

JURISPRUDENCE

THE PHILOSOPHY AND METHOD OF THE LAW

法理学

法律哲学与法律方法

〔美〕E·博登海默 著 邓正来 译



中国政法大学出版社

LEHRBUCH DER

RECHTSLEHRE DER VERGLEICHENDE RECHTSLEHRE

法理学

法律哲学与法律方法

（德）阿图尔·考夫曼 著 周叶军 译



中国政法大学出版社

JUR

E

THE PHILOSOPHY AND METHOD OF THE LAW

法理学

法律哲学与法律方法

〔美〕E·博登海默 著 邓正来 译



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学:法律哲学与法律方法/(美)博登海默(Badenhauer, E.)
著;邓正来译. -北京:中国政法大学出版社,1998.12
ISBN 7-5620-1767-0
I.法… II.①博… ②邓… III.①法理学②法哲学 IV.D90
中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 39187 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北省〇五印刷厂

开本 850×1168 1/32 19.25 印张 510 千字

1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1767-0/D·1727

印数:0,001-3,000 册 定价:34.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229563 或 62228801

声明:本书的翻译和出版已获许可,中文简体字版权属中国政法大学出版社(1998),未经本社书面同意,不得翻印。

重译本序*

12年前，亦即中国法学界讨论“法大一权大”和“权利本位—义务本位”等问题的时候，我便翻译了美国法律哲学家埃德加·博登海默（Edgar Bodenheimer）所著的这部《法理学：法律哲学和法律方法》（Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law）著作。翻译这部综合性的法律哲学著作，主要有两个目的：一是试图通过这样的努力为中国法学的重建做一些知识上的基础工作，因为当时的中国法学在现代法制建设的要求或驱动过程中正陷于历史性的困境之中：一方面要为这种法制建设的努力作正当性的论证，另一方面又因法学研究的长期停顿而明显缺乏这方面的法律知识支援。第二个目的则是试图通过这部法律哲学著作的翻译/思考实践而对自己在法律方面的疑惑做一些知识上的清理工作，因为我在当时就已经明确意识到，在法律哲学思考的领域中，人、自然和社会在法律架构下的关系，人或法律人与法律

* 另外需要指出的是，本书原译本由我和姬敬武君共同完成（他翻译第一部分，我翻译序言部分、第二和第三部分，并由我进行了统校工作）。尽管现在的译本是由我个人独自重译并在正文后又附加了我在90年代初翻译的博登海默先生最后发表的一篇文章和一份关于他的论著的参考文献，我仍想对姬敬武原来所做的努力表达致意。此外，我必须向台湾汉兴书局、东吴大学范建得教授和林瑞珠小姐表示感谢，他们不仅给予了本书的中文简体字版权，而且还对我的翻译工作给予了极大的支持，并对本书的繁体版译文的文字确定工作做出了值得称道的努力。最后，我还要感谢中国政法大学出版社的李传敢君和丁小宣君，没有他们的建议、支持和认真负责的态度，本书的重译工作是不可能如此顺利完成的。

在知识上的关系以及法律权威的正当性等问题极为繁复，绝非人们一般想象那般自明简单。然而不无遗憾的是，翻译/思考这部著作并没有能够消解我的疑惑，相反，在某种意义上更是强化了我的困惑。以下就是我当时在译序中提出的问题（个别措词有所修正）：

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。问题不在于法律本身的善恶、法律史如何展开，因为无生命的法律在绝对意义上俯首听命于人类。因此，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5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和规律性。毋庸置疑，他们的确发现了许多。然而，这些必然性和规律性又隐藏了什么呢？是某个特定历史时期的政治经济需要？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，人的自我认知有限性，人的自我辩解本能（常常体现为特定阶段的科学结论）和强大的依赖心理则遮蔽了一个更为深层的现象，即法律作为一种社会治理或控制手段，乃是人类社会化过程中的一种反自然的选择。对某种行为选择所作的事后论证，并不能说明这种行为选择一定就比另一种行为选择更合理或更正确。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，人们是否有可能做出其他更佳的选择，正如我们不能期求人类返朴归真到赤身裸体的原始状态一般。据此，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？

法律的外部框架的确辉煌。从《查士丁尼国法大全》、《拿破仑法典》到《德国民法典》等立法创制，法律制度在芸芸众生眼里已相当完备，似乎已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调适性反应的冲动。然而，法律所标示的自由、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呢？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，而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确定？

人依崇权威，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确立了自己的超人权威，诸如俄林波斯圣山的众神、安拉和上帝等等。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而把法律视作精神权威？这种现象背后的人的心理转换机制是什么？权威转移所依赖的人的认知心理结构的性质又是否会导致权威的动摇？

此次应出版社之约完全重译博登海默先生这部著作，不仅使

我有机会在重新翻译的过程中对原译本进行修定（包括将所有的注释改为更便于读者阅读和查证的形式），而且还使我有机会又直接面对十多年前深感困惑的问题。但是坦率而言，虽经这些年的思考和研究，我依旧感到无力从知识上对这些问题做出明确的回答，而关键的原因，现在看来，可能主要在于我当时提出这些问题的方式。然而需要指出的是，提出问题的方式的改变本身——包括这次重译/思考的实践——并不能当然地消解掉贯穿或支配这些问题的内核，亦即我对法律和有关法律论述的疑惑。所幸的是，这些年对知识社会学和政治哲学的研究，伴以对法律和法律哲学的持续关注，则有可能使我对这些问题作出更为具体的勘定，并将在专门的论著中讨论这些极为繁复的问题。这里需要强调的是，阅读/思考的实践若能开放出一些较具理论意义的问题并透过这些问题使人们能够对那些原本被视为当然而不被质疑的现象以及潜藏于这种现象背后的逻辑进行追问，一定比那种对繁复问题做自以为是的简单回答或者干脆把这些问题搁置起来而不做任何反思和批判的作法更具意义，因为这才符合作为知识分子的自由思考的原则，一如福科在《知识考古学》中所言：“……我要在这座迷宫中冒险，更改意图，为迷宫开凿地道，使迷宫远离它自身，找出它突出的部分，而这些突出部分又简化和扭曲着它的通道，我迷失在迷宫中，而当我终于出现时所遇到的目光却是我永远不想再见到的。无疑，像我这样写作是为了丢面子的远不只我一人。敬请你们不要问我是谁，更不要希求我保持不变，从一而终：因为这是一种身份的道义，它支配我们的身份证件。但愿它能在我们写作时给我们以自由”。

邓正来

1998年12月9日

于北京北郊未名斋

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、法学研究者和那些可能希望了解立法者和法律解释人员所面临的基本问题的广大读者有所助益。

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。有关这些价值的重要性序列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，所有法律制度都主张上述价值应当服从有关公益方面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，尽管社会秩序会因社会和经济制度的特定性质不同而

呈现出不同的表现形式，我却依然相信，一种完全无视或根本忽视上述基本价值中任何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。

上述结论所依赖的预设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。几乎每个个人都有实现自我和发展个人的冲动，而这种冲动又常常在那些旨在实现其生活目标的自主行为中得以表现。正如马克思和恩格斯在《德意志意识形态》一书中所提出的：

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，植根于人性的个人主义成份之中。自由感驱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。对平等的要求则促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取向是相互补充的。人需要社会交往，因为它使其生活具有意义、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公共活动，他

便会产生失落感，在一个纷繁复杂、人口密集的当今世界中，尤其如此。然而，社会冲动未必就能使一个个人与业已确立的社会秩序达致和谐。苏格拉底、柏拉图、卢梭、杰斐逊、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对个人的这样一种认识，即完全凭靠他个人的努力，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找到原因。我们不能说这种认识完全是教育和经验的结果，也不能说它完全是诸种环境因素的结果。事实上，人自有一种与生俱来的能力，它能够使个人在自我之外构造自己，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，人就将在非理性的、自私自利和抑或受本能支配的大漩涡中茫然失措，进而在人与人之间导致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，对个人行为施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取向和潜能方面是遗传性的，但是它们在个人生活的各个阶段中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。

虽然上述文字中的最后一句话可能过于极端，但是有一点却可能是真实的，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，强化自我和增进价值感，并发展自己的才能以使自己成为一个有能力为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的，尽管社会化的过程需要始于个人生活的早期阶段。

这幅人之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，而完全或几乎完全是由环境的力量构成的。依据这一理论，一个信奉个人主义的社会便可能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；而一个倡导集体主义的社会则可以试图塑造人们，使他们成为整个社会的从属部分并促使他们把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。

上述异议中存在着某种合理性，但并不完全是真理。它的正确之处在于，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能动力量，会因伦理教育和行为限制而受到决定性的影响。一个社会有可能会尽全力去促进人们追求个人幸福、鼓励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

互动作用，似乎对任何极端的个人化政策或社会化政策都施以了限制。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理念，因为它植根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，其法律制度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。虽然美国宪法的核心在于承认个人权利，但是美国最高法院却同时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施以限制的权力。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，在将来的某一天，这个世界上的各国政府和人民能够就最符合人类需要和愿望的社会和经济制度的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一种政策让路，即努力协调个人的目的与社会的目的并全力促进经济繁荣、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 年修订版前言

本教科书自 1962 年出版到现在，已有 12 个年头了。在此期间，分析法理学和价值法哲学 (legal philosophy of values) 都获得了重大的发展，而这些观点已被收入此版的历史部分。本书的第二部分，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，该版对法律的心理根源、正义观念的概念范围和实质成份、法律有效性的标准等问题给予了更多的考虑。本书的第三部分，即关于法律方法问题的讨论，所做的修改比较少。此版对法律推理程式 (modes of legal reasoning) 所做的更加详尽的分析，代替了原版中的法律逻辑一节，从而对价值判断在审判过程中的作用作了必要的重新估价。

整个修订版，还参考了 1962 年版以来法理学领域发表的重要著作和论文。

埃德加·博登海默

1974 年 6 月于加州戴维斯

1962 年版前言

构成本书部分核心内容的我的一部早期著作（《法理学》1940年版），曾指出我的目的是要“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学学生或研究者提供帮助”。本书的目的基本亦是如此，虽然大部分内容已完全重写，所论范围也大大扩展了。本书对我的早期著作所未论及的许多法理学的问题予以了关注，并且增加了一个全新的部分，其标题为“法律的渊源和技术”。当然，本书的这一部分主要是，但也不完全是为那些对法律的方法论和审判过程的特点与工具性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，而且主要是依据编年史脉络对它们进行了重新组织。读者会很快发现，这种历史的介绍在很大程度上是描述性的，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做出批判性的评价。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作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性问题所作的论述，乃是以某些蕴含在我研究法理学问题的进路中的哲学假设和方法论假设为基础的。这些假设中最基本的一点也许是这样一种观点，即任何法理学专业论著都不应当回避或忽视那些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

律的功能乃在于促进这些人类价值的实现，因此，如果法律理论和法律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在对法律秩序基本问题的讨论过程中受想象和情感偏好的支配。相反，法理学学者应该坚奉独立的、客观的标准，因为这种标准能告诫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来。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，并且须根据新的发现和经验进行新的考虑。但是需要指出的是，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，但是这并不能够证明存在着那种禁止我们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、社会学成份、历史成份和分析成份。在一部介绍性的专著中同时研究这一学科中的各个面相是不可能的。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、法人人格等概念），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学观点、社会学观点和经济学观点，本书也只能进行粗略的讨论。人们能从埃利希、庞德、费希纳、弗里德曼及其他学者的著作中获得他们对法理学这一领域的极具价值的洞见。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秩序所应当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一重要的法律思想领域进行讨论。

作者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,而且还给予了作者以极大的智识激励。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。她还为本书拟制了索引。最后但不是最不重要的是,作者还要对多萝茜·阿莉斯·考克斯小姐和玛·丁·莱斯莉夫人深表谢意,她们为整理本书的手稿付出了艰辛的劳动。