



【全新译本】

法律社会学基本原理

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW

[奥] 尤根·埃利希 著



中国社会科学出版社

【西方学术经典译丛】

——全新译本——

法律社会学基本原理

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW

[奥]尤根·埃利希 著

叶名怡 袁 震 译

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律社会学基本原理/[奥]尤根·埃利希著;叶名怡,袁震译. —北京:中国社会科学出版社, 2009. 12

(西方学术经典译丛)

ISBN 978 - 7 - 5004 - 8288 - 8

I. 法… II. ①埃… ②叶… ③袁… III. ①社会法学 IV. ①B90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 186203 号

出版策划 曹宏举
责任编辑 张林
责任校对 韩天炜
技术编辑 李建

出版发行 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720
电 话 010 - 84029450 (邮购)
网 址 <http://www.csspw.cn>
经 销 新华书店
印刷装订 君旺印装厂
版 次 2009 年 12 月第 1 版
印 次 2009 年 12 月第 1 次印刷
开 本 640 × 960 1/16
印 张 24.25
字 数 391 千字
定 价 38.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,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

出版说明

为了深入探究西方文明的渊源与演进，促进中西文化交流，反映改革开放30年来我国学界对西方文明的全新视角，展示伴随改革开放成长起来的一代学人对西学的重新审视与诠释，构建全新的西学思想文献平台，我们组织出版了这套《西方学术经典译丛》（全新译本）。本译丛精选西方学术思想流变中最具代表性的部分传世名作，由多位专家学者选目，一批学养深厚、中西贯通、年富力强的专业人士精心译介，内容涵盖了哲学、宗教学、政治学、经济学、心理学、法学、历史学等人文社会科学领域，收录了不同国家、不同时代、不同载体的诸多经典名著。

本译丛系根据英文原著或其他文种的较佳英文译本译出。与以往不同的是，本译丛全部用现代汉语译介，尽量避免以往译本中时而出现的文白相间、拗口艰涩的现象。本译丛还站在时代发展的高度，在译介理念和用词用语方面，基本采用改革开放以来西学研究领域的共识与成论。另外，以往译本由于时代和社会局限，往往对原作品有所删改。出于尊重原作和正本清源的目的，本译丛对原作品内容一律不作删改，全部照译。因此，本译丛也是对过去译本的补充和完善。

为加以区别，原文中的英文注释，本译丛注释号用①、②……形式表示；本译丛译者对原文的注释则以〔1〕、〔2〕……形式表示。

中国社会科学出版社

2009年12月

Fundamental Principles of The Sociology of Law

By *Eugen Ehrlich*

English Translation

By *Walter L. Moll*

前 言

人们常说著书应采取这样的方式，即该书的内容可以用一个句子来概括。若将此检验标准适用于本书，则本书可用下面这句来概括：不论是现在还是其他任何时候，法律发展的重心不在立法、法学，也不在司法裁决，而在社会本身。或许，这句话涵括了对法律社会学基本原理做出阐释的每一次尝试的主旨。

作 者

1912 年圣诞节于巴黎

目 录

前 言	1
第一章 法律的实用观念	1
第二章 社会联合体的内部秩序	18
第三章 社会联合体和社会规范	28
第四章 规范的社会制裁和国家制裁	43
第五章 法律事实	59
第六章 裁判规范	88
第七章 国家和法	100
第八章 法律命题的创设	128
第九章 法律命题的结构	144
第十章 正义观念多变的内容	161
第十一章 罗马法学	183
第十二章 英格兰法学	204
第十三章 古老的欧陆共同法学	225
第十四章 欧陆共同法法学的历史倾向	245
第十五章 法学的功能	261
第十六章 国家创制之法	279
第十七章 法律在国家与社会中的变迁	296
第十八章 法学家法的法典化	311
第十九章 习惯法理论	328
第二十章 法律社会学的方法	354
第二十一章 法律社会学的方法	364

第一章

法律的实用观念

曾经有一个时代，这一时代离我们确实并不遥远。那时，大学培养未来的执业医师时，会要求他们牢记当时已知的各种疾病的症状和相应的治疗方法名称。这一时代已经过去了。现代的医师是选择了人体作为其研究领域的自然科学家。同样地，不到一个世纪以前，机械工程师和从师傅那儿学习机械制造所必需的手工技艺的技工并无差别。这一点上也已经发生了变化。当代的机械工程师是一个物理学家，他要研究他所使用的材料的性质，并探究在何种程度上这些材料在各种外界影响下的反应会与已发现、可发现的规律相一致。医师和机械工程师都不再单纯以手艺人的方式仅仅掌握职业所必需的技巧，而主要是理解其技艺的科学基础。很久以前，在无数的其他领域中也发生了同样的变化。

但是，在法学^[1]中，理论法学（*Rechtswissenschaft*）与实用法学（*Rechtslehre*）二者只是在最近才被区分开来，并且在这一领域从事研究的多数学者暂时还没有注意到它们的区分。但是，这种区分是独立的法律科学的基础，这一法律科学的目的是为了促进实用的而是为了服务于纯粹的知识。这种区分所关注的不是用语本身，而是事实。由此，这一早已在自然科学领域发生的转变也在法学领

[1] 德国著者通常将广义上的法学/法律科学（*Science of law*）分为狭义上的法学（*Jurisprudence*，对应的德语单词为 *Jurisprudenz*）和法哲学（*Philosophy of law*）。这是欧洲大陆，特别是法国的用法，在那里，*Jurisprudence* 实际上类似于“*Practical science of law*”或“*caselaw*”。不过，本书的英译者采用美国的习惯用法，在表达广义的法学/法律科学时使用“*Jurisprudence*”或“*Science of law*”，在表达实用法学时用“*Practical science of law*”或“*Juristic science*”。由于此中译本从该英译本转译而来，因而对照阅读时宜分清。

域发生了，安东·门格将法学这个所有学科中最为滞后的学科比作是“外省的一个偏远的城镇，大都市已经抛弃的服装式样在这里还正在被当作新潮流行着”。这一变化并非毫无善果。这种新的法律科学将促成那些迄今我们仍无从知晓的法律和法律制度之性质的启蒙。无疑，它也将会带来实用的结果。

对法学家而言，几乎没有什么比对那些已经发生变化的法学领域的知识的研究有更多启发了。诸如国家的一般理论^[1]或法律史。让我们稍稍浏览一下法律史。罗马人并非不知法律应当在历史的关联中得以阐释这一理念。盖尤斯和《学说汇纂》的诸段落中都充斥着历史概述。甚至连注释法学派与后注释法学派都运用了大量的法律史资料。此外伟大的法国学者和16、17、18世纪杰出的荷兰学者都完全可以称得上是历史的和语言学的法学家。德国17世纪的国际法学家也是沿着历史路径展开研究工作的。英国也是如此，并且很可能是从福蒂斯丘的时代就是如此。布莱克斯通是一位用历史方法解释现行法中看似无法解释的那些部分的完美艺术大师。不过，第一次使法律史学成为一门独立学科的当属法学中的历史法学派，直到那时，法学研究的目的还是完全为了对实证法有更好的理解；历史法学派还使得法律史成为她自己家庭的女主人。现代的法律史学者对他们的研究结果是否具有任何实际用处漠不关心。研究结果对于他们来说，不是一种手段而是一种目标。尽管如此，自从法律史学不再是法教义学的女仆之后，它还是为法教义学提供了最无价的服务——当今法教义学把它所取得的最辉煌科学成就归功于法律史学的成果。但是法律史学对于法律科学的重要性与其说在于它本身是历史学这一事实，倒不如说在于它是纯粹的科学，或许还是当今唯一存在的科学。法史学不仅对于立法，而且对于理论法学与实用法学^[2]，已经成了怎样一种永不枯竭的激励和指导之源啊！倘若它当初没有放弃它有限的目标与方法的话，这一切会是可能的吗？

人类思维必然受到目的观念的支配。目的观念决定着思维方向、材

[1] *Allgemeine Staatslehre*，这是19世纪末20世纪初发展起来的科学，这一学科和政治学之间的区分界线并未获得相当程度上的统一。

[2] *economics* 疑为英译者笔误，中译者认为其应为 *science of law*。

料选择和思维方法。法学家的思维受到法学所追求的实践目的的影响。当一个铁结构建筑工程师想到铁的时候，他不会去思考铁的化学成分，而是去思考铸造厂提供给他作为建筑材料的商品。他仅仅对铁的属性——这对于铁结构建筑物很重要——感兴趣；并且，当他研究这些属性的时候，他会采用那些适于搭建铁结构的建筑工人所在工场的研究方法。他不会寻思发展一种科学的研究方法，因为铁结构工程师对科学的结果不感兴趣。对于实用目的来说，科学的精确性不仅多余，而且昂贵、耗时和困难。铁结构建筑工程师把他们最擅长的事情做好就足够了，而把其余的事情留给那些可以做得更好的人。当然，这本身不是一种损害。的确，由于这种必要的限制，铁结构建筑工程师无法观察到许多对科学、铁结构建筑技术而言也许很重要的东西。但是，一旦科学家和炼铁厂其他部门的专家发现对铁建筑有价值的东西，铁结构建筑工程师就会加以利用。他可以在自己的狭窄的领域中以可支配的有限方法创造杰作，这些杰作都是具有科学与实践价值的。在任何时代，实践者的观察都会带来科学的繁荣；现代植物学的许多部分都源自药剂师古老的本草学。

如果没有研究铁的科学，而只有铁结构工程学；如果没有植物学，而仅有配药师的本草学，那情况将会大为不同，因为不仅是研究，而且连实践工作也会遭受巨大损失。除了取代药剂师的本草学的生药学和药理学外，农学、林学、园艺学和其他学科也在研究植物的特性。植物学相当独立地研究植物，当然，植物学的研究成果会有益于相关的实践科学；与此同时，在所有这些领域工作的实践者的劳动成果也为植物学家提供了大量的建议。

尽管目前法学纯粹是实用法学，但同时它也是当前存在的唯一的法学，这就是它的悲剧性命运所在。这种状况带来的结果就是，涉及法律和法律关系问题的法学教学，在法学趋势、主题和方法方面，只能是实用法学能够给予的东西。实际上这就像矿物学和化学除了告诉我们铁确实可用于铁结构工程之外无法告诉我们更多相关知识一样；又好比植物学在介绍植物时只会讲授那些生药学教材和药理学教材中已有的知识。关于法学的这句话让人极为伤感，特别是考虑到当前实用法学的范围远不能涵盖法学家实践活动的全部领域这一事实，尤为如此。确切地讲，实用法律学科应当与法学实践

活动一样多。古罗马人把法学家的活动分为解答^[1]、协助^[2]和提供^[3]，用现在的法律术语来讲，就是法官的活动、法律文件起草人的活动和律师的活动^[4]看上去至少在共和国时期，法律研究、法律文献和法律讲授都服务于这三方面的活动。在英国，实用法学（*Rechtslehre*）关注法官与律师的活动；另一方面，法律文件的起草活动（财产或其他权益让与之法律事务）是作为一项独特的、高度发展的法学存在的。但是法官、法律文件的起草人和律师绝不是法律职业活动的唯一代表。除了管理国家事务外，管理私人事务也是法学活动的一个有成果的领域，例如在农业、商业和工业等方面的管理。另外，法学活动的范围还涉及立法、政治和新闻业等方面。

跟古罗马人和英国人的实用法学相比，欧陆实用法学更加薄弱。自从罗马法继受以来，法学就专门将大学作为自己的住所，大学多半由国家建立和维持，在出现学识渊博的法官以后，为这一行业培养未来法官的任务主要就落到了这些大学的头上。倘若私立大学可以讲授法学，则毫无疑问，除了培养法官的学校外，肯定还会有培养律师和公证人的学校，并且各类实用法律学科就会获得相应的发展。像现在这样出现的法学，其内容倒是可以彻底被界定为是对法官履行职责的实践指导。慢慢地并且有些犹豫地，法学中增加了为外交和行政职业而作准备的内容。相应的，实用法学和理论法学也开始涵盖国际法和公法。因此，保尔森非常恰当地将如今的法学系描述为培训法官和行政官员的专门学校。不过，既然大部分学生都立志当法官，那么法官所需要的法律知识就仍是法学教育的核心。这或许可以解释这样的一个事实：与私法、刑法与诉讼法相比，公法和国际法很久之前就成为了一门科学研究。狭义上的公

[1]（拉）*Respondere*（解答），指法学家针对向其提出的、涉及具体案件的法律问题所做出的答复。这种答复对于当事人或者审判员一般具有参考意义，但享有公开解答权的法学家的解答则被认为具有法律上的约束力。

[2]（拉）*agere*（协助），即为当事人进行诉讼、办案子。

[3]（拉）*cavere*（提供），即为当事人拟定书面契约、遗嘱等。

[4] 此处，英译本把 *agere* 与 *cavere* 所对应的现代法律活动前后顺序弄颠倒了，应予注意。

法 (*allgemeines Staatsrecht*, 后被称为 *allgemeine Staatslehre*)^[1] 是法律科学的第一个分支, 它漠视其研究结果的实践应用, 追求的是纯科学的目标。但是大学的法律院系只能且只会是培养法官和政府官员的学校; 这一目标不仅在法学教育中, 而且在法学的研究与文献中成为决定性因素。由于这一原因, 尽管法律文件起草者或者律师的执业难度大、重要, 并且涉及重大职责, 但他们也不太可能找到一本可以学习如何执业的书籍。法律文件的起草者或者律师必须在实践中以一种纯粹工匠式的方式获得他所需要的知识, 他通过职业经历所获得的最有价值的知识也随着他的逝世而消失。但是我们在此必须慎重考虑, 这些知识同样被法学所忽略, 后者仅仅知道法官所需要的法律。尽管哪怕是对法律生活的匆匆一瞥也能看到, 大量的司法与法律发展发生在律师和公证人的办公室中, 并且法学可以从那里收集到珍贵的素材; 而且, 如果需要的话, 现代法学家可以获得他所需要的重要法律文件的所有信息, 这与从任何法律史手册中获知法律发展一样。基于同样的观点, 实用法学将其自身限制在自己的领域内, 这一事实与此相一致。如果法官在他的职业角色上通常不关心一些重要的问题, 那么这些重要问题就被排除在讨论范围之外。大约十年前, 在德国工业大发展开始受到司法的日益关注后, 洛特曼首次发现法学中有关劳动契约法的存在。当代最为重要的法学问题——工会问题、托拉斯问题和卡特尔问题对于实用法学而言并不存在; 毫无疑问, 原因显而易见, 尽管它们在法律生活中发挥了重要的作用, 但它们在司法中的角色还并不是那么重要。

事情的这种状况最为不幸的后果是它对法学研究方法的影响。学术研究的首要功能是找到一个适合于自己研究课题的研究方法。许多著名学者花费毕生的精力来寻找一种方法。一旦有了研究的方法, 研究工作就可以由那些能力稍弱的人来完成。最终, 甚至光谱分析也仅仅成为一种方法了。除了早就灌输了科学精神的国家一般理论 (*Staatslehre*) 这一唯一的例外, 法学仅仅了解实用法学是为使法官适用法律而发展起来的方法。按照 16 世纪发展起来的司法部门的主流观点, 法官必须按照现有的一般命题来裁决个案。为法官的使用目的而存在的实用法学, 是

[1] *allgemeines Staatsrecht*, 后被称为 *allgemeine Staatslehre*。*allgemeines Staatslehre* 翻译成狭义上的公法, 区分于 *Staatsrecht* 和国际法。*Staatsrecht* 分为 *Verfassungsrecht* (宪法) 和 *Verwaltungsrecht* (行政法)。

为了给法官提供法律命题，并采用可能的最一般的术语做出阐释，以便法官能尽可能多地依靠它做出裁决。这是为了教会法官如何将法律命题应用到具体案件中。因此，它的方法必然是抽象和演绎。但是，除了狭义上的公法外，整体上法学仍依照抽象与演绎的方式行事，正如人类的思维除了创造与他们所达到的抽象方法相称的脱离现实的苍白形式外不能达致任何更高的成就。在这方面，法学总的说来还不同于真正的科学，后者主流的方法是归纳性的，它寻求通过观察与经验来增进我们对事物性质的深刻洞察。

因此，法学根本没有科学的法律概念。正如铁结构建筑方面的技术专家一样，当他说起铁的时候，他所想到的不是化学家或者矿物学者所说的纯粹的铁物质，而是指在化学上非常不纯的、用于铁结构建筑的混合物；法学家提到法律时，他也并不是指人类社会如法律那样存在并发挥效用的东西，而是——除了公法中的几个分支以外——专门指在司法审判中如法律一般重要的东西。偶然一闪而过的深刻洞察力不应当误导任何人。一个铁结构建筑方面的技术专家，在努力显得专业一些时，或许可以说出用于铁结构建筑的铁作为混合物的化学公式，但是他在实际讨论中，可能仅仅关注铁本身，因为他对科学意义上的铁丝毫没有兴趣。重要的不是在手册或专著中的介绍章节中所看到的关于法的定义，而是法学实际运作中所使用的法律概念。因为概念绝不仅仅是外部的装饰品，而且还是架起科学思想大厦的工具。

自法官的角度言之，法律是其断案必须遵循的一个规则。依日前流行（特别是在德国）的法律定义，法律是行为规则。行为规则和法官据以断案的规则是两种截然不同的规则：因为人们并不总是依照裁判中用来解决纠纷的规则行事。毫无疑问，法律史学家认为法律是人类的行为规则。他讲述了在古代或中世纪婚姻据以缔结的规则以及夫妻、父母和子女在一个家庭内共同生活所遵循的规则。他告诉世人：当时财产是个人所有还是共同所有，土地是所有人耕种还是支付租金的承租人或提供服务的农奴耕种，契约是如何缔结的，财产是怎样继承的。倘若你让一个从外国归来的旅行者来描述一下他所熟悉的民族的法律，你就会听到与此相同的事情。他会告诉你婚姻习俗、家庭生活和合同的缔结方式；但是，关于依据什么规则来裁决诉讼，他会无可奉告。

当法学家为了纯粹的科学目的研究外国或者远古时代法律的时候，他不假思索所采用的法律概念，在他回到他所处国家和时代的实证法上

时，他会立刻放弃。在法学家未加注意的时候，如同暗中进行的一样，人类的行为规则转变成了法院或者其他审判机构的裁判规则。实际上后者也是一种行为规则，但它仅仅适用于一小部分人，亦即被赋予了法律执行权的权威机构；而不像前者，前者是一般大众的行为规则。科学性观点让位于实用观点。适应了司法官的需要，后者当然有兴趣知道所要依循的规则。事实上，法学家也把这些规则看作是人们的行为规则，只不过这一观点是思维跳跃性的结果。他们想要表达的是，法院据以裁判的规则就是人们应当用以规范行为的规则。除此之外，还有一个含糊的观念：随着时间的推移，人们实际上将会根据法院的裁判规则来规范他们的行为。目前，行为规则的确不仅仅是人们习惯上规范他们行为的规则，也是人们应当如此的规则，但是，这个“应当”要么纯粹由法院决定，要么主要由法院决定——这是一个让人根本无法接受的假定。日常经验告诉我们的是相反的情形。当然没有人否认司法裁决影响人们的行为，但我们首先必须探究它的真实程度以及它所依赖的环境。

法律书籍中的每一页、法律主题的每一种讲稿都证实了我们刚得出的结论。每一个用词都说明，正在讨论法律关系的法学家们总是在思考这一问题——从这一关系中出现的法律纠纷应当怎么样裁决，而不是在思考另外一个完全不同的问题——人们如何规范自己的行为、在这一关系中他们应当如何行为。甚至连睿智如梅特兰的人也曾说过，写英国的诉讼史就是写英国的法律史。该法律思维路径已经在法律的错误学说中被赋予了一种绝对幼稚的表述。将法律设想为人们行为规则的法学不可能始终如一规定这一原则——人们受法律约束，即便是他们不知道法律——因为一个人不可能按照他不知道的规则行事。相反，法学应当讨论这样的问题：有多少已知的法律材料是作为行为规则为人所知并被遵循，以及至多做了哪些使它们为人所知。事实上布林丁已经在几年前以此种方式理解了整个问题，他提出如下主张：人们普遍熟知的只是刑法的规范，而不是刑法本身，并且实际上规范人们行为的也是前者。仅有马克斯·厄恩斯特·迈耶追随他，但前者并没有增加任何必不可少的经验素材。但是，如果我们说（如通常所言）法律约束那些了解法律和不了解法律的人，那么我们显然完全放弃了法律是人类行为规则这一观念；我们为法院和其他裁决机构制定规则——不管相关人员是否知道它，它都要被适用。我们并不是通过要求人人都要知晓法律的方式，或者通过建立一种拟制——即适当公布之法律推定人人皆知——的方式来

改善此种状况。

当前关于法律起源的主流观点正是这一思考路径的结果。法律规则从哪里来，谁赋予了他生命与效力？注意一下对这些问题的回答是极为有趣的；因为它们清楚且毫不含糊地反映出了这一事实——当满足实践需要的必要性使人想到另外一条路径时，即使是完全正确的科学的知识也不足以引导人们的思想。在萨维尼和普赫塔以后一个世纪的今天，受过科学训练的法学家均不再怀疑：过去法律相当多一部分并非由国家制定，即使在今天，法律也在很大程度上得自于其他源头。那就是这一理论。接下来的问题是：非国家法^[1]要在哪里研究呢？有关它的讲解要在哪里找到呢？哪里正在教授它呢？假使我们断言，当今欧洲大陆上的研究、文献以及法律教育除了知道制定法外就再也知道有其他任何法律，或许我们还不算太鲁莽。

的确，有人以当今习惯法——一个集合名词，数世纪以来用于囊括整个非国家法中全部的异源法律——“数量微不足道”来平息内心的不安。这种表述可以在萨维尼和普赫塔的著作中找到。从那时起，它就以各种形式一次又一次地重复，甚至那些没有用如此多言语来做此表述的作者也支持它。持此看法的法学家不再把法律看作是人们一般性的行为规则；他清楚地证明，在他看来，法律至少主要是法院和其他裁决机构的行为规则；因为即使是国家万能学说的信奉者，也并非经常真的以为国家能够制定规范人类所有领域的行为规则。或许在整个欧洲文明史上唯一的例外就是约瑟夫二世皇帝，他的计划由于这一观念破碎了。因此法学与非国家法之间的关系，与科学信念完全无关，而是随着国家对法院态度的变化而变化。如果今天的法学完全专注于国家制定法，它的原因必然可以在下述事实中找到：在历史的发展进程中，国家相信它能够增加早已获得的对法律实施的垄断，增加对法律创制的垄断。因而，我并不怀疑现代的法律的自由发现运动不但标示着科学洞察力的提升，而且也标示着国家和社会之间关系的实际转变——这种转变在其他领域早已发生了。

在法官主要依据习惯做出裁判——直至非常晚近的发展阶段几乎到处（例如共和国时期的罗马或中世纪的德国）还都是这样做——的

[1] 埃里希提到“*ausserstaatliches Recht*”和“*staatliches Recht*”。前者译为“非国家法”，后者译为“国家法”，亦即分别是“非由国家创制的法律”和“由国家创制的法律”。

方，不言而喻，任何人的头脑中都没有像现在这样的观点：法律本身来自于国家。直到共和国的晚期，罗马人认为他们民族的习惯法、法学家法，至少和作为法源的法律^[1]一样有价值。在中世纪的法律典籍中，只有在例外情况下才提到制定法或法令中的条款。在中世纪，《民法大全》、《教会法大全》，甚至金玺诏书^[2]，也仅仅是很高的权威——人们在解决疑难且重要的问题时求助它，就好比人们也可能像其他任何权威（例如圣经或古代著作）求助一样，因为在中世纪，科学著作主要是以权威为基础的，此点在法学上和在神学、哲学和医学上并没有不同。直到国家变得极端强大并开始朝着专制政府的方向发展之后，这种思想才开始产生。推动力的觉醒使得在历史的进程中，国家成为权威的、唯一的法律来源。这一进程在古罗马帝国时期和16世纪的西欧得以完成，特别是在罗马帝国的最初时期，通过法律解答权^[3]——罗马帝国皇帝授予法学家创制法律的权力——的方式，非国家制定法被试图与国家权威联结起来。这种创制法律的权力仅限于针对法律尚未规范的问题。制定法中包含了对习惯法有效性问题的严格规定。国家试图通过号称包含所有法律的法典编纂，使习惯法变得多余；有时甚至用明确的措辞将其排除在外，甚至法学家的法学著作也不被信任，并且有时被明确禁止，因为这些主张获得实现而有影响力的人会引致一种新的国家法，即法学家法。或许是优士丁尼对这一倾向作了总结陈词：皇帝应该被正当地看做是唯一的立法者和法律的解释者。这一规定不损害古法的建构者，因为他们的特权本来就是由皇帝授予的。

法学坚定地沿着国家法的这种发展道路前进，它很少关注科学知识的进步。在向科学教义草草表示尊重以后，它马上回到了它认为是真正

[1] (拉) *leges* (法律)，在罗马法中，*lex* 一般是指共同体的权力机构根据法官的提议并经过元老院认可的法律规范，从更广的意义上讲，它是指由某一权力机构（例如民众会议、元老院、执政官、皇帝等）依照法定程序制定和发布的规范，因此一些学者将法律区分为官定法律和民决法律。

[2] 金玺诏书 (Golden Bull)，盖有金印章或金玺的特许状的总称，但特别用于少数非常重要的政治性特许状。

[3] (拉) *ius respondendi* (法律解答权)，某些具有较高威望的法学家根据君主授权就公众提出的法律问题做出解答的权力，在此解答中发表的见解和意见被认为具有法律效力。此权力也被称为“经君主批准的解答权 (*ius respondendi ex auctoritate principis*)”。

功能的任务上去，也就是，提供法律实施所需要的东西。一方面，当法官不再被要求同时熟知非国家法和国家法时，当仅有国家法的知识成为先决条件时，另一方面，非国家法不得不由当事人举证证明时，决定性的一步就已经迈出。自此以后，只有国家制定的法律才是该术语完整意义上的“法律”，而其他任何的法律仅仅是“事实”。德国早在16世纪时，法官成为渊博的政府官员，法律科学就达到了这个阶段。已经被越来越牢固地树立起来的学说就是，习惯法——如今包含了除法学家法之外所有的非国家法——是一种劣等的法律，它在起源和效力方面都取决于立法者的批准、认可或确认，后者如果愿意，他可以完全禁止它。习惯法很少被尊重，甚至偶尔还成为嘲讽对象，习惯法的证明被规定得更加困难，并且它获得认可的条件也越来越严格。调查和介绍非国家法的研究在数量上日益减少，最终，到了18世纪这种研究彻底消失了。在法律教学中，习惯法也仅仅是个名称而已。这是19世纪初的状况。法学认为，它的功能不是去决定什么是法律，而是向被国家任命并委以职权的法官指出他应当如何依据任命者的意志来运用法律。国家以制定法的形式颁布的法律是唯一法律的时代从来没有过。因此，即使对法院和其他裁决机构来说，始终存在一种潜流，即努力获得对非由国家颁布之法的确定的适当的了解。这种潜流在两个不同的时期浮出水面：先是在17世纪和18世纪自然法学派教授者的著作中，然后是在历史法学派的创始人萨维尼和普赫塔的著作中。不幸的是，在多大程度上自然法学启蒙学者是历史法观念的先驱和在多大程度上历史法学派遵循了自然法学派的思想很少被意识到，也从未被任何人适当地研究过。这两个学派具有以下共同点：他们都没有盲目地接受法律就是国家所颁布的法律的观念；他们都在努力以科学的方式探知法律的性质。他们都发现法律的根源在国家之外：一个认为法律的根源存在于人性之中；另一个认为它存在于民族的法律意识之中。

这两个学派都没有完全贯彻他们的观点。毫无疑问他们受到那种直到今天仍然主导所有法学思维的理念的阻碍，这个理念就是只有法官在司法中运用的东西才是法律。尽管他们中有激进主义者，但自然法的教授者，特别是法国（那儿的情形颇不同于欧洲其他国家）以外的自然法启蒙学者，他们从来都不敢断言——至少是不敢带有丝毫肯定地声称——法官可能永远有义务去适用一个至少尚未被国家默认的法律规则。因此，事实上，自然法被悬空了。只有拘束法官的才是法律，但是