



法律哲学与一般法理学丛书

丛书主编 汪习根

法律科学：

作为法律知识和法律渊源的法学说

Scientia Juris:

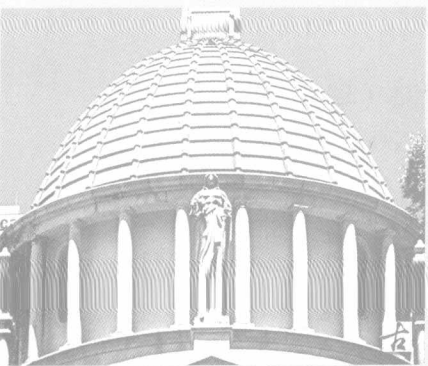
Legal Doctrine as Knowledge of Law
and as a Source of Law

[瑞典] 亚历山大·佩岑尼克 著
桂晓伟 译



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



法律哲学与一般法理学丛书

丛书主编 汪习根

法律科学：

作为法律知识和法律渊源的法学学说

Scientia Juris:

Legal Doctrine as Knowledge of Law
and as a Source of Law

[瑞典] 亚历山大·佩岑尼克 著
桂晓伟 译

图书在版编目(CIP)数据

法律科学:作为法律知识和法律渊源的法律学说/(瑞典)亚历山大·佩岑尼克著;桂晓伟译. —武汉:武汉大学出版社,2009.9

法律哲学与一般法理学丛书/汪习根主编

ISBN 978-7-307-07291-6

I. 法… II. ①佩… ②桂… III. 法学—研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第154627号

著作权合同登记号:图字17-2006-047号

Translation from the English Language edition:

A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence

By Enrico Pattaro, Hubert Rottleuthner, Roger A. Shiner, Aleksander Peczenik, and Giovanni Sartor

Copyright © 2005 Springer, The Netherlands Springer is a part of Springer Science + Business Media
All Rights reserved.

本书属“法律哲学与一般法理学丛书”之一,由斯普林格出版公司授权武汉大学出版社由英文翻译成汉语出版。未经出版者书面许可,不得以任何方式复制或抄袭本书内容。

责任编辑:胡 荣

责任校对:黄添生

版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:通山金地印务有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:21.25 字数:303千字 插页:2

版次:2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

ISBN 978-7-307-07291-6/D·935 定价:40.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

总 序

本丛书由素有法哲学领域的奥林匹克大会之称的国际法律哲学与社会哲学协会（IVR）隆重推出。2005年，第22届IVR大会在离地中海不远的西班牙古城格纳拉达隆重举行。会议引人注目的一个议题就是由当代最有影响的法社会学家之一——哈贝马斯领衔主持本丛书的首发式，隆重推出这一法律精品。

这套丛书由当今世界法学界的顶级人物罗纳德·M. 德沃金、劳伦斯·M. 弗里德曼等担任顾问；由前后几任国际法律哲学与社会哲学协会主席以及重量级学者分别撰写，他们主要来自欧洲大陆；并由世界上著名的出版商——施普林格出版社出版，首批包括五大理论卷册：1. 恩里科·帕塔罗（Enrico Pattaro）：《法律与权利：对应然之现实的重新评价》；2. 休伯特·洛特路斯勒（Hubert Rottleuthner）：《法律的基础》；3. 罗杰·赛勒（Roger A. Shiner）：《法律制度与法律渊源》；4. 亚历山大·佩岑尼克（一译彼彻尼克）（Aleksander Peczenik）：《法律科学：作为法律知识和法律渊源的法学说》；5. 乔瓦尼·萨尔托尔（Giovanni Sartor）：《法律论证：法律的认知进路》。此外，还有历史卷和后续系列，从而形成一个完整的体系。

自古希腊罗马至近代，欧洲大陆以分析法学和自然法学为龙头在世界法理学领域独领风骚千百年。但是，在现代社会，随着以哈特和富勒为代表的英美法理学大家源源不断的涌现，欧陆法理学的霸主地位已经风光不再，尽管以哈贝马斯为首的法社会学以及后现代法学红极一时。不过，历史似乎是一个个轮回的组合，此所谓螺旋式上升。本丛书试图以欧陆人特有的哲学睿智和繁复逻辑力挽狂澜、在弘扬欧陆法哲学之传统底蕴的基础上重整昔日雄风。由意大

利波伦那大学法学院恩里科·帕塔罗教授担任本套丛书的主编，本身就意味深长！众所周知，波伦那大学是在1088年建立起来的世界上第一所近代意义的大学，正是在这块沃土上孕育出了注释法学派。尽管14世纪以后日渐衰微，但时至今日，依然以其特有的风格、悠长的历史而成为法律学人“梦中的精神家园”。1995年6月在此举行了IVR第17届世界大会，帕塔罗教授正是在这次会议上当选为IVR国际主席。一直以来，他们计划着在法哲学领域里有所作为，而这些大部头的作品或许就是这一追求的开端。

停留在找寻“失落的世界”层面是远远不能获得满意答案的，尽管创新与重构是何等的困难！基于一个系统论的构造，精心设计出来的这个系统工程，如同一部精巧的机器相互配合、相互协调一致。从方法论上看，采用了“理论”、“超理论”和“历史”的标准加以分类，体现了实质主义、形式主义和历史主义的三重组合。其中，第一卷可以说是理论、超理论、历史的混合，特别是对理念的历史综述；第二卷是超理论的；第三卷是理论的；第四卷是半理论、半超理论的；第五卷是超理论的。^①而俯视全卷，无非是在正当性与规范性之间求证新的意蕴与界域。前两卷在理论深层为正义而探秘，后三卷则似乎与价值无涉，重新阐释了法的制度与规范意义；且又细化为分别研究严格制度化的法律渊源和准制度化的法律渊源及其衍生的种种法律学说。

作为开篇的《法律与权利》，对法律与权利这对看似古老其实不然的范畴进行的探究，恰如其置于首卷的地位一样，具有统揽全局之功用。简言之，其过人之处在于“正本清源”，包括“四源”：“语源”、“史源”、“权源”与“法源”。采用语义学、社会学、心理学和历史学的分析工具，从对权利与法律的词源考证与英译之错漏入手，探寻了法源与权源，为法律与权利进行了“正名”，并提出了自己的定义——一种折衷主义的理解。在法、德、意和西班牙文字中，与英文的“法”（law）相对应的分别是 *droit*, *Recht*,

^① Enrico Pattaro, *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer 2005, Editor's preface, p. X-XX.

diritto 和 derecho。后者均是多义词，意指“法”或“权利”，或者兼具两重意义。而英文中的“法”（law）则与“权利”（right）并无语义上的血缘关系。而在翻译时，将“法”（law）译为客观法律或客观权利（objektives Recht），将“权利”（right）译为主观法律或主观权利（subjektives Recht）。于是权利与法律便混为一谈了。比对阿奎那、凯尔森等大师作品的英文翻译与原文之不同，在英语世界是如何一步一步误解欧陆法哲学思想的事实便一目了然了。分析法学的集大成者凯尔森于1943—1944年赴哈佛大学工作了两年。“20世纪法哲学系列之美国法学院联合会的翻译和出版委员会”提供了用于翻译其德文手稿的“翻译基金”，这一翻译被授权给斯堪的纳维亚法律现实主义的代表人物 Axel Hagerstrom 的学生 Anders Wedberg，这位30岁的青年人为凯尔森担任翻译，在哈佛期间，在《国家与法的一般理论》的德文手稿的英文翻译中犯了这个错误。^①类似的错漏与疏忽是大量存在的。正是一系列关于权利与法律的简单、片面甚至偷换概念式的翻译、理解与传播，导致了多少年来人们对它们的广泛曲解。为此，还必须从“史源”的意义上加以追根溯源。以荷马史诗为线索，通过考察千万年欧陆文明史，从规范主义、自然与文化诸方面全面解析法律与权利的演化脉络及现实图景，形成了关于权利的三种应然含义和一种实然意味——作为规范内容的权利、作为主体资格的权利、作为规范上的主动地位的权利和与错误（wrong）相对称的权利，以及关于法律的新概念，即“现实主义的和规范主义的，但不是完全的规范主义”的概念，从而，在超越自然法学与分析法学的道路上迈出了令人称奇的一步。

风格迥异的“法律基础”分析，体现为一种综合性的观察视角与独特的分析进路。在第二卷《法律的基础》中，作者既不赞同单一基础主义的分析法，也无意卷入当下时髦的后现代主义的多元论之中进行所谓“元一元”对话，而是选取了第三条道

^① Enrico Pattaro, *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer 2005, p. 355.

路——“多基础主义”（multifoundationalism）。在探讨法律之“基础”时，应当区分基本、基础性的概念，法律的规范基础、认识论基础等概念。可从逻辑与认识论、道德与合法性、历史与遗传性，以及众多有关的法外基础多个角度理解法律的基础。但是法律的“解释学基础”是本书分析的核心，旨在洞悉用以解释法律产生、发展和作用的变量体系。这一基础就是“为了解释法及其内容的起源、创造和发展而涉及的经验因素、变量和特征”。^①在“基础”这一词的层面上界定了“法律基础”这一概念后，探析了影响法律基础的内部因素和外部因素。此外，作者在详细介绍了凯尔森的法律分层理论，卢曼的法律自创生理论以及富勒的法律内部道德理论的基础上，提出了法律的“内部基础论”，并论述了反本质主义。

由国际法哲学协会加拿大分会主席、加拿大不列颠哥伦比亚大学法学院教授罗杰·塞勒主编的第三卷《法律制度和法律渊源》，在反思现代分析法学之不足和缺陷的基础上，对法律制度和法律渊源进行了富有新意的探讨。从界定“法律渊源”的定义入手，在批评了现代分析法学对“法律渊源”的定义偏见之后，提出法的渊源即指“严格制度化的渊源”，用自己的法哲学观点从“严格制度化的渊源”的角度对大陆法系的法律渊源进行了分析，并揭示了普通法体系中的法律渊源：立法、判例、习惯以及授权立法、宪法尤其是其中的人权法案，还剖析了国际法的渊源，以及各种法律渊源在法律体系中是如何发生作用的。最后通过对法律渊源来说至关重要的“法律权威”概念加以分析，提出了一个“后—后现代主义者”（post-post-modernist）的结论：尽管社会构建了法律权威，但是，法律权威并不能与政治、社会文化权威等量齐观，它不过是一种立足于严格规范之上的奇特的权威形式。这一分析似有复古主义之嫌。

如果说上述论述是以严格规范分析为视角，那么，佩岑尼克在第四卷《法律科学：作为法律知识和法律渊源的法学说》中采

^① Hubert Rottleuthner, *Foundations of Law*, Springer 2005, p. 5.

用的则是一种准制度化的研究路径。前者可称为“强规则主义”，后者可名之曰“弱规则主义”。法律科学或法律学说被分解为作为“法律知识”和作为“法律渊源”学说两种类型。作者以准制度化之弱规则主义的分析方法对法律科学进行了综合性的研究。不仅从一般法律学说进行了高度的理论抽象，而且难能可贵的是，从特殊法律学说的角度进行了细致入微的个案解密，包括财产法、合同法、侵权法、刑事法诸多法律部门的法理学问题。对已有法律学说的批评与辩护直击要害、颇具见地。例如，通过对历史上的“强自然法”（Strong Natural Law）和“弱自然法”（Weak Theories of Natural Law）理论，“排他性法律实证主义”（Exclusive Legal Positivism）和“包容性法律实证主义”（Inclusive Legal Positivism）理论进行评论，进而从多元学说的视角综合审视法与道德的关系；并尝试在权衡和取舍之后寻求法律学说的一致性理念及其与正义的关联性，别具匠心地提出并研究了法律的融贯性命题，从而，将法理学说最终提升到始原意义上加以追问，揭示了法学说的元理论和本体论问题。

作为法律的一条认知进路，法律推理或法律论证是近几十年来引人关注但亟待深入研究的领域。乔瓦尼·萨尔托尔在《法律论证：法律的认识进路》中再现了源自历史久远的古波伦那的学术风采。其实，无论是自然法和法律实证主义的长期对立，或者19世纪概念主义和社会法学的争论，还是20世纪法律形式主义与法律现实主义的冲突，无一不以此作为主要战场。这一论著的创新在于：一是视角迥异。这个视角建立在这种假设上：法律推理可以被视为一种更加广泛的人类能力的应用，即实践认知或实践理性，也就是处理信息以作出恰当决策的能力。这种宽阔的视域避免了囿于规范文字本身的思维缺陷，旨在回归真实的社会生活，以便于从我们的日常实践性观念中通过实践推理发现出法的真谛。二是方法系统。试图将不同的法律思维模式整合进一个综合性的图景之中。囊括哲学、逻辑、心理学、认知科学、人工智能、博弈和决策理论这些非法学方法与法律价值、原则、规则等法律方法两大方面。通过特别关注并深刻解析义务的类型、霍费尔德概念（Hohfeldian con-

cepts)、规范性条件、法律行为和权力、法律渊源、论证和理论建构，为法律推理的基本形式提供一个更为精准的描述。

本套丛书体系宏大、观点纷呈，无论是结构安排、论证过程还是学术结论，都令人赞赏。但是必须指出，这并不意味翻译者完全同意其中的全部思想观点，也不表明翻译者的学术旨趣与研究取向与原作者完全一致。

本书的引进与翻译得益于中国法学会副会长张文显教授率领中国法学会代表团出席第22届IVR大会。这是一次难忘的旅行，代表团一行共12人，包括张文显教授、朱景文教授、邓正来教授、谢晖教授、杨春福教授、徐亚文教授、黄文艺教授、杜宴林教授、孙文恺博士、周晓虹博士、潘新艳女士和我。记得2005年5月22日我们在法国巴黎戴高乐机场转机时，正好遇见当时的IVR主席佩岑尼克与我们同时候机赴会。其实，我以前与他并无任何交往，更不知道他们正在组织这个大型的出版计划。在5月23日至6月1日的正式会议期间，我参加了本套丛书的推介会。当从会场出来时正好遇见佩岑尼克，便向他表达了愿意为译介本丛书到中国做点努力的想法，他当即表示赞同。正是在这次会议上，中国法学会正式提出了承办IVR第24届世界大会的申请并获得通过。今年是IVR创立100周年大庆和100年来首次在中国举行大会，以徐显明会长为首的中国法学界为此作出了持之以恒的贡献。值此双喜临门之际，能够推出本丛书的中译本，实在是一件值得铭记的事情！所以，十分感谢中国法学会和以上诸位同仁的共识、友谊与智慧！没有诸位精诚团结与开拓创新之学术精神的鼓舞，本书不可能翻译出版。

武汉大学出版社一直致力于翻译高水平的西方法哲学名著，在我参加第22届国际法哲学大会前夕，特别嘱我留意大会的学术动态与出版信息。随后郭园园女士和游径海先生为版权洽谈、策划引进与推广付出了巨大的热情与努力，而张琼女士所率领的编辑团队精益求精、为翻译、校对与出版而不惜挑灯夜战、牺牲了整个暑假的闲暇时光。这些都是令人难忘的！

本丛书的译者是一批正在学术界奋发进取、开始崭露头角的中

青年法律学人，包括张万洪、项焱、桂晓伟、陈旗、滕锐以及刘晓湧、何苗、张莉、唐勇、武小川等（排名不分先后）。他们绝大部分留学美国哈佛大学、哥伦比亚大学、加州大学伯克利分校、英国诺丁汉大学、丹麦人权研究所等欧美国家的名牌法学院和研究机构，目前在中国有关高校和司法机关从事学术研究、法律实务或博士研习。正是他们对东西方法律文化交流事业孜孜以求、不知疲倦的忘我精神和责任意识，才使本丛书得以如期翻译出版。也许，在现有的评价体系中，翻译对于译者尤其是组织者来说是一件“吃力不讨好”的事情。但是，我们深信，只要能够为法哲学学术的沟通与繁荣作出哪怕是微不足道的工作，这种付出也是值得的。必须感谢这个富有战斗力的和谐团队！

毋庸讳言，翻译的过程是痛苦的，但是翻译中存在的错误、疏漏与缺憾仍是难以回避的。加之时间紧迫，丛书不可能由一个作者全部译出，所以其间的不一致甚至矛盾之处在所难免。真诚地希望翻译界和法律界的各位大家、前辈与同仁不吝赐教，批评指正！

汪习根

2009年8月30日于珞珈山

序 言

任何人离开他人的帮助都不能完成像这样部头的著作。在本书形成时期，我的法律学说理论一劳永逸地受惠于克拉科夫雅盖隆大学（Jagiellonian University in Kraków）已故 Kazimierz Opalek 教授的影响。后来，我有幸与 Aulis Aarnio 和 Robert Alexy 进行密切合作。而 Lars Lindahl 则以一种比我设想得更为深刻的方式帮我剖析了相关问题。

Zenon Bańkowski, Christian Dahlman, Svein Eng, Jaap Hage, Kaarlo Tuori, 以及 Jan Woleński 都以一种非常具有助益和建设性的方式为本书的初稿提出了评论。为了顺应所有这些评论者的意见，我对最初的文本进行了修改。只有在一些特殊或例外情形下，这种修改才不得不割舍——因为其将导致超出本书之限度的复杂而又深奥的（profound）哲学讨论。毋庸赘言，我本人将对本书中的所有错讹承担全部责任。

Giovanni Sartor 以及那些参加了伦德大学法理学研究会（the seminar in jurisprudence at the Lund University）的同仁，特别是 Uta Bindreiter Christian Dahlman 和 David Reidhav 都提出了颇为重要的修改意见。在最终定稿阶段，我还得到了伦德大学哲学研究所 Wlodek Rabinowicz 和 Johannes Persson 以及坦佩雷（Tampere）大学 Matti Sintonen 的启发。伦德大学法律系近年来为我创造了非常好的工作条件。Enrico Pattaro 使得“法律哲学丛书”的整套计划成为可能。

在此，我无法一一感谢所有对本书提供帮助和启发的人。我深知本书提出的问题多于给出的解答。一些解答也肯定是不够完美

的。我期待新一代的学人将会在以后的日子里提出更好的答案。

亚历山大·佩岑尼克

于伦德大学法律系

If we will disbelieve everything, because we cannot certainly know all things, we shall do much what as wisely as he who would not use his legs, but sit still and perish, because he had no wings to fly.

(John Locke)

如果我们因为不能确知万物，就去怀疑万物，那我们的做法就如同一个人因为无翼可飞就不肯徒步行走，而只是坐以待毙一样，那简直太“明智”了。

(约翰·洛克)

目 录

第一章 法律学说与法律理论	1
第一节 导言	1
一、 本书的目的、方法与材料	1
二、 法律学说与法教义学	2
三、 特殊性学说与一般性学说	7
四、 证成、描述与解释	8
五、 法律学说的影响	12
六、 法律研究的种类	15
第二节 一般性法律学说	19
一、 一般性法律学说与规范性法律理论	19
二、 一般性法律学说的可废止性规范	23
第三节 法律的渊源	25
一、 因果关系要素、法律证成与法律渊源	25
二、 法律渊源的分类	27
三、 作为一种法律渊源的法律学说	29
第四节 制定法解释	29
一、 制定法解释中的论据类型	29
二、 系统性论据	31
三、 限制与扩展一个规范的适用范围	33
四、 类推	33
五、 制定法的目的性释义	39
第五节 解释性先例	40
一、 什么是先例的约束力?	40
二、 先例的约束力	42

三、先例的证成或辩护	44
第六节 事实查明之学说	45
第二章 特殊法律学说	47
第一节 初步评论	47
一、法学理论	47
二、公法与私法的区别	51
三、私法的内部体系与外部体系	52
四、私法的原则	53
第二节 财产的哲学与法学理论	56
一、财产的哲学理论	56
二、法学理论——所有权的转移	59
三、本森对财产的形式主义分析	61
四、作为一种财产权学说之工具的哲学	62
第三节 合同的法学理论	64
一、何为正义？何为自由？	64
二、合同的约束力	67
三、道德哲学、经济学与法学研究	68
四、诚信	69
五、假设理论	70
第四节 侵权行为的法学理论	71
一、侵权法之证成或辩护的哲学理论	71
二、欧内斯特·温里布对侵权行为的矫正正义理论	73
三、侵权行为中矫正正义的适可而止的地方性	75
四、法学学说的三种智识性活动	77
五、过失行为理论	78
六、侵权行为的充分性理论	80
第五节 刑法的一些理论	83
一、刑罚的哲学证成	83
二、一些法学问题	86
三、故意犯罪与过失犯罪	88

四、刑法的因果关系	89
第六节 作为主要法学理论的经济分析法学理论	92
第三章 对法律学说的批评与辩护	96
第一节 批评	96
一、革新运动与法律学说的所谓缺陷	96
二、所有规范性理论的所谓非理性	101
三、不确定性与正面合法化	102
四、本体论的模糊性	105
五、未被证成或辩护的规范性主张	108
六、碎片化的风险	108
七、非科学的特征	109
八、批评的哲学背景	111
第二节 对法律学说的辩护	112
一、哥白尼转向：适合于法律学说的哲学	112
二、法律学说的所言所为	114
三、反对批判的哲学背景	115
四、语境上的充分证成与对弱理论的偏好	117
第四章 法律与道德	120
第一节 道德与法律之间的关联	120
第二节 自然法	123
一、强自然法	123
二、晚近的发展：弱自然法理论	127
三、正确性主张	129
第三节 排他性的法律实证主义	131
一、排他性的法律实证主义——规范性意义的成分	131
二、可废止的基本规范、条件性的基本规范与 法律的转型	135
三、有效法律的实证主义判准与非实证主义判准	137
四、提升中的精致化	139

五、政治的合法性，而不是政治的证成·····	140
第四节 包容性的实证主义与实在法命题·····	141
一、法律实证主义是法律学说所固有的吗？·····	141
二、包容性的实证主义与图瑞的批判法律实证主义·····	142
三、有效性的判准与假言命令·····	146
四、被融合的实在法命题的描述性和规范性特征·····	148
第五节 合道德性的证成·····	150
一、实证主义、自然法和道德理论·····	150
二、强道德理论的争议性·····	151
三、强契约论·····	152
四、弱契约论·····	154
五、以社会为中心的道德规范性·····	156
第六节 法律的多元主义和共同理据·····	160
一、唯一正确答案之理想与道德相对主义·····	160
二、文化的多元性·····	163
三、一般核心与共同核心之客观价值的多元性·····	165
第七节 社会的规范性、道德，以及法律·····	168
第五章 法律学说的融贯性·····	170
第一节 权衡与可废止性·····	170
一、法律证成的权衡与可废止性空间·····	170
二、权衡的一般性理论·····	174
三、理性领域的扩展·····	176
四、决定性理由、可废止性理由、规则、原则·····	180
五、可废止性，而非不确定性·····	184
六、法律论证中的逻辑学与诡辩论·····	187
第二节 法律学说的反思平衡·····	190
一、法律学说之广泛的、受约束的和碎片化的 反思平衡·····	190
二、围绕着老生常谈的平衡——哲学性的背景·····	192
三、法律学说之老生常谈的哲学·····	198