

序

【分类号】《现代西方法理学》
【分类名】法学
【书名】现代西方法理学
【著者】沈宗灵
【出版社】北京大学出版社
【出版日期】199701

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

第一编 导论

【分类号】《现代西方法理学》
【分类名】法学
【书名】现代西方法理学
【著者】沈宗灵
【出版社】北京大学出版社
【出版日期】199701

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:“*jurisprud-entia* 是人和神的事务的概念,

是正义和非正义的科学。”（注：《学说汇纂》，1、1、10、2；《法学阶梯》，1、1、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。”（注：《不列颠百科全书》（1973年第14版）第13卷，第150页。）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失。”（注：哈里斯：《法律哲学》，伦敦 Butterworth 公司 1980年版，第1页。）

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。（注：霍尔：《法理学和刑法理论研究》，1958年版，第44—46页。）

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*)。”（注：帕特森：《法理学》，美国 Foundation Press 公司 1953年版，第2页。）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。”（注：《不列颠百科全书》（1977年第15版）第10卷，第714页。）《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。（注：沃克主编：《牛津法律指南》，1980年版，第746、678页。）

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，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”（注：西塞罗：《法律篇》，I·5；C.W.凯斯主编本，第315页。）。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”。（注：转引自G.德尔韦基奥：《法律哲学》，1953年英译本，第6页。）

这里应注意，就现在来说，法律哲学相当于法理学，而且一般是高等法学院系开设的课

www.docsriver.com

搜索商家 巨力电子书



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。”（注：《不列颠百科全书》（1977年15版）第10卷，第714页。）《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。”（注：《苏联大百科全书》（第2版）第45卷，第139页。）

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”（注：黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，《导论》第1—2页。）。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。”（注：《马克思恩格斯选集》第4卷，第242页。）

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”（注：W.弗里特曼：《法律理论》，英国伦敦Stevens公司1967年版，第3页。）。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。”（注：弗里特曼：《法律理论》，第 4 页。）

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）。”（注：德国《布洛克豪斯百科全书》第 15 卷，第 512 页。）

再有，有些法学家，特别是欧洲大陆的具有哲理学派倾向的法学家强调“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。（注：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。）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。”（注：德尔韦基奥：《法律哲学》，第 1 页。）

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，法理学还受到其他学科、思潮的影响，包括西方社会学、伦理学、经济学、政治学、心理学、修辞学等方面的影响。

三、法理学在法学中的地位和作用

法理学对西方国家的法律和哲学，以至这些国家的社会发展来说，其重要意义是极为明显的。英法两国的资产阶级革命以及美国的独立战争，都是以古典自然法学说作为思想基础的。马克思在讲到著名的《拿破仑法典》时指出，它“起源于伏尔泰、卢梭、孔多塞、米拉波、孟德斯鸠的思想，起源于法国革命”（注：《马克思恩格斯全集》第1卷，第129页。）。就法律思想而论，伏尔泰等人都可以归属于古典自然法学派。格劳秀斯是近代国际法学的奠基者，贝卡里亚是近代资产阶级刑法学的创始人，他们的国际法或刑法学说也都是从古典自然法学派出发的。19世纪德国历史法学派对当时德国立法的影响也是公认的。英国边沁的功利主义法学推动英国19世纪的法律改革；奥斯丁的分析法学在19世纪的英美司法界更占有支配地位。在进入20世纪后，狄骥的社会连带主义法学对西方国家的立法有着重大影响，以庞德为代表的美国社会学法学自30年代起几乎成了美国法庭的官方学说；现实主义法学推动了美国司法和法律教育的改革。第二次世界大战后自然法学的复兴促进了对战争罪犯的审判；新分析法学的兴起也改进了法律的形象。诸如此类的影响是很多的。但总的来说，现代西方法理学是为资产阶级服务的，其中有的还起过极为反动的作用，例如法西斯主义法律思想和新黑格尔主义法学等。

美国前总统尼克松是美国杜克大学法学院毕业的。他在自己的著作《六次危机》（1962年）中曾谈到他对在该法学院学习法理学这门课程的看法：“回顾我自己在法学院（北卡罗来纳州达勒姆的杜克大学）的岁月，从准备参加政治生活的观点来看，我所选修的最有价值的一门课就是朗·富勒博士讲授的法理学即法律哲学。……这不是一门要考学位的必修课。但是在我看来，对于任何一个有志于从事公众生活的法律系学生来说，它是一门基础课。因为从事公职的人不仅必须知道法律，他还必须知道它是怎样成为这样的法律以及为什么是这样的法律的理由。而要获得这种知识背景的时期，又是在学院和大学期间，这时一个人还有可以悠闲自得地从事阅读和思考的时间。以后，他一定会发现自己的活动和讲演是太忙了；如果他在大学期间没有获得这种眼界和知识背景，那他也许就永远得不到了。”（注：尼克松：《六次危机》，第6章。）

对我国法律工作者或学习法律的人来说，研究现代西方法理学，不仅有助于我们对当代国外法学思潮的了解，扩大我们的专业知识，更重要的是帮助我们加深对马克思主义法学的理解。我们在分析、批判西方法理学的同时，也就提高了我们自己的马克思主义水平。关于这一问题，以下在谈到如何评价现代西方法理学时还要进一步申述。

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

【分类号】《现代西方法理学》

【分类名】法学

【书名】现代西方法理学

【著者】沈宗灵

【出版社】北京大学出版社

【出版日期】199701

现代西方法理学是20世纪资本主义社会上层建筑的一个组成部分，归根结底，它是由资产阶级的物质生活条件决定的。但现代西方法理学有它自己的思想渊源。首先，它是西方从古代到19世纪的法理学思想的继承和发展。其次，它也受到现代西方法学以外学科，特

别是哲学、社会学、经济学、政治学、伦理学等学科和思潮的影响。以下主要对西方历史上的法理学思想作一概括的介绍。

一、古希腊奴隶制社会的法理学

当时，在以雅典为代表的古希腊城邦中，相对地说，成文法并不很多，也没有职业的法学家集团，谈不到有独立的法学。但在古希腊的丰富多彩的哲学、伦理学、政治思想以及文学作品中，都包含了许多有关法律的一般理论，主要是关于法律和神、自然、政治、道德、正义等关系的探讨。例如，法律是神定还是人定？法律代表正义、自然，还是代表强权？法律和国家、民主、自由、平等有什么关系？是贤人政治还是法治？正义、理性意味着什么？自然法与实在法是什么关系？等等。所有这些思想对后世西方法理学一直具有重要影响。当时在雅典，奴隶主民主制较为发达，又经常处于对外战争和社会内部矛盾激化的状态，政权形式变动频繁。这些外部因素显然促进了法律思想领域的活跃。

古希腊唯心主义哲学家柏拉图(Platon, 公元前 427—公元前 347 年), 提倡“贤人政治”, 极为轻视法律的作用。但在其晚期著作中改变了观点, 认为法律是“第二位最佳的”, 即仅次于“贤人政治”的选择, 而且还倾向于法律万能的思想。

在古希腊思想家中, 亚里士多德(Aristoteles, 公元前 384—公元前 322 年) 提出了内容最为丰富、影响最为深远的法律思想。例如, 他认为, 法律之好坏和是否合乎正义, 取决于政体; 但法律又不同于政体, “它是规章, 执政者凭它来掌握他们的权力, 并借以监察和处理一切违法失律的人们”(注: 亚里士多德:《政治学》, 商务印书馆 1965 年版, 第 178 页。)。这也就是说, 法律对一般公民和执政者都有约束力。法治胜于人治, 因为法律是完全没有感情的, 人的本性难免有感情; 众人智慧胜于个人智慧。法治是指人们普遍服从法律, 而这种法律又是制定得好的法律。法律体现正义, 而正义则意味着某种平等。其中一种是“分配的正义”。即根据每人的功绩、价值来分配财富、官职和荣誉, 对同等的人作同等的分配, 对不同等的人作不同等的分配; 另一种是“平均的正义”, 即对任何人都一样看待, 仅计算双方利益和损害的平等。他还提出了自然正义和法律正义(约定正义)或普遍的法律和特殊的法律, 也即自然法和实在法的区分的问题。古希腊的一个哲学派别斯多葛派(Stoic)提出了自然法代表“理性”的观点, 对以后罗马法学具有很大影响。

二、古罗马奴隶制社会的法理学

由于对外扩张的需要、公民权的扩大以及当时私有制和简单商品生产的充分发展, 古罗马奴隶制社会的法律, 即罗马法, 相当发达。罗马法最发达的时期是在罗马帝国前期(在法学著作中, 通常称为罗马法和罗马法学的“古典时代”)。后世所讲的罗马法主要指公元 6 世纪初东罗马皇帝查士丁尼时所编纂的罗马法, 即以后所称的《国法大全》。罗马法的发展带来罗马法学的兴起, 反过来, 罗马法学又是推动罗马法发展的一个重要因素。

罗马共和国末期的哲学家、政治家西塞罗(Cicero, 公元前 106—公元前 43 年), 根据斯多葛派哲学, 在西方法律思想上首先比较系统地提出了自然法的学说。他认为: “真正的法律是和自然一致的正当理性, 它是普遍适用的、不变的和永恒的, 它命令人尽本分, 禁止人们为非作歹”(注: 西塞罗:《国家篇》III, 22。); 自然法早在任何成文法或国家产生以前就已存在; 它对整个人类, 不分国家、不分时期, 都普遍有效, 任何人都不得违反、改变或取消这种法律; 所有残暴的法令根本不配称为法律, 而只是一群暴徒在集会中通过的规则而已。

罗马帝国初期, 已逐步形成了一个职业的法学家集团。与此同时, 也出现了西方法学中第一次出现的两个对立的法学派别: 由拉别奥(Labeo, 约公元前 50—公元 20 年) 创立并因其门徒普罗库卢斯(Proculus)而得名的普罗库卢斯派, 以及由卡皮托(Capito, ?—公元 22 年) 创立并因其门徒萨宾(Sabinus, ?—公元 64 年) 而得名的萨宾派。罗马法学家的主要任务, 除充任高级官职外, 主要是协助立法、办案、编写法学著作、从事法律教育以及解

释法律等。为了统一和限制法学家的解释，以加强皇帝的权力，根据公元 426 年的一项法律，解释法律的特权仅限于以下五个法学家的著作：盖尤斯(Gaius)、保罗 (Paulus, ?—约公元 222 年)、乌尔比安 (Ulpianus, 约公元 170—228 年)、帕皮尼安 (Papinianus, 约公元 150—212 年) 和莫德斯蒂努斯 (Modestinus, ?—约公元 244 年)，因而有“五大法学家”之称。盖尤斯的著作《法学阶梯》于 1816 年被发现，是迄今完整保存的最早的一部西方法学著作。

罗马法学不仅促进了当时罗马法的发展，而且对中世纪中后期和近现代资产阶级法律和法学，都具有重大影响。罗马法学家对法理学的贡献主要是：第一，他们提供了关于法律，尤其是私法的许多基本概念和原则；第二，他们将斯多葛派的抽象的自然法学说与罗马法的实在法，在当时即指罗马的公民法(jus civile)和万民法(jus gentium)结合起来。公民法是仅适用于罗马公民的法律；万民法是适用于非公民之间或公民与非公民之间的法律。第三，关于立法和司法的技术和方法论。

三、西欧封建社会的法理学

在西欧中世纪，由于历史、经济、政治等原因，罗马天主教会占有统治地位，法学和其他思想都是“神学世界观”的体现，都是神学的附庸。“中世纪把意识形态的其他一切形式——哲学、政治、法学，都合并到神学中，使它们成为神学中的科目。”(注：《马克思恩格斯选集》第 4 卷，第 251 页。)

托马斯·阿奎那 (Thomas Aquinas, 约 1226—1274 年) 是西欧中世纪最大的神学家、经院主义哲学家。他的神学中就包括了当时最为系统的神学法律思想。19 世纪末罗马教皇利奥十三世宣布阿奎那的学说为代表罗马教廷的官方学说。现代西方法理学中的新托马斯主义法学或新经院主义法学，就是以复活和发展阿奎那的神学法律思想为特征的一个学派。阿奎那认为，法律是对于种种有关公共幸福事项的合理安排，由任何负有管理社会之责的人予以公布。这里所说的“公共幸福”和“合理”等概念，他都作了神学上的解释。他根据基督教神学法律思想的传统，将法律分为以下四种：永恒法即上帝的法律，是最高的法律；自然法仿佛是沟通上帝和人的桥梁，其首要原则是“行善避恶”；神法是上帝通过《圣经》赋予的法律，用以补充比较抽象的自然法；人定法，通常是指世俗统治者制定的法律。在中世纪，对这些法律的性质、相互关系，尤其是人定法和自然法的冲突等问题上的不同解释，往往体现了世俗统治者和教会争权夺利的斗争。阿奎那的神学法律思想不仅赋予整个封建法律制度以神圣的灵光，而且也直接为扩大教会权力效劳。

在中世纪中后期，随着资本主义经济在封建社会内部的成长，与神学相对抗的法律思想也活跃起来。其中比较突出的是 11 世纪末到 13 世纪的注释法学派(Glossators)和 13—15 世纪的评论法学派(Commentators)，又称注释后法学派(Post-glossators)。他们以研究罗马法为中心，并以意大利波伦亚大学为基地，因而又称为意大利学派或波伦亚学派。注释法学派的主要代表人是意大利的伊尔内留斯 (Imerius, 约 1055—1125 年) 和阿库修斯 (Accursius, 约 1182—1260 年) 等；评论法学派的主要代表人是意大利的奇纳 (Cino, 1270—1336 年) 和巴尔多鲁 (Bartolus, 1314—1357 年) 等。这些法学家的出现意味着一个新的、代表市民等级 (资产阶级前身) 利益的职业法学家集团的形成。“这批新的法学家实质上属于市民等级；而且他们本身所学的，所教的和所应用的法律，按其性质来说实质上也是反封建的……”

(注：《马克思恩格斯全集》第 21 卷，第 454 页。) 注释法学家的活动是对查士丁尼的《国法大全》进行注释，评论法学派的活动已致力于使罗马法和实际生活相结合。继评论法学派而起的是 15—16 世纪的、以法国布尔日大学为基地的人文主义法学派 (Legal Humanism, 旧译博古学派)，又称法国法学派，主要代表人有原出生于意大利的阿尔恰托 (Andrea Alciati, 1492—1550 年) 和法国的居雅斯 (Jacques Cujas, 1522—1590 年) 等。他们反对受评论法学派权威观点的约束，倾向于对罗马法的自由解释。注释法学派、评论法学派和人文主义法学派，对法律的一般理论并没有作出显著的贡献，但他们积极地推动罗马法在欧洲的广泛传

播，为近代资产阶级私法的形成打下了基础。

在神学家内部，也出现了反对阿奎那正统神学法律思想的学说。如唯名论者、苏格兰神学家邓斯·司各特斯(Johannes Duns Scotus, 约 1265—1308 年)和英国奥卡姆的威廉(William of Occam, 约 1280—1349 年)等人，他们在形式上强调上帝的意志而贬低代表理性的自然法，实质上反对教会通过对自然法解释而控制世俗政府的权力。

16 世纪意大利的马基雅维利(Niccolo Machiavelli, 1469—1527 年)是近代资产阶级政治学的奠基人之一。法国博丹(Jean Bodin, 1530—1596 年)，在西方政治、法律思想史上，第一个系统地论述了国家主权的概念，认为主权是国家的主要标志，是对公民和臣民的不受法律限制的最高权力；是一种永久的、绝对的权力，除上帝和自然的法律外，是不受任何限制的。他们的学说对后世法理学具有重大影响。

四、17—18 世纪的古典自然法学派

18 世纪以前，在封建社会内部成长起来的市民等级，已在宗教的外衣下开展了对神学世界观的斗争。18 世纪初，一种新的世界观，即法学世界观公开出现了。它是“资产阶级的经典世界观”，“代替教条和神权的是人权，代替教会的是国家”(注：《马克思恩格斯全集》第 21 卷，第 546 页。)。这两种不同的世界观，体现了封建和资本主义两种生产关系的不同。但法学世界观依然是一种唯心史观，与马克思主义的唯物史观是根本对立的。

17—18 世纪的古典自然法学派(Classical Law-of-Nature School)的学说是法学世界观的理论体现，是新兴资产阶级用以反对封建压迫、民族压迫和教会神学的法律思想。它的主要代表人有荷兰的格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645 年)，英国的霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679 年)、洛克(John Locke, 1632—1704 年)，法国的孟德斯鸠(Charles Louis Montesquieu, 1689—1755 年)、卢梭(Jean Jacques Rousseau, 1712—1778 年)，德国的普芬道夫(Samuel Pufendorf, 1632—1694 年)和意大利的贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738—1794 年)等人。

古典自然法学派和中世纪神学家的自然法学说的主要区别是：它在不同形式下反对宗教神学，主张自然法代表人类的理性或本性，是最高的法律，它与“天赋人权论”、“社会契约论”等学说互相结合，用以反对封建统治、教会特权和民族压迫，要求自由、平等、人权和法治等；它认为依靠人类的普遍理性能制定出详尽的、人类普遍适用的法律或法典，等等。但在古典自然法学家的内部，也存在许多差别。例如，在政权形式上，有的主张民主共和国制(卢梭)，有的主张君主立宪制(洛克、孟德斯鸠)，个别人还有主张君主专制的(霍布斯)。在反对暴政的手段上，有的主张革命(卢梭)，有的主张温和的改良(孟德斯鸠)。在国家 and 人民的关系上，有的主张国家不得侵犯自然法所赋予的个人权利(洛克)，有的认为国家权力至上(霍布斯)。在自然法与人的理性或本性的关系上，有的认为人的本性在于人的社会性(格劳秀斯)，有的认为人的本性是利己的(霍布斯)，有的认为人的本性兼有利己主义和与人和平交往二者(普芬道夫)；有的认为人的理性和本性是一致的(格劳秀斯)，有的认为二者并不一致(霍布斯)。在实在法与自然法的关系上，有的认为自然法高于实在法(洛克)，有的认为二者是一致的(霍布斯)。在国家权力的分配上，有的主张分权(洛克、孟德斯鸠)，有的主张集权(霍布斯)，等等。

这里应特别注意的是，在古典自然法学派中，已明显地存在着西方政治和法律思想史中两种不同的倾向：一种是以霍布斯为代表的国家主义、绝对主义的倾向，即认为国家本身就是目的，个人必须绝对地服从国家及其制定的法律；另一种是以洛克和孟德斯鸠等人为代表的个人主义、自由主义倾向，即认为国家权力不是绝对的，国家和个人都应服从法律，法律保护个人权利，不受国家权力的非法侵犯。到了 19 世纪，黑格尔和康德的政治和法律思想中，也同样地存在这两种不同倾向。

古典自然法学具有巨大的历史进步作用。从法学角度来说，它为《独立宣言》、《人权宣

言》以及近代资产阶级民主、法治提供了理论基础；促进了法律的统一；大大地提高了法律在社会生活中的地位；推动了民法、刑法和诉讼法等传统法律部门的重大改革，提出了私有财产神圣不可侵犯、契约自由、罪刑法定、无罪推定、司法独立等一系列新的法律原则；创立了宪法、国际法等新的法律；促进了像《拿破仑法典》那样典型的资产阶级法典的制定，并提高了成文法的地位；使法学摆脱了对神学的依附地位；等等。当然，正如恩格斯在评价法国 18 世纪启蒙思想家时所指出的，他们所主张的“这个理性的王国不过是资产阶级的理想化的王国；永恒的正义在资产阶级的司法中得到实现；平等归结为法律面前的资产阶级的平等；被宣布为最主要的人权之一的是资产阶级的所有权；而理性的国家、卢梭的社会契约在实践中表现为而且也只能表现为资产阶级的民主共和国。18 世纪的伟大思想家们，也和他们的先驱者一样，没有能够超出他们自己的时代所给予他们的限制”（注：《马克思恩格斯选集》第 3 卷，第 57 页。）。

五、19 世纪的法理学

在 19 世纪，随着资产阶级统治的确立，资产阶级立法广泛发展。在法理学领域中，古典自然法学派趋于衰落，代之而起的主要是以下三种法律思想：一是首先在德国兴起的历史法学派；二是德国古典唯心主义思想家（主要是康德和黑格尔）的法律哲学，在有的法学著作中，将它称为哲理法学派；三是在英国兴起的分析法学派。这三种法律思想的出现和 19 世纪前期英德两国的历史条件是不可分的。19 世纪初的德国与英、法两国有很大不同，它仍是一个在经济上、政治上相当落后的国家，封建贵族依然占统治地位，资产阶级极为软弱。而 19 世纪 30 年代的英国，工业革命已取得了重大成就，资产阶级统治进一步确立，新兴的工业资产阶级则要求进行有利于自己的改革。

历史法学派(Historical School of Law)。创始人虽然是胡果（Gustav Hugo，1764—1844 年），但该派的观点主要是由其学生萨维尼（Friedrich Karl von Savigny，1779—1861 年）在与论战的过程中提出的。这一论战的中心是：在拿破仑战败后的德国，应否制定全德统一的法典。萨维尼主张，古典自然法学派的理性主义立法观点只是幻想；法律像语言、风俗、政制一样，具有民族特性，是“民族精神”的体现，它“随着民族的成长而成长，民族的壮大而壮大，当这一民族丧失其个性时即趋于消逝”（注：萨维尼：《论当代在立法和法理学方面的使命》，英译本，第 27 页。）；法律主要体现为习惯法，它是最有生命力的，其地位远超过立法；而且德国当时也无能力制定出好的法典。

历史法学派在 19 世纪初代表封建统治者的利益，支持旧的习惯法，反对制定新的、统一的法律。以后，它逐步演变成为资产阶级法学派别之一。在德国，该派内部后来又发展成为两派，一派以萨维尼为首，强调对罗马法的研究；另一派以艾希霍恩（K.F.Eichhorn，1781—1854 年）为首，强调以研究古日耳曼法为主。到 19 世纪末 20 世纪初，历史法学派作为一种研究方法，已溶化在分析实证主义法学或社会学法学中。

德国古典唯心主义哲学家的法律思想。康德（Immanuel Kant，1724—1804 年）和黑格尔（Georg Hegel，1770—1831 年）的法律思想只是他们各自的哲学体系的一个组成部分，但其内容极为丰富，对后世西方法理学具有重大影响。19 世纪末开始出现的新康德主义法学和新黑格尔主义法学，就是在继承和发展他们的某些哲学、法律思想的基础上产生的。

康德认为，“法律是根据自由的一般法则，一个人的任意可以和其他人的任意相共存的条件之总和”（注：康德：《道德的形而上学》。转引自博登海默：《法理学》，第 62—63 页。）。权利有自然的和取得的之分，自然的权利首先是指自由，即个人不受他人专横意志的控制；这种自由也就意味着平等。任何人都无权将他人作为达到自己目的的手段。国家的目的是在强制性的法律下实现人的权利。“国家是许多人以法律为根据的联合。”这一国家定义也就意味着后世德国法学著作中通常所说的“法治国”。康德的法律思想反映了古典自然法学派的强烈影响，但却具有当时德国资产阶级软弱性的烙印。

同康德一样，黑格尔也把自由作为他的法律思想的中心问题，认为法律是“自由意志”的体现。自由与意志是同义语。但他批评康德关于法律的定义代表了从卢梭以来特别流行的见解，即不是将法律看作是自在自为地存在的、合乎理性的意志，而看作是单个人在其独特任性中的意志。黑格尔对后世西方法学的影响，更多的是他的国家学说。他认为，国家是“伦理理念的现实”，由于国家是“客观精神”，所以个人本身只有作为国家成员才具有客观性、真理性和伦理性，甚至国家是“神自身在地上的行进”。这种国家学说具有明显的国家主义、专制主义的倾向，它也深刻地反映了当时德国资产阶级的两面性。

分析法学派(*Analytical School of Law*)。创始人是英国法学家奥斯丁(John Austin, 1790—1859年)。(注：有的法学家认为，从1945年出版的边沁的一本法学著作来看，奥斯丁的许多关于分析实证主义法学的观点来自边沁。因而边沁应首先是分析实证主义法学的创始人。参见R.W.M.迪亚斯：《法理学》，第355—356页。)他是英国伦理学家、法学家边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832年)的功利主义学说的信徒。边沁认为，以“避苦求乐”为标准的功利主义是个人行为和政府活动的准则，最好的立法就在于达到最大多数人的最大幸福。在法学著作中，这种法律思想通常称为功利主义法学(*utilitarianist jurisprudence*)。奥斯丁认为，功利主义是伦理原则，立法学属于伦理学领域，但法学不同于伦理学，法学仅研究“实在法或严格地说的法律，而不管这种法律好坏与否”(注：奥斯丁：《法理学的范围》，第126页。)。这也就是说，法学仅研究“实际上是这样的法律”，即实在法，而不是像自然法学派或康德、黑格尔那样研究“应当是这样的法律”，即理想法或正义法。同样地，法律和道德是无关的，至少没有必然的联系，一个不道德、不正义的法律，只要是合法地制定的，仍应被认为具有法律效力。“恶法亦法”之说即由此而来。他还认为，一般法学的任务是从逻辑上分析各种成熟的实在法制度的共同原则、概念和特征，因而有分析法学派之称。这种法学是以实证主义哲学作为思想基础的，所以又称为分析实证主义法学。这一派后来的代表人物有英国的霍兰德(Thomas Holland, 1835—1926年)、马克伯(William Markby)等人。

奥斯丁的分析法学在19世纪英国法系国家的法学中占有统治地位。现在，他的学说主要已由纯粹法学和新分析法学所继承和发展。

六、19世纪后期的法理学

总的来说，在19世纪西方法理学中，历史法学、哲理法学和分析法学占有支配地位。在19世纪后期，又出现了一些新的法理学，即早期的社会学法学、社会哲理法学和自然法思想的复兴。

早期社会学法学。法国的孔德(A.Comte, 1798—1857年)是实证主义哲学创始人，同时又是西方社会学的创始人，因而在西方法理学著作中，有时被称为社会学法学创始人。早期社会学法学的代表人物，分别从生物学、人种学或心理学等角度来解释法律。其中较出名的有英国社会学家斯宾塞(H.Spencer, 1820—1903年)。他认为，社会和国家如同生物一样，是一个有机体；人与人之间的关系是生存竞争和强存弱汰；法律的任务仅在于维护个人自由，一个人只要不妨碍他人同样的自由，就可以从事他所愿意的任何活动。奥地利社会学家贡普洛维奇(L.Gumplowicz, 1838—1909年)认为，社会发展的动力是种族斗争；国家起源于较强的原始民族对较弱原始民族的征服；随着国家出现就形成国内阶级之间的斗争以及国家与国家之间的战争；法律是社会统治集团对被统治集团进行统治的工具；法律的原则不是平等而是不平等。法国社会学家、犯罪学家塔尔德(G.Tarde, 1843—1904年)和美国社会学家沃德(L.F.Ward, 1841—1913年)等人从社会心理学角度解释法律。塔尔德认为，人类社会生活是一个发明、模仿、冲突和适应的循环过程，法律是在模仿者(绝大部分社会成员)的服从心理的基础上建立的。早期社会学法学以后发展成为20世纪的以奥地利埃利希和美国庞德等人为代表的社会学法学。

社会哲理法学。主要指19世纪末出现的新康德主义法学(*Neo-Kantian School of Law*)和

新黑格尔主义法学(Neo-Hegelian School of Law)。流行于德、意等国，分别以继承和发展康德和黑格尔的哲学和法律思想为特征。由于它们都强调社会利益，因而在有的法理学著作中。被称为社会哲理法学。新康德主义法学创始人是德国法学家施塔姆勒(R.Stammler, 1856—1938年)，他认为康德关于法律的解释混淆了法律的概念和理念；正义要求社会目的和个人目的互相调和；法律理念，即自然法，并不是永恒不变的，它是用以衡量实在法在一定时间、地区和条件下是否合乎正义的标准，因而具有“可变的内容”。在西方方法理学中，他第一个提出了“可变”的自然法思想。继施塔姆勒之后的新康德主义法学家有德国的拉斯克(E.Lask, 1875—1915年)和意大利的德尔韦基奥等人。纯粹法学的创始人凯尔森和相对主义法学代表拉德勃鲁赫，都以康德的先验哲学作为思想基础，因而也被列为20世纪新康德主义法学家。

新黑格尔主义法学的创始人是德国法学家柯勒(J.Kohler, 1849—1919年)，他接受黑格尔关于进化(发展)的思想，但反对黑格尔的辩证法，同时他以“文明”的发展代替黑格尔讲的“理念”的发展；主张法律必须适应前进中的文明；个人主义和集体主义应互相配合，法律原则应促进个人主义和集体主义两种趋向的运动。柯勒的学说显然不同于20世纪30年代流行的新黑格尔主义法学，后者多半是随着德、意法西斯政权的兴起，为法西斯主义进行辩护的法律思想。这种新黑格尔主义法学的主要代表人物是德国的宾德(J.Binder, 1870—1939年)和拉伦茨(K.Larenz, 1903—?年)等人，它的主要特征是利用黑格尔的国家主义、绝对主义和狭隘民族主义的政治、法律思想，认为国家是真正体现个人自由和理性的唯一整体形式；法律也是这种自由和理性的体现；国家这一整体是由共同的血统、种族和精神构成的；元首即代表了这一整体，等等。

在有的西方方法理学著作中，德国法学家耶林(R.Jhering, 1818—1892年)的新功利主义法学也被列入19世纪末的社会哲理法学。耶林认为法律由人类有意识地创立以达到一定目的。根据边沁的功利主义，这种目的就是指利益。但边沁仅强调个人利益，耶林则强调社会利益，为了实现社会目的，社会需要采取利己主义和利他主义两种动力。前者指奖励(主要通过商业)和强制(主要通过国家和法律)，后者指责任感和爱(主要通过道德)。法律是国家权力通过外部强制手段所保证实现的最广泛的社会生活条件的总和。由于耶林和柯勒的学说都包含有某些社会学因素，因此在有些西方方法理学著作中也将他们两人列为早期社会学法学的代表人。

自然法思想的复兴。自19世纪初开始，在历史法学、哲理法学，特别是法律实证主义法学的反对下，自然法学说趋于衰落。但到19世纪末，它又开始有所“复兴”。首先是天主教神学的自然法学说，即新托马斯主义或新经院主义法学(Neo-Thomist or Neo-Scholastic School of Law)的出现。当时的代表人物之一是瑞士法学家卡特赖恩(V.Cathrein, 1845—1931年)。他认为人类义务的最高准则是对上帝、同胞和自己都应遵守使自己适合作为一个理性存在的秩序；自然法原则是“公平待人”；违反自然法的实在法是无效的；私有财产是合乎人性的，神圣不可侵犯的。新康德主义法学家施塔姆勒提出“可变内容”的自然法思想，也被认为是自然法复兴的迹象之一。但自然法学的真正复兴是在第二次世界大战结束以后。

第三章 现代西方法理学概说

【分类号】《现代西方法理学》

【分类名】法学

【书名】现代西方法理学

【著者】沈宗灵

【出版社】北京大学出版社

【出版日期】199701

一、现代西方法理学的特征

1.派别繁多。在西方法理学史上,17—18世纪时自然法学占主导地位。19世纪时以历史法学、分析实证主义法学和哲理法学三派为主。进入19世纪末20世纪初,派别逐渐增加;第二次世界大战结束后迄今,更为增多。这种派别繁多的特征不仅体现在各派之间或同一派别内部纷乱杂呈的理论观点,而且还体现在不同的研究对象,不同研究方法以至不同的术语等方面。这一特征之所以出现,主要是为了适应资产阶级或这一阶级中特定集团在特定时期的需要,反映了不同国家、不同时期的历史文化传统、不同法律制度以及法学家的不同政治倾向或其他思潮的影响。当然,派别繁多也体现了一般资产阶级国家在其统治还比较稳定时的一个方针:学术自由以不危害其统治为限,超过这一限度是不容许的。

2.自然法学在战后的复兴。随着法西斯政权的崩溃和对战争罪犯的审判,倾向法西斯主义的新黑格尔主义法学迅速消失,对正义等道德准则持有否定或怀疑态度的实证主义法学、新康德主义法学也有所动摇,强调道德准则的新自然法学或与此类似的价值论法学则迅速复兴或兴起。同时,它们的复兴或兴起也适应了以美国为首的西方国家战后对外政策的需要。很多西方法学家在论述资产阶级人权学说时是以新自然法学和价值论法学为理论基础的。

3.三大派鼎立。现代西方法理学虽然派别繁多,但主要是新自然法学、新分析实证主义法学和法律社会学。50年代后期直到60年代,分别以牛津大学法理学教授哈特和哈佛大学法理学教授富勒为首的实证主义法学和自然法学两大派法学家,展开了热烈的、长期的论战。哈特在这一过程中对原先的分析实证主义法学作了重大修改,创立了新分析实证主义法学,从而与富勒等人的新自然法学相抗衡。早在20世纪初就已兴起的社会学法学战后继续存在,在基本理论上也无甚大的变化,但其中大部分作品已逐步趋向以定量分析为主的应用法学,其名称也通称为法律社会学。这里应注意的是,现代西方法理学以三大派为主,但这三派中又都有各种支派。例如新自然法学中有神学的(新托马斯主义法学)和非神学的之分。有的著名的法理学说(如罗尔斯的正义论,德沃金的权利论,拉斯威尔的政策论等),虽然不讲自然法,但却都以某种价值作为核心,因而在理论倾向上是接近新自然法学的。又如新分析实证主义法学中既有以凯尔森首创的纯粹法学,又有哈特新创立的新分析法学;在新一代的分析法学家中又有拉兹的渊源论法学、麦考密克的制度法学等。在社会学法学或法律社会学中,既有战前的社会连带主义法学、美国现实主义法学、斯堪的纳维亚法学、欧洲自由法学、利益法学等;又有战后强调价值的法律社会学和以行为科学、系统论为特征的法律社会学。此外,也还有些较难列入以上三大派的派别,例如战前就有的新康德主义法学、新黑格尔主义法学,70年代以来兴起的经济分析法学、批判法学、新修辞学法学等。

4.三大派相互靠拢。现代西方法理学以三大派为主,形成鼎立之势,但三派又相互靠拢,相互吸收。自50年代以来,就有少数西方法理学家提倡综合法学(或称统一法学)。他们主张,这三大派分别以研究法的价值(自然法学)、法律规则(分析法学)和法的社会实际(社会学法学)为主,但这三种因素是不可分割的,应结合起来进行研究。但他们的主张并未被普遍接受。我们认为,三大派不仅对法的本质的解释上是错误的,而且在研究对象的理解上也是片面的。法律规则可以说是法本身的结构,法的价值和法的社会实际都涉及到法与其他社会现象的关系。作为一门科学的法理学,既应研究法本身的内容和结构,也应研究法与其他社会现象的关系。但正如前面已指出的,三大派的划分不是偶然的,它们相互靠拢是为了取长补短,加强自己的地位,而不是使自己消失,让位于综合法学。

5.非法学思潮的影响。西方法理学历来就受哲学、伦理学和政治学的影响。在20世纪,

特别是战后，非法学思潮的影响更为扩展。其中较新的影响有逻辑实证主义、语言哲学对新分析实证主义法学的渗入；新修辞学推动了对法律推理问题的研究。存在主义和现象学哲学对个别法理学家虽有影响，但总的来说影响很少。功能结构主义、系统论和行为科学对法理学也仅稍有影响。近年来，主要来自经济学的经济分析法学促进了以资源、成本和效用等经济学术语来研究法律的方法；主要来自各种社会学新思想的批判法学更掀起了批判传统法学的运动。

二、现代西方法理学的主要理论观点

1. 社会和人性。现代西方法理学家研究的对象并不是社会和人性，但他们在论述自己的学说时往往会涉及到对社会和人性的理解，往往会以对社会和人性的某种假设作为立论的基础。例如早在 20 世纪初社会连带主义法学创始人狄骥就提出，社会连带关系是一切人类社会的基本事实，因为人们为了生存必须相互促进共同的需要并交换服务；国家制定的法律必须符合体现这种连带关系的客观法。社会连带关系的思想和概念至今在现代西方法理学中还是相当流行的。美国哲学家罗尔斯是近年来在西方思想领域中包括法理学中具有较大影响的一个人物。他在《正义论》一书中就认为，社会是人们为实现相互利益而进行合作的事业，其中既有利益的一致，又有利益的冲突，因此必须要有一批确定利益分配的原则，即社会正义的原则；法治即形式正义。

与这种抽象的社会概念密切联系的是抽象的人性概念。例如哈特认为，构成法和道德的共同因素是有关人性和人类生存世界事实的一些公理，其中一个是人无限的利己主义与有限的利他主义，再一个是有限的自然资源，因而没有法和道德，就不可能有社会。又如 70 年代兴起的经济分析法学的创始人波斯纳就提出，构成他的学说的一个假设是：人是对自我利益的理性的最大限度的追求者。现代西方法理学家所宣扬的人性论，一般来源于 18 世纪英国哲学家休谟等人关于人性和私有财产的学说。奥裔社会学家海克在论证“福利国家”与自由、法治对立时就是直接以休谟的人性论作为论据的。

我们认为，社会和人性都不是抽象的，而是具体的、现实的，而且是以一定物质生产关系为基础的社会和人性；在阶级社会中，又是以一定阶级关系为基础的社会和人性。但现代西方法理学家所讲的社会和人性多半是抽象的社会和人性，是离开物质生产和阶级关系的社会和人性，实际上却将资本主义社会和资产阶级的利己主义的阶级性当作永恒的社会和共同的人性。

2. 什么是法？这是自古以来西方法律思想中一个长期争论不休的主题，在现代西方法理学中，这一争论不仅更为剧烈，而且更为混乱。在讲什么是法时，首先应指出，现代西方法理学家对法这个词所指的范围，往往有不同理解。有的可以作很广的理解。例如美国社会学法学首创人庞德认为，法的概念包括三种意义：(1)法律秩序；(2)作出司法行政决定的根据；(3)司法、行政过程。以上第二种意义上的法又包括了三种成分：(1)律令；(2)技术；(3)理想。其中律令又包括了四种形式：(1)规则；(2)原则；(3)概念；(4)标准。但有的法理学家，特别是分析实证主义法学家往往将法这个词的范围主要指法律规则（或规范）。此外，他们还根据各自的学说，对法本身作了一些与众不同的划分，除了原先就有的自然法和实在法之分外（在新托马斯主义法学中还有上帝的永恒法），在现代通常有法的理念和法的概念之分，客观法和实在法之分，活法和国家法之分，书本上的法和行动中的法之分，应当是这样的法和实际上是这样的法之分，等等。对法这个词的范围以及划分如此众多，就必然使什么是法的解释更为复杂化。

在众多的解释中，有些法的概念和定义是经常被人引用的。例如新自然法学派主要代表富勒提出的：“法是使人的行为服从规则治理的事业”。从这一定义中，很难看出法的本质是什么。但从他的整个学说来看，他主张法“包含了它自己的道德性”。这也就是说，法的本质是道德。新分析实证主义法学派哈特认为，法是设定义务的主要规则和授予权利或权力的

次要规则的结合，而其中最重要的是最终承认规则，其他规则的效力都来源于它。实际上他所讲的最终承认规则就是指国家的立法权，也就意味法的本质在于国家权力。社会学法学派庞德，如上所述，对法这个词的范围作了很广的解释，并将它称为社会工程或社会控制，实际上将法的本质归结为抽象的社会。美国另一个著名法学家、大法官霍姆斯认为，“法是对法院实际上将做什么的预言”。法院将作什么是指法院怎样判决，这种判决又是怎样作出的呢？按照美国现实主义法学家弗兰克的解释，判决过程中的决定因素是法官的个性。这实际上是将法的本质归结为某种心理因素，甚至是非理性的因素。从以上现代西方法理学家关于法的概念或定义中可以看出，尽管他们对法的解释各有不同，但却都否认法的阶级性，否认法最终是由社会物质生活条件决定的，因而同马克思主义对法的解释是根本对立的。正因此，他们对法的功能、作用和任务的解释也都是从超阶级的概念出发，例如：预防或鼓励行为、调节利益冲突、促进合作、维护和平、解决争端、为私人事务提供便利、发挥人的创造性才能、促进人类文化等等。

3. “应当”和“现实”；道德和法。在西方法理学史中，在19世纪就出现了实证主义法学和自然法学之间的争论。其中一个重大的哲学争论是“应当”（英语中的 *ought*）和“现实”（英语中的 *is* 或 *being*）二者间的关系。具体到法学中，就有“应当是这样的法”（*the law as it ought to be*）和“实际上是这样的法”（*the law as it is*）的关系。战后，随着自然法学的复兴，这一争论也更趋热烈。实证主义法学认为，“应当”和“现实”是截然分立的，法学家仅研究“实际上的法”，有的更认为，“应当”只是一种主观价值判断，只有先验的或形而上学的法律学说才研究自然法或理想法，即应当是这样的法。他们主张应当和现实截然分开的根据主要引自康德和休谟的不可知论，即“应当”是不可认识的，一个“应当”只能来自另一个“应当”，而不可能来自“现实”。与此相反，新自然法学家则反对“应当”和“现实”之分，认为这种划分模糊了对法的本质的认识，甚至导致对专制和暴政的支持。

我们对这一争论又怎样认识呢？值得注意的是，青年时代的马克思在柏林大学学习法律时就评论过这一争论。他在1837年致他父亲的一封信中就讲到，他在学习法律哲学时的一个使他感到是严重障碍的问题是“应当”和“现实”之间的对立。就哲学上讲，他当时还是一个唯心主义的青年黑格尔派，但他已明确指出，“应当的东西”和“现实的东西”的对立“是唯心主义者固有的；它又成了拙劣的、错误的划分的根源”。他主张，在研究法、国家等哲学方面，“必须从对象的发展上细心研究对象本身，决不应任意分割它们；事物本身的理性在这里应当作为一种自身矛盾的东西展开，并且在自身求得自己的统一”（注：《马克思恩格斯全集》第40卷，第10—11页。）。我们也认为，在研究法的过程中，会存在对法的价值判断（即它应当怎样）和法的现实（即它实际上怎样）这两种认识形式之间的矛盾。但我们不应将它们截然割裂开来。法是代表统治阶级意志的体现，使现实的法符合这一阶级的理想或价值判断自然会有一个认识和实践的过程，但应在这一过程中逐渐求得二者之间的一致。

分析实证主义法学家往往将“应当”和“现实”之间的对立同道德和法之间的对立等同起来。他们主张，法与道德无关、至少并无必然的联系，因而法学仅研究法律，而不问这一法律是否合乎道德。因此，他们主张广义的法律概念，即法就是法，良法和恶法都是法。狭义的法律概念则主张只有良法才是法。我们认为，现代西方法理学家在这一问题上的主要错误也在于不具体地历史地分析法和道德。问题的关键是：这是指哪一阶级的法，哪一阶级的道德。统治阶级的法和被统治阶级的道德，一般来说，当然是对立的。统治阶级的法和统治阶级的道德则是一致的，相互配合的。但法和道德毕竟是有区别的。将法和道德等同起来或将法的本质归结为道德都是错误的。

4. 什么是法制或法治？这也是现代西方法理学中经常讨论的一个主题，也有各种不同的解释和争论。这里应注意，英语中的法制(*legality*)和法治(*rule of law*)二词往往是通用的。但

法治一词往往同“法治政府而非人治政府”这一提法连用。

有的思想家、法学家从19世纪流行的自由个人主义观点出发，认为法治旨在保护个人自由、权利，限制政府权力。因而在战后，有些资本主义国家推行所谓“福利国家”政策并扩大政府的经济职能时，在法学领域中曾发生过法治与“福利国家”是否对立的争论。少数人认为，法治是指政府的一切行动都受已公布的法律规则的约束，人们可以根据这种了解安排个人的事务。因而政府扩大经济职能必然会侵犯个人自由、权利以及保护它们的法治。但大多数人认为，在现代，国家的经济职能必须扩大，要倒退到19世纪的最小限度国家职能的概念是不可能的。法治可以用来防止政府滥用权力，因而个人自由、权利、法治同“福利国家”并不是对立的，而是可以相互适应的。但在具有社会民主主义和西方马克思主义倾向的法学家中，也有人主张，资产阶级法治仅存在于自由资本主义时代。

自60年代富勒提出法制的八项原则，即法的一般性、公开性、不溯既往、明确性、没有矛盾、有遵守可能、稳定性、官方行为与法律规定的一致性后，法制或法治原则已成为法理学著作中的一个重要主题。但一般都在以上八个原则上加以修改、补充，例如主张应补充司法独立、司法审查、一般人接近法院的可能性、公开审理、律师咨询、防止警察机构滥用权力、歪曲法律等。有的法学家还论述法治的价值有对专横地行使权力实行制约，为人们选择生活目标和形式提供可靠框架，尊重人的尊严等。分析实证主义法学家一般也同意富勒所提出的法制原则，但他们反对富勒将这些原则称为“程序自然法”或法的“内在道德”。结果在法制原则问题上又展开了关于法与道德关系的传统争论。有的实证主义法学家认为，法制或法治固然有很大价值，但这种价值是消极的，即限制专横地行使权力，而且这种专横本身也是法律造成的；也有人认为，法制或法治只是使法取得实效的手段，符合法制也可能使法服务于邪恶的目的。总之，对法制的作用不应夸大，因为法治本身毕竟不是一个最终目的。

一般法学家认为，在希特勒统治下，法制极端败坏，制定溯及既往的刑法，实行秘密法，在审判中根本不顾法律，甚至不顾纳粹党人自己制定的法律，他们在感到法律形式不方便时，干脆直接使用暴力。但也有个别法学家主张，法治仅代表一种“公共秩序”，因而任何社会，包括法西斯统治的国家，都处于法治之下。

我们认为，现代西方法学家在法制、法治问题上，就像什么是法一样，形式上是讲抽象的法制和法治，实质上只是讲资本主义代议制民主的法制和法治。他们对法制原则等问题的分析，对我们进一步理解资本主义法制的运行机制也是有一定帮助的。但每个国家的法制既不是像自然法学家所讲的是什么先验观念的体现，也不是像实证主义法学家所宣称的是单纯的现实存在，它是在特定的社会经济、政治和文化条件下形成和发展的。

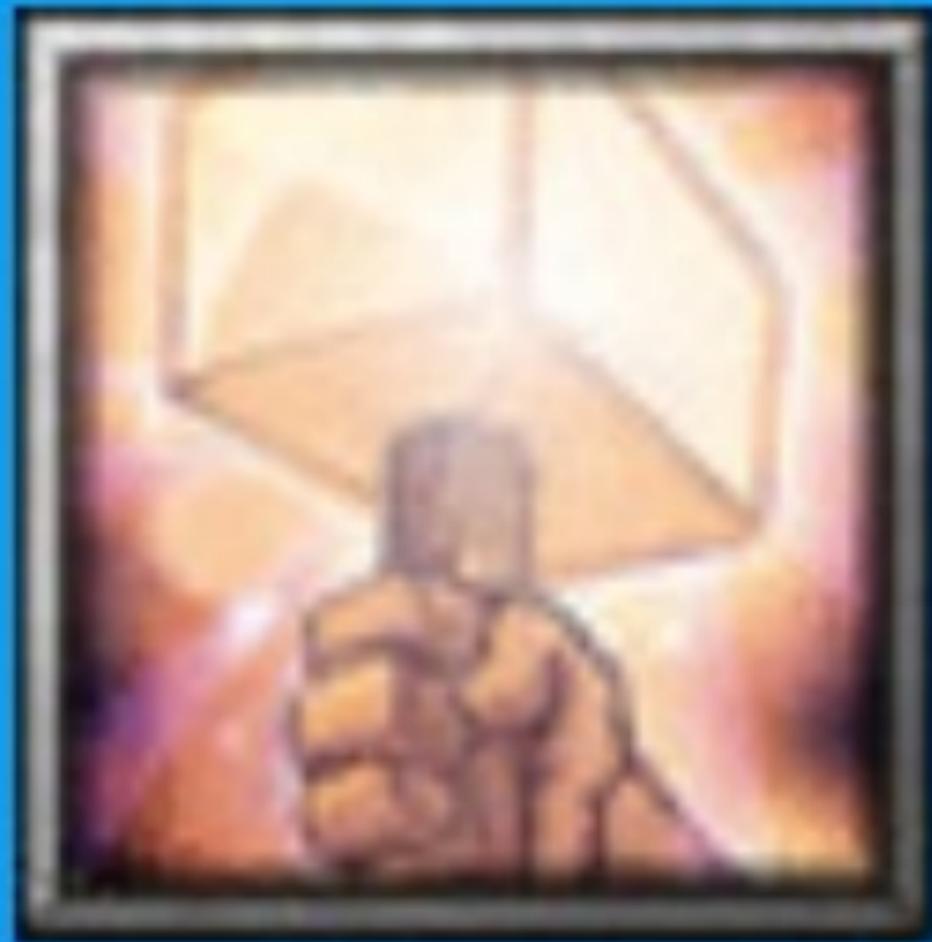
5.正义、自由、平等、安全、共同幸福。这些词在西方哲学、政治学、社会学等学科中是常见的。在西方法理学中，也充斥着关于法与正义、自由等关系的论述。根据唯物史观，我们应该在经济关系决定社会生活的一般过程这一基础上来分析法与正义、自由等观念的关系，从而就会发现这些观念都是历史的产物，在阶级社会中，它们都是有阶级性的。但很多现代西方法理学家却将正义、自由等观念看作是社会发展的动力，都是抽象的、超阶级的。

有的西方法理学家主张正义是非理性的价值判断，因而不应将它作为法学的研究对象，但大多数人认为法与正义的关系是法学中的重大或甚至是核心问题，不过他们对正义的含义，却众说纷纭。较多的人强调平等，也有的强调自由、安全、共同幸福，也有的主张这些含义的综合。他们对什么是自由、平等等概念又都有不同的理解。

现代西方法理学家一般都认为，自由不是绝对的，法律既保护个人自由、权利，但也对滥用自由、权利的行为实行制约。但在这一问题上，经常出现国家主权与个人自由的关系问题。他们一般认为国家主权与个人自由或人权是有矛盾的。法治是保护个人自由、权利，限制政府权力的，因此主权与法治也是有矛盾的。我们认为，国家主权和人权这两种观念都是在中世纪后期，随着资本主义经济和市民阶级的发展而兴起的，在历史上都起过巨大的进步

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



作用。在现代，对一个国家来说，主权和人权都是不可少的。但关键问题是，必须注意这是指哪一阶级的主权和人权，这是在什么具体历史条件下的关系。现代西方法理家鼓吹主权和人权的矛盾是有不同的动机的。

三、怎样评价现代西方法理学？

从以上所介绍的主要理论观点看，现代西方法理学在论述社会、人性、法、法制（或法治）、道德、正义、自由、平等、安全、共同幸福等概念及其相互关系时，尽管有各种各样的解释，但一个基本的共同点是：在形式上是讲抽象的社会、人性、法、法制等等，但实质上都是指以资本主义私有制为基础的社会、资产阶级代议制民主、资产阶级个人主义的人性。并且对它们加以肯定和颂扬。这种理论观点是同马克思主义根本对立的，这里体现了无产阶级与资产阶级两种意识形态之间的斗争。

为此，我们必须以马克思主义为指导，来分析和批判现代西方法理学，从而提高我们的识别能力和马克思主义水平。对现代西方法理学采取闭目塞听态度是不可取的，对它不加分析批判地介绍，甚至加以推崇，也都是错误的。从总体上讲，它是资产阶级意识形态，是与马克思主义根本对立的，但其中有些因素也还是可以批判地借鉴的。

第二编 新自然法学和价值论法学

【分类号】《现代西方法理学》

【分类名】法学

【书名】现代西方法理学

【著者】沈宗灵

【出版社】北京大学出版社

【出版日期】199701

西方法律思想史中的一个重大特征是：自然法(natural law)这一概念及其思想自古至今绵延不绝，除 19 世纪曾一度衰落外，一直是一种很盛行的学说。当然，不同时期、不同倾向的思想家、法学家对自然法这一概念，特别是它的性质及其与实在法(positive law)的关系，有各种不同的解释。仅从字面上讲，自然法学大体上是指这样一种法律思想：自然法是与国家制定的实在法相对称的法律，并往往被认为高于实在法。

在本书导论编中已指出，在西方法律思想史中，古希腊思想家已开始提出自然法思想。古罗马法学家将自然法思想与罗马实在法结合起来。在中世纪，基督教神学也借用了自然法这一名称，但使它从属上帝的永恒法。17—18 世纪资产阶级思想家将自然法解释为人的理性或本性的体现，以用来反对封建专制、特权和民族压迫，反对为封建统治效劳的神学，当时自然法学处于鼎盛时期，因而被称为古典自然法学派(classical natural law school)。当然，属于这一派别的思想家，无论在他们的政治纲领上或对自然法学说的解释上，都有很大区别。在进入 19 世纪后，在哲理法学、历史法学和分析实证主义法学的共同反对下，自然法学趋于衰落。到 19 世纪末，自然法思想又开始复兴。但自然法学的真正复兴是在第二次世界大战后。

本编所评介的前四个思想家、法学家，即拉德勃鲁赫、富勒、菲尼斯和马里旦，都属于战后新自然法学代表人物，且都具有各自的特色。拉德勃鲁赫在战前信奉新康德主义法学中相对主义法学。但在大战结束后，他转而信奉自然法学。他的转变对战后自然法学的复兴，或新自然法学的发展具有重大影响。富勒在 50—60 年代与分析实证主义法学主要代表人物

展开长期论战，他强调“程序自然法”，强调法制原则体现法律的“内在道德”，被认为是战后非神学的新自然法学的主要代表人物。菲尼斯代表了新自然法学中较新的人物，他比较系统地论述了自然法的基本原则，他的学说虽然以中世纪阿奎那的学说作为主要思想渊源，但又不同于一般神学的自然法学。马里旦是战后著名的新托马斯主义思想家，以神学的观点解释自然法学，并以此作为他的人权学说的哲学基础。

在战后自然法学复兴的同时，也出现了一些以研究价值为中心的法律学说，它们并不直接论述自然法，但在思想倾向上却与新自然法学相类似。其中最出名的是罗尔斯的正义论法学和德沃金的权利论法学。

战后新自然法学还有些代表性人物，如法国的维莱(M.Villey)、比利时的达班(J.Dabin)等。以美国政治学家拉斯威尔(H.D.Lasswell)和国际法学家麦克杜格尔(M.S.McDougal)首创的政策法学(policy-science of law)，在现代西方法学中，也被认为属于价值论法学，因为他们将某些价值作为民主社会共有的价值，以人的尊严作为民主的最高价值。在第二次世界大战前欧洲大陆有一种称为制度法学(institutional theory of law)的学说，主要代表是法国公法学家奥里乌(M. Hauriou)和勒纳尔(G. Renard)。这是和新托马斯法学密切联系的一种学说。

新自然法学或价值论法学与实证主义法学期长期有争论。争论的关键是法律和道德的关系问题，前者认为法律应服从某种道德准则。而后者则认为法律与道德并无必然的联系，甚至是无关的。

第四章 拉德勃鲁赫的相对主义法学及其后的转变

【分类号】《现代西方法理学》

【分类名】法学

【书名】现代西方法理学

【著者】沈宗灵

【出版社】北京大学出版社

【出版日期】199701

古斯塔夫·拉德勃鲁赫(Gustav Radbruch, 1878—1949年)，德国法学家、政治家，曾任教于柯尼斯堡、基尔和海德堡大学；在1920—1924年作为德国社会民主党人出任魏玛共和国国会议员和司法部长。1933年纳粹党上台后，他被免去教职，1945年才重返海德堡大学任教。他的主要著作有《法学导论》(1907年)、《法律哲学》(1932年第3版)等。

他的法学思想在第二次世界大战前后有很大变化；战前，他是西方相对主义法学或新康德主义法学的主要代表之一；战后，他公开批评相对主义和实证主义法学，转向自然法学。这一转变有力地促进了战后新自然法学的流行。他的相对主义法学的主要思想渊源是康德的哲学以及新康德主义法学家施塔姆勒和拉斯克(E. Lask, 1875—1915年)的法律思想。

一、二元论和相对主义

1.现实和价值

拉德勃鲁赫的法学是以二元论和相对主义为哲学基础的。他声称，他的哲学在方法论上有两个特征：二元论和相对主义。(注：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.维尔克英文本，哈佛大学出版社1950年版，第53页。)

哲学上的二元论一般主张世界有物质和精神两个独立来源。康德哲学就是二元论的代

表。拉德勃鲁赫的相对主义法学就是从论述康德关于现实(reality)和价值(value)之分的学说开始的。他说, 康德哲学认为, 从实际是什么(what is)中不可能得出什么是有价值的、正确的或“应当是这样的”(ought to be)。价值和存在(existence)这两种观点, 像两个截然不同的、封闭的圆圈放在一起, 这就是方法论上的二元论的实质(注:《法律哲学》, 第53页。)。换一句话说, 关于“应当”(ought)的陈述只能来自其他“应当”的陈述, 而不能来自对存在事实的归纳。但在我们的直接经验中, 事实和价值之分是模糊不明的。原始人将雷暴雨看作神的警告, 现代人则认为它是对自己外出打球或野餐计划的干扰。对我们来说, 事情都是具有个人评价色彩的。只有通过精神的力量才能使实现和价值分开。我们体验到的人和事是受价值即有无价值的影响的, 而没有想到这种价值和无价值都来自我们自己, 来自观察者, 而不是来自那个人和事本身。

人们对价值会有四种态度。第一是价值盲(value-blind), 即不问价值, 也即自然科学家研究自然界所采取的态度。第二种是评价(evaluating), 即有意识地品评态度, 也即价值哲学及其三个分支: 逻辑学、伦理学和美学的特征。第三种是与价值有关的(value-relating)态度, 也即文化科学的态度, 包括人文学、史学、社会科学等。第四种是克服价值(value-conquering)的态度, 即宗教, 它要求对人仁慈而不问其有何价值。第三、四种态度可以说是介乎第一、二种态度之间的, 或者说是对它们的补充。与以上四种态度相应, 有四个领域, 即: 存在(existence)、价值(value)、含义(meaning, 即指价值的具体内容)和实质(essence, 即指宗教已超脱价值和现实之分)。

这里还应注意的是, 价值不能得自现实, 仅指逻辑关系而不是指因果关系。二元论并不是说现存事实对评价或判断不发生影响。评价行为无疑是现存事实, 如评价人的社会环境, 对意识形态上层建筑发生影响的结果。但我们这里并不是讲现存事实和价值判断之间的因果关系而是讲存在和价值之间的逻辑联系。

2. 法律科学、法律哲学和法律的宗教哲学

拉德勃鲁赫又认为, 从以上四种态度可以看出, 有关法律的研究有法律科学、法律哲学和法律的宗教哲学三种。

法律是人的创造物, 只能根据人的理念, 也即这种创造的目的或价值来理解。所以对任何法律现象不可能采取价值盲的观点。法律又是一种文化现象, 即与价值有关的事实, 所以对法律可以有三种观点: 一种是关于价值的观点, 即将法律看作一种文化事实, 这是法律科学的特征; 第二种是评价的观点, 即将法律看作是文化价值, 这是法律哲学的特征; 或者克服价值的观点, 这是法律的宗教哲学(例如早期基督教、天主教、新教的法律哲学)的特征。(注:《法律哲学》, 第52页。)

3. 相对主义

拉德勃鲁赫从价值与现实之分的二元论出发, 阐述了他的相对主义。哲学上的相对主义通常指片面夸大事物和认识的相对性, 从而排斥绝对性, 抹杀事物的质的规定性, 否认客观的是非标准, 陷入不可知论。拉德勃鲁赫认为, 正因为应当的陈述只能由其他应当陈述来加以确认或证明, 所以“关于应当的最终陈述是不可能被证明的或作为公理的。人们不可能辨明而只能自称知道关于应当的最终陈述。因而在关于应当的最终陈述的相互对立的辩论中, 在关于价值和世界的相互对立的观点之间, 不可能有在科学上毫不含糊的决定”(注:《法律哲学》, 第55页。)。相对主义法律哲学无法使个人避免在相互对立的最终假设中系统地提出的法律观点作出选择。它只能限于向他充分提供各种可能的决定性, 但决定本身仍留待他本人的决心, 诉诸他的良心。它之所以如此, 就因为在他看来, 对最终价值判断的回答一定是ignorabimus(我们不知道)。但即使回答是“不知道”, 相对主义仍坚持它的方法的重要性, 相信它至少由于系统地探讨了各种世界观的可能性, 已为人们有朝一日作出的选择作了有用的准备工作。这也就是说, 相对主义法律哲学虽然不能提供最终价值判断, 但它可以确认为

实现应当实现的目的的手段；可以澄清世界观的最终假设，可以系统地发挥可以设想的最终假设。所以，他的结论是：相对主义的任务，是在特定的价值观和世界观的范围内，就特定的最高价值判断而论，来决定任何价值判断是否正确，而不是决定这种价值判断和这种价值观和世界观本身是否正确。同时，他也特别指出，相对主义属于理论理性而不是实践理性。它意味着对科学地确认最终决定的放弃，但并不放弃决定本身。（注：《法律哲学》，第 57—58 页。）

二、正义、功利和法律确定性

1. 法律的理念和概念

拉德勃鲁赫认为，事物的最终价值是无法被证明的，但法律哲学和法律科学都应研究价值问题。在这里，他接受了新康德主义法学首创人施塔姆勒的学说，划分出法律的理念和律的概念。法律的理念，即法律的价值。法律概念是一个文化概念，即与价值有关的现实的概念。这一现实的含义就是为法律价值也即法律理念服务。所以“法律概念是以法律理念为定向的”（注：《法律哲学》，第 73 页。）。

法律概念是为法律理念服务的一个现实，所以它具有评价和要求的心理学性质，从而也就代表了一种特殊的现实，即处于理念和其他现实之间的媒介物。它属于现实本身，但同时又高于其他现实；属于这类特殊现实的有：良心，这是与道德理念相联系的文化现象；感觉 (taste)，与美学理念相联系；理性，与逻辑理念相联系。与法律理念相联系的现象是律令 (precept)。这种律令既有实在性又有规范性；它与法律理念即正义有关，也就涉及人与人的关系，具有社会性；它与平等有关，因而具有一般性。总之，“法律律令的实质可概括为既是实在的又是规范的；既是社会的又是一般的。在这一意义上，法律的定义是人类共同生活的一般律令的总和。”（注：《法律哲学》，第 76 页。）。

2. 正义

他认为，法律理念，即法律的价值，首先是指正义 (justice)。正如罗马法学所指出的：“法律来自正义就像来自它的母亲，所以正义先于法律。”（注：《学说汇纂》，第 II，转引自《法律哲学》，第 73 页。）正义是一种绝对价值，是一种不可能来自任何其他价值的价值。这里讲的正义是指衡量实在法的正义而不是指由实在法来衡量正义。从这一意义上讲，正义的意思是平等。但平等本身又有不同含义。亚里士多德曾区分出交换正义和分配正义。交换正义是事物之间的绝对平等，如劳动和报酬、损害和赔偿等。分配正义是指对待不同人之间的相对平等，例如按能力纳税、按需救济等。交换正义至少需要二人，相互关系是平等的，处于相互协调的关系。分配正义至少需要三人，其中一人高于其他二人之上，向他们授予利益或设定负担，处于上下属的关系。这也可以说，交换正义是私法正义，分配正义是公法正义。交换正义必须先要有分配正义的行为，所以分配正义是正义的原型。

3. 功利

正义是法律的理念，但这并不是说，只要以正义为基础就可以将法律讲清楚。因为第一，仅靠正义不足以说明法律规则的具体内容。第二，正义要求平等的人平等对待，不同的人按照他们的区别不同地对待，但它并未表明谁应平等或不同以及如何对待他们。总之，正义仅规定了法律形式而未决定内容。为了说明法律的内容，必须要加上法律理念的第二个因素，即功利 (expediency (注：此词在 W. 弗里特曼著《法律理论》(1967 年版) 中称为 utility，见第 193 页。))，指的是对任何目的的合适性。

拉德勃鲁赫在这里强调，讲法律的目的必须讲国家的目的。“因为法律或法律的主要部分是国家意志，而国家或国家的主要部分是法律的一种制度。所以法律目的和国家目的是不可分的。”（注：《法律哲学》，第 91 页。）同时，这里讲的法律目的并不是指以经验为主的陈述，而是指用以衡量法律的、法律目的的先验理念。因而我们必须考虑像正义那样的绝对价值，也即法律必须为其服务的正义以外的伦理价值。

这种价值有三种：个人价值、集体价值和创造价值(work values)。与这三种价值相适应，有三种观点：个人主义的(individualistic)观点、超个人主义的(transindividualistic)观点和超人格的(transpersonal)观点。

从个人主义观点来看，创造价值和集体价值服从人格价值。文化仅仅是培养人的手段，国家和法律仅仅是保护和促进个人的制度，是各个人之间的类似合同的关系。但这里讲的合同并不是一个现实，而只是一个像康德所讲的理性观念。从超个人主义观点来看，人格价值和创造价值都服从集体价值，道德和文化服从国家和法律。因为国家和法律是高于个人之上的整体，类似有机体。在良好的国家中，整体并不是为成员存在的，而成员是为整体存在的。从超人格的观点来看，人格价值和集体价值都服从创造价值，道德、国家和法律都服从文化。国家和法律是个人对自我之外，共同劳动、共同创造的关系，并以创造者所造的建筑物来作为类比。这些创造者之所以合在一起既不是由于包括他们自己在内的整体，也不是由于使他们连结的直接关系，而是由于他们所表现的共同劳动以及从中产生的共同创造物。以上三种观点可以分别用三个口号来概括：自由（个人主义观点）、国家（超个人主义观点）和文化（超人格主义）。（注：《法律哲学》，第94页。）

4.政党的意识形态和法律哲学

他认为，关于法律的价值，我们还可以从各政党的意识形态来加以分析。

首先是个人主义（出发点是人）。无政府主义从“单一的个人”（single one），即具体的自我出发的个人主义，它否认任何国家和法律。开明专制主义是另一种形式的个人主义。它企图用强力为各个人服务，即使违反他们的意志。它是以各个人的道德和理性为直接强制对象的个人主义。

自由主义和民主对个人的看法不同于无政府主义和开明专制的看法。但自由主义和民主二者本身对个人的评价也有区别。从它们各自的最极端形式的对立来看，不仅程度不同，而且在类别上也不同。民主要求无条件服从多数意志；但自由主义要求在某些情况下有可能即使违反多数意志而仍保持个人意志。对自由主义来说，政治哲学思想的出发点是人权，基本权利，个人的自由权利，也就是在国家以前就已存在的自然自由。它们是随同应受无条件尊重的要求而被带入国家的，因为国家的任务及其根据就在于对它们的保护。“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。”（1789年的《人和公民的权利宣言》）。与此相反，根据民主观点，先于国家的个人自由已由他完全交由国家意志，即多数派意见支配。因为他有机会参与多数派意志的形成并作为对这种机会的交换。正是这种基本观点的不同，导致自由主义和民主在政治组织上的极为不同的原则。这也涉及到对孟德斯鸠和卢梭之间的长期存在的被误解了的对立。自由主义敬重孟德斯鸠的分权学说，它想使君主和多数派（即议会）这两个专制主义追求者相互对抗以有利于个人自由的不受侵犯的权利。民主则根据卢梭学说否认分权，因为分权反对民主的目标本身即多数派的专制。结果就民主而论，个人价值是可以增加的，多数个人意志的价值超过少数个人的。但自由主义则主张无限的个人价值，不论多么大的多数派意志也不能加以超越。

除了自由和民主这两种个人主义外，还应加上社会个人主义或社会主义。社会主义起源于对政治、公民的平等和社会、经济不平等之间的对立状态的批判，而这种对立正是民主自由、个人主义的实质。社会主义要求消灭产生社会不平等的根源，即生产资料私有制。社会主义，从经济学观点看是反对个人主义的，因为社会主义要求经济生活服从超个人的调节。但从法律哲学观点看，社会主义仍是个人主义的，因为这些超个人的调节最终还是服务于个人的。

保守主义政党的意识形态代表了超个人主义的观点。它同以上所讲的个人主义政党意识形态是对立的。个人主义是进攻性的意识形态，是理性的，想改造现实，而保守主义是防御性的，支持现实的，非理性的（历史的或宗教的）。从个人主义看，国家像一架机器一样，

由许多部分组成，而从保守主义观点看，国家像一个有机体一样，由一种神秘的、巨大的力量所构成。

天主教政党的意识形态处于个人主义和超个人主义两种观点之间。

5.法律确定性

拉德勃鲁赫认为法律理念，即价值，首先在于正义，正义的实质在于平等，即对平等的平等对待，不平等的平等对待。为了进一步确定平等和不平等，就必须加上法律理念的第二个因素即功利。但对功利的分析也仅能归结为不同政党的意识形态以及对国家和法律的不同观点。这些又都是相对的，仍然不能得出法律哲学的最终结论。“可是法律代表一起生活的秩序，不能把法律交付给意见分歧。必须要有凌驾于一切意见之上的一种秩序”（注：《法律哲学》，第 108 页。）。因此我们就见到法律理念的第三个因素——法律确定性(legal certainty)：法律确定性要求法律是实在的。如果对什么是正确的定不下来，那么就必须规定什么是应当正确的，而且一定要由一个能将规定的事加以贯彻的机构来实行。所以，很奇怪，法律本身的实在性(positivity)成为法律正确性的一个前提。总之，在法律理念的三个因素中，功利因素是适用相对主义的，其他两个，即正义和法律确定性，则高于关于国家和法律不同观点的冲突以及不同政党的争论。法律观点争论的结束要比正当地和有效地决定更为重要。“法律秩序的存在要比法律的正义和功利更为重要，正义和功利构成法律的第二位主要任务，而所有人平等同意的第一位任务则是法律确定性，即秩序与和平。”（注：《法律哲学》，第 108 页。）

6.三种因素之间的矛盾

法律理念的三种因素相互要求又相互矛盾。首先是正义和功利的矛盾。正义代表平等。法律上平等要求法律规则的一般性。正义在某种程度上是一般的，但平等在实际上是没有的。从一定意义上讲，平等始终是实际不平等的一个抽象。从功利角度看，每一种不平等仍是重要的。功利必须尽可能适应个别情况的需要。这就导致正义和功利之间的矛盾。行政部门和行政法院之间的矛盾、刑法中正义和功利两种倾向间冲突就是例证。其次是正义、功利一方和另一方法律确定性之间的矛盾。例如法律确定性必须要有稳定的规则，但正义和功利却要求法律适应新的社会和经济条件。总之，一个因素的充分实现就要牺牲或不顾其他两个因素，而且也没有什么绝对标准可以用来满意地决定这三者之间的比例关系。

三、从相对主义法学向自然法学的转变

拉德勃鲁赫在第二次世界大战前是一个相对主义法学家。同时就他主张法律的确信性与正义发生冲突时应服从法律的确信性这一点而论，他又是一个实证主义法学家。

随着德意法西斯政权的覆灭和第二次世界大战的结束，他的法律思想发生了急剧变化：他批判了相对主义和实证主义法学，迅速地转向自然法学。根据他的新观点，法律必须有绝对的价值准则，完全否认个人权利的法律是“绝对错误的法律”；法律实证主义有利于法西斯政权对权力的滥用；在实在法和正义的关系上，如果一种法律规则对正义的侵犯已达到不能容忍的程度时，这种法律规则已成为“非法的法律”，人们必须服从正义。当然，废除法西斯政权的完全违反正义的法律应由法院或立法机关来加以决定。（注：参见 E.博登海默：《法理学》，1974 年版，第 141—142 页；W.弗里特曼：《法律理论》，第 351 页；H.霍姆斯：《法律哲学史主要思潮》，北荷兰出版公司 1979 年版，英译本，第 250—251 页。）

他的这些观点散见于一些论文中，而且他也并未像他以前的相对主义法学那样系统地论述。尽管如此，他的转变对西方法学以及司法实践，特别是联邦德国在战后对法西斯政权下所犯罪行的审判上，具有重大影响。

正如新分析法学家哈特所指出的，“战后，德国法院将拉德勃鲁赫的含有人道主义的重大道德原则的法律概念适用于有些案件的实践中。纳粹政权下的国内战犯——间谍、告密者受到了惩罚，这些案件的特殊重要意义在于有这些罪行的人辩称，他们过去的行为按照他们

治观点是可以证明的，也没有一种政治观点是可以驳倒的……”（注：《法律哲学》，第 48 页。）这是一种将抽象的民主同相对主义结合起来的理论。然而，对拉德勃鲁赫来说，具有莫大讽刺意义的是，就在他写的这一序言发表后不久，即 1933 年初，魏玛共和国覆灭，希特勒上台。也就在这一年拉德勃鲁赫被免去教职。对“不可知论”的最有力的驳斥是实践。纳粹党人的上台，它的暴行及其对全世界人民包括德国人民自己在内所带来的巨大灾难，以及拉德勃鲁赫本人在大战后对相对主义、实证主义法学的批判，——所有这一切可以说都是对他的相对主义法学本身的驳斥。当然，这里讲的“驳斥”是指拉德勃鲁赫在战后承认的一个客观事实讲的，即他的相对主义、实证主义法学至少在客观上是有利于法西斯政权的，而不是指他后来所转向的自然法学就一定代表客观真理。

拉德勃鲁赫在论述法律理念的第二个因素（功利）时涉及到个人、集体和创造三种价值以及与此相应的个人主义、超个人主义和超人格主义三种观点的问题。这种划分是否科学，这里暂且不论，但应指出他对个人主义和集体主义（也即他讲的超个人主义）的错误解释。他认为，社会主义也可被认为是一种个人主义。因为社会主义要求经济生活服从超个人的调节，因而从经济学观点看，社会主义是反对个人主义的；但从法律哲学看，这些超个人的调节还是服务于个人的，因而社会主义仍是个人主义的。在这里他显然曲解了社会主义—共产主义道德思想的核心——集体主义。集体主义是与个人主义根本对立的，它以集体利益作为根本出发点，在个人利益与集体利益发生矛盾时，个人利益服从集体利益。它是建立在公有制基础上的一种意识形态。相反地，个人主义以个人利益作为根本出发点，其他利益都应服从个人利益，这是建立在生产资料私有制基础上的一种意识形态。他在论述自由主义和民主的对立时，也将民主和自由看作是抽象的，而且也从个人主义出发将自由理解为个人的绝对自由，从而与“少数服从多数”的民主原则对立起来。

拉德勃鲁赫的学说中将对法律的研究分为法律科学、法律哲学和法律的宗教哲学三种；同时又划分法律概念和法律理念。这些划分法是比较繁琐的。前一种划分看来是适应他对四种价值态度的分析；后一种划分则显然仿照了新康德主义法学创始人施塔默勒的学说。在战后西方法律哲学中，他的这两种划分法已不多见了。

拉德勃鲁赫的不可知论当然是错误的，但他的学说也有助于我们思考法律哲学中的一些重要问题，如：法律的价值是什么？法律价值之间的矛盾如何认识和解决？对法律价值的相对性和绝对性之间的关系如何理解？

第五章 富勒的新自然法学

【分类号】《现代西方法理学》

【分类名】法学

【书名】现代西方法理学

【著者】沈宗灵

【出版社】北京大学出版社

【出版日期】199701

朗·富勒（LonL.Fuller，1902—1978 年），美国著名法理学家。1926—1939 年先后任奥勒冈大学、伊利诺大学、杜克大学教授。自 1939 年起至 1972 年退休前，一直在哈佛大学法学院执教，1948 年继庞德之后任一般法理学卡特讲座教授职。他的传记作者、康奈尔大学法理学教授 R.萨默斯将他和霍姆斯、庞德和卢埃林四人并列为美国近百年来最重要的法学

理论家。(注：R.萨默斯：《法学理论家富勒传略》，斯坦福大学出版社1984年版，第1页。)他在法理学方面的主要著作有《法律在探求自己》(1940年初版)、《法理学问题》(1949年)、《法律虚构》(1967年)、《法律的自相矛盾》(1968年)，但最重要的是《法律的道德性》(1964年初版，1969年修改版)。

第二次世界大战结束后，在西方法学领域中，新自然法学说进一步兴起，富勒则是这一学说在美国的主要传播者之一。但在战后美国，以庞德、卢埃林等人为代表的社会学法学和现实主义法学仍然占支配地位。富勒虽然也反对这种以实用主义哲学为思想基础的法学，但他反对的主要对象是以英国哈特为代表的法律实证主义。富勒的学说同样是在自50年代后期开始的、分别以他和哈特为主要代表的双方长期论战中形成和发展起来的。在同一时期，富勒还曾与哥伦比亚大学哲学教授内格尔(E.Nagel)就法律中的“现实”与“应当”(is-ought)问题开展了论战。他坚持认为，法律中“现实”与“应当”是不可分的，离开法律目的(即法律应当是什么)就不可能理解法律形式，因而一切法律形式必然是具有价值的。

富勒继承了西方历史上世俗自然法思想的理性传统，但他的自然法学说显然不同于以往的自然法学说。他不仅强调法律与道德不可分，而且强调法律本身的存在也必须以一系列法制原则作为前提，这些法制原则就是法律的“内在道德”，也即“程序自然法”。

一、义务的道德和愿望的道德

为了论证法律与道德是不可分的，富勒首先提出，道德可分为两种，即愿望的道德(morality of aspiration)和义务的道德(morality of duty)。

早在古希腊的哲学中，即已提出了愿望的道德问题。它指的是关于幸福生活、优良和人的力量的充分实现这些方面的道德。就是说，背离这种道德是指一个人可能没有实现他的全部能力；作为一个公民或官员来说，他可能被认为是不够格的。但在这种情况下，他之所以受到谴责是由于他的失败而不是背叛了义务，是缺陷而不是行为不当。

如果说愿望的道德是从人的成就的顶端开始，那么，义务的道德却是从底层开始的。这种道德指的是一个有秩序的社会所必不可少的一些基本原则。例如《圣经·出埃及记》中所载的“十诫”，即不许杀人、不许奸淫、不许偷盗等等。人们违反这种道德而受到谴责，并不是由于他们没有抓住充分实现其能力的机会，而是由于不尊重社会生活的基本要求。

英国古典政治经济学家亚当·斯密(Adam Smith, 1723—1790年)在其《道德情操论》一书中就曾以稍有不同的用语指出了以上两种道德的差别：义务的道德“可比之于语法规则”，愿望的道德相当于“评论家为作品的精彩程度而立下的规则”。正如义务的道德规定了社会生活必不可少的条件一样，语法规则规定了语言作为交流工具的必备条件；如同愿望的道德一样，优秀作品的原则却是“松散的、含糊的、不确定的，向我们提供了我们应做到尽善尽美的一个一般思想，而不是供给我们做到尽善尽美的任何明确无误的指示”(注：亚当·斯密：《道德情操论》，1，442；转引自富勒：《法律的道德性》，耶鲁大学出版社1977年版，第6页。)

总之，有一个道德标尺，它从最明显和最必要的道德义务的底层开始，向上升到人类力所能及的最高成就。这一标尺中有一个看不出的指针，它标志着义务的道德告终而开始了愿望的道德的分界线。在这一界线以下，人们将因失败而受谴责，但却不能指望因成功而受赞扬；在这一界线以上，人们将因成功而被人尊敬，因失败而使人感到惋惜。

富勒又认为，义务的道德与法律最为类似。例如，这种道德谴责赌博行为，在这种情况下，道德家可以“一变而为法律创造者的角色。而在他的判断方法上不作任何大的改变”(注：富勒：《法律的道德性》，第7页。)。只是在例如大赌和小赌如何区别这种问题上，二者有所不同。道德家可以不必如何注意它，而对法律起草人来说，这却是一个极为困难的问题。

如果说义务的道德与法律最为类似，那么，愿望的道德则与美学最为类似。人们在见到一个新的艺术表现形式的作品时，会立即想到这一作品的作者在追求什么目的，他在这一作

品中打算表达什么，然后再作出是否赞赏这一作品的判断。在这里，对艺术价值的判断着眼于作者的目的，而不是去适用自己认为应用以判断作品好坏的准则。

愿望的道德和法律没有直接的联系。当有人没有达到这种道德要求时，我们不是去控告他，而只是加以惋惜，或是蔑视。“法律没有办法可用以强迫一个人做到他力所能及的优良程度。”（注：富勒：《法律的道德性》，第9页。）这种道德虽然和法律没有直接联系，但与法律的普遍含义却有联系。现代法律制度代表了这样一套规则体系，它旨在使人们不受命运的盲目摆布，能安全地走在从事有意义的、创造性活动的道路上。例如根据合同法，双方当事人误解有关事实情况下所订立的合同是没有效力的。就是说，我们无法强迫一个人过理性的生活，但却可以创造出人类的合乎理性的存在的必要条件。

富勒还认为，这两种道德也可以同两种经济学作对比。愿望的道德仿佛是边际效用经济学（通称为“边际效用学派”或“边际效用价值说”），义务的道德规则仿佛是交换经济学。

愿望的道德是讲如何最好地利用我们短促生命的努力。边际效用经济学则指如何最好地利用我们有限的经济资源的努力。二者不仅目的相似，而且具有相类似的局限性。愿望的道德必然意味着人的“至善”的某种概念，但人们很难确定这个“至善”到底指的是什么。同样地，边际效用的原则意味着某种最高的经济福利，但谁也讲不清这个最高经济福利指的是什么。最后，由于无法确定至善和最高经济利益，愿望的道德和边际效用经济学都诉诸“平衡”的观念——不多不少。

义务的道德和交换经济学之所以极为类似，这是因为无论道德义务和法律义务，都来自一种交换，例如承诺和承诺之间的交换，或承诺和一个当前行为之间的交换等。因而交换和义务这两个概念之间有共同性。当然，将一切义务都归之于公开的交换也是不恰当的。例如，公民有投票的道德义务，并不意味着这一义务是以他和政府或他和其他公民之间的交易为基础的。

交换和义务之间的类似性，就在于它们都是指一种互惠关系。即使在《圣经》中也讲到，“你不议论人，就不被人议论。你怎样议论人，就怎样被人议论。你以什么标准衡量人，也就以什么标准被人衡量……因而，你想别人怎样待你，你也就应怎样待人。这是法律和先知的意思。”（注：《马太福音》，第7节1、12段。）

二、法制原则

为了论证法律和道德的不可分，富勒进一步提出了真正的法律制度所必须具备的一系列条件，也就是他所称的“法制原则”或“法律优越性”。缺乏其中任何一个条件，“并不单纯导致坏的法律制度，而是导致一个根本不宜称为法律制度的东西”（注：《法律的道德性》，第39页。）。

应该指出，在富勒的著作中，法律(law, 指整体意义上的法律)、法律制度(legal system)、法制(legality)和法治(rule of law)这些词或词组，往往是通用的。

富勒曾反复指出，在希特勒统治下的德国，“法制普遍、极端败坏”（注：《法律的道德性》，第40页。）。纳粹党人制定溯及既往的刑事法规，不公布法律，实行“秘密法”，等等。更严重的是，他们在感到法律形式不方便时，就直接在街道上使用暴力。同时，法官为了自己的方便，或害怕招来“上面”的不悦，在审判中根本不顾法律，甚至不顾纳粹党人自己制定的法律。（注：富勒：《实证主义和忠于法律——答哈特教授》，载《哈佛法律评论》1958年第71卷，第650—652页。）

富勒又认为，在希特勒统治下，当时德国公民的处境是极为困难的。在这里，不可能有一个用以确定他们是否负有忠于法律的义务的简单原则，正如不可能有一个用以确定他们是否有权进行一场大革命的原则一样。但是有一点是明确的：决不能把对既定权势的尊敬和忠于法律这二者混为一谈。

富勒进而提出了作为一个真正法律制度的前提的八项法制原则。

第一，法律的一般性(*generality*)。

如果要使人类行为根据规则来加以治理，一个不言而喻的前提是要有规则可循，这也就是法律一般性的要求。法律不是针对特定人的，而是对一般人都适用的，而这就意味着它为人们的行为提供了一个行为的基本界限，在这一范围内他们可以自由行动，而不是一举一动都要受人指挥。同时，一般性也就意味着同样的情况应受同样的待遇，因而这也就包括了通常所说的法律面前人人平等的原则。

第二，法律的公布。

法律之需要公布有很多理由。首先，一个法律公布后，即使一百个人中仅有一个人去了解，这也足以说明必须加以公布，因为至少这个人有权了解法律，而这个人是国家无法事先认定的，所以法律必须加以公布。其次，人们遵守法律一般并不是因为他们直接了解了法律，而是仿效了解法律的人的行为式样，少数人的法律知识间接地影响着许多人的行为。再次，法律只有在公布后才能由公众加以批评，包括对不应制定的那些法律的批评，同时也才可能对适用法律的人的违法行为加以制约。最后，大量现代法律的内容是专门性的，它们是否能公民所了解，这无关紧要，法律应公布决不是指望每个公民都坐下来阅看全部法律。

第三，适用于将来的而非溯及既往的(*retroactive*)法律。

法律制度一般是适用于将来的。一个溯及既往的法律，的确像是一个怪物。因为法律是指以规则来治理人们的行为，如果说以明天制定的法律来治理今天的行为，那完全是一句空话。但从法律一般是适用于未来的这一角度而论，可能在有的情况下，溯及既往的法律是一个不可缺少的补救办法。但人们也应记住，希特勒在 1934 年实行血腥清洗时就曾发布过溯及既往的法律。

美国宪法中关于禁止通过溯及既往的法律的条款（第一条第九、十款）主要是指：禁止通过使行为时完全合法的行为成为一个罪行的法律。法无明文不为罚(*nulla poena sine lege*)是文明国家公认的一条原则。具有溯及既往效力的刑事法律之所以受到广泛谴责，不仅是由于刑事案件关系重大，主要还因为在一切法律部门中，刑法最明显地、直接地关系到人类行为的塑造和控制，而溯及既往的法律却使人感到一种难以忍受的荒谬：今天来命令一个人在昨天应做或不应做某件事。

第四，法律的明确性。

这也是法制的一条基本原则。有的人错误地认为只有法官、警察、检察官才会侵犯法制，立法机关却不可能，除非它们违反宪法对其权力的限制。事实上，制定一个模糊不清、支离破碎的立法也危害法制。当然，强调法律的明确性并不是一般地反对在立法中使用诸如“善良忠诚”和“适当注意”等准则。保证法律明确性的最好办法就是有时利用立法大厅外日常生活中使用的常识性判断标准。当然，对法律的明确性的要求也不能过分，一种华而不实的明确性可能比老老实实的含糊不清还更有害。

第五，避免法律中的矛盾。

从逻辑上说，例如以下两条规定就包含了法律中的矛盾：一条要求车主在 1 月 1 日装上新牌照，另一条则规定在 1 月 1 日从事任何劳动都构成犯罪行为。法院在处理这种明显的矛盾时，一般采用这样一个公认的原则：通过解释，将相互矛盾的条款加以调整。例如，法院可以解释为只承认第一条，从而车主必须在 1 月 1 日装上牌照而并不构成犯罪行为；或者它也可以解释为仅承认第二条，从而使车主合法地推迟到 1 月 2 日再装牌照。但最好的办法是将以上两种解释结合起来，从而使车主无论在 1 月 1 日装牌照或推迟到 1 月 2 日去装，都成为合法行为。因为这里的基本问题是：法律本身的混乱使公民只能自行解决这一矛盾而不损害自己。

以上讲的仅是同一法律中包含的矛盾，更困难的是在不同时期制定的几个法律之间发生的矛盾。一个公认的解决原则是“后法胜于前法”(*lex posterior derogat priori*)。但有的情况

下也可适用前面所说的将相互矛盾的条款加以调整的办法，但这种办法也会带来不少困难。总之，由于立法的草率而造成法律中的矛盾对法制极为有害，而且也没有消除这种危害的简单原则。

第六，法律不应要求不可能实现的事情。

人们往往认为，任何一个神智健全的立法者，甚至一个邪恶的独裁者，也不会有理由制定一个要求人们实现不可能实现的事情的法律。但现实生活却与这种认识背道而驰。这种法律可以微妙地、甚至善意地加以制定。一个好的教员往往会对他的学生提出超过他们能力的学习要求，其动机是扩大他们的知识。一个立法者很容易将自己的角色误解为那个教员。但是差别在于：当学生没有完全实现那个教员的不切实际的要求时，教员可以向学生为他们已实现的要求真诚地表示祝贺，但一个政府官员却仅能面临这种困境：或者是强迫公民去实现他们不可能实现的事情，从而构成十分不正义的行为，或者是对公民的违法行为视而不见，从而削弱对法律的尊重。

第七，法律的稳定性。

美国宪法的制定者规定了禁止通过溯及既往的法律，但他们没有也不可能硬性地规定法律变更的次数。可是，频繁改变的法律和溯及既往的法律具有同样的危害性。二者都表明立法的动荡性。美国宪法的制定人詹姆斯·麦迪逊（James Madison，1751—1836年）在为宪法草案中关于禁止制定溯及既往等法律的条款进行辩护时，却更多地谴责了法律的频繁改变：“严肃的美国人民对指导议会的朝三暮四的政策感到担忧。他们遗憾而愤慨地看到，影响私人权利的突然变化和立法上的干涉，成了有势力而大胆妄为的投机家手中的专利事业，和社会上比较勤奋而消息不灵通的那一部分人的圈套。”（注：汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，第44篇，商务印书馆1980年版，第230页。）

第八，官方行动和法律的一致性。

在八个法制原则中，这一原则是最复杂而且也是最关键的。“法治的实质必然是：在对公民发生作用时（如将他投入监牢或宣布他主张有产权的证件无效），政府应忠实地运用曾宣布是应由公民遵守并决定其权利和义务的规则。如果法治不是指这个意思，那就什么意思都没有。”（注：《法律的道德性》，第209—210页。）

危害官方行动和法律一致性的原则的形式是多种多样的。例如，对法律的错误解释、使人们难以接近法律、不注意维护法律制度的完整、贿赂、偏见、漠不关心、愚蠢以及争权夺利等。因此，维护这一原则的手段也是多样化的。在美国，通常总称为“程序上的正当手续”（procedural due process）。例如律师代理，向对方证人进行盘问，要求发布人身保护状，以及提出上诉等权利。同时，在美国，维护这一法制原则的任务主要委托法院。这种制度固然有不少优点，如由专业人员负责；易受公众监督，等等。但它也有严重缺点：问题首先取决于当事人是否有提起司法诉讼的意愿和财力；以往实践也证明，法院在控制警察部门的非法行为方面往往收效甚微。在这方面，北欧国家所推行的“议会巡视官员”（Ombudsman）制度是颇有价值的。在保持官方行为和法律一致性的任务中，最微妙的是法律解释问题。法制要求法官和其他官员在适用立法时，不是根据自己的幻想或官样文章，而是根据符合整个法律制度的解释原则。

1584年英国高等法院的男爵们在处理海登案（Heydon's case）时曾提出，对所有法案的解释，应考虑以下四个问题：“第一，在制定该法案以前的普通法是什么？第二，普通法所不曾规定的害处和缺点是什么？第三，国会已决定并命令以什么疗法来医治国家的这种疾病？第四，这种疗法的真正理由。然后，全体法官应作出制止病害并推进疗法的解释。”（注：《法律的道德性》，第82—83页。）

富勒在论述以上八个法制原则后，又补充了一个结论：法制是一项“实践的艺术”。“人们很容易了解：法律应明确地、以一般规则加以表达，是以后生效的，应向公民公布。但是

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



要了解这些事情如何，在什么情况以及在什么样的平衡下来实现，其任务就不亚于充当立法者。”（注：《法律的道德性》，第94页。）

三、法律的内在道德和外道德：程序自然法和实体自然法

富勒认为，了解法律与道德的关系，除应了解道德有义务的道德和愿望的道德之分外，还应了解法律的内在道德(inner morality)和外道德(external morality)之间的区别和相互作用。法律的外在道德是指法律的实体目标；法律的内在道德则是指法律的解释和执行的方式问题，即一种特殊的、扩大意义上的程序问题。

他还认为，以上讲的八个法制原则就是指法律的内在道德。在社会生活的基本道德中，道德内容一般是否定式的要求不作为，如勿杀人、勿伤人、勿欺骗人，等等。但法律的内在道德却不限于不作为。例如要求法律的普遍性、明确性、公布法律、法律和官方行为的一致性等原则，就不仅否定地要求不作有害的行为，而且肯定地要求必须致力于特定的成就。这就说明法律的内在道德既包括义务的道德，又包括愿望的道德，而且主要是愿望的道德。

在西方法律哲学中，就非神学的新自然法学说而论，道德和自然法二词几乎是同义的。因此，富勒也就将法律的内在道德称为程序的**自然法(procedural natural law)**法律的外在道德则称为**实体自然法(substantive natural law)**。

富勒指出，他所讲的自然法不同于古代、中世纪以至17—18世纪的自然法。他讲的是处理人类特种事务的自然法，而不是什么“在天上的君临一切的无所不在”的自然法。他讲的自然法和违反上帝法律之类的命题毫无联系，无论在起源上和适用上，这种自然法都是尘世的。它们也不是什么“更高的”法律，更确切地说，如同木工为使他建筑的房屋牢固所必须遵循的自然法则一样，它们是“较低的”法律。以往的自然法学说都仅指实体自然法，而他所讲的则主要指程序自然法。

法律的内在道德和外道德是互为影响的，其中一方的败坏不可避免地会使另一方也趋于败坏。有人认为，严格遵守法律和制定一批残忍的、非人道的法律是可以结合的。事实上，这种观点不过是人们的一种根深蒂固的偏见的产物，即把服从既定权势和忠于法律混为一谈。那些残忍的、非人道的法律必然会严重地危害法律的内在道德，即法制原则。

富勒认为，在极为广泛的道德范围内，法律的内在道德，即法制原则，可以为法律的不同实体目的，即不同的外在道德服务。对这些不同的实体目的来说，法律的内在道德仿佛是保持中立的。例如，在美国，目前社会上热烈争论关于避孕的道德问题，法制原则对此是无能为力的。一个法律制度可以作出鼓励规定，也可以作出禁止规定，无论哪种规定都不妨害法律制度的内在的完整性。

但另一方面，也不能认为，不论法律采用任何实体目的都不会危害法制。例如政府制定了一个禁止出售避孕药物的法律，但又明知这种法律将不会也不可能强制执行。显然，这种法律将严重违反一个法制原则，即法律和官方行为的一致性，而且这种现象就如无法隔离的传染病一样，会从这一法律扩散到其他法律。

此外，法律的内在道德，虽然对广泛范围内的道德问题上可以是中立的，但在对人本身观点上却不可能是中立的。因为法律是使人的行为服从规则治理的事业，必须认为人是而且可以是一个负责的人，有能力了解和遵循规则，并对自己的违法行为负责。所以，对法律的内在道德的背离，就是对人作为一个负责的人的尊严加以冒犯。例如以不公布的或溯及既往的法律来判断他的行为，或命令他从事不可能实现的行为，都表示对人的自决能力的漠视。

富勒虽然提出了法律的内在和外道德之分，或程序和实体自然法之分的学说，但他主要论述的是法律的内在道德，即程序自然法问题。在法律的实体目的方面，论述很少。

富勒不同意哈特在讲“最低限度内容的自然法”时的出发点是人的“继续生存”这一观点。富勒主张，“交往”是超过继续生存的事，通过交往，我们继承以往人类的成就，也使我们的成就丰富后代的生活；同时，通过我们相互间的交往，也可以扩大自己生活的界限。

因而，他的结论是：“如果要求我认定一个可以称为实体自然法——用大写字母写的自然法——的一个核心的、无可争辩的原则时，我会在这命令中找到：展开、保持和防护这种交往渠道的完整性。通过这种渠道，人们相互传达他们所觉察、感觉和要求的事物。”（注：《法律的道德性》，第 186 页。）

四、法律的概念

富勒也批判了西方法学界中与他的学说相对立的关于实在法的一些流行的概念，并提出了他自己的法律定义。

富勒所批判的第一个流行的法律概念，是以美国法学家霍姆斯为代表的法律预测说：“法律的意思就是对法院事实上将做什么的预言，而不是什么空话。”（注：霍姆斯：《法律的道路》，载《法律论文集》，第 167—169 页。）

富勒在分析这一概念时指出，霍姆斯提出这一概念的目的是企图将法律和道德截然分割，因而与富勒本人的观点是完全对立的。然而奇怪的是这两种对立的观点却是可以调和的。因为人们既然要预测法院事实上将做什么，就必须说明预测过程，就必须问法院正在打算做什么，事实上也就必须进一步了解创造和维护法律的整个体系，这时我们就会了解其中许多问题都是道德性质的。例如我们会想到一个法官面对着这样一种法律，在关键性的用语上含糊不清，而在序言中却规定了一个在他看来极不明智的目的，这种法律本身以及法官如何处理这一问题等，都说明法律与道德是不可分的。

第二个流行的法律概念是以德裔法学家弗里特曼(W.Friedmann)为代表的公共秩序说：“法治简单地指‘公共秩序的存在’。它的意思是通过法律指挥的各种工具和渠道而运行的有组织的政府。在这一意义上，所有现代社会，法西斯国家、社会主义国家和自由主义国家，都处于法治下。”（注：弗里特曼：《法律和社会变革》，1951 年版，第 281 页。）

富勒在批评时说，在纳粹德国，“公共秩序”的外表可以是无法的恐怖。尽管弗里特曼心目中并不是这种秩序，因为他的法律概念中提到了“通过法律指挥的各种工具和渠道而运行的有组织的政府”。但无论如何，弗里特曼的这一概念表明，在他看来，仅“作为法律”来考虑，纳粹德国的法律并不亚于其他任何国家的法律。富勒认为，这种命题和他本人的观点是完全背道而驰的。

第三个流行的法律概念是法律的强力或武力说。富勒认为，大部分法律学说都主张法律与其他社会规范不同的标志在于前者使用强力或武力。人类学家霍贝尔(A.E.Hoebel)的观点就是代表：“这样的社会规范是法律规范，即如果对它置之不理或违反，按例就会遇到拥有社会承认的、可以这样行为的特权的人或集团，以运用物质武力相威胁或事实上加以运用。”（注：霍贝尔：《原始人的法律》，1954 年版，第 28 页。）富勒不同意将武力作为确定法律或使它和其他社会规范相区别的标志。他承认，如果法律本身听任非法暴力的挑战，就可能丧失实效，因而有时暴力只能由暴力加以制约。在社会中必须有准备运用武力的某种机构，以便在必要时作法律的后盾。但我们不能由此而认为，使用或可能使用武力是确认法律的特征。现代科学完全依靠计量和测定装置的使用，但任何人都不会说，科学的定义应是计量和测定装置的使用。对法律也应如此，法律为实现其目标而必须估计到要做的事情与法律本身完全是两回事。富勒又指出，将武力和法律等同起来的观点是有一定的客观原因的。刑法是与使用武力关系最为密切的法律部门。而在文明国家，对刑事案件又最迫切要求严格实行法制，因而也就容易使人们将刑法看作整个法律。此外，这种等同的看法在原始社会又有特殊的意义。在那时，建立法律秩序的第一步就是为防止私人之间使用暴力，而由社会垄断使用。

富勒还认为，事实上，在现代法律中，有些法律根本没有使用武力或以武力相威胁的机会，因此而认为它们不是法律是毫无理由的。相反地，一个实际上是非法的没收行为的制度，尽管以法律规则和披着法衣的法官为伪装，我们却完全可以有理由拒绝称之为法律制度。