

雨法窗西

刘星 著

L
E
W
I
S

S
T
O
R
I
E
S

I
N

T
H
E
M
E
S
T

西窗法雨

刘星著



图书在版编目(CIP)数据

西窗法雨 / 刘星著. —北京:法律出版社,
2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5015 - 7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 117233 号

© 法律出版社·中国

西窗法雨(精装版)

刘 星 著

责任编辑 高 山
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2013 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 7.625 字数 155 千

印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版社

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 - 5118 - 5015 - 7

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



刘星 北京人。毕业于中山大学法学院、中国政法大学研究生院，在美国法学院作过访问学者。现为中国政法大学教授、博士生导师。出版法学著作多部，发表论文若干，并在《南方周末》、《法制日报》、《文汇报》等报刊辟有法学随笔专栏。

精装版前言

2008年出版了本书第二版,如今已2013年,时光荏苒、一切瞬息。从阅读角度看,不论写作者还是阅读者,均存在不断更新对已往作品的感受、体会、再思考,因为我们的思想和阅读价值的判断都在变化。中国的法治建设已很多年了,而任何法治建设一定是“制度推进”和“思想推进”两个层面的事业,更不能忽略的则在于,“思想推进”往往又是“制度推进”的一部分,这缘于制度从来都是经过分析、讨论、商榷、展望来建构的。虽说利益博弈更是制度形成的深层元素,但利益博弈也要经过“思想博弈”来拓开、调整、妥协。由此而论,更新对以往法律书文作品的感受、体会、再思考,包括促其呈现的思想和阅读价值判断的变化,便是自觉或不自觉地谋求“思想推进”,最终自觉或不自觉地投身“制度推进”。

中国的法治建设从来不能摆脱自有的条件制约,同时伴随全球化及为获得更多思想资源,也不能无视“世界他者”的经验。就此来

看,从中国的过去、现在和“世界他者”的三个角度进行思考,相互发明,变得不可避免。本书侧重“世界他者”的经验,并从中喻涉中国的过去、现在及未来。

本书写作策略定位“从小入手、略展要义”。“小”包含如下意思:第一,故事;第二,具体的经验;第三,轻松叙述;第四,篇文简短。“要义”则指“延伸某些思考并作一定理论舒展”。力求从小,是种文学谋划,而不舍要义是将其纳入法学路线。这表明了本书期待和这样一些读者交流:希望略知法律的若干来龙去脉,又希望触摸一些法学的思维游戏。当然,无论意图了解法律还是尝试法学思维游戏,最终都应将目标转向现实法治建设的关切,而本书的写作策略定位已预设了这层意思,原版中的程君文超“序:小文论方圆”也有分析点明。

本书2003年版仅有文字,2008年版增加了一些插图,意在“图文并茂”。如今精装版可说是“图文并茂”的延伸,因为插图是为了“好看”,精装的目的亦为此。关于书籍,现在据说已进入电子世界,纸质世界未来似乎扑朔迷离。但如众所周知,纸质书籍不仅有视觉意义而且有触觉意义,作为人我们亦不愿放弃触觉带来的体验,由此精装版又增添了触觉体验的空间。希望本书精装版确能增添。

感谢法律出版社学术分社社长助理高山编辑。他提议了精装版。这是对本书的极大支持。另要感谢过去、现在及未来的读者,包括评论者,是他们使本书得以在阅读世界中细水长流。

刘星

2013年1月

修订版前言

本书应该是第三个版本了,因为曾有花城出版社1998年版和法律出版社2003年版。

这一版有些新的变化,主要是增加了插图,希望图文并茂,更重要的是,希望通过些许图画和零星解说,进一步打开正文思考的想象空间。

本书主要文字,均于12年前的《南方周末》上连载。12年,一个轮回,时间不短。这些文字也许还能继续抒发它们的意义。

有朋友说,这些文字为法学启蒙读物,适合法律初学者可能还有其他人文社科初学者翻阅。这是正确的。在报纸上连载,本身要求“好看”,此为办报策略。而“好看”的定义,一是可以减少阅读成本,二是可以引发阅读乐趣。所以小文不能过长,不能晦涩艰深。当初写作时,即和编辑合谋:从故事讲起,道理略有激发,使读者基本感受了“知识”、“思想”便收住,字数千余。效果大体实现了“好看”。

但“好看”涉及文学性,本书内容又以法律为主旨。我想说的是,似乎还应该提到法律与文学的问题。讲法律的事情和道理,可叙述方法不那么“法律”,反倒利用有趣的“故事”,筹划吸引性的“修辞”,这是法律与文学的意思之一。对本书的这一层,好友程君文超,在本书《序》中已有部分说明。苏力教授在《法律与文学:以中国传统戏剧为材料》(三联书店2006年版)的开篇导言中,亦“点说”了。

法律与文学需要相互合作,专家学者对此多有学术讨论。概括讲来,如果可以通过文学,不断地提高公众对法律问题的兴趣,这对推进法律事业颇为有益。当有兴趣乃至乐趣的时候,对法律也会更重视了。因为一般而言,我们容易在文学中领会、“被推动”。

在这个意义上,本书也不只是法学启蒙读物了。

新版之际,要感谢一些朋友。首先是曾任《南方周末》编辑的谭庭浩先生。是他相约、鼓励、敦促,使篇篇小文当年得以不断,而且提议了非常富有意境的“西窗法雨”专栏名称,并使我得以用其作为后来的书名。其次是本书第一版花城出版社的编辑、本书第二版法律出版社的编辑。他们将小文汇集成书,也使本书内容的传播10来年不曾间搁。再次是本版编辑刘彦泮小姐、美编乔智炜先生。他们查找精美图画,努力使本书继续增色。

特别要感谢的是中山大学文学教授程君文超。其《序》轻松精美而又寓意深远,曾以书评方式发表,“提携”本书甚多。遗憾且令人悲伤的是,程君因病去世了,带着曾在南国启迪我文学理解的技艺,还有与我而言的法律与文学的梦……

刘星

2008年秋于北京

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

苏格拉底的慎重	/ 001
法上“法”	/ 005
法律的缺陷与人的智慧	/ 008
法治的假设前提	/ 011
“半法治”与“全法治”	/ 015
政府旁边的法院	/ 017
政府的承诺	/ 021
“上下关系”还是“契约关系”？	/ 024
法院的审查权力	/ 026
少数人的权利	/ 029
女性和男人一样？	/ 032
俄勒冈州女工的胜利	/ 035
权利：天生的和永恒的	/ 037

死刑的存废	/	039
善良违法	/	043
最大多数人的最大需要	/	046
航运业的命运	/	049
公法与私法	/	052
法律内外的平等	/	056
法律与公正	/	060
恶法非法	/	063
法律就是“强制”？	/	066
正义的“自然性质”	/	069
自然而然的事情	/	072
法律与人类本性	/	074
法律和规律	/	077
地理环境中的法律	/	080
活的法律	/	082
白纸黑字背后	/	085
隐含的法律规则	/	088
法律的条文与目的	/	092
法律中的大众准则	/	095
一般公民的陪审团	/	098
一般规则之下的自由裁量	/	100
包细亚的智慧	/	102
“区别”的技术	/	105

道德的法律强制	/ 109
馅饼的增大	/ 112
官司的成本计算	/ 115
法官嘴里的法律	/ 118
法律 = 具体判决	/ 121
法律的双刃性	/ 124
法律的“矛盾”	/ 126
法律的最终效力	/ 129
为什么要遵守法律?	/ 131
法律形式上的正义	/ 133
法无明文不处罚	/ 137
无罪推定	/ 141
照老规矩办	/ 143
私领域中的程序第一	/ 147
法院的“救济”	/ 149
天平上的权力与权利	/ 151
“片警”的援助义务	/ 154
无效的诱供	/ 156
官方面子	/ 158
因势利导的缘由	/ 160
你说什么法官裁断什么	/ 162
“事实”和“证据”这两个词	/ 164
自由心证	/ 167

法庭上的“对抗”	/	169
证人的麻烦	/	171
防患于未然	/	174
没有过错的犯罪	/	177
辛普森的命运	/	179
泾渭分明	/	182
“公平的”责任分担	/	185
合同中的“暗含条款”	/	188
痛苦与赔偿	/	190
自扫门前雪	/	193
牛和熊	/	195
结婚前的“考验期”	/	197
再婚的“等待期”	/	199
反省的能力(结束篇)	/	201

附录

民众之中的法	/	204
花生仁儿	/	208
法律中的雄辩?	/	212
域外沉默权一瞥	/	216
追踪法律的效力	/	225
理解法律的新视角	/	229