

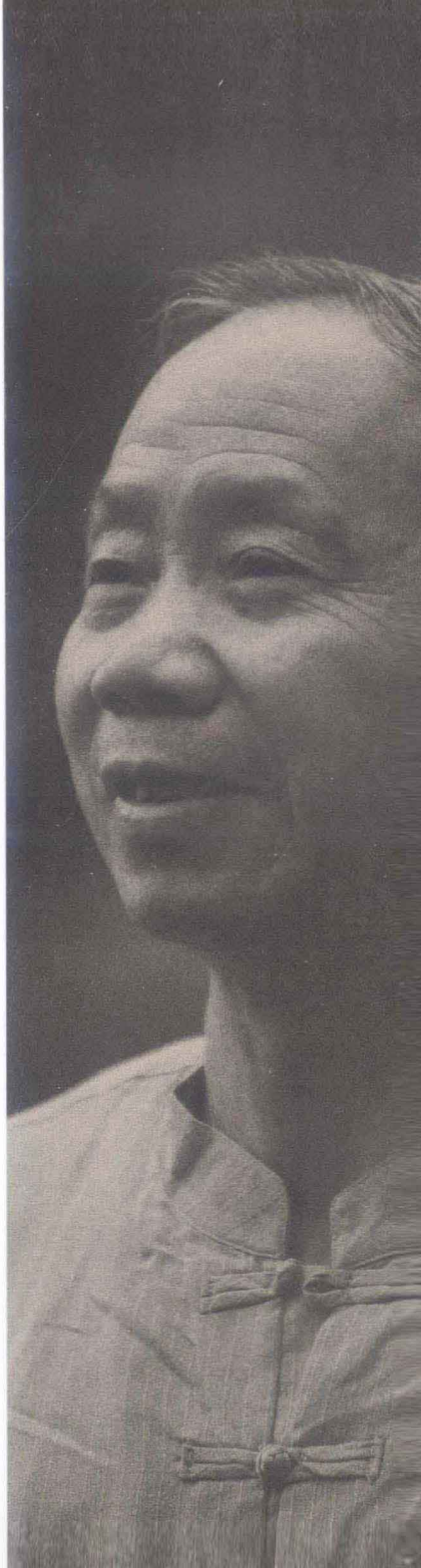
西方法哲学 问题史研究

Research on the History of Western
Philosophical Issues of Law

严存生 著

法哲学是对法的理念的不断探索，它表现为对问题的思考，不同的法哲学理论不过是一个体系化的问题及其答案，因而，法哲学的发展史就法哲学问题的发展史。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



西方法哲学 问题史研究

Research on the History of Western
Philosophical Issues of Law

严存生 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

西方法哲学问题史研究/严存生著. —北京: 中国法制出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4715 - 7

I. ①西… II. ①严… III. ①法哲学 - 法学史 - 研究 - 西方国家 IV. ①D909. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 164366 号

策划编辑: 陈兴 (cx_legal@163.com)

封面设计: 周黎明

西方法哲学问题史研究

XIFANG FAZHEXUE WENTISHI YANJIU

著者/严存生

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2013 年 8 月第 1 版

印张/18.75 字数/523 千

2013 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4715 - 7

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66071862

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

序 言

法哲学所探求的是法的理念，而人类对具有绝对真理性质的法的理念的探索是个不断思考的过程，思考就是提出和回答问题，问题是认识事物中对不解之事的内心发问，知识是对问题的正确回答，理论是系统化的知识，法哲学或法理学的理论因之逐渐形成和发展。正因如此，从一定意义上说，法哲学的发展史就是问题的发展史。法哲学问题史的研究对我们探求法的理念具有重大意义。它是前人在错综复杂的法的理念宫殿中为后人树立的路标，我们只有牢记这些路标，在认识法的理念过程中才能不犯前人已犯过的错误，才能避免重复劳动，才可能较少地陷入迷宫之中，我们也才能站在巨人的肩膀上把对法的理念的探索推向前进。

西方历史上的法学家在对法的理念的思考中提出了许多有价值的问题，遗憾的是尚未被认真地研究和整理，笔者意识到这一点，做了一些工作，这本《西方法哲学问题史研究》就是这一工作的初步结果。本书根据现有的法哲学或法理学体系，整理出近三十个问题，对其来龙去脉作了比较系统的介绍和简要的评论。显然，它不仅开创了西方法律思想史研究的新领域，并且为法理学家研究这些问题指出了基本的思路 and 提供了丰富的资料。

本书的法哲学问题分为法哲学的基本概念、法的事实或本体、法的价值、法的运行几大类，具体的问题有：法的理念、法的本质、法的构成、法的基本属性、法的分类、法的历史类型、法学家法、世界法、法的人性基础、法与经济、法与国家、法与道德、法与宗教、法的价值、法与自由、法与人权、法与正义、法的合法性评价、法的合理性评价、实在法起源、权力制衡观念、法治的观念、立法的观念、司法观念、法的事实的概念、法律解释的概念等。

严存生

2013年7月12日

目 录

绪论：开展西方法哲学问题史的系统研究	1
一、问题和问题史	1
二、西方法哲学问题史	4
三、研究西方法哲学问题史的意义和方法	7
 第一部分：法的“事实”之一：法是什么？	10
问题一：西方与“法”相关的几个概念：规律、规范、 规则、原则	10
一、法与规律	10
二、法与规范	12
三、法与规则	14
四、法与原则	17
五、概括与反思	19
问题二：西方法学中的几对概念	21
一、Themis 和 Dike	21
二、自然法和制定法	25
三、客观法和主观法	29
四、实在法和活的法	32
五、公法和私法	33
六、市民法和万民法	36
问题三：西方的“法的理念”概念	41
一、西方“理念”概念的哲学溯源	41
二、西方的“法的理念”概念	49

问题四：西方关于法的本质的种种观念及其变迁	57
一、西方关于法的本质的种种理论——以法的定义为 视角	57
二、西方主要的三种法观念及其变迁	79
问题五：西方关于法的构成的种种论述	88
一、法的构成的概念和研究的意义	88
二、西方关于法的构成理论简介	90
三、对法的构成的一些思考	98
问题六：西方关于法的基本属性的种种论述	104
一、法的普遍性和特殊性	104
二、法的阶级性和非阶级性或公共性	108
三、法的遵守的强制性和自觉性	111
四、法的确定性和非确定性	114
问题七：西方关于法的种类的种种论述	119
一、古希腊时期的分类	119
二、古罗马时期的分类	120
三、中世纪的分类	121
四、近代的分类	121
五、现代的分类	127
六、几点思考	128
问题八：西方的“法学家法”概念	129
一、西方历史上对“法学家法”的一些论述	129
二、对“法学家法”的几点思考	135
问题九：西方关于实在法起源的思想——侧重于社会契 约论	141
一、西方关于法的起源的种种理论概述	141
二、西方的社会契约论的历史发展	142
三、几点思考	157
问题十：西方关于法的历史类型的种种论述	159
一、历史法学家的论述	160

二、社会学家马克斯·韦伯的论述	162
三、社会法学家罗斯科·庞德的论述	164
四、新康德主义法学家拉德布鲁赫的论述	165
五、批判法学家罗伯特·昂格尔的论述	172
六、法律社会学家诺内特和塞尔兹尼克的论述	173
七、韦伯、昂格尔与诺内特和塞尔兹尼克比较	175
八、小结	177
问题十一：西方的“世界法”观念	180
一、自然法观念	180
二、万民法观念	182
三、世界法观念	190
四、法律全球化观念	193
 第二部分：法的“事实”之二：法与社会	 200
问题十二：西方关于“法的人性基础”的种种论述	200
一、自然法学关于法与人性关系的论述	200
二、哲理法学关于法与人性关系的论述	204
三、亚当·斯密和休谟关于法的人性基础的论述	205
四、功利主义法学和分析法学关于法与人性关系的 论述	207
五、社会法学关于法与人性关系的论述	209
六、经济分析法学关于法与人性关系的论述	211
七、政治自由主义者哈耶克关于法与人性关系的论述	212
八、对“法的人性基础”的几点思考	212
问题十三：西方关于法与经济关系的种种论述	220
一、马克思主义产生之前西方有关法与经济关系 的论述	220
二、马克思主义经典作者的法律根源于经济论或 “经济决定论”	221

三、马克斯·韦伯论法与经济	224
四、社会法学家论法与经济	225
五、经济分析法学家论法与经济	225
六、几点思考	228
问题十四：西方关于法与国家（政治）关系的种种论述	229
一、法与国家本质同一说	229
二、法与国家的不同一说	234
三、几点思考	238
问题十五：西方关于法与道德关系的种种论述	241
一、西方关于法与道德关系争论的历史发展	241
二、西方关于法与道德关系的种种模式	259
三、对法与道德关系几点思考	266
问题十六：西方关于法与宗教关系的种种论述	274
一、马克斯·韦伯关于法与宗教关系的思想	275
二、伯尔曼关于法与宗教关系的思想	276
三、霍贝尔关于法与宗教关系的思想	283
四、概括与反思	284
 第三部分：法的价值	 286
问题十七：西方的“法的价值”概念	286
一、西方的“法的价值”概念	286
二、西方对法的主要价值的一些论述	296
三、对“法的价值”概念的几点思考	305
问题十八：西方关于法与自由关系的种种论述	308
一、西方历史上关于法与自由关系的主要论述	308
二、西方几种主要的自由观念比较	330
三、对法与自由关系的几点思考	332
问题十九：西方关于法与人权关系的种种论述	349
一、18 世纪前的西方人权思想——平等观念	350

二、18 世纪到 19 世纪中叶的西方人权思想——自然权利观念	351
三、19 世纪中叶到 20 世纪中叶的西方人权思想——个人人权观念	354
四、当代西方人权观念的一些新发展	356
五、对法与人权关系的几点思考	359
问题二十：西方关于法与正义关系的种种论述	365
一、西方法学界历史上关于正义及其与法律关系的主要论述	365
二、对西方种种正义理论的几点比较和归纳	378
三、西方法与正义关系的思想比较	383
四、对法与正义关系的几点思考	385
问题二十一：西方实在法的“合法性”评价的论述	390
一、西方古代对法的合法性的一些论述	390
二、西方近现代对法的合法性的一些论述	391
三、对法的合法性评价的几点思考	407
问题二十二：西方实在法的“合理性”评价的种种论述	419
一、西方关于“理性”和“合理性”的一般概念	419
二、西方对“法的合理性”的一些论述	430
三、对“法的合理性”几点思考	434
第四部分：法的运行	444
问题二十三：西方的权力制约观念	444
一、西方古代的混合政体思想	444
二、近代的分权制衡思想	449
三、西方现代的以法为主和社会制约的多元论的权力制约思想	458
四、对权力制约的几点思考	461
问题二十四：西方的法治观念及其变迁	466

一、西方历史上法治思想的主要代表	466
二、西方法治观念归类	491
三、西方法治观念的变迁	495
问题二十五：西方的“立法”概念	506
一、古代西方的“立法”观念	506
二、近代西方的“立法”观念	507
三、西方现代的“立法”观念	515
四、一些思考	524
问题二十六：西方的“司法”概念	530
一、西方“司法”和“司法权”概念的产生	530
二、西方古典自然法学的“司法”观念	531
三、早期哲理法学家的“司法”观念	533
四、西方分析法学的“司法”观念	533
五、西方社会法学的“司法”观念	535
六、对“司法”的几点思考	543
问题二十七：西方的“法律事实”概念	550
一、西方哲学关于“事实”概念的一些论述	550
二、西方法学家对“法律事实”的一些论述	553
三、对“法律事实”的几点思考	559
问题二十八：西方的“法律解释”概念	563
一、古代的“法律解释”思想	563
二、近现代的“法律解释”思想	565
三、对“法律解释”的几点思考	583
后 记	590

绪论：开展西方法哲学问题史的系统研究

改革开放政策实施以来，我国的西方法（律）思想史^①学科发展很快，从无到有，从小到大，已经成为一个相对独立的法学三级学科，并取得了许多可喜的研究成果，这表现在：已经翻译出版了一大批西方的法学名著；已经编写了多种版本的西方法律思想史教材，有的甚至还实现了教材的更新换代工作；已经产生了一批对西方法律思想家的专题性研究成果；已经对西方的法学流派进行了系统地梳理，并出版了一套研究西方法学流派的丛书；已开始了对西方法律思想史中的人物和问题的专门研究等。但是遗憾的是，现在对西方法律思想史中的专门问题的研究还不多，也很不系统。所以，这里提出来，呼吁大家关注，并就此谈一些自己的看法。

一、问题和问题史

（一）问题和问题史的概念

1. 人是理性的动物，理性使人思维，而问题就是思维的起点。问题是认识事物中对不解之事的内心发问，人的思维不停留于感觉，人会进一步问感觉到的事物是什么？从何而来和向何而去？它有什么样的属性和用途？……而且，问题会随着认识的深化而不断地产生和发展，也会因思考的角度、深度的变化而改变。知识是对问题的正确回答，理论是系统化的知识。但是由于事物是无穷尽的，因而人对它的认识也是无止境的，所以，人所获得的知识是相对的和片面的。这意味着问题会一个

^① “西方法律思想史”之称呼，有的学者主张改为“西方法思想史”。笔者持赞同态度，因为，“法”与“法律”其含义和范围是大不相同的，我国现在“西方法律思想史”所研究的绝对不限于法律的观念，而是法的观念。另外，由于该学科所研究的侧重于法理学或法哲学问题，所以也可以叫法理学或法哲学问题史。

接一个，思维也永无休止。

2. 作为认识主体的人应清醒地认识到这一点，不断地提出问题和思考问题，这一意识就叫做问题意识，它是把思维推向前进的意识。这一意识是作为科学家应有的基本素质，也就是说，要真正成为一个科学家，就必须在所研究的领域不断地寻找问题和开辟研究的新领域。这意味着每一个学科都会有许多问题，其发展史也就是问题的变迁史。从这个角度讲问题史即知识史、学说史。问题意识包括：（1）寻找问题的意识——不满足已有的结论，从中寻找新问题；（2）发现和归纳问题的自觉性和能力，问题看得准、看得深、归纳得好（全面和简单扼要）；（3）解决问题的意识和能力，能用正确的理论和方法指导问题的解决，从而使解决问题的工作有成效，不误入歧途；（4）预测和防备问题的意识，防患于未然。

3. 问题史是研究某一问题的来龙去脉以及与其他问题之间的关系的史。这一研究分纵和横两个方面，纵的方面指对单个问题进行历史地考察，横的方面指在这个研究的基础上综合其他问题进行历史地比较研究，并探索问题产生和发展的规律。

（二）问题的种类

问题的种类很多，可从不同角度划分：

1. 一般性问题和特殊性问题。一般性问题，如事实或本体论问题（回答事物是什么）、价值论问题（回答事物怎么样）、方法论问题（认识问题的角度、途径和技巧）；特殊性问题，如特殊的观念、概念或范畴问题。

2. 真问题和假（伪）问题。像任何事物一样，问题也有真、假之分。真问题是值得研究和思考的问题，是对能促进智力发展或能对社会实践予以正确地指导的问题；假问题或伪问题是对人生没有意义的问题，它只会无益地耗费人的智力，它会把思维引向死角，甚至会使人精神分裂、疯狂。这些问题无解，或者求得的解，对生活无意义；或者问题本身就有问题，如时空有限还是无限？这是牛顿绝对时空中一个问题，从相对时空观来看，时空与物质运动不可分，所以它既是有限，又是无限。上帝存在也属于这类问题，就看你对上帝怎么理解，人格化的全知全能的上帝肯定不存在，非人格的上帝——（神秘的）自然肯定存

在。所以“上帝”既存在，又不存在。有些问题，不是从实际出发，而只是人内心的一种思考，如事物的“事实”与“价值”的截然划分及关系问题。因为“事实”与“价值”的划分只是人从内心认识事物的两个视角，事物本身是没有什么“事实”和“价值”两部分的。“事实”和“价值”在事物那里是统一的，之间并没有什么鸿沟。它们之间的差别仅仅从形式逻辑的角度来说才存在。

3. 新问题和老问题。问题也有新老之分，老问题是历史上别人已提出并作了一定回答的问题，但回答得不完全、不深刻，有继续研究的必要，或者出现了新的情况，需要重新思考和回答。历史上的问题往往是重复出现的，有些问题具有永久性，是永恒的问题，如宇宙的本性是什么？地球的来龙去脉是什么？什么是时间和空间？人的本性是什么？某种物体对人有什么价值……。新问题指对新的事物、新的领域和从新的角度所提出的问题。

4. 日常性问题与科学性问题。问题除了上面所说的真假和新老的区分外，还有日常性问题与科学性问题之分。后者指具有专门科学知识的人所思考的问题，内又分自然科学各学科的问题、社会科学各学科的问题和哲学问题。哲学问题是关于事物的本质、价值、来源和终极目的之类的问题，这类问题只有哲学家从哲学的高度才能回答。哲学又有一般哲学与特殊哲学或部门哲学的区分。一般哲学是从总体上思考宇宙间的事物的共同本质和运动规律问题，部门哲学只思考某一具体事物的共同本质和运动规律问题，“法哲学”是其中之一。它从总体上思考法这一特殊社会现象，寻找其本质和规律。

（三）问题与观念

如果说问题是理性思维的逻辑起点的话，那么，观念则是它的终点，是对问题的一种回答。观念（idea）是积淀于人内心的对事物的理性认识，是对事物本质的理性概括。人对事物的理性认识有四种形式或四个层次，即概念、观念、理论、理念。概念是在理性认识基础上给事物所起的区别于它物的名称，观念是概念的内在形式，是对这一概念的内心理解，它是人在某一阶段于内心积淀起来的对事物的本质和价值的认识；理论是概念或观念的体系，或系统化了的观念，在其中有一个核心概念或观念，它从逻辑上统领其他概念或观念。

理想的观念叫理念，它是人对事物终极认识的产物或对事物的终极认识。如果说某一观念是某一时代的具体人对某一事物的理性认识的话，那么，理念则是整个人类对某一事物的终极认识。显然，观念与理念的关系是相对真理与绝对真理的关系。正因如此，观念是相对的、多样的和需要不断更新的，而理念则是唯一的和永恒不变的。二者是个别与一般、实然与应然的关系。任何时代的人只能获得对事物的观念，而不能获得其理念。理念的获得要通过一代一代的人永无止境的接力赛。因为，“绝对真理是由发展中的相对真理之总和构成的”^①。因为，“思维的至上性是在一系列非常不至上地思维着的人们中实现的，拥有无条件的真理权的那种认识是在一系列相对的谬误中实现的；二者都只有通过人类的生活的无限延续才能完全实现。”^②

显然，就某一时代的具体人而言，它所能获得的只能是相对真理，即观念，而不可能是事物的理念或绝对真理性质的认识。这一性质的认识只有通过全人类的不断努力，也就是说无数个观念的积累才有可能。

（四）问题与文化

观念是人类文化的重要组织部分，是深层次的文化，也是外在文化产生的根源。只有在它的基础上才产生了外在的种种文化，如作为观念直接表现的科学知识（概念、原理、理论）、由科学知识为指导制定出来的人类活动的规范和社会制度，还有人类在某种观念指导下创造出来的各种技术，以及外化出来的各种信息符号、各种物化的文化产品（文学艺术、绘画、建筑、机械）等。如果把观念称为内在的文化的话，那么其他则称为外在的文化，如果把前者称为知识，那么后者则称之为技术。

二、西方法哲学问题史

（一）西方法哲学问题史的概念

从上面我们对问题的介绍中可以得知，西方法哲学史或西方法律思

① 《列宁选集》第2卷，人民出版社1972年版，第315页。

② 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第125页。

想史的问题就是在这—学科的研究中所提出和思考的问题，而我们知道，西方法律思想史所研究的是西方的法观念变迁的历史，这一研究包括三个方面：人物、学派（或思潮）和观念。其中前两个方面是后一个，即观念的载体、创造者和发展者。它们在西方法律思想史研究中，显然处于从属或依附的地位。在对它们的研究中，当然会有许多问题，但这些问题对西方法律思想史学科来说，不是核心问题，或者说不是它要弄清的根本问题，而且这些问题，往往是暂时的、局部的问题，不具有长远性或恒久性，不像观念问题需要不断地提出和研究。观念可能包含着真理，虽然它只是相对真理，所以对观念的研究就是对真理的研究，对人物和学派的研究只是对事实的研究。而我们知道，人的认识对象是事实，认识的目的是真理，事实是现象的流变，真理是事物深层次的本质和运动的规律。虽然在认识中查清事实是重要的，它是认识的基础，但它对认识来说只是手段，不是目的。观念具有真理的属性，人物和流派不具有这些属性，他们只存在于历史中，只具有历史意义，不具有现实意义。观念与之不同，能流传下来为现代人所用，因而具有现实意义。从这个意义上说，我们把它们与观念史问题区分开来，并把它们分别称作人物史和学派史，而把观念史叫问题史。显然，在这三方面中，观念史或思想史、问题史是最重要的，因为前两种史的研究归根到底就是为了弄清观念，也只有观念对我们现代人的认识和实践才具有指导意义。正因为如此，著名的历史学家柯林武德说：“一切历史都是思想史”。他认为，史学就是过去思想的重演，史学的目的就在于把过去的思想组织为一套发展体系^①。也就是说，我们只有在观念上能与古人连接起来，并把它传递给后代，因而，观念的新陈代谢就构成人类文化发展的历史。

（二）西方法哲学问题史的领域和根源

那么，西方法观念问题史是从何处去寻找，又如何确定呢？

我们认为其来源可以从两方面寻找：其一是历史的或实践的角度和方法，即从西方历史上思想家已探索过的问题中寻找，这是主要的，它

^① [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16~17页。

是经验的总结。法律思想史的问题中的许多特殊问题，如所有权、罪与罚，都与法律的特殊性相关，都来自法律自身发展的历史实践，只能从这一实践中去寻找。这叫面向历史或向后看。其二是逻辑的或理论的角度和方法。这叫重视理论或面向未来看。法学性质上的应用性决定了它必然会借助于其他学科，特别是哲学的概念和理论，因而也会像其他学科一样提出一些共同的问题，如法的理念、法的本质、法的基本属性、法的价值等。还会与其他社会科学提出许多共性的问题，如人的本性及其与法的关系、人的行为的正义性及其与法的关系、人的自由及其与法的关系、人的道德观念及其与法的关系等。

由于逻辑是对历史的总结和提炼，它所揭示的是历史中的规律性的东西，因而通过逻辑思维与通过历史考察所得出的问题基本上是统一的。

西方法律思想史的问题其直接成因有二，或者来自实践，如法律全球化就是时代向法学所提出的问题；或者由于人对法律认识的深化，如19世纪中叶一些法学家提出的法与道德的区分问题；或者更多的情况下是二者兼有。正由于此，西方法律思想史的问题不是个封闭的体系，而具有开放性，会随着认识和实践的发展而增加。

（三）西方法哲学问题史的种类

西方法律思想史的问题从哲学的高度可以归纳为理论和实践两方面：

1. 理论问题

（1）法的本体论问题，内又分“事实”（回答法“是什么”的问题，如法的本质与现象、法的属性、法的种类、法的起源、法的历史发展等）论和“价值”（回答法“怎么样”的问题，如法的作用、法所追求的种种价值目标、实在法的种种评价等）论。

（2）法的认识论问题，内又有法学方法论问题、法的范畴（概念）论问题。

2. 实践问题

法治、立法、司法、法律解释、法律推理等，内又有观念和技术等两个方面。

本书抛砖引玉，从中挑选了近三十个，作一些比较系统的介绍和评

论，以期引起大家的兴趣，掀起在这方面研究的热潮，推动我国西方法律思想史学科的发展。

我们的介绍基本遵从历史发展的顺序进行，力求客观，评论中适当夹杂笔者的一些看法。

三、研究西方法哲学问题史的意义和方法

（一）研究西方法哲学问题史的意义

从上面对研究西方法哲学或法律思想问题史的介绍中，我们已经初步知道了它的意义，具体说来可分三个方面：

其一，对西方法律思想问题史本身来说，由于这一研究才能真正深入到法的观念层次，因而它对西方法律思想史来说，才能达到它追求的目的，也才能显示其作为“史”的厚度和对现代的意义。

其二，对其他法学，特别是法理学或法哲学的发展来说，能起巨大的促进作用，这表现在三个方面：第一，它可以帮助我们更好地梳理法理学中的问题，使它体系更合理，把那些没有意义或意义不大的问题从中剔除出去，使问题按照他的逻辑和历史次序排列；第二，它可以促进法理学问题的研究，因为它能为这一问题的研究提供丰富而系统的素材，这样才能对法理学中的一些问题的结论更深刻更全面，使论从史出，在阐述上也会更充分清楚；第三，对部门法学来说，也能从宏观上为它们的理论研究提供参考，使他们了解影响其学科发展的一些更基本的观念的来龙去脉和真实的含义，帮助他们更清楚地了解和把握本学科的基本观念，也能从方法上指导他们研究其他的法观念。

其三，对现实来说，他对我们提供一面历史的镜子，使我们以史为鉴，更好地认识现实生活中错综复杂的法律现象，从而以更加科学的法律观念指导我们的法制建设活动。因为西方法律思想史中所提出的问题及其所得出的结论，是西方几千年人类认识的历史结晶，具有丰富的内容和很大程度的普遍意义，而我国还处于法制建设的初期，现实的生活实践非常有限，从中很难直接得出对法律的深刻全面的认识和对未来的法制建设作出清晰的判断和预测。西方法律思想问题史的研究无疑能弥补这一缺陷。