

刘星作品系列

刘星 著

*Law's Stories*

*in the West*

法律出版社

# 西窗法雨

第二版

刘星作品系列

刘星 著

*Law's Stories*

*in the West*

法律出版社

# 西窗法雨

第二版

图书在版编目(CIP)数据

西窗法雨 / 刘星著. —2版. —北京:法律出版社,  
2008.10  
ISBN 978-7-5036-8854-6

I. 西… II. 刘… III. 法律—文化—西方国家 IV.  
D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第152060号

© 法律出版社·中国

西窗法雨(第二版)

刘星著

责任编辑 刘彦洋  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 8.5 字数 160千

印次 2008年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8854-6

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 修订版前言

本书应该是第三个版本了,因为曾有花城出版社 1998 年版和法律出版社 2003 年版。

这一版有些新的变化,主要是增加了插图,希望图文并茂,更重要的是,希望通过些许图画和零星解说,进一步打开正文思考的想象空间。

本书主要文字,均于 12 年前的《南方周末》上连载。12 年,一个轮回,时间不短。这些文字也许还能继续抒发它们的意义。

有朋友说,这些文字为法学启蒙读物,适合法律初学者可能还有其他人文社科初学者翻阅。这是正确的。在报纸上连载,本身要求“好看”,此为办报策略。而“好看”的定义,一是可以减少阅读成本,二是可以引发阅读乐趣。所以小文不能过长,不能晦涩艰深。当初写作时,即和编辑合谋:从故事讲起,道理略有激发,使读者基本感受了“知识”、“思想”便收住,字

数千余。效果大体实现了“好看”。

但“好看”涉及文学性,本书内容又以法律为主旨。我想说的是,似乎还应该提到法律与文学的问题。讲法律的事情和道理,可叙述方法不那么“法律”,反倒利用有趣的“故事”,筹划吸引性的“修辞”,这是法律与文学的意思之一。对本书的这一层,好友程君文超,在本书《序》中已有部分说明。苏力教授在《法律与文学:以中国传统戏剧为材料》(三联书店2006年版)的开篇导言中,亦“点说”了。

法律与文学需要相互合作,专家学者对此多有学术讨论。概括讲来,如果可以通过文学,不断地提高公众对法律问题的兴趣,这对推进法律事业颇为有益。当有兴趣乃至乐趣的时候,对法律也会更重视了。因为一般而言,我们容易在文学中领会、“被推动”。

在这个意义上,本书也不只是法学启蒙读物了。

新版之际,要感谢一些朋友。首先是曾任《南方周末》编辑的谭庭浩先生。是他相约、鼓励、敦促,使篇篇小文当年得以不断,而且提议了非常富有意境的“西窗法雨”专栏名称,并使我得以用其作为后来的书名。其次是本书第一版花城出版社的编辑、本书第二版法律出版社的编辑。他们将小文汇集成书,也使本书内容的传播10来年不曾间隔。再次是本版编辑刘彦泮小姐、美编乔智炜先生。他们查找精美图画,努力使本书继续增色。

特别要感谢的是中山大学文学教授程君文超。其“序”轻松精美而又寓意深远,曾以书评方式发表,“提携”本书甚多。

修订版前言

遗憾且令人悲伤的是,程君因病去世了,带着曾在南国启迪我文学理解的技艺,还有与我而言的法律与文学的梦……

刘星

2008 年秋于北京

## 序：小文论方圆

一正(刘星笔名)的“西窗法雨”曾在《南方周末》以专栏形式连载。开的是“西窗”，下的是“法雨”。“窗”小，“雨”也不大。一期千余字，挺低调的。开办者大约有使它“随风潜入夜，润物细无声”的意思。可那“雨”不仅“潜入”了“夜”，也潜入了“心”。读者心里就掀起了波澜。结果，雨仍然是“细”的，雨声却大了起来，颇有些轰动效应。常有外地朋友问我，一正何许人，能写此等好文章？

今天，“此等好文章”汇成了书，“雨”便成了“湖”。在这湖里畅游一通，自是别有一番情致。

总觉得文学与法律相隔很远，其实是没碰到高手。读《西窗法雨》才知道文学与法律是可以联姻的。一正要讲的是法律。法律自然枯燥。但一正却有化枯燥为有趣的本事。用文学的手法讲法律的道理是一正的一大创造。他善讲故事。用文学的眼光看，他有较高的叙述策略。一，他的叙述短小、精

彩,且语言幽默风趣,往往几句话便能抓住人。二,他有明确的叙述目的,能将故事在不知不觉中引向他要讲述的道理。读者还在故事的享受里,却已经开始了对道理的领悟。一正有涉笔成趣的本事,古今中外的事件,被他信手拈来、皆成文章。如一正讲到了电视剧《宰相刘罗锅》里刘庸参皇帝一场戏。这显然是当时看电视之后的产物。这场戏一般人看了也就看了,一正却随手抓到了文章里,讲了一通法律内外的平等与不平等这一较深层面的道理。巧妙的故事使一正的道理有着亲切感,而不是瞪起的眼睛、板起的面孔。

且一正讲的道理正是中国社会所需要的。新时期以来,中国社会急需加强法治建设,人民急需加强法治观念。因而人们都希望了解西方的法治知识。一正的“雨”便有些解渴,有点儿启蒙的意思,在中国人面前打开了一片全新的天地。而一正又不是一般地介绍西方的法律,他的文字都有着现实性和针对性。他时时讲着西方的法律,却又像时时在讲着中国的现状,让人时时思考中国的问题。如他讲西方“政府旁边的法院”、讲西方“政府的承诺”、讲“上下关系”与“契约关系”、讲公法与私法等等。读一正的文字,你常常会想起“好雨知时节”之类的古诗,觉得他这“雨”下得正当时。你会体会到在轻松潇洒的文字背后,作者那强烈的责任感、使命感。一正说,“人们要法律,就是想要社会有个方圆,有个秩序”(见该书,第2页)。中国正以前所未有的速度在发展。发展得越快,越要有方圆,这是不言而喻的。一正就是要寻找一种参照,让人们反观中国法治的过去与今天,让人们去思考中国社会的方圆。



而一正的高超之处还在于，在大多情况下，他并不一般地塞给你一些法律的道理，而是力争用他的讲述，调动你的一种智慧。在一正的文字里你懂了，法律不只是刑、不只是铁，法律是人类的一种智慧。于是，你得到的，就不只是一些法律条文，而是如何智慧地思考法律问题。如一正讲法律与人性善恶观念的关系，并不纠缠于人性的善恶本身，而是进入到这一观念的背后，看看东西方人的文化差异，看看东西方人为什么要对人性进行不同的假设。一进入问题的背后，就把问题看透了。问题一旦被看透，就简单了。一些被人们津津乐道地讨论着的问题，就显得没有必要甚至可笑。如人性是善是恶的问题，作者轻松地告诉我们，其实并不重要，那都是人们为了某种目的的“假设前提”。“既然我们喜欢上了法治，假设一下人性的不完善或许就是必要的”。（见该书，第8页）诸如此类的问题，一正往往简单几句话，能顶迂腐学者几十年的钻研。在这样的论说里，你进入了法律的智慧天地，你享受着智慧的乐趣。

一正讲述法律之所以能从一般的道理进入到智慧层面，是因为《西窗法雨》其实不只是一般的法律知识介绍，那里溶化着作者颇为尖端、颇为前沿的研究心得。一正是研究西方法理学的学者，有着开阔的视野和深厚的功底。他不仅对西方传统法理学有着精深的研究，而且对法理学的后现代演变有着准确的把握。对法律问题，他不仅讨论其“然”，更讨论其“所以然”；他不仅讨论法律的制定，而且讨论“为什么”、“凭什么”制定这些法律。如他讲述法律权利与自然权利间的关系，指出法律的“双刃性”，讨论法律“公正”的背后与“公正”的难题，论

述法律内容与形式的“正义”问题……在这些文字里,一些关于法律的神话被解构了。人们对法律的认识得到了真正深层的推进。也正是在这里,人们才发现,社会确实需要方圆,但不同的社会、不同的时代却有不同方圆,因而什么是方、什么是圆,凭什么方、凭什么圆,如何方、如何圆等等都不是简单的问题,那里需要大智慧。

读《西窗法雨》,你会悟到,中国正在呼唤大智慧。而你不会怀疑,大智慧,中国人会有的。

程文超\*

\* 文学博士,中山大学人文学院教授,博士生导师。

## 目 录

- 序：小文论方圆 1
- 苏格拉底的慎重 1
- 法上“法” 5
- 法律的缺陷与人的智慧 8
- 法治的假设前提 11
- “半法治”与“全法治” 15
- 政府旁边的法院 18
- 政府的承诺 22
- “上下关系”还是“契约关系”？ 26
- 法院的审查权力 28
- 少数人的权利 31
- 女人和男人一样？ 34
- 俄勒冈州女工的胜利 37

权利:天生的和永恒的	39
死刑的存废	42
善良违法	46
最大多数人的最大需要	50
航运业的命运	53
公法与私法	56
法律内外的平等	60
法律与公正	64
恶法非法	67
法律就是“强制”?	70
正义的“自然性质”	73
自然而然的事情	76
法律与人类本性	79
法律和规律	83
地理环境中的法律	87
活的法律	90
白纸黑字背后	93
隐含的法律规则	96
法律的条文与目的	100
法律中的大众准则	103
一般公民的陪审团	107
一般规则之下的自由裁量	110
包细亚的智慧	113
“区别”的技术	116

道德的法律强制	120
馅饼的增大	123
官司的成本计算	126
法官嘴里的法律	129
法律 = 具体判决	132
法律的双刃性	135
法律的“矛盾”	138
法律的最终效力	141
为什么要遵守法律?	144
法律形式上的正义	147
法无明文不处罚	151
无罪推定	155
照老规矩办	158
私领域中的程序第一	162
法院的“救济”	164
天平上的权力与权利	167
“片警”的援助义务	170
无效的诱供	172
官方面子	175
因势利导的缘由	177
你说什么法官裁断什么	180
“事实”和“证据”这两个词	183
自由心证	186
法庭上的“对抗”	189

证人的麻烦	191
防患于未然	194
没有过错的犯罪	197
辛普森的命运	200
泾渭分明	203
“公平的”责任分担	206
合同中的“暗含条款”	209
痛苦与赔偿	211
自扫门前雪	214
牛和熊	217
结婚前的“考验期”	219
再婚的“等待期”	221
反省的能力(结束篇)	223

#### 附录

民众之中的法	226
花生仁儿	231
法律中的雄辩?	235
域外沉默权一瞥	240
追踪法律的效力	249
理解法律的新视角	253

（苏格拉底）

## 苏格拉底的慎重

柏拉图写过不少对话录，里面讲述了许多稀奇古怪、在中国人看来不可思议的故事，苏格拉底誓死不越狱就是其中的一个。

苏格拉底是个著名的哲学家。此人述而不作，性格倔强，尤其喜好运用“辩证法”将那些自以为学富五车的人驳得哑口无言。这辩证法与咱们现在知道的不同，它是一种很伤人的辩论技术，分为“讥讽”和“助产术”两部分。具体来说，辩论者首先向对方请教学问，好像自己什么都不懂似的，然后通过一问一答的方式，逐渐使对方出现前后矛盾的回答，以达到“讥讽”的目的。最后，提问者便直截了当地告诉对方：“其实你并不懂，还是让我来解释所请教的学问是什么。当然，学问在你心里，只是你无法想起来，现在我帮助你回忆，就像帮你生小孩一样。”这样，便开始“助产”。正是因为经常运用这种方式向他人“请教”，苏格拉底得罪了一些自以为是的“智者”（又称“诡

辩学者” )。

于是,这些“智者”便利用雅典荒诞不经的法律,控告苏格拉底传授对诸神不敬的学问,腐化及误导青年,并且还真的把他送进了监狱。在狱中,他被判饮毒而死。

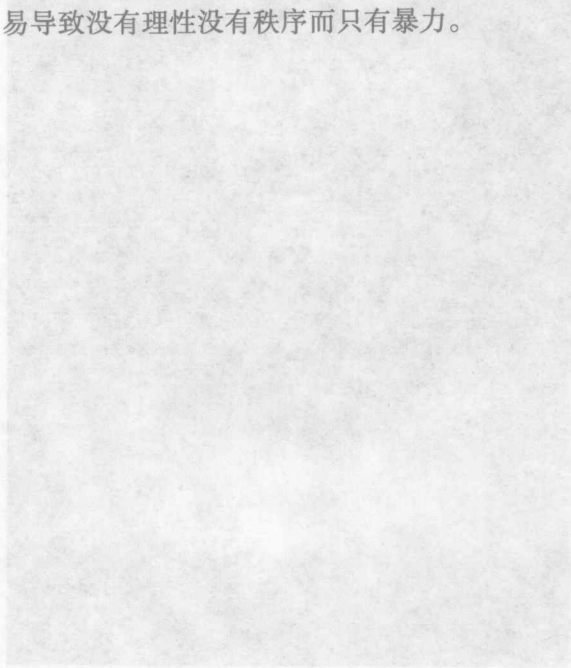
临刑前,苏格拉底的学生克力同来看他,告诉他朋友们决定帮助他越狱,而且一切已安排妥当。可是苏格拉底却坦然自若,表示不越狱。克力同提出各种理由来说服他,告诉他雅典的法律不公正,遵守这样的法律简直是迂腐,但仍然无效。苏格拉底还反问:越狱就正当吗?对一个被判有罪的人来说,即使他确信对他的指控是不公正的,逃避法律制裁难道就正当了?有没有一种服从任何法律的义务?经过与克力同的一番“探讨”,苏格拉底最后还是选择了饮毒。

在一般中国人看来,这种事情恐怕不难处理。既然法律本身就不公正,为什么还要服从呢?实在应该堂而皇之越狱而去。

这个故事可以说大致揭示了西方法律文化一个方面的深层意识。从古至今,有些西方人似乎就不像中国人这么“坚决”。他们认为,对待自己认为不公正的法律,态度要慎重。理由是,人们要法律,就是想要社会有个方圆,有个秩序。有些法律当然不好,甚至可恶,但是如果因此便可以随意将法律戏弄,那么可能人人都会找借口逃避法律的约束,从而导致社会的混乱无序。而且,当某些人认为这个法律公正,而另一些人持相反看法时,能否一定会找到一个公认的标准来确定谁是谁非?当然不一定。就此故事来说,苏格拉底和他的学生认为雅



典的法律不公正,而许多雅典人却认为那法律再好不过了,我们恐怕就难以找到连当时大多数希腊人也接受的标准去说“就是苏格拉底正确”,或说“就是大多数雅典人正确”。价值判断这东西,有时就是见仁见智。所以,有些西方人相信,必须慎重对待自己认为不好的法律。把自己的标准强加于人,便容易导致没有理性没有秩序而只有暴力。



苏格拉底之死，是古希腊历史上最著名的事件之一。苏格拉底在雅典法庭上被控以不敬神和腐蚀青年，最终被判处死刑。这一事件体现了雅典民主制度的缺陷，也彰显了苏格拉底对真理和原则的坚持。

《苏格拉底之死》是柏拉图《申辩篇》的一部分，描述了苏格拉底在法庭上的辩护和最终的判决。这一事件对后世产生了深远的影响，成为西方哲学史上的重要篇章。