

法学研究生精读书系



Rechtsphilosophie
法律哲学

[德] 考夫曼 著

刘幸义 等译

 法律出版社
LAW PRESS

法学研究生精读书系

Rechtsphilosophie
法律哲学

[德] 考夫曼 著

刘幸义 等译

 法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律哲学/(德)考夫曼著;刘幸义等译.—北京:法律出版社,2003.8
(法学研究生精读书系)
ISBN 7-5036-4482-6

I.法… II.①考…②刘… III.法哲学—研究生—教材 IV.D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第072834号

RECHTSPHILOSOPHIE by Arthur Kaufmann, 2nd edition

©Verlag C. H. Beck, Munchen 1997

Complex Chinese rights© 2000 by Wunan Book Inc. Taipei

Simplified Chinese rights© 2004 by Law Press·China, Beijing

《法律哲学》(第2版),考夫曼著,德国贝克出版公司1997年出版,并授予法律出版社专有中文简体翻译版权。该中文简体翻译版本根据台湾五南图书出版股份有限公司的中文繁体翻译版本出版。版权所有,侵权必究。

著作权合同登记号 图字:01-2004-0454

责任编辑/丁小宣 董彦斌

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/17 字数/430千

版本/2004年6月第1版

印次/2004年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

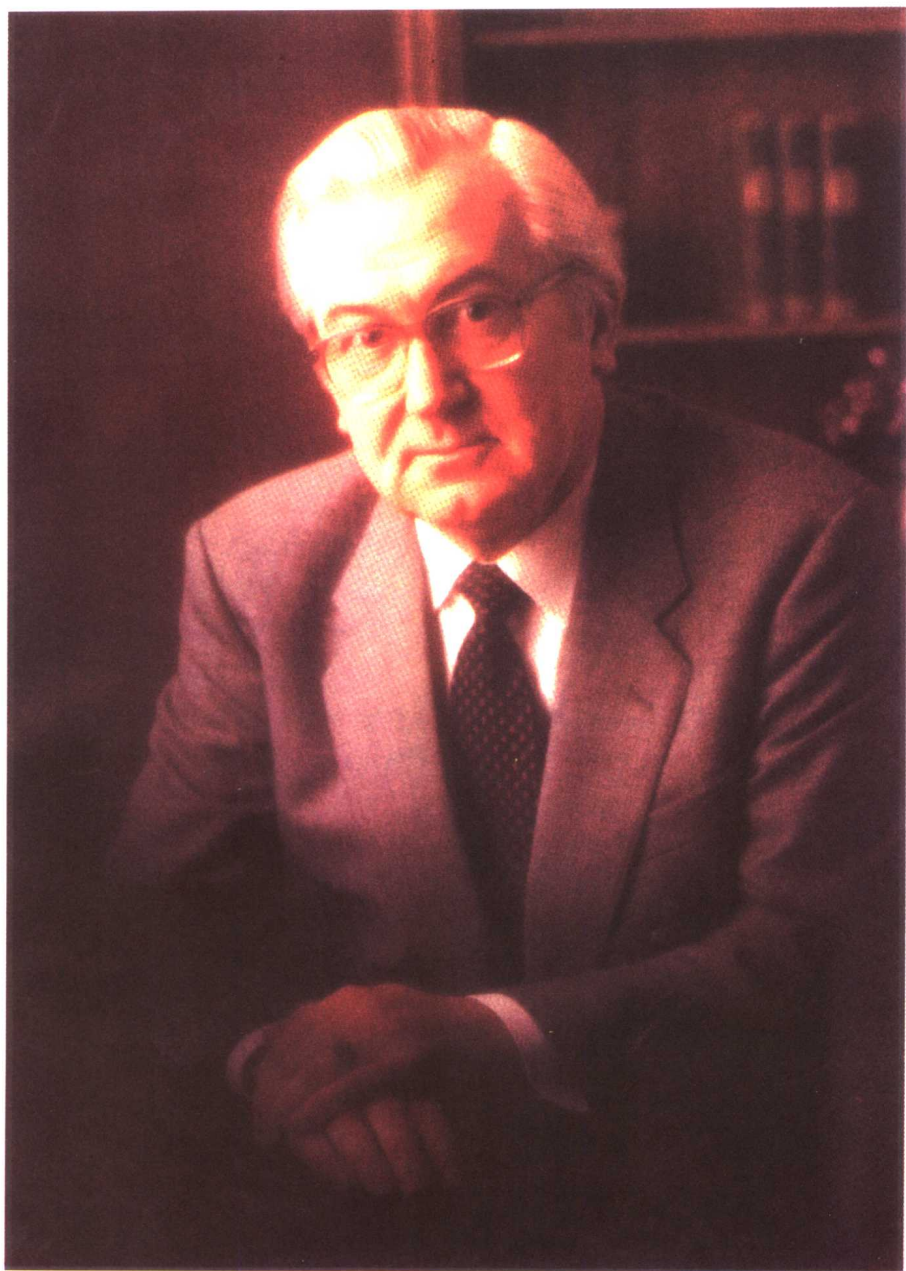
中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4482-6/D·4200

定价:34.00元



考夫曼教授 (Arthur Kaufmann)

考夫曼生平与著述

简历:

- 1923年5月23日生于德国南部兴恩
- 1933—1941 在家乡读书并于1933年起就读于美茵兹古语人文中学
- 1941—1945 服战争兵役
- 1945—1949 海德堡大学学习法律
- 1948— 第一次国家考试,海德堡(州第一名)
- 1949— 于拉德布鲁赫门下攻读博士,全优
- 1950— 盟军德国高级委员会联合区法院刑事辩护人
- 1951— 第二次国家考试,斯图加特(州第一名)
- 1952—1959 卡尔斯鲁厄地方法院法官
- 1953—1960 兼任海德堡大学法学导论和刑事诉讼法课程主讲人
- 1957—1960 作为司法部顾问委派于海德堡大学,任学院助理,学习哲学
- 1960— 刑法、刑事诉讼法和法哲学教授资格论文,海德堡大学
- 1960—1969 萨尔州大学正教授,法哲学和社会哲学研究所所长
- 1964—1969 先后受明斯特、基尔和法兰克福大学聘请,未应聘
- 1969— 慕尼黑大学正教授,法哲学与法律信息研究所所长
- 1971—1973 先后任慕尼黑大学法学院副院长、院长
- 1980— 拜因科学院终身会员,哲学—历史类
- 1989.4.1 退休教授
- 2000.1 被授予联邦一级十字勋章
- 2001.4.11 在德国宾丁寓所逝世,享年75岁。

名誉博士:

日本东京大学、希腊雅典大学名誉法学博士;波兰卢布林大学名誉神学博士;澳大利亚悉尼大学名誉哲学博士。

名誉职务:

国际法哲学和社会哲学协会名誉主席(同时兼任:国际法哲学和社会哲学协会德国分会名誉主席、国际法哲学和社会哲学协会拜因支部主席)

文章著述:

文章著述约650部,主要涉及法哲学和刑法学领域,其中部分已经被译成英文(美国、澳大利亚、印度和加拿大)、法文、意大利文、希腊文、荷兰文、西班牙文、保加利亚文、土耳其文、乌克兰文、匈牙利文、中文、日文及朝鲜文。

译者一览表

姓名	现职	翻译章次
刘幸义	台北大学教授 Prof. Dr. LIU, Shing- I	01, 11, 13, 15
林三钦	东吴大学副教授 Associate-Prof. Dr. LIN, San-Chin	02, 19
蔡震荣	中央警察大学教授 Prof. Dr. TSAY, Jenn-Rong	03
李震山	中正大学教授 Prof. Dr. LI, Chen-Shan	04
吴从周	法官、世新大学讲师 Richter WU, Zong-Zhou	05, 06
郑善印	中央警察大学教授 Prof. JENG, Shann-Yinn	07
陈惠馨	政治大学教授 Fr. Prof. Dr. CHEN, Hwei-Syin	08
杨芳贤	政治大学助理教授 Associate-Prof. Dr. YANG, Fang-Hsien	09
陈慈阳	台北大学教授 Prof. Dr. CHEN, Tsi-Yang	10
熊爱卿	交通大学助理教授 Fr. SHYONG, Ann A. C.	12
郭丽珍	成功大学副教授 Fr. Associate-Prof. Dr. KUO, Li-Jen	14
秦季芳	玄奘人文社会学院讲师 Fr. Dozent QIN, Ji-Fang	16
陈妙芬	台湾大学助理教授 Fr. Assistant-Prof. Dr. CHEN, Miao-Fen	17
刘初枝	辅仁大学教授 Fr. Prof. Dr. LIU, Chu-Chi	18
李建良	中研院中山人文社科所副研究员 Associate-Prof. Dr. LEE, Chien-Liang	20

出版说明

无论我们是欣喜,还是不满意,或是不满足,我们都已看到,从广度到深度,中国的法律教育事业正在进步。

法律教育的进步,自然也包含着法学教材的进步。但是,作为法律教育的知识载体,法学教材的理想目标应该是超越而不是同步甚或落后于法律教育的进步。就此而言,当前的法学教材出版事业的确任重道远,它既需要形式的改进,更需要理论的提升——其中包括需要一大部分具备相当理论水准的教材。无论使用法学教材欲培养的是“法律职业人”,还是“法律学术人”,都需如此。

法律出版社把服务于中国法律教育事业的发展引为己任。本着提高中国法律学生的理论素养的目的,我们推出这套阐发和探讨学理的高阶教材系列丛书。本丛书收入海外著名教材和优秀新著,也包括本社组稿推出的首版作品。不论作品是否严格采取了教科书的形式,只要它全面翔实地讲授知识,而非汲汲于某一个具体问题作专门讨论;只要它主要关注于知识的传承,而非完全偏重于学术上的创新,都可收入到丛书中来。由此出发,本丛书的特点是将全面传授知识、深入阐发理论、真诚中立地抒发己见和顺畅便捷地实现作者与读者的交流结合起来,不为片面,不为浮泛,不为平庸,不为晦涩。它是研究生阶段学习的得力参考书,我们也愿把它献给所有爱知爱智的法律读书人。

我们期待,本系列丛书能如潺湲流水,汇入法治和正义事业的大水滚滚、江河滔滔。

法律出版社
2004年6月

译 序

就法学著作文献整体观察,与民法、刑法或行政法等领域相比较,法理学、法律哲学专书的量相当少。在翻译方面,几十年来绝大多数法律译著来自英文著作。虽然台湾地区的法律深受德国影响,直接由德文法律著作翻译的书籍并不多见,法律哲学方面更是绝无仅有。

本书特别值得翻译的理由,书与人二方面都有。原文作者 *Arthur Kaufmann* 教授(出生于 1923 年)研究法律哲学、刑法有五十多年之久,其研究题材及影响力遍及世界各国,许多著作已有十八种语言的翻译。一般而言,法学学术层次愈高,抽象性也相对提高,但 *Kaufmann* 教授法学研究的特色,绝非象牙塔或天马行空类型,而且也充满了人文气息及高度学术性。每当有法学时事问题产生,他能够高敏锐度地观察及寻求解答,不仅依当前的法律、法典知识,而且也以深厚古希腊文、拉丁文的基础,跨越时空,借古代智慧观察与思考。今天具备这种能力的人,放眼世界,实在凤毛麟角。读者记得要阅读原序,可以多了解本书的背景。

翻译本书有几段“曲折”历史。当年收到 *Kaufmann* 寄送本书第一版后,因多项个人原因,并未立即决定翻译;后来想由多数人共同翻译,或许可以减轻工作负担,因此开始寻觅适当人选,与几位分别在不同学校任教的教师首度于 1997 年 8 月会面,每人依自己兴趣选择章节,并继续找人“认领”其他章节。同年(1997)年底收到第二版,内容章节有所变动且增加篇幅,因而也相对地增加翻译人数。另外,翻译期间收到 *Kaufmann* 教授寄来新资料,第五章后面增加一段,第六章则全文重写,因此读者所看到的是比原

书更新的文章。

当年首次会面商谈翻译 *Kaufmann* 教授法律哲学著作时,鉴于译文内涵与用语一致性问题,认为有在一起共同讨论的必要,因此当场也找出对多数人比较适当的时段,作为定期讨论的时间,每人自由决定是否提出报告与(或)参与讨论。从 1998 年 4 月至 1999 年 1 月,安排引言周次、举办研讨会,虽然出席讨论的情形“离离落落”,但总算跨出了一大步。

本书的翻译权问题也是一段“曲折”历史。当年写信给 *Kaufmann* 教授,提及翻译事宜,得知中国北京有法学教授已捷足先登,已取得该书的中文翻译权。为此,以一年多的时间,与 *Kaufmann* 教授十多封书信往来,经由他的全力支持且他亲自向 Beck-Verlag 交涉,在台湾翻译出版才告定案。

本书以双语出版的主要理由在于,以前阅读外文法律书籍的译本时,曾遭遇到一些疑义或困扰,必须另行寻找原文才能解疑,更何况经常苦于欠缺原文可资并阅,疑惑即因而无从解决。我们知道,科学应受验证,法学也不例外;同样的理由,也应适用于翻译著作。个人曾经有一经验,阅读一本中文书名为“法理学”的书时,有关康德法律哲学的章节部分,有一段翻译再怎么看也觉得不对劲,找出原文对照后恍然大悟,关键在于原文某文句特别复杂,译者略而不译,因而难以衔接;而且由译文可以感受到,翻译者事前应该没有研究过康德的法律哲学。

另外,以双语出版,原意之一就是准备接受比纯译文出版更多的挑战。如果没有原文,读者经常会无从判断翻译是否适当与正确;但相信有了原文对照之后,预料会遭受更多,甚至“不当”的批判。对“保护”自己比较周密的人而言,双语并列最具“风险”,最容易使自己的能力泄底;但如果我们从另一角度观察,这种方式却是最负责的,任何人不必辛苦地去寻找原文,都能够随时检验翻译是否正确,是否适当。懂德文的读者,万一在不满意之余,或许也可

尝试一下,将译文遮盖,自己从原文翻译看看,相信内心会有一些的答案出现。

法律哲学的德文书籍,无论是用语(个别的基本概念)或文章(整体的意义内涵),其难度绝非宪法、民法、刑法或行政法等教科书与专书所可比拟。要翻译此领域的德文书籍,除了知识与智慧之外,还必须有几分的“勇气”与“牺牲”。在急功近利、速食文化的今天,要找出这种人相当困难,不过总算找出十多位。原本的构想是多数人尽可能平均分摊翻译工作,我只预定翻译第一章,但基于种种原因,最后却“意外”地增译三章。

在翻译措词用语方面,哲学与法律名词本身就是一项重大挑战。法学内的个别领域,无论是刑法、民法或行政法,相当多的专门术语,各有不同的译名;若再涉及哲学用语,已不是“多元化”足以形容,可说是近乎混乱状态。当然,其原因是多重的,其中最主要的是,在不同文化背景下,概念与符号(用语)之间的关联性,比单一语言更形错综复杂。故可以预见译词各会有不同意见,而且是为数不少的不同意见;其原因相当多,例如,语言本身的内涵范围与模糊、各自从不同角度或特定知识领域观察、原意之外附加该用语在其所使用特定地方的关联内涵等。

为尊重并保留翻译人的文笔风格,原则上仅就下列二项关于用语一致加以调整:其一,专门术语:哲学、法律哲学或法学;其二,文献、注释或内文所引用之书名、文章名。虽称一致性,只表示尽可能做,但不可能全部一致。有一些概念与用语仍处于发展状态中,须过一段时日之后,才有可能逐渐定型或约定俗成。有些德文,例如 Recht, Sein, subjektive, objektive 等,不能也不应以统一的一个汉字名词来翻译,而应依文句脉络来决定其适当用词。

本书原作者表示,此书并非仅为研究法学的人而写,使用对象也把法律外行人考虑在内。本书之翻译也维持此一方向,有些法律专门术语,无论是译名混乱或虽在法学界已约定俗成,若涉及艰

涩、歧义,甚或不当时,仍然不采用,而使用一般易解、较明确、适当的用语,例如不采“阻却违法”,而使用→“排除违法”,其他如法释义学→法律信条论、基本法→宪法、法感→是非感、高权→主权、公法上的营造物→公法机构、比例原则→关系相当性原则、法实证主义→法律实证论、抵抗权→反抗权、实定法→实证法、涵摄→包摄、本体论→存有论……等等。又如重点在科学研究,表达一种想法、见解,而非指信仰、信念之事物时,则尽量避免使用“主义”一词,而以“论、理论”称之,例如理性论、相对论、多元论、二元论……等等。

从构思、翻译到完稿与校对、付印,前后经过将近三年,本翻译书总算问世。除了每位译者的辛劳之外,特别要感谢秦季芳、吴从周、陈妙芬三位参与总整理工作。很高兴五南图书出版公司愿意出版此书,对李纯聆副总经理面对双语出版困难性所承受的工作负担,尤其要表感谢之意。

刘幸义

2000年4月30日

第二版序*

小书,你有你的命运。本书也有一段历史。关于本书的产生过程被误解,当然我自己本身要承担。在第一版的序言我曾写过:本书之前,在“Jura”期刊发表一系列文章,其标题为:“法律哲学共思”。这段话引起误解,以为本书只是把以前写过的文章,嗣后加以增减合组而成。事实不是如此。在期刊上发表的文章系取自本书,而不是本书来自这些文章。一开始的构想就是一本完整的书,而且此构想也是借由本书完成。当本书将近完稿时,“Jura”期刊向我邀稿,写法律哲学的一系列文章。我就以删减本书草稿的方式,交付稿件,且大部分文章系非常大幅度的删减。不久之后,本书第一版问世,其文章内容远超过“Jura”系列的论文。第二版更是如此,大部分论文重新改写且大幅度增加内容。 01

本书产生的历史尚未就此结束。当我写本书时,就有意再写一本法律哲学的书,其标题为:“宽容原则—多元论风险社会内的法律哲学”。此规划中的书,原应直接在本书之后另行出版;(现则将)规划中书的标题置入本书的最后几页内。然而出乎意料之外,战争(指第二次世界大战)受伤的后果,非常严重地影响我的工作能力,只能极有限度地从事学术研究。如果没有忠诚的内人,以其无私忘我的帮助,本书不可能以此种的改写内容方式出新版。 02

当我罹病时,很幸运的,规划中的书有一些早已经完稿。这些文稿我现在收入本书,而且在可能范围内,加以符合现时化(参见 03

* 本序由刘幸义翻译

新文献)。这在多方面显示出来,特别明显的是最后一章,内容十分丰富的第二十章,其标题就是上述我原本计划所要写的书。虽然本章并非包含该书的全部内容,但整体而言,具有该书的架构。

04 在其他工作计划之外,规划中的书内,打算针对现有的、侧重形式的论证理论,提出实质的理论。形式的论证规则是必要的。然而它单独却不足以整合出实践对话之规范,更遑论要决定实践对话,因为它过于一般化。因此,它不能取代具有实质内容的论证规则。浮现在我眼前,作为研究客体的是生命伦理。它是非常热门的。大多数具有殊相的实务,在风险问题上,必定达不到共识。大多的决定系在风险下做成的。再者,有关规范对话方面,它通常并非只有一个“正确”结论。而是有一堆“可容忍的”结论。由此可知,所必须处理的是实质的、方法上的困难。在第十一章第二节以及第二十章对此问题有进一步的阐述。

05 关于本书的产生历史,还有一些话要说。第一版的标题为:“法律哲学的基本难题—法律哲学思想导论”。选择此标题,是为了避免被误以为,本书包罗全部的法律哲学。因为第二版大幅扩充,原先的标题已不再适合了。然而我觉得新标题也不是完全没有问题。尽可能完整叙述的法律哲学时代、“体系”时代已经过去。1932年 *Gustav Radbruch* 的“法律哲学”是这一类的最后一本。在我们错综复杂的社会里,不再有此种体系存在。虽如此,我决定采用“法律哲学”为标题,系基于一个实用的理由。对法律哲学作体系的(但非“完整的”)叙述时,此一标题至今仍普遍被采用。目前至少有六本德文书籍采用上述标题。这些书并没有比本书“完整”,因而我认为可以同样使用“法律哲学”为标题。

06 本书新版内有一些新增的章节:逻辑、法律人类学、自由、宽容、法外空间、多元论、风险决定等等。关于逻辑,必须说的是,我只处理传统(Aristoteles)逻辑的基本要素,这是每位法律人会应,尤其是应正确适用的。(基于经验,我知道一再会有违反逻辑基本

规则的情形发生)。-对于形式(“数理”)逻辑需要一些前提知识,本书未将此纳入规划内,学习此前提知识需其他特定的文献。-关于法律人类学,前版仅寥寥几句。我认为,对于一个尚未确定其内容的法律个别领域,要以小篇幅来叙述,是困难的。然这尚未被普遍接受。因而,新版内以较广泛的方式叙述法律人类学(它是从 *Kaufmann/Hassemer* 编,“当前法律哲学与法学理论导论”,第六版,1994年,一书内抽取出来)。

一些人向我多次提出建议,扩充法律哲学史那一章。对此,我并未能下决定。依本书构想,惟有在本书目的需求范围内,才做历史方面的叙述。想要寻找较详细的文章,可参见上述“导论”书内我所写的部分。在该处可找到广泛的有关历史方面的著作。 07

我要强调的是,本书的核心重点在于实质内容的法律哲学。我称之为“实质”。在今天,从事此工作的法律哲学家并不多。绝大多数人的研究重点,虽非完全,然主要在于形式问题,尤其是对话与论证的程序规则、真理与正义的程序理论以及由程序导出的对话伦理。只要提到正义,就几乎毫无例外地限缩在形式的平等原则。此问题在本书内的篇幅不少,读者可在目录上找到。然而我并未就此停步。我认为内容与形式是同样重要的。今天大多数的专家主要限缩在程序问题,原因在于,大多数人觉得内容比较不重要。他们认为,科学并不足以掌握正义之内容。这应是属于政治人物的,而不是法律哲学家的任务。不可规避而须指出的是,在内容方面,即在规范性内容方面,并无先验的综合判断,并无明确的知识存在。因而我明白,以我的知识在风险下处理此工作,错误在所难免。与我的其他许多同事不同,我不畏惧此一风险,也不畏惧由此而产生的责任。再度重复一次,我认为正义的内容太重要了,(其重要性绝不低于共同体之可能的正当秩序)以至于不应将它完全交付给-必然的-偏颇的政治人物。我所提出的,是否满足此一或彼一批评者的科学概念,就随他去了。然而我并非要与 08

异议妥协,我所谈的事情,系我们时代与社会的急迫难题。

- 09 读者看到本书内许多个别题目提及社会正义,例如功利论、多元论、宽容、风险社会、生命伦理、人类基因学、生殖医学、复制人、堕胎、生态学、(动物的)自然权、战争与和平、静坐示威、联邦宪法法院的十字架耶稣像判决、共产党宣言与教宗社会通令之比较等等。当然,社会正义尚有其他分支。在此系依时事性观点来做选择。的确,上述题目在其他科学内也有所讨论。它们的确也有哲学的要素,因而是哲学的真正成分(尤其是伦理学与法律哲学)。所强调的是,法律哲学中较偏向“古典”的章节——平等原则、法律效力、法律概念、法律与道德等——在本书篇幅并不算少。

Arthar Kautmann

München, im Mai 1997

摘自第一版序*

本书要对“法律哲学”提出“共思”。本书理所当然介绍法律哲学的材料。然而读者不应只是单纯接收此材料,而应以积极的态度随后且共同思考而有所获,不应毫无批判地照单全收。简言之,读者应熟练法律哲学思维。书籍命名为“法律哲学”——这确是不可能的,作为此类书,本书的叙述绝非毫无漏洞;反之,本书所述之实质问题系法律哲学的典型例子,借此能引发对法律哲学“案例”之哲思。 01

Arthar Kanfmann

* 本序由刘幸义翻译。

缩写表

a. a. O.	前揭
A(lig)T	总则
a. F.	旧文,旧说
a. M.	异见,不同见解
AfBG	概念史文库(期刊)
ARSP	法律暨社会哲学文库(期刊)
ARWP	法律暨经济哲学文库(期刊)
bes. , insbes.	特别,尤其
B(es)T	分则
BGH	联邦法院
BGHSt.	联邦法院刑事裁判集
BGHZ	联邦法院民事裁判集
BVerfG	联邦宪法法院
BVerfGE	联邦宪法法院裁判集
BGB	民法
ders. , dens. , dies.	同一,同作者
DK	Diels/Kranz, 苏格拉底前之学说杂记, 希腊文与德文, 三册,第十版,1961年
DÖV	公共行政(期刊)
DRiG	德国法官法
Ed.	编、编辑
EGBGB	民法施行法
Eth	伦理学—科学与责任
FamRZ	整体亲属法期刊