

法理学 与 比较法

鲍 禄 著

对外经济贸易大学出版社

法理学与比较法

鲍 禄 著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

法理学与比较法/鲍禄著. —北京:对外经济贸易大学出版社, 2002

ISBN 7-81078-179-0

I. 法… II. 鲍… III. ①法理学—研究生—教材 ②比较法—研究生—教材
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 049133 号

© 2002 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

法理学与比较法

鲍 禄 著

责任编辑 顾永才

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址:<http://www.uibep.com>

北京市飞达印刷厂印刷 新华书店北京发行所发行

开本:787×1092 1/16 11.75 印张 228 千字

2002 年 8 月北京第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-179-0/D·010

印数:0001—3000 册 定价:19.00 元

前 言

这本书的写作目的首先是为了教学。几年来,在我所在的学院——对外经济贸易大学法学院——的各类研究生讲授法理学课程的过程中,我发现并没有一本合适的教学用书,因为几乎所有的法理学教材都是为本科生准备的。另外,鉴于我所在学院“国际经济法”的专业特点,考虑到大多数研究生的研究方向,在授课过程中引入了一些比较法学的内容,收效不错,形成了一门以法理学为主干,包含着比较法学成分的课程。本书就是这些课程的总结。

按照我国现行的教育体制,研究生阶段的学习需要以同专业本科阶段的知识为基础,所以,如果用作教学,本书也应该是在系统学习了本科阶段的法理学课程或研读了教科书的基础上,再来使用的。

也正是基于这样的原因,我并没有刻意地追求本书在体例上的系统化,可以清楚地看出,全书更像是一个若干不同专题的集成。当然,所涉及的都是法理学和比较法中的基本的、重要的主题,希望通过对这些主题的研究,启发人们在这两个领域中的深入学习;同时,搭建一个跨分科的学科基点,开拓法学的思维。

这里就每个主题,所进行的认识、分析以及得出的结论,都是我多年来在法理学和比较法学领域研习的心得,这些心得,自然不受课程的限制。希望本书在法学中具有一般意义上的可读价值。

书中的错误,敬请指正。

鲍 禄

二〇〇二年五月

于对外经济贸易大学

目 录

第一章 法学发展简史	(1)
第一节 西方法学.....	(1)
第二节 中国法学	(17)
第二章 法学与法学教育	(23)
第一节 法学教育	(23)
第二节 法学	(29)
第三节 法理学的价值	(33)
第三章 两大法系的比较分析	(38)
第一节 法系	(38)
第二节 普通法法系	(41)
第三节 民法法系	(46)
第四节 两个法系的比较	(50)
第五节 两大法系的共同特征	(53)
第四章 比较法基础	(60)
第一节 比较法学建立的原因	(60)
第二节 比较法学的成果	(62)
第三节 比较法的方法	(68)
第五章 法的概念的分析结构	(74)
第一节 法的词源的分析	(74)
第二节 法的规范分析	(76)
第三节 法的意志性	(82)

第四节	理性和正义	(88)
第六章	法和权利义务	(97)
第一节	法是客观的权利, 权利是主观的法	(97)
第二节	权利义务的历史演进	(100)
第三节	权利与义务的逻辑关系	(110)
第四节	权利义务实现的环节与相关的因素	(115)
第七章	法治与当代中国社会	(121)
第一节	观念的法治	(121)
第二节	结构的法治	(126)
第三节	实现法治的路径	(137)
第八章	实体的正义与程序的正义	(145)
第一节	对正义的一种认识	(145)
第二节	对正义的一种区分	(147)
第三节	两个案例	(153)
第四节	正义需要什么	(160)
第九章	法的运行	(165)
第一节	通常的描述和分析	(165)
第二节	民法法系法的运行	(167)
第三节	普通法法系法的运行	(171)
第四节	比较法的小结	(178)

第一章

法学发展简史

由感性材料入手,探究一门内容庞大、具有相当复杂性和抽象程度的学科,是一个可以引起兴趣并自然地进入学科殿堂的不错的方法。了解法学发展的历史,既可以积累法学领域的知识,又能够概观人类几千年来对法律和相关问题进行思考的思路和成果,是步入法学殿堂之初,可收得“一石二鸟”之效的步骤。

法学发展的历史,可以按东、西方两条线索来描述,这样可以把题目尽可能地简单、明了化,以使习得方便。这里所谓的西方,是一个通用的地理、人文、政治的综合概念,是指从欧洲起源并移植到世界其他地方,在当今世界上占有主流地位的传统、文化、制度等;作为其中一个重要的组成部分,法律文化和传统或法学的历史在西方是非常丰富的,因此自然是描述的重点。

东方的线索,在这里直接就指中国的本土文化和传统制度。因为无论是从学术比较的角度,还是以面对现实的态度出发,对本土文化的整理和认识都是必需的。

用不同时期重要的学派,特别是代表人物串联起学科发展的历史,是描述学术史的通用方法之一,它线索简单清晰,这里就采用此方法进行描述。

同时,对历史材料进行分析、思考,发现历史发展透露出来的规律性、启发性信息,是温习历史的目的,并且也构成一般法学知识的基础。

第一节 西方法学

西方文化的起源,公认是在古代希腊和古代罗马。其中在时间上更早一些的古希腊,各种今天看来分属于不同学科的学术内容在很大程度上是混杂在一起的。简单地讲,法

学和与它相近、相关的学问是很难截然分开的,这种情况事实上一直持续到远离古代的近现代。

一、古代的法律思想

古希腊是西方法律思想的最早发源地,柏拉图(公元前427—347年)和亚里士多德(公元前384—322年)是两个重要的代表人物。

柏拉图的主要著作有:《理想国》、《政治家》和《法律篇》;其中《法律篇》被认为是西方第一部法学专著。

像所有人类早期——无论东西方——的思想家一样,柏拉图是从他的哲学立场出发,是从他对整个社会以至整个宇宙的和谐角度来论证其政治法律学说的。因此,柏拉图认为,人类社会最好的政治社会状态,也就是“理想国”,应该是由一个有智慧和治国知识的哲学家当政的“贤人政治”。“贤人政治”之所以最好,就在于当政的哲学家能够用所掌握的真理,唤醒人们的理性,疏导社会的秩序,使之有条不紊,这种治理,不必要用法律的手段,且远比硬性的、外在的法律统治高明得多。

同时,轻视法律并不等于对抗法律,柏拉图一直也承认法律是用来维护正义的手段。特别是在晚期,面对现实,当柏拉图承认所谓贤人政治几乎是不可能实现的情形下,他选择了法治作为“第二等好”的政治模式。

如果可以将柏拉图的“贤人政治”称作为“人治”理论,并视其为西方法律、政治思想中倡导“人治”的开先河者,那么有这样几点是值得注意的:

其一,柏拉图主张的贤人政治从来没有与法律有着对抗关系。主张到极致的时候,它是高于法律、无需法律的;面对现实的时候,它又是回复到法治的。

其二,其实矛盾的柏拉图也并没有把自己的“贤人政治”主张到底,而是服从了法律、法治的力量。在西方的政治法律思想中,后来就基本看不到主张“人治”的思潮了,可以说,西方法学,没有形成“人治”思想的传统。

其三,倒是另一方面,在法治的学说方面,法律要维护正义、法律代表着人类理性、法律必须得到遵守等一些法治思想中最核心的主张,在柏拉图这里进行了充分的阐述。这些,为后来的亚里士多德继承并发扬光大,奠定了西方的法治思想传统的基础。西方法学思想中这个重要的传统,在古希腊时代就渗透到了各个不同学派之中,成为西方文化传统的一个显著特征。

亚里士多德更为这种传统基础的坚实起到了关键性的作用。亚里士多德政治法律思想方面的著作有《伦理学》、《政治学》和《雅典政治》等。其中《雅典政治》实际上是亚里士多德对当时150多个城邦国家进行考察的从多“研究报告”中仅存下来的一个硕果。

在对如此之多的现实政治法律状况进行了比较分析的基础上,亚里士多德对政体进行了分类,归纳出“一切政体都有三个要素,作为构成的基础,……三者之一为有关城邦一般公务的议事机能(部分);其二为行政机能部分……;其三为审判(司法)机能。”^①的经典性定义,并得出了法律的目的与政体的目的相一致的重要结论。显然,这个对国家政治结构的分类分析方法到现在仍然是最普遍使用的。

在亚里士多德看来,法律无疑应代表正义,法律背后的正义可分为“分配的正义”和“校正的正义”,前者表明在财富、荣誉、权利等有价值的东西的分配上,使人们各得其所;后者要求在财富、荣誉、权利等受到侵害时,得到恢复和补偿,法律就是这种正义的体现。同时,从形式意义上看,法律具有公正性、具有可变革和必须得到遵守的特性。亚里士多德从这样的法律观念出发,结合其对政治体制的认识,得出了在西方最早的完整的法治理论:“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^②

亚里士多德认为“法治应当优于一人之治。”^③因为:第一,法律是经过众人或众人的经验审慎考虑后制定的。众人的意见同一个人或少数人的意见相比,具有更多的正确性。第二,法律没有感情,不会偏私,具有公正性。第三,法律不会说话,不能像人那样信口开河,今天这样讲明天那样讲,而是具有稳定性。第四,法律是借助规范形式,特别是借助文字形式表达的,具有明确性。^④二千多年前的这些智慧,无论是基本的定义还是见解的论述,都是非常经典的。“在西方历史上,亚里士多德是比柏拉图更加系统、更加彻底地提出法治论的思想家,他的法治理论,不仅启发和推动了西方法学的形成和发展,而且倡导了一种法律的至高无上、法律的神圣权威以及法的统治优于一人统治的社会观念,形成了支配西方长达二千多年的法治传统,并至今绵延不断”^⑤

早在公元前六世纪,希腊哲学家赫拉克利特就提出了自然法与人为法的区别,亚里士多德更是继承并发展了这种重要结构和概念,指明自然法就是反映自然存在秩序的法,其内容是普遍的、永恒不变的;人定法则因时因地变化不定的;自然法高于人定法,是人定法制定的依据。系统而明显地分析论述并确定了“自然法”与“人定法”(或“实在法”)这种“二元”结构在认识、分析法律上的方法论地位,成为西方法学二千年来又一基本的传统。

到亚里士多德,古希腊的思想家们所涉及政治、法律问题在诸多方面奠定了西方政治

① 亚里士多德,《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1981年版,第215页。

② 亚里士多德,《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1981年版,第199页。

③ 亚里士多德,《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1981年版,第167-168页。

④ 参见张宏生主编,《西方法律思想史》,北京大学出版社,1983年版,第52页。

⑤ 何勤华,《西方法学史》,中国政法大学出版社,1996年版,第22页。

法律文化传统的根基,他们所发现的问题、所提出的观点,到今天为止,仍然是法学“永恒的主题”。这些主题,在不同的历史时期、在不同的地方,都可以获得非常新鲜的意义,所以,人们不由得回过头来叹赏这些主题的魅力:自然法与人定法,法律与正义,法治。

在公元前后存在了千余年,以意大利半岛为中心,强大时曾横跨欧亚非三块大陆的古代罗马,是一个法律非常发达的帝国。

西塞罗(公元前106—43年)是在这样一个发达的法律社会中,从法律职业者——他曾做过律师、法官,甚至还做过罗马执政官——中间产生出来的法律思想家。主要著作有《国家篇》、《法律篇》、《职务篇》等。西塞罗在古希腊法律哲学的基础上,提出了比较完整的自然法学说体系。

西塞罗说:“法律是植根于自然的、指挥应然行为并禁止相反行为的最高理性(reason),……。这一理性,当它在人类的意识中牢固确定并完全展开后,就是法律。”^①他把法律同人类普遍理性联系起来,并相信人类理性最终来源并受制于上帝的意志,因此,自然法具有高于一切人类立法的权威,是衡量一切人定法的唯一标准,并具有普遍的和永恒的性质。

这样,普遍和永恒的自然法应该统领的是一个“世界国家”,而在这样的国家和法律之下,人们是不分原来的国别、种族、社会地位而一律平等的。也许西塞罗关于世界国家和法律的论点在当时抱有论证罗马政治扩张的目的,但其中高瞻远瞩于人类自然平等和自然法的思想却不仅仅影响到罗马帝国自身。

西塞罗不仅在自然法的理论方面,为西方经典法律思想充实了传统,并且在国家法律制度的具体设计上,也造就了后来的古典自然法学派的思想渊源,他设计出了建立在民选制度之上,立法、行政、监察、司法彼此制衡的“共和政体”。“一个国家中必须存在一种权利、义务与职能之间的平衡,”^②“除了人民的权力最大之外,自由在任何国家都不可能有无安身之地,并且,可以肯定,没有什么东西比自由更可爱;但如果对所有的人来说自由是不同,那么它就不配称之为自由。”^③

以罗马帝国的“五大法学家”为代表的法学家群体除了在具体应用法律领域对罗马法学有着丰富的贡献外,在这些法律基本问题的思维方面,并没有什么过多地、能够超出西塞罗的思考;这样,西塞罗和“五大法学家”在抽象和现实法学方面,共同构建了罗马法的

① 西塞罗,《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆,1999年版,第151页。

② 西塞罗,《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆,1999年版,第81页。

③ 西塞罗,《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆,1999年版,第37页。

这一伟大而丰厚的法学遗产。

中世纪的欧洲是教会统治的时代,如同其他任何领域的学术一样,对法律的认识和思考也受制于教会思想而少有值得一提的发展。好在欧洲的“中世纪”比较短暂,在12—13世纪的时候,在欧洲南部,已经可以看到新世界的曙光了。

首先出现的是在大学里的法学家团体,他们致力于对罗马法的文字、逻辑方面的分析,以解释罗马法的真实、精确意思。同时,将罗马法的传统,同当时的城市法律、习惯法结合起来,以适应日益增长的商品经济、贸易交往对规则的需求,这也就是所谓的注释法学派,或称“伦比亚学派”。

注释法学派所进行的工作,是罗马法“从学说立法”过程的必要准备和不可缺少的阶段。其后,罗马法在欧洲从书斋走向现实,各个国家普遍接受罗马法,按照罗马法的模式进行立法,甚至照搬罗马法。这个过程,也就是所谓的罗马法复兴,它是欧洲走出中世纪的标志性的三方面运动——其他两个是文艺复兴和宗教改革——中的一个。

复兴罗马法,不仅意味着其法律的模式和规则,其中特别是“私法”规则的被继承和被接受,同时也意味着罗马法所包含的精神内核逐步地、自然而然地推广开来,对抗中世纪“神学世界观”的具有古典人文主义色彩的法学思潮,在复兴罗马法的过程中使法律和法学从天国回到了人间,为法律和法学在新时代的发展奠定了方向性的基础、创造了条件。

二、近代的法律思想和法学

到17—18世纪,社会经济的发展、社会结构的变化促动了对社会政治结构进行重新设计和改造的需求,文艺复兴、宗教改革和罗马法复兴以来的思想解放和社会实践又为这种设计改造开辟了道路,并进行了准备。法学教育、法学研究蓬勃地发展起来了,以这样一些领军人物为代表的“自然法学派”应运而生了,他们及各自的主要著作有:

格老秀斯(1583—1645年),《论海洋自由》、《战争与和平法》;

斯宾诺莎(1632—1677年),《伦理学》、《神学政治论》、《政治论》;

霍布斯(1588—1679年),《论公民》、《利维坦》;

洛克(1632—1704年),《政府论》(上、下篇);

孟德斯鸠(1689—1755年),《波斯人信札》、《罗马盛衰原因论》、《论法的精神》;

卢梭(1712—1778年),《论人类不平等的起源和基础》、《社会契约论》。

自然法学派在不同时期、不同国度的代表人物那里,理论内容的侧重有所不同,由此可将其分为不同的小的派别,但总体而言,在这样一些方面,自然法学派是有着共同的特性和主张的。

理性主义是自然法学派立论的基础,以此对抗中世纪的神学世界观。理性主义实质

上主张自然法来源于人类理性,主张以人为本的法律制度和政治制度。格老秀斯说:“有人性然后有自然法,有自然法然后有民法。”^①“自然法是正当的理性准则,它指示任何与我们理性和社会性相一致的行为就是道义上公正的行为;反之,就是道义上罪恶的行为。”^②洛克论述道:“自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^③同样的或类似的论述在其他自然法学派思想家那里都会见到。虽然“上帝”、“神”这样的用词还经常见于这些思想家的著作中,但很明显,实质上他们也都是服务于人类的自然本性、服从于人类理性的,这是实实在在的而不是虚幻的东西。法律的出发点和归宿就在于这种实在的地方。

“社会契约论”是自然法学派的一个重要理论,虽然在很大程度上讲,它是一个假说,但通过这一理论,阐述了“自然状态”,在自然状态下,人人都是平等而独立的,人人都完全地拥有自己的“天赋权利”——这是一切政治、法律制度的原点。“那是一种完备无缺的自由状态,他们在自然法的范围内,按照他们认为合适的办法,决定他们的行动和处理他们的财产和人身,而毋需得到任何人的许可或听命于任何人的意志。”^④

另一方面,自然状态有着诸多不便,比如难以平等地维护每一个人的权利,比如当发生纠纷时,难以进行公正的裁判等。最悲观的,会认为人类的自然状态“在没有一个共同权力使大家慑服的时候,人们便处在所谓的战争状态之下。这种战争是每一个人对每个人的战争。”^⑤因此,人们共同协商,同意并通过签订一个重要的合同来成立一个政治实体,设置相应的机构,制定法律,人们同意在这个合同项下将部分或全部权利让渡给公共机构而统一管理和维护。人们由此才进入到国家状态。“任何人放弃其自然自由并受制于公民社会的种种限制的唯一的办法,是同其他人协议联合组成为一个共同体,以谋他们彼此间的舒适、安全和和平的生活,以便安稳地享受他们的财产并且有更大的保障来防止共同体以外任何人的侵犯。……当某些人这样地同意建立一个共同体或政府时,他们因此就立刻结合起来并组成一个国家,那里的大多数人享有替其余的人作出行动和决定的权利。”^⑥“一个社会就可以这样形成而不违犯天赋之权,契约能永远严格地遵守,……。

① 格老秀斯,《战争与和平法》,引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,1983年版,第139页。

② 格老秀斯,《战争与和平法》,引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,1983年版,第143页。

③ 洛克,《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆,1981年版,第6页。

④ 洛克,《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆,1981年版,第5页。

⑤ 霍布斯,《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆,1985年版,第94页。

⑥ 洛克,《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆,1981年版,第59-60页。

这样的—个政体就是—个民主政体。”^① “‘要寻找出—种结合的形式,使它能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于—结合而使每个与全体相联合的个人又只不过是服从自己本人,并且仍然像以往—样地自由。’这就是社会契约所要解决的根本问题。”^②

基于上述理性主义基础和“社会契约论”的学说,自然法学派更把从亚里士多德以来确立的用以分析法律的“自然法”与“实在法”的二元结构发扬光大,进行了非常具体的理论充实。“一般地说,法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^③ 自然法,在自然法学派这里已经阐述得非常明白、具体,比如属于“天赋权利”的自由权、平等权,比如人身、财产的不可侵犯作为“人权”的普遍准则和内容等;它已经不是显得很虚无缥缈,更不是带有神秘色彩的东西,它有具体的内容、具体的准则、具体的标准,甚至具体的条款。

再进一步,自然法学派的“法治”主张,也已经是一种以“天赋权利论”、“社会契约论”为支持的,理性地合乎逻辑地分析国家与法律关系而建立起来的理论。它主张“法治”,不是空谈而变成了非常中规中矩的民主制度原则,分权与制衡方案,法制建设的具体步骤和方面等等。“第一,它们应该以正式公布的既定的法律来进行统治,这些法律不论贫富、不论权贵和庄稼人都—视同仁,并不因特殊情况而有出入。第二,这些法律除了为人民谋福利这—最终目的之外,不应再有其他目的。第三,未经人民自己或其代表同意,决不应该对人民的财产课税。……第四,立法机关不应该也不能够把制定法律的权力让给任何其他人,或把它放在不是人民所安排的其他任何地方。”^④ “法律—经制定,任何人也不能凭他自己的权威逃避法律的制裁;也不能以地位优越为借口,放任自己或任何下属胡作非为,而要求免受法律的制裁。公民社会中的任何人都是不能免受它的法律的制裁的。”^⑤

自然法学派的学说,就是17—18世纪正在进行的资产阶级革命的理论武器,思想的解放产生了革命,革命直接产生出了新型的近现代意义上民主国家,这些国家的制度设计者就是自然法学派。在那些年代成就的著名的宪法或宪法文件,比如法国的《人权宣言》、美国的《独立宣言》中,可以直接地找到自然法学派理论的简明、精炼表述。

1776年的《美国独立宣言》坦言,“我们认为这些真理是不言而喻的:人人生而平等,他们都从他们的‘造物主’那边被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和

① 斯宾诺莎,《神学政治论》,温锡增译,商务印书馆,1982年版,第216页。

② 卢梭,《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆,1980年版,第23页。

③ 孟德斯鸠,《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆,1982年版,第6页。

④ 洛克,《政府论》(下篇),叶启芳、墨菊农译,商务印书馆,1981年版,第88—89页。

⑤ 洛克,《政府论》(下篇),叶启芳、墨菊农译,商务印书馆,1981年版,第59页。

追求幸福的权利。为了保障这些权利,所以才在人们中间成立政府。而政府的正当权力,则系得自被统治者的同意。如果遇有任何一种形式的政府变成损害这些目的的,那末,人民就有权利来改变它或废除它,以建立新的政府。这新的政府,必须是建立在这样的原则的基础上,并且是按照这样的方式来组织它的权力机关,庶几就人民看来那是最能够促进他们的安全和幸福的。”^①

1789年的《法国人权宣言》亦宣布,“第一条 在权利方面,人们生来是而且始终是自由的,在权利方面是平等的;只是基于共同利益才显出社会的差别。

第二条 任何政治结合的目的都在于保存自然的和不可让与的人权。这些权利就是自由权、财产权、安全权和反抗压迫权。

第三条 全部主权的本原根本上存在于国民之中。任何团体、任何个人都不得行使不是明确地来自国民的权力。”^②

这些经典性的历史文件不仅影响到了美国、法国自身,而且波及开来,成为世界大多数国家宪法的基础原则;它们不仅是那个时代的产物,而且直到今天,仍然是有效的法律文件。

如果说,欧洲中世纪是神学的世界观的话,那么,17—18世纪,就是法学的世界观。从三四百年前起,西方法学世界观的这种“天赋权利”的“自然法”,通过“社会契约”而建立“法治”社会的传统,在继承古代丰厚法律文化遗产的基础上,没有割断地一直延续、发展到今天。

18世纪末到19世纪,在自然法学派占据绝对统治地位之后,在这个学派——很大程度上讲——完成了其在近代的历史使命之后,退到了幕后,另外不同思路的、适应着新的历史状况的法学派出现了。

这其中,在德国,有哲学家康德(1724—1804年),其政治法学方面的著作:《政治权利原则》、《永久和平》、《法律哲学》;黑格尔(1770—1831年),其法学的代表作是:《法哲学原理》。作为哲理法学派的代表人物,他们“以抽象的概念、保守的理论形式、费解的哲学语言传播天赋人权、自由主义、宪政、法治等启蒙思想”。^③

“法”和“权利”,在德语里是用同一个字“Recht”来表示的,这样,康德对权利,也是对法的定义是:“……权利为全部条件,根据这些条件,任何人的有意识的行为,按照一条普

① 引自戴学正等编,《中外宪法选编》(下册),华夏出版社,1994年版,第215页。

② 引自戴学正等编,《中外宪法选编》(下册),华夏出版社,1994年版,第60页。

③ 张文显主编,《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社,1999年版,第14页。

遍的自由法则,确实能够和其他人的有意识的行为相协调。”^① 并且因此,“权利科学所研究的对象是:一切可以由外在立法机关公布的法律的原则。……权利科学研究的是有关自然权利原则的哲学上的并且是有系统的知识。从实际工作的法学家或立法者必须从这门科学中推演出全部实在立法的不可改变的原则。”^② 法与权利是同一的,实在法是产生于、决定于、服从于权利的“哲学”原则即“自然法”的原则的。可以看出,自然法学派的观念是深深嵌在康德的思想中,而哲学的思辨又使得自然法学派的观念更加逻辑坚实、更深入到事物的本质并再从本质阐发出来。

黑格尔的法哲学是它所构筑的哲学体系的一个组成部分,他认为,整个现实世界,是由精神世界统治的。因此,“法的基地一般说来是精神的东西,它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的,所以自由就构成法的实体和规定性。”^③ 从抽象意义来讲,意志是其“绝对精神”的体现,有意志就意味着有自由,有意志自由就意味着权利的存在,这种权利就是“抽象的法”——如前所述,在德语里,权利与法是同一的,而现实世界的实在法就是“抽象的法”的具体体现和不同发展阶段——而最终,是体现和受制于“绝对精神”的。在法律领域的逻辑推论之后,这种“绝对精神”还贯穿到了其国家理论中,“国家是伦理理念的现实”,^④ “国家是绝对自在自为的理性东西,……由于国家是客观精神,所以个人本身只有成为国家成员才具有客观性、真理性和伦理性。”^⑤ “……国家应是一种合理性的表现,国家是精神为自己所创造的世界,因此,国家具有特定的、自在自为地存在的进程。……国家高高地站在自然生命之上,正好比精神是高高地站在自然界之上一样。因此,人们必须崇敬国家,把它看做地上的神物,”^⑥ 在内核方面具有自然法色彩的法哲学却包裹在一个非常晦涩保守外壳中,这种保守特性很大程度上抹杀了其思辨的光彩。就是在《法哲学原理》的序言中,黑格尔提出了他那最为著名的论断:“凡是合乎理性的东西都是现实的;凡是现实的东西都是合乎理性的。”^⑦ 一般情况下,人们总是按保守的思路解释黑格尔的理论,其带有国家至上倾向的学说后来曾为法西斯主义利用,成为历史的悲剧。

有以萨维尼(1779—1861年)(著作有:《论当代在立法合法理学方面的使命》、《中世纪罗马法历史》、《当代罗马法制度》)为代表的,主张法律是由各民族依其各不相同的传统

① 康德,《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆,1997年版,第40页。

② 康德,《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆,1997年版,第38页。

③ 黑格尔,《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1979年版,第10页。

④ 黑格尔,《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1979年版,第253页。

⑤ 黑格尔,《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1979年版,第254页。

⑥ 黑格尔,《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1979年版,第285页。

⑦ 黑格尔,《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1979年版,“序言”,第11页。

有机发展起来的,法律是“民族精神”的体现的历史法学派认为:“法律如同一个民族所特有的语言、生活方式和素质一样,就具有一种固定的性质。这些现象不是分离地存在着,而是一个民族特有的机能和习性,在本质上不可分割地联系在一起,具有我们看得到的明显的属性。这些属性之所以能融为一体是由于民族的共同信念,一种民族内部所必须的同族意识所至。”^①同时,“法律与民族生存和特征的这种有机联系也表现在时代前进的过程中;……法律随着民族的发展而发展,随着民族力量的加强而加强,最后也同一个民族失去它的民族性一样而消亡……”^②

更有对20世纪法学产生了重大影响的耶林(1818—1892年)的“利益法学”或“新功利主义(目的)法学”——相对于边沁而言——其代表作有:《罗马法的精神》、《为权利而斗争》、《法的目的》。耶林将利益的观念直接引入了法学,认为权利就是法律上被承认和被保障的利益;而利益,从个体角度分析,无非就是每个人的利己心所产生的各种要求和主张,在社会层面讲,也就是个人利益的平衡与综合了。“权利=法的目标是和平,为达到此目标的手段就是斗争。”^③“这种斗争,从权利被侵害、被剥夺时开始。由于与主张自己权利的权利者的利益相对,社会上还存在着试图无视这种利益的利益,因此,个人的权利也好,国民的权利也好,都免不了受侵害的危险。这样,为权利而斗争,无论在法的哪个领域,即从下面的私法,到上面的宪法以及国际法等领域,都在反复进行。”^④而另一方面,“法是国家权力通过外部强制手段来保证其实现的最广义的社会生活条件的总和。”^⑤这样,耶林继续按照德语的思维,将法与权利结合起来考察,指明个人权利在法律上的真实意义;同时,将利益特别是总体上的社会利益引入到法和权利的概念中,表明了法律的社会目的,将古典时代的在人们心中根深蒂固的权利观念与后来的功利的、实用的社会观念承前启后地结合在一起。

同时,在海峡的另一岸,出现了与欧洲大陆自古代以来可说是一直保有的传统完全不同,另辟思路的,以功利主义和实证主义为基础和方法论的功利主义法学派和分析法学派,其代表人物是边沁(1748—1832年),著作有:《政府片论》、《道德与立法原理总论》和奥斯丁(1790—1859年),著作有:《法理学的范围》、《法理学讲义》。两个人之间有一脉相承的关系。

① 萨维尼,《论当代立法和法理学的使命》,引自,《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,1983年版,第526页。

② 萨维尼,《论当代立法和法理学的使命》,引自,《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,1983年版,第527页。

③ 引自何勤华,《西方法学史》,中国政法大学出版社,1996年版,第215—216页。

④ 引自何勤华,《西方法学史》,中国政法大学出版社,1996年版,第216页。

⑤ 引自何勤华,《西方法学史》,中国政法大学出版社,1996年版,第215页。

边沁以避害求利、避苦求乐的“功利主义”作为法学的、法律的基础,“关于法律特别有所规定的行为,唯一能使人们清楚地看到自己所追求的行为的性质的方法,就是向他们指出这些行为的功利或祸害。……因此,我们便把功利称为一种原则,它可以用来控制并指导这门科学所研究的某些制度或制度组合体的分类。唯有用这种原则来解释这些制度的组合体所具有的名称,才能使它们的分类变得清晰而令人满意”^①

在这样的功利原则的基础上,就是体现或追求社会“最大多数人的最大幸福”,显然,法律在这里是一个很实际的社会问题。直接地讲,边沁认为,法律就是主权者命令的总和,因此,法是加于公民身上的义务,而权利和义务都是因为有了法律才产生的,所谓高高在上、永恒不变的“自然法”是没有实际意义的,是不存在的,完全是人们的一种假设。就法律或法学的问题而言,现实地讲,倒是应该去发展“最大多数人的最大幸福”计算方法及其精确性。

奥斯丁则开明宗义地说:“准确意义上的法(laws),具有命令(commands)的性质。如果没有命令的性质,无论何种类型的法,自然不是我们所说的准确意义上的法。”^② 基于这样的基本认识,更进一步,法学的任务,也就是所谓分析法学,就是把现实的具体的法律体系加以分析,揭示其组成部分,而不顾及法律的价值观念。法理学的对象仅限于严格意义上的法律,也就是实在法,“法理学的对象,是实际存在的由人制定的法,亦即我们径直而且严格地使用‘法’一词所指称的规则,或者,是政治优势者对政治劣势者制定的法。”^③ 通过对各种实在法的体系加以比较分析,找出它们共通的一般原则、概念和特征。奥斯丁本人研究的得出的法的一般原则、概念和特征是:(1)义务、权利、自由、伤害、惩罚、赔偿的概念与它们彼此间的关系。它们与法律、主权和政治社会间的各种关系。(2)成文法与不成文法之间在司法实践中或由于理解不适当而作出相反解释的区别。(3)权利的特征,权利与最大权利之间的对立及其关系。(4)权利的特征,在进入所有权领域或主权领域分别对其他权利的限制问题。(5)责任的特征,责任是义务同权利一致的情况下,旨在反对人们的一种特殊决定。(6)损害和不法行为特征,指公民的损害领域和犯罪。^④ 总结起来说,这种命令是政治上握有主权的最高统治者发出的,具体内容就是作为或不作为的义务,因此“……没有仅仅产生权利的法律,而却有仅仅产生义务的法律:这些义务与权利并不相关,因此,可称其为‘绝对的’义务。”^⑤ 义务在先、义务决定权利,而不是权利在先、权

① 边沁,《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆,1995年版,第116页。

② 约翰·奥斯丁,《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社,2002年版,第2页。

③ 约翰·奥斯丁,《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社,2002年版,第13页。

④ 参见张宏生主编,《西方法律思想史》,北京大学出版社,1983年版,第361-362页。

⑤ 奥斯丁,《法理学大纲》,引自,《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,1983年版,第508-509页。