

刘星作品系列

# 西方法律思想导论

传说与学说

刘星 著

An Introduction to Legal  
Theory of the West

法律出版社

刘星作品系列

刘星 著

*An Introduction to Legal  
Theory of the West*

法律出版社

西方法律思想导论

传说与学说

## 图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想导论:传说与学说 / 刘星著. —2 版.  
—北京:法律出版社,2010.4  
(刘星作品系列)  
ISBN 978-7-5118-0628-4

I. ①西… II. ①刘… III. ①法律—思想史—西方国家 IV. ①D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 050980 号

西方法律思想导论  
——传说与学说

刘 星 著

责任编辑 刘彦洋  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.25 字数 309 千

版本 2010 年 4 月第 2 版

印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978-7-5118-0628-4

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 修订序言

对本书的基本设想、思路及叙述策略，原序已有交代。

现强调一点，即本书既可作为知识研习的路径，也可作为思想激发的资源。这意味着，本书不仅是“法律思想史”的，而且是“法理学”的。因为本书非常侧重分析，借助“他者”（西方法律思想）的背景潜入原理的讨论。如今学术行业的一个重要趋势，为融合、借鉴交叉，以求相互发明，而在传统的“史”和“论”之间，越来越多的学术实践则更乐意史论结合，诱发自身的主张阐述。的确，仅有知识交代，或说铺陈资料，似乎“简单”了。

本书添加了副标题：“传说与学说”。其意在凸显作为历史化的故事实践和理论实践之间的互动。在原书中，两类实践已彼此贯穿，使内容成为“立体”，试图促进法律问题的深入理解。同时，在添加副标题之际，也望读者不吝赐教，在本书描述的传说和学说中，揭其讹误。

另需说明，这次修订集中于“引文资料”的再次精练，即作些缩减，以期全书叙述更为通畅。“引文”颇为重要，是“思想表达”的证据，

不可含糊,但如何更为通畅也需注意,使两者辩证似为恰当。当然,本次缩减肯定没有消灭通过“引文”来深入阅读原著的可能,细心读者依然可以按图索骥。

要感谢法律出版社的刘彦洋编辑。她总是支持我的写作,并提出中肯意见。这是难得的动力。希望本书,包括系列中的其他书目,能够在“阅读市场”中渐入佳境。

刘 星

2010年3月5日于北京

## 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”。之所以如此是我们都能理解,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,

当然也使其能够更为学术严谨一些。

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



# 目 录

修订序言 / 1

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 / 6

003. 观察法律的不同视角:你、我、  
他…… / 8

小结 / 13

第一章 “政治学”的透视 / 14

004. 诡辩者如是说:强者的利益 / 14

005. 政治契约 / 18

006. 法律的文字与立法者的意图 / 20

- 007. 法律命令说的思考起点 / 23
- 008. 命令、义务、制裁和主权者 / 25
- 009. 立法者自我恐吓的难题·立法约束 / 28
- 010. 权力和权利 / 29
- 011. 法律强制说 / 30
- 012. 困扰法律强制说的一个对比:主权者和强暴者 / 33
- 013. 法律整体上的强制性 / 36
- 014. 国家的“包装” / 38
- 015. 普遍性的白纸黑字规则·特殊情况 / 40
- 小结 / 46

## 第二章 “社会学”的观察 / 47

- 016. 有争议的案件:里格斯诉帕尔玛 / 48
- 017. 侯德里主教的名言:重要的是解释者 / 52
- 018. 法院判决的最终效力 / 56
- 019. 规则和具体判决 / 59
- 020. “法律顾问”和坏人的习惯:预测 / 60
- 021. 好人·法官·预测 / 64
- 022. 法律 = 具体判决 / 66
- 023. 从“规则的解释”走向“社会学的观察” / 71
- 024. 国家法的实际作用 / 71
- 025. 国家法底层的或者旁边的民间规则 / 73
- 026. “活的法律”(lebendes Recht) / 74
- 027. “活的法律”与“国家法律”的冲突 / 76
- 028. 怎样区别法律和其他社会规则? / 79
- 029. “合法”与“非法”的用词习惯 / 82
- 030. 确定“活的法律”的困难 / 83
- 031. 开辟新的思路:认识“好人” / 84

- 032. 好人的态度·义务 / 89
- 033. 法律的独特要素 / 91
- 034. 观察行动和观察态度 / 95
- 035. 法律中的行动与行动中的法律 / 101
- 小结 / 106

### 第三章 “规范学”的假设 / 107 逻辑学

- 036. 用“规范”的概念替换法律背后的“意志” / 108
- 037. 意志·默认·认可 / 112
- 038. 追踪法律的最终效力·询问义务的来源 / 114
- 039. “规范”面面观 / 117
- 040. “假设”的理由 / 120
- 041. “应当”与“是” / 123
- 042. 效力的“原因”和“条件” / 127
- 043. 对图伦兹的社会组织式强制·“应当” / 129
- 小结 / 132

### 第四章 “解释学”的解释 / 133 语言

- 044. 语词的通常用法 / 134
- 045. “实证”的策略:寻找法律的“出处” / 138
- 046. 观察者的“目的” / 141
- 047. 具体法律背后的潜在原则 / 142
- 048. 帕尔玛案里的“理论争论” / 149
- 049. 对具体判决结果没有争议的案件 / 153
- 050. 法律在解释中完成 / 158
- 051. 内在参与者的“看法” / 159
- 小结 / 163

## 第五章 两种法律秩序 / 165

- 052. 希腊悲剧《安提戈涅》 / 166
- 053. 高一级的法律与低一级的法律 / 168
- 054. 人制定的法律和神制定的法律 / 170
- 055. 违反克瑞翁法令的权利 / 172
- 小结 / 175

## 第六章 自然法、自然权利和社会契约 / 176

- 056. 自然法 = 判断事物的理性 / 177
- 057. 维多利亚的传说——自然权利 / 178
- 058. 社会契约的一种描述·人法的目的 / 180
- 059. 对抗人法的理由 / 184
- 小结 / 185

## 第七章 自然法、自然权利和社会契约的另外一种解释 / 186

- 060. 自然法和自然权利 = 自利自爱 / 186
- 061. 交出全部权利的社会契约 / 189
- 062. 顺从人法的理由 / 191
- 小结 / 195

## 第八章 坏的法律不是法律 / 197

- 063. 纳粹的恶法 / 198
- 064. 法律的内容和形式的好坏 / 201
- 065. “恶法非法”一说的理论困境 / 205
- 066. “恶法非法”一说的实践困境 / 206
- 小结 / 208

## 第九章 坏的法律也是法律 / 209

- 067. 解释者和评论者 / 209
- 068. 法律改革·“痛苦”选择·法官的职责 / 212
- 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 / 217
- 070. 安提戈涅·“恶法亦法”·“恶法非法” / 222
- 071. “恶法亦法”一说的理论困境·社会角色·利益关系 / 224
- 072. “恶法亦法”一说的实践困境·法律专制 / 229
- 073. 选择“邪恶” / 231
- 小结 / 232

## 第十章 道德的法律强制 / 233

- 074. 沃尔凡登报告(Wolfenden Report) / 233
- 075. 道德的法律强制 / 235
- 076. 德弗林“标准” / 238
- 小结 / 241

## 第十一章 划清法律与道德 / 242

- 077. 基本善恶的道德和“日常争议”的道德 / 242
- 078. “康德定理” / 244
- 079. 法律强制本身的道德问题 / 246
- 080. 支持德弗林还是哈特? / 247
- 小结 / 248

## 第十二章 法律的价值选择问题 / 249

- 081. 问题的引出 / 249
- 082. 秩序优先 / 250

083. 安提戈涅悲剧和苏格拉底困境的另外一种解释 / 252  
小结 / 254

### 第十三章 哲学王的统治与法律的统治:初次对话 / 256

084. 法治的含义 / 256  
085. 法律的缺陷:无法实现真正的“相同对待” / 257  
086. 法律解释的困难 / 259  
087. “鲍西娅”的智慧 / 261  
088. 完人和绝对真理 / 263  
089. 柏拉图“人治”的问题 / 265  
090. 再论法律的缺陷 / 269  
091. 人性的弱点 / 272  
092. 权力的诱惑与腐蚀 / 273  
093. 法治的要素:普遍的服从和良好的法律 / 274  
094. 一般规则和自由裁量 / 276  
小结 / 279

### 第十四章 开明专制与权力制约的法治:再次对话 / 281

095. 开明专制:重温哲学王 / 282  
096. 阿诺德案 / 287  
097. 立法和司法的分开 / 288  
098. 法官的“独立王国” / 291  
099. 亚里士多德式法治的“背后” / 293  
100. 孟德斯鸠定理:分权制衡 / 294  
101. 美国人的权力游戏规则 / 297  
102. 游戏规则の临时终点 / 299  
103. 再看一般规则的范围·马歇尔神话 / 301  
小结 / 303

第十五章 第三种声音：民主、公意、法律 / 305

- 104. 法治与民主的勾连 / 305
- 105. 乡村式的小社会 / 309
- 106. 公意 / 313
- 107. 法律的政治基础 / 317
- 108. 托克维尔的反调：多数人的专制 / 320
- 小结 / 324

第十六章 法治的复杂性 / 326

- 109. 启蒙观念中的“宏伟法治蓝图” / 327
- 110. “马车”、“手推车”和“脚踏车” / 328
- 111. 亚里士多德的办法 / 330
- 112. 原则式的“柔性法治” / 333
- 113. 法律的“目的”·法治 / 336
- 114. “鱼”和“熊掌” / 337
- 小结 / 340

参引文献 / 342

一般索引 / 350

人名索引 / 365

## 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，如果你对法律的学理兴致盎然，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，但是相貌似乎是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得无地自容。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

---

<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。



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>①</sup>

也许,大凡思想者都喜欢以“批评”为能事。可惜的是,古希腊国民的“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:

---

<sup>①</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。