

法学阅读

刘星 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刘星·著

法学阅读

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

法学阅读 / 刘星著. — 北京: 中国法制出版社, 2015.6

ISBN 978-7-5093-6532-8

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 145314 号

策划编辑: 刘 峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑: 王天颖 (tianying1029@126.com)

封面设计: 蒋怡

法学阅读

FAXUE YUEDU

著者 / 刘星

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 × 1230 毫米 32

印张 / 6.5 字数 / 160 千

版次 / 2015 年 8 月第 1 版

2015 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6532-8

定价: 29.80 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.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66034985

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)

自序

这本书主要由若干法学著作的阅读评论组成。交代几件事情。

第一，其中有些内容曾是《法学作业》（法律出版社2005年版）的一部分，现挑选出，另附加少许。这些内容可以独立成书，因为它们是典型的法学阅读。显然，法学阅读是对法律的“阅读”，却首先常是对法学本身的“阅读”。一般看，读书总是有目的的，有选择性还有偏好，从拿起一本书开始就无法逃避价值判断的控制，所以阅读后的思考总会有大致的一个逻辑，而这个逻辑表明了系列阅读后的组合有可能有潜力成书。

第二，因为偏好，故本书内容不回避“主观性”，甚至乐意展示。也因此，本书也可视为表达了作者的一些法学主张。

第三，如今法学著作规模十分壮观，学术生产的欲望已经最大化，这对法律与法学未尝不是好事。即使观点各异，使人眼花缭乱，甚至让人觉得良莠不齐，阅读对象的丰富依然是思想启发的必要条件。就此而言，加之上述“主观性”，本书不可避免地存在偏颇。

第四，本书评论涉及的某些著作，其版本常是初版。似应依据最新版本再修订。但基于以下两点可暂缓：其一，版本还会再更新；其二，评论时间和版次时间相对应，也不失其意义，因为语境或许更相容，或许更存“同情”的理解。当然本书依次注明了现在的各种新版本，感兴趣的读者可查阅。

最后，要特别感谢中国法制出版社和该社编辑刘峰先生，缘其鼓励、支持本书的出版，这是一份厚爱。

期待读者的批评、指正。

刘星

2015年春于北京

目 录

“漂亮”的书 / 001

政法实践的故事

——读《政法笔记》 / 007

走进现实的法律生活

——读《送法下乡》 / 017

解读本土法律文化的一种独特方式

——读《法治及其本土资源》 / 051

研究中国法律教育之路

——读《中国法律教育之路》 / 058

法律为何简约，何为简约

——读《简约法律的力量》 / 069

奥斯丁的“法律分析”

——读《法理学的范围》/ 103

追踪法律的效力

——读凯尔森的《法与国家的一般理论》/ 124

怎样发现社会中的法律

——读《法律的概念》/ 128

雄辩，以及法律中的雄辩

——读《法庭之王》和《哈佛雄辩》/ 180

花生仁儿

——读《印第安人咒语》/ 186

民众之中的法

——读《今日说法》/ 191

“漂亮”的书^{*}

将“漂亮”两字用引号夹住，已表明其意思在这里不是常解的含义。现在的书，都做得漂亮，不论外表装潢还是内里排版，都要有醒目的地方，更有趋势者为图文并茂，不然，真是难以抓住走进书店的人的眼睛。书的视觉效果越来越是第一位的，而且“出位”，书商 21 世纪的做书战术底线是：不能淹没在书海中。

只是漂亮总有区分。此一漂亮和彼一漂亮终究不同。书的内容好看，也是一种“漂亮”。我不认为书的包装漂亮一

^{*} 原载《南方周末》2004 年 5 月 13 日 D30 版。

定低于内容漂亮，前者也是陶冶情趣的方式，为培养适度“布尔乔亚”的人文精神所必需，有如找情人不能光找心理美一样，但是，我的确更喜欢书的内容“漂亮”。

当然，不论怎样的“漂亮”，都是一种时尚。这是说，“漂亮”也有语境化的问题。我们难免是在一个特定时空里来欣赏它，谈论它。说一本书漂亮，甚至说最喜欢它，一定是指特定时间个人的一种感受。一旦条件发生变化，比如，社会公众的思想嗜好发生了变化，你的思想嗜好，还有我的思想嗜好，发生了变化，“漂亮”的感受也会发生变化。于是萝卜白菜偏好的对峙就出现了。这是时尚的特点。

说三个例子。

多年前，就看过冯友兰先生的《中国哲学简史》。这本书原是英文，为美国学生了解中国哲学而作，是为“导论”，后翻译成中文，相信一直到现在都是学生手里及学界的畅销书，毕竟，近来就连资讯最发达的大众网站都相继报道，又有新译本出来，而且以往销量已是了得。这本书就是内容“漂亮”。当时我是至为喜欢。

《中国哲学简史》写得流畅，一读起来，就能被牢牢地吸引住，期待一口气翻完，不能停下。其中首要的部分就

是讲中国哲学的精神。讲“一种精神”，是很大的企图，对学问者来说尤其如此。可是大企图容易走飘，在有限的“简史”“概论”之类的文本空间中，一不小心就会空洞，变成想遭人瓦解都没法被人瓦解的宏伟叙事。而《简史》干得牢实，可谓星星之火步步燎原。《简史》其余部分，分讲中国哲学的若干基本派别的思想，自然同样是伸缩自如。作为一种导论，读者定位又是外国学生，这就需要写得易理解、好阅读，当然还要有“想法”，也就是要有点有道理的“想法”，因为，有品位的学生不仅想知道一般性的知识资讯，还想知道推理、体会智慧，以从中摹仿一二。冯先生是哲学家。哲学家写哲学史和“档案家”写哲学史，自是有所分别。

这是第一个例子。

第二个例子是美国法学家德沃金的《法律帝国》。我读这本书一小部分缘由是业内的任务，要从事法学研究。初读时，见英文本，也是多年前看的。当然现在依然时时“再回首”。记得前些日子，德沃金来中国，随从他到访的一位批判法学的领军人物凯瑞斯（David Kairys）对我说：“德沃金是 ghost（鬼）。”我问为什么，他就说：“反正是 ghost、

ghost……”凯瑞斯倡导法律的批判理论，其意思是，要好好看看法律到底是什么货色，那可是资产阶级的意识形态，对老百姓不是什么福音，研究法律首先是要站稳阶级立场，“先红后专”。而德沃金讲的是所谓自由主义法律理论，把法律说得像朵花儿一样，他说，只要在法律中把权利这一根本坐实，“认真对待权利”，法律的魅力可是无法估量。两人相互之间当然是要较劲的。不过，“ghost”在凯瑞斯那里还有“出神入化”的意思，虽说立场各异，但学问还是有个佩服与否的标准，而凯瑞斯佩服德沃金的论说能力，固有“ghost”一词的多义使用。

《法律帝国》说法官是法律帝国里的王子，重要得不能再重要了。从法官自身的角度，从法官的审判活动，德沃金娓娓道来法律的肌理。有意思的是，通过爬梳整理，一步一个脚印，以小见大，他居然可以将法律说成“富有弹性”的制度 ghost，其中包含了规则、原则、学理，还有政治道德。我们都说法律是一类规则，但德沃金就可以论证得让你信服法律不单是规则，更重要的是另外一些需要靠思考推理才能获得的理论和理想。这本书真像一棵树，有根，有枝，还有叶，有层次地伸展、开放，读来也是“漂亮”。我开始

读的时候，当然是那个特定时候，的确觉得这书是极品。

这本书也有中文本。

再一个例子是《柏拉图对话录》。读《对话录》，你会发现各种人物的对话，都很有意思，一来一往，互赠学问，而且没完没了。那是一种到现在都还有人要模仿的叙事体。对《对话录》，评论的人太多了，并且常是专家，我这里只提一点。这就是我以为其中最有趣的地方也许是“理论的想象”。有人说理论是可以推论出来，只要有经验和推理前提。这没错。不过我倒觉得“想象”有时对理论是更重要的。固然应该说，一个人可以“想到”“说道”“谈出”什么理论，另一个人不行，但是，就像有人可以想象出一个世界而另外一个人不行一样，我们也能说一个人可以“想象”出一些理论，另外一个人缺这个能力。不然，我们就难理解为什么《对话录》中的推论可以不断延展，没完没了……理论之间的关系，我以为，有如字词之间的关系，像无限的网可以编织在一起甚至可以交互续接，而真要编织续接在一起，是一定要有想象力的。这也是我从前一段时光里的最为深切的感受。

于是，先要让人觉得有“想法”，次之有“伸展”，接下

来就是带上“想象”。它们都是书之内容的漂亮。人人都爱漂亮，既然漂亮就会喜欢。编辑说，写写你最喜欢的几本书。我觉得前面几本书“漂亮”，故将其奉为特定时间里的最喜欢者。其余就要听高人的了。

政法实践的故事

——读《政法笔记》*

《政法笔记》出版了。^①作者，旅美学者冯象。^②21 世纪的第一个年头，《读书》杂志设一专栏，名叫《政法笔记》，主持者就是冯象，缘其对法律的深刻理解和撰述“法律故事”的绝佳文学技艺。近些年来，学界甚至其他领域的读者，对《读书》有些微词，但《读书》宽以待人同时“我行我素”，从而，好文依旧不断，《政法笔记》即是其一。

* 原载《南方周末》2004 年 4 月 1 日 D30 版。

① 江苏人民出版社 2004 年版；北京大学出版社 2012 年增订版。

② 现为清华大学法学院梅汝璈讲席教授。

取名“政法”，可能会造成一些误解，有如作者自己所
说，中国“政法战线”“政法干部”之类的语词使用层出不
穷。这样，此一“政法”嵌入彼一“政法”，自然易引发不
断的融合想象，以为又一“政法作者”加入了红色战斗行列。
然而，细细想来，翻读《笔记》，可能没有人会怀疑中国法
律实践，甚至西方法律实践，从来都是政法式的。故而，问
题不在于是否“政法”，而在于怎样“政法”，也就是怎样
成为“政法实践故事”的观察者、写作者、参与者（红色
与否则是另外的问题），从而使自己成为独特的“政法”风
景线。

—

为理解《笔记》论及的“政法”，应当知道法律实践和
法学实践中的一个“老账目”。

从《政法笔记》头篇文章刊出，至其成书出版，中国法
治建设中出现了许多令人不断思虑甚至忧虑的问题，择其轰
动而又影响深远者，如孙志刚、李慧娟、刘涌之案件，还有
屡禁不止且愈发疯狂的官吏腐败。大家知道，中国从来都有
文本的法律，堪称颇为详尽，言之凿凿，但是，法律文字一

旦进入生活实践就变样、变味、变戏法了，不知为何总和常人理解的相去甚远，就连部分法官和律师之类的“法共体”（法律共同体简称）成员，也白天街头为民“有一说一我是严守一”从事法律文字咨询服务，晚上则在“手机通话”后，相继躲进“黑色法律交易的夜幕”。

这是什么问题？

有说，这是有令不行有禁不止，简称执法司法不力。民间谓之腐败。有说，这是执法司法素质不高，故而应该提高法学教育，教育之中除了业务培训之外还有职业道德提升。专家谓之提高门槛。有说，法律文字还是不够详尽，应该继续开会、讨论、制定、发布。民间和专家都谓之健全制度。还有说，监督不够，权力集中，应该建立有效的“循环人盯人”机制。人人谓之相互制约。

这些说法，都暗含了一个假定：法律文字和法律实践走上了方向不同的道路，故而，我们必须看到“本本法律”和“行动法律”的区别。于是，变样、变味、变戏法的问题，就成为了法学学问中经典的“说一套（本本中法律）做一套[行动中法律（尽管这法律有时称潜规则更合适）]”的问题。在作这样理解的过程中，法律职业人士当然包括法学家，也

就开始不断地争论立法与司法、效力与实效、国家法与民间法、“本本法律”与“行动法律”的关系，有时还相互叫板，当然，也有研究策略制定方案的，对之整理以备后用。接着，法律实践法学文字本身的书写也就记录下了日日重复、天天盘算的“老账目”。“老账目”里虽有日期更新，却少有新鲜记载。

《政法笔记》试图切开我们认识法律实践的又一途径，从侧面展开游击战、运动战，重新开启“中国革命”的政法实践故事，同时，清算一下老账目。

本书作者有这样一个认识：法律是政治的晚礼服，或者是时常需要写真的新衣服。^①这意味着法律多半是个装饰性的理由：没有它不行，有它也是为了拿来说事。对于包括法学家在内的法律从业者来说，当然还有常人，这可能有些残酷，法律怎么可以是用来装饰的？

我想，我们也许是可以这样看问题的。这需要一层道理。

在出现问题后，譬如前面提到的孙志刚、李慧娟、刘涌的案子，以及官吏腐败，人人都会想到法律，更准确地来说

① 冯象：《政法笔记》，江苏人民出版社2004年版，第3、146、157页。