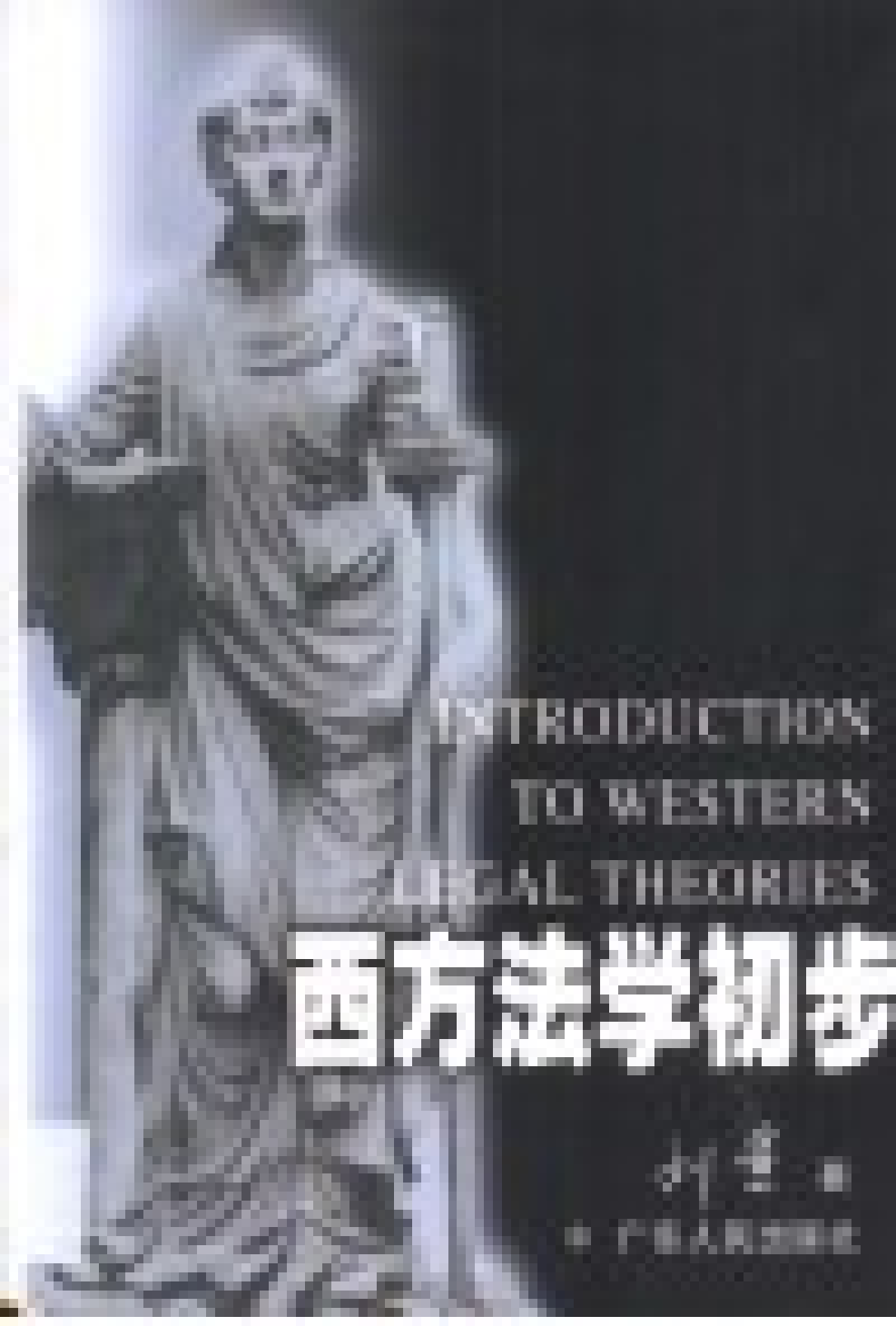




INTRODUCTION
TO WESTERN
LEGAL THEORIES

西方法学初步

刘星 著

中国政法大学出版社

刘星 著

◆ 广东人民出版社



西方法学初步

INTRODU
TO WES
LEGAL THE

特约编辑：廖国伟
责任编辑：余小华
封面设计：张永齐
责任技编：黎碧霞

西方法学初步

刘星 著

*

广东人民出版社出版发行
广东省新华书店经销
佛山市创立印刷有限公司
(厂址：佛山市忠信路9号)

850×1168毫米 32开本 14.75印张 340,000字

1998年7月第1版 2002年1月第2次印刷

印数5,130-8,130册

ISBN 7-218-02800-4/D·301

定价：23.50元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与承印厂联系调换。

目 录

引言：西方法学的出发点	(1)
1. 从审判苏格拉底说起	(1)
2. 一种常识的法律看法	(5)
3. 观察法律的不同视角：你、我、他	(8)
4. 法律理解的多重可能性	(13)
5. “常识的法律观念”能否具有“霸权”地位	(17)
6. 理论视域中和实践视域中的“法律”	(22)

上篇 法律内在品格的追寻：一种本体论

一、“政治学”的透视	(29)
7. 诡辩者如是说：强者的利益	(29)
8. 政治契约	(34)
9. 法律的文字与立法者的意图	(37)
10. 法律命令说的思考起点	(40)
11. 命令、义务、制裁和主权者	(43)
12. 立法者自我恐吓的“悖论”·立法约束	(45)
13. 我有权做啥	(48)
14. 法律强制说	(51)
15. 困扰法律强制说的一个对比：主权者和强暴者	(56)
16. 法律整体上的强制性	(60)

17. 国家的“包装”	(61)
18. 普遍性的白纸黑字规则·特殊情况	(64)
二、“社会学”的观察	(72)
19. 有争议的案件：里格斯诉帕尔玛	(73)
20. 侯德里主教的名言：解释者一言九鼎	(78)
21. 法院判决的最终效力	(82)
22. 规则和具体判决	(85)
23. “法律顾问”和坏人的习惯：预测	(87)
24. 好人·法官·预测	(91)
25. 法律 = 具体判决	(94)
26. 几个问题	(99)
27. 从“规则的解释”走向“社会学的观察”	(106)
28. 国家法的实际作用	(109)
29. 国家法底层的或旁边的民间规则	(112)
30. “活的法律” (lebendes Recht)	(114)
31. “活的法律”与“国家法律”的冲突	(116)
32. 怎样区别法律和其他社会规则？	(121)
33. “合法”与“非法”的用词习惯	(124)
34. 确定“活法”的困难	(125)
35. 开辟新航线：认识“好人”	(127)
36. 好人的态度·义务	(132)
37. 法律的独特要素	(134)
38. 官吏和法律	(139)
39. 观察行动和观察态度	(141)
40. 法律中的行动与行动中的法律	(147)
三、“规范学”的假设	(153)

41. 用“规范”的概念替换法律背后的“意志”	(154)
42. 意志·默认·认可	(158)
43. 追踪法律的最终效力·询问义务的来源	(160)
44. “规范”面面观	(164)
45. 假设的理由	(167)
46. “应当”与“是”	(170)
47. 法律效力的“原因”和“条件”	(175)
48. 对图伦兹的社会组织式强制·“应当”	(178)
四、“解释学”的解释	(184)
49. 语词的通常用法	(185)
50. “实证”的策略：寻找法律的“出处” (从哪里来的)	(190)
51. 观察者的“目的”	(193)
52. 具体法律背后的潜在原则	(194)
53. 帕尔玛案里的“理论争论”	(202)
54. 真没有一个类似“认可规则”那样的东西？	(205)
55. 对具体判决结果没有争议的案件	(208)
56. 法律在解释中完成	(213)
57. 内在参与者的“看法”	(215)
58. 最精美的论证·恶法	(221)

中编 实际存在的法律和应当存在的法律： 一种认识论

一、两种法律秩序	(227)
59. 希腊悲剧《安提戈涅》	(228)

60. 高一级的与低一级的法律·····	(229)
61. 人眼中的人制定的法律和神制定的法律·····	(232)
62. 违反克瑞翁法令的权利·····	(234)
二、自然法、自然权利和社会契约·····	(239)
63. 自然法 = 判断事物的理性·····	(239)
64. 维多利亚的传说——自然权利·····	(242)
65. 社会契约的一种说法·人法的目的·····	(244)
66. 对抗人法的理由·····	(248)
三、自然法、自然权利和社会契约的另一路解释·····	(251)
67. 自然法和自然权利 = 自利自爱·····	(251)
68. 掏出全部权利的社会契约·····	(254)
69. 顺从人法的理由·····	(256)
四、坏的法律不是法律·····	(263)
70. 纳粹的恶法·····	(264)
71. 法律的内容和形式的好坏·····	(267)
72. “恶法非法”一说的理论麻烦·····	(272)
73. “恶法非法”一说的实践麻烦·····	(274)
五、坏的法律也是法律·····	(277)
74. 解释者和评论者·····	(277)
75. 法律改革·“痛苦”选择·法官的职责·····	(281)
76. “法律实际是什么”与“法律应当是什么” 在事实上和概念上的联系·····	(286)
77. 安提戈涅·“恶法亦法”·“恶法非法”·····	(292)
78. “恶法亦法”一说的理论麻烦·社会角色· 利益关系·····	(294)

79. “恶法亦法”一说的理论麻烦·理论背后的价值观念	(300)
80. “恶法亦法”一说的实践麻烦·法律专制	(303)
81. 选择“邪恶”	(306)
六、道德的法律强制	(308)
82. 沃尔凡登报告 (Wolfenden Report)	(308)
83. 道德的法律强制	(311)
84. 德夫林“标准”	(314)
七、划清法律与道德	(319)
85. 基本善恶的道德和“公说婆说”的道德	(319)
86. “康德定理”	(321)
87. 法律强制本身的道德问题	(323)
88. 支持德夫林还是哈特?	(324)

下篇 法律“优劣”的对话：一种价值论

一、问题的引出	(331)
89. 秩序优先	(332)
90. 安提戈涅悲剧和苏格拉底困境的另一种解释	(334)
二、哲学王的统治与法律的统治：初次对话	(338)
91. 法律的缺陷：无法实现真正的“相同对待”	(339)
92. 法律解释的困难	(341)
93. “包细亚”的智慧	(343)
94. 完人和绝对真理	(346)
95. 柏拉图“人治”的问题	(349)
96. 再论法律的缺陷	(353)
97. 人性的弱点·兽性的“囚笼”	(356)

98. 权力的诱惑与腐蚀·····	(358)
99. 法治的要素: 普遍的服从和良好的法律·····	(359)
100. 一般规则和自由裁量(酌情处理)·····	(361)
三、开明专制与权力制约的法治: 再次对话·····	(366)
101. 开明专制: 重温哲学王·····	(367)
102. 时来运转的阿诺德·····	(372)
103. 立法和司法的分开·····	(374)
104. 法官的“独立王国”·····	(376)
105. 窥视亚里斯多德式法治的“背后”·····	(378)
106. 孟德斯鸠定理: 分权制衡·····	(380)
107. 美国人的权力游戏规则·····	(383)
108. 游戏规则의 终点·····	(385)
109. 再看一般规则的范围·马歇尔神话·····	(387)
四、第三种声音: 民主、公意、法律·····	(392)
110. 法治与民主的勾连·····	(392)
111. 乡村式的小社会·····	(397)
112. 公意·····	(401)
113. 法律的政治基础·····	(405)
114. 托克维尔的反调: 多数人的专制·····	(408)
五、反省法治·····	(415)
115. 启蒙观念中的“宏伟法治蓝图”·····	(416)
116. “马车”、“手推车”和“脚踏车”·····	(417)
117. 亚里斯多德的办法·····	(419)
118. 原则式的“柔性法治”·····	(423)
119. 法律的“目的”·法治·····	(425)
120. “鱼”和“熊掌”·····	(427)

121. 汤姆的命运·法律制度之中的原则矛盾·····	(430)
122. 医生的责任·法律制度中的规则矛盾·····	(433)
123. 法律规则自己的内在矛盾 ·····	(435)
124. 法律的不确定性·法治·····	(437)
125. 法治的一元与多元·政治民主与法律民主·····	(439)
126. 观察者的姿态 ·····	(442)
注释书目·····	(447)
后 记·····	(458)

引言：西方法学的出发点

1. 从审判苏格拉底说起

先“阅读”一个故事：苏格拉底的审判。

在西方文化中，这个故事是一个多指向多意蕴的历史隐喻，既可以将其“阅读”为妙趣横生的人物传记，也可以将其“阅读”为机智乖巧的论辩记载，还可以将其“阅读”为雅典民主的批判反思，最后，如果你对法律学理兴致盎然，又可以将其“阅读”为法律制度的哲学阐释……

苏格拉底是古希腊的贤哲，但相貌实在不能令人恭维，据说是扁鼻子大肚皮（罗素，1982年：页127）。这人向来意志坚强而且性格倔犟。最为令历史学家和哲学家感兴趣的是：苏格拉底尤其喜好运用“辩证法”，将那些自认为学富五车的人“玩弄”得无地自容。那辩证法，与当下我们所知道的极为不同，大致分为“讥讽”和“助产术”两部分，是一种不留情面使人尴尬的辩论技术。具体而言，先向对方请教学问，好像自己一无所知，然后通过一问一答逐渐使对方出现前后矛盾的解说，以达到“讥讽”的目的。接着，提问者便直截了当地告诉对方：“其实你并不懂，

还是我来解释吧！当然学问在你心里，只是由于你无法想起来便需我来帮助你回忆，就像帮你生孩子一样。”这样就开始了“助产”。

传说苏格拉底的母亲是个助产婆，也许苏格拉底正是从其母亲助产生涯中得到灵感。此等“辩证法”，在苏格拉底的手中的确游刃有余，但是，也因此苏格拉底得罪了那些被“讥讽助产”的“知识霸权”人物。

此外，不知是秉性还是激情，能言善辩的苏格拉底还特别热衷于对现世说三道四，或讲国家的政治法律陈腐愚昧，或讲百姓的道德宗教江河日下，只要认为是流弊之处，便毫不客气地一一指摘。比如对雅典人用豆子拈龟方式选择领导人的做法，苏格拉底就说那是太愚蠢了。“没有人愿意用豆子拈龟的办法来雇佣一个舵手或建筑师或奏笛子的人……而在这些事情上做错了的话，其危害是要比在管理国务方面发生错误轻得多”（见色诺芬，1984年：页8）。也许，大凡思想者都喜欢以“批评”为能事。可惜古雅典国民素质涵养就像苏格拉底的相貌一样无法恭维。公元前403年，当纯粹的民主政体在雅典确立的时候，民众无不为此雀跃欢呼，他们尤为相信，这是完美无缺的不能怀疑的政治设计，不能容忍他人危言耸听。“牛氓”式的苏格拉底偏要拧着干，自然易招惹反感和拒斥。

公元前399年，苏格拉底70岁。就在那年春天，三个雅典人迈雷托士、赖垦和安匿托士控告苏格拉底犯下两条罪状：一、渎神；二、腐化和误导青年（柏拉图，1983年：页59；色诺芬，1984年，页1）。迈雷托士是诗人，赖垦是修辞学家，而安匿托士是政治活跃分子。这场官司由迈雷托士“明火执仗”，赖垦旁敲侧击，安匿托士暗中怂恿。这三人都是饱尝“辩证法”之苦的社会名

流。当时雅典法律规定：“对一切不相信现存宗教者和神事不同见解者，治罪惩罚。”法律是在伯里克利时代通过的，由教士奥菲斯特提议并由公民投票表决。三人正是拿此“白纸黑字”为令箭，状告苏格拉底。

雅典的程序法颇为有趣。一方面，法庭的“法官”人数居然可达六千之众，由公民抽签选出。那时雅典共有 10 族，而每族可以选出 600 人。雅典人认为这是不折不扣的“法律民主”，一切权力无一例外地落入了大众手里（亚里斯多德，1978 年：页 46）。当然，每次审判并不一定非要 6000 人，苏格拉底审判就仅有 501 人（柏拉图，1983 年：页 73）。另一方面，定案的依据是原告的控诉和被告的申辩。“法官”在开庭前，绝对不会作任何调查核实，如此，不善辞令者自然容易败北饮恨。这倒真像今天英语国家的“诉辩对抗制”，在这种制度中，法官总是“坐山观虎斗”，而原被告尤其那双方重金聘请的律师则是粉墨登场，扮演着掐捏证据、搓揉“法例”的庭上主角儿。

针对迈雷托士的诉状，苏格拉底做了三点具体答辩。

第一，他问迈雷托士：说我腐化和误导青年，那么谁能引导青年走上正道？迈雷托士说：除你之外其他一切懂得法律的人。苏格拉底反驳到：就凭你这般回答，便知道你对青年漠不关心，而且对控告我的事实毫不了解。因为，这就如同认为除一人之外所有人都可以像马术师一样有益地训练幼马，太荒谬了（柏拉图，1983 年：页 59，60）！教育就像马术一样，是一门技艺，并不是除一人之外所有人都可以学会的。硬是这么说，便是硬说除一人之外所有人都可以掌握马术，这是绝顶笑话。如此只能认为，并非除苏格拉底之外一切人都对青年有益。这个答辩与证据的认识有关。苏格拉底的言外之意是讲：要想控告他人，起码应该清楚地

了解所有事实，否则就是别有用心。

第二，他问迈雷托士：你说，我腐化和误导青年是有意的还是无意的？迈雷托士不假思索地回答：当然是有意的。苏格拉底讥讽到：谁都明白和坏人接触是有害的，如果将自己接近的人引诱变成坏人，自己岂不情愿接触这类坏人而受害？明白此理的人还去这样做，精神显然不正常，不正常的人怎会有意的（柏拉图，1983年：页61）？这段答辩与法理分析有关。其意在说明：法律上的“渎神”和“腐化误导青年”的犯罪一定要有“犯意”，精神不正常怎能有“犯意”？没有“犯意”怎跑叫“渎神”罪和“腐化误导青年”罪？不论其是否在理，迈雷托士当时的确无从应对。

第三，他问迈雷托士：你说我不信国教，这是说我是有神论者还是无神论者？迈雷托士说：当然是无神论者，所以要向你问罪处罚。苏格拉底又说：可你还指责我引进新神并因此控告我腐化误导青年，这不是在讲我是有神论者又是什么（柏拉图，1983年：页62）？！此答辩同样与法理分析有关。这是说，指控他人便是“证明”他人有罪，而证明就应自圆其说前后一致，否则，如何依法指控？苏格拉底想说明对方的起诉自相矛盾。

但是，不论苏格拉底如何机智，雅典到底以281票对220票照判他死罪无赦（柏拉图，1983年：页73）。

临刑前，老朋友克力同借探望之机告诉苏格拉底，朋友们决定帮他越狱，而且一切已经安排妥当。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，认为雅典的法律不公正而且遵守这样的法律简直就是愚腐，但仍然无效（柏拉图，1983年：页107）。苏格拉底倒是反问：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？

苏格拉底提出了两个理由说明不应越狱：如果人人都以法律判决不公正为理由，那么社会国家岂能有个规矩方圆？法律判决的公正固然重要，但秩序同样重要（见色诺芬，1984年：页167）。苏格拉底的潜台词是说，人人都可以用自己的是非判断来为自己的行为作辩解，但是，这些判断可不一定就是正确的，因而在此法律应当是首要的选择，这是其一；其二，如果一个人自愿生活在一个国家，并且享受这个国家法律给予的权利，这不等于和国家之间有了一个契约？这是说，国家订立了法律，它向你发出了一个权利享受的意思表示，而你享受了这项权利便等于接受了国家的意思表示，即接受了它的另外义务规定，双方由此建立了契约关系。在这种情况下，如果不服从义务岂不是毁约？岂不十分不道德（见柏拉图，1983年：页108-111）？

经过与克力同的一番“探讨”，苏格拉底最后还是选择了死刑。

富有戏剧性的是，时隔14年雅典人最终重新发现自己的“良心和智慧”，认定苏格拉底审判是一大冤案，反而判迈雷托士犯有诬告罪并处死刑，判其他起哄者同样犯有诬告罪，并处驱逐出境。

2. 一种常识的法律看法

从法学角度来看，“苏格拉底审判”暗示了西方法学长久不衰的几个经典话题。不过，我们先尝试运用一种常识的法学观点解读一下这个“审判”。之所以称作有一种常识观点，是因为，

好象存在一种最为接近人们对法律现象一般理解的看法。

在“苏格拉底审判”的语境中，“法律”一词被使用了多次。不论作怎样的说明解释，至少有一种用法被人们看作是再清楚不过了：它指雅典城邦制定公布的官方规则。从古至今，人们便习惯用“法律”来描述或指称官方的规则。似乎可以发觉，在这点上倒真像是存在着一个使用“法律”一词的契约。迈雷托士、赖垦和安匿托士诋毁苏格拉底，说他渎神而且误导青年，声言要以法绳之，他们头脑中大概想的就是这类规则。雅典人组成 501 人的审判团，审判团“居高临下”裁断对苏格拉底的指控，恐怕那些人头脑中想的也是这类规则。就说苏格拉底，他和克力同大谈对法律如何不能破例，公民如何具有遵守法律的义务，以及自己遵守法律而且视死如归显得多么壮烈，这些似乎也意味着，他想的同样是这类规则。

“法律”一词的这种用法，显示了使用者对法律现象的理解。而这种理解包含了几个观念。现在，我们将其一一拆解分析。

首先，有一个法律的制定者。说法律是官方的规则，已经暗示了法律是官方制定的。在常识观点看来，如果没有官方的“大笔一挥”，何来法律条文的“白纸黑字”？虽然许多法律规则的内容和道德规则、宗教规则、礼仪规则以及习惯颇为相像，甚至完全一致，但法律与后者之类的关键区别可就在于官方的“操作”。至于“官方”是什么，它指何物，大可不必究根问底。反正社会存在着一个官方“世界”，这便足够了。在古雅典，民众都信神敬神，都以为渎神应受惩罚，但在教士奥菲斯特提议立为国家规则之前，只好说它是宗教规则习惯。当雅典的国家立法机关将“渎神应受惩罚”这一条予以公布的时候，官方的规则，因此而立。这便是法律的“制定品格”。

其次，有一个法律的“意志”。法律由官方制定，这表明官方将一个意愿放在了规则里面。虽然道德规则也表现人的意愿，或说相当一些人的意愿，可这是历史文化多年积累缓慢发展而形成的，并非是某些人“硬塞”的结果。官方规则中的意愿，有时就是“硬塞”的。可以发现，历史上的许多法律条文不仅在今人看来荒诞不经，而且，即便在古人看来也是“大逆不道”，因为它们与今天的和以往的流行道德规则实在相去甚远，但人们还是不能否认它们就是一种规则。当然，立法者的“意志”，也要受到这种那种因素的制约，可它有时就是可以我行我素，在专制分子那里，这是再明显不过的了。这是法律的“意志品格”。

第三，有一个法律的“制裁”。为什么有人能够制定法律？为什么法律总会昭示一些人的“意志”？因为那些人掌握了权力，尤其是国家的权力。而权力的概念本身就预设了统治者和被统治者之间的某种强制关系。换句话说，统治者的权力，意味着不服从就会招致“大刑伺候”。道德规则 and 习惯之类的东西，如果被冒犯了，就没这种结果。假如“不得渎神”只是一种道德，苏格拉底再如何调侃戏说希腊诸神，雅典人也拿不出什么实质性的惩罚招数。可是，现在这就是一个“国家”的官方规则，苏格拉底也就因此吃了官司，而且还要以死正法。法律的特点在此尤为明显：“制裁”。这或许可说是法律的“强制品格”。

除了这三个观念之外，这样使用“法律”一词的常识方式还不知不觉地预支了一个假设前提：可以站在一个不偏不倚、客观中立、不受主观好恶影响的立场上，解说法律是什么。

苏格拉底，可以用自己的道德观念和政治观念对雅典的制度说三道四，可以对雅典的审判挖苦嘲笑；反对判决苏格拉底死刑的 220 名审判官，可以认为此案十分不公，从而表示无可奈何；