



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪法学系列教材

西方法律思想史

(第二版)

徐爱国 李桂林 著

基 础 课 系 列



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

21



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪法学系列教材

基础课系列

西方法律思想史

(第二版)

徐爱国 李桂林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想史/徐爱国,李桂林著. —2 版. —北京:北京大学出版社,2009.6
(21 世纪法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15323 - 9

I. 西… II. ①徐…②李… III. 法律 - 思想史 - 西方国家 - 高等学校 - 教材 IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 091230 号

书 名: 西方法律思想史(第二版)

著作责任者: 徐爱国 李桂林 著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15323 - 9/D · 2322

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 30.25 印张 576 千字

2002 年 2 月第 1 版

2009 年 6 月第 2 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

第二版序

《西方法律思想史》第1版出版于2002年,迄今已重新印刷了9次。读者对于本书的厚爱,同时也给作者一定的压力。于是,从2007年开始,作者就开始修订、补充,准备再版《西方法律思想史》。

近年来,中国法学界对西方法学的研究无论是在深度上还是在广度上都积累了新的研究材料和新的研究成果,这为我们再版《西方法律思想史》提供了充分的条件。因此,在本书第2版中,我们增加和修订了如下内容:第一,在中世纪部分,我们增加了12—13世纪的法律思想部分,这一个时期被认为是西方法律传统形成的时期;第二,在当代部分,我们重写了第4编,重点突出了20世纪60年代以来西方新的法学思潮,其中包括批判法学和经济分析法学。

《西方法律思想史》第2版由北京大学的徐爱国教授和华东政法大学的李桂林教授撰写,具体分工是:前言,第2编,第3编和第4编的第1章、第2章和第5章由徐爱国撰写,第1编和第4编的第3章、第4章由李桂林撰写。遗憾的是,第1版的第3位作者华中科技大学的郭义贵教授由于这一段时间工作日程无空缺,就暂时缺席了第2版的修订工作。

作者简介

徐爱国 法学博士，北京大学法学院教授。法律学学士（武汉大学 1983—1987），法理学硕士（中国人民大学 1987—1990），法律史博士（北京大学 1994—1998）。研究领域涉及法律史学、法理学和英美侵权行为法学。代表性的学术著作有：《英美侵权行为法》（1999），《分析实证主义法学》（2000 合著）和《破解法学之谜》（2001）。

李桂林 法学博士后，华东政法大学法学院教授。1998 年毕业于北京大学法学院，获博士学位；2000 年武汉大学法学院博士后出站。研究领域涉及法律史学和法理学，代表性的论文有《论拉兹的法律制度理论》等，代表性的著作有《分析实证主义法学》（合著）等。

目 录

绪论	(1)
----------	-----

第一编 西方古代法律思想

第一章 古希腊法律思想	(9)
第一节 概述	(9)
第二节 前期智者与苏格拉底的法律思想	(13)
第三节 伊壁鸠鲁学派和斯多葛学派的法律思想	(17)
第二章 柏拉图和亚里士多德的法律思想	(23)
第一节 柏拉图的法律思想	(23)
第二节 亚里士多德的法律思想	(29)
第三章 古罗马的法律思想	(44)
第一节 罗马法的形成以及历史地位	(44)
第二节 西塞罗的法律思想	(48)
第三节 罗马法学家的法律思想	(57)
第四章 中世纪的法律思想	(61)
第一节 《圣经》中的法律思想	(61)
第二节 奥古斯丁的法律思想	(68)
第三节 教皇革命及其对西方法律传统的影响	(73)
第四节 阿奎那的法律思想	(83)
第五节 宗教改革运动中的法律思想	(92)

第二编 近现代西方法律制度的理论基础——古典自然法学

第一章 概述	(103)
第一节 从马基雅维里的君主论到布丹的主权论	(103)
第二节 古典自然法学总述	(114)
第二章 从格老秀斯的自然法到霍布斯的《利维坦》	(125)
第一节 格老秀斯的自然法	(125)

第二节 霍布斯的《利维坦》	(133)
第三章 从洛克的《政府论》到孟德斯鸠的《论法的精神》	(146)
第一节 洛克的《政府论》	(146)
第二节 孟德斯鸠的《论法的精神》	(158)
第四章 卢梭的平等理论和社会契约论	(174)
第一节 卢梭的《论人类不平等的起源和基础》	(174)
第二节 社会契约论	(183)
第五章 古典自然法学的历史意义	(197)
第一节 古典自然法学的实际意义	(197)
第二节 后世的评说	(203)

第三编 19 世纪的西方法学流派

第一章 自由资本主义时期西方法律思想概述	(211)
第一节 工业革命和思想倾向	(211)
第二节 19 世纪的几个主要法学流派	(213)
第二章 哲理法学	(220)
第一节 康德的法的形而上学原理	(220)
第二节 黑格尔的法哲学原理	(233)
第三章 分析法学	(249)
第一节 分析法学概述	(249)
第二节 边沁的功利主义法学	(256)
第三节 奥斯丁的分析法学	(264)
第四节 分析法学传统	(275)
第四章 历史法学	(284)
第一节 萨维尼的历史法学	(284)
第二节 梅因的历史法学	(290)

第四编 当代西方法学流派

第一章 社会法学	(307)
第一节 社会法学的一般特点	(307)
第二节 欧洲的社会学法学	(308)
第三节 美国的社会法学	(324)

第二章 新自然法法学	(337)
第一节 当代自然法的概况	(337)
第二节 自然法与人权理论	(338)
第三节 “法律的道德性”理论	(351)
第四节 社会正义与法律的权利哲学	(356)
第三章 现代分析法学	(366)
第一节 现代分析法学概述	(366)
第二节 凯尔森的纯粹法学	(371)
第三节 哈特的现代分析法学	(380)
第四节 拉兹的现代分析法学	(391)
第五节 分析实证主义制度法学	(403)
第四章 批判法学研究运动	(410)
第一节 批判法学的概况	(410)
第二节 昂格尔的社会理论批判法学	(414)
第三节 肯尼迪的批判理论	(425)
第四节 霍维茨的法律理论	(436)
第五章 经济分析法学	(448)
第一节 经济分析法学概述	(448)
第二节 社会成本问题与事故成本问题	(453)
第三节 波斯纳的侵权法和刑法的经济分析	(461)
第四节 简要的评论	(468)

绪 论

西方法律思想史是法律学科的一门历史学科，同时又是一门法律学科中的理论学科。这里将西方法律思想史的几个主要问题阐述如下：

一、“西方法律思想史”的含义

所谓“史”是指西方法律思想史是一门史学科，它研究从古希腊罗马到 20 世纪的法学观点、思潮和学派以及发展的规律。

所谓“思想”是指西方法律思想史探讨的是人的意识形态，以区别于法律的制度史。制度史研究的是具体实在法律制度发展的进程，而思想史研究的是人们对法律制度认识的发展史。思想有其历史性，但它又超越历史。

所谓“法律思想”是指西方法律思想史将其研究领域限定在法律现象之中，以区别于哲学史、伦理思想史和政治思想史。但要指出的是，由于人类思想史的自身特点，西方法律思想史与西方哲学史、西方伦理史和西方政治史有着密切的联系。19 世纪以前，法律思想并没有从哲学、伦理思想和政治思想中完全独立出来。要弄清法律思想就需从他们之中发掘出来，有时哲学思想、伦理思想和政治思想就是法律思想的一部分。

所谓“西方”是指基于古希腊罗马文明和基督教文明之上形成的文化现象，在地域上主要包括欧洲和北美。

二、西方法律思想史的历史分期

具体而言，每个时期的法律思想主要是通过每个时代的法学家的著作体现出来。按照时间顺序，西方法律思想史可以区分为如下几个时期：

1. 古希腊罗马时期的法律思想

这是西方法律思想的起源，这一时期的正义的理论、人治与法治的理论、自然法的理论、国家起源的理论和政体分类的理论在西方法律思想史上都占有重要的地位。主要的代表人物有柏拉图、亚里士多德、西塞罗和罗马法学家。

2. 中世纪的法律思想

这一时期的神学法律观念、法律分类理论、自然法的理论和实在法的理论对后世有着重要影响。主要代表人物有圣·奥古斯丁、托·阿奎那及宗教改革运动时期的代表人物等。中世纪晚期，西方发生了文艺复兴和宗教改革运动，法律思想领域有了君主论和注释法学，主要代表理论有马基雅维里的君主论和布丹

的主权论。中世纪的晚期,在特定的历史环境之下,西方法律传统得以形成。

3. 近代的法律思想

其中包括文艺复兴时期的理论和古典自然法学,这是西方近代法律的基础,其理论对西方近现代的法律有着直接的指导意义。这一时期的自然法理论、社会契约理论、民主法治理论、自由平等分权理论至今有着现实意义。17—18世纪的格老秀斯、斯宾诺莎、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭、罗伯斯比尔、杰弗逊、潘恩和汉密尔顿等,是这个时期典型的代表人物。

4. 19 世纪的法学流派

这是西方法律思想的成熟时期,法学流派此时得以产生,主要法学流派有哲理法学派、功利主义和分析法学、历史法学和其他的法学流派。每个学派都从不同的角度对西方法律现象进行归纳和解释。主要代表人物有康德、黑格尔、边沁、奥斯丁、萨维尼、梅因等。

5. 20 世纪的法律思想

20 世纪法律思想是 19 世纪法律思想基础上的进一步发展。从法律理论倾向上看,主要有社会法学、新自然法学、新分析实证主义法学、批判法学和经济分析法学。

三、西方法律思想史的主要内容

古希腊罗马法律思想是西方法律思想的起源。古希腊以其法律思想著名,古罗马以其法律制度闻名于世。古希腊的正义论、人治与法治之争、国家起源和政体理论对后世有着重大影响,而西塞罗则把希腊法律思想带入罗马。

在正义理论方面,柏拉图认为正义是一种和谐。就个人而言,每个人的理性能支配意志和欲望,此人便是一个正义的人。就一个国家来说,每个国家都由国王、军人(卫国者)和劳动者构成。如果三个阶级各尽其能、各守其职,那么这个国家就处于一种正义的状态。亚里士多德认为,正义是一种中庸。他把正义分为普遍正义和特殊正义,特殊正义又分为分配的正义和矫正的正义。前者适用于后世的公法领域,后者适用于契约和损害赔偿等私法领域。

在人治与法治问题上,柏拉图早年欣赏“哲学王”的统治,即人治。他向往一种“智慧”和“权力”的结合,要么让哲学家成为国王,要么让国王成为哲学家。在其晚年,柏拉图认识到在现实社会里,“哲学王”的理想难以实现,于是他开始重视法律的作用。他认为,“哲学王”的统治是一种最好的政治统治形式,但如果在现实的社会中无法实现,那么法律的统治不失为一种好的统治形式。他称为“次善”的政治统治形式,即第二好的统治形式。与柏拉图不同的是,亚里士多德自始至终坚持法治,反对人治。他说,法治具有两个方面的含义:第一,已成立的法律要获得普遍的服从;第二,大家服从的法律本身是制

定得良好的法律。他详细地解释了法治优于人治的许多理由。

在国家起源理论方面,亚里士多德以为,人天生是一个城邦的动物,他必须要过一种城邦的生活。人要生存下去,就必须与他人一起过一种社会的生活。家庭是人类最初的社会生活形式,若干的家庭构成一个村落,村落进一步发展就形成城邦,即国家,它是最完善的社会团体。亚里士多德的政体分类理论也具有划时代的意义。所谓政体是指政治统治的具体形式。亚里士多德把政体分为六类:君主制、贵族制、共和制、僭主制、寡头制、平民制。亚里士多德把前三种政体,即为城邦利益的统治形式称为正宗政体,把后三种政体,即谋私利的统治形式称为变态政体。亚里士多德倾向于赞成共和制,但有时他认为中产阶级的统治是最好的政治统治形式。

古罗马的法律思想受古希腊的法律思想影响甚大。西塞罗在法律思想史上的贡献是他将古希腊的自然法思想介绍到古罗马。所谓自然法,是指与一个国家的具体制定法(有时称为人为法或实在法)相对的一种法律,它高于并指导制定法。西塞罗认为,自然法渊源于上帝的意志和人的社会本性。古罗马五大法学家对法律的论著构成罗马法的一部分。

中世纪的法律思想建立在基督教文明之上,而基督教文明是西方文明的重要基础。基督教神学法律思想大体分两个时期:一个是以奥古斯丁为代表的教父学法律思想,一个是以阿奎那为代表的经院式的法律思想。

奥古斯丁提出了系统完整的基督教教义,其中包含了丰富的法律思想。他的创世说、原罪说、末日审判说、三位一体说,勾勒了基督教的基本教义。他把法律分为永恒法、自然法和人为法。

阿奎那系统完整地提出了基督教神学的法律思想,在理论上,他融合了亚里士多德的理性哲学和奥古斯丁的信仰神学。在国家起源问题上,他沿袭亚里士多德的国家自然起源说和政体分类理论。阿奎那对法律的分类独具匠心,他把法律分为四种:永恒法、自然法、人为法和神法。阿奎那对法律分类的理论有着重要作用。首先,他用理性的哲学解释基督教神学,创立了成熟的基督教理论体系。其次,他把自然法置于永恒法和人为法之间,高于人为法但从属于永恒法。这样,就突出了上帝在宇宙中的地位,这反映出阿奎那神学法律思想的显著特点。阿奎那的自然法理论不同于其他西方法学家的自然法理论。

中世纪末期,两场大的社会运动影响了西方法律思想。宗教改革使神学离开了政治领域,基督教思想不再处于至高无上的地位。文艺复兴开创了西方理性主义运动。自此,西方民族国家开始兴起,西方社会步入现代社会。马基雅维里是文艺复兴在政治学方面的代表,他从人性自私的立场,得出了“为达到目的可以不择手段”的著名论断。这种“目的总是证明手段正确”的理论,被后人称为“马基雅维里主义”。马基雅维里倡导意大利的统一,希望在意大利建立起强

大的民族国家。布丹是西方主权论的鼻祖,他认为一个国家的首要特征就是这个国家享有“主权”。主权是一个国家最高的、不受法律限制的权力。它具有至高无上的绝对性、永久性或常在性、不可转让性。在具体内容上,主权几乎包括了一个国家所有的重大权力。这一时期,早期空想社会主义思想也得以产生,主要有莫尔的乌托邦和康柏内拉的太阳城。

17、18 世纪的西方资产阶级启蒙思想家们反对宗教神学,倡导建立合乎资产阶级的国家制度和法律制度。他们的政治法律学说被后人称为“古典自然法学”。之所以称为“自然法学”,是因为他们都认为自然法是一种高于并指导政治社会的国家和法律的人类理性。称为“古典”,是因为他们的理论非常完善,可视为一种经典之说。这一时期的法学家众多,而且每个人的理论也不尽相同,但从总体上看,他们的理论都大致包含了如下几个方面的内容:第一,自然状态说。古典自然法学普遍认为,在进入文明社会之前,人类生活在一种自然状态之中。在自然状态下,没有国家、政府和法律。自然状态是人类社会的早期状态。第二,自然权利说。在自然状态下,人们享有普遍的自然权利。这种权利是与生俱来的,也是不可剥夺的。后人称为“天赋人权”,其中包括有生命、自由、财产和追求幸福的权利。第三,自然法。在自然状态下,人们没有国家和法律,但他们普遍遵循着一定的法则,这就是自然法。从本质上讲,自然法就是人类的理性,是人区别与动物的本质。人能思考,能通过自己的思考来决定自己的行为方式。自然法是一种法,它构成指导人类行为的一种原则。第四,社会契约论。自然状态的缺陷决定了它的暂时性,人类必定要从自然状态过渡到文明社会。在这过渡的过程中,社会契约起了决定性的作用。也就是说,人类通过社会契约的方式,从野蛮的自然状态进入社会状态。具体的方式是:人们放弃自然状态下的全部或部分自然权利,把他们交给一个人或一个集体。主权来源于每个人的自然权利;这个人或这个集体是主权的掌握者。国家或政治体由此而产生,人类开始生活在有国家和法律的社会之中。第五,分权原则。为了防止权力的滥用,保障人民的自由、平等和天赋权利,就必须将权力分离,以权力来制约权力。第六,法治原则。政治的统治必须以法律为基础。立法机关制定的法律必须是明确的、正式颁布的,法律的执行必须要有严格的法律依据,法官的自由裁判权必须受到限制。法律面前,人人平等。第七,自由原则。在国家 and 个人的关系上,个人的利益是首要的。政府和国家来源于人民,他们的目的就是保护人民的自然权利。如果政府和国家不顾人民的利益,人民有权力建立新的政府。

西方法律思想源远流长,但法理学,或称为法哲学与其他学科的分离,形成一门独立的科学则是 19 世纪的事情。法理学的形成以西方法学流派的出现为标志。具体而言,19 世纪的法学流派有:第一,哲理法学派。哲理法学派用哲学的方法来研究法律现象,认为法哲学是哲学的一个组成部分。创始人是康德,黑

格尔予以发展。第二,功利主义法学。功利主义的创始人为边沁,有时包括密尔和奥斯丁。功利主义的基本原则是“避苦求乐”、“最大多数人的最大利益”。一项法律草案是否合乎功利主义要从各个方面考察,贯穿诸方面的核心就是最大多数人的最大利益原则。第三,分析法学。分析法学旨在用实证主义方法分析法律现象,它注重对法律概念、法律结构和法律体系等方面的研究。倡导者是边沁,但真正的奠基者是奥斯丁。奥斯丁严格限制法理学的范围。他区分“应该是这样的法”和“实际上是这样的法”,法理学研究对象仅仅是“实际上是这样的法”。奥斯丁把法律的定义分解为三个要素:主权者、命令和制裁。三个要素的统一就是法律的定义,后人称之为法律命令说。奥斯丁严格区分法律和道德的关系,认为法律不应包括道德的因素,后人称之为“恶法亦法”。第四,历史法学派。历史法学派用历史的观点和方法研究法律现象,倡导者是胡果,典型代表有萨维尼和艾希霍恩,后继者有梅因。萨维尼主张法学研究必须贯穿历史的方法。法律是一个民族独有的民族精神,它随民族精神的产生、壮大和消亡而产生、成熟和消亡。萨维尼反对立法,反对法典编纂。梅因则认为法律的发展经过了“地美士第”、习惯和法典三个阶段。此后,东方法律的发展停滞了,西方的法律进一步向前发展,依次经历了法律的拟制、衡平和立法三个阶段。从法律发展的历史中,梅因得出了著名的“从身份到契约”的论断,即人类社会的发展规律是从封建的人身依附关系进化到资本主义的个人自由关系。

19 世纪末 20 世纪初,西方法律思想得到长足的发展。从总体上看,大致包括:第一,社会法学。社会法学以社会学的方法研究法律现象,它强调法律的社会化。在美国,霍姆斯有时被认为是对 20 世纪有着最大影响的法官,他对法律的理解很有独到之处。庞德从法律与社会的关系方面出发,强调法律的社会作用和效果。在欧洲,耶林“为权利而斗争”的口号,埃利希“活法”观念和韦伯“法律与社会类型”理论也被认为是法社会学不可或缺的理论。第二,新分析法学。20 世纪的新分析法学是 19 世纪分析法学的延续,通常包括哈特的新分析法学和凯尔逊的规范法学。哈特认为法律是规则的体系,包括第一性规则和第二性规则,第二性规则又包括承认规则、改变规则和审判规则。凯尔逊也区分法律的应然和实然,也把他的“纯粹法学”限定在法律的实然领域。他说,纯粹法学旨在从结构上研究法律,而不是从心理和经济方面,或者从道德和政治方面研究法律,从而就把纯粹法学与社会法学和自然法学区分开来。第三,新自然法学。新自然法学是指二战后复兴的自然法学,传统上大体分为神学的新自然法学和非神学的新自然法学。前者的代表为马里旦,后者的代表有富勒、德沃金和罗尔斯等。马里旦发展了阿奎那的法律理论,有时被称为新经院主义法学。富勒强调法律与道德之间的内在联系。他说道德分为义务的道德(或称内在道德)和愿望的道德(或称外在道德)。他把内在道德叫做程序的自然法,把外在道德叫做

实体的自然法。富勒理论的重点是法律的内在道德,也就是法律制定和执行过程中应遵循的原则。罗尔斯的社会正义理论和德沃金的认真对待权利宣言,都是理想主义的进一步发展。第四,经济分析法学。20世纪60年代,法律和经济分析开始形成了一场运动,其先驱者包括科斯、波斯纳、卡拉布雷西、贝克等。科斯和卡拉布雷西把制度经济学应用到法律领域,揭示法律与经济之间的互动关系,波斯纳则解释普通法所蕴涵的经济学原理,其中典型地用经济学解释了财产法、合同法、侵权法和刑法。

四、学习西方法律思想史的意义

1. 学习和研究西方法律思想史可以增加知识,开阔视野,启发思考,提高分析问题的能力。西方法律思想史基本上来源于历史上法学家的法学经典,这些法学经典是人类思想宝库的重要组成部分。

2. 学习西方法律思想史是培养高层次法律理论人才的需要。任何一门法律学科都有其历史基础和理论基础,而西方法律思想史同时融合了这两个方面的内容。学习西方法律思想史有利于对部门法的进一步理解。

3. 学习西方法律思想史有利于提高法律实践水平。西方法律制度和法律学说历史久远,对世界各国的法律制度和法律原则都有着决定性的影响。在西方国家,法学家的著作和学说有的构成法律渊源的组成部分,有的对立法律判决有着直接的指导意义。我国的现代法制建设参照了许多西方法律制度,要正确理解这些法律制度,就应该了解西方法学家对这些法律制度的论述。西方法律思想史正是了解西方法学家理论的一门学科。

第一编
西方古代法律思想

第一章 古希腊法律思想

第一节 概 述

一、古希腊法律思想概说

古希腊是西方法律思想的发源地。古希腊出现了大量关于法律与正义的观念与思想,这些思想影响着当时法律制度的形成与发展,而且通过历史传承为古罗马、中世纪及近代的思想家所继承和发展,成为西方法律思想的重要渊源之一。

在以雅典为代表的希腊城邦中,成文法不是很发达,也没有产生独立的法学。但是,古希腊的哲学、伦理学和政治思想论述了人类法律现象的一些根本问题,例如,法律与权力、理性的关系,法律与人、神、自然的关系,法与利益、正义的关系,人治与法治、公民守法的道德基础和政治基础等等。他们阐述了解决这些问题的各种可能路径,虽然其中某些路径已被证明不适合现代社会,然而他们提出的这些问题构成了法哲学领域的重要挑战,是法学研究的永恒主题。时至今日,世界各国的法哲学仍然在就这些问题作持续不断的努力,并从古希腊思想家那里受益无穷。

二、古希腊历史背景知识

古代希腊的地理范围,包括小亚细亚半岛西部海岸、希腊本土(希腊半岛)、爱琴海中的岛屿和意大利南部及西西里五大部分。历史学研究成果表明,古代希腊从建立爱琴文明到希腊各邦被罗马征服,古代希腊的历史延续达两千年。而这两千年又可以分为以下几个阶段:爱琴文明(克里特、迈锡尼文明),公元前2000年—前1100年;荷马时代,公元前1100年—前800年;古朴文明时代,公元前800年—前500年;古典时代,公元前500年—前330年;希腊化时代,公元前338年—前30年。^①

在经历了“克里特文化”、“米诺斯文化”和“迈锡尼文化”时期之后,希腊文明迈进了奴隶制社会的门槛,进入“荷马时代”。在公元前800年前后半多个世纪间,希腊各地纷纷组成以一个城市或较大的村镇为中心的奴隶制小国,此即所

^① 朱龙华:《世界历史(上古部分)》,北京大学出版社1991年版,第318页。