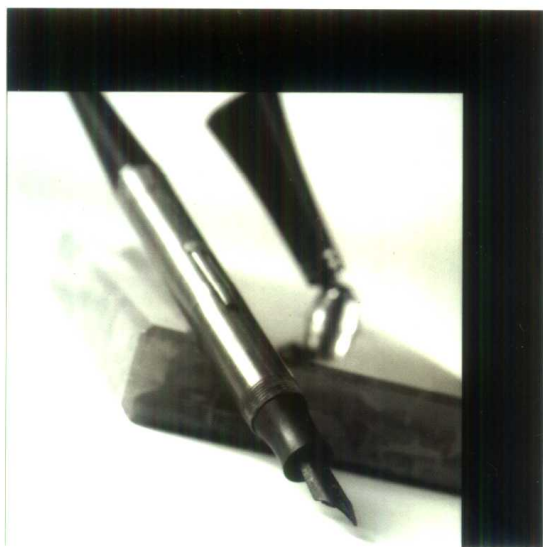


本书以亲切家常、平和幽默的手法漫谈西方法律文化，对似乎是信手拈来的法律现象材料进行点拨评说，说的是西方法律文化现象，却时时启蒙着中国人的法律意识和法治观念，不着痕迹地调动着读者的思维，去思考中国的问题

法窗西雨



刘星 / 著

法学学术随笔



法律出版社

法学学术随笔

西窗法雨

刘 星 / 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

西窗法雨/刘星著. —北京:法律出版社, 2002. 12
(法学学术随笔)
ISBN 7-5036-4078-2

I. 西… II. 刘… III. 法律—文化—西方国家
IV. D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第098117号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/中国科学院印刷厂	
开本/A5	印张/5.875 字数/149千
版本/2003年2月第1版	印次/2003年2月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939685	传真/010-63939701
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4078-2 1·3796	定价:10.00元

序：小文论方圆

一正(刘星笔名)的“西窗法雨”曾在《南方周末》以专栏形式连载。开的是“西窗”，下的是“法雨”。“窗”小，“雨”也不大。一期千余字，挺低调的。开办者大约有使它“随风潜入夜，润物细无声”的意思。可那“雨”不仅“潜入”了“夜”，也潜入了“心”。读者心里就掀起了波澜。结果，雨仍然是“细”的，雨声却大了起来，颇有些轰动效应。常有外地朋友问我，一正何许人，能写此等好文章？

今天，“此等好文章”汇成了书，“雨”便成了“湖”。在这湖里畅游一通，自是别有一番情致。

总觉得文学与法律相隔很远，其实是没碰到高手。读《西窗法雨》才知道文学与法律是可以联姻的。一正要讲的是法律。法律自然枯燥。但一正却有化枯燥为有趣的本事。用文学的手法讲法律的道理是一正的一大创造。他善讲故事。用文学的眼光看，他有较高的叙述策略。一，他的叙述短小、精彩，且语言幽默风趣，往往几句话便能抓住人。二，他有明确的叙述目的，能将故事在不知不觉中引向他要讲述的道理。读者还在故事的享受里，却已经开始了对道理的领悟。一正有涉笔成趣的本事，古今中外的事件，被他信手拈来、皆成文章。如一正讲到了电视剧《宰相刘罗锅》里刘庸参皇帝一场戏。这显然是当时看电视之后的产物。这场戏一般人看了也就看了，一正却随手抓到了文章里，讲了一通法律内外的平等与不平等这一较深层面的道理。巧妙的故事使一正的道理有着亲切感，而不是瞪起的眼睛、板起的面孔。

且一正讲的道理正是中国社会所需要的。新时期以来,中国社会急需加强法治建设,人民急需加强法治观念。因而人们都希望了解西方的法治知识。一正的“雨”便有些解渴,有点儿启蒙的意思,在中国人面前打开了一片全新的天地。而一正又不是一般地介绍西方的法律,他的文字都有着现实性和针对性。他时时讲着西方的法律,却又像时时在讲着中国的现状,让人时时思考中国的问题。如他讲西方“政府旁边的法院”、讲西方“政府的承诺”、讲“上下关系”与“契约关系”、讲公法与私法等等。读一正的文字,你常常会想起“好雨知时节”之类的古诗,觉得他这“雨”下得正当时。你会体会到在轻松潇洒的文字背后,作者那强烈的责任感、使命感。一正说,“人们要法律,就是想要社会有个方圆,有个秩序”(见该书,第2页)。中国正以前所未有的速度在发展。发展得越快,越要有方圆,这是不言而喻的。一正就是要寻找一种参照,让人们反观中国法治的过去与今天,让人们去思考中国社会的方圆。

而一正的高超之处还在于,在大多情况下,他并不一般地塞给你一些法律的道理,而是力争用他的讲述,调动你的一种智慧。在一正的文字里你懂了,法律不只是刑、不只是铁,法律是人类的一种智慧。于是,你得到的,就不只是一些法律条文,而是如何智慧地思考法律问题。如一正讲法律与人性善恶观念的关系,并不纠缠于人性的善恶本身,而是进入到这一观念的背后,看看东西方人的文化差异,看看东西方人为什么要对人性进行不同的假设。一进入问题的背后,就把问题看透了。问题一被看透,就简单了。一些被人们津津乐道地讨论着的问题,就显得没有必要甚至可笑。如人性是善是恶的问题,作者轻松地告诉我们,其实并不重要,那都是人们为了某种目的的“假设前提”。“既然我们喜欢上了法治,假设一下人性的不完善或许就是必要的”。(见该书,第8页)诸如此类的问题,一正往往简单几句话,能顶迂腐学者几十年的钻研。在这样的论说里,你进入了法律的智慧天地,你享受着智慧的乐趣。

一正讲述法律之所以能从一般的道理进入到智慧层面,是因为

《西窗法雨》其实不只是一般的法律知识介绍，那里溶化着作者颇为尖端、颇为前沿的研究心得。一正是研究西方法理学的学者，有着开阔的视野和深厚的功底。他不仅对西方传统法理学有着精深的研究，而且对法理学的后现代演变有着准确的把握。对法律问题，他不仅讨论其“然”，更讨论其“所以然”；他不仅讨论法律的制定，而且讨论“为什么”、“凭什么”制定这些法律。如他讲述法律权利与自然权利间的关系，指出法律的“双刃性”，讨论法律“公正”的背后与“公正”的难题，论述法律内容与形式的“正义”问题……在这些文字里，一些关于法律的神话被解构了。人们对法律的认识得到了真正深层的推进。也正是在这里，人们才发现，社会确实需要方圆，但不同的社会、不同的时代却有不同方圆，因而什么是方、什么是圆，凭什么方、凭什么圆，如何方、如何圆等等都不是简单的问题，那里需要大智慧。

读《西窗法雨》，你会悟到，中国正在呼唤大智慧。而你不会怀疑，大智慧，中国人会有的。

程文超*

* 文学博士，中山大学人文学院教授，博士生导师。

目 录

序:小文论方圆	(1)
苏格拉底的慎重	(1)
法上“法”	(3)
法律的缺陷与人的智慧	(5)
法治的假设前提	(7)
“半法治”与“全法治”	(9)
政府旁边的法院	(11)
政府的承诺	(13)
“上下关系”还是“契约关系”?	(15)
法院的审查权力	(17)
少数人的权利	(19)
女人和男人一样?	(21)
俄勒冈州女工的胜利	(23)
权利:天生的和永恒的	(25)
死刑的存废	(27)
善良违法	(29)
最大多数人的最大需要	(31)
航运业的命运	(33)
公法与私法	(35)

法律内外的平等	(37)
法律与公正	(39)
恶法非法	(41)
法律就是“强制”？	(43)
正义的“自然性质”	(45)
自然而然的事情	(47)
法律与人类本性	(49)
法律和规律	(51)
地理环境中的法律	(53)
活的法律	(55)
白纸黑字背后	(57)
隐含的法律规则	(59)
法律的条文与目的	(61)
法律中的大众准则	(63)
一般公民的陪审团	(65)
一般规则之下的自由裁量	(67)
包细亚的智慧	(69)
“区别”的技术	(71)
道德的法律强制	(73)
馅饼的增大	(75)
官司的成本计算	(77)
法官嘴里的法律	(79)
法律 = 具体判决	(81)
法律的双刃性	(83)
法律的“矛盾”	(85)
法律的最终效力	(87)
为什么要遵守法律？	(89)
法律形式上的正义	(91)
法无明文不处罚	(93)

无罪推定·····	(95)
照老规矩办·····	(97)
私领域中的程序第一·····	(99)
法院的“救济”·····	(101)
天平上的权力与权利·····	(103)
“片警”的援助义务·····	(105)
无效的诱供·····	(107)
官方面子·····	(109)
因势利导的缘由·····	(111)
你说什么法官裁断什么·····	(113)
“事实”和“证据”这两个词·····	(115)
自由心证·····	(117)
法庭上的“对抗”·····	(119)
证人的麻烦·····	(121)
防患于未然·····	(123)
没有过错的犯罪·····	(125)
辛普森的命运·····	(127)
泾渭分明·····	(129)
“公平的”责任分担·····	(131)
合同中的“暗含条款”·····	(133)
痛苦与赔偿·····	(135)
自扫门前雪·····	(137)
牛和熊·····	(139)
结婚前的“考验期”·····	(141)
再婚的“等待期”·····	(143)
反省的能力(结束篇)·····	(145)
附录 ·····	(147)
民众之中的法·····	(147)
花生仁儿·····	(150)

法律中的雄辩?	(153)
域外沉默权一瞥.....	(157)
追踪法律的效力.....	(164)
理解法律的新视角.....	(167)
法律的最终立场(访谈录).....	(170)

苏格拉底的慎重

柏拉图写过不少对话录，里面讲述了许多稀奇古怪、在中国人看来不可思议的故事，苏格拉底誓死不越狱就是其中的一个。

苏格拉底是个著名的哲学家。此人述而不作，性格倔犟，尤其喜好运用“辩证法”将那些自以为学富五车的人驳得哑口无言。这辩证法与咱们现在知道的不同，它是一种很伤人的辩论技术，分为“讥讽”和“助产术”两部分。具体来说，辩论者首先向对方请教学问，好像自己什么都不懂似的，然后通过一问一答的方式，逐渐使对方出现前后矛盾的回答，以达到“讥讽”的目的。最后，提问者便直截了当地告诉对方：“其实你并不懂，还是让我来解释所请教的学问是什么。当然，学问在你心里，只是你无法想起来，现在我帮助你回忆，就像帮你生小孩一样。”这样，便开始“助产”。正是因为经常运用这种方式向他人“请教”，苏格拉底得罪了一些自以为是的“智者”（又称“诡辩学者”）。

于是，这些“智者”便利用雅典荒诞不经的法律，控告苏格拉底传授对诸神不敬的学问，腐化及误导青年，并且还真的把他送进了监狱。在狱中，他被判饮毒而死。

临刑前，苏格拉底的学生克力同来看他，告诉他朋友们决定帮助他越狱，而且一切已安排妥当。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，告诉他雅典的法律不公正，遵守这样的法律简直是迂腐，但仍然无效。苏格拉底还反问：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？经过与克力同的一番“探讨”，苏格拉底最后还是选择了饮毒。

在一般中国人看来，这种事情恐怕不难处理。既然法律本身就不公正，为什么还要服从呢？实在应该堂而皇之越狱而去。

这个故事可以说大致揭示了西方法律文化一个方面的深层意识。从古至今，有些西方人似乎就不像中国人这么“坚决”。他们认为，对待自己认为不公正的法律，态度要慎重。理由是，人们要法律，就是想要社会有个方圆，有个秩序。有些法律当然不好，甚至可恶，但是如果因此便可以将法律随意戏弄，那么可能人人都会找借口逃避法律的约束，从而导致社会的混乱无序。而且，当某些人认为这个法律公正，而另一些人持相反看法时，能否一定会找到一个公认的标准来确定谁是谁非？当然不一定。就此故事来说，苏格拉底和他的学生认为雅典的法律不公正，而许多雅典人却认为那法律再好不过了，我们恐怕就难以找到连当时大多数希腊人也接受的标准去说“就是苏格拉底正确”，或说“就是大多数雅典人正确”。价值判断这东西，有时就是见仁见智。所以，有些西方人相信，必须慎重对待自己认为不好的法律。把自己的标准强加于人，便容易导致没有理性没有秩序而只有暴力。

法上“法”

古希腊戏剧家索福克勒斯写了一个十分有名的叫做《安提戈涅》的悲剧。其中一场戏,生动地描述了人的宗教义务和世俗法律义务之间难以调和的冲突。

安提戈涅是一名妇女。她的兄弟普雷尼克因为违反了国家的法律而被国王克里奥判处死刑并已执行。后来,国王还宣布一项法律,规定不许任何人为普雷尼克举行丧礼。但是,就是在这种情况下,安提戈涅仍然勇敢地向国王的法令挑战,按照希腊宗教所规定的仪式,埋葬了她的兄弟。

国王将安提戈涅抓起来,问她为什么违反国家的法律。安提戈涅说:“我应该服从国家的法律,但是,更应该服从高于国家法律的宗教法律。”按照希腊宗教,兄弟姐妹之间的爱是永恒不变的,在其中一个离开人世时,其他人要以宗教仪式举行庄严的丧礼。安提戈涅称,宁愿受国法的处置,也要将兄弟完好埋葬,这是她自己良心上的要求。

在西方法律文化史中,因两种法律秩序之间的冲突而产生的思考源远流长。这场戏只是表明,早在古希腊,西方人就认为应该对这类冲突有一个超验的看法。

西方人总是认为,此岸世界远不如彼岸世界那样完善。在彼岸中,神或上帝是全知全能的,它们安排的世界既公平又有序。而在此岸中,由于人有种种缺陷,世间总有这样那样的不完善。正是因为人

的不完善,所以在没有神或上帝的指引下人所制定的法律便有许多毛病,于是,人要完善自己,希望社会公正,就必须以彼岸的法则为最终标准评判自己的行为,甚至评判世俗法律的善恶。

这种世俗法律之上还有更高的法则的观念,在西方的整个文化历史中极为盛行。西方人时常以这种观念为武器,批判现时社会中不完善的法律。他们认为,当世俗法律和更高的法则发生冲突的时候,更有义务去服从后者。这样才能防止世俗社会中有人利用法律造成专制。

当然,也有一些西方人存有忧虑。他们想,国家制定的法律明确清楚,比较好把握,而那些更高法则之类的东西时常很抽象,有时甚至不知所云,所以应以国家的法律为最终标准,否则人世间便会失去明确的行为标准。

在西方人看来,安提戈涅的最后命运是不重要的,她的行为选择的意义才是重要的。人无法摆脱世间命运的安排,但可以选择自己的行为,从而选择自认为更好的法律秩序。

法律的缺陷与人的智慧

治理社会无非有三种形式：法治、人治和无为而治。一般认为，洋人的社会就是法治社会，洋人在观念上都是喜欢法治的。这种说法只能说是部分正确。翻翻西洋历史，你不仅可以发现人治的痕迹，而且可以看到鼓吹人治的也大有人在，其中不乏哲人贤达（如柏拉图）。为什么有人喜欢人治？这恐怕与法律的缺陷有关。

先看一个小例子。数十年前，英国审理了一个颇为棘手的刑事案。案情是这样的，一天，一名叫乔治的小伙子在家里闲得无聊，就想去附近的皇家空军机场看看飞机日常训练。他轻手轻脚地爬过机场旁边的铁丝网和障碍物，坐在机场跑道上兴致勃勃地观看天上的飞机。这时，一架飞机打算降落。正当慢慢降落时，飞行员发现跑道上坐着人，不得不将飞机再次拉起飞向天空。虽然乔治的行为并没有造成什么损失，但是警察还是将他带走了，并于几天后把他送上了法庭。

当时审理此案的法官叫帕克。在开庭那天，帕克一手拿着一部叫做《官方机密条例》的法律，一手翻阅着案件调查的情况说明。当检控官陈述完起诉状后，帕克法官问乔治还有什么可说的。乔治回答说，他甘愿受罚，谁让自己这样无聊地惹事呢。可是，乔治的辩护律师却说，乔治不应受罚，因为他没有违反《官方机密条例》的规定。

律师让帕克法官仔细阅读该条例第三条的规定，上面写着：“不得在禁区附近妨碍皇家军队成员的行动……”律师巧辩道，虽然军用

机场毫无疑问是个“禁区”，乔治也妨碍了皇家军队成员的行动，但是，他不是“在禁区附近”而是在“禁区里”做的事。条例第三条只规定了“在……附近”，没有规定“在……里”，所以依据这条规定是不能处罚乔治的。律师还提醒帕克法官注意，英国是个法治国家，法无明文是不为罪的。这样，帕克法官还真是为难了。

大家都说，法律的优点在于它具有稳定性和明确性。可是，很多人并未意识到，它的优点也正是它的缺点。正是因为它具有稳定性，不能朝令夕改，所以遇到特殊情况便无法随机调整；正是因为它具有明确性，不能模棱两可，所以遇到未曾遇见过的情形，便难以灵活处置。而人的智慧就可以随机应变，灵活处断。在上面那个案件中，假设没有法律在旁边，帕克仅用自己的智慧来断案，可能就不存在为难的问题了。如果再加上人的自觉自律，那么在治国上能说人治不如法治吗？

当然，尽管西洋历史出现过人治，有人根据上面所述理由赞同过人治，洋人以及其他许多地方的人们最后还是选择了法治。不过，最后的选择并不表明法律没有了缺陷，也不表明法律完全可以顶替人的智慧的灵活性。其实，法律的缺陷是法律本身固有和无法消除的。洋人最终选择法治的理由，恐怕不在于觉得法律的优点胜过人的智慧，而仅仅在于觉得法治比人治要可靠，因为，历史时常说明，人的自觉自律是不恒常的。

法治的假设前提

大凡读过《圣经》的人都知道，那里面讲了一个有关人类第一父亲和第一母亲的故事。故事说，上帝创造了世界上第一个男人叫亚当，由于亚当觉得太寂寞了，总想让人陪伴，上帝便在亚当身上取下一根肋骨，做成了世界上第一个女人，取名夏娃。亚当和夏娃没什么事可做，上帝便派他们去看管伊甸园，再三叮嘱他们千万不得偷吃善恶树上的“禁果”。

也许是“尝试”心切，夏娃还是将上帝的命令弃置一旁，偷吃了“禁果”。岂料后果十分严重：夏娃抵挡不住蛇的诱惑，性觉醒了，在无法控制的情况下去诱惑亚当，致使两人终于结合在一起，从此，人类就像开了闸的洪水一般不断繁衍，一代传一代。上帝知道之后颇为震怒，将夏娃逐出了伊甸园。上帝还告诉后来的人类，第一父亲和第一母亲的行为是一种罪恶，人类是由于这种罪恶而出现的，所以人类的每个人生下来都是有罪的。

很大程度是因为这个故事，西方人相信了人性恶。

老一辈的中国人都读过《三字经》，那里面的头一句话说：人之初，性本善。尽管历史上曾有几个“法家”分子竭力“诋毁”人性，但是，大多数中国人都追随孔孟之类的说法，喜欢把人讲得善一点。于是，欲从孩提时代教育人的《三字经》开篇就有了人性善的字眼。

纠正人的犯罪的手段只有两个：心灵的教训和肉体的制裁。前者是道德，后者是法律。道德的方式是一种劝说，法律的方式则是一