

法哲学是有诱惑性的，不是因为它的平实朴素，
而是因为它所讨论主题的严肃性与深刻性。

Legal Philosophy
Stand and Method

法哲学：立场与方法

舒国滢 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法哲学：立场与方法

Legal Philosophy

Stand and Method

舒国滢 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法哲学:立场与方法/舒国滢著. —北京:北京大学出版社,2010.8
ISBN 978 - 7 - 301 - 17256 - 8

I. ①法… II. ①舒… III. ①法哲学 - 研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 098823 号

书 名: 法哲学:立场与方法

著作责任者: 舒国滢 著

责任编辑: 陆建华

装帧设计: 沈仙卫

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 17256 - 8/D · 2604

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

880 毫米 × 1230 毫米 A5 7 印张 163 千字

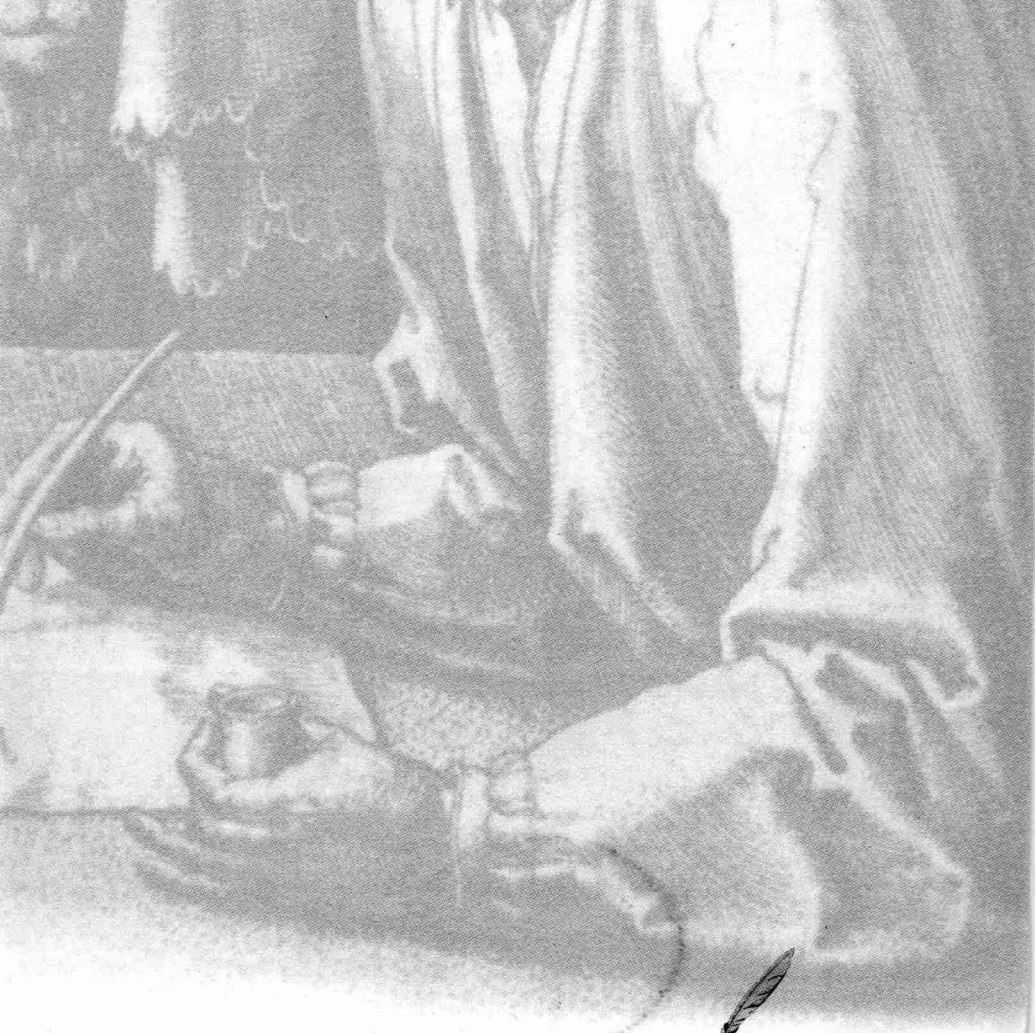
2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 18.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn



Legal / Philosophy

向本书提及的所有思想者致敬，正是他们的思想犹如一道道闪电，照亮我在暗夜中前行的道路，让我看见大地遥远的风景。

—— 舒国滢

序

本书由近十几年来笔者所写的七篇论文结集而成,其主题有关法哲学。

《走出概念的泥淖》着力考察汉语中“法哲学”、“法理学”两概念并用的成因,它们所代表的学问传统以及中国法哲学发展可能遭遇的难题。

《在历史丛林里穿行的中国法理学》基于知识社会学,对 1949 年以降的中国法理学发展过程、样态以及趋向进行梳理,尤其是对“制度区隔”在法理学发展中的影响进行了分析。

《从方法论看抽象法学理论的发展》主要根据“法学内的法学”和“法学外的法学”之分梳,强调法律论证理论在法学发展中的意义,并且尝试对“当代中国法学理论向何处去”的问题进行解答。

《寻访法学的问题立场》对“法律公理体系”之法学建构的努力进行反思,主张法学应回到实践学问和问题立场,通过菲维格的“论题学法学”思想的讨论,提出建立“兼容论题学与公理学思考之法学”的观点。

《战后德国法哲学的发展路向》对 1945—1995 年德国法哲学的发展作了勾勒,意在为中国法理学的立意寻求借鉴和方位。

《罗伯特·阿列克西〈法律论证理论〉述评》和《古斯塔夫·拉德布鲁赫法哲学思想述评》两篇文章，分别对阿列克西的“法律论证理论”和拉德布鲁赫的相对主义法哲学思想作了评述。阿列克西和拉德布鲁赫的理论是我近年关注的重点：两位思想者分隔不同时代，思想风格迥异，话语不同，但我本人从中感受到他们各自“智慧的洞见”和“建筑学般精微分析”的能力，并尝试综合他们的研究风格。

曾打算把这些文章作为我写的《法哲学沉思录》之附录一并出版，但《法哲学沉思录》的篇幅已足够独立成书，故而将它们另行编订成册。读者可将这本书看作是《法哲学沉思录》的姊妹篇或者前期研究成果：若没有这些文章的铺垫，我无以写成《法哲学沉思录》一书。

思，吾乐，不思，无怨，若微风随意，从之。

舒国滢

于政法大学风瀛斋

2010年4月18日

目 录

走出概念的泥淖——“法理学”与“法哲学”之辨	001
在历史丛林里穿行的中国法理学	015
从方法论看抽象法学理论的发展	041
寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式	065
战后德国法哲学的发展路向	109
罗伯特·阿列克西《法律论证理论》述评	145
古斯塔夫·拉德布鲁赫法哲学思想述评	173
人名索引	197
内容索引	203

走出概念的泥淖*

——“法理学”与“法哲学”之辨

一、译名之惑

恩格斯在《反杜林论》第三版序言中有一段话,相信凡是读过此书的人都不会忘记。恩格斯说:

“创造体系的”杜林先生,在当代德国并不是个别的现象。近来在德国,天体演化学、自然哲学、政治学、经济学等等的体系,雨后春笋般地生长起来。最蹩脚的哲学博士,甚至大学生,不动则已,一动至少就要创造一个完整的“体系”。^①

以恩格斯的话来看我国法哲(理)学发展的现状,其情形也大体如此。近年来,法哲学、法理学的“大著”不断面世,充塞于店堂坊间,其体系之宏阔、概念堆垒之繁复,恐怕康德、黑格尔在世也要自叹弗如了。

在这些论著中,有相当大的篇幅讨论“法理学”与“法哲学”的异同分合问题。应当说,这种辨析,对于我国当前法理学或法

* 原文载《学术界》2001年第1期。收于本书时对文字作了部分修改,并加上了各部分标题。

① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1976年版,第46页。

哲学的推展并不是没有意义的。但问题在于：各种辨析文字本身陷入了“道不清、说不明”的窘境，我们从中看不出清晰的理路和问题域（*Problematik*）的关联性。带着满头的雾水，去给久成传统的两个外延界限不明的名称划定“所指”和“能指”的意谓，确定其各自的“研究对象”和“研究范围”，甚至在此基础上建构各自的“体系”，其中的匆忙是可想而知的。

法理学与法哲学的并用，是 20 世纪在中国法学中出现的独特现象。究其成因，不是一两句话可以讲得清楚的。但从根本上说，这种并用，是多年来中国法学在与“旧学”断别之后向西学求助时摇摆于大陆和英美两大学术传统而产生的必然结果。其间扭结着中国法学家们在继受西方法学（广义上包括苏联法学）时体认上的差异和一些阴差阳错的偶然因素。

应当看到，译名的引入，作为一个很偶然的学术事件，对后来中国法理学和法哲学学科的发展的影响却是不可低估的。比较公认的事实是：日本法学家穗积陈重在介译西方法哲学时独用“法理学”一词，是百年来有关名称之争的一个开端。

1881 年（明治 14 年），穗积陈重在东京帝国大学法学部（原开成学校）讲授“法论”时，认为当时流行于日本的“法哲学”（德文 *Rechtsphilosophie*）名称之“主观性”的形而上学气味太重，而提出“法理学”这个译名，并在日本历史上第一次开设法理学课程。^① 穗积氏青年时负笈英伦和德国留学，深谙英美和大陆法哲学传统之差异，又颇受流行的历史实证主义法学的影响，故他创造一个标新立异的名称来标识其课程的个性，也是一个非常矛盾的选择。

① 详见洪逊欣：《法理学》，台北 1998 年 11 月印行，第 4—5 页。

但问题是,以“法理学”来对译德文 *Rechtsphilosophie*,现在看来多少是有点不得要领的,而且一开始就隐藏着与“法哲学”混用的可能性。其在后来所造成的认识上的麻烦也逐渐显露出来。在德国,至少从黑格尔以降,*Rechtsphilosophie* (或者 *Philosophie des Rechts*^①)作为一个学科的传统已经形成。德国学者,无论是哲学家,还是职业法学家,大体上都承认:法哲学(*Rechtsphilosophie*)是哲学的一个部分,而不是法学的分支学科。^② 尽管哲学家的法哲学和法学家的法哲学(*Juristenphilosophie*)^③在体系建构、提出的具体问题和回答问题的方式上有些微不同,但他们大多数在对待法之原则问题和根本问题上“以哲学的方式”加以观照、讨论并予以答复的态度是一致的。^④

按照德国法哲学家们的解释,法哲学作为“正义的学说”(Die Lehre von der Gerechtigkeit),总是对“法应当是什么”或“正确法”(Richtiges Recht)^⑤的问题的讨论和追问。例如,为什么存

① 1821年版的黑格尔《法哲学原理》德文标题是 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*。在黑格尔之后,学者们的法哲学著作标题多用 *Rechtsphilosophie*,但也有不少学者用 *Philosophie des Rechts*。

② 例如,古斯塔夫·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878—1949)在《法哲学》第1章“事实与价值”中指出:“法哲学是哲学的一个部分。因此,首先指出法哲学的一般哲学前提条件,是绝对必要的。”(Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, K. F. Koehler Verlag Stuttgart, 1963, S. 91.) 相同的论述,也表现在阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann, 1923—2001)的著述中。参见 Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in A. Kaufmann und W. Hassemer (Hrsg.), *Einfuehrung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 3. Aufl. C. F. Mueller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg/Karlsruhe, 1981, S. 1. Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1997, S. 7.

③ “法学家的法哲学”(Juristenphilosophie),语见 Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, S. 13.

④ Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in A. Kaufmann und W. Hassemer (Hrsg.), a. a. O., S. 1-7.

⑤ “正确法”(Richtiges Recht)的概念,是前柏林大学法哲学教授鲁道夫·施塔姆勒(Rudolf Stammler, 1856—1938)提出的,参见 Rudolf Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902. 而其英译本译者 I. Husik 把德文 Richtiges Recht 译作“正义”(Justice),可参照意会。参见: *The Theory of Justice*, transl. by I. Husik (New York, 1925).

在者终究存在,而不存在者终究不存在?为什么我终究在此存在并且终究走向何处?为什么必须有法根本上(Ueberhaupt Recht)存在,而这种(正当的)法究竟是什么?为什么人必须受到惩罚?等等。这些问题大体上可以简化为两个最基本的问题:(1)什么是“正确法”(正义)?(2)我们如何才能认识并实现“正确法”?这两个问题共同构成法哲学的任务^①。一切法哲学家,无论他们使用的方法有什么不同,其观察的角度有什么差别,都不过是在寻找这两个基本问题的终极答案。

在德国哲学家看来,法哲学不能归属于法学,首先因为它不是一门法教义学(Rechtsdogmatik,一译“法律释义学”或“法律解释学”)。法教义学,又称“教义学法学”(dogmatische Rechtswissenschaft),是研究某一特定法律体系或子体系(法律语句命题系统)的实在法理论。或者说,它是一门“法律概念和法律制度的自成体系的基础学问”,一门以“科学”的趣味来构建的法律学问。^② 19世纪学说汇纂(又名“潘德克顿”)体系的理论大师温特沙伊德(Bernhard Windscheid)认为,法教义学有三项主要的任务:(1)法律概念的逻辑分析;(2)将此一分析综合成为一个体系;(3)将此一分析结果运用于司法判决的论证。^③ 按照这一解释,以教义学为特征的法学的研究活动只不过是:对有效法律的描述;串联法律之概念体系;提供建议以解决法律案件的问题。法教义学者从一些既定的前提出发进行概念的推演,但他们并不像法哲学家那样去审问这些前提的真实性和正当性。例如,他们不追问法为何物?在什么条件下可以获得法的认识?法教义学

^① Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, S. 9-10.

^② 详见舒国滢:《战后德国法哲学的发展路向》,载《比较法研究》1995年第4期,第353页。

^③ 引自 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Suhrkamp 1991, S. 308.

的讨论仅限于所谓“体制之内”(systemimmanent)或有效的法律体系之内。与此相反,法哲学的讨论不是限定在有效法的框架之内,而对待法律总是采取一种体制之外的立场(eine systemtranszendente Stellung)。^①

换句话说,法哲学的问题是要由哲学来回答的,而不是要由法学自身解答。正是在这个意义上,将本来很清楚的一个德文概念 *Rechtsphilosophie* 译作“法理学”,并当然地把它界定为“法学基础理论”,不仅没有带来穗积陈重所希望看到的避免“主观性”形而上学气味之结果,反而导致了学科定界上的许多无谓的争论。而将大陆法哲学(至少德国的法哲学)视为法学的一个学科,则更是有些把错了经脉。职是之故,在穗积陈重之后,深得德国法哲学之个中三昧的日本法学家又纷纷改换称谓,重拾“法哲学”一词,自然也是情理之中的事情了。

二、传统之分

倒是中国的法学家唯对“法理学”一词情有独钟,偏爱有加,接过穗积陈重的话头,一直讲了一个世纪。但稍做梳理便可发现,中国学者“接着讲”的,不过是穗积氏“法理学”之名称,其所承袭的并不是(或不完全是)德国、法国等大陆国家法哲学之知识传统(更确切地说,20世纪前50年讲英美法理学,后50年讲苏联“国家与法的理论”)。在此意义上,汉语“法理学”对译英语 *Jurisprudence* 一词,几成惯例。

Jurisprudence 作为一门独立的学科是由职业法学家来推动其

^① Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, S. 11-12.

形成的,一方面折射出 19 世纪的人文—社会精神处境的变化,另一方面也反映了法学家试图通过自己的努力,来完成法理学(实在法哲学)与普通哲学“分手”的雄心。^① 职业法学家们终于在 19 世纪抓住了伸展的契机,建立了法学家的法哲学,此即带有浓厚的实证主义学派色彩和理论背景的“法理学”。

众所周知,17 世纪以来,自然科学的发展和机器生产深深地改变了人类的社会结构,使人类对自己在关于自然环境方面的能力有了一种新的概念。针对思想、政治、经济中的传统体系,在哲学上和政治上出现了深沉的反抗,引起了对向来看成是颠扑不破的许多信念和制度的攻击。^② 故此,19 世纪,以法国的奥古斯特·孔德(A. Comte, 1798—1857)为代表的近代科学实证主义得以产生,而该思潮按照物理学的模式所倡导的“通过观察、比较、实验、分析和归类过程进行科学研究”的风气,对人文社会科学有着强大的冲击力。

在政治—法律研究领域,一个最重大的事件,就是流行千年之久的“自然法哲学”受到排斥,逐渐趋于衰落。代之而起的,是所谓“法律实证主义”(legal positivism),它强调要以后验的(a posteriori)方法取代先验的(a priori)方法,像物理学那样把法律当作一个物质的实体——实际的法(actual law)或实在法(positive law),用可以度量、权衡轻重和精确计算的方式来研究和分析。^③ 虽然英国的功利主义哲学家和法学家边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832)于 1782 年撰写的《法理学限定的界限》(The

① 德国法哲学家罗伊雷克(G. Roellecke)指出:为了从哲学中“解放”出来,法学家以自治的方式把法的哲学问题作为一种“法学家的法哲学”单独予以回答。[G. Roellecke(Hrsg.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, 1988.]

② 详见[英]罗素:《西方哲学史》(下卷),马元德译,商务印书馆 1982 年版,第 21 章。

③ See S. N. Dhyani, *Jurisprudence: a Study in Legal Theory*, New Delhi, 1985, pp. 44ff.

Limits of Jurisprudence Defined),最早表述了这一分析原则,但该书手稿直到1945年才被发现和出版。故此,至少在英美学界,真正对法理学学科的独立产生影响的,是1832年约翰·奥斯丁(John Austin, 1790—1859)的《法理学范围之限定》(The Province of Jurisprudence Determined)一书的出版。^① 奥斯丁在著作中强调:法理学只应研究“事实上是什么样的法律”(即“实在法”),而不是“应当是什么样的法律”(即理想法或“正义法”),力图将道德、功利、伦理和正义的模糊观念排除于法理学的领域以外,创立一个逻辑自足的法律概念体系。^② 基于此点,后世许多法学家称奥斯丁为“分析法理学之父”。也有人干脆把英美的法理学称为“奥斯丁法理学”。应当承认,正是奥斯丁著作的影响及其追随者们——如阿莫斯(Sheldon Amos, 1835—1886)、马克伯(Sir William Markby, 1829—1914)、霍兰德(Thomas Erskine Holland, 1835—1926)、萨尔蒙德(John William Salmond, 1862—1924)等人的努力和贡献,法理学最终作为一门独立的学科(理论知识体系、学问和大学的法学课程)而存在。

实证主义在德语国家法学上的影响,表现为所谓“一般法学”(Die Allgemeine Rechtslehre)的形成。在19世纪,这一法学倾向作为另一种法学家的法哲学,实际上是对康德之认识论批判的回应。其创立者为阿道夫·默克尔(Adolf Merkel, 1836—1896)。

① 奥斯丁的著作几乎与边沁1782年未出版的著作名称完全相同,二者到底有何联系,不得而知。

② 在《法理学范围之限定》的开篇中,奥斯丁即对“法律”的用语作了学理的界定。他指出:“适当的法律,或被适当地称谓的法律,都是命令;那些不是命令的法律,是不适当的法律,或不适当地被称谓的法律。适当地被称谓的法律,连同那些不适当地被称谓的法律,可以合适地分为下列四种:(1)神的法律,或上帝的法律:……(2)实在法:……(3)实在道德,或实在的道德规则;(4)隐喻的法律或比喻的法律。”(John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Vol. One, p. 79.)

该理论的重要代表人物有卡尔·宾丁(Karl Binding, 1841—1920)、爱恩斯特·鲁道夫·比尔林(Ernst Rudolph Bierling, 1845—1919)、卡尔·伯格博姆(Karl Bergbohm, 1849—1927)和菲尼克斯·佐姆洛(Felix Somlo, 1873—1920)等。在较为宽泛的意义上,一般法学也包括汉斯·凯尔森(Hans Kelsen, 1881—1973)的“纯粹法学”。^①

一般法学的核心内容是注重对法律概念(尤其是法的基本概念)的讨论。这些概念大体分为两类:一类是“与法律相关但并非本义的(uneigentliche)法律概念”,如出生、死亡、物、能力、挪动、致死、继承、婚约、伤害、意志(意思)、错误、占有、所有、真实、宣誓、建筑物、业主、市场行为、内部市场、邻居、纵火、物资匮乏、时间、空间、转移、卑鄙无耻、诚实信用,等等。另一类是法的基本概念和本义的(eigentliche)法律概念,如法、法律、法律规范、法律渊源、法律事实、法律关系、法律主体,等等。^②

上述概念同样是英美法理学著作讨论的主要内容。^③ 所以,如果可以类比的话,德国19世纪的“一般法学”实际上就等同于英美国家的法理学。它们均带有19—20世纪学术发展的时间印痕。的确,从本质上讲,它们都是一种“法哲学”,但它们又都是法学家们的法哲学,是一种“实在法哲学”(the philosophy of positive law)。应当说,这种法哲学与德国正统的法哲学是有一些区

① Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, S. 95.

② Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Kapitel 7.

③ 例如,奥斯丁著《法理学讲义》从第1卷第12讲讨论权利、人、物、事实(事件与行为)、义务、意思、意图、抑制、不作为、疏忽、制裁、伤害、有罪、苛责(性),等等。(See John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Vol. One, pp. 343-507.) 霍兰德在《法理学精要》中讨论的三部分内容也以法律的基本概念为主,如法律和权利、私法、公法、国际法。(See Sir Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13th ed., Oxford, 1924.)

别的^①，这里仅指出四点：（1）在学术传统上，德国正统的法哲学（为说明的方便，下文以 *Rechtsphilosophie* 代替）承接的是自古希腊以来一脉相传的西方哲学，更注重在体制之外来以哲学的方式解答法律的问题；而法理学（*Jurisprudence*）所承接的是以近代科学为背景的实证主义传统，它力图摆脱普通哲学的影响，故采取更为接近体制之内的立场讨论实在法的问题。（2）在学科归属上，*Rechtsphilosophie* 偏向哲学，*Jurisprudence* 偏向法学。故此，在知识分类中，*Jurisprudence* 很难与当代“法的理论”（*Rechtstheorie*, *legal theory* 或 *theory of law*）区别开来。而 *Rechtsphilosophie* 与 *Rechtstheorie* 的逐渐分离，是德国近 30 年来学科发展的一个趋势。^②（3）在研究方法上，*Rechtsphilosophie* 的进路侧重传统哲学的直观和思辩（*Spekulation*），*Jurisprudence* 倚重语言分析和逻辑论证。（4）在研究范围上，*Rechtsphilosophie* 偏重法的本体论之实质哲学问题（法的存在与效力，自然法，法的正当性，法与道

① 美国学者詹姆斯·E. 赫尔杰特（James E. Herget）在其所著的《当代德国法哲学》第 8 章关于“德国法哲学的评估”对德国法哲学和美国法理学的差别的勾勒，可以作为一种参照：

德国	美国
高度抽象的理论	抽象程度低
注重法律秩序	注重法律过程
理性诉求	理性怀疑
体系的必要	体系不重要
追求“结论”	追求好的（理由）论证
法院适用法律	法院创造法律
法律科学	法律技术，法律分析
学术（科学）的取向	实践取向
实施国家政策作为基本的法院职能	对案件作出裁决是基本的法院职能

（See James E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, The University of Pennsylvania Press, 1996, p. 120.）

② 详见颜厥安：《法与实践理性》，台北允晨文化实业股份有限公司 1998 年版，第 9 页及以下。

德等),而 *Jurisprudence* 偏重于法的本体论之形式哲学问题(法的概念、结构、逻辑等)。

三、未来之变

根据上文的分析,我们有理由对“法哲学”与“法理学”在不同语境中的使用作适当而必要的区分,至少在学理思考中,当我们笼统地说“法理学是法哲学”或“法哲学是法理学”时,我们应当明白正在谈论的是什么语境中的“法哲学”或“法理学”。在这里,法哲学与法理学名称本身并不是十分重要的,重要的是它们所代表的学术传统、使用的方法和研究的的问题。选择法哲学或法理学概念,事实上就是选择其中的某种学术传统和方法。

在中国,至少 20 世纪以来,普通哲学家对法哲学的问题不大关注,而受到法学训练的法哲学家则更多处于法学的立场并从法学的进路介入法哲学,这样他们更愿意接受从“体制之内”考察法律问题的法理学,而不是在厚重的普通哲学传统中,从体制外考察法律现象的法哲学。简括地说,中国的法理学大体上属于“法学家的法哲学”,偏向对实证法问题的研究,或至少是从实证法及其制度背景的规定性出发来选择理论的旨趣和方法的。

理论旨趣和方法的选择本身是无可非议的,但应当看到它所带来的影响却是不容忽视的。中国法理学对具有实证主义背景的法理学(在一定意义上,苏联的法学,尤其所谓“维辛斯基法