

# 法律是什么

20世纪英美法理学

批判阅读

刘星 著

增订版

# 法律是什么

20世纪英美法理学

批判阅读

刘星 著

增订版

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

· 桂林 ·

法律是什么：20世纪英美法理学批判阅读

FALÜ SHI SHENME: 20 SHIJI YINGMEI FALIXUE PIPAN YUEDU

### 图书在版编目(CIP)数据

法律是什么：20世纪英美法理学批判阅读 / 刘星著. —  
增订本. —桂林：广西师范大学出版社，2019.6  
ISBN 978-7-5598-1788-4

I. ①法… II. ①刘… III. ①法理学—研究—西方国家 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第095553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：12.25 字数：250千字

2019年6月第1版 2019年6月第1次印刷

定价：58.00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

## 增订平装版序

距离本书在中国政法大学出版社《中青年法学文库》出版，近二十年过去了。回头再看，本书意义并未消失。当年本书的写作，几乎完全是在原典文献基础上梳理辨析，故定格在了“20世纪”这个时间概念上。进入21世纪，可能需要新的写作视野和境界。但目前看，尽管英语国家的学者著述层出不穷，思想的某些初始源泉和基本动力依然带有浓重的“20世纪”印记，而且许多20世纪即被人们关注和记忆的学者，还在努力。依此而言，本书的写作预期或许还有连续性。

本次平装版，再次修订了一些内容，订正了讹误。

本次出版，要感谢广西师范大学出版社的支持。当然，也特别希望读者能够继续批评指正。

刘 星

2017年冬于北京

## 修订版序

本书曾在广州、北京出版，是十年前的事情了。十年前已为上  
个世纪，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，这使我们得以追问：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 世纪的。本书写作目标不是反映现实个人甚

至某些群体的思想的演化路线，而是反映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做必要的历史定格、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》《初版后记》中均有交代。

对于本版，要感谢法律出版社，特别是该社刘彦洋编辑，在殊为重视经济效益的今天，出版纯粹学术著作是有风险的，多少有些使人踌躇，但她选择了支持。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，依本书的过去表现，希望并且相信本书不会令人过于失望。

作者

2008年冬于北京

## 再版小序

我总以为，从当下人们习以为常的话语出发，通过不断地循序渐进地爬梳整理分析剥离，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。依次来说，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

1997 年冬于美国俄亥俄州哥伦布

# 目 录

增订平装版序	001
修订版序	001
再版小序	001
初版序言	001
引 言	001

## 第一章 实际存在的法律命令

一、法律是一种命令	017
001 命令、义务和制裁	019
002 历史中的法律	022
003 法律的连续性	025
004 对立法者的法律约束·法律制裁	027
005 法律的自愿内容	030
006 积极义务和消极义务	033
007 主权者和强暴者	036
二、区分实然法律和应然法律	039
008 法律的存在与功过	041
009 实证观念	042

010	自然法观念	043
011	实证法律观念的实践理由	045
	<b>三、作为科学研究对象的法律</b>	<b>052</b>
012	法律科学	052
013	经验分析	054
014	如何确定“法律制度”？	055
015	法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义	057
	<b>四、小 结</b>	<b>059</b>

## 第二章 行动中的法律

	<b>一、疑难案件</b>	<b>063</b>
016	疑难案件的特征及原因	064
017	疑难案件中的法律推论	069
018	法院判决的最终性	071
	<b>二、法律与法律的渊源</b>	<b>073</b>
019	法律适用者的解释即为法律	074
020	法律的渊源（sources）	075
021	法律适用者解释的效力	076
022	法律规则和法律的具体判决	076

三、法律是一种预测	078
023 “律师”的预测	078
024 坏人的视角	080
025 预测的约束作用	081
026 好人·法官·预测	082
四、行动中的法律	084
027 虚构的法律规则	085
028 作为具体判决的法律	086
029 行动中的法律及其不确定性	088
030 疑难案件与法律适用者的复杂推论	089
031 法律适用者的态度	091
032 法律适用者的推论与法律规则	092
033 具体判决·强制·法律规则	093
034 法律具体判决的最终性	095
035 法律的阅读与理解	098
五、实用主义精神	100
036 法律与社会的需要	101
037 实用主义和法律的正当性	102
六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律	105
038 实然与应然·法律社会学	105

039 内容不确定的法律知识	106
----------------	-----

七、小 结	108
-------	-----

### 第三章 官员统一实践中的法律

一、规则的内在方面	113
-----------	-----

040 习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式	113
--------------------------	-----

041 规则的内在方面和规则的存在	115
-------------------	-----

042 内在方面·法律权利·积极义务·法律规则	116
-------------------------	-----

043 对待规则态度的种类	118
---------------	-----

044 内在方面与义务	120
-------------	-----

045 义务与规则	122
-----------	-----

二、次要规则	124
--------	-----

046 法律规则的种类	125
-------------	-----

047 三种次要授权规则	125
--------------	-----

048 承认规则的作用及其存在方式	127
-------------------	-----

049 次要规则的法理学意义	128
----------------	-----

050 承认规则与法律性质（或效力）的来源	130
-----------------------	-----

051 区别法律制度与其他社会制度的要素	132
----------------------	-----

052 法律适用者的实践与承认规则	135
-------------------	-----

053 制定法及判例中蕴含的原则、政策及	
----------------------	--

政治道德准则的形成机制及运用·承认规则	139
054 法律的存在与官员	142
三、规则的确定性与模糊性	145
055 意思中心与开放结构	146
056 规则的确定性与模糊性	146
057 “意思中心”·规则的存在·法律的客观性和 普遍性	147
058 “意思中心”与法律适用者的争议	149
四、法律与道德的分野	150
059 最低限度内容的自然法	151
060 广义的法律观念和狭义的法律观念	153
061 法律与道德在事实上和概念上的联系	154
062 道德选择的困境与两种法律观念	156
063 法律理论的研究	159
五、法学是一种客观的法律知识	161
064 日常语言的正常用法	162
065 “出处”“形式”“结构”“目的”	164
六、小 结	167

## 第四章 解释性质的法律

一、“理论争论”	172
066 法官的不同意见	173
067 “理论争论”	175
068 “理论争论”的法理学问题	176
069 “理论争论”存在的实践前提	178
070 “理论争论”·识别功能的标准· 日常语言的正常用法	179
071 “隐含法律”的特点及理论渊源	181
072 “隐含法律”概念的功效	183
073 隐含法律·法律的确定性和可预测性	184
074 隐含法律·法治·正当性	185
075 隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案	186
076 隐含法律存在的理论根据	188
077 隐含法律存在的现实根据	188
078 “理论争论”表现的是“实然”还是“应然”?	191
079 理论争论与疑难案件	194
二、法律的解释性质	197
080 解释的微观形态——“建构性的解释”	198
081 解释的宏观形态——解释的“树形结构”	199
082 解释的历史形态——解释的链条	202

083	法律的解释性质	202
084	“解释”概念的作用	203
085	解释·法官的义务·法律性质(或法律效力)的来源	206
086	前解释阶段·法律的一般性质和结构	207
087	解释的确证·恶法	209
088	解释的概念·法律的概念	212
089	法律·解释者	213
三、内在参与者的观点		214
090	实践中的一般理论和理论中的一般理论的同—性	215
091	一般法律概念理论的“描述性”(descriptive) 与“规范性”(normative)	217
092	内在参与者的观点	218
093	内在参与者观点的意义及理由	219
094	内在参与者的观点·外在观察者的观点	222
四、唯一正确的法律答案		225
095	外在观察者和内在参与者眼睛中的“主观性与客观性”	226
096	能否获得唯一正确的法律答案	232
五、小 结		234