

当代西方 法学思潮评析

DANG DAI
XI FANG
FA XUE
SI CHAO
PING XI

● 吴新耀 著

● 辽宁大学出版社

当代西方法学思潮评析

吴新耀 著

辽宁大学出版社

一九九一年·沈阳

责任编辑 郭胜鳌
封面设计 陈景泓
责任校对 王 琨

当代西方法学思潮评析

吴新耀 著

*

辽宁大学出版社出版发行 (沈阳市崇山中路66号)
朝阳新华印刷厂分厂印刷

*

开本: 850×1168 1/32 印张: 7.125 字数: 140千
1991年8月第1版 1991年8月第1次印刷

印数: 1—1,000

*

ISBN 7-5610-1178-4

D·109 定价: 3.20元

(辽)第9号

导 言

比较中国和西方法律文化传统，我们可以发现法律观念上的一个重大差异。在西方，法律是和“权利”、“公正”紧紧相连的。在这个意义上理解法律，就必然引申出法治的概念：要求统治者制定比较完善的法律，并要求一切人都平等地遵守法律，违法者都必须受到追究。中国则不然，与法律联系最紧的是“刑”，强调“正刑定罪”，“法”与“罚”几乎是相等的。中国和西方这种法律文化传统上的差异，对法律制度和法学的发展产生了重大影响。在中国封建社会里，法、刑不分，刑罚之网笼罩着一切受法律调整的社会关系，法成为死亡与痛苦的同义词，人们谈法色变。新中国的成立从根本上改变了这种状况，国家的法制建设有了很大的发展。但是，“文化大革命”的发生，首先“革”去了法律。法，没有了，刑，却不可不要。摆脱了法律羁绊的私刑，象毒草一样随着所谓“群众运动”的狂风暴雨出现在神州大地，吸去了本该供养法制之花的养料。于是，演出了一幕幕不该出现的悲剧。从一代革命英豪到普通的共产党员，从被“打倒”的国家主席到失去法律保障的普通公民，不知有多少人在一夜之间被放逐、监禁、伤残、冤死。当我们重新举起民主和法制大旗的时候，法学家们在对历史进行反思的同时，十分自然地对西方法律文化的成果重新思考。从对西方法律史和法学史的研究中，我们发现：在任何时代，法律的完善、发达总是和法学的发展、兴旺相随的。完善的法律制度为法学的发展提供了丰富的素材，同时又从法学的发展之中吸取着养料。政治家和立法者关注着法学

发展的成就并以这些成就指导或调整自己的活动，他们不仅关注着法学家关于各个法律部门或具体法律规范的分析、评价，而且更加注重法学家对法律一般问题的论述：什么是法律？法律的任务何在？作用何在？如何发挥法律的最大功能？如何建构完善的法律体系？一个社会之中存在着的法律体系有什么意义？法律的本质是什么？法律纯粹是由强制力保证执行的规范体系，还是某种道德原则指导下的行为准则？如何建立一个有利于统治秩序或社会秩序的法治状态等等。对这些问题的探讨，构成了西方法理学（或称为法哲学）的主要内容，也是西方法学思潮的主要内容。

在我国历史上，对西方法学思潮的介绍和研究早在19世纪后期就已经开始。鸦片战争以后，由于帝国主义的入侵，使中国进入到半殖民地半封建社会，面临帝国主义的侵略和亡国的危险，先进的知识分子开始向西方寻找救国方略。严复、梁启超等人翻译了大量的近代西方法学著作，把近代西方资产阶级的法学理论介绍给中国人民，他们引进了资产阶级的进化论、天赋人权说、社会契约论、三权分立和自然法观念。近代西方法学思潮的传入，把民主和法制的要求带到了中国，加速了中国封建法系的解体，并对中国人民产生了思想启蒙作用。辛亥革命前后，以孙中山为代表的资产阶级革命派，在自己的革命纲领和理论体系中，广泛吸收了西方近代法学思潮的成果。孙中山提出的法治原则，五权宪法学说、民权理论等，实际上是西方近代法学与近代中国民主革命的实际相结合的产物。正是由于近代西方法学思潮的传入，为孙中山领导的资产阶级民主革命提供了理论基础。辛亥革命以后，中国法学界对西方法学思潮的介绍和研究并没有停止。新中国成立以前，国内出版、发表了很多介绍西方法学思潮，特别是西方社会学法学和分析法学的著作和文章。西方社会学法学的主要代表人物之一，美国著名法学家庞德曾担任国民党政府的

司法部和教育部顾问，社会学法学因此曾经在旧中国广为传播。新中国成立之后，由于特殊的国际环境和废除国民党政府“法统”的需要，法学界在马克思主义法学理论指导下，对资产阶级法学进行了批判和清理，这对于我国社会主义法制建设和法学的发展曾经起过积极的作用。但在后来出现的极“左”思想的干扰下，对西方法学思潮的分析、批判中也出现了片面性的问题。“文化大革命”以后，我国进入了新的历史时期，随着改革、开放的进行，法学界开始重新认识和全面评价当代西方法学思潮。在指出当代西方法学思潮为垄断资本主义服务的阶级本质的同时，法学界看到：当代西方法学随着西方社会的进一步发展，在关于法律的社会性内容方面、法律技术方面等一些问题的论述，在一定程度上反映了人类法律文明积累的成果，这些内容对于我国的法制建设和法学发展具有一定的借鉴意义。多数资产阶级法学家在坚持资产阶级专政的前提下，主张通过法制实现和维护资产阶级的根本利益，强调一个国家的法制对于这个国家统治者的重要意义，所有这些，对于我们认识社会主义法制的重要性，具有一定的启发作用。

西方法学思潮的历史十分悠久。法学界普遍认为：古代希腊是西方法学的发源地。古代希腊哲人们对人生、宇宙和自然的深切关心，促使他们去寻找一种普遍法则，以指导人类的善良生活，于是，他们找到了正义和自然法，并在法学史上最早提出了法治的问题。到古罗马时代，由于商品经济的高度发展，公民的权利和平等问题成为法律和法学的主题，罗马法的高度发展与罗马时代法学的兴旺相映生辉，使古代西方法学发展到鼎盛时期。在漫长的中世纪黑暗之中，只有神灵的光辉能安抚人类的空虚和软弱，基督教教义不仅被视为人类心灵之中的唯一真理，也被视为治国的方略和个人行为准则。教义取代了法律，法学成为神学的奴婢，陷入了深深的苦难之中。文艺复兴运动的发生也带来了法

学的复兴，法学家开始重新用人的眼光而不是神的眼光来看待法律。到了资产阶级革命时期，以古典自然法学说的出现为标志，迎来了法学的辉煌时代，自然法、契约论、自由、平等、人权成为法学的主题，法治观念深入人心。近代资产阶级法学的兴起，促成了近代资产阶级民主制和法治的建立。古而有之的法治要求，在人类历史上第一次从理论变成现实。这是法律发展史和法学发展史上一次前所未有的飞跃，近代西方法律和法学的出现，不仅开始在世界范围内推翻腐朽的封建专制制度，极大地推动了人类社会的进步，而且为真正科学的法学的创立，为真正公正的法治的出现开辟了道路。当西方法学家们还在为资产阶级法学的发展方向争论不休的时候，马克思恩格斯已经开始提出历史唯物主义的法学观，当西方各国尚在为资产阶级法制大厦添砖加瓦的时候，布尔什维克已在俄国推翻了资产阶级法治的基础，马克思主义法学和社会主义法制的出现，导致了西方法律和法学的危机。就在这样的背景之下，在西方法学界出现了种种新的思潮，打破了古典自然法学派在法学界的绝对统治地位，众多法学流派的百家争鸣取代了古典自然法学派的一枝独秀。不同的法学派别由于其产生的历史条件和社会环境不同，由于法学家的哲学基础和研究方法、研究重点的差异，其学说的内容和风格有很大的不同。但综观全局，当代西方法学研究的重点集中体现在三个问题上：法律的内容、法律的形式和法律的价值。社会学法学强调法律的内容，主张以“社会利益”为中心，解释和说明法律；分析法学派则注重法律的形式问题，他们否认或者回避法律价值问题，强调法学的任务在于寻找一条道路，以建立严格、完善的法律规范体系，保持规范体系逻辑结构的完整一致。新自然法学则哀叹资本主义社会世风日下，试图以正义、善良的价值准则，挽救资本主义法律的衰颓。上述三大法学派别从三个不同的方面论述了当代法律的基本问题，构成了当代西方法学思潮的主流。但长期以

来，这三大派别之间，论战不休，互相攻击，使西方法学界处于严重的分裂之中。西方法学界从古典自然法学派的一统天下变成社会法学、分析法学和新自然法的三强鼎立，反映了资产阶级完成推翻封建制度，建立资产阶级法治的任务之后，对法律发展方向的争论和困惑，反映了资产阶级内部不同的利益集团之间，对法制建设的不同要求。应该承认，法律的内容、形式和价值问题是构成法学基本理论的三大主题。如果暂时抛开西方法学家对这三大主题的具体论述，那么，可以说，从这三个方面入手研究法律，在法学方法上不无可取之处。但在当代西方法学界，多数法学家都将这三者割裂开，甚至对立起来，这至少在法学方法上是不科学的。60年代以来，这一问题引起了一些西方学者的注意，他们意识到，这种分裂和对立局面，影响了法学的发展，不利法律的完善，因而提出了建立统一法学（或称为综合法学）的任务。同时，上述三大学派在相互论战之中也开始调整各自的观点。分别向论战的对方作出某些让步和退却。这就形成了当代西方法学思潮发展的新趋势：从破碎、分裂向新的综合和统一发展。

中国的改革、开放，需要有完善的法制，也需要了解西方的法律。不论是立足建设中国的社会主义法制，还是对外交往的需要，对于当代西方法学思潮的了解都不可缺少。古代中国封建社会长期的人治传统和西方社会对法治的不懈追求恰成鲜明的对照，其所以如此的原因之一，是思想上、理论上对法律和法治截然不同的认识。一旦我们认识到了法治对于社会进步和生产力发展的巨大作用时，建设完善的法治就成为全体人民的共同要求和愿望。但是，仅仅认识到法制的必要是不够的。作为人类文明发展成果的当代法制，就象当代社会其它政治上层建筑一样，不仅是文明积累的产物，而且有其独特的运行规律和操作技术，我们只有吸收前人积累的全部经验才可能完善本国的法制，只有借鉴当代法学发展的一切积极成果，才能适应时代的要求。对当代西

方法学思潮的介绍和研究肯定会有助于我们达到这一目标。现代科学技术的高度发展，已经大大地缩小了人类的空间距离，古人眼中无边无际的地球，已被喷气式飞机连接成一个小小的村落。在“地球村”里，任何一个国家都不可紧闭国门而寻找发展和进步的道路了。对外开放的国策、和平发展的需要，都要求我们研究、了解外国的法律。通过对当代西方法学思潮的研究，有助于我们真正把握贯彻在当代西方法律之中的价值准则，了解其产生、发展的文化和历史背景，只有这样，才能真正理解西方法律。

随着我国改革开放国策的推行，西方的各种社会思潮，包括各种法学理论也伴随着当代先进的科学技术纷纷涌入国门。欧风美雨，扑面而来，令人眼花缭乱，难免良莠夹杂。引进先进的科学技术，吸收进步的文化成果，固然是建设现代化国家的需要。抵制腐朽的生活方式，清除种种精神垃圾，更是保证改革开放的社会主义方向所必需。面对大量涌入的各种西方法学思潮，我们既不能重锁国门，将其统统拒于国门之外，也不能毫不设防，任其自由发展。这就有必要运用历史唯物主义的原理和马克思主义法学理论，分析、鉴别西方的各种法学思潮，批判、揭露当代西方法学思潮反动的阶级本质，借鉴其合理的成份。研究当代西方法学思潮，首先必须坚持马克思主义的阶级分析方法。列宁曾经指出：“人类史上的每一个大的时期（奴隶占有制时期、农奴制时期和资本主义时期）都长达几千年或几百年，包含许许多多的政治形式，各种各样的学说、政治见解和政治革命，要认清这一切异常繁杂的情形，就必须牢牢把握住社会阶级划分的事实，阶级统治形式改变的事实，把它作为基本的指导线索，并用这个观点去分析一切社会问题，即经济、政治、精神和宗教等等问题。”^①我们应该通过对各种法学思潮全面、具体和历史的分

^① 《列宁选集》第4卷，第47页。

析，揭示出各种抽象的法学理论和观念之中所蕴藏的阶级内容，准确地评价各种法学思潮的性质和作用，划清马克思主义法学观与剥削阶级法学观的界限，以防止被资产阶级法学观所迷惑。正如列宁所指出的：“当人们还不会从任何一种有关道德、宗教、政治和社会的言论、声明和诺言中揭示出这些或那些阶级的利益时，他们无论是过去或将来总是在政治上作受人欺骗和自己欺骗自己的愚蠢的牺牲品的。”^①

需要指出的是，对西方当代以及历史上的各种法学思潮进行阶级分析，并非是不加分析地排斥、否定他们。在分析任何一个社会问题时，就是要把问题提到一定的历史范围之内，这是马克思主义的一条基本原则。坚持这一原则，就要求我们在评价西方法学思潮时，既要揭示其剥削阶级的阶级性质，又要将它们放在其产生、发展的历史条件下以及与之相联系的历史发展过程之中，考察它们是否反映了当时历史发展的要求，是否促进了社会进步，是否推进了人类对法和法律现象认识的深化，在西方法律思想史上，不乏这样的事例：许多进步的法律思想家，由于受时代和阶级立场的局限，使他们的思想呈现出十分复杂的状况，充满了内在矛盾。进步性与保守性并存，积极作用和消极作用并存，精华与糟粕交织在一起，这就要求我们坚持实事求是的科学态度，不能因为某种法律思想具有进步性的内容而全盘接受，也不能因为某种法律思想的基本倾向是保守的甚至是反动的，而拒绝接受其中某些合理因素。总之，阶级分析的观点，历史的方法和实事求是的科学态度，这是我们研究和评价西方法学思潮的基本指导思想。

^① 《列宁全集》第19卷，第8页。

目 录

导 言	(1)
第一章	
从雅典学园到雅各宾俱乐部	
——西方法学思潮的历史回顾	(1)
1.1 正义论：一个永恒的花环	(6)
1.2 中世纪：法学的黑暗时代	(23)
1.3 辉煌时代：古典自然法学的崛起	(34)
第二章	
分析实证法学派：从奥斯丁到	
哈特	(51)
2.1 功利主义法学：寂静无声的前奏	(55)
2.2 奥斯丁：坟墓中的伟人	(67)
2.3 维也纳学派：一种“纯粹”的追求	(77)
2.4 论战和退却：新分析法学派	(90)
第三章	
法律的社会化和社会学法学	(98)
3.1 社会功利主义法学和社会达尔文主义法学	(104)
3.2 法律和社会连带关系	(112)
3.3 法律和社会控制论	(124)

3.4 法律：从神话到现实·····	(134)
--------------------	-------

第四章

新的循环：自然法学的复兴·····	(144)
4.1 驱不散的幽灵：教皇与马利丹·····	(150)
4.2 理不清的纠纷：法律的道德性·····	(159)
4.3 得不出的结论：平等权利论·····	(169)

第五章

新的综合·····	(181)
5.1 正在崛起的法学新军：批判法学和经济分 析法学·····	(183)
5.2 比较法学：从方法到流派·····	(193)
5.3 综合法学：是希望还是绝望？·····	(205)
后 记·····	(215)

第1章

从雅典学园 到雅各宾俱乐部

——西方法学思潮的历史回顾

西方法学思潮发展的历史十分漫长。从古希腊奴隶制的法律产生以后，直到当代，各个时代、各个阶级的思想家、法学家对法律问题的探索，从来没有停止。古希腊的思想家在研究哲学、政治学、伦理学的时候，已经开始广泛涉及法律方面的问题，这就产生了西方历史上最早的法律思想。柏拉图、亚里士多德在雅典开办的学园尽管不是专门的法律学校，但他们在学园里传授的知识，宣传的思想对以后西方法学的发展产生了巨大的影响，成为研究西方法律思想发展史的起点。古罗马高度发展的奴隶制法律，极大地刺激了法学的发展。罗马帝国初期，在西方历史上第一次出现了职业法学家集团和大批法学著作，法学开始成为专门的学科。中世纪的来临造成了神学在思想界的垄断地位，法学的发展停顿了，但它没有被消灭。法学在神学的光环下挣扎着。基

基督教思想家提出了神学法律思想。近代资产阶级革命时期，西方法学发展到了一个新的时代。自然法学派的崛起，迎来了西方法学的辉煌时代。在这一章里，我们将和读者一起，沿着西方法律思想从古代到近代的发展轨迹作一次漫长的旅行：从古希腊的城邦到中世纪的教堂，从古罗马的法律学校到近代法国的雅各宾俱乐部。或许我们只是走马观花，仅仅向读者指出漫游这座历史花园的主要路径。因为这条路太长了，如果我们沉湎其中，即使奋斗终身，恐怕也难以奢望在这条路傍竖起一块真正属于自己的里程碑。回顾西方法学思潮的历史，是为了更好地把握当代西方法学的现状。因为“历史从哪里开始，思想进程也应当从哪里开始，而思想进程的进一步发展不过是历史过程在抽象的、理论上前后一贯的形式上的反映；这种反映是经过修正的，然而按照现实的历史过程本身的规律来修正的。这时，每一个要素可以在它完全成熟而具有典范形式的发展点上加以考察。”^①西方法学发展的历史过程，同样是西方社会、特别是法律制度发展的历史过程抽象的、理论上的反映。历史上的思想家们在阐述其法律观点时，都深深地烙上了他们所生活的那个时代的烙印。他们也许可能曾对其生活其中的社会环境和法律制度加以批评和指责，但更多的是以种种抽象却十分动听的词句加以粉饰，力图以所谓公平、正义、自由、幸福等，来掩饰、美化或“修正”那些普遍存在于剥削阶级法律之中的专横、残暴和野蛮。并且小心翼翼地宣称自己是站在“公平”和“超然”的立场来分析和说明法律基本问题的，以使其学说和观点更具有说服力。尽管如此，他们仍然不能摆脱现实的历史过程本身的规律。社会的经济关系、政治和法律制度，乃至民族的文化传统，都不可避免地影响着他们的思

① 恩格斯：《卡尔·马克思〈政治经济学批判〉》见《马克思恩格斯全集》第13卷，第532页。

想，个人所处的社会地位和阶级立场也必然反映到他们的学说之中，这就使西方法学思潮在不同的时代和不同的国度具有了不同的“典范形式”。这些不同的法学思想的更替和斗争，就构成了西方法学思潮发展的历史过程。正如列宁所说的，“思想史就是更替史，因此，也就是思想斗争史”。^①从古希腊直到近代，劳动人民一刻都没有停止对剥削阶级政治法律制度的批判和对理想法律制度的追求。古希腊破产农民赫西俄德（约公元前八世纪末——七世纪初）在其写就的充满悲观情调的诗篇中，把那些把持法律、主持审判、执行判决的贪赃枉法之徒斥之为凶猛的苍鹰。文艺复兴时期直到近代的一大批空想社会主义思想家，则在批判剥削阶级法律的同时，精心设计了未来大同社会的法律制度。反映劳动人民愿望和要求的声言，尽管在剥削阶级圣洁的法学殿堂里显得十分弱小，却始终没有消灭。但是，我们必须看到，“统治阶级的思想在每一时代都是占统治地位的思想。这就是说，一个阶级是社会上占统治地位的物质力量，同时也是社会上占统治地位的精神力量。支配着物质生产资料的阶级，同时也支配着精神生产的资料，因此，那些没有精神生产资料的人的思想，一般地是受统治阶级支配的。占统治地位的思想不过是占统治地位的物质关系在观念上的表现，不过是以思想的形式表现出来的占统治地位的物质关系；因而，这就是那些使某一个阶级成为统治阶级的各种关系的表现，因而这也就是这个阶级的统治的思想。”^②在西方法律思想史上，占统治地位的始终是统治阶级——奴隶主阶级、地主阶级、资产阶级的法律思想。维护各种不同形式的私有制以及建立在私有制基础之上的法律制度，始终是其核心内容。在古代，奴隶制度曾经是思想家们探讨一切法律思想的出发

① 《列宁全集》第20卷，第532页。

② 马克思、恩格斯《费尔巴哈》，《马克思恩格斯选集》第1卷，第52页。

点。早在公元前8——6世纪，古希腊就开始出现了私有财产和阶级划分。随着奴隶制国家的出现，奴隶制法律也逐步形成。古希腊社会的重要特点之一，就是它并不是一个统一体，而是由100多个分散的城邦国家所组成的。所谓城邦，就是以个城市为中心，包括周围的一片乡村所组成的独立的的城市国家。城邦制度是古希腊社会的基本结构。城邦即国家，法律乃是城邦的法律，法律思想也是关于城邦国家的法律思想。在城邦制度下，奴隶制度得以高度发展。恩格斯指出：“到了雅典全盛时代，自由公民的总数，连妇女和儿童在内，约为九万人，而男女奴隶为三十六万五千人，被保护民——外地人和被释放的奴隶为四万五千人。这样，每个成年的男性公民至少有十八个奴隶和两个以上的被保护民。”^①由于大量奴隶的存在，充分地利用奴隶劳动，推动了经济的发展，使得奴隶主阶级的思想家们有充分的“闲暇”，从事精神领域的活动。然而，当古希腊的思想家们以较大的热情关注法律问题的时候，古希腊城邦制度已开始衰落，奴隶制的社会秩序屡遭冲击，社会动荡日益加剧。因此，寻找摆脱社会危机和完善奴隶制法律的方案，就成为当时奴隶主阶级法律思想的主要任务。

在罗马，高度发达的奴隶制商品经济，有力地促进了奴隶制法律，特别是民事法律的发展，从理论上说明这种法律存在的必然性和合理性，深刻地阐明法律的一系列基本概念和范畴，成为罗马的法学家们研究的重要内容之一。由于社会对于法学理论、法律知识的迫切需求，造就了一大批专门的法学家，形成了一个独立的法学家阶层，作为独立学科的法学也随之形成了。

欧洲中世纪生产关系的基本特征，是以国王为代表的，由教会贵族和世俗封建贵族组成的封建地主阶级占有生产资料和不

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷，第115页。

全占有生产者农奴，并通过各种租税剥削具有自由身份的其他劳动者。自给自足的自然经济占主导地位的封建庄园是西欧封建社会经济、政治的基本组织形式，封建领主在其领地内享有经济、政治、司法、财经大权，并实行严格的等级制度。在思想领域，基督教作为封建统治的思想支柱，支配着意识形态的一切领域。以教皇为核心，按照严格等级划分的教阶制度组成的教会组织，将整个西欧结成一个巨大的政治体系，整个中世纪的法律制度和法学思潮无一不从属于基督教。在这种情况下，法学思潮的中心任务，就是论证封建法律制度的神圣地位，特别是论证上帝的旨意是一切法律规范和法律制度的最终来源和最高标准，维护以神权、君权为核心的封建法律制度和秩序。封建社会中期以后，城市的兴起和市民阶级的壮大，使封建社会内部的阶级斗争更为激烈，这种斗争也反映到法律思想领域，并最终导致了文艺复兴和宗教改革时期资产阶级人文主义法学思潮的出现。

十七、十八世纪，西欧封建社会已经走到了尽头。由于文艺复兴运动以来资产阶级在经济上的不断壮大和成熟，争夺思想领域的领导权，乃至争取政治、经济上的统治地位的要求日趋强烈。为了推倒封建专制制度的思想支柱，为即将来临的资产阶级革命进行理论准备，西欧各国的资产阶级思想家掀起了一场声势浩大的思想解放运动——启蒙运动。揭露封建神学世界观和基督教的政治法律思想，批判封建专制制度，论证资产阶级革命的合理性，提出建立资产阶级政治法律制度的基本原则，是这场思想解放运动的主旋律。这就形成了资产阶级古典自然法学思潮。古典自然法学说是与封建神学世界观尖锐对立的资产阶级法学世界观的经典表现，它直接反映了近代资本主义生产关系的要求。作为资产阶级革命的指导思想，它在反封建的资产阶级革命中发挥了巨大作用。但应该看到，这种法学思想所赖以产生的物质条件，仍然是一种建立在私有制基础之上的生产关系，其理论基础仍然是历史