

What's

Law



HOBSON SPRING CHAIRS

ADAMS, P. M. SMITHELL

Beam

刘星 著

法律是什么？

二十世纪英美法理学批判阅读



广东旅游出版社

LAW



法律是什么？

刘星 著

——二十世纪英美法理学批判阅读



广东旅游出版社



法律是什么？

——二十世纪英美法理学批判阅读

刘星 著

★

广东旅游出版社出版发行

(广州市中山一路30号之一 邮编: 510600)

番禺市石楼官桥彩色印刷厂印刷

850 × 1168 毫米 32 开 11.25 印张 260 千字

1997 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 3 次印刷

ISBN7 - 80521 - 820 - X

D · 4 定价: 18.50 元

序

阅读者，总是在特定语境中和特定知识状态中进入阅读的，而且，总是不自觉地选择了某种价值姿态，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，二十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。

二十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本世纪英美法理学，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。

1997年1月22日于美国俄亥俄州立大学法学院

目 录

引 言	(1)
第一章 实际存在的法律命令	(17)
一、法律是一种命令	(18)
1. 命令、义务和制裁	(20)
2. 历史中的法律	(22)
3. 法律的连续性	(24)
4. 对立法者的法律约束·法律制裁	(26)
5. 法律的自愿内容	(29)
6. 积极义务和消极义务	(31)
7. 主权者和强暴者	(34)
二、区分实然法律和应然法律	(37)
8. 法律的存在与功过	(38)
9. 实证观念	(39)
10. 自然法观念	(40)
11. 实证法律观念的实践理由	(42)
三、作为科学研究对象的法律	(48)
12. 法律科学	(49)
13. 经验分析	(50)
14. 如何确定“法律制度”	(51)
15. 法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义	(52)
四、小结	(55)
第二章 行动中的法律	(59)
一、疑难案件	(61)
16. 疑难案件的特征及原因	(62)

17. 疑难案件中的法律推论	(66)
18. 法院判决的最终性	(68)
二、法律与法律的渊源	(70)
19. 法律适用者的解释即为法律	(71)
20. 法律的渊源	(72)
21. 法律适用者解释的效力	(72)
22. 法律规则和法律的具体判决	(73)
三、法律是一种预测	(74)
23. “律师”的预测	(74)
24. 坏人的视角	(76)
25. 预测的约束作用	(77)
26. 好人·法官·预测	(77)
四、行动中的法律	(80)
27. 虚构的法律规则	(81)
28. 作为具体判决的法律	(82)
29. 行动中的法律及其不确定性	(83)
30. 疑难案件与法律适用者的复杂推论	(84)
31. 法律适用者的态度	(86)
32. 法律适用者的推论与法律规则	(87)
33. 具体判决·强制·法律规则	(88)
34. 法律具体判决的最终性	(89)
35. 法律的阅读与理解	(92)
五、实用主义精神	(94)
36. 法律与社会的需要	(95)
37. 实用主义和法律的正当性	(96)
六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律	(98)
38. 实然与应然·法律社会学	(98)
39. 内容不确定的法律知识	(99)
七、小结	(101)

第三章 官员统一实践中的法律	(105)
一、规则的“内在方面”	(108)
40. 习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式	(108)
41. 规则的内在方面和规则的存在	(110)
42. 内在方面·法律权利·积极义务·法律规则	(111)
43. 对待规则态度的种类	(112)
44. 内在方面与义务	(114)
45. 义务与规则	(115)
二、次要规则	(117)
46. 法律规则的种类	(118)
47. 三种次要授权规则	(119)
48. 承认规则的作用及其存在方式	(120)
49. 次要规则的法理学意义	(121)
50. 承认规则与法律性质(或效力)的来源	(123)
51. 区别法律制度与其他社会制度的要素	(125)
52. 法律适用者的实践与承认规则	(127)
53. 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	(130)
54. 法律的存在与官员	(133)
三、规则的确定性与模糊性	(136)
55. 意思中心与开放结构	(136)
56. 规则的确定性与模糊性	(137)
57. “意思中心”·规则的存在·法律的客观性和普遍性	(138)
58. “意思中心”与法律适用者的争议	(139)
四、法律与道德的分野	(141)
59. 最低限度内容的自然法	(142)
60. 广义的法律观念和狭义的法律观念	(143)
61. 法律与道德在事实上和观念上的联系	(144)
62. 道德选择的困境与两种法律观念	(146)
63. 法律理论的研究	(148)

五、法学是一种客观的法律知识	(150)
64. 日常语言的正常用法	(151)
65. “出处”、“形式”、“结构”与“目的”	(153)
六、小结	(155)

第四章 解释性质的法律

(159)

一、“理论争论”	(161)
66. 法官的不同意见	(161)
67. “理论争论”	(164)
68. “理论争论”的法理学问题	(164)
69. “理论争论”存在的实践前提	(166)
70. “理论争论”·识别功能的标准·日常语言的 正常用法	(167)
71. “隐含法律”的特点及理论渊源	(168)
72. “隐含法律”概念的能效	(170)
73. 隐含法律·法律的确定性和可预测性	(171)
74. 隐含法律·法治·正当性	(172)
75. 隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案	(173)
76. 隐含法律存在的理论根据	(174)
77. 隐含法律存在的现实根据	(175)
78. “理论争论”表现的是“实然”还是“应然”?	(177)
79. “理论争论”与疑难案件	(180)
二、法律的解释性质	(182)
80. 解释的微观形态——“建构性的解释”	(183)
81. 解释的宏观形态——解释的“树形结构”	(184)
82. 解释的历史形态——解释的链条	(186)
83. 法律的解释性质	(187)
84. “解释”概念的作用	(188)
85. 解释·法官的义务·法律性质(或效力)的来源	(190)
86. 前解释阶段·法律的一般性质和结构	(191)
87. 解释的确证·恶法	(193)

88. 解释的概念·法律的概念	(195)
89. 法律·解释者	(196)
三、内在参与者的观点	(197)
90. 实践中的一般理论和理论中的一般理论的同—性	(198)
91. 一般法律概念理论的“描述性”(descriptive) 与规范性(normative)	(199)
92. 内在参与者的观点	(200)
93. 内在参与者观点的意义及理由	(201)
94. 内在参与者的观点·外在参与者的观点	(204)
四、唯一正确的法律答案	(207)
95. 外在观察者与内在参与者眼睛中的“主观性与客观性”	(208)
96. 能否获得唯一正确的法律答案	(212)
五、小结	(214)
第五章 意识形态中的法律	(217)
一、法律形式的内在矛盾	(219)
97. 两种形式的内在矛盾	(220)
98. 分析法律形式内在矛盾的目的	(223)
99. 观察法律的姿态	(225)
二、法律原则的内在矛盾	(227)
100. 原则的冲突	(227)
101. 法律原则的矛盾·法律原则的统一·法律原则的互补	(230)
三、法律外在观察者的“解构阅读”	(233)
102. 法律本文本身无意义	(234)
103. 外在“解构阅读”的目的·开放结构	(236)
104. 解构语言学·交流的意义·解释共同体	(237)
四、法律内在参与者的“解构阅读”	(240)
105. “法理迷津”	(240)

106. 内在解构阅读·法官的责任姿态·····	(243)
五、法律与意识形态·····	(245)
107. 法律政治学·····	(246)
108. 意识形态的概念·····	(247)
109. 意识形态·法律的多元化·····	(248)
110. 意识形态·统治者意志·····	(249)
111. 意识形态与边缘话语·····	(250)
112. 法律的多元化·法治·····	(252)
113. 意识形态·法律知识·法律理论的视角·法律与政治 ·····	(254)
六、小结·····	(256)
第六章 作为地方性知识的法律 ·····	(259)
一、法律实践主体的“消亡”·····	(260)
114. 法律实践者所说的“我们”·····	(261)
115. “主体”(如“我”、“我们”)观念的实际构成·····	(261)
116. 主体“消亡”论的理论来源·····	(263)
117. 主体提出的“理论”的实质·····	(265)
118. 知识进步·知识异同·主体存在·····	(266)
119. 道德判断·主体存在·····	(268)
二、法律知识的“地方性”·····	(270)
120. 法律知识的“地方性”(local)·····	(270)
121. 后现代社会·权力知识·话语·逻辑中心的解构·····	(271)
122. 法律的地方性·法律的不确定性·····	(274)
123. “地方性”法律知识·法律的权威·自我解构·····	(275)
124. 后现代认同·姿态选择·····	(277)
125. 法律政治学·统治阶层的“霸权”·····	(277)
三、小结·····	(279)
第七章 需求对话中的法律 ·····	(281)
一、对话中的法律客观性·····	(283)

126. 主体性的信念	(284)
127. 对话的客观性	(284)
128. 对话客观性的获得	(286)
129. 相互对话的法律实践者和自我确证的法律实践者 ..	(287)
130. 科学中的标准与政治中的标准	(288)
131. 对话客观性的可能性	(288)
二、效果中的法律	(289)
132. 普遍原则指导·效果探索尝试	(290)
133. 法律实践效果的思考·工具主义	(291)
134. 实际效果·道德是非	(293)
三、需求语境中的法律	(294)
135. 语境中的衡量	(294)
136. 一般约束的思考和具体需求的语境思考	(295)
137. 知识的语境与价值的语境	(297)
138. 需求语境论的实用主义和基础中心论的实用主义 ..	(299)
139. 需求语境论和原则统一论	(300)
140. 需求语境的“理性”·绝对怀疑论与相对 怀疑论·法治	(302)
141. 需求语境中的法律知识·“邪恶要求”和 “恶法”·法律简明适用过程	(305)
四、小结	(306)
结 语	(309)
注释书目	(321)
后 记	(331)
附 录	(333)



时间是什么？

如果无人问我则我知道，
如果我欲对发问者说明则我不知道。

——圣·奥古斯丁

引 言

毋庸置疑，法律，在现代生活中对于人们颇为重要。如果想使实施的社会行为具有意义，即实现自己预设的目的，那么，便应知道有关的“法律”，该“法律”的效力，以及在何时何种权威机关会依据该“法律”施加具体的物化影响。而要明晰并解决这些具体问题，显然，便应知道法律是什么。



如果 A 在一起车祸中将 B 撞成轻伤，B 试图通过法律解决赔偿问题，B 将如何寻找法律？怎样确定自己权利和 A 的义务？常识观念以为，可以查询国家立法机关制定的已经文字化的明确规则，如交通法规或民事法规，如果在英美国家，除立法之外可以查找以往法院判例中的明确规则。如果 A 与 B 因合同是否已完全履行而发生纠纷，A 也试图通过法律确定双方的权利和义务，或要求 B 全面履行合同，则 A 同样可以像前例中 B 那样进行查询。当然，前一例的 B 和后一例的 A，都可以咨询律师、法官、公证员或法律教师，问他（她）们法律是什么，自己权利义务是什么。通常而言，虽然这些法律专业人士查找法律的速度较为快些，范围较为广些，但其同样会在大致相同的范围内寻找法律。

常识观念是一种白纸黑字式的观念：法律，就在立法机关或法院这些权威机构宣布的正式文件书本之中。而且，它暗含了这样一个思想：人们在查找法律时心中都可以存在一把尺子或者一个标准，用其来衡量那些规则是法律，那些不是。在社会中存在着道德规则、宗教规则、体育规则、礼仪规则……前例 B、后例 A 以及一般法律专业人士，都可以不在其中寻找法律，他（她）们心中都可以依据“尺子”或“标准”衡量这些规则，并可以发现它们不符合“法律的”要求。

在抽象的法律理论中，“尺子”或“标准”表现为法律的概念或定义。常识观念相信，如果形成了一个法律的概念，那么，根据这个概念的内涵与外延便可以形成“尺子”或“标准”，以在实践中确定什么是法律。这种尺子或标准就像一条分界线，可以将所有称之为“法律”的划在一边，将不称做“法律”的划在另一边。

19世纪末20世纪初，这种常识观念在英美法律理论中颇为流行。即使是今天，仍有人坚持这样的观念。

可以看出，常识观点以为，作为法律的概念或定义，法律，就是国家权威机关制定及认可的以文字方式表现的明确行为规范；其实施依赖社会统治集团的强制力作为后盾。根据常识观点，至少可作如下推论：1、法律是统治者或国家制定及认可的行为规范并以强制力保证其实施，因此，法律的实施机构（适用机构），在法律实践中便必须执行法律，换言之，执行法律是这些机构不能推脱的硬性义务；2、法律的定义是如此，因此，在法律实践中便可以将此定义作为确定法律是什么的标准，并用其区分法律规范和非法律规范。在前面的例子中，前一例的B和后一例的A，都有权利要求法律适用机构即法院必须执行正式文件中规定的行为规则，法院也必须将此视为自己的义务。在前一例中，法院应当判决肇事者负赔偿责任；在后一例中，如果的确存在合同违约方，法院就应判决违约方承担违约责任。而且，无论是案件当事人还是法院，都可以根据上述定义确定法律是什么，确定具体的法律权利义务是什么，并使其区别于道德、宗教等其他种类的规则、权利和义务。

一般而言，如果常识观点在解决具体法律实践问题时，具有相当程度的可操作性，而且在理论上不存在极难克服的论证困难，那么，对其怀疑甚至批驳则是不恰当的。但是，常识观

点真能如此吗？

二

1889年，美国纽约州法院审理了著名的里格斯诉帕尔玛（*Riggs v. Palmer*）案。在该案中，A是B所立遗嘱中指定的遗产继承人，A为防止B改变遗产，将B杀害。当时，纽约州法律并未规定如果继承人为谋遗产故意杀害被继承人，则继承人丧失继承权。这样，法院颇感为难。经过慎重思考，法院最终并未执行法律字面上的明确规定，而是从普通法的众多前例中，推演出一个法律原则，即不应容许以欺诈行为或犯罪行为而获得利益，从而判决A不能获得B的遗产。法院认为，任何法律规定及契约不能与普通法的原则相抵触。（见 *N. Y. 506, 22 N.E. 188 (1889)*）

1892年，在英国上议院的一个前例中，A以几张票据作抵押向货币兑换商B借款，B遂用这几张票据向银行获得金额超过借出款额的贷款。后B宣告破产，A便向银行索要票据。上议院判决索要合理，理由是：银行应当审核兑换商的财力，然而银行未审核，故应负退还票据之责任。但在三年后发生的类似案件中，C以几张票据作抵押向股票经纪人D借款，D则以这几张票据向银行抵押贷款。不久D破产，银行遂拒绝退还票据给C。而上议院基于某种情理考虑判决C败诉，表面理由是：在后案中向银行提供票据作抵押的是股票经纪人；银行一般应对兑换商进行审核，对股票经纪人则不一定存在这个问题；股票经纪人不属于前例中判决根据范围涉及的对象。（见 *Simmonds v. London Joint Stock Bank, (1892) A.C.201*）

1892年，美国联邦最高法院，在审理三位一体教会（*Church of the Holy Trinity v. United States*）案中同样采取了

灵活适用法律明确规定的方法。在该案中，美国一个教会同英国一名牧师签订了一份有关牧师前来美国出任教长和牧师的合同。美国 1885 年的一项制定法规定，禁止用在外国人尚未移居美国之前缔结劳务合同的手段，鼓励外国人移居美国，但有关外国职业艺术家、演讲学者、歌唱家和家庭仆人的合作除外。这项规定但书部分未提到有关牧师的合作。于是，政府决定对教会予以罚款。然而，最高法院认为，根据可利用的立法资料可以看出该法立法意图在于对从国外引入廉价的无技能的劳力加以限制，从而判决该教会不应受到处罚。（见 143 U.S. 457 (1892)）

可以认为，从古至今，适用或执行法律的权威机构在特定的环境中，都出现过背离法律明确规定的情形。而且，这种情形将来可能继续出现。

面对这种现实，人们似乎可以向常识观念提出两个问题：1、既然适用或执行法律的明确规定是硬性的法律义务，为什么法院及其他法律机构有时会不服从这种义务？2、既然法律是一种明确的规则，为什么在上述这类案件中，法官好象无法甚至不愿运用常识观点给出的“标准”来区别法律规范与非法律规范？在里格斯诉帕尔玛案中，法官似乎并不认为法律仅仅限于法律的明确规定，并不用常识观点来断定法律明确规定中体现的原则不属于法律的一部分。在三位一体教会案中，法院认为法律明确规定之外的其他一些立法资料也是法律的一部分，并不像常识观点认为的那样否认这部分资料。

当然，常识观点可以这样认为：在里格斯诉帕尔玛和三位一体教会案中，法院的做法可能是不对的，因为，法院的义务在于严格依照法律的明确规定解决纠纷，如果法院另行其道，那是因为法院自己抱有不正确的法律观念。但是，在里格斯诉帕尔玛和三位一体教会案中，法院并不认为自己的行为超越了