

“法哲学与法理论口袋书系列”译丛

雷磊 || 主编

法是什么？

法哲学的基本问题

[德] 诺伯特·霍斯特 / 著

(Norbert Hoerster)

雷磊◎译

WAS IST RECHT ?

Grundfragen Der Rechtsphilosophie

(原书第二版)



中国政法大学出版社

“法哲学与法理论口袋书系列”译丛

雷磊 || 主编

法是什么？

法哲学的基本问题

[德] 诺伯特·霍斯特 / 著

(*Norbert Hoerster*)

雷磊◎译

WAS IST RECHT ?

Grundfragen Der Rechtsphilosophie

(原书第二版)



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法是什么/（德）诺伯特·霍斯特著；雷磊译. —北京：中国政法大学出版社，2017.6
ISBN 978-7-5620-7562-2

I. ①法… II. ①诺… ②雷… III. ①法哲学 IV. ①D903

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第129116号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京华联印刷有限公司
开 本	850mm × 1168mm 1/32
印 张	8.5
字 数	150 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版
印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价	32.00 元

法是什么？

法哲学的基本问题

Was ist Recht?
Grundfragen der Rechtsphilosophie
by Norbert Hoerster

© Verlag C. H. Beck oHG, München 2013

版权登记号：图字 01-2017-3692 号

丛书总序

“法理学”(Jurisprudenz, jurisprudence)之名总是会令初学者望而生畏。因为无论是作为法的一般哲学理论的“法哲学”(Rechtsphilosophie, legal philosophy),抑或是作为法的一般法学理论的“法理论”(Rechtstheorie, legal theory),虽从地位上看属于法学的基础学科分支,但却往往需要有相当之具体专业知识的积累。在西方法律院校,通常只在高年级开设法哲学和/或法理论课程,法理学家

一般情况下也兼为某一部门法领域的专家。有关法的一般性理论研究的专著往往体系宏大、旁征博引，同时也文辞冗赘、晦涩艰深。同时，这些论著大多以具备相关专业知识之法学专业人士为假定受众，非有经年之功无法得窥其门径与奥妙。

中国的法学教育模式与西方相比有很大不同。由于历史和现实的原因，法理学被列为法学专业必修课程的第一门，在大学一年级第一学期开设。统编教材罗列法学基本概念和基本原理，只见概念不见问题、只见枯死的材料不见鲜活的意义，往往使得尚未接触任何部门法知识的新生望而却步，乃至望而生厌。尽管有的法学院亦在三年级开设了相关课程，且内容以讲授西方前沿理论为主，却又使得许多学生“不明觉厉”、畏葸不前。除去授课的因素之外，其中很大的一个原因在于，虽然目前大陆学术市场已有为数不少以法哲学和法理论为主题的专著和译著，其中也有不少属于开宗立派之作或某一传统中的扛鼎之作，但却缺乏适合本科生群体的微言大义式、通览或概述式的参考读物。有鉴于此，“法哲学与法理论口袋书

系列”译丛以法学初学者为受众，以推广法哲学和法理论的基本问题意识、理论进路和学术脉络为目标，拟从当代西方法哲学与法理论论著中选取篇幅简短的系列小书，裨使法理学更好地担当起“启蒙”和“反思”的双重功能。

德国哲人雅斯贝尔斯（Jaspers）尝言，哲学并不是给予，它只能唤醒。这套小书的主旨也并不在于灌输抽象教条、传授定见真理，而是希望在前人既有思考的基础上唤醒读者自身的问题意识、促发进一步的反省和共思。

雷 磊

2017年2月20日

目录
CONTENTS

丛书总序 · 001

《法是什么?》 导读 / 雷 磊 · 001

① 引 言 · 059

② 法的强制性 · 062

③ 授权性法律规范 · 073

④ 法秩序的基础 · 079

⑤ 规范及其应当 · 095

- 6 法律规范的实效、有效性和效力 · 111
- 7 所谓“法律实证主义” · 133
- 8 道德中立的法概念 · 152
- 9 对法的伦理要求 · 170
- 10 刑罚的证立 · 188
- 11 守法的理由 · 199
- 12 个案中的法律发现 · 203
- 13 总 结 · 221
- 14 附录：汉斯·凯尔森之“纯粹法学说”批判 · 223

参考文献 · 257

补充文献 · 261

《法是什么?》导读

雷 磊



一

正如英国著名法哲学家、21 世纪法律实证主义的代表人物哈特（H. L. A. Hart）在《法律的概念》一书中一开始所讲的那样，人类社会的问题极少像“法律是什么？”这个问题一样，持续不断地被问着，同时也由严肃的思想家以多元的、奇怪的，甚至是似是而非的方式提出解答。在学说史上，有大量哲学与法哲学文献花费鸿篇巨制在“法律是什么？”这个问题上，学者们相互攻击、争辩，迄今为止仍未达成统一的见解。形成鲜明对比的是，并没有大量的文献致力于回答“化学是什么？”、“医学是什么？”这样的问题。在这些学科领域中，一本初级教科书前几页的几行字，往往就能指出这些学科的学习者

对这些问题所有应该要思虑的东西。难怪哈特要将“法律是什么？”这个问题称为“恼人不休”的问题。

为什么给法下定义十分重要？为什么给法下定义又如此困难？我们都知道，概念或者定义（用语言表达出某个概念）的基本功能在于区分，正因为我们需要区分出在我们看来性质十分不同的对象或客体，所以我们才需要有大量的概念。就好比我们起名字一样，你叫“张三”，他叫“李四”，正因为有了这些名字，我们才能将张三和李四这两个人分开来。概念不清、定义不明会造成我们认知的混淆，从而给我们的生活带来不便。“法”这一概念也是如此，它的基本功能就是将法律这一事物与其他事物，尤其是与看上去相似的事物（如道德、命令等）区分开来（假如存在区分的话）。但相比而言，给“法”下定义要比给其他事物下定义更为重要。这可以从两方面来说明：

一方面，“法”是属于人文社会科学的概念，与自然科学的概念相比，具有明显的利益关涉性。一般而言，自然科学领域的定义不会直接引起有关人们的行为及其利益的变化。例如“物理”和“化学”的概念就是如此。高中时代我们都学过这两门学科，都明白物理是研究物体运动规律的学科，而化学是研究物质组成成分和结构的学科。但物理和化学所

研究的对象和这两门学科所使用的称呼并无内在关联。我们可以将研究物体运动规律的学科称为“化学”，也可以将研究物质组成成分和结构的学科称为“物理”，这并不会对从事相关研究的人带来影响，他们该研究什么还是研究什么——除了由于改变既有的称呼带来主观感受上的不适之外。这是因为自然科学的概念往往是人类约定俗成的产物，其起源也大多带有偶然性，与它们有关的人类活动主要涉及外在的自然现象和对象（外部指向型），它们并不会对人类的行为及其利益产生直接的影响。与此相反，人文社会科学领域的定义会引起人们不同的行为后果及其利益变化，比如“行为艺术”的概念。艺术是人类珍重的价值，行为艺术作为艺术的一种形式，自然要求分享这种价值。某个行为能不能算作行为艺术，意味着它能不能得到艺术这种价值的保护、应不应该受到尊重。比如去过西欧的朋友会发现，在西欧国家的街头经常会遇见这样的情形：远远望去街头静立着一个浑身涂满金粉或银粉的“塑像”，但走近了他突然会动起来，会向你眨眼睛。而在这其中，有的人裸露着或半裸露着身体，这样的行为属不属于“行为艺术”？如果我们认为这属于行为艺术，就意味着他们的行为应得到尊重、甚至赞赏；如果不属于，他们的行为就无法得到这种评

价，甚至可能会因为得到负面的评价——伤风败俗！——而被人鄙夷、驱赶。因此，与人文社会科学概念相关的活动主要涉及的是个人的内在倾向或者人们内部的关系（内部指向型），它们具有明确的利益关涉性。

另一方面，“法”属于独特的人文社会科学的概念，对于人们的行为及其利益的影响要比其他社会准则来得更为重大。人文社会科学的概念都会在一定程度上影响人们的利益。在社会领域，除了法，其他社会规范（如宗教、道德、习惯等）同样能对行为产生约束与限制。但它们与法律相比，其对于行为及利益的影响是不同的，区别何在？举两个例子。我国 1979 年的旧刑法中规定了一个口袋罪“投机倒把罪”。后来我们都认为十分平常、甚至体现出经商天赋的许多行为，如利用两地的信息不对称和交通不畅低价买进、高价卖出的行为，都可以被归为这个罪名，因而受到刑事制裁。但在实行市场经济之后，1997 年的新刑法取消了这个罪名，这就意味着先前可被归于其下的那些行为现在成了正常的市场行为，最多可能会被人骂一句“缺德”、“挣黑心钱”，但在法律上不仅不再会受到制裁，反而可能要受到保护了。再比如，政教分离国家与政教合一国家对违反宗教教义行为的处理方式是不同的。在

政教分离的国家，对于教徒违反宗教教义的行为自有教规和宗教纪律的处分（如“绝罚”），而国家却不能对教徒进行法律上的惩处。而在政教合一的国家，宗教典籍（如《古兰经》）本身就是拥有最高效力的律法，对违法宗教教义的行为可以采取法律的制裁手段（如偷东西要被砍手）。所以，如何给法下定义，在一定程度上就等同于如何划定法与宗教、道德、习惯等其他社会准则之间的界限。而之所以要划定界限，是因为法与这些社会准则给人们带来的利益影响是不同的：法律在框定人们行为准则之范围的同时，在此范围内附加上了公共的强制制裁，因而涉及人们的重大利益。这种影响的重大性表现于，法律轻则可以没收个人的财产，重则可以剥夺人们的生命。而在政教分离的现代国家中，其他社会准则一般不会给人们带来如此重大的影响。

这同时也是为什么给法下定义如此困难的内在根源。正因为法的概念涉及人们利益乃至重大利益，会严重影响到人们的行为方式，所以大家对于它的内涵和外延要取得一致见解十分困难。

二

在当代法哲学圈内，对于法概念问题最著名的

研究无疑就是上面提到的哈特的《法律的概念》。哈特本人属于法律实证主义（Legal positivism）的阵营，也被认为是继约翰·奥斯丁（John Austin）之后英美式传统中实证主义最有力的捍卫者和发展者。他与美国法学家朗·富勒（Lon Fuller）和其弟子罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）之间旷日持久的争论几乎构成了当代英美法哲学的主线。而如今活跃在国际一线的著名法哲学家，有很大一部分都是哈特的弟子或再传弟子，如菲尼斯（Finnis）、拉兹（Raz）、科尔曼（Coleman）等等。但也正因为如此，当我们一谈及当代西方法哲学，尤其是法律实证主义时，首先想到的就是、也仅仅是哈特及其弟子们。反过来说，对于欧陆，尤其是德国的法哲学则会在潜意识里抱持这样的“印象”：首先，德国的法哲学似乎就是哲学家的法哲学，以18、19世纪的康德（Kant）和黑格尔（Hegel）为顶峰，今天的德国法哲学要么死了，要么衰落了。其次，德国法哲学家似乎一个个都是非法律实证主义者或者说自然法学者，他们抱着哲学上的深奥教条不放，又经过对纳粹不法统治的反思，都是相信存在“制定法的不法”的门徒，尤以拉德布鲁赫（Radbruch）为代表。最后，德语圈唯一的例外或许是奥地利人汉斯·凯尔森（Hans Kelsen），他的“纯粹法学说”（Reine Rechtslehre）

举世瞩目、也非议颇多。由于他的后半生在美国度过，所以成为勾连起两大学圈的桥梁。如果说他的早期理论完全以独特的新康德主义哲学为基础，那么晚期理论则受到了英美经验主义的影响。全部情况就是如此了，真的如此么？

当然不是。事实上，当代德国法哲学的发展要比上述刻板的印象丰富得多。只是囿于语言 and 关注度的原因，国内学界对于当代德国法哲学的面貌不甚了了〔哈贝马斯（Habermas）的商谈理论和卢曼（Luhmann）的系统论是个例外，当然严格说来后者属于社会理论〕。就拿法概念论的立场而言，尽管可以说大部分德国法哲学家的确属于非法律实证主义的阵营，但也并非全然如此。比如曾任明斯特大学法哲学教授的维纳·格拉维茨（Werner Krawietz），以及本书的作者、美因茨大学法哲学与社会哲学教席荣休教授诺伯特·霍斯特（Norbert Hoerster）就是德国法律实证主义阵营中的佼佼者。

诺伯特·霍斯特于1937年出生于林根（Lingen），青年时代在不同德国高校和国外大学求学，学习法学与哲学。1960年在哈姆州高等法院通过第一次国家考试，1963年在密歇根大学结束哲学专业的学习，获得文科硕士（Master of Arts）学位。1964年于明斯特大学获得法学博士学位，1967年在

波鸿鲁尔大学获得哲学博士学位。1967年至1968年，霍斯特在密歇根大学担任讲师，并曾于牛津大学访学。在1972年于慕尼黑大学通过教授资格答辩后，他于1974年获得了美因茨大学法哲学与社会哲学教席，此后一直任教至1998年。霍斯特主要关注的领域为法哲学、伦理学与宗教哲学。他在这三个领域著述甚丰，尤其是在退休后笔耕不辍，主要作品包括：《论〈德国国际诉讼法〉对于外国法上通奸之婚姻障碍的不尊重：兼论外国刑法的不可适用》（1964年，法学博士学位论文），《可普遍化论据》（1967年，哲学博士学位论文），《功利主义伦理学与可普遍化》（1971年），《法与道德：法哲学读本》（1986年，编著），《世俗国家中的堕胎问题》（1991年），《新生儿与生命权》（1995年），《世俗国家中的安乐死问题》（1998年），《胚胎保护的伦理：法哲学研究》（2002年），《伦理学与利益》（2003年），《动物有尊严吗？——动物伦理学的基本问题》（2004年），《法是什么？——法哲学的基本问题》（2006年），《上帝问题》（2007年），《道德是什么？——哲学导论》（2008年），《我们能知道什么？——哲学基本问题》（2010年），《必须要有刑罚吗？——哲学的立场》（2012年），《什么是公正的社会？——哲学基础》（2013年），《胚胎值得保护吗？——论堕