

# 西方法律思想导论

刘星 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

D909.5/3

2007

刘星 著

# 西方法律思想导论

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想导论/刘星著. —北京:法律出版社,2007.6

ISBN 978-7-5036-7429-7

I. 西… II. 刘… III. 法律—思想史—西方国家 IV. D909.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第077509号

© 法律出版社·中国

西方法律思想导论

刘星著

责任编辑 徐雨衡

刘彦沅

装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

版本 2007年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.5 字数 292千

印次 2007年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7429-7

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序言

对于西方法律思想,国内和国外的许多学者都有著述和分析。就国内而言,大多数学者除了个别的论文叙述之外,在撰写著作的时候,通常是以思想史的方式来操作的。思想史方式的最重要的特点在于以时间顺序作为基本路线,并且以“简要评介”作为基本叙事的补充手段。本书有些不同。第一,本书以问题思路作为线索,来讨论西方法律思想的演变。第二,因为是以问题思路作为线索的,所以不以编年史的方式来安排、分析素材对象。第三,同样是因为以问题思路作为线索,所以在叙述的过程中时常以“加叙加议”的方式展开了本书作者的某些讨论,进而具有一些整体理论分析的色彩。当然,这样叙述的目的在于使读者可以较为深入并且以中国的学术理解方式来理解西方法律思想。以这三点作为基础,本书在尽可能涉及更多的西方法律思想资料的同时,比如从古希腊开始一直到当代,另外特别注意将法律思想的分析讨论融入具体的法律实践活动的分析讨论,使本书呈现为“实践中的理论分析”的表征。以具体的法律实践活动作为叙述平台,有的时候会被理解成为以“例

子解释的方式”解释理论。其实,尽管的确如此,然而以融入实践的方式分析、讨论法律思想,其更为重要的目的在于表达这样一个信息:法律理论时常和法律实践不仅是互动的,而且是相互交织的,因而在法律实践中来看法律理论或者法律思想,才能更为恰当、准确地理解后者。

本书属于导论。既然是导论,叙述也就不可避免地“有所选择”。这意味着本书不会也不可能全面地分析讨论西方法律思想。严格地来说,没有哪位学者可以全面地分析讨论,因为西方法律思想的内容浩如烟海;即使是就其中一个领域,比如以刑法、民法等部门法为标志的法律思想的对象,内容也是十分庞大的,几乎无法全面地分析、讨论。因此,选择既是明智的,也是无可奈何的。本书分析讨论学界一般认为的比较重要的西方法律思想,当然,主要是围绕法理学或说法律哲学而展开的法律思想。

作为导论,本书的另外一个企图在于,不仅讨论“说了什么”,而且讨论“为什么这样说”。所以如此是因为我们都能理解,知道了“为什么这样说”会是更有意思的、更有启发的、更为具有挑战性的;对于开拓研究、学习的思路也是更为有益的。这就如同看到一个人站在一个位置上,假设仅仅知道他就在这个位置上,而不知道他是从哪里走来的,那么,观看者未免总会有些头绪不清甚至趣味索然的感觉。当知道他是从哪里走来的,而且知道还有另外的路线可以到达同样的位置,显然,观察者会兴趣大增,就会展开许多有意思的思考和“追寻”,从而进入一种真正的“观看”。在这个意义上,本书特别在“为什么这样说”作出了一些努力。当然,这也是上面提到的“增加本书作者的某些讨论,进而具有一些理论分析的色彩”的一个具体说明。

本书的基本内容曾经以《西方法学初步》为名由广东人民出版社出版。时隔近十年,发现其中还是存在许多令人不满意的地方,需要修订。因此,在本书中,我做了较大的调整。主要目的是使其在不失学术思索这一特点的同时,读来简洁清晰、易懂通畅,当然也使其更为能够学术严谨一些。

在此我首先要特别感谢法律出版社的徐雨衡编辑,她提出对本书

是颇为感兴趣的,这使我有足够的动力进行修订,使其进一步地完善。

另外我要感谢中山大学法学院和国内许多法学院的同学们,每当我讲课、外出讲学、参加各种学术会议的时候,总能发现有的同学手持这本书的初版来和我交流,向我提出问题和意见,这使我感动,也使我深受鼓舞。一本书可以得到同学们的不断阅读,应该是作为教师的学者的极大欣慰的一件事情。

最后补充一句:希望本书能够“开卷有益”。

刘星

2007年春于广州康乐园

刘星 北京人。曾为解放军侦察兵，后为建筑设计绘图员。毕业于中山大学法学院、中国政法大学研究生院，在美国法学院做过访问学者。现为中山大学法学教授，中山大学法学理论专业博士生导师。出版法学著作多部，发表论文若干，并在《南方周末》、《法制日报》、《文汇报》等报刊辟有法学随笔专栏。

# 目 录

序言 /1

引言：西方法律思想的出发点 /1

001. 从苏格拉底的审判说起 /1

002. 一种常识的看法 /5

003. 观察法律的不同视角：你、我、他…… /8

小结 /12

第一章 “政治学”的透视 /13

004. 诡辩者如是说：强者的利益 /13

005. 政治契约 /17

006. 法律的文字与立法者的意图 /19

007. 法律命令说的思考起点 /22

008. 命令、义务、制裁和主权者 /24

009. 立法者自我恐吓的难题·立法约束 /26

010. 权力和权利 /28

011. 法律强制说 /29

012. 困扰法律强制说的一个对比：主权者和强  
暴者 /31

013. 法律整体上的强制性 /34



- 014. 国家的“包装” /36
- 015. 普遍性的白纸黑字规则·特殊情况 /38
- 小结 /44

## 第二章 “社会学”的观察 /45

- 016. 有争议的案件:里格斯诉帕尔玛 /46
- 017. 侯德里主教的名言:重要的是解释者 /50
- 018. 法院判决的最终效力 /53
- 019. 规则和具体判决 /56
- 020. “法律顾问”和坏人的习惯:预测 /57
- 021. 好人·法官·预测 /61
- 022. 法律 = 具体判决 /63
- 023. 从“规则的解释”走向“社会学的观察” /67
- 024. 国家法的实际作用 /68
- 025. 国家法底层的或者旁边的民间规则 /70
- 026. “活的法律”(lebendes Recht) /71
- 027. “活的法律”与“国家法律”的冲突 /73
- 028. 怎样区别法律和其他社会规则? /76
- 029. “合法”与“非法”的用词习惯 /79
- 030. 确定“活的法律”的困难 /80
- 031. 开辟新的思路:认识“好人” /81
- 032. 好人的态度·义务 /86
- 033. 法律的独特要素 /87
- 034. 观察行动和观察态度 /91
- 035. 法律中的行动与行动中的法律 /96
- 小结 /101

## 第三章 “规范学”的假设 /102

- 036. 用“规范”的概念替换法律背后的“意志” /103
- 037. 意志·默认·认可 /106
- 038. 追踪法律的最终效力·询问义务的来源 /108
- 039. “规范”面面观 /111
- 040. “假设”的理由 /114
- 041. “应当”与“是” /117

- 042. 效力的“原因”和“条件” /121
- 043. 对图伦兹的社会组织式强制·“应当” /123
- 小结 /125

#### 第四章 “解释学”的解释 /127

- 044. 语词的通常用法 /128
- 045. “实证”的策略:寻找法律的“出处” /132
- 046. 观察者的“目的” /135
- 047. 具体法律背后的潜在原则 /136
- 048. 帕尔玛案里的“理论争论” /142
- 049. 对具体判决结果没有争议的案件 /146
- 050. 法律在解释中完成 /150
- 051. 内在参与者的“看法” /152
- 小结 /156

#### 第五章 两种法律秩序 /157

- 052. 希腊悲剧《安提戈涅》 /158
- 053. 高一级的法律与低一级的法律 /159
- 054. 人制定的法律和神制定的法律 /162
- 055. 违反克瑞翁法令的权利 /164
- 小结 /166

#### 第六章 自然法、自然权利和社会契约 /168

- 056. 自然法 = 判断事物的理性 /169
- 057. 维多利亚的传说——自然权利 /171
- 058. 社会契约的一种描述·人法的目的 /172
- 059. 对抗人法的理由 /176
- 小结 /177

#### 第七章 自然法、自然权利和社会契约的另外一种解释 /178

- 060. 自然法和自然权利 = 自利自爱 /178
- 061. 交出全部权利的社会契约 /181
- 062. 顺从人法的理由 /183
- 小结 /187

## 第八章 坏的法律不是法律 /188

- 063. 纳粹的恶法 /189
- 064. 法律的内容和形式的好坏 /192
- 065. “恶法非法”一说的理论困境 /196
- 066. “恶法非法”一说的实践困境 /197
- 小结 /199

## 第九章 坏的法律也是法律 /200

- 067. 解释者和评论者 /200
- 068. 法律改革·“痛苦”选择·法官的职责 /204
- 069. “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 /208
- 070. 安提戈涅·“恶法亦法”·“恶法非法” /213
- 071. “恶法亦法”一说的理论困境·社会角色·利益关系 /215
- 072. “恶法亦法”一说的实践困境·法律专制 /219
- 073. 选择“邪恶” /221
- 小结 /222

## 第十章 道德的法律强制 /223

- 074. 沃尔凡登报告 (Wolfenden Report) /223
- 075. 道德的法律强制 /225
- 076. 德弗林“标准” /228
- 小结 /231

## 第十一章 划清法律与道德 /232

- 077. 基本善恶的道德和“日常争议”的道德 /232
- 078. “康德定理” /234
- 079. 法律强制本身的道德问题 /235
- 080. 支持德弗林还是哈特? /237
- 小结 /238

## 第十二章 法律的价值选择问题 /239

- 081. 问题的引出 /239
- 082. 秩序优先 /240

083. 安提戈涅悲剧和苏格拉底困境的另外一种解释 /242

小结 /244

### 第十三章 哲学王的统治与法律的统治:初次对话 /246

084. 法治的含义 /246

085. 法律的缺陷:无法实现真正的“相同对待” /247

086. 法律解释的困难 /249

087. “鲍西娅”的智慧 /251

088. 完人和绝对真理 /253

089. 柏拉图“人治”的问题 /255

090. 再论法律的缺陷 /259

091. 人性的弱点 /261

092. 权力的诱惑与腐蚀 /262

093. 法治的要素:普遍的服从和良好的法律 /263

094. 一般规则和自由裁量 /265

小结 /268

### 第十四章 开明专制与权力制约的法治:再次对话 /270

095. 开明专制:重温哲学王 /271

096. 阿诺德案 /275

097. 立法和司法的分开 /277

098. 法官的“独立王国” /279

099. 亚里士多德式法治的“背后” /281

100. 孟德斯鸠定理:分权制衡 /282

101. 美国人的权力游戏规则 /285

102. 游戏规则的临时终点 /287

103. 再看一般规则的范围·马歇尔神话 /288

小结 /291

### 第十五章 第三种声音:民主、公意、法律 /292

104. 法治与民主的勾连 /292

105. 乡村式的小社会 /296

106. 公意 /299

107. 法律的政治基础 /303

108. 托克维尔的反调:多数人的专制 /306

小结 /310

## 第十六章 法治的复杂性 /312

109. 启蒙观念中的“宏伟法治蓝图” /313

110. “马车”、“手推车”和“脚踏车” /314

111. 亚里士多德的办法 /316

112. 原则式的“柔性法治” /319

113. 法律的“目的”·法治 /321

114. “鱼”和“熊掌” /322

小结 /325

参引文献 /327

一般索引 /334

人名索引 /341

## 引言：西方法律思想的出发点

### 001. 从苏格拉底的审判说起

首先“阅读”一个故事：苏格拉底的审判。

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

苏格拉底是古希腊的贤哲，但是相貌似乎有些令人感到遗憾的，据说，鼻子偏扁，肚皮略大<sup>①</sup>。这个人一向是意志坚强的，而且性格倔犟。最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解构地无地自容。这种辩证法，与当下我们所知道的极为不同，大致可以分为两个部分——“讥讽”和“助产术”。它是一种不留情面，进而使人尴尬的辩论技

---

<sup>①</sup> 罗素：《西方哲学史》，何兆武、李约瑟译，商务印书馆1982年版，第127页。

术。具体而言,首先向对方请教学问,好像自己是一无所知的,然后通过一问一答的方式逐渐地使对方出现前后矛盾的解说以达到“讥讽”的目的。接下来则是提问者直截了当地告诉对方:“其实你并不懂,还是我来解释吧!当然学问是在你心里的,只是由于你无法想起来便需要我来帮助你回忆,就像帮助你生孩子一样。”这样就开始了“助产”。传说苏格拉底的母亲是一个助产婆,也许苏格拉底正是从其母亲的助产生涯中得到了这样的灵感。此等辩证法在苏格拉底的手中,的确是游刃有余的,但是,也因此苏格拉底得罪了那些被“讥讽助产”的“知识霸权”的人物。

此外,不知是秉性还是激情的缘故,能言善辩的苏格拉底还特别热衷于对现实的社会事务冷嘲热讽,或者讲述国家的政治法律陈腐愚昧,或者讲述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的方式选择领导人的做法,苏格拉底就说那是再愚蠢不过的举措了:

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。<sup>②</sup>

也许,大凡思想者都喜欢以“批评”为能事。可惜的是古雅典国民的“容忍涵养”就像苏格拉底的相貌一样令人感到遗憾。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,不能放任他人危言耸听。“牛氓”式的苏格拉底执意要发表批评的意见,自然容易招惹反感和拒斥。

公元前399年,苏格拉底70岁。就在那年的春天,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:(1)渎神;(2)腐化和误导青年。<sup>③</sup>迈雷托士是诗人,赖垦是修辞学家,而安匿托士是政

---

<sup>②</sup> 色诺芬:《回忆苏格拉底》,吴永泉译,商务印书馆1984年版,第8页。

<sup>③</sup> 柏拉图:《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》,严群译,商务印书馆1983年版,第59页;色诺芬:《回忆苏格拉底》,第1页。

治活跃分子。这场官司由迈雷托士“明火执仗”，赖星旁敲侧击，安匿托士暗中怂恿，这三个人都是饱尝“辩证法”之苦的社会名流。当时雅典法律是这样规定的：“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且由公民投票表决。三个人正是运用这张“白纸黑字”的规定，状告苏格拉底。

雅典的程序法是十分有趣的。一方面，法庭的“法官”人数居然可以达到6000人之多，由公民抽签选出。那时候的雅典共有10个族，每个族可以选出600人。雅典人认为这是非常令人满意的“法律审判民主”，一切权力无一例外地落入了大众手里。<sup>④</sup>当然，每次审判并不一定非要6000人，苏格拉底的审判就仅有501人。<sup>⑤</sup>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，绝对不会作任何的调查核实；如此，不善辞令的人自然容易在诉讼中失败。这倒真像今天英语国家的“诉辩对抗制”。在这种制度中，法官总是处于中间位置察言观色，而原告和被告，尤其是双方重金聘请的律师则是尽力表演，担当着提出证据辩论“法例”的庭上主角。

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：你说我腐化和误导青年，那么谁能引导青年走上正确的道路？迈雷托士说：除你之外其他一切懂得法律的人。苏格拉底反驳道：依照你这样的回答，就知道你对青年是漠不关心的，而且对控告我的事实也是毫不了解的。因为，这就如同认为除一个人之外的所有人都可以像魔术师一样有益地训练幼马，太荒谬了！<sup>⑥</sup>教育就像魔术一样，是一门技艺，并不是除一个人之外的所有人都可以学会的。非要这么说便等于是认为除一个人之外的所有人都可以掌握魔术，这是绝顶的笑话。如此只能认为，并非除苏格拉底之外一切人都对青年是有益的。

④ 亚里士多德：《雅典政制》，日知、立野译，商务印书馆1978年版，第46页。

⑤ 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第73页。

⑥ 同上，第59-60页。



这个答辩与证据的认识存在着联系。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。苏格拉底讥讽道：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了坏人，自己岂不是情愿接触这类坏人而受到伤害？明白这个道理的人还去这样做，精神显然是不正常的，不正常的人怎么会是有意的？<sup>⑦</sup>

这段答辩与法理的分析存在着联系。苏格拉底的意思在于说明：法律上的“渎神”和“腐化误导青年”的犯罪一定要有“犯意”，精神不正常的人怎么可能会有“犯意”？没有“犯意”怎么能定为“渎神”罪和“腐化误导青年”罪？不论苏格拉底说的是否有道理，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：可是你还指责我引进新神并且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？！<sup>⑧</sup>

这个答辩同样与法理的分析存在着联系。这是说，指控他人便是“证明”他人有罪，而证明就应该自圆其说，前后一致，否则如何依法指控？苏格拉底想说明对方的起诉是自相矛盾的。

但是，不论苏格拉底如何机智，雅典到底以 281 票对 220 票判决他罪名成立，处以死刑。<sup>⑨</sup>

临刑前，老朋友克力同借探望之机来看苏格拉底，并且告诉他，朋友们决定帮助他越狱，而且一切都已经安排妥当了。可是苏格拉底却坦然自若，表示不越狱。克力同提出了各种理由来说服他，认为雅典的法律是不公正的，而且遵守这样的法律是没有任何道理的，但是仍然无

<sup>⑦</sup> 柏拉图：《游叙弗伦·苏格拉底的申辩·克力同》，第 61 页。

<sup>⑧</sup> 同上，第 62 页。

<sup>⑨</sup> 同上，第 73 页。