



法律的隐喻

刘星 著

增订版



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

法律的隐喻



增订版

法律的隐喻
FALŪ DE YINYU

图书在版编目(CIP)数据

法律的隐喻 / 刘星著. —增订本. —桂林: 广西
师范大学出版社, 2019.6
ISBN 978-7-5598-1789-1

I. ①法… II. ①刘… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 095554 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市五里店路 9 号 邮政编码: 541004)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 张艺兵

全国新华书店经销

湛江南华印务有限公司印刷

(广东省湛江市霞山区绿塘路 61 号 邮政编码: 524002)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 7.25 字数: 150 千字

2019 年 6 月第 1 版 2019 年 6 月第 1 次印刷

定价: 45.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与出版社发行部门联系调换。



成
为
更
好
的
人

增订版序

十年前，本书以《有产阶级的法律》为书名出版。当然更早，1999年便用《法律的隐喻》书名。陆续有学者对这本书作了评论。回头看，近二十年，我觉得本书写作的思想和叙事策略依然有益。中国一直处在重要的社会转型时期，我们的观念和话语还有分化之势，或许还要更长时间。同时对法律而言，不仅专业人士而且社会大众也越来越感到必须关注其到底为谁服务，其背后到底想要表达什么。仔细考量，不难发现法律——无论是明说的还是含蓄的，都有深层的意识形态及价值的展望，这或许就是“隐喻”。由此，我们便不应停留在法律的表象，而是需要阅读、潜入、搜寻、挖掘、揭示，将内在不易言明的展现出来。

在这一版本，文章内容稍作订正。另要说明，书名再用《法律的隐喻》，是刘峰先生的建议，他认为如此可更好体现全书的用意和风格，我尊重他的想法。“法律的隐喻”包含了“有产阶级的法律”的意思，当然也更广泛。

本书的写作缘起、基本思路、叙事策略，《前言》中均有详细交代，请读者参阅。

要感谢广西师范大学出版社。能在这个出版社出版，实为荣

幸。当然还要感谢刘峰先生引荐。希望本书能为读者带来阅读的兴趣和乐趣。

刘 星

2017 年冬于北京

前 言

礼让：我看过不少林肯当律师时的故事。审判到了的时候，他找不到法院，而且不只一次！

史努比：要是这样的话，生活倒变得简单多了。¹

这本书的所有文章，都是研究性的，力求法律的深入理解。

首先，应当说，法学研究的功能大致有如下几个：其一是实务性，也即思考怎样解决具体的实际问题，展开实用的思路，辨别方法，剥离可能，提出建议，检视结果；其二是理论化，就是在思考具体实际问题的基础上将法律的较为抽象的层面凸显出来，用一般的叙述展开分析，提示想象空间，进行知识分类，推进认识，形成话语传统；其三是批判性，也即实施反思，从正常理解的法的对立面进入，将内在的深层态度问题揭露出来，也即追问立场，然后暗示“应当”。当然，法学研究的功能可能还有其他……

本书的文章研究，有一点点的实务性，多一点的理论化，更多一点的批判性。这就是，从实际问题入手，在人们熟悉的法律实践中提出问题，层层考察，由简入繁，最后着重地提示研究者的“批判

1 查尔斯·舒尔茨：《史努比全集》（15），陈文俊、邓霄云译，希望出版社2002年版，第208页。

意识”。

自然，现在中国的法治（法制）建设正在迅速发展，人们对法律的期待是热烈的，这也是正确的，唯有此才是清醒。中国面临重要的乃至前所未有的历史转型时期，问题很多，思想分化，的确需要制度上的务实努力，使得中国现代化建设尽可能地统一发展。所以，欲提“批判意识”，似有不妥。很多人都说，什么事件先做起来，然后再多想一层，这对法律建设是重要的，否则拖了后腿，于人于己无益。但是，我们都知道，很多次的中国法治（法制）事件的出现，比如，近些年的“四川二奶继承”案、孙志刚案、刘涌案、李慧娟案、佘祥林案、邱兴华案，包括“一个馒头血案”，还有养路费的征集、《物权法》的审议通过，等等，无一不爆发了激烈的争论，这似乎显得中国的许多事情是“摇摆地”向前发展的，是一部分人“战胜”另外一部分人的结果。这反映了什么？不想想也不行。单纯地说，这是人们对法律调整对象的争论，是对政治经济利益的分配的争论，法律仅仅是个手段，法律本身无可厚非，这样，可能还是将问题简单化了。另一方面，法学的知识分子，作为“知识分子”，需要多想，否则也恰恰没有实现自己的社会分工性的“身份认同”。在这个意义上，将“务实性”往“理论化”上推，然后将“理论化”往“批判性”上推，是有用的，而且是不可避免的，这意味着需要将法律本身的内在立场问题揭示出来，对其深入讨论。而准确地说，这不会影响法治（法制）建设的向前推进，恰恰是为了其更为健康地推进。

还要说的是，“批判性”，不仅是“批判”，其也是某种意义的“知识推进”，因为，如果对法律多了一层理解，将其中深层内容不断地揭发出来，实际上也是积累认识；如果予以系统的理论编织，这就是“知识化”。这种知识化，自然也有助于实践。我们都知道，很多时候，我们的思想在引导我们，尽管，我们总是在社会实践博弈中进行选择。思想，尤其是激发性的思想，更尤其是来源于反思的思想，具有强烈的支配欲望，即支配实践，支配身边的生活，试图改造自己甚至改造他者。如果思想不是这样，有时就不能恰如其分地解释同一个生活圈子里为什么会有不同的行动策略。因此，来自批判性的知识提炼，可以产生“警醒”“同情”“关怀”，当然还有“谨慎”，进而有助于实践。这些，对法律建设具有极为重要的意义。

这本书的文章，大体来说是这个意思的展开。

其中几篇文章，讨论法律、法学、法学教育的双面性，以及由此而来的“实践焦虑”。其中有些曲折的讨论、分析，使法律、法学、法学教育显得“复杂”，然后引向一个暂时的结论，暗示一个建议；当然我也结合了一些当下的现实过程和过去的历史事件，以其为平台，最重要的是在其中凸显其本身的结构、路向，以及由此而来的带有批判性的知识问题。另外一些文章，讨论法律与其外在事物的关系——比如，进入审判到底为了什么外在目的——将法律和社会现象的他者联系起来，使其互动，然后，转入较为广泛的多学科性质的讨论，当然，我又结合了一些现实过程和历史事件。

每篇文章，相互之间，是有逻辑联系的，一方面是意思的层层深入，另一方面是问题的逐渐打开。在此，我有这样的想法：说明了一个意思，或者解释了一个想法，不意味着就一定解决了问题，因为，其可能恰恰会引出新的问题，而对于知识理解来说，新问题的呈现，又是重要的，在法律领域里这可能是更有启发性的；而如果可以将每篇文章的意思联系起来，看见思考的相互性，问题的相互性，这就有价值了。

另要交代的是，如上所述，这本书特别利用了“事例”，而且运用了较为轻松的叙事方法。我想说的是，这未必是“通俗”的企图、表现。这点需要解释。

对于法律问题而言，“事例”其实就是“实际”，离开实际讨论法律，是没有多大意义的，至少，意义是非常有限的。“事例”有其本身的结构、逻辑路向，反映了特定的实际事物性质，而且因其“具体”，更有法律分析的价值。毕竟，法律问题的最终解决是“具体”的。而采用较为轻松的叙事方法，也是为了使分析变得具有吸引力进而更为清晰（可以想想，现在有多少法律论文没有吸引力，同时不清晰）；法律问题是需要清晰分析的，不能含糊，不清晰而又含糊的分析也就使分析者失去了法律人的同样是社会分工性的“身份认同”。在现代，这更加明显。同时，最重要的是，“事例”，尤其是带有“故事性”的事例，以及较为轻松的叙事方法，特别是那类试图使问题显得清晰的叙事，是“法律与文学”（Law and Literature）的一种学术实践。在这里，“法律与文学”提出的

问题是：经过人们更易感兴趣的“故事性”的事例，以及人们更易接受的轻松叙事方式，文本表达的法律意识如何在社会阅读中夺取了思想领导权？谁都知道，易感兴趣，才更易接受，也就更为容易引发思想召唤的响应，从而同意一种思想拒绝另外一种思想，在法律实践中，自觉或不自觉地站在一个立场，赞同或者反对一个法律意见。这里，进而深入的问题则是：为什么不利用“类文学”的方法展开法律话语领导权的争夺，以及法律的行动，如果我们自认为一个法律思想是正确的？或者，法律是否显然需要与“文学”合作，如果我们承认法律最终关乎立场？

再有一个方面，就是“事例”永远是个性丰富的，也即有着无穷的多样性和复杂性，而较为轻松的叙事方法总会带来语言的不断联想，进而带来思路的不断开拓，这就是想象；于是，两者结合起来就使我们变得更为敏感，还有敏锐，从而更为容易“进入”法律的复杂多面，以及法律思路的复杂多面。接下来，我们也就更易意识到：很多法律问题，以及人们的利益欲望，因为种种原因被遮蔽了甚至被消灭了。因此，“文学”的启动具有重要的“法律认识再生产”的功能。今天，很多人已经知道了，看见法律问题的复杂再复杂，对于我们的法治（法制）事业是多么的重要，因为，我们不仅需要知道自己，还要知道别人，更要知道许多未曾想到的更多人，更多阶层，尽可能地知道大家都在想什么，否则，我们就会没有了“关怀”，进而也就失去了“关怀”。也是因此，文学，在这里具有法律问题上的亲和作用。

概括来说，需要重新理解法学叙述中的“事例”和“轻松叙事”的文学路线。

这本书的文章，基本上刊载了《天涯》《比较法研究》《书城》《法学家茶座》等书刊。原书名为《法律的隐喻》（中山大学出版社，1999年版）。现删掉原书一些文章，补充了新的文章，目的是让它较为连贯。书名的改变，是为了让其实点、明确点。

最后，说点感谢。文章写作时，曾与一些朋友交谈过，受过他们的启发，写完后也得到了他们的批评，要感谢他们，但是为了避免给人“撑门面”的印象，故而不提尊称大名了；当然，这也是为了让读者知道书中的不足，实际上是作者自己的责任。要感谢《清华法学》的徐雨衡编辑，其提议修订本书并为此书出版做出了努力和辛勤劳动。另要特别感谢北京大学出版社的蒋浩先生，他总是以多种方式鼓励、支持我，力促本书以令人向往的方式出版，这是重要的动力。非常感谢！

在题记中，我使用了“史努比伙伴”（the Peanuts Gang）一个对话。我认为，其中包含了与法律相关的丰富的、可想象的内容。我的确认为，在历史时间和现实空间两个方面去不断触摸、把握法律问题，既是必要的，也是可能的。

刘 星

2007 年秋于广州

目 录

增订版序	001
前 言	001
“法律审判”背后的谱系	001
读《听来的故事》 ——掀开现代性法律的另一面	019
从《水浒》的翻译看	029
有产阶级的法律 ——新游学纪闻在美国（一）	037
意识形态的分裂 ——新游学纪闻在美国（二）	044
小额官司 ——几类思考的理路	053

“法学家”在近代	068
民国法学家的“一种生活”和其法学	074
村学乡学 ——一种乡村制度的话语构建	087
域外沉默权一瞥	100
法治·分权制衡·法律现代性的困境 ——从腓特烈大帝过问阿诺德案说起	110
法律解释与“法律民主”	123
法律科学?	142
美国人手里的牛津大学法理学教授职位 ——德沃金的革命	155
法律话语与法律活动的关系 ——以中国的叙事为例	170

“法律审判”背后的谱系¹

对当事人来说法律是什么？对这一问题的回答无可争辩。……有关的法律是一回事，制定出来的法律则是另外一回事。有关的法律意见……完全见于法院大多数人的意见，而且完全是由这一意见构成的。²

本文讨论一个案件的审判，并从中有所发挥。

先说事情经过。

从1736年到1885年，是大清帝国风光、式微、颓衰的年月。在那些年里，发生了许多案子，其中，不少还被提交到刑部这个最高司法机构。此间，有两个人物，一个叫祝庆祺，一个叫鲍书芸，可能还有其他人。他们对那些案子，尤其是被提交到刑部的案子，特别感兴趣，于是，编出了有点类似西方人“判例汇编”（law reports）的案子“集锦”——《刑案汇览》。

《刑案汇览》的来龙去脉、个中缘由，应该交给法律史学家去

1 原载《天涯》2001年第5期，第174—179页。现重新修订。

2 Richard Taylor, "Law and Morality", *New York University Law Review*, 43 (1968), p. 626.

研究。这里，我们关心其中一个小案的审判记录——婆婆通奸杀人案的察断。

案子，本身大致出在乾隆五十七年。那年，有一婆婆，人称老焦刘氏。身为婆婆，情性本应有所节制，不可再风流起事。但是，老焦刘氏人老心不老，仿佛自己依然是年轻的，居然，时常与人偷情。凡事日久必露。一次，老焦刘氏与一个叫作焦菊弟的男人寻欢作乐，被媳妇小焦刘氏清楚地看见了。稍后，老焦刘氏的夫君焦更生，也是对此蛛丝马迹而疑窦丛生。没过几日，焦更生便追问盘查老焦刘氏。小焦刘氏，则在一边旁观。盘问之时，老焦刘氏担心站立一边的媳妇小焦刘氏说出奸情，于是抡起铁叉左右挥舞，以示恐吓。可小焦刘氏看不过眼，心想，身为婆婆本应“作出表率”，不能放纵自己的情欲，如今，更不应对自己这个“证人”用叉威胁，随即，说出许多义正词严的“道德指责”的字词，痛斥婆婆，并将婆婆的丑事全部讲了出来。这个老焦刘氏，颇为“可恶”，不对自己反省一二，反怪小焦刘氏多管闲事，倚仗“婆道尊严”，抡起一铁叉直向媳妇打去。媳妇奋起自卫，抓住铁叉另一端，又拉又扯。两人交手数个回合。结果，十分不幸，小焦刘氏终究不敌老焦刘氏，被后者结实地戳中了胸膛要害，当即死亡。

案子发了。

婆婆老焦刘氏被官人带到了官府。

案情十分清楚，没有什么疑点。

不过，翻遍大清例律，似乎没有可直接适用的法律词句。有一

段法律文字称：凡“非理殴子孙之妇致死”者，处徒刑三年。另有两处看上去相关的法律文字。其一说：婆婆犯奸被媳妇发现而为灭口谋杀媳妇者，处斩监候刑。其二说：婆婆无正当理由故意殴打媳妇致死并事先有谋者，处流刑。

当时，初审案子的官吏是安徽巡抚。巡抚大人发愁，因为，两相对照，硬是不易对法律文字和案子的关系做出判断。最后，巡抚拟了个判决意见，连同案子一起递交刑部请示。判决意见称：老焦刘氏，犯有奸情，所以，不应比照“非理殴打”律处刑，而另外两处法律文字都已提到“故意兼蓄谋”的意思，故而，也不好直用；现准备在“非理殴子孙之妇、致死，满徒”之律上外加一等，杖打一百，流二千里，不准收赎。

刑部安徽司的官人此番下了大功夫，查阅以往法律文字，以期出个权威性的“司法批示”。查来查去，到底找到相关说法。安徽司讲：

例载：尊长故杀卑幼案内，如有与人通奸，因媳碍眼、抑令同陷邪淫不从、商谋致死灭口者，俱照“平人谋杀”之律，分别首从，拟以斩，绞监候。

又，上年八月内，本部议奏浙江省张云隆与邱方玉之母汤氏通奸、商同勒死伊子邱方玉案内声明，嗣后因奸将子女致死灭口者，无论是否起意，如系亲母，拟绞监候。准奏通行，在案。是杀死子女及媳、例应抵命者，系专指因奸碍眼、谋故致死之案而言。若因