



边沁法学文库

边沁与普通法传统

[美] 杰拉德·波斯特玛/著
徐同远/译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

边沁法学文库

边沁与普通法传统

[美] 杰拉德·波斯特玛/著

徐同远/译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

© Gerald J. Postema 1986

Bentham and the Common Law Tradition
was originally published in English in 1986.
This translation is published by arrangement
with Oxford University Press.

英文原著出版于1986年。
中文版的出版得到了牛津大学出版社的正式授权。

著作权合同登记号
图字：01-2009-6624

图书在版编目(CIP)数据

边沁与普通法传统/(美)波斯特玛著;徐同远译.
—北京:法律出版社,2013.5
(边沁法学文库)
书名原文:Bentham and the common law tradition
ISBN 978-7-5118-4661-7

I. ①边… II. ①波…②徐… III. ①边沁,
J. (1748~1832)—法哲学—研究 IV. ①B561.41
②D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 039971 号

边沁法学文库	边沁与普通法传统	[美]波斯特玛 著 徐同远 译	责任编辑 易明群 装帧设计 李 瞻
--------	----------	--------------------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 17.75 字数 421 千
版本 2014 年 1 月第 1 版	印次 2014 年 1 月第 1 次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司	责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4661-7

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

JURISPRUDENCE LIBRARY OF BENTHAM

**BENTHAM
AND
THE COMMON LAW
TRADITION**

Gerald J. Postema

总 序

菲利普·斯科菲尔德

杰里米·边沁(1748~1832),英格兰的哲学家,不只是伟大的思想家,而且是影响极大的改革家。在卡尔·马克思提出他的实践概念之前,边沁就强调,理论和实践的区分是无意义的。在边沁看来,“理论上是好的,实践上是坏的”这种陈词滥调讲不通。说一个措施在理论上是好的,就意味着,当转化为实践后,它也是好的。因此,边沁的思想的范围,从关于语言的性质和它与物理世界的关系的最深刻的见识,扩展至公共官员在其中工作的办公室的设计。边沁的很多建议,在19世纪英国的政治、法律和宗教制度的改革中被采纳了。他的思想在遥远的国度影响特别大,例如在西班牙、葡萄牙、希腊、美国,尤其是在中南美洲,那里的政治家在边沁的著作中发现了自由主义改革的纲要:在摆脱殖民统治后,这帮助了他们的现代化的努力。

然而,认为边沁的思想只有历史意义,这是个严重的错误,因为,对很多学科的很多当代的论争,它也有巨大的意义。边沁是现代功用主义学说的奠基者,这个学说号召提升“最大多数的最大幸福”。功用主义依然是西方哲学中的很重要的伦理学说之一;关于人类的福祉和繁荣,它提供了一套可与人权论相抗衡的论述。的确,边沁对自然权利论进而是人权论做了最具毁灭性的批判,把自

然的和不受时间限制的的权利的观念称作“虚骄夸张的胡说”。边沁依据某行为所产生的快乐和痛苦来确定行为的道德性的方法,是作为当代经济学的基础的成本—收益分析的灵感之源。在法律哲学方面,边沁对“实际存在的法”和“应该存在的法”的区分的阐明,催生了现代的法实证主义学说。在关于司法程序的广泛而详细的著述中,他提供了盎格鲁—美国传统内最全面的证据理论。他的目标是让“法律可知”和让“司法可享”——也就是说,人民的绝大多数应该能理解法律,并可享受便宜、简易和快捷的法院救济,法院判决应该由无偏私的法官做出。关键的措施是整个法律的法典化:由立法机关制定,并附上解释每个条款的功用的理由。

监视的历史——它在关于后现代社会的性质的当代论争中是如此地重要——始于边沁的全景狱方案:在这里,囚犯被置于号舍内,这些号舍位列于圆形建筑的圆周上;从中央监视塔,可看见一切囚犯。在边沁看来,“我们被看得越严格,我们的行为就越好”。后来,边沁意识到,代表制民主是可促进整体人民的幸福的唯一政府形式,于是,他把全景狱设计方案做了修正,据之建造政府部长的“会客室”。部长被置于房间的中央,处于公众——被置于环绕部长的匣室内——的视野之内。边沁认为,几乎一切政府行为都应公开实行,人民应可获得几乎一切政府资料。唯独准确且充分地获知关于政府行为的信息,他们才有能力判断官员称职与否,确保他们不屈从于邪恶利益。当一个政府官员被邪恶利益所促动时,他实行那使他自己、他的亲人和他的朋友而非广大的共同体获益的政策和措施。边沁的《宪法典》是代表制民主的蓝图,他倡导年选立法机关、秘密投票、平等选区和普选权。他关于《政治程式》(Political Tactics)的著作,是关于政治会议之组织的第一部系统论著。他关于《政治邪说》(Political Fallacies,正文中译作“政治谬误”)的著作,是揭露政客为了误导人民而使用的欺骗性论证的第一部系统论著。作为第一位官僚制的理论家,边沁对法律和行政

改革产生了巨大影响。他提出了一个促进国际和平的方案[他发明了国际(international)一词],倡议建立国际仲裁法院和按比例削减武装力量。他论证说,欧洲列强应解放他们的殖民地——如果这些共同体交给本地人自己来治理,这是皆大欢喜的事。他关于政治经济学的论著则指出,当政府不干预私人的财富创造活动时,它做得最好。

这整个的原创性的而且的确是革命性的思想的基础,是边沁的逻辑和语言理论,这体现在他关于真确实体和虚拟实体的名称的基本区分中。边沁的洞见是,我们的语言,从而是我们的思想本身,唯独在可直接或间接地与我们关于物理世界的经验联系起来时,才是有意义的。那包含抽象名称如权利、权力和义务——换句话说就是,虚拟实体的名称——的句子,当且只有当它们可被转化其他包含那存在于物理世界的客体的名称也即真确实体的名称时,才是有意义的。一切形而上学,包括一切宗教信仰,因此都是胡说。知识的来源是经验和观察。因此,边沁事实上深处于那由洛克启发的英国经验主义的传统之中,但边沁关于语言的更复杂且很现代的论述,很可能使他成为这个传统的最重要的代表。

我已指出,边沁反对自然权利(人权)的观念。他论证说,权利是由法律创设的;谈论那先于或独立于法律和政府而存在的权利是没有意义的。他在《反对恶政的保障》(Securities against Misrule)写道:

抛开法律的概念,使用权利一词,你所得到的只是争吵的声音而已。我说我有一项权利,我说你无这项权利。人们可以一直这样争吵,直到他们疲惫厌倦,而即便是在这时,他们依然难以得出一个相互接受的概念和协议,就像他们在此之前一样。

这种主张和反主张的声音的嘶叫,听起来有些像西方和中国在近些年里的对话。边沁会说,更富有成效的对话,应通过功用的话语来开展,而非通过人权的话语——它看起来似乎要么是植根于形

而上学,要么是植根于基督教神学。或许,若西方和中国的对话是根据那些利害相关者的福祉来开展,尽管双方可能仍会有深刻的分歧,但至少,这种话语对双方都将是有意義的,双方也许都会敞开心胸。

边沁写了大量的材料。在生前,他大概印行了五十多部著作。除了这些著作外,他还留下了 70,000 多页原始手稿,其中的很多现藏于伦敦大学学院的图书馆。边沁项目组(The Bentham Project)成立于 1959 年,旨在整理编辑出版新的权威版本的《边沁著作集》(The Collected Works of Jeremy Bentham)。到目前为止,已出版了近三十卷。但要完成这项编辑任务,还得出版四十卷。新版本是根据最高的学术标准来编辑的,它们正在使边沁的思想为现代读者所知。很多学科都日渐强烈地意识到了边沁思想的惊人的深刻性、微妙性和对当代问题的相关性。

边沁项目组的持续的出版规划,将重新编辑某些已知的文本,并把某些新文本第一次呈现给读者,这意味着,边沁学也将迅速地发展,并提出新见识和新解释。《边沁法学文库》的第一套收录的四本书,是论述边沁思想的重要方面的极富启发性和挑战性、但也很易读、很长见识的代表性著作。丁维迪(J. R. Dinwiddy)的《边沁学传》(Bentham)是对边沁的生平和思想的很优雅、很明智的考察,而且这种考察是密切关注其历史语境的。哈特(H. L. A. Hart)是 20 世纪英语世界最重要的法哲学家。他把他的后半生献给了边沁研究,并在《论边沁》(Essays on Bentham)中展现了他的研究成果。这本被严重忽略的著作,不仅提供了对边沁的法律理论的重要解释,而且在一些重要方面发展了哈特的著名的《法的概念》中勾勒的主题。鲍斯提摩(G. J. Postema)的《边沁和普通法传统》(Bentham and the Common Law Tradition)是对边沁的法律哲学和边沁在英格兰法律思想史中的地位的重估。这部著作在集中论述边沁对普通法的挑战和分析边沁对法典化的执著追求的

性质之前,还令人信服地论述了黑尔(Matthew Hale)、休谟(David Hume)和布莱克斯通(William Blackstone)这些重要人物的法律思想。鲍斯提摩认为,边沁关于主权和法律的性质的论述,要比哈特的论述更有道理。我的书《邪恶利益与民主》集中论述边沁的政治宪法思想。我利用了边沁项目组最近的工作成果,并论证说,边沁在19世纪最初十年内转向民主政治,是他对他的全景狱方案的破产(英国政府阻止边沁建造这个监狱)极度失望的结果,是他对统治者的邪恶利益(换句话说,统治者的自然欲望是促进他们自己的幸福,而非共同体的幸福)的发现的结果。

我把这些译本推荐给中国读者。我相信,他们一定很期待边沁自己的文本的译本,这些将构成本译丛的第二套。

2010年4月

中译本序

杰拉德·波斯特玛(Gerald J. Postema) 著

瞿小波 译

《边沁与普通法传统》(BCLT)最早出版于1986年,但它却是在1979至1985年间写就的:这是英美政法哲学极富创造力的一段时期。1962年,哈特的《法的概念》复兴了关于法的性质的哲学反思。1970年代末,德沃金(出版于1978年的《认真对待法权》)和拉兹(出版于1979年的《法的权威》)开启了关于实证主义法理论的核心学说的激烈论争。类似地,1965年,莱昂斯(David Lyons)出版了《功用主义的形式和限制》;1972年,罗尔斯出版了《正义论》。这些给在英语世界已沉眠了数十载的政治哲学研究输入了新生命。法实证主义和政治功用主义的核心学说、优长及缺陷再次成为激烈哲学争论的中心。

作为一名年轻的哲学家,我想要进入这场论争,但我选择了间接地这么做:通过研究存在于边沁的著作中的这两大哲学传统的根基。1970年代,对边沁的著作的兴趣也在复兴;这种复兴很大程度上是缘于边沁项目组(the Bentham Project)以现代的和学术的版本出版边沁的大量著作的初步努力。尤其重要的是由哈特和伯恩斯(Burns)编辑的边沁早期的三部著作的出版:《道德和立法原理

导论》、《法的普遍理论》(*Of Laws in General*)和《政府片论/评论评注》(*Fragment on Government/Comment on the Commentaries*)。莱昂斯的《为了被统治者的利益》、哈里森的《边沁》、罗森的《边沁与代表制政府》以及哈特的《论边沁》(*David Lyons's In the Interest of the Governed, Ross Harrison's Bentham, and Fred Rosen's Jeremy Bentham and Representative Government, and Hart's Essays on Bentham*)激励学者更深入地钻研边沁的道德和法理学论著。

我首先决定加入这个正在成长的学者团体,因为边沁被认为是现代功用主义和实证主义之父,我很迷惑他的著作为何同时包含这两种普遍理论。起初,我想知道,一个真诚的实证主义者为何会把英国普通法贬斥为“纯粹臆想之物”?一个认为功用原则是“万物之统治者和决定者”的功用主义者如何会拥抱那种似乎要使司法决策服从严格规则之适用的法典化工程?但我也为了更深层的理由而关注边沁的著作。当时我认为,我所阅读的当代法哲学家快意于忽视对法及它在社会中的作用之反思的漫长历史(当然,除了难以避免地论及约翰·奥斯丁和阿奎那外)。我觉得,那时的哲学讨论因为这种刻意的忽视而变得更糟。我逐渐开始相信,真正哲学式的法理学必须批判性地和开阔地关注它的历史。唯独通过这种关注,我认为,我们才能够跳出即时的理论和实践关注及兴趣,才可以开拓我们的视界,并以崭新的和极富成果的方式来重塑我们的论争。

于是,在写作 BCLT 时,我努力以真正哲学的方式来处理边沁的复杂微妙的法政理论。我相信,为此目的,简单把他作为实质上的同代人的做法是不合适的。相反,我认为,发掘边沁——作为处于特定历史语境内的哲学家和法制改革家——的主题、理论和论证就可以了。我的目的不只是把边沁的实证主义学说翻译为二十世纪分析法哲学的概念框架,但与之同时,我的目的也不是简单地展现历史的边沁的观点的构造。相反,我寻求对边沁的观点和他

的论证的历史性和哲学性的批判性重构。这首先要求我把他的著作置于它的历史和理论语境中,置于它要面对的难题、问题和挑战中。其次,它要求我把边沁的法理学的核心学说置于他浩繁的著述中。引导我的是一项关键的解释原则:边沁关于普遍或抽象的主题或学说的论述必须根据他在很多实际情境中对它们的经常是极其缜细地运用来解读。我相信,边沁值得被作为一个细心的写者(writer)和严肃的哲学家来对待:边沁试图阐发一套一贯的和综合的公共哲学,对法的性质、任务和限制的理性理解在这套公共哲学中发挥着关键的作用。

这两项解释策略,引导我首先去研究古典英国普通法的实践和新生的理论,它的代表首先是边沁的主要对手即威廉·布莱克斯通,但更重要地,还包括布莱克斯通的复杂微妙的十七世纪的前驱者,尤其是马修·黑尔爵士(Sir Matthew Hale)。为捕捉古典普通法理解和实践法的模式对边沁的充分意义,我发现有必要把普通法的法理学置于更广阔的哲学论争的语境中:该语境以霍布斯、阿奎那及后来的休谟为代表,涉及理性、惯例、权威和法的关系。休谟的著作提供了从十七世纪法学家的在哲学上很天真的著作通往十八世纪的在哲学上很微妙复杂的关于道德和政治哲学的启蒙暨经验主义传统的桥梁:边沁在开始他的职业生涯时便处于这种启蒙暨经验主义传统之中。对理解边沁来说,休谟是特别有益的,这不仅是因为他使边沁认识到公共功用(public utility)是衡量一切(政治的)美德之标准这一理念,而且更是因为他探究了功用和受规则统治的社会实践(用他的术语来说就是“正义”)的关系,并使边沁确信“预期”之于社会互动合作的根本的功用意义。他还提出了一种关于惯例的论述,从而使得我能够解释边沁的主权观念的关键特征。BCLT把这些理解法制实践和制度的不同理论路径相互联系在一起的工作,催生了对古典普通法的法理学、休谟的政法哲学和边沁的功用主义法学的新颖解读。

BCLT 对边沁的法理论的重构所展现的一些重要主题如下。首要的,最受关注的是这样一个命题,即边沁不曾像哈特所主张的那样,拥抱约翰·奥斯丁和当代分析法哲学的方法论的实证主义。BCLT 论证说,边沁不曾构建一项关于法的概念的道德上中立的严格的概念分析;相反,他把他关于法的性质的论述(更准确地说是他关于法的概念的建议)莫基于独特的功用主义的基础之上。他自觉地在实践我所谓的“规范法理学”。这个路径的哲学上的一贯性和适当性在第九章中得到了辩护,而边沁对这种方法的使用则在此前的若干章里得以说明。BCLT 的一个重要且相关的主题是边沁主张说,法的根本任务是提升他所谓的“安全”,这涉及在社会互动的复杂语境里确保正当的预期,并确保统治权的行使的充分和有效的责任(“反对恶政的保障”,如边沁所说)。边沁认为这是法的基本目的。确保它的最有效的手段,边沁论证说,是公开性(publicity)。对公开性和功用(可被理解为确保预期和责任)的深层认同,导致边沁拥抱作为最高立法者的命令的法的模式。如此构思的法,要求明确公开的表达和明白的正宗性(authenticity);这种正宗性可以在无须进行关于法的道德适当性的冗长论争的情形下得以确定。因此,BCLT 论证说,边沁提议要以大家熟悉的实证主义的语言来构想法律,但他这么做,不是基于道德上中立的概念性考量,而是基于道德上的功用主义考量。唯独如此构想的法律才能够于安全的目标,边沁主张说。

但是,他很快就对这种命令模式做了限制。他在两个重要方面与大家熟悉的奥斯丁模式分道扬镳。BCLT 对此做了探讨。首先,他提出的主权观念要比奥斯丁的主权观念远为复杂和微妙。BCLT 论证说,由他的主权观念提供的关于法的正宗性的标准的理解莫基于他对法在协调社会互动中的公共作用的敏锐理解,莫基于正宗性标准在法的服从者的日常(功用主义的)实践推理中的作用。其次,边沁的公开性——安全的事业也使他深入探究法的实

质上的体系性。他研究了法的基本的逻辑和结构特征,并论证说,我们只能通过探明法如何在逻辑上和实体上构成旨在促进社会合作的一贯的体系来理解什么是单个的法。他也论证说,尽管法的命令或指令性特征(也即他常说的法的“惩罚”部分)对我们来说经常是最直接和最明显的,但法的更根本的和职能上优先的特征是它的构造性特征。边沁论证说,正是通过构建和构造社会和政治关系(理性的和追求功用的个人在日常生活中据以互动的框架),法才完成了它最重要的确保预期和责任的工作。在他看来,由制裁所支持的指令,只是支持法的这项基本工作的辅助性的东西。

因此,BCLT 论证说,边沁的普遍法理论的核心观念是他的“万全法”(一部完整和综合的法典或相互连接的法典体系)的理念:万全法的条文是内在地相互关联的,它们的合理性表现在它们的组织、结构和明确表达之中。边沁关于刑法典和民法典、关于程序和证据、关于权力的政治宪法的著作与他关于法的性质的观点是一体融贯的。因此,BCLT 的另一个重要任务是探究边沁关于制度设计的原则,和他关于制度性的激励和抑制因素与理性的以功用为基础的决策的关系的观点。这种讨论对理解边沁的成熟的裁判理论是尤其重要的。

贯穿边沁很多著述的一个主要问题是如何协调下述两种需要:对社会和政治安排的确定性和稳定性的需要,与对用以应对持续变迁的情境的灵活性的合理需要。从休谟那里,边沁认识到了稳定的制度和规则的体系性安排的功用性,但 BCLT 论证说,边沁也确信,行为、规则和制度据以被评判的根本的理性原则即功用原则也是理性决策的最根本原则。因为即便是最好地被建构的和以理性为基础的规则也要求做出某些在特定情境下不符合功用要求的行为,那么这两种关于功用、法和理性决策的理解似乎是相冲突的。边沁在其职业的早期便曾为此问题而头疼,便曾努力寻求把稳定性引入太过灵活且极端不确定的普通法实践。通过法典化,

边沁试图解决法的不稳定性的难题,但这却使他面对如下任务:即在理想法典的阴影下来确定法官的司法推理的纪律。BCLT 中的一个重要而且或许是最富争议的命题主张说,边沁协调确定性和灵活性的方法,是赋予法官根据他们对功用之平衡的最佳判断来裁决特定案件的广泛自由裁量权,通过制度激励并通过剥夺其决策的一切先例性力量来确保这些自由裁量性决策的责任和适当动因。BCLT 论证说,边沁寻求对确定性和灵活性难题的创造性的制度性而非理论性解决。但我的结论是,最终,这些聪明的解决方案,要么没能满足边沁自己关于公开性的苛刻标准,要么难以回避他对当时的普通法实践所提出的相同的批评。

这部关于边沁的著作的宽阔探究所展现的,是关于法的性质的一种哲学论述,它不合乎大家熟悉的任何范畴,它迫使我们重新思考实证主义和自然法理论之间的传统对立。它对古典的普通法法理学的批判也展现了关于确保公开性和强健的法治的难题的路径上的巨大差异。这项关于边沁的法哲学的研究同时展现的,是一种法理学方法的模式,它与奥斯丁的法理学和很多当代的分析法哲学形成明显对比。在他的理论工作中,边沁丝毫不曾把政治的、社会学的、经济的和道德的考量排除在外。他的创造性的法理学心智自由地驰骋于所有这些思想领地。他的方法论路径和它所孕生的实体学说依然值得法理论家和哲学家的严肃的批判性探讨。我的希望是,伴随本书的翻译,来自那个遥远的土地和传统的新一代的学者可以加入这场论争,并使这场论证变得更加活跃。边沁无疑将很乐见这种智识交流的前景。

[边沁的作品]就像爆炸了的炮弹,掩埋在其爆炸后的废墟里。

Fitzjames Stephen, *Digest of Law of Evidence*.

在英美法学史上,边沁是一位举足轻重的人物。边沁用英语第一次详细阐述和维护了功用主义与法实证主义,并促成了这两种学说的复杂且微妙的(sophisticated)结合。但是,菲茨詹姆斯·斯蒂芬(Fitzjames Stephen)的贬抑之词是很准确的。边沁最重要的法学作品已经湮没于一大片瓦砾之下了。在这片瓦砾中,我们发现普通法系统(the Common Law system)大量的实践与思想的遗迹,而普通法系统是边沁毫不留情地、强有力地抨击过的,也发现有大量不易理解的、多半未出版的手稿,即漫长而狂乱的写作生涯的产物。毫无疑问,无用的弹壳被湮没在这里了,具有巨大爆炸潜能的实弹也保留了下来。

边沁早期对法律基础与裁判基础的思考,是可能最富有爆炸性的实弹之一。它们引导我们走向具有历史维度与基本哲学意义的法学争论。边沁的著作及其推动的争论传统所提出的问题,不仅涉及法律的性质与任务,而且涉及规范道德—政治理论(normative moral-political theory)在建构与维护关于法律本质的诸观念的过程中所起到的作用。