

中国十大杰出中青年法学家文丛

西方法学 名著述评

何勤华 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社





中国 大杰出中青年法学家文丛

西方法学名著述评

何勤华 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

西方法学名著述评/何勤华主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2007. 8
中国十大杰出中青年法学家文丛
ISBN 978-7-307-05551-3

I. 西… II. 何… III. 法学—著作—简介—西方国家 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 055332 号

责任编辑: 张 琼 责任校对: 王 建 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

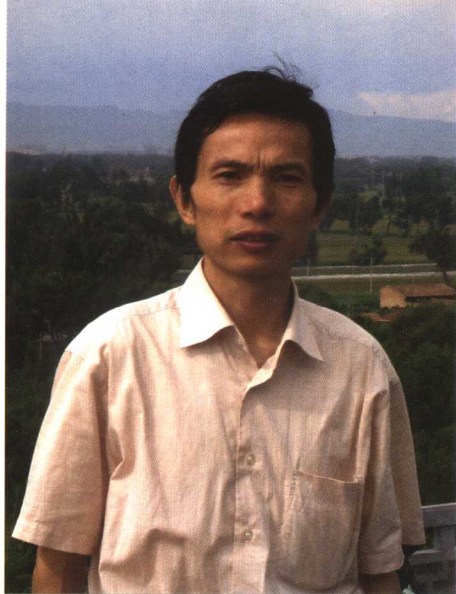
印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720×980 1/16 印张: 31.75 字数: 486 千字 插页: 2

版次: 2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05551-3/D·731 定价: 48.00 元

版权所有, 不得翻印, 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。



何勤华，1955年生，上海市人。北京大学法学博士，日本东京大学法学部留学。现为华东政法学院院长，教授，博士生导师。出版有《西方法学史》、《中国法学史》（三卷）、《20世纪日本法学》、《法律文化史谭》、《律学考》等专著，在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《法学》、《中外法学》、《政法论坛》等刊物上发表论文150余篇。1992年起享受国务院专家特殊津贴。1997年起兼任中国法学会常务理事，2000年被选为全国外国法制史研究会会长。1999年，被评为第二届“中国十大杰出中青年法学家”。

责任编辑 / 张琼 责任校对 / 王建 版式设计 / 支笛 封面设计 / 马重

前 言

在任何一门学科的发展历史上，名著总是居于核心的地位，学者的智慧、理论的创造与学派的形成皆熔铸于历代名家的传世名篇之中。法学的发展概莫能外，在其两千余年的历史长河中，融入了无数法学家的灵气和睿智，也从而涌现出一大批“穷天人之际，通古今之变，成一家之言”的法学名著，这些作品凝聚了历代大师的学术业绩和理论结晶，积淀着各位大师关于法的智识与洞察，记载了人类对法这一社会现象不断深化的探索轨迹，它们犹如璀璨的明珠镶嵌在西方法学宝库的大厦上，历久而弥新。因此，时至今日，认真研读这些西方法学名著对于提高我们的理论水平，深化我们的法学素养，乃至促进法律职业共同体的形成都具有重要意义。

但是，西方的法学著作源远流长、浩如烟海，即使是翻译成中文的作品，近年来也是蔚为大观，对于许多法学的初学者来说，不免有望洋兴叹、无从入手之感。为此，我们感到有必要编写一本从整体上对西方法学名著进行介绍与述评的入门读物，以方便读者在此基础上进一步研读名著的本身。尽管本书在法学界并不是第一部，但较之其他一些同类著作，本书无论是在名著的选取上还是体例的设计上都力图有所创新。

就名著的选取而言，本书的选材在着意经典的同时也力求新作，评介的著作大体上包含以下三类：

首先是西方法学的传统经典，如亚里士多德的《政治学》、孟德斯鸠的《论法的精神》、黑格尔的《法哲学原理》、哈特的《法律的概念》等，都是西方历史上久负盛名的法学经典之作。对于这些作品，只要是翻译成中文的，我们都力求收录，它们构成了本书的主体，也是目前同类著作中主要介绍的作品。

其次是在此基础上吸收了部分近年来翻译的新作，如柏拉图的《法律篇》、庞德的《法理学》、威格摩尔的《世界法系概览》等。这些作品在西方法学界早已声名卓著，但由于长期以来未能翻译成中文，还不为中国读者所熟识，本书将它们也收录进来，以促进这些作品在国内的传播。

最后，本书还收录了一些民国时期甚至清末翻译出版的国外名著，如惠顿的《万国公法》、穗积陈重《法律进化论》和莫里斯的《法律发达史》等。在这些著作中，许多直至今日仍有着巨大的学术价值，但因年代久远已很难为人查阅。在学界的努力下，其中的一些精品近年来又得以重新勘校出版，我们也将之囊括进来，以飨读者。

在本书的撰写体例上，与以往作品的平铺直叙不同，我们尝试着把对名著的解读与原书的精华结合起来，在每篇作品的述评中，通过设置六个不同的栏目，对每篇作品进行各有特色的述评：

首先是第二部分，它是背景介绍，主要阐述作者的生平际遇与时代背景，尤其着重阐述该名著的创作意图与成书经过，从而使读者首先对该书的作者与写作背景有一个宏观的认识，为深入理解全书的内容提供必要的知识储备。

第三部分是内容精要，这也是本书的核心部分。着力对全书的主要内容与理论脉络进行一番梳理与勾勒，对其中的理论内核与思想精华予以阐发，以帮助读者在入门之初就能准确地把握全书的主旨，从而也为有兴趣的读者在今后的阅读中提供必要的释疑与指南。

第一、四部分为“推荐版本”和“延伸阅读”，这两个部分的设置是本书体例的创新之处，旨在引导读者对名著的版本和关联读物进行选择。

由于名著的流传年代比较久远，其版本也往往为数繁多，各版本之间的质量也难免有所参差，再加之西方法学著作在中国可能存在多个译本，译事水准更直接影响了读者对名著的理解，这就要求我们对之有所甄别和取舍。比如，西塞罗的《国家篇 法律篇》、罗尔斯的《正义论》和博登海默的《法理学》在中国都有多个译本，我们即从中选取了较好的译本予以推荐和点评。

名著的产生总是与特定的时代命题紧密相连，因此，对它的理解还需要我们广泛地涉猎与一些相关的论著；而法学家的思想也往往有

其自身发展的轨迹，其不同时期的著作可能对于我们完整地理解其法学思想都有所助益。为此，我们专门设置了“延伸阅读”这一部分，为读者指出可进一步研读的著作，它们或是与该名著同一主题的作品，或是该作者的其他代表作，甚至是一些后世学者撰写的研究性作品。

比如，我们要全面理解托克维尔有关民主的思想，除了阅读其名著《论美国的民主》之外，还应当阅读他的《旧制度与大革命》，以及伯克后来撰写的《法国大革命反思》一书。也唯有如此，才能真正帮助读者达到触类旁通和完善知识结构的目的。

本书设计的最后两个部分都来自于原书，分别是“精彩片断”与“名言佳句”，其目的是为了使读者在阅读了上述评介之后，能够进一步获得对名著本身的直观印象与体验，以相互参照，加深理解。在“精彩片段”中，我们摘录的或是集中阐述原著核心思想的段落，或是对中国读者尤具借鉴意义的篇章。尽管它们只是原著中的极小的一部分，但足以使读者明其要旨，撷其精华。

凡名著者，自有名句。本书收录的作品大多是法学家们倾毕生精力完成的不朽佳作，其中自然也不乏足以震烁古今的名言佳句，从亚里士多德的“法治优于一人之治”到孟德斯鸠的“以权力约束权力”，从萨维尼的“法律随民族而成长”到梅因的“从身份到契约”，从庞德的“法律是一种社会工程”到德沃金的“法官是帝国的王侯”，这些短小隽永，意味深长的格言警句，无疑都是西方法学智慧的凝缩。我们将其摘录出来，使读者得以尝鼎一脔、窥豹一斑。

当然，以上这些都只是我们的一点尝试，妥当与否，还由读者评判。况且上述内容无论如何也不能完全替代原书的阅读，要想真正领略法学殿堂的精彩和魅力，还需要读者亲身游历不可，本书的目的只在为初学者步入殿堂之际，提供一本文字晓畅、深入浅出的导游书而已。限于我们的水平，纰漏贻误在所难免，概请方家指正。

何勤华

上海·华东政法学院

2007年3月10日

目 录

前言 / 1

1. 柏拉图:《法律篇》 / 1
2. 亚里士多德:《政治学》 / 12
3. 西塞罗:《论共和国 论法律》 / 22
4. 盖尤斯:《法学阶梯》 / 37
5. 阿奎那:《阿奎那政治著作选》 / 47
6. 洛克:《政府论》 / 58
7. 孟德斯鸠:《论法的精神》 / 68
8. 卢梭:《社会契约论》 / 78
9. 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》 / 90
10. 边沁:《道德与立法原理导论》 / 101
11. 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:
《联邦党人文集》 / 111
12. 黑格尔:《法哲学原理》 / 122
13. 萨维尼:《论立法与法学的当代使命》 / 132
14. 惠顿:《万国公法》 / 139
15. 奥斯丁:《法理学的范围》 / 149
16. 托克维尔:《论美国的民主》 / 159
17. 梅因:《古代法》 / 168

18. 穗积陈重:《法律进化论》 / 178
19. 威格摩尔:《世界法系概览》 / 188
20. 莫里斯:《法律发达史》 / 198
21. 韦伯:《论经济与
社会中的法律》 / 208
22. 庞德:《法理学》(第一卷) / 218
23. 卡多佐:《司法过程的性质》 / 229
24. 美浓部达吉:《公法与私法》 / 238
25. 拉德布鲁赫:《法学导论》 / 248
26. 拉伦茨:《法学方法论》 / 259
27. 牧野英一:《法律上之进化与进步》 / 268
28. 凯尔森:《法与国家的一般理论》 / 278
29. 戴雪:《英宪精义》 / 289
30. 我妻荣:《债权在近代法中的
优越地位》 / 299
31. 哈耶克:《法律、立法与自由》 / 309
32. 达维德:《当代主要法律体系》 / 320
33. 哈特:《法律的概念》 / 329
34. 博登海默:《法理学:法律哲学与
法律方法》 / 339
35. 茨威格特:《比较法总论》 / 350
36. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律
传统的形成》 / 360
37. 罗尔斯:《正义论》 / 368
38. 泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》 / 379
39. 考夫曼:《法律哲学》 / 389
40. 哈贝马斯:《在事实与规范之间》 / 399
41. 梅利曼:《大陆法系》 / 408
42. 弗里德曼:《法律制度》 / 415
43. 德沃金:《法律帝国》 / 424
44. 大木雅夫:《比较法》 / 431
45. 波斯纳:《法律的经济分析》 / 440

- 46. 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:
 迈向回应型法》 / 451
- 47. 拉兹:《法律体系的概念》 / 460
- 48. 麦考密克、魏因贝格尔:《制度法论》 / 471
- 49. 昂格尔:《现代社会中的法律》 / 480
- 50. 维拉曼特:《法律导引》 / 490
- 后记 / 499

1. 柏拉图：《法律篇》

【推荐版本】

[古希腊] 柏拉图著：《法律篇》，张智仁、何勤华译，上海人民出版社 2001 年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

柏拉图（Plato，公元前 427 ~ 公元前 347 年），是古希腊最伟大的唯心论哲学家和思想家之一。他在哲学、政治学、伦理学、逻辑学等领域均做出了开拓性的贡献。他同时还是一位教育家、物理学家和宇宙论者。不夸张地说，近现代的几乎所有学术思想均可在柏拉图的思想中找到源头。因此，说柏拉图是古代哲学家中最有影响的人实不为过。

柏拉图出生于雅典一个古老的名门贵族家庭，自幼便受到良好的教育，接受过骑兵军事训练，喜爱运动，能绘画，谙音律，写过史诗和剧本。他的这些才能后来都充分显现在他的全部著作中。柏拉图在 20 岁时拜苏格拉底为师，并成为其得意弟子。公元前 399 年，苏格拉底被雅典民主派处死。这件事给柏拉图带来沉重的打击，也使他下定决心离开雅典到海外漫游。他先后到过埃及、意大利、西西里等地，在西西里时曾应邀为叙拉古的国王讲学。

约在公元前 387 年，柏拉图在雅典创建了“阿克德米”学园，即著名的柏拉图学园，并开始从事教学和写作活动。其乐融融的学园生活只维持了 5 年，一场战争结束，叙拉古国王又邀请了柏拉图。不

久，国王和柏拉图两人又起了冲突。柏拉图被关在御花园里达一年之久才被释放。

柏拉图回雅典后，重度教学、写作生涯。80岁那年，有一天他参加一位朋友的婚宴，他悄悄地退到屋子的一个角落里，默默地坐了下来，当人们再看到他时，他已离开了尘世。

柏拉图一生留下了23篇对话和3件书札，其他以他的名义传下来的作品或是伪作，或是可靠性不大。常被后人引用的有：《辩诉篇》、《曼诺篇》、《斐里布篇》、《理想国》、《政治家篇》、《法律篇》等。其中，《法律篇》是柏拉图最为重要的一部法律著作，也是他对有关道德和政治哲学的文献贡献最长和最成熟的一部作品，代表了柏拉图晚年的政治、法律思想。从法律思想的角度而言，在古代西方，真正形成体系化并对西方后世法律文明产生实质影响确实始于柏拉图。

据西方研究柏拉图的专家考证，《法律篇》是柏拉图的晚期作品。柏拉图在74岁高龄时才着手写《法律篇》第一卷，有学者考证，该书成于公元前353~公元前347年之间。柏拉图在去世时并没有留下一部完整的稿子，至多只是有一个初稿。现在人们看到的《法律篇》是柏拉图死后由他的学生，来自奥巴斯的菲力浦整理后出版的。菲力浦在整理时加进了自己的东西，但限于水平，整理后的稿子缺少了柏拉图的幽默，并且有些句子逻辑不够严密。

《法律篇》共12卷，但有些作家把《伊壁诺米》也划了进去，变成了13篇，但一般都认为是12卷。前3卷可以看做是绪论，主要讨论立法的宗旨和立法者必须具有的素养和条件；第4卷到第12卷则可以看做是分论，分别论述各种法律和法律制度。

《法律篇》较之于《理想国》，思想上一个最大的转变或者说对我们今天最具指导意义的是从“人治”即“哲学王之治”转向“法治”。柏拉图指出，如果一个国家的统治者不是哲学家，而且在较短的时间内又没有好的方法把统治者变成哲学家，则法治仍然比人治要好。应该说，尽管法治理论是在柏拉图的晚年提出，但这仍具有重大的里程碑意义。因为在西方历史上，柏拉图是第一个阐述法律的社会功能、法律的至高无上、法治的必要性以及法治的各项措施的思想家。由此开启了对于一个法治基本范畴问题的探讨，开创了西方法治

理论的先河。从这方面讲，也足以说《法律篇》是一部法学经典。

【内容精要】

《法律篇》全面地反映了古希腊，特别是雅典的城邦的建立、地理位置、政府结构、法律制度等情况。文章是以对话的形式写成的，对话的全部人物只有三个人。主要的谈话人是来自雅典的不知名的客人，实际上就是柏拉图的代言人；主要的问话人是克里尼亚斯，是跟著名的医家埃皮门尼德有血缘关系的克里特人；另一个问话人是梅奇卢斯，是来自斯巴达的一位老人。谈话的内容十分广泛，涉及法律、宗教、教育、历史、哲学、艺术、伦理、外交、贸易、婚姻、家庭、技艺、公民生活等各个方面，因此有学者称《法律篇》“几乎是关于人生和国家生活的一部大百科全书”。但毋庸置疑的是，《法律篇》的核心内容还是在于法律，几乎涵盖了刑法、民法、行政法、诉讼法等当时所有的法律部门。

关于立法和立法者。柏拉图认为，立法者制定每项法律的目的是获得最大的善。最大的善不是对外战争也不是内战，而是人们之间的和平与善意。真正的立法者应该把他所制定的有关战争的法律当作和平的工具，而不是将关于和平的立法当作战争的工具。立法者在立法时应当考虑所有的利益，包括人的利益和神的利益。人的利益取决于神的利益。人的利益第一是健康，第二是漂亮，第三是力量，第四是财富。神的利益最重要的是良好的判断力，其次是应用理智的灵魂和天生的自我节制，第三是正义，而勇敢则列第四。立法者制定法律时应考虑这样的利益次序，并把它作为指导路线，才能达到理性的立法。我们可以看出，柏拉图在立法这个问题上，体现出道德、神性和理性三者之间的辩证统一、相互印证的关系。

关于正义。在柏拉图的法学思想中，法的正义理论是一个重要内容。在《法律篇》中，柏拉图提出了区分正义和非正义的标准。他认为，人们通常所说的“正义是强者的权利”这样一种观点是错误的。实质上，为特殊阶级的利益而制定的法律是不正当的，或者说是非正义的，以这样的法律为基础的国家只是党派而不是国家。政府权力不应给予最强者或最富有的人，而应给予服从法律者。法律没有权

威的国家易于毁灭，而法律高于统治者的国家则能得到神的祝福。柏拉图的这些观点透露出法律至上的思想，在我们今天看来仍具有很好的指导意义。

关于酒和酒的立法。酒是什么？酒是一种会消除恐惧，并刺激人们因过于自信而在错误的时刻干了坏事的饮品。当一个人喝酒的时候，他会显得比平时更加愉快；而当他喝得过度时，可能会盲目乐观以至于言行毫无顾忌。正因为酒的这种副作用，柏拉图主张应该给酒立法。首先，18岁以下的少年完全禁止饮酒；其次，允许30岁以下的年轻人适度饮酒，但他必须在喝醉之前停顿下来，不要喝得过度。最后，当他到了30岁的时候，他就应在公餐时尽情喝酒，祈求众神保佑。此外，禁止现役军人饮酒，禁止地方官员在任职期间饮酒，禁止值班的舵手和陪审员饮酒等。

关于教育。柏拉图是西方历史上第一位系统论述教育的教育家。教育理论是柏拉图理论的一个重要方面，《法律篇》记述了柏拉图晚年的教育思想。（1）早期教育。柏拉图认为，一个人想要精通一个特殊的职业，那他就要从儿童时代起进行训练。一个儿童最早的感觉是快乐和痛苦，这是美德和邪恶首次进入灵魂的路径。教育正是儿童获得最初的美德的途径。柏拉图的这种早期教育思想，在《法律篇》中多处体现。如他在书中指出，如果一个人日后要相貌堂堂，他从最小的时候起，就尽可能地保持笔直的姿势。更令人难以置信的是，柏拉图竟然在当时就提出了“胎教”（娘胎里的体育运动），虽然不是很成熟，但足以体现他的睿智与远见。（2）音乐和体育教育。柏拉图十分重视音乐教育和体育教育，在他的前期作品《国家篇》中就谈论甚多，在《法律篇》中则进一步强调音乐教育和体育教育的重要性。（3）文化教育。柏拉图认为，数学教育是极为重要的，此外，还应当学习几何学、音乐理论等。尤为引人注意的是，他还主张学习天文学，而在当时，研究天文学被认为是一种不敬神的行为。由此可见柏拉图是个睿智而又勇敢的人。

关于分权。柏拉图通过两个恰当的比喻强调权力的比例规则。把太大的权威交给一个够不上这种权威的人，就像把很大的帆装在小船上或者是给一个小个子吃太多的食物一样，必然会产生灾难性的后果。立法者应该要注意到这种情况，在立法时应注意权力的分配。柏

拉图主张把单一的王权一分为二，把权力限制在更合理的比例上。由此我们可以看出，两千多年前的柏拉图已经认识到必须限制王权，柏拉图甚至指出，波斯人的政治腐败现象的理由是，他们过度地剥夺了人民的自由并且致力于引进极权政治，以致他们破坏了这个国家中的一切友谊和共同精神。这与现代法学的权力过度集中必然导致腐败的法治理论完全吻合，这让我们不得不为这位伟大老人的深邃思想所折服。

关于政治制度。柏拉图认为，一切的政治制度都是由两种制度演变而来的，一种是君主制，另一种则是民主制。与之对应的是一种最高度的独裁，另一种则是最高度的自由，这两种都不是国家的最好选择。反之，中等程度的独裁或中等程度的自由则取得了较好的效果。那么什么是最好的政治制度呢？柏拉图主张，最好的政治制度是独裁制，而这种独裁制必须满足这样的条件：它的独裁者必须是个年轻、记忆力强、聪明、勇敢而运气又好的人，更为重要的是，有一个出色的立法者来辅助他。第二等好的政治制度是立宪君主制，接下去是某种民主制，最后则是寡头政制。柏拉图的这种政治思想与当时的社会实际相联系，一个明显的例子是他没有继续坚持其在《理想国》中的“哲学王”之治的思想（因为他已认识到这种思想不可能在当时实现），而强调法律的重要性。

关于国家官员。柏拉图对国家官员的选任非常重视，他认为，先设立机关职务并任命担任这些职务的官员，接着就必须为每个职务制定特定的法律。作为法律的执行者，国家官员必须能胜任他们的工作，反之，任命不称职的官员施行法典乃是浪费了优良法典。一个人到了50岁才能被任命为法律维护者，而任期不得超过20年，70岁以上则应该退休。接着，必须选任将军及其参谋人员，分别是骑兵司令官、部落指挥官以及部落步兵连队的队官。柏拉图在书中阐述了选任这些军队官员的原则和详细的程序。此外，柏拉图又主张选任城市管理员、市场管理员、负责文化和体育训练的官员，当然还有法官（“任何一个没有正式建立法庭的国家简直就不成其为一个国家”，可见柏拉图对法律的重视）。柏拉图几乎列出一个国家所必须设立的大大小小的官员，其思想之缜密可见一斑。

关于婚姻家庭与继承。为了更好地了解柏拉图的观点，我们不妨

把其主要观点一一列举。(1) 婚姻的一个普遍的规则：每个人要找的婚姻应该是有利于国家，而不是寻找个人认为最有魅力的。(2) 有效的订婚权首先属于新娘的父亲，第二属于她的祖父，第三是她的同父诸兄弟。如果这些人都不在了，那么此权归于母亲方面同一顺序的亲属。(3) 法定婚龄：对一个女孩子来说，从 16 岁到 20 岁（这是规定的上下年龄限制）；对一个男人来说，从 30 岁到 35 岁。(4) 新郎和新娘应该把他们所能生的最好的孩子献给国家。(5) 被继承人可以按照自己的意愿立遗嘱，但不得给已成家的儿子或女儿分配财产。男性在继承上总是优先于女性。柏拉图在论婚姻跟生育后代这个问题时表现出了他的“国家本位”思想，婚姻的成立及孩子的生育的最终目的都是为了国家，国家的最大利益也是判断婚姻及生育价值的标准。至于法定婚龄，引人注意的是柏拉图还规定了最大年龄，这在现在看来似乎是不可思议的，但如果结合当时的社会背景以及从优生优育的角度考虑，还是可以理解的。此外，尽管柏拉图也认为男性跟女性在订婚权和继承上存在着差异，但他积极主张女儿也应有继承权，这在当时已经可称得上伟大了。实质上，柏拉图的男女平等思想在《法律篇》中多处体现，如女子也可以参加公餐，也应该获得教育等。

关于刑法。首先，柏拉图把抢劫庙宇视为最严重的犯罪并为之制定第一项法律，因为在他心目中神是至高无上的，抢劫庙宇就是对神的侵犯，损害神的利益，其结果是罪犯当被处以死刑。渎神法的制定也证明了这一点。其次，柏拉图给我们规定了具体的审判程序：先是公诉人发言，接着被告人发言，然后是法官询问。这究竟有多大的意义呢，看看我们今天的审判程序或许不难知道。再次，柏拉图把正义引进犯罪领域，并以此认定犯罪的人是否已经无药可救。非正义的伤害是可以医治的，对于这种罪犯法律应把教育和强制结合起来，反之，对于无可救药的罪犯最好的办法就是结束他的生命。在柏拉图的心目中，正义是一个价值很高甚至可以说是最高的道德范畴，所以也合乎情理地认为立法好坏的标准也在于是否体现正义。又次，考虑罪犯的犯罪动机以及区分故意与过失以定罪量刑是柏拉图的法律思想的又一成果。只要是盗窃公共财产，不管其盗窃的物品是大还是小，都必须受到同等刑罚的处罚。因为即使盗窃很小的物品，背后贪欲的动