

世 · 界 · 法 · 学 · 精 · 粹 · 文 · 库

法 理 学

从古希腊到后现代

JURISPRUDENCE
FROM THE GREEKS
TO POST-MODERNISM

[英] 韦恩·莫里森 著
李桂林 李清伟 侯 健 郑云端 译



全国优秀出版社
武汉大学出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





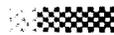
法理学

从古希腊到后现代

JURISPRUDENCE
FROM THE GREEKS
TO POST-MODERNISM

[英] 韦恩·莫里森 著
李桂林 李清伟 侯健 郑云端 译

全国优秀出版社
武汉大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

法理学:从古希腊到后现代/(英)韦恩·莫里森著;李桂林、李清伟,侯健、郑云端译. —武汉:武汉大学出版社,2003.1

世界法学精粹文库

ISBN 7-307-03730-0

I. 法… II. ①韦… ②李… ③李… ④侯… ⑤郑… III. 法理学—思想史—世界 IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 079016 号

Copyright ©Morrison, Wayne

This translation of *Jurisprudence: From the Greeks to Post-Modernism* is published by arrangement with Cavendish Publishing Limited.

本书中文版专有出版权由英国卡文迪什出版有限公司授予武汉大学出版社出版。未经出版者书面允许,不得以任何方式复印或抄袭本书内容。

责任编辑:王军风 责任校对:刘欣 版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.whu.edu.cn)

印刷:湖北省通山县印刷总厂

开本:787×960 1/16 印张:43 字数:789千字

版次:2003年1月第1版 2003年1月第1次印刷

ISBN 7-307-03730-0/D·503 定价:66.00元

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

《世界法学精粹文库》总序

我们正处于改革开放的时代，依法治国、实现法治是我们奋斗的目标，亦是国人一百多年来前赴后继，勉力将其推进，但仍有待于完成的大业。

实施法治除了可见的制度性建设一面之外，更为根本且尤难把握的是法治思想和观念的汲收、熏陶、培养、训练、辨识和传播；这种智识方面的建设积累工作是基础性的，它的有效进行将最终使得法治行为在社会生活中蔚然成风，使得法治精神在中国成为一个活的理想，一种感召，一种诉求，一种强大的、指导人们活动的信念。这无疑是一个长期的、需要人们付出不懈的艰苦努力的过程。

本文库的目的是有选择地将国外有较高学术价值的法学著述译介过来，供国内读者研究、借鉴、批判地吸取之用。我们也相信读者会以正确的态度阅读这些著述，采集其精华，剔除其糟粕。我们期望通过我们的工作能为国家的法治建设添砖加瓦，略尽绵薄之力。

诚恳欢迎各界朋友对我们的文库提出批评和建议，以利于我们将这项基础性的工作做得更好。

武汉大学出版社编辑部

2002年10月

译者序

两年前的，当我们四人聚首上海的时候，从北京带来的激情和抱负尚在我心中回荡。我们的胸中充满了为中国法学的兴盛做点事的欲望和冲动。现在，摆在读者面前的这本书：《法理学——从古希腊到后现代》，就是这种激情、冲动加上这两年来的心血的结晶。

在将我们的计划付诸实施之时，我们选择了翻译这种形式。从1980年代起，中国法学界就开始了规模性的引介西方法学著述的工作，到1990年代中期以后，西著中译已经受到了法学界的普遍重视。西方法学经典文献进入了中国学人的阅读范围，年轻的一代得以享受更丰富的思想资源，有助于他们形成更深刻的洞见，产生更多样化的观点与思想。这正是中国法学走向繁荣的希望之所在，是培养具备与外部世界对话能力的前提。尽管西著中译已经取得了相当的成就，但与学界的需求还相差甚远；何况这是一个永无止境的事业；只要有交流与对话的必要，这项工作就不能停止下来。

虽然我们觉得可做、需要做的事情很多，但是，我们最终把翻译由英国学者韦恩·莫里森（Wayne Morrison）撰写，英国卡文迪什出版有限公司（Cavendish Publishing Limited）于1997年出版的《法理学——从古希腊到后现代》作为我们工作的第一步。这是因为，我们认为我国法理学以至整个法学界需要一本反映西方法理学发展脉络的“通史”性著述，而且，它应该反映西方法理学界近期的研究领域与理论动态。在过去，我国出版界曾出版过类似性质的经典之作，但在容量方面尚显不足；况且，近十多年来，这方面的翻译工作尚付阙如。《法理学——从古希腊到后现代》所涵盖的时间跨度之大、涉及的理论派别之广、内容之丰富，为我国类似的译著所仅见。该书作者以其深厚的功底，对曾经出现和正在流行的各种法学理论和思潮进行了系统深入的剖析和解读，画龙点睛之笔随处可见，这对于处在不同文化和理论语境中的中国读者来讲，无疑将有助于我们领悟其精要之处，亦有利于我们理解和把握西方法理学几千年发展的脉络与精髓。相信具有如此特色的该书中译本的出版会为我国法学研究者和读者提供一部重要的专业参考资料。

在此应指出的是，尽管该书不失为法理学和法律思想史方面的一部成功之作，但由于作者的立场与我国法学的基本原则并不相同，他对马克思主义

法 理 学

法学理论的观点、对于社会主义前途的论述难免有显露偏见和不当之处。为了忠实于原文，我们将他的有关论述一并译出，这并不代表我们赞同这些观点。我们希望也相信读者会以批判的态度正确地对其加以取舍。

译事不易，两年的工作使我们对此体会更深。所幸的是，我们受益于各方面的关心和帮助，使我们最终得以完成该项工作。在此，我们要感谢北京大学沈宗灵教授、中央党校石泰峰教授，本书的选题得到了二位教授的首肯；北京大学王哲教授、武汉大学李龙教授也给予了我们关心和鼓励。我们要感谢武汉大学出版社及其相关人士，该出版社致力于学术基础建设，使我们在学术上有了合作的机会；本书责任编辑王军风先生在本书的翻译与出版的全过程中付出了艰苦的劳动，以他的学识使我们避免了一些可能出现的错误，以他的敬业精神感动并鼓舞着我们克服困难，完成工作。

本书翻译的分工如下：郑云瑞负责第1章，第2章，第7章；侯健负责第3章，第4章，第5章和第6章；李清伟负责第8章，第14章，第15章，第16章，第17章和第18章；李桂林负责第9章，第10章，第11章，第12章，第13章。在译稿初步完成之后，我们进行了互校工作。全书的统校由李桂林和侯健负责，李桂林负责全书的统稿工作。本书的中译本是根据原著2000年重印本翻译的，译文容有错误、不当之处，诚恳欢迎读者批评指教，以便我们有机会时予以改正。

译 者

2002年9月于上海

前 言

本书反映了我在威斯特费尔德和玛丽皇后学院法律系以及伦敦大学校外项目（英国和马来西亚）的教学经历。本书的写作始于在雅典时的一个复活节，当时我正在那里研究约翰·奥斯丁的全部讲义（他从1828年到1832年在伦敦所作的讲座）。由于我先前的观点主要依赖于第二手资料——特别是哈特在《法律的概念》（1961）中的论述，读到奥斯丁著作既是一种震撼，又是一种迷惘。哈特在其解释中为何如此狭隘呢？在当代法理学的讨论中，历史的地位是什么？如果展现在学生们面前的是对以前状况的歪曲，而不是丰富的文化遗产，那么，他们如何叙述当代的问题和争论呢？为什么如此多的教科书希望学生接受先前学者所说的具有表面价值的过于简单的断言呢？

有鉴于此，我决定尝试编写一本教科书，既可以作为法理学研究的阅读，又可以使法理学课程通常研究的各种人物的成就成为背景知识。三年来，我的不满足感和失意未曾消失。这部分是因为当我逐渐认识到不可能写一本足以完成两个目标的书时，我自己的书已成了失意的焦点。当然，本书是一种妥协。一方面，本书试图提供一种导论性的教科书，既可以用做引导那些希望了解法理学本质的读者，又尽力忠实于编年学和学术著述的相互作用说。在这方面，本书的部分目的是注释，即对不同学者在一定的语境中提出的观点和材料进行说明。另一方面，本书也是对资料的发展的一种具体叙事；是一种按照前现代、现代和后现代展开的叙事。

本书是个人的成果，它并没有对所有的问题作出断言。对哪些著者应该收入，每个读者可能都有自己的看法，可能会认为我低估或高估了某个学者的著作。我的惟一辩解就是赞同这样一个观点：这一任务是无穷尽的，本书只是注重实效的一种看法。

本书的写作归功于泰雷斯·凯丽，她不仅不辞辛劳地鼓励我，而且费力地阅读了大部分章节的早期文稿，她在把杂乱的不连贯的文稿变成相对连贯的文稿方面作出了不可估量的贡献。罗杰·科特威尔和皮特·费兹帕特里克两人阅读了后期文稿的有关章节并提出了有解释力的评论。鲁波特·昌德勒阅读了完稿的大部分。我还要感谢斯迪文·格斯特的支持，他在几年前提供了凯尔森未出版的文集的导读。本书得到了伦敦高级法律研究院的外部制度研究基金和威斯特费尔德和玛丽皇后学院法律系的小额资助，后者为我提供了短期

研究的机会。卡文迪什出版有限公司为我提供了持续愉快合作的机会,我衷心感谢凯特·尼科尔,乔·雷迪和松尼·利弘。不过,所有的责任皆由本人承担。

本书写作于伦敦、雅典和吉隆坡。每个地方都留下了痕迹。叙事来源于数年前玛丽皇后学院法理学课程的修订以及后来几年的学生的回应,这些学生开始时对法理学感到畏缩,后来发现法理学很激动人心。在英国保守党政府似乎决定拒绝给予一流大学以适当的资源时,从未有过的负担落在了科研人员 and 秘书的肩上。玛丽皇后学院法律系氛围仍然非常融洽、十分友好,这的确是个奇迹。我从全体教职员工的敬业精神中受益匪浅,特别是索菲亚·奥利弗和朱利·赫尔德的组织才能和秘书技能。对吉隆坡的学生,我心存这样一种希望,法理学必要的、复杂的材料既是可理解的,也是相关的,如果付诸适当的精力和热情的话。就个人而言,埃利斯佩斯、斯图亚特·麦克肯齐以及詹姆斯在吉隆坡给予我极大的热情,乔泰·拉姆帮助我完成了讲稿的最初草稿(以《法理学的要素》出版),参加了在 Bull's Head 旅店召开的数次让人激动的、令人愉快的会议,安纳普·希杜不断地敦促这个项目的实施。正是在雅典,我发现宁静、智慧以及理解确保了这个项目的成果。

最后,我回到开头对哈特著作的抱怨。虽然哈特承认利用了他人的著作,但是他宣称他的著作并不是他们观点的再现。他希望“这种安排不会阻碍这种信念,即一本法学理论著作应该是人们从中可以了解到其他著作所包含的内容的著作。只要那些著者持有这种信念,那么这个计划就不会有发展;只要这种观点为读者所持有,这个计划的教育价值就微乎其微了”。(《法律的概念》,1961:前言)这是一个有价值的观点,但是它也鼓励一种新的无知。当然,写一本教科书,宣称不只是一本仅仅重复别人的断言的书非常容易,特别是当其阻碍读者阅读那些“其他人的书”以检查它们实际上论述了什么时更是如此。人们不应忘记“其他人”的著述。这本教科书是一种不同的计划。“我们”有过多层次、复杂的过去,“我们”是历史的产物,它们是如此的多样以至于没有任何一个学派或者计划能够涵盖它们,这就是“我们的”“现实”。人类的命运注定了我们的本质将是一个谜团,但这并不意味着我们不应进行表达、记忆和讨论。本书不是一本揭示法理学真理的教科书——这样的书是不可能存在的。但是,如果它鼓励读者以一种新的兴趣去考虑我们过去的许多学者,如果它鼓励提出问题并进一步研究这些问题,那么本书在其有限的目标上就取得了成功。

韦恩·莫里森

1996年12月

目 录

前 言	1
第一章 法理学问题或者揭示法律的真相：	
对反复出现的问题的探索？	1
法理学的范围，或者“法律是什么”问题的意涵？	1
反思的需要？	2
作为现代法理学之主导传统的法律实证主义	4
尽管法律实证主义主导着现代理论，但也流行着后实证主义的 多元视角：这就是后现代对法律问题的讨论	7
法律现实主义	8
社会学的观点	8
社会学阐释的诉求在于与所分析的材料 保持一种批判距离的意象	8
我们如何描述理论的多样性？或者，相反地，我们何以有要求 主导性法学说的愿望？	9
直面后现代：从德沃金到《危险使者》	10
相信某种能够在后现代讲述法律帝国真正故事的法理学，这是否可能？ 或者说，后现代丧失了对连贯叙事、进步和正义可能性的信仰？	13
在现代晚期或者后现代的多元主义和多样化条件下 建立连贯叙事的问题	14
分析后现代条件下的法律之特殊难题	15
第二章 起源：古希腊和自然法理念	17
第一部分 法律和关于存在的问题	17
追问基本问题或者认识法律的存在基础	17
社会生活的物理方面和存在方面	18
在神话中肇端的智识思想和神灵的神秘主义	19

在希腊文学和哲学中反映的存在问题：以安提歌尼为例	22
安提歌尼中法律张力的解释	25
第二部分 古希腊自然法的语境	29
古希腊哲学开端的存在定位：人类早期对自然的依附性	29
古希腊哲学的语境是城邦的发展	31
希腊哲学的实践性：柏拉图的著述意在找到一个 批判社会秩序的平台	32
柏拉图的神话（洞穴比喻）：通过真理获得解放	34
第三部分 柏拉图的法理学	37
理想国中展示的柏拉图的正义观	37
教育在探求“真理”中的作用	38
强调社会目的的统一性	40
《法律篇》更为实用的路径	41
对柏拉图概念主义的结论性反思：他提供的是现实的理想， 还是一个虚构的创造？	42
第四部分 亚里士多德法理学	44
亚里士多德与伦理学的一般目的	44
幸福作为人类生活的最终目的	47
人类选择的条件	49
作为具有相对规模的社会功能的正义	50
认识自然法的经验模式	52
第三章 自然法、人的权力与上帝：	
中世纪基督教世界的构成要素	53
普遍性观念的兴起和希腊城邦的衰落	53
斯多葛学派的哲学	54
人是宇宙舞台的演员	55
怀疑论者：真的能够发现指导人类事务的真理吗？	55
罗马政治家西塞罗（阿尔皮努姆的西塞罗， 公元前 106～前 43 年）的路径	56
天人之际的模糊以及战胜自然的雄心壮志	58

奥古斯丁的反诘和神学自然法的发展	60
奥古斯丁的自然秩序：试炼之途的叙事和柏拉图式的苦行主义	62
爱与恩典	64
正义和自然法	64
奥古斯丁的“双城”之分与他的历史哲学	66
圣托马斯·阿奎那的托马斯主义：中世纪哲学学院派 理论的发展顶点	68
阿奎那论人的目的和自然法	68
永恒法、自然法、人法和神法的内在联系	71
永恒法	71
自然法	71
人法	72
神法	72
阿奎那论国家	73
对自然法的神秘性及其与永恒保障之关系的一个评注	75
第四章 托马斯·霍布斯与法律强制理论的起源：	
从上帝权威向世俗权威的转变	77
中世纪传统中人的两种不同关怀：人应当寻求征服自然还是 寻求在充满上帝之爱的另一世界中得救？	78
强权鼓吹者马基雅维里：突破神学自然法观念的一次早期的尝试	78
伊丽莎白时代的宇宙观念：一条确定的存在之链	80
中世纪观念动摇之时的恐惧和权力的辩证关系	82
自然主义宗教观中的权力关系与知识的权力	83
弗兰西科·培根论权力和知识的作用：知识即权力， 但是真正的知识惟一地源于经验	85
笛卡尔的不同方法：怀疑主义的检验和将理性主义结构建基于 不可质疑的真理之上的任务	86
两种截然不同的事物：这些方法赋予人类代理人的权力与 根植于有关神圣事物的神秘经验的依从观念	87
霍布斯构想了一种上帝观：宇宙被分成世俗主权领域 和神圣主权领域	90

在《利维坦》中，霍布斯认为权力创造知识，社会秩序的 秘密在于控制社会的解释活动	93
霍布斯的世俗自然法或者“有关人类状态的自然法则”	95
霍布斯解决自然状态问题的路径：主权者的诞生： 一个人造物，一个人间的神	99
法律是主权者以权力实施的命令	101
为了建立现代性，人类的关怀应当集中在世界的进步和 恐惧上，或者控制世界末日的必要性上	103
结论：理解霍布斯留给我们的困境和遗产	104
第五章 大卫·休谟——捍卫经验与传统， 反对以理性指导现代性	108
理解休谟：对学术界的一个评述	109
休谟在法学上的意义部分在于他关于传统和经验的辩护， 这种辩护是霍布斯主义传统潜在的攻击对象	110
关于如何理解人类社会的方法论：个人主义还是整体主义？	112
方法论上的个人主义	112
意义性质的解释传统的开始	113
休谟认为我们不可能仅通过理性认识整体的存在，并暗示 一种有关社会的结构—功能表述方式，其中， 传统和经验是社会进步的因素	114
第一步：区别事实的知识和观念的知识	114
第二步：解构“抽象理性”或纯粹哲学，建设新社会	115
第三步：解构自我	117
探求现代个人主体的根据所得的结果是不确定性和混乱， 而不是一个可靠的基础	118
走出现代性新起点的了无根基的虚空状态	120
休谟返回普通生活的实用主义	121
记忆和有关社会生活的叙事的作用	122
区别事实和价值，将有关道德关系的观念建立在有关自然历史的 真实事实和世界运转的知识基础之上	124
对一个逐渐进步的仁慈之自然的迷信	126
我们的正义观应当建基于适用人的自然状况并为社会发展 所需要的条件上	128

社会制度对人类的规训：牢固的行为习惯·····	129
道德哲学是世俗的吗？正当与邪恶的哲学探讨应当让位于自然 功利的经验分析吗？·····	134
第六章 伊曼纽尔·康德与批判理性之现代性 ·····	137
作为现代法则的纯粹与自主·····	137
回答休谟·····	138
理性自主原则成为现代性的指导·····	139
确证知识类型，每一类型都有一些不同的基础性前提·····	141
通过感觉形式和前提需求知识的必要性·····	141
科学的基本范畴和理智、经验两世界的划分·····	142
法则中的预设：道德的合理性与为把人视为一个理性 个体的观点而辩护·····	143
经验科学的片面性质·····	143
人超越他的经验性质，能够遵循实践理性而行动·····	144
绝对命令·····	146
我们是默认实践理性和自由意志在我们日常的道德 评判中的基础地位的·····	147
界定理性主体的本体·····	149
甄别正当与善·····	150
甄别正当与善：对功利主义的批评·····	151
甄别正当与善：以判决和惩罚为例·····	153
康德论人类前途·····	156
全体的前途·····	158
第七章 从卢梭到黑格尔：表现主义法律传统的诞生与 法律的伦理生命之梦 ·····	160
第一部分 卢梭模棱两可的浪漫主义与表现主义的社会契约思想 ·····	160
现代性：社会制度合法化的不确定的社会背景·····	161
社会契约·····	163
公意的思想·····	166
阐释卢梭的寓意·····	168

第二部分 弗里德里希·黑格尔：整体调和哲学以及对法律的	
伦理生命的探究	171
黑格尔：把人类状况的二元论再结合成现世的整体性.....	171
自由是现代性的关键标准.....	172
国家必须体现我们对道德社会秩序的需要.....	173
宪政国家是一种历史发展，它的理解必须借助于历史理解的	
概念性工具并把历史解释成伦理社会生活的展开.....	174
黑格尔图景的两面：浪漫主义与警告.....	176
主权意志，或者主权意志的性质.....	178
宪政.....	178
现代人的合法身份和偶然性：以主奴关系为例.....	179
人类历史是一种通过个人无意识的社会工程	
起作用的理性过程.....	181
法律发展的特殊性.....	181
法律的方向？.....	182
法律的理想.....	182
现代知识的社会作用及其局限性.....	183
现代性的辩证法：行动、希望和毁灭.....	184
结论：黑格尔与完美现代社会之梦.....	186
第八章 斯密、边沁和密尔：法律的功利主义基础	
的早期发展	188
第一部分 工业、资本主义与看不见的市场之手的正义：	
亚当·斯密的工作	188
理解斯密看不见的市场之手理论的道德基础.....	188
同情心概念的产生.....	190
同情心和公正旁观者的概念有绝对保障吗？.....	192
实在法和惩罚在保证现代“商业”社会中的作用.....	194
第二部分 边沁（1748~1832）和现代功利主义法学的渊源	196
作为新道德科学根本原则的功利.....	196
功利主义原则能够得到证明吗？其效力是边沁假定的吗？.....	198
法律作为功利主义改革的工具.....	199

边沁的法律概念·····	200
主权者·····	200
制裁的功能·····	201
快乐—痛苦的计算方法·····	202
法律的目标或目的·····	202
惩罚的核心·····	203
善良秩序和财产权保护的变革思想与边沁的有限极端主义·····	205
圆形监狱的陷阱·····	206
内在于功利主义的可见性与控制的双重意象·····	207
第三部分 密尔：功利主义的改革与自由原则的发展·····	210
密尔使边沁古典功利主义人性化的语境·····	210
《论自由》以及对指导政策的首要原则的探求·····	212
自由原则和一般功利主义之间的复杂关系·····	215
自由和功利相互作用的最终产物是社会进步·····	218
成文法或国家法和不成文法各自的作用以及宽容的必要性·····	219
J·斯蒂文对不宽容的辩护·····	219
伤害和冒犯之间的界限能够轻易划定吗？·····	220
密尔关于现代性的乐观主义·····	220
社会科学的概念怎样？自由原则意味着可靠的科学是不可能的吗？	
对真理的追求提供了开放社会的模式·····	221
自由主义哲学需要用历史认知和社会学认知加以补充·····	223
第九章 约翰·奥斯丁和有关法理学诞生的误解·····	225
导言：约翰·奥斯丁法理学的现代性·····	225
第一部分 从评论者那里营救奥斯丁法理学著作中	
的约翰·奥斯丁·····	229
处理奥斯丁的通常方法·····	231
把奥斯丁理解成一位分析实证主义者：我们要辨别他的分析特征	
就必须考虑他的整体事业？·····	234
奥斯丁的概念是广泛复合体的组成部分·····	235
奥斯丁分析的认识论基础是什么：他是一位概念实证主义者、	
经验主义者或者是社会学家？·····	236

实证主义与奥斯丁法律实证主义的关系·····	240
反对实证主义的各种理由：以卡尔·波普尔为例·····	241
第二部分 对奥斯丁法理学结构的认识 ·····	243
法律的定义·····	243
法律既是文明的创造物也是文明的构成要素·····	244
权力与优势者的关系·····	244
功利主义是社会正义的关键原则·····	244
主权的概念·····	247
虽然主权者在法律上是不受限制的，但它对批判性 实在道德（特别是功利原则）负责·····	250
国际法问题·····	252
司法创法的作用·····	253
第三部分 结论 ·····	256
对奥斯丁分析法学的传统解释是没有生命力的·····	256
奥斯丁不能重写其讲义的问题·····	257
第十章 马克思和马克思主义理解法律与社会的遗产 ·····	259
作为希望和超越的马克思主义·····	259
马克思主义的理论化简介：一般和特殊的辩证法·····	260
马克思理论的魅力之一在于他的历史叙事·····	262
马克思主义作为一种实践·····	263
认识马克思主义法理学作用的几点告诫·····	263
马克思没有建立有关法律的特殊著作体系·····	263
马克思的著述和关怀包括多年的精深研究和学术成果·····	263
马克思总是视法律为一种富于表现力的现象·····	265
虽然后期马克思似乎贬低法律的作用，但法律继续以富于 表现力的术语展示出来·····	266
主流的解釋传统：阶级工具论与经济决定论·····	266
马克思主义关于法律在现代的作用的建构性理论·····	267
马克思法律思想发展概述·····	268
后期马克思的科学基础综述·····	272
马克思主义方法论·····	275

国 家	276
马克思论经验主义法律秩序和（社会）正义	278
马克思主义的遗产必将使我们产生悲观主义的法律秩序解释， 像权利这样的实体只是权力表达？	280
作为构成性调整的法律	281
马克思主义寻求正义就是与非人道和剥削的斗争	283
在马克思主义受挫之后，马克思的遗产有什么相关性？	284
后资本主义秩序？	286
第十一章 韦伯、尼采和大屠杀：现代性除魅的来临	288
第一部分 马克斯·韦伯（1864~1920）：合法统治和 理性化的辩证——除魅	288
世界的理性化	288
理性化的要素	290
民族国家、法制和资本主义的兴起	291
正统统治的形式	292
现代的正统性问题：法理学的理由？	295
社会学认识的方法	297
除魅是通过知识获得自由的现代性的必然后果吗？	297
韦伯论自然法意识形态的命运	299
现代纪律和日常生活常规	300
现代性涉及对理性知识的忠诚，但我们不了解最深层的基础或价值； 因此现代性的困境在于，它忠诚于知识，但知识不能告诉我们生活的 意义，也不能最终（告诉我们）做什么有意义	301
理性主义的困境	302
非理性的幸存	302
克里斯玛型权威的吸引力	302
建立法律科学	303
法律真理的开放性和法律的创造力	304
第二部分 弗里德里希·尼采（1844~1900）：激进的现代人 还是后现代的预言者？	306
弗里德里希·尼采简介：后现代状况的哲学家	307

成问题的真理·····	309
论视角主义·····	309
本体论流与视角主义的结合使我们发现知识作品是权力工具·····	310
论无意识和展现道德谱系的必要性·····	311
简单定义或解释社会制度的困难·····	312
论改变人类的命运和类型的必要·····	313
论现代人的无家可归·····	314
第三部分 大屠杀：现代性被推向极端的例证，现代性的最终除魅的例证·····	315
引 言·····	316
观察大屠杀的主要方式概述·····	317
作为德国意识形态特别是反犹太主义传统的一个问题·····	317
作为一个纳粹问题或希特勒个人魅力的产物·····	318
建构叙事和“园艺”与社会工程的社会合理性·····	320
利用法律把犹太人变成次于人类的物·····	322
法理学在创造纳粹时代制度构想中的作用：	
以卡尔·施密特为例·····	324
卡尔·施密特对1920年代议制民主的批判·····	325
大屠杀是现代性的普遍理性化的组成部分·····	327
集中营卫兵和纳粹党卫军成员的锻炼·····	328
法理学以及对纳粹统治和大屠杀的反映·····	329
纽伦堡审判的正当化·····	331
政治学和法制构想·····	334
法律实证主义质问以及对纳粹法律的受争议的服从：	
恶意告密者的案例·····	335
第十二章 汉斯·凯尔森的纯粹法学·····	340
走近纯粹法学·····	340
凯尔森的社会和政治论题·····	341
凯尔森的纯粹法学是对在多元主义现实中建构社会结构	
这一问题的形式主义回答·····	346
法律实证主义的不完全理性化·····	348
纯粹法学的结构·····	349

法律规范的特殊性质·····	351
法律科学家的解释能力·····	353
解释材料发现于法律体系的法律效力观念中·····	353
基本规范是一个思维预设而不是某种经验事件·····	355
效力与实效的关系·····	359
基本规范的独特性·····	360
基本规范的虚构性或假设性是否毁掉了凯尔森理论的纯粹性? ·····	360
其他问题·····	362
凯尔森在除去了国家的神秘意义以后是否能提出某种 提供社会统一的东西? 形而上学的保证定位在何处? ·····	363
在何种方式上凯尔森的纯粹法学说明了法律实证主义的命运? ·····	364
结 论·····	367
第十三章 法律实证主义的颠峰：哈特和将法律 视为自足的规则体系的理论 ·····	370
《法律的概念》：现代法理学的明珠还是它的时代的遗嘱? ·····	370
《法律的概念》的结构·····	373
对以哈特对约翰·奥斯丁的解读为基础的法律命令说的批评 ·····	374
哈特对奥斯丁的批评是理论化方面的进步? ·····	378
哈特描绘性社会学文笔在何种程度上实际提供了一个 有关法律的功能性的叙事? ·····	380
路德维希·维特根斯坦著作简介 ·····	380
哈特解决维特根斯坦难题的方法不能令人满意·····	387
法律制度的形式存在·····	388
规则的内在方面和服从问题·····	390
哈特的分析法学的结构·····	391
规则思想·····	391
法律制度的思想·····	391
法律制度存在的条件·····	391
法律作为第一性和第二性规则的结合的思想·····	392
法律的“外在”方面和“内在”方面·····	392
法律的效力·····	394
哈特的效力链的最终开放性·····	394
哈特论自然法的最低内容·····	397

哈特的法律推理理论：形式主义和规则怀疑主义
之间的中间道路？ 401

**第十四章 自由主义与现代晚期的正义社会观——对凯尔森、
富勒、罗尔斯、诺齐克和社群主义批评者的解读 405**

第一部分 凯尔森以及动态正义论与静态正义论之间的张力 405
正义、幸福和确实性的相互影响 405
凯尔森赞成动态正义反对静态正义传统 406

第二部分 朗·富勒与法条主义的方法论正义概念 409
富勒建立法制的目的性阐释的努力 409
法律的内在道德 412
交往是受自由法制保障的关键原则 414

第三部分 约翰·罗尔斯与他的正义论 416
罗尔斯把正统性问题放在现代社会生活的最前沿位置 416
作为确定正义原则的基础，罗尔斯用对“无知之幕”下作出的决定的
赞成这一思想来代替理想的观察者这一功利主义模式 418
正义原则 419
罗尔斯的合理增长思想：发展与道德尊重的平衡 420

第四部分 罗伯特·诺齐克的激进自由市场哲学 422
诺齐克作为哲学自由意志论者的代表 422
诺齐克最弱意义国家的思想是什么？他为什么宣称
这是惟一正当的国家模式？ 423
以公正获得为基础的论据 426
矫正原则所带有的矛盾问题 428
自由意志主义立场的弱点 430
不考虑社会历史或社会现实的抽象哲学论证的弱点 430
自由意志论叙事规避政治叙事，忽视关于我们社会实际
传统的其他叙事 431

第五部分 社群主义对自由主义正义理论的批评 433

桑德尔的批评分析·····	433
查尔斯·泰勒和对原子论的指责·····	434
麦金泰尔与重新发现美德的尝试·····	435
社群主义替代正义与福利的各自优势的论争·····	438
罗尔斯能够回应社群主义的批判吗?·····	439
第十五章 德沃金和反对除魅的斗争：自由主义法学的阐释性 伦理学的法律观 ·····	440
导 论·····	440
补说：透明社会的命运?·····	441
德沃金解释性法理学方法论的目的是什么：是为有目的的实践提供 一贯性，还是为后现代创造新的元叙事?·····	444
法律实证主义的批判和哈特的法律推理理论·····	447
在法律论辩的文法中存在固有的正确答案吗?·····	449
德沃金早期理论认为司法实践要追求基于原则的一致性·····	451
疑难案件的解决·····	452
德沃金权利思想的发展·····	453
法律是具有整体性的开放性习惯：《法律的帝国》之梦·····	455
法理学与司法态度·····	460
作为未竟事业的法律：司法的功能与章回小说的创作·····	460
对德沃金的异议和批判·····	463
再论解释：德沃金是一位解释性帝国主义者吗?·····	464
德沃金的解释共同体·····	469
德沃金愿望的形而上学：原则社群主义的政治学·····	474
第十六章 怀疑主义、怀疑和批判法学研究运动 ·····	476
概要：单纯和学术知识的深思·····	476
摧毁清白：求助于其他知识·····	479
批判法学研究运动的渊源·····	481
怀疑主义态度的重要性及其对主流法律教育的打击·····	482
社会进步的质疑以及法理学的人性化·····	484
批判法学的有效策略包括文本理性（合理性）的人格化、 文本不稳定性和模糊性的产生·····	487
批判法学的重要攻击对象·····	488

法律自由主义被认为代表了一种特殊形式的政治学·····	489
邓肯·肯尼迪和基本矛盾的思想·····	494
比较帕特莉莎·威廉斯的权利话语·····	495
修正基本矛盾：批判法学能够避免合理性的需要吗？·····	496
忠诚元叙事，或转型政治学在昂格尔的工作中意味着什么？·····	497
什么可以取代这些被拒绝的观点？·····	502
结 论·····	503
第十七章 解读女性主义法理学 ·····	507
导 言·····	507
基本问题包括控制、父权制和女性的正义感问题·····	508
女性主义法理学如何寻求回答这些问题？·····	511
女性主义方法论·····	513
女性主义法理学的流派和分期·····	514
自由主义的女性主义·····	514
激进的女性主义·····	517
麦克金农作品的主题·····	518
普遍的男性统治的后果是什么？·····	519
对女性主义和解放技术的补充：以生育控制和堕胎为例·····	523
自由法制主义与女性主义：罗纳德·德沃金有关生命控制的案例·····	525
文化女性主义与差别理论·····	527
卡洛尔·吉利根·····	527
罗宾·威斯特——法律理论和女性主义理论中的分离与联系·····	534
女性主义的恐惧和乌托邦·····	537
男女身体相交的比较·····	537
超越差别：女性主义是人道主义？·····	538
走向多元主体性：黑人女性主义或批判种族女性主义的影响·····	539
后现代女性主义·····	543
第十八章 结束语：关于后现代法理学的诱惑的反思 ·····	545
尾声：后现代的模糊性？·····	545
作为后现代叙事者的弗朗兹·卡夫卡·····	547
诱惑一：接受激进的相对主义和否定对本质问题提出的 任何有意义的答案·····	549

目 录

诱惑二：由于预设性而放弃对法律智慧的寻求·····	551
诱惑三：为了部落制和无中心主体之间的辩证法抛弃现代性·····	553
诱惑四：对解构性质的误解·····	554
诱惑五：拒绝解构的负担，退回到游戏之中·····	556
参考书目 ·····	558
索 引 ·····	584

第一章 法理学问题或者揭示法律的真相： [1] 对反复出现的问题的探索？

哲学家为何探究极为普通的词的含义呢？……难道他们忘了吗？（维特根斯坦：引自《红色道路》1990：82）

法律是什么？

法官先生居高临下，

清晰而庄严地宣布：

法律就是我从前告诉你的话；

法律就是我的理解，

一如你所知道的那样。

法律不过是我重新作出的解释，

法律就是法律。（W·H·奥登，《诗集》，1976：208）

在我们的时代，对“存在”一词的真正意义有一个答案了吗？根本没有。因此，我们重新提出“存在”的意义问题是恰当的。但是，我们今天为自己无力理解“存在”而感到困惑了吗？一点也不。因此我们首先应当再次唤醒对这个问题的意义的理解。（海德格尔，《存在与时间》，（1929）1962：1）

法理学的范围，或者“法律是什么”问题的意涵^①

语言哲学家 L·维特根斯坦（1889～1951）认为，我们研究词的意义，目的在于能够在实际的生活更好地引导自己。他也指出，对语言用法的研究立刻就会向我们展示社会生活是何等的复杂。在为表面看似简单的问题寻求有意义的答案时，结果通常是不确定的。法理学也是如此。法理学可以最

^① 在1990年代中期写作一本法理学著作，不可能存在一个没有争议的开篇。视角多样性以及问题提出的多种方式，导致没有一种开篇被认为是正常的或者自然的。的确，将分析对象看做一个实体——就如同人们看待法律的传统方式那样——与将之看做一种活动之间，就存在一个根本性的区别。将法律看做是一种活动，可能是一种不适当的还原主义（reductionist）视角。其他一些术语，例如“法条主义”，则更能够表明多样性的社会实践和意识形态的观念，是更可取的。

简单地被界定为对“法律是什么”这一问题的回答的大全吗？这是一个有点误导性质的简便的界定——这的确是个问题：一种回应可以很快得到认同吗？如果法理学只具有这样一种核心任务，那么，为什么“法律是什么”这一问题至少在大约 2500 年前的古希腊时就提出来了，而人们至今仍未达成一个公认的答案呢？

- [2] 广义上说，法理学可以被界定为法律的智慧，或者对“法律事业”的性质和语境的理解^①。这种对于法理学任务的界定把中心转到这一方面：我们不只是在探求“这一事业是什么”，以及“人们如何回答法律是什么”，而且我们也在试图弄清这些问题本身的意涵。所注意的第一方面是明显的而又令人困惑的，这就是对法律有多种理解。法律是一个实体？一个过程？还是一套程序？抑或是一种复杂的社会现象？正统性（合法性）是一种思维方式？还是预测法院判决结果的能力？法律是一种争议的态度吗？法律曾经被称为所有这一切或其他更多的事物。因此，广义的法理学理念不应当仅仅局限于一个或者另一个法律观念，而应该探求这种多样性是如何形成的。

反思的需要？

换句话说，我们不仅努力认识关于“法律是什么”或者“法律事业的性质是什么”的不同回答所提出的各种问题，而且致力于理解这些问题实际上被提出以及促使我们寻求答案的各种条件和激励因素。这种类型的自问通常称为反省。反省是设问者反躬自问的过程，或者试图更具有自我意识的习惯作法。

但反省是成问题的，它可能引起无穷无尽的设问过程。如果是这样的话，那么，很明显，对这些过程就不可能存在一个权威性的整体或最终的解释，可能总是存在着不同于一种叙述的另一种叙述，总是存在着应予考虑的另一个因素。所有的解释都倾向于强调某些特征而忽略其他特征。

关于什么资料可以被恰当地称为法理学，哪些研究进路是与之相关的，哪些进路是与之不相关的，存在着能够确定清晰的方针的方法吗？直到最近，西方法理学一直为一种特定的法哲学所统治——具体说来，就是法律实

^① 我认为，法理学的词根来源于“*juris*”，意指法律或权利，另一个词根“*prudence*”意指智慧。因而我把法理学看做是寻求法律的智慧，或者寻求对法律的明智理解的学问。在使用“法律事业”的术语时，我遵循了贝利维尔德（Beyleveld）和布朗斯沃德（Brownswold）（1986）的用法，而他们的理论是建立在富勒的诸如“使人们的行为服从规则治理的事业”的法律格言基础上的。

证主义。这种法哲学与法律现实主义或者自然法学的传统明显不同。然而，现在法理学课程的资料范围，或者明显与法理学有关的资料的范围，已经有了引人注目的扩展；此外，这个领域变得如此充满争议和矛盾，以致法理学研究的性质和领域似乎没有确定的构架或者一致性。这预示着什么？这是法理学进步的标志、还是这一关键领域失败的象征？我们如何才能知道？

研究法理学的目的在于寻求自觉，寻求对法律的性质以及它的社会背景的某种程度的透彻理解。在反省意识的指引下，我们意识到，为了判断我们的认识的正误，我们需要考虑作出分析的前提假设：不仅要理解在研究法律时所使用的不同方法论，而且还要思考这种探寻法律是什么的活动之所以重要的不同原因。我们也面临语境问题：如果不依赖特定的社会和历史环境，我们能够询问“法律是什么”的问题（或者提出以供进一步讨论的一个定义或者理论模型）吗？这种问题总是在某种语境下提出，对这个问题的回答也总是取决于某种语境吗？因此，在讨论各种旨在获得法律智慧的答案和企图时，我们需要移情进入法理学这一事业的不同语境吗？是方法论在改进，还是仅仅提供了不同的视角？我们似乎被带进了一个智识的迷宫之中。不过，我们很快就得回到基本问题。法律是一个单一的现象——还是存在着一系列不同的、松散地集合在“法律”标签之下的许多现象？话又说回来，我们制定探询这些问题的计划是为了什么？有什么方法论可以确保我们探索法理学的事业是一个自觉的过程？ [3]

本章开头的第二段和第三段摘录表达了关于社会现象的相反态度。在第二段摘录中，诗人奥登通过法律职业者的形象提出了这样一个法律观点，即法律就是法律，因此可以以一种比较直截了当的、不言而喻的方式加以描述。法律是自治的，它可以被视为自足的，而不考虑是如何形成的——关于如何形成的问题，例如我们可能意识到法律是通过权力而被政治历史地创造出来的——法律一旦产生，就具有某种我们可以描述的基本形式。当代英美法理学在很大程度上试图发展一种法律科学，这种法律科学建立在这样一种假定的基础上，即法律具有某种可以识别的共同特征和形式，这可以被无疑地当做一个事实问题：一个特定的领域要么存在法律，要么不存在法律。这一观点通常被指称为法律实证主义。它断言，法律是什么的问题应当被视为这样一个问题，它可以通过一些比较简单的、提供真实的答案的概念来回答（例如，法律是国家的命令，或者法律是一个规则体），这样，我们就能够建

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



构起识别有效法律的程序^①。在把法律界定为一个比较简单的问题之后，法律实证主义方法一般致力于描述识别法律的机制。下一个重要的问题就是一个与识别法律不同，但是又与之有联系的分析法律内容（也就是，各种法律关系的原则和体系）的问题。法律应当是什么的问题是另外的一个问题？^②

[4] 假设法律实证主义已经是现代法理学的占主导地位的传统，在考察本章开头部分的最后一段引文之前，最好对法律实证主义的性质有一个比较清晰的认识。

作为现代法理学之主导传统的法律实证主义

法律实证主义是一个标签，它标示着过去的150年间在西方法理学中占统治地位的一些相互关联的有关研究法律的方法。这种标签的使用范围总是包括对“法律是什么”这一问题的许多不同的学说和回答，但一般说来，法律实证主义主张两个基本的构成因素：（1）法律是人类的创造，它是人类以某种方式“安排”的结果，例如通过政治统治者——也就是主权者的明确意志经过立法程序创造出来。（2）通过运用18和19世纪所谓的“自然的”或“物理的”科学的方法论，法律是能够被研究，被恰当地理解的；这种方法被称为实证主义方法；为了追求客观性，它试图消除科学家的任何主观因素。在收集到适当的数据——通常就是法律制度所使用的各种概念之后，一种纯粹的分析方法论似乎就适宜于把对象分解成易于处理的形式，法律科学家必须审慎地避免把自己的价值观带到调查中。

近些年来，法律实证主义失去了往日在法理学中的统治地位，部分归因于它的分析概念的方针牺牲了对法律事业的整体理解，并缺乏关于法律的社会功效的社会意识。而且，法律实证主义的批评家指出，法律实证主义不是一种价值无涉的法律方法，它本身就是具有特定的价值的方法，它包含了某

① 这里有意使用“必须”(should)和“应当”(ought)。法律实证主义有一个“道德”上的根据，即建构起识别有效法律的便利程序不仅是一个认识论的副产品，而且是一个可欲的结果。哈特的现代经典《法律的概念》开篇涉及大量的有关法律是什么的讨论。哈特指出，这种讨论不仅有助于我们进一步明晰对各种类型的法律的理解，而且有助于我们通过维持简单的法律识别程序，以普通的批判性道德观念来评判特定法律在道德上的好坏。有些评论家认为这是实证主义者的“批判性的公民意识理论”，或者认为将识别法律的存在与判断法律的道德价值相分离的作法是可取的。

② 法律实证主义的两个著名的代表人物，边沁（本书第八章讨论）和奥斯丁（本书第九章讨论）都认为描述性法理学不同于审查性法理学，或者法律科学不同于立法科学。

些假定，这些假定引导我们以一种特定的方式思考法律问题^①。不同的实证主义学者的不同作法反映出不同的复杂情况。我们与其把这些作法看做是似乎在处理某种共同的、纯粹的基本形式或某种超历史的实体，不如把它们看做是历史性的建构。一些具有社会学倾向的评论家，例如科特威尔（1989），认为法理学以及法律与社会研究中所谓的相互矛盾的现象根源于这一简单然而通常受到忽视的事实，即不同的学者研究不同的论题，因此使用着有明显不同理解的方法。法律不是某种不变的或者超历史的现象，而是在不同的社会历史环境下建构起来的不同的经验现象。不仅不同的提问产生不同的答案，而且视角的多样性可能是基本调查资料的内在差异和多样性的结果。因此，关于“法律是什么”的答案的多样性，不足以证明某些学者是对的而另一些学者是错的，而恰恰是当我们在复杂的历史境况下考察法律和正统性时可供参考的大量问题和视角的明证。

[5]

那些视自己为法律实证主义者的学者如何界定这一传统的？在50年代晚期，哈特（被广泛地认为是现代实证主义法学的最重要代表人物）概括地提供了法律实证主义的几个可能的信条：

(1) 法律是人类的命令；

(2) 法律与道德之间，或者“法律实际上是什么”与“法律应当是什么”之间没有必然的联系；

(3) 对各种法律概念的分析（或者含义的研究）(i) 是值得追求的以及(ii) 这种分析不同于对法律产生的原因或者起源的历史研究，不同于对法律和其他社会现象的关系的社会学研究，不同于用道德、社会目标、功能或者其他标准对法律所作的批评或评价；

(4) 法律体系是一个“封闭的逻辑体系”，正确的法律判决能够通过逻辑方法从事先确定的法律规则中推导出来，而不考虑社会目标、政策、道德标准；以及

(5) 道德评判和事实陈述不同，它不能通过理性的争论、证据、证明得

^① 朱蒂斯·希克娜（Judith Shklar）（1964：3）在《法条主义》中提出一个有名的当代批评：“将法律制度故意地孤立开来——将法律看做是中性的社会实体——这种作法本身就是一种精致的意识形态，是偏好的表达……这里法律可以看做是某种在“彼处”（there）的东西，一种仅仅考察其纯粹的形式就可以作出分析的实体，尽管它并不具备这样一种作法所实际要求的永恒性……形式主义创造了这种“彼在”（thereness），这是由于它的倡导者认为法律制度应当存在于“彼处”以便恰当地发挥其功能。为了存在于“彼处”，法律应当是自洽的以便摆脱政治家和道德家不可预测的压力，并由尽可能没有价值倾向的司法系统加以运作。这就是为什么法律被看做一套协调一致的、非人格化的规则体系的缘故。”

到确立或者辩护（伦理学的“非认识性论点”），而事实陈述则可以这样。（哈特：1957~58，601~602）

法律实证主义的核心要素是这样一种理解，即现代法律——实在法——是人为了人的目的而制定出来的某种东西。因此，现代法律可以被视为是一种重要的工具。法律或者被看做是政府权力的一种工具，或者只是一种促进基本的社会相互作用以及为个人缔结契约、设立遗嘱、转移财产、信赖公共机构等创造条件的工具。另外，法律实证主义的一个基本信条是，虽然任何一个社会的法律都可能反映道德和政治选择，但在法律和道德之间没有必然的或者概念上的联系。被认定为有效的法律并不需要具有道德性^①。正如奥斯丁（他被广泛认为是法律实证主义传统的创始人）在1830年代早期的讲义中所述：“法律的存在是一回事；其优点和缺陷是另一回事。”这个“分离命题”在实证主义的另一个因素中是至关重要的；法律应当使用相对简单的[6]（通常是经验的）方法论来确认。法律的存在是一个可以通过观察来回答的事实问题，而不是什么复杂的道德解释和评价的过程^②。例如，为了确定某个制定法的合法性，只有遵循事实的来源检验才是必需的。这突现了法律实证主义的一个重要的特点：法律实证主义是一种极为强调把法律的运用当做现代国家的一种工具的法理学。正如我们将要看到的那样，在托马斯·霍布斯的著作（他为奥斯丁建构现代法律实证主义的方法奠定了基础，这将在本书第四章中讨论）中，智识探索的核心追溯到超自然的存在——上帝——作为纯粹或者公正的理想法律的创造者。而现在取而代之的是关注点转移到国家的权威上。从霍布斯以来，主权已经成为一个关键的概念（例如在边沁和奥斯丁的著作中）^③，然而，随着现代西方社会发展成为官僚统治的社会结构，“官员”取代了主权成为权威的中心（例如在1961年哈特的著作中，参见本书第十三章，以及1978年德沃金的著作中，详见本书第十五章）。但是，在把法律看做是国家的附庸这种制度性和工具性角色时，法律实证主义总是要冒成为一个没有灵魂的方法论的风险。因为如果法律失去与先验象征

① 这点通常被误解。坚持法律实证主义方法的学者认为，从经验上说，法律是社会、政治和道德过程的产物，但是主张法律的概念或观念可以抛开道德进行分析。法律可以是不道德的或者道德的；不正义的或者正义的；压制型的或者社会进步型的。

② 正如约瑟夫·拉兹所言：“就实证主义最一般的含义而言，实证主义的社会命题是，什么是法律以及什么不是法律——这是一个社会事实问题（也就是说，实证主义者所支持的各种社会命题都是对这个简单陈述的精致和详尽的阐发）。”

③ 另一个具有重要影响的人物是法国人博丹，参见斯金纳（Skinner）（1978，Vol2：284~301）；富兰克林（1963）。

的前现代的联系，而只是变成一个变动不居的人类工具的话，如何存在法律的本质呢？这不是意味着，因为存在着人类/社会的安排的形式，因而也存在着许多（非）法律的形式吗？法律多元主义通常是指国家法律的“另一面”^①。

尽管法律实证主义主导着现代理论， 但是也流行着后实证主义的多元视角： 这就是后现代对法律问题的讨论

实证主义似乎提供一种比较简单的方法论来确认法律。比较而言，在本章开头第三段引言中，海德格尔提出了这样的理念，即任何社会现象都可能有不同的、多元的诠释^②。关于真正存在的问题——事物的本质是什么——不可能被简化为一个视角，如果依靠这种视角或方法论本身的优势，而不通过一种控制思想的行动的话。以“法律”这个词代替“存在”，开篇的第三个引言便可作如下表述：

在我们的时代，对“法律”一词的真正意义有一个答案了吗？根本没有。因此，我们重新提出“法律”的意义问题是恰当的。但是，我们今天为自己无力理解“法律”而感到困惑了吗？一点也不。因此我们首先应当再次唤醒对这个问题的意义的理解。

这个悖论就是这样：我们对法律一词没有确定的意义，然而在绝大多数情况下，我们在日常生活中并不需要这种确定的意义——这种需要是激发哈

① 事实上，古典法律实证主义者——奥斯丁（1832，1873）——认识到这个问题。他注意到法律多元，而且他的理论只是一种特别地涉及他所谓的“实在法”或者作为政治统治技术的法律的理论。奥斯丁承认，一系列非国家的过程的运作是为了加强国家法律的效力，但其他人却没有这么微妙。在多本教科书中，奥斯丁的理论被解释为，如果那是法律的理论，也是所有法律的理论。由于有这种理解，后来的评论家歪曲了奥斯丁的思想，把它过分简单化了。

② 德国哲学家马丁·海德格尔感受到了一种唤醒我们对人类生存这个事实的好奇心的需要。我们想当然地认可我们的“在”而不是不“在”。我们必须接受我们生存是为了活着的事实；然而，反思，或者审视我们的存在，是全部人类生活的本质，是文化的核心问题。海德格尔认为，如果我们生活在这个世界上而不探究生活的意义，我们就可以与周围本能动物的生活方式区别开来吗？换句话说，人类智慧的中心任务难道不是对人类存在的研究，不断地探究其本质，不断超越寻常和普通的事物去寻求终极吗？