

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

法哲学与 法社会学论丛

(七)

2004

郑永流 主编

Archives for Legal Philosophy
and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie
und Rechtssoziologie

中国政法大学出版社

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

(七)

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛.7/郑永流主编.—北京:中国政法大学出版社,
2004

ISBN 7-5620-2654-8

I.法... II.郑... III.①法哲学-文集②社会学-文集
IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 107836 号

.....

书 名 法哲学与法社会学论丛(七)
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 850×1168 1/32
印 张 16.625
字 数 395千字
印 数 0 001-3 000
版 本 2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2654-8/D·2614
定 价 32.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

编辑委员会

Editorial Board

主 编 Chief Editor

郑永流 中国政法大学

Zheng Yongliu China University of Political Science and Law

副主编 Vice - Chief Editor

舒国滢 中国政法大学

Shu Guoying China University of Political Science and Law

委 员 Editors

陈弘毅 香港大学

Albert . H. Y. Chen The University of Hong Kong

程春明 中国政法大学

Cheng Chunming China University of Political Science and Law

杜钢建 国家行政学院

Du Gangjian National School of Administration

方流芳 中国政法大学

Fang Liufang China University of Political Science and Law

龙卫球 中国政法大学

Long Weiqiu China University of Political Science and Law

乌尔弗里德·诺伊曼 德国法兰克福大学

Ulfrid Neumann Universität Frankfurt am Main, Deutschland

戚渊 中央财经大学

Qi Yuan University of Central Finance and Economy

胜雅律 瑞士联邦比较法研究所

Harro von Senger Schweizerisches institut für

Rechtsvergleichung, Schweiz

夏勇 中国社会科学院

Xia Yong China Academy of Social Science

郑成良 上海交通大学

Zheng Chengliang Shanghai Jiaotong University

朱景文 中国人民大学

Zhu Jingwen Renmin University of China

朱苏力 北京大学

Zhu Suli Peking University

特约编辑 Contributing Editor

李辉 Li Hui

学术秘书 Assistant

泮伟江 Pan Weijiang

目 录

主题研讨：法律关系研究

- 萨维尼论法律关系
 [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著 田士永译 (1)
私法上法律关系的结构 刘岸 (28)
权利客体理论研究——以拉伦茨为中心 朱虎 (67)

法律思维与法律方法

- 法律论证理论
 [德]赫尔穆特·吕斯曼著 张青波译 (105)
法官如何思维?
 ——兼评 (2002) 湖民初字第 432 号判决
 赵仁洋 (144)

法哲学研究

- 独立的法律研究对象之确立——分析法律实证主义
本体论之检讨 陈景辉 (169)

法社会学与法人人类学

- 法律与社会变迁：以半自治社会领域作为适切的研

- 究主题
- [美]萨莉·法尔克·穆尔著 胡昌明译 (207)
- 法社会学在中国早期发展史略 韩亚峰 (239)
- 在文化的变迁中保护和促进人权：基于民族文化个
案的实证研究 董皓 (280)

蓟门学园

- “蓟门学园”第二辑引言 (303)
- 国际法的强制性——WTO 的视点 李居迁 (306)
- 《国际法的强制性》讨论会纪要 吴宏耀等 (336)
- 司法三段论与类推
——考夫曼《类推与“事物的本质”》讨论会（一）
..... 朱庆育等 (352)
- 规范与事实之间
——考夫曼《类推与“事物的本质”》讨论会（二）
..... 吴宏耀等 (384)

人权问题

- 人权的哲学基础
- [美]杰罗姆·J·舍斯塔克著 王宏哲译 (416)
- Freedom of Movement, Social Classes and Legal Equality
in China Xu Guodong (456)
- How to Establish Human Rights in the Constitution of PRC
..... Zheng Yongliu Cheng Chunming Long Weiqiu (480)

CONTENTS

SUBJECT DISCUSSION: JURAL RELATIONS

Friedrich Carl von Savigny

Jural Relations (1)

Liu An

On the Structure of Jural Relations in Civil Law (28)

Zhu Hu

Research on the Theory of the Object of Right
—Around Larenz (67)

LEGAL THINKING AND LEGAL METHOD

Helmut Rüßmann

The Theory of Legal Argument (105)

Zhao Renyang

How does a Judge Think
—A primary research based on a case (144)

STUDIES OF LEGAL PHILOSOPHY

Chen Jinghui

- Independent Object of Legal Studies: A Re – examination
of Ontology of Analytical Legal Positivism (169)

SOCIOLOGY OF LAW AND ANTHROPOLOGY OF LAW

Sally Falk Moore

- Law and Social change: The Semi – Autonomous Social
Field as an Appropriate Subject of Study (207)

Han Yafeng

- The Sketch of the Early Development of Sociology of Law
in China (239)

Dong Hao

- Promoting and Protecting Human Rights in Transformations
of Culture: An Empirical Cases Study in Minority
Region (280)

JIMEN ACADEMY

- Introduction of Jimen Academy II (303)

Li Juqian

- On the Enforceability of International Law (306)

- Forum on “On the Enforceability of International Law”
..... (336)

Zhu Qingyu. etc

Syllogism and Analogy

—Forum on A · kaufmann; Analogie und “Natur
der Sache” (I) (352)

Wu Hongyao. etc

Between the Norm and the Fact

—Forum on A · Kaufmann ; Analogie und “ Natur
der Sache” (II) (384)

FORUM ON HUMAN RIGHT

Jerome J. Shestack

The Philosophic Foundations of Human Rights (416)

Xu Guodong

Freedom of Movement, Social Classes and Legal

Equality in China (456)

Zheng Yongliu Cheng Chunming Long Weiqiu

How to Establish Human Rights in the Constitution of

PRC (480)

主题研讨：法律关系研究

萨维尼论法律关系*

[德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著
田士永** 译

目 次

- 一、法律关系概说
- 二、法律关系的本质
- 三、法律关系的种类

一、法律关系概说^[1]

对于当代罗马法，我们研究的基础是确定它所包括的法律渊源。为了完成这项工作，有必要对法律渊源的本质（Natur）进

* 本译文根据以下版本译出：弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）：《当代罗马法体系》（System des heutigen Römischen Rechts），第1卷，1840年，柏林（Berlin）（以下简称，萨维尼：《当代罗马法体系1》）。

** 法学博士，中国政法大学副教授。

[1] 前引萨维尼著：《当代罗马法体系1》，第4节“法律关系”，第6—8页。本节系该书第1编“当代罗马法的渊源”第2章“法律渊源的一般本质”部分的第1节。——译者注

行一般研究。

如果我们考虑一下包围或者充满我们现实生活的法律状态，我们首先就会发现其中各个人（Person）都有一种权力（Macht）：他的意思支配的一个领域，我们同意该支配。这种权力，我们称之为该人的权利（Recht），它与权限（Befugniß）含义相同：有些人称之为主观意义上的权利。这种权利首先表现为一种可以看得见形式，如果它被怀疑或者有争议，它的存在及其范围就会通过法官的判决被承认。仅仅从这一个准确观察，我们就可以发现，只是在偶然的情形才需要判决这种逻辑形式，它并未说明事物的本质（Wesen），不过是所需要的一个深层次基础。我们从法律关系（Rechtsverhältnis）^[2]中就可以发现这些。在法律关系中，任何权利只是特别的、通过排除了某些方面的而描述的一种抽象，因此，关于各项权利的判决本身只是由于从法律关系的整体观察出发才有可能真实并且有说服力。法律关系具有一种有机本质，这一点一方面表现在与之相互负载的或者互为条件的要素上，另一方面表现在我们同样可以察觉的它的进一步发展上、确立和消灭的种类上。法律关系在有些情形具有这种鲜活的结构，它是法律实践（juristischen Praxis）的精神因素，将法的高贵使命从纯粹必然过程中区别出来，由此可以发现许多不为人所熟悉的内容。对于这一个重要的题目不能在简单的一般意义上理解，而只能根据其内容整体来对其进行观察。也许通过以下的例子进行说明并不算多余。著名的“兄弟诉案”（L. Frater

[2] “Rechtsverhältnis”如何翻译，这里主要考虑的是“Recht”一词的译法。如果“Recht”译作“法律”，“Rechtsverhältnis”就应译作“法律关系”，如果“Recht”译作“权利”，“Rechtsverhältnis”就应译作“权利关系”。本译文将“Rechtsverhältnis”译作“法律关系”，主要是考虑中文习惯。——译者注

a fratre) 涉及的案情如下。兄弟二人均处于父权之下。一个借钱给另一个。受领人于父亲死后偿还了所借款项, 他问自己能否作为错误支付而请求返还已经支付的金钱。此处, 法官仅就是否存在非债清偿给付返还之诉作出判决。为了能够实现这一点, 就必须就当时法律关系的整体观察。其中的各项因素是: 对兄弟二人的父权、一个借钱给另一个、债务人从其父获得的特有产 (Peculium)。由这些因素构成的法律关系由于父亲的死亡、继承遗产而进一步发展到借款偿还。由这些因素就可以得出法官所要作出的判决。

二、法律关系的本质^[3]

关于法律关系的一般本质, 以及区分国家法和私法后二者的关系, 前文已经论及 (第 4 节、第 9 节)。对于属于私法的法律关系的本质, 这里将进一步阐述。法律关系属于我们讨论范围之内, 这里将直接对其进行说明, 而不需要进行任何附加限制。

生物人 (Mensch) 存在于外部世界, 这种情况下最重要因素是与那些与其本质和目的 (Bestimmung) 相同者发生接触。这种相互接触本质上是自由的, 它需要双方相互支持而不是相互阻碍各自发展。要实现这一点, 有一种可能的方式, 那就是承认存在一条看不见的边界, 该边界的存在和效果在于, 边界内的个人有一个安全、自由的空间。确定这一边界并确定该自由空间的规

[3] 前引萨维尼:《当代罗马法体系 I》, 第 52 节“法律关系的本质”, 第 331—第 334 页。本节系该书第 2 编“法律关系”第 1 章“法律关系的本质和种类”的第 1 节。——译者注

则，就是法（Recht）。〔4〕同时，由此还可以看出法与道德（Sittlichkeit）的相似性和区别。法服务于保障道德的效力，但不是执行其命令（Gebot），而只是执行其中包含的个人意思的自由实现。其存在（Daseyn）是独立的，因此，如果在个别情形出现事实上既存法的不道德行使，并不矛盾。

法的要求和存在，是我们状态的不完全性的延续，但不是与偶然的、历史的不完全性的延续，而是与我们存在的当下阶段密不可分地联系在一起。

为了发现法的概念，很多人从相反的立场出发，也就是从不法的（der Unrechtes）概念出发。不法是他人自由对某人自由的破坏，阻碍了生物人的发展，是一个应予防卫的祸害。对于这种祸害的防卫就是法。对此应当说明的是，为了解救其他人，有些人认为，可以借助于理智地达成协议从而使每个人都放弃一部分自由；另外一些人则认为，可以借助于那些自己就可以制止生物人所具有的相互破坏倾向的外在强制机构。他们采用了将否定方面置于首位的方法，这样处理就像是为了认识生活规律而从生病的状态出发一样。一种适当的流行观念认为，国家作为一种防卫措施并不必要，而不是像我们认为的那样美妙和牢固，对于这种正当防卫可以除去不要。

现在从既有立场看，任何一项法律关系都是由法律规则规定的人与人之间关系。通过法律规则所进行的确定，属于依赖于个人意思的领域，该领域内，个人意思独立于他人意思而居支配地位。

〔4〕 由于核心词是“规则”，所以这里“Recht”译为“法”而未译作“权利”。之所以译作“法”而未译作“法律”，主要是考虑“Recht”与“Gesetz”的区别。——译者注

因此，可以把任何法律关系区分为两部分：首先是题材（Stoff），也就是关系（Beziehung）本身；其次是关于该题材的法律规定（rechtliche Bestimmung）。第一部分，可称之为法律关系的实质因素，或者就作为法律关系的单纯的事实。第二部分，可称之为法律关系的形式要素，也就是法律规范对事实关系的进行评价而得出的结论。

人与人之间的所有关系并不全都属于容易接受并需要接受法律规则评价的法律领域（Rechtsgebiet）。关于这一方面可以分为三种情况。人之间的关系或者全部、或者全部不、或者部分属于法律领域或者需由法律规则支配。第一类的例子是所有权，第二类的例子是友谊，第三类的例子是婚姻，婚姻部分属于法律领域，部分不属于法律领域。

三、法律关系的种类⁵⁾

法律关系本质被规定为个人意思独立支配的领域（第52节）。这样，我们首先就需要考察意思可能作用的标的（Gegenstände），也就是可以实现其支配的对象，从而可以对法律关系可能有的不同种类作出大体区分。

意思首先是对本人发生作用，其次是对外发生作用，也就是我们所谓的有意识者与外部世界的关系。这是可以发生作用的能够想到的一对基本矛盾。外部世界一部分是由不自由的自然组成，一部分是由具有同样自由本质的有意识者组成，后者也就是他人。这样，对我们讨论的问题进行简单的逻辑思考，就可以发

[5] 前引萨维尼：《当代罗马法体系1》，第53节“法律关系的种类”，第334—345页。本节系该书第2编“法律关系”第1章“法律关系的本质和种类”的第2节。——译者注

现，意思支配的三种主要标的：本人，不自由的自然，他人；据此，就像我们看到的那样，所有的法律关系都必须分为三种主要类型。以下就分别考察各个标的，首先考察作为特殊法律关系的标的的本人。

下述观点流传很广。人们说，生物人自其出生时起，只要他活着，对他自己就有必要享有而且不能废止的法，该权利可称为原始权利（das Urrecht）。〔6〕与此相对的其他法，即该人后来并且偶然从他人处获得的法，他是临时性的，可以称为取得权利（das erworbene Recht）。人们在这一观点上走得很远，以至于认为生物人对其精神力量（Geisteskräften）也存在一种所有权（Eigentumsrecht），由此推导出所谓的思想自由（Denkfreiheit）；但这一点绝不能理解成为一种某人干涉他人思想、或者反过来被干涉可能性，不能以行使前述所有权那样的各种方式进行干涉。人们也曾经将其限制在一个可以理解的范围，也就是人对其可以看见的外在现象有所有权，例如生物人对其躯体及其肢体有所有权。这样做对于排除各种可能的侵害当然是有意义的；但它却会导致承认对自杀的权利这样一个结果，这一点是无益的，应当抛弃。某人对其本人的原始权利之所以被错误接受，真正因素如下。首先，生物人对其自身及其能力的合法权力，可能并且也应该不受怀疑；还有其他，该权力是所有真实权利的基础和前提，例如，所有权和债权对于我们的意义和价值仅在于它是我们自己的人的能力的一种人为延伸，作为我们为自己的自然本质而人为添加的一个器官。仅仅是关于我们自己的每一项权力，不需要实定法予以承认和限制，前述见解不妥之处在于，将自然权力与胡

〔6〕“Urrecht”、“das erworbene Recht”以及下文相关表达中“Recht”译作“权利”而未译作“法”，主要考虑符合汉语习惯。——译者注

乱提出但并不必要的人为延伸相比较并将二者等量齐观。其次，许多现实的法律制度（Rechtsinstitute）的出发点是寻求保障生物人的自然权力以使之免受他人干预。其中，很大一部分属于刑法，同样，民法中也有为数不少这样的制度，例如，旨在防止对婚姻的侵犯者，防止诈欺者，防止背离目的的力量，此外还有其他可能的法律救济（possessorischen Rechtsmittel）。所有这些法中，人的不可侵犯性是最后的理由；尽管如此，它们不能被视为这一不可侵犯性的纯粹发展，相反，它们构成全部实定法律制度，各法律制度中关于这一不可侵犯性的特别内容完全不同。如果人们还愿意将其视为作为对人本身的法，通过这一名称（Bezeichnung）反倒模糊了其真正的自然。反复有人认为，所有法律制度的出发点都是相同的，这是令人可怕并且应当说明的：一般