

刘星作品系列

法律是什么

二十世纪英美法理学批判阅读

(修订版)

刘星 著

What Is Law

法律出版社

法律是什么

——

刘星作品系列

法律是什么

二十世纪英美法理学批判阅读

刘星 著

What Is Law

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律是什么:二十世纪英美法理学批判阅读 / 刘星著.
2版(修订版).—北京:法律出版社,2009.8
(刘星作品系列)
ISBN 978-7-5036-9741-8

I.法… II.刘… III.法理学—研究—西方国家 IV.D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第123903号

法律是什么——二十世纪英美
法理学批判阅读(修订版)

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

版本/2009年8月第2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/11.125 字数/260千

印次/2009年8月第1次印刷

编辑统筹/学术·对外出版分社

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9741-8

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

修订版序

本书曾在广州、北京出版,是十年前的事情了。十年前已为 20 世纪,而本书正是对上个世纪——20 世纪——英美法理学的一个扼要研究。现对修订版做些说明。

此次修订,主要是技术处理,使其规范和现在的要求相符。对于行文内容和文献参考大致不做调整。所以大致保留了原有的行文内容和参考文献,特别是前者,首先是因为写作的当时信息情境需要保留下来,那时的感受、感觉、感悟等完全属于那时的“当下”,维护写作者和被写者的对应关系是有意义的,而意义则在于“也许能够尽力反映其时的知识状态”。用现在的眼光描述过去,我们通常不会否认,总是等于在讲述今天的知识故事。也是因此,保留过去的知识状态是为了清晰地理解现在的知识状态与过去存在的差异。对于法律、法学行业来说,由此我们可以知道法律理解、法学认识等是如何“历史的”,“情境的”,而非永恒不变的,同时不可能、不需要是永恒不变的。换言之,当时的知识理解和现在同样重要,接下来使我们得以追问:为何对于法律法学而言可以甚至应当

产生不同的知识理解？

大致保留原有的行文内容和参考文献,特别是后者,其次是因为,一些作为被写者的思想家进入新的世纪,修正了原有的思考,但修正后的新思考尽管十分重要而且十分可贵,尽管呈现了新的洞见,依然是跨出了20世纪。本书写作目标不是作为现实个人甚至某些群体的思想的演化路线,而是作为话语整体的思想的互动踪迹,并且是一个特定世纪内部的互动踪迹。将个人甚至某些群体作必要的历史定格、历史限制,对于思考法律话语的特定的“整体时代”颇为有益。何况个人甚至某些群体当时的思想,本身就是其时代整体话语的一个组成部分。这意味着,研究个人以及某些群体的思想的演化路线,是另外的写作策略,与本书存有不同。

本书的问题起点、思考缘由、运作设想,“初版序言”、“再版小序”和“初版后记”均有交代。

对于本版,要感谢法律出版社,特别是该社刘彦洋编辑,在不能忽视经济效益的今天,出版纯粹学术著作是有风险的,多少有些使人踌躇,但她展现了不断的支持。当然,学术著作——特别是人文社会科学的著作——也应可读,调动翻阅兴趣,否则意义又是有疑问的。就此而言,依本书过去的表现,希望并且相信本书不会令人过于失望。

作者

2009年春于北京

再版小序

我总以为,从当下人们习以为常的话语出发,通过不断的循序渐进的梳整理分析剥离,自然而然导向一个新结论或新话语的起点,这,应为一本书的上乘境界。今日提起此点,既是本人自勉的许久期待,也是对“出版序言”中想法的一个补充。至于本书是否做到了,不敢夸口妄言。

1997年5月本书初次出版于广州。时隔一年,在北京再版了。这要特别感谢北京大学法律系贺卫方君和中国政法大学出版社丁小宣君的鼎力相助。中国政法大学是我的母校,十年前的三载研究生生活,历历在目。十年后,以一种特别方式——出版著述——重返母校,别有一番感慨,这或许是那三载结下的永久之缘。另外,要感谢北京大学法律系沈宗灵教授。当年,作为中国政法大学研究生院兼职教授,沈老师指导了我的学位论文。其为人学,使我获益匪浅,更使我终生不能忘却这句话:学无止境。依此来说,本书既是一个过去的小结,又是一个未来的开始。

作者

1998年春于广州

初版序言

阅读者,总是在特定语境中和特定知识状态中进入阅读的,因此,任何一种阅读都是批判(或批评)式的阅读。

当下,国内“阅读”西方法理学(包括英美法理学)的作品已不鲜见。然而,其似乎仍然存在着两个缺憾。透过作者的“视域”再去阅读西方法理学时,一般读者,总会发觉其中的学说理论实在难以理解。为什么西方学者会如此思考法律?为什么在一般读者看来“如此简单”的问题,如“法律是什么”,在他们那里会有“如此复杂”的论说?换言之,中国语境的一般读者,似乎很难在作者的“视域”中进入西方法理学的语境。这是其一。其二,与这一问题密切相联系,一般读者,似乎很难在阅读时展开学理的批评对话。即使有时知道西方学者的许多理论,但仍然无法像在中国语境中相互论辩那样,与之进行学理的较量。作者的“阅读”,时常是学说的“评介”,而“评介”总是缺乏理由的挖掘、理由的分析、理由的对话引导。这自然易使一般读者知其然而不知其所以然,无法进入更深的批评。

本书尝试弥补这两个缺憾。

语境的“融合”，是首要的问题。在本书中，作者将努力使一般读者在自己的“知识状态”下进入英美法理学的语境。一般读者，总会对“法律是什么”有大致的观念，幸运的是本书作者与一般读者具有同样的“知识状态”，这使作者与读者共同走进他人语境得以可能。更为幸运的是，20世纪英美法理学的发轫点，正与我们的大致观念有着对应关系。当以本书方式进入英美法理学时，一般读者或许会理解，为什么他人会有“如此复杂”的论说。另一方面，本书作者以为，批判阅读的刺激源可能正在于首先对自己接受的理念产生疑问。在进入语境，同时对自己的观念开始反省的情况下，才会更有动力找寻、挖掘他人成说的理由。依此，本书将时常进行这样的反省。

20世纪英美法理学的各种理论，都有本身的学理根据。它们之间的不同或争论，与其说是观点设想的交锋，不如说是学理根据的对抗。就此而论，真正的批判阅读，应该是理由层面上的追寻与辩驳。理由的分析与把握，可使阅读不仅知其然，知其所以然，而且更为重要的是，在明晰理解的基础上进行深层次的“交往与对话”。本书作者，试图在这一层面上梳理20世纪英美法理学，让不同的学理根据呈现、交流，让读者的批判阅读在这一层面上展开、深入。

这一尝试是否有益是否成功，有待读者的评判了。

作者

1996年冬于美国俄亥俄州哥伦布

初版后记

本书算是完成了。将一本不到 30 万字的著述的副题叫做“二十世纪英美法理学批判阅读”，可能有点井蛙观天、以偏概全。其实，20 世纪英美法理学的文献可谓浩如烟海，对其逐一审视分析肯定不是一本甚至多本著述所能完成的。但是，笔者相信，任何一本关于 20 世纪英美法理学的著作恐怕只能如此作罢。这是因为，一方面，我们总会认为 20 世纪英美法理学的某些观念是较为重要的，另一方面，我们总是在当下语境或特定知识状态下进入思考的，并由此选定哪些理论观念是较为重要的。

批判阅读，无疑是在审视分析时融入批判阅读者自身的理念，并从一个侧面阐发批判阅读者本身的思想诉求。这样，在本书中，笔者自然会留下诸多自己的观念想法。这些观念想法或可商榷，或可批驳，也许它们本身还是肤浅幼稚的。这有赖于方家指点、纠正。

对于本书，另有一个小问题需要说明。本书没有按国内常规那样将所述法学家的生平及作品做一介绍。笔者认为，在许多有关的书籍中，这些内容随手可见而且叙述得完整精确，无

须笔者浪费笔墨。

最后,感谢日本 Sasakawa Peace Foundation 和中山大学法律学系为笔者赴美学习研究提供资助和机会,正是在美学习研究期间,笔者借助大量有益资料得以完成本书。此外,感谢美国俄亥俄州立大学法学院和该院 Daniel C. K. Chow 教授为笔者写作本书提供了直接具体的帮助。在美友人杨抗美、陈枫、陈如菊也为本书的写作提供了有益的帮助,杨苗燕女士曾参与了本书的文字校对和修改工作,在此一并致谢。

当然,最应感谢的是所有笔者参阅过的文献的作者。如果本书尚有可取之处以示学术意义,这首先应归功于他(她)们的博大精深。正是他(她)精湛的论说,启迪激发了笔者的思想和勇气。

作者

1997 年春于美国芝加哥

引 言

时间是什么？如果无人问我则我知道，如果我欲对发问者说明则我不知道。

——圣·奥古斯丁

毋庸置疑，法律，在现代生活中对于人们颇为重要。如果想使实施的社会行为具有意义，即实现自己预设的目的，那么，便应知道有关的“法律”，该“法律”的效力，以及在何时何种权威机关会依据该“法律”施加具体的物化影响。而要明晰并解决这些具体问题，显然，便应知道法律是什么。

一

如果 A 在一起车祸中将 B 撞成轻伤，B 试图通过法律解决赔偿问题，B 将如何寻找法律？怎样确定自己的权利和 A 的义务？常识观念以为，可以查询国家立法机关制定的已经文字化的明确规则，如交通法规或民事法规，如果在英美国家，除立法之外可以查找以往法院判例中的明确规则。如果 A 与 B 因合同是否已完

全履行而发生纠纷, A 也试图通过法律确定双方的权利和义务, 或要求 B 全面履行合同, 则 A 同样可以像前例中 B 那样进行查询。当然, 前一例的 B 和后一例的 A, 都可以咨询律师、法官、公证员或法律教师, 问他(她)们法律是什么, 自己的权利义务是什么。通常而言, 虽然这些法律专业人士查找法律的速度较为快些, 范围较为广些, 但其同样会在大致相同的范围内寻找法律。

常识观念是一种白纸黑字式的观念: 法律, 就在立法机关或法院这些权威机构宣布的正式文件书本之中。而且, 它暗含了这样一个思想: 人们在查找法律时心中都可以存在一把尺子或者一个标准, 用其来衡量哪些规则是法律, 哪些不是。在社会中存在着道德规则、宗教规则、体育规则、礼仪规则……前例 B、后例 A 以及一般法律专业人士, 都可以不在其中寻找法律, 他(她)们心中都可以依据“尺子”或“标准”衡量这些规则, 并可以发现它们不符合“法律的”要求。

在抽象的法律理论中, “尺子”或“标准”表现为法律的概念或定义。常识观念相信, 如果形成了一个法律的概念, 那么, 根据这个概念的内涵与外延便可以形成“尺子”或“标准”, 以在实践中确定什么是法律。这种尺子或标准就像一条分界线, 可以将所有称为“法律”的划在一边, 将不称做“法律”的划在另一边。

19 世纪末 20 世纪初, 这种常识观念在英美法律理论中颇为流行。即使是今天, 仍有人坚持这样的观念。

可以看出, 常识观点以为, 作为法律的概念或定义, 法律, 就是国家权威机关制定及认可的以文字方式表现的明确行为规范; 其实施依赖社会统治集团的强制力作为后盾。根据常识观点, 至少可作如下推论: (1) 法律是统治者或国家制定及认可的行为规范并以强制力保证其实施, 因此, 法律的实施机构(适用机构), 在法律实践中便必须执行法律, 换言之, 执行法律是这些机构不能推脱的硬性义务; (2) 法律的定义是如此, 因此, 在法律实践中便可以将其定义作为确定法律是什么的标准, 并用其区分法律规范和非

法律规范。在前面的例子中,前一例的 B 和后一例的 A,都有权利要求法律适用机构即法院必须执行正式文件中规定的行为规则,法院也必须将此视为自己的义务。在前一例中,法院应当判决肇事者负赔偿责任;在后一例中,如果的确存在合同违约方,法院就应判决违约方承担违约责任。而且,无论是案件当事人还是法院,都可以根据上述定义确定法律是什么,确定具体的法律权利义务是什么,并使其区别于道德、宗教等其他种类的规则、权利和义务。

一般而言,如果这种观点在解决具体法律实践问题时,具有相当程度的可操作性,而且在理论上不存在极难克服的论证困难,那么,对其怀疑甚至批驳则是不恰当的。但是,常识观点真能如此吗?

二

1889年,美国纽约州法院审理了著名的里格斯诉帕尔玛(Riggs v. Palmer)案。在该案中,A是B所立遗嘱中指定的遗产继承人,A为防止B改变遗产,将B杀害。当时,纽约州法律并未规定如果继承人为谋遗产故意杀害被继承人,则继承人丧失继承权。这样,法院颇感为难。经过慎重思考,法院最终并未执行法律字面上的明确规定,而是从普通法的众多前例中,推演出一个法律原则,即不应容许以欺诈行为或犯罪行为而获得利益,从而判决A不能获得B的遗产。法院认为,任何法律规定及契约不能与普通法的原则相抵触。^①

1892年,在英国上议院的一个前例中,A以几张票据作抵押向货币兑换商B借款,B遂用这几张票据向银行获得金额超过借出款额的贷款。后B宣告破产,A便向银行索要票据。上议院判决索要合理,理由是银行应当审核兑换商的财力。但在三年后发

^① N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889).

生的类似案件中,C以几张票据作抵押向股票经纪人D借款,D则以这几张票据向银行抵押贷款。不久D破产,银行遂拒绝退还票据给C。而上议院基于某种情理考虑判决C败诉,表面理由是:在后案中向银行提供票据作抵押的是股票经纪人;银行一般应对兑换商进行审核,对股票经纪人则不一定存在这个问题;股票经纪人不属于前例中判决根据范围涉及的对象。^①

1892年,美国联邦最高法院,在审理三位一体教会(Church of the Holy Trinity v. United States)案中同样采取了灵活适用法律明确规定的方法。在该案中,美国一个教会同英国一名牧师签订了一份有关牧师前来美国出任教长和牧师的合同。美国1885年的一项制定法规定,禁止用在外国人尚未移居美国之前缔结劳务合同的手段,鼓励外国人移居美国,但有关外国职业艺术家、演讲学者、歌唱家和家庭仆人的合作除外。这项规定但书部分未提到有关牧师的合作。于是,政府决定对教会予以罚款。然而,最高法院认为,根据可利用的立法资料可以看出该法的立法意图在于对从国外引入廉价的无技能的劳力加以限制,从而判决该教会不应受到处罚。^②

可以认为,从古至今,适用或执行法律的权威机构在特定的环境中,都出现过背离法律明确规定的情形。而且,这种情形将来可能继续出现。

面对这种现实,人们似乎可以向常识观念提出两个问题:(1)既然适用或执行法律的明确规定是硬性的法律义务,为什么法院及其他法律机构有时会不服从这种义务?(2)既然法律是一种明确的规则,为什么在上述这类案件中,法官好像无法甚至不愿运用常识观点给出的“标准”来区别法律规范与非法律规范?在里格斯诉帕尔玛案中,法官似乎并不认为法律仅仅限于法律的明

^① Simmonds v. London Joint Bank, (1892) A. C. 201.

^② 143 U. S. 457 (1892).

明确规定,并不用常识观点来断定法律明确规定中体现的原则不属于法律的一部分。在三位一体教会案中,法院认为法律明确规定之外的其他一些立法资料也是法律的一部分,并不像常识观点认为的那样否认这部分资料。

当然,常识观点可以这样认为:在里格斯诉帕尔玛和三位一体教会案中,法院的做法可能是不对的,因为,法院的义务在于严格依照法律的明确规定解决纠纷,如果法院另行其道,那是因为法院自己抱有不正确的法律观念。但是,在里格斯诉帕尔玛和三位一体教会案中,法院并不认为自己的行为超越了法律规定的义务,它认为,运用法律明确规定中蕴涵的原则,运用与法律明确规定有关的立法资料,同样是运用法律。而且,法院在该类案件中完全可以反问:为什么常识观点认为的法律便一定是真正的法律,而它认为的不是?

常识观点可以继续认为,法院的观念当然不正确,因为,法律所以成为法律便在于其具有明确性、可预测性和普遍性。如果没有这些性质,人们如何有效地安排自己的行为,预测自己行为的法律后果?社会岂不因此而没有任何秩序?此外,没有这些性质,判决某人承担法律义务是不公正的,因为,他(她)事先不知道实施某种行为在法律上是不对的。换言之,在没有这些性质的情况下导致的法律适用溯及既往,使法院判决失去了正当性基础……

但是,不论常识观点在价值层面上怎样继续论辩,实践中的法院,一方面可以继续提出自己的论辩理由,另一方面,仍会在某些案件中继续背离常识观念的法律定义。因此,在这里的要点是:法律实践者在实践中完全可能对常识的法律定义视而不见。就此而论,常识观点似乎并不具有想象中的高程度的可操作性。

从理论的角度观察,常识观点描述的法律定义似乎存在着极难克服的论证困难。

第一,如果法律是立法机关这类法律权威机构制定及认可的,那么,法律权威机构的存在反过来则依赖于法律的存在,因为,对

法律权威机构的界定需要对法律的含义有所了解,否则人们便无法说明为何有些权威机构可以称为法律的权威机构,而有些权威机构不能。而如果法律权威机构的存在依赖于法律的存在,那么,这是不是一种循环界定?对于法院这种权威机构而言,情况同样如此,因为法院的存在似乎同样不能离开法律的存在。或许有人认为,只说“统治者或国家制定及认可”就可以避免这个困难。其实,这也不能解决问题。统治者或国家制定法律的行为仍然无法离开具体立法者的行为,而具体立法者本身就是人们常说的法律权威机构。

第二,法律是一种规则或规范,但是规则或规范是什么?显然,如果对规则或规范缺乏一个清楚的认识,当然无法清楚地了解法律的定义。常识观念提出的法律定义是一个种差概念。这种概念的问题是:如果要对规则或规范的概念有一个清楚的认识,便必须对大于它们的类概念有一个清楚的认识。这意味着,依照这种定义模式,人们对于一个概念的把握是无法清晰的,因为人们无法最终把握可以不断延续下去的类概念。这就如同想知道大象是什么,便需知道作为其类概念的“动物”的明确含义,而要理解“动物”是什么,便需知道其类概念“生物”的明确含义,而要知道“生物”是什么,就需进一步理解“物质”、“存在”……而且,可以想象,人们似乎总是在一个不言自明而又不甚明确的类概念上理解其他概念,而这种理解又是不“清晰的”。

第三,任何语词都存在一个语境问题。比如“非法”一词,在计算机语言中可以用做“非法字符”,在法律诉讼中可以用来作“非法行为”,在两种语境中其含义是不同的。如果将语境再做宽泛理解,将其视为不仅包括语言,而且包括生活氛围及社会环境,那么语境化的问题便会更为明显。在纳粹德国时期,德国人一般认为权力机构制定的规则就是法律,而在二次大战结束之后,在某些国家甚至在德国人们时常认为那些规则不是法律。在两种不同的社会政治环境下,“法律”一词显然具有不同的含义。即使是在同一