



上海三联法学文库

文库主编

贺卫方

哲学家与英格兰 法律家的对话

〔英〕托马斯·霍布斯 著
姚中秋 译

A DIALOGUE BETWEEN A PHILOSOPHER
AND
A STUDENT OF THE COMMON LAWS OF ENGLAND

BY THOMAS HOBBES



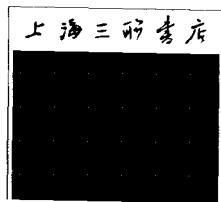
上海三联书店

哲学家与英格兰法律家的对话

A Dialogue Between A Philosopher
and A Student of the Common Laws of England

〔英〕托马斯·霍布斯 著

姚中秋 译



图书在版编目(CIP)数据

哲学家与英格兰法律家的对话/(英)霍布斯著;姚
中秋译. —上海:上海三联书店,2005.8

(上海三联法学文库)

ISBN 7-5426-2165-3

I. 哲… II. ①霍… ②姚… III. 法律—研究—英国
IV. D956.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 088557 号

哲学家与英格兰法律家的对话

著 者/[英]托马斯·霍布斯
译 者/姚中秋

责任编辑/王笑红
特约编辑/贺维彤
装帧设计/贺维彤
责任制作/林信忠
责任校对/张大伟

出版发行/上海三联书店

(200031) 中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷/上海印刷四厂有限公司

版 次/2006 年 1 月第 1 版
印 次/2006 年 1 月第 1 次印刷
开 本/640×960 1/16
字 数/230 千字
印 张/14.5
印 数/1—5000

ISBN 7-5426-2165-3

D·93 定价 20.00 元

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一个高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(三联书店)、“宪政经典”(北京大学社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律出版

社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。

这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至,对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者来说,读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分离,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好的社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(*law as literature*),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(*narrative and rhetoric in the law*),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文

色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆(Inns of Court)这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外,著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境,及其与特定学说和思想之间的关联,自然也是我们选题的侧重点。总之,一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作品,追求丛书的独特性;另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些谨慎诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

翻译说明

根据霍布斯(1588—1679)的有关生平介绍,这本《哲学家与英格兰法律家的对话》(为简明起见改为目前的书名)应当是霍布斯倒数第二部专著,写作于1666年。

但很显然,这本《对话录》不是一部完整的著作,它是一部未完稿,霍布斯在给他的敬仰者和传记作者约翰·奥布雷的一封信中也说,他的“论法律(*De Legibus*)的著作,最终是不完整的……克罗克先生未得到我的同意就印刷了它”。不过,也有学者认为,霍布斯确实写完了《对话录》,至于其结束非常突然,这并不奇怪,因为,其开头也同样很突然。

可以推定,在霍布斯有生之年,《对话录》

显然是以抄本的形式流通的,因为,王座法院的首席大法官马修·黑尔爵士曾对其给予回应。

约瑟夫·克罗普西则提出,不管霍布斯信中所提到的那本《论法律》是哪本书,他强调说,霍布斯在去世前几年中,对于克罗克打算出版这本书的通知,一直没有提出异议;奥布雷尽管热情地为他的朋友进行辩护,但显然从来没有对其出版表示过不满;《对话录》的开头跟结尾一样,也很突然。^[1] 下面的事实强化了克罗普西的理由:跟三十多年前《法律的诸要素》抄本一样,而他是,死后被誉为普通法史家——事实上,从多个方面看,他都是爱德华·柯克爵士的衣钵传人。

大体上可以说,《对话》中关于理性、法律、普通法、衡平、司法权、王权及具体的法律问题的看法,与《利维坦》是有相当明显的连续性。而最为突出的特点是,它将批判的矛头完全而清晰地指向了普通法律家爱德华·柯克爵士。

尽管是对话体的形式,但它并不具有柏拉图或西塞罗的辩证的性质,相反,我们可以说,《对话》中的哲学家,就是作者霍布斯的化身,而这场对话,从一开始就是一边倒的,哲学家控制着整个对话的进程和节奏,他的知识无所不包,甚至对于英格兰的法律,这位哲学家的知识也远比法律家渊博,尽管这位法律家经常引用爱德华·柯克爵士的《英格兰法律总论》。

而整本《对话》的结论也是显而易见的:柯克试图强调普通法的权威来自于司法智慧,这是站不住脚的。普通法法官必须接受国王的大法官的审查,犯罪活动的界定及对其惩罚的规定,必须由自然理性或制定法、而不能由司法的智慧来订定。这本对话,以一种戏剧性的方式,将两种看待王权与司法权的观念,展现在人们面前。正是由于这一点,它比《利维坦》和《论公民》更清晰地揭示了霍布斯的特质,及其与普通法宪政主义传统的对峙。

[1] Cropsey, *Introduction to Hobbes's Dialogue*, pp. 1—8.

我们可以把《对话》视为霍布斯与爱德华·柯克爵士的对话,尽管对他的对话对手并不尊重;很快,另一位伟大人物加入了这场对话,首席大法官马修·黑尔爵士为《对话》写作了一篇回应。在作者于1675年去世的时候,仍然只是手稿,直到1921年才被正式出版。在这篇篇幅不长但立场异常清晰而坚决的评论中,马修·黑尔爵士坚定地捍卫了爱德华·柯克爵士的看法。这是一篇长期被忽视的思想文献,它有力地捍卫了英格兰的普通法宪政主义传统,为普通法法律家的实践理性和英格兰法律对王权的限制给予了辩护。

关于爱德华·柯克爵士的思想及其与霍布斯的对比、关于这对话及马修·黑尔爵士的回应,请参阅小詹姆斯·R. 斯托纳著、姚中秋译《普通法与自由主义理论——柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》(北京大学出版社2005年版)前七章。

本译文所使用之版本系 Sir William Molesworth, Bart. 编辑之 *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury* (London: John Bohn, 1839—1845). Vol. VI. (1840): *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. 该卷同时收入霍布斯的另一部著作: *Behemoth: The History of the Causes of the Civil Wars of England* 及 *Essays on Rhetoric and Sophistry*。

该书之英文电子版本可至“自由图书馆”网站下载:HTML 版本地址为 http://oll.libertyfund.org/Texts/Hobbes0123/Works/HTMLs/Vol06/0051-06_Pt01_Dialog.html。PDF 版本地址为: http://oll.libertyfund.org/Texts/Hobbes0123/Works/PDFs/Vol06/0051-06_Pt02_Dialogue.pdf。

章节题目原书中仅注于页边,为方便阅读,作目前处理。

译文中之注释全部为译者所加,或用以解释历史和法律术语,或用以探究对话者之意图。概念和历史之解释基本依据薛波主编之《元照英美法词典》(北京,法律出版社2003年版),译者对于这本全面而又精当的普通法辞书的编者深表敬意与谢忱。同时,也

4 哲学家与英格兰法律家的对话

参考了戴维·M. 沃克主编、北京社会与科技发展研究所组织翻译之《牛津法律大辞典》(光明日报出版社 1989 年版)。

译者也译出了霍布斯《利维坦》一书的三章作为附录,或可有助于读者全面了解霍布斯的思想脉络。但翻译过程中,参考了黎思复、黎廷弼的译文(《利维坦》,商务印书馆 1995 年版)。

Sir Math Hale 的 Reflections by the Lrd. Cheife Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Laws 译自 William Holdsworth 所著 A History of English Law 的附录。感谢正在美国读书的朋友薛兆丰提供了原文。

方括号[]内的文字系译者为使文字连贯所加。

欢迎与译者就本书之翻译和研究进行交流:qiufeng@sinoliberal.com

目 录

论理性的律法	/1
论主权利	/8
国王是最高法官	/22
论法院	/36
论极刑犯罪	/66
论异端罪	/91
论侵犯王权罪	/104
论刑罚	/115
论赦免	/130
论关于我的与你的法律	/139
《利维坦》论法律和司法之章节	/152
附录 黑尔首席大法官对霍布斯的《法律对话》之回应	/198

论理性的律法

法律家：

什么东西让你得出结论，研究法律（the law）不像研究数学那样理性？

哲学家：

我没有那样说过，因为所有的研究都是理性的，否则，就不值得研究。我说的是，精通数学之人不会像精通法律之士那样常犯错误。

法律家：

假如你将你的理性运用于普通法，你就会有另外的想法。

哲学家：

在任何研究中，我都仔细地考察我的推论是否合理：我已经全面地考察了自《大宪

章》以迄现在的各部制定法,没有一部被我遗漏。我想,我一直在致力于研究它们,对我来说,研究得已经够多了;这种研究只是为了我自己而不是为了取悦别人。但我并没有充分地考察他们的合理性究竟如何,因为我研读它们不是为了挑刺,而是为了遵守它们,而从中,确实我发现了遵守它们的充分理由;尽管制定法本身一直在变,但这个理由却始终保持不变。

我也很用功地通读了利特尔顿论述土地法的著作^[1],也阅读了著名的法律家爱德华·柯克爵士^[2]为它所写的评注,我得坦率

[1] Littleton(1401—1481),他所著的《土地保有法》(Tenures)乃是英国历史上第一部既不受罗马法影响、又用法语撰写的法律著作,史家称其为“普通法的精品,社会科学著作中最精制、完美的作品”。它不仅记载了有关诉讼程序的规则,也在众多判例基础上对法律的“根据和争议”进行了研究。该书以英格兰之土地保有法为核心构建了一套完整的法律规则体系,影响了此后几个世纪普通法发展。爱德华·柯克的《英格兰法律总论》第一卷即为对利特尔顿这本著作的释义。

[2] Sir Edward Coke(1552—1634),英格兰历史上最伟大的普通法法律家之一。他是一位律师的儿子,进入剑桥大学学习,然后,接受了律师训练,年纪轻轻就成为一位著名律师。1593年,第二次当选国会议员,成为下院议长。次年,伊丽莎白一世任命他为总检察长,直至1603年詹姆斯一世继位。3年后,詹姆斯任命他为王家民事诉讼法庭(the Court of Common Pleas)首席大法官;因与王权不断冲突,6年后,他被委任为王座法院的首席大法官,明升而暗降。1616年,詹姆斯显然对柯克试图限制国王权力的种种努力大为恼怒,免去了他的职位,并把他赶出伦敦。但一年后,柯克又回到枢密院。1621年,柯克当选为国会议员,由于他在那里的活动而被囚入伦敦塔,但当年又被释放了,1624年和1625年,他又当选为国会议员。1626年,他被查理一世遴选担任贝金汉姆郡长,而离开国会。1628年,他又入选国会,在起草和指导通过《权利请愿书》的活动中发挥了领导作用。这届国会后,他以76岁高龄退休,撰写《英格兰法律总论》,其第一卷于同年出版。他的11卷《判例汇编》在他担任总检察长和首席大法官期间就出版了。他的著作的其余部分是在他去世后出版的。柯克弥留之际,《汇要》的第二、第三和第四卷被国王没收,所以,直到1642—44年才得以出版,当时,是根据长期国会的命令出版的;他的《判例汇编》的最后两卷于1650年代出版,尽管现代学者对于其是否出自柯克之手表示怀疑。美国自由基金会近年出版了三卷本的爱德华·柯克著作选, *The Selected Writings and Speeches of Edward Coke*, ed. by Steve Sheppard; Indianapolis, Indiana: Liberty Fund, 2003。第一卷为《判例汇编》节选;第二卷为《英格兰法律总论》节选,第三卷为议会演讲及附录。全书可在

地承认,在评注中,我看到了极为精妙之处,不是普通法的,而是从法律中得出的推论,尤其是从人性的规律、也即理性的律法中得出的推论:我得承认,利特尔顿在他的著作的结语中说,一个人可以借助于普通法的论点和理性,很快就能达到法律的确定性和对法律的了解。我同意爱德华·柯克爵士的话,他在解释这段正文时进一步说,理性是普通法的灵魂;在第138节他说, *nihil, quod est contra rationem, est licitum*, 即,有悖于理性的东西就不是法律,理性乃是法律的生命,更不要说,普通法无非就是理性而已;在第21节,他写道, *aequitas est perfecta quaedam ratio, quae jus scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera ratione consistens*; 也即,衡平(equity)^[3]是某种完美的理性,它可解释和修正成文法,它本身是不成文的,无非是由正确的理性构成的。我思考了这些,并发现它们是正确的,这一点是如此地显而易见,因此,任何具有正确理解力(right sense)的人都不会否认。^[4]

但我发现,我自己的理性由此陷入了一个困境。因为,它能够使这个世界上的一切法律归于失效。因为,根据这个理由,不管是谁都可以对不管哪部法律说,它是有悖于理性的,因而,就为他不遵守它找到了一个借口。我请你澄清一下这一段,然后我们再接

该基金会建立的自由在线图书馆网站下载:<http://oll.libertyfund.org/>。关于他的生平,可参见 John Hostettler, *Sir Edward Coke: A Force for Freedom*, Chichester, England: Barry Rose Law Publishers Ltd, 1997。另外,小詹姆斯·R. 斯托纳著、姚中秋译《普通法与自由主义理论——柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》对爱德华·柯克的法律和政治思想给予了较为系统的论述。

[3] 这是一个多义词,通常的意思是指与普通法相比自成体系的“衡平法”,不过,从霍布斯的语境来看,似乎译为其原始含义“公平”、“公正”、尤其是“自然的公平”更为恰当。

[4] 尽管霍布斯也承认,普通法就是理性,但是,他对理性的理解却截然不同与普通法法律家,比如利特尔顿、爱德华·柯克及马修·黑尔。因此,他之承认普通法就是理性,其实,在一定程度上是试图用自己的概念来改造普通法法律家的传统理解。

着讨论。

法律家：

那我就来澄清它吧，这出自爱德华·柯克爵士(i. Inst. sect. 138)：普通法被理解为理性的人为的完美成就(artificial perfection of reason)，此处是指通过长期的研究、观察和经验而获得的理性，而不是指每个人的自然理性，因为没有人生来是有技艺的(*nemo nascitur artifex*)。这种法律理性是“最高的理性”(summa ratio)；因而，即使分散在很多人头脑中的全部理性集中于一个人头脑中，他也不可能造出现在的英格兰普通法这样的一种法律；因为，经由这么多代人的代代相传，它已经被无数认真的、博学的人所细化和去芜存精。

哲学家：

但这并没有澄清我的疑惑，部分是由于你表述不清，部分是由于你的说法是不正确的。我不认为，作为法律的生命理性为什么不应是自然的(natural)，而是技艺性的^[5]。我当然非常清楚，对于法律的了解需要通过广泛的学习研究，就跟别的学科一样，但在对它们进行研究并有所收获后，它也依然是自然的理性，而非技艺理性。我承认你的说法，关于普通法的知识乃是一种技艺；但某一个人或很多人的技艺——不管他们有多聪明，一位或多位从艺者(artificers)的成就——不管这些成就有多完美，都不是法律。创制法律的，不是智慧，而是权威。“司法理性”(legal reason)这个词本身也是含混的。地球其他生物中不存在理性，只有人有理性。但我想，他的意思是说，法官的理性或者说全部法官加在一起的理性——但不包括国王，就是这种最高理性(summa ratio)，就是法律本身：这是我不能承认的，因为除非一个人拥有立法之权，否则，他

[5] 这里反映了霍布斯与柯克对于法律中的理性的不同看法：柯克认为，法律就是技艺理性，而霍布斯则更愿意以自然理性、天赋理性来对其进行解释。其隐含的政治结论是：国王，即使没有对法律进行研究也可凭借其自然理性而拥有立法与司法之权。主权权力是不依靠理性的，而依靠主权暴力。

就不能够创制法律。法律一直被认真而博学之士,也即法学教授们所细化,这种说法显然是不正确的。因为,英格兰的全部法律都是由英格兰历代国王在咨商议会的贵族院和平民院之后制定的,而在这 20 位国王中没有一位是博学的法律家。

法律家:

你说的是制定法 (statues), 而我说的是普通法。

哲学家:

我在一般性地讨论法律。^{〔6〕}

法律家:

我同意你上面的说法,也即,如果拿走了制定法,不管是在英格兰还是在别的国家,就不会剩下什么有益于国家之和平的法律了;但衡平和理性(神圣的、永恒的律法,约束所有时代、所有地方的所有人)却将依然存在,尽管不会被人遵守;尽管践踏它们不会在现世受到惩罚,但在来世将受到足够的惩罚。爱德华·柯克爵士被他所在专业的人士认为他能够合法地具有最大程度的权威,他不应因此而受到责备;而法官们的认真和博学应当在制定法律的过程中,被加在拥有主权的国王的权威上;因为,在理性的这些律法中,每一课题都在法官的智慧之中,对这些律法,他都必须注意到,并自担此种注意的风险,因为理性乃是他的天性的组成部分,他需要永远与其同在,并且可以研读它,只要他愿意。

哲学家:

这十分正确,而根据这一点,假如我宣称自己在一两个月内就有能力承担法官的职责,你就不应认为我的这种说法是狂妄自大;因为,你已经承认了每个人、当然包括我自己对理性的僭称,而普通法就是理性(记住这一点,也许不需要我再重复提醒你了:普通

〔6〕 尽管如此,这位哲学家在后面的讨论中所提及的仍然几乎全部为制定法,而根本没有涉及普通法的法官所造之法,但根据通常的看法,这才是普通法的主体。这完全是由霍布斯本人的基本政治理念所决定的:霍布斯认为,法官只能适用国王制定之法律,而唯有国王有权制定法律,法官制定法律乃是对王权的一种僭越。

法就是理性):至于制定法,鉴于它是印刷成文的,有各种各样的索引向我指明其中所包括的每一事项,因此,我想,一个人可以在两个月内就可以运用它们。

法律家:

但你恐怕只能成为一位水平低劣的辩护士(pleader)而已。

哲学家:

辩护士通常认为,他应当为了他的客户的利益而能说会道,因而,需要具有扭曲法律条文偏离其正确含义的本领,也需要具有花言巧语的本领,以诱导陪审团,有的时候也诱导法官,还需要很多我不具备但也不想学习的技艺。

法律家:

但不管他觉得他的推理多么出色,法官会留意他,不让他太多地偏离制定法的条文规定:因为过分的偏离不可能没有危险。

哲学家:

但他可以背离制定法的条文而毫无危险,即使他并不背离法律的含义和意思;一位博学之士(法官们通常就是这样的人士)可以很容易发现这样的含义和意思,在法律的序言中,根据法律制定的时间,及制定它所防范的不便,可以很容易发现。但我请您告诉我,既然理性的律法应当适用于可能发生的所有争议,那制订制定法的目的是什么呢?

法律家:

对于不正常地渴望财富、权力及感官享受的那种力量,你不会一无所知,它可能会主宰最强有力的理性,而这些就是不服从、谋杀、诈骗、伪善等种种恶劣习性的根源。人间的法律尽管能够惩罚这种习性的结果,即违法活动,但却不能根除潜藏在人内心中的根源。一个人怎样才能显示出贪婪、嫉妒、伪善等等邪恶的习性呢?恐怕得在他做出某些行为之后才能表现出来,而这些行为又能够被证人注意到。但其根源仍在,又会产生新的恶果,你需要不懈地进行惩罚,直到最后摧毁将会抵制理性的一切力量。