

Grundzüge der Rechtsphilosophie

法哲学

[德]H. 科殷 (Helmut Coing) ● 著

林荣远 ● 译



华夏出版社

Grundriss der Rechtsphilosophie

法哲学

第1版 (1999年12月第1次印刷)

ISBN 7-309-04111-1



第1版 (1999年12月第1次印刷)

法 哲 学

[德]H. 科殷 著
林荣远 译

华 夏 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

法哲学/(德)科殷著;林荣远译. - 北京:华夏出版社,2002.12

ISBN 7-5080-2835-X

I. 法… II. ①科…②林… III. 法哲学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 20020709160 号

© Copyright 1993 by Walter de Gruyter & Co., Berlin.

合同登记号:01-2001-0890

出版发行:华夏出版社

(北京东直门外香河园北里4号 邮编:100028)

经 销:新华书店

印 刷:北京人卫印刷厂

开 本:670×970 16 开

印 张:16.25

字 数:294 千字

版 次:2002 年 12 月北京第 1 版

2004 年 1 月北京第 2 次印刷

定 价:34.00 元

本版图书凡印刷、装订错误,可及时向我社发行部调换

献给我的爱妻

——作者

第五版前言

对本书的正文,我这次仅作少量的修改。在第四章里,对各种问题作了更为简明扼要的论述。

H. 科殷教授、博士
1992 年 5 月

第四版前言

在新版里,有关历史的绪论补充了一节,在这一节里,对当前关于法哲学的讨论作了若干提示,尤其是与 19 世纪的基本观点作了一些联系。在逻辑学领域里的各种研究,最近几十年里蓬勃发展,十分高涨。这种发展对于法律科学的结论未作详细论述,但是也许应该指出这种发展对一般形式的法学理论的意义。因为法学理论的努力尚未达到所争取的完整理论,这里仅仅对鲁曼^①的学说作了比较深入的论述。

此外,第二章重新进行安排,使之更加严谨。

赫尔穆特·科殷
1984 年 9 月 4 日

^① 尼克拉斯·鲁曼(Niklas Luhmann,1927 年生),德国法学家和社会科学家,德国最重要的结构-功能论代表,他把结构-功能论发展为社会科学系统论。——译者

第二版前言

本书第二版在论述的方式上作了广泛的改进。

在关于法哲学讲课里,笔者积累一些经验,促使我在本书收入有关法哲学的若干主要学说的扼要论述。因此产生了新的第一章。同时我努力想突出这些学说是建立在一些什么样的一般哲学的前提之上的。这样一来,当然就产生这样的任务,即指出决定采取这种理论,还是赞成另一种理论,取决于对那些原则问题的态度,而且还要说明促使笔者去阐发他自己的观点的种种理由。新的第二章和(经过改进的和现在构成第三章的)从前的第一章服务于这个目的。其他的几章从这样阐明的观点出发,形成一些结论。同时,特别是第六章是新形成的,它包含着法学方法论的基础。我希望,拙作采取这种新的形式能更好地实现它的目的——抛砖引玉,激发对法的种种问题的思考。

在编写过程中,首先有两种思考的方向我感到很重要,部分是因为它们迫使我对自己的立场重新进行彻底思考,部分是因为它们为我开拓了理解的新途径。一方面是 K. 波普尔(K. Popper)关于科学认识理论的著作;另一方面是“新的语序学或修辞学”的理论,即首先是 Ch. 佩雷尔曼(Perelman)、Th. 费维克(Viehweg)和陶尔明(Toulmin)的著作,它们给我指明了新的途径。

赫尔穆特·科殷
法兰克福,1969年2月4日

目 录

第五版前言	1
第四版前言	1
第二版前言	1
绪 论	1
第一章 法哲学的主要学说	5
一、古代	5
1. 诡辩论学家 2. 柏拉图关于正义理念的学说	
3. 亚里士多德关于正义的现象学 4. 斯多葛派的自然法	
二、基督教的法学说	16
1. 基本原则 2. 托马斯·阿奎那 3. 奥古斯丁	
4. 路德的两个王国论	
三、主权和国家至上主义	20
1. 文艺复兴的哲学概念 2. 马基雅维里 3. 让·布丹	
四、启蒙运动的自然法	22
1. 引言 2. 开明专制的理论 3. 人权和公民权理论	
4. 康德:自由的哲学	
五、现代:历史性的发现	26
1. 法哲学和政治运动 2. 转向历史 3. 反对革命的历史权利:伯克	
4. 历史法学派:萨维尼 5. 历史作为理智的发扬:黑格尔	

六、现代:经济的 - 社会学的法学观	35
1. 功利法学:边沁 2. 马克思 3. 意识形态学说	
七、现代:新的、生物学的 - 心理学的人的形象	40
1. 种族学说 2. 心理学的归纳理论 3. 对法律观的影响	
八、现代:实证主义和形式主义	42
1. 哲学的实证主义 2. 在法里的应用:现实主义	
3. 在法里的应用:形式的法学 a)普通法学说 b)凯尔森的纯粹法学说 c)新康德主义:施塔姆勒 4. 普通法学的实证主义 5. 相对主义	
九、关于当代法哲学的讨论	62
1. 现代的基本观点继续发挥作用:马克思主义和功利主义 2. 科学理论和法学理论 3. 系统理论的基本观点 4. 正义的理论	
第二章 法哲学基本观点的基础	83
一、人文科学的认识价值	83
二、伦理的合理性	91
三、归纳理论	100
四、鲁曼的批评	103
五、总结	104
第三章 作为文化现象的法	110
一、一般的问题	110
1. 作为普遍的、但是并非统一的现象的法 2. 一般的发展规律吗? 3. 法的继承 4. 在各种文化里的不同意义 5. 法的类型 6. 现代法的表现形式	
二、造法的目的及其实现	118
1. 法的制度的基本命题 2. 造法的目的:和平 3. 造法的目的:安全 4. 正义与自由 5. 法的实现	

三、整个文化框架里的法	128
1. 法与经济 2. 法、宗教和社会道德 3. 法和智慧的发展 4. 法与社会关系的基本形式	
四、总结	141
第四章 法的基础	147
一、事物的本质	147
二、社会道德的基础	154
1. 正义 2. 人的尊严、自由和忠诚 3. 在法的不同部分里这些价值的意义 4. 多元主义作为法的特性吗?	
三、自然法	158
1. 引言 2. 受超历史景况的约束 3. 用于这种景况的自然法的原则 4. 经验的意义 5. 自然法和实在法的结合 6. 自然法作为正义原则的总和	
四、经济与法	166
1. 法与经济的关系 2. 新的经济关系要求新的法 3. 法安排经济宪法	
第五章 实在法及其适用	171
一、实在法的本质特征	171
1. 定义 2. 法作为生活范围界线和协作的调节 3. 法的规则 4. 评价鉴定作为法的规则的基础 5. 不同的法律共同体相互并存 6. 实在法的权威;法的强制理论 7. 实在法和社会的权力 8. 法官受实在法约束的界限	
二、法的适用问题	186
1. 出发点 2. 命令理论 3. 承认理论 4. 异议 5. 表态:实在法作为理想的存在	
第六章 法学思维	196
一、基本原则	196

二、历史上的法学思维类型	198
1. 罗马的法学家 2. 经院哲学派的法律科学 3. 德国的法律汇纂 4. 法国的诠释派 5. 英美法学家的思维	
三、法律汇纂的解释	208
1. 普通注疏学的原则 2. 法律解释的原则	
四、法律的应用	216
1. 解释和应用的关系 2. 法律应用作为概括 3. 这种观点的批判 4. 法官与法律	
五、法官进一步造法	222
1. 历史 2. 法官的三重任务 3. 法律的漏洞问题和法学逻辑 4. 由法官弥补法律漏洞 5. 总结	
六、法律科学	228
1. 疑难论思维方式的系统 2. 法学系统 3. 法律科学的方法 4. 法律科学的科学性质	
结 束 语	241
译后琐记	244

绪 论

什么是法？如果法学家不想陷入无谓的累赘重复，或者不是作泛泛的说明，而是想指出在某一个国家里某一个时代的各种法律想得到的东西，这个问题可能会使他陷入尴尬，犹如使命要求对逻辑学家所提的问题一样：**什么是真理？**什么是合法的东西（*quid sit iuris*），这就是在某一个地方和某一个时候各种法律说的或者说过的东西，他也许可能还会表明：但是，它们所想得到的东西是否公正，以及人们能够从根本上借以认识正义和不义（*iustum et iniustum*）的普遍的标准，对他来说，仍旧是隐藏看不见的……^[1]

在这几句话里，康德^①把法哲学的提问方式与法学的提问方法相对立起来。法学关心的是：此时此刻（*hic et nunc*）是否合理合法？法哲学则探索：法是什么，法应该是什么。

法究竟是什么？这个问题很快就导致一系列其他的问题。因为人们可能从截然不同的方向寻求回答。人们可以诸如把作为准则的整体与其他性质的准则——社会道德的准则——作比较，探讨法最突出的、区别于其他准则的特征。也许这种特征就是法与强制相结合的状况。人们可能观察法律生活的实践，然后也许会自问：法是否根本不存在于准则里，而是仅仅存在于社会里某一个群体的人的行为举止里，或者存在于关于他们行为举止的陈述里。一位著名的美国法官曾经说过：“预言法院在实际上想做什么……就是我根据法律提出的看法。”人们可能求助于历史，并且自问：法是否不是历史发展的——也

① 伊曼努埃尔·康德（Immanuel Kant, 1724—1804 年），德国古典哲学创始人、唯心主义哲学家。——译者。

许是必然的——结论,历史的发展是根据某些特定的规律实现的,依照某些特定的时代、某些特定的经济制度的先后顺序实现的。人们也可能试图在整个文化里研究法的地位,于是发现自己面临着诸如这类问题:法是否可以理解为生产关系形态的表现,是否可以理解为生产关系的“上层建筑”。人们可能研究人利用法的制度所追随的种种目的,与此相关,将会出现自由和公正的概念。

我们认为这些真理是不言而喻的:人人生而平等,他们都从他们的“造物主”那边被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,所以才在人们中间成立政府。而政府的正当权利,系得到被统治者的同意。^[1]

随着这几句话,我们已经被引导至这个问题:法应该是什么?什么是正义?它的内容可以界定吗?或者仍然停留在皮拉图斯^①对正义提出的疑问时那样?

与这两个基本问题密切相关,也还有在法的应用和法律科学里探讨司法方法的固有特征的种种问题。应用某一项法律,到底是什么意思?倘若我们谈论法的某种体系,究竟是什么意思?什么是法律立论的固有特征?

所有这些问题都有其共性:它们是针对法作为普遍的文化现象提出的,而不是针对某一种特定的法的制度(Rechtsordnung)。因此,如果人们寻找某种答案,目光就必须超出自己的法的体系(Rechtssystem)。倘若人们没有踏上那些处于法学作为专门科学的研究之外的领域,这些问题也就得不到回答。德国的法学家在德国《民法典》(BGB)^②得到指示,要像诚信要求的那样解释各种契约。德国的法学家也是这样做的;然而德国的法学家并不关心价值的理论。法官根据若干传统的观点和原则来解释法律;在注疏学的一种理论里的这些观点和原则一般则并不为法官操心。我们谈论在技术上的某些特定的修改“引发”了某些新的规定;然而法的创造(Rechtsschöpfung)过程实际是如何进行的呢?这类问题都针对某些在实证派法律科学不必提出的难题;这种科学满足于有法律存在,有解释(法律)的规则存在;它——犹如一切专业学科那样——运动于各种基本立场的框架之内,对它来说,它们是固定的,实证派法学科学不必使基本立场成为难题。

与此相反,由于法哲学恰恰使那些基本立场成为难题,法哲学必然要深入

① 庞蒂乌斯·皮拉图斯(公元前 26—公元 36 年),古罗马犹太区执政官。——译者

② 德国《民法典》德国帝国议会 1896 年 8 月 18 日颁布,1900 年 1 月 1 日生效。——译者

到哲学探讨的普遍的议题之中,康德曾经把这些普遍的议题概括为这两句话:我们能够知道什么呢?我们应该做什么呢?因此,法哲学不必放弃法律科学在其领域里已经获得的认识,却必然要超出这些认识的界限;法哲学把法的文化现象所提供的一些特殊的难题与哲学的普遍的和原则的问题结合起来。

对法哲学提出的各种问题,在我们的文化的发展过程中,已经阐明了种种回答。而且,恰如这里所涉及的各种问题是如何变为具有着普通哲学性质的问题一样,也在普通哲学学说的基础之上,完成了种种回答,这些回答也是作为对那些普遍的问题的回答而拟定的。这种种回答的基础绝大多数在普通哲学学说那里,而不是在真正法的经验里。因此,法哲学与一般哲学的发展是密切相结合的。

随着用各种理论和体系的形式来阐发这类的“回答”,传统——或者我们应该说:各种传统——形成了,恰如在普通的哲学里那样。然而,一种这类传统的存在,总是改变着一种学科及其种种难题的性质。理论和体系可能会被教授和流传;它们可能会进入到怀抱着他的问题而来的研究人员和真正的起点难题之间;研究人员看待难题,历来就是采取像他所“学习”过的体系的那种方式;它的理论可能方便于他的工作,然而也可能挡住他通往原始的、直接的议题。于是就会出现理论的斗争取代对原始的难题的探讨。孙子辈的人往往更难于走近真正的问题;他首先被置于种种现成的理论之前。这些理论已经决定着他借以思维的语言,他在语言的框架里与各种难题纷争辩论;因此,他永远不能彻底摆脱各种难题;他必须与各种难题纷争辩论。

为了这种辩论,他必须首先试图时时去考虑,某一种特定的学说原先应该是回答什么样的问题的——对此的意识可能往往由于该学说传统经历很长时间而丧失——,考虑这种学说是建立在什么样的基础观察之上的。在这个问题上,他^①必然会回忆起人类思维的某种固有特性,这种特性一再出现在认识过程里,而且可能诱导我们走进谬误;这就是绝对地确立新的见解的倾向。略举一例,18世纪和19世纪发现了人类文化的历史性;而历史法学派立即把历史(它对历史有着一种十分特定的观念)看作是法的形成(Rechtsbildung)的决定性因素。

因此,下面这部著作以描述若干重要的法哲学理论的基本特征为开端(第一章)。随后的两章试图阐发一些观点,笔者把这些观点视为他采取这种态度的原因。在这个基础上,接着论述法哲学的3个基本问题:正义的原则,实在法的本质和法学思维的特点。

① 以上的“他”均指“孙子辈的人”。——译者

注 释

【1】康德：《道德形而上学——权利学说绪论》（岛屿出版社 Weischedel 版本第 4 卷），第 336 页。

【2】引自《独立宣言》。

第一章 法哲学的主要学说

当前的法哲学是长期发展的结果。恰如整个哲学^[1]一样,法哲学也是在问题和回答的顺序中形成了的。结果是存在着种种相互关联的难题和答案尝试的可以描绘其界限的一个范围;通过种种相互关联的难题和答案尝试,今天法哲学的领域界线已经划定。它在这个领域里运动,而谁想理解它所关切的事情,甚至想理解它的语言,就必须对此有某种观念:各种最重要的问题及其现有的回答总的情况如何。

在如下的论述里,试图给这种难题范围一个概观。把它按历史安排,似乎是合适的,也就是说,指出法哲学的种种难题在历史上是如何先后出现的:显而易见,在什么时候出现某一个特定的问题并非偶然;既定的情况既决定着问题,也决定着回答,而指出既定的情况对于必须寻求的、自己的表态十分重要。另一方面,把下面的论述作为一部法哲学史^[2]来看待,也是一种误解:按照规模和布局,这就不可能是一部法哲学史;它只能从历史的角度引向种种悬而未决的问题。^[3]

一 古 代

诡辩论学家 在我们的文化里,法哲学产生于古代的希腊。希腊人首先提出了法的本质的问题;希腊人也给予了种种回答,它们还参与决定着今天的讨论。

当公元前5世纪,原先那里占据统治地位的、一般的远古的观点被纳入法是有约束力的、良好的、古老的传统这个问题之时,法在希腊就变为难题,由各种神和英雄赋予具体的国家本质的、并受到他们保护的、高于人的意志和计划的随意专断。法的这种“被质疑”是与某些因素息息相关的:与更好地认

识非希腊的、“野蛮人的”周围环境及其不同的法律和风俗习惯息息相关;与贵族统治的政治危机、僭主统治和在希腊各城市民主制度的出现以及与此相联系的法的变革息息相关;然而,问题是由**诡辩学家们**(Sophisten)自觉地提出来的。

诡辩论者们是作为教师出现的,他们讲授生活的必要的知识;他们的目标是(培养)掌握全面知识的公民。他们尤其是也讲授演讲术,修辞学。^[4]他们并没有发展统一的哲学学说。然而很多诡辩论者把传授由他们提供的知识与批判传统、批判希腊人民从前赖以生活的种种观点结合在一起。就此而言,他们与17和18世纪的启蒙(运动)的某些特征有着共同之处。^[5]

研究修辞学就已经必然会使诡辩学家们达到普罗塔哥拉^①(约公元前485—415年)所说出来的认识,即任何问题都可以用两种立场进行阐发,借助修辞学的手段,有可能使较弱的事情变成为较强的事情。^[6]但是,他们的批判继续进行下去。同样这位诡辩论家普罗塔哥拉怀疑各种神的存在——他说他无法说明,到底它们存在还是不存在——,^[7]并且提出那句著名的话:(单一的)个人是一切事物的权衡。^[8]

与此相关,也提出这样的问题:什么是正义,它与法又有什么关系?各种诡辩论者的回答是不同的。他们往往说教,例如希皮亚斯(不会出生于公元前460年之前)和安提芬(Antiphon,生活在5世纪)^[9]认为,正义意味着制订的法不被逾越。但是这种已确立的法本身并不拥有本质上善的东西或者恒久的东西;它建立在(或多或少随意的)章程或者协议之上;法律会被修改;据此,有关什么是公正的各种观点是变化着的。^[10]也就是说,法律并非神圣的章程,而是服务于某些特定的目的和利益;诸如服务于强者的获益,^[11]或者也服务于保护广大的弱者。^[12]另一方面,有些诡辩论者认识不成文法的概念,它们独立于整个实在法。^[13]从这种对法的新的“现实主义的”估计,有一部分得出一些玩世不恭的结论:安提芬^[14]主张,只有在人们有见证人的地方,才必须遵守法,因为未被发现的作案事情仍然不受任何惩罚。克里提亚斯(Kritias,公元前404年雅典的所谓的30个僭主之一,卒于公元前403年)认为,因此人们才发明了神的信仰,这样未被侦察到的人也知道自己在监视之下。^[15]

在关于法的讨论中,诡辩论者们利用一个逆命题,它在公元5世纪时,在希腊的思想里应用,一般也在诸如语言理论和文化理论里应用,^[16]但是,它在法哲学思想里具有特别重要的意义:章程或惯例与自然对比,因此把产生于自然和本质的东西与人的章程规定的东西相对比。这种区分是自然法概念的最后的根源。同时,自然被他们部分彻底地在生物学的意义加以理解。根据这

① 普罗塔哥拉(Protagoras),古希腊哲学家,最重要的诡辩学者。——译者