

JURIS  
THE PALACE OF

JURISPRUDENCE 中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

睽违多年的绝版著作

几经增删的经典再现

# 法学的圣殿

西方法律思想与法学流派

深入浅出 探寻经典案例与故事背后的法律本质  
由表及里 深度析评西方法学流派的代表性观点

徐爱国 著



THE PALACE OF

# 法学的圣殿

西方法律思想与法学流派

徐爱国 著

JURISPRUDENCE

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



**图书在版编目 (CIP) 数据**

法学的圣殿：西方法律思想与法学流派 / 徐爱国著. — 北京：中国法制出版社，2018.1

ISBN 978-7-5093-9090-0

I. ①法… II. ①徐… III. ①法哲学—研究—西方国家  
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 291190 号

策划编辑 / 责任编辑：孙璐璐 (cindysun321@126.com)

封面设计：汪要军

---

**法学的圣殿：西方法律思想与法学流派**

FAXUE DE SHENGDIAN: XIFANG FALÜ SIXIANG YU FAXUE LIUPAI

著者 / 徐爱国

经销 / 新华书店

印刷 / 北京中科印刷有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 16.375 字数 / 377 千

版次 / 2018 年 1 月第 1 版

2018 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9090-0

定价：48.00 元

北京西单横二条 2 号 (100031)

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66038703

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

## 作者简介

---

徐爱国，北京大学法学院教授，中国法律史学会常务理事，西方法律思想史专委会副会长兼秘书长。从事西方法律思想史科研教学工作三十年，学术功底扎实，造诣高深。三十年来笔耕不辍，成果丰富，代表作有《西方法律思想史》《西法肆言——漫话西方法律史》《法史随想》《名案中的法律智慧》等。

## 内容简介

---

任何一种学说，只要它有内在的逻辑结构，能够合乎理性地解释法律的现象，它就可以成为一种理论。每一种理论都是人类深思熟虑的成果，各种理论的兴盛才有法哲学的兴旺。本书作者梳理的九个法哲学命题实际上是西方法律学者从各自不同的角度对于法律最本质意义的思考和总结，从这九个命题及其展开中，我们能够大致了解西方法哲学的主要内容。



序  
言

本书从九个法哲学命题出发，对于西方法哲学的九个方面的问题进行阐述。每一个命题都从不同的角度解释了法律的哲学基础，形成了各自的法哲学体系。从这个意义上讲，本书是从不同学派出发解释西方法哲学。法哲学不同于法律制度，法律的制度是实证的、客观的，而法哲学是形而上学的，无恒定的客观标准。任何一种学说，只要它有内在的逻辑结构，能够合乎理性地解释法律的现象，它就可以成为一种理论。每一种理论都是人类深思熟虑的成果，各种理论的兴盛才有法哲学的兴旺，因此这里的九个命题实际上是西方法律学者从各自不同的角度对于法律最本质意义的思考和总结，从这九个命题及其展开出发，我们能够大致了解西方法哲学的主要内容。

这里的九个命题实质上涉及四个方面：其一，西方法哲学的两个文化渊源——古希腊罗马的法律科学和西方法律的基督教传统；其二，西方近现代法律制度的理论基础——古典自然法学；其三，西方法哲学的成熟——哲理法学、分析法学和历史法学；其四，20世纪法律哲学的多元图景——法律的分析实证、法律社会学、法律的道德哲学、法律经济学、法律政治学和法律解释学。当然，西方法哲学不可能仅仅局限于这九个命题，不过，这九个命题可以说是西方法哲学的经典。这是一个开放的体系，随着西方法哲学的发展和对于我们对于西方法哲学理论研究的深入，我们的法哲学解释也会越来越丰富。



# 目录

contents

## 第一章 | “法律是公正善良之术” (塞尔苏斯) / 001

- 第一节 分配正义与矫正正义 / 004
- 第二节 “哲学王”与“次善的法律统治” / 012
- 第三节 “人天生是一种城邦的动物” / 021
- 第四节 “顺乎自然而生活” / 029
- 第五节 “法学是关于正义与非正义的科学” / 038

## 第二章 | “法律是神的智慧所抱有的理想” (托马斯·阿奎那) / 055

- 第一节 “我要将我的律法放在他们里面，写在他们心上” / 058
- 第二节 “必须信奉本地的神及英雄，每年祭祀，其礼节务必遵循祖先所行者” / 071
- 第三节 上帝之城与永恒之法 / 081
- 第四节 “新教伦理与资本主义” / 093
- 第五节 “西方法律科学是一种世俗的神学” / 100
- 第六节 “在教会与国家之间建一堵隔离墙” / 109

## 第三章 | “法律是正当理性的命令” (格劳秀斯) / 121

- 第一节 “政府的正当权利，则系得自被统治者的同意” / 124

- 第二节 “自然法是人类固有的一种趋向完善的能力” / 130
- 第三节 “主权豁免是公民自由做出的必要让步” / 143
- 第四节 自由与平等的“最大最小值” / 150
- 第五节 “要保护人民的自由，就必须分权，以权力制约权力” / 161
- 第六节 自然法系“改变世界文明的一般思想体系的一部分” / 169

#### 第四章 | “法就是作为理念的自由” (黑格尔) / 181

- 第一节 “权利科学研究的是有关自然权利原则的哲学上的并且是有系统的知识” / 184
- 第二节 “人唯有在所有权中才是理性的存在” / 196
- 第三节 “联合体的组织成员作为一个整体关系而言，便组成一个国家” / 213
- 第四节 “普遍和持久的和平是权利科学最终的意图和目的” / 226

#### 第五章 | “法律仅仅是统治者所命令的东西” (朱利叶斯·穆尔) / 235

- 第一节 “法律的目标就是增进社会总体幸福” / 238
- 第二节 “法律是主权者的一种命令” / 249
- 第三节 “法律科学的关键是第一性规则同第二性规则的结合” / 257
- 第四节 “作为制度事实的法律” / 269
- 第五节 “持枪抢劫的情形” / 277

#### 第六章 | “法律是缓慢、逐渐、有机地发展的结果” (萨维尼) / 293

- 第一节 “历史是永远可尊敬的老师” / 296
- 第二节 “法律决定于民族精神” / 300

- 第三节 法律发展的“个别判决、习惯和法典”模式 / 309
- 第四节 “从身份到契约” / 319
- 第五节 “历史观中的因果律只是人们心理的一种推断” / 332

## 第七章 | “法律的中心是社会或社会秩序” (埃利希) / 347

- 第一节 “法律发展的重心在于社会本身” / 350
- 第二节 “法律是一门地道的预测的科学” / 359
- 第三节 “社会学法学的范围和目的” / 372
- 第四节 “为权利而斗争” / 379
- 第五节 《法律和现代精神》 / 389

## 第八章 | “自然法是允许我们评价实在法，衡量其内在正义的标准” (韦基奥) / 401

- 第一节 “人权的哲学基础是自然法” / 404
- 第二节 “法律的道德性” / 430
- 第三节 “作为公平的正义” / 435
- 第四节 “认真对待权利” / 444

## 第九章 | “教授们的游戏” (杰克森) / 455

- 第一节 批判法学运动所谓的“毁灭” / 458
- 第二节 经济分析法学的“公正”和“效率” / 469
- 第三节 欧洲结构主义的“符号学法学” / 499



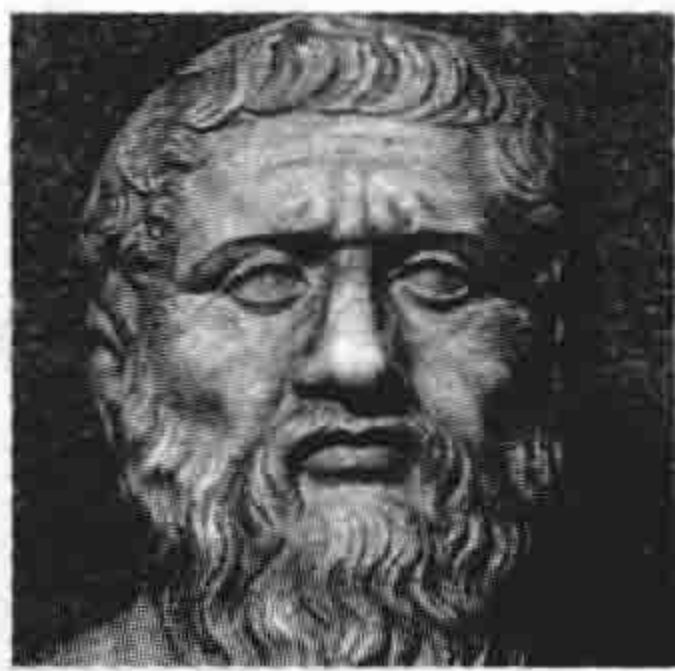
### “法律是公正善良之术”（塞尔苏斯）

---

本章主要讨论古希腊罗马时代法律和正义的关系。可以说，西方法律思想的历史，就是法律和正义的关系史，它贯穿整个西方法哲学理论的历史。在古代，我们称之为“公平正义”，近现代，我们称之为“法律的价值”。不过，我们这里要谈的法律和公正，不是整个西方法理学中的法律和公正问题，而是西方法哲学形成时期的法律和公正问题，也就是说，这个时期的公正，还是作为一个同时具有哲学、伦理、政治和法律含义的概念被提出来的。至于在西方出现了“法律”意义上的公正，那是近代以后的事情。这个主题，我们在以后的章节中会不断地碰到。

Plato

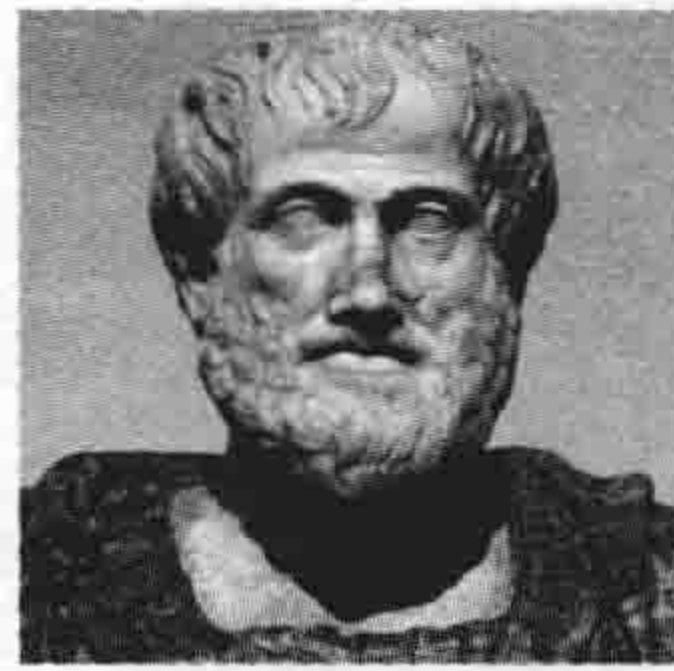
柏拉图



凡是法律未能独立且无权威者，国家必定灭亡；反之，法律之尊严胜过统治者，那么国家必定多福。

Aristotle

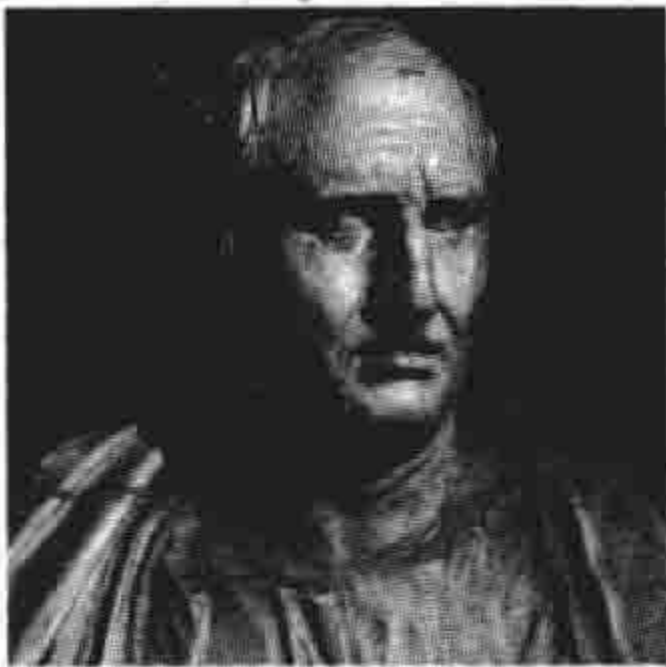
亚里士多德



正义是人们在社会关系中所产生的一种美德。而正义和不正义含有两种意思：一是指能否服从法律，二是指一个人所取得的东西是否是他应当得到的。

Cicero

西塞罗



自然法是人类理性的体现，既不能废除，也不能取消，是正义的本原，是衡量一切事物的标准。

Aurelius

奥勒留



假如我们的理智部分是共同的，那么就我们理性的存在来说，理性也是共同的；倘若如此，要求我们去做什么和不去做什么的理性就是共同的；又假如这样，也就有了一个共同的法律，这样我们就是同一类公民了。



## 第一节

# 分配正义与矫正正义

(亚里士多德)

A 出资 99 元、B 出资 1 元做生意。一年后，除本金后资产再增 100 元，这新增 100 元怎么分？或者说，如何分配才可以称得上合乎“正义”？A、B 是父子与 A、B 是夫妻之间，正义的分配方式是否存在数额上的差距？

柏拉图是西方思想的源头。在法律思想方面，他的两次政治生活经历以及其师苏格拉底的死对他产生了较大的影响；在思想方面，他受毕达哥拉斯的影响很大。其法律方面的主要著作有《理想国》《政治家》和《法律篇》。一般认为，《理想国》主要体现了柏拉图早期的法律思想，《法律篇》体现了他晚年的法律思想，就他对于西方法哲学的影响而言，前者更为重要。

柏拉图指出，人们的生活有多方面的需要，而每一种都需要有专人去实现，这样，相互需要就需劳动的分工予以满足。比如，人们需要有食物，这就需要种田的农夫；需要居住，这就需要建造房屋的工匠；需要衣着，就要有鞋匠和裁缝；等等。柏拉图认为这种分工是基于人类天性而进行的，即不同的人有不同的能力。因此，他们长于做某些种类的工作而不长于做另外一些种类的工作；人们的技能只有持之以恒地专心于他们天生适合的工作，才能获得。柏拉图说，我们必须作出这样的推论：如果要使一切东西生产得更容易、更丰富而且质量更好，那就只能一人做一件天生适合于他的事情，而且要在适当的时候去做，并把其他的事情统统放弃。

按照柏拉图所描绘的分工原则，这个国家应该由三种不同身份的人组成，亦即三个不同等级的人组成：

第一种，具有统治能力而且适宜担任统治者、专门领导国家的人，这种人是上帝用金子铸成的。第二种，军人，他们和统治者结合起来，专门保卫国家安全，抵抗外国侵略，这种人是上帝用银子铸成的。第三种，劳动者，专门从事生产劳动，这种人是上帝用铜和铁铸成的。柏拉图还指出，这三种不同等级的人必须分别具备四种美德：智慧、勇敢、节制和正义。智慧属于统治者，他们负责处理与考虑整个国家的事情；勇敢属于军人，他们负责保卫国家安全，抵抗外侵；节制则属于三个不同等级，而不仅仅是劳动者。

要说明的是，三个等级并不是绝对分开的。他说的等级不是种姓，因为等级中的成员的身份不是世袭的。相反，他的理想指的是这样一种社会，在这个社会中出生的每个孩子，都应受到他们的天赋能力让他们能够得到的最高级的训练，而且在这个社会中，每个人都能依靠他的智能、教育和经验得以晋升、胜任城邦的高级职位。柏拉图认为，第二、三等级中的孩子有希望被提升到第一等级，而第一等级中的人也可能被降到其他等级中去。但是，也有不同的观点，引用马克思的话说，在柏拉图的理想国中，分工被说成是国家的构成原则，就这一点来说，他的理想国只是埃及种姓制度在雅典的理想化。

柏拉图的法律理想以正义为出发点并以它为归宿。《理想国》又称《论正义》。柏拉图说，一个完善的人和一个完善的国家都具有智慧、勇敢、节制和正义四种美德。智慧、勇敢和节制分属国家中不同等级的人，即统治者、军人和劳动者，而正义是按照社会分工，各司其职这样一种圆满的美德，它属于每一个人，或者属于每一等级。从



个人看，柏拉图认为人具有理性、志气、欲望三种品性。理性是指有获得知识的能力，表现为知识和智慧；志气是指有发怒的能力，如果接受理性的支配，便表现为勇敢；欲望接受理性的支配，则表现为节制。当理性支配志气和欲望时，此人便获得正义的德行。在这里，柏拉图的正义，就是指理性支配欲望，精神支配肉体。这样，个人的三种品性才能尽到各自的“天职”。这种“各守本分”的状态，就会达到合乎正义的和谐。从一个国家看，柏拉图之正义，就是指各种天生不同等级的人，被划分为统治者和被统治者，他们“各司其职”和“各守本分”<sup>1</sup>。

柏拉图给社会公道下了这样的定义：按照组成社会的原则，社会由不同类型的人组成，他们在相互需要的推动下结合在一起，由于他们结合成一个社会，又由于他们把各自的功能集中起来，便构成了一个整体，这个整体是完美无缺的，因为它是整个人类智慧的产物和图像。

柏拉图总结和评析了当时的几种正义观念。首先是克法洛斯父子的正义论：正义就是“欠债还债”“做有利于友人而有害于敌人之事”，正义就是给每个人以恰如其分的报答<sup>2</sup>。其次是马霍斯的强者利益正义观：“正义不是别的，就是强者的利益”<sup>3</sup>，各种政府所创制成之法律，无一不依其利害观而定立，此等法律原为他们自身之利益而设，加诸其人民，这即所谓的正义。因此，不正义之人总占便宜，正义之人总吃亏，从这个意义上说，正义总是一种损失。再次是格劳孔的功利正

---

1 柏拉图：《理想国》，郭斌和等译，商务印书馆1986年版，第154~155页。

2 柏拉图：《理想国》，第8页。

3 柏拉图：《理想国》，第18页。



义观：“正义的本质就是最好和最坏的折中”<sup>1</sup>，我做不义之事害人，他做不义之事害我，于是人类互相约定不做不义之事，法律及规约由此而产生，这是正义观念的渊源。对于这三种正义观，柏拉图并没有正面地评判，他只是借苏格拉底之口，称这些正义论只是从正义的外部进行描述，而真正的正义观则要从正义的本身来定义，从这个意义上说，正义是人类心灵中的内在之存在。

亚里士多德是位百科全书式的人物，他在法律方面的主要著作是《伦理学》《政治学》和《雅典政制》。亚里士多德的《伦理学》是关于人的道德学说，它的中心内容是讲善、美德和正义。“善”是基本的范畴。美德和正义是围绕善来展开的，是善的具体表现。对于什么是“善”，亚里士多德没有下过确切的定义，有时与“快乐”联系在一起。“美德”则是指摆脱欲念的一种状况。“正义”是人们在社会关系中所产生的一种美德。而正义和不正义含有两种意思：一是指是否能服从法律，二是指一个人所取得的东西是否是他应当得到的。正义可分为普遍正义和个别正义两类<sup>2</sup>。其中个别正义又分为分配的正义和矫正的正义两种。

所谓“分配的正义”就是求得比例的相称，指不同地位、不同身份的人们按等比比例原则办事，即不同品德的人们在社会上享有不同的政治权力、不同的社会荣誉和不同的财产数额。它表现在对荣誉、金钱和其他任何可以在参加某个社会的人们之间进行分割的东西的分配上采用等比比例，而公共财产分配于二人或二人以上者，视各人所

---

1 柏拉图：《理想国》，第46页。

2 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，《亚里士多德全集》第8卷，苗力田译，中国人民大学出版社1994年版，第98页。

占有之多寡为准。这种正义是从人的不平等性出发的，而这种不平等是自然造成的，是固定不变的<sup>1</sup>。

至于“矫正的正义”就是人们之间的平等关系，它表现在对于属于交换物品范围的东西进行平均的分配。这种平均主义，要运用到诸如契约、买卖、赔偿损失、司法审判等方面。这是一种“等差比例”。这种正义是以人的等价性为依据的<sup>2</sup>。正义在政治上的体现就是政治的正义。政治的正义同普通的正义和个别正义相对应，可分为“自然的政治正义”和“习惯的政治正义”，它们因不同的国家而相异，“对于每一类的社会，各从其宜，也各合乎正义”<sup>3</sup>。

通俗地讲，假定 A 拿出 99 元、B 拿出 1 元合伙做生意，挣了另外 100 元钱。这挣来的 100 元利润如何分配才合乎正义呢？按照亚里士多德的说法，存在着两种合乎正义的分配方式。一种分法是 A99 元、B1 元，也就是按照出资额分配；另外一种分法是每人 50 元。如果 A 是父亲、B 是儿子，就按照第一种分法，因为父与子地位不平等，不平等的前提决定了差异的平等，差异的平等也是一种正义；如果 A 是丈夫、B 是妻子，就按照第二种分法，因为丈夫和妻子在家庭中的作用是同等的，通过矫正的方法达到一种平等。在亚里士多德看来，两种分法体现了两种正义：第一种称为分配的正义，第二种称为矫正的正义。如果把亚里士多德两种正义应用到法律领域，那么分配正义因为是基于不平等上的正义，所以适用于犯罪和刑罚，而矫正正义因为是基于平等的正义，所以适用于当事人地位平等的情形，适用于违约

---

1 参见亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 150 页。

2 参见亚里士多德：《政治学》，第 148 页。

3 亚里士多德：《政治学》，第 172 页。



与损害赔偿。

以犯罪与刑罚为例，抢夺侵犯的是财产，抢劫侵犯的是生命安全和财产，抢夺的社会危害性因此小于抢劫的社会危害性。因为社会危害性程度不同，两种犯罪所遭受的刑罚也就不同。刑与罪相适应，体现的就是分配的正义。以侵权与赔偿为例，被告船主在暴风雨天气里将船固定在原告的码头上，被告牺牲了码头小的损失挽回了船的大的损失。被告的行为虽然是紧急避险，但是他仍然要赔偿码头主的损失。其中的法律理由就在于矫正的正义。船冲撞了码头，而不是码头冲撞了船，船是码头所受损害的原因，这就足以让船主承担损害赔偿的责任。应用法律来矫正这种侵权所导致的不平等，这就是一种正义，是一种矫正的正义。<sup>1</sup>

按照亚里士多德的理解，分配的正义强调各取所值，按照各自的价值进行分配，正义就是一种比例。衡量是否正义的参数至少有四项，其中第三项与第四项之比等于第一项与第二项之比，再交替搭配，第二项与第四项之比等于第一项与第三项之比，如若各项实现这样的结合，其结果就是公正的，亚里士多德称之为“几何比例”。后世的学者描述为： $A:B=C:D$ ，那么  $A:C=B:D$ ，因而  $A+C:B+D=A:B$ ，就是说，如果把 C 给 A，把 D 给 B，双方的相对地位就与分配前相同，这样做就是正义的。矫正的正义强调的是均等，遵循的是一视同仁，在这里好人与坏人没有性质上的差别，比如一个人打人，一个人被打，一个人杀人，一个人被杀，这样在承受与行为之间形成了不均等，这就需要

008  
—  
009

---

<sup>1</sup> Richard Epstein, *Nuisance law: corrective justice and its utilitarian constraints*, 8 J. Leg. Stud. 49 (1979).