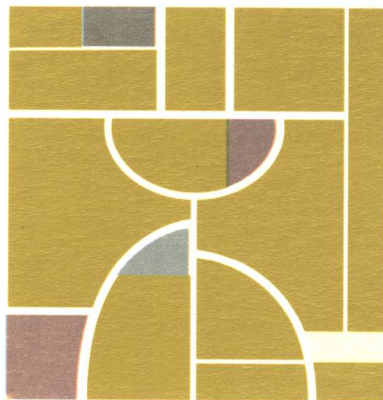


刘星著

法学作业

寻找与回忆



法学作业

寻找与回忆

刘星著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学作业:寻找与回忆/刘星著. —北京:法律出版社,
2005.1
ISBN 7-5036-5267-5

I. 法… II. 刘… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 128050 号

©法律出版社·中国

责任编辑/曾 健

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/19.75 字数/278 千

版本/2005 年 3 月第 1 版

印次/2005 年 3 月第 1 次印刷

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

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010 63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5267-5/D·4984 定价:24.00 元

自序

法学作业是一定要做的。在我看来,标准的学术生产十分难以定义,而且也是容易引起语词战争的,所以,将关于法律思考写作视为一种类似算数作业的“练习记忆”不仅不会惹是生非,更是可以滋生平常心态。“法学作业”的语词使用,是种小词表述,没有野心没有雄心同时没有“居心”。重要的是这种语词使用可以展示对法学与法律进行思考的点滴行进。学术至少是需要从点滴开始的。我自己依然需要点滴进步。

编入这本书中的文章,写作有年,可以追溯到许久以前。我将其分为四个部分。

第一部分是“看书”。“看书”意味着看书者的模仿、积累、补充、调整。另一方面,用大家现在熟悉的阐释学话语来讲,在“看书”的时候,看书者难免会有“想法”或者难免“跃跃欲试”,而且,阅读实质上是阅读者和阅读对象之间的交流,从来是不大可能出现洛克式“思想白板”的接受的,所以,“看书”的结果就是写下阅读感受,如果,纸笔已经备好备下。编入“看书”部分的文章,其所瞄向的对象既有外国学者的著述,也有中国学者的著述,既有纯粹学术的著述,也有普及号召的著述,当然对我自己来说这些文章都是“有感而发”的。在这里有一点是一定要交代的,也即阅读注

定是兴趣引导的,于是,作为写作对象的著述被印入了我的兴趣痕迹。的确,这些著述在很大程度上对我是个激励,使我思考,使我兴奋,而且其本身也是首先挑起我的兴趣的,因而我就在思考、兴奋之后产生了下笔的念头。当然,缘自“看书”的阅读感受,总是主观性的,换言之,总是“从小写的‘我自己’”出发的,这就难免出现常言所说的“误读”。好在“误读”与“确读”之间的界线并不那么清晰而且难以断定,所以,阅读感受是允许自由的,只要言之有物。我是这样想的。

编入本书第二部分的是“写字”。“写字”既是写下阅读感受的一种表现,也是阅读感受的一种延续。“写字”部分主要集中了我的一些“感想”。“感想”并不一定针对特定的文字文本,但是肯定针对特定的“对象文本”,如果“文本”一词是可以稍做涵义宽泛使用的,可以指称社会现象,自然包括法律现象。有时游历域外就会产生感想,有时思考中国当下也会产生感想,当然有时还有遭遇其他“对象文本”随之产生感想。但是,基于专业的缘故,这些感想主要表达了对“法律问题”的“想像”。我总是认为法学从业人员难逃立场的设定,法学表达终究是立场的表达,法学人员与法律人员是非常类似的,都要进入实践的参与,而且实际上法学人员极为可能是以某种特殊的方式参与法律实践的,并且在这种实践中表达意见、发布好恶,宣称“学术中立”在法律语境中是困难的,在法律语境中“学术中立”其本身就是立场的表达,毕竟法学思考最终和具体的法律斗争是要勾连的,法学思考是在法律斗争中升发的。因此,“写字”部分可以视为我自己的法律立场的一种展示,尽管其中叙事方式可能不是“法学行业”的,而且所表达的内容可能是有疑问的,是需要接受他者批判的。

第三部分是“思古”。显然,在文字上“思古”已经表达了这部分内容是针对过往传统而言的。20世纪90年代末期,我在《南方周末》和《法制日报》上以专栏方式撰写了关于中国法律传统的一些小文。那时我对中国古代法律问题颇有兴趣,当然主要是想打开自己的阅读视野,看看中国古代法制传统中究竟有些什么内容可以促使自己重新思考“普遍性”的法律意义。小文通常来说是以“故事”开始,以“想法”结束。这种方法其实是非常老套的,难说有何新意。但是,报刊文章要求具有特定的写作方式,读者群体的“耐心”也是需要考虑的,用经济学的术语来说,阅读需求

决定了写作供给。当然,用“故事”方式讲述法律问题,也有特别的意义,有时可能是必须的,因为,法律问题的解决从来都是具体的,不容大词式的理论总是“横行霸道”。我相信中国的法律实践甚至古往今来的一切法律实践总是从解决具体问题出发的,套用人们熟知的言辞来说就是“法律是务实的”,于是,运用“故事”手段解决法律思考问题也就产生了实用价值。“故事”是具体的,是在微小语境中展现法律斗争的,而且是在微观中搭建法制结构的,可以使阅读者更为直接干脆地进入“问题域界”。这样看来,文学性的“故事叙事”是可以提供法学作业平台的,同样可以催生、刺激、挑动法学思考的。在这些小文中,我有一个想法,那就是有些法学问题是有共性的,不仅古人遭遇过,而且今人也要面对,法学问题不一定总是“地方性的”或者“地方化的”,尽管解决法律问题的具体方法难免是“地方”的。在“思古”部分中,读者可以发现这点。

第四部分是“忆我”。这部分有些类似日记,是一段时间以来自己写的序言、后记、“自我推销”式的简介等,可能有些“矫情”的痕迹。重新将其编入本书,一是为了记住、提醒、告诫自己,自己依然是需要继续做法学作业的,自己的法学依然是“幼稚”的,二是为了让读者更为清晰地知道本书作者的某时某刻的写作起源。日记的一个功能就是提供日记作者的某种私下动机、做事策略、想像展望,更为重要的是“暴露”日记作者的一些也许颇为“见短”的思想软肋。不过,即便是日记化的“忆我”,依然和法学问题有着关联,有时这种关联是更为直接的。在“忆我”部分,读者可以更为直观地看到本书作者的问题,特别是关于法学作业是否及格的问题。“忆我”还有一个特别的希望,也即希望读者不吝赐教,假如读者有着闲心、兴趣和时间。

至于本书的小字副题“寻找与回忆”,是自己法学作业路程的心态表达,以后也将是自己的心态坐标。我从来不怀疑一个人是在寻找与回忆中度日的,包括自己的行当作业。

最后,感谢法律出版社蒋浩先生的厚爱。感谢你的鼓励。

刘 星

2004年8月30日于广州

目 录

自 序	1
-----	---

看 书

法律为何简约，何为简约 ——读《简约法律的力量》	3
政法实践的故事 ——读《政法笔记》	22
奥斯丁的“法律分析” ——读《法理学的范围》	28
怎样发现社会中的法律 ——读《法律的概念》	39
走进现实的法律生活 ——读《送法下乡》	67
追踪法律的效力 ——读凯尔森的《法与国家的一般理论》	85
雄辩，以及法律中的雄辩 ——读《法庭之王》和《哈佛雄辩》	87

花生仁儿	90
——读《印第安人咒语》	

民众之中的法	93
——读《今日说法》	

“漂亮”的书	96
--------	----

写字

从《水浒》的翻译看	101
-----------	-----

有产阶级的法律	106
——新游学纪闻在美国（一）	

意识形态的分裂	111
——新游学纪闻在美国（二）	

域外沉默权一瞥	117
---------	-----

小额官司	124
——几类思考的理路	

村学乡学	134
——一种乡村制度的话语构建	

读“听来的故事”	143
——掀开现代性法律的另一面	

法治现代化的陷阱	149
——20年回顾反思	

90年代的“打土豪”	153
------------	-----

“禁烟”运动	155
--------	-----

“安乐死”的两个说法	157
------------	-----

法与“小人文化”	159
单身女性：只要你觉得快乐	161
 思 古	
两类故事·法治	165
“讼棍”	167
怎样“讲”权利	169
杜周	171
理与令	174
法律的详密与简约	176
教化	179
宽猛相济	181
怕火不怕水	183
丝绢的断法儿	185
“拔刀相助”或“狗拿耗子”	187
遗嘱的解读	189
人才问题的棘手	191
临刑赦免	193
打虎的陈文伟	195
审判里的冲突原则	197

海瑞	200
另一种证据	203
追问证据	205
搁置	207
家产就这样分了	209
是媳妇儿还是小妹（上）	211
是媳妇儿还是小妹（下）	213
借魂儿助法	215
去巫邪的办法	217
有嫁无婚	219
法的文字与功效	221
“大门”和“犬门”	224
“飞”与“非”	226
“清官”的再议论	228
顾左右而言他	230
槐树·猪腿	232
“父母官”和“公仆”	235
法·人·权	237
《幽闲鼓吹》里的张延赏	239
“厌讼”	241

调解和判决	244
家族的小辈与长辈	246
罚盗	248
父子相隐	250
情的“差序”	252
官民有别	254
烹小鲜	256
老子与韩非	258
成功的秦国与失败的秦朝	260
女人的小脚	262
童养媳	265
国法与家法	267
为什么要琢磨古人	270

忆 我

语境与法律民主	275
——《语境中的法学与法律——民主的一个叙事立场》代序	
法治运作有个“背后”	278
——《法律的隐喻》自序	
知其所以然	280
——《西方法学初步》自序	

“形而下”与“形而上” ——《西方法学初步》后记	282
知识和智慧是一个硬币的两个方面 ——《中国法学初步》自序	284
零敲碎打，散兵游击 ——《古律寻义》自序	286
有别于“打一枪换一个地方” ——《古律寻义》作者小传	288
大题小做 ——《古律寻义》后记	291
“叙述者”和“阅读者” ——《法理学导论》自序	292
巧妙运用权利 ——《商务官司锦囊》自序	294
翻译错误难免 ——《法理学的范围》译者说明	295
迅速“进入状态” ——中山大学法律评论（第五卷）主编小记	297
兵：共和国五十年身边事	300
用通俗的方式写有用的东西	302
法治的文化基础（法治三人谈）	303
法律的最终立场（访谈录）	306



看书

法律为何简约,何为简约

——读《简约法律的力量》*

在今天的法律世界中,存在着一个人们熟视无睹的现象:不断增加法律规定、细化法律内容。以中国程序法制建设为例。20世纪90年代以来,中国对相关的民事诉讼法和刑事诉讼法倾注了极大的精力和努力,我们在刷新、修订了这些诉讼法的时候,还不断推出最高人民法院的微观解释和微观规定,直到今天都是如此。如果非要预言的话,那么,可以认为在未来的相当一段时期甚至更长的时间里,我们还会而且必将看到类似这种程序法制作的中国法律生产。我们当然可以认为,这是转型期中国法制建设只能面对的现实,越是转型时期越是可以发觉这是自然而然的,因为,在转型时期出现的问题、矛盾肯定使人目不暇接。但是,不仅中国法制建设是这样的,而且号称法制颇为发达的并且已处于定型时期的美国也是这样的。虽然美国并不一定面临着程序制度“细节公式”缺席的困境问题,然而,其在其他领域比如环境保护、社会救济、社区安全还有其他数不胜数的领域内面临着同样的困扰,美国在这些领域中的法制建设同样是“乐此不疲”的。其实,这样看来,我们完全可以从更加广域、更加普适的角度看待这里的问题。换言之,不仅是转型期的中国法制,不仅是定型期的美国法制,当今处在其他任何时期任何时代的各国法制,都存在着不断更新换代、填加“补丁”的完善法律规定以及法律内容的行动谱系,毕

* Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. 理查德·A. 爱波斯坦:《简约法律的力量》,刘星译,中国政法大学出版社2004年版。本文为译序。

竟,不论什么时候,任何社会总要面临新的挑战和新的问题。

那么,如何理解法律的这种广泛的“可持续发展”呢?

这是美国法律学者理查德·A. 爱波斯坦的《简约法律的力量》所提出的一个问题。

—

一般来说,人们总是希望实现至善至美的公正,这是理解法律制度不断发展的一个角度。《简约法律的力量》指出:

希望在具体案件中实现公正,是促使法律制度积极运作、不断发展的最为强劲的动力之一。具体案件,是法官和管制者必须面对的。在具体案件的语境中,人们制定而且适用了大量的法律。在处理具体案件的过程中,法官或管制者,其法定作用和义不容辞的责任就是将一般法律适用于纠纷事实,作出正确的裁判。而公正的流产则是裁判结果中的一个错误,这个错误,从底部侵蚀着法律的道德权威,削弱了法律在调整人类行为方面的功效。因此,我们也就可以理解,为了避免这些不公正,为什么数量惊人的资源用于了法律程序的发展。这些程序规定着相关证据的提交方式以及相关证据的认定方法。^[1]

此外,特别值得注意的是,《简约法律的力量》指出,人们时常还有一个信念,也即相信“在小型、自愿结合性质的集团中可以发挥作用的复杂管理形式,在更为大型的、非个体化的社会背景中,依然可以获得同样的效果”。^[2]这是理解法律不断发展的另外一个角度。换言之,这种“相信可以获得同样效果”是促进法律不断发展的一个心理机制。“大多数个人,在大多数情况下,其生活背景是家庭和小型群体。一些极为细节化的

[1] Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995, pp. 37—38.

[2] Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, p. 37.

非正式规范调整着家庭和小型群体的活动”。〔3〕这样一种生活背景,不仅积养着人们的一般生活规则习性,而且激发着人们对自己熟悉的非正式规范在另外语境下位移依然可以成功的信心确认。用句类似审美心理学的通俗表述来说,在这里人们是容易发生“移情”的。在小型社群中,人们尽管有着种种矛盾,其他各种各样的不方便,但是总的来说是其乐融融的。当然,至关重要是,在小型社群中,人们可以发现“复杂”的各种各样微观的角色分工和权力配置。这种“复杂”,在小型社群中,几乎是不会遇到任何障碍的,相反倒是时常体现了令人羡慕的显著功能。当这样一种显著功能日积月累,为人熟知的时候,人们也就容易相信“这种功能”可以放之四海而皆准。

提出这样两种角度以期解释法律的“可持续发展”,其本身并没有什么特别令人振奋的地方。但是,如果深入对之加以分析,那么的确可以从中获得另外的认识和理解。

首先,考察一下第一个角度。

我们可以注意一个现象。在一般人的心目中,大致公正或者相对公正,其和真正的公正总是有距离的,甚至是相互背离的。试想一下,在分一块现代正义理论反复举例以期说明问题的“蛋糕”的时候,一个人是18岁的青年,一个人是8岁的少年,如果因为18岁的青年其自然肌体需求较大从而分配较多份额的蛋糕,反之,因为8岁的少年这种需求较小从而适量减少,那么,如此分配对个别人偶尔来说基本上属于可能的一种大致公正或者相对公正,从而也就是可以接受的,将其视为真正的公正也是不过分的。但是,假定在公正问题相当认真而且总是进入具体公正权衡的实践语境,则通常人们不是这样看问题的。如果18岁的青年是女性、娇小玲珑的,8岁的少年是男性、“体格超长”的,仍以肌体需求大小作为标准,为什么要这样分配蛋糕?如果18岁的青年已经饱食,或者面对蛋糕之际根本就是厌食的,8岁的少年没有饱食,或者就对蛋糕情有独钟,仍以肌体需求大小作为标准,为什么也要这样分配蛋糕?如果18岁的青年就是情操高尚,坚决要求分给8岁的少年同等的甚至更多的蛋糕,仍以肌

〔3〕 Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, p. 42.