

西方法理思想的 逻辑演变

XIFANG FALI SIXIANG DE
LUOJI YANBIAN

万斌 陈柳裕 著

人 民 出 版 社

XIFANG FALI SIXIANG DE
LUOJI YANBIAN

西方法理思想的 逻辑演变

XIFANG FALI SIXIANG DE
LUOJI YANBIAN

万 斌 陈柳裕 著

人 民 出 版 社

责任编辑:崔继新

装帧设计:曹 春

版式设计:程凤琴

图书在版编目(CIP)数据

西方法理思想的逻辑演变/万斌、陈柳裕著.

-北京:人民出版社,2006.7

ISBN 7-01-005601-3

I. 西… II. ①万…②陈… III. 法理学-思想史-研究
-西方国家 IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 054896 号

西方法理思想的逻辑演变

XHIFANG FALI SIXIANG DE LUOJI YANBIAN

万 斌 陈柳裕 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京建筑工业印刷厂印刷 新华书店经销

2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:11.25

字数:286 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 7-01-005601-3 定价:26.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

导论	(1)
第一章 西方法理思想发展的历史阶段	(11)
第一节 客观主义倾向	(12)
一、原始朴素的法律意识	(12)
二、古希腊的法理思想	(14)
三、古罗马的法理思想	(23)
四、中世纪神学的法理思想	(32)
第二节 主观主义倾向	(41)
一、主观主义倾向产生的根源	(41)
二、主观主义法理思想的萌芽	(43)
三、古典自然法学派的法理思想	(52)
第三节 主观主义和客观主义的统一	(79)
一、康德的“法的形而上学”理论	(79)
二、费希特的法理思想	(84)
三、黑格尔的法哲学原理	(88)
第二章 西方法理思想发展的内在逻辑	(94)
第一节 规律性质、意志性质和功能性质	(95)
一、古希腊思想家对法的性质的认识	(95)

二、中世纪思想家对法的性质的认识	(100)
三、近代思想家对法的性质的认识	(103)
四、马克思的法哲学革命	(115)
第二节 形式、事实和价值	(118)
一、分析法学派对法的形式认识	(119)
二、历史法学派对法的事实认识	(129)
三、哲理法学派对法的价值的认识	(141)
第三章 西方法理思想的三大论战	(156)
第一节 哈特—富勒论战	(158)
一、哈特以前的分析法传统	(158)
二、哈特的法律规则理论	(162)
三、富勒的新自然法学思想	(172)
四、富勒与哈特的论战	(175)
第二节 德富林—哈特论战	(185)
一、沃尔芬登报告:德富林与哈特论战的背景	(185)
二、德富林的道德强制理论	(187)
三、哈特与德富林的论战	(190)
第三节 德沃金—哈特论战	(193)
一、德沃金的权利论法学	(193)
二、德沃金对哈特的批评	(199)
三、哈特对德沃金的反驳	(203)
四、哈特与德沃金的理论分歧	(206)
第四章 西方法理思想发展的多元化过程	(210)
第一节 西方法理思想多元化过程概述	(211)
一、西方法理思想多元化的发展轨迹	(211)

二、西方法理思想多元化局面形成的原因	(217)
第二节 新自然法学和价值论法学	(218)
一、新自然法学	(218)
二、价值论法学	(227)
第三节 新分析实证主义法学	(234)
一、凯尔森的纯粹法学	(236)
二、拉兹的新分析实证主义法学	(239)
三、麦考密克和魏因贝格尔的制度法论	(241)
第四节 社会学法学	(245)
一、欧洲社会学法学	(247)
二、美国社会学法学	(251)
三、日本法社会学	(262)
四、社会学法学的其他支派	(264)
第五节 法理学的其他流派	(282)
一、经济分析法学	(283)
二、批判主义法学	(290)
三、西方马克思主义法学	(299)
四、综合法学	(303)
五、新自由主义法学	(308)
六、行为主义法学	(314)
结束语 西方法理思想的历史贡献	(321)
主要参考文献	(335)
后记	(352)

导 论

西方法理思想史为人们研究法理思想提供了丰富的知识遗产。现代法学的基本原则、制度、内容以及用语,大多是西方法理思想发展各个阶段的产物。中国最早的法理学的名称和内容,也来自西方(经由日本)。^①因此,对西方法理思想史进行全面系统的研究,无疑具有巨大的理论和实践价值。

西方法学名著的汉译,始自 1839 年。其时,奉命到广州查禁鸦片的钦差大臣林则徐,出于办理外交、周旋列强的需要,约请美国传教士伯驾(Peter Parker, 1804—1889)和幕中译员袁德辉翻译了瑞士著名国际法学者瓦特尔(E. De Vattel, 1714—1767)的著作

^① 尽管韩非等法家对法的起源和功能的深刻阐述,儒家关于法(刑)与道德的论述,都是中国早期法理思想,但近代意义上的中国法理学,却是西方法理思想经由日本传入中国的直接结果。以穗积陈重(1855—1926)为代表的日本学者的成果,“为中国人引入西方法理学开辟了道路”。(参见何勤华为穗积陈重著《法律进化论》所写的点校序,中国政法大学 1997 年版;何勤华主编:《外国法律史研究》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 288 页。)另据学者考证,汉译“法理学”一词,来源于日本法学家穗积陈重对德文 Rechtsphilosophie 一词的创造性释译。(参见洪逊欣:《法理学》,中国台湾三民书局 1984 年版,第 4—5 页)

《万国律例》中的部分章节,并收录于魏源编著的《海国图志》。^① 1864年冬,美国传教士丁韪良(William M. P. Martin, 1827—1916)翻译的《万国公法》^②问世,该书以及此后其他西方法学和法典译著的陆续出版,极大地促进了西方法律知识在中国的传播,并使西方法理思想开始进入中国。^③

及至1901年清政府宣布法律改革至1911年辛亥革命,中国兴起了译介西方法学著作的第一轮高潮。这一时期,仅清政府修订法律馆(1904年由刑部律例馆改制而成)翻译的外国著名法典和法学著作,如《德国刑法》、《德国民事诉讼法》、《日本裁判所构成法》、《日本监狱法》、《刑法之私法观》、《日本刑法论》、《国际私法》、《德国强制执行法及强制竞卖法》和《继承法》等等,就有近90种。^④

从新中国成立到20世纪80年代,中国法学界对西方法学著作的译介虽未完全终止,但确实处于低谷时期。诚如江平教授所说:“说来难以置信,自1949年直到今天(1993年),西方法律学术

① 另据费赖之著《派往中国的早期使团(1552—1773)的耶稣会士的传记和书目杂记》(1932)等文献记载,早在1648年前后,就有一个叫马丁·马提尼(Martin Martini, 1614—1661)的意大利神父,把国际法先驱西班牙法学家苏阿勒(1548—1617)的国际法著作的一部分译成中文。(参见邓正来编《王铁崖学术文化随笔》,中国青年出版社1999年版,第10页)

② 该书译自美国著名国际法学家亨利·惠顿(Henry Wheaton, 1785—1848)于1836年出版的《国际法原理》(Elements of International Law),在总理各国事务衙门资助下由丁韪良所创办的教会学校崇实馆刊印发行。

③ 格劳秀斯(Grotius, 1583—1645)的自然法思想,就是通过《万国公法》在中国得以传播的。在晚清,曾经对中国法理学产生重大影响的其他主要译著还有:严复译《法意》(即《论法的精神》)、《群己权界论》(即《论自由》)等。

④ 参见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第209—211页。

著作在大陆译为中文出版者只有寥寥 10 余种。”^①从 20 世纪 90 年代起,中国法学界开始了第二轮大规模引介西方法学著作的工作。至 20 世纪 90 年代以后,西著中译受到法学界的普遍重视,比较重要的丛书有:江平教授主持的“外国法律文库”,季卫东主持的“当代法学名著译丛”,许章润、舒国滢主持的“西方法哲学文库”,梁治平主持的“宪政译丛”,罗豪才主持的“公法名著译丛”等等。正是由于大量的西方法理学名著被翻译过来,使我们有机会系统地了解一些西方法学家的思想,纠正了过去或多或少发生的断章取义的误读。可以说,我国法学界对西方法理思想的译介、研究和吸纳,提升了我国法理学研究的素质和品位。

除各类西方法理思想史的教材以外,我国学术界发表的研究西方法理思想史的专著,大体采用这样几种结构模式:其一是人物史,从古到今一路排列下来,逐一介绍西方法理思想史上的法学家;其二是流派史,将法学家归入不同的流派,既研究此法学流派的共性,又研究法学家的个性;其三是专题史,按照理论法学的主要课题,通过述评不同法学家对同一问题的不同看法,来研究西方法理思想。^② 上述几种研究模式,各有其自身的优长,都从不同角度反映了西方法理思想史的主要内容和发展脉络,但也各有其局限。为此,也有学者通过糅合上述两种或者两种以上研究模式,对

① 江平:《“外国法律文库”序》,载[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社 1993 年版。

② 采人物史结构模式者,如何勤华主编的《二十世纪百位法律家》(法律出版社 2001 年版)、李桂林、徐爱国著《分析实证主义法学》(武汉大学出版社 2000 年版);采流派史结构模式者,如张乃根著《当代西方法哲学主要流派》(复旦大学出版社 1993 年版)、吕世伦著《现代西方法学流派》(中国大百科全书出版社 2000 年版);采专题史结构模式者,如吕世伦主编的《当代西方理论法学研究》(中国人民大学出版社 1997 年版)。

西方法理思想史进行探讨。例如,张文显著《二十世纪西方法哲学思潮研究》(法律出版社1996年版),上篇定名为“二十世纪西方法哲学主要流派”,采用流派史的研究模式,把“西方法哲学思潮分解成若干主要流派,着力分析其理论特色、思想走向和社会背景”,下篇则采专题史的研究模式,分别对“法的模式”、“法律与道德”、“法的效力”、“守法与违法”、“责任与惩罚”、“权利与人权”、“自由、平等与法律”、“表达自由”、“正义”以及“法治”共计10个20世纪西方法哲学重大理论热点问题进行研究。张乃根所著《西方法哲学史纲》则在阐述西方法理思想史上各类经典著作基本内容的基础上,将西方法理思想史分成两编进行介绍,其一是“从柏拉图到黑格尔的西方法哲学”,其二是“从边沁到凯尔逊的西方法哲学”,并分别将其归纳为西方法理思想史上的“形而上学阶段”和“非形而上学阶段”。^①

一般而言,我国对西方法理思想史的分析 and 探讨,往往体现于西方法学家的个人学说、流派观点及其彼此之间的相互关系的研究,忽略了西方法理思想的历史范式的演进历程,而马克思主义经典作家在研究某一社会现象时,十分注重历史与逻辑的统一,认为理论范畴的界定应当建立在对历史发展逻辑进行考察的基础上。基于此,本书在借鉴和吸收上述几种研究模式的基础上,提出一种新的研究视角:把西方法理思想史视做一个动态的发展过程,并从中探寻它的逻辑演变规律。

^① 参见张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1991年初版,1997年修订版。另,该书2002年增补版增加第三编:“从哈特到波斯纳的西方法哲学”。

二

本书在理解和把握西方法理思想几千年来发展脉络和精髓的基础上,首先把西方法理思想的发展历史划分为前后相继的三个历史阶段:客观主义阶段、主观主义阶段和主观主义与客观主义相统一的阶段,同时,它又从纵横两个方面来考察西方法理思想的演变规律:纵向是考察对法的规律性质、意志性质和功能性质认识的历史演进;横向是考察对法的形式、事实和价值认识的历史演进。在这个新的框架下,再对西方法理思想的原始材料进行重新整合续谈,并试图全面反映西方法理学界最新的研究领域与研究动态。

除导论外,全书分五大板块。现将该五大板块的基本内容介绍如下。

第一章是对西方法理思想发展的历史阶段进行的研究。笔者认为,从宏观上来考察,西方法理思想可以划分为三个各有侧重,依次递进最后归于统一的三个圆圈环节(阶段)。而其中每一个特定圆圈环节,都体现和积累着人类关于法律认识的精华,因而成为新的法理思想发展的起点。西方法理思想首先着眼于对法的外部根源的考察,形成占主导地位的客观主义倾向。人类偏重于从人和社会之外去寻求法的起源和本质,把法理解为一种超自然、超社会的神秘力量,或者是神的意志,或者是独立于人类和人类社会的抽象人性、绝对精神或永恒原则等因素中的一个或几个。这是西方法理思想发展的第一个环节或阶段。一般来说,近代以前的西方法理思想,都属于这个环节。西方法理思想发展的第二个环节以主观主义为特征。一般来说,近代初期的法理思想都属于这个环节。在这个环节,人类开始从自身和社会结构内部探寻法的

起源和本质。法作为认识现象,不仅要以外部必然性为依据,而且必然具有主体性特征,具有意志性质。在思维中把法的规律性质和意志性质区别开来,致力于研究法的主观因素,这无疑是法律认识上的一次飞跃。在主观主义与客观主义相统一的阶段,人类开始把法的客观必然性与人的主体性认识结合起来,统一地探寻法的起源、本质和作用。这一阶段的卓越代表人物是康德和黑格尔,他们借助于思辨理性,成功地揭示了法律内部客观与主观、规律性与意志性的辩证统一,全面深刻地揭示了法的本质。

第二章研究了西方法理思想的内在发展规律。笔者认为,人类对于法律现象的认识,经历了由简单的抽象上升到丰富的具体的历史过程。从纵向的历史发展进程来考察,人类逐渐由片面到全面地认识到了法的规律性质、意志性质和功能性质。古希腊思想家对法律现象的认识相对粗糙和贫乏,但他们从不同侧面触及了法的不同层次的最抽象规定,形成了法的规律性质、意志性质和功能性质的一般认识。近代法学家的认识则相对更加丰富,具有更多的合理性和科学性。从横的角度来审视,西方法理思想经历着由抽象的单一规定上升到统一的整体的质的规定的逻辑过程。西方早期法理思想,已经开始涉及法的形式、事实和价值方面,近代法学则对上述三个方面进行了更深入的研究,并由此形成了不同的法学流派。

第三章具体考察了西方法理思想史上的三次大论战对西方法理思想发展的作用过程。第二次世界大战以来,西方法理学经历了由衰而盛的历史过程。但是,在20世纪30年代末期,法理学研究终于摆脱困境和萧条,得到复苏、振兴,并日趋繁荣。这除了基源于经济发展、政治民主化意识普及等重大社会历史条件外,直接的原因则是从50年代开始在西方法理学界发生的连年论战。其

中,已载入西方法理学史册的有三次:(1)哈特—富勒论战,论战的主题是法和道德及由此而发生的“实际的法”与“应当的法”之间的关系问题;(2)德富林—哈特论战,论战的主题是“法的道德强制”是否合理及其限度问题;(3)德沃金—哈特论战,这场论战涉及法的性质、法的渊源、司法推理、自由裁量等重大理论问题。这三次大论战,连同日本战后初期围绕日本东京大学法理学教授尾高朝雄的“习惯主权论”而展开的论争和50年代中叶以后围绕来栖三郎的报告《法律的解释与法律家》而展开的关于法律解释论的争论,吸引和培育了一大批法理学家,产生了一大批法理学“经典著作”和优秀论文,使法理学家全面地对法的本质进行开拓性地思考,认真研究有重大实践意义的法理学问题。正是通过这些论战、思考、分析,西方法理思想进入了自身发展的黄金时代。各种法学派别如雨后春笋,竞相出现,并且逐步形成了分析实证主义法学、社会学法学和自然法学三大派鼎立之势,分别强调了法律的三个基本要素,即形式、事实和价值。

第四章主要对当代众多的法学流派进行了全方位的梳理和考察。笔者认为,西方法理思想演变到黑格尔时代,已经基本完成其正反两方面的演进过程,当代西方法学则是这种演变的继续,为此,有必要对当代众多的法学流派进行全方位的梳理和考察。在本章中,笔者在研究探讨西方法理思想多元化发展轨迹的同时,对新自然法学和价值论法学、新分析实证主义法学、社会学法学以及其他法学流派进行全面述评。

“结束语”部分旨在客观评价西方法理思想的历史贡献。具体又分三个小板块。其中,第一板块旨在评述马克思主义以前的法理思想的根本局限。第二板块旨在循着历史和逻辑,在思维中再现出马克思主义以前法理思想的具体的、丰富的历史形态和发

展过程,以便以社会 and 人类认识的整个发展为背景,动态地、历史地分析马克思以前法理思想在各个历史时代和认识阶段的具体存在方式和逻辑演变规律,客观地、全面地揭示出它们在法理思想发展中的地位 and 作用。第三板块旨在揭示西方法理思想在西方国家的政治、社会 and 经济发展中的重大作用。

三

众所周知,自改革开放以来,经过老一代法理学者的不懈努力,我国法理学不论是在完善学科理论体系、规范基本概念、丰富和发展基本理论,还是在变革研究方法等方面,均取得了巨大成就。在学科理论体系的构建方面,按照学科的内在逻辑结构,根据学科理论体系应有的特点,在运用马克思主义立场、观点和方法研究活生生的现实法律问题的基础上,在逻辑起点和历史起点的结合上,形成了解释能力和运用性强、逻辑结构严谨、相对独立的全新的理论体系。在基本范畴和基本理论方面,基本上开始了用规范的概念和学科语言代替一般的政策性语言,开始用有据可查的资料论证代替想当然的主观分析,开始用理性的理论分析代替简单的理论套用。同时,对基本范畴和基本理论的阐述和论述也开始从非此即彼的价值判断的樊篱中解脱出来,不仅把法学基本理论的创新当做学科发展的灵魂和推动力,而且作为服务法制建设现实的前提。在研究方法上,我国法理学研究工作者逐步形成了这样的共识,那就是适应实践的要求和学科发展的需要,为了使理论反映、服务现实,形成解释性、应用性强的法理学,必须顺应科学发展的趋势,遵循学科发展的规律,更新研究方法,改变思维方式,创新研究方法,从方法论上解决研究方法的问题,为法理学的发展

提供一个新的思维空间,不断赋予法理学以新的形式和新的内容。经过多年的努力,我国法理学基本实现了宏观研究与微观研究、动态研究和静态研究的结合,并在继续坚持经典解释、规范性和定性研究、制度阐释的同时,加强经验研究或实证分析方法及技术的研究和引进,借鉴并运用定量分析方法,特别是重视调查研究,从而实现了规范研究和经验研究的初步结合。特别值得肯定的是,20世纪90年代以来,无论在研究过程中使用哪一种方法,从主流上讲,有深刻理论内涵的研究成果,都贯穿一条主线,那就是努力做到理论和实际相结合,始终把法理学研究与直接或间接地服务现实统一起来,既防止脱离实际的纸上谈兵,空洞无物,也避免缺乏理性分析和理论深度的政策性阐释。总的原则是始终坚持辩证的矛盾分析和哲学法则,着眼于制度分析、经济分析,而不是单纯地、片面地追求某种主义,效仿某种学派,因而既适应了社会现实的需要,又具有理论深度和理论品位。

特别值得一提的是,最近二十余年来,我国法理学研究工作者在进一步准确把握西方法理思想基本内容的基础上,对其展开了较为深入的分析和研究。一方面,跟踪介绍、研究西方法理学的种种思潮、流派,彻底抛弃了盲目地致力于抵制和排斥西方法理学的观念和主张,或不顾文化背景、历史传统和价值观念的差异,对西方法理学派和思潮推崇备至,以西方法理思想衡量、审视中国法理学的发展状况,并以西方法理学的观点、框架分析、匡正和裁定中国法理学的做法,正在以广阔的视野和科学的批判精神,进行深入的剖析,汲取对中国法理学的基本理论创新和发展有益的成分;另一方面,许多西方法理学的范畴和理论范式被广泛使用,并得到改造、转换。可以说,我国法理学的创造性成果的形成、新的研究领域的开拓,在很大程度上得益于对西方法理思想的引进和研究,我

国的法学研究和争论,从西方法理思想中借鉴大量有价值的理论作为资源,甚至许多争论就是围绕西方法理思想中的观点展开的。

我国全方位改革开放格局已经形成,这有力地推动了我国的法治建设进程。法治实践的深入使许多过去被忽视、被掩盖的深层次矛盾浮出水面,急切需要解决的良方。我们需要给法律以准确的价值定位,需要认识法律形式的规律以提高立法质量,需要研究法律的社会效果和作用,而诸多法治建设中的重大理论问题和现实问题的研究,几乎都可以从西方法理思想史中得到必要的资料和可贵的启迪。重新认识西方法理思想史的内容和价值,反思我们的立场和方法,是这个时代我们最急迫最艰巨的任务之一。

第一章 西方法理思想发展的历史阶段

西方法理思想的产生和发展有着二千五百余年漫长的历程,经历古希腊、古罗马、中世纪、近现代等历史时期,涉及欧洲、北美及日本几十个主要国家,上百位思想家及其著作,内容相当庞杂和丰富,又是按照一定的规律产生和发展的。

从认识论角度看,法理思想的发展史,就是人类思维逐步揭示法律本质的历史。法理思想的发展不仅遵循着社会发展的辩证法,而且遵循着人类认识的辩证法。

黑格尔在谈到人类认识的发展过程时说:“这种具体的运动,乃是一系列的发展,并非像一条直线抽象地向着无穷发展,必须认作像一个圆圈那样,乃是回复到自身的发展,这个圆圈又是许多圆圈所构成;而那整体乃是许多回复到自己的发展过程所构成的。”^①西方法理思想的发展,实际上也是一个由若干圆圈构成的大圆圈。

从宏观上来考察,西方法理思想可以划分为三个各有侧重依

① [德]黑格尔:《哲学史演讲录》第1卷,贺麟、王太庆译,商务印书馆1959年版,第31—32页。