

国家“十一五”出版规划重点图书

西方著名法哲学家丛书（第二辑）

吕世伦 徐爱国 主编



# 埃利希：

## 无主权的制序

刘坤轮◎著



黑龙江大学出版社  
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

国家“十一五”出版规划重点图书  
西方著名法哲学家丛书（第二辑）  
吕世伦 徐爱国 主编

# 埃利希： 无主权的制序

刘坤轮◎著



黑龙江大学出版社  
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

埃利希:无主权的制序 / 刘坤轮著. -- 哈尔滨:黑龙江  
大学出版社, 2010. 6

(西方著名法哲学家丛书 / 吕世伦,徐爱国主编. 第2辑)

ISBN 978 - 7 - 81129 - 279 - 4

I. ①埃… II. ①刘… III. ①埃利希, E. (1862 ~ 1922) -  
社会法学 - 研究 IV. ①D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 091011 号

书 名 埃利希:无主权的制序  
著作责任者 刘坤轮  
出 版 人 李小娟  
责任编辑 孟庆吉 国胜铁  
出版发行 黑龙江大学出版社(哈尔滨市学府路 74 号 150080)  
网 址 <http://www.hljupress.com>  
电子信箱 [hljupress@163.com](mailto:hljupress@163.com)  
电 话 (0451)86608666  
经 销 新华书店  
印 刷 黑龙江省教育厅印刷厂  
开 本 880 × 1230 1/32  
印 张 7.125  
字 数 150 千  
版 次 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978 - 7 - 81129 - 279 - 4  
定 价 22.00 元

---

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

## 总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

## 2 埃利希：无主权的制序

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家的思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008年12月

# 目 录

<b>第一章 尤根·埃利希的影子</b> .....	1
第一节 新法律现实主义与尤根·埃利希 .....	1
第二节 埃利希生平及著述 .....	11
第三节 制序(ordering)渴望之学 .....	22
<b>第二章 “法”的产生</b> .....	27
第一节 制序(ordering)为特征的法概念 .....	27
第二节 联合体与法 .....	40
<b>第三章 国家与法的关系</b> .....	59
第一节 法所指向的事实 .....	59
第二节 法律命题的产生与结构 .....	71
<b>第四章 法律命题:形式与内容</b> .....	86
第一节 法律命题的产生 .....	86
第二节 法律命题内容的正义性 .....	102
<b>第五章 法律发展的逻辑</b> .....	111
第一节 罗马法 .....	112
第二节 英格兰法学 .....	124
第三节 古老的欧陆共同法 .....	132
<b>第六章 法学研究的历史化与法学的功能</b> .....	141
第一节 欧陆法的历史化趋势 .....	141

第二节	法学的功能 .....	153
<b>第七章</b>	<b>国家创制法的运行及法的成长 .....</b>	<b>166</b>
第一节	国家创制之法 .....	166
第二节	法的成长 .....	173
第三节	法典的建构 .....	181
<b>第八章</b>	<b>法社会方法论 .....</b>	<b>187</b>
第一节	法律史与法学 .....	187
第二节	活法研究 .....	195
第三节	影响: 埃利希法哲学思想的前世今生 .....	209
<b>参考文献</b>	.....	214
<b>后 记</b>	.....	216



# 第一章 尤根·埃利希的影子

## 第一节 新法律现实主义与尤根·埃利希

### 一、新法律现实主义的兴起

一直以来,笔者对法社会学思想的脉络都十分关注,尤其是欧洲法社会学那种带着经典气息的法社会学思想,那些飘逝而去的大师的思想漂越大西洋,经过新大陆充满创造性民族的诠释,再穿越太平洋而到达刚刚经受了百余年现代化洗礼的古老的民族,传阅之间,有多少被遗忘?有多少失去了原貌?有多少再次为适应炎黄热土之需,而再次入乡随俗?这些疑问的求解一直缠绕着我茫然的求学路,而所能为的,也只是尽力地去翻阅对于自己而言最原初的东西,进行历史纵向的比较,进行时代横向的比较,进行经纬同时交错的比较,而所有这一切都要从某一个人的思想开始,一个接着一个地梳理。

我选择了埃利希!

选择埃利希的原因是:太平洋对面的那个被标榜最民主、最法治的国家出现了法社会研究的一个新走向,那就是麦考利

## 2 埃利希:无主权的制序

先生带头而起的“新法律现实主义”!这一研究取向已经引起了国内的一定关注<sup>①</sup>。

学者指出,新法律现实主义“以否定之否定的姿态亮相”<sup>②</sup>,是否如此?在访问了新法律现实主义的网站<sup>③</sup>,拜读了麦考利教授的那篇宣言性论文<sup>④</sup>,并结合各家关于法律社会学以及20世纪现实主义法学思潮的研究,我以为是十分中肯的<sup>⑤</sup>,只不过,这一判断的对比对象是美国先前的法律现实主义,也就是采取精英立场,司法中心主义的、旧有的、以卢埃林等人为代表的法律现实主义。而对于美国之外的法律现实主义的思想渊源,尤其是埃利希、卢曼等人的法律社会学思想,则又当从方法论的继承方面来进行探讨。

新法律现实主义认为,法律现实主义本质上并不是一个阵营绝对清晰的法学家团体,而是一种主张将社会科学方法引入法学的基本立场或方法,而新法律现实主义则希望建立一种上下贯通(bottom-to-up)的,整体上理解法律潜力及其问题的整合

---

① 2006年,中国人民大学法学院范愉教授在《中国法学》上发表了《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》一文,对新老现实主义法学之间的体系传承和差异进行了总结。该文指出,新法律现实主义在方法上强调了与其他社会科学的整合,体现之一,即理念上统合了埃利希的“活法”和庞德“行动中的法”的概念。范愉:在《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,《中国法学》2006年第4期,第38~51页。

② 范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,载《中国法学》2006年第4期。

③ <http://www.newlegalrealism.org>。

④ [美]斯图尔特·麦考利:《新老现实主义:“今非昔比”》,范愉译,载《政法论坛》2006年第4期。

⑤ 范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,载《中国法学》2006年第4期。

性范式<sup>①</sup>。也就是试图统合“活法”和“行动中的法”的新的研究范式。但是,这一判断,尽管是英语世界的判断,但也是令人怀疑的,因为在笔者看来,埃利希的“活法”论与庞德的“行动中的法”是完全不同的两个概念,统合的可能性几乎没有。与庞德“行动中的法”相对应的是“书本上的法”,而“从‘书本上的法’走向‘行动中的法’”<sup>②</sup>构成了“新法律现实主义”的标志。但是,对于埃利希而言,“活法”并不意味着与任何概念(如官方法)构成逻辑上的二元对立(dualism),也就是说,埃利希活法论的研究进路较之现实主义者,尤其是欧美现实主义者而言,比之他们理解的要激进得多。从一定意义上而言,欧美现实主义,包括美国新法律现实主义在内,对于埃利希法社会思想的重视并没有很好地体现出来。而事实上,今非昔比的(things aren't what they used to be)对照理论不过是法律文化与法律意识的美式理念之产物,对于欧洲而言,尤其是对于欧洲的法社会学研究而言,新法律现实主义所主张回归的社会本位早在上个世纪之初即由埃利希提了出来<sup>③</sup>。对于此,正如聂尔金(Nelkin)教授对麦考利教授所作的有关商人间非合同关系的研究所作评价后指出的那样,可争论之处是,麦考利教授的调研如果不是从“书本上的”合同法在实践中是如何被改变开始,而是着力于解释实际支配企业生活的这类规范的真实作用,或许会取得更大的成就。除了揭示商业生活的迫切需求如何影响了合

---

① 范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,载《中国法学》2006年第4期。

② <http://www.newlegalrealism.org>。

③ [奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理(Fundamental Principles of the Sociology of Law)》,九州出版社2007年版。

#### 4 埃利希:无主权的制序

同法,在研究中,如果使用埃利希的理念,将会探寻特定商业生活规范的起源、延续,包括埃利希所指出的被人们所忽视的因素,如声誉和企业自律与商业(行业)组织等。”<sup>①</sup>在他看来,现代法律多元论和“准自治社会领域”的研究正是将埃利希的理念作为根本性的出发点,而埃利希的研究推动我们去思考通过正式的法律制度进行社会干预的有限性<sup>②</sup>。

对于聂尔金教授的判断,笔者是深以为然的,考虑到埃利希所生活的动荡的社会背景以及因其特殊的犹太天主教浸礼会后裔身份,对于和平的渴望以及对下层社会的关注,埃利希所形成的法学思想是一种“实践导向”的,与英美的法社会学思想并不一致,甚至可以说是远远激进于英美精英主义主导下所形成的法律中心主义或司法中心主义的自上而下(up-bottom)的传统法律社会学思想。并且,可以判断的是,当前关于埃利希法社会学思想的研究中,尤其是关注其“自由法”思想和“活法”思想的研究中,无论是英文文献的研究,还是中文文献的研究,都存在着出于研究者研究目的之考虑而有意或无意曲解的现象<sup>③</sup>。仔细说来,无论是欧美式的曲解,还是中国式的曲解,

---

① David Nelkin, *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning Sociology of Law*, 4 LEGAL STUD. 157 (1984). 转引自[美]斯图尔特·麦考利:《新老现实主义:“今非昔比”》,范愉译,载《政法论坛》2006年第4期。

② [美]斯图尔特·麦考利:《新老现实主义:“今非昔比”》,范愉译,载《政法论坛》2006年第4期。

③ 当然,这一判断是建立在对埃利希思想的集大成作品,即《法律社会学基本原理》英文版的阅读以及诸多中文文献和可收集到的英文文献阅读的基础上。需要说明的是,一些学者的看法与我对埃利希思想的解读存在相似之处,如 Marc Hertogh, “A ‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich”, (2004) 31. *Journal of Law and Society*. 457-481. 又如 K Alex Ziegert, *A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge*, (1998) 20. *Sydney Law Review*. 108-126.

基本都延续着将埃利希推向世界的庞德先生的二元进路。而事实上,埃利希所使用“活法”概念并没有任何二元论的方法意义,它仅仅是用以解释社会规则的概念系统的起点。也就是说,埃利希所使用的“活法”仅仅是指具体规范社会组织具体运作,以及其成员具体行为所实际遵守的那些并不在制定法(statute)或判例中反映出来,并不体现在“在那儿(is there)”的硬邦邦的规则(rule)中的做法(usages)<sup>①</sup>。

当然,新法律现实主义旨在创立一种新的研究范式,而这种研究范式在经典法社会学那里并没有体现为一种积极主动的潮流与意识。因而,对于活法论的研究进路而言,它并不完全符合新法律现实主义所追求的方法论意义上的目标。但是,值新法律现实主义的勃兴之际,我们也应当时刻提醒自己,不要轻易忘记了前人所经教授给我们的那些知识和方法。而对于这些知识和方法的重新衡量,在一定程度上不仅仅对一个法学流派有着重要意义,而且对于成系统的社会现实之改造都有着借鉴意义。

因而,新法律现实主义勃兴之潮给了一次进一步深化梳理上个世纪之初法社会学初生时的思想家的思想魅力的理由,使我们进一步为澄清其真实思想而作出进一步的考究。

## 二、印着“自由法”符号的埃利希

新法律现实主义的兴起为尤根·埃利希思想的研究提供了

---

<sup>①</sup> [奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理(Fundamental Principles of the Sociology of Law)》,九州出版社2007年版。本观点根据该书内容整合而成。

## 6 埃利希：无主权的制序

一个重要的阐释契机，这实际上解决了做人物的一个重要的可能性问题。而如果要将西方法学思想史上璀璨如繁星般的巨星思想都一一研究起来，除不可能外，也是很不必要的。国内大量关于西方人物法律思想的解读论著早已到了汗牛充栋的程度，因而，要梳理西方法学流派中某个具体人物的思想，除找到恰当的突破口之外，还需要论证梳理的价值，也就是看一看有无再进行梳理的必要了。笔者根据所收集的国内研究文献，将埃利希的法哲学思想的研究概括为以下几个特点。

1. “自由法学”代表。关于埃利希法哲学思想的中文文献中大多冠以“自由法学”之名，这一名称俨然成为诸多研究文献的一大特征。并在此之名下，衍生出埃利希之法社会学理论主张“法官根据正义原则自由创造法律，在司法过程中不受立法的约束，而由法官自由地作出判决和决定”。而根据笔者对埃利希法哲学思想的考察，这一判断之源头应该来自埃利希自己所参加的批判法律人运动（the movement of critical lawyers），也即在常被提到的“freirechtsschule”上，而这个词的英文词义是“free, that is non-doctrinal, findings for legal decision-making”<sup>①</sup>，即法律裁决的自由（非教条）发现。这即为埃利希所一贯主张的创造性认知法律的进路。但是，这种主张本身较之现代文献所归功于他的思想是并不相同的。事实上，从某种意义上而言，冠埃利希以“自由法学”之名在很大程度上混同了之后斯堪的纳维亚以及美国现实主义法学的法哲学思想。英美法学的

---

<sup>①</sup> K Alex Ziegert, *A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge*, (1998) 20. *Sydney Law Review*.

顽固传统使得埃利希激进的法社会学思想在其国土之上发生变形,而衍生成为一种自上而下的“行动中的法”模式,这种司法或法律中心主义的法哲学思想往往被视为与埃利希的法社会学思想一脉相承,并进而走进中国学者对埃利希法社会学研究视野,成为“书上的”、本土化了的埃利希法社会学思想。

2. “活法论”思想。前文所指出,埃利希自由法思想遭遇了“本土误解”的命运,与之相似,埃利希活法论虽然在符号化了的名称上是正确的,但在具体的理解和内容梳理上,依然存在着本土化了的研究特色。也就是说,在中文文献的研究中,“活法”很容易使人们联想到一种二元论研究方式。既然如此,那就必然存在着一种与之相对的“成文法”,或制定法,或正式法等僵化的“死法”与之呼应。并由此二元对立的逻辑,结合埃利希关于法律起源的论述和关于法社会学方法的小文进行自我推理,进而得出诸如“行为规则”和“裁判规则”等埃利希法社会学思想中二元对立(dualism)。实际上,在埃利希思想的集中体现之作,即《法律社会学基本原理》开篇之中,埃利希即提出了自己法社会中的核心观念,即将法律与社会运行或社会实践联系起来理解的实用法概念,而不是结合法律命题或法律教条来理解法律概念。对埃利希而言,在阐释自己的法社会学思想之时,他仍然是从一个概念出发,这个概念就是法的实践概念,它构成了埃利希法社会学思想的根基,因此,埃里希笔墨颇浓地对它进行了逻辑建构。举例而言,法社会学研究存在诸多进路,尤其是以二元进路居多,如庞德的书本上的法和行动中的法的进路,以及政府的法和非政府的法的进路,这些二元论研究范式构成了研究者分析问题的基本出发点。而埃利希的法

## 8 埃利希：无主权的制序

社会学思想中并不存在这种进路,对他而言,与其建立一种二元对立范式,倒不如走得更远,完全建立一种开放的研究进路,也即法的实用概念研究进路,也即将法律视为一种并不特殊的社会规范,与其他社会规范的构成材质一样。这较之严格因循先例的英美法而言,要激进得多,而国内文献对此并没有过多提及。

国内关于埃利希法社会学思想的研究文献基本上都是在这两大要点上展开论述的,诚然,法的自由发现和活法论也的确构成了埃利希法社会学思想的根本之处。但国内文献对其具体的阐述却存在着一些如上所言的偏差,因而,对埃利希法社会学思想的梳理,在新法律现实主义兴起的契机之下,也就具备了澄清的必要性,这就构成了笔者完成埃利希法哲学思想梳理的动力。

### 三、尤根·埃利希核心思想概述

新法律现实主义特征之一在于:方法论上承接了埃利希以来的法社会学诸多名家研究进路,力图整合出一套整体性的上下贯通的研究进路。而笔者看来,尤根·埃利希在上个世纪之初即开始了这种努力。对于这一点,聂尔金教授的判断和 Marc Hertogh 教授的判断在一定程度上概括了埃利希法社会学的特征。用聂尔金教授的话而言,现代法律多元论和“准自治社会领域”的研究正是将埃利希的理念作为根本性的出发点,而这个出发点则是 Marc Hertogh 教授所言的法律意识(legal consciousness)欧式特征。细而言之,以庞德为代表的美式法社会学研究之关注点往往是“人们如何体验(正式的)法律? [how



do people experience (official) law<sup>①]</sup>”。而在以埃利希为代表的欧式法社会研究那里,这个出发点则变成了“人们将什么体验当做法律?(what do people experience as ‘law’)”<sup>②</sup>。而这里所概括的特征“什么(what)”恰是法律多元论的起点,也构成了埃利希法社会学思想的一个基本特征,也即实践(practical)导向很强的特征。这一特征,构成了埃利希法社会学思想体系的基本出发点。在此理念指导下,埃利希将法律和社会实践联系起来,这种法律定义和传统上将法律概念与法律命题或法律教义的文本联系起来的做法分道扬镳。而这种出发点之伟大价值直到今日依然被低估。

以上述定义为出发点,埃利希法社会学思想中核心之处表现为以下几个重要的观点。这里首先将这些观点排列出来,然后将在以后的各个章节中严格按照埃利希的原初论述而分别展开阐述:

●规范(norms)都是社会属性的。因社会关系之故,到处都是规范,它在人类实践的所有领域都以同样的方式运作。而法律规范(legal norms)不过是其中的一种,并不构成更高层级的社会规范。

●社会控制的工具意义和力量取决于社会组织个体成员之间的制度联合和安排,法律不过是这种内部秩序的正式表述。

① Marc Hertogh, “A ‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich”, (2004) 31. *Journal of Law and Society*. 457-481.

② 庞德教授的介绍忽略了当时的历史背景,指出埃利希出生于罗马尼亚(而现在此地属于乌克兰)。对此种历史背景的忽视,可能是造成庞德曲解埃利希法社会学思想的重要原因。Roscoe Pound, *An Appreciation of Eugen Ehrlich*, (1922). 36. *Harvard Law Review*. 129-130.