

西方法律制度与理论

石泰峰 主编



中共中央党校函授学院



医药学院610 2 01478472

西方法律制度与理论

石泰峰 主编



中共中央党校函授学院

说 明

《西方法律制度与理论》是我院本科班政法专业开设的一门讲座课。这门课程的教学目的是通过本课程的学习，帮助学员了解西方国家的法律制度和理论，开阔视野，有批判地吸收与借鉴西方国家法律制度和理论方面的经验教训，以便适应我国社会主义法制建设的需要。为此，我们请中共中央党校法学教研室主任石泰峰教授主编了这本教材。

这本教材除绪论外，重点介绍了美、英、法等主要西方国家的法律制度与法的理论，阐述力求简明通俗。参加撰写者有：石泰峰（绪论），刘晓兵（第三章），何彪（第一、二、四章），熊文斌（第五、六章、第八章第四节），朱绵茂（第七章、第八章第一、二、三节）。全书由石泰峰主编，并统改。

本教材先行试用，尚希专家、学者与教师和广大学员提出修改意见，以便进一步修订。

中共中央党校函授学院编研室

1995年11月

目 录

绪论	1
第一节 西方法律制度概述	1
第二节 西方法律制度的两大法系	4
第三节 西方法律理论概述	7
第一章 西方法律的结构	15
第一节 公法与私法	15
第二节 普通法与衡平法	47
第三节 联邦法与州法	58
第二章 西方法律的渊源	67
第一节 制定法	67
第二节 判例法	73
第三节 法律解释	81
第四节 法律规则	87
第三章 西方司法制度	90
第一节 司法组织	90
第二节 诉讼程序	99
第三节 违宪审查	103
第四章 西方法律教育与法律职业	108
第一节 法律教育	108

第二节 法律职业·····	115
第五章 自然法学 ·····	121
第一节 自然法学的形成与发展·····	121
第二节 富勒的新自然法学·····	129
第三节 菲尼斯的新自然法学·····	136
第四节 罗尔斯的正义论法学·····	144
第五节 德沃金的权利论法学·····	151
第六章 分析实证主义法学 ·····	159
第一节 分析实证主义法学的形成与发展·····	159
第二节 凯尔森的纯粹法学·····	165
第三节 哈特的新分析法学·····	173
第四节 拉兹的新分析实证主义法学·····	180
第五节 麦考密克的制度实证主义法学·····	188
第七章 社会学法学 ·····	196
第一节 狄骥的社会连带主义法学·····	196
第二节 埃利希的社会学法学·····	205
第三节 庞德的社会学法学·····	212
第四节 卢埃林的现实主义法学·····	223
第五节 弗兰克的现实主义法学·····	232
第八章 其他法律理论 ·····	240
第一节 批判法学·····	240
第二节 波斯纳的经济分析法学·····	249
第三节 法律社会学·····	258
第四节 法律人类学·····	270

绪 论

第一节 西方法律制度概述

一、西方法律制度的界定

本书中所讲的“西方法律制度”，是西方资本主义国家法律制度的总称。具体说，西方法律制度是指在古希腊，古罗马和基督教文明（统称为西方文明）基础上形成和发展起来的西方各国的法律制度。

首先，“西方”一词标志一种特殊的历史文化或文明，这种文明发展出了独特的法律制度、价值和概念。这些被称作“西方的”法律制度、价值和概念世代相传数个世纪，由此而形成一种传统，即西方法律传统。^①在这个意义上，“西方文明”是与“东方文明”相对应的一个概念。自从第二次世界大战结束以后，“西方”一词又成为资本主义世界的统称。例如日本，在前一意义上，属于东方文明；在后一意义上属于西方国家。可见，“西方”并不是一个简单的地理学概念。正如柏尔曼所说：“西方是不能借助罗盘找到的。地理学上的边界有助于确定它的位置，但这种边界时时变动”。^②西方是表示文化和社会性质的词。

① 柏尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》中译本，第1页。

② 柏尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》中译本，第2页。

其次，西方法律制度是西方各国法律制度的统称。也就是说，并不存在一个可以称为西方法律的法律，也没有“西方立法机构”或“西方法院”。我们可以说某个西方国家的法律是什么时候制定或实施的，但不能说“西方法”是什么时候制定或实施的。西方法律制度是对各个西方国家的法律制度所作的理论概括，并不是一个实际存在于各个西方国家的法律制度之外的法律制度。

再次，本书所介绍的内容是法律制度，而不仅仅是法律规范。在这里，我们将法律制度看作是一个结构、实体和文化相互作用的复杂有机体，其外延大于我们一般所说的“法律”。

二、西方法律制度的基本特征

从社会性质来看，近代以来的西方法律制度是资本主义类型的法律制度，是建立在资本主义私有制基础之上的上层建筑。这是西方法律制度的本质特征。除此之外，西方法律制度作为一种独特的文明的产物，并成为一种法律传统，还有其文化和其他方面的特征。不了解这些特征，就不可能真正了解西方法律制度。

在《法律与革命——西方法律传统的形成》一书中，柏尔曼将西方法律传统的主要特征概括为以下 10 个方面：

1. 在法律制度与其他制度之间存在着较为鲜明的区别。虽然法律受到宗教、政治和道德的强烈影响，但通过分析，可以将它们与法律区分开来。在西方，法律被认为具有它自己的特征，具有某种程度的相对自治。政治和道德可能决定法律，但它们本身不能被认为是法律。

2. 在西方法律传统中，法律由专门的人员来施行，他们

在专职的职业基础上从事法律活动。

3. 法律职业者都在一种独立的具有高级学术水平的机构中接受专门的培训。

4. 培训法律专家的法律学术机构与法律制度有着复杂的辩证关系。法律本身包含一种科学，通过它能够对法律进行评价。

5. 在西方法律传统中，法律被设想为一个连贯的整体，一个融为一体的系统，一个实体，这个实体被设想为在时间上是经过了整个世纪的发展。

6. 法律实体或体系的活力取决于对法律不断发展的信念。柏尔曼认为，这是一种在西方所独有的信念。

7. 法律的发展被认为具有一种内在的逻辑。法律不仅仅是处在不断的发展中，它有其自己的历史。

8. 法律的历史性与法律具有高于政治权威的至上性相联系。

9. 西方法律传统最突出的特征可能是在同一社会内部各种司法管辖权和各种法律体系的共存和竞争。正是这种司法管辖权和法律体系的多元性使法律的最高权威性成为必要和变得可能。

10. 西方法律传统在思想与现实、能动性 with 稳定性以及超越性与内在性之间存在着紧密关系。

当然，柏尔曼所说的以上特征并不是固定不变的。进入20世纪以来，西方法律制度发生了很大的变化。用柏尔曼的话说：“西方法律传统像整个西方文明一样，在20世纪正经历着前所未有的危机”。他认为，西方法律传统的10个特征中只有前4个特征仍然构成西方法律的基本特征，另外6个

特征在 20 世纪后半叶受到了严重的削弱。

第二节 西方法律制度的两大法系

一、法系的概念

所谓法系，是指若干国家和地区的，具有某种共同传统的法律的总称。一般认为，西方法律制度可以分为两个不同的法系：民法法系和普通法系。民法法系又称大陆法系。罗马——德意志法系、法典法系，它是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。民法法系首先产生于欧洲大陆，主要是拉丁语和日耳曼族各国，内容主要是民法。属于这一法系的法律，除以法国和德国为代表的欧洲大陆国家外，还包括曾是西班牙、荷兰、葡萄牙等国的殖民地国家和地区。

普通法法系又名英国法系或英美法系，它是以英国中世纪以来的法律，特别是英国普通法为基础而发展的法律的总称。这一法系的范围，除英国以外，主要是曾属英国殖民地的许多国家和地区，包括美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、新加坡、巴基斯坦等国。

二、两大法系的形成

民法法系以古代罗马法为历史渊源，经过 12—16 世纪的罗马法复兴和 18 世纪资产阶级革命，于 19 世纪发展成为一个影响及于世界广大地区的法系。

古代罗马法泛指古代罗马奴隶制社会的法律。从古罗马奴隶制国家形成至罗马帝国时期，罗马法迅速地发展起来。东罗马帝国皇帝主持编纂的《民法大全》，对后世产生了深远的

影响。从 11 世纪末至 16 世纪，西欧大陆经历了罗马法复兴的过程，罗马法被重新发现并得以传播。从当时的情况来看，罗马法的复兴有其主客观因素。首先，西欧中世纪存在需要某种法律的社会条件。在中世纪中期，西欧大陆海上贸易和手工业逐步发展，城市、市场和商人逐步兴起。以《民法大全》为代表的罗马法，就其内容来说，是一种完整地体现简单商品生产的法律，因此，它正好符合新兴资本主义成长的历史要求。其次在形式上，罗马法代表了统一的罗马帝国的法律，这一特点有利于促进民族统一国家的形成。在立法技术上，罗马法远远高于同时代的其他法律，它体现了相当高水平的法律文化。当然，除了罗马法之外，教会法，地方习惯法和商法都是民法法系形成的历史渊源。

1789 年的法国大革命，对民法法系的形成具有重要的意义。1804 年的《法国民法典》以罗马法为基础，以简明、严谨的法律语言对近代资本主义民事法律关系作了全面的规定。从这一法典开始，许多欧洲大陆国家相继进行了广泛的立法活动，特别是编纂法典的活动。

与民法法系不同，中世纪的英国法是在罗马法之外独立地发展起来的。普通法法系首先导源于 11 世纪诺曼人入侵英国之后所逐步形成的普通法。在此之前，英国通行盎格鲁——撒克逊人的日耳曼习惯法。诺曼公爵威廉入侵后，为加强中央集权，国王派官员到全国各地进行巡回审理，并逐渐建立了一批王室法院。这些官员和法院根据国王敕令，并参照当地习惯判决。在这种判决的基础上形成了一套适用全国的法律——普通法。16 世纪又出现了衡平法。从 17 世纪英国资产阶级革命到 18—19 世纪，制定法逐渐增多，英国法的影响随

着殖民扩张扩展到欧洲以外的其他地区，普通法法系作为西方世界主要法系之一的地位终于确立。

三、两大法系的区别

两大法系在客观方面的主要差别可归纳为以下几个方面。

首先，法律渊源方面的差别。在民法法系国家，正式的法律渊源只是指制定法，即宪法、法律、行政法规等，只有它们才是有法律上的约束力的。法院的判例、法理等，并没有正式的法律效力，只是在法院判决时有参考价值这种意义上，才能称为法律渊源。与此不同，在普通法法系国家，制定法和判例法都被认为是正式的法律渊源，上级法院，特别是最高法院的判决对下级法院是有拘束力的。当然，这一差别在实际上并不像理论上所讲的那么突出。因为在民法法系，由于上诉等制度的存在，下级法院法官在判决时必然会考虑到上级法院对类似案件的判决，在一般情况下，它不会冒这种风险，即由于上诉而使自己的判决被撤销。但至少从理论上、法律上说，判例法是否是正式法律渊源，是区别两大法系的一个重大标志。

第二，在法典编纂方面的差别。民法法系国家一般采用法典形式，而普通法法系国家一般来说不倾向法典形式，制定法往往是单行法律、法规。当然，后来，普通法法系国家也逐步采用法典形式。因此，两大法系在这一方面的差别已日益缩小。但普通法国家的法典，主要是判例法的规范化。不像民法法系法典那样包罗万象。

第三，在适用法律的技术方面的差别。在民法法系，法

官审理案件,除了案件事实外,首先考虑制定法如何规定,然后按照有关规定来判决案件。与此不同,在普通法法系,首先要考虑以前类似案件的判例,将本案的事实与以前案件事实加以比较,然后从以前判例中概括出可以适用于本案的法律规则。在英美法学中,这种方法就称为判例法方法论。

第四,在法律分类方面的主要差别。民法法系国家法律的基本分类是公法和私法。私法主要指民法和商法,公法主要指宪法、行政法和刑法。程序法一般也被认为属于公法。进入20世纪后,又出现了有公私法两种成分的法律,如社会法、经济法和劳动法等。普通法法系国家在传统上并无公法和私法之分,它的法律的基本分类是普通法和衡平法。这两种法律各自所包括的部门法比较分散,不明确,但在现代英美法学著作中,往往使用公私法的分类法。

最后,在法律术语、概念上也存在了很多差别。这一法系使用的某些术语、概念,在另一法系是没有的,反之亦然。或者是同一个术语、概念,但在两个法系中却具有不同的含义。

第三节 西方法律理论概述

一、西方法律理论的历史发展

(一) 古希腊罗马法律理论

1. 古希腊法律理论

古代希腊是西方法律理论的摇篮。在以雅典为代表的希腊城邦中,成文法并不多,也没有职业的法学家。但是,在古希腊丰富多采的哲学、政治学和伦理学等作品中,包含了许多关于法律思想和理论,这些思想对后世的西方法律理

论一直具有重要的影响。

柏拉图在其早期著作《理想国》中，提倡贤人政治，反对民主制和法治。但在其晚年著作《法律篇》中改变了观点，强调法律的作用。柏拉图的学生亚里士多德主张实行法治。他认为法治胜于人治，因为法律是完全没有感情的，人的本性难免有感情。法治是指人们普遍服从法律，而这种法律又是制定得很好的法律。亚里士多德还将法律所体现的正义分为分配正义和平均正义。前者是指根据人们不平等的社会地位来分配利益和价值，后者是指对任何人都一样看待，仅计算双方利益和损害的平等。古希腊的斯多葛学派提出了自然法代表理性的观点，对罗马法学有很大影响。

2. 古罗马法律理论

古代罗马的法律极为发达，并且形成了一个职业的法学家长集团。罗马共和国末期，西塞罗根据斯多葛派的学说，提出了系统的自然法学说。在帝国时期，盖优斯、保罗、乌尔比安、帕比尼安、莫得斯蒂努斯五大法学家的言论本身就有法律效力。罗马法学家提供了关于法律的基本原则和概念，并参与立法，承担法律解释和答疑，指导诉讼活动。

(二) 中世纪法律理论

在西方中世纪，罗马天主教会占统治地位，法律理论和其他思想都是神学的附庸。阿奎那是中世纪最大的神学家、经院主义哲学家。他将圣·奥古斯丁的神学与亚里士多德的思想融合在一起，提出了神学的自然法理论。阿奎那将法分为永恒法、自然法、人定法和神法4种。他的理论直接为扩大教会权力服务。

在中世纪中后期，与神学对抗的法律理论逐渐发展。其

中比较突出的是 11 世纪末到 13 世纪的注释法学派和 13—15 世纪的评论法学派。这些法学家以研究罗马法为主，为罗马法的复兴作出了重大贡献。

16 世纪的马基雅弗利和博丹总结了文艺复兴和罗马法复兴运动的成果。博丹第一个系统地提出了国家主权的概念。他们的理论对后世有很大影响。

（三）17—18 世纪的法律理论

西方 17—18 世纪的法律理论主要体现在古典自然法学中。古典自然法学的代表有荷兰的格劳秀斯，英国的霍布斯、洛克，法国的孟德斯鸠、卢梭，德国的普芬道夫和意大利的贝卡利亚等人。当然，古典自然法学家们的观点并不完全一致，如卢梭主张民主共和制、洛克和孟德斯鸠主张君主立宪制、霍布斯主张君主专制。他们以不同的形式反对宗教神学，主张自然法代表人的理性，是最高法律。古典自然法学为近代资产阶级民主和法治提供了理论基础。

（四）19 世纪的法律理论

进入 19 世纪以后，古典自然法学趋于衰落，代之而起的有以下 3 种法律思想：

1. 历史法学派

历史法学派的代表人物有胡果、萨维尼、普赫塔。历史法学派主张，法律就像语言、风俗一样，具有民族的特性，是民族精神的体现。法律主要表现为习惯法，其地位高于立法。历史法学派反对在德国制定新的统一的法律。

2. 哲理法学派

哲理法学派的成员有康德、费希特和黑格尔等人。康德倡导自由主义，强调保障个人自由，认为法是协调个人自由

之间相互关系的条件。黑格尔倡导国家主义，强调群体，尤其是国家的自由。黑格尔认为，国家是伦理观念的现实，是“神自身在地上的行进”。

3. 分析法学派

分析法学的创始人是英国的奥斯丁。他认为，法学不同于伦理学，法学仅研究实在法而不管这种法律的好坏与否。在奥斯丁看来，法律和道德是无关的。一个不道德的法律，只要是合法地制定出来，就被认为有法律效力。

(五) 19 世纪后期的法律理论

在 19 世纪后期，出现了一些新的法学理论。

1. 早期社会学法学

早期社会学法学的代表人物，分别从生物学、人种学或心理学等角度来解释法律。如，英国社会学家斯宾塞主张“国家有机体”论，他引入社会达尔文主义，认为法律的任务仅在于保障自由人之间的自然竞争和自然选择。法国社会学家塔尔德和美国社会学家沃德等人则从社会心理学的角度解释法律。早期社会学法学后来发展为以埃利希和庞德等人为代表的社会学法学。

2. 社会哲理法学

社会哲理法学主要指 19 世纪末出现的新康德主义法学和新黑格尔主义法学。新康德主义法学的代表是德国法学家施塔姆勒。他提出了法律理念和法律概念之分，倡导可变的自然法思想。新黑格尔主义法学的创始人是德国法学家柯勒。他以“文明”的发展代替黑格尔的“理念”的发展，主张法律必须适应前进中的文明，个人主义和集体主义应相互配合。

3. 自然法思想的复兴

在 19 世纪末，自然法思想开始复兴。首先是天主教神学的自然法系，即新托马斯主义法学的出现。当时的代表人物是瑞士的卡特赖恩、新康德主义法学家施塔姆勒提出可变的自然法，也被认为是自然法复兴的迹象之一。

二、当代西方法律理论的特点

1. 派别繁多

在西方法律理论发展史上，17—18 世纪时自然法学占主导地位。19 世纪时以历史法学、分析实证主义法学和哲理法学三派为主。进入 19 世纪末 20 世纪初，派别逐渐增加，第二次世界大战结束后迄今，更为增多。这种派别繁多的特征不仅体现在各派之间或同一派别内部纷乱杂呈的理论观点，而且还体现在不同的研究对象、不同研究方法以至不同的术语等方面。这一特征之所以出现，主要是为了适应资产阶级或这一阶级中特定集团在特定时期的需要，反映了不同国家、不同时期的历史、文化传统、不同法律制度以及法学家的不同政治倾向或其他思潮的影响。

2. 三大派鼎立

现代西方法律理论虽然派别繁多，但主要是新自然法学，新分析实证主义法学和法律社会学为主。50 年代后期直到 60 年代，分别以牛津大学法理学教授哈特和哈佛大学法理学教授富勒为首的实证主义法学和自然法学两大派法学家，展开了热烈的、长期的论战。哈特在这一过程中对原先的分析实证主义法学作了重大修改，创立了新分析实证主义法学，从而与富勒等人的新自然法学相抗衡。早在 20 世纪初就已兴起的社会学法学战后继续存在，在基本理论上也无重大的变化，

但其中大部分作品已逐步趋向以定量分析为主的应用法学，其名称也通称为法律社会学。这里应注意的是，现代西方法理学以三大派为主，但这三派中又都有各种支派。例如新自然法学中有神学的（新托马斯主义法学）和非神学的之分。有的著名的法理学说（如罗尔斯的正义论，德沃金的权利论，拉斯威尔的政策论等），虽然不讲自然法，但却都以某种价值作为核心，因而在理论倾向上是接近新自然法学的。又如新分析实证主义法学中既有以凯尔森首创的纯粹法学，又有哈特新创立的新分析法学；在新一代的分析法学家中又有拉兹的渊源论法学、麦考密克的制度法学等。在社会学法学或法律社会学中，既有战前的社会连带主义法学、美国现实主义法学、斯堪的纳维亚法学等。

3. 非法学思潮的影响

西方法理学历来就受哲学、伦理学和政治学的影响。在20世纪，特别是战后，非法学思潮的影响更为扩展。其中较新的影响有逻辑实证主义、语言哲学对新分析实证主义法学的渗入；新修辞学推动了对法律推理问题的研究；存在主义和现象学哲学对个别法理学家虽有影响，但总的来说影响很少；功能结构主义、系统论和行为科学对法理学也仅稍有影响。近年来，主要来自经济学的经济分析法学促进了以资源、效用等经济学术语来研究法律的方法；主要来自各种社会学新思想的批判法学，更掀起了批判传统法学的运动。

三、西方法律理论的主要理论观点

1. 社会和人性的

西方法律理论往往以有关社会和人性的某种假设作为出