒雅（笔者2011年有幸师从梯莫西教授进行访问学者研究。可以说，生活中梯莫西是一个非常儒雅、平等待人甚至略带孩子气害羞意味的学者，在讨论问题或发言时也总是文质彬彬，至少就我听过的一个学期的课来看，从没见过他用什么过激的词语与人交流）当不至于使用“灾难”这样的字眼，并且也不至于几乎无视波斯纳对于英国律师——法官之关系的详尽分析，而仅仅以一个类比（“正如警察、法学家也在某种程度上发挥了法官的作用却并不能认定警察、法学家就是法官一样”）角度否定波斯纳的观点了事儿。

换言之，即便波斯纳的观点本身确实颇有点“语不惊人死不休”的意味，并且，可能也由于他的戏谑语气，使得他的观点看起来似乎确实过于偏激。但必须承认，从整体上看波斯纳的观察和观点确实能够成立。当然，这并不是说在笔者看来，波斯纳的相关论说就没有问题。至少，在一些细节问题上，波斯纳的有些观察或论断就显得过于草率、因而也有待商榷。

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

譬如说，诚如梯莫西指出的，波斯纳一如很多人一样，“误以为哈特认为法官只能做立法者设定应该由法官做的事儿”，哈特的理论其实并不反对法官溢出法律判案。当哈特讨论“空缺结构”（open texture）、“阴影问题”（problems of penumbra）并且反对形式主义或“自动售货机”（slot machine）式的司法理论时，其实已经清楚地表明：第一，哈特当然关注司法问题，尽管这未必是他的理论重心所在。很大程度上我们也许可以这样理解哈特的法理论：他始于对司法问题、尤其是所谓疑难案件的关注，但后来、也许尤其是当他找到自边沁以来的规范实证理论作为理论平台时渐渐开始将重心转移到了立法问题以及立法表达问题，因而从结局上看似乎哈特理论几乎不关心司法问题，而这可能也正是波斯纳的感觉。第二，至少从哈特开始，英国的规范实证法学其实也开始意识到了形式主义司法的不可行和不合理，哈特就曾宣称，“必须承认，正是现实主义法学使人们开始真正关注司法决策过错中的现实，并且也使人们开始意识到司法决策过程并不像传统理论、术语所描说的那样完全地逻辑化。应该说，除了某些方面过于夸大其词外，现实主义法学确实让我们更准确地意识到人类语言和人类思想的一个基本特征（a penumbra，模糊性），对这一基本特征进行重点关注不仅仅有利于我们理解法律，也可以有利于我们理解远远超出法理学领域的其他一些问题”，“对于一个形式主义法官而言，在做出判决结论过程中所犯的典型错误是：在对一个一般性法律术语进行解释时忽视这种解释可能带来的社会后果或其他愚蠢后果”。

又譬如说，尽管哈特们的理论可能确实从整体上看像波斯纳所言的那样与欧陆法学相近，但问题的关键是：把哈特们的规范实证理论看作是英国当下法理论的主流是否一定可取？我们知道，理论界有很多有趣的现象，其中一个是：一个社会中目前最受关注的理论可能往往不是最具有“群众基础”的理论，而仅仅是因为它的“新”或“异”或“明星效应”（为理论圈里的某些“大腕”所关注）。以期刊论文的发表为例，往往是那些尚未成为通识、常识的理论文章才可能有发表的必要和空间；也就是说，一种被当下学界关注最多的理论可能未必是最具“群众基础的”主流，而恰恰是非主流，因而往往并不能代表作为整体的一国法学意识形态和理论状况，真正能代表后者的恰恰是当下无言但却始终构成当下理论讨论之前提、平台的种种理论。从这个角度讲，虽然哈特们的理论确实在当下英国抓住了许多人，甚至大部分人的眼球，但这本身可能恰恰说明它们尚未达到“平台”的程度，也就是说，它们还不能全面代表当下英国的法学理论状况——以笔者的阅读面来看，也许最典型的波斯纳所谓之英国法学作品是哈特的《法律的概念》、拉兹的《法律体系的概念》

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

（*The Concept of Legal System*）以及麦考米克（D. N. MacCormick）的《作为制度性事实的法律》（*Law as Institutional Fact*）等，但这些作品是否就能代表“最大多数”的当下英国法学却很有疑问：如果关联着波斯纳的主题检索英国的期刊论文就会发现，其中绝大部分文章其实都是讨论司法问题、讨论案例的，这些文章因为其主题所限（使得大部分很难具有“新”之意味），并且当然也因为它没有明星效应，因而被引率和被关注率不高而已，但应当说，恰恰是这些几乎无名的文章以及蕴含其中的思想、观念，才是最具群众基础，并且也是哈特们理论展开的前提；而非相反。

另外，波斯纳似乎也有意无意地“忽略”了某些问题，而没有“严格贯彻落实”他的现实主义式的立场。按照波斯纳的现实主义进路，并顺着他喜好刺破各种迷思（myth，如本次讲演过程中对“英美法律一家亲”这一迷思发起的挑战）的路向，我们本有理由期望波斯纳走得更远。也就是说，本有理由期望波斯纳还会涉及其他一些典型迷思，譬如说，“先例”真的在英美国家法制实践中的地位更加重要吗？如所知，遵循先例原则的核心要义在于尊重先前判决及其理由。那么，在大陆法系国家，一个先前的判决就不会得到足够的尊重吗？或者说，在大陆法系国家，法官就一定会更加倾向于做出与先前判决相反的判决结论吗？答案显然是否定性的。以当下中国为例，从实践中看，上级人民法院对某一类似案件的判决结论，当然地也会对此后下级人民法院的相关判决构成一定的约束力；或至少可以说，即便在中国，如果一个法院做出的判决与先前任何一个其他法院对相似案件的判决结论完全不同，也从来不被认为是一件值得赞赏的事情。这些现象的存在本身就已经说明，“先前案件的判决”在当下中国实际上具有很强的约束力。当下中国尚且如此，明显比中国司法状况更加讲究一致性和严肃性的欧洲大陆，其先前判决的实际约束力当如何就不难想象了。从这个角度看，其实所谓“先例”及其实践在英美与在欧陆的差别也可能主要是名称、观念上的差别，而并非实质或过程上的差别，可能也正因如此，所以梅里曼（J. H. Merryman）才会讲，“两大法系在司法程序中的重大差异，并不在于两种法院实际上在做什么，而在于它们各自占统治地位的社会习俗观念要求法院应该做什么”；而罗斯（Alf Ross）才会径直宣称“必须承认，并不存在什么关键点来指示人们对先例在两大法系中法官司法实践中分别扮演的角色进行比较。我们唯一能够确定的就是前文提及的那种意识形态，并且即便是这种意识形态，我们也无法肯定实践中是否果真如此”。申言之，如果单纯地纠缠于形式、纠缠于名称，那么，欧陆诸国肯定不存在英美国家的先例制度；但如果像波斯纳秉持之现实主义的立场深入到名称背后所指称的实际内容，那么，我们完全有理

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne

由认为，当下欧陆与英美在先例这一问题上其实也并没有我们所想象的那么大的差别。那么，波斯纳为什么没有刺破这一迷思呢？这显然是一个我们只能揣测其答案的问题。从逻辑上讲，有两种可能：第一，波斯纳没有意识到这一问题；第二，波斯纳意识到了这一问题，但故意没有提及。如果属于第一种可能，则我们当然可以由此认为波斯纳的理论至少存在着某些严重的疏忽，因为讨论英美法系显然不宜压根不涉及判例法问题；而如果属于第二种可能，则我们可以继续追问，为什么他明知如此却仍然没有提及？这个问题当然有很多种可能的答案，但从逻辑上讲，最有可能的答案都肯定应包括这样的考虑：一旦他提及这一点，那么，他关于英国法与欧陆法更像的观点就成问题了，因为既然作为美国法核心制度的先例实际上也存在于欧陆，那么，岂非美国法与欧陆法也是一家亲？而这一结论当然不是波斯纳想要的。但仅仅因为一个理论的逻辑结果不是自己想要的就故意不涉及，显然也是一种不严肃的理论做法，当然，也更加不是现实主义的。

可以想见，不同的读者可能还会发现波斯纳论说中这样或那样的其他一些问题，但必须明确的是，即便波斯纳的相关论说存在这样或那样的问题，并且，它们很可能也不是所谓的理论“细节”问题，也丝毫不影响笔者对波斯纳相关论说的尊重与肯定，因为它至少将“英美两国法律体系一家亲”这一看似没有问题的判断问题化了，而问题化问题本身就具有莫大的价值，这就正如英国人密尔（John S. Mill）所言，“人类一见事物不复有疑，就放弃思考，这个致命的倾向是他们所犯错误半数的原因”，“在今天这个时代里，只要仅仅是不屑苟同的一个例子，只要仅仅是拒绝向习俗屈膝，这本身就是一个贡献”；另外，换个角度讲，尽管波斯纳的论说并没有反驳前文提及的、也是我们惯常用来支撑英美法同源相近的那几个论据。但应该说，一旦我们了解了波斯纳的理据，就将不得不承认，那些经常被我们拿来说事儿的关于两大法系存在各种差别的理由就实在过于表面、抽象，甚至可以说空洞。概言之，就算波斯纳的相关论说真的如梯莫西所言是个灾难，或完全胡说八道，但在笔者看来，仅仅因为波斯纳对所谓“英美法律一家亲”这一通说有理有据且成系统地提出挑战本身，就已经足以值得尊重、珍视；更何况，如前所述，波斯纳当然没有、或至少不是完全胡说八道。

（文中涉及的波斯纳、梯莫西观点分别出自 Richard A. Posner, Law and Legal Theory in England and American, Oxford: Clarendon Press, 1996; Timothy Endicott, Publication Review: Law and legal theory in England and America, in Law Quarterly Review, 1998, 114 (Jul), 511—515。）

作者单位：厦门大学法学院

（责任编辑 魏建宇）

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.ne