

广东人民出版社

西方法学初步

刘星 著



广东人民出版社

西方法学初步

刘星 著



00278

特约编辑：廖国伟
责任编辑：余小华
封面设计：创 视
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 1998 年 7 月第 1 次印刷

印数 1—5,130 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。

自序

什么是“初步”？大概有两解。说说最基本的概念，说说一个行当里内行人皆知的 ABC，这是其一。其二，谈谈有趣的基本道理，谈谈一个行当里内行人谙熟的基本学科的“缘由”，而不单是说说基本概念或 ABC。前一个讲“是什么”，后一个讲“为什么”。

笔者喜欢第二个。

提起洋人的法律学问，在时下专家描述的各类西方法学的著述中，可以看到它所表现出来的种种概念、观点、叙说和理论。理解这些，知道它们“说了什么”，兴许是一件十分重要的事情。但更重要的而又有意思的是理解、知道它们“为什么这样说”。这就如同看到一个人站在一个位置上，假设只知他就在这个位置上，而不知他是从哪里走来的，那么，观看者总未免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，观察者就会兴趣大增，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”。此外，光知道概念、观点、叙说和理论，而没有一种思路的爬梳整理，这些 ABC 不出数日就会流离失散，不存记忆，更不用说融入自己已有的知识话语之中。

“初步”就是解说基本问题，梳理基本思路。像哲学、伦理

16-88/24/19

学、政治学、美学……等等学问一样，法学的问题可谓是汗牛充栋。可是，许多问题大致来说总会围绕着一些基本问题而展开，基本问题的解说反过来又可以疏通它们的路径。所以，本书放弃解说法学各类问题的“雄心勃勃”（当然笔者学识也是浅陋，故不敢涉猎太广），而专在法学基本问题游历一番，看看洋人在基本点上的说法、企图和姿态。

西方法学的“叙事话语”，思路广阔而又纷然杂陈，但总可以让人清理其基本的源流和理由。将这些基本要素解读清楚，使读者在基本的层面上知其然，知其所以然，与其有些“交往对话砥砺切磋”，并在可能的情况下发觉有必要反思自己已有的法学基本观念，有必要重新调整、开启自己现存思考的出发点和地平线，“初步”的目的，就算实现了。

刘 星

1997 年秋于广州康乐园

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，如果你对法律学理兴致昂然，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”。

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昂然，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，

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：如果人人都以法律是尤愿的，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，不正常的人怎会是有意的（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