

西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编



斯通： 法的综合解读

薄振峰◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

西方著名法哲学家丛书（第一辑）

吕世伦 徐爱国 主编

斯 通： 法的综合解读

薄振峰◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

斯通:法的综合解读/薄振峰著. —哈尔滨:黑龙江大学出版社,2009. 6
(西方著名法哲学家丛书. 第1辑/吕世伦,徐爱国主编)
ISBN 978-7-81129-166-7

I. 斯… II. 薄… III. 斯通, J. (1907~1985) — 法哲学 — 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 090101 号

责任编辑:孟庆吉

封面设计:张 骏

斯通:法的综合解读

SITONG:FA DE ZHONGHE JIEDU

薄振峰 著

出版发行 黑龙江大学出版社

地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号 邮编 150080

电 话 0451-86608666

经 销 新华书店

印 刷 黑龙江省委党校印刷厂

版 次 2009 年 7 月 第 1 版

印 次 2009 年 7 月 第 1 次印刷

开 本 880 mm × 1230 mm 1/32

印 张 5.5

字 数 140 千字

书 号 ISBN 978-7-81129-166-7

定 价 17.00 元

凡购买黑龙江大学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008 年 12 月

目 录

导言 法理学范围的重新界定	1
第一章 法律逻辑、选择的空间与司法创造性	12
第一节 法律体系的稳定与变动	13
第二节 法律逻辑的局限	19
第二章 逻辑、逻辑外因素与法律的发展	26
第三章 法律理性与社会正义	38
第一节 正义与自然法	39
第二节 超越绝对与相对:实用主义正义观	48
第三节 正义的“准绝对”标准和“正义飞地”	55
第四章 法律与正义的社会维度	63
第一节 社会学法学的基本问题	66
第二节 法律对冲突利益的调整	71
第三节 法律是社会—伦理信念与权力的结合	79
第四节 法律、正义与社会控制	84
第五章 综合法学的理论源流	93
第一节 综合法学的先驱者——卡多佐的折中论	93
第二节 柯亨教授的两极说	98
第三节 帕特森的法律关系的综合观	103
第四节 其他法学流派思想中的综合因素	105

第六章 迈向综合法学	113
第一节 对三大法学派片面性的批判	114
第二节 综合的法学研究方法	126
第三节 综合的法律概念	131
结 语 综合:法律的新纪元	141
参考文献	159
后 记	168

导言 法理学范围的重新界定

美国著名法学家哈罗德·伯尔曼在其名著《法律与宗教》中指出,新的时代将是一个“综合的时代”,综合意味着法律新纪元的到来。虽然他的论述是针对西方近代以来法律与宗教之间隐喻的断裂,力图重新综合二者的关系而言的,但他恰也道出了 20 世纪以来西方法学发展的一个趋势,即“综合”。

一、20 世纪法学思想中的综合趋势

在西方法学史上长期存在着三大法学派之间的论战。自然法学从古希腊产生,中经神学自然法、古典自然法,又经一个多世纪的低潮,到 20 世纪出现了复兴之势。从起源到今天,自然法学的内涵及形式多有变化,但强调法是理性的体现,注重研究法的道德原则和价值判断是自然法学的共同特征;而分析法学否认法律和道德的联系,强调依靠逻辑推理对法律概念进行分析;作为法律社会化运动产物的社会学法学注意研究社会事实,强调法律和社会现实的结合,注重法律的社会目的和社会效果。三大法学派分别强调法律的价值、形式和事实,围绕法的一系列问题长期论战,演绎了西方法学史上热闹的竞争场面。

20 世纪以来,在西方法学中悄然出现了一种新的趋势,那就是法学研究的综合趋势。这种趋势的最早预言者是庞德,他号召在西方法学实现“大联合”,这种联合包括法学与其他社会科学的联合,也包括法学各派之间的联合。随着时间的推移,这种综合趋势日益明显。归纳起来,西方法学的综合趋势表现

2 斯通:法的综合解读

在以下三个方面:首先是三大法学派的相互接近与“合流”。自从庞德提出各个法学派别的“大联合”后,三大法学派的代表人物自觉或不自觉地吸收对方的观点,向其他派别靠拢。施塔姆勒的“内容可变的自然法”、富勒的“程序自然法”、哈特的“最低限度内容自然法”、狄骥的“客观法”都体现了三大法学派的“合流”。西方法学综合趋势的第二个表现是一个企图综合三大法学派并与之抗衡的新的法学派别——综合法学的兴起。它的代表人物霍尔、斯通、博登海默、伯尔曼等人批评三大法学派的偏执,主张法律是价值、形式和事实的统一,因此应建立一个将这三个要素结合起来进行研究的“适当的”法理学即综合法学。第三,其他法学派别的代表人物的思想中也体现出这种综合趋势。这在拉斯韦尔和麦克道格尔的法律政策学、斯蒂格·乔根森的多元论法学、佩雷尔曼的新修辞学法学中都有明显的表现。

在综合法学的倡导者中,朱利叶斯·斯通是其中的佼佼者。他在法学殿堂中一生耕耘,在法理学和国际法领域获得了世界性声誉,成为国际级的法学大家。在法理学思想中,他主张要对三大法学派分别关心的问题:形式、价值与社会事实进行综合的研究。斯通也并非简单的倡导综合,仅仅对三个学派进行拼盘式的研究。斯通的研究深入到了这三个问题的内部,不管是在哪个领域,他都有独到的发现。在法律与逻辑的关系中,他发现了逻辑和法律推理的局限性,提出仅凭严格的三段论是不可能得出一个唯一正确的判决的,法官是在“选择的空間”中作出判决的。在作出判断时,他要考虑正义的因素和社会事实的因素。在正义问题上,斯通考察了从希腊和希伯来以来的正义观念,认为这些正义观念都陷入了一种或绝对或相对的既定框架之中,要真正理解正义问题,必须超越“绝对”与“相对”这一既定框架,采取一种实用主义的正义观。他认为并没有一种绝对的正义标准,有的只是“此时此地”的正义,他得出了九个“准绝对”的正义标准,并认为人类争取正义的过程也就

是争取“正义飞地”(enclaves of justice)的过程。在社会学法学一面,他认为,要沟通“实然”和“应然”,法律是保护利益的手段,是一种社会控制的工具,目的在于实现正义,实现和当前的社会事实相联系的正义,即他所说的“正义飞地”。这样,自然法学派、分析实证主义法学派和社会学法学派所分别研究的问题就在他的理论中得到了统一。

二、朱利叶斯·斯通生平简史



朱利叶斯·斯通(Julius Stone)

4 斯通:法的综合解读

朱利叶斯·斯通(Julius Stone)1907年出生于英国约克郡的利兹。其父以色列·斯通(Israel Stone)是出生于立陶宛的犹太人,因为19世纪东欧反犹情绪的上升而移居英国。斯通的幼年时光是在利兹的“一个工业区的贫民窟”(an industrial slum)中度过的,此时犹太人在经济和政治上都受到歧视,而幼时的记忆积淀在斯通的心灵深处,深刻影响了他人格倾向与学术关注。社会平等与人类正义、人类权利及其法律保护,是构成斯通一生学术追求的重要内容。而贯穿他一生的犹太复国主义思想,也由此而打下基础。1925年,斯通进入牛津大学学习历史,后学法律,主要是国际法。1928年获法学院一等人文学术学位。1930年获三一学院二等民法学学士学位。同年,获利兹大学法学硕士学位。1931年,斯通获洛克菲勒资金资助,来到美国哈佛大学,第二年获法学博士学位(SJD)。1936年,斯通获牛津大学民法学博士学位(DCL)。在哈佛期间,斯通发表了四篇极有分量的论文^①,出版了两部专著,即《少数民族权利的国际保障:国际议事规程的理论与实践》^②和《少数民族权利的地区保障:对于上西里希亚少数民族问题的研究》^③。为他以后的研究奠定了基础。从1934年起,斯通先后执教于哈佛大学和Flecher大学,在这期间,他受到了时任哈佛大学法学院院长的罗斯科·庞德思想的深刻影响,庞德对他的影响也

① 这四篇论文分别是:1) The Rule of Exclusion of Similar Fact; England, in Harvard Law Review(1933), at 954-985; 2) The Law Governing Rights in Property under a Pre-nuptial Contract, According to the English and American Cases, Boston University Law Review(1933), at 19-33; 3) Cross-examination by the Prosecution at Common Law and under the Criminal Evidence Act, 1898: A Commentary on Maxwell v. Director of Public Prosecutions, in 51 Law Quarterly Review(1935) 443-466. 4) A Critique of Pound's Theory of Justice, in 20 Iowa Law Review(1935), at 531-550.

② Julius Stone, International Guarantees of Minority Rights: Procedure of Council of the League of Nations in Theory and Practice, Oxford University Press, 1932.

③ Julius Stone, Regional Guarantees of Minority Rights: A Study of Minorities Procedure in Upper Silesia, The Macmillan Company, 1933.

奠定了他以社会学法学为主的学术路向。1936年,庞德从法学院院长的位置上退休,与庞德长期不和的费理克斯·法兰克夫特(Felix Frankfurter)接任法学院院长一职后,马上解聘斯通。斯通回到英国,受聘于利兹大学。1938年,新西兰奥克兰大学法学院法理学教授兼法学院院长一职空缺,斯通应聘前往。从1939年始,斯通定居奥克兰,任法学院院长和法理学与国际法教授。1940年,澳大利亚悉尼大学法学院法理学教授查特斯病逝,另一位教授帕登也将于翌年退休,两个职位空缺,悉尼大学在英联邦范围内公开招聘教授。斯通前往应聘,但由于斯通的社会学法学的学术路向不被当时的澳大利亚学术界所接受,并且也由于他的犹太人身份,他的应聘受到了学校当局的阻挠。经过一番波折,斯通终于在1942年就任悉尼大学查里斯法理学和国际法教授。^①在悉尼大学期间,斯通发表了大量的作品,内容涉及法理学和国际法两大领域。在法理学方面,1946年,斯通出版了《法律的范围与功能》,一时之间,好评如潮,斯通由此著而成为有世界性影响的法学家。在这部著作中,斯通把法理学的研究范围界定为逻辑、正义与社会事实。在这三个问题上,斯通都表达了不同凡俗的识见。它的涉猎范围之广,被人称为“相当于将十部著作融于一身”^②,它对法理学各个方面问题的论述是如此深入,有人称赞说是“关于法律理论的最全面和最彻底的审视之一”^③,“它已经成为英美传统中最好和最全

① 此段公案可见:Leonie Star, Julius Stone: An Intellectual Life, Oxford University Press in association with Sydney University Press, 1996. 中文分析见许章润:《法律理性与人类正义——对于朱利叶斯·斯通教授聘任案的社会——学术史分析》,收入许章润著《法学家的智慧——关于法律的知识品格与人文类型》,清华大学出版社2004年版。

② Max Rheinstein, review of Julius Stone, The Province and Function of Law, in University of Chicago Law Review, 16, 1948 ~ 1949, p. 756.

③ J. D. Hyman, Concerning The Responsibility and Craftsmanship of Judge: A Review of Julius Stone's Legal System and Lawyers' Reasonings, in Buffalo Law Review.

面地审视和分析法理学的重要问题的著作之一”^①。《法律的范围与功能》以后多次再版,产生了广泛的影响。^②后来,斯通将他在《法律的范围与功能》中的思想扩展为他著名的三部曲:《法律体系与法学家推理》、《人类法律与人类正义》和《法律与正义的社会维度》,对上述三个问题进行了更加深入的论述。在悉尼大学期间,斯通兼任了包括美国哈佛大学在内的多所大学的兼职教授,并且积极参加电台的讲话,对国际问题发表意见。斯通在法理学和国际法领域关心的问题是社会正义与人类权利问题、少数民族权利的保护问题,作为一个犹太人,他非常关心犹太复国问题,并在这一问题上发表了大量的作品。1972年,斯通从悉尼大学法理学和国际法查里斯教授职位上退休后,入新南威尔士大学法学院。1985年9月,朱利叶斯·斯通病逝。两个月后,他的最后一部著作《判例与法律:普通法发展的动力》^③出版。

对因为自己的犹太身份而受到的歧视刻骨铭心,斯通一生的学术旨趣都在关心人类权利与社会正义,在国际法领域如此,在法理学领域也是如此。他的成名之作《法律的范围与功能》副标题为:作为逻辑、正义与社会控制的法律,而对此进行进一步论述的三部曲也是围绕这三个问题展开的。他的理论的最终目的在于通过法律实现社会正义。他的次子约翰瑟·斯通对他父亲进行评价说:“正是愤怒、严格的学术自律和对于正义的追求,使斯通成为一个特立独行之士。对于人世间种种不公正的愤怒,激发他从一个被奴役被侮辱的社会阶层,奋取

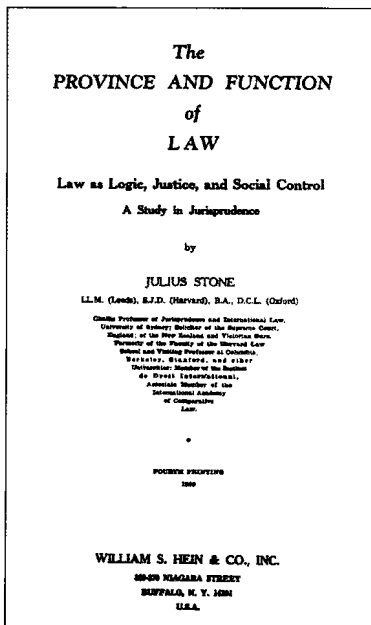
① Felix S. Cohen, review of Julius Stone, *The Province and Function of Law*, in *Yale Law Journal*, 59, 1949, p. 177.

② Julius Stone, *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control*, Sydney: Associated General Publications Pty Ltd, 1946; Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1950, 1961; Buffalo: William S. Hein and Co. Inc. 1968; London: Stevens Sons, 1968.

③ Julius Stone, *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*, Butterworth Pty Ltd, Sydney, 1985.

世界级的学术成就。而正是严格的学术自律,与其满腔的怒火一张一弛,维护了学术的理性和尊严。”^①在《人类法律与人类正义》的结尾,斯通写道:“在正义与人类生活的任何意义上,一个阻止将正义作为一种充满困境、诡谲与挑战的难题而对之持续不懈的进行追寻与拷问的社会,势必是非人性的。”^②

三、法律是逻辑、正义与社会事实:斯通对法理学范围的重新界定



斯通的《法的范围与功能》
英文版封面

① Leonie Star, Julius Stone: An Intellectual Life, Oxford University Press in association with Sydney University Press, 1996, xii.

② Julius Stone, The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control, Sydney: Associated General Publications Pty Ltd, 1946, p. 355.

斯通在大学里先学历史,后学法律,主攻专业是国际法。但他很早就显示了对法理学的兴趣。尽管在牛津所受的教育激励他作进一步学术的研究,但斯通感到,他在那里学到的法理学知识有限而且保守。在英国和那些法律受英国影响的国家,对讲授实用法律学科的强调使法理学落后于对普通法的研究。尽管到20世纪中期,法理学在英国法学教育中是一门必修科目,但其研究一般仅仅限制于分析法学,这明显是受了奥斯丁开创的分析法学和梅因所着力强调的历史法学的影响。

斯通对这一问题的发现,确实反映了西方法学特别是英国法学在19世纪末20世纪初的实际情况。西方最源远流长的法学思想是自然法思想,它关注正义与理性,但它在完成号召革命的任务后却衰落了。实证主义的兴起使人们更多地对法律进行逻辑与实证的分析而不是像从前那样对法律进行正义与否的道德判断。此时法学界的翘楚人物边沁和奥斯丁都不相信自然法理论。边沁发现自然法理论的直觉主义是他建立功利理论的障碍,奥斯丁认为自然法理论也是他对法律进行实证研究的障碍,他认为实证法的主要特征是分析性与强制性而非自然法学家所强调的理性与正义。边沁对自然法的攻击主要表现在他的《政府片论》中。他们对自然法的攻击是如此有效,以至于关于正义的理论在很长一段时间之内都没有恢复元气。随之而起的是以奥斯丁的理论为指导的分析法学在西方一个多世纪内的统治地位。斯通分析其原因时说:“奥斯丁主义的兴起与长期称霸,与当时(19世纪)社会的特征不无关系。英国式的保守主义和长期的判例法传统无疑发挥了重要作用。但是英国相对稳定的经济和社会发展以及对当前境况的信念和满足是它的实在基础。”^①从18世纪中期开始,出现了一个新的法学派别,也就是研究法律和社会间的关系,或以各种形式

^① Julius Stone, *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control*, p. 11.

表现的社会学法学。紧随萨维尼和梅因历史法学的是“社会学”、“经济学”、“心理学”法学,这些新的思想虽然名称不同,形式各异,但其中心主题无非是法律与社会之间的关系。这一研究路向传入美国,其在美国的早期代表人物霍姆斯在1886年告诉哈佛法学院的学生:“如果研究法律,你必须熟悉人类学、政治学、经济学、立法理论、伦理理论和其他许多有关人类生活的知识。”^①经百余年的发展,社会学法学在现代西方已占主导地位,称其为法学研究中的显学当不过分。但在斯通写作的年代,社会学法学尚没有达到像今天这样的显赫地位。我们可以看到,此时的西方法学界,自然法理论尚未恢复元气,社会学法学的成熟尚待时日,二者在法学教育中都没有获得像分析法学那样的地位。斯通认为,当时“没有一个法学家认为值得写一本教材对法理学中的伦理学分支和社会学分支进行全面的研究”^②。斯通相信分析法学在19世纪和20世纪上半期的英语国家对法理学起了束缚作用。而当时英语国家的法理学教材倾向于分析方法,兴趣集中于对特定和具体的法律体系的逻辑与实证分析。一个有代表性的例证就是萨尔蒙德的《法理学》,此著作着重于对英国法进行奥斯丁式的分析。在当时的英国以及其他一些英语国家(包括澳大利亚),大学的通用教材就是萨氏的《法理学》。这种传统教材倾向于对法律规范以及法律中的概念如所有权、占有、责任和义务进行论述。斯通认为,这种对分析法学的过分强调限制了西方法学的发展,也与当今这个变化的社会不相适应。他说:“在一个通过法律的社会控制快速扩展的时代,我们仍然讲授着满足自由竞争时代需要的法理学。在一个社会冲突与矛盾弥漫于法律中的每一领域的时代,我们仍然讲授着建立在幻想的一致性基础上的法理

① O. W. Holmes, *The Law as a Profession*, 20, *America Law Rrview*, 1886, p. 741.

② Julius Stone, *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control*, p. 13.