

汉译世界学术名著丛书

正义法的理论

〔德〕施塔姆勒 著



汉译世界学术名著丛书

正义法的理论

〔德〕施塔姆勒 著

夏彦才 译



商务印书馆

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

正义法的理论/(德)施塔姆勒著;夏彦才译. —北京:
商务印书馆,2016

(汉译世界学术名著丛书)

ISBN 978-7-100-11611-4

I. ①正… II. ①施… ②夏… III. ①法哲学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 232528 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

汉译世界学术名著丛书

正义法的理论

〔德〕施塔姆勒 著

夏彦才 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-11611-4

2016年3月第1版 开本 850×1168 1/32

2016年3月北京第1次印刷 印张 18 5/8

定价: 48.00元

汉译世界学术名著丛书

出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从 20 世纪 50 年代起,更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作,同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑,才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值,为学人所熟知,毋需赘述。这些译本过去以单行本印行,难见系统,汇编为丛书,才能相得益彰,蔚为大观,既便于研读查考,又利于文化积累。为此,我们从 1981 年着手分辑刊行,至 2013 年年底已先后分十四辑印行名著 600 种。现继续编印第十五辑。到 2015 年年底出版至 650 种。今后在积累单本著作的基础上仍将陆续以名著版印行。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议,帮助我们把这套丛书出得更好。

商务印书馆编辑部

2015 年 3 月

目 录

英译本序言	1
-------------	---

导论 正义法的问题

第一节 法学的两个类型	27
第二节 理论法学	34

第一部分 正义法的概念

第一章 正义法与实在法	41
第一节 法的正义概念	41
第二节 法作为实施正义的尝试	45
第三节 极端的公正即不公正	49
第四节 正义法的统一体	52
第五节 不受移调的特权	57
第二章 正义法与伦理理论	63
第一节 法律性与道德性	63
第二节 质料的相同和目的的不同	66
第三节 正义法作为一个独立的问题	76
第四节 伦理理论是一个独立的问题	80

第五节 共同进步中的融合	86
第三章 正义法与自然法	93
第一节 自然法与法的性质	93
第二节 作为自然法渊源的理性	97
第三节 自然法的效力	101
第四节 法哲学的三个问题	106
第五节 法的普遍标准	110
第四章 正义法与宽宥	114
第一节 法律中的宽宥	114
第二节 实在法不确定性中的宽宥	117
第三节 作为实在法矫正措施的宽宥	118
第四节 固有法	125
第五节 宽恕高于正义	128
第五章 正义法与法的非批判性分析观	132
第一节 自然正当感	132
第二节 民族精神中的正当感	134
第三节 法律社群中流行的观念	137
第四节 阶级道德感	139
第五节 司法裁量	142
第二部分 正义法的方法	
第一章 正义法的理念	151
第一节 法律内容的要素	151
第二节 目的法	155

第三节	自由与平等	163
第四节	福利与幸福	166
第五节	社会理想	169
第二章	正义法的原则	174
第一节	齐整性与原则	174
第二节	诸原则的推导	176
第三节	尊重的原则	178
第四节	参与的原则	181
第五节	诸原则的意义	182
第三章	正义法的质料	185
第一节	质料与形式	185
第二节	历史中的法	187
第三节	所谓的生活关系	193
第四节	风俗与习惯	197
第五节	社会经济学	200
第四章	正义法的手段	204
第一节	经济统一和自由贡献	204
第二节	正义与宽松	209
第三节	实际法和形式法	216
第四节	明显的非正义法	220
第五节	法律空隙	222
第五章	正义法的模型	226
第一节	技术模型和实践模型	226
第二节	特别社群	230

第三节	谁是我的邻居?	233
第四节	履行的种类	238
第五节	特殊问题的凌驾	242

第三部分 正义法的实践

前言	253
第一章 法律关系的正当实现	257
第一节 专有权的行使	257
第二节 诚信履行	267
第三节 避免家庭权的滥用	291
第四节 可行性	296
第五节 公平裁决	300
第二章 合同自由的限制	311
第一节 其所使用的语言即为法律	311
第二节 违反法律禁止的行为	321
第三节 违反“善良风俗”的行为	328
第四节 不可接受的积极行为(不法行为)	336
第五节 不可接受的消极行为(不作为)	346
第三章 正义法的义务	356
第一节 合乎道义的捐赠	356
第二节 适宜性考虑	368
第三节 出于公平的赔偿	372
第四节 违反善良风俗的故意侵害	376
第五节 违反“善良风俗”的履行的领受	388

第四章 正义行为的认定	394
第一节 法律行为的解释	394
第二节 “真实”意图	400
第三节 对案件的“合理”评价	409
第四节 “善意”解释	413
第五节 协议旨在达成的要点	431
第五章 法律关系的正当终止	435
第一节 专有权的否定	435
第二节 “正当”理由	440
第三节 基于参与原则的“正当”理由	449
第四节 婚姻的恶意破坏	451
第五节 对于违背“诚信原则”结果的防止	457
第六节 基于客观判断的终止	463

结 语 正 义 法 的 使 命

结语 正义法的使命	469
第一节 社会关系体系	469
第二节 社会发展理论	473
第三节 正识	482
附录一 R. 施塔姆勒的批判体系	487
附录二 施塔姆勒及其批评者	545
索引	582

英译本序言

法哲学是一个含义不确定的术语。对于奥斯丁(Austin)来说,它意味着对法律规则和原则细节中所含的更一般概念的分析。^{xvii} 它处理法的质料的方法像语法学家分析语言的方法一样。这是一种根据被考察的质料所显示的以及其中所暗含的特定范畴进行分类的方法。分析的目的是更好地理解细节,而这些细节被看成是构成一个整体的各个部分,是更轻易地把握源于某种更具涵盖力的公式的多面规则,以及通过作为一个整体的主题所揭示的宽泛原则的关联而纠正具体情形中的错误的能力。因而,单数名词加上“s”构成其复数形式这样一个语法规则用寥寥数语就表述了人们在相反情况下不得不在每一个单独情形中所要了解的东西。但要想使这样一个规则成为可能,就有必要将语言的质料——词汇——按其词类范畴进行分类,而每一种词类要按其数、性、格等方面的属性予以进一步的分析。分析法学,即奥斯丁、霍兰(Holland)和阐述该主题的大多数英国著者的那种法学,将同样的方法适用于法的质料,即适用于人们的社会经济关系,而其目的也一样。损害赔偿诉讼是一种确定占有权的诉讼——这是一个包含任何数量的具体情景的公式。但为了表述这一公式,必须先进行大量的分类和分析。^{xviii} 人与物之间的关系必须予以分析,以使所有权

和占有的范畴有意义。同样地,诉讼以及各种类型诉讼的概念是分析的结果,最终追溯到法的基本要素,即权利与义务及其违犯的结果。

这种对分析法学性质的简述表明,它的方法是后验的(a posteriori)。它完全建立在实在法所提供的材料的基础上,对于这种材料,它进而根据其主题所暗示的分类原则以及人们将对它所作的运用进行安排和分类。法的定义本身是建立在实在法的某种比较基础上的,如它存在于制定法和裁决中的情形那样,连同法这个字眼所适用于其中的其他人类思维和行为部门如物理自然法则、伦理法则、道德法则、荣誉法则、礼仪法则、游戏规则等等。

分析法学从不超越实在法。它是对实在法的揭示,但不是批判性或评判性揭示。它可使人们纠正某个具体法律规则中的错误,或者纠正某个具体案件裁决中的错误。批评将限于实在法的体系以内。批评的大意是,相关规则或裁决与某种其他更具综合性的源于整体体系的规则或原则不符。但分析法学中不存在任何对于实在法的实际批评,或者对其根本原则的批评。分析法学不对法的基本原则作出评价。实在法事实上承认各种权利与义务,并用某种方法保护和实施它们。它的权威源于国家主权,因而没有国家就没有法律。分析法学家要做的是对那种使主权者实际乐于向其臣民或公民发号施令的东西进行系统而科学的揭示。就其中的对与错、正义与非正义进行讨论不是他的事。因为作为一个法学家,他只知道法律上的对与错,法律上的正义与非正义。因而,对与正义、错与非正义分别意味着对法的遵从和对法的违反。法自身无所谓依法或违法,因而法自身既不是正义的也不是非正

义的,也无关对与错。

这就因此意味着,分析法学研究主要对学生、律师和法官有价值。对于立法者和政治家来说,它只是在这种意义上具有次要价值:它可使他以某种更精确的方式形成他的立法。但它不具任何实质性的对他富有教益的东西。理想的立法者——而如果我们将他视为代表人民声音,人民的理想声音的人——所需知识不止于某种可欲法制定上的形式上的准确性。他想要的是所议尺度的可欲性和正义性方面的启蒙。分析法学在这方面是无能为力的。而不仅立法者,就连法官也并非总能在具体案件中依据技术性法律规则进行裁断。他可能不得不在就技术层面而言具有同等可适用性的两个规则之间作出选择。或者说根本就不存在任何可适用于手头具体问题的规则。或者说法律自身可能要求法官按照理性和正义断案。分析法学无关理性和正义,它只涉及实在法。一个显而易见的解决方法是将所有法律正义的问题归类于伦理领域。而人们给这个思维部门冠以何种名称是无紧要的,显示于其在法律关系中的独特可适用性的一组问题必须由法学家和立法者进行研究。而且不宁唯是,还有一组属于伦理学的特殊问题,即意志的完善和个性的形成的问题,而在法律上我们关心的是对于人们相互关系中行为的外在调整。 xx

作为一名法哲学家,施塔姆勒不关心分析法学。他预设了这一点。他将法哲学界定为关于具有普遍效力的法律命题的理论。^① 普遍有效的概念是施塔姆勒不停重复的一个概念。而任何

① 《法哲学杂志》(*Zeitschrift für Rechtsphilosophie*), I, 4。

对于实在法的研究,无论它们多么广泛和深入,都无法产生普遍有效的命题。因此普遍有效的命题必须用另一种方式获得。它们是关于法(about law)的命题,而不是法的(of law)命题。它们必须普遍有效,即是说,它们必须适用于所有可能的法,过去的、现在的和未来的法。它们首先是一些暗含于所有的法律之中的命题,而且缺了它们,任何法律在逻辑上都是不可能的。它们是不可或缺的思维方式,如果我们想思考法律这样一种东西的话。施塔姆勒将获得这些命题方法说成是对于我们心灵内容的批判性思考(kritische Selbstbesinnung)。这不是很清楚的说法。而施氏的这个说法,即这种批判性醒悟预设了一种法的知识(这种知识越全面越好),它不是一个先验的过程,而且不源于某种想象的神秘来源——这个说法并不让人听起来更明白。没有疑问的是,施氏用康德的方式(施氏是一个新康德主义者)强调意识,强调我们的思维和感知方式。

而如果我们将我们感知现实的模式作一番批判性分析的话,我们会发现我们不多不少有两种这样的模式。我们将自然现象感知为由因果律连接在一起的系列事件。原因决定结果,而结果在时间上跟随原因。这是一种普遍有效的思维模式,这种思维模式决定每一种可能的自然事件,否则它就不是一种自然事件,因而我们不能拿它当自然事件对待。我们还发现另一种感知某些其他现实领域的模式,即手段与目的关系领域。作为其后实现的目的决定将要选择的手段。手段是一种可选择的原因。意志属于这种次类范畴,因而不是被界定为某种力量,而是被界定为某种安排和统一我们精神内容的模式。

法是意志。它是根据手段与目的关系安排人类行为的模式。立法者不像自然科学家描述自然现象那样描述某些行为前后相继的自然过程。他确定的是,哪些行为将作为哪些目的的手段而发生。当法律规定违约将导致损害赔偿时,它选择了制裁作为达到防止违约或给受害方造成损失的目的的手段。

如果我们对意志进行分析,我们会发现存在着各种各样的意志。一个个体可选择实现某种具体目的的特定手段。这是个体的或孤立的意志。法不属于这种情形。它是一种人与人之间的拘束意志。它用一个个体的行为作为促进他人目的的手段,反之亦然。但并不是所有有拘束力的意志都属同一类型。其行为可能被因此用于实现其他个体目的的手段,个体可以保留其拒受如此对待的特权,并走出该体系;或者该体系可以是这样一种类型,在这种体系中,除了该体系所乐于准允的事项外,个体没有任何选择。法显然属于第二种类型。它们受习惯规则支配。最后,我们可以设想一种意志模式,有拘束力和主权性,但却具有任意性。此即,意志的创造者随心所欲地改变意志,因此任何人都无从知道某种特定的决定将持续多久,或者无从知道它究竟是否会存续。这不是法。法,只要是法,就是不可违反的(“unverletzbar”)。法可以被废除,但不得任意违犯。这些是法的基本要素,而作为一个整体,它们构成法的概念。它们是普遍有效的思维模式,而缺了它们,法在逻辑上是不可能的。

xxii

将施塔姆勒给法所下的定义与霍兰所下的定义进行比较是有趣的。霍兰将法界定为“一种由一个主权性政治权威所实施的调整人的外在行为的一般规则”。“一般”一词所暗示的无疑不仅仅

是它不被导向一个单一的个体,而是被导向一个类型,或者一个作为某类型的成员的个体,而且它还不在某种给定的具体场合作出具体的事项上发出指令,而是就某类行为发出一种一般指令。该词也意味着,该指令将持续有效,直到它被适当废除。因此“一般”一词意味着施塔姆勒的第四要素:“不可违反”。如果法是“一种行为规则”,它当然事关手段与目的,而无关原因与结果。不过霍兰并没有作出如此具体区分,而施塔姆勒则就意志于何处区别于观察作出了仔细而严格的界说。按霍兰的说法,法必须“由某种主权性政治权威所实施”。这就意味着,没有国家就没有法,而国家先于法而存在。在这一点上施塔姆勒就不同意霍兰了。在施氏的定义中,没有任何关于国家的说法,而事实上,施塔姆勒的观点是,法先于国家而存在,国家是法的产物。社会一存在,外在调整的行为规则就存在——这就是社会的含义——而如果关于这种事项的意愿不被看重,我们就有了施塔姆勒意义上的法,无论严格意义上的国家是否存在。

这种区别是有其意义的。它使人们无需走出法的领地而讨论某种法的正义与非正义成为可能。法不再是创制它的某个主权体的命令。实际上按照施塔姆勒的说法,具体意义上的法的实际起源是一个历史学或心理学的问题,而哲学并不关心这个问题。哲学上的概念旨在给出相关事物的基本要素,而起源问题不是基本问题,就像法究竟是成文的还是不成文的问题不是基本问题一样。诚然,批评家可以说这完全是一场口水战。他可能说,法是什么是一个定义的问题。而法的某种特定属性究竟是否具有普遍效力同样是一个界定的问题。施塔姆勒所给的四个特征的确具有普遍效

力,因为施氏将拒绝给予任何不能满足这些要求的東西以法的名号。他将拒不给予霍兰的定义以普遍有效性,理由是法无需局限于国家;它可以存在于一个非政治社会之中。而对于霍兰来说,相关特征是普遍有效的,因为他拒不承认不是某种主权性政治权威的命令的行为规则为法。在他们之间我们何去何从?而且这有多大区别吗?法的正义性究竟是一个法律问题还是一个伦理问题也是一个语词与定义的问题。我承认我倾向于赞同这样的批评家的看法,而丝毫不减我对施塔姆勒逻辑方法上的严谨性的倾慕。

但是,尽管在两个同样看似合理的定义之间作出选择似乎具有任意性,但我们应优先选择给出更佳结果的定义以优先。而这里人们可能说,像我们稍后将明白的那样,施塔姆勒成功地从他的定义中演绎出了大量的完全处于霍兰计划以外的东西。这将意味着用某种实用主义的测试检验一个非实用主义的哲学家。施塔姆勒会排斥这种测试的。

在他的全部分析中,施塔姆勒再三强调法哲学必须处理法律思维的纯粹形式,即处理不包含任何具体法律质料的概念。因而婚姻、财产、代理等概念不是实际法哲学的概念,因为它们不能适用于所有的法,并且包含着形式以外的质料;而法的定义中的四要素满足了这些要求,因为它们表达了一个人所必须拥有的那种思维形式,如果他想思考任何法律性的东西的话。

施塔姆勒用这样一个事实证明了他定义的完整性,这个事实是,在推出这个定义时,他并不从法律命题开始,并胡乱地试图列举可适用于它们的特征,而他的方法是分析思维模式的可能性,务使毫无遗漏。

确定了法的概念以后，他进而推演出他称之为法的范畴的东西，某种位于定义和具体法律制度和规则之间的中间概念。不过，这些范畴同样是纯形式的概念，即暗含于所有法律事项之中并从逻辑上决定它们的思维模式。它们既普遍有效又不包含任何具体的东西。诚然它们得到了完全的列举，他是从表述于定义之中的法的四个特征，即意志性、整体拘束性、主权性和不可违犯性中推出它们的。

既然法是一种意志模式，而意志象征着运用手段以实现目的，法实际上必须在所有情况下将某些人或事或行为本身确定为目的，而将其他人或事或行为确定为纯粹手段。因此有了“法律主体”和“法律客体”的概念。同样他从该定义的其他三要素顺序推出了如下几组范畴：“法律理由”和“法律关系”，“法律至上性”和“法律屈从”，“守法”和“违法”。

没有必要探讨施塔姆勒的逻辑细节并重述他这些范畴的推演方式。认清它们也是暗含于所有对于任何法律事项的思考之中的纯粹形式这一点就够了。有兴趣的读者将在施塔姆勒系统性专著《法学理论》中找到其全部所需和更多的东西。有“简单的法概念”、“复合的法概念”、“与时间相关的法概念”、“逻辑关系中的法概念”。他所作的处理极端抽象，而易于让读者头晕目眩。

第二个问题更有意思。按照施塔姆勒的说法，法哲学关心这个问题。我们现在已知什么是法，我们想知道什么是正义。因为显然，法之为法不一定是正义的。关于正义，我们的定义中什么也没说。如我们所知，法是一种将社会中人类目的联合起来的意志模式。但它将这些目的联合起来的方式是否正义则仍是一个待决