

何勤华 / 主编

Waiquo . Faque

外国法学经典 解读

Jingdian . Jiedu

实行法治的必要性/自然法的特性

神圣的人民主权/三权分立与宪法监督

法系是拥有自主生命的有机体/法律是秩序与正义的综合体

死刑不是国家的权利/刑罚是对犯罪的否定

法律是一种社会工程/法律是一种阐释性的概念

正义论的法治观/对正义的探求

从秘密法到公布法/早期人类法的发展

人的自由以理性为基础/“法的精神”的具体表现

超个人主义/西方法律传统的特征

上海教育出版社

SHANGHAI EDUCATION PUBLISHING HOUSE

中国政法大学图书馆

外国法学经典 解读

《法学导论》
《法学方法论》
《法律社会学》
《法律与道德》
《法律与宗教》
《法律与政治》
《法律与历史》
《法律与文学》
《法律与艺术》
《法律与哲学》

中国政法大学图书馆

D90

215

2006

何勤华 / 主编

Waiguo Faxue
外国法学经典

解读
Jingdian Jiedu

上海教育出版社
SHANGHAI EDUCATION PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

外国法学经典解读 / 何勤华主编. — 上海: 上海教育出版社, 2006.12

ISBN 7-5444-0822-1

I. 外... II. 何... III. 法学—西方国家—文集
IV. D911.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 142243 号

外国法学经典解读

主编 何勤华

上海世纪出版股份有限公司出版发行
上海教育出版社

易文网: www.ewen.cc

(上海永福路 123 号 邮政编码: 200031)

各地新华书店经销

商务印书馆上海印刷股份有限公司印刷

开本 787×980 1/16 印张 38 插页 2

2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—5,000 本

ISBN 7-5444-0822-1/D·0007 定价: 47.00 元

(如发生质量问题, 读者可向工厂调换)

序

哲学是人生奥秘的思索,文学是生活情感的释放,历史是怀旧心理的满足。而法律、道德和宗教,则是人类行为的坐标。

在现代法治社会,道德与宗教的规范作用日渐消隐,而法律的调整功能则不断彰显。当今世界,法律已不再是法官、律师的专有领域,而是每个公民的普通常识。每当我们打开电视、收听广播、阅读报纸,都会遇到无数的法律名词:公司注册、合同签订、继承权争执、杀人罪的侦察和审判、肖像权的侵害、盗版光碟的处理等。很清楚,法律已经成为公民日常生活的一个重要组成部分。

法律的规范和坐标功能,其实现得到了国家司法机关强制力的保障。但要充分发挥法律的作用,还需要每个公民的理解、尊重和服从。美国法学家伯尔曼说过,法律要很好地得到执行,就必须被信仰。这种信仰,源自公民对法律内容的熟悉,更取决于公民对法律精神的理解和把握。而要理解、把握法律的精神,就应当学习一批西方法学名著,因为它们是现代法律之诞生地——西方历代思想家对法律何以成为人类行为的规范和坐标,人们何以必须理解、尊重、服从乃至信仰法律的思考和探索,是诠释法律精神的智慧结晶。

在校大学生,不管是学习法律的,还是从事其他专业的,都将是未来中国社会发展和进步的主力军,是建设社会主义法治国家的栋梁,构成新一代公民的主体。我们的法律知识的多少,法治素养的高低,守法意识的强弱,直接关系到中国未来的走向。因此,对于在校大学生而言,比较系统地学习一点法律知识,并进一步理解把握法律的基本内涵和精神实质,就是一件非常有意义、有价值的事情。

但是,西方法学名著数量众多,大学生的功课又很繁重,学习时间非常紧,如何花比较少的时间,将一批西方法学名著中的经典通读、精读,领略其中的风采和精华,这是我们一直在思考的问题。在上海教育出版社张文忠主任的策划下,我们选择了西方法学史上久负盛名的36部经典著作,除选摘各经典著作中的部分精彩原文外,还对其作出适当的解读,以帮助大学生理解、领会和掌握各经典著作中的精髓。

参加编写本书的成员为:于明、孔晶、胡娟、王宇翔、顾旻娜、姚远、蒋云飞、邓慧明、魏栋培、余金鸽、张平、朱佳、刘长跃、张玲、徐诗洋、解锟、陈碧文、任传宇、朱

怡。书稿完成后,由主编统稿、定稿。限于我们的学术功力,以及在理解这些法学名著的内涵和精神等方面的可能的欠缺,本书可能存在种种不足,敬请诸位读者批评指正。

何勤华

于上海·华东政法学院

2005 年元旦

目录

[古希腊]柏拉图:《法律篇》

和平与善意——立法的最大目的	1
权力比例意识——立法者的首要素质	3
国家利益至上——婚姻继承法的原则	6
神的利益优于人的利益——刑法的基本特征	9
[解读]	12

[古希腊]亚里士多德:《政治学》

城邦是什么	18
实行法治的必要性	21
最好的政体——共和政体	24
[解读]	26

[古罗马]西塞罗:《论共和国 论法律》

国家的定义和起源	32
政体理论	33
自然法的特性	37
[解读]	41

[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》

权利能力的开始与终止	49
物权变动的原因	51
契约的成立	56
[解读]	59

[意]阿奎那:《阿奎那政治著作选》

君主制	65
法的本质	68
法的分类	70
[解读]	77
[英]洛克:《政府论》	
什么叫自然状态	82
人的自由以理性为基础	84
政府的目的是保护人民的财产	86
三权分立:立法权、执行权和对外权	89
[解读]	90
[法]孟德斯鸠:《论法的精神》	
孟氏法的含义	96
“三权分立与制衡”思想	100
“法的精神”的具体表现	106
[解读]	108
[法]卢梭:《社会契约论》	
什么是社会契约?	114
神圣的人民主权	118
[解读]	123
[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》	
刑罚权是公民自己让出的	130
法官不能解释法律	131
死刑不是国家的权利	132
刑罚与犯罪要对应	137
[解读]	138
[英]边沁:《道德与立法原理导论》	
功利原理就是避苦求乐	144

如何估算快乐和痛苦的值	145
什么样的惩罚理论才是好的	147
[解读]	154
[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》	
三权分立与宪法监督	160
划分政府各部门权力以使其相互制约	163
维护司法独立的必要性及其条件	166
[解读]	170
[德]黑格尔:《法哲学原理》	
自由是意志的根本规定	176
刑罚是对犯罪的否定	181
国家是绝对自在自为的理性东西	184
[解读]	186
[德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》	
法律是民族精神的产物	192
我们的立法使命	195
[解读]	200
[英]奥斯丁:《法理学的范围》	
圈定法理学的“围墙”	207
法律——主权者的命令	210
法律的准确意义	214
[解读]	221
[法]托克维尔:《论美国的民主》	
多数的暴政	226
政府集权与行政集权的区别	229
[解读]	237
[英]梅因:《古代法》	

法律的起源与发展	243
进步社会法律演进的公式	247
[解读]	252
[日]穗积陈重:《法律进化论》	
无形法——人类法律的最初形态	260
从秘密法到公布法	265
[解读]	270
[美]威格摩尔:《世界法系概览》	
罗马法在欧洲的复兴	276
英美法系的形成与传播	280
法系是拥有自主生命的有机体	284
[解读]	288
[美]莫理斯:《法律发达史》	
法律的起源和性质与自然法	295
早期人类法的发展	297
美国法对于罗马法的继承	305
[解读]	308
[德]韦伯:《论经济与社会中的法律》	
社会学中的基本概念	314
法律思想的范畴	318
当事人在法律创设和发展中的作用	321
反形式趋势	322
统治社会学	323
[解读]	325
[美]庞德:《法理学》	
法律是一种社会工程	331
19 世纪三大法学派的比较	334

社会学法理学的特征与纲领	338
[解读]	342
[德]拉德布鲁赫:《法学导论》	
超个人主义	348
法律目的	354
法律的安全优先	354
[解读]	356
[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》	
静态法概念下的法与正义的关系	362
将法与道德、宗教等其他社会现象加以区分的标准	366
法律义务与法律责任	371
[解读]	374
[英]戴雪:《英宪精义》	
何谓“宪法”	381
区别软性宪法与硬性宪法	384
法律主治与宪典	386
[解读]	394
[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》	
不动产的债权化	399
动产的债权化	402
债权财产的增加	404
[解读]	408
[英]哈耶克:《法律、立法与自由》	
主张进化论唯理主义,批判建构论唯理主义	414
内部秩序与外部秩序	418
法律与立法	421
对正义的探求	422

[解读]	426
[法]达维德:《当代主要法律体系》	
归法成“系”	432
世界三大主要法系	436
中国法	441
[解读]	443
[英]哈特:《法律的概念》	
评析“法律命令说”	448
哈特的“法律规则说”	452
[解读]	456
[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》	
建构一种综合法理学	462
法律是秩序与正义的综合体	467
法律的弊端	472
[解读]	475
[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》	
法系的划分要注意样式	480
法国民法典的保守性和进步性	481
德国民法典是既保守而又有特点的法典	484
英国法的形成过程决定了它们走的是另外一条路	488
[解读]	490
[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》	
西方法律传统的特征	496
教会法律体系的形成	502
世俗法与教会法的二元并立格局	505
[解读]	507
[美]罗尔斯:《正义论》	

正义论的主要观念	514
正义论的法治观	518
[解读]	523
[德]考夫曼:《法律哲学》	
什么是“法外空间”	529
追求真理必须保持宽容	533
[解读]	537
[美]德沃金:《法律帝国》	
命题:“什么是法律”	542
法律的三种见解	545
作为整体的法律	549
法律是一种阐释性的概念	550
[解读]	552
[美]波斯纳:《法律的经济分析》	
人是其自利的理性最大化者	558
侵权法中的经济学原理	560
运用经济学分析减少刑事犯罪	563
[解读]	568
[美]昂格尔:《现代社会中的法律》	
封建时期	574
改革时期	578
儒法相争时期	584
[解读]	586

[古希腊] 柏拉图：《法律篇》

和平与善意——立法的最大目的

公元前4世纪中叶克里特岛上的一个夏日讨论的参加者：

一个雅典来客[以下简称“客”——译者]

克里特人克列尼亚斯[以下简称“克”——译者]

斯巴达人梅奇卢斯[以下简称“梅”——译者]

克：先生，一个人得到的首要的和最大的胜利就是战胜他自己。反之，可以想象得到，败在自己手里那是最坏和最糟糕的事情。这一说法指的是我们每个人身上自我反对的一种战争。

客：现在让我们倒过来辩论。你认为，我们每个人要么“战胜”自己，要么被自己“战胜”。所以我们应该说，一个家庭、一个村落和一个国家，情况也相同。不是吗？

克：你是说，他们各自分别地或是“战胜”自己或是被自己“战胜”？

客：对。

克：这又是一个提得很好的问题。你的说法对国家来说是再真实不过了。只要在优胜者征服劣败者的地方，这一国家都可以正确地说它是“征服”了它自己，而且我们应该完全有理由称颂它的胜利。发生相反情况的地方，我们必须作出相反的判断。

客：要确定劣者会征服优者事实上是否合情合理，这讨论起来需要太长的时间，所以我们把它撇在一旁。目前，我知道你的立场是：有时候邪恶的公民大批地麇集起来并且试图使用暴力来奴役善良正直的少数人，尽管两边都是同一个种族和同一个国家的成员。当邪恶分子取得优势时，这个国家可以确切地说是“劣于”它自己，并且是一个邪恶的国家；但当邪恶分子被打败时，我们可以说它是“优于”它自己，并且它是一个良好的国家。

克：这是一种反论的论述方法，先生，但却不能不予以同意。

客：但现在请等一等。让我们再来考察一下这样一个论点：假定某一父母亲有几个儿子，如果这些兄弟中多数是不正直的，少数是正直的，我们会吃

惊吗？

克：一点不。

客：我们可以说，如果坏兄弟在整个家中占了优势，这个家可以说是“劣于”它自己，如果他们被驯服了，这个家就可以说“优于”它自己，但这大概与我们详细地论述的目的无关。我们现在不是着眼于通过用词确切不确切的问题来研究普通人所用的语言，而是着眼于既定的法律，在本质上查明是与非。

克：先生，说得非常正确。

梅：我承认，你到目前为止所说的一切都是很好的。

客：让我们来看看下一个论点。刚才我提到的那些兄弟，我假定他们需要一个法官，好吗？

克：当然好。

客：来看看这样的两个法官中哪一个比较好？一个把所有的坏兄弟都处死，告诉好兄弟自由地生活；一个统管着正直的兄弟，但让恶棍们自觉自愿地服从好兄弟而继续活着。我们也许可以增加第三个并且甚至是更好的法官，他掌管着这个吵吵闹闹的家庭，使家庭成员和睦相处，却不杀任何一个兄弟；他为指引他们的未来而制订了法规，因此他能确保他们彼此继续友好相待。

克：是的，这位法官（立法者）是好得不能再好了。

客：但在制定这些法规时，他大概注意的恰恰是战争的反面。

克：的确如此。

客：但那个使国家和和睦睦的人是怎样的呢？在管理国家的生活方面，他更多地注意外战还是内战？我们所说的这种“内”战，有时候会爆发的，每个人都不希望看到在他自己的国家里有这种糟糕透顶的事情；但如果战争一旦爆发，他就希望尽快把它控制住。

克：他显然更多地注意第二种战争〔内战〕。

客：一方面的失败就是另一方面的胜利，这样的内战之后会出现和平；或者，调解的结果也会出现和平与友谊。假设接着这个城市要转向外敌，那么上述两种结果中你宁要哪一种？

克：既然牵涉到自己的国家，每个人宁要第二种情况，而不要第一种。

客：一个立法者不会有同样的选择吗？

克：他当然会有。

客：现在可以肯定，每个立法者制定每项法律的目的是获得最大的善，是吗？

克：当然。

客：不过，最大的善既不是对外战争也不是内战（但愿我们永远不要诉诸两种

战争中的任何一种),而是人们之间的和平与善意。所以一个国家战胜它自己,看起来终究无法达到理想的范畴;它恰恰是我们别无选择的事物之一。你同样不妨假定,一个病人身上疼痛,医生却给他服泻药通大便,而不顾他根本没有这种需要。同样地,任何持有这种国家的或甚至个人的幸福观的人,决不会成为一个真正意义上的真正的政治家——即如果他把对外战争当作他的首要和唯一关注的事务的话;只有当他把他所制定的有关战争的法律当作和平的工具,而不是他的关于和平的立法成为战争的工具时,他才成为一个真正的立法者。

权力比例意识——立法者的首要素质

客:到此为止,我认为,国家必须包含某些统治者和其他被统治的人,是吗?

克:自然啰。

客:好。既然如此,应给每个等级取什么名呢?我们能一一列举吗?(我指的既包括国家也包括家庭,不管它们的大小如何。)人们当然可以说,由父亲和母亲组成。一般地说,父母的权利是照管他们的孩子和后代,这是得到普遍承认的,不是吗?

克:当然。

客:紧跟在后面的的是统治出身低贱者的出身高贵者的权力。接下来是我们的第三个要求:年轻人必须乐于接受他们的长辈的管教。

克:当然。

客:第四是:奴隶必须服从他们主人的管辖。

克:这点毫无疑问。

客:我认为,第五是,强者应该统治,弱者应该受统治。

克:强制服从!

客:是的,这一点正像底比斯的品达所说,根据大自然的法则,在整个动物王国之中通行无阻。但看来最重要的要求是第六点:无知的人应该听从聪明人的领导并服从他的命令。对不起,我最最聪明的品达,我所说的“大自然的法则”实际上就是这种自发地、自愿地接受法律的统治;我当然不是说这是非自然的。

克:非常正确。

客:第七个有关权威的要求是,我们说服一个人去抽签,以享受众神的恩赐和命运的祝福。我们告诉他,对他最好的安排是,如果他抽到了赢签,他就行使权力,如果他抽到了输签,他就去服从权威。

克:非常正确。

客:“所以你看,噢,立法者(我们可以开玩笑地对某位以过分乐观的情绪着手立法的人说),你看,有关权威的权利有多少啊,而这些权利天生就彼此冲突。这是我们已经向你揭露过的内部冲突的根源,而这些冲突你是必须解决的。但首先请跟我们一起探讨阿尔戈斯和迈锡尼的国王在这些事情上怎么犯错误和不守规矩,并因此把他们自己和希腊人的权势都给毁了,而后者在当时是极其辉煌的。这难道不是因为他们不重视赫西俄德所说的真理:一半往往大于全体。他认为,当取得全体要受损害,而一半就足够了的时候,那么足够就比尽情享受好,是更为可取的。”

克:非常正确。

客:因此我们要推测,这种破坏过程往往是从哪儿开始的?在国王们之中,还是在百姓之中?

克:大多数例子提醒人们,这也许是国王们的一种病。国王们生活奢侈,使自己骄横自大。

客:所以很清楚,那个时代的国王们首先受这样一种情况的支配——希望得到超过实在法所允许给予的。恰恰是他们用话语和誓言来保证的一致性却成了他们分裂的根据,这种不和谐(我们看来,这是“最大的”愚昧,尽管看上去像是聪明的)把全部的秩序搞得乱七八糟,从此它就给毁掉了。

克:非常对。

客:好极了。那么一个当代立法者在他的法典中应该采取哪些措施来预防这种疾病呢?天晓得,在今天,回答是不难的,要了解这一点十分简单,如果那时候有人预见到这个问题,如果假定如此并非不可能,那么此人比我们聪明多了。

梅:你说什么?

客:事后之见,梅奇卢斯!从今天来看,很容易知道当时应怎么做,并且一旦理解了之后,同样很容易为此作出解释。

梅:你最好说得更清楚些。

客:这就是最清楚的解释方法。

梅:什么?

客:如果你否认比例规则,把过分大的帆装到小船上,给一个小个子吃太多的食物,把太大的权威交给一个够不上这一权威的人,那么后果必然是灾难性的。身体和灵魂都膨胀起来:一方面患起了疾病,另一方面,骄傲自大很快导致不正直。现在,我们知道了什么呢?简单地说是这样:我的朋友,没有一个年轻并且没有责任心的人类的灵魂能够仅凭其天赋而在人群中树立起绝对的权威。它愚不