

法
学
阶
梯
INSTITUTIONS



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

普通高等教育法学规划教材

| 第三版 |

西方法律思想史

HISTORY OF WESTERN LEGAL THOUGHTS

严存生 主编

INSTITUTIONS



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 学 阶 梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学规划教材



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

西方法律思想史

History of Western Legal Thoughts

| 第三版 |

主 编 | 严存生

撰稿人 | 严存生 宋海彬

以撰写章节先后为序 | 王海山 卢 鹏

李桂林 胡 桥

朱 颖



法律出版社

始创于1954年

www.lawpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想史 / 严存生主编. —3 版. —北京:
法律出版社, 2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8277 - 6

I. ①西… II. ①严… III. ①法律—思想史—
西方国家 IV. ①D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 182115 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/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/北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/27.75 字数/654 千

版本/2015 年 8 月第 3 版

印次/2015 年 8 月第 1 次印刷

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 - 8277 - 6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社在其奋进发展的六十年光辉历程中,秉精诚之心,集全社之力,服务于我国法学教育事业,致力于法学教材出版。尤其在改革开放三十余年间,本社以“传播法律信息,推进法制进程,积累法律文化,弘扬法治精神”为宗旨,协同司法部法学教材编辑部,规划并组织出版了国家“八五”、“九五”期间的法学规划教材,为我国改革开放之初的法学教育和法治建设做出了开创性贡献;进入21世纪之后,法律出版社又根据教育部的部署和指导,相继规划并组织出版了“十五”、“十一五”和“十二五”法学规划教材,为我国法学教育事业的发展与改革付出了艰辛努力。

承蒙法学教育领域专家作者的信任,以及广大法律院校师生的支持,法律出版社经过三十年的发展与积累,相继出版各类法学教材达四百余种。在学科范围方面,完成以法学核心课程为重心,涉及法学诸学科的“全品种”横向结构;在培养层次方面,健全以本科教育为根本,兼顾职业教育和研究生教育的“多层次”纵向结构,进而打造“法律版”法学教科书体系,以期更好地为法学教育服务,为法治建设贡献绵薄之力。

近年来,法律出版社应因法学教育的发展变化,在教材编写体例及系列安排方面做出相应调整。在教材编写体例方面,结合当前教学实际与培养方案,将系统、全面的理论知识讲授与灵活、丰富的法律实践和能力训练相结合,倡导教材内容差异化,增加教材可读性,以期更好地培养法科学学生的思维能力和法学素养。在教材系列安排方面,全力推进新品教材编写与注重既有教材修订相结合,根据教材风格与特色进行适当的套系整合,集中现有的国家级规划教材和在编的规划教材,形成以“普通高等教育法学规划教材”为名的全新教材系列。

本系列教材多为出版多年并广受好评的经典教科书。此次全新推出,既是向长期以来关心支持法学教育出版事业的专家作者的崇高致敬,也是法律出版社为中国当代法学教育事业发展拳拳努力之情的真诚表达。法律出版社将以高度的精品意识和质量标准,不断丰富、完善本系列教材的结构和内容;除教材文本之外,还将配有多层次、多形式的教辅材料,更好地为广大师生服务。

“好书,同好老师和好学生分享”,法律出版社愿与法律共同体诸同仁,分享好书,分享智识,分享法治进程中的点点滴滴!

法律出版社 谨识
2014年10月

目 录

绪 论	(1)
-----	-------

上 编 | 古 代

第一章 古希腊的法律思想	(13)
第一节 古希腊法律思想概述	(13)
第二节 柏拉图的法律思想	(22)
第三节 亚里士多德的法律思想	(29)
第二章 古罗马的法律思想	(44)
第一节 古罗马法律思想概述	(44)
第二节 西塞罗的法律思想	(49)
第三节 罗马法学家的法律思想	(53)
第三章 欧洲中世纪的法律思想	(58)
第一节 欧洲中世纪的法律思想概述	(58)
第二节 奥古斯丁的法律思想	(64)
第三节 托马斯·阿奎那的法律思想	(70)
第四节 中世纪晚期的法律思想	(80)

中 编 | 近 代

第四章 古典自然法学派	(95)
第一节 古典自然法学派概述	(95)
第二节 格老秀斯的自然法思想	(99)
第三节 霍布斯的自然法思想	(107)
第四节 洛克的自然法思想	(114)
第五节 斯宾诺莎的自然法思想	(119)
第六节 普芬道夫的自然法思想	(125)

2 目 录

第七节	孟德斯鸠的自然法思想	(136)
第八节	卢梭的自然法思想	(142)
第九节	美国独立战争时期的自然法思想	(149)
第五章	哲理法学派	(154)
第一节	哲理法学派概述	(154)
第二节	康德的法律思想	(156)
第三节	黑格尔的法律思想	(167)
第四节	拉德布鲁赫的法律思想	(175)
第六章	历史法学派	(184)
第一节	历史法学派概述	(184)
第二节	萨维尼的法律思想	(188)
第三节	梅因的法律思想	(193)
第七章	功利主义法学和早期分析法学	(200)
第一节	功利主义法学和早期分析法学概述	(200)
第二节	边沁的功利主义法学	(203)
第三节	密尔的功利主义法学	(210)
第四节	奥斯丁的分析法学	(216)

下 编 | 现 代

第八章	社会法学派	(225)
第一节	社会法学派概述	(225)
第二节	马克斯·韦伯的法律思想	(231)
第三节	耶林的法律思想	(239)
第四节	埃利希的活的法理论	(244)
第五节	狄骥的社会连带主义法学	(254)
第六节	庞德的实用主义法学	(260)
第七节	美国的现实主义法学	(267)
第八节	霍贝尔的法人类学	(273)
第九章	现代分析法学	(281)
第一节	现代分析法学概述	(281)
第二节	凯尔森的纯粹法学	(283)
第三节	哈特的现代分析法学	(290)

第四节	拉兹的现代分析法学	(298)
第五节	分析实证主义制度法学	(306)
第十章	现代自然法学	(312)
第一节	现代自然法学概述	(312)
第二节	马里旦的新托马斯主义法学	(314)
第三节	朗·富勒的新自然法学	(319)
第四节	罗尔斯的新自然法学	(329)
第五节	德沃金的新自然法学	(342)
第六节	菲尼斯的新自然法学	(350)
第十一章	其他法学流派	(355)
第一节	其他法学流派概述	(355)
第二节	哈耶克的自由主义法律思想	(358)
第三节	博登海默的综合法学	(374)
第四节	经济分析法学	(382)
第五节	哈贝马斯的法律思想	(397)
第六节	批判法学	(405)
附录一	西方法学派别名称中西文对照表	(416)
附录二	西方法学家人名中西文对照表	(418)
附录三	西方法律思想史大事年表	(425)
后 记		(429)

绪 论

一、西方法律思想史研究的对象和意义

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抠法律条文,机械地适用法律规定,还会作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,即以法的名义作不法的事,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和一种事业。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。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。也正因为如此,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,法理学所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,尚且,对任何一种法观念的理解或把握并不是依靠了解其当下状况就能够实现的。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)长期经验积累的结果,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。”^{〔2〕}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。^{〔3〕}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

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

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

〔3〕 [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。

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治建设有用的东西。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的发达的资本主义国家;所谓史,指从古希腊以来的西方约三千年的历史,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“中国法律思想史”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是直接或间接地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。从这个意义上讲,它是法理学的史。正因为如此,广义的法理学可把它包括在内。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,因为一个国家的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,后者研究的是西方历史上存在过的法律制度,而前者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,从而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具有的,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的过程中,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的法学专业学生要开设这门课的原因之一。

二、西方法律思想的历史发展

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。这一时期里,占主导地位的法律思想是自然法观念。它产生很早,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,从而造成了法律思想发展的长期停滞。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而得以保留下来,并流传到现代。

(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,资产阶级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。这一阶段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、西方法律思想的特点

世界各地的文化是有差异的,这也表现在法律观念上。西方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:

首先,应该注意的是,西方历史上的法律观念并不完全等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(塞尔苏斯和乌尔比安)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,直至如今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,他们认为宇宙间事物的运动都要服从统一的“逻各斯”(λόγος)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显出来的,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地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。

其次,是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两种面对立的观点: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“活的法律”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*;西班牙语的 *derecho* 和 *ley*;俄语的 *Право* 和 *Закои* 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”,而它们在本质和范围上是不同的。

再次,宗教神学的色彩比较浓厚。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所强调的主观方面,也可以从基督教教义中找到根据。

最后,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,基本上没有产生其他对立的学派。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,中世纪有自然法学和注释法学派。进入近现代之后,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、西方的三大法学流派及其法观念

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、规则法观念和活法的法观念。

(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(A. P. d'Entréves)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。”〔4〕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、根源和价值目标。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”。由于这种法律的真实存在能为经验所感知,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

〔4〕 [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1959年版,第96页。

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,即具备形式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。它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他任何时候,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。”〔5〕

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“支配生活本身的法律,尽管这种法律并不曾被制定为法律条文。”〔6〕这就是说,活的法律是在社会生活中真正起作用的,能建立秩序的法律。国家立法机关制定的成文法规在未对人的行为发生效力和未对社会秩序的形成发生作用前,只是一种纸上的东西,一种本本上的东西。相反,非立法机关制定的,如法院审判案件中所形成的法律,即判例法,社会的风俗习惯,甚至社会团体的规章制度,只要它们对社会秩序的形成起作用,就都是这种法律。因此,国家立法机关所制定的成文法并不是法律的主体和根本。

第三,法律与国家之间并没有不可分割的联系,它并非一定由国家机关特别是立法机关所制定和实施,在没有国家的时候和地方也存在法律。这个思想后来特别为社会法学中的法人类学家所发挥,他们提出了“原始法”、非国家法、世界法的概念。

第四,法律绝非仅仅是规则的体系,法律是很复杂的,由多种要素构成,除了规则之外,还有原则、政策等。

第五,法律不是作为一个规则体,而是作为一个过程和一种事业。在这种过程和事业中,规则只有在制度、程序、价值和思想方式的具体关系中才具有意义。〔7〕正因为如此,社会学派普遍重视法律的实现过程及其结果的研究,有个别学者甚至认为法律的实现过程,特别是法官的行为才是法律自身。他们也不拒绝对法律的价值问题的研究,不否认法对实现正义的作用,虽然对正义等作了实证主义的解释。

应该指出的是,自然法、规则法和活的法三种法观念是在西方历史上的不同时期产生的,

〔5〕 [德]埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,序。

〔6〕 转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第273页。

〔7〕 [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

它们之间存在一个对一的批判与否定关系,这使我们清楚地认识到法本身以及人们对法的认识,都是发展变化的。而且这种发展变化还遵循着辩证法的否定之否定规律,即在三个环节中,自然法观念处于肯定阶段,规则法观念处于否定阶段,活法的观念处于否定之否定阶段。西方的法观念正是通过这一肯定、否定、否定之否定的过程,发展到一个新的水平,它克服了人们以往在对法的认识上的片面性和表面性,使之更加接近真理。这突出地表现在两个方面:其一,坚持这三个法律观的新自然法学、现代分析法学和社会法学,在观点和研究方法上的互相靠拢和吸收,使它们之间的分歧不再那么截然对立;其二,是从各派中新产生出一些综合性的分支学派,如社会法学派中分化出的综合法学,分析法学中新出现的制度法学。它们企图综合三个学派的优点而创立一种兼顾三者的新学派和新法律观。虽然他们实际上是站在某一学派的立场上进行这一工作的。

值得注意的是,这三种法律观不仅存在于西方不同的历史发展阶段,而且共同存在于当今世界,成为当今西方三足鼎立的法律观。这一现象说明,三种法律观并不完全是西方法律观发展的三个历史阶段,后产生的法律观并没有完全取代先前的法律观,因而其批判和否定只是相对的和暂时的,这更加说明三种法律观各有其合理性和局限性。

五、本教材的特点

这本教材主要是为大学法学专业的本科生编写的,在编写中从体系的拟定上,到人物、材料的选排上,主要是基于以下考虑或原则:

第一,要以马克思列宁主义为指导的原则,坚持“古为今用,洋为中用”的方针,重新认识和评价西方的各种法律思想,做出实事求是的科学分析和中肯批判,努力揭示西方法律思想发展的规律。对西方法律思想中一些重大的理论和观点,要进行系统的、科学的分析和批判,以划清马克思主义和非马克思主义的界限,以有助于青年学生树立马克思主义的法律观。

第二,要清除“左”的思想的影响,把西方的法律思想作为人类一笔宝贵的法律文化遗产来对待。因此,不能用否定一切的形而上学观点和历史虚无主义的态度去对待西方的法律思想。在分析每一种理论时,在评价每一个思想家和法学流派时,都要用历史的观点、实事求是的态度和辩证的方法进行科学的研究,不能用现代人的观点和水平去强求前人,更不能贴标签、戴帽子和断章取义的办法去处理各种材料,即使是明显错误的观点和理论,也不能用简单否定的办法去对待,而应弄清它提出的历史背景,尽力挖掘其中合理的东西,要把它作为人类认识的一个环节来把握。恩格斯说:“今天被认为是合乎真理的认识都有它隐蔽着的、以后会显露出来的错误的方面,同样,今天已经被认为是错误的认识也有它合乎真理的方面,因而它从前才能被认为是合乎真理的”。〔8〕我们应以此为指导来认识和评价历史上的任何一种理论和观点。

第三,要把西方法律思想史作为法律观念的发达史来对待,而不要作为人物史或著作史,更不能搞成点将谱。我们清楚地认识到,历史上的法律观念是通过各个时期的法学家的著作中提出来的各种理论和观点表现出来的,因此,要研究西方历史上的法律观念,不能不研究这些法学家和法学流派产生的历史背景、生平和著作。但是我们认识到,研究这些并不是目的,而只是寻找法律观念的手段。所以,我们的注意力是放在法律观念及其演变上,而把这些法学家、法学流派及其著作只是作为法律观念的体现者和载体,把政治历史环境视为其产生的

〔8〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第240页。

土壤来研究的。

第四,要侧重于介绍而不是评论。在编写任何一部法律思想史教材过程中,人们都必然会碰到一个矛盾,即如何处理评论和介绍的关系,是只评论不介绍呢,还是只介绍不评论呢,还是又评论又介绍?而在后者中又会碰到以谁为主的问题。我们认为,在编写法律思想史教材的过程中,只评论不介绍或只介绍不评论都是不可能的。因为纯粹的评论等于打靶不树靶子,纯粹的介绍等于再现古人的思想,毫不夹杂的自己的观点。这样剩下来的只有以评论为主或以介绍为主的问题。前者实际上是我们在第二点中所否定的那种着眼于批的办法,实践证明它是不可取的。因为它不但把自己的观点加强于古人,而且使读者无法看清古人思想的真面目。因此,我们赞同以介绍为主的办法,即在介绍中适当评点,目的也在于使读者更清楚地了解古人思想的原意,特别是他们的思路、观点,看他们怎样提出和回答问题的,其理论的出发点和归宿点是什么,又顺着怎样的逻辑进行思考。我们认为,只有这样才能使读者准确地理解某一法律观念的真正含义,也能给读者留下思考的余地。

第五,要坚持法律思想史的特色,不要把法律思想史搞成政治思想史、伦理思想史、哲学史。因此在本教材的编写中,凡与法律思想无直接关系的政治思想家、哲学家,不再选入;在介绍法律思想家的理论时,原则上也只写法律思想,不再单独介绍其哲学思想或政治思想。而且,为了使线条清楚,在介绍法律思想时,我们也只限于法理学范围,其他部门法学思想,如宪法思想、刑法思想、国际法思想等,原则上不再单独列目。

第六,要尽量吸收改革开放以来新的研究成果。在近几十年里,我国在西方法律思想史的研究方面像其他领域一样,呈现繁荣昌盛的状况。大量西方法学著作被介绍进来,对西方法学人物和流派的研究成果大量涌现,系统介绍西方法律思想史的著作也相继出现,其中不少学者发表了许多新的很有价值的观点,这些都对我们编写此本教材有很大的帮助。因此,在编写中我们都尽量利用吸收这些新成果,使其富有时代的气息。

第七,要力求简洁。针对当前我国各高校一般把这门课作为选修课和安排课时少的实际情况,我们在这本教材的编写上,对人物和学派的选择上,贯彻了去繁就简的原则。因此,所选入的只是西方历史上最重要的法学家和法学流派,在介绍每一学派和法学家的有关理论时,也只是抓住最主要的方面。

参考文献

1. 吕世伦主编:《西方法律思潮源流论》,中国人民大学出版社2004年版。
2. 张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社2002年版。
3. [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版。

思考题

1. “西方法律思想史”的研究对象是什么?
2. “西方法律思想史”在法学中的地位如何?它与法理学、法制史学之间有什么区别?
3. 法律专业的大学生学习“西方法律思想史”有什么意义?
4. 西方三大法学流派的法律观念比较。