

# 法律是什么

二十世纪英美法理学批判阅读

刘星 著



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刘 星 石

# 法律是什么

二十世纪英美法理学批判阅读

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目(CIP)数据

法律是什么：二十世纪英美法理学批判阅读/刘星著. —修订本.

—北京：中国法制出版社，2015.7

ISBN 978-7-5093-6450-5

I. ①法… II. ①刘… III. ①法理学—研究—西方国家

IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第127196号



策划编辑：刘 峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑：靳晓婷 (tinajxt@126.com)

封面设计：蒋 怡

---

## 法律是什么：二十世纪英美法理学批判阅读

FALŪ SHI SHENME: ERSHI SHIJI YINGMEIFALIXUE PIPAN 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毫米 × 1230毫米 32

版次 / 2015年8月第1版

印张 / 13 字数 / 300千

2015年8月第1次印刷

---

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-6450-5

定价：36.00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.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66054911

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)

## 精装修订版序

至 2015 年，中国的西方法理学研究已有很大发展，后来年轻学者对此作出了重要贡献。当然，这一研究的一个突出表现是，越来越多的年轻学者不是单纯研究“西方”，而是在中国研究中不断调动“西方”，将“西方”融入中国问题。这是一个真正的世界学术意识的深入。中国自然有中国的问题，但中国现在也是“世界的一部分”，在某种意义上看，只有更自觉地理解为何是“世界的一部分”，才能更好地理解中国问题为何是中国的。我们的西方游学正在迅速扩展，西方阅读正在跨越先前，西方翻译正在全面推进，西方交流正在锐意深化，甚至在某些时候，西方文献的直接阅读、引用、挖掘、与之互动，将之视为我们母语的一个“新鲜元素”，随着语言不再是也不甚可能是障碍，正在变得亢奋崭新。所有这些，使得“中国问题”与“世界”有机联系起来变得更加乐观。

本书写作时，即有如此的期待，尽管这是近 20 年前的事情了，尽管写作之时不免幼稚。

本书初版之际，我在中山大学法学院任教，而本书修订版之际，我已来到中国政法大学法学院任教。时隔多年，我仍持续思考本书的问题。即使不断写作其他法学主题，这些主题依然或多或少与本书的思考有着关联，也可认为是本书的另外形式的“继续实践”。由此，两所大学实际上形成了本书写作的语境支持，需表谢意。

现在，中国法制出版社及该社编辑刘峰先生希望出版本书的精装修订版，作为作者，我甚是感动，我必须感谢这份厚爱和鼓励。另外，我应特别感谢本版责任编辑靳晓婷，她为本版的严谨完善做出了巨大努力。我期待本书能继续接受阅读的检验。

作者

2015年春于北京

## 修订版序

本书曾在广州、北京出版，是十年前的事情了。十年前已为上  
个世纪，而本书正是对上个世纪——20世纪——英美法理学的一个  
扼要研究。现对修订版做些说明。

此次修订，主要是技术处理，使其规范和现在的要求相符。对  
于行文内容和文献参考大致不做调整。所以大致保留了原有的行文  
内容和参考文献，特别是前者，首先是因为，写作的当时信息情境  
需要保留下来，那时的感受、感觉、感悟等完全属于那时的“当下”，  
维护写作者和被写者的对应关系是有意义的，而意义则在于“也许  
能够尽力反映其时的知识状态”。用现在的眼光描述过去，我们通常  
不会否认，总是等于在讲述今天的知识故事。也是因此，保留过去  
的知识状态是为了清晰地理解现在的知识状态与过去存在的差异。  
对于法律、法学行业来说，由此我们可以知道法律理解、法学认识  
等是如何“历史的”，“情境的”，而非永恒不变的，同时不可能、不  
需要是永恒不变的。换言之，当时的知识理解和现在同样重要，接

下来使我们得以追问：为何对于法律法学而言可以甚至应当产生不同的知识理解？

大致保留原有的行文内容和参考文献，特别是后者，其次是因为，一些作为被写者的思想家进入新的世纪，修正了原有的思考，但修正后的新思考尽管十分重要而且十分可贵，尽管呈现了新的洞见，依然是跨出了 20 世纪。本书写作目标不是作为现实个人甚至某些群体的思想的演化路线，而是作为话语整体的思想的互动踪迹，并且是一个特定世纪内部的互动踪迹。将个人甚至某些群体作必要的历史定格、历史限制，对于思考法律话语的特定的“整体时代”颇为有益。何况个人甚至某些群体当时的思想，本身就是其时代整体话语的一个组成部分。这意味着，研究个人以及某些群体的思想的演化路线，是另外的写作策略，与本书存有不同。

本书的问题起点、思考缘由、运作设想，《初版序言》《再版小序》和《初版后记》均有交代。

对于本版，要感谢法律出版社，特别是该社刘彦泮编辑，在殊为重视经济效益的今天，出版纯粹学术著作是有风险的，多少有些使人踌躇，但她展现了支持。当然，学术著作——特别是人文社会科学的著作——也应可读，调动翻阅兴趣，否则意义又是有疑问的。就此而言，依本书的过去表现，希望并且相信本书不会令人过于失望。

作者

2008 年冬于北京

## 再版小序

我总以为，从当下人们习以为常的话语出发，通过不断地循序渐进地爬梳整理分析剥离，自然而然导向一个新结论或新话语的起点，这，应为一本书的上乘境界。今日提起此点，既是本人自勉的许久期待，也是对《出版序言》中想法的一个补充。至于本书是否做到了，不敢夸口妄言。

1997年5月本书初次出版于广州。时隔一年，在北京再版了。这要特别感谢北京大学法律系贺卫方君和中国政法大学出版社丁小宣君的鼎力相助。中国政法大学是我的母校，十年前的三载研究生生活，历历在目。十年后，以一种特别方式——出版著述——重返母校，别有一番感慨，这或许是那三载结下的永久之缘。另外，要感谢北京大学法律系沈宗灵教授。当年，作为中国政法大学研究生院兼职教授，沈老师指导了我的学位论文。其为人学，使我获益匪浅，更使我终生不能忘却这句话：学无止境。依此来说，本书既是一个过去的小结，又是一个未来的开始。

作者

1998年春于广州



## 初版序言

阅读者，总是在特定语境中和特定知识状态中进入阅读的，因此，任何一种阅读都是批判（或批评）式的阅读。

当下，国内“阅读”西方法理学（包括英美法理学）的作品已不鲜见。然而，其似乎仍然存在着两个缺憾。透过作者的“视域”再去阅读西方法理学时，一般读者，总会发觉其中的学说理论实在难以理解。为什么西方学者会如此思考法律？为什么在一般读者看来“如此简单”的问题，如“法律是什么”，在他们那里会有“如此复杂”的论说？换言之，中国语境的一般读者，似乎很难在作者的“视域”中进入西方法理学的语境，这是其一。其二，与这一问题密切相联系，一般读者，似乎很难在阅读时展开学理的批评对话。即使有时知道西方学者的许多理论，但仍然无法像在中国语境中相互论辩那样，与之进行学理的较量。作者的“阅读”，时常是学说的“评介”，而“评介”总是缺乏理由的挖掘、理由的分析、理由的对话引导。这自然易使一般读者知其然而不知其所以然，无法进入更深的

批评。

本书尝试弥补这两个缺憾。

语境的“融合”，是首要的问题。在本书中，作者将努力使一般读者在自己的“知识状态”下进入英美法理学的语境。一般读者，总会对“法律是什么”有大致的观念，幸运的是本书作者与一般读者具有同样的“知识状态”，这使作者与读者共同走进他人语境得以可能。更为幸运的是，20世纪英美法理学的发轫点，正与我们的大致观念有着对应关系。当以本书方式进入英美法理学时，一般读者或许会理解，为什么他人会有“如此复杂”的论说。另一方面，本书作者以为，批判阅读的刺激源可能正在于首先对自己接受的理念产生疑问。在进入语境，同时对自己的观念开始反省的情况下，才会更有动力找寻、挖掘他人成说的理由。依此，本书将时常进行这样的反省。

20世纪英美法理学的各种理论，都有本身的学理根据。它们之间的不同或争论，与其说是观点设想的交锋，不如说是学理根据的对抗。就此而论，真正的批判阅读，应该是理由层面上的追寻与辩驳。理由的分析与把握，可使阅读不仅知其然，知其所以然，而且更为重要的是，在明晰理解的基础上进行深层次的“交往与对话”。本书作者，试图在这一层面上梳理20世纪英美法理学，让不同的学理根据呈现、交流，让读者的批判阅读在这一层面上展开、深入。

这一尝试是否有益是否成功，有待读者的评判了。

作者

1997年冬于美国俄亥俄州哥伦布

## 初版后记

本书算是完成了。将一本不到 30 万字的著述的副题叫作“二十世纪英美法理学批判阅读”，可能有点井蛙观天、以偏概全。其实，20 世纪英美法理学的文献可谓浩如烟海，对其逐一审视分析肯定不是一本甚至多本著述所能完成的。但是，笔者相信，任何一本关于 20 世纪英美法理学的著作恐怕只能如此作罢。这是因为，一方面，我们总会认为 20 世纪英美法理学的某些观念是较为重要的，另一方面，我们总是在当下语境或特定知识状态下进入思考的，并由此选定哪些理论观念是较为重要的。

批判阅读，无疑是在审视分析时融入批判阅读者自身的理念，并从一个侧面阐发批判阅读者本身的思想诉求。这样，在本书中，笔者自然会留下诸多自己的观念想法。这些观念想法或可商榷，或可批驳，也许它们本身还是肤浅幼稚的。这有赖于方家指点、纠正。

对于本书，另有一个小问题需要说明。本书没有按国内常规那样将所述法学家的生平及作品作一介绍。笔者认为，在许多有关

的书籍中，这些内容随手可见而且叙述得完整精确，无需笔者浪费笔墨。

最后，感谢日本 Sasakawa Peace Foundation 和中山大学法律学系为笔者赴美学习研究提供资助和机会，正是在美学习研究期间，笔者借助大量有益资料得以完成本书。此外，感谢美国俄亥俄州立大学法学院和该院 Daniel C. K. Chow 教授为笔者写作本书提供了直接具体的帮助。在美友人杨抗美、陈枫、陈如菊也为本书的写作提供了有益的帮助，杨苗燕女士曾参与了本书的文字校对和修改工作，在此一并致谢。

当然，最应感谢的是所有笔者参阅过的文献的作者。如果本书尚有可取之处以示学术意义，这首先应归功于他（她）们的博大精深。正是他（她）们精湛的论说，启迪激发了笔者的思想和勇气。

作者

1997 年春于美国芝加哥

# 目 录

## 引 言

### 第一章 实际存在的法律命令

- 一、法律是一种命令 / 018
  - 001. 命令、义务和制裁 / 020
  - 002. 历史中的法律 / 023
  - 003. 法律的连续性 / 026
  - 004. 对立法者的法律约束·法律制裁 / 028
  - 005. 法律的自愿内容 / 030
  - 006. 积极义务和消极义务 / 033
  - 007. 主权者和强暴者 / 036
- 二、区分实然法律和应然法律 / 039
  - 008. 法律的存在与功过 / 041

- 009. 实证观念 / 042
- 010. 自然法观念 / 043
- 011. 实证法律观念的实践理由 / 045
- 三、作为科学研究对象的法律 / 052
  - 012. 法律科学 / 052
  - 013. 经验分析 / 053
  - 014. 如何确定“法律制度” / 055
  - 015. 法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义 / 056
- 四、小结 / 058

## 第二章 行动中的法律

- 一、疑难案件 / 063
  - 016. 疑难案件的特征及原因 / 064
  - 017. 疑难案件中的法律推论 / 068
  - 018. 法院判决的最终性 / 070
- 二、法律与法律的渊源 / 072
  - 019. 法律适用者的解释即为法律 / 073
  - 020. 法律的渊源 (sources) / 074
  - 021. 法律适用者解释的效力 / 075
  - 022. 法律规则和法律的具体判决 / 076
- 三、法律是一种预测 / 077
  - 023. “律师”的预测 / 077
  - 024. 坏人的视角 / 079
  - 025. 预测的约束作用 / 080

026. 好人·法官·预测 / 081
- 四、行动中的法律 / 083
027. 虚构的法律规则 / 084
028. 作为具体判决的法律 / 085
029. 行动中的法律及其不确定性 / 087
030. 疑难案件与法律适用者的复杂推论 / 088
031. 法律适用者的态度 / 089
032. 法律适用者的推论与法律规则 / 091
033. 具体判决·强制·法律规则 / 092
034. 法律具体判决的最终性 / 093
035. 法律的阅读与理解 / 096
- 五、实用主义精神 / 098
036. 法律与社会的需要 / 099
037. 实用主义和法律的正当性 / 101
- 六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律 / 103
038. 实然与应然·法律社会学 / 103
039. 内容不确定的法律知识 / 104
- 七、小结 / 106

### 第三章 官员统一实践中的法律

- 一、规则的内在方面 / 112
040. 习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式 / 112
041. 规则的内在方面和规则的存在 / 114
042. 内在方面·法律权利·积极义务·法律规则 / 115

043. 对待规则态度的种类 / 117

044. 内在方面与义务 / 119

045. 义务与规则 / 120

## 二、次要规则 / 122

046. 法律规则的种类 / 123

047. 三种次要授权规则 / 123

048. 承认规则的作用及其存在方式 / 125

049. 次要规则的法理学意义 / 126

050. 承认规则与法律性质（或效力）的来源 / 128

051. 区别法律制度与其他社会制度的要素 / 130

052. 法律适用者的实践与承认规则 / 133

053. 制定法及判例中蕴含的原则、政策及政治道德准则的  
形成机制及运用·承认规则 / 136

054. 法律的存在与官员 / 139

## 三、规则的确定性与模糊性 / 142

055. 意思中心与开放结构 / 143

056. 规则的确定性与模糊性 / 143

057. “意思中心”·规则的存在·法律的客观性和普遍性 / 144

058. “意思中心”与法律适用者的争议 / 146

## 四、法律与道德的分野 / 147

059. 最低限度内容的自然法 / 148

060. 广义的法律观念和狭义的法律观念 / 150

061. 法律与道德在事实上和概念上的联系 / 151

062. 道德选择的困境与两种法律观念 / 153

063. 法律理论的研究 / 155



- 五、法学是一种客观的法律知识 / 157
  - 064. 日常语言的正常用法 / 158
  - 065. “出处”“形式”“结构”与“目的” / 160
- 六、小结 / 163

## 第四章 解释性质的法律

- 一、“理论争论” / 169
  - 066. 法官的不同意见 / 169
  - 067. “理论争论” / 172
  - 068. “理论争论”的法理学问题 / 173
  - 069. “理论争论”存在的实践前提 / 175
  - 070. “理论争论”·识别功能的标准·日常语言的正常用法 / 176
  - 071. “隐含法律”的特点及理论渊源 / 178
  - 072. “隐含法律”概念的功效 / 179
  - 073. 隐含法律·法律的确定性和可预测性 / 180
  - 074. 隐含法律·法治·正当性 / 182
  - 075. 隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案 / 182
  - 076. 隐含法律存在的理论根据 / 184
  - 077. 隐含法律存在的现实根据 / 185
  - 078. “理论争论”表现的是“实然”还是“应然” / 187
  - 079. 理论争论与疑难案件 / 190
- 二、法律的解释性质 / 193
  - 080. 解释的微观形态——“建构性的解释” / 194
  - 081. 解释的宏观形态——解释的“树形结构” / 195