

西方法学 名著提要

The Summary of the Famous Works
on Western Law

李 龙 主编

L A W
江西人民出版社

西方法学 名著提要

李 龙 主 编
周叶中 叶必丰 徐亚文 副主编

图书在版编目(CIP)数据

西方法学名著提要/李龙

—江西南昌:江西人民出版社,2000.1

ISBN 7-210-02030-6

I. 西…

II. 李…

III. 名著提要—西方法学

IV. D90

西方法学名著提要

李 龙 主编

江西人民出版社出版发行

南昌市印刷九厂印刷 新华书店经销

1999年1月第1版 2000年1月第2次印刷

开本:850mm×1168mm 1/32 印张:18.75

字数:467千 印数:5001—8000册

ISBN 7-210-02030-6/D·285 定价:28.00元

江西人民出版社 地址:南昌市新魏路17号

邮政编码:330002 传真:8511749 电话:8511534(发行部)

E-mail: jxpph@163.net

(赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

目 录

导论.....	(1)
柏拉图 《法律篇》(前 360~前 347 年左右)	(18)
亚里士多德 《政治学》(前 325 年)	(30)
西塞罗 《论法律》(前 52 年).....	(54)
奥古斯丁 《上帝之城》(426 年)	(63)
阿奎那 《阿奎那政治著作选》(1259~1272 年)	(72)
格劳秀斯 《战争与和平法》(1625 年)	(89)
霍布斯 《利维坦》(1651 年)	(104)
哈林顿 《大洋国》(1656 年)	(124)
洛克 《政府论》(下篇)(1690 年)	(141)
孟德斯鸠 《论法的精神》(1748 年)	(153)
卢梭 《社会契约论》(1762 年)	(166)
贝卡利亚 《论犯罪与刑罚》(1764 年)	(186)
杰佛逊 《杰佛逊文选》(1787~1826 年)	(203)
汉密尔顿等 《联邦党人文集》(1787~1788 年)	(219)
潘恩 《潘恩选集》(1776~1794 年)	(236)
罗伯斯比尔 《革命法制和审判》(1783~1794 年)	(251)
边沁 《政府片论》(1776 年)	(271)

西方法学名著提要

康德 《法的形而上学原理》(1797 年)	(284)
黑格尔 《法哲学原理》(1821 年)	(308)
奥斯丁 《法理学大纲》(1832 年)	(328)
梅因 《古代法》(1851 年)	(338)
密尔 《论自由》(1859 年)	(360)
戴雪 《英宪精义》(1885 年)	(377)
凯尔森 《法与国家的一般理论》(1945 年)	(399)
奥本海等 《奥本海国际法》(1905 年)	(421)
庞德 《通过法律的社会控制、法律的任务》(1942 年)	(444)
马利旦 《人和国家》(1951 年)	(466)
哈特 《法律的概念》(1961 年)	(486)
博登海默 《法理学——法哲学及其方法》(1962 年)	(509)
富勒 《法律的道德性》(1964 年)	(525)
罗尔斯 《正义论》(1971 年)	(540)
茨威格特等 《比较法总论》(1977 年)	(554)
波斯纳 《法理学问题》(1990 年)	(578)

CONTENTS

Preface	1
Plato The Laws(BC360~BC347)	18
Aristotle Politics(BC325)	30
Cicero On Law(BC52)	54
Aurelius Augustine City of God(426)	63
Thomas Aquinas Aquinas,Selected Political Writings (1259~1272)	72
Hugo Grotius The Law of War and Peace(1625)	80
Thomas Hobbes Leviathan(1651)	104
James Harrington Oceana(1656)	124
John Locke The Second Treatise Of Civil Government(1690)	141
Baron de Montesquieu The Spirit of Law(1748)	153
Jean Jacque Rousseau Contrat Social(1762)	166
Beccaria Criminal Offense and Punishment(1764)	186
Thomas Jefferson Jefferson,Selected Writings(1787~1826)	203
Hamiltan ,Jay ,Madison The Federalist Papers(1787~1788)	219
Thomas Paine Paine,Selected Writings(1776~1794)	236

Maximilien de Robospierre	The Revolutinary Legal system and Judgement(1783~1794)	251
Jeremy Bentham	A Fragment of Government(1776)	271
Immanuel Kant	Fundamentals of Metaphysics of Law (1797)	284
Geory Wilhelm Friedrich Hegel	The Philosophy of Right (1821)	308
John Austin	The Province of Jurisprudence Determined (1832)	328
Henry Sumner Maine	Ancient Law(1851)	338
John Stuary Mill	On Liberty(1859)	360
Albert Venn Dicey	Introduction to the Study of the Law of the Constitution(1885)	377
Hans Kelsen	General Theory of Law and State(1945)	399
Robert Jenonings and Arthur Watts	Oppenheim's Intern- ational Law(1905)	421
Roscoe Pound	Social Control through Law. The Concept of Law(1942)	444
Jacques Maritain	Man and the State(1951)	466
H • L • A • Hart	The Concept of Law(1961)	486
Edgar Bodenheimer	Jurisprudence——The Philosophy and Method of the Law(1962)	509
Lon L. Fuller	The Morality of Law(1964)	525
John Rawls	A Theory of Justice(1971)	540
Zweigert and Kötz	Introduction to Comparative Law(1977)	554
Richard A. Posner	The problems of Jurisprudence(1990)	578

导 论

在西方法律思想史的巨大文库中,法学名著居核心地位,引人关注,影响颇大。西方任何法学理论的创立和任何法学派别的形成,都集中地、系统地反映在法学名著之中。它纵贯 2000 余年的历史跨度,荟萃欧美各国的鸿篇巨制,集西方法学文化遗产之大成,积法制兴衰得失之探索。尽管因阶级的偏见和认识的局限,其中夹杂不少糟粕和谬误,但在总体上仍不愧为西方法学之精华,不愧为法律思想上之丰碑。其中流传较广的有西方政治学、法学的奠基之作——亚里士多德的《政治学》;有古代自然法理论系统化的代表作——西塞罗的《论法律》;有号称近代国际法鼻祖的格劳秀斯的《战争与和平法》;有将“天赋人权”系统化的代表人物洛克的《政府论》(下篇);有被誉为资产阶级法学百科全书的孟德斯鸠的《论法的精神》;有作为资产阶级革命的理论基石的卢梭的《社会契约论》;有尊为“刑法之父”的贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》;还有作为马克思主义三大来源之一的 19 世纪法国三个伟大的空想社会主义者的选集;有 20 世纪以来当代各法学派别之代表作,如庞德的《法理学》、罗尔斯的《正义论》、哈特的《法律的概念》,等等。

西方法学名著博采各家,内容丰富,派别林立,风格各异。有些著作相互论争,有些著作独树一帜;有些法学思想经久不衰,但有

的法学观点却昙花一现;有的名著为政治之附庸,有的名著则树法学之骄傲;不少名著为法学之专著,自立于文化之林;有些则集政治学、伦理学、法学于一体,同放异彩;有些名著以批判现实为主题,有些名著则侧重于设计未来。真可谓百花齐放,万紫千红。

为了从总体上领会和把握西方法学名著之精神。我们认为应从如下两方面来理解。

一、西方法学名著的共同特点

尽管西方法学名著流派众多,源远流长,但就其内容而言,至少有如下共同特点:

1. 自然法理论——经久不衰的观念

从本书的开篇——柏拉图的《法律篇》,到20世纪中叶罗尔斯的《正义论》,更准确地说是到古典自然法学派的代表作,自然法理论几乎是一脉相承,经久不衰。那时,自然法的概念是法学中的基本概念,自然法理论是法学的基本理论。就是说,它在法学中占统治地位。当时无一法学名著不围绕这个主题,无一法学名家不高举自然法的旗帜。说得更准确些,自然法的概念和理论甚至渗透到哲学、政治学、伦理学以及神学的领域;或者说这些学科也无不例外地涉及自然法的概念和理论。

自然法理论导源于古希腊哲学。著名的自然哲学家赫拉克利特便提到过自然法与人为法,甚至还指出过两者的区别,但他及当时其他哲学家都没有进一步加以论证。后来,柏拉图在《法律篇》、尤其是亚里士多德在《政治学》中开始从法学的角度提出和论证了自然法的基本思想,并初步形成了理论框架。率先把自然法理论系统化的是西塞罗的《论法律》,他不仅给自然法下了一个定义,而且把它同理性、正义直接联系起来,认为正义、理性均源于自然。而自

然法永世长存、万古不变,是绝对正确的。人定法则有两种情况:凡符合自然法原则的人定法就是正当的法律,否则就不能称之为法律。自然法理论在西塞罗那里得到了系统化,并被推上了其发展史上的第一高峰。当然,功劳不能归结到西塞罗一人及其《论法律》,而是古希腊思想家、法学家集体智慧的结晶,西塞罗只是将它加以归纳、整理使之系统化而已。

这一时期的自然法理论有明显的局限性:一是最后把自然法与神联系在一起;二是没有同社会实践结合起来。尽管柏拉图、亚里士多德、西塞罗在他们的名著中对自然法给予极大的重视,但仍然是“空中楼阁”,从而使他们关于自然法的若干理论,只能成为历史上的法学文化遗产。

中世纪是整个法学的衰落时期,与其他社会科学一样,法学成为了神学的“附庸”与“婢女”。但神学家们没有忘记自然法这一概念,经过他们的精心设计,毫不掩饰地披上了神学的外衣,公开把自然法从属于他们所讲的永恒法,大大降低了自然法的地位,自然法理论只能是神学的小分支。阿奎那认为,整个宇宙由神、理性、政治权威这三重秩序组成;并在其政治著作选集中相应地把法律分为四类:永恒法、自然法、人定法、神法。自然法再不是古希腊、古罗马那样居于最高层次,而只不过是反映神与人的关系而已。就是说,自然法理论已失去独立存在的地位,更谈不上构成系统而完整的学说。久而久之,自然法几乎被人们所遗忘。这是自然法理论的第一次厄运。

随着资产阶级的壮大,古典自然法学派把自然法理论与政治理论紧密结合起来,构成一整套完整的学说,并成为资产阶级革命的锐利武器,从而把自然法理论推向了新的高峰。古典自然法学派的基本理论,在本书评述的名著中,有霍布斯的《利维坦》和卢梭的《社会契约论》中所阐述的“社会契约论”(当然,他们两人因阐述自然状态的出发点不同而有较大的区别);有洛克的《政府论》、孟德

斯鸠的《论法的精神》中所论证的“三权分立说”；有卢梭在《社会契约论》中论证的“主权在民论”，以及古典自然法学派共同论证的“法律正义论”、“个人自由论”以及“法律面前人人平等”、“自由、平等、博爱”等等。该学派的鼻祖格劳秀斯还把自然法理论运用于国际法的研究而被誉为近代国际法的奠基者。其名著《战争与和平法》也随之而成为国际法的经典之作；意大利的贝卡利亚以自然法理论和功利主义为基础，在他年仅 26 岁时便写出《论犯罪与刑罚》这一杰作。总之，自然法理论统治着当时整个资本主义世界，是资产阶级革命的理论基础。自然法学派的代表人物不少都成为显赫一时的历史名人和革命家，如法国的罗伯斯庇尔，美国的汉密尔顿、杰佛逊等。他们的著作也随之名扬全球。

可是，当资产阶级夺取政权之后的一段时期，即 19 世纪，随着新的情况、新的问题的频繁出现，自然法学派已经不能适应资产阶级的要求。如果说自然法理论在夺取政权的过程中曾是资产阶级革命的指导思想的话，那么在巩固政权的过程中则不但不能发挥作用，而且有时还妨碍资产阶级对劳动人民的镇压。于是历史法学派便乘机而起，他们公开否认自然法概念，否认资产阶级的民主主义思想，强调“民族精神”。同时，分析法学派也应运而生，“恶法亦法”的观点到处传播。他们强调实在法的作用，为资产阶级法制的合理性和永恒性辩护。到帝国主义时期，又出现了社会法学派，他们宣扬“社会团结”、“阶级合作”，强调所谓“社会利益”，企图缓和与无产阶级的矛盾。当然，这些学派也有不少可取之处。但总的来说它们影响和阻碍了自然法理论的发展。

自然法理论，尤其是其中关于自由、平等、博爱、法治、三权分立等学说与原则，是资产阶级其他法学理论所无法取代的，因此，在被冷落一段时间以后，很快得到了复兴。尤其是第二次世界大战后，新自然法学派又自成体系出现在西方世界，并随之出现一批法学名人和名著，如罗尔斯及其《正义论》、德沃金及其《认真对待权

利》等等。

总之,自然法理论几乎贯穿西方法律思想史发展的全过程,虽然几经曲折,但仍顽强存在。反映自然法理论的法学名著,更是前后呼应,一脉相承,并不断深化,不断与其他学派相互渗透,在历史的发展中不断得到修正和完善。

2. 法治理论——不断深化的主题

法治与人治是古往今来的法学家不可回避的问题,历代法学名著几乎都要论及,并在漫长的历史中不断得到深化。

在希腊不少思想家都强调守法的重要性,甚至连苏格拉底这样政治思想极为保守的人也不例外,至于当时有关的法学著作就更不用说了。柏拉图在其《理想国》中主张“人治”,但到了晚年,却在其法学专著《法律篇》中,重点强调遵守法律的重要性,强调官吏必须服从法律,认为如果法律处于从属地位,国家一定覆灭,从而提出了“法治”的基本思想。亚里士多德在《政治学》一书中全面论证了法治问题,提出了“法治优于一人之治”这一正确的命题,论证了“法律至上”,指出了法律监督的重要性及其措施,甚至包含了“法律面前人人平等”的基本思想。亚里士多德的“法治”理论,对以后的思想家、法学家及其法学名著产生了深远影响。

法治理论和自然法理论一样,在中世纪被窒息,甚至比自然法理论的遭遇更惨。因为神学家并没有抛弃自然法这一概念,只是降低了它的地位并披上神学的外衣;而对于法治则完全采取否定的态度,无论是奥古斯丁的《上帝之城》,还是阿奎那的《神学大全》,都露骨地宣扬“神治”,实质上就是“人治”。阿奎那盗用亚里士多德的一些观点,任意加以歪曲为其神学服务。他强调君主高于法律。在这个原则下,强调法律是人们的“行动准则或尺度”。他的“神权政治论”的核心,就是“最好的政体是由一人执政的政体”。中世纪神学著作,如《阿奎那政治著作选集》之所以列入法学名著,是从当

时它对整个时代的影响而言的,是从某些具体观点而言的。在整体上,他们的法学思想积极因素远远少于消极因素。

又是古典自然法学派,对“法治”作了系统论证,并形成了完整理论:(一)正式提出和论证“法律面前人人平等”为法治的基本原则,并把它写在资产阶级宪法上;(二)把法治与民主结合起来,使资产阶级的民主制度化、法律化;(三)确认“法律至上”原则,强调宪法和法律的最高权威;(四)确认“三权分立”原则,并把分权与制衡紧密结合起来;(五)确认人权,并把保障人权作为法治的出发点与归宿。

如果说古希腊思想家名著中“法治”只是一种治国的思想的话,那么,在资产阶级夺取政权的初期则成为一种治国的体制。这种体制的首义是“法律至上”,关键则是分权与制衡。洛克首次把国家权力分为立法权、行政权和对外权。孟德斯鸠进一步加以完善,鉴于行政权与对外权属于同一范畴,他在《论法的精神》中,则分为立法权、行政权、司法权,而且分别由议会、总统(总理、首相)、最高法院行使。三机关权力均衡,相互制约,即以权力制约权力,防止对权力的滥用。当然他们提出法治的根本目的,在于维护资产阶级的统治。

不管哪个法学派别,也不管是自由资本主义时期还是帝国主义阶段,资产阶级法学派几乎都是肯定和论证法治的。就是几个空想社会主义者在对未来社会的设计中,他们亦异口同声肯定法治。当然,他们对资本主义的法律制度是深刻揭露和批判的,尤其是圣西门、傅立叶和欧文的选集,字里行间都闪耀着对资本主义政治制度和法律制度批判的火花。

到20世纪初,情况又有了变化,社会法学派强调法律的社会效果,并与其他观点汇合形成“法律社会化”的思潮,从而使法律的本位或精神,由个人权利本位演变为社会本位。但除法西斯主义者外,其他思想家、法学家几乎都是坚持法治的。20世纪以来的几本

法学名著尽管观念有更新,但没有公开否认法治的言论。尤其是第二次世界大战以后,随着自然法学派的复兴(当然不可能像过去那样占统治地位),随着对法西斯主义的全面否定,法治的理论和实践在整个资本主义世界得到了发展。

3. 理性、正义和法律——变幻莫测的概念

理性、正义和法律这些概念及其相互关系,是西方法学名著中的重要内容,任何法学家和法学派别都要回答这个问题。但在这个问题上,一直是众说纷纭,莫衷一是。有的直言不讳,公开表述这些概念;有的侧面迂回,含糊不清;有的干脆摇头了之,认为这些观念是搞不清的问题……先看古希腊和古罗马的情况:当时的思想家、法学家多数都是把法律与理性、正义等同起来,认为三者不可分割;当然在具体说法上是各有不同的。柏拉图在《法律篇》中认为:“法律是现存政府的利益、力量和保存,是表明公正的天然定义的最好办法。”并认为服从法律就是服从诸神。至于正义,柏拉图尤为重视,他的代表作《理想国》的副标题就是《论正义》,并指出在个人行为中有正义,在国家行为中也有正义,还强调诉讼中的正义。亚里士多德继承师训,认为法律是正义的体现;同时,他又把法律与理性联系起来,指出“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现”。与此同时,他又指出法律是一种规章,国家用它来掌握权力并监察和处理违法者;法律是一种秩序,普遍良好的秩序基于普遍遵守法律的习惯。在西塞罗的《论法律》中,则把法律、理性、正义有机地统一起来。不过,最终他又抬出了上帝,使他的自然法变成了神法。

神学家奥古斯丁认为神是万物之源,神法是根本的、永恒的,主宰一切,其本身就是正义,就是真理;而人法只是神法的派生物。在他看来,罗马帝国的法律几乎每一条都合乎神法的要求,因而是正义的。古希腊思想家把法、理性、正义联系在一起,只是在不得已

(即说不清楚)时才提到神,而罗马帝国法学家则公开用神(即上帝)把法律、理性、正义融为一体。

中世纪具有代表性的神学家阿奎那对法律的概念专门作了表述,认为“法”这个词由“拘束”一词而来,并巧妙地利用亚里士多德的某些说法来论证自己的正确性,他说:“法是人们赖以导致某些行动和不作其他某些行动的准则和尺度……人类行动的准则和尺度是理性,因为理性是人类的第一原理。”他又进一步从法律的作用来表述法的概念,认为,“法律不是别的,而是一种由管理社会的人所公布的、以共同福利为目的的理性的命令”。但是,阿奎那的法律概念实质上是与其他思想家、法学家不一样的,他认为永恒法才是至高无上的法律,它渊源于神的智慧,即把法律归结于神的智慧。就是说,只有神才能使法律、理性、正义统一起来。

资产阶级思想家、法学家对法律、理性、正义讲得最多,喊得最响。这既是资产阶级革命的要求,也是商品经济发展的需要。几乎每个法学派都要给法下一个定义,但对于理性、正义,则态度各有区别,观点不尽一致。自然法学派公开宣称“法律是理性的体现”、“是正义的标准”。其中格劳秀斯对理性多次讲到,他给自然法下了一个定义:“自然法是真正理性的命令,是一切行为善恶的标准。”《战争与和平法》一书对法律、理性、正义都作了明确的论述,格劳秀斯的突出特点,就是不把理性推到上帝那里,甚至认为上帝也要遵守自然法,他说:“上帝自己不能使二加二不为四,所以他不能把理性上认为恶的变成善的。”这就是古典自然法学派的可贵之处。当然,更可贵的是他们把法律、正义、理性同资产阶级革命联系起来,与民主、人权、法治结合起来。

4. 法律与自由——一脉相承的认识

纵观西方法学名著,几乎都论及了法律与自由的关系,不断加深了对法律与自由关系的认识。亚里士多德在《政治学》中指出—

个著名的命题：“法律不应该被看作（和自由相对的）奴役，法律毋宁是拯救。”当然，他不是凭空提出这一命题，而是继承和发展前人关于法律与自由相互关系的论述的结果。从有关史料来看，最早提出和论述法律与自由的关系的思想家，古希腊还很有几位，如智者学派的希比亚和阿基丹马，他们认为古希腊各城邦的成文法不能给人以自由，因为它确认了奴隶制与等级制。雅典民主派的伯里克利却认为，并不是所有的成文法都违反自由精神，而雅典的法律就是一例。

亚里士多德论点固然是对上述思想家某些思想的继承和发展，但更多的是与他老师柏拉图有关。柏拉图明确讲过：“人类必须有法律和遵守法律，否则他们的生活就像最野蛮的兽类一样。”就是说，法律能够使人从兽性中解脱出来，获得自由。亚里士多德的观点是：好的城邦是使人自由的一种组织形式，但关键在于它是否有一个良好的法律制度。因为法律是理性的具体化，只有法治才不会使城邦中混入“兽性的因素”，从而取得真正的自由。

阿奎那的自由观带有明显的神学印记，割裂灵魂和肉体的联系，宣扬意志自由，并从上述创造世界的基本教义出发来解释人对人的统治，把自由理解为上帝所安排的秩序，认为真正的法律即正义的法律是和自由一致的，它只是对坏人才是自由的限制。

霍布斯在《利维坦》中对自由下了一个定义：“自由者，无阻碍之谓也。”这就是说，人的自由在于随心所欲地行动，并与权利相通，但与法律有矛盾。他写道：“权利者，能为与不能为之自由也，律者，使其不能为或不能不为者也。故两者之分，乃强迫与自由之分，而互相矛盾者。”在这个理论基础之上，他强调了人民自由。认为人民自由与天然自由是有区别的，它是在国家与法律基础上的自由，即它是以法律的存在为前提的，由法律规定其范围与内容，并由法律来保障它的实现，离开法律去谈人民自由，或简单地把法律看成对人民自由的限制，都是错误的。

洛克在《政府论》(下篇)作了精彩而生动的论述,他认为自由并不是为所欲为,而是以理性为基础,而法(自然法)则是理性的体现,因此,没有无法律的自由。他强调指出:“法律按其真正的含义而言,与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益。”又说:“法律的目的,不是废除和限制自由,而是保护与扩大自由。”洛克的这些论断,奠定了近代和当代关于法律与自由相互关系的理论基础,不仅为资产阶级思想家、法学家所继承与发展,而且被马克思主义所借鉴,对我国现实也有较大参考价值。

洛克上述论述,在孟德斯鸠《论法的精神》和卢梭《社会契约论》中,得到进一步发挥。伏尔泰称赞《论法的精神》为“理性和自由的法典”。孟氏的基本观点是:“自由是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他的人也同样会有这个权利。”他认为自由有政治自由和个人自由两种情况,而个人自由是首要的。卢梭在《社会契约论》中说:法律是公意的正式表示,服从法律和自由实际上是一个事物的两个方面,服从是现象,自由才是本质。“唯有服从人们自己为自己制定的法律,才是自由。”

罗伯斯比尔的《革命法制与审判》给自由下了一个定义:“自由是人所固有的随意表现自己的一切能力的权力。它以正义为准则,以他人权利为限制,以自然为原则,以法律为保障。”这个定义实际上总结和概括了自然法学派的法学名著中关于法律与自由相互关系的基本观点。

黑格尔别具一格,在《法哲学原理》这部名著中提出了法律自由说,即自由就是法律的本质,从哲学的高度给法律下了一个定义:“法就是作为理念的自由。”在他看来,离开法律的自由和离开自由的法律都是不可思议的。

自由主义思潮的代表人物密尔专门写了一本《论自由》,对法