

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学丛编

黄涛 吴彦 ● 主编



吴彦 ● 编

20世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

The Development of Legal Philosophy in the 20th Century:
Essays on German Legal Philosophy (III)

刘鹏 王小钢 等 / 译



知识产权出版社

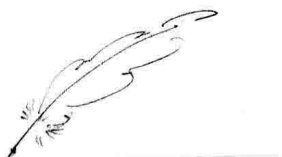
全国百佳图书出版单位

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学丛编

黄涛 吴彦 ● 主编



吴彦 ● 编

20世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

The Development of Legal Philosophy in the 20th Century:
Essays on German Legal Philosophy (III)

刘鹏 王小钢 等 / 译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

20 世纪法哲学发微：德意志法哲学文选（三）/吴彦编；刘鹏，王小钢等译. —北京：知识产权出版社，2015. 8

（西方传统：经典与解释—德意志古典法学丛编）

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3675 - 7

I. ①20… II. ①吴… ②刘… ③王… III. ①法哲学—研究—德国—20 世纪
IV. ①D909. 516

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2015）第 172018 号

责任编辑：倪江云

责任校对：董志英

装帧设计：张 冀

责任出版：卢运霞

西方传统：经典与解释—德意志古典法学丛编

20 世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

吴 彦 编

刘 鹏 王小钢 等译

出版发行：知识产权出版社有限责任公司

网 址：<http://www.ipph.cn>

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

天猫旗舰店：<http://zscqbs.tmall.com>

责编电话：010 - 82000860 转 8335

责编邮箱：nijiangyun@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真：010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷：北京科信印刷有限公司

经 销：各大网上书店、新华书店及
相关专业书店

开 本：880mm × 1230mm 1/32

印 张：8. 25

版 次：2015 年 8 月第 1 版

印 次：2015 年 8 月第 1 次印刷

字 数：214 千字

定 价：39.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3675 - 7

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。



HERMES

在古希腊神话中，赫尔墨斯是宙斯和迈亚之子，奥林波斯众神的信使，道路与边界之神，睡眠与梦想之神，死者的向导，演说者、商人、小偷、旅者和牧人的保护神——解释学（Hermeneutic）一词便来自赫尔墨斯（Hermes）之名。

缘 起

自严复译泰西政法诸书至本世纪四十年代，汉语学界中的有识之士深感与西学相遇乃汉语思想史无前例的重大事变，孜孜以求西学堂奥，凭着个人的禀赋和志趣选译西学经典，翻译大家辈出。可以理解的是，其时学界对西方思想统绪的认识刚刚起步，选择西学经典难免带有相当的随意性。

五十年代后期，新中国政府规范西学经典译业，整编四十年代遗稿，统一制订新的选题计划，几十年来寸累铢积，至八十年代中期形成振裘挈领的“汉译世界学术名著”体系。虽然开牖后学之功万不容没，这套名著体系的设计仍受当时学界的教条主义限制。“思想不外乎义理和制度两端”（康有为语），涉及义理和制度的西方思想典籍未有译成汉语的，实际未在少数。

八十年代中期，新一代学人感到通盘重新考虑“西学名著”清单的迫切性，创设“现代西方学术文库”。虽然从译现代西方经典入手，这一学术战略实际基于悉心疏理西学传统流变、逐渐重建西方思想汉译典籍系统的长远考虑，翻译之举若非因历史偶然而中断，势必向古典西学方向推进。

九十年以来，西学翻译又蔚然成风，丛书迭出，名目繁多。不过，正如科学不等于技术，思想也不等于科学。无论学界译译了多少新兴学科，仍似乎与清末以来汉语思想致力认识西方思想大传统这一未竟前业不大相干。晚近十余年来，欧美学界重新翻译和解释古典思想经典成就斐然，汉语学界仅务竞新奇，仅限时下“主义”流变以求适时，西学研究终不免以支庶续大统。

西方思想经典即便都译成了汉语，不等于汉语学界有了解读能力。西学典籍的汉译历史虽然仅百年，积累已经不菲，学界的读解似乎仍然在吃夹生饭——甚至吃生米，消化不了。翻译西方学界诠释西学经典的论著，充分利用西方学界整理旧故的稳妥成就，於庚续清末以来学界理解西方思想传统的未尽之业意义重大。译界并非不热心翻译西方学界的研究论著，甚至不乏庞大译丛之举。显而易见的是，这类翻译的选题基本上停留在通史或评传阶段，未能向有解释深度的细读方面迈进。设计这套“西方传统：经典与解释”，旨在推进学界对西方思想大传统的深度理解。选题除顾及诸多亟待填补的研究空白（包括一些经典著作的翻译），尤其注重选择思想大家和笃行纯学的思想史家对经典的解读。

编、译者深感汉语思想与西方接榫的历史重负含义深远，亦知译业安有不百年之积之而可一朝有成。

刘小枫

2000年10月于北京

“德意志古典法学丛编” 出版说明

19 世纪下半期以降，实证主义和历史主义催生了法学的专业化和技术化，法学视野日趋狭窄。在 20 世纪的法律思想中，实证法学、社会法学、经济分析法学占据了法学的大半江山，现代法学十分“自觉地”排除有关制度与德行的思考，规范主义振振有辞，鄙夷有关法理之学的哲理思考，法学最终沦为律师的技艺。

德意志古典法学有关政法之理的思考极其深刻，其对共同体秩序的反思，对制度之品质的思考，足以令专业化的法律人汗颜。德意志古典法学想要揭示一切社会现象的本质，揭示人类的本真的政治存在，它将制度设计与共同体的美好生活关联起来，为反思社会现象提供基本尺度和范式。不仅如此，现代法学中的大部分观念及概念，早已在德意志古典作品中埋下伏笔。

德意志古典法学哲学化色彩成分极重，而非当今有板有眼之学术论文。凡此种种，均给阅读和理解带来了巨大困难。长期以来，对于隐藏在德意志古典大家作品中的政治法理，学人们仅停留于引证片段字句，未能有深入细致之钻研。本丛编不从意识形

态的宏大叙事入手，亦不从流行的概念体系入手，而从德意志古典作品中政治法理的疏释入手，讲述政法学问和道理，引导有关政治法理之独立思考。

政法之理如人生之理，离不开深刻的哲学反思，诚如个人向往美好的人生，一个社会、一个国家亦会向往美好的共同体生活。尤其是在亟亟于变革的当下中国，我们完全有必要反顾德意志古典政法思想的印迹。

古典文明研究工作坊

西方经典编译部丁组

2012 年 9 月

编译者导言

如果说 20 世纪之前德意志法哲学的发展从根本上受到观念论哲学的逻辑的支配，那么从 20 世纪开始，或者说从 19 世纪后半叶开始，则注入了一些新的要素。法哲学开始向两个方向发展：一个是专业化，另一个是多元化。

专业化的趋向依赖于这样一个基本条件，那就是最基本的价值秩序已经被坚实地确立起来。此时，德国不再面临着建国的问題，或面临着建立一种新的现代价值秩序的问题。经由几百年的反思、辩驳和实践，一些最基本的价值以及一些最基本的制度安排被普遍地得到承认。尤其是 1900 年《德国民法典》的颁行，在根本意义上标志着一个新的法哲学时代——法的实证主义时代——的到来。它的胜利并非学说本身的胜利，而是它所关涉的对象——实在法——已经将自然法所倡导的那些原本革命性的要素——人的平等、自由以及由此衍生出来的人格平等、契约自由、财产神圣等诸多原则——整个地吸纳进来并将其法典化。自然法的“独立”生命自此也开始消亡。它的很大一部分已经被作为实在法秩序的一部分而现实地存在了。人们对于终极价值的

关注也开始逐渐让位于对于实现这些价值的手段的关注。耶林学说中所谓的“作为达致目的的手段之法”充分体现了这样一种基本趋向：法的技术化。

法哲学发展的另一个趋向与上述趋向密切相关。专业化的趋向造就了一批只着眼于实在法的职业法律家。他们逐渐丧失了从总体上和宏观上把握法律的能力。此种对于法的碎片化理解直接促成了一些针锋相对的“立场”。这些立场在德意志法哲学发展之初是不曾显现的。它们各自立足于自己的视野而对法进行了一种去总体化的解构。

在这些立场之中，突出地表现出以下四种路向：一是技术路向，这是法实证主义所基本采取的，它也构成了这个时代被攻击的主要靶子——后三种路向在某种意义上都是在反对它的基础上衍生出来的；二是政治路向，它是法实证主义在反对自然法以便获得自身之独立性时所普遍采取的一种立场。但是把法奠立在主权者意志基础之上的一个最大危险就是它随时都有可能被政治（意志）所吞噬。因此在法实证主义获得胜利之后，去政治化便是它的另一项任务，这在凯尔森那里得到了鲜明的体现。但是，在实在法一方面试图驱逐道德（理性），另一方面试图驱逐政治（意志）的时候，它所表现出的那种极度技术化的特征以及由此种特征所型塑的极度枯竭化和机械化的生活却让人感到失望。重新将总体意志凸现出来以使其担负一些理想性的元素（政治法学），以及重新寻找潜藏在背后的已经被实在化了的的价值（自然法学），便逐渐成为两种反实证主义的基本努力。

因此，从这个意义上看，此时的自然法路向的法哲学与之前的自然法哲学已经存在根本性的差异，它是在反实证主义的逻辑下被规定的了（施塔姆勒、拉德布鲁赫）。尽管他们仍然打着“复兴”或“返回”的口号，尤其打着复兴康德一系自然法理论的口号，但如何处理它自身与实在法之间的关系却一直成为一个无法解决的根本性问题。基于此，在恶法非法问题上的看法成为

判定立场的基本标准，而这在之前的法哲学中是不曾被凸显出来的。

至于第四种路向，则是社会学的路向。它是后黑格尔时代思想界的一个普遍倾向。法作为构成社会的一个基本要素，对于社会的解释必然伴随着对于法的解释。它试图通过理解法的发生学和功能学，以试图掌握和控制法律以便将其作为工具来服务于人类的目的。在这个意义上，它与技术路向的法律理解有着某种共通之处。

本卷的选译便围绕着这几种不同的法哲学进路。它们同时也构成了我们这个时代思考法律的几种基本方向。

吴彦

2012年冬于复旦江湾

目 录

缘 起 / *i*

“德意志古典法学丛编” 出版说明 / *i*

编译者导言 / *i*

法律形式性与选择自由

——道德视野下的耶林建构主义 / *1*

(〔奥〕 亚历山大·索梅克 著，姚远，李丹阳 译)

谱系学与法理学

——尼采、虚无主义与法的社会科学化 / *15*

(〔美〕 玛丽安妮·康斯坦伯 著，刘鹏 译)

马克斯·韦伯法律理论的阐释

——形而上学、经济学以及宪法的铁笼 / *73*

(〔美〕 斯蒂芬·菲尔德曼 著，王小钢，王雪麟 译)

政治的概念

——理解卡尔·施米特宪法理论的一个关键 / 129

（〔德〕恩斯特·沃尔夫冈·伯肯弗尔德 著，邹益民 译）

商谈与民主

——《在事实与规范之间》中合法性的

正式与非正式基础 / 150

（〔美〕威廉·雷格 詹姆斯·博曼 著，孙国东 译）

康德式的建构主义与重构主义

——罗尔斯与哈贝马斯对话 / 187

（〔美〕托马斯·麦卡锡 著，邹益民 译）

尼克拉斯·卢曼的法概念 / 212

（〔德〕拉尔夫·德莱尔 著，王琦 译）

参考文献选要 / 244

译者简介 / 250

法律形式性与选择自由

——道德视野下的耶林建构主义

[奥] 亚历山大·索梅克 (Alexander Somek) 著
姚 远 李丹阳 译

如果把作为概念主义最极端表达而闻名的耶林法律形式性观念视为一种权利理论，那么这一观念便有了意义。通过这样一种视角，我们就能理解耶林晚期的方法论自我批判，即他通过反思权利体系所赋予的选择价值来缓解概念建构主义的倾向。

计划的意义

罗马法教授鲁道夫·冯·耶林主要因为两种不同的法律理论而闻名遐迩。人们通常认为第一种理论代

表“建构主义”的最极端表达。很多人又认为他的第二种理论——法律被描绘为人类目的之理性追求手段——代表了与前一理论的决裂。^①

在下文的论述中，我将着力于耶林第一种理论的最重要方面，也就是他的法律形式性观念。^② 然后我将提请读者注意耶林作品中的一种潜在连续性。鉴于这种连续性，我们可以看到，看起来与最初那种法律形式性观念“决裂”的东西至少在某一方面也是该观念的结果。

法律的普遍形式

耶林的法学规划主要见于《罗马法精神》第二卷第二部分（耶林，1858 年）中讨论法律推理的一个大师级章节和他的论文《我们的任务》（耶林，1857 年）。他着手探索这样的问题：是什么给了法律在外行民众眼里如此奇怪的外观。他认为，可以在被他称为“法律技术”或法律推理的技艺（古典意义上的“ars”或“techné”）的东西中找到理由（耶林，1858 年，页 322、页 325、页 377）。尽管耶林似乎只是试图说明“法学家”的视野与外行人的视野有怎样的区别，但显然他希望阐述，在以法律专业技能及其显著“技术性”风格为认识媒介的社会中，人们如何认识特定情况下何谓法律。^③ 在这样的社会——众所周知是“现代”社会中，法律技术标志着认识法律的模式。该技术存在

① 这第二种理论仿佛标志着与第一种理论的决裂。它早在 1861 年发表《论民法学建构》（重印于 1884 年，页 6-17）时就已经出现了。

② 丰富的二手文献引证，参见：索梅克，1992 年，页 128-148。

③ 既然这样一来，此处的重点在于认识何谓法律的法律方式，那么就没必要区分法官、律师甚或这里更重要的法学教授的各自视野。

与否是一个历史发展的问题。

从耶林的论述中基本上可以得出，在他看来法律技术是普遍性的东西（耶林，1858年，页323-325、页376）。法律技术首先出现在古代罗马法里，这一事实纯属历史偶然。^①就像数学定律在任何时间和地点都一样，法律分析的规则也是如此。那么，耶林还声称法律技术并非“外在于”法律的概念，就毫不奇怪了。相反，一旦法律体系达到某种程度的复杂性，技术就成为一种必然的发展。否则，恐怕法律体系将会土崩瓦解。

因为法律技术反映了社会中对特定情况下何谓法律进行权威性认识的模式，故而法律技术也影响到法律实际上是什么。法律体系对于法律的指涉方式，为法律的实体赋予了一种技术形式。形式不是异在于法律的东西，^②它是法律所内在固有的。耶林说，使得外行人无法掌握法律的不单是那一堆法律素材；外行人其实是因为“素材的种类”（《素材的技艺》：同上，页325）才感到难以理解法律。这样一来耶林就强调，被人们作为“法律”来沟通的东西承载着技术的烙印。^③

吊诡的是，这意味着技术不仅把法律沟通与有关世界的其他人类谈话方式（比如哲学）分离开来，并且也把它与习惯法素材和制定法素材本身分离开来。关于法律是什么，掌握法律技术的人^④比起特定时空下的对法律实体具备大量信息的人^⑤知道得更多。

① 耶林好像是借用爱德华·柯克的观点，主张法律技术包含着历代的智慧因而包含着积累起来的经验（耶林，1858年，页331），但该主张很难符合严格意义上的普遍性命题。不过，假如我们把这样一种积累过程理解为发现唯一普遍法律技术的历史语境，那么就没有矛盾了。

② 按照耶林（1858年，页353）的看法，形式是在素材之中的。

③ 从这里可以得出，法律专业技能不取决于或源自一头扎进素材所表达出来的诸细节。毋宁说它是对技术的一种训练有素的掌握。

④ “所有时空下的真正法学家说着同样的语言”（耶林，1858年，页326）。

⑤ 有趣的是，这种指涉何谓法律的特定模态便把法律体系与其实体分离开来。该悖论将伴随着我们对耶林法律形式性观念的考察。

可操作性

法律技术的要义在哪里，它的核心又是什么？它的要义在于促进审判。没有它的话，法律将缺乏适当的可适用性。这就解释了法律为什么必定承载着技术的烙印（同上，页 353），因为对社会施加影响是法概念的题中之意。不管法律的实体是什么，能在实践中得到适用是每个法律体系的一种“绝对理想”，确切地说是一种“高级伦理价值”（同上，页 339）。它的实现应当是“难以避免的”、势不可挡的和雷厉风行的（同上，页 335）。从根本上讲，这就是耶林对规范性的理解。规范的这种命令模态不过是它的通俗表达（同上，页 385-386）。

鉴于法律本身内嵌着的理想，亦即耶林所谓的“可操作性”，法律必定是自我指涉性的。法律拥有一种法律的方式来认识何谓法律，因为法律素材的规范性意义是根据可操作性准则建构起来的（同上，页 334）。就其核心而言，技术是纯形式性的。它关注法律获得实现的能力（同上，页 335）。^⑨ 可操作性是一个形式妥当性的问题，也就是说，它关心法律思想将法律素材转化为赋予偶然法律实体以生机的理性方式（合目的性）。^⑩

下文我将把法律技术的这一核心称为“法律形式性”，即使那不是耶林的术语。它代表关于某一情形中可以做什么或不可以做什么的法律沟通模式。从社会体系理论来看，法律形式性可被理解成体现为法律体系在运作上的自主性（卢曼，1993 年，

^⑨ 这样一来，既然形式内在于法律，法律形式性其实就是有关在法律的实现行为中（至少是当它成熟到一定程度时）“法律是如何思考的”。

^⑩ 不过，耶林在侃侃而谈时提到，技术的发展也依赖于法律的实体（耶林，1858 年，页 338）。耶林在第二阶段的作品中把这种实体称为目的（同上，页 337）。