

法律哲学： 一种现实主义的理论

LA PHILOSOPHIE DU DROIT:
UNE THEORIE REALISTE

Michel Troper



中国政法大学出版社



法律哲学：



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法律哲学: 一种现实主义的理论 / 米歇尔·托贝著, 张平、崔文倩译. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5620-4062-0

I. 法… II. ①米… ②张… ③崔… III. 法哲学-研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第212741号

- 书 名 法律哲学: 一种现实主义的理论
FALU ZHIXUE YIZHONG XIANSHI ZHUYI DE LILUN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 6.5印张 155千字
- 版 本 2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4062-0/D·4022
- 定 价 18.00元
- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

中文版序言

能够将我的作品展示给中国的读者，是我莫大的荣幸，我也备感自豪。法律哲学——抑或美其名曰“法律的一般理论”——在当今是一门全球性的学科。自从半个世纪以来，它经历了深刻的变革。毫无疑问，欧洲的法哲学和中国的法哲学之间的交流（但愿交流会增多且紧密）将会带来新的发展，我希望我的文章能够对此有所助益。

本书中的研究分属于两个类型，但是我希望它们依然能够体现为一个整体。其中一些，就是我们实际上在第二部分中将看到的，是对法律哲学的几个重大问题进行的分析。这些问题更多地是在回应专业人士，且它们部分地受到了法律现实主义新视角之启发。

相反地，第一部分是《法律哲学》，它在法国以一本袖珍书的形式出版，以简述的形式，面向大学生和文化人士去展示这个学科。因而，它做到了尽可能的简单和清晰。因而，我们可以期待在这本书中找到对众多法学流派所做的客观且完整的梳理，这些流派已经并且仍将横贯拥有二千五百多年历史的西方法律哲学。

当然，在这样一本小篇幅的书里，不可能对法律哲学做一个大百科全书式的展示，除非我们冒着曲解这些论题的极大风险，因此必须放弃面面俱到。我当时决定（现在也一样）仅仅去触及那些在我看来最重要的问题，并且是从现实主义的视角，

这个视角贯穿在第二部分的研究之中。因此，我们将在整本书中看到从同一个视角去研究法律哲学、法律科学和法律现象。这个视角可以从几个方面来定义：

第一个方面就是依据自然科学的模型去建立法律科学的意志。这个意志是现实主义理论与另一个实证主义的重要分支——凯尔森的规范主义——的相同点。该意志预设了科学及其对象之间——也即法律科学与法律之间——的根本区别。

第二个方面就是实证主义自身的观点，即必须描述法律“是什么”，而非法律“应该是什么”。并且，只有当法律科学被建构为一门实证科学时，我们才能实现这个目标。这就意味着，我们将这门科学的对象——法律——设想成一个实证的对象，而不是一个“应该是”。这就是说，不是理想实体的集合，而是事实的集合。法律规范因而不得被理解成客观性义务的体系，而是人类意志的表达，法律自身赋予这些意志以拘束力。

第三个方面的观点源自于上一个观点。该观点认为，由于法律是事实的集合，所以它遵循因果律，且它可以与其他事实——尤其是社会事实——结合起来研究。法律科学因而可以受益于跨学科的研究。

不过，这个法律科学具有一个特殊之处：法律规范不仅仅与社会事实存在因果关系，而且与其他规范存在因果关系。这就是为什么法律规范可以借助于决策者身上所存在的约束（*contraintes qui pèsent sur les décideurs*）来解释。这些约束源自于对法律体系内的所有其他规范的考虑（*résultent de la prise en compte de l'ensemble des autres normes du système*）。

这个法律科学明显地区别于传统的科学，甚至与凯尔森所做的也不同。传统的科学检查规范的内容与实际的行为，其目的是确定它们是否有效，或者描述它们。但是，传统的科学只

能以两种方式去解释它们：要么看成是对高位阶规范所设立的义务的服从，要么看成是符合道德或意识形态。因而，最终总是依赖于对法律规范或者超法律规范的符合（la conformité à une norme juridique ou extra-juridique）。

在这里，我们试图不去借助于行为人服从某义务的意志去解释该行为，而是借助于行为入由于特定时期法律体系的状态所面临的必然性（par la nécessité dans laquelle ils se trouvent en raison de la situation du système à un moment donné）。行为人在多个可能的行为中做出选择，因为他们是被强制去选择的。

除了这门法律科学对行为或者规范之内容所可以且必须从事的具体研究外，这门科学将成为一门法律的一般理论（une théorie générale du droit）。它本身不仅区别于传统的法律科学，而且区别于人们自从20世纪以来所设想的法律的一般理论（la théorie générale du droit）。

传统的法律哲学声称研究法律的性质。它所得出的论题除了涉及法律与正义及道德的关系外，还涉及意志的创制权力以及效力。这些论题的得出，不是基于对大量具体的法律体系的观察，而是借助于抽象的推理。

20世纪法律一般理论的发展受到了实证主义认识论（l'épistémologie positiviste）的影响。它标志着与传统法律哲学的双重决裂：一方面，它拒绝形而上学（不可确定的论题之集合），既避免处理本质问题又避免做出道德或者政治判断；另一方面，它主张采取概括的方式，通过对具体的法律体系进行观察，从而得以描述所有法律中——不管任何国家、时代以及主流意识形态——共同的东西。

然而，这种方式极大地缩小了理论的领域，因为它只限于所有法律体系中共同的东西——结构，也就是说规范的等级结

构。然而，实质部分*则取决于很多变量。实际上，由于意识形态、政治力量对比以及历史因素的差异，有些在某个国家被准许的行为在另一个国家就可能被禁止，很可能在第三个国家又成为义务性的规范。同样，法律一般理论在实质问题（les questions de fond）上保持沉默。

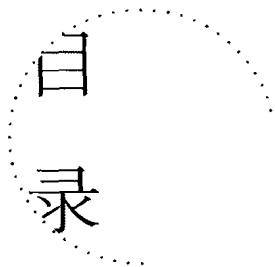
不过，数年以来，曾经只关注形式问题的法律理论，越来越对实质问题感兴趣了，比如无序（pêle-mêle）、国家、权力、主权、宗教、家庭、经济……这是因为我们在创制不同的规则时所运用的概念在本质上是相同的。比如，某个准许离婚的法律体系和另一个禁止离婚的法律体系运用了相同的离婚概念。因而，法律理论可能是一般的，它研究我们在确定法律本质时所运用的概念。

正是这个演化（évolution）才是法律现实主义理论所要努力地去研究的，它通过澄清那些——决定行为人去制定和运用概念、然后去采取一些实质性的——体系之外的限制（des contraintes extra-systémiques）。如此理解的法律理论则以参与社会科学的一般演进为目标，从而同时成为实践工具和解释手段（servir à la fois de clé d'explication et d'instrument pratique）。

米歇尔·托贝

2011年7月28日于巴黎

* 译者注：这里是指相对于前面的形式结构问题而言。



中文版序言 I

卷一 法律哲学

导 论 /3

第一章 法律哲学是什么? /8

一、法律哲学与法律的一般理论 8
二、哲学家的法律哲学与法律人的法律哲学 10
三、自然法与法律实证主义 13
四、学科现状 20

第二章 法律科学 /23

一、法律与法律科学的区分 24
二、法律科学的对象与法律的定义 38
三、法律科学的功能 48

第三章 法律的结构 /57

一、法律规范 57
二、规范的等级结构 65

三、法律的创制	71
第四章 法律推理 /83	
一、解释	83
二、逻辑	94
参考文献 /104	

卷二 一种现实主义的法学理论

第一章 汉斯·凯尔森与判例 /111	
一、凯尔森的论题：法官创制一般规范的 有限权力	114
二、批判性评论	121
第二章 凯尔森、解释理论与法律秩序的结构 /128	
第三章 司法职能还是司法权？ /140	
一、法律规范的确定：一个政治活动	142
二、约束之网：不存在司法权力	148
第四章 国家的社会学理论与法律理论 /153	
一、国家的社会学与法学理论的对立	155
二、互补性：法律分析与政治分析	162
第五章 一种现实主义的解释理论 /170	
一、意志的功能	172
二、解释的对象	177
三、解释者的权力	183
译后记 /194	



卷一

法律哲学

导 论

人们生活在法律（droit）的帝国里：出生的时候，必须宣告出生；他所取的名字要符合一些规则；按照其他的规则，必须送他去学校里上学。当我们买一件哪怕极小的玩意或者在乘公交车的时候，合同发挥着作用。依照法律，我们结婚，我们工作，我们看病就医……虽然我们意识到了法律的无所不在，虽然我们有能力去运用和制定规则，我们却很难去定义它。

但是，为什么必须定义法律呢？对法律定义的研究，如同研究其他现象一样，是对法律性质或者本质的思考。而且，这项工作也是法律人不可或缺的作业。我们通常会发现，物理学家们不会热衷于定义物理，化学家们也不会，而法律人（juristes）却不能忽略了法律的定义。^{*} 这首先和下列现象有关：在我们发现（identifiée）某条规则为法律规则之前，我们不能运用它。

盗贼发布的命令和税务官发布的命令，两者区别何在？两者都命令我们给他们交钱，并且在这两种情形下，拒绝交钱都会让我们面临不好的结果。然而，我们会说我们是被强迫（obligés）和被强制（contraints）去服从盗贼的，而我们有义务（avons l'obligation d'obéir）去遵守税务官的命令。换句话说，根

^{*} 译者注：juristes 一词在法语中的意思是“从事法律研究、法律职业活动的人，也包括在校的法学院学生”。为了简便，本书也考虑了具体语境，译者将其翻译为“法律人”。

据某个关于法律的定义，我们把服从税务官的义务识别为法律性质。这个定义丝毫不具有哲学性质。是法律本身确定了什么是法律的标准，确定了什么是对法律的违反，比如说盗贼的命令。所以，对于我们的大部分实践需求而言，只要认识这些包含在规则中的标准就足够了。

然而，以上这样的认识并不足以让我们了解法律的性质。我们既不知道为什么这些标准被采用，也不知道这些规则是否真的具有拘束力（obligatoire）。如果是的话，为什么它们是具有拘束力的呢？是因为他们是公正的，还是因为他们出自政治权力机关（pouvoir politique），或者因为它们被违反的时候会被施加制裁呢？

怎样知道那些定义什么是具有法律性质的规则本身是法律性的呢？也即，如何知道它们是法律还是其他东西呢？这个问题本身不具有法律性质，而具哲学性质。法律人并不会由于其职业的缘故而找到一点答案的影子。这个问题当然不仅仅是法律哲学所感兴趣的，其他的学科也如此。比如道德哲学——如果它承认遵守法律是件好事的话——历史学或者人类学，当它们在追问一个特定社会是否存在某个法律制度的时候。

但是，即使它不具有法律性质，有时候这个问题也对法律本身产生影响。这个观点我们可以借助一个例子来揭示，它源于一个真实的案例，这个案例给人以与安提戈涅神话（mythe d'Antigone）* 相反的印象。在纳粹德国，根据一项法律（loi），

* 译者注：安提戈涅“是公元前442年古希腊悲剧作家索福克勒斯的一部作品，被公认为戏剧史上最伟大的作品之一。该剧在剧情上是忒拜三部曲中的最后一部，但是最早写就的。剧中描写了俄狄浦斯的女儿安提戈涅不顾国王克瑞翁的禁令，将自己的兄长、反叛城邦的波吕尼刻斯安葬，而被处死，而一意孤行的国王也遭致妻离子散的命运”。在法学层面上，对此剧作的解读很多。有人认为这个神话彰显了自然法的永恒和伟大。

敌视政权的言论被认为是犯罪。所有听到这些言论的人，包括亲属，都有义务去揭发。战争结束后，一名妇女被起诉，因为她曾揭发她丈夫，导致她丈夫因此而被逮捕、判死刑，进而被处决。她是否应该受到惩罚呢？

答案仅仅取决于法律的定义。正是在这个语境下，法庭对事实提出了问题。首先我们可以认为，不管举报者当时的动机为何，假设它与忠于政权无关，也与遵守法律的意志无关，而仅仅与仇恨有关，不管我们对她进行何种道德评价，她当时所做的仅仅是为了遵守那个时代的现行法（*droit en vigueur*）而已。她当然应该脱罪。

但是，我们也可以支持下列观点：纳粹的法律实在令人发指，也就是说它如此地与基本的道德原则相违背，以至于它根本配不上法律这个名字，它完全就不是一项法律；从而，举报者就没有任何义务去遵守它，相反，她有义务去违背它。如果纳粹的法律不是一项法律的话，那它当时就不能替代先前存在的、惩罚滥用举报的法律。这名妇女就因此必须被惩罚。

因此，法官将根据他自身对法律性质的定义，或者是某种或者是另一种，去做出判决。他可以把所有那些由政治权力机关制定的规则称为法律，或者仅仅是那些不违反正义准则的才可称为法律。第一种定义将让他做出无罪判决；第二种定义将让他做出有罪判决。然而，法律的定义在现行法中找不到答案，而取决于哲学观的选择。

法律人在工作中所依赖的不仅仅是法律的定义，同样也依赖于规则在表述时所运用的基本概念。规则的内容实际上表达了规则制定者的政治和道德偏好。一项禁止（或者批准）狩猎、流产或自杀的法律反映了对动物、生命与自我自由处分的信仰。这些概念不立即具有法律的性质，因为动物、生命与自杀可能

被法律所规制，但它们的存在是独立于法律的。有些学者因此承认道：在法律之上，存在着自然法。它为人类理性所认识，包含了规制以上诸问题的正义原则。自然法是某种法律哲学的对象，该法律哲学谈论了家庭或者流产。此外，这个法律哲学还有规范性的一面，它向立法者们建议制定符合它所认为已经发现的正义原则的规则。

但是，当这些概念涉及那些仅仅在法律中存在且通过法律而存在（n'ont d'existence que dans et par le droit）的制度时，即使是那些不承认自然法存在的人也不可回避对立法者们所运用的概念的反思。它们有些涉及法律的形式，如宪法、合同；另一些涉及实体，如婚姻、财产。合同和财产的规则因国家不同而大相径庭，但是它们永远存在。它们包含了对合同性质或者财产性质的观点，这些观点是法律人必须了解的，从而才能够运用规则。

断言某法律规则存在，预设着对法、法的结构、法律概念的一般性定义，但也预设一种关于科学的观念，它有助于实现对该规则及人们对其所运用的论证效力的认识。这些预设，要么通常不被人所意识到，要么仅仅结合了某国家的法律知识和实践，要么还没有被人们整理出来。同样，某种法律哲学必然存在着，只不过它是隐晦和自生的。

我们从非常宽泛的意义上来探讨法律哲学，从而对法律的定义、它与正义的关系、法律科学、法律体系的结构以及法律推理，进行一个系统性反思。它可以通过很多方式呈现出来，那些标题名为《法律哲学》的著作无非都是不约而同地就法律展示了一个非常一般性的观点。有些展示了学说，其他的则触及具体问题。第一种进路的优点在于清晰地展示了对所有问题进行思考时的一致性，其缺点就在于遮蔽了对同一个问题存在

的观点的多元性。第二种进路的优点和缺点则反之。然而，本书的主要目的在于揭示关于法律的哲学讨论是如何展开的。这里采取的是第二种进路。当然，它不能完全处理所有的问题，因为根本不存在要处理的问题清单。我们将满足于对比较重要的几个问题进行一个大致的概览。它们涉及下列问题：法律哲学的定义及其对象、法律科学、法律体系的结构以及法律推理。

第一章 法律哲学是什么？

“法律哲学”这一表达的使用自从 19 世纪初以来得到了扩大，尤其是在黑格尔（1821）的《法哲学原理》出版之后。但是，对法律的反思与法律本身一样悠久。今天，以这个标题为名的书籍可谓五花八门，不仅仅有关于学说性观点的，而且有关于具体内容的。但是，既不存在涉及法律定义的，也没有涉及法律哲学定义的，更没有涉及法律哲学究竟是属于哲学的分支还是法律科学一部分的观点，也没有涉及它所必须回答的问题清单的，也没有涉及它的功能的，甚至没有涉及“法律哲学”这个表达的。有些人喜欢用“法律的一般理论”或者英文的表达“一般法理学”（*generale jurisprudence*）去代替它。这些术语上的差别部分地反映了理论上或者认识论上的其他对立，在法律人的法律哲学和哲学家的法律哲学之间，以及在自然法学和实证主义法学之间。在对这门学科的现状做研究之前，必须先分析以上问题。

一、法律哲学与法律的一般理论

“法律的一般理论”这一表达出现在 19 世纪末，受到了实证主义和经验主义（*empirisme*）的影响，并与当时所实践的法律哲学势不两立（*en réaction contre*）。法律的一般理论的支持者们批评经典法律哲学“纯粹的思辨性”这一特征。经典法律哲学所触及的问题是“法律是什么”以及“存在关于公正的标准