

西方法理学 评介参考资料

(四、上)



赠阅

请交换

西南政法学院
国家与法的理论教研室

BL611.6
86
5400

西方法理学
评介参考资料

(四、上)



西南政法学院
国家与法的理论教研室

一九八三年十二月

B161543

目 录

西方近代法学流派浅论	吴恩裕 (1)
各派法理学的共通缺陷	李 达 (55)
略论亚里士多德的法律思想	倪健民 (58)
自然法	赵子平 谭玉琛 (70)
略论自然法学说的历史演变	周新铭 (78)
自然法观念之演进	张奚若 (89)
资产阶级革命时期的法律思想	张宏生 (133)
略论“天赋人权”说	谷春德 (154)
格老秀斯——近代国际法的奠基人	李家善 (165)
托马斯·霍布斯的法律思想	杨锡娟 (179)
论霍布斯在西方法律思想史上的理论贡献	王 哲 (196)
评霍布斯和洛克的国家学说	青 人 (213)
洛克的政治学说简论	吕大吉 (228)
欧洲资产阶级自然法学派	
两大思想家——洛克与卢梭	江宗植 (243)
资产阶级法学的百科全书	
简介孟德斯鸠的《论法的精神》	孙丙珠 (252)
略论孟德斯鸠的政治法律思想	张观发 (263)
略论孟德斯鸠的法律思想	刘富起 (284)
卢梭的法律思想	黄子鸿 (296)

卢梭的法律思想研究·····	郝丽雅	(303)
试论罗伯斯庇尔的法律思想·····	王荣正	(320)
略论历史法学派·····	沈宗灵	(328)
历史派之法理学·····		(334)
历史法学派·····		(338)
历史法学派·····		(343)
康德的《法律哲学》·····	沈叔平	(346)
康德的法哲学·····		(360)
黑格尔的《法哲学原理》·····	贺 麟	(364)
论黑格尔的“法的客观现实性”·····	刘富起	(386)
略论黑格尔的刑罚学说·····	吕世伦	(396)
黑格尔的法哲学·····		(409)
黑格尔的法哲学·····		(413)

目 录

简评约翰·奥斯丁的分析法学……张宏生 (415)

分析法学派……李 岱 (429)

分析法学派……李肇伟 (436)

※ ※ ※

评纯粹法学说及其创始人凯尔逊……周子亚 (439)

▲现代资产阶级法学中的凯尔逊学派 周新铭

▲现代规范学派 [苏]土曼诺夫

规范法学派理论浅析……王 威 (450)

※ ※ ※

论社会学法学……吕世伦 (459)

▲艾尔力许的社会学法学

自由法学的反动实质 张宏生 王 林

狄骥的社会连带主义反动国家观……王绎亭 顾维雄 (478)

“社会连带主义法学”的反动本质……赵震江 (487)

▲现代资产阶级法学理论中

的“连带关系说”[苏] 土曼诺夫

▲狄骥的著作及其学说 [法] 鲍那尔

美国社会法学是垄断资产阶级专政的

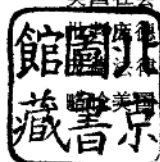
反动理论工具……赵震江 周新铭 (497)

美国社会法学的反动本质……赵震江 周新铭 (505)

世界法律思想简评……[苏]阿·皮高金 (526)

美国现实主义法学……[苏]阿·王 威 (545)

美国现实主义法学……张宏生 汪静珊 (553)



B 161544

美国“现实主义”*法学剖视……张宏生 王 林 (588)

※ ※ ※

论哈特的新分析法……沈宗灵 (588)

※ ※ ※

为帝国主义服务的现代自然法学……吕世伦 (601)

▲“复兴的自然法”理论……〔苏〕土曼诺夫

现代资产阶级自然法学说

的本质……〔苏〕С·Ф·凯契克扬 (613)

德沃金其人及其思想

……〔美〕大卫·贝尔韦斯、马歇尔·柯亨 (628)

认真地看待权利问题*

——论美国公民的反对政府的权利〔美〕罗

纳德·德沃金* (633)

论规则的模式

——略论法律规则与原则、政策的法律效力，

批判实证主义……〔美〕罗纳德·德沃金 (660)

富勒教授的法理学和在美国占统治地位

的法哲学*……〔美〕罗伯特·S·萨默斯** (711)

※ ※ ※

现代资产阶级法的观念 (几个共同特点)

……〔苏〕Р·О·哈尔斐娜 (728)

※ ※ ※

佩雷尔曼的“新修辞学”法律思想……沈宗灵 (737)

※ ※ ※

存在主义法学简介……吕世伦 杜钢建 (751)

简评约翰·奥斯丁的分析法学

张 宏 生

约翰·奥斯丁(John Austin, 1790—1859)是英国著名的法理学家、分析法学派的奠基人。由于他师承边沁,深受影响,所以,又称分析法学为功利主义法学。

分析法学是十九世纪三十年代在英国兴起的。在当时的英国,资产阶级的政治统治业已稳定,但由于1825年工商业危机和农业歉收,城乡的阶级斗争逐渐尖锐化,从而爆发了工人罢工、农民反抗领主的斗争和城市贫民暴动。正当这种反抗行动被统治阶级镇压下去的时候,代表统治阶级利益的奥斯丁,不同意用传统的自然法概念来讲法律,并以功利主义原则去替代启蒙学者们所宣传的理性、自由和天赋人权等反封建的思想武器,他于1832年发表了《法理学演讲集》,从理论上为统治阶级进行辩护。这部《演讲集》的主题思想是:第一,站在功利主义(亦称经验主义)立场上,既不赞成十七、十八世纪自然法思想,也不赞成德国唯心主义哲学家把法律讲得玄妙莫测。他认为,尽管从道义上看是一种十分邪恶的法律,只要主权者以适当的方式予以颁布,仍然有效。换言之,就是主张“恶法亦法”。第二,公开申明法律是政治上的优势者和统治者制定的,是立法者有意识创造的。第三,“只有主权者所下的、能用强制力来制裁的那种命令,才是法律”。第四,法理学的研究内容是现行法(实

在法)，强调理解法律的本质和法律的分类。第五，道德与法的关系及其国际法。

奥斯丁在《法理学大纲》（法理学研究的范围）一书中，回答什么是法律时说：“法律一词或所谓严格意义上的法律，是命令。法律如果不是命令，则不成其为法律，或不能算作严格意义上的法律。”①在这个定义中，有一个显著的特点，法律是一种命令，而命令是具有强制性质的，这里区别于古代、中世纪和资产阶级革命时期法的各种不同的定义。古代是把理性、正义、公平等等同法律联结在一起的，中世纪则加上神学的色彩，到了近代，资产阶级政治法律思想代表人物，对正义的解释，则抛弃了神学的桎梏，把正义同国家权力相联结，认为理性是制定法律的根据，社会是奠基于理性之上的。例如，格老秀斯曾这样说：“自然法是真正理性的命令，是一切行为善恶的标准。”对奥斯丁来说，命令一种希望另一个人进行或停止某种行动的表示，并附有不服从时的一种不祥的威胁（制裁）。严格意义上的法律或规则是一种命令，假如不遵守命令，就很可能招致不利，……通常称之为“制裁”或强迫服从。由于不服从而招致的不利通常称之为惩罚。制裁是对不服从命令的人的一种惩罚手段。奥斯丁在制裁或强制服从这一概念上，他不同意洛克、边沁和佩利的下述看法。洛克、边沁和佩利曾认为，制裁或强制服从，适用于执行有条件的利和害两种情况：既适用于奖赏，又适用于惩罚。奥斯丁说，我尊重这些著名学者，但他们的解释充满了混乱和困惑。

按照奥斯丁的理解，命令可以区分为两种：法律或规则和“偶然的或特殊的命令”。那种对于行为或不行为具有普遍约束力的便是法律或规则；而那种只对于特定的行为或不行为具有约束力，或者只是确定具体的或个别的行为或不行为的命令，则是“偶然的或特殊的命令”。奥斯丁在《法理学大纲》一书中曾经这样设想：“作为由最高立法机关所发布并具有法律形式的命令，或许可以被称之为法律。因此，要划一条明确区分法律与偶然的命令的界线就很困难。……

司法命令通常都是偶然的或特殊的，尽管这些准备实施的命令通常讲都具有法律形式。例如，立法者下令窃贼应处绞刑。面对一件具体的偷窃案和一定特定的窃贼，法官命令将这个窃贼处以绞刑。这与立法者的命令是一致的。

现在，立法者确定或说明对于某类行为，应普遍地予以禁止，违者一律受到惩罚，这就是说，立法者的命令具有一般命令的性质。因此我们说，立法者的命令是法律或规则。但是法官的命令则是偶然的或特殊的，因为他的命令是对个别的违法行为进行特定处罚而发布的。”②

在区分两种命令界线上，奥斯丁也不同意布莱克斯通等人的见解。他们主张，法律对特定的社会全体成员具有普遍的约束力，或法律对特定等级的人们具有普遍的约束力。特殊的或偶然的命令，只对个别的人或该命令所特指的那些个别的人具有约束力。奥斯丁反驳上述区分的论点是：第一，因为对特定社会成员具有普遍约束力的命令，或者是对特定社会等级中的人们具有普遍约束力的命令，不一定是法律或规则。例如，如果统治者命令他的臣民穿黑色服装，那么他的命令则相当于法律。但是，如果统治者命令他们在特定

1

的场合下穿黑色服装，那么，他的命令则是特殊的。第二，因为那种只对个别的特定的人们有约束力的命令，有些则是属于法律或规则。例如，父亲可以为他的孩子；监护人可以为其受害者；主人可以为他的奴仆或侍从制定一条规则。

分析法学还从实在法角度出发，认为这种法律是法学的主要研究对象。奥斯丁说，实在法就是政治上的优势者对于劣势者所发的命令。什么是优势者呢？按奥斯丁的说法：

“一般说来，政治优势者所建立的许多法律，都具有双重性：用以普遍支配或禁止某些种类的行为；用以约束整个社会，或起码约束该社会中某个等级的全体成员……。

法律和其他命令被认为是产生于优势者，用以约束或责成劣势者。……

优势经常与优先或超越同日而语。我们所谈论的优势者，是指他们在社会地位、财富和品德等方面优于或胜过其他人。

优势一词意味着威力；向别人施加不利或痛苦的权力，通过有害的恐吓手段，使他们的行为符合某人的意愿。……

简言之，无论是谁，只要他能强迫另一个人在力所能及的范围内按他的意愿行为或不行为，他就是另一个人的优势者。

最高立法机关的成员是法官的优势者，法官受此最高机关所产生的法律的约束；但就最高立法机关成员的公民或臣民的地位而言，他是法官的劣势者。法官是法律的执行者，以强制力为其后盾。

由此看来，优势一词（如同责任、制裁一样）包括在命令一词的含义之中。因为优势是强迫服从某种意志的权力。”③

奥斯丁对“优势者”一词的解释，有几点值得注意：第一，政治上的优势者是指社会地位、财产都高于别人的人，这种人只能是统治阶级，而英国当时的统治阶级是资产阶级和已资产阶级化的新贵族集团。第二，只有作为统治阶级的资产阶级才有权制定法律、颁发各种命令，并以国家强制力为后盾，对全体人民都有约束力，要求他们绝对服从，否则将受到制裁。而统治者则不受它的限制。第三，统治者（或称政治优势者）所制定许多法律具有双重性质和一定程度的相对性。所谓双重性质，是指统治者的法律对社会具有普遍约束力和对部分人有约束力；所谓相对性，则是指最高立法机关的成员和法官而言的。第四，认为“优势”是一种政治权力，要求服从统治阶级意志的一种权力，而这种权力又是包含在“命令”范围之内的。

从上述分析可以看出，奥斯丁是从法理学的研究范围来论述它的法律定义的，首先，确定法律是一种命令，这种法律是指严格意义上的法律。第二，认为命令可以区分为两种，这种命令具有强制性。第三，只有政治上的优势者（即统治阶级）才有权制定法律，发布命令，认为这是一种政治权力。

二

奥斯丁在确定法律的定义之后，他又从严格意义上的法律和非严格意义上的法律区分着手，主张把法律区分为四类：第一、神法或上帝法，即上帝为人类所创造的法。第二、制定法，即所谓纯粹的和严格意义上的法，它构成一般的和特殊的法理学的适当内容。第三、实在道德及其规则。第四、隐喻性（有的译为“比喻性”）或象征性的法，或仅

仅是隐喻性或象征性的法。

严格意义上的法律与非严格意义上的法律，它们之间不同的标志是什么？奥斯丁回答说：“神法和制定法（或称实在法）是严格意义上的法律。实在道德及其规则，有些可以称为严格意义上的法律，但有些则是非严格意义上的法律。那些非严格意义上的法律的实在道德规则，是靠舆论的直接作用或施加影响而建立的，姑且称之为法律或规则；因为它们仅仅是人们关于人类品行所持有或感觉的看法或判断。根据舆论所建立的法律与具有强制性而又属严格意义上的法律，只是以类推的方式将它们联结在一起，尽管是通过类推的方法，但还是使它们联系得十分紧密。隐喻性或象征性的法律，或仅仅是隐喻性或象征性的法律，是非严格意义上的法律，这种法律与具有强制性而又属严格意义上的法律，只是靠类推方法联系起来，而且它们的这种联系是松散而疏远的。

因此，制定法（法理学的合适的内容）以相似的方法或以紧密的或疏远的类推方法与下列对象有关：1.以相似的方法，它们与上帝法有关；2.以相似的方法，它们与那些严格意义上的法律的实在道德规则有关；以紧密而强有力的类推方法，它们与那些靠舆论而成为法律的实在道德规则有关；3.以松散而疏远的类推方法，它们与隐喻性的法律或仅仅是一种隐喻性的法律有关。”④

神法和制定法，即奥斯丁法律分类中的第一类和第二类，是属于严格意义上的法律的范畴。实在道德及其规则，即奥斯丁法律分类中的第三类，其中有些是属于严格意义上的法律，有些则属于非严格意义上的法律。第三类法律是两者兼而有之，是属于双重性质的，两者的区别在于实在道德规则是

否具有强制性。属于非严格意义上的法律的实在道德规则，是靠人们舆论的直接作用或施加影响而建立的；属于严格意义上的法律或规则，则是根据舆论所建立的而且是具有强制性质的。隐喻性或象征性的法律，即奥斯丁法律分类中的第四类，是属于非严格意义上的法律。

在法律分类中，奥斯丁反对用自然法概念作为划分的标准，也不同意资产阶级传统的划分标准。他认为，法理学的研究内容是制定法（即实在法）；亦即纯粹的严格意义上的法，或由政治上的优势者为政治上的劣势者所制定的法。这种法律包括两方面的对象：上帝为人类所创造的法，人类为自己所制定的法。在解释神法或上帝法时，奥斯丁就排除了自然法的内容，他写道：“上帝为人类所创造的法律的全部或其中的一部分通常被称为自然的法则或自然法。事实上，只有论及到自然法，才有可能不用比喻的说法，或不需将那些应该明确地加以区分的对象混为一谈。但是为排除那种意义不明确并容易使人误解的自然法的名称，我称这类法律或规则为神法或上帝法”。⑤

关于神法或上帝法，奥斯丁又将它们分为两种：有些是可以看见或颁布的，即有形的上帝法，有些则是无形的。所谓无形的上帝法，通常用下列名称来表示：“自然法则”；“自然法”；“自然或理性之光向人类所显示的法律”；“自然宗教的法规、戒律或命令。”有形的上帝法和无形的上帝法，上帝是以不同的方式向人类显示的，或者是以不同的征兆来表示的。关于有形的上帝法，他认为是上帝通过人类语言的媒介向人类展示的那些法律，这种表达方式容易为人们所接受；或者由上帝直接发布命令、或者指派其仆人来宣布它

们。关于无形的上帝法，则不是通过人类语言的媒介来表示的，或者是不明显的。那么，按照奥斯丁的逻辑，人类究竟怎样知道上帝颁布的无形的法律呢？他在这个矛盾面前，不能自圆其说，陷入了不能自拔的境地，他不得不再一次求助于上帝寻求答案，他的最后结论是：上帝的仁慈是认识无形的上帝法的唯一标志。他说：“根据其他相反的理论或假设，那些无形的或没有颁布的上帝法，必须由人类从上帝的仁慈中推测得知，并从人类行为的倾向中推测得知。换言之，具有普遍效用原则的上帝的仁慈，是引导我们认识上帝无形法律的唯一标志。

上帝为他的一切有感知能力的生物赐予了幸福。某些人类行为进一步证明了上帝仁慈的目的，或者这些行为的倾向是慈善或有用的；而另有些人类行为却与仁慈的目的背道而驰，或者他们的倾向是错误或有害的。上帝对那些促进其目的行为已有所指示，而对违背其目的行为则有所禁忌。他赋予我们遵守、记忆和推理的能力，并且，通过适当地运用这些能力，我们可以推断出我们行为的倾向。得知我们行为的倾向和上帝仁慈的目的，我们便可得知上帝那些无言的命令。……

理论是这样的：……从我们为获得最大幸福而行为的可能结果中，或从增加或减少的人类行为总的倾向中，我们可以推断出上帝所给我们的那些无形的命令。”⑥奥斯丁的结论，是非科学的，也是不可取的。

对于人类的实在法（或称制定法）的分类，奥斯丁认为，具有两个重要的或基本的部类。一类是，人为人而制定的法律或规则，有些是政治上的优势者、统治者和国民制定的；在独立的国家中，由执行最高的和次一级的政治权力的人所制定。但为了与自然法或自然法则进行区别和类比，由政治上

的优势者所制定的全部法律和规则，经常被称之为实在法。这种实在法以统治者地位的盛衰（或存亡）为其归宿。

另一类是，人为人制定的法律或规则中，尽管有些是政治上的优势者制定的，但也有些却不是他们制定的，或者不是由在政治上具有那种职位或资格的人制定的。这类法律也是客观存在的，但它们是属于非严格意义上的法律。在《法理学大纲》一书中，奥斯丁把这类法律称之为“人类品行的规范”，这是在特定意义上使用的法律一词的规范，也是“道义法”或者“根据人类风尚所建立起来的法律”的别称，其中很大一部分，构成了通常所谓“国际法”的内容。

奥斯丁把实在法分成两种类别，其目的是很明确的。他为了说明第二类的法律，除了从严格意义和非严格意义来划分外，并用“实在道德”一词来表述。换句话说，奥斯丁是用“道德”一词将它们同实在法区别开来，而用实在一词又将它们同上帝法区分开来。

三

在法律与道德的关系上，奥斯丁坚持从功利主义原则出发，把道德看作是衡量人们利益的一种标准，而把法律则看作是对个人所要求利益的一种限制。这种论点，既区别于西方古代和中世纪关于法与道德的传统看法，也不同于十七、十八世纪资产学者和现代资产阶级学者们的论述。在古代的希腊，法律与道德是等同的，是紧密结合的，法律的要求也是道德的要求。在古代罗马法学家那里，他们都把正义和道德放在法律定义之中，认为法律就是道德。到了中世纪

时，神学家们认为，道德和法律关系的核心是上帝决定一切，一切都服从上帝。早期的空想社会主义者，曾把法律与道德等同起来，说两者都有同等的效力。十七世纪末和十八世纪初，某些哲学家和法学家试图把法律与道德分开，认为道德是由“内心法庭”制约，仅仅与个人的内心活动有关；法律则是由“心外法庭”管辖，对于人们良心的活动，没有干预的权利。在现代，有些资产阶级学者认为，法律与道德两者都是从公平、正义的原则中演绎而来的。它们的区分是：法律是一种“客观的科学”，侧重人们行为的外部结果；道德则是一种“主观的科学”，侧重人们行为的内在动机。上述的不同区分和解释，具有一定的合理因素，但毕竟是违反科学的。

奥斯丁在处理法律与道德的关系时，除从功利原则出发外，是把这两种社会现象放在法理学范围中进行研究的。归纳说来，应注意下列几点：

第一，解决法律与道德关系的原则是：“道德学……可以这样解释：它可以影响实在法和道德的检验标准，或影响到要去决定的那些原则，实在法和道德必须依照这些原则才可以得到承认。

道德学……包括两个部分：（1）与实在法有关的一部分；（2）与成文道德有关的一部分。第一部分通常以立法的形式出现，第二部分通常以道德的形式出现。”⑦

奥斯丁根据当时英国社会和立法的具体情况和特点，他说每一项实在法，都由一位主权者或者是一个由人们组成的享有主权的国家机构制定，并且是为一个独立的政治社会中某一成员或许多成员而制定。因此，这种独立政治社会中制

定法律的个人或国家机构享有最高权力；或者说，它由君主或主权者制定，为他们所支配的国家中的某人或某些人而制定。从实在法的制定中，可以看出，只有君主或享有主权者才能制定法律，也是区分法与道德一个重要标志。因而那些可以被称为法律的成文道德，并不由那些处于被统治地位的人所制定。

第二，奥斯丁认为实在法离不开主权和制裁两个概念，从而就否定了国际法在国际生活中的作用，为英国扩张和侵略服务。他说：“由独立政治社会的相互关系形成的社会是国际法研究的范畴。一个国家与另一个国家之间订立的法律不是实在法。因为每部实在法都是由某种主权对受其统治的一个人或一些人制定的，而国与国之间签定的法律（非严格意义的）是根据一般舆论决定的，它所规定的义务是由道德来约束的。”^⑧他认为国际法不是实在法，而是实在道德。

第三，在法与道德范围中，奥斯丁还主张，实在道德同上帝法之间应该加以严格的区别，其标准就是满足所谓最大多数人的最大幸福的功利主义原则。上帝法（或神法）是衡量实在法和实在道德的唯一准则，这些准则不是在决定法与道德是什么，而是在决定法与道德应该是什么。他把实在道德一词用来包括实在法之外的人类的行为规则以及国际法。奥斯丁曾说：“由于实在法常常与道德、与上帝法一致，法理学家们在论述实在法的本质和渊源时，常常错误百出，令人啼笑皆非。当实在法依据实在道德而被制定后，或者当实在法依据上帝法而被制定后，他们就忘记了这些仿制性的法律是主权者的产物，而误以为是道德或上帝的产物”。^⑨