

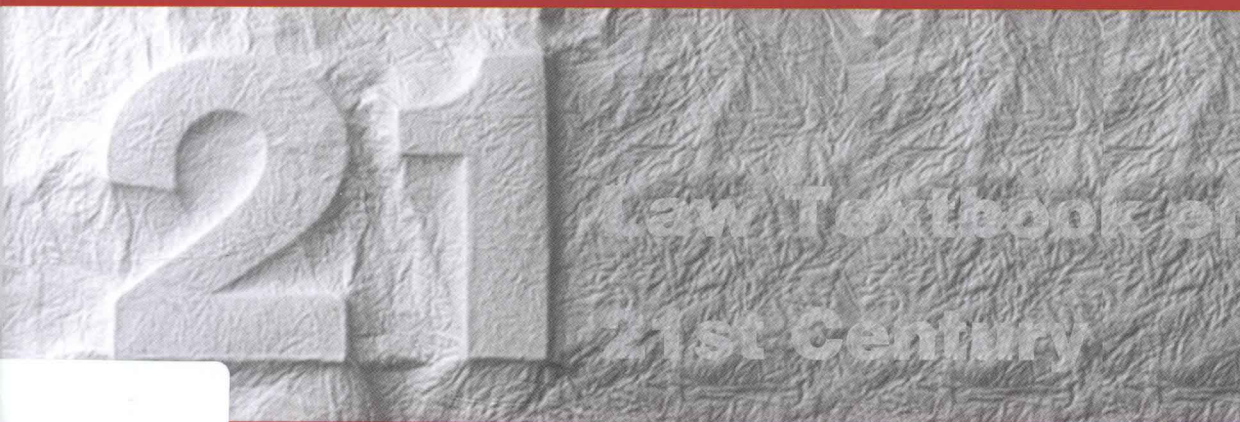


21世纪法学规划教材

法 理 学

JURISPRUDENCE

赵明 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学 / 赵明, 赵雪纲, 黄涛主编. —北京: 法律出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3724 - 0

I. ①法… II. ①赵…②赵…③黄… III. ①法理学—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 152557 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张立明

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/21.25 字数/380 千

版本/2012 年 7 月第 1 版

印次/2012 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3724 - 0

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



法学大讲堂

Jurisprudentia Praelegere

Law Shrine

Aequitas nunguam contravenit legi.

公平从不违反法律。

出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社,素来重视法学教育图书之出版。

“21 世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心,延续至今已有十年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任,遍揽名家新秀,因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。

中国的法学教育正面临深刻变革。未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标,以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向。为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势,本社应时而动,推出全新“21 世纪法学规划教材”,为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教参。在教材方面,将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等;在教参方面,将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新,或全新,以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调,力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采,为法学师生提供更好的教本与读本,同享规划教材之盛。

“好书,同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继续往来,以精益求精的专业态度,打造本套全新“21 世纪法学规划教材”。传播法学知识,传承法学理念,辅拂法律教育事业,积累法律教育财富,服务于万千法学师生和明日法治英才。

法律出版社

目 录

导论 什么是法理学	(1)
一、法理学的词源与词义	(1)
二、西方法理学的演进历程	(3)
三、中国法理学的演进历程	(10)
四、法理学教程的体例	(14)

第一编 法律概念论

第一章 法与法律	(19)
第一节 何谓法律	(19)
第二节 法律的本质属性	(23)
第三节 法律存在的基础	(31)
第四节 法律作为社会规范的特征	(34)
第二章 法律的构成要素	(38)
第一节 法律构成要素的学说史	(38)
第二节 法律概念	(39)
第三节 法律规则	(45)
第四节 法律原则	(53)
第五节 法律技术	(58)
第三章 法律的分类	(62)
第一节 法律分类简史	(62)
第二节 成文法与不成文法	(65)
第三节 实体法和程序法	(76)
第四节 公法、私法和社会法	(80)
第五节 国内法、国际法和世界法	(86)



第四章 法律体系与法系	(94)
第一节 法律体系	(94)
第二节 法系	(106)

第二编 法律创立论

第五章 法的目的	(117)
第一节 目的论思想简史	(117)
第二节 考察法的目的的思想路径	(120)
第三节 法的目的意义上的法律秩序	(127)
第六章 立法者	(133)
第一节 立法者的界定	(133)
第二节 前现代世界的立法者	(134)
第三节 现代世界的立法者	(140)
第七章 立法技艺	(155)
第一节 古代社会的立法技艺	(155)
第二节 现代立法技艺的争论	(166)
第三节 作为立法技艺的程序	(177)

第三编 法律运行论

第八章 法律关系	(185)
第一节 法律关系的概念	(185)
第二节 法律关系的主体和客体	(195)
第三节 法律关系存在和演变的依据	(201)
第九章 法律行为	(204)
第一节 法律行为的概念	(204)
第二节 法律行为的构成	(208)
第三节 法律行为的分类	(214)
第十章 法律责任	(220)
第一节 法律责任释义	(220)
第二节 法律责任的产生原因和构成要件	(225)
第三节 法律责任的分类	(229)

第四节 法律责任的归结与免除	(231)
第十一章 行政执法	(235)
第一节 行政执法的概念	(235)
第二节 行政执法的体系和种类	(240)
第三节 行政执法的原则	(247)
第十二章 司法裁决	(250)
第一节 司法的概念和特征	(250)
第二节 司法体制	(255)
第三节 司法裁决的基本要求和原则	(259)
第十三章 公民守法	(266)
第一节 公民守法的概念	(266)
第二节 公民守法的理由	(270)
第三节 违法与公民不服从	(274)

第四编 法律社会论

第十四章 法律与社会	(285)
第一节 政治社会与市民社会	(285)
第二节 市民社会与政治国家的分立	(288)
第三节 从市民社会到管理社会	(292)
第四节 二十世纪的法律与市民社会理论	(297)
第十五章 法律意识	(301)
第一节 哲学层面的法律意识	(301)
第二节 社会批判意义上的法律意识	(306)
第三节 社会心理学意义上的法律意识	(308)
第十六章 法治社会	(312)
第一节 法治概述	(312)
第二节 法治的诸形态	(314)
第三节 社会主义法治国家	(325)
后记	(329)



导论 什么是法理学

一、法理学的词源与词义

法理学作为一门学科的名称,德国等大陆国家一般称之为法哲学,或法律哲学(Legal Philosophy, Philosophy of Law),英美等国则通常谓之法理学(Jurisprudence)。在汉语言法学语词中,“法理学”作为学科称谓,开始于日本现代法律文化的主要奠基人穗积陈重对德文 Rechts philosophie 一词的创造性翻译。

从语源上讲, Jurisprudence 源自拉丁语 jurisprudentia, 其语义经历过历史性的变化和发展。我国当代法理学家沈宗灵对 Jurisprudence 的多种含义做过梳理:“第一,来自拉丁语 jurisprudentia,意思是‘法律的知识’,相当于广义的法学或者法律科学。古罗马法学家乌尔比安对该词曾下过一个定义:‘jurisprudentia 是人和神的事务的概念,是正义和非正义的科学’。第二,法律基本理论,即‘法理学’或‘法律哲学’。第三,在法国,可指判例,英国法学中也有这种用法。第四,特别在美国,可用作‘法律’的一种较庄重的名称。”〔1〕

在现代法学知识体系中,“法理学”更多的是指上述第二种意义上的 Jurisprudence。《大不列颠百科全书》关于 Jurisprudence 这一条目的解释是:“此词在英语中较通常的意义以及本文所指的意义,大体上相当于法哲学。法理学关涉法律的性质、目的、为实现那些目的所必须的(组织上的和概念上的)手段、法律实效的限度,关涉法律之于正义和道德的关系,以及法律在历史上改变和成长的方式。”该书对“西方法律哲学”条目的解释同样指出:“法律哲学就是系统阐述法律的概念和理论,以帮助理解法律的性质、法律权力的渊源及其在社会中的作用。在英语国家里, Jurisprudence(法理学)一词常常被用作法哲学的同义词,并且总是用

〔1〕 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第1页。



以概括法学领域内的分支学科的。”《牛津法律指南》一书中也认为,“法哲学”和“法理学”这两个词有时可作为同义词使用。

“法理学”和“法哲学”在语义上趋于一致,乃是一个值得重视的学术史问题。虽然“法哲学”概念的萌芽在西方至少可上溯至古希腊罗马时期,例如,古罗马政治家和思想家西塞罗(Marcus Tullius Cicero,公元前106—前43)在《论法律》中曾指出“法律学科来自深奥的哲学”^[2],但“法哲学”作为一个概念则源自德国古典哲学。在德国古典哲学家看来,哲学乃是“科学之科学”,法律问题理应被纳入其宏大的哲学体系,作为形而上学的一个重要组成部分而加以思考,形成“以法律为内容的哲学部门”,“法哲学”的概念随之而产生。历史法学派的代表人物胡果(Gustav Hugo,1764—1844)首次使用了“实证法的哲学”这个可称为“法哲学”概念之雏形的用语,他于1797年出版的一本教科书就名为 *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*(《作为实证法的哲学的自然法教科书》);作为德国古典哲学奠基者康德(Immanuel Kant,1724—1804)在哥尼斯堡大学的哲学教授职位之继任人,克乌格(Wilhelm Traugott Krug,1770—1842)于1800年出版著作 *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*(《法的哲学的箴言》),正式提出“法哲学”(Rechts philosophie)一词。^[3]其后,德国古典哲学的集大成者黑格尔(Georg Wilhem Hegel,1770—1831)于1821年出版其《法哲学原理——或自然法和国家学纲要》(*Grundlinien der Philosophie des Rechts*),“法哲学”这一概念从此在西方思想界广泛使用。尽管就黑格尔的自我理解而言,法哲学“以法的理念,即法的概念及其现实化为对象”,是其“精神哲学”的有机组成部分,但是,“法哲学”这个概念被创造出来后就有了自己的生命,逐渐被理解为关于法律的抽象性、普适性、概括性的学说或者理论建构。因而,也逐渐与英美的“法理学”(jurisprudence)的含义趋向一致。

英国分析实证法学的代表奥斯丁(John Austin,1790—1859)曾经把自己的演讲录命名为《法理学或实在法哲学讲演》(*Lectures in Jurisprudence, or Lectures on the Philosophy of Positive Law*),而其著作《法理学范围之限定》(*The Province of Jurisprudence Determined*)的副标题则是“实证法的哲学”(Philosophy of Positive Law),主张以国家制定的实在法为研究对象,强调实在法与理想法的区别,呈现出与德国“法的形而上学”(法哲学)不同的思想道路和理论风格。但值得注意的是,奥斯丁在1826年到1828年间于德国波恩大学准备“法理学”讲义时,黑格尔正在

[2] [古罗马]西塞罗:《论共和国、论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第188页。

[3] 郑永流:“法哲学名词的产生及传播考略”,载《中外法学》1999年第1期。

柏林大学任哲学教授,德国传统和英美传统正是在这里相遇了,影响是相互的。随着相互影响的加深,法理学与法哲学逐渐成为基本上可以相互替代的概念。如当代美国综合法学派代表博登海默(Edgar Bodenheimer,1908—1991)就将其著作命名为《法理学——法律哲学与法律方法》(Jurisprudence—The Philosophy and Method of the Law);另一位美国法理学家戈尔丁的著作也称为《法律哲学》。当代美国著名法官和法学家波斯纳(Richard Allen Posner,1939—)也持这种观点,他在其《法理学问题》一书中认为,“所谓‘法理学’,我指的是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析。法理学所涉及的问题,所使用的视角,大部分与法律实务者的日常关心相距甚远……我们通常将对根本性问题的分析称为‘哲学’,因此,传统将法理学定义为法哲学或哲学在法律中的运用,这显然是恰当的。”〔4〕

当然,至今仍有人坚持法理学与法哲学是不同的学科。特别是在德国、意大利等国家,很多法学家受康德和黑格尔的影响,坚持将法理学与法哲学的关系二元化。他们认为,法哲学研究的是一般性哲学问题,而法理学则是在法哲学的指导下研究特殊性的法律规律。因而,法哲学高于法理学,它与法理学的关系是一般与特殊的关系。

二、西方法理学的演进历程

(一)古希腊的正义和法治观念

古希腊、罗马不仅是西方法律文化的发源地和摇篮,而且在整个人类法学发展的历史长河中也占有举足轻重的地位。黑格尔把古希腊文化视为西方人的精神家园,认为西方现世的科学、艺术以及一切“使精神生活有价值、有光辉的东西”,都是从希腊世界中直接或间接地传承发展而来的。〔5〕因此,我们有理由从古希腊哲人的法律思想开始考察人类法学的历史,古希腊哲人对自然和包括法律在内的社会现象具有非凡的哲学洞察力,他们对自然、社会和政治法律制度首次进行了具有内在逻辑深度的分析和把握,提出了影响深远的认识、把握自然和人类社会诸现象之本质的概念工具和思想表达方式。尤其是他们原创性地提出和阐发的正义和法治观念直到今天仍然是正确而有效的。尼采因此而指出:“当我们论及希腊人时,实际上我们是在不由自主地谈论现在和过去。”〔6〕

〔4〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

〔5〕 [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第一卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1959年版,第157页。

〔6〕 [德]尼采:《人性的,太人性的》,转引自博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第2页。



在古希腊,尽管法学尚未成为一门独立的学科或知识体系,没有专门的法学著作,在罗马法学中才真正建立起来的法学概念体系也还处于孕育和生长的过程之中,但作为欧洲最早开始认识世界的民族,希腊人已逐渐养成了反思性的思考和自由论辩的思想习惯,已经达到了对语言和逻辑自觉的精神高度,乃至思考 and 论辩成了有教养之士重要的生活技艺训练,成了重要的政治实践的运行方式,甚至成了一部分人专门从事的具有神圣意义的职业。古希腊成了思想的摇篮、哲学的故乡。希腊哲人不仅以物理世界和宇宙为思想的对象,而且将思想的题域扩展并深入到了人类自身、人在自然秩序中所处的地位、人类社会的特质以及规制人类社会的最佳途径。关于自然法则和法律秩序的思考构成了希腊哲人重要的思想主题。虽然任何民族的思想家都必定或多或少地关注法律的问题,然而,“只有在希腊民族,对人类与法律、正义之关系的客观探讨才演变为有教养之士的活动,并得以书面记载,从此成为了绵延不绝的欧洲传统的一部分”。〔7〕希腊哲人致力于法律的哲学思考乃是雅典公民强烈的法律意识的典型写照,其所创建的诸如自然、理性、正义、公平、平等、诚实等一系列概念为罗马法学的产生和成长奠定了坚实的理论基础,并进而对世界各民族的法学发展产生了不同程度的影响。

古希腊法律思想的杰出代表是智者派、柏拉图和亚里士多德。智者派,尤其是晚期智者派活动的时期与苏格拉底和柏拉图是一致的。人们也常常把苏格拉底(Socrates,公元前469—前399)看做是智者。智者派第一次把哲学“从天上拉回了人间”,而给予了苏格拉底思想的启示。柏拉图(Plato,公元前427—前347)是苏格拉底的嫡传弟子,也是把苏格拉底思想发扬光大并完成体系化建构的最伟大的古希腊哲学家,他一生中写了三十多篇对话体著作,其中,《国家篇》(《理想国》)、《政治家篇》、《法律篇》最为集中地体现了他的法律思想。正义问题乃是柏拉图法律思想的主题,他的法哲学可以说是名副其实的“正义”之学。在西方思想史上,柏拉图围绕正义这一主题最早明确地探究法治理论,并为其弟子亚里士多德的法治学说提供了“问题意识”和思想范式。亚里士多德(Aristotle,公元前384—前322)是古希腊哲学的集大成者,也是科学划分和体系构建的奠基人,他是一位百科全书式的大学者,其教学和著述广泛地涉及形而上学、逻辑学、自然科学、心理学、伦理学、政治学、法学、文艺理论等众多领域。其法律思想主要体现在《政治学》、《尼各马可伦理学》等著作中。亚里士多德推进并现实化了柏拉图的正义学说,提出了法治的经典性定义,建立了系统性的法治理论。建基于柏拉图和亚里士多德思想之上的柏拉图主义和亚里士多德主义成为中世纪及其以后的西方法学发

〔7〕 [英]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第1页。

展的重要思想源泉和理论范式。

(二) 罗马法学

罗马民族是务实的,具有深厚的“实用理性”的精神传统,正是这种实用理性将希腊人在思辨王国里取得的成果最终落实到了现实的实际事务之中,而与人们的实际生活结为一体,在具体的法律制度中体现着理性精神,传承了希腊文化,其结果是使罗马法和罗马法学成为世所公认的西方文明史上最伟大的精神力量之一。

罗马法学以其产生的先导性、内容的完备性、影响的深远性在法学史上占有十分重要的地位。所谓产生的先导性意指罗马法学是西方乃至世界古代社会产生最早的法学。古希腊哲学家和政治家们虽然对正义和法治等基本问题进行了深刻探讨,但严格说来,并没有形成独立的法学,无论是柏拉图的《理想国》和《法律篇》,还是亚里士多德的《政治学》和《尼各马可伦理学》,都不是专门的法学著作;古东方国家丰富多彩的法文化遗产也不能与罗马法学等量齐观。而在古罗马已经有了职业法学家阶层,有了专门性的法学著作,而且还发展出了专门的法学教育和独立的法学派别。所谓内容的完备性意指罗马法学是在简单商品生产社会里发展起来的最完备的法学,它对一切商品生产社会最本质的法律关系都作出了相当完善的规定。所谓影响的深远性是指罗马法学产生了世界性影响,从宏观上讲,它既是中世纪注释法学产生的根据、教会法学内容的参照,也是近现代民法学理论的基础,是大陆法系形成的历史渊源;从微观上看,近现代法学的许多概念、术语、原理、原则、制度、体系都不同程度地打上了罗马法学的印记。

(三) 欧洲中世纪法学

公元476年,日耳曼人进攻罗马城,西罗马帝国宣告灭亡,欧洲从此进入了长达一千余年的中世纪历程。中世纪是西方文明史上古代与近代之间的一道分水岭。在此期间,基督教得以广泛传播并在人们的精神生活中产生了深远影响;罗马法和罗马法学虽曾一度被人忽视,但到底还是随着社会历史的演进而重新为人所重视,希腊文明的理性精神和罗马法学的世俗化品格依然得以传承。而古希腊、罗马的自然法思想则尤其在中世纪经院哲学中得以发扬光大。

中世纪法学所取得的成就主要体现在注释法学和教会法学之中。注释法学的形成和发展意味着罗马法和罗马法学的复兴,与文艺复兴、宗教改革相并列,构成中世纪强大的“三R运动”,体现了市民阶级对古典文明的向往和对民主法治的追求,为新兴的资产阶级反封建斗争提供了思想武器。罗马法和罗马法学的复兴在西方法学史上是一件大事,具有重大的历史意义,表现在对自然法学说的传承和对法律面前人人平等原则的倡导,这是对古希腊、罗马精神传统的继承与开新。注释



法学发展了君主权力不受限制的原则,促进了古代罗马法在中世纪的具体运用,这为王权的加强和法制统一提供了法学依据,从而有利于民族统一国家的形成。注释法学从方法论上标志着世俗法学的新生,使法学摆脱了神学的控制而成为独立的学科,因此,它在法学史上起到承前启后的作用。注释法学、世俗法学的发展,导致中世纪与教会法学对立的二元法学局面的出现,世俗法学强调的是人与人之间的权利义务关系,教会法强调的是人与上帝的义务和权利关系,这就是所谓二元对立。注释法学所阐发的罗马法原理和原则在欧洲大陆的广泛传播促进了以法国、德国为代表的世界性的罗马法系的形成,为西方两大法系的格局奠定了基础。

教会法学对后世的影响,既有积极的一面,也有消极的一面,这是由它兼具作为维护神权统治工具的法学和作为基督教文明组成部分的法学两重属性所决定的。从作为法律文化的组成部分来看,它是人类文化的重要遗产。基督教文明既传递了古代文明,也创造了中世纪文明,还催生了近代文明。法律文化包括制度、思想和设施,但重在渗透其中的精神品质和传统。早期基督教是被压迫者的宗教,基督教教义中所宣扬的人不分贵贱,在上帝面前一律平等的思想观念应该说是后世法律面前人人平等原则的渊源之一;教会创立并为教会法学发展了的教权统一而不可分割的思想对国家主权观念的形成、国际法的建立、公法的发展都产生了不可低估的影响;教会法学在主张教权至上的同时,又不否定王权,其宗教权与世俗权相互依存、重叠而形成的两权分立的观念深入人心,这影响了后世权力分立思想和学说的产生,西方中世纪权力多元格局为近代法治社会的形成提供了历史的基础。除此之外,教会法学对近代诸多具体权利和制度的设置也给予人们以重要的启示。

(四) 西方近代法学的开新

随着文艺复兴运动的开展,西方思想文化步入其近代时期。罗素说过,通常谓之“近代”的这段历史时期,人们的思想见解与前近代有很多不同之处,但最为关键的不同有两点,“即教会的威信衰落下去,科学的威信逐渐上升。旁的分歧与这两点全有连带关系。近代的文化宁可说是一种世俗文化而不是僧侣文化。国家越来越代替教会成为支配文化的统治势力。”^{〔8〕}的确如此,西方近代思想的主导精神正在于,撇开上帝,尤其置上帝在人间的代表——基督教会于不顾,而以人本身为这个世界存在的基本价值依据和意义之源,对人的理性的圆满自足性抱以乐观信念。这一世俗文化既对人的自然欲求予以充分的肯定,同时又确信通过人的理性自为,能够建构起比较完满的规范和制度秩序,以妥善地处理人与人、人与社会、人

〔8〕 [英]罗素:《西方哲学史》(下卷),马元德译,商务印书馆1976年版,第3页。

与国家之间的种种微妙而复杂的关系。它由此而极力宣扬人的个性与独立意识,高度肯定人的价值与尊严。人是目的而绝非手段的伦理精神和道德理念被西方哲人骄傲地宣称为现代人类文明的基本标志。与此相关联,自由思想和权利学说便成了近代西方法学的正统和主流,“权利”话语自近代以来广为流行,标志着人类进入了一个全新的时代。

有如黑格尔所说,哲学不是梦游者的呓语,哲学家的工作只在于把潜伏在精神深处的理性揭示出来,提到意识面前,使之成为知识。在整个思想的逻辑系统里,每一个哲学都意味着一个特殊的发展阶段,而具有自身的真实意义和价值。因而,“每一哲学都是它的时代的哲学,它是精神发展的全部锁链里面的一环,因此它只能满足那适合于它的时代的要求或兴趣。”〔9〕西方自然权利观念和学说之所以在17、18世纪走入经典时期,其主要原因在于,正是在这一时期,近代民族国家已逐步形成,民族国家力量不断得以壮大,国家政治所行使的职权对人们实际生活的影响在不断扩大和深入,而传统的国家学说,诸如柏拉图的国家社会分工论、亚里士多德的国家自然发生论、影响广泛且长久的中世纪神权政治理论,等等,却又不能适应新的历史需要,越来越失落了理论应有的实践性力量。基于这样的背景,西方社会强烈呼唤一种新型的国家学说,以阐释新型国家的发生,尤其是提供新型的民族国家权力之正当性和合理性的论证。众所周知,在西方近代思想界,这个任务主要是由古典自然法学派来完成的。当古典自然法学派完成其历史使命之后,从19世纪上半叶开始,功利主义法学和实证主义法学逐渐占据了西方法学的支配地位。

(五) 西方现代法学的多元格局

自19世纪末20世纪初伊始,西方法学进入其现代时期,近代以来的各主要法学流派均有大的发展,尤其是两次世界大战的爆发,致使整个世界格局发生了巨大变化,新的法学流派如雨后春笋般涌现出来。因此,西方现代法学的特点表现为多元发展的态势,法学与其他学科相互渗透、彼此借鉴,交叉学科、边缘学科不断得以产生,而且,不同理论和学说之间的论战时有发生,成为学科发展的重要推动力量。

随着分析实证法学在19世纪的盛行,关于法律调整的目的、法律的道德理想和法律的价值理念的研究几乎停止,曾一度衰落的古典自然法学直到20世纪初才开始复兴。自然法学的复兴有着深刻的政治和社会原因,尤其是对法西斯专政和纳粹立法的反思和否定成为自然法理念再度获胜的标志。推动自然法学复兴的主要学者有瑞士法学家卡特赖恩(V. Catherein, 1845—1931)、法国哲学家马里旦(Jacques Maritain, 1882—1973)等,他们强调对法律概念的重新界定和认识,强调

〔9〕〔德〕黑格尔:《哲学史讲演录》(第一卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1959年版,第42、48页。



将法律概念与法律理念区分开来,强调自然法是评价实在法的内在正义标准,强调人的绝对价值和平等、自由权利在实在法中的体现和落实。

与此同时,西方出现了一些关注法律制度的基本价值的法理学。美国法学家富勒(Lon. Fuller, 1902—1978)是一个突出的代表,他认为一个自身能够产生遵守法律的义务的法律制度,其本身就必须具有“最低限度的道德”。富勒在其代表作《法律的道德性》中指出,法律与道德应该区分开来,但这不等于说法律无道德性,恰恰相反,法律具有自身的道德。他提出法律的“内在之德”与“外在之德”的基本观点,认为法律若背离其“内在之德”即为恶法,而法律的“内在之德”由八个要素构成,即一般性、公开性、可预期性、明确性、无内在矛盾性、可遵循性、稳定性以及政府行为与法律的一致性。与古典自然法学不同,富勒不再强调绝对的、抽象的道德价值,而是把法律的道德性与法律的创制、公布、解释和实施联系起来,制度设计和规则本身是具有道德意义的。制度的技术合理性与其道德价值性的关系同样受到了罗尔斯和德沃金等人的高度重视。

自然法学的复兴给分析实证法学带来了强有力的挑战,分析实证法学发展为新分析法学,凯尔森(Hans Kelsen, 1881—1973)、哈特(H. L. A. Hart, 1907—1997)、拉兹(Joseph Raz, 1941—)是其主要代表人物。凯尔森于1934年出版了其代表作《纯粹法学》,主张法学研究应排除任何价值标准和意识形态因素,而且应将法律规范与法律事实截然分开,从“纯粹”规范的角度进行研究。因此,法律科学是关于规范的科学;它是非意识形态的,法律规范的效力源于上一级规范,而不是从国家强制力而来;其研究方法是“超越现实的逻辑”,也就是说,其分析方法的特点是“形式的”而非“经验的”。凯尔森的纯粹法学以研究“现实的法”为使命,试图使法律科学成为真正意义上的科学,而不是政治学或者哲学的附庸。

哈特的新分析法学与凯尔森有所不同。他避免了包括凯尔森在内的先前分析实证法学在理论上的某些片面性,对实证法进行了更为严密的研究和分析。哈特在其代表作《法律的概念》中认为,一个有效的法律制度的基本特征不是人们必须服从法律,而是人们感到有义务服从法律,人们在接受规则的同时,在内心也获得了接受规则的理由,因此而将其作为自己行动的指南。这就是他所谓的人们理解法律规则的“内在观点”。哈特将法律称作规则体系,并区分为主要规则和次要规则。前者是“设定义务的规则”,它告诉人们应该或不应该做什么;后者是“关于规则的规则”,是设定权利的规则。哈特从规则本身入手建构自己的理论体系,将分析法学推进到了一个更高的层次。

20世纪二三十年代在美国兴起的现实主义法学是从社会学法学理论中分离出来的。美国社会学法学的创始人罗斯科·庞德(Rosco Pound, 1870—1964)既对

实用主义法学抱有一定的同情,又接受了自然法学的某些思想,提出了法律的社会控制理论。他把法律看成是这样一种社会制度,即在通过政治组织社会以安排人们行为而可以满足人们的需要或实现这些要求的情形下,它能以付出最小代价为条件而尽可能满足社会需要。与庞德同时代的卡多佐、霍姆斯等人赞同庞德的观点,同时还强调法律满足社会需要的模式是通过司法程序和司法保护来实现的。霍姆斯明确反对法律形式主义,提出“法律生活历来不是逻辑而是经验”的著名命题,成为法律现实主义的座右铭。法律现实主义的核心是把法律的规范性或者规定性成分降到最低限度,法律只是一种事实,是一套活的制度,而不是一种规则体系。法官、律师等在实际上对法律案件的所作所为就是法律。作为法律现实主义的主要代表的卡尔·卢埃林(Karl. N. Llewellyn, 1893—1962)认为,法律规则在案件审理中没有那么重要,法学应当从研究规则转变到研究司法人员的实际行为。另一位更为激进的法律现实主义理论家杰罗姆·弗兰克(Jerome. N. Frank, 1889—1957)甚至认为,法官判决的基础不是法律规则,而是由法官的情绪、直觉、预感、偏见、脾气等其他非理性因素决定的,因此法院的判决是极不确定的,也是不可预见的。

经济分析法学最初是作为法学研究的一种新方法而出现的,它将法律与经济效益联系起来,对法律进行经济分析。美国法学家理查德·波斯纳的《法律的经济分析》是其代表性著作。波斯纳在总结前人研究成果的基础上,系统地提出了法律经济分析的理论。这个理论是建立在这样的假设之上的,即人作为理性动物,必然努力使自己的满足得以最大化。一个人是否作出某种犯罪行为,诉讼人决定案件是在法庭内还是在法庭外解决,立法者决定支持还是反对某项立法,法官决定如何进行判决,合同双方是否履行合同……这一切都可以在这个假设基础上得到合理的解释。由此,一个理性的法律制度应该最大限度地利用人们的本性,促进自然资源和社会财富的最有效利用。经济分析法学主张“实质正义”,而排除对具体案件的狭隘的道德考虑,把权利义务的分配作为扩大社会财富的一种手段。在法律权利的分配中,如果没有一个人的境况坏下去而有更多人的境况好起来,就在更高层次上实现了社会正义。人们往往把法律理解为以国家为其后盾的规则体系,在经济分析法学看来,这是抽象而不可取的。

20 世纪七八十年代在美国出现了一个所谓的“批判法学”运动。之所以被称为批判法学,是因为这场运动的基本精神是对西方国家,尤其是对美国主流法律思想和现行法律制度持严厉的批判态度。这一运动的经典阐释是由罗伯特·昂格尔(Roberto Unger, 1949—)在其《批判法学运动》中完成的。批判法学理论的实质在于,它不认为存在着将法律和司法判决与政治学或政治决定区分开来的任何特殊