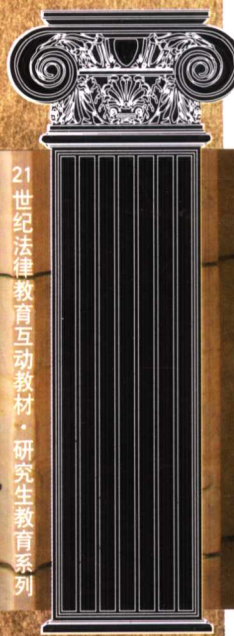
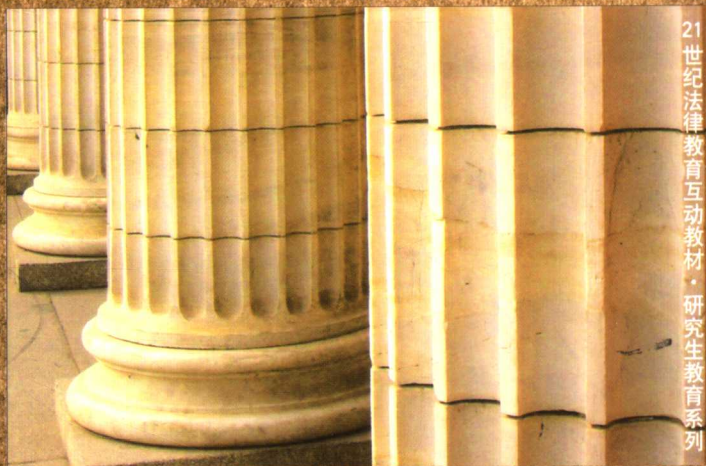


西方法理学史

何勤华 严存生 编著



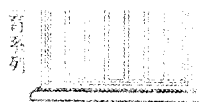
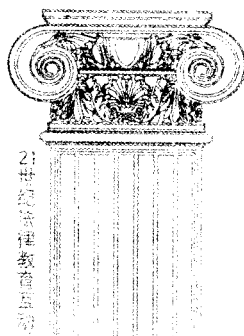
清华大学出版社

D909.5/7

2008

何勤华 严存生 编著

西方法理学史



清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

西方法理学史/何勤华,严存生编著. —北京:清华大学出版社,2008.5

(21世纪法律教育互动教材·研究生教育系列)

ISBN 978-7-302-16878-2

I. 西… II. ①何…②严… III. 法理学—西方国家—研究生—教材 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第007597号

责任编辑: 张德军

责任校对: 王凤芝

责任印制: 王秀菊

出版发行: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175

邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者: 清华大学印刷厂

装 订 者: 三河市新茂装订有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 185×230 **印 张:** 30.25 **字 数:** 673千字

版 次: 2008年5月第1版 **印 次:** 2008年5月第1次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 56.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:024145-01

序

2006年8月初,在全国外国法制史研究会第十九届年会上,清华大学出版社的编辑张德军君将我们俩召集在一起,希望我们合作编著一本适合于研究生学习的《西方法理学史》教材。我们俩商量后,欣然答应了德军君的约稿。当时商定,一年之内,将书稿交出版社。

经过一年时间的努力,我们如期完成了这一任务。需要说明的是,严存生老师长期从事西方法理学的教学与研究,不仅拥有扎实的基础理论,对其前沿问题也非常熟悉,所以,教材的编写大纲就由严存生老师拟定;然后,何勤华老师负责西方法学流派部分,严存生老师负责绪论和西方法理学问题史部分的撰稿。

西方法理学史是一个博大精深的学术领域,我们这里所论述的一些问题,只是最为基础性的。由于该领域涉及人物和作品众多,理论问题错综复杂,整理资料、梳理观点、评价人物和学派等,都有很大的难度。所以,本书只能是一本供研究生涉入西方法理学史领域的一本入门书和指南。同时,对书中出现的错误和不足,也恳请广大读者批评指正。

作者

2007年10月1日,新中国第58个华诞日

目 录

绪论 西方法理学史研究的对象、意义和方法	1
一、西方法理学史的研究对象	1
二、西方法学流派概述	2
三、西方法理学问题概述	4
四、学习西方法理学史的意义	5
五、学习和研究西方法理学史的方法	6
◆参考文献	6
◆思考题	6

上编 西方法学流派

第一讲 自然法学	9
一、概述	9
二、自然法学的历史	11
三、自然法学的基本观点和基本方法	14
四、早期自然法学	17
五、中世纪的自然法思想	18
六、古典自然法学	18
七、新自然法学	19
◆参考文献	27
◆思考题	27

第二讲 注释法学	28
一、注释法学派	28
二、评论法学派	32
三、19 世纪法国私法注释学派	36
◆参考文献	40
◆思考题	41
第三讲 哲理法学	42
一、概述	42
二、康德的法哲学	42
三、黑格尔的法哲学	48
◆参考文献	52
◆思考题	52
第四讲 历史法学	53
一、概述	53
二、历史法学派的发展演变及其代表人物	53
三、历史法学派的主要观点	55
四、历史法学派的分化	57
五、英国历史法学的发展	60
六、对历史法学派的评价	61
◆参考文献	63
◆思考题	64
第五讲 功利主义法学	65
一、边沁的学说	65
二、约翰·密尔的学说	71
◆参考文献	75
◆思考题	75
第六讲 分析实证主义法学	76
一、代表人物	76
二、基本观点	78

三、基本评价	88
◆参考文献	89
◆思考题	89
第七讲 社会法学	90
一、概述	90
二、埃利希的法社会学	90
三、韦伯的法社会学理论	93
四、利益法学派	95
五、庞德的社会学法学	100
六、北欧的现实主义法学	105
七、法人类学	107
◆参考文献	111
◆思考题	112
第八讲 经济分析法学	113
一、经济分析法学的诞生及其发展	113
二、经济分析法学的基本方法与基本理论	116
三、经济分析法学的主要内容	118
◆参考文献	123
◆思考题	123
第九讲 综合法学	124
一、综合法学的产生	124
二、代表人物与代表作品	125
三、基本内容与特征	126
四、评价	130
◆参考文献	131
◆思考题	131
第十讲 政治自由主义法学	132
一、产生背景与理论渊源	132
二、政治自由主义学派之划分	133

三、罗尔斯的自由主义法哲学理论	134
四、哈耶克的自由主义法学思想	135
五、结语	137
◆参考文献	137
◆思考题	138
第十一讲 后现代主义法学	139
一、后现代主义法学的内涵	139
二、后现代主义法学的形成	140
三、美国后现代主义法学的三大流派	141
四、后现代主义法学的主要观点	142
五、后现代法学的评价	146
◆参考文献	147
◆思考题	147
第十二讲 批判法学	148
一、批判法学的形成与发展	148
二、代表人物与代表观点	150
三、基本理论和方法	153
◆参考文献	155
◆思考题	155
第十三讲 存在主义法学	156
一、代表人物	156
二、主要观点	157
◆参考文献	159
◆思考题	159
第十四讲 现代西方马克思主义法学	160
一、理论渊源	160
二、代表人物	161
三、主要观点	164
四、理论局限和历史地位	166

◆参考文献	167
◆思考题	167

下编 西方法理学问题史

第一讲 西方法学中的几对相关概念	171
一、Themis 和 Dike	171
二、自然法和制定法	174
三、市民法和万民法	176
四、公法和私法	179
五、实在法和活法	181
◆参考文献	182
◆思考题	182
第二讲 法的本质、法观念的变迁	183
一、西方关于法的本质的种种理论——以法的定义为视角	183
二、西方法观念的变迁	196
◆参考文献	202
◆思考题	202
第三讲 法的构成	203
一、法的构成的概念和研究的意义	203
二、西方关于法的构成理论简介	204
三、对法的构成的一种新设想	210
◆参考文献	213
◆思考题	213
第四讲 法的基本属性	214
一、法的普遍性和特殊性	214
二、法的阶级性和非阶级性或公共性	217
三、法的遵守的强制性和自觉性	219
四、法的确定性和非确定性	221
◆参考文献	224

◆思考题	224
第五讲 法的类型	225
一、历史法学	226
二、社会学家马克斯·韦伯	227
三、社会法学家罗斯科·庞德	228
四、新康德主义法学家拉德布鲁赫	229
五、批判法学家罗伯特·昂格尔	234
六、法律社会学家诺内特和塞尔兹尼克	235
七、韦伯、昂格尔与诺内特和塞尔兹尼克比较	236
八、几点反思	238
◆参考文献	239
◆思考题	239
第六讲 法的种类	240
一、古希腊	240
二、古罗马	241
三、中世纪	241
四、近代	241
五、现代	245
六、几点思考	246
◆参考文献	247
◆思考题	247
第七讲 法的起源	248
一、西方关于法的起源的种种理论概述	248
二、西方的社会契约论的历史发展	249
三、几点思考	259
◆参考文献	260
◆思考题	260
第八讲 法与人性	261
一、自然法学关于法与人性关系的论述	261

二、哲理法学关于法与人性关系的论述	264
三、功利主义法学和分析法学关于法与人性关系的论述	265
四、社会法学关于法与人性关系的论述	266
五、经济分析法学关于法与人性关系的论述	267
六、政治自由主义者哈耶克关于法与人性关系的论述	268
七、几点思考	268
◆参考文献	268
◆思考题	269
第九讲 法与经济	270
一、马克思主义产生之前西方有关法与经济关系的论述	270
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”	271
三、马克思·韦伯论法与经济	273
四、社会法学论法与经济	273
五、经济分析法学家论法与经济	274
六、几点思考	275
◆参考文献	276
◆思考题	276
第十讲 法与国家(政治)	277
一、法与国家本质同一说	277
二、法与国家的不同一说	281
三、几点思考	284
◆参考文献	285
◆思考题	285
第十一讲 法与道德	286
一、西方关于法与道德关系争论的历史发展	286
二、西方关于法与道德关系的种种模式	298
三、对法与道德关系的几点思考	303
◆参考文献	308
◆思考题	308
第十二讲 法与宗教	309
一、马克思·韦伯关于法与宗教关系的思想	309

二、哈罗德·J. 伯尔曼论法律与宗教	310
三、霍贝尔论法律与宗教	315
四、几点思考	316
◆参考文献	317
◆思考题	317
 第十三讲 法的价值和作用	318
一、“法的价值”的概念	318
二、法的主要价值	325
三、几点思考	331
◆参考文献	333
◆思考题	333
 第十四讲 法的“合法性”	334
一、西方古代对法的合法性的一些论述	334
二、西方近现代对法的合法性的一些论述	335
三、几点思考	345
◆参考文献	352
◆思考题	353
 第十五讲 法的“合理性”	354
一、西方关于“理性”和“合理性”的一般概念	354
二、西方一些学者对“法的合理性”的论述	362
三、几点思考	364
◆参考文献	370
◆思考题	370
 第十六讲 法与正义	371
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	371
二、对西方种种正义理论的几点比较和归纳	380
三、西方法与正义关系的思想比较	383
四、几点思考	385
◆参考文献	387
◆思考题	388

第十七讲 法与自由	389
一、西方历史上关于法与自由关系的主要论述	389
二、西方几种主要的自由观念比较	404
三、几点思考	405
◆参考文献	416
◆思考题	417
第十八讲 法与人权	418
一、18 世纪前的西方人权思想——平等观念	418
二、18 世纪到 19 世纪中叶的西方人权思想——自然权利观念	419
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	421
四、当代西方人权观念的一些新发展	423
五、几点思考	425
◆参考文献	428
◆思考题	429
第十九讲 法治观念	430
一、西方历史上法治思想的主要代表	430
二、西方法治观念归类	445
三、西方法治观念的变迁	448
四、几点思考	454
◆参考文献	455
◆思考题	455
第二十讲 西方的“世界法”观念	456
一、自然法观念	456
二、万民法观念	457
三、世界法观念	463
四、法律全球化观念	465
◆参考文献	469
◆思考题	469

绪论 西方法理学史研究的对象、意义和方法

一、西方法理学史的研究对象

（一）法理学、西方法理学、西方法理学史和西方法理学专题史

“法理学”一词有广狭二义：狭义的法理学指西方自分析法学以来以实在法为研究对象和用实证方法进行研究产生的法的一般理论，特别是指分析法学；广义同于理论法学，包括以研究应然法为主要对象的“法哲学”、狭义的法理学、法社会学、法政治学、法经济学、比较法学、立法学等。^①我国法学界大都采用其广义的用法，故本教材也采取此用法。

西方法理学，顾名思义指文化意义上的“西方”，即以基督教文化为背景的和渊源于古希腊、罗马的欧洲和北美文化。西方法理学只是在这一文化圈通行的法观念，或这个范围内各种法律思潮。西方法理学史或西方法律思想史指的就是这一文化中的法律思想的演化过程或法观念的变迁史。本书主要为研究生学习而编写，故与其他法理学史作品不同，更侧重于对西方法理学史中的专题进行研究和阐述，因此，可以理解为是一本西方法理学专题史的著作，它是在西方法理学与法律思想史这一基础上的专门研究。

（二）西方法理学史的研究对象——西方法理学发展中的专门问题

1. 什么是问题？

问题是人在认识客观事物时，对于它是什么、怎样存在和为什么而存在的内心发问。它是理性思维的逻辑起点，人的思维正是在问题的推动下开始的，其目的就是要回答向自己所提出的问题。显然，问题的提出和回答与人的知识背景、世界观有密切关系，往往有什么样的世界观就提出什么样的问题，如有宗教神学的世界观就会提出上帝是否存在之类的问题。哲学是世界观的

^① 关于它们之间的关系，详见严存生：《法理学、法哲学关系辨析》，载《法律科学》，2000（2）。

学问,因而问题的提出和回答必然与提出者的哲学背景有关。也就是说必然把它归纳为某一哲学概念,并用已有的哲学知识和方法来思考和归纳所观察到的事物的现象。从这种意义上说,问题受制于所在时代的哲学,也随着哲学的发展而发展。不同的人有不同的哲学背景,会提出不同的问题或对问题有不同的回答。当然这不是说,一切问题都是哲学问题,而只是说它必然受哲学的影响,因为问题是分层次的,有哲学问题,有部门科学的问题,部门科学有自己的一套概念系统,所以它们会用自己的话语来发问,不必都使用哲学概念,或者说不一定都上升到哲学的高度。问题也是分类型的,有实际生活中的具体问题,有各学科的问题,有哲学上的问题。显然,我们所要研究的是西方法理学发展中的问题,是它在发展中被法学家不断地发问和回答的问题。

2. 本书的研究对象

作为一本西方法理学史,尤其侧重于研究西方法理学史中一些专题的著作,西方法理学专题史是与西方法律思想史相对而言的,其差别在于一个是“通”,一个是“专”。这就像“世界通史”与“美国史”、“中国史”,或“中国通史”与“先秦史”、“隋唐史”的关系一样,也像一个国家的一般史与政治制度史、经济制度史的关系一样。所不同的是,它是思想史中的“专”史。这个“专”,可针对一个方面,如某学派、某问题;或某一专门时期,如中世纪;或某一思想家,如哈耶克等,对之进行全面而深入的研究。应注意的是,这一研究不是流水账式的或面面俱到的,而是抓住一个学派、一个问题进行研究,弄清它的来龙去脉,找出它的根本之点。西方法理学史的专题,归纳起来有学派专题、问题专题、人物专题、时期专题、国家专题等。本教材考虑到我国西方法理学与法理学史的研究现状,仅限于两个方面的专题,即西方的主要法学流派和西方法理学史上的主要问题。

二、西方法学流派概述

(一) 划分西方法学流派的标准

当代国内外法学界已对西方历史上和当代的法学家进行了一些归类,把他们划分为许多的流派,如自然法学、分析法学、社会法学等。那么,他们是用什么标准进行这一划分的呢?我们认为,大体上有三个标准或三个视角:

第一,是研究的基本问题,这从西方的三大法学流派来看很清楚,综合法学霍尔在谈到西方三大法学的区别时就认为他们分别研究法的一个方面,即价值、形式和事实。事实确实如此,不同的法学流派所关注的问题是有差异的,如自然法学所关注的是应然的法和法所追求的价值目标;分析法学所关注的是实在法,而且只限于其国家制定法的形式结构;社会法学则关注社会生活中的法及其实际的社会效果。再如历史法学侧重于研究古代社会的法和法的历史发展过程;法人类学侧重于研究当代保留原始痕迹比较多的民族和部落的法现象等。

第二,是他们对法的基本观点。应该说这是各种法学流派的重大差别,也是我们区分各种法学思潮首先要考虑的。西方的三大法学流派在这一点上也看得很清楚,他们分别有不同的法观念,即自然法学的自然法或人性法观念,分析法学的规则法观念,社会法学的活的法观念。其他法学流派也是如此,如法人类学的非国家法和原始法观念,制度法学的制度事实法观念等。

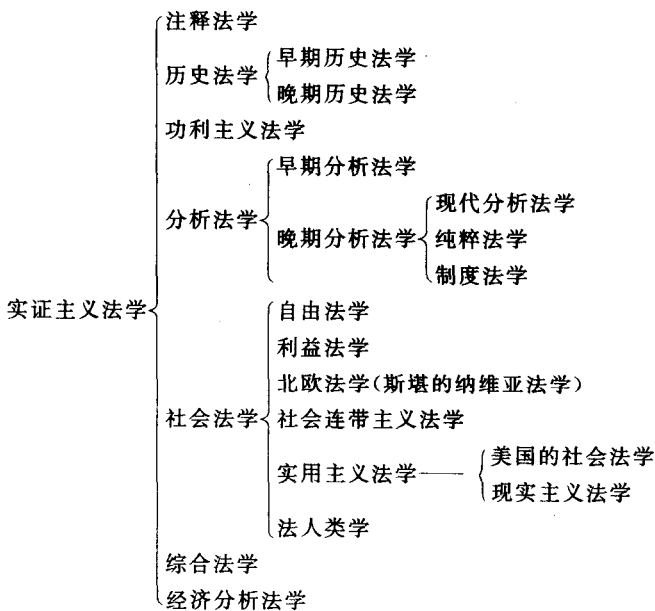
第三,是他们所使用的主要研究方法。西方的许多法学流派是以其使用的方法而得名的,如

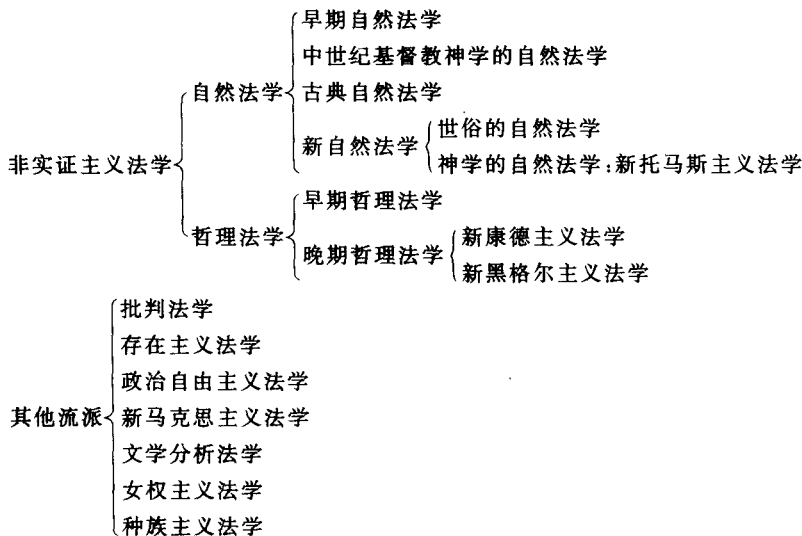
历史法学以其历史比较方法而得名;实证分析法学以其实证主义的态度和对实在法的逻辑、语义分析而得名;社会法学以其使用社会学的观点和方法而得名;经济分析法学更是如此,其名称就是因为他们用经济学的观点和制度分析的方法;法人类学也是如此,其名称也是因为他们使用了文化人类学的观点和方法。

我们认为,以上三个标准各有其合理性,但各有其片面性,因为有些观点和方法并不专属于某一流派,而是可以为各流派共用,如分析比较的方法,如抽象思维的方法,大家都在用,差别只在于用于不同的目的。所以我们主张,划分法学流派比较科学的方法是把三个标准结合起来,即既看他们研究的主要问题、基本的观点,又看他们使用什么方法。当然,许多法学家要完全符合这三个标准是比较困难的。正因为如此,对某些法学家的学派属性大家有争议,如对凯尔逊,有的认为他是分析法学,有的则认为是新康德主义法学;再如拉德布鲁赫,有的认为是新康德主义法学家,有的则认为是新自然法学家。这些争议,除了上述原因外,还与这些法学家思想的变化有关。如拉德布鲁赫在早期倾向于新康德主义法学,晚期则倾向于新自然法学。因此,我们必须用发展的观点,抓住其主要的方面,而不停留于其某一微小的变化或某一节性的特点。这就是说,我们还必须用辩证的观点掌握这些标准,不要抓住一点,不顾其余,不要把某个法学家看死,而应该认识到我们把某一法学家划入某一流派是相对的。

(二) 西方历史上的主要法学流派概述

基于以上对划分法学流派标准的认识,我们从方法的角度把西方的法学流派划分为两大类。二者的主要区别有二:第一是研究对象:一个侧重应然法;另一个侧重于实然法。第二是研究方法:一个侧重于理性主义;另一个侧重于经验主义。基于此,西方主要的法学流派可用下图来表示:





三、西方法理学问题概述

从一定意义上讲,任何科学理论都是一个问题和其答案的体系,它是在不断地发问和不断地回答,又修正或推翻已有的回答和提出新的疑问的永无止境的过程。这一过程中有些问题会不断地提出来,改变的不一定是问题,而是答案。这样一来,有些问题会反复地被提出,从而成为该学科中的基本问题。

那么,西方法理学史有哪些问题呢? 我们的回答是,由于学海无涯,所以问题无限。但这并不是说西方法理学史的专题研究对象是无限的或不确定的。显然,在西方法学的发展中,西方法学家所讨论的问题相对集中,并且是前后相继的,因而会有些基本问题,它们大都已凝结在现代的法理学之中,所以我们可以以现代法理学的问题为参考来确立西方法理学史上的专题。当然,这只是一个参照系统,还有其他的供我们思考,如西方法学发展史中争论的实际,即看哪些问题一直引起他们的关注。另外,我们还可以从法学发展的现状来思考,如法律全球化观念,我们就可以进行历史的追溯,看西方历史上有哪类类似的观念,看这些观念是怎样演化为现代的法律全球化观念的。这意味着西方法理学史上的问题具有开放性。

西方法理学史上的专题指的是西方法律思想史发展中被法学家长期关注的问题,它们往往超出了学派的界限,能为各学派的法学家共同关注,例如法律是什么? 法律有什么价值? 法律是怎样产生和发展的? 法与其他社会现象,如道德、宗教、政治、经济等是什么关系? 法与正义、自由、人权、秩序是什么关系等。在本教材中,我们拟定了二十个问题并进行了一些初步研究。由于时间仓促,有些问题我们收集的资料不够,所以介绍和论述得不多,有待于今后的深入研究,这里先作为问题提出来,引起大家的注意。