

# 法理学前沿问题

Research on the Frontier Issues of Jurisprudence

占茂华 著



上海社会科学院出版社  
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

法理学研究生教育丛书

# 法理学前沿问题

Research on the Frontier Issues of Jurisprudence

占茂华 著



上海社会科学院出版社  
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

法理学前沿问题/占茂华著. —上海:上海社会科学院出版社, 2016  
(法理学研究生教育丛书)  
ISBN 978-7-5520-0892-0

I. ①法… II. ①卢… III. ①法理学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 269049 号

## 法理学前沿问题

---

著 者: 占茂华

责任编辑: 董汉玲

封面设计: 姚 毅

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021-63315900 销售热线 021-53063735

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: [sassp@sass.org.cn](mailto:sassp@sass.org.cn)

照 排: 南京理工出版信息技术有限公司

印 刷: 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 21.5

插 页: 2

字 数: 327 千字

版 次: 2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

---

ISBN 978-7-5520-0892-0/D·333

定价: 69.80 元

版权所有 翻印必究

# 序 言

关于法理学问题的探讨,不论观点、学派还是著述都是繁多的。本书的出版无疑对此繁多予以了增量,虽然可能并不璀璨,但就促使法理学问题的探讨更为缤纷多彩和与时俱进而言,本书显然付出了努力,也必然成为这繁多中有独自特色的一抹色彩。

本书的主旨十分简单。首先,法理学研究既有永恒探讨的主题,也有随着时代发展而不断扩展的论题,即坚持对已有问题的深入研究,又对前沿问题予以探索,这是本书表达的主要内容。其次,不同的论题有着不同的发展背景和研究进路,对此进行的梳理,既为学者提供了新的视角,又为学习法理学的学生展示了法理学深入社会生活的广度和深度,这也是本书的目的。当然,两者是通过作者对每一论题的具体阐释而实现的。

任何学科的研究,关键莫过于研究方法,为达到研究目的而采取的行动、手段、方式或路径如何,决定了学科或论题能否起始、发展并进步,法学研究亦如此。那么,何为法学研究的正确方法,如何发现和选择正确的方法,用选定的方法怎样正确地展开研究,等等,对此类问题系统化的学理探讨则形成法学方法论,其充实完整与否,决定了法学本身是否成熟。因此,本书就法学发展以来所生成的理性主义方法论、实证主义方法论、经济分析方法论、社会法学方法论等进行的梳理和阐释,为研究者针对不同论题选择妥当方法提供了参考。

在法学研究中是否能够“价值祛除”,这是实证主义法学者和自然法学者之间的典型矛盾。然而,当前各国法理学发展中自然法哲学的蓬勃之势也是最为突出的事实,正如后工业时代社会发展所展示的那样,在大量新型的社会工程中,重要的问题不是技术问题,而是价值观的问题。只有当人们决定他们能够干什么,他们才可能考虑如何干的问题。“能够干

什么”便是价值选择的问题，自然法学的兴盛不衰与此密切相关。但是，价值选择与理性相关，否则无法避免选择的盲目性。所以，自然法与理性，无论是自然理性、神的理性、抑或人的理性，成为法理学的永恒论题当属必然。

当代社会，在价值领域发生着不可挽回的分化并呈现相对化、多元化的现实状况下，如果能发扬多元化的积极因素推动社会变革以前行，同时不使多元化中的分裂因子造成社会的脱序，通过法律整合维护社会统和，无疑是一条良好的通途。因此，既要对多元化社会有充分的认识，还要对法律整合的态度、途径及方式进行正确的选择和运用，以完成对社会的有机整合，促成社会的整体性发展，在形成社会的法律性制度架构的过程中，达到民众普遍信任法律的社会效果，最终成就良好的法治社会。

在对社会进行法律整合的过程中，法律的方式无非是针对人的行为进行有效调控，而被赋予法律人格的主体，才能纳入法律的规范视野。什么样的人能成为法律关系中的主体？被赋予法律人格的人与自然人、理性人的关系如何？近代以来，随着社会的发展，需要法律规制的对象日益多元化，则对法律人格的拟制与扩张亦成为迫切需求，其对象和范围如何选择和界定？诸如此类的问题都需要给以明确的解答。

当然，公民是现代社会法律关系中的最基本主体，在多数国家欲求迈向法治的进程中，公民的参与具有典型和重要意义。相较而言，西方公民法律参与的历史较中国更为悠久和成熟，因此，在中国公民法律参与的促成和培育中，结合中国法治建设的任务和需求，借鉴西方公民法律参与的经验，探讨在中国国情下促成公民法律参与的条件则显得尤为重要。

同时，在中国迈向法治的征程中，另一种力量也不容忽视，这便是法律职业共同体。除了种种的制度设计和改善外，法律职业共同体的状况如何也是一个社会法治化程度的显在标示。中国是否已经出现了法律职业共同体，抑或仅处于法律职业共同体的萌芽状态，这有赖于对法律职业共同体的内涵、形成条件、结构形式以及其与法治国家的关系等的研究。

虽然对于法律领域中的一些基本问题需要持续关注，但也不能忽视社会发展为法律调整带来的新问题，例如生态环境的恶化、动植物的锐减、知识产权的矛盾、青少年犯罪等，对这些问题能否妥善解决，既考验着管理者的智慧，也挑战着学术的创新。

就法律对于生态环境的保护而言,确定生态自然权是法律能够展开保护的前提。因此,何谓生态自然权,对之予以法律保护的理由,以及法律保护的着眼点是什么等,在本书中亦予以详析。

不仅是生态环境恶化使得动物的生存堪忧,人类对于动物的不当对待也使得动物权利问题产生并出现争议,如:法律权利是仅赋予人的吗?能否延及动物?法理及可能性支持动物享有权利吗?当前对于动物保护的法律现状如何?这些是既有趣又严肃的问题。

如果把视线从自然收回到人类社会,又会看到当前中国社会发展中常常因知识产权问题与外国产生矛盾和冲突,由此引发的贸易战此起彼伏。既要维护发明创造者的权益,又要使发明创造充分利用快速推进社会进步,对于两者的平衡既存在着传统理论,也有着新思潮的呼吁,其核心在于对知识产权价值的合理定位。不过,随着时代的发展,要适时赋予其新的内涵。

若再把视线从社会发展转入社会生活,还会看到青少年犯罪问题亦是我国现阶段的突出问题。基于我国计划生育国策下的青少年生活环境及性格养成与国外有很大不同,在构建我国少年司法制度时,不仅要借鉴,更重要的是创新。当然,这种创新如果本着我国古代传统文化中的“恤幼”精神而展开,则是相当现实的。

中国当代法律调控中尚有许多法律问题值得关注,本书仅撷其一叶做了学者的智识思考,若能以此引起更多的法理思考和预设,亦达到了本书的目的。

最后,请允许我对毕巍明、卢学英、李泽、邹彩霞、邓家元、周颖表示由衷的感谢!在本书的写作过程中,他们给了我无私的帮助,并贡献了观点。谢谢你们!

# 目 录

序 言	1
第一章 法学方法论	1
一、价值分析法	1
二、实证分析法	10
三、历史分析方法	17
四、社会分析法	23
第二章 自然法观念与理性精神	30
一、古代自然法与自然理性	30
二、中世纪自然法与神的理性	45
二、近代自然法与理性	56
第三章 多元化社会中的法律整合	65
一、多元化社会与法律整合	65
二、法律整合的路径	77
三、法律整合的理想图景	96
第四章 人性假设与法律主体	102
一、人性的认知	102
二、神性与德性:古希腊罗马时代的人性假设	106
三、平等与自由:基督教的人性假设	118
四、启蒙与理性:近代经济人的假设	128

<b>第五章 我国法治进程中的公民参与</b> .....	143
一、西方公民法律参与的历史 .....	143
二、公民参与法律在中国法治建设中的意义 .....	154
三、促进公民参与法律的条件 .....	163
<b>第六章 法律职业共同体</b> .....	174
一、法律职业与法律职业共同体 .....	174
二、法律职业共同体形成的条件 .....	181
三、法律职业共同体的结构 .....	188
四、法律职业共同体与法治国家 .....	204
<b>第七章 生态法哲学范畴——生态自然权</b> .....	211
一、生态自然权释义 .....	212
二、生态自然权的正当性 .....	220
三、生态自然权与法哲学范式的转换 .....	242
四、生态自然权的法律保护纲要 .....	248
<b>第八章 知识产权的法理基础</b> .....	261
一、知识产权解读 .....	262
二、关于传统知识产权理论的评述 .....	271
三、知识产权新思潮的冲击 .....	281
四、知识产权价值的合理定位 .....	283
五、知识产权的多元目的与终极目的 .....	288
<b>第九章 法治与德治</b> .....	290
一、法治与德治的内涵 .....	290
二、法治与德治的关系 .....	299
三、法治与德治的实现 .....	303
<b>第十章 司法的恤幼精神</b> .....	313
一、古代恤幼思想传统 .....	313
二、现代恤幼精神传承 .....	323
三、未成年人司法制度 .....	327



# 第一章

## 法学方法论

法学研究根据其目的的不同需要综合运用多种方法。这些目的或许有很多具体的表现,但无形中把法学研究引向了两个基本方向:一个可以概括为关于法律思考;另一个则是根据法律思考。后者可以称为关于法律实然性的研究,其目的在于解决现实法律内在的自洽性问题。围绕这个目的,法律规则是展开讨论的前提,而过程通常是把复杂的社会现象转化为一个具体的法律问题,并利用整套的规则体系来予以解决。而关于法律思考,主要是讨论法的合理性问题,是要对法有个整体的评判与认知。基于不同目的,在法学研究中也形成了不同的路径,这就是本章所要讨论的法学方法问题。

需要特别强调的是,所谓的法学方法并不同于通常所讨论的法律方法。法律方法是法律人职业技能的重要组成部分,是直接利用法律解决案件的方法,或者说过程,包括法律解释、法律推理、法律发现等在内的一系列法律方法。而对于法学研究来说,法学方法更注重的是归纳现象、分析问题的方法,是借助多种手段达致认识的过程。从这个角度说,有四种方法是在过去研究中为学者广泛使用的,即价值分析法、实证分析法、历史分析法和社会分析法。这些方法也成就了相应的法学流派,因此在本章内容中,注重分析各个法学流派所适用的研究方法。

### 一、价值分析法

价值分析法,简单地说,就是从特定的价值目标出发,来探讨法律应当如何的研究方法。在前近代社会,法律总是受到来自宗教与伦理

的影响,因而这个价值目标的确立是许多哲学家、神学家所热衷讨论的话题,一些悠久的法学流派也由此而生。在当下,法律虽然摆脱了诸方干扰,成为一个独立的规则体系,但其中仍然包含一些不言自明的基本权利或者核心原则。这是超出规则本身,需要在更广泛领域中探讨的问题。所以,价值分析法是以超越现行制定法的姿态,用哲人的眼光和终极关怀的理念,分析法律为何存在以及应当如何存在的问题。<sup>①</sup>

在法学发展的过程中,早期价值分析法的运用主要集中于价值目标的选定,围绕这个核心价值再来阐释法应当具备的形式。在诸多价值目标中,最为重要的就是“正义”。正义,首先是作为一个审判的标准而存在的。古埃及神话中,正义女神就是亡灵的审判者。在古埃及的象形文字中,正义就是一根羽毛的形象,它象征了正义女神玛阿特(Maat)头上装饰的羽毛。古埃及人认为,人在死亡后,其灵魂会离开肉体在冥府中接受审判,亡灵庇护神阿努比斯(Anubis)把死者的灵魂带到玛阿特神的面前,亡灵的心脏被取出放在天平的一侧,另一侧就放着玛阿特神冠饰的羽毛。假使死者之心轻于或者等于羽毛的重量,他就是清白纯洁的,会在冥世安享太平,甚至再回到他的肉体而复生;反之,则说明死者犯有罪愆,他的灵魂将被冥府中的怪兽吞吃。所以,玛阿特神作为正义与秩序的保护神。人只有在活着的时候按照玛阿特神的旨意行为,在死后灵魂才会是纯洁的。这也意味着人的行为要符合正义原则,遵守规则和法律,不论是多么高贵强悍的人,终不可恣意妄为。神的规则决定了人的秩序;禁忌习惯发展成为法,最先依赖的强制力主要是来自人们对神的敬畏,所以早期的法律思想也就是阐释神的规则。神事与人事的联系也就成为早期法学家解释法律必然性的基本逻辑。所以,古罗马的法学家乌尔比安也把法学定义为神事与人事的概念,正义与非正义的学问。

伴随法律的世俗化,早期神学的解释方法逐渐被突破。古希腊的哲学家们率先阐释了正义的一般原则。柏拉图(Plato,约前427年—前347年)与亚里士多德(Aristotle,前384—前322)均从“正义”这一基本价值入手,探讨法律的思想、特征、本质等问题。柏拉图在《理想国》中阐述的

---

<sup>①</sup> 胡玉鸿:《西方三大法学流派方法论检讨》,《比较法研究》2005年第2期。

核心问题“什么是正义”。在他的法律理论中,正义是制定法律的指导原则,也是一种高于实在法的更高原则。<sup>①</sup>在柏拉图的论证中,世界是二元互动的:一个是现象的世界,是现实的,也是可感知的;另一个则是本质的世界,是理念的,需要通过理性去认知。理念世界决定了现实世界的基本秩序,而正义是其中基本规则之一,从而成为现实法律的基础和原则。

亚里士多德系统论述了正义的含义与分类,并且把正义视为一种善。在《政治学》中指出:“世上一切学问(知识)和技术,其终极(目的)各有一善;政治学术本来是一切学术中最重要学术,其终极(目的)正是为大家所最重视的善德,也就是人间的至善。政治学上的善就是‘正义’,正义以公共利益为依归。”亚里士多德沿用了柏拉图的分类:正义首先分为城邦的正义和个人正义。“城邦以正义为原则,由正义衍生的礼法,可凭以判断[人间的]是非曲直,正义恰是树立社会秩序的基础。”<sup>②</sup>而城邦正义又可分为分配正义、校正正义和回报正义。分配正义涉及财富、荣誉、权利等有价值的东西的分配;在该领域,对不同的人给予不同对待,对相同的人给予相同对待,即为正义。与之对应,校正正义涉及对被侵害的财富、荣誉和权利的恢复和补偿;在该领域,不管谁是伤害者,也不管谁是受害者,伤害者补偿受害者,受害者从伤害者处得到补偿,即为正义。回报正义主要涉及处理公平交易的问题。<sup>③</sup>亚里士多德的法律思想、政治思想都是以“正义”为基础,由此形成了将法学与伦理学相结合的研究传统。

价值分析的研究方法在古代最为经典的运用当属斯多葛学派所开创的自然法思想。在其影响下,自然法思想开始成为古罗马的主流政治法律思想,而且其学说被神学自然法思想所吸收利用。对于自然法思想,后世学者推崇备至,德国学者科殷(Helmut Coing)就认为,斯多葛学派在表达建立世界国家理想的同时,“它所代表的自然法的内容是与此相适应的”。<sup>④</sup>德国学者罗门(Heinrich A. Rommen)对此评价道:“这个富有活力的民族具有一种敏锐的批判性理智,具有一种对于个人心灵早熟的意识,具有从事政治组织的伟大能力。”所以,“在西方文化范围内,关于自然法

① 徐爱国:《西方法律思想史》,北京大学出版社2002年版,第24页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第9页。

③ 参见[古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,商务印书馆2003年版。

④ [德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第16页。

的哲学概念首次出现于古代希腊,就是完全可以理解的。”<sup>①</sup>美国哲学家梯利(Frank Thilly)则指出:“这一派体系的中心思想是人类团结一致。他们发挥了人的尊严的观念,一切有理性的人都是同一父亲的儿女们发挥了人的尊严的观念,即一切有理性的人都是同一父亲的儿女和世界公民,具有同样的权利和同样的职责,受制于同样的法律、同样的真理和同样的理性。”<sup>②</sup>在美国学者麦克里兰(J.S.McClelland)眼里,“斯多葛人基本上永远是以消极的态度面对世界的要求。时至今日,在平常的用法里,拿出‘哲学修养’来应世处事,仍然指斯多葛式的功夫而言,也就是以并非全然开放的心胸,接受自我以外多变、有时很残酷的世界”。<sup>③</sup>

简单地说,自然法思想就是把法的本质归结为自然法。在古希腊哲学发展的过程中,自然哲学是很重要的一个组成部分。从自然的有序中,哲学家们深受启发,认为自然所形成的秩序是最完美的,因而它被提升成为本源的力量,成为逻各斯、理性、主宰。这种自然是弥漫于宇宙间的支配原则,是人类的理性,是人应遵从自然的生活方式,是法律与正义的基础。一切实在法都要符合自然法的原则,人类社会本身就要因应自然秩序。

罗马法借助了自然法观念,并成为其最佳的实践者。共和末期的西塞罗(Marcus Tullius Cicero,前106年—前43年)认为“自然法是普遍适用的,自然法为人神共有,人类既然是自然创造的,人类被赋予了正确的理性,也赋予了正确的法律”。<sup>④</sup>自然法是永恒的,代表最高理性,是正义的体现,“法律是根据古老的、一切事物的始源自然表述的对正义和非正义区分,人类法律受自然法指导,保障和维护高尚者”。<sup>⑤</sup>在古罗马和中世纪时期,自然法学说得到进一步发展。基督教的神学家们借助自然法实现了上帝秩序和实在法的关联。自然法是人类理性的集合,罗马帝国末

---

① [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第5页。

② [美]梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆1999年版,第123页。

③ [美]约翰·麦克里兰:《西方政治法律思想史》,彭淮栋译,海南出版社2003年版,第105页。

④ [古罗马]西塞罗:《论共和国 论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第196页。

⑤ 同④,第221页。

期的教会神学家圣奥古斯丁(Aurelius Augustinus,亦作希坡的奥古斯丁 Augustinus Hipponensis, 354—430年)认为,法可以分为四种,即属于上帝的永恒法、属于理性的自然法、属于世俗的实在法和属于教会的神法。在圣奥古斯丁那里,人类由于始祖的选择而犯下了原罪,但有些人并未忏悔自己的罪过,处于不停的堕落之中,实在法和自然法在某种意义上成了阻止他们堕落的机制。而另一些人,由于内心的虔敬,信奉教会的引领,所以在不断地趋向上帝的至善。这也就是他天上之城和地上之城的著名论断。自然法和实在法是维护地上之城,不使其堕入地狱的防线,而神法乃至上帝的永恒法是天上之城的重要信条。这是从神学出发,对当时罗马帝国的法律作出了批判。中世纪,教会法取得了长足的发展,而亚里士多德的哲学思想又再度为西方世界所认知。经院哲学的集大成者托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas,约1225—1274年)发展了圣奥古斯丁关于法律的四分法,但他并没有圣奥古斯丁那么悲观。上帝的永恒法是一切法律的原则;在上帝的启迪之下,有了自然法,这是上帝所启发的人类理性的集合;自然法决定了实在法;教会法维护了上帝在人间的产业。四种法彼此协调,趋向于上帝的至善。这是神学自然法的基本逻辑。

而到启蒙运动时期,自然法成为反抗神权的标志。欧美各国涌现出一大批法学家,他们高举“自然法”旗帜,使用价值分析的方法,弘扬民主、自由、平等、理性、人权等价值理念,形成了古典自然法学派。其代表人物有荷兰的格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645年)、斯宾诺莎(Baruch de Spinoza, 1632—1677年),英国的霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679年)、洛克(John Locke, 1632—1704年),法国的孟德斯鸠(Baron de Montesquieu, 1689—1755年)、卢梭(Jean-Jacques Rousseau, 1712—1778年),德国的普芬道夫(Samuel Pufendorf, 1632—1694年),意大利的贝卡利亚(Marchese di Beccaria, 1738—1794年),美国的杰弗逊(Thomas Jefferson, 1743—1826年),等等。一般认为,古典自然法学派观点是:自然是永恒的、普世的;提出私有财产神圣不可侵犯、契约自由、三权分立、人民主权、法律面前人人平等、罪刑法定等法律原则;推动了宪法、国际法等法律制度与法律部门的形成。这一时期,近代哲学有关方法论的思考也为法学研究提供了重要的指引。虽然自然法思想是广泛接受的,但在研究的路径上却有很大的差异。通常,欧洲大陆受唯理论影响较

大,演绎的理性方法较为推崇:而在英国更多地受到经验主义哲学的影响,归纳的方法更受欢迎,这也成为近代大陆法系和英美法系的重大区别之一。

经验主义的代表人物是英国哲学家弗朗西斯·培根(Francis Bacon, 1561—1626年),他认为要获得真理必须依靠正确的概念,而要获得正确的概念需要通过经验,或者说归纳的方法。“(1)一种特性或性质的形式是这样,有了形式,性质就丝毫不爽地跟随而来,恒常为性质所固有。(2)形式又是这样,如果把形式移去,性质一定消失。因此性质不在时,形式总是不在;形式的不在含有性质的不在,形式不蕴藏于任何其他东西里面。(3)最后,真正的形式是这样的形式,它从较多的性质所固有的某种存在之源,推演出某种性质,而这较多的性质所故有者,在事物的自然秩序中是比形式本身更清楚地为人所认识的。”<sup>①</sup>

而大陆唯理论的前驱则是法国哲学家勒内·笛卡尔(René Descartes, 1596—1650年),他认为,获取知识的方法可以借鉴数学:“它从公理或自明的原则开始,凡是听到和理解这种公理的人都会予以承认。我们以这种原则为出发点,推导出其他命题,如果推理没有错误,这种命题在逻辑上可以从原则中演绎出来,而且同原则一样确实。那就是说,从简单自明的命题开始,由此得出比较复杂的命题。这种方法是综合的或演绎的。”<sup>②</sup>

19世纪,伴随着法律实证主义的兴起和历史法学派的出现等,自然法被认为一种“非经验的”而备受攻击。19世纪末20世纪初,自然法学说复兴,形成新自然法学派。新自然法学不再单纯地强调自然法的抽象价值,而是重视权利、正义等具体的价值。其代表人物有马里旦(Jacques Maritain, 1882—1973年)、达班(Jean Dabin, 1889—1971年)、富勒(L. L. Fuller, 1902—1978年)、罗尔斯(John Bordley Rawls, 1921—2002年)、德沃金(Ronald Myles Dworkin, 1931—2013年)等。其中,马里旦、达班等人的学说主要以神学为基础,被称为新托马斯主义的自然法学;而富勒、罗尔斯、德沃金等学说继承和发展古典自然法学,被称为世俗的自

<sup>①</sup> [美]梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆1995年版,第290—291页。

<sup>②</sup> 同<sup>①</sup>,第308页。

然法学。

马里旦学说的思想渊源主要源自中世纪神学家托马斯·阿奎那,他提倡以基督教教义改造社会为核心的新人道主义,认为自然法是人权的哲学基础,法律必须是一种理性的秩序,自然法应是一种神圣理性的秩序,因为它是对上帝的永恒法的参与。达班自然法的核心是“正义”论,他说,正义是上帝的法则,它是人定法的法律原则。<sup>①</sup>

与神学派思想家不同的是世俗学派。以美国富勒为领袖,罗尔斯、德沃金为骨干所构成的世俗派力量得到迅猛发展。19世纪以来,在西方占主导地位的功利主义法学和分析实证主义法学关于“恶法亦法”的论断,特别是分析实证主义法学将道德与法律割裂,主张法学研究“法律实际是这样”,而不研究“法律应当是这样”。针对此观点,富勒认为法律中“现实”与“应当”是不可分的,离开法律目的(法律应当是什么)就不可能理解法律形式,因而一切法律形式必然是具有价值的。<sup>②</sup>富勒认为,法律与道德是不可分的。要想使法律具有道德价值并符合法治原则,就必须从分析道德入手。他将道德分为义务的道德和愿望的道德。义务的道德即是遵守的最低限度的义务,遵守这种道德不会获得赞扬,但违反这种道德必遭谴责;愿望的道德即是遵守的最高成效,它是人们对理想的追求,是人类生活最高的目的。此外,富勒借助法律形式的表现将道德分为内在的道德和外在的道德,即程序的自然法和实体的自然法。法律的内在道德和外在道德是互为影响的。富勒认为,在极为广泛的道德范围,法律的内在道德,即法制原则可以为法律的不同实体目的,即不同的外在道德服务。对于这些不同的实体目的来说,法律的内在道德仿佛是保持中立的。但另一方面,也不能据此认为,不论法律采取任何实体目的都不会危害法制。即便如此,对于人本身来说,法律的内在道德不可能是中立的。因为,法律是使人的行为服从规则治理的事业,必须认为人是而且可以是一个负责的人,有能力了解和遵循规则,并对自己的违法行为负责。所以,对法律内在道德的背离,就是对人作为一个负责的人的尊严的冒犯。<sup>③</sup>

① 吕世伦主编:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社2000年版,第11页。

② 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第54页。

③ 同②,第63—65页。

罗尔斯继承和发展了柏拉图、亚里士多德、霍布斯、洛克、卢梭和康德等人的理论,借助古典自然法学派的传统契约论,通过“原始状态”以及“无知之幕”的假设,提出自己的观点。他认为“公平的正义”包含两层意思:第一,所选择的正义原则是在公平的“原初状态”中大家一致同意的,内容上是公平的;第二,这样选择出来的正义原则符合普遍性、一致性、公开性和权威性等形式上的或程序上的正义要求,因而在形式上讲也是公平的。<sup>①</sup>此外,罗尔斯根据主体的不同,将正义分为制度的正义和个人的正义。制度的正义决定着个人的正义,即对个人基本权利和义务的分配与社会利益的分享。关于制度的正义,他认为,第一个原则是最大的均等自由原则,即每个人对与其他人所拥有的最广泛的基本自由体系相容的类似的自由体系,都应有一种平等的权利。第二个原则为平等原则,即社会的和经济的不平等应该这样安排,使它们适合于最少受惠者的最大利益;它们的职位相连,而职位对所有人开放。<sup>②</sup>第一原则优于第二原则,即自由优先于平等,只有满足第一原则后,才能适用第二原则。

罗纳德·德沃金在英美法学学术圈中是声名显赫、影响广泛的学者。沈宗灵先生说:“德沃金,是美国近30年来最有影响的法理学家之一。”<sup>③</sup>吴玉章说:“罗纳德·德沃金是当代美国著名的法理学家,身兼牛津大学和纽约大学的法理学教授。同时,他也是一位十分少见的、以法学家的身份而跻身当代大西洋两岸哲学家行列的杰出人物。”<sup>④</sup>德沃金主张法律和道德相联系,他所说的“权利”既是法律的权利,也是道德的权利。他将“平等”作为理论的出发点和归宿。他将自由主义定义为:“自由主义是一种使得正义的内容独立于任何有关人类美德和优点的观点的理论。”即公正地对待每一个公民,不能以地位、财产来划分等级,也不能以社会公认的道德标准来区分高下。<sup>⑤</sup>与自由相比,德沃金更强调平等的重要性,他指出:“如果我们把个人的权利看作是任何有关平等需要的可捍卫理论的

① 吕世伦主编:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社2000年版,第85页。

② 同①,第87页。

③ 转引自[美]R.德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译、林燕平校,上海人民出版社2001年版,“序”第1页。

④ 吴玉章:《论自由主义权利观》,中国人民公安大学出版社1997年版,第171页。

⑤ 同①,第113页。



一种必要的话,它就具有最多的意义。”他提出“独立意义上的平等”,表现在政治上即是每一个公民都有受到政府平等关怀和尊重的权利。德沃金最主要的贡献在于“权利论”,因而被人们冠以“权利法学”或“自由”法学的代表。<sup>①</sup>

自然法学派作为历史最为久远的法学理论,经历了古代自然法、中世纪宗教神学自然法、古典自然法和新自然法学的发展过程。不同历史时期,学者采用相同的方法论——价值分析法,探究“法律应当是什么”的问题。纵观自然法学派的发展历程,可以看出其方法论:

第一,自然法是永恒的规范,是决定人定法有效与否的检验标准。自然法理论实际上是一种主张:“主张可以拿一个终极的尺度,一套理想的法律,来检验一切法律的效力。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为和评价。自然法是人类寻求正义之绝对标准的结果。”<sup>②</sup>我国学者郑戈将价值分析方法称为道德论的法律研究方法,他认为:这种方法坚信“法律的根基是人性 and 人的是非观念。其主要关注点是一种建立在关于何为道德上正确、何为道德上错误的社会共识基础之上的共同道德信念。其主要理论预设是:检验一种法律的有效性的最重要的方法就是看它是否始终一致地贯彻和表达了社会的道德共识。”<sup>③</sup>

第二,普遍的法律才是适合的法。哈耶克认为,必须在“成文法或形式上的法律”与“公正和实体性质的法规”之间进行区分,普遍性的规则也有别于具体的命令。所谓普遍性的规则,就是真正的法律,它“必须意在适用于不能预见其详情的情况,因而它对某一特定目标,某一特定个人的影响事前是无法知道的。只是在这种意义上,立法者才可能说得上是不偏不倚。”<sup>④</sup>

第三,确立法应蕴涵的各种价值,如正义、平等、自由、人权等。例如,罗尔斯探讨正义的原则,德沃金认为平等重于自由等,肯定了法应具备的

① 徐爱国:《西方法律思想史》,北京大学出版社2002年版,第328页。

② [意]登特列夫:《自然法》,李日章译,联经出版事业公司1984年版,第96页。

③ 郑戈:《韦伯论西方法律的独特性》,李猛:《韦伯:法律与价值》(《思想与社会》第1辑),上海人民出版社2001年版,第50页。

④ [英]弗雷德里希·奥古斯特·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅、冯兴元等译,中国社会科学出版社1997年版,第77页。