

Schriften zur Rechtslehre

Heft 28

Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken

John Austin (1790-1859) und die „Philosophie des positiven Rechts“

Von

Wilfried Löwenhaupt



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

WILFRIED LÖWENHAUPT

Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken

Schriften zur Rechtslehre

Heft 28

Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken

John Austin (1790-1859) und die „Philosophie des positiven Rechts“

Von

Wilfried Löwenhaupt



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1972 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 02686 1

Vorwort

Die folgende Studie lag in ihrer ursprünglichen Gestalt 1969 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau als Dissertation vor; entstanden ist sie in den Jahren 1967/68 am Balliol College in Oxford.

Geplant war, dem Einfluß Austins auf die kontinentale Rechtsphilosophie nachzugehen. Dieser Ansatz erwies sich bald als zu eng für einen Beitrag zum Problem der Rechtstheorie. Denn erst die politischen Bedingtheiten und Absichten des utilitaristischen Rechtspositivismus in Austins „Philosophie des positiven Rechts“ erschließen die politisch-philosophische Dimension: Sein Werk ist Teil der umfassenden Gesellschaftslehre des Utilitarismus.

Dank schulde ich der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die auch meinen Aufenthalt in England ermöglicht hat, sowie der Freiburger Wissenschaftlichen Gesellschaft für ihre großzügige Förderung der Drucklegung. Mein besonderer Dank gilt Professor Erik Wolf für die stete Anteilnahme und wohlwollende Förderung dieses rechtsphilosophischen Versuchs und Professor Alexander Hollerbach für die ermutigende Freiheit und behutsame Leitung bei dieser Arbeit. Schließlich danke ich dem Master und den Fellows von Balliol für ihr Interesse an meinen Studien und für ihre lange Gastfreundschaft.

Freiburg, im Juni 1972

Wilfried Löwenhaupt

Gliederung

Einleitung	13
ERSTES KAPITEL	
Die utilitaristische Philosophie Austins	19
1. Abschnitt	
Der politische Philosoph	22
I. Das politische Handeln	23
1. Die Bildung	23
a) Der Radikal-Liberale	23
b) Der gemäßigte Liberale	28
2. Die Entfaltung	39
a) Der konservative Liberale	39
b) Der National-Liberale	45
II. Das politische Denken	49
1. Der Progressismus	49
a) Der radikale Utilitarismus	49
b) Der gemäßigte Utilitarismus	54
2. Der Konservatismus	58
a) Der konservative Utilitarismus	58
b) Der reaktionäre Utilitarismus	63
2. Abschnitt	
Der Rechtsphilosoph	67
I. Die Wissenschaft von der Ethik	68
1. Die utilitaristische philosophische Ethik	68
a) Der „säkulare“ Utilitarismus	68
b) Der „religiöse“ Utilitarismus	77
2. Die utilitaristische Rechts- und Staatsidee	85
a) Die Staatsidee	85
b) Die Rechtsidee	92

II. Die Wissenschaft vom Recht	97
1. Die Rechtstheorie	97
a) Die analytische Rechtstheorie	97
b) Die universalistische Rechtstheorie	103
2. Die Rechtswissenschaft	109
a) Die autonome Rechtswissenschaft	109
b) Die integrierte Rechtswissenschaft	114

ZWEITES KAPITEL

Die Rechts- und Staatstheorie 120

1. Abschnitt

Die Analysen 122

I. Die Imperativtheorie	122
1. Das positive Recht	122
a) Das „echte“ Recht	122
b) Das politische, d. h. staatliche Recht	129
2. Die positive Moral	134
a) Das Gewohnheitsrecht	134
b) Das Völkerrecht	138
II. Die Souveränitätstheorie	143
1. Die unbeschränkbare Staatsgewalt	143
a) Befehl und Recht	143
b) Versprechen und Recht	149
2. Die unteilbare Staatsgewalt	153
a) Das Verfassungsrecht	153
b) Das „Staaten-Recht“	164

2. Abschnitt

Die Synthesen 169

I. Die Politische Ordnung	169
1. Der souveräne Rechtsbefehl und die Utilität	169
a) Souveräne und utilitäre Rechtsmacht	169
b) Utilitäres und positives Recht	176
2. Die Utilität und der Gehorsam	181
a) Der „privat-ethische“ Gehorsam	181
b) Der „politisch-ethische“ Gehorsam	186

II. Die Rechtsordnung	191
1. Das natürliche und das statuarische Recht	191
a) Die Idee des natürlichen Rechts	191
b) Die Idee des statuarischen Rechts	194
2. Das kodifizierte und das judiziarische Recht	199
a) Die Idee des kodifizierten Rechts	199
b) Die Idee des judiziarischen Rechts	205

DRITTES KAPITEL

Die „Philosophie des positiven Rechts“ 214

1. Abschnitt

Der Text 215

I. Die „Philosophie des positiven Rechts“ (I)	216
1. Die Bestimmung	216
a) Austin über den Wert des Studiums der Allgemeinen Wissen- schaft vom Recht	216
b) Mill: Austin und die Rechtswissenschaft	222
2. Die Durchführung	226
a) Die allgemeinen Rechtsbegriffe	226
b) Die notwendigen Rechtsbegriffe	231
II. Die „Philosophie des positiven Rechts“ (II)	236
1. Die universale oder allgemeine Lehre vom Recht	236
a) Die Rechte	236
b) Die Pflichten	240
2. Die vergleichende und universale Lehre vom Recht	244
a) Die universalen Rechtsbegriffe	244
b) Die universalen Rechtsinhalte	248

2. Abschnitt

Die Interpretation 252

I. Der allgemeingültige Rechtsbegriff	252
1. Ein rationalistischer oder ein empirischer Rechtsbegriff	252
a) Die „empirischen“ Entgleisungen (Stone)	252
b) Die „rationalistischen“ Entgleisungen (Morison)	258
2. Die Rechtsvoraussetzungs- und die Rechtsinhaltsbegriffe	262
a) Die Rechtsvoraussetzungs- und die Rechtsinhaltsbegriffe (Somló)	262
b) Die Rechtskategorien (Radbruch)	266

II. Die allgemeingültige Rechtslehre	270
1. Eine rationalistische oder eine empirische Rechtslehre	270
a) Die „empirisch-rationalistische“ Rechtswissenschaft (Vinogradoff)	270
b) Die „empirisch-naturalistische“ Rechtswissenschaft (Ehrlich)	273
2. Die natürliche Rechtswissenschaft	277
a) Die natürliche Sozialordnung	277
b) Die natürliche Rechtsordnung	282

VIERTES KAPITEL

Austin oder der begrenzte Liberalismus 287

1. Abschnitt

Die Rechtsphilosophie 287

I. Die utilitaristische Philosophie	288
1. Das Menschenbild	288
a) Subjektivismus und Objektivismus	288
b) Theoretischer Absolutismus und praktischer Liberalismus	293
2. Das Weltbild	297
a) Szientifizismus und Reduktionismus	297
b) Optimismus und Pessimismus	301
II. Die utilitaristische Philosophie des positiven Rechts	305
1. Der Begriffs„modernismus“	305
a) Der moderne Staatsbegriff	305
b) Der moderne Rechtsbegriff	309
2. Der Begriffs„naturalismus“	314
a) Die juristischen Grundbegriffe	314
b) Die Begriffsjurisprudenz	318

2. Abschnitt

Die Rechts- und Staatstheorie 325

I. Eine absolutistische Rechtstheorie	325
1. Die Machttheorie	325
a) Die originäre Rechtsmacht	325
b) Die derivate Rechtsmacht	329
2. Die Machtnorm und die Machtordnung	332
a) Der sanktionierte Befehl	332
b) Die souveräne Gewalt	336

Gliederung	11
II. Eine liberalistische Rechtstheorie	340
1. Die Anerkennungstheorie	340
a) Das legitime Recht	340
b) Das verbindliche Recht	344
2. Die Rechtsnorm und die Rechtsordnung	347
a) Die Rechtsidee und die Rechtsnorm	347
b) Die Rechtsidee und die Rechtsordnung	351
Zusammenfassung	355
Contents	357
Literaturverzeichnis	359
Register	369

Abkürzungsverzeichnis

ANAL	Analysis of Lectures, in: L. 79—85.
ADV	Advertisement (Vorwort Robert Campbells), in: L. iii—xiii.
CENTR	Artikel „Centralisation“.
CLR	Essay „Codification and Law Reform“, in: L. 1092—1100.
ExAnal	Essay „Excursus on Analogy“, in: L. 1001—1020.
FRAGM	Fragments (Bruchstücke zu den Vorlesungen XII ff.).
JOINT	Artikel „Joint Stock Companies“.
L.	Lectures on Jurisprudence, 5. Aufl., London 1885 (Robert Campbell, Hrsg.).
VI, 294 FN	Lecture VI, S. 294, Fußnote.
LIST	Artikel „List on the Principles of the German Customs-Union“.
NCod	Notes on Codification (Bruchstücke zu Vorlesung XXXIX), in: L. 1021—1037.
NCrimL	Notes on Criminal Law (Bruchstücke zum Strafrecht), in: L. 1040—1065.
NInt	Essay „Note on Interpretation“, in: L. 989—1001.
FN	Fußnote.
OUS	Essay „On the Uses of the Study of Jurisprudence“, in: L. 1072—1091.
OUTL	Outline of a Course of Lectures, abgedruckt in: L. 32 bis 73.
PLEA	A Plea for the Constitution.
P.P. 1838, xxix, 407	Parliamentary Papers 1838, Bd. xxix, S. 407 (Bodley pag.).
PREF	Preface (Vorwort Sarah Austins), in: L. 1—30.
PRIMO	Artikel: „Disposition of Property by Will-Primogeniture“.
Province 1832	The Province of Jurisprudence Determined, London 1832.
Province 1861	The Province of Jurisprudence Determined, 2. Aufl., London 1861.
sp	s. besonders.
T & N	Tables and Notes (Tafeln und Notizen), in: L. 920—989.

Einleitung

I. John Austins *Philosophie des positiven Rechts*^{1,2} gilt noch immer in der Gestalt von *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) als locus classicus des anglo-amerikanischen Rechtsdenkens, wenn sich auch ihre zähen Anhänger gegenüber ihren ärgerlichen Kritikern³ verringern. Weder das 1920 entdeckte „A Comment on the Commentaries“⁴, der Kommentar über Sir William Blackstones „Commentaries on the Laws of England“, noch das erst 1945 herausgegebene „The Limits of Jurisprudence Defined“⁵ seines Lehrers, Jeremy Bentham, haben der Be-

¹ Vgl. *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832. Im Anhang findet sich ein Nachdruck von *An Outline of a Course of Lectures on General Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London 1831.

Aus diesem Titel sowie aus der Stelle (*Province*, 1832) p. V („systematical course of Lectures on General or Abstract Jurisprudence“) ergibt sich, daß die Verkürzung des Titels auf *Lectures on Jurisprudence* von *Sarah Austin* rührt. Vgl. auch folgende FN.

² *Sarah Austin* (Hrsg.), *John Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2nd edition, being the first part of a series of Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law, London 1861. Lectures on Jurisprudence Being a Sequel to *The Province of Jurisprudence Determined* To which are added Notes and Fragments now published from the Original Manuscripts, 2 vols, London 1863.

Sarah Austin (Hrsg.), *On the Uses of the Study of Jurisprudence*. Reprinted from the Third Volume of *Lectures on Jurisprudence*, London 1863. Im Anhang findet sich der *Essay Codification and Law Reform*.

Für die weiteren Ausgaben der Lectures siehe Literaturverzeichnis.

³ Vgl. *H. L. A. Hart* (Hrsg.), *John Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, xviii.

⁴ Vgl. *Ch. W. Everett* (Hrsg.), *Jeremy Bentham*, *A Comment on the Commentaries. A Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Laws of England*. Now first printed from the Author's MSS, Oxford 1928.

Dieses Werk ist die von *Bentham* nicht veröffentlichte Fortführung seines *A Fragment on Government*, Being An Examination of what is delivered, on the Substance of Government in General, in the introduction to Sir William Blackstone's *Commentaries*, with a Preface in which is given a Critique on the Work at large, London 1776; abgedruckt in: (Sir) *John Bowring* (Hrsg.), *The Works of Jeremy Bentham*, published under the superintendence of his executor, 11 vols, Edinburgh 1838—1843, I, 221—295. (Sir) *William Blackstone* (1723—1780), zunächst Professor für Englischs Recht der Universität Oxford, dann Judge of Common Pleas, ist Verfasser der *Commentaries on the Laws of England*, 4 Bde., London, 1765—1768.

⁵ Vgl. *Ch. W. Everett* (Hrsg.), *Jeremy Bentham*, *The Limits of Jurisprudence Defined*. Being Part Two of An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, New York 1945.

Dieses Werk, als völlig veränderte Neuauflage erschienen: *H. L. A. Hart* (Hrsg.), *Jeremy Bentham*, *Of Laws in General*, London 1970, führt *Bent-*

deutung der Vorlesungen Austins als Lehrstücke über Staat, Recht und deren Grund- und Hauptbegriffe Abbruch getan⁶. Auf die Limits als englischer Beitrag für das Theater der Idole der Rechtstheorie wäre noch immer eine *Province* gefolgt, da Austin zu Lehrzwecken verdichtete, zusammenknüpfte — und verkürzte, was an originellen und tiefen Gedanken über den Rechtssatz (law) und die Souveränität (sovereignty) bei Bentham auseinanderlief. Das bizarre Gewebe der Gedanken Benthams wob Austin zu klaren Mustern um.

II. So hat bislang nur die Rechtstheorie Austins den anglo-amerikanischen Rechtslehrern und Rechtslernenden zur Vorlage gedient, der *catena argentea* Nach-Austinscher analytischer Juristen des letzten Jahrhunderts⁷, den Neo-Austinianern des ersten Drittels dieses Jahrhunderts und den neo-analytischen Juristen von heute, ihnen voran Professor H. L. A. Hart von der Universität Oxford⁸. Wenn andererseits einst die Vertreter der Historischen Jurisprudenz, deren Begründer Sir Henry Sumner Maine, Austin für die Rechtslehre entdeckte, synthetische, geschichtliche Argumente gegen die analytisch-statische Jurisprudenz

ham's Hauptwerk *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London 1789, abgedruckt in: *Works*, I, 1—154, fort. Vgl. die Zusammenfassung *Harts*, Bentham's 'Of Law in General', in: *Rechtstheorie* 2 (1971), 55—66.

⁶ Zu *Bentham* (1784—1832) siehe folgende Monographien: *H. L. A. Hart*, Bentham. *Lecture on a Master Mind. From the Proceedings of the British Academy* 48 (1962), London 1963, 297—320; ferner *D. J. Manning*, *The Mind of Jeremy Bentham*, London 1968 und *Ch. W. Everett*, *Jeremy Bentham*, London 1969.

Von *Bentham* als Lehrer *Austins* zu sprechen, heißt nicht die Bedeutung von *James Mills* *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, Colonies, Law of Nations, and Education* für den apodiktischen Stil der *Lectures* zu leugnen. Daß *Austin* „unabhängig“ war (vgl. ihn selbst in *PLEA* v, vi und *Sarah Austin*, in: *Three Generations of English Women*, London 1893, 112—115, bezüglich *Bentham*, sowie *J. S. Mill*, *Autobiography*, 73—75, bezüglich *James Mill*), berührt die Tatsache nicht, daß er das Nützlichkeitsprinzip als Angelpunkt der Gemeinwohlwissenschaft und das Assoziationsprinzip als Kernpunkt der Erkenntnistheorie von *Bentham* resp. *James Mill* übernommen hatte. Was *Austin* zur utilitaristischen Philosophie beitrug, indem er sie ent-„demokratisierte“ und damit „liberalisierte“, den Geist des am Gemeinwohl verpflichteten liberal gentleman, aber hat er an *John Mill* weitergegeben, der diesen Einfluß *Austins* auch niemals geleugnet hat (*Autobiography*, 75/6).

⁷ Vgl. die Literaturübersicht bei *Karl Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I Leipzig 1892, 13/4; *Felix Somló*, *Juristische Grundlehre* (1917), Leipzig 1927, 32—37; *Alf Ross*, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig/Wien 1929, 75/6 FN sowie *Albert Kocourek*, *The Century of Analytical Jurisprudence since John Austin*, in: *Law. A Century of Progress. 1835—1935 (Contribution in Celebration of the 100th Anniversary of the Foundation of the School of Law of N. Y. University. In three Vols, London 1937, II, 195—230.*

⁸ Vgl. *The Concept of Law*, Oxford 1961.

Für den gegenwärtigen Stand der anglo-amerikanischen analytischen Rechtsphilosophie siehe *Horst Eckmann*, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie*, Berlin 1969.

Austins geliefert hatten⁹, so sind es heute, nachdem bereits Maines Rechtsdenken weniger historisch als evolutionär gewesen war, vor allem die Vertreter der Soziologischen Jurisprudenz, hauptsächlich Professor Julius Stone von der Universität Sydney¹⁰, die den Kampf gegen eine Begriffsjurisprudenz nach Austins Art führen.

III. So kann von einer gesicherten Deutung Austins bislang keine Rede sein; noch jeder Aussage über seine *Lectures on (General) Jurisprudence* wurde widersprochen. Doch beweisen die Kontroversen um Austin weder die Unklarheit seiner Gedanken noch die Tiefe seines Denkens. Der Grund für dieses Ungenügen der Austin-Kritik liegt vielmehr darin, daß sie die politisch-philosophische Dimension aus Austins Rechtsdenken ausgeklammert hat. Da Austin sich aber als Philosoph des Utilitarismus verstand, der Utilitarismus aber als Philosophie einer umfassenden Gesellschaftsreform gedacht wurde, ist der verkürzende Ansatz der Austin-Deutungen offensichtlich. Aus dieser Einsicht ergeben sich auch schon zwei leitende Fragestellungen für die folgende Untersuchung: 1. Ist Austins Rechtsbegriff „wertfrei“ gefaßt, weil nur ein solcher Rechtsbegriff die für die Utilitarier unzulängliche Verfassungswirklichkeit „realistisch“ darstellen konnte? und 2. Beruht nicht das Konzept einer „neutralen“ Wissenschaft vom *positiven* Recht auf der politischen Absicht Austins, für die geforderte Reform des Rechts ein System der praktisch erprobten und utilitaristisch geläuterten Rechtsinstitute zur Verfügung zu stellen?

IV. Die folgende Studie soll also die These belegen, daß nicht nur die „Austinian Theories of Law and State“ genannten Vorlesungen I, V und VI der *Province*, sondern die gesamte *Philosophie des positiven Rechts* der *Lectures on (General) Jurisprudence* nur aus dem Utilitarismus, der an der Wende zum 19. Jahrhunderts als Rationalität des englischen Bürgertums auftrat, zu verstehen sind. Dieser Gedanke liegt nahe, widmet Austin doch drei der insgesamt sechs Vorlesungen über *Die Bestimmung des Gebiets der Rechtswissenschaft (Province)*, nämlich Vorlesungen II bis IV, dem Utilitarismus als der fortschrittlichen Lehre von der Verwirklichung des größten Glücks der größten Zahl. Da

⁹ Vgl. (Sir) *Frederick Pollock* (Bart.) (Hrsg.), *Henry Sumner Maine, Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* (1861), with Introduction and Notes, London 1916, 5/6 und 97/8 sowie (Sir) *Henry Sumner Maine, Lectures on the Early History of Institutions*, London 1875, Kap. XII (Sovereignty) und Kap. XIII (Sovereignty and Empire) passim.

¹⁰ Vgl. *The Province and Function of Law. Law as Logic, Justice, and Social Control. A Study in Jurisprudence*, Sydney (1946) 1950. Als Fortführungen erschienen *Legal Systems and Lawyers' Reasoning*, Stanford 1964; *Human Law and Human Justice*, London 1965 und *Social Dimensions and Justice*, Stanford 1966. Vgl. auch *Law and the Social Sciences in the second half Century*, Minneapolis 1966.