

中青年法学文库



# 法律是什么

刘星 著

中国政法大学出版社

青年法学文库

# 法律是什么？

——二十世纪英美法理学批判阅读

刘 星 著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法律是什么?: 20 世纪英美法理学的批判阅读/刘星著. -北京: 中国政法大学出版社, 1998

(中青年法学文库)

ISBN 7-5620-1673-9

I. 法… II. 刘… III. 法理学-研究-西方国家 IV. D90  
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 13806 号

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 国家统计局印刷厂

---

开本 850×1168 1/32 10.875 印张 260 千字

1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印 数: 0,001-7,000 册 定价: 16.00 元

---

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62010851

版权所有, 侵权必究

法律顾问: 北京地平线律师事务所律师 刘凯湘

# 中青年法学文库

## 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国

特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推动和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

## 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，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。

作者

1997年1月22日于美国俄亥俄州立大学法学院

## 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《初版序言》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。时隔近一年，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年春于广州康乐园





## 中青年法学文库

- |                   |      |
|-------------------|------|
| 1 侵权行为法归责原则研究     | 王利明著 |
| 2 民法基本原则解释        | 徐国栋著 |
| 3 刑法哲学            | 陈兴良著 |
| 4 人权概念起源          | 夏勇著  |
| 5 国际刑法通论          | 张智辉著 |
| 6 西方法哲学史纲         | 张乃根著 |
| 7 民法解释学           | 梁慧星著 |
| 8 刑事诉讼构造论         | 李心鉴著 |
| 9 法学基本范畴研究        | 张文显著 |
| 10 西方法学史          | 何勤华著 |
| 11 违约责任论          | 王利明著 |
| 12 著作权合理使用制度研究    | 吴汉东著 |
| 13 行政法的价值定位       | 关葆英著 |
| 14 中国引渡制度研究       | 黄风著  |
| 15 中国土地权利研究       | 王卫国著 |
| 16 名誉权的法律保护       | 张新宝著 |
| 17 法律是什么          | 刘星著  |
| 18 历史与变革          | 蔡定剑著 |
| 19 理性主义与刑法模式      | 冯亚东著 |
| 20 相对合理主义         | 龙宗智著 |
| 21 法制现代化的理论逻辑     | 公丕祥著 |
| 22 司法解释论          | 董皞著  |
| 23 中国区际法律冲突研究     | 沈涓著  |
| 24 国有企业公司化改制之法律分析 | 王文杰著 |

责任编辑：宋军

ISBN 7-5620-1673-9



9 787562 016731 >

定价：16.00元

D90  
0260

## 内容提要

本书是对二十世纪英美法理学的批判阅读。批判阅读,是“读者”和“本文”的交往对话,而且是“读者”在解读过程中表达自身诉求的一种方式。作为“读者”的本书作者,和作为“本文”的二十世纪英美法理学,在新的方法和观念中,实现了一种可理解的“语境融合”。这方法和观念,便是揭示法理学论说的理由和根据,让不同的学理缘由呈现和交流,并在其中建立一个循序渐进的围绕中心问题而展开的逻辑线路,使其他读者在新的阅读中,得以“知其所以然”和有所深入思考。尤为重要的是,这方法和观念,是试图在人们习以为常的言说中导入问题的疑惑,使人们反观内省已有的成说,从而走向一种可能的新思路,开启一种可能的新语境。

CAJ 60/3

# 目 录

总 序.....	(1)
初版序言.....	(3)
再版小序.....	(5)

引 言.....	(1)
----------	-----

## 第一章 实际存在的法律命令 ..... (16)

### 一、法律是一种命令..... (17)

1. 命令、义务和制裁..... (18)

2. 历史中的法律 ..... (20)

3. 法律的连续性 ..... (23)

4. 对立法者的法律约束·法律制裁..... (25)

5. 法律的自愿内容 ..... (27)

6. 积极义务和消极义务 ..... (29)

7. 主权者和强暴者 ..... (32)

### 二、区分实然法律和应然法律..... (35)

8. 法律的存在与功过 ..... (36)

9. 实证观念 ..... (37)

10. 自然法观念..... (38)

---

11. 实证法律观念的实践理由·····	(40)
三、作为科学研究对象的法律·····	(46)
12. 法律科学·····	(47)
13. 经验分析·····	(48)
14. 如何确定“法律制度”·····	(49)
15. 法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义·····	(50)
四、小结·····	(53)
<b>第二章    行动中的法律</b> ·····	<b>(56)</b>
一、疑难案件·····	(57)
16. 疑难案件的特征及原因·····	(58)
17. 疑难案件中的法律推论·····	(62)
18. 法院判决的最终性·····	(64)
二、法律与法律的渊源·····	(66)
19. 法律适用者的解释即为法律·····	(67)
20. 法律的渊源·····	(68)
21. 法律适用者解释的效力·····	(68)
22. 法律规则和法律的具体判决·····	(69)
三、法律是一种预测·····	(70)
23. “律师”的预测·····	(70)
24. 坏人的视角·····	(72)
25. 预测的约束作用·····	(72)
26. 好人·法官·预测·····	(73)
四、行动中的法律·····	(75)
27. 虚构的法律规则·····	(76)
28. 作为具体判决的法律·····	(77)
29. 行动中的法律及其不确定性·····	(79)

30. 疑难案件与法律适用者的复杂推论·····	(79)
31. 法律适用者的姿态·····	(81)
32. 法律适用者的推论与法律规则·····	(82)
33. 具体判决·强制·法律规则·····	(83)
34. 法律具体判决的最终性·····	(84)
35. 法律的阅读与理解·····	(87)
五、实用主义精神·····	(89)
36. 法律与社会的需要·····	(90)
37. 实用主义和法律的正当性·····	(91)
六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律·····	(93)
38. 实然与应然·法律社会学·····	(93)
39. 内容不确定的法律知识·····	(94)
七、小结·····	(96)

### 第三章 官员统一实践中的法律····· (98)

一、规则的“内在方面”·····	(100)
40. 习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式·····	(100)
41. 规则的内在方面和规则的存在·····	(102)
42. 内在方面·法律权利·积极义务·法律规则·····	(103)
43. 对待规则态度的种类·····	(105)
44. 内在方面与义务·····	(106)
45. 义务与规则·····	(107)
二、次要规则·····	(109)
46. 法律规则的种类·····	(110)
47. 三种次要授权规则·····	(111)
48. 承认规则的作用及其存在方式·····	(112)
49. 次要规则的法理学意义·····	(113)

50. 承认规则与法律性质(或效力)的来源 .....	(115)
51. 区别法律制度与其他社会制度的要素 .....	(116)
52. 法律适用者的实践与承认规则 .....	(119)
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 .....	(122)
54. 法律的存在与官员 .....	(125)
三、规则的确定性与模糊性 .....	(127)
55. 意思中心与开放结构 .....	(128)
56. 规则的确定性与模糊性 .....	(128)
57. “意思中心”·规则的存在·法律的客观性 和普遍性 .....	(129)
58. “意思中心”与法律适用者的争议 .....	(130)
四、法律与道德的分野 .....	(132)
59. 最低限度内容的自然法 .....	(133)
60. 广义的法律观念和狭义的法律观念 .....	(134)
61. 法律与道德在事实上和观念上的联系 .....	(135)
62. 道德选择的困境与两种法律观念 .....	(137)
63. 法律理论的研究 .....	(139)
五、法学是一种客观的法律知识 .....	(141)
64. 日常语言的正常用法 .....	(142)
65. “出处”、“形式”、“结构”与“目的” .....	(144)
六、小结 .....	(146)
<b>第四章 解释性质的法律</b> .....	(149)
一、“理论争论” .....	(150)
66. 法官的不同意见 .....	(151)
67. “理论争论” .....	(153)

---

68. “理论争论”的法理学问题 .....	(154)
69. “理论争论”存在的实践前提 .....	(155)
70. “理论争论”·识别功能的标准·日常语言 的正常用法 .....	(156)
71. “隐含法律”的特点及理论渊源 .....	(158)
72. “隐含法律”概念的能效 .....	(159)
73. 隐含法律·法律的确信性和可预测性 .....	(160)
74. 隐含法律·法治·正当性 .....	(161)
75. 隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案 .....	(162)
76. 隐含法律存在的理论根据 .....	(163)
77. 隐含法律存在的现实根据 .....	(164)
78. “理论争论”表现的是“实然”还是“应然”? .....	(166)
79. “理论争论”与疑难案件 .....	(169)
二、法律的解释性质 .....	(171)
80. 解释的微观形态——“建构性的解释” .....	(172)
81. 解释的宏观形态——解释的“树形结构” .....	(173)
82. 解释的历史形态——解释的链条 .....	(175)
83. 法律的解释性质 .....	(175)
84. “解释”概念的作用 .....	(176)
85. 解释·法官的义务·法律性质(或效力)的来源 .....	(178)
86. 前解释阶段·法律的一般性质和结构 .....	(180)
87. 解释的确证·恶法 .....	(181)
88. 解释的概念·法律的概念 .....	(183)
89. 法律·解释者 .....	(184)
三、内在参与者的观点 .....	(186)
90. 实践中的一般理论和 理论中的一般理论的同信性 .....	(187)

91. 一般法律概念理论的“描述性”(descriptive)	
与规范性(normative) .....	(188)
92. 内在参与者的观点 .....	(189)
93. 内在参与者观点的意义及理由 .....	(190)
94. 内在参与者的观点·外在观察者的观点 .....	(192)
四、唯一正确的法律答案 .....	(195)
95. 外在观察者与内在参与者眼睛中的“主观性 与客观性” .....	(196)
96. 能否获得唯一正确的法律答案 .....	(201)
五、小结 .....	(203)
<b>第五章 意识形态中的法律</b> .....	<b>(206)</b>
一、法律形式的内在矛盾 .....	(207)
97. 两种形式的内在矛盾 .....	(208)
98. 分析法律形式内在矛盾的目的 .....	(211)
99. 观察法律的姿态 .....	(213)
二、法律原则的内在矛盾 .....	(215)
100. 原则的冲突 .....	(215)
101. 法律原则的矛盾·法律原则的统一· 法律原则的互补 .....	(218)
三、法律外在观察者的“解构阅读” .....	(221)
102. 法律本文本身无意义 .....	(222)
103. 外在“解构阅读”的目的·开放结构 .....	(224)
104. 解构语言学·交流的意义·解释共同体 .....	(224)
四、法律内在参与者的“解构阅读” .....	(227)
105. “法理迷津” .....	(228)
106. 内在解构阅读·法官的责任姿态 .....	(231)



---

五、法律与意识形态 .....	(233)
107. 法律政治学 .....	(233)
108. 意识形态的概念 .....	(234)
109. 意识形态·法律的多元化 .....	(235)
110. 意识形态·统治者意志 .....	(236)
111. 意识形态与边缘话语 .....	(238)
112. 法律的多元化·法治 .....	(239)
113. 意识形态·法律知识·法律理论的视角 ·法律与政治 .....	(241)
六、小结 .....	(244)
<b>第六章 作为地方性知识的法律</b> .....	(246)
一、法律实践主体的“消亡” .....	(247)
114. 法律实践者所说的“我们” .....	(247)
115. “主体”(如“我”、“我们”)观念的实际构成 .....	(248)
116. 主体“消亡”论的理论来源 .....	(249)
117. 主体提出的“理论”的实质 .....	(251)
118. 知识进步·知识异同·主体存在 .....	(253)
119. 道德判断·主体存在 .....	(255)
二、法律知识的“地方性” .....	(256)
120. 法律知识的“地方性”(local) .....	(256)
121. 后现代社会·权力知识·话语·逻辑中心 的解构 .....	(257)
122. 法律的地方性·法律的不确定性 .....	(260)
123. “地方性”法律知识·法律的权威·自我解构 .....	(261)
124. 后现代认同·姿态的选择 .....	(263)
125. 法律政治学·统治阶层的“霸权” .....	(264)