

现代西方方法理学

沈宗灵 著

北京大学出版社



现代西方法理学

沈宗灵 著

北京大学出版社

新登字(京)159 号

现代西方法理学

沈宗灵 著

责任编辑:李昭时

*

北京大学出版社出版

(北京大学校内)

国防科工委印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

*

850×1168 毫米 32 开本 印张 15.375 字数 385 千字

1992 年 6 月第一版 1992 年 6 月第一次印刷

印数:0001—2500 册

ISBN 7-301-01721-9/D·0179

定价:9.30 元

序

本书研究西方国家 20 世纪,尤其是第二次世界大战后迄今的法学基本理论——通称“法理学”或“法律哲学”,对这一期间它的各主要学派、主要代表人物的重要学说进行了论述、分析和批判。全书由导论、新自然法学和价值论法学、分析实证主义法学、社会学法学、其他法学 5 编组成,共 28 章。

笔者于 1977 年在北京大学法律系第一次为本科生开设“现代西方法律哲学”课程;于 1979 年起迄今为研究生开设“现代西方法律哲学选读”课程。1983 年法律出版社出版过笔者著的《现代西方法律哲学》的简编本。本书是在 1983 年那本书的基础上写成的,但不仅对各章进行了不同程度的修改,而且大大扩展了内容,已包括了那本书中未论述的,特别是 70—80 年代流行的一些学说。本书既是学术专著,又可作有关课程的教材或参考资料之用。

笔者谨向近年来曾经或仍在从事现代西方法理学研究和教学工作的年轻一代学者,特别是吉林大学法学院的张文显和北大法律系的齐海滨、王晨光和汪静珊等人表示诚挚的谢意,他们对本书的编撰提供了学术上和精神上的支持。笔者也深深感谢北京大学出版社的同志们,我们进行了很好的合作。笔者也感谢国家社会科学基金会提供资助。

沈宗灵

1991 年 5 月

内 容 简 介

本书研究西方各国 20 世纪，尤其是第二次世界大战后的法学基本理论——通称“法理学”或“法律哲学”，对这一期间它的各主要学派、主要代表人物的重要学说进行了论述和分析。本书既是学术专著，又可作有关课程的教材和参考材料之用。

目 录

第一编 导论	1
第一章 什么是现代西方法理学?	1
第二章 现代西方法理学是西方历史上法理学思想的 继承和发展	12
第三章 现代西方法理学概说	26
第二编 新自然法学和价值论法学	37
第四章 拉德勃鲁赫的相对主义法学及其后的转变	39
第五章 富勒的新自然法学	53
第六章 菲尼斯的新自然法学	77
第七章 马里旦的新托马斯主义法学	91
第八章 罗尔斯的正义论法学	111
第九章 德沃金的权利论法学	125
第三编 分析实证主义法学	143
第十章 霍菲尔德的法律概念分析学说	144
第十一章 凯尔森的纯粹法学	154
第十二章 哈特的新分析实证主义法学	181
第十三章 拉兹的新分析实证主义法学	206
第十四章 麦考密克的制度实证主义法学	225
第四编 社会学法学	248
第十五章 秋翼的社会连带主义法学	250
第十六章 埃利希的社会学法学	270
第十七章 庞德的社会学法学	281
第十八章 卢埃林的现实主义法学	308
第十九章 弗兰克的现实主义法学	328

第二十章 塞尔兹尼克的法律社会学	348
第二十一章 吕曼的系统论法律社会学	365
第二十二章 行为科学在法学中的体现	374
第五编 其他法理学	396
第二十三章 波斯纳的经济分析法学	396
第二十四章 批判法学	416
第二十五章 佩雷尔曼的新修辞学法律思想	434
第二十六章 霍尔和博登海默的综合法学	452
第二十七章 诺伊曼的法治论	462
第二十八章 弗里特曼的法治论	478

第一编 导 论

第一章 什么是现代西方法理学?

一、法理学的对象和范围

现代西方法理学是现代西方国家法学中研究法律基本理论的学科。这里讲的“现代”泛指自 20 世纪开始,尤指第二次世界大战结束后迄今。马克思主义认为,法学和法理学属于意识形态领域,是有阶级性的。代表统治阶级的、占支配地位的法学和法理学是一定社会上层建筑的组成部分。现代西方法理学,就其总体来说,代表这些国家资产阶级的利益。

英、法等语言中的 *jurisprudence* 是一个多义词,大体上包括以下几种意义:

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。”^①

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。英国法学中有时也有这种用法。

第四,特别在美国,可用作“法律”的一种较庄重的名称。如称

^① 《学说汇纂》,1、1、10、2;《法学阶梯》,1、1、1。

某一行业或某一地区的 jurisprudence,意即适用于该行业或地区的“法律”。

本书所称法理学,即以上第二种意义上的 jurisprudence。《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,大体上相当于法律哲学。法理学是关于法律的性质、目的、为实现那些目的所必要的(组织上的和概念上的)手段、法律实效的限度,法律对正义和道德的关系,以及法律在历史上改变和成长的方式。”^①这一条目还指出,在 19 世纪英国法学家奥斯丁的影响下,“法理学”一词的意义在相当长的时期内要比上面讲的意义为狭。奥斯丁认为,法理学主要指分析实在法而不管这种法律好坏与否。但现在,法理学已大体上摆脱了这种局限性。

这里应特别注意,西方法理学长期以来是划分为各个学派的,它们对法律的本质以及其他基本问题持有不同的观点,因此他们对法理学的研究对象本身就有不同的理解。例如,这一派强调对法律价值的研究;另一派强调对法律规则本身的研究;再一派强调对法律的社会实际的研究。

由于法律这一特定社会现象的无比复杂性,加上西方法学的分派繁多,使法理学的内容极为庞杂。正如英国法理学家哈里斯(J. W. Harris)风趣地指出的,“法理学是一袋杂七杂八的东西。关于法律的各种各样的一般思辨都可以投入这个袋中。法律是干什么的?法律要实现什么?我们应重视法律吗?对法律如何加以改进?可以不要法律吗?谁创制法律?我们从哪里去找法律?法律与道德、正义、政治、社会实践或赤裸裸的武力,有什么关系?我们应遵守法律吗?法律到底为谁服务?等等。这些就是一般法理学所包括的问题,人们可以不管这些问题,但这些问题却并不消

^① 《不列颠百科全书》(1973 年第 14 版)第 13 卷,第 150 页。

失。”^①

对法理学的内容，在理论上怎样加以分类？西方法理学家也有不同见解。例如综合法学的首创人霍尔主张法理学可分为四个部分：第一，法律价值论（legal axiology），主要研究法律强制的可行性，特别是强制的伦理问题。第二，法律社会学（sociology of law），主要研究法律规则的目的、应用和效果等问题。第三，形式法律科学（formal legal science），主要对法律术语、规则、裁决等进行逻辑分析。第四，法律本体论（legal ontology），主要研究法理学主题的性质，也即基本概念问题。以上几个部分相互密切联系，并以本体论作为中心。^②

另一美国法学家帕特森（E. Patterson）认为，“法理学是法律的（of law）一般理论或关于法律的（about law）的一般理论组成的。用这样两个命题，人们就可以大体上指出两类法律理论和分析：法律的内在方面（internal）和法律的外在方面（external）。”^③前一类法律理论划定法律的范围，探讨法律的一般概念、术语以及法律的各个部分之间的关系。这种理论不同于诸如合同法、财产法和程序法等部门法，它横穿这些部门法，提供了对这些部门法共同运用的一般概念。它也为现行法律制度应付新情况提供了一般的指引，就像一幅市区交通图一样向驾驶员指明到达一定目的地的标志。它也为法律著作提供一系列理论观点，如关于法律的意义、渊源和形式，特别是英美法制度中判例在解决今后问题中的作用，等等。在这个意义上，法理学就是指奥斯丁的分析法理学。

后来，第一类法律理论又扩大到包括法律制度或其中某一制

① 哈里斯：《法律哲学》，伦敦 Butterworth 公司 1980 年版，第 1 页。

② 霍尔：《法理学和刑法理论研究》，1958 年版，第 44—46 页。

③ 帕特森：《法理学》，美国 Foundation Press 公司 1953 年版，第 2 页。

度某些主要方面的一般政策问题。人们能引申出或发现民事侵权行为法、合同法、财产法、行政法的一些暗示的假设吗？这些假设中是否包含了相互并存或矛盾的命题，相互协调的或冲突的倾向？例如，法律责任基于过错的原则在侵权行为法中是占优势的原则还是落后的原则？由于责任保险制的兴起，这一原则应在什么程度上加以修正？又如，随着现代大公司的兴起，成千上万股票持有人在法律上都成了公司财产的“所有人”。这一事实对财产“所有权”的传统法律概念又发生了什么影响？再如，在制定某些有关经济利益的行政规章时，其程序是仿照审判还是仿照立法？就审判程序而论，在作出决定前必须听取有关当事人的陈述，而立法程序并无这种规定。以上这些问题不仅涉及侵权行为法、公司法或行政法，而且对整个法律都有重大影响，在这一意义上它们属于法理学。此外，探讨这些问题使人超越法律规则的内在方面而进入到法律制度的外在方面，即法律与政府和社会的关系，与伦理、经济、政治和社会信念和实践的关系，这些事情与法律有密切联系但又有区别。

这些问题就属于广义的法理学，也即关于法律的一般理论，它们是西方文明不同阶段中作为文化传统的一部分提出、接受和发扬的。例如，法律和政府、法律和社会的关系。法律的“存在”是否依靠政府或者法律是否可以独立于政府之外“存在”？法律仅仅反映一定社会中大多数人的共同信念，还是由某个统治集团或来自某个外在来源的一种社会控制工具？或者两者兼而有之。正义是法律的内在的、必然的特征，还是用以衡量一定法律或根据法律的一定行为，是否正当的一个外在标准？法律的正确和错误、好和坏的标准又是什么？等等。

二、法理学和法律哲学

以上讲到，在《不列颠百科全书》对“法理学”一词的解释中，此词大体上相当于“法律哲学”。这部百科全书关于“西方法律哲学”条目的解释是：“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）一词常被用作法律哲学的同义词，并且总是用以概括法学领域的分支学科的。”^①《牛津法律指南》一书中关于“法律哲学”和“法理学”两个条目的解释中也指出，这两个词有时作为同义词使用。^②

在英语国家，不仅“法理学”和“法律哲学”两个词是通用的，而且法律基本理论的著作和课程一般以“法理学”命名；也有少数的称法律哲学，或两个名称并用。前者如哈里斯的《法律哲学》（1980年），后者如庞德的《法律哲学导论》（1924年）和5卷集《法理学》（1958年），又如博登海默的《法理学——法律的哲学和方法》（1974年修订版）。但在欧洲大陆国家，有关法律理论的著作，一般称为“法律哲学”，特别在德国，“法律哲学”和“法律科学”两词是分开使用的。目前存在的有关法律理论的唯一国际学术组织的名称是“国际法律哲学和社会哲学协会”（简称IVR）。这一名称同该协会创办人德国法学家柯勒（J. Kohler，1849—1919年）是有关的。正是由于“法理学”或“法律哲学”这两个名称，少数西方法学家将研究法律一般理论的著作直接称为“法律理论”或“一般法律理论”。

法律哲学，就其内容来说，早在古希腊、罗马时代就已存在，

① 《不列颠百科全书》（1977年第15版）第10卷，第714页。

② 沃克主编：《牛津法律指南》，1980年版，第746、678页。

但其名称却直到 18 世纪末 19 世纪初才开始盛行。历史法学派首
创人胡果 (Gustav Hugo, 1764—1844 年) 将其 1798 年出版的著作
定名为《作为实在法, 特别是私法哲学的自然法教科书》。黑格尔
的《法哲学原理》(1821 年出版) 则是人们熟知的作品。英国分析
法学派创始人奥斯丁的一本著作更取名为《法理学或实在法哲学
讲义》(1863 年初版)。但在 18 世纪末以前, 甚至在古代的著作中,
已出现“法律哲学”这一名称。古罗马哲学家西塞罗的《法律
篇》中就讲到接近法律哲学的用语: 法学并不来自裁判官的告示
或十二铜表法, 而“来自最深刻的哲学奥妙”^①。17 世纪德国哲学
家莱布尼兹 (G. Leibniz, 1646—1716 年) 在其法学著作《法学教
学的新方法》(1667 年) 中也直接讲到“法律哲学”。^②

这里应注意, 就现在来说, 法律哲学相当于法理学, 而且一
般是高等法律院系开设的课程。因而, 法律哲学是法学的一个分
科, 而不是一般意义上的哲学 (即以整个世界最一般规律为对象
的学问), 也不是它的一个分科。“就法律哲学和一般哲学具有某
种必然联系或一致性而论, ‘法律哲学’ 这一用语可能引起误解”;
“只有将这里所称的‘哲学’从它的最非专业性的和最广义的意义
来解释, ‘法律哲学’ 这一名称才不是用词不当。”^③《苏联大百科
全书》中关于“法律哲学”这一条目的释义中也讲到“法哲学即
法律哲学, 是资产阶级法学的一个分科, 它的任务是研究国家和
法律的一般规律。”^④

但是, 法律哲学是法学而非哲学的一个分科这一命题, 大体
上只是指 19 世纪中后期, 尤其是现代来说的, 在此以前一般就不

① 西塞罗:《法律篇》, I·5; C.W. 凯斯主编本, 第 315 页。

② 转引自 G. 德尔韦基奥:《法律哲学》, 1953 年英译本, 第 6 页。

③ 《不列颠百科全书》(1977 年 15 版) 第 10 卷, 第 714 页。

④ 《苏联大百科全书》(第 2 版) 第 45 卷, 第 139 页。

适用了。例如，黑格尔的《法哲学原理》中一开始就指出，“法哲学这一门科学以法的理念，即法的概念及其现实化为对象”；“法学是哲学的一个部门”^①。为什么现在可以讲“法律哲学”是法学的一个分科，法学与哲学是相互独立的学科；而在黑格尔的时代，他可以宣称，不仅法律哲学，而且整个法学都是哲学的一个部门？为了说明这一问题，就需要简单地对西方法学的历史发展作一回顾。

西方法学虽然是一门具有长期历史的、古老的学科，但其发展成为一门独立的学科，却也经历了长期曲折的过程。在古希腊，各门学科是很难分开的，法律思想和哲学、伦理、政治等思想密切结合在一起。在古罗马帝国前期，由于当时的特殊条件，法学曾相当发展，在某种程度上曾一度成为独立的学科。在西欧中世纪时，神学垄断了整个思想领域，哲学、政治学和法学都成了神学的附庸。

在17—18世纪资产阶级革命时期，哲学、政治学和法学等都在不同程度上摆脱了神学的桎梏。但那时的法学，只能说已开辟了成为独立学科的道路，却还未确立为一门独立的学科。因为一方面，法学与政治学密切结合在一起。例如洛克的《政府论》、卢梭的《社会契约论》，甚至孟德斯鸠的《论法的精神》等杰作，都可以说是兼具政治学和法学性质的书籍。这种情况在资产阶级夺取政权的时代是难以避免的。另一方面，无论政治学或法学以至其他很多学科，又都仿佛成为哲学的一个分科。这主要是因为当时科学还不发达，哲学曾作为“科学的科学”而代替一切科学，特别是一些唯心主义哲学家力图建立一门包罗万象的体系，将包括法学在内的其他学科都作为这一体系中的一个环节。黑格尔的哲学可以说是这种体系的最后尝试。他的“法哲学”是他的庞大的

^① 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，《导论》第1—2页。

唯心主义哲学体系中的一个环节。因此他声称“法学是哲学的一个部门”也是完全可以理解的。但是，正如恩格斯在批判这种唯心主义体系时指出的，“在这里，历史哲学、法哲学、宗教哲学等等也都是以哲学家头脑中臆造的联系来代替应当在事变中指出的现实的联系，把历史（其全部和各个部分）看作观念的逐渐实现，而且当然始终只是哲学家本人所喜爱的那些观念的逐渐实现。”^①

那时，法学和政治学密切结合，而两者又都从属哲学这一事实，同时也就意味法律哲学具有两个重要特征。

第一，那时的法律哲学主要是指哲学家和政治学家的法律哲学。在法律哲学史中，“有些法律哲学家首先是哲学家，为了完成他们的哲学体系才是法学家。另一些法律哲学家首先是政治学家，由于他们感到有必要以法律形式来表达其政治思想才是法学家”^②。纵观黑格尔以前的西方法律哲学史，对法律哲学具有重大影响的代表人物，如柏拉图、亚里士多德、西塞罗、托马斯·阿奎那、马基雅维利、博丹、格劳秀斯、斯宾诺莎、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭、普芬道夫、贝卡里亚和康德等等，其中首先是法学家的人是罕见的。

第二，这些首先是哲学家或政治学家的人所讲的“法律哲学”，主要是探讨法律与其他社会现象，例如政治、道德和宗教观念之间的关系，而不是主要研究法律本身的内容和形式。用上面讲过的帕特森的分法来说，他们主要研究法律的外在方面的一般理论，而很少或根本不研究法律的内在方面的一般理论。

从19世纪起，随着资产阶级统治的逐步确立，以及资本主义国家立法和司法的广泛发展，法学才逐步与哲学、政治学相分离，成为一门独立的学科。与此同时，哲学家或政治学家的法律哲学

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，第242页。

② W. 弗里特曼：《法律理论》，英国伦敦 Stevens 公司1967年版，第3页。

也逐渐变为主要是法学家的法律哲学，法律哲学也就相应成为法学的一个分科，“法律哲学”与“法理学”这两个名称也逐渐通用。“19世纪以前，法律理论基本上是哲学、宗教、伦理学或政治学家的副产品。大法律思想家主要是哲学家、僧侣、政治学家。从哲学家或政治学家的法律哲学向法学家的法律哲学的根本转变，还是距今不远的事实。这一转变伴随着一个法律研究、技术和专业训练巨大发展的时期。”^①

当然，当人们说法律哲学现在已成为法学的一个分科，这主要是指同黑格尔时代相比而言；现在法律哲学领域的主要代表人物，就其专业而论，主要是法学家；他们更多地注意从法学角度来研究法律哲学，但这决不是说哲学家或政治学家已不再研究法律哲学问题。事实上，任何哲学家或政治学家都要在不同程度上研究法律哲学问题。就以现代西方法律哲学的主要代表人物而论，固然大多数是专业法学家，但也确有少数哲学家、政治学家或社会学家对法律哲学领域具有重大影响。本书中专章论述的法国哲学家马里旦和美国哲学家罗尔斯的学说就是例证。

在西方思想界，也有少数人，尤其是欧洲大陆国家一些具有哲理法学派倾向的人物，还认为法律哲学是哲学的一个分科。首先应指出，他们所讲的“法律哲学”显然已不同于黑格尔的法律哲学。因为他们所讲的法律哲学研究的内容就是法学家通常所讲的一般法律理论。例如德国《布洛克豪斯百科全书》中“法律哲学”这一条目的解释是：“法律哲学是哲学的一个分科，它以一定的方式，有系统地从事研究法律和法学的一般原理（意义和目的、起源和效力）。”^②

再有，有些法学家，特别是欧洲大陆的具有哲理法学派倾向

① 弗里特曼：《法律理论》，第4页。

② 德国《布洛克豪斯百科全书》第15卷，第512页。

的法学家强调“法律哲学”和“法律科学”的划分。例如德国新康德主义法学家拉德勃鲁赫就认为，“法律哲学是哲学的一部分，所以，首先必不可少的是阐明法律哲学的总的哲学设想”，“法律哲学”的特征是研究法律文化的价值。“法律科学”的特征是研究法律文化的事实。^①又如意大利新黑格尔主义法学家德尔韦基奥认为，“法律哲学是哲学的一部分，或准确地说，是实践哲学的一部分。对法律的普遍意义的研究构成法律哲学的对象；然而也应注意，对法律也可就其特殊性来研究，在这种情况下，就成了法律科学或狭义的法学对象。”^②

以上着重指出了从19世纪中后期以来，法律哲学已成为法学而不是哲学的一个分科，但我们也应看到，法律哲学始终是与某种一般哲学有联系的，且往往以后者作为自己的思想基础。事实上，整个法学都与哲学有联系，超越任何哲学之外的法学是不存在的。就法学中各个学科而论，作为法律基本理论的法理学或法律哲学，和一般哲学的关系又最为直接和密切。例如现代西方法理学的各主要学派，都在不同程度上、不同形式下受到现代资产阶级哲学的影响，特别是实证主义、实用主义、逻辑实证主义、语言哲学、新康德主义、新托马斯主义的影响。当然，这些哲学对法理学的影响是很复杂的。某一法理学家完全信奉一派哲学的情况固然有，但也有人在某些问题上信奉这派哲学，在另一些问题上信奉其他派哲学，或主要信奉这一派哲学又辅之以其他派哲学。

现代西方法理学与哲学的关系固然极为密切，但除哲学外，法

① 拉德勃鲁赫：《法律哲学》，见《二十世纪法律哲学丛书》之一：《拉斯克、拉德勃鲁赫和达班的法律哲学》，K. 维尔克英译本，哈佛大学出版社1950年版，第49、52页。

② 德尔韦基奥：《法律哲学》，第1页。