



破解法学之谜

——西方法律思想和法学流派

徐爱国 著



学苑出版社



破解法学之谜

——西方法律思想和法学流派

徐爱国 著

学苑出版社

图书在版编目(CIP)数据

破解法学之谜:西方法律思想和法学流派/徐爱国著.北京:
学苑出版社,2001.10

ISBN 7-5077-1908-1

I.破… II.徐… III.①法律-思想史-西方国家 ②法学
流派-简介-西方国家 IV.D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 062603 号

学苑出版社出版发行

北京市万寿路西街11号 100036

永清县印刷厂印刷 新华书店经销

850×1168 32开本 15.5印张 400千字

2001年10月北京第1版 2001年10月北京第1次印刷

印数:0001—2000册 定价:28.00元



徐爱国，生于1965年，法学博士，现任教于北京大学法学院，副教授。1983 - 1987年武汉大学法学院学士，1987 - 1990年中国人民大学法学院硕士，1994 - 1998年北京大学法学院博士。曾分别交流、访问和讲学于德国、日本和香港。曾涉足的法学领域有法理学、法律史学和侵权行为法学。代表性的论文有《欧洲结构主义符号学法学的几个侧面》和《英美法中“侵扰”的侵权行为责任》等，代表性的作品有《英美侵权行为法》等，参著的专著有《西方法律思潮源流论》和《现代西方法学流派》等，参编的法学百科全书有《中华法学大辞典》（法理学卷）和《北京大学法学百科全书》（法律史学卷）等。

美丽的陷阱和笑傲江湖

(代序)

我在北京大学法律系（法学院）讲授“西方法律思想史”有十多年的时间了。不知是出于求知欲，还是出于考试的需要，每学期课程即将结束时，总有些学生提议借阅甚至复印我的讲稿，并问我什么时候将讲稿的内容出版。我一直都很尴尬。虽然我并不赞成“板凳要坐十年冷，文章不写一字空”的古训，但是要将一种“西方”的法律“史”学的内容变成一部著作，并不是一件容易的事。西方法律思想的历史有两千多年了，在西方法律思想史上留下重大影响的法学家，少说有四五十人，多说至少上百人，而我从事这方面的学习和研究才十几年。更重要的是，如今的出版界多多少少已经演变成了一种商业的实体，决定书籍出版的主要因素不是学术价值而是利润。如果没有基金的支持，如果没有个人名望的号召力，我们就不能指望出版社做出精神成果丰硕而物质结果亏空的事。也是在这个意义上，我通常将“西方法律思想史”比喻为一个“美丽的陷阱”。称其“美丽”，是因为它可以让我们深入到前人的灵魂里面去体会法学家们对于法律的理解，品味他们对于法律的一种表达，享受一种亚里士多德所谓的精神贵族式的悠闲；称其为“陷阱”，是因为，在当今社会，这种吃力不讨好事业的社会回报率之低，市场占有率之少，付出之艰辛，收获之菲薄，常常是叫人无可奈何的事。从全国的情况来看，除了少数



几个名牌大学法学院之外，专门从事西方法律思想史的教学科研人员已经所剩无几，而且我也实在不能确信，西方法律思想史的课程在法学院的课程表上究竟还能延续多长的时间。

去年夏天，我翻阅了金庸先生的《笑傲江湖》。从他的这部小说中，我读出了西方法律思想史。《笑傲江湖》里有华山、泰山、恒山、嵩山和衡山五岳剑派，有少林、武当派，有日月神教，有青城、昆仑、崆峒和丐帮各派，还有桃谷六仙、百药门和五仙教等日月教号令下的各派。西方法律思想史有自然法学、哲学法学、分析法学、历史法学、社会法学，批判法学、经济分析法学，还有利益法学、北欧现实主义法学、概念法学和自由法学。《笑傲江湖》里有放荡不羁的任我行，西方法律思想史中有大胆设计理想王国的柏拉图，《笑傲江湖》里有老成持重的方正大师，西方法律思想史中有博大精深的亚里士多德，《笑傲江湖》里有致力于确立霸权的左冷禅，西方法律思想史中有细心规划君主霸业权术的马基雅维里，《笑傲江湖》里有厌倦了江湖意在归隐而成一曲“笑傲江湖”的刘正风，西方法律思想史中有默默无闻而成“一般法理学”的奥斯丁。《笑傲江湖》里华山派分为“剑宗”和“气宗”，西方法律思想史的分析实证主义法学分为“规则说”和“规范说”，德国历史法学分为“罗马法分支”和“日尔曼法分支”。《笑傲江湖》里有《紫霞秘笈》、《葵花宝典》和《辟邪剑谱》等武学经典，西方法律思想史中有《论法的精神》、《法哲学原理》和《法律的道路》等法学名著。相同的是复杂的结构和迥然不同的人物个性，不同的是《笑傲江湖》是以文学的手法写出来的，而西方法律思想是以思辩的方式表达出来的。我们对于《笑傲江湖》的种种思考，同样可以探求西方法律思想对于我们的作用。东方不败痴迷于《葵花宝典》而走火入魔，我们可能会在西方诸多的法学流派中迷失方向，左冷禅偷学了林平之的几招



《辟邪剑谱》就试图以此招式一统江湖，我们可能学了批判法学和经济分析法学的一招半式就想驰骋中国法理学。令狐冲受过华山气宗的熏陶，也得到过剑宗大师的指点，他无意之中会了任我行的吸星大法，也练过少林的《易筋经》，他师从华山派，又做过恒山派的掌门，还被推举为旁门左道的盟主，最后从令狐小侠成长为令狐大侠，我们也可以在西方法律思想的浩瀚海洋里采众家之长而成一家之说。西方法律思想是什么？我觉得，它有点像华山玉女峰危崖上思过洞内石壁上的拆招图形，任何一种剑法都有其绝妙之处，都有能在江湖中自立门户的功力和招式，同时每种剑法又有其致命的弱点，哪一个派别也不能自称为武林的至尊。

近年来，我将研究的重心转移到民商法，也出版了一本《英美侵权行为法》，总希望能在新的领域找到一些解脱。但是没有成功，我仍然摆脱不了西方法哲学的魔力。后来我想，与其忍受心理的折磨，控制自己不去涉及法哲学，还不如顺其自然了却心愿，将十几年来的积累总结出来。于是在半年的时间里，我整理出呈现在大家面前的这部书稿。本书分为三编，第一编是以专题的形式阐述西方法律思想的各种思想和流派，计八章的内容，我称之为“西方法哲学原理”。其中的每一章，我都选择一些在西方法律思想史上独具匠心和具有典型意义的法律理论，作出必要的介绍和评论。我自以为，这一部分是该书的精华所在，每一章都是西方法学中的一种思潮或者一种学派，从古希腊罗马的理论，一直到当今美国的时髦法学。第二编和第三编是两个专题的研究，一个是作为西方近现代法律制度理论基础的17—18世纪的古典自然法学，一个是国内研究尚处于起步阶段的分析实证主义法学。书后是两个附录，第一是相关的文献材料，第二是外国人名对照表。在书名上，我没有使用“历史”的字样，因为我觉得，书中多一个“史”字，



该书的阅读量和销售量就少了 50%，但是仍然要指出的是，在这部书中，我毕竟还是用一种历史的方法来考察西方的法律思想，因为惟有历史才能够帮助我们解开 2000 多年来法学的迷团。

最后，感谢学苑出版社总编孟白先生和编辑刘丰先生。如果没有他们的帮助和支持，这部书稿恐怕还静静地存放在一个 3 寸小软盘里。

徐爱国

2001 年 1 月 24 日于北京大学法学院

目 录

美丽的陷阱和笑傲江湖（代序）

第一编 西方法哲学原理

- 第一章 “法律者，一切神事与人
事之君也” (3)
- 一、“法律是公正善良之术” (3)
- 二、“法律是神的智慧所抱有的理想” (27)
- 第二章 “法律是正当理性的命令” (45)
- 一、古典自然法学 (45)
- 二、人类理性与自然法 (50)
- 三、为“古典自然法”理论而申辩 (61)
- 第三章 “法就是作为理念的自由” (69)
- 一、康德的《法的形而上学原理》 (69)
- 二、黑格尔的《法哲学原理》 (88)
- 第四章 “法律仅仅是统治者所命令
的东西” (112)
- 一、“法律的目标就是增进社会总体幸福” (112)
- 二、“法律是主权者的一种命令” (118)
- 三、“法律科学的关键是第一性规则同
第二性规则的结合” (124)
- 四、“作为制度事实的法律” (134)

第五章 “法律是缓慢、逐渐、有机地发展的结果”	(140)
一、“法律决定于民族精神”	(140)
二、“从身份到契约”	(146)
三、“物竞天择，适者生存”	(165)
第六章 “法律的中心是社会或社会秩序”	(170)
一、“法律发展的重心在于社会本身”	(170)
二、“法律是一门地道的预测的科学”	(175)
三、《社会学法学的范围和目的》	(186)
四、“为权利而斗争”	(192)
五、《法律和现代精神》	(200)
第七章 “自然法是允许我们评价实在法，衡量其内在正义的标准”	(208)
一、“人权的哲学基础是自然法”	(209)
二、“法律的道德性”	(230)
三、“作为公平的正义”	(234)
四、《认真对待权利》	(241)
第八章 “教授们的游戏”	(249)
一、批判法学运动所谓的“毁灭”	(249)
二、经济分析法学的“公正”和“效率”	(258)
三、欧洲结构主义的“符号学法学”	(264)

第二编 现代西方法律制度的理论基础

第一章 文艺复兴和宗教改革的影响	(281)
一、概述	(281)
二、马基雅维里的贡献	(284)
三、布丹的主权论	(290)



四、宗教改革的遗产	(293)
第二章“古典自然法学”	(298)
一、导言	(298)
二、格老秀斯的自然法	(299)
三、霍布斯的《利维坦》	(305)
四、洛克的政府论	(312)
五、孟德斯鸠的法的精神	(321)
六、卢梭的浪漫主义	(332)

第三编 分析实证主义法学

第一章 分析实证主义法学概述	(347)
一、分析实证主义法学的含义	(347)
二、分析法学之前的分析实证主义法学	(350)
三、分析法学	(354)
四、凯尔森和哈特的新分析法学	(355)
五、拉兹、麦考密克和魏因贝格尔的 分析实证主义法学	(357)
六、受分析实证主义法学影响的其他 法学研究方法	(358)
第二章 奥斯丁的分析法学	(361)
一、法律命令说	(362)
二、“法律”一词的四种含义	(364)
三、主权论	(367)
四、一般法理学	(373)
第三章 分析法学传统	(377)
一、奥斯丁的“一般法理学”	(377)
二、英国的奥斯丁传统	(379)
三、美国的奥斯丁传统	(382)



· 4 · 破解法学之谜

四、霍菲尔的理论·····	(384)
五、概念法学·····	(387)
第四章 凯尔森的法律规范理论·····	(390)
一、“纯粹法学”的含义·····	(390)
二、法的静态理论·····	(392)
三、法的动态理论·····	(400)
第五章 哈特的法律规则理论·····	(408)
一、哈特理论的两个思想来源·····	(408)
二、对奥斯丁法律命令说的评析·····	(411)
三、第一性规则和第二性规则的结合·····	(417)
四、法律和道德·····	(421)
五、对国际法的一种新解释·····	(426)
第六章 拉兹的法律理论·····	(429)
一、对分析实证主义法学的总结·····	(429)
二、法律制度的分析理论·····	(432)
三、法律的权威和法治·····	(435)
四、法律的作用和法官的作用·····	(438)
第七章 麦考密克和魏因贝格爾的制度法学·····	(443)
一、制度法学·····	(443)
二、制度法学对法律的描述·····	(448)
三、分析法学和自然法理论·····	(452)
四、制度法学的正义观·····	(456)
附录1 相关文献·····	(462)
附录2 外国人名中外文对照表·····	(479)

第一编 西方法哲学原理

本编从八个法哲学命题出发，对于西方法哲学的八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，我这里是法哲学的不同学派解释西方法哲学。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。任何一种理论，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，因此这里的八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，从这八个命题及其展开，我们能够大致了解西方法哲学的主要内容。

这里的八个命题实质上涉及到西方法哲学的渊源，西方近现代法律制度的理论基础古典自然法学，西方法哲学成熟标志的哲理法学，分析法学和历史法学，以及 20 世纪中叶的社会法学和新自然法学。当然，西方法哲学不可能仅仅局限于这八个命题，不过，这八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，比如在美国和欧洲大陆方兴未艾的批判法学、经济分析法学和其他法学思潮和法学研究方法。



第一章 “法律者，一切神事与人事之君也”（克利西帕斯）

本章主要讨论两个方面的问题，一是法律和正义的关系，一是法律和宗教的关系。对于后者，我们是明确的，它是特定时代特定环境的产物；对于前者，关系是复杂的，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的问题，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，这个问题，我们在以后的章节中会不断地碰到。

一、“法律是公正善良之术”（塞尔苏斯）

一个医生将要出国，出国期间他不能看视他的病人。于是，他按照病人的状况，将药方写在纸上，交给他的学生，让学生按照该处方给该病人开药。医师出国后，该病人的病情发生了变化。该学生在这种情况下，是仍然按照他老师的药方继续给该病人开药呢？还是根据新的病情，按照自己的经验给该病人重新开药呢？



柏拉图是西方思想的源头。在法律思想方面，他的二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从事，这样，相互需要就需劳动的分工予以满足。比如，人们需要有农夫；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。柏拉图认为这种分析是基于人类天性而进行的，即：不同的人有不同的能力，因此，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，具有统治能力而适宜担任统治者，专门从事领导国家的人，这种人是上帝用金子铸成的。第二，军人，他们和统治者结合起来，专门从事保卫国家安全，抵抗外国侵略，这种人是上帝用银子铸成的。第三，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，三个等级并不是绝然分开的。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能够得到的最高级训练，而且在这个社会中，每个人都能晋升去担任他的能力（他的智能加上他的教育和经验）能胜任的国家最高职位。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级到其他等级中去。但也有人提出不同的观点，并引用马克思的话说，在柏拉图的理想国中，分工说成是国家的构成原则，就这一点说，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，各司其事这样一种圆满的美德，则属于每一个人，或者属于每一等级。从个人看，他认为具有理性、志气、欲望三种品性。理性有获得知识的能力，表现为知识和智慧；志气有发怒的能力，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性。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，划分为统治者和被统治者，他们“各司其事”和“各守本分”^①。柏拉图是这样定义的，可以给社会公道下个定义：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。

① 柏拉图《理想国》第 154—155 页，商务印书馆，1986 年版。