

西方法学思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

分析法学

Analytical Jurisprudence



徐爱国 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西方法学思潮与流派
The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

分析法学

徐爱国 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

分析法学/徐爱国著. —北京: 法律出版社, 2004. 9
(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 7-5036-5080-X

I. 分… II. 徐… III. 分析—法学—西方国家
IV. D909. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 086043 号

©法律出版社·中国

责任编辑/思 实 赵 佳 陈 慧	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司	责任印刷/陶 松
开本/850 × 1168 1/32	印张/6.125 字数/122 千
版本/2005 年 10 月第 1 版	印次/2005 年 11 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
上海公司/021 - 62071010/1636	重庆公司/023 - 65382816/2908
深圳公司/0755 - 83072995	北京分公司/010 - 62534456
	苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 7-5036-5080-X/D · 4798 定价: 12.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

产生于 19 世纪上半叶的分析法学，是 19 世纪西方最有影响力的法学流派之一。分析法学强调法学研究的对象为实在法，即对现行法律规范进行实证研究；通过对法律规则、法律规范或者法律制度的逻辑分析和语言分析，形成法律的一般概念、原理和体系。分析法学把道德排除在法学研究范围之外，也不顾及法律在具体应用中的千差万别，认为恶法和良法都是法。但作为一种法学研究方法，分析法学一直延续至今，对后世产生了很大影响。



Analytical Jurisprudence

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科学生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力襄助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



第一章 分析法学概述	1
第一节 分析法学的含义	2
一、四个相关的概念	2
二、学者的解释	3
第二节 前分析法学	5
一、古希腊、古罗马的影子	5
二、注释法学派的贡献	8
第三节 分析法学	11
一、边沁的创意	11
二、奥斯丁的法理学	11
第四节 凯尔森和哈特的新分析法学	13
一、纯粹法学	13
二、新分析法学	14
第五节 拉兹、麦考密克和魏因贝格尔的 分析实证主义法学	14
一、拉兹的新成就	15
二、制度法论	16
三、语义法学	16

第二章 分析法学的形成 **18**

第一节 边沁的分析法学	18
一、功利主义	18
二、立法理论	23
三、法律改革	28
四、法律的概念、特征及分类	30
第二节 奥斯丁的分析法学	34
一、法律命令说	34
二、“法律”一词的四种含义	38
三、主权论	42

第三章 分析法学传统 **50**

第一节 英国分析法学传统	50
一、奥斯丁的“一般法理学”	50
二、英国的奥斯丁传统	55
第二节 美国的奥斯丁传统	58
一、格雷的发展	58
二、霍姆斯的评论	59
三、霍费尔德的理论	62

第四章 凯尔森的纯粹法学 **65**

第一节 几个概念的辨析	65
一、“纯粹法学”	65
二、规范法学	68
三、新康德主义法学	68

第二节 法的静态理论	69
一、法的概念	69
二、其他的法律概念	75
第三节 法的动态理论	79
一、法律秩序	79
二、规范等级体系	83
 第五章 哈特的新分析法学	 88

第一节 思想来源	88
一、奥斯丁的分析法学传统	88
二、语言哲学	90
第二节 对奥斯丁法律命令说的评析	93
一、法律的内容	93
二、适用的范围	95
三、起源的方式	96
四、对奥斯丁主权论的批判	97
第三节 第一性规则和第二性规则的结合	101
一、法律规则说及其逻辑起点	101
二、法律的要素	103
三、法律的空缺结构和法律理论的不足	105
第四节 法律和道德	107
一、法律和道德的一般关系	107
二、“自然法的最低限度的内容”	109
 第六章 分析法学的新近发展	 113

第一节 拉兹	114
一、对分析实证主义法学的总结	114

二、法律制度的分析理论	118
三、法律的权威和法治	122
四、法律的作用和法官的作用	126
第二节 麦考密克和魏因贝格尔	131
一、制度法学	131
二、制度法学对法律的描述	138
三、分析法学和自然法理论	143
四、制度法学的正义观	148
第七章 对分析法学的评价	155

第一节 分析法学在法律思想史上的贡献	155
一、19 世纪上半期的显学	155
二、20 世纪的争吵	157
第二节 分析法学的当代命运	160
一、分析法学传统的衰落	160
二、最后的评论	167

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	171
主要名词术语与代表人物索引	174
参考文献	178

第一章

分析法学概述



分析法学的两大家是奥斯丁和哈特,奥斯丁的理论我们称为分析法学,哈特的理论我们称为分析实证主义法学。奥斯丁认识实证主义之父孔德吗?分析法学和分析实证主义法学有区别吗?分析法学的的方法是实证主义的一部分吗?

评注法学研究罗马法,抽象出了罗马法的一般概念和理论;奥斯丁研究实在法,抽象出了法律的一般概念和原理。为什么我们不把评注法学称为分析法学,而把奥斯丁当成分析法学之父?

分析法学首要的特征是区分了“法律应该是什么”和“法律实际上是什么”。这是两个不同的问题吗?彼岸的世界和此岸的世界难道没有一架将他们联系起来的桥梁吗?

凯尔森的理论是法律规范说,而哈特的理论是法律规则说。法律规范和法律规则有什么实质性的区别?他们是双胞胎吗?

哈特以后的分析实证主义法学对于分析法学的传统有继承有发展。新的发展到什么样的程度会冲破分析法学的本质界限?也就是说,麦考密克是否背叛了奥斯丁?

语义法学分析法律语言的含义,经济分析法学分析法律的成本和收益,符号学法学把法律当符号来分析。那么问题是,它们都可以放到分析法学这个“大垃圾箱”里吗?

第一节 分析法学的含义

一、四个相关的概念

分析法学的核心就是对于法律进行一种实证的分析,或者说,是对于一个国家制定法的客观分析。从这个意义上讲,一个国家有了自己的一套法律制度,就存在对于这种法律制度的解释和适用,这种对于法律的解释,就是最原始意义的分析。因而,我们可以说,西方分析法学的形成,是与成文法的发达密不可分的。如果我们从这个意义上理解分析法学,那么,西方分析法学发端于古罗马,特别是12—13世纪注释法学的兴起。

在西方法理学文献中,我们经常发现与分析法学相关的名词是“分析法学”、“分析实证主义法学”、“法律实证主义”和“新分析法学”。在不太严格区分这些名词的法学家那里,这些名词是可以通用的。如果我们要严格地区分这些名词之间的细微差别,这里可以作出这样的界定:

“分析法学”更多的是指19世纪边沁和奥斯丁所创立的法律命令说,他们在法律研究的方法方面,采取一种分析的方法,总结出法律制度的一般概念、范畴和原则,用奥斯丁的话说,是“一般法理学”所采取的科学的方法,他们严格区分立法学(或者他们称为伦理学)和法理学,将法理学的范围严格地限定于一个国家的实在法。

“分析实证主义法学”是“实证主义法学”的一部分。“实证主义”的概念来源于孔德,他把知识的进化分为三个时期,即所谓神学时期、形而上学时期和实证主义时期,他认为实证主义才是真正意义上的科学。把这种实证主义

运用到法律领域,便有了实证主义法学。这是一个广泛的概念,它既包括对于制定法的实证法学,即所谓分析法学,又包括对于法律历史的实证法学,即所谓历史法学,还包括对于法律在社会中的实证分析,即所谓的社会法学。“法律实证主义”是“实证主义法学”的另外一种表达形式,广义的法律实证主义与实证主义法学同义,狭义的法律实证主义特指分析实证主义法学。从内涵上讲,分析实证主义法学泛指自奥斯丁到哈特,以及到拉兹、麦考密克的法律理论。

“新分析法学”泛指 20 世纪对于奥斯丁分析法学的最新发展,严格地讲,哈特的法律规则说是新分析法学的典型代表,但是,从广义上看,“新分析法学”同时包括了哈特的法律规则理论和凯尔森的法律规范理论。

本书用“分析法学”一词作为一个总体上的概念,泛指源于边沁和奥斯丁的分析法学传统。在不同的历史时期,广义上的分析法学有着各自的名称,边沁和奥斯丁的理论,本书称为分析法学;奥斯丁到凯尔森和哈特之间的理论,本书称为分析法学的传统;凯尔森的理论,本书称为纯粹法学;哈特和拉兹的理论,本书称为新分析法学;麦考密克和魏因贝格尔的理论,本书称为制度法学。

二、学者的解释

为了准确地表达分析法学的含义,这里有必要考察一下西方学者对于这个概念的分析。哈特在 1957 年前后对法律实证主义的表述是:(1)法律是一种命令,这种理论与边沁和奥斯丁有关;(2)对法律概念的分析首先是值得研究的,其次,它不同于社会学和历史的研究,再次,它不同



罗伯特·S. 萨莫斯

是奥斯丁明确提出过的,而第(3)和第(4)则是奥斯丁理论的逻辑结果。

澳大利亚法学家罗伯特·S. 萨莫斯(Robert S. Summers)于1966年提出了法律实证主义的十大含义,十大含义依次为:

1. 实际上的法律可以清楚地与应当的法律区分开来。萨莫斯说,奥斯丁对此回答是肯定的。

2. 现存实在法的概念适宜于分析研究。萨莫斯认为这肯定不是奥斯丁的观点,因为奥斯丁并没有涉及特殊法理学的具体内容。

3. 强权或权力是法律的本质。萨莫斯说这是肯定的。

4. 法律是一个封闭的体系,这个体系不利用其他学科中的任何东西作为它的前提。萨莫斯说,这不是奥斯丁的观点,而更像是康德或凯尔森的看法。

5. 法律和判决在任何终极的意义上都不能被理性地得到捍卫。萨莫斯认为这是哈特的看法。

6. 存在一个合乎逻辑的内部一致的乌托邦,在这个乌

于批判性的价值评价;(3)判决可以从事先确定了的规则中逻辑地归纳出来,而无须求助于社会的目的、政策或道德;(4)道德判断不能通过理性论辩论证或证明来建立或捍卫;(5)实际上设定的法律不得与应然的法律保持分离。^[1]可以说,第(1)、第(2)和第(5)

[1] H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 601 *Harvard Law Review* 1957—1958.

托邦中,实在法应该被制定出来并得到服从。的确,奥斯丁强调逻辑,强调一致性,强调实在法得到完全地服从,且他也不反对实在法合乎功利的原则。但是萨莫斯认为不能这样来表达奥斯丁的目的。

7. 在解释成文法的时候,对法律应该是什么的考虑是无立足之地的。萨莫斯说这是肯定的。

8. 司法判决可以从事先存在的前提中逻辑地演绎出来。萨莫斯说奥斯丁对此说法不一致。这可以视为奥斯丁的一个推论。

9. 他们将肯定性作为法律的主要目的。萨莫斯说,奥斯丁强调肯定性和明确性,但是法律的目的是功利主义。

10. 服从邪恶的法律是一个绝对的责任。萨莫斯说,奥斯丁反对这种说法。奥斯丁不关心法律的价值评价,但是他并没有说要绝对服从邪恶的法律。^[2]

这里,哈特和萨莫斯并没有绝对地区分分析法学和法律实证主义,他们所谓的法律实证主义,实际上包括了分析法学。从这个意义上讲,他们对法律实证主义的解释可以理解为对分析法学传统的一种总体上的界定。

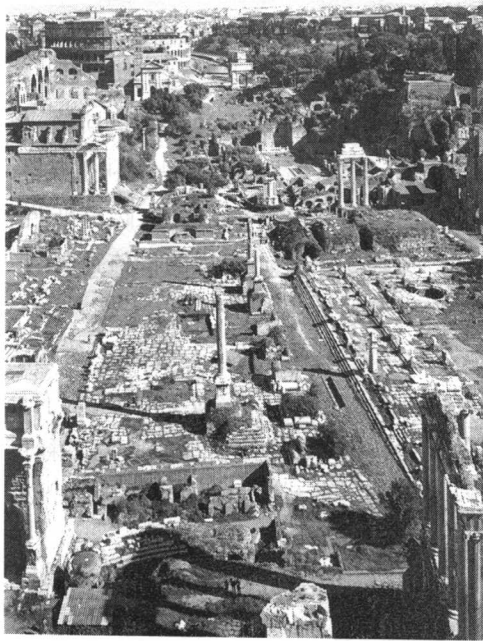
第二节 前分析法学

一、古希腊、古罗马的影子

古希腊人擅长于法哲学,他们对于法律制度较少建树,而对于法哲学,特别是自然法的学说,则有较多的探

[2] R. S. Summers, *The New Analytical Jurists*, New York Univ. Law Review 861, pp. 889—890.

讨,他们对于分析实证主义法学贡献较少。希腊有众多的城邦,每个城邦都有自己的法律,但是流传下来的东西很少,亚里士多德曾经专门研究过 150 多个城邦的宪法,流传有《雅典政制》,在其《政治学》中,也专门论述过雅典的民主制度,但是他基本上是从政治学的角度研究法律问题,与严格意义上的法学相去甚远。



古罗马共和国和古罗马帝国时期产生了许多著名法学家,其对法学的贡献是分析法学渊源之一。

图为古罗马遗址一角。

古罗马共和国建立后,其法律制度得到长足的发展,西方社会的成文法开始确立,这就为分析实证主义法学的发生提供了原始的研究材料。公元 3 世纪,共和国末期的法学家格伦卡留斯,开始研究成文法,他把《十二表法》以来的立法文件,系统

地加以整理,并根据自己的见解进行诠释。这是罗马注释法学的起点,也是分析实证主义法学的源头。

罗马帝国时期,最大的注释法学集团是公元 1 世纪的普罗库鲁士学派,其先驱是拉别奥,他担任过罗马的执政官,但是他最大的贡献则是对于罗马法律的教学和研究,

他关于罗马国家立法文件的注释著作达 400 卷之巨。罗马帝国后期,罗马法庞大的体系得以完成,与这种法律体系相连的法学,也得到迅猛的发展,罗马五大法学家的出现,是罗马法学达到繁荣的标志。^{〔3〕}这五大法学家是盖尤斯、乌尔比安、伯比尼安、保罗和莫德斯蒂鲁斯,盖尤斯的《法学阶梯》和乌尔比安的《法学总论》不仅是罗马法学的重要文献,而且是罗马法的重要渊源。不仅如此,这两部罗马法学著作,还是近代法国民法典和现代德国民法典的立法范例。更要一提的是,五大法学家对于法律的解释,不仅仅是一种理论上的假说,而且是一种具有法律效力的解释。查士丁尼《国法大全》确立后,五大法学家的法学著作实际上被确立为法律制度的一部分。如果我们说,分析实证主义法学的研究对象在于实在法,其理论的目的在于提供一种基础性的法律概念,那么我们可以说,罗马法学家的最大贡献是把法学与法律实践联系了起来,把分析实证主义法学的研究成果直接运用到了法律的实践活动,这是以后分析学家们梦寐以求的东西,但是真正实现了这种完美结合的,只有这个时代的罗马法学家。另外一个方面,我们也应该看到,罗马法学家的理论也有其不尽如人意外之处,比如说,他们提出了一系列的法律基本概念,如“法律为神事和人事之君”,“法学为公平正义之术”,自然法、万民法和市民法的区分,法律分类和法律渊源的分析,这些都为西方法学的奠基成果,但是他们的理论的重点还在于对于罗马具体法律制度的解释,对于罗马法具体运用时问题的解答,也就是说,他们的理论是运用性的,而不是哲理性的,他们的特点是法律技术性的,而不是法律理论

〔3〕 参见周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第二章。