

现代西方 法律哲学

沈宗灵 著

法律出版社

现代西方法律哲学

沈宗灵 著

法律出版社

现代西方法律哲学

沈宗灵 著

法律出版社出版 新华书店发行

一二〇一工厂印刷

787×1092毫米 32开本 9.125印张 192,000字

1983年7月第一版 1983年7月第一次印刷

印数 00,001—16,000

书号 6004·603 定价 0.90元

目 录

第一章 绪 论	(1)
(一) 法律哲学和法学	(1)
(二) 法律哲学和哲学	(6)
第二章 现代西方法律哲学的概况	(15)
(一) 现代西方法律哲学是西方历史上法律思想的继承和发展	(15)
(二) 现代西方法律哲学的分派	(27)
第三章 狄骥的社会连带主义法学	(40)
(一) 社会连带关系	(41)
(二) 客观法和实在法	(44)
(三) 国家	(47)
(四) 公务观念	(50)
(五) 国际法	(54)
第四章 庞德的社会学法学	(63)
(一) 社会学法学的纲领	(65)
(二) 社会工程和社会控制	(71)
(三) 利益的分类	(76)
(四) 法律的价值准则	(80)
(五) 法律的概念	(84)
(六) 法律的历史发展	(87)
第五章 弗兰克的现实主义法学	(96)
(一) “基本法律神话”	(98)

(二) 法律的定义·····	(102)
(三) 法官的个性·····	(107)
(四) 初审法院和法律改革·····	(112)
第六章 凯尔森的纯粹法学 ·····	(120)
(一) 纯粹法学研究的对象·····	(122)
(二) 法律和正义·····	(124)
(三) 法律和法律规范·····	(130)
(四) 法律规范等级体系·····	(135)
(五) 法律和国家·····	(139)
(六) 国际法和国内法·····	(143)
第七章 哈特的新分析法学 ·····	(151)
(一) 主要规则和次要规则的结合·····	(154)
(二) 对法律规则的内在观点和外在观点·····	(159)
(三) 法律和道德·····	(162)
(四) 广义的和狭义的法律概念·····	(167)
(五) 国际法·····	(170)
第八章 马里旦的新托马斯主义法学 ·····	(177)
(一) 人和社会·····	(178)
(二) 国家、主权和世界政府·····	(182)
(三) 自然法·····	(189)
(四) 人权·····	(194)
第九章 富勒的新自然法学 ·····	(200)
(一) 义务的道德和愿望的道德·····	(201)
(二) 法制原则·····	(204)
(三) 法律的内在道德和外道德，程序 自然法和实体自然法·····	(210)
(四) 法律的概念·····	(213)

(五)实证主义法学和自然法学·····	(217)
第十章 罗尔斯和德沃金的新自然法学·····	(227)

 罗尔斯的法律思想

(一)正义的至上性·····	(229)
(二)原始协议·····	(231)
(三)对制度的正义原则和对 个人的正义原则·····	(233)
(四)法治·····	(236)

 德沃金的法律思想

(一)权利论·····	(239)
(二)规则和原则·····	(241)
(三)原则和政策·····	(246)
(四)关怀和尊重的平等权利·····	(249)

附录：有关术语译名对照·····	(255)
-------------------------	--------------

第一章 绪 论

(一) 法律哲学和法学

本书主题是现代西方法律哲学。这里讲的“现代”系指20世纪。具体地说，本书所论述的内容是从20世纪初至70年代的西方法律哲学。

西方法律哲学是西方法学中具有基础理论性质的一个分科或一门课程。在西方国家中，这一分科或课程的名称往往又称为“法理学”，少数的也称“法律理论”等。

这里讲的“西方”，是兼顾地理、历史和政治意义上使用的。因此，西方法学一般是指古希腊、罗马奴隶制社会，西欧中世纪社会以及近、现代西方资产阶级的法律学说和思想。

马克思主义认为，法学或法律思想属于意识形态领域，是有阶级性的，代表统治阶级利益的、占支配地位的法学或法律思想是一定社会的上层建筑的组成部分。因此，西方历史上不同社会的法律哲学，分别代表了奴隶主、封建主和资产阶级的利益；现代西方法律哲学则代表着垄断资产阶级的利益。

人类历史上记载了丰富多采的法律文化遗产。就非马克思主义的而论，除我国和西方的以外，还有其他许多国家在不同时代的法律文化，其中包括古代埃及、古代西南

亚两河流域及其邻近地区各国、古代印度以及中世纪伊斯兰教各国、日本和俄罗斯等国的法律以及相应的法律思想或法学。但就内容之丰富和影响之深远而论，西方法学可列为首位。

西方法律哲学仅是西方法学中的一个分科或课程，其内容相当于法学的基础理论。根据《不列颠百科全书》(1977年第15版)关于《西方法律哲学》这一条目的解释：

“法律哲学就是系统阐述法律的概念和理论，以帮助理解法律的性质、法律权力的根源及其在社会中的作用。在英语国家里，Jurisprudence(法理学)一词常被用作法律哲学的同义词，并且总是用以概括法学领域的分支学科的。”^①

该百科全书(1973年第14版)关于Jurisprudence(法理学)一条的解释是：

“此词在英语中较通常的意义以及本文所指的意义，大体上相当于法律哲学。法理学是关于法律的性质、目的、为实现那些目的所必要的(组织上和概念上的)手段、法律实效的限度、法律对正义和道德的关系，以及法律在历史上改变和成长的方式。”^②

这一条目中还补充解释说，在19世纪英国法学家奥斯丁(John Austin, 1790—1859年)的影响下，“法理学”一词的意义在相当长时期内要比上面讲的意义为狭。奥斯丁认为，法理学主要指分析实在法而不管这种法律好坏与否。但现在，“法理学”一词大体上已摆脱了这种局限性。

美国法学家帕特森(E. Patterson)认为，法理学，即法律哲学，“是由法律的一般理论和关于法律的一般理论组

① 《不列颠百科全书》(1977年第15版)第10卷第714页。

② 同上书(1973年第14版)第13卷第150页。

成的。用这样两个命题，人们就可以大体上指出两类法律理论和分析，一类是法律的内在方面，另一类是法律的外在方面。”^①

第一类法律理论划定法律的范围，探讨法律的一般概念、术语以及法律的各个部分之间的关系。这种理论不同于诸如契约法、财产法和程序法等部门法，它横穿这些部门法，提供了对这些部门法共同适用的一般概念。它也为现行法律制度应付新情况提供了一般的指引，就象一幅市区交通图一样，向驾驶员指明到达一定目的地的标志。它也为法律著作提供一系列理论观点，如关于法律的定义、渊源和形式，特别是英美法制度中判例在解决今后法律问题中的作用，等等。在这个意义上，法理学就是指奥斯丁的分析法理学。

后来，第一类法律理论又扩大到包括法律制度或其中某一制度的某些主要方面的一般政策问题。例如，法律责任基于过错的原则在侵权行为法中，是占优势的原则还是落后的原则？又如，随着现代大公司的兴起，成千上万股票持有人，在法律上都成了公司财产的“所有人”，这一事实对财产“所有权”的传统法律概念又发生了什么影响？再如，在制定某些有关经济利益的行政规章时，其程序是仿照审判还是仿照立法？就审判程序而论，在作出决定前必须听取有关当事人的陈述，而立法程序并无这种规定。以上这些问题不仅涉及侵权行为法、公司法或行政法，而对整个法律都有深远影响，所以属于法理学的范围。此外，对这些问题的探讨，已超出法律的内部关系，而涉及到法

① 帕特森：《法理学》（1953年初版）第2页。

律对政府和社会，法律对经济、政治、道德、社会信念等等的关系。

这也就是指第二类法律理论，即法律的外在方面的理论问题。其中包括例如法律和政府、法律和社会之间关系的看法：法律依赖政府而存在，还是法律可以不依赖政府而独立存在？法律仅仅体现了一定社会中大多数人的共同信念，还是由某一统治集团所强加的或来自某一外在来源的一种社会控制工具？或二者兼而有之？正义是法律的内在的、必然的特征，或者用以衡量一定法律或根据法律的一定行为，是否正当的一个外在标准？法律的正确和错误、好和坏的标准又是什么？等等。

法律对哲学的关系也属于法理学的范围。如法律是否属于伦理学的一个部分，是否所有法律问题都必然是道德问题；法律推理在什么程度上与一般逻辑要求是一致的，等等。

从以上可以看出，在法理学的这两类一般理论中，在性质上，后一类理论比前一类理论较少法律专业性，非法学家对后一类理论的兴趣超过对前一类理论。

新康德主义法学派学者、意大利法学家德尔·韦基奥(Giorgio Del Vecchio)，以另一种形式表达了他对法律哲学作为法学基础理论的解释。他认为，法律哲学由三个领域，即逻辑论、现象论和义务论三者构成。^①

法律哲学的逻辑论是指，为了从逻辑的整体性来研究法律，也即了解对一切法律制度所共同的主要因素，必须超越这些法律制度的特殊性并找到法律的普遍概念。法律哲

① 德尔·韦基奥：《法律哲学》(1953年英译本)第2页。

学的现象论是指了解法律的全部现象的知识，研究整个人类的法律史，研究法律的起源和进化。最后，法律哲学的义务论是指对现行法律的评价，也即寻求正义，即应当是这样的法律。义务论是指应当是这样的科学。因而，他对法律哲学的定义是：“法律哲学是这样一个研究科目，以法律的逻辑普遍性来界定法律，寻求法律的起源及其历史发展的一般特征，并根据来自‘纯粹理性’的正义理想加以评价。”^①

以上这些观点都是以不同词句或从不同学派的观点出发说明了法律哲学或法理学是西方法学中具有基础理论性质的分支学科或教学课程。

法律哲学，就其内容来说，早在古希腊、罗马时代就已存在，但它的名称却直到18世纪末、19世纪初才开始盛行。历史法学派首创人胡果(Gustav Hugo, 1764—1844年)已将其1798年出版的著作定名为《作为实在法，特别是私法哲学的自然法教科书》。黑格尔的《法哲学原理》(1821年出版)则是人们熟知的作品。英国分析法学派创始人奥斯丁的一本著作也取名为《法理学或实在法哲学讲义》(1863年初版)。但在18世纪末以前，甚至在古代的著作中，也已偶然地提到“法律哲学”这一名称。在古罗马哲学家西塞罗的《法律篇》中就提到接近法律哲学的用语：法学并不来自裁判官的告示或十二铜表法，而却“来自最深刻的哲学奥妙。”^②17世纪德国哲学家莱布尼茨(Gottfried Leibniz, 1646—1716年)在其法学著作《法学教学的新方法》(1667年)中也直接讲到“法律哲学”。^③

① 同上书第4页。

② 西塞罗：《法律篇》I.5；C.W.凯斯主编本第315页。

③ 转引自德尔·韦基奥：《法律哲学》第6页。

如上所述，在西方法学，尤其在英语国家的法学中，一般地说，“法律哲学”和“法理学”是两个含义相当的、经常通用的名称。

这里讲的“法理学”，在英语中，即 Jurisprudence。但后者是一个多义词，“法理学”只是它的一种意义。该词来源于拉丁文 Jurisprudentia，原意指“法律的知识”或“法律的技术”。古罗马法学家乌尔比安对该词曾下过一个定义：“Jurisprudentia 是人和神的事务的概念，是正义和非正义的科学。”^①

以后在英、法、德、俄和西班牙等语言中，都有这样一个同音词，但其含义较多且混乱。大体上说，它指以下几种意义：第一，是指广义的法律科学。第二，是指法学的一般理论，相当于法律哲学。第三，指法律或法律制度。第四，指司法判例（特别在法文中）。^②

以上第二种意义，即法学的一般理论，相当于法律哲学（在中文中通译为“法理学”），是使用得最广的。

（二）法律哲学和哲学

法律哲学是西方法学的一个分支学科或教学课程。这也就意味着法律哲学并不是一般意义上的哲学（即以研究整个世界最一般规律为对象的学问）的一个分科，也不是法学和哲学之间的一个边缘学科。在西方国家中，“法律哲

① 《学说汇纂》1.1.10.2；《法学阶梯》1.1.1。

② 参见帕特森：《法理学》第7—8页；庞德：《法理学》（1959年）第1卷第7—10页；R. W. M. 迪亚斯：《法理学》（1964年第2版）第1—4页。

学”一般是高等法律院校开设的一门课程。

《不列颠百科全书》中“西方法律哲学”这一条目的作者曾就此作了专门阐述：“就法律哲学和一般哲学具有某种必然联系或一致性而论，‘法律哲学’这一用语可能引起误解”，“只有将这里所称的‘哲学’从它的最非专业性的和最广泛的意义来解释，‘法律哲学’这一名称才不是用词不当。”^①

《苏联大百科全书》“法律哲学”条目的作者认为，“法哲学即法律哲学，是资产阶级法学的一个分科，它的任务是研究国家和法律的一般规律。”^②

但是，法律哲学是法学而非哲学的一个分科这一命题，大体上只是指 19 世纪中后期，尤其是指现代来说的，在此以前一般就不适用了。例如，黑格尔的《法哲学原理》中一开始就指出，“法哲学这一门科学以法的理念，即法的概念及其现实化为对象”，“法学是哲学的一个部门”。^③

为什么现在可以讲“法律哲学”是法学的一个分科，而在黑格尔的时代，“法律哲学”是哲学的一个分科呢？为了说明这一问题，需要简单地对西方法学的历史发展作一回顾。

西方法学虽然是一门具有长期历史的、古老的学科，但它之发展成为一门独立的学科，却也经历了长期和曲折的过程。在古希腊，各门学科很难说是分开的，法律思想和哲学、伦理、政治等思想密切结合在一起。在古罗马帝国前期，由于当时的特殊条件，法学曾相当发展，在某种

① 《不列颠百科全书》(1977 年第 15 版)第 10 卷第 714 页。

② 《苏联大百科全书》(第 2 版)第 45 卷第 139 页。

③ 黑格尔：《法哲学原理》商务印书馆 1961 年导论第 1—2 页。

意义上说，那时法学曾一度成为独立的学科。在西欧中世纪时，神学垄断了整个思想领域，哲学、政治学和法学等都成了神学的附庸。

在 17、18 世纪资产阶级革命时期，哲学、政治学和法学等都在不同形式下摆脱了神学的桎梏。但那时的法学，只能说已开辟了成为独立学科的道路，却还未确立为一门独立的学科。因为一方面，法学与政治学密切结合在一起。例如洛克的《政府论》，卢梭的《社会契约论》，甚至孟德斯鸠的《论法的精神》等杰作，都可以说是兼具政治学和法学性质的书籍。这种情况在资产阶级夺取政权的时代是完全可以理解的。

另一方面，无论政治学或法学，又都仿佛成为哲学的一个分科。这主要是因为当时科学尚不发达，哲学曾作为“科学的科学”而代替一切科学。特别是一些唯心主义哲学家，力图建立一门包罗万象的体系，将包括法学在内的其他学科都作为这一体系中的一个环节。黑格尔的哲学可以说是这种体系的最后尝试。他的《法哲学》是他的庞大的唯心主义哲学体系中的一个环节。因此，他宣称“法学是哲学的一个部门”，是完全可以理解的。当然，黑格尔的法哲学或其他哲学只是他的唯心主义体系的一个部门。“在这里，历史哲学、法哲学、宗教哲学等等也都是以哲学家头脑中臆造的联系来代替应当在事变中指出的现实的联系，把历史（其全部和各个部分）看做观念的逐渐实现，而且当然始终只是哲学家本人所喜爱的那些观念的逐渐实现。”^①

^① 恩格斯：《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》《马克思恩格斯选集》第 4 卷第 242 页。

那时，法学和政治学密切结合，而二者又都从属哲学这一事实，同时也就意味着那时的法律哲学具有两个重要特征。

第一，那时的法律哲学主要是指哲学家或政治学家的法律哲学。在法律哲学史中，“有些法律哲学家首先是哲学家，为了完成他们的哲学体系才是法学家。另一些法律哲学家首先是政治学家，由于他们感到有必要以法律形式来表达其政治思想才是法学家。”^①纵观黑格尔以前的西方法律哲学史，对法律哲学具有重大影响的代表人物，如柏拉图、亚里士多德、西塞罗、托马斯·阿奎那、马基雅维利、博丹、格劳秀斯、斯宾诺莎、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭、普芬道夫、贝卡利亚和康德，等等，其中“首先是法学家”的人是相当罕见的。

第二，这些首先是哲学家或政治学家的人所讲的“法律哲学”，主要是探讨法律与其他现象，例如政治、道德和宗教观念之间的关系，而不是研究法律、法律规范本身的结构。用上面讲过的帕特森的分法来说，他们仅研究法律的外在方面的理论，而不研究法律的内在方面的理论。

从19世纪开始，随着资产阶级统治的逐步确立，以及资产阶级立法的广泛发展，法学才逐步与哲学、政治学相分离，成为一门独立的学科。与此同时，哲学家或政治学家的“法律哲学”才改变为法学家的法律哲学。法律哲学也就相应成为法学的一个分科。“19世纪以前，法律理论基本上是哲学、宗教、伦理学或政治学的副产品。大法律思想家主要是哲学家、僧侣、政治学家。从哲学家或政治学

① W. 弗里特曼：《法律理论》（1953年，1967年第5版）第3页。

家的法律哲学向法学家的法律哲学的根本转变，还是距今不远的事。这一转变伴随着一个法律研究、技术和专业训练巨大发展的时期。”^①

当然，我们说法律哲学现在已成为法学的一个分科，这主要是指和黑格尔时代相比而言；现在法律哲学的主要代表人物大多数是专业法学家；他们更多地注意从法学角度来研究法律哲学。这决不是说哲学家或政治学家已不再研究法律哲学问题。事实上，任何哲学家或政治学家都要在不同程度上研究法律哲学问题。就以现代西方法律哲学的主要代表人物而论，固然大多数是专业法学家，但也确有少数哲学家或政治学家的学说对法律哲学领域具有重大影响。本书将以专章论述的马里旦和罗尔斯的法学就是例证。他们两人都首先是专业哲学家，但他们的哲学、法律思想在第二次世界大战后西方法律哲学领域中却占有重要地位。

在现代西方法学界，也有少数人，尤其是一些具有哲理法学派倾向的人物，还认为法律哲学是哲学的一个分科。但他们所理解的法律哲学，显然已不同于黑格尔的法律哲学。首先，他们都承认法律哲学研究的内容就是法学家通常所讲的一般法律理论。例如德国《布洛克豪斯百科全书》对于“法律哲学”这一条目是这样解释的：

“法律哲学是哲学的一个分科，它以一定的方式，有系统地从事研究法律和法学的一般原理（意义和目的，起源和效力）。”^②

其次，他们之所以主张法律哲学是哲学的一个分科，

① 同上书第4页。

② 德国《布洛克豪斯百科全书》第15卷第512页。

其理由也是比较特殊的。例如新康德主义法学派学者、德国法学家拉德勃鲁赫认为：“法律哲学是哲学的一部分，所以，首先必不可少的是阐明法律哲学的总的哲学设想。”^①这也就意味着，一定的法律哲学必须是以某种哲学作为思想基础的。又如另一新康德主义法学派学者、意大利法学家德尔·韦基奥认为，“法律哲学是哲学的一部分，或准确地说，是实践哲学的一部分。对法律的普遍意义的研究构成法律哲学的对象；然而也应注意，对法律也可以就其特殊性来研究，在这种情况下，就成了法律科学或狭义的法学对象。”^②他的意思看来是指：法律哲学研究的是法律的一般理论问题，即法律的普遍性、共性问题；其他法学部门研究的是法律的特殊性、个性问题。

正是由于对“法律哲学”或“法理学”这两个名称有各种不同的解释，因而少数西方法学家将研究一般法律理论的著作直接称为“法律理论”或“一般法律理论”。但就整个西方法学界来说，认为“法律哲学”和“法理学”是研究法学的基础理论的人，还是占优势的。

以上着重指出了从19世纪中后期以来，法律哲学已成为法学的而不是哲学的一个分科。但与此同时，我们也应看到，法律哲学始终是与一定哲学密切联系的，并以后者作为自己的思想基础。整个法学都与哲学有联系，超越于任何哲学之外的法学是没有的。就法学中的各个学科而论，作为法学基础理论的法律哲学，和一般哲学的关系又最为直接和密切。例如就现代西方法律哲学的各个主要学派来

① 拉德勃鲁赫：《法律哲学》英译文载美国《二十世纪法律哲学丛书》之一；《拉斯克、拉德勃鲁赫和达班的法律哲学》（1950年）第49页。

② 德尔·韦基奥：《法律哲学》第1页。