

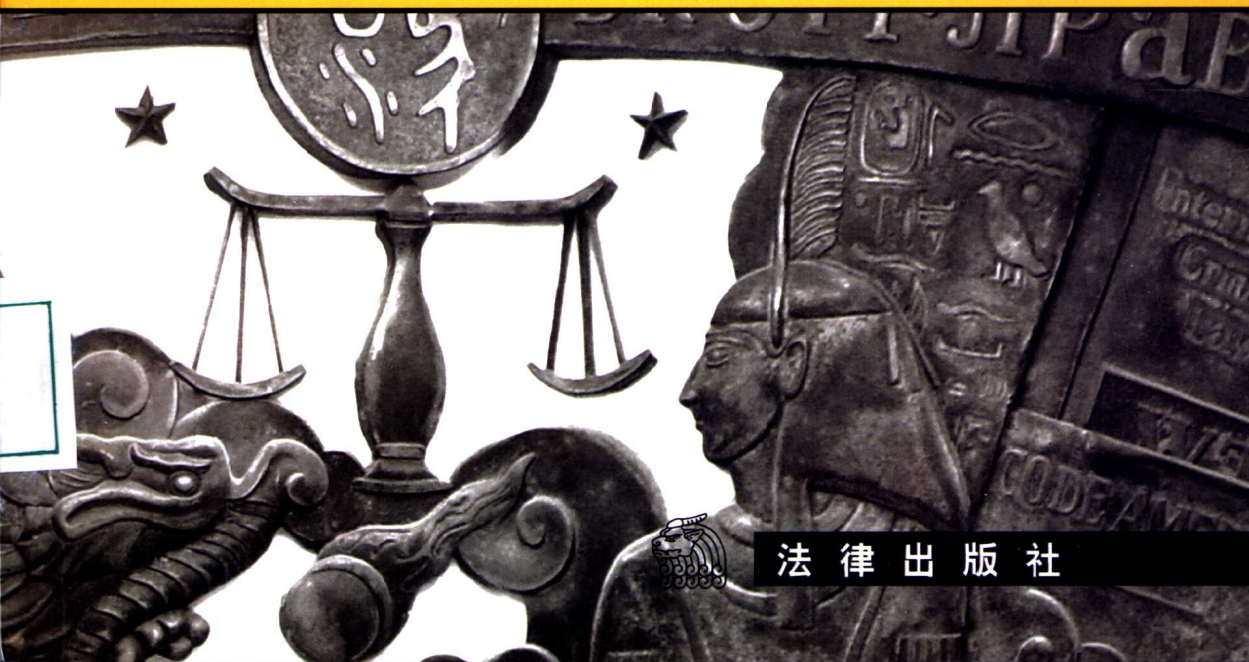


普通高等教育“十五”国家级规划教材

西方法律思想史

HISTORY OF WESTERN LEGAL THOUGHTS

严存生 / 主编



法律出版社



普通高等教育“十五”国家级规划教材

西方法律思想史

主 编 严存生

参编人员(以撰写章节先后为序)

陈金全 李艳华 周永坤

罗文波 宋海彬 田成有

周伟文 胡 桥 柯 岚

法律出版社

2004年·北京

图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想史/严存生主编. —北京:法律出版社,
2004. 2

普通高等教育“十五”国家级规划教材

ISBN 7-5036-4725-6

I. 西… II. 严… III. 法律—思想史—西方国家
—高等学校—教材 IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 009151 号

法律出版社·中国

责任编辑/吕亚萍 董彦斌 装帧设计/曹 铀 于 佳

出版/法律出版社 编辑/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司 经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司 责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16 印张/32.25 字数/572 千

版本/2004 年 2 月第 1 版 印次/2004 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939657 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777 中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792 中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com 中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4725-6/D·4443 定价:36.00 元

作者简介

严存生 男,生于1940年,陕西大荔人,现任西北政法学院教授,兼任陕西省政府参事,是国务院政府特殊津贴享受者。主要从事法哲学和西方法律思想史研究,先后承担了国家社会科学基金重点课题和教育部、司法部、陕西省人文社会科学课题五个。已出版专著五部:《法律与自由》、《法律的价值》、《论法与正义》、《法的理念探索》和《法的价值研究》;译著一部:《原始人的法》;主编国家级和省部级教材四部;在《法学研究》等刊物上发表论文一百余篇。

周永坤 男,生于1948年,江苏张家港人,现任苏州大学教授,博士生导师,主要从事法理学、西方法律思想史研究,承担有多项省部级科研项目,已出版专著和教材多部,发表论文近百篇。

陈金全 男,生于1942年,四川渠县人,现任西南政法大学教授,博士生导师,兼任中国法律史学会执行主席,主要从事法律史研究,已出版的专著有《北宋法律思想研究》、《法律思想史纲》等,发表论文三十余篇。

田成有 男,生于1965年,云南富源人,云南财贸学院副院长、教授,云南省跨世纪学术带头人,兼任云南省人大常委会委员。主要从事法理学、法律思想史研究,已出版专著四部:《传统法律文化与法治现代化》、《质疑与创新:法学边缘处的深思》、《启蒙与抗争:西方法律思想选言》、《法律社会学的学理与运用》,发表论文五十余篇。

李艳华 女,生于1960年,1983年毕业于中国政法大学,1999年在中南政法学院获法学硕士学位。现任中南财经政法大学副教授,法律史教研室主任。主要从事西方法律史、比较法及西方司法制度比较研究。近年来主持或参加国家级课题两项,省部级研究项目四项,发表学术论文十余篇。

罗文波 男,生于1963年,北京大学法学硕士,现任山东大学法学院副教授,1995—1996年英国伯明翰大学访问学者。主要从事西方法理学研究,发表文章多篇,参编教材多部,参译著作多部。

周伟文 男,上海人,1989年毕业于华东政法学院,获法学硕士学位,现任华东政法学院法律系副教授,主要从事外国法制史和西方法律思想史的教学和研究。参编多部教材,发表多篇学术论文。

柯 岚 女,生于1972年,湖北孝感人,1997年毕业于北京大学,获法学硕士学位,现任西北政法学院讲师,主要从事西方法哲学、比较法学和法社会学研究,参编《北京大学法学百科全书》(法史学卷)和多部法学教材,参与编译《元照英美法律词典》,发表多学术论文多篇。

胡 桥 男,生于1966年,甘肃人,2001年毕业于西北政法学院,获法学硕士学位,现任杭州商学院讲师,主要从事法理学、西方法律思想史研究。参编多部教材,发表多篇学术论文。

宋海彬 男,生于1975年,新疆人,2000年毕业于西北政法学院,获法学硕士学位,现任西北政法学院讲师,主要从事法理学、比较法学和西方法律思想史研究,参编教材三部,发表多篇学术论文。

目 录

绪论·····	(1)
---------	-------

上编 古 代

第一章 古希腊的法律思想·····	(17)
第一节 古希腊法律思想概述·····	(17)
第二节 柏拉图的法律思想·····	(29)
第三节 亚里士多德的法律思想·····	(36)
第二章 古罗马的法律思想·····	(49)
第一节 古罗马的法律思想概述·····	(49)
第二节 西塞罗的法律思想·····	(57)
第三节 罗马法学家·····	(65)
第三章 欧洲中世纪的法律思想·····	(76)
第一节 欧洲中世纪的法律思想概述·····	(76)
第二节 奥古斯丁的法律思想·····	(84)
第三节 托马斯·阿奎那的法律思想·····	(89)
第四节 注释法学派·····	(99)
第五节 中世纪晚期的政治法律思想·····	(109)

中编 近 代

第四章 古典自然法学派·····	(123)
第一节 古典自然法学派概述·····	(123)
第二节 格老秀斯的自然法思想·····	(128)
第三节 霍布斯的自然法思想·····	(133)
第四节 斯宾诺莎的自然法思想·····	(142)
第五节 洛克的自然法思想·····	(148)

第六节	孟德斯鸠的自然法思想	(157)
第七节	卢梭的自然法思想	(165)
第八节	美国独立战争时期的自然法思想	(173)
第五章	哲理法学派	(180)
第一节	哲理法学派概述	(180)
第二节	康德的法律思想	(182)
第三节	黑格尔的法律思想	(196)
第四节	拉德布鲁赫的法律思想	(207)
第六章	历史法学派	(218)
第一节	历史法学派概述	(218)
第二节	萨维尼的法律思想	(227)
第三节	梅因的法律思想	(235)
第七章	功利主义法学和早期分析法学	(244)
第一节	功利主义法学和早期分析法学派概述	(244)
第二节	边沁的功利主义法学	(250)
第三节	密尔的功利主义法学	(258)
第四节	奥斯丁的分析法学	(268)

下 编 现 代

第八章	现代分析法学	(277)
第一节	现代分析法学概述	(277)
第二节	凯尔逊的纯粹法学	(279)
第三节	哈特的现代分析法学	(288)
第四节	拉兹的现代分析法学	(303)
第五节	分析实证主义制度法学	(314)
第九章	社会法学派	(320)
第一节	社会法学派概述	(320)
第二节	马克斯·韦伯的法律思想	(326)
第三节	狄骥的社会连带主义法学	(334)
第四节	庞德的实用主义法学	(342)
第五节	美国的现实主义法学	(351)
第六节	霍贝尔的法人类学	(363)
第十章	现代自然法学	(373)

第一节	现代自然法学概述·····	(373)
第二节	马里旦的新托马斯主义法学·····	(375)
第三节	菲尼斯的新自然法学·····	(382)
第四节	富勒的新自然法学·····	(385)
第五节	罗尔斯的新自然法学·····	(390)
第六节	德沃金的新自然法学·····	(408)
第十一章	其他法学流派·····	(416)
第一节	其他法学流派概述·····	(416)
第二节	存在主义法学·····	(420)
第三节	哈耶克的自由主义法律思想·····	(425)
第四节	博登海默的综合法学·····	(447)
第五节	经济分析法学·····	(457)
第六节	批判法学·····	(471)
第七节	哈贝马斯的法律思想·····	(482)
附录一:西方法学流派名称中外文对照表·····		(493)
附录二:西方法学家人名中外文对照表·····		(495)
附录三:西方法律思想史大事年表·····		(502)
后记·····		(507)

绪 论

以法律为业者,即通常所说的“法律人”(lawyer)或“法律工作者”(广义上包括从事法学的教学和研究工作的人,从事法律实务工作的法官、律师),在从事了一段工作之后,都会有一个体会:仅仅熟悉法律条文和了解法律程序的人不可能成为一流的法律工作者,不仅如此,如果他在实践中一味地死扣法律条文和机械地适用法律规定,还会做出与法的精神完全相反的决定。也就是说,他有可能会走向法的反面,即以法的名义做不法的事,成为一个如有些西方学者所说的“社会公敌”或“十足的傻瓜”〔1〕。这是因为,法律不仅仅是一种制度层面的东西,更不仅仅是形之于文字的规则的总和,法律工作也不仅仅是一套有别于其他行业的技术和方法,而是还包含着一套观念、一种持之以恒的价值追求。也就是说,法律作为一种文化包括制度、技术和观念、价值两个层面。这两个层面,前者是法律的外在方面,后者是法律的内在方面。它们是互相依赖和相辅相成的,都是法律不可或缺的一个构成部分。而且,法律的观念、价值同法律的制度、技术相比,在法律文化中处于更根本和更重要的地位。因为任何社会的法律制度都是在一定的法律思想的指导下制定和实施的。正因为如此,法律观念的变更往往能引起法律制度的发展变化,也影响着法律制度的实现程度和效益。所以,我们对法律的了解,不能只停留在制度和技術层面,否则我们只是了解到法律的一部分,而且是非根本的表层部分。正因为如此,作为法律专业的学生,我们不仅要学习各个部门法学,而且要学习法理学这一研究法的一般观念的课程。但是,通过法理学我们还不能完全地和真正地掌握法的观念。这是因为,法理学告诉我们的往往是当代在某国占主导地位的法观念,具有一定的片面性,况且任何一种法观念的理解或把握并不是靠了解其现在就能实现的。这是因为,任何一个观念都不是一下子产生的,而是人们(往往是许许多多的人)的长期经验积累的结果

〔1〕 [美]博登海默:《法理学》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第491页。

果,或者说它包含着几代人乃至全人类的经验和智慧。因此,现代的法律观念并不是凭空产生的,也不是现在才产生的,而是过去法律观念的进一步发展。黑格尔在谈到思想观念的这一特性时说:“我们在现世界所具有的自觉的理性,并不是一下子得来的,也不是从现在的基础上生长起来的,而是本质上原来就具有的一种遗产,确切点说,乃是一种工作的成果,——人类所有过去各时代工作的成果。”〔1〕著名的历史学家柯林武德认为,现今的思想是对过去思想的重演,不过是在另一个层次上的重演。〔2〕因此,不了解其过去,我们就不可能真正地懂得其现在,即不可能准确地理解其所包含的深刻意义。所以,我们要正确地理解和掌握现代的法律观念,了解其真谛,就必须研究其过去,搞清其来龙去脉和所包含的全部内容,才能从其中吸收对我国法制建设有用的东西。而法律思想史正是研究法律观念的产生和发展过程的一门学科。这意味着,要真正掌握法律观念就必须学习法律思想史。而西方法律思想史就是法律思想史的一个分支学科。

西方法律思想史是以研究西方的法律观念演化历史为对象的一门学科。所谓西方,即一般所指的西欧和北美发达的资本主义国家;所谓史,指从古希腊以来的西方约3000年的历史,包括近现代史。作为一门课程,有些学校把西方当代的法律思想作为一门课程单独开设,称之为“现代西方法理学(法哲学)”。这种划分虽有一定的道理,但考虑到实际的操作比较困难,以及当前各校大都尚未单独开设“现代西方法理学(法哲学)”这门课程的现实,所以本教材把二者合在一起。

“西方法律思想史”作为一门课程是与当前各学校普遍开设的“中国法律思想史”相对应的。按理说与之对应的应是“外国法律思想史”,但由于国内学术界对世界其他地区的法律思想史尚研究不够,加之西方法律思想在当代世界中的特殊地位,如它是当代最强势的、影响最大的,也是发展水平最高的法律思想,当代世界上的大部分国家和地区的法律制度都直接或间接地是在它的指导下产生的,了解了它也就基本上可以理解当代各国的法律制度。所以我们暂时以“西方法律思想史”代替“外国法律思想史”。

法律思想史作为一种观念史,它所研究的法律观念不是具体的部门法观念,而是一般的法观念,即在部门法观念的基础上进一步抽象出来的法观念,它面对的是法律的全体。这一法观念一般由法理学或法哲学来研究,法律思想史与它的区别在于,法理学研究的是当代的法观念,而法律思想史研究的是过去。从这

〔1〕 [德]黑格尔:《哲学史讲演录》,贺麟等译,商务印书馆1983年版,第1卷,第8页。

〔2〕 [英]柯林武德:《历史的观念》,何兆武等译,中国社会科学出版社1987年版,第19页。

个意义上讲它是法理学的史。正因为如此,广义的法理学把它可包括在内,西方许多以“法理学”命名的书正是以它作为一个重要的组成部分。这意味着法律思想史不同于部门法学史,即不同于宪法学史、刑法学史、民法学史、国际法学史等。

西方法律思想史是与外国法制史有明显的区别。空间的差异不说自明,内容上的差异也非常明显。因为法律思想与法律制度的关系是思维与存在的关系,法律思想是人们在认识法律现象的基础上产生的,而法律制度是法律现象的最主要的构成部分。另外,二者还有一与多的差异,因为一个国家法律制度往往是相对统一的,但一个国家里却可能同时存在多种法律思潮或法学理论。虽然各种法律思想对法律制度的产生和发展都会有影响,但真正发生作用的却只是其中的一种。西方法律思想史与外国法制史最明显的区别是研究对象的不同,一个研究的是西方历史上存在过的法律制度,另一个研究的是西方历史上的法学著作。这是因为,法律观念作为一种精神存乎于人的内心,它要为别人所感知并作为一种历史资料保留下来,就必须变为有声或有形的语言文字,就必须变为法学著作。因此,法律思想史研究的最主要的直接对象是法学著作,不是法律制度,虽然法律制度是在它的指导下产生的,但并不是法律观念表现的直接形式。更不要说,存在的法律制度只是在一种法律观念的指导下制定的,不可能表达形形色色的法律观念。

对法学专业的学生来说,学习西方法律思想史的直接意义是帮助我们进一步理解法的精神,认识居于法律深层次的法律观念,只有如此,我们才有可能掌握法的灵魂,才能与时俱进,成为一个高素质的法律工作者。学习西方法律思想史的间接意义是提高我们的理论思维能力,开阔我们的眼界,丰富我们的历史知识。人的理论思维能力,包括观察、分析、归纳和综合问题的能力,是人创造发明的主要源泉,而这个能力并非生而俱有的,它来源于后天的学习和实践。就学习而言,最有效的办法是学习思想史,如哲学史、政治学史、经济学史等,对法学的学生来说,就是法律思想史。法律思想史的范围很广,种类很多,就当代而言其中最有价值的就是西方法律思想史。这是因为:第一,西方法律思想史所直接研究的是西方的法学名著,而这些都是高品位的学术著作,从中我们不仅可以直接面对这些法学大师,了解他们对法律这一复杂的社会现象是怎么想的,怎么说的,进而学习他们思考和解答问题的思路和方法。而且,由于他们每个人都有自己的的一套概念和独特的理论体系,要理解它得经过认真思考,这就不仅锻炼和提高了我们的思维能力,而且会大大地丰富我们的词汇,提高我们的语言表达能力。第二,应该承认,世界各国的法律制度和法律观念的差别往往是很大的,这一差别表现在各个方面,从其发展的进程来看,它表现为发展上的不同步。从法

律观念的情况看,这表现为世界上各地区和各国家的法律观念在发展中,有的在这一历史时期里发展较快,而在另一时期里则较慢,甚至呈现长期停滞不前的状态;有的在发展中出现中断,因而需要等一段时期之后从其他地区重新引入火种;有的在发展中情况比较正常,未遇到大的曲折,特别是近现代以来发展很快,各种法律观念很发达,居于世界的领先地位。正因为这种发展中的不同步,当代世界各国各地区的法律观念,并非都能正常地发展下来和达到现代的水平。也正因为如此,只有那些达到现代水平的地区的法律观念,才能对当代世界各国法律制度的存在和发展产生巨大的影响和促进作用,才能帮助我们正确地认识当代世界各国的法律制度,也才能对我国的法制建设有更重要的意义。应该承认,在当代世界各地区的法律制度和法律观念的发展中,西方的法律制度和法律观念在近现代是发展比较快的,它不仅对当代世界各国产生了巨大的影响,而且也是马克思主义法学的主要思想渊源。马克思和恩格斯以及后来的列宁,正是在批判地继承以前西方法律观念的基础上创立马克思主义法学的。所以,在研究世界各地区的法律观念的发展历史时,研究西方法律观念的发达史就有着特别重要的意义。而西方法律思想史正是研究西方法律观念演变过程的专门学科。

西方法律思想史这门课程是法律专业本科生所学专业课程中一门层次较高的基础理论性课程。它的开设还有着以下特殊意义:

第一,它可以丰富我们的知识,特别是法学方面的历史知识,使我们知道西方各种法学的基本观点和来龙去脉,而这对于法律专业的大学生来说,是不可缺少的。

第二,它可以提高我们的理论思维能力。特别是能提高我们的综合分析能力和鉴别能力。

因为在学习西方法律思想史的过程中,我们会碰到形形色色的理论,需要认真地领会、分析、比较和归纳;会观察到每个思想家思考问题的不同角度和逻辑思维过程。这些必然能锻炼我们的思维能力,拓宽我们的思路,丰富我们的概念,一句话,提高我们的智力,而这对于一切法律工作者来说都是非常重要的。

第三,它能加深我们对已学法律知识特别是理论法学知识的理解。因为对法学中基本概念和理论的理解,并不是一下子就能完成的,它需要丰富的社会经历和历史知识。

第四,它可以帮助我们了解西方现代法制的精神。因为现代法制是以现代西方的法律观念为指导建立起来的,只有懂得了现代西方法律观念的来龙去脉,才有可能了解现代法制精神。而要真正懂得西方的法律观念,学习西方法律思想史是必不可少的途径之一。

第五,它可以较大地提高我们对各种法律文化的鉴赏能力和分辨能力,因为

我们在学习和研究中会碰到各种各样的对法律的观念,在理解和对比这些法律观念过程中,其利弊优劣和相互关系就会逐渐看清楚,今后如果我们再遇到类似的观念自然就会很快识别。

总之,西方法律思想史是打开西方法律文化宝库的一把钥匙,是法学专业建筑根基中的一个重要部分,这正是近几年来我国高等学校法律专业要开设这门课的原因之一。

二

西方的法律思想像整个西方文化一样,也渊源于古希腊罗马,它是在古希腊罗马比较发达的商品经济、民主政治和法律制度的基础上产生的,并随着西方社会的发展而发展。从纵向说其发展大体可分为以下四个阶段:

(一)古希腊罗马阶段

这是西方法律思想的萌芽和产生时期,在这一时期的初期,法律思想尚孕育在哲学之中,后期才产生了职业法学家阶层。这一时期的法律思想经历了从“百家争鸣”到逐渐统一、从创立理论到实际应用的过程。在这一时期里,许多思想家特别是著名的哲学家,如柏拉图和亚里士多德等,都对法律问题发表了自己的看法。这些不同的看法是后来的各种理论的胚胎,从而奠定了西方法律思想的基础。这一时期占主导地位的法律思想是自然法观念,它的产生很早,在前苏格拉底时期已有萌芽,后来逐渐发展和丰富,到了希腊化时期经斯多葛派哲学系统化之后传到罗马,又经过西塞罗通俗化后广为传播,不但对当时的罗马法律制度造成重大影响,而且成为后来整个西方法律思想的主流。

(二)中世纪阶段

欧洲的中世纪即欧洲的封建社会时期。在这一时期里占统治地位的意识形态即基督教神学,它接受了古希腊罗马的自然法观念,对之进行神学的改造,因而造成了基督教神学的自然法学。它使刚刚从哲学中脱离出来的法学再次丧失了独立性,成为神学的婢女,这造成了法律思想发展中的长期停滞状态。不过,古希腊罗马的自然法观念,却也通过基督教神学这一中介,保留下来流传到现代。

(三)自由资本主义阶段

在中世纪末,随着资本主义经济因素的产生和迅速发展,资产阶级作为一支政治力量逐渐登上政治舞台,并提出了自己的政治要求。为了实现这一政治要

求,资产阶段的思想家们批判了中世纪基督教神学的自然法学,创立了古典自然法学,作为其进行政治斗争的理论武器。在这一时期里,法学重新获得独立,并开始步入科学的大门,法学家们以人的眼光来认识法律现象。这使西方的自然法学进入到一个新的发展阶段,并达到鼎盛状态。它产生了一批著名的法学家和法学名著,它使西方的法律观念上升到一个新的水平,即法治观念的水平。但是在总的方面还比较统一,学派的对立也还不明显。

(四)帝国主义阶段

如果说在此之前西方的法律观念还比较单一和有明显的理性主义倾向的话,那么在此之后则出现了相反的情况。这时期出现了许多与长期占主导地位的自然法学相对立的实证主义法学流派。开始有历史法学和分析法学,后来又有社会法学等。它们的产生和发展,曾使自然法观念一度衰落。它们提出了一套与自然法学完全不同的法律观念,这使人们对法律的认识更加丰富和更加实在了。当代西方法学在发展中出现了两种表面上矛盾的现象,即一方面不断产生新的流派,在各派中也不断地分化出许多支派,形成了派别林立的局面;另一方面,各学派在研究方法和观点上又互相吸收、借鉴和接近,出现了统一的趋势。

三

世界各地的文化是有差异的,这也表现在法律观念上,西方的法律思想的历史发展,与世界其他地区特别是与我国相比,有以下几个特点,在学习和研究中值得注意:

第一,应该注意的是,西方历史上的法律观念并不完全同于我们现在对法律的一般理解,它包含着一些特殊的含义。其中最早的并持之以恒的一个特殊含义是正义(justice),这充分体现在西方古代和现代各种文字中“法律”一词的词义上。如古希腊早期的“法律”一词为 Themis 和 Dike,它们是希腊的正义女神“特密斯”与其女儿“达克”的名字。这意味着在古希腊人看来,法律与正义是一个事物的两个方面,正义是通过法律来实现的,因为正义女神及其女儿正是通过主持天上和人间的法律事务来实现正义的。古罗马时期,法律一词的拉丁文为 Jus,其基本含义的也是正义,这说明古罗马人也视正义与“法律”为一回事。正因为如此,古罗马法学家(乌尔比安)给法律所下的定义是,法律乃善良公正之术,并进而把法学称之为区分正义与不正义的学问。这一定义,直至今日仍被许多法学家所沿用,最典型的是著名的美国法学家庞德,他也说法律的终极目的是

实现正义,因而法学是关于正义的科学。也正因为如此,在今日西方各国的文字里,法律一词与正义一词混用的还很多,最为明显的是德文的 Recht 一词,既指正义,也指法律。

西方“法律”一词的第二个特殊含义是事物的“规律”或“法则”。古希腊早期的自然哲学家赫拉克里特和后来的斯多葛派哲学家已隐隐约约地指出了这一点,他认为宇宙间事物的运动都要服从统一的“逻各斯”(λογος)或“规律”,而法律就是人的“逻各斯”或“规律”。到了近代,许多法学家把法律与规律两个概念视为是同一个事物,或者认为法律就是人的规律。最典型的是孟德斯鸠和黑格尔。把法律与规律视为一回事在语词上也有反映,英语的 law 一词就是一例。其在话语中的确切含义,视语境而定,对自然事物而言,多指“规律”,对社会事物而言则多指“法律”。

西方思想家赋予“法律”一词的另一个特殊含义是“权利”或“自由”。不过这是近现代才凸现出来的,它与近现代西方在价值取向上强调个人的自由和权利不无关系。因为自启蒙运动以来,西方人的一个基本观念是国家和法律是基于个人权利和服务于个人权利的,其目的在于为了更好的保护和实现个人权利。“法律”一词的“权利”含义,在西方各国的语言文字里也有反映,德语尤为明显。康德的《法的形而上学原理》一书在翻译上的困难充分地说明了这一点。

第二,西方人的法律观具有二元性,即西方人所理解的法律并不是一种事物,而是两种不同的或并列的事物。它们之间虽然有某种内在的关系,但往往自成系统和独立存在。这突出表现在他们对客观法与主观法、自然法与制定法、应然法与实然(在)法、国家法与民间法、公法与私法等方面的论述上。如在对法律是什么的看法上,西方人从古到今一直存在着两种表面对立的观点:即一种认为法就是客观事物的本性、规律,它是一种不以个别人的主观意志为转移的客观存在;另一种则认为法只是一种人的发明创造物,甚至于认为法律只是个别人的主观意志的一种表示。前者即就是客观法,后者则是主观法或意志法。自然法学家所说的“自然法”,社会法学家所说的“活的法”和哈耶克所说的“法律”,都是前一种意义上的法律;而自然法学派所说的“制定法”,分析法学家所说的“实在法”,社会法学家所说的“纸上的法”,哈耶克所说的“立法”正是后一种意义上的法律。西方人法律观的这种二元性也表现在他们使用了两个不同的词分别表达这两种不同的法律。如古希腊语的 nomos 和 thesis;古罗马的拉丁文的 Jus 和 lex;英语的 law 和 legal;意大利语的 Diritto 和 legge;德语的 Recht 和 Gesetz;法语的 Droit 和 Loi;西班牙语语的 derecho 和 ley;俄语的 Право 和 Закон 等。我们知道,词是表意的,因而一般说来不同的词代表不同的事物和表达不同的意义。西方各国的语言里,直到现在用于表达“法”这个事物的仍然有两个词,这明显地

说明在他们的心目中,有两种“法”,而它们之间在本质和范围上是不同的。

第三,西方法律思想带有比较浓厚的宗教神学的色彩。西欧是基督教占统治地位长达一千多年的地区,这就使西方的法律思想必然受到基督教神学的巨大影响,这正如我国古代的法律思想受到儒家学说的巨大影响一样。这一影响不仅仅表现在基督教神学的法律思想曾长期居于统治地位,也不仅表现为神学的法学流派至今仍是西方最大的法学派别之一,而且表现在西方近现代的宪法、刑法和民法等主要法律制度中,仍保留有许多基督教教义的痕迹。如诉讼法的“自由心证”原则就是由基督教法的“良心”原则发展而来的;刑法中的犯罪构成理论中所强调的主观方面,也可以从基督教教义中找到根据。

第四,学派对立明显,阶段界限分明。中国古代的法律思想,特别是自汉代“罢黜百家,独尊儒术”之后,一直呈现着大一统的局面,基本上没有产生其它对立的学派。在其发展中由于一直维持着封建社会的局面,所以也没有表现出明显的阶段性来。西方则不同,古希腊罗马时期,就有不同的学派存在,如古罗马的普拉库拉派和萨宾派,中世纪有注释学派。进入近现之后,派别的对立更趋明显,大的有理性主义与非理性主义(实证主义)之分,小的每一大派中又有许多支派,如实证主义中有历史法学派、分析法学派、社会法学派,而每一派中又有许多小的支派。这就使西方法学形成了多元化的格局。这些不同的派别不断地互相争论、磋商、吸收,促进了法学的繁荣,也开拓了人们的视野,丰富了人们的法律观念。另外,西方的法律思想在发展中由于经历了奴隶社会、封建社会、资本主义社会,因而明显地分为四个阶段,这与中国法律思想在发展中长期于封建社会中徘徊是明显不同的。

四

西方人对法的理解种类很多,归纳起来有三种法律观念,即自然法观念、规则法观念和活的法观念。

(一)自然法观念

“自然法”(英语为 natural law 或 law of nature,拉丁语为 Jus naturale)是西方自然法学派所使用的一个概念。这个概念从字面上看似乎指的是一种法,这种法不同于国家制定法,它是自然产生和客观存在的,而且初期的自然法学家也是这样认为的。但从实际上看它所指的并不是一种法,而是对法的一种基本看法或一种法律观。这种法律观在西方已经存在了几千年,中间发生了许多变化,

但有些共同的特征或基本的观点,具体说来,这种法律观包括以下几个方面的基本内容或观点:

第一,法从本质上说就是人的规律,因此,立法者所制定的法律必须以客观规律为基础,其对人们行为的规定不能有悖于客观规律。

第二,法根源于人的永恒不变的本性:社会性和理性(自觉性)。真正的法律或自然法应与之相符合,特别是与理性相符合或以理性为基础,或者说就是由人的理性所发现的人的规律或行为准则,因此,它是“理性之光”,能照亮人的前进道路。正因为如此,国家制定法应建立在理性意志的基础上,而不应是个人任性意志即私欲和成见的表现。

第三,法的功能和目的就在于实现正义。所谓正义就是基于公共幸福的合理安排,就是人人在社会中“得其所哉”,即享受到他应该享受的权利和平等地承担义务。

第四,法律作为一种行为准则能使人们辨是非,知善恶。正因为如此,它应与人们的价值观念,特别是其中的道德观念相一致,也就是说不能有悖于道义,或者用富勒的话来说,它应具有道德性。这种道德性不仅体现于实体价值目标方面,而且体现于其形式和程序方面。因此,不符合道德的法律就不是良法和不具有正义性。这样一来,道义就成为衡量实在法良恶的标准。不过自然法学家们并不一定认为符合所在社会的道德就具有这一性质,也就是说,自然法不等于所在社会的道德,而是适用于所有社会的道德,或者说实际上是人们所不断追求的终极性的价值目标。登特列夫在谈到这一点时说,自然法理论“就是一项主张,主张可以拿一个终极的尺度,一套理想的法律,来检验一切法律之效力,这个终极的尺度,这套理想的法律,可以比一切现有的法律更确切地被认知和评价。自然法是人类寻求‘正义之绝对标准’的结果。”〔1〕以上看出,自然法学家特别重视和强调法律存在的客观性和同一性,认为不同国家和时代的不同法律,都有着共同的客观基础或根源和共同的价值目标。这就是人的本性和规律,就是理性,就是由正义所综合的一系列价值目标,如自由、平等、秩序等。正因为如此,自然法学家特别重视法律的终极价值目标和客观基础的探索,并以此为标准来评价实在法。

(二) 规则法观念

“规则法”观念指的是那种认为法是一种纯粹的规则或规范体系的法律观。这种法律观是由分析法学在批判和否定自然法学的基础上提出来的。分析法学反自然法学之道而行之,把注意力从法的外围转向了法律自身,而且把研究的焦

〔1〕 [意]登特列夫:《自然法——法哲学导论》,李日章译,台北联经出版公司,第96页。

点集中于国家法的形式结构上。正因为如此,他们提出了一种与自然法学的法律观完全不同的法律观,即规则法律观。其主要内容包括以下几个方面:

第一,真正的法或“严格意义的法”、“适当意义的法”不是什么自然法,而是国家制定的法律,即“国家法”。由于这种法律能为经验所感知和真实存在着,所以又叫“实在法”或“实证法”(positive law)。至于其他所谓的“法”,如自然规律、自然法、荣誉法则等,只是有比喻意义,有些实则“实在道德”。

第二,实在法或国家法是由法律规则(rule of law)构成的,是一个法律规则或法律规范的体系。所谓法律规则是指以规范性法律文件形式对人的行为模式所作的带有普遍意义的明确规定。它有固定的逻辑结构,能昭示人们于某一条件下应该做什么和不应该做什么,以及由此产生的法律后果。分析法学家们还详细论述了法律规则和法律规范的种类和结构,包括微观结构和宏观结构,即每一规范的逻辑结构和每一个国家的法律规则体系的结构。

第三,法律规则或法律规范是中性的,与价值无涉。也就是说是一种纯技术性和工具性的东西,或者说与政治道德等价值观念无必然的和内在的联系。因此也不能从政治上和道德上进行评价,即不存在什么道义与不道义、良与恶的问题。他们说,你不能因某一法律与道德相悖就否认它不是法律,由此他们提出“恶法亦法”的命题。这就是说,法律不从属于政治或道德,它有自己的独立性,它应超脱于政治斗争,也不应受社会舆论的影响。

第四,一个由立法机关制定的好的法律规则体系,即形式上合理性的法律规则体系足以解决各种社会问题,执法者或法官只要遵循推理规则就可以很好地审理各种案件,也就是说执法者只是法律推理的机器,不应享有任何的执法自由裁量权。韦伯对此作了形象的概括,他说:“现代的法官是自动售货机,投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”

(三) 活的法观念

“活的法”(living law, 德文 lebendes recht)又叫“行为中的法”(law in action)或“事实上的法”(law as fact)。与之相对应的是“纸上的法”(law in paper),“本本上的法”(law in book)或“国家法”。这个概念最初是由埃利希提出来的,后来由庞德、弗兰克等人作了进一步阐述,作为一种新的法律观主要包括以下几个方面:

第一,法扎根于社会之中,本质上是一种社会秩序。如埃利希说:“无论是现在或者是在其它任何时候,法律发展的重心不在立法,不在法学,也不在司法判决,而在社会本身。”

第二,真正的和主要的法律不是国家立法机关制定的法律规则,而是社会立法中的秩序或人类联合的内在秩序。这种法律叫“活的法”。所谓活的法指“支