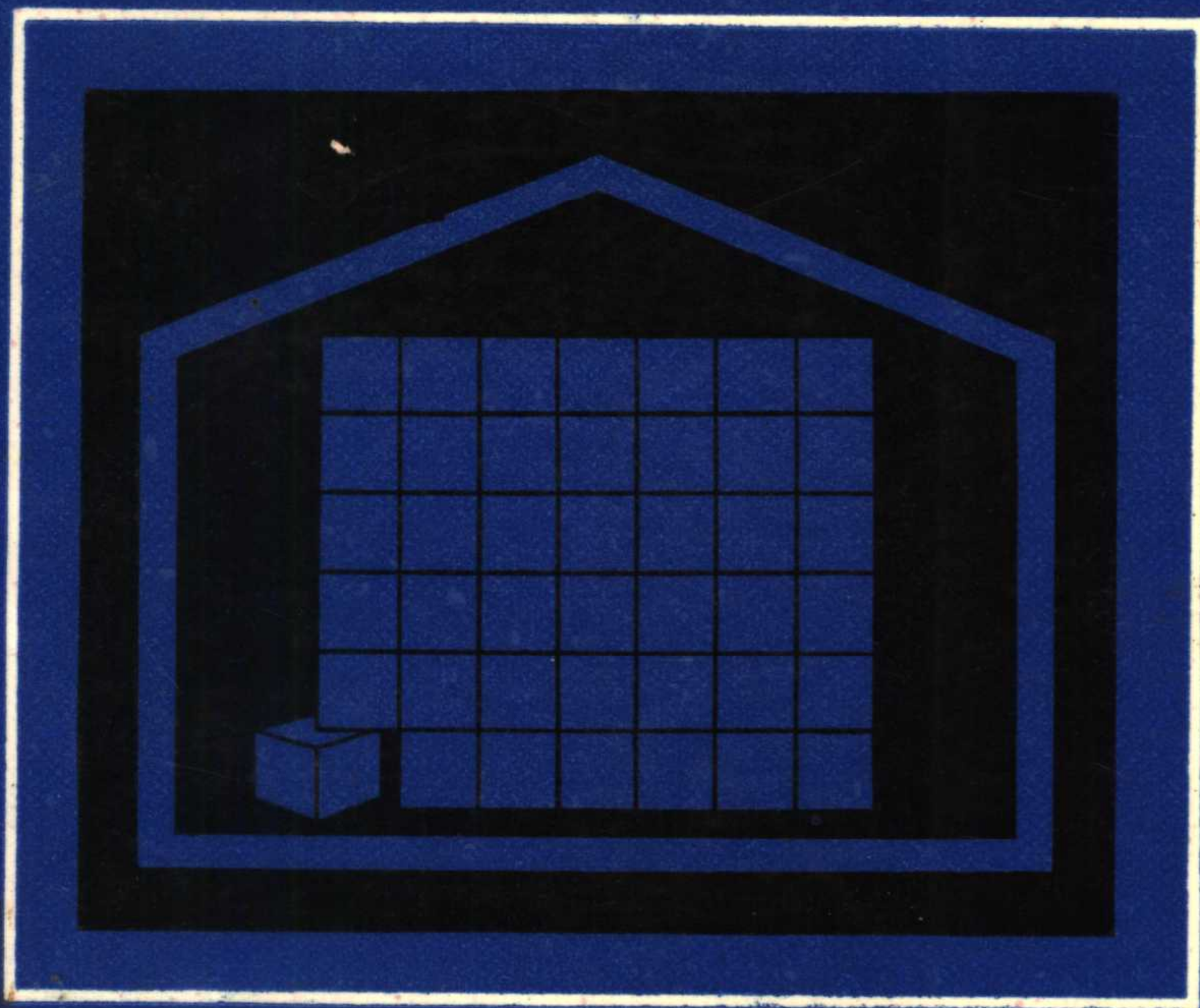


二十世纪文库

法理学—法哲学

及其方法

(美) E·博登海默 著
邓正来 姬敬武 译



华夏出版社

法理学

——法哲学及其方法

JI WENKU.

〔美〕E·博登海默 著
邓正来 姬敬武 译

华夏出版社
1987年·北京

责任编辑：肖金泉

封面总体设计：郭力 钮初 呼波

李明 王大有

本书封面设计：钮初

JURISPRUDENCE

THE PHILOSOPHY AND METHOD OF THE LAW

Edgar Bodenheimer

Harvard University Press, US, 1981

法学——法哲学及其方法

〔美〕埃德加·博登海默 著

邓正来 姬敬武 译

梦觉校

华夏出版社出版发行

（北京东四五条内月牙胡同10号）

新华书店经销

西安新华印刷厂印刷

850×1168毫米32开本 17.75印张 420千字 插页2

1987年12月第1版 1987年12月第1次印刷

印数：1—22500册

ISBN 7—80053—039—6/D·014

书号：3484·014 定价：4.05元

前 言

本书是美国法律哲学家埃德加·博登海默著《法理学——法哲学及其方法》（1974年修订版）的中译本。原书是西方法学中研究法学和法律哲学领域中具有较高水平的一本著作。

全书内容分三大部分。在第一部分历史概论中，作者对自古希腊直至20世纪70年代各派西方法律哲学作了概述。在第二部分法律的本质和作用以及第三部分法律的渊源和技术中，作者在各派观点的基础上阐述了他本人关于法律哲学的一系列基本问题的观点。

20世纪的西方法律哲学，一般来说有三大派别：社会学法学、分析法学和新自然法学。作者倾向所谓“统一法理学”（或“综合法理学”）观点，即主张不以任何单一的、绝对的因素来解释法律；认为法律的制定和实施要受社会、经济、心理、历史、文化以及各种价值判断等多种因素的制约。全书贯穿了他的这一基本思想。

今天，《法理学——法哲学及其方法》的中译本终于与我国读者见面了。希望这一译著的出版将有助于我国法学界进一步了解西方法律哲学的历史和现状。

沈宗灵

1986年12月25日

沈宗灵

中译本序言

法哲学著作汗牛充栋。美国法律哲学家埃德加·博登海默所著的这部《法理学——法哲学及其方法》一书，则是其中的一部名著。

博登海默宣称，19世纪和20世纪多少忽视了法理学的一个重要方面，即是对法律的基本性质以及法律制度所追求的基本目标和价值进行哲学上的分析。为此，他于1962年在其于1940年出版的《法理学》一书基础上撰写发表了《法理学——法哲学及其方法》，后又于1974年修订再版。博氏集30几载之心血，终形成一家之说，即统一法理学。

全书内容实为两大部分。第一部分为法律哲学史和作者本人对法律的性质和作用的哲学思考，第二部分为法律的渊源和技术。

博氏本人对法律的性质和作用的哲学思考，构成了本书的核心。其中，他对法律的秩序成份和正义成份作了详尽而深刻的阐述，并在此基础上对法律与权力、行政、道德、习惯等其他社会控制力量之间的关系进行了哲学上的分析，最后还对法治的利弊予以了评价。

博登海默这部法哲学著作的价值不在于它的面面俱到，而在于它能引起读者认真而严肃的思考。

翻译此书的过程，是一个思考的过程。困惑中执意苦思冥想的结果，便是闹出几个连自己也解答不了的问题。于是我也就罗织了这些所谓的问题，置于正文之前，供大家商讨。

人类选择了法律，便崇尚法律。可是历史也曾奇迹地开过玩笑，使法律的选择人苦吟挣扎于无法状况或恶法高压之中。问题不在于判定法律本身的善恶、法律史如何撰写，因为无生命的法律在绝对意义上俯首听命于人类。关键在于人对法律是什么（包括原本是什么和现在是什么）、法律应当是什么以及二者间关系的认识与判断。

早在公元前五世纪，古罗马人就有过这样一句格言，只要有政治社会单位的地方就有法律。自此往后几千年文明史中的法学家和哲学家，都力图对这一社会现实与历史经验进行诠释和分析，希望能从中找出些必然性、规律性。是的，他们的确发现了许多。然而，在这些必然和规律的背后又隐藏了些什么？是每个特定历史时期的政治需要？是人类社会发展的需要？还是某个法学家、哲学家个人思维的任意和惰性，抑或他们作为凡人同他人一样所具有的安全本能？

人类制定了法律，尔后似乎就在不断地解答人类为什么要制定法律，解答得仿佛拥有真理。然而，人自我知觉的有限性、人的自我辩解本能（常常体现为特定阶段的科学结论）和强大的依赖心理遮掩了一个更为深层的现象，即法律作为一种社会控制手段，乃是人类社会化过程中的一种反自然的选择。对某种行为所作的事后证明，并不能说明这种行为选择比另一种行为选择更合理、更正确。历史不允许假设，我们不再能设问，当法律作为一种手段被选择之前，是否有着其他更佳的选择，正如我们不能期求人类返朴归真到赤身裸体的原始状态。那么，我们是否还肯诗歌化地把法律接纳成一位至高无上的真理之神呢？

法律的外部框架毕竟辉煌。从《查士丁尼国法大全》、《拿破仑法典》到《德国民法典》，法律制度在芸芸众生眼里已相当完备。似乎完备到可以满足人类对有秩序有组织的生活需要，满足人类重

复令其满意的经验或安排的欲望以及对某些情形作出逆反反应的冲动。然而，法律标示的自由、平等以及安全等正义价值，是否象秩序价值那样获得了实现？为了追求正义价值的实现，人类一次又一次对法律的部分内容或全部内容加以否定，却总也无法消除法律形式相对持久的完备与法律内容对人类根本要求相对无法满足的不和谐，这是法律的本身局限还是人类的根本追求在绝对意义上的不可靠？

人类依崇权威，因为个人在绝对意义上软弱无力。他必须有所依赖。自古希腊文明始，各种文化背景下的人都找到了超人的权威，诸如俄林波斯圣山的众神、安拉以及上帝等等。然而，毋庸置疑的是，在文明高度发达的今天，法律在很大程度上替代了那些权威而拥有了一种精神超越的品格，至少是理想层面的超越。人们在把法律作为精神权威接受下来的同时，却由于这种接受极为自然而忽视了一个心理层面的问题：浸染于大相径庭的文化背景中的人为何最终都趋于同路把法律作为精神权威？这种现象背后的人的心理转换机制是什么？权威转换所依赖的人的认知心理结构的性质是否会导致权威的动摇？

上述问题，是思想的信马由缰所至，依旧于深处不得其解地糊涂。因而渴渴感到，这个时代，这个民族，需要一个自己的法哲学。

此书第一部分由姬敬武同志译。译作过程中得到刘静、赵小方等同志的协助，特致谢忱。沈宗灵先生专为中译本写了《前言》，肖金泉同志就译文中的一些问题，同译者作了认真负责的商讨，使此书得以完妥并出版，在此一并鸣谢。

“君子游于艺”，或许游戏人生更接近自然赋予生命的本来含义，情感却是至纯至真的严肃。在苦苦求索生命意义而陷入一种深

度孤寂的时候,却有幸得到了于硕的精神及情感的支撑,因此,本书的译就也包含了她的心血。

邗正来

1987年4月

作者致中文版前言

我的法理学著作得以中译本的形式出版，是令我极感高兴的一件事。多少年来，我一直带着具大的兴趣对中国人民在改善其社会和经济状况以及为一种新的人类文化确立基础方面所作的努力予以关注。法律是一个民族文化的重要部分，而中国已着手诸多重要的工程，其中包括颁布新的法典。这些工程的目的是为了建设中国的法律制度。我诚挚地希望，我对法律的性质和作用以及法律实施的方式所作的论述，能够对中国法律专业的学生、法律工作者和那些可能希望了解立法者和法律解释人员所面临的一些基本问题的广大读者有某种帮助。

一些人或许会认为，一个象我这样曾经接受罗马法、日耳曼法和英美法教育的法学家不可能在深层上对中国法律的目标、渊源和方法有所洞悉，因为中国法律是以一种不同的政治、社会和经济的哲学为基础的。然而，我拟提出这样一个问题，即一个法律制度是否必须被视为仅是某一特定生产和分配制度的反映呢？我以为，任何值得被称之为法律制度的制度，必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值。在这些价值中，较为重要的有自由、安全和平等。有关这些价值的先后顺序可能会因时因地而不同，这完全取决于一个法律制度在性质上是属于原始的、封建的、资本主义的还是属于社会主义的。再者，所有法律制度都将上述价值服从于对公益作出的某些迫切需要的考虑，而赋予公益的范围和内容则在各种形式的社会组织中相去甚远。但

是，尽管因社会和经济制度的特定性质不同而引起的表现形式也不尽相同，我却依然相信，一种完全无视或忽视上述基本价值的一个价值或多个价值的社会秩序，不能被认为是一种真正的法律秩序。

上述结论所依赖的假定前提是存在着一些需要法律予以承认的人类共性。在这些共性之中，最为重要的是如何协调正常人所具有的个人冲动和共有冲动。几乎每个人都有自我实现和个人发展的冲动，而这种冲动又常常在那些旨在实现其生活目标的自力行为中得以表现。正如马克思和恩格斯在《德意志意识形态》一书中所指出的，

自我主义，在很大程度上就如同自我牺牲，于一定的情形中是个人自我肯定的一种必要形式。因此，共产主义者绝不会因“一般的”、自我牺牲者而否定“私有的个体”。

自由、安全和平等诸价值，根植于人性的个人主义成份之中。自由感迫使人类去从事那些旨在发展其能力和促进其个人幸福的有目的的活动。人类痛恨那些没有正当理由便破坏上述目的的对自由的限制。追求安全的欲望促使人类去寻求公共保护，以抵制对一个人的生命、肢体、名誉和财产所为的非法侵犯。在现代社会中，它还要求公众帮助，使个人能够对付生活中的某些情形，例如老龄、疾病、事故和失业等。对平等的要求则迫使人类同那些根据合理的、公认的标准必须被认为是平等的待遇但却因法律或管理措施所导致的不平等待遇进行斗争。它还促使人类去反对在财富或获取资源的渠道方面的不平等现象，这些现象当然是那些被认为是专断的和不合理的现象。

人性中的个人主义倾向与人性中的共有成分是相互补充的。人类需要社会交往，这能使其生活具有意义、使其避免陷于孤寂之中。如果不允许一个人参与有关公益方面的某些共同活动，他便

会产生失落感，在一个纷繁复杂、人口密集的当今世界上，尤其如此。然而，社会冲动未必就能使一个个人与业已确定的社会秩序达到一致。苏格拉底、柏拉图、卢梭、杰佛逊、马克思、列宁和毛泽东，都是他们各自社会的反叛者。他们都决意用思想和行动变革其各自的社会。具有这种个性的人物，通常是时代的产物，在这种时代中，某种特定的社会、经济和文化生活的形式已步入了其衰亡阶段。在一个健康并日益发展的文明中，大多数人都是希望能够根据其能力大小而为其社会福祉作贡献的。

人性的共有成分根植于个人的这样一个观念，即完全凭靠自己的努力他是无力实现他所珍视的那些价值的；他需要其他人充分意识到他对自由、安全和平等的欲求。个人之所以接受公益观念，我们可以从上述认识中寻到原因。我们不能说这种认识完全是教育和经验的结果，或者完全是诸种环境因素所致。事实上，人类自有一种生与俱来的能力，它使个人得以在自我之外设计自己，并意识到合作及联合努力的必要。这就是理性的能力。没有这种能力，人类就将在非理性的、自私自利的抑或受本能支配的大旋流中茫然失措，从而导致人类之间各种各样的充满敌意的对抗和抵牾。理性乃是社会化和尊重他人行为的源泉。理性之声告诉我们，为使我们自己的需要适应他人的需要、为使公共生活具有意义，对个人行为予以一定的道德限制和法律约束是必要的。

值得强调的是，虽然人性中的这两种成分在其基本趋向和潜能方面是遗传性的，但是它们在个人生涯的各个阶段的所有方面并不是同时发生作用的。个人主义成分在童年和青年时期表现得尤为突出。美国心理学家戈登·奥尔波特曾指出。

尽管婴儿是一个依赖社会的存在，但他绝不是一个社会化的存在。甚至两岁的儿童，当人们用适用于成年人的标准

来衡量他时，他也仍然是一个非社会化的讨厌的小东西。

虽然最后一句话可能过于极端，但是有一点很可能是真实的，即在孩提时代，自我主张趋于压倒无私行为。经验还表明，我们在青少年中比在年长于他们的人们当中更能经常地发现反抗和不驯服的态度。用奥尔波特的话来说，随着个人的成熟，“个人倾向的侧重和强度都会渐趋减小，而尊重他人的情感则会不断增长和扩展”。这种心理现象可以反映出自然的智慧。青年人必须发现自我，强化自我和价值感，发展自己的才能以使自己成为一个有能力的文明发展做出贡献的个体。服务于共同目的中的自我超越，自然是以自我实现为前提，尽管社会化的过程当然需要始于个人生活的早期阶段。

这幅人类本性的图景可能会遭到异议，因为它过于粗糙。有人会认为，人性未必就是个性和社会性的混合物，而完全或几乎完全由环境的力量所构成。依据这一理论，一个信奉个人主义的社会便可以通过典范和教育去引导个人成为自主、自立和自我实现的存在。一个倡导集体主义的社会就可以试图塑造人们，使他们成为整个社会的从属部分并使他们把其精力首先奉献给共同目标的实现。其实，唯有旨在鼓励自我尊重和尊重他人的动机共存的社会才有可能接受我所描绘的人格的形象。

上述异议中存有某种真理性，但并不完全是真理。其正确性在于，人性并不是一系列稳固确定、自相一致的特征，而是一些经常发生冲突的基本倾向。这些倾向所取的发展方向和它们于个人生活中的活跃力量。会因伦理教育和行为限制而受到决定性的影响。一个社会可能会尽其力量去促进追求个人幸福、意志坚强的竞争和道德上的自我决策。而另一个社会则可能强调共同目标的追求、合作态度的培养和集体道德原则的严格遵守。然而，大多数人所具有的个人动机和社会动机的辩证的相互作用，似乎对任

何极端的个人化政策或社会化政策都予以了限制。历史表明，要求承认个人权利的欲望在任何时候都不可能完全从人的头脑中消除。另外，似乎也没有一个社会能够消除公共利益的概念，因为它根植于人性的共有成分之中。即使象美国这样一个高度个人主义的国家，在其法律制度中也没有忽视这一价值，尽管它有时被赋予的范围要比另一些国家赋予它的范围狭窄得多。虽然美国宪法视承认个人权利为其核心，但是美国最高法院也承认政府具有一种被称之为“警察权力”的固有权力。最高法院把这一权力定义为为维护公共秩序、安全、道德规范和公共福利而对私人权利行使限制的权力。然而，在美国占支配地位的多元论，则不允许就权衡公共利益问题采用一种划一的标准。

从另一个方面来看，近年来中国和其他社会主义国家在社会和经济政策方面所发生的变化，被西方观察家解释为是一系列调整，其目的是要赋予人性中的个人成分以更大的重要性。新政策对于个人在一些经济部门中的积极性和作用似乎给予了日益重要的地位。

我真诚地希望，在未来的某一天，这个世界上的各国政府和人民能够就最符合人类需要和抱负的社会和经济制度的形式问题取得比今天更为一致的意见。如果能够实现这一点，那么现在烦扰国家间关系的两极分化问题就会给人类采取这样的政策让路，即协调个人和社会的目的并帮助促进经济福祉、文化发展和世界和平。

埃德加·博登海默

1987年8月11日

于美国加州戴维斯城

1974年修订版序言

本教科书自1962年出版到现在十二年过去了。在此期间，分析法理学和价值法哲学有了重大的发展，这些已被收入此版的历史部分。第二部分，亦即本书的核心部分——论述法律的性质和作用——大部分都已重写。与第一版相比，该版特别对法律的心理根源、正义观念的概念范围和实质成份、法律具有效力的标准给予了更多的考虑。本书的第三部分，即关于法律方法问题，所做的修改比较少。对法律推理程式更加详尽的分析，代替了原版中的法律逻辑一节，从而对价值判断在审判程序中的作用依次作了必要的重新估价。

整个修订版，还参考了1962年版以来的法理学方面的重要著作与论文。

埃德加·博登海默

1974年6月于加利福尼亚州戴维斯

1962年版序言

构成此书部分核心内容的我的一部早期著作（《法理学》1940年），曾指出其目的乃是“给那些对作为一种社会政策工具的法律的一般问题感兴趣的法律与政治系学生提供帮助”。本书的目的的基本亦是如此，虽然大部分内容已完全重写，所论范围也大大扩展了。本书注意到了那本早期著作中所未论及的许多法理学的问题，并且增加了一个全新的部分，其标题为“法律渊源和技术”。本书的最后一部分主要是，但也不完全是为对法律的方法论和审判过程的特点与工具感兴趣的学生和法律工作者所写的。

本书把散见于1940年《法理学》一书中的有关法理学思想发展的历史资料集中在第一部分，而且基本按照年代顺序对之加以重新组织。读者会很快发现，这种历史的介绍大部分是描述性的，而且除了结论一节以外，几乎没有根据我自己的法哲学思想对各思想流派加以批判性的评价。我在撰写此书时认为，由于出版此书的目的之一是为了教学，因此，把对伟大的法律思想家们所作的贡献的评价留给课堂讨论也许更为恰当。

另一方面，本书第二部分和第三部分中对一般法律理论的实质问题所作的论述，乃是以某些包含在我对法理学问题所持的态度中的哲学设想和方法论设想为基础的。也许这些设想中最基本的一点就是坚信，任何法理学专业论文都不应回避或忽视与在人际关系中实现正义有关的重要问题，尽管任何企图用客观的标准处理这个问题的作法都会遇到困难。我们认为，法律的作用是促进

人类价值的实现,如果法律理论和哲学无视这些人类价值,那么它们肯定是贫乏的、枯燥无味的。当然,这并不意味着,应当鼓励法理学学者任其想象和情感上的先入为主在其对法律制度基本问题的论述中胡思乱想。相反,他应该坚持独立的、客观的标准,这种标准命令他竭尽全力并在可能实现的范围内,把理性和经验可证实的客观现象或材料同主观的观点或纯粹推测的思想区分开。再者,法学家必须意识到,关于价值论问题的结论必然是暂时性的,并且要根据新的发现和经历进行新的考虑。虽然学术上的朴实和严谨对于那些试图探求人类价值的真理的人来讲是必需的,但是并不能够证明存在着那种强迫我们去禁止对人类生活这一重要领域进行各种科学研究的先验理由。

法理学的对象是非常广泛的,其中包括法律理论的哲学成份、社会成份、历史成份以及分析成份。在一部介绍性的专著中同时研究这一学科中各个方面是不可能的。由于本世纪在英语国家出版了相当多的法理学著作,它们集中分析解释了法律的基本概念(例如,权利、义务、责任、法人人格),所以本书无意对法律的这些专门术语提出定义或作出解释,也无意提出有关契约、所有权或刑事责任方面的一般理论。另外,对过去和现在有助于形成法律发展沿革的历史力量、社会力量和经济力量,也只能进行粗略的讨论。人们能从爱尔利希、庞德、费希纳、弗里德曼及其他人的著作中获得有关法理学这一领域的极为有价值的见解。由于我认为,19世纪和20世纪多少忽视了法理学的一个重要方面,即对法律的基本性质及法律制度所追求的基本目标和价值进行哲学分析,所以本书的主要内容拟致力于对这个领域的法律思想进行评论。

作者谨对洛克菲勒基金会为本书的完成所提供的慷慨的研究基金表示感谢。同时作者还要感谢耶鲁法学院,该院不仅为作者的研究提供了极佳的便利,而且还大大丰富了作者的智慧。我的妻子

布丽奇特·M·博登海默,既帮助了我的研究,还提出了许多建设性的批评意见,总之给予了不可估计的惠助。她还为本书拟制了索引。最后但不是最不重要的是作者对多萝茜·阿莉斯·考克斯小姐和玛·丁·莱斯莉夫人深表谢意,她们为整理手稿付出了艰辛的劳动。

埃德加·博登海默

1962年2月于盐湖城