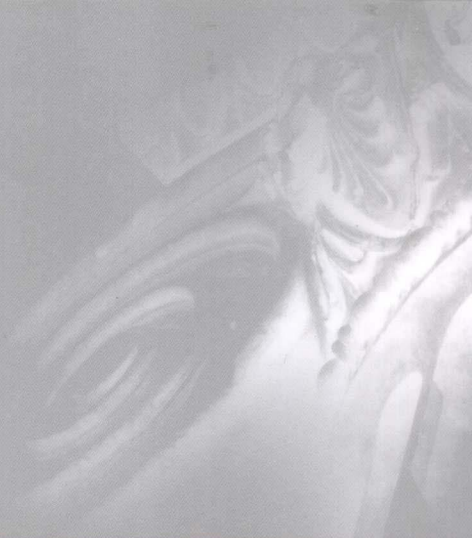




[爱尔兰] 约翰·莫里斯·凯利 | 著

王笑红 | 译



# 西方法律思想简史

A SHORT HISTORY OF WESTERN LEGAL THEORY




法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

中国政法大学  
法律史学研究所 编  
法律出版社

# 西方法律思想简史

（第二版）

法律出版社



上海市人文社科基地华东政法大学  
外国法与比较法研究院建设项目

# 西方法律思想简史

A SHORT HISTORY OF WESTERN LEGAL THEORY

---



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想简史/(爱尔兰)凯利著;王笑红  
译. —北京:法律出版社,2010.8  
(研究生教学书系)  
ISBN 978-7-5118-1031-1

I. ①西… II. ①凯…②王… III. ①法律—思想史  
—西方国家—研究生—教材 IV. ①D909.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第147880号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/北京荣盛彩色印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16  
版本/2010年8月第1版

印张/26 字数/433千  
印次/2010年8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 978-7-5118-1031-1

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

在约翰·凯利突然离开我们以前,除了一些脚注外,本书事实上已告完成。我们为此进行过讨论和通信。下面的这段文字摘自他写给我的最后一封信,可以帮助我们正确地理解他的目标:

我很遗憾,如果我的前言让人以为我在批评英美法理学近些年的发展。恰恰相反,我认为这一时期的法理学达到了惊人的繁荣,而我只是希望自己能够完整地理解它,并试图探讨一两个问题。我的困难在于,晚近的发展极尽丰富,以致遮蔽了其他的一切;我的书就是要勉为其难地调整学生的视角。或许在“法理学”的旗帜下有太多的航程,因此把法理学分成两门课程可能较为合理:(a)法律思想史,(b)现代法哲学。无论如何,我认为法科学生不应到了毕业的时候,还不太明了我们是如何到达此处的。在哈特和德沃金之前,尚有无数先贤。

凯利殷切地期望我能读这本书,并给出建议。我作了几处改正,并补充了一些参考书目,但本书观点完全是凯利自己的。

托尼·奥诺雷

出版人向托尼·奥诺雷谨致谢意,在本书付梓前,他欣然承担了审读和校对打印稿的工作。还应感谢牛津大学布拉斯诺兹学院的欧内斯特·梅茨格(Ernest Metzger)先生,他从作者的手稿中检查出数十个遗漏的参考书目。

同样地,感谢Faber & Faber出版社,感谢他们许可援引W. H. 奥登的《战时》(*In Time of War, Commentary from Journey to a War*)。

## 序 言

“人生而自由，却无往不在枷锁之中”：(卢梭的)这些语词赋予那已然为洛克所吟咏的、自然权利的单声圣歌以复调的魅力。

确切无疑：只有约翰·凯利能够才思敏捷地写出这样的语句，它优美而叩人心扉，它充满智慧而注重词语的精致。凯利对英语(以及其他)语言葆有一种永生的热爱；或许，他会与奥登有共鸣：

时间对勇敢和天真的人  
可以表示不能容忍，  
也可以在一个星期里，  
漠然对待一个美的躯体，  
却崇拜语言，把每个  
使得语言常活的人都宽赦<sup>[1]</sup>

但，这种对语言的感情或许并不是恒定的。正如我们从他的语句中流露的对音乐的热爱以及他所欣赏的J. S. 巴赫<sup>[2]</sup>的作品中可以瞥见的，他也懂得语言作为传达感情之媒介的不足，尤其在感情复杂而多面之际。

这些话也许与我们将要探讨的，凯利最后的这本著作所关注的西方法理学的重要问题无甚关系。他以自身无与伦比的天赋向我们展示了以下这些伟大人物之间的思想之争：柏拉图与孟德斯鸠、阿奎那与伏尔泰、洛克与边沁，我们也将阅读中发现，凯利在不断地提醒我们这一切在何种程度上不过是语词之间的鏖战。

---

[1] 出自W. H. 奥登的诗《悼念叶芝》(In Memory of W. B. Yeats)，查良铮译。

说明：序言和前言中的注释均为译者注，以下不再一一注明。

[2] J. S. 巴赫(Johann Sebastian Bach, 1685—1750)：德国作曲家、管风琴演奏家，被称为西方“现代音乐之父”。他的创作使用了丰富的德国音乐风格和娴熟的复调技巧，集成了巴洛克音乐风格的精华。

实际上,凯利心怀厌恶地远离了存在于某些当代英美法理学著述中的那种典型的佞屈聱牙,只是一种严肃的责任感才能促使他在本书的最后一章提及那些他本不屑一提的研究者,对他们所进行的研究,他以自己特有的辛辣风格称之为“智识与道德运动中的某一类,气喘吁吁地沿着由20世纪中期语言学分析和后期的政治研究铺就的细煤渣小道奔跑”。

但是,凯利的目的在于为学习西方法律思想史的学生们提供一个可把握的向导,而这一工作在英语世界还没有人做。他是一个大气而思想开放的人,因而他忽略了那些现代学者在基本法律问题上的诸多前卫而令人振奋的视角。无论如何,他最殷切期待的是,我们能够在历史的背景下审视法理学,为此,他生动地描述了思想家们所关注、主导的历久弥新的主题。无论这主题是阿奎那的自然法还是凯尔森的基本规范,我们可以在他的字里行间觉察,他一直在找寻那些努力建构法律内在和谐的框架,并以此解释法律在人类生活和行为中的作用的学者。于是,我们亦可以看到那些至今困扰着西方心智的、悬而未决的问题:惩罚的正当性何在?法律应当与私人道德相联系吗?我们能够确信法律不仅仅像某些学者所断言的那样,是支持资本主义及资产阶级价值的结构吗?

在阐释这些主题时,凯利不仅仅运用了有关西方历史中的法理学的知识,而且展现了对古典及其后时代文学作品的宽泛了解。在刻画对主题来说至关重要的历史背景之时,他有着令人讶异的技巧。尽管他在前言中对自己缺乏历史学家的训练不以为意,但我认为,他的博学将会给读者留下至为深刻的印象,读者将会发现,他是何等巧妙地将法理学的发展与过去数千年的重大事件联系起来。

当然,应明了的是,凯利的著作不是包罗万象的。当我读到他到罗马教皇和奥卡姆(William of Ockham)<sup>[3]</sup>圣芳济会训诫怎样调和了教会的财产权与其安守清贫的誓言所进行的论争的时候,我在想,他是不是正好看到了安贝托·艾柯<sup>[4]</sup>扣人心弦的中世纪侦探小说《玫瑰之名》(*The Name of Rose*),这场论争在那部小说中占了很大分量。而且,或许有其他研究领域,正如法学理论以及别的关乎思想和行动的领域,是他假以时日还可以拓展的。然

[3] 奥卡姆(1285?—1349?):英国经院哲学家、逻辑学家,中世纪唯名论主要代表,方济各会修士,曾提出“奥卡姆剃刀”原则,反对教皇干预世俗政权,著有《逻辑大全》等。

[4] 安贝托·艾柯(Umberto Eco):生于1932年,意大利文学评论家、符号学家和畅销小说作家。著有《玫瑰之名》、《傅科摆》、《昨日之岛》等小说,学术著作有《开放的作品》、《美的历史》、《误读》等。

而,这一涌动着智慧、闪烁着才思、充溢着学识的洪流却已永远地静止了。令人多少欣慰的是,我们知道,一代代学生将会把凯利的著作放在他们的书架上,他将与其他的伟大作家一道,使得我们在献身于法律的时候,明白法律在我们的文明史中所起的作用。

vii

约翰·凯利1949年获得一项公开奖学金,得以来到爱尔兰国立都柏林大学,研修古代经典;一年之后,我步他后尘来到这里。但是我们求学的进路是不一样的,他继续了对经典作品的研究,而我转向了历史学。我想,正是这个戏剧化的社会,又把我们带到了一起:约翰极为不欣赏我们的活动,认为这是在虚掷光阴,而他大学时期的许多朋友也劝他与修昔底斯和塔西佗斩断关系。事实上,1949年他取得了敦促者(prompter)的职位,并访问了剑桥和牛津。在那里,他认真阅读了《西方世界的花花公子》,<sup>[5]</sup>在以后的岁月中,他常常提起这本书。随后,他在都柏林法学院开始了律师学习,我开始更多地遇到他。那时,都柏林法学院还完全是一个半工半读的业余学院,它的最重要的人物帕特里克·麦吉利根<sup>[6]</sup>教授对约翰有重要影响,麦吉利根教授个子很高,在都柏林居住了半个世纪仍保持纯正的伦敦德里郡口音。凯利的注意力放在了麦吉利根教授开设的爱尔兰宪法课程上,这样的课程几乎为当时从事实务的律师所忽略。麦吉利根也是为凯利无与伦比的模仿天赋所折服的人之一,这种天赋始终是凯利的标志,他是那样善良,那样热爱而尊敬自己的目标。

1953年凯利获得了访问学生的奖学金,前往海德堡。他回到了经典作品

---

[5] 《西方世界的花花公子》(*The Playboy of the Western World*):爱尔兰作家约翰·辛格(John Millington Synge, 1871—1909)创作的戏剧,剧本完全使用地道的爱尔兰乡村语言,具有强烈的民族色彩。1925年,郭沫若曾经将这部作品翻译成中文,并取名《西域健儿》。该剧于2006年登上中国舞台。

故事场景发生在爱尔兰西部梅奥郡的一个小酒馆里。乡村青年克里斯蒂·马洪的到来搅乱了酒馆主人弗拉哈迪、他的女儿培姜、坤寡妇、青年农夫克菽松以及金弥等人的生活。原来,马洪由于不满父亲的粗暴专横,在争执时用锄头砍倒父亲之后,仓惶出逃,来到这里。起初,马洪畏首畏尾,但当他发现弑父行为居然被村民们视为英雄之举时,自信心立刻膨胀起来。弑父行为变成了青年的蜕变仪式。原本是违反道德人伦的行为,却在村民中间激起了莫大的好奇,赢得了他们的敬佩。于是马洪在村民们的肯定、赞美和争相示好中重新塑造了自己的形象。这是一个英雄的形象:充满勇气、仪表堂堂、技艺超群。而随着老马洪的到来,马洪的英雄形象在村民们面前顷刻间坍塌了。在经历了自我形象的重新塑造和毁灭之后,马洪找到了自我。

[6] 帕特里克·麦吉利根(Patrick McGilligan, 1889—1979):爱尔兰律师、统一党的政治家。曾任都柏林大学宪法、国际法教授,后担任爱尔兰财政部长、司法部长。



的领地,但仍然涉足于法律。在海德堡,他领略了德国罗马法研究传统的富有,罗马法从而成为他持续一生的兴趣。这一时期也是他智识和情感的成熟时期:20世纪40年代,他是在沉闷的孤岛爱尔兰度过其成长期的;在他后来以海德堡的经历为基础写的小说中,他以动人而有趣的文笔叙述了一个年轻的爱尔兰人怎样在好几个好心的德国女孩的帮助下找到人生道路的。

凯利在海德堡的工作让他开始了罗马法研究,正是这一研究让他得以在此领域享有国际声誉。随后,在牛津的日子,对爱尔兰宪法的兴趣重新在他心中复活,这一次凯利得到了罗伯特·霍斯顿(Robert Heuston)的鼓励,霍斯顿监督他完成了一篇论文,后以“爱尔兰法律与宪法中的基本权利”(Fundamental Rights in Irish law and Constitution)为题出版。凯利在牛津结识了许多友谊持续终生的朋友,但对学术的钟爱与从事实务的诱惑之冲突也在这个时期开始浮现,并伴随了他一生。凯利回到了都柏林,在律师界从事了一段时间实务。在法律著作中,在前辈法官中,他发现:有那么多的人物是让人仰之弥高、追慕不已的。另一方面,学术生活的诱惑于凯利而言依然如此强烈,他20世纪60年代成为牛津的一名研究员。这一时期亦在他的生命中非同寻常,他与戴尔芬(Delphine)缔结良缘,开始了为人夫、为人父的幸福生活。

20世纪60年代后期,他回到都柏林,担当已经复兴的、全日制的都柏林法学院的领导职务。都柏林法学院的成立大半要归功于时任院长的威廉·芬利(William Finlay)。我们不能详谈约翰在一片空白的基础上为建设爱尔兰法学研究所作的贡献,但不能不提及新的《爱尔兰法学家》(*Irish Jurist*)的创办,他为之付出了大量的时间和心血。

但是,实务的世界仍然在向他招手。约翰的政治家生涯开始展开,他起初是参议员,而后相继担任下议院议员、议会总督导、司法部长及工商部长。他给爱尔兰的政治生活带来了讲演的技巧、非凡的睿智和论辩的犀利,自爱尔兰成立算起亦少有出其右者。更为重要的是,他对爱尔兰民族中的一些最不可爱的特征发动了进攻:伪善、双重标准和自以为是。他的政治盟友和敌人都一致承认他的诚实与正直,他告别政治生涯的决定让众多的人感到遗憾。

约翰为公共生活所付出的,也是学术界所失去的:但即使在致力于政治时,他也并未终止创作高品质的作品。尤其值得一提的是,他的《爱尔兰宪法》(*Irish Constitution*)至今仍是这一领域中最全面的著作,在很多方面反映了他从多年积极参与的政治生活中得到的实践性知识。

他写的关于德国的小说已经出版了。小说选用了出版商偏好的老套标

题,“荣誉至上”(Matters of Honour),而约翰自己选择的题目意涵更为深刻,“海德堡人”。〔7〕他还写了另一本小说,那本小说的打印稿我在三十多年前就已经阅读过,它以引人入胜的精确描述了一个都柏林中产阶级青年在那些日子的经历。我不能确定它为何从未出版,我希望有一天在坊间看到它。

至少,我们还能够在他的作品中想见他的音容笑貌。但是,什么、什么也不能为我们带回那藏于镜片之后的神采奕奕而淘气的目光,那趣味盎然并一直关注生命本身的离奇和荒诞的谈话。约翰是那种少有的、一到来就使满室生辉的人物。但就在一年前,他近乎残酷地、如此突然地离别了他的家人和朋友,我们这些爱着他的人只能如是安慰自己:若我们不曾认识他,我们的生命该有多么贫乏。我还要说的是,即使像他这样严于律己的人,也当对自己所取得的一切感到满意了:他应安息。

明媚白昼已消逝

你我惟向黑暗行〔8〕

罗南·基恩〔9〕

1991年12月18日

〔7〕序言作者罗南·基恩(Ronan Keane)之所以说“海德堡人”这个标题意涵深刻,或许是因为乔伊斯叙述爱尔兰对自己影响的小说名为“爱尔兰人”。

〔8〕出自莎士比亚戏剧《安东尼和克利奥帕格拉》第五幕第二场,原文是 The bright day is done, And we are for the dark。

〔9〕罗南·基恩:生于1932年,都柏林大学现代史专业文学士(1953),2000—2004年担任爱尔兰首席大法官。著有《爱尔兰共和国的公司法》(Company Law in the Republic of Ireland)等书。

## 前 言

这本书的写作目的是,在西方文明中的法学理论重要主题的历史演进方面,为学习法律和政治学的学生提供一个限度可把握的向导。 xi

写作本书的想法来自我在都柏林的教学经历。相对实务的法律课程而言,开设法理学或法学理论的课程的教师们在选择材料和讲授方法上有相当可观的自由。这一课程缺乏恒定的传统内容,对此从为这一领域写作教材的人所采用的迥然不同的计划中就可看出:只须瞥一眼迪亚斯(Dias)、劳埃德(Lloyd)、佩顿(Paton)、萨蒙德(Salmond)和沃蒂(Wortey)的书。我自己的偏好是带领学生们沿着法学理论的重要主题穿越历史,从希腊直到当下。但是,我的大多数的普通法世界的同行们不是这样做的。他们选择了关注当今的法学理论,关注仍然健在的或辞世不久的法哲学家们的理论。

对作为法学院恒定课程的法理学的这种观念,反映在我最近在牛津看到的一份法学学位结业考试(Final Honor School)的试卷上。这份试卷共有16道题,学位候选人选择回答3个。正如人们可以想见的一样,这些问题大多有着令人敬畏的复杂性,我为自己不用取悦那些牛津的考官而感到庆幸。能够被他们给予一流分数的人一定有着一流的头脑,并受了一流的训练。另一方面,无论学位候选人学生们选择了哪三道题,只有他们有世界开始于1930年这样的错觉,他们才可能写出一流的答案。

我认为这是可叹惋的事情。我不是,且至今遗憾自己没有试图通过个人阅读使自己成为一位历史学者。我甚至不打算去解释:为什么一个学生欲成为有教养之士和一名国家公民,了解历史、了解世界的遥远起源及其成长模式,以及主导此进程的观念对于他而言是重要的。但我强烈地相信其重要性;尤其对学习法律的学生来说,他所在的学科正日益专业化、日益为现代的以制定法为基础的机制所控制,这种机制的运行借助一种只需学习一次的技术。因此,教授给他们的法理学应给予他们将从事一生的职业一种人文基础;与之乖违的是,在我看来,如今所传授给他们的法理学是智识与道德运动中的某一类,气喘吁吁地沿着由20世纪中期语言学分析和后期的政治研究铺 xii

就的细煤渣小道奔跑。如果有人要求我图解这种狭隘的历史观念,如果他可以从不同的存在维度看待它,我将推荐大名鼎鼎、睿智非凡的索尔·斯坦伯格〔1〕为1976年某期《纽约客》封面所作的著名插图:从纽约客的办公室看过去;前景是第九大道,充斥着小汽车、行人、垃圾箱、红绿灯、运输车、停车场入口;在向西延伸的街区,可见第十大道的一角,有一个加油站;而后是哈德逊河,可以看到停泊的船只上的烟囱;远方是新泽西;再往后是空旷的平原,以及模糊的群山,它代表着美国的其余部分,华盛顿、哥伦比亚特区、得克萨斯和芝加哥都以粗线条描绘在其中;然后是一段狭长的水域,比哈德逊河面积要小,代表太平洋;最后是三个低低的、孤立的小丘,上面分别标着“俄国”、“中国”和“日本”。

当然,有许多优秀的教科书并没有忽略法理学的历史维度:我向学生隆重推荐阅读的是弗里德曼的《法学理论》(*Legal Theory*)、劳埃德的《法理学导论》(*Introduction to Jurisprudence*),以及H. F. 乔洛维茨(H. F. Jolowicz)的杰作《法理学讲座》(*Lectures on Jurisprudence*)。如果有人对这些书进行扩充和更新的话,那应是对作者们最好的纪念。但是,尽管受过训练的哲学家或历史学家比我更为胜任,我还是一直有自己写作一本教科书的心愿并最终把它付诸实施。无论如何,与伯兰特·罗素在其《西方哲学史》中对法理学所作的研究相比,本书真的是无足道也。本书只是对西方历史上的重大事件与法学理论的互动影响的所作的浅显的、以时间为序的描述。

xiii 当我开始写作的时候,除了C. J. 弗里德里克(C. J. Friedrich)过于简略的《法哲学总论》(*Geschichte der Rechtsphilosophie*)的译本,英语世界似乎并没有法理学的当代教科书。而有一些这样的书是德国、意大利、西班牙以及荷兰作者的;但出于各种各样的原因,即使把这些书翻译过来,也不能满足学生们的需要;法索(Guido Fassò)的《法哲学史》(*Storia della filosofia del diritto*)是其中最为优秀的著作;但它是三卷本的,对学生们来说篇幅未免过于宏大;且对其他国家的读者来说,它在许多方面也未免过于意大利中心主义(Italocentric)了。最重要的是,这本书已经有20年历史,它只谈到了蔚为壮观的英美法理学近年来的点滴情况。当我已开始写作的时候,我看到了1985年版的瑞典学者斯特罗姆霍姆(Stig Strömholm)的《西方法律思想简史》

〔1〕 索尔·斯坦伯格(Saul Steinberg, 1914—1999):美国著名漫画家、插图画家,以其发表在《纽约客》的作品闻名于世。下文提到的这幅作品名为“从纽约第九大道看世界”,是《纽约客》1976年3月29日的封面,揭示了纽约人狭隘的心理地理。

(*Short History of Legal Thinking in the West*)。这本书成为我的学生们的重要研究线索;但它却没有引用任何重要人物的原作;也没有关于参考文献和进一步研究的脚注;有时,看起来他似乎在与同侪而不是对17世纪和20世纪的区别只有模糊观念的学生们对话。更重要的是,斯特罗姆霍姆在他的书中把历史终结于1900年。事实上,不试图描述自己亲历的历史的作者还有许多;例如,伯兰德·罗素显然就是其中一位,他的著作的第二版(1961)就没有涉及前此十年去世的维特根斯坦;他最末探讨的两位哲学家是威廉·詹姆斯和约翰·杜威,他们分别诞生于1842年和1859年。无论如何,即使要承担为后来时代将视为不值一提和寿命短暂的学说鼓吹,以及忽略某些学说的真正地位的风险,我想我还是至少要努力去告诉学生们在法理学的名义下所正进行的事情。

这使得我要作几点个人说明。首先,本书共计有10章,把自荷马时代到戈尔巴乔夫的历史切分为10段。最后一章试图覆盖20世纪中期以来的时段,它比其他大多数章要长得多。但是,第10章的目的不在于,也不可能被视为对晚近数十年来西方法理学的概括,更不用说是对这一历史的评论。数本优秀的当代著作已作了此类概括,在那些最终不可避免要成为其缩略的主题上,本书不打算与它们一争高下。因此,那些在当下为人熟知的、伫立在法理学第九大道上的几位人物,你将不会在本书中找到,或者,你将看到他们的身影渺小到了不可辨识的地步。

其次,在本书10个连续的时期里,我当然不可能涉及法学理论的一切重大主题。在这本小书上花的工夫愈多,我愈是认识到法理学的漫无际涯;研究法学理论的人,应当预先接受完整的通才式教育,出色地完成其本科课程,广泛地涉猎通史、哲学、政治、经济学、人类学,乃至美学。欲充分地对法理学进行驾轻就熟的研究,我想需花费几生的时间并博览群书。但在这一仅有区区五百页的书中,有些东西是要放在一边的。依照罗素的模式,我在每一章都试图简介那个时代的一般历史和思想史,然后叙述当时的思想家就法律中的主要问题所进行的感悟和写作。因此(尽管有的主题出现的晚些,有的则早些),我试图在每章的各节里关注以下问题:国家(城邦)的基础、统治者权威及法律义务的渊源、习惯和立法的关系、自然法和自然权利的理念、法治、衡平的观念、正义的实质、平等价值引申出的问题、自然法、财产的地位、刑法的正当目的及范围、万民法的理论以及其他一两个别的问题。我对这些主题的安排,当然是有选择的,但愿并不是专断或古怪的;我想,或许我还可以在这个主题清单上加上别的问题,比如法人、契约理论、继承理论、证据理

论……但是,哎,何处是尽头呢?

再次,要谈一谈我运用的资料。在前几章,的确没有什么探讨“法学理论”的作品,因为那些著作早在中世纪结束以前就湮灭殆尽了。因此,为了呈现欧洲早期的法律“思想”,人们必须要研究法律或国家的实践,整理那些其主旨不是法律理论,而是社会、伦理、神学或政治理论的著作,来进行法学理论的重构。事实上,也许除却有关 20 世纪的部分,许多材料在政治思想史及法律思想史上是都应占有一席之地的。而这些领域的判然区分是不可能的。如果人们读过卡莱尔的巨著《中世纪政治学说》(*Medieval Political Theory*),  
 xv 或萨拜因的《政治学说史》,就会发现法律,尤其是我们所划分出的宪法,支撑着他们的叙事,不可能在不破坏整体的情况下将法律剥离出来。基本法及基本权利、社会契约、法治、国家权力的边界这些观念,是政治科学家们热切关注的问题,但法学家对它们的关注也不见得为少。

最后,当我试图提出西方历史上法学理论的总体图景时,我意识到,20 世纪到来之后,英语世界的法理学起了极为重要的主导作用。我认为这与英美两国的法学院较之法国、德国和意大利的而言更为广纳贤士有关。但更深层的原因也许在于普通法世界和大陆法世界各自的哲学与政治传统。这个层面的障碍,而不仅仅是语言的差别也许能够解释英美与欧洲大陆的法理学的差异,这差异在一个欧洲渐趋一体化的时代是惊人的。例如,1985 年同时出版了劳埃德《法理学导论》第 5 版以及赫尔穆特·科殷(Helmut Coing)的《法哲学大纲》(*Grundzüge der Rechtsphilosophie*)。科殷在介绍当代理论的章节中说“应特别注意卢曼在建构法学理论(他接着谈到,这是指尼可拉斯·卢曼的法律社会学)方面的主要贡献”。而劳埃德,尽管他的作者索引中收入了八百个名字,却根本没有提到卢曼教授。相反,劳埃德自然认为 H. A. 哈特极为重要,并花了相当篇幅谈德沃金,但哈特在柯英的著作中仅占寥寥四行,对德沃金则只字未提。在大陆法学者看来,普通法的学者们是处于主流之外的:《法律思想:献给托尼·奥诺雷的论文集》(*Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, 1986)的一位意大利评论者写到,在这本文集中,一踏入法理学的论文作者所在的领地,大陆的法律人就会觉得自己仿佛漫游仙境的爱丽丝,他会思忖:盎格鲁-撒克逊的法律科学是不是会从对其“与大陆法律经验隔绝的辉煌传统”的坚守中收获更多。

## 目 录

序言 .....	1
前言 .....	1
1. 希腊 .....	1
2. 罗马 .....	35
3. 中世纪早期(至 1100 年) .....	69
4. 中世纪中期(1100—1350 年) .....	97
5. 文艺复兴和宗教改革(1350—1600 年) .....	136
6. 17 世纪 .....	174
7. 18 世纪 .....	210
8. 19 世纪 .....	257
9. 20 世纪前期 .....	294
10. 20 世纪后期 .....	329
索引 .....	379
译后记 .....	396

# 1. 希腊

## 作为起点的希腊

希腊在文明史上居于特殊地位,这不仅仅因为希腊的文学形式和视觉艺术达到了后世视为经典的、作为卓越之永恒标准的高度。而且,也因为希腊人是欧洲有所认识的最早民族,在希腊,反思性的思考和辩论成为有教养之士的习惯;对一些人来说,这种思考和辩论是训练,对另一些人来说,它是其职业。希腊人的认识并不局限于对物理世界和宇宙的观察,埃及人和巴比伦人在这方面已先于希腊人而行之。但是,希腊人的认识扩展到了人类自身、人在事物秩序中所处的位置、人类社会的特质以及治理人类社会的最佳方式。

其他古代民族中有祭司和先知,他们的训诫或诗意的观察包括了对人类本性和道德观念的认知;比如,犹太人《旧约》中的许多内容就可归入此类。类似地,其他古代民族,但凡有法律,也必定有能力理解法律的功能,以及怎样才能使法律最好地实现特定目的;从美索不达米亚的文明中可以推断出这一点,在其废墟中挖掘了巴比伦国王汉谟拉比的伟大法典(约公元前 1800 年)和埃什嫩那(Eshnuna)\*法律(先于汉谟拉比法典 200 年)。这一时期比希腊文明的鼎盛期还要早 1500 年。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,从此成为绵延不绝的欧洲传统的一部分,因此,要谈西方的反思性法理学或欧洲的法律思想,务必要从希腊开始。

---

\* 现为伊拉克城市泰尔·阿斯玛(Tell Asmar),位于美索不达米亚的苏美尔古城。  
翻译说明:本书中译本中的注释凡以数字序号标注的为原书注释,其他均为译者注。



## 2 比较年代学

如果我们如大多历史学家、演说家和哲学家认同的那样,认为古希腊时代以伯里克利之死为开端,以亚历山大大帝和亚里士多德之死为终结(约公元前420—前320年),并从希腊人的视角观察欧洲的其他地方,首先,我们将会看到罗马,另一个古老的欧洲民族,彼时尚未登上历史舞台。在伯里克利时代,罗马还不过是平静的台伯河口的一个较大的市镇,罗马人是意大利半岛的国家之一,语言属于意大利语系(罗马人把那—地区称为拉丁姆,即拉丁)。尽管罗马在那时就已受到希腊的影响,但这种影响部分由北方强大而神秘的伊特鲁里亚文明所促成,部分直接来源于希腊诸城邦与罗马南部的毗邻。(希腊对意大利和西西里的征服远在公元前8世纪即宣告开始。直到今天,一些来源于希腊语的城镇名称,例如那不勒斯、巴勒莫、塔兰托和叙拉古,仍可作为当时征服的明证。)然而,那时罗马的力量仅仅及于其内陆地区,其面积甚至比今天的爱尔兰最小的郡还要小得多;罗马自与迦太基的战争之后开始了其帝国征服的道路,但对海外行省的征服还是一百余年之后事情。事实上,在公元前420年,许多希腊人对罗马闻所未闻,那些生活在意大利半岛南部的则除外。希腊人最初注意到罗马似乎是在公元前387年,此时高卢的凯尔特人攻入了罗马城,并大肆进行洗劫。当此之时,罗马并没有在希腊大陆掀起任何轩然大波。直到一百年后,希腊的伊庇鲁斯国王皮洛士进攻意大利南部,被罗马人打败。

3 由于欧洲的版图向西、向北延伸,在这个时期的希腊人眼中,罗马人多少不过是个尚未开化的民族,居住于蛮荒之地(*barbarian*,即 *barbaroi*,估计这个词是模仿了外人的笨拙发音而产生的)。希腊人对生活在今天的俄罗斯南部的斯基泰人有粗略了解;他们也大概地知道凯尔特人是没有稳定的政治边界和制度的民族。当时,(根据现代考古学)这些凯尔特人的居住地横贯中欧,从黑海直至爱尔兰。而古希腊的版图西部和北部为地中海海岸所限制;希腊人的领土差不多终止于直布罗陀海峡附近海域。历史学家希罗多德写作的年代恰好在我们所限定的时段之前,他谈到了多瑙河、比利牛斯山和内陆的凯尔特,但没有提到爱尔兰和不列颠。埃拉托斯特尼\*是我们所限定的时段

\* 埃拉托斯特尼(*Eratosthenes*,公元前276—前194年),希腊数学家、地理学家、历史学家、诗人、天文学家。他的主要贡献是设计出经纬度系统,计算出地球的直径。