



西方法学名著述评

何勤华 主编

武汉大学出版社

目 录

前言

1. 柏拉图：《法律篇》
2. 亚里士多德：《政治学》
3. 西塞罗：《论共和国 论法律》
4. 盖尤斯：《法学阶梯》
5. 阿奎那：《阿奎那政治著作选》
6. 洛克：《政府论》
7. 孟德斯鸠：《论法的精神》
8. 卢梭：《社会契约论》
9. 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》
10. 边沁：《道德与立法原理导论》
11. 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》
12. 黑格尔：《法哲学原理》
13. 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》
14. 惠顿：《万国公法》
15. 奥斯丁：《法理学的范围》

16. 托克维尔：《论美国的民主》

17. 梅因：《古代法》

18. 穗积陈重：《法律进化论》

19. 威格摩尔：《世界法系概览》

20. 莫里斯：《法律发达史》

21. 韦伯：《论经济与社会中的法律》

22. 庞德：《法理学》（第一卷）

23. 卡多佐：《司法过程的性质》

24. 美浓部达吉：《公法与私法》

25. 拉德布鲁赫：《法学导论》

26. 拉伦茨：《法学方法论》

27. 牧野英一：《法律上之进化与进步》

28. 凯尔森：《法与国家的一般理论》

29. 戴雪：《英宪精义》

30. 我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》

31. 哈耶克：《法律、立法与自由》

32. 达维德：《当代主要法律体系》

33. 哈特：《法律的概念》

34. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律

方法》

35. 茨威格特：《比较法总论》

36. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》

37. 罗尔斯：《正义论》

38. 泰格、利维：《法律与资本主义的兴起》

39. 考夫曼：《法律哲学》

40. 哈贝马斯：《在事实与规范之间》

41. 梅利曼：《大陆法系》

42. 弗里德曼：《法律制度》

43. 德沃金：《法律帝国》

44. 大木雅夫：《比较法》

45. 波斯纳：《法律的经济分析》

46. 诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》

47. 拉兹：《法律体系的概念》

48. 麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》

49. 昂格尔：《现代社会中的法律》

50. 维拉曼特：《法律导引》

后记

中国十大中青年法学家文丛

西方法学名著述评

何勤华 主编

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：cbs22@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。

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”，其目的是为了使得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

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（这是规定了的上下年龄限制）；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，背后贪欲的动机是一样的。非故意或者出于愤怒的谋杀与自愿的谋杀的刑罚也是不同的。另外，柏拉图还总结了犯罪的原因，他认为主要是贪欲，其次是野心勃勃的心理倾向，然后是胆怯的恐惧。应该说，这些分析是十分透彻、合理的。最后，柏拉图在书中探讨了各种犯罪，包括杀人、故意伤害、抢劫、盗窃、渎职、窝藏罪犯甚至妨害证人作证等，几乎包括了当时所有可能出现的犯罪。

关于外国人。与中国古代对待“化外人”的态度不同，柏拉图认为外国人的利益更应该受到保护。他主要是从人性的角度出发，因为外国人相对于本国人来说是弱者，而神和人们一样，总是比较同情弱者的。所以侵犯外国人的利益罪行更为严重，而与外国人签订的协定同样是神圣不得违反的。同时，为了维护本国的利益，从实际出发，柏拉图还主张规定外国人定居的条件。从第八卷中我们可以看到，其条件罗列得非常严格和细致。

【延伸阅读】

[古希腊]柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版。

[古希腊]柏拉图：《政治家篇》，原江译，云南人民出版社2004年版。

何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社2003年版。

【精彩片段】

客：现在可以肯定，每个立法者制定每项法律的目的是获得最大的善，是吗？

克：当然。

客：不过，最大的善既不是对外战争也不是内战（但愿我们永远不要诉诸两种战争中的任何一种），而是人们之间的和平与善意。所以一个国家战胜它自己，看起来终究无法达到理想的范畴；它恰恰是我们别无选择的事务之一。你同样不妨假定，一个病人身上疼痛，医生却给他服泻药通大便，而不顾他根本没有这种需要。同样地，任何持有这种国家的或甚至个人的幸福观的人，决不会成为一个真正意义上的真正的政治家——即如果他把对外战争当作他的首要和唯一关注的事务的话；只有当他把他所制定的有关战争的法律当作和平的工具，而不是他的关于和平的立法成为战争的工具时，他才成为一个真正的立法者。

（第6～7页）

客：如果一个国家要尽快并有效地建立起能过最幸福生活的政治制度，那么这就是我们的独裁者除其他品质外必须具有的与生俱来的品质。你明白，目前没有比这更快、更好的建立政治制度的方法，而且以后也不可能有。

克：一个人凭什么论点能够说出这些，又怎样才能使他自已信服他说的话是正确的呢？

客：当然非常容易明白，事实本身说明这种说法是正确的。

克：你的意思是什么？你说，如果我们有了一个独裁者，他年轻，有自制力，学得快，记忆力强，勇敢，高尚——

客：也不要忘掉加上“运气”。这就是说，他是一个出色的立法者的同代人，并有幸同这个立法者有接触。如果这种条件具备了，那么神就几乎做完了当他想给予某个城邦以特别的眷顾时通常要做的一切。第二件最好的事情是这样的独裁者要有两位；第三件最好的事情是这样的独裁者要有多位。困难只是在于人数的直接比例。

克：看来你持这样的立场：最好的国家是独裁制的产物，这是因为一位第一流的立法者和一位品行端正的独裁者努力的结果，他们是导致这种转变的最快、最容易的途径。第二等好的国家首先是寡头政制——这是你的观点，是吗？——第三等好的国家应该由民主政制开始。

客：当然不。理想的出发点是独裁制，第二等好的是立宪君主制，第三等好的是某种民主制。寡头政制轮到第四，因为它有着人数极多的有权势的人，以致它难以形成一种新秩序。当然，

我们认为，只有当形势匆匆地产生出一位天才的立法者，而他在某种程度上与该国最有影响的人士分享权力时，新秩序才会形成。

(第115~116页)

客：我认为，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。（但对一个人来说。取得良好的判断和不动摇的正确见解，即使是在一生中的迟暮岁月，仍是一件幸运事儿。谁具有这两种才能及其所蕴含的全部利益，这个人就是完善的。）我管“教育”叫儿童对美德的最初获得。虽然当时他还不知道道理是什么，却能让快乐和爱慕、痛苦和憎恨的感觉，通过正确的途径汇集在他的心中。后来当他了解时，他的理智和情感都会告诉他，他已经受到良好习惯反反复复的严格训练。美德是理智和情感的普遍协调。但有一个要素你在作任何考虑时都要把它独立出来，这就是我们的快乐和痛苦的感觉的正确构成。它使我们痛恨那些我们始终应该痛恨的东西，热爱我们应该热爱的东西。这就叫做“教育”。总而言之，我认为，你们得给它一个恰如其分的名称。

(第37~38页)

客：至于非正义的伤害（或得益于一个人做了非正义行为使另外某人得到好处）这一情况，正像我们所知道的，乃是灵魂的疾病，它们能医好的，我们必须予以医治。然而我们必须说明，我们在矫正非正义中采取哪种一般性方针。

克：这一方针是什么？

客：这一方针是：当有人做了一种严重的或不严重的非正义行为时，法律就将把教育和强制结合起来，以致在日后，罪犯或者决不再敢自愿地去犯这种罪行，或者他极难得再去犯；此外，他将对他所造成的损害作出赔偿。这是只有通过最高明的法律我们才能得到的东西。我们可以采取行动，或直截了当同罪犯谈；我们可以给他快乐，或者叫他受苦；我们可以尊敬他，我们可以羞辱他；我们可以处他罚金，或者赠他礼物。我们可以绝对地使用任何手段去使他憎恨非正义并接受真正的正义，或者无论如何不憎恨正义。但假定立法者发现一个人已无药可救了，那么在这种场合他将规定哪种刑罚呢？他将承认，对所有这些人的最好办法是停止其生存，甚至对他们本人来说也是最好不过的了。他们的死将有助于其他人；首先，他们向非正义提出一种警告；其次，他们将使国家

摆脱恶棍。这就是为什么对这些案件，立法者必须规定死刑，作为对他们的罪行的惩罚，但在别的案件并不是这样做。

(第292~293页)

客：有一个普遍的规则适用于婚姻：我们要找的婚姻应该是有利于国家，而不是寻找我们认为最有魅力的。如果每一个人都自然地与最像他自己的人相吸引，那么这样会因为财富和性格的差异而导致整个国家的失衡。在大多数国家里，这种情况通常产生出我们当然不想在我们的国家里看到的后果。”

(第187页)

【名言佳句】

一个人得到的首要的和最大的胜利就是战胜他自己。反之，可以想象得到，败在自己手里那是最坏和最糟糕的事情。

(第4页)

培养和教育一个孩子的正确方法是利用他的游戏时间使他的心中充满了对一种职业的最大可能的喜爱，而这种职业当他长大后是一定得精通的。

(第27页)

诚实为百善之首，对神和人都一样。任何人要成为愉快和幸福的人，一开始就得诚实，这样他可以作为一个诚实的人来度过他一生中尽可能多的时间。

(第139页)

一个没有犯罪的人是该受尊敬的；但是一个不容许坏人干坏事的人值得受到加倍的尊敬。前者拥有一个单个的个人所有的美德，而后者，他向当局揭发另一个人的邪恶，就抵得上一个军团的价值。

(第140页)

我们对因愤怒而杀人并有预谋的人应该规定比较严厉的刑罚，而对那些一时冲动没有事先意图的杀人者规定较轻的刑罚。

(第299页)

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，背后贪欲的动机是一样的，只是由于其盗窃的能力小所以才不得不盗窃了小的物品。

(第390页)

(陈碧文)

2. 亚里士多德：《政治学》

【推荐版本】

[古希腊] 亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

亚里士多德（Aristotle，公元前384～前322年），古希腊著名的思想家、哲学家、政治学家和法学家，生于爱琴海北岸的哈尔基迪凯半岛上的斯达奇拉城。亚里士多德的父亲是马其顿国王阿明塔斯的御医，家世的显赫使得亚里士多德从小就受到良好的精神熏陶，并享受着优裕的生活。17岁那年，亚里士多德迁居雅典，来到柏拉图开办的书院求学。他的到来曾引起了整个学院的轰动。因为他总是衣着华丽、举止儒雅，讲话时也柔声细语，带点故作斯文的强调，俨然一个纨绔子弟。甚至柏拉图也对他过于讲究穿戴而颇为不满，告诫他说：“一个追求真理的人不应该过分打扮。”

然而，亚里士多德并不是一个“金玉其外，败

絮其中”的绣花枕头；恰恰相反，从他进入学院的那一天开始，他就显示出了令人难以置信的广泛学术兴趣和过人才智。亚里士多德博览群书，志趣广泛。古希腊时代的各门学科知识诸如政治学、戏剧、诗歌、物理学、医学、心理学、天文学、伦理学、生物学、法学等，他无不博览兼收，而且样样精通，在其中的许多学科里都提出了远远超越先人的学术观点和思想，其才华令人叹为观止，在当时被誉为“书院的精英”。

公元前343年，应马其顿国王腓力二世之聘，亚里士多德担任13岁的王子亚历山大的家庭教师。然而这是一个家庭关系错综复杂、纷乱不堪的地方。王权高涨之下，真理根本无路可走，代表真理的亚里士多德在那里根本就没有用武之地。公元前335年，亚里士多德重返雅典，在郊外的里西阿姆设立了吕克昂书院，像他的老师柏拉图一样，招收学生从事讲学和研究活动，其绝大部分著作均是在这一时期完成的。由于他本性好动，从不坐下讲课，总是一边讲课，一边在教室里踱来踱去，因此，还得了个“散步的哲学家”的美称。而他的学生们也因此被称为“逍遥学派”。

公元前323年，亚历山大去世，雅典反马其顿派上台，亚里士多德受到牵连，被卷入雅典的政治

纠纷之中，被控犯有“渎神罪”，他因此而被迫逃离雅典，四处流浪，次年病逝于爱维亚海岛。

亚里士多德一生著述甚多，其中包括许多讲义、讲稿和材料，但在他生前，没有加以整理和公开流传，在他死后，经过许多曲折离奇的过程，直到公元前40年左右，才由吕克昂学院第11代继承人安德罗尼科分门别类整理成书。现存共有47部，其中不少已有中译本。

《政治学》是亚里士多德代表作之一。该书成于公元前325年左右，其时正是希腊奴隶制经历巨大动荡和严重危机的年代，因而使得作为当时中等奴隶主阶级思想代表的亚里士多德，自然而然地把《政治学》的使命定位于挽救日趋没落的奴隶制度，所以在某种意义上该书可以称做是剥削阶级政治学、法学的代表之作。

尽管《政治学》作为奴隶主阶级思想家亚里士多德的著作，它所论证、阐述的法律学说是代表和维护奴隶主阶级利益的，它的方法论基本上也是唯心主义和形而上学的，但《政治学》作为古代最伟大的思想家和最博学的人物的主要著作，它所阐发的法律学说，在法学发展的历史上却占有非常突出的地位，可以说，后来形形色色的剥削阶级的法律学说，绝大多数都可以从它找到渊源；而它作为古

代西方法学文化的遗产，也是我们当下法学研究所应特别注意的。

【内容精要】

《政治学》是西方历史上第一部成体系的政治理论著作，是亚里士多德和他的弟子对158篇希腊城邦宪法研究总结后写成的。它探讨了国家的起源、本质和理想的社会政治制度等重要的政治理论问题，也蕴含着丰富的法治思想。

文章开篇，亚里士多德用分析和追本溯源的研究方法，讨论了城邦的起源。他认为城邦出于自然的演化。最初，相互依存的两个生物必须结合，雌雄（男女）不能单独延续其种类，这就得先成为配偶。家庭于是就成为人类满足日常生活需要而建立的社会的基本形式。家庭由夫妻、父子、主奴几种关系联结而成。随着人口的繁衍，家庭增多了。人们为适应更广大的生活需要，若干家庭联合起来，于是就形成了村坊。村坊和家庭一样，都由年辈最高的长老统率。最后，若干的村坊又组合起来形成了城邦（国家），社会进入到高级完备的境界。

关于城邦（国家）的目的，亚里士多德认为，城邦（国家）是为了达到一种最高最广的善业。他

认为一个城邦的目的是在促进善德，就各个个人说来以及就社会全体说来，主要目的就在于谋取优良的生活。所谓促进善德，就是为了达到一种最高最广的善业，就是保证社会全体过“优良的生活”。在亚里士多德那里，“善德”、“最高最广的善业”、“优良的生活”其实是一回事，就是他指的外物诸善、躯体诸善、灵魂诸善，具体说，就是使国家（城邦）的每一个成员都能共有适量的财富、强健的体魄和高尚的道德。正如他说：“真正的幸福生活是免于烦累的善德善行。”（见第204页）所谓“免于烦累”，按照《政治学》中文版译者吴寿彭的译注：“是说一个人具有足够的生活资料，既无物质困乏之虞，亦无财富之累；又身体强健而无疾病之累。”（见第204页脚注3）

亚里士多德眼中的理想城邦是行“中庸”的城邦（国家）。这里的“中庸”既是指一种生活方式，又是指一种品德。所谓“中庸”，即处于“毋过毋不及的中间境界”，也是最佳的境界。城邦（国家）怎样才能处在这种最佳的中间境界？除了实行法治，有适量的人口和疆域外，他提出了两个最重要的原则。一个是必须由中产阶级执掌政权。他认为所有公民可以分为三个部分——极富、极贫和两者之间的中产阶级。中产阶级是最理想的阶

级。极富的常常逞凶放肆，致犯重罪；极贫的往往懒散无赖，易犯小罪。唯有中产阶级具有中庸的善德，最能顺从理性，很少野心。中产阶级比任何其他阶级都稳定。他们既不像穷人那样希图他人的财物，他们的资产也不像富人那样多得足以引起穷人的觊觎。他们既不对别人抱有任何阴谋，也不会自相残害。亚里士多德所谓的中产阶级，其实是当时的中小奴隶主。这说明他是代表中小奴隶主阶级利益的思想家，是希望由中小奴隶主掌权的国家来拯救奴隶制度的危机。另一个重要原则就是理想的城邦要有合适的财产管理制度。他自责了柏拉图的所谓公产制度，认为柏拉图通过废除家庭和私产，进而消除人的私心，建立正义城邦的主张是行不通的。他主张产业私有而财物公有是比较妥善的财务制度。这正是他的“中庸之道”在经济上的表现。

亚里士多德在政治学上的主要贡献是他提出了他的政体理论，并分析研究了当时希腊各个城邦的各种政治制度，指出其利弊，作出了评价。政体理论是亚里士多德《政治学》阐述的“主题”，包括政体的分类、政体的组成要素、政体的变革及其原因、理想的共和政体等内容，其目的在于阐明：“什么形式才是最好而又可能实现人们所设想的优良生活的体制”，即为奴隶制城邦国家提供理

想的政体模式。

亚里士多德把政体分为两类六种。两类是指正宗和变态两类政体，六种是指君主政体、贵族政体、共和政体、僭主政体、寡头政体和平民政体。其中，前三种属于正宗政体，后三种属于变态政体。但其实亚里士多德的政体分类完全是形式主义的。实际上，政体是依国家统治阶级的意志为转移，以满足统治阶级的需要为目的的。因此，政体是国家统治阶级用于组织政权行使经济权的形式，仅仅从形式上划分，是不科学的。

他认为最好的政体应该是中间形式的“共和政体”。在他的标准里，中间形式的“共和政体”是正宗政体，是一个介于三种正宗政体之间并吸收三种正宗政体优点的“中间型”政体，或者叫“中间性质的混合形式政体”。惟有中间形式的共和政体，才能使中产的人数超过贵族和穷人，建立一个持久的城邦。也惟有中间形式的共和政体才可以免除党派之争。

亚里士多德还认为最好的政体应由议事、行政、审判三要素构成。其中议事机能具有最高权力，事关和平与战争，结盟与解盟，制定法律，行政人员的选任以及任期終了时对他们政绩的审查等都由议事机能作最后裁决。行政和审判机能均从属

于议事机能。一个政体只能由这三个要素构成，才是理想的、健全的政体。但现实中并不是所有政体都由这三要素构成，只有由中产阶级执政的共和政体才是由这三要素构成的和谐统一的政体。这就进一步证明由中产阶级执政的共和政体是最好的政体。

此外，亚里士多德还在《政治学》中倡言法治、反对人治，在西方法律思想史上第一次系统地提出了法治学说。

他力排众议，反复强调实行法治的必要性和优越性。他认为法治比人治要理智和公正。人是有感情的，实行人治就难免会出现偏私和不公正的情况。虽最好的人们（贤良）也可能在执政的时候引起偏向。而法律恰正是全没有感情的，法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。根据法律进行统治就好比根据神意和理智进行统治，就可以避免“在政治中混入兽性的因素”。而且，法治比人治要正确高明。人治主要是以个人的智慧、意志和能力来治理城邦，法治却是以众人的智慧、意志和能力来治理城邦，人治远不如法治正确高明。法治还比人治稳定、可靠。法律一经制定不是随便可以改变的，而这正是人治往往难免之处。因此应该实行法治，反对人治。

亚里士多德又从法律的制定和实施两方面论述了如何实行法治。他指出：“法治应包括两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”（见第199页）一方面，要有良法可依。而要制定良法，必须坚持三项原则：（1）所制定的法律要反映中产阶级的利益，要合乎正义和善德。（2）制定法律时要认真考虑国家的具体情况，例如国境的大小，境内居民人数的多少，居民的生活方式，财产数量和军备需要等。（3）要坚持稳定性和适时修改相结合。法律要具有稳定性，如果轻易地对这种或那种的法制常常作这样或那样的废改，法律的威信就会削弱。但坚持法律的稳定性不是说法律就不必随着客观情况的变化而变化了。相反，“法律必须在某些情况、在某些时候加以变革”，“如果一定以守旧安常为贵，这就未免荒唐了。”另一方面，要普遍守法。因为“邦国虽有良法，要是人民不能全都遵循，仍然不能实行法治”。所以，要积极对人民进行守法教育，培养人民的守法观念。同时，更要紧的是执法者应时时处处依法办事，严格执法。亚里士多德的这些法治理论对后世的法学家产生了很大的影响。

【延伸阅读】

[古希腊]亚里士多德著：《形而上学》，吴寿彭译，商务印书馆1959年版。

[古希腊]亚里士多德著：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1959年版。

[英]W. D. 罗斯著：《亚里斯多德》，王路译，张家龙校，商务印书馆1997年版。

汪子嵩著：《亚里士多德·理性·自由》，河北大学出版社2003年版。

【精彩片段】

政体理论

现在我们应该考虑对于大多数的人类和城邦，究竟哪种政体和哪种生活方式最为优良这个问题，这里，我们所说的优良，不是普通人所不能实现的或必须具有特殊天赋并经过特殊教育才能达到的标准，我们就是大多数人所能实践的生活以及大多数城邦所能接受的政体，进行我们的研究。我们方才讲过的所谓“贵族政体”，其向善的一端都非大多数城邦所能望及，而其趋向于另一端的，便同所谓

共和政体密切相近，这在实际上只能作为共和政体而不应称为贵族政体（所以贵族政体对于我们现在的论题便不相适合）。有一些含义可以引来论定我们现在所研究的整个问题。假使我们认为《伦理学》中所说的确属真实——（一）真正的幸福生活是免于烦累的善德善行，而（二）善德就在行于中庸——则（适宜于大多数人的）最好的生活方式就应该是行于中庸，行于每个人都能达到的中庸。又，跟城邦（公民团体中每一公民的）生活方式相同的善恶标准也适用于政体；政体原来就是公民（团体和个人）生活的规范。在一切城邦中，所有公民可以分为三个部分（阶级）——极富、极贫和两者之间的中产阶级。现在，大家既然已公认节制和中庸常常是最好的品德，那么人生所赋有的善德就完全应当以〔毋过毋不及的〕中间境界为最佳。处在这种境界的人们最能顺从理性。趋向这一端或那一端——过美、过强、过贵、过富或太丑、太弱、太贱、太穷——的人们都是不愿顺从理性的引导的。第一类人们常常逞强放肆，致犯重罪，第二类则往往懒散无赖，易犯小罪：大多数的祸患就起源于放肆和无赖。中产阶级的人们还有一个长处，他们很少野心，在军事和文治机构中，要是有了野心的人，对于城邦常会酿成大害。……

一个城邦作为一个社会（团体）而存在，总应该尽可能由相等而同样的人们所组成（由是既属同邦，更加互相友好）；这里，中产阶级就比任何其他阶级（部分）较适合于这种组成了。据我们看来，就一个城邦各种成分的自然配合说，惟有以中产阶级为基础才能组成最好的政体。中产阶级（小康之家）比任何其他阶级都较为稳定。他们既不像穷人那样希图他人的财物，他们的资产也不像富人那样多得足以引起穷人的觊觎。既不对别人抱有任何阴谋，也不会自相残害，他们过着无忧无虑的平安生活。我们相信富季里特的祈祷文实现出于至诚：“无过不及，庸言致祥，生息斯邦，乐此中行。”

于是，很明显，最好的政治团体必须由中产阶级执掌政权；凡邦内中产阶级强大，足以抗衡其他两个部分而有余，或至少要比任何其他单独一个部分为强大——那么中产阶级在邦内占有举足轻重的地位，其他两个相对立的部分（阶级）就谁都不能主治政权——这就可能组成优良的政体。所以公民们都有充分的资产，能够过小康的生活，实在是一个城邦的无上幸福。如其不然，有些人家财巨万，另些人则贫无立锥，结果就会各趋极端，不是成为绝对的平民政体，就是成为单纯的寡头政体；更进

一步，由最鲁莽的平民政治或最强项的寡头政治，竟至一变而成为僭政。僭政常常出于两种极端政体，至于中产阶级所执掌而行于中道或近乎中道的政权就很少发生这样的演变。随后，我们在讨论到政体的演变（革命）时当说明中庸之道有助于政治安定的原因。

这是很明显的，（对大多数的城邦而言）最好是把政体保持在中间形式。惟有中间形式的政体可以免除党派之争；凡邦内中产阶级强大的，公民之间就少党派而无内讧。大邦一般是党派较少，就因为大邦内中产公民较多。反之，小邦的人户常常分成两个部分（阶级），全体或几乎是全体非穷即富，中间阶级就不存在或少得微不足道。凡是平民政体中存在这较多的中产阶级，分享较大的政权，显示这中间的性格，就比寡头政体较为安定而持久。凡是平民政体中没有中产阶级，穷人为数特多，占了绝对的优势，内乱就很快会发生，邦国也就不久归于毁灭。这也可作为中产阶级实属优胜的一个例证：最好的立法家都出身于中产家庭（中等公民）。梭伦是其中之一，他自己的诗篇明白说他的家道小康；还有莱喀古士，他就不是一个王族，有人说他裔出王族，实属不确；还有嘉隆达斯以及其他多数的立法家也都同样是中产阶级（中等公

民)。

(第204~208页)

法治思想

法律恰恰正是全没有感情的；人类的本性（灵魂）便谁都难免有感情。这里，主张君主政体的人可以接着强调个人的作用；个人虽然不免有感情用事的毛病，然而一旦遭遇通则所不能解决的特殊事例时，还得让个人较好的理智进行较好的审裁。那么，这就的确应该让最好的（才德最高的）人为立法施令的统治者了，但在这样的一人为治的城邦中，一切政务还得以整部法律为依归，只在法律所不能包括而失其权威的问题上才可以让个人运用其理智。法律所未及的问题或法律虽有涉及而并不周详的问题确实是有的，这时候，既需要运用理智，那么应该求之于最好的一人抑或求之于全体人民？

(第162~163页)

有些人认为在平等人民所组成的城邦中，以一人高高凌驾于全邦人民之上是不合乎自然的（也是不相宜的），按照这些见解，凡自然而平等的人，既然人人具有同等价值，应当分配给同等权利；所以，对平等的人给予了不平等的——或者相反地，

对不平等的人给予平等的——名位，有如对体质不等的人们分配给同量的——或对同等的给予不同量的衣食一样，这在大家想来总是有害（恶劣）的。依次见解所得的结论，名位便应该轮番，同等的人交互做统治者也做被统治者，这才合乎正义。可是，这样的结论就是主张以法律为治了；建立（轮番）制度就是法律。那么，法治应当优于一人之治。遵循这种法治的主张，这里还须辨明，即便有时国政仍须依仗某些人的智虑（人治），这总得限止这些人们只能在应用法律上运用其智虑，让这种高级权力成为法律监护官的权力。应该承认邦国必须设置若干职官，必须有人执政，但当大家都具有平等而同样的人格时，要是把全邦的权力寄托于任何一个人，这总是不合乎正义的。

或者说，对若干事例，法律可能规定得并不周详，无法作断，但遇到这些事例，个人的智虑是否一定能够作出判断，也是未能肯定的。法律训练（教导）执法者根据法意解释并应用一切条例，对于法律所没有周详的地方，让他们遵从法律的原来精神，公正地加以处理和裁决。法律也允许人们根据积累的经验，修订或补充现行各种规章，以求日臻完备。谁说应该由法律遂行其统治，这就有如说，惟独神祇和理智可以行使统治；至于谁说应该

让一个个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。常人既不能完全消除兽欲，虽最好的人们（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。

（第166～169页）

【名言佳句】

一种政体如果要达到长治久安的目的，必须使全邦各部分（各阶级）的人民都能参加而怀抱着让它存在和延续的意愿。

（第88页）

法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。

（第169页）

法治应包括两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。

（第199页）

真正的幸福生活是免于烦累的善德善行。

(第204页)

法治应当优于一人之治。

(第167 ~ 168页)

法律或成例就是正义的一种衍生物。

(第17页)

法律是最优良的统治者，法律能尽其本旨作出最适当的判决。

(第171页)

法律的实际意义却应该是促成全邦人民都能进入正义和善德的 [永久] 制度。

(第138页)

要使事物合乎正义（公平），须有毫无偏私的权衡；法律恰恰正是这样一个中道的权衡。

(第169页)

(邓慧明)

3. 西塞罗：《论共和国 论法律》

【推荐版本】

[古罗马]西塞罗著：《论共和国 论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

西塞罗（Cicero，公元前106～前43年），出生在距罗马东南大约100公里的山区小镇阿尔皮努姆（Arpinum，今Alpino）附近他父亲的一座庄园里。阿尔皮努姆原属奥斯基人，这是个曾经非常兴盛的小镇，并且有过自己推立的首领，从西塞罗的姓氏看，他的家族或许还是早期王室后裔之一。西塞罗一家就长期居住在阿尔皮努姆，在当地是一个富有而受尊敬的家庭。具有良好家世的西塞罗的祖父，在当地是一个颇有名望的人物，本可致仕，但却宁愿安居山区，终老家园，他对传统非常看重，以至于他很仇视希腊的民主政治，认为人们“对希腊了解得越多，他们就越卑鄙” [\[1\]](#)。

不过，到了西塞罗父亲时，情况已有所改变。他的父亲结交了罗马贵族中的一些政要名人，如克拉苏、安东尼、斯凯沃拉等，但他本人却依然相守故土，终生致力于学术研究。不过他到底打破了对希腊文化的极端反感，并且努力让西塞罗和他的兄弟昆图斯接受最好的传统教育，同时也去认识希腊文化，以期他们日后能以良好的传统学养对抗希腊文化的影响。当然，以后的事实表明，西塞罗的父亲在这方面可能有些失算。但另一方面，西塞罗晚年成为一个保守派，显然也与这种传统意识的培育不无关联。

西塞罗和他弟弟一起，在父亲的带领下来到罗马，在希腊教师门下求学，其中包括希腊诗人阿尔基阿斯，并在诗歌方面表现出很高的天赋，不过他对演说艺术表现出更为强烈的兴趣和爱好。在当时，掌握演说艺术是从政的必要手段和途径，罗马广场浓烈的政治气氛和频繁的政治活动使年幼的西塞罗能够经常听到著名演说家的演讲。他曾随著名法学家斯凯沃拉学习法学，随费得鲁斯学习伊壁鸠鲁派哲学，随菲隆学习学园派哲学，随狄奥多托斯学习斯多葛派哲学。

西塞罗的少年时期正值罗马著名统帅马略（G. Marius，公元前157～前86年）名噪一时的

时期。马略是西塞罗的阿尔皮努姆同乡，也是西塞罗的长辈亲属，虽然出生于社会下层，却靠自己的努力，以杰出的军事功绩跃身于社会上层，在家乡享有盛誉。这一点无疑给西塞罗产生了很大的影响，因而西塞罗最初选择去从军，想通过戎马征战实现自己的抱负。但他很快发现自己对军伍生活既无兴趣，也不适应，故很快放弃了像马略那样以战功立业的想法，而是转而要以自己的思想来出人头地，获取一种“广场荣誉”^[2]，即在罗马广场上通过演说论辩获得名声。

公元前81年，25岁的西塞罗接受了第一桩涉及合伙经营的财产分析民事诉讼案件，从而开始了自己的律师实践。这次诉讼的成功鼓舞西塞罗很快又接受了另一件棘手的，涉及当时权贵的刑事案件，他在公元前80年发表的《为罗斯基乌斯辩护》为自己赢得了巨大的政治声誉，因为他把谴责的矛头指向了独裁者苏拉的宠臣。此后他又成功地为一系列重要案件进行了辩护，其雄辩之名逐渐传播开来。公元前76年，西塞罗被一致选为下一年度的财政官。公元前71年，西塞罗受托起诉原西西里总督维勒斯。此案的成功，使西塞罗个人威望剧增，令其成为罗马第一演说家和辩护士，受到人们的尊敬和信任。这些使他得以顺利地竞选官职，于公元前

69年出任市政官，公元前66年出任裁判官。随后，他成功地竞选了公元前63年的执政官，使自己达到罗马国家官职的最高点，他也从此完全站到了保守的元老贵族一边，维护贵族共和制。他在任执政官期间成功揭露和粉碎了民众派首领卡提利那企图用非法手段夺取国家权力的阴谋，使其政治声誉达到最高峰，被视为共和国的拯救者，被尊称为国父。

西塞罗生活的时期正是罗马政治派别斗争激烈、风云变幻的时期，在达到政坛最高点之后，他的政治生涯急促地发生波折。当时罗马的政治形势发生了很大的变化，站在民众派一边的凯撒和庞培迅速崛起，虽然他们的个人利益并不一致，但是在反对元老院这一共同目标下联合了起来。公元前60年，他们与代表骑士阶层利益的巨富克拉苏结成联盟，史称“前三巨头同盟”，共同瓜分权力与利益，架空元老院。凯撒和庞培曾经想利用西塞罗的演说才能为自己服务，但三巨头独裁的阴影令西塞罗反感，因而西塞罗没有接受他们的建议，而是避居庄园，他也因此得罪了这三位政治和军事巨头，故遭排挤迫害，公元前58年甚至被迫流亡马其顿。幸好由于前三头内部很快发生了矛盾，使西塞罗于是年9月返回罗马，受到凯旋式的欢迎。此后。他

除了曾在小亚细亚任西里西亚总督一年外，大部分时间都是在罗马度过的，直至最后被杀。公元前43年12月3日，西塞罗被其政敌——后三头之一的安东尼处死，其头颅和双手还被钉在了罗马广场的讲坛上。

西塞罗一生学术著述很多，作为一个天才的演说家，他还留下了许多演说文字。他的全集有数卷，包括修辞学、哲学、政治学以及与此相关的论辩文章、随笔、对话、演说、诗作和书信等。其主要著作有：《论共和国》、《论法律》、《论老年》、《论友谊》、《论责任》、《论荣誉》（今已散失）、《布鲁图斯》、《论演说家》、《论神的本性》、《论目的》、《论学园》、《图斯库鲁姆谈话录》、《论创意》、《前柏拉图学园》、《后柏拉图学园》、《论至善与至恶》等。西塞罗如何能够在其长期从事政治活动之余，创作出内容如此丰富、涉猎如此广泛的著述，的确是常人不能想像的，令人惊诧而不能企及。

西塞罗写作《论共和国》、《论法律》的时候，罗马共和国正处于风雨飘摇之中，公元前53年，克拉苏在同帕提亚人的战争中被杀，克拉苏之死促使凯撒和庞培的关系处在紧张状态，罗马街头不断发生派别冲突，特别是在克洛狄乌斯和弥洛的

拥护者之间，官员无法如期选举，罗马陷入无政府状态。公元前52年，克洛狄乌斯被弥洛的支持者杀死，情况变得更为混乱，元老院无能为力，共和国的命运已危在旦夕，只待凯撒最后一击。正是这种混乱的政治形势、共和制度的岌岌可危和不得意的个人处境促使他在公元前50年代后半期除了受托做一些辩护演说外，主要便是在自己的庄园里就演说和国家问题进行思考，总结自己的从政经验，抒发自己的政治理想，在完成修辞学著作《论演说家》之后，写成了《论共和国》和《论法律》这两部著作。

【内容精要】

《论共和国》采用对话体，假设的谈话时间是公元前129年1月末2月初拉丁节期间，谈话的地点是在小斯基皮奥^[3]在罗马郊区的一座庄园里。西塞罗在这里把小斯基皮奥视为公正、仁慈的罗马国家领导的化身，借他之口宣扬自己的观点和看法。参加谈话的除小斯基皮奥外还有八位，其中四位年长者是斯基皮奥小组成员，另外四位是风华正茂的年轻人。

《论共和国》在古代很有影响。在许多留传至

今的古籍中有很多古代作家对这部著作的称引，其中包括基督教作家的摘引，表明这部著作在古代流传范围很广，但是这部巨著后来却失传了。直到19世纪初，这部著作的抄稿才重新被发现。1819年，时任梵蒂冈图书馆馆长的红衣主教安杰若·马伊在对一部奥古斯丁对旧约《诗篇》119~140的注释的公元8世纪的抄稿进行研究时，发现羊皮纸上原先抄录的文字竟是西塞罗的《论共和国》。发现的抄稿包括第一卷和第二卷的大部分，第三、四、五卷片断，第六卷则完全佚失。马伊于1822年发表抄稿，并收集了古代其他作家的称引，作了注释。

在这部传世版本中，保存较好的是斯基皮奥的谈话和莱利乌斯等人的一些插话，几位年轻人的基本上失传了。斯基皮奥的谈话即使在保存较好的第一、二卷里，也有许多重要段落遭到损坏，如对王政的评价，关于最好的国家体制问题等。这就是《论共和国》的传世版本。由于原版本内容的残缺不全，所以其中文译本亦有许多标明“原文残缺”的地方。本书所引用的中文译本由中国社会科学院外国文学研究所王焕文研究员翻译，于1997年4月由中国政法大学出版社出版。

在《论共和国》中，西塞罗安排的谈话延续了

三天，每天谈一个问题，每一个问题包括两卷。第一天谈最好的国家体制问题，第一卷首先指出公民负有参加国家活动的义务，接着谈论了第二个太阳的问题，引出了最优秀的国家体制问题；第二卷从叙述罗慕卢斯建立罗马城到塞尔维乌斯·图利乌斯的改革说明国家的产生和壮大是经过一代代人不断努力的结果。第二天谈国家概念的哲学基础，第三卷一开始就对正义展开了讨论，接着又对第三种国家类型作了分析；第四卷解释了肉体与灵魂问题的实质。第三天谈最优秀的国家管理者，第五卷谈了有关国家领导人的问题；第六卷讲述了小斯基皮奥的一个梦，以之为结尾，说明忠实地服务于国家的人死后会得到永生。

西塞罗是位折中主义者，他自称信奉柏拉图，但实际上对他影响最大的是斯多葛派哲学，斯多葛派的自然论是他的世界观的基本出发点。西塞罗与柏拉图的主要区别在于他使自己的国家理论摆脱了柏拉图的唯心论的乌托邦色彩，以社会现实，特别是以罗马国家现实为基础。

在《论共和国》的开篇，西塞罗就提出了国家的定义，这一定义经常为后世欧洲的政治理论家和政治理论著作所引用。西塞罗说：“国家乃人民之事业，但人民不是人们某种随意聚合的集合体，而

是许多人基于法的一致和利益的共同而结合起来的集合体。”（第39页）关于国家的产生，西塞罗从自然论出发，认为国家起源的原因在于两方面，既是出于人的天性，也是出于共同的利益；既是一种道德上的结合，是为了正义而结合起来的，为了实现“善”，也是一种合意的契约，是人们合意的产物，反映了人民意志的统一。

另外，从国家是人们出于特定利益的考虑而结合起来的角度来看，它也是一种功利的产物。西塞罗进一步分析道，人民之所以聚合在一起成立一个国家，是出于天性和利益这两个方面的原因。从天性上讲，人具有天生的聚合性，不好孤独。这种天性召唤着人们，也迫使人们组成共同体。从利益上讲，国家是人们的共同利益所在，相互的需要和利益的考虑也使人们相互结合。由此可以看出，西塞罗的国家起源观综合了柏拉图、亚里士多德和其他思想家的思想，通常摇摆于这几种观念之间。

从这个国家概念出发，西塞罗也对国家的政体理论进行了研究。他沿袭了亚里士多德的思想，区分了三种传统的政体形式：君主制、贵族制和民主制。这三种政体都是单一的政体。除此之外，他还提出了第四种政体形式——混合政体。而正是混合政体理论体现了西塞罗政体理论的原创性，这也是

古罗马政治实践的反映。

西塞罗认为，如果政府处于一人的支配之下，则为君主制；如果政府处于少数几位经过挑选的人的支配之下，则为贵族制；如果政府受人民的直接参与和支配，则为民主制。这三种政体都有其内在的缺陷：在君主制下，公民不享有政治权力，不参与公共决策，因此他们无法享有实际上的政治权利。在贵族制下，人民缺乏真正的、确实的自由，特别是无权自由地选举地方行政官，并且不能保证它免遭贵族的滥用。在民主制下，政治权力的平等本身就是不正确的，因为它不尊重人的尊严：不允许人们享有他应拥有的高于他人的荣誉或权力等级。在西塞罗看来，最糟的是民主制，因为没有什么东西比群众的暴政更为可怕。

上述三种政体，除了其固有缺陷之外，还有一个致命之处，即它们都不具有稳定性，容易变化为其他政体形式，产生政体的“轮回”和“好似循环地变更和交替”^[4]。从一般的变化顺序来讲，起初是君主制，随后蜕变为暴君专政；接着是贵族制，紧接着演变成寡头统治；再接着是民主制，最终又衰变为平民政治，即无政府主义的人心蛊惑，也即放纵无拘的群氓政府。

从这三种单一政体形式来看，君主政体体现了

君主国王对人民的“恩爱”，贵族政体体现了贵族的“智慧”，而民主政体则体现了“自由”。这是它们各自的优点，让人难以割舍，但由于这三种传统政体形式的固有缺陷，难以摆脱各自的片面性，所以它们都不是西塞罗的理想政体，他的理想政体是混合政体。“我对它们中任何一种单独的形式都不赞赏，而是认为这三种形式混合而成的那种形式比它们每一种都好。”（第48页）

关于“混合政体”，斯基皮奥说：“在我们谈到过的三种国家体制中，在我看来，以王政为最优越，但会有一种体制比王政更优越，它由三种良好的国家体制均衡地混合而成。要知道，最好是国家包含可以说是卓越的王政因素，同时把一些事情托付给贵族们的权威，把另一些事情留给民众们协商和决定。”（第60页）根据西塞罗的相关论述，我们可以看出，他的混合政体中包括君主、元老院、人民大会和保民官等机构，他们各自掌握一定的事务，从而使它们之间保持一定的均衡。混合政体的优点是公平性和稳定性。三种单一政体都容易走向其病态的反面。由于缺乏力量的均衡，各阶级都想争夺国家政权，而国家政权从国王手中转到僭主手中，再转到一些显要贵族手中，而民众又把国家政权夺过去，上述任何一种国家体制都不可能长久地

维持下去。但在混合政体中，这些情况是几乎不可能发生的，因为在这里“每种因素都稳定地处于自己的位置，无从崩溃和毁灭”（第60页）。在这种体制中，不存在任何引起变更的始因，除非显贵们出现巨大的过失。所以混合政体具有保存自己的固有力量。

西塞罗在《论共和国》第五、六卷中谈到了优秀的国家领导人问题。由于这两卷残损太厉害，只传下一些非常零散的片断和后代作家的转述，因而人们对西塞罗的观点只能根据现有的材料作一些联想和推测。西塞罗认为，管理国家靠公正，公正是国家存在的基础，只有公正地统治，国家才能存在。统治者行为不公，国家即被破坏，因为国家存在的基础——法权的一致和利益的共同遭到了破坏。优秀的国家领导人应该是怎样的呢？西塞罗认为，优秀的国家领导人应该明智、公正、克制、富有口才，通晓法律，知道希腊作家。优秀的国家领导人应该关心人民，人民的利益至上。西塞罗在此前谈到国家治理时实际上已谈到这个问题。他认为应该由一些能主持正义的人治理国家。归结起来，优秀的国家领导者最本质的因素是智慧和德性，丰富的智慧使他能对国事进行明智的决策，良好的德性使他能公正地行使权力，管理国家。

西塞罗的政治理想是贵族共和制，但他同时强调处于国家领导者地位的执政官的作用，他在谈到自己的执政官任职时说：“我是这样履行执政官任职的，不做任何未得到元老院建议的事情，不做任何未得到罗马人民赞同的事情；在广场演讲台维护库里亚，在元老院里维护人民，使人民与显要相一致，使骑士阶层与元老院相一致。”（《控皮索》）[\[5\]](#)

西塞罗的《论共和国》是拉丁文学中独一无二的政论作品。受希腊文献中蕴含的理念和范例的影响，西塞罗在这部作品中表现出具体的、具有实际意义的创作动机。西塞罗在摒弃了希腊作品中抽象的、带有乌托邦色彩观念的同时，试图描述一个理想化的国家形态，重视理论和经验的积累（“译本引言”第3页）。

《论法律》是《论共和国》的续篇。《论法律》也采用对话体的形式，并且以西塞罗生活的时代为背景，西塞罗本人就是主讲人，另外还有西塞罗的胞弟昆图斯·图利乌斯·西塞罗和西塞罗的挚友提·蓬波尼乌斯·阿提库斯两人。这部著作传世抄稿为三卷，形成于公元9~10世纪。马克罗比乌斯在《萨图尔努斯节会饮》中曾提到“西塞罗的《论法律》第五卷”，因此有些研究者推测，《论法律》

作为《论共和国》的姊妹篇，也应该由六卷组成 [6]。在传世的三卷中，第一卷谈自然法，第二卷谈宗教法，第三卷谈官职，其中第一卷写作最为完整，加工最为精细，传世抄稿也最为完整，残损的地方不多，第二、三卷写作显然比较粗糙。许多情况表明，西塞罗可能没有最终完成这部著作。

西塞罗的法学理论的基本出发点是斯多葛派的自然法观念。西塞罗认为，论述法的问题必须从法的本质开始，然后再论述法律本身，这样就为他阐述自然法观念提供了理论前提。西塞罗第一次明确、系统地阐述了自然法哲学的这一前提性观点：“法（jus）的始端应导源于法律（lex），因为法律乃是自然之力量，是明理之士的智慧和理性，是合法和不合法的尺度”。（第190页）

在西塞罗看来，自然法的本质就是正确的理性，并将自然法置于“最高的法”的地位。西塞罗所说的理性，是神与人共享的“财产”，因为人的理性渊源于神的理性。而他所说的“神”、“上帝”和“自然”都是同义词，故理性法就是自然法。他明确指出，“我们需要解释法的本质问题，而这需要到人的本性中去寻找”，“法律乃是自然中固有的最高理性，它允许做应该做的事情，禁止相反的行为。当这种理性确立于人的心智并得到实

现，便是法律”。（第189页）在这里，西塞罗把自然法与理性联系起来。他认为，人是具有理性的，人是由神明创造的，神明赋予人以理性。他说，所谓理性，是进行推测、论证、批驳、阐述、综合、作结论的智慧。一切人，虽然他们的受教育程度不同，但学习能力是一样的；人们感觉接受外物并令心灵产生印象的东西同样作用于所有的人；解释和表达思想的词句可能不同，但意思却是相同的。

西塞罗从理性的角度认为，一切人都是平等的。而正是在理性上，人类是平等的。理性是人所特有的，其他动物在造物主的安排下，都不具有理性。因为，在如此众多的生物及其各种不同的天性中，只有人具有理性，能思维，而其他一切生物则缺乏这种能力。人与人之间在种类上是没有差别的，如果有差别的话，那么一个人的定义就不可能适用于一切人了。尽管人在知识、财产和社会地位上存在差别，但是，他们都具有推测、阐述、综合、作结论的智慧，这种理性是人类所共有的。法律如果否定人们的平等，自由便不存在。同时，人们在法律面前具有人人平等的权利。西塞罗所传达的斯多葛派的这一理论在当时的社会条件下是不可能真正实现的，但它毕竟反映了一种进步的观念。

关于“法律”一词本身，西塞罗认为它“来自‘选择’。希腊人赋予法律以公平概念，我们赋予法律以选择概念，实际上二者兼而有之。”（第190页）阐释“法律”这一术语本身可以清楚地看出，它含有公正、正确地进行选择（legere）的意思。

西塞罗认为，人们之间存在着一种共同的生活法则，人们共同具有一种天生的仁慈和善意感。与此相联系的是正义问题。在西塞罗的法哲学中，正义是隶属于理性的伦理学概念，这使他的思想有别于柏拉图和亚里士多德。柏拉图视正义为最高的伦理学概念，凡是正义的，才是善的和有理性的。亚里士多德认为善是第一位的，善的东西才是正义的。而西塞罗则将理性置于至高无上的地位。正确的理性指明了善与恶，规定了正当行为与不正当行为的原则界限，因而为正义奠定了基础。

西塞罗进一步指出，正义以自然为根据，没有自然，便不可能有任何正义。仁慈、爱国、虔敬和为他人服务或感激他人，这一切的产生都是由于人们按本性乐于敬爱他人，而这正是法的基础。他论证说：“我们出生是为了正义，法不是以人们的意见为基础而是以自然为基础。”“自然创造了我们，是为了让我们互相共同分配和享受法。”“要知道，凡被自然赋予以理性者，自然赋予他们的必定

是正确的理性，因此也便赋予了他们法律。”（第194~196页）由此而涉及人的德性，西塞罗认为，自然是区分好坏、美丑的标准和依据。人们应把正义、德性作为自己追求的目标，而不应作为获利的手段。如果追求它们是为了获利，便不可能有真正的正义和德性可言。道德是正确执行法律和行使权力的基础。

罗马著名法学家乌尔比安将罗马法分为公法和私法。西塞罗在《论法律》第二、三部分中主要论述了公法的问题，其核心是权力的使用和权力的分配。关于前者，西塞罗认为，国家的法律需要有合格的官员去执行，权力的行使要合乎自然的理性而不得滥用。西塞罗的至理名言是“官员是说话的法律，法律是不说话的官员”（第255页）。他一方面强调官员的重要性，因为“没有官员的智慧和尽心，国家便不可能存在，整个国家管理靠官员之间的权力分配来维持”，（第255页）另一方面也认为不仅应对官员的权力加以限定，“如果某项事情超出官员的权限，应由人民推举人选进行处理，并赋予他处理的权力。”（第259页）而且还需要对权力进行监督，“监察官维护法律的纯洁。官员成为个人后应向他们作履职报告，从而继续承担法律责任”。（第260页）。关于权力的分配，也就是

政体问题，西塞罗推崇混合政体，即把以执政官为代表的君主制，以元老院为代表的贵族制和以民众大会及保民官为代表的民主制相结合以形成一种权力的平衡。因为“有节制的、和谐的国家体制可以通过法权的适当分配来维持，即权力属于人民，元老院享有权威”。（第270页）

西塞罗的《论法律》第一次使法学从政治学中分离出来。西塞罗将“自然正义”的理念注入罗马法，将先验、抽象的观念与罗马法的具体制度相结合，将法哲学的世界观发展成为法学的世界观，使自然法理论发生了根本性的变革。这一革命，为罗马法哲学以及整个法律科学奠定了思想基础^[7]。同时，《论法律》中所包含的思想也影响了启蒙思想家，为他们的天赋人权、分权制衡学说和法治理论提供了丰富的思想养料。西塞罗的这部著作不愧是西方法学史上联结古代、中世纪乃至近代关系的桥梁。

【延伸阅读】

王焕生著：《西塞罗和他的〈论共和国〉〈论法律〉》，载《比较法研究》1998年第2期。

夏里人著：《西塞罗及其思想片语》，载《比

较法研究》2001年第1期。

[古罗马]西塞罗著：《国家篇 法律篇》，沈叔平、苏力译，商务印书馆2002年版。[古罗马]西塞罗著：《论义务》，王焕生译，中国政法大学出版社1998年版。

[法]皮埃尔·格里马尔著：《西塞罗》，董茂永译，商务印书馆1998年版。

【精彩片段】

论 法 律

第 一 卷

马尔库斯：……在如此众多种类的生物及其各种不同的天性中，只有一种人具有理性，能思维，而其他一切生物则缺乏这种能力。有什么——我不是说在人身上，而是说在整个天空和大地——比理性更神圣？当理性发展成熟和完善，便被恰当地称之为智慧。就这样，因为没有什么比理性更优越，而理性既存在于人，也存在于神，因此人和神的第一种共有物便是理性。既然理性存在于人和神中间，那么在人和神中间存在的应是一种正确的共同理性。因为法律即理性，因此应该认为，我们人在

法律方面与神明共有。还有，凡是具有的共同性的人们，他们也自然具有法的共同性；凡是具有法律和法的共同性的人们，他们理应属于同一个公民社会。如果人们听从于同一个政权和权力，那么他们更会听从于这一上天秩序，听从于神的智慧和这位全能的神，从而整个世界应该被视为神明和人类的一个共同的社会。在公民社会里，家族分支的地位根据一定的原则（关于它将在适当的地方谈到）由亲属关系确定，自然中的情况要远比这崇高得多，美好得多：人类以亲属关系和出生与神明相联系。

（第192页）

九

还是那自然，它不仅给予人敏捷的心智，而且赐予人如同侍卫和使者般的感觉，向人揭示许多事物的模糊不清的、未足够显现的形象；并且作为认识的基础，赋予人与人的才能完全合适、相称的形体。不仅如此，当自然让所有其他动物倾向地面取食时，它只让人站立，使人仰望天空，如同自己的出生地和昔日的居所。自然还让人的脸具有特别的形状，以使面部能准确地表现内在的习性。我们的眼睛也非常具有表现力，能清楚地表现我们内心的活动。那种被称做表情的东西，除了人以外，其他任何生物都不可能有的，它能表明习性；希腊人知道

它的作用，但未能找出恰当的词语进行表示。我不准备继续谈身体其他各部分的特点和能力，关于掌握声音的能力，关于主要作为人类社会中介人的语言的力量。所有这一切不属于我们这次谈话的范围，并且在我看来，斯基皮奥在你们读过的那几卷书里[8]已经作过充分的说明。现在，因为神明正是这样创造和装备了人，希望人成为其他一切事物的基础，因此很显然（我不想对所有的方面都加以讨论），自然本身凭借自己的力量更前进一步，因为它不是受任何教导，而是从它第一次的、初始的理解形成的各种概念出发，凭借自己的力量，使理性得到巩固和完善。

（第193～194页）

.....

第 二 卷

四

马尔库斯：就这样，我看到，那些著名的哲人认为，法律不是由人的才能想出来的，也不是什么人民的决议，而是某种凭借允行禁止之智慧管理整个世界的永恒之物。他们说，那第一的和终极的法律乃是靠理性令一切或行或止的神明的灵智。因

此，法律有神明赋予人类，它理应受到称赞，因为这是智慧之士允行禁止的理性和心智。

昆图斯：关于这一点你已谈过许多次。不过在阐述本国的法律之前，该首先向我们解释一下这神明法律的含义，要是你不反对的话，以便习惯的力量不会吸引住我们，把我们推向通常的语言习惯。

马尔库斯：事实上，昆图斯，我们从小便学会把“如果传唤去法庭”^[9]和一些其他类似的东西称为法律。我们必须这样理解：它以及人们的许多其他法规和禁令具有号召公正的行为，阻止犯罪的力量，然而这种力量不仅比人民和公民社会存在的时期还古老，而且与那位管理和统治天空和大地的神同龄。要知道，神明的灵智不可能没有理性而存在，神明的理性也不可能不具有确认合理的或错误的行为的能力。正是因为从来没有写过要让一个人站在桥上对抗整个敌军，并命令在自己身后把桥毁掉，因此我们更应该承认那著名的科克勒斯建立如此伟大的功绩是按照他自己的勇敢精神的法律和命令。^[10]纵然在卢·塔克文任国王时的罗马没有任何关于惩治奸淫的成文法，但塞·塔克文对特里基皮努斯的女儿克瑞提亚施暴并不因此而不违背那永恒的法律。^[11]要知道，存在过源自万物本性、要求人们正确地行为和阻止人们犯罪的理性，它成为

法律并非始自它产生之时，它是同神明的灵智一起产生的。因此，真正的第一条具有允行禁止能力的法律是至高的尤皮特的正确的理性。[\[12\]](#)

(第217~218页)

五

昆图斯：兄长，我完全同意你的看法，一切正确的、合理的都是永恒的，并且不随成文的法规一起产生或消灭。

马尔库斯：就这样，既然神明的灵智即是最高的法律，同样，当人具有完善的（理性时，这理性即表现在）哲人的思想中。[\[13\]](#)那些各种各样的，适合一定的情势给人民制定的条规被称为法律主要不是由于它们实际上确实如此，而是一种代称。人们为了证明一切可以被公正地称之为法律的都是值得称赞的，便这样进行论证：毫无疑问，法律的制定是为了保障公民的福祉、国家的繁昌和人们的安宁而幸福的生活；那些首先通过这些法规的人曾经向人民宣布，他们将提议和制定这样的法规，只要被人民赞成和接受，人民便可生活在荣耀和幸福之中。显然，他们便把这样制定和通过的条规称做法律。由此可以看出，当那些违背自己的诺言和声明，给人民制定有害的、不公正的法规的人

立法时，他们什么都可以制定，只不过不是法律。阐释“法律”（lex）这一术语本身可以清楚地看出，它包含有公正和正确地进行选择（legere）的意思。就这样，昆图斯，我也按照那些哲学家们[14]的方式问你，如果国家因为失去了某种质素便变得毫无意义，那么是不是应该把这种质素视为一种善？

昆图斯：是的，并且应该被视为最高的善之一。

马尔库斯：一个国家没有法律，是不是因而变得毫无意义？

昆图斯：毫无疑问是这样。

马尔库斯：这就是说，应该把法律归于最好的事物之列。

昆图斯：我完全同意你的意见。

（第218~220页）

【名言佳句】

国家乃人民之事业，但人民不是人们某种随意聚合的集合体，而是许多人基于法的一致和利益的共同而结合起来的集合体。这种联合的首要原因主要不在于人的软弱性，而在于人的某种天生的聚合

性。要知道，人类不好单一和孤独，而是在它产生于世后，即使万物丰裕，也不……天性本身不仅这样召唤人们，而且迫使人们这样做。

(第39页)

鉴于上述情况，在我们谈到过的三种国家体制中，在我看来，以王政为最优越，但会有一种体制比王政更优越，它由三种良好的国家体制均衡地混合而成。要知道，最好是国家包含可以说是卓越的王政因素，同时把一些事情分出托付给显贵们的权威，把另一些事情留给民众们协商和决定。

(第60页)

因此，法律是根据最古老的、一切事物的始源自然表述的对正义的和非正义的区分，人类法律受自然指导，惩罚邪恶者，保障和维护高尚者。

(第219~220页)

(孔晶)

注 释

[1] [法]皮埃尔·格里马尔著：《西塞罗》，董茂永译，商务印书馆1998年版，第16页。

[2] 夏里人著：《西塞罗及其思想片语》，载《比较

法研究》2001年第1期，第92页。

[3] 斯基皮奥家族是古代罗马的名门望族之一，在罗马历史上发挥过重要作用。小斯基皮奥本人也战功卓著，曾任监察官（公元前142年）、执政官（公元前134年），后又远征西班牙，在人民中享有很高的威望。小斯基皮奥崇尚希腊文化，维护罗马古代传统，在自己周围团结了一批作家、诗人，形成了一个文化团体，对当时罗马文化发展起了积极的促进作用。

[4] 徐爱国、李桂林、郭义贵著：《西方法律思想史》，北京大学出版社2002年版，第44页。

[5] 参见王焕生著：《西塞罗和他的〈论共和国〉〈论法律〉》，载《比较法研究》1998年第2期，第210页。

[6] 参见王焕生著：《西塞罗和他的〈论共和国〉〈论法律〉》，载《比较法研究》1998年第2期，第210页。

[7] 何勤华著：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版，第37页。

[8] 指《论共和国》。

[9] 引自《十二铜表法》。

[10] 贺拉提乌斯·科克勒斯曾横跨台伯河桥，阻挡进犯的埃特鲁里亚人，在同伴撤退毁桥后跳进台伯河，游回自己人一边，从而抑制了埃特鲁里亚人的进攻。参阅李维，2，10。

[11] 参阅《论共和国》卷二，46。

[12] 参阅柏拉图《法律篇》1，631。

[13] 原文残缺。

[14] 指斯多葛派。

4. 盖尤斯：《法学阶梯》

【推荐版本】

[古罗马]盖尤斯著，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社1996年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

盖尤斯（Gaius，公元117~180年），罗马帝国五大法学家之一，在其有生之年并不为人所熟知，直至公元426年东罗马帝国皇帝狄奥多西二世和西罗马帝国皇帝瓦连体尼安三世颁布《学说引证法》，才得以一举跻身五大法学家的行列。根据学术界的通说，盖尤斯出生于哈德良（Hadrian）皇帝统治时期（公元117~138年），活跃于皮乌斯（Antoninus Pius）皇帝统治时期（公元138~161年），去世于康莫德乌斯（Commodus）皇帝统治时期（公元180~192年）。另据考证，盖尤斯的家乡是希腊或者叙利亚，因为从其著述中可见盖尤斯对罗马行省的法律颇为熟悉，而上述两地在当时又恰恰是罗马行省。

在学术派别上，盖尤斯属于“萨宾派”，因为他在《法学阶梯》中称萨宾为其老师。^[1] 尽管生前是那样的默默无闻，但后世的人们给予了盖尤斯崇高的声望，迈克道纳尔和曼逊所著的《世界上伟大的法学家》这本书第一个介绍的就是他。更幸运的是，盖尤斯的作品《法学阶梯》不仅在历经沧桑后依然传承后世，而且对公元6世纪查士丁尼法典的编纂以及1804年《法国民法典》的编纂产生了深远的影响。公元33年颁布的罗马国家法科学家的教科书《法学阶梯》就是以盖尤斯的这本同名著作改编而成的，1804年《法国民法典》的三编制体例也是以《法学阶梯》为摹本加以效仿的。

中国近代民法学家胡长清认为：“罗马式编制法，始于罗马法学者盖尤斯之法律教科书，为优帝《法学阶梯》（Institutiones）所采用，分民法为人事法、物件法及诉讼法之三编。法国民法仿之，删去诉讼法，而分物件法为二，即第一编人事法，第二编财产法，第三编财产取得法。”^[2] 对此，中译本序言作者桑德罗·斯奇巴尼也指出：“盖尤斯所创造的模式遇到了非常好的运气。以它为榜样，后来形成了优士丁尼的《法学阶梯》，据此它对许多现代法典的体系产生了影响，不断地服务于那种以人为中心并且使权利为人服务的法观念的发

展。”

千年以降，《法学阶梯》可谓执法学教科书之牛耳，为民法学著作之翘楚，为有志摘取法学皇冠的莘莘学子铺垫上一级级虽不陡峭但也决不平坦的阶梯，但《法学阶梯》的价值也决不仅仅在于它对法科学生之法律思维的历练，它所树立起的民法编制体例无疑是对近现代民法典编纂的一次重大启迪。桑德罗·斯奇巴尼在序言中指出：“法学家努力地为其提出的命题设定必要的、可接受的、有说服力的逻辑关系，这种逻辑关系体现着一个统一的连贯体系。《法学阶梯》的方法是对当时所有法学家所采用的‘系统的和创制性的’方法的特殊发展，是一个新生事物。”诚然，罗马式编制法的种种缺陷，屡为后人所诟病，但那部在19世纪初叶涤荡欧洲大陆腐朽势力的杰作，正是《法学阶梯》的忠实继承者——《法国民法典》，这固然是拿破仑南征北战的结果，“但人们也必须看到，不只是法兰西帝国的政治力量，不只是法兰西文化（Französische Kultur）的思想影响对于法律继受是决定性的，《法国民法典》本身同样也颇有功劳。”^[3]当然，在《法国民法典》的功劳背后，无疑，也就是《法学阶梯》的卓然出众之处。

【内容精要】

《法学阶梯》一书由四编构成。第一编人法，主要论述法律渊源和人身权法。罗马法规定，权利能力始于出生，但是，“由于在许多其他情况下后生子被视为已出生”，所以“后生子也应当或者被设立为继承人或者被剥夺继承权”，这里的后生子就是遗腹子，这是保护胎儿利益的最早立法例，也是近现代民法学中胎儿权利能力法定解除条件说的滥觞。德国民法学家拉伦兹认为：“从人的权利能力始于形成一个独立的不依赖于母体而存在的人体这种思想出发，通行的学说把‘出生的结束’解释为婴儿与母体的完全分离。如果婴儿出生后活了片刻时间，他也已经取得了权利能力，虽然他很快就死去。这种情况对继承有一定影响。”^[4]尽管学界对胎儿有无权利能力的问题众说纷纭，但对胎儿的继承权则均无异议。权利能力终于死亡，近现代民法学所谓的死亡是指自然死亡，但在罗马法中却有法律上死亡之制度——人格减等，此已为后世所废弃。桑德罗·斯奇巴尼认为：“盖尤斯的《法学阶梯》体系是以现实中平等的、主权的和有产的家父及其相关关系为模式创造的，这种家父赋予民法以特色。”这在人身权法中显露无遗。

在结婚的问题上，一如人类早期碍于伦理道德的藩篱，禁止近亲属之间结婚，自然血亲的近亲属之间绝对禁止结婚，拟制血亲的近亲属之间原则上也禁止结婚，但兄弟姐妹可因拟制血亲的解除而切断禁止条件的效力。在监护的问题上，被监护人有两种——未成年人和女性，女性不论成年与否，均是被监护人，即限制行为能力人，这是因为“妇女因心灵轻浮而常常容易受骗”，这种歧视女性的立法例依然可在1804年《法国民法典》第215条到第225条中找到其丑陋的身影，直至20世纪女权主义运动的勃兴，才逐渐淡出历史的舞台。

第二编物法，论述物权法和继承法。罗马法上的物主要分为：神法物和人法物，有形物和无形物，要式物和略式物。其中有形物与无形物的区分已初具近现代物权法上有体物与无体物的样态，但罗马法上的无形物是指包括物权在内的权利，而近现代所谓的无体物是指精神产品、专利以及物权之外的财产权利，这是16世纪潘德克顿法学对《法学阶梯》的重大矫正，将物权客体限定为有体物，理清了物权和债权的关系。

物权有用益物权和担保物权两种，用益物权有用益权、通行权、引水权、建筑物加高权，防止遮挡邻居采光的限制加高权等几种，担保物权主要是

质权，规定在第三编债法中。本编所提到物权变动类型主要是非依法律行为所致的变动，诸如取得时效、添附、加工、继承等，而依法律行为所致的变动则是第三编债法的主要内容。

盖尤斯对善意取得制度和取得时效没有做出明晰的区分，实际上善意取得制度是指“如果第三人对前手交易的瑕疵不知情或者不应知情时，其对标的物的取得即不受原权利人的追夺，虽然第三人的物权取得为依据法律行为的取得，但是一旦确定适用善意保护原则，则其物权取得的根据随即消失，而转变为以事实行为取得，故称即时取得。”^[5]但取得时效是指“占有他人的动产、不动产或其他财产权的事实状态经过一定的期限以后，将取得该动产或不动产的所有权或其他财产权”。^[6]可见，善意取得制度的旨趣是保护第三人，而取得时效的意图是保护占有人。

实际上，罗马法中并无善意取得制度，但不能就此断言罗马法对善意第三人的利益熟视无睹，细心的读者一定会感到：在立法趣旨上，第43条的短期取得时效与善意取得制度实在是殊途同归。在添附和加工的情况下，本书持主物主义说，即由主物的所有人取得添附或加工后的物，但需补偿相对人的损失，如果主物所有人不愿补偿，则相对人享有

抗辩权。在主物主义说的前提下，罗马法上可能没有地上权，因为地上权的主旨就在于防止土地所有人依添附取得建筑物，这一推断也能在第73条得到印证，中国近代民法学家梅仲协说：“地上权人因其权利设定之经济上需要，本以建筑物工作物或竹木之所有为目的，自不能不使其享有此等之物之所有权，是故地上权人，在权利存续期间内，固得自由处分其应享有之物，既于权利消灭时，亦得取回其工作物及竹木，是之谓地上权人之取回权。”^[7]但罗马法却规定：“他人在我们的土地上建造的建筑物，尽管是为自己建造的，根据自然法是我们的，因为地面上的建筑物添附于土地。”

第三编债法，主要论述契约之债和侵权之债。缔约的规则首先是标的可能规则。凡标的自始不能的契约为无效契约，比如给付“半人半马的怪物”。中国台湾民法学家郑玉波认为：“标的不能者，即标的不可能实现之谓，惟不能本有种种，此之所谓不能，应指自始不能，客观不能及永久不能而言。”^[8]他认为标的不能之效力有二：契约之无效和当事人之赔偿责任，这与罗马法大致相仿。

其次是合同不得附不能条件的规则。不能条件是指以客观上不能成就的事实为内容的条件，问题

是附不能条件之契约的效果，盖尤斯的老师认为该种契约视为不附条件，而对立学派认为该种契约为无效，对此盖尤斯也颇为困惑，日本明治民法第133条这样规定：“不能停止条件附之法律行为，为无效。不能解除条件附法律行为，为无条件。这一立法例在近代几成通说。”

再次是镜像规则。凡承诺对要约的内容加以扩张、限制或变更，则不构成承诺，为反要约。美国合同法理论称此规则为镜像规则。第102条中甲要求乙给付10塞斯特兹，乙却回答给付5塞斯特兹，乙的这种回答就是反要约。

最后是债权行为独立性规则。第139条规定：“当人们商定价金时，买卖达成，即便尚未支付价金甚至尚未给付定金。”从这句话中可以看出，盖尤斯朦朦胧胧地意识到：一个交易中有两种法律行为，即债权行为和物权行为，“商定价金”是债权行为，“支付价金”是物权行为，债权行为的成立一般不以物权行为的实施为要件，所以不能认为德国物权法上的区分原则完全由潘德克顿法学所创，潘德克顿法学所做的不过是发现物权行为的无因性而已，而债权行为的独立性则古已有之。第171条规定：“尽管我们说过正式免除是想象清偿，但是，妇女未经监护人准可不得实行正式

免除，而未经监护人准可向妇女清偿却是可以的。”可见，妇女纯获利益的法律行为在非债清偿的场合也无须监护人同意。中国台湾民法学家王泽鉴认为：“纯获法律上之利益，指单纯取得权利，免除义务，即限制行为能力人不因其法律行为而在法律上负有义务，有无经济上利益，在所不问。”^[9]第2编第83条也规定：“相反，可以未经监护人准可向妇女和未成年人清偿一切物品，无论是要式物还是略式物，因为他们也可以在未经监护人准可的情况下改善自己的条件。”应该说，这种规定对后世影响深远。

债的消灭原因主要有：清偿、免除、债务承担和提起诉讼。实际上，债务承担并不导致债的消灭，“债务承担于债之同一性既不丧失，即不生债之消灭之问题，故于债之更改，截然不同，盖后者，于当事人意思或法律规范意旨，则使借债务关系消灭并同时成立新债关系也”。^[10]侵权之债主要有两种：侵犯财产权之债和侵犯人身权之债。罗马法对侵权行为适用惩罚性赔偿，背离了民法同质救济的要义，至于惩罚性赔偿的合理性，正如中国民法学家王利明所说：“一般性赔偿遵守等价的原则，但是在一个贫富分化的社会中，这种一般赔偿不能够对富人形成有效的限制。只有惩罚性赔偿

才能对行为人产生警示的作用，才能预防下次行为的发生。”侵权行为可分为单独侵权行为和共同侵权行为。第202条规定：“有时候自己并未实施盗窃的人对盗窃负责，比如那些支持或者教唆盗窃的人。”这种教唆行为就是共同侵权行为。

第四编诉讼法。其中，“程式诉讼又是现代诉讼文书的起源”。[\[11\]](#)第30条规定：“但是，所有这些法律诉讼逐渐引起人们的厌恶。实际上，由于当时制定法的古人过分地拘泥于细节，因而情况甚至发展到这种地步：人们哪怕只犯有极其细小的错误，都将败诉。因此，《阿布兹法》（公元前2世纪）以及两项《尤利法》（公元前17年）废除了这些法律诉讼，并且规定按照确定的词句，即按照程式进行诉讼。”另外，“程式诉讼在帝国初期比较流行，它允许平民参与司法事务，基本上能满足大多数新的法律关系的需要，也符合皇帝权力日益加强的要求。”[\[12\]](#)

【延伸阅读】

[古罗马]优士丁尼著：《法学阶梯》，中国政法大学出版社1999年版。

丘汉平著：《罗马法》，中国方正出版社

2004年版。

江平、米健著：《罗马法基础》，中国政法大学出版社2004年版。

【精彩片段】

第 二 编

有些要式物或者略式物虽然是由非所有主让渡给我们的，但我们也有权实行时效取得，只要我们对这些物的取得是善意的，以为它们的让渡者是物的所有主。

这一观点似乎得到认可：为了不使对物的所有权长期处于不确定状态，留给所有主一年或两年的时间寻找自己的物就够了，这一期限对于占有者是时效取得的时间。

……

对于行省土地同样不允许实行时效取得。

同样，如果要式物是属于受宗亲属监护的妇女的，一度曾不能对之实行时效取得，除非该妇女经监护人准可对物实行让渡。《十二表法》曾经这样规定。

显而易见，对于自由人、神圣物和神息物不得

实行时效取得。

对于他人的土地，有的人也可以在非暴力的情况下实现占有，比如，主人因疏忽而弃置该土地，或者所有主在无继承人的情况下死亡，或者他长期失踪。如果某人向他人转让该土地，并且后者善意地接受了它，占有人可以实行时效取得。虽然对弃置的土地实行占有的人知道该土地是他人的，但这并不影响善意占有人实现时效取得，只要没有理由认为该土地可能是被窃取的。

然而，信托关系或者是与质押债权人建立的，或者是与能够比较安全地保管我们物品的朋友建立的。如果信托关系是与朋友建立的，显然，在任何情况下均可以实行时效收回，如果是与债权人建立的，在债务清偿后均可实行时效收回；如果债务尚未清偿，只有当债务人不是从债权人那里租用该物，也不是要求债权人允许他暂时占有该物时，才能实行时效收回。在这种情况下可以实行获利性时效取得。

同样，如果罗马共同体将自己接受的抵押品拍卖而且所有主占有了这些物品，允许实行时效收回。但是在这种情况下，对土地的时效收回需两年。这一般被称为在地产拍卖后收回占有；实际上，从罗马共同体那里购买物品的人被称为拍卖物

取得人。

有时发生这样的情况：是所有主的人无权转让物品，而不是所有主的人则可以转让物品。

因而，《尤利法》（公元前18年）禁止丈夫违背妻子的意愿转让嫁资土地，尽管该土地已以嫁资的名义卖给他，或者以拟诉弃权或时效取得的方式归他所有。这一法则是仅适用于意大利土地，还是也适用于行省土地，尚有疑问。

相反，精神病人的宗亲监护人可以依据《十二表法》转让精神病人的物品；债权人也可以根据简约转让质物，尽管该物品不是他的。然而，这似乎是表面现象，因为对质物的转让被认为符合债务人的意愿，后者曾经同意：如果债务得不到清偿，债权人可以出卖质物。

从我们以上的论述中可以看出，对某些物的转让是根据自然法，比如那些以让渡的方式转让的物品；对某些物的转让是根据市民法，因为有关要式买卖、拟诉弃权和时效取得的法则是罗马市民所特有的。

不仅那些通过让渡归我们所有的物品因自然原因而为我们所取得，而且通过先占它们先前不归任何人所有；比如所有在陆地、海洋或天空中被抓获的动物。

不言而喻也是我们的，只要它们被置于我们的看管之下；然而，当它们摆脱了我们的控制并且恢复了天然的自由时，它们又可为先占者所有，因为它们不再是我们的了。当它们摆脱了我们的视线或者虽在我们视线之内但难以追踪它们时，则被认为回到了天然的自由之中。

对于那些通常习惯于来来去去的动物，比如鸽子、蜜蜂和通常在树林中来来去去的鹿，我们所得到的传统规则是：如果它们不再愿意返回，也就不再是我们的了，并且将为先占者所有。当它们放弃了返回的习惯时，则认为它们不再有返回的意愿。

从敌人那里获取的物品根据自然原因是我们的。

但是，通过淤泥而添附到我们土地上的土地，根据同样的原因是我们的。因为河水的不断冲击而逐渐地添附到我们土地上的土地被认为是因淤泥而添附的土地；这种逐渐性使我们无法从时间上估量添附的速度。人们通常说，那些在我们眼前潜移默化地逐渐添附的土地被视为通过淤泥而添附的土地。

然而，如果河流从你的土地中切割去了一块土地并把它带到了我的土地旁，这块土地仍然是你的。

如果在河中央出现一块滩涂，它由分别占有河两岸土地的双方共同所有。如果滩涂不是出现在河中央，则归离其最近的河岸土地的所有主所有。

此外，他人在我们的土地上建造的建筑物，尽管是为自己建造的，根据自然法是我们的，因为地面上的建筑物添附于土地。

如果某人在我们的土地上栽种了植物，更有理由如此看待，只要这些植物已在土地中扎根。

如果某人在我们的土地上进行小麦播种，情况同样如此。

但是，如果我们要求上述人员反还土地或者建筑物，同时又不愿意向其支付为建筑物、苗圃或播种支出的费用，上述人员则可以采用诈欺抗辩对抗我们的请求，当然，只要他们是善意占有人。

(第92~102页)

【名言佳句】

由于在许多其他情况下后生子被视为已出生，人们认为可以通过遗嘱为后生子指定监护人，就像为已出生的子女指定监护人一样，只要他们处于这样的情况之中：假如他们出生时我们还活着，他们将处于我们的支配权下。我们也可以设立这样的后

生子为继承人，但我们却不能设立外来后生子为继承人。

(第56页)

同样，如果某人在要式口约附加不可能出现的条件，比如：用手指摸天，该要式口约是无效的。但是，我们的老师认为：附加不可能的条件的遗赠应当被视为未附加任何条件；而对立学派的学者则认为：这种遗赠同上述要式口约一样无效。的确很难对这种差别作出适当的解释。

(第230页)

(王宇翔)

注 释

[1] 何勤华著：《法律文化史论》，法律出版社1998年版，第387页。

[2] 胡长清著：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第10页。

[3] [德] K. 茨威格特、H. 克茨著：《比较法总论》，法律出版社2003年版，第153页。

[4] [德] 卡尔·拉伦兹著：《德国民法通论》（上册），法律出版社2002年版，第125页。

[5] 孙宪忠著：《中国物权法总论》，法律出版社

2003年版，第102页。

[\[6\]](#) 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社2003年版，第232页。

[\[7\]](#) 梅仲协著：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第561页。

[\[8\]](#) 郑玉波著：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2004年版，第309页。

[\[9\]](#) 王泽鉴著：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第329页。

[\[10\]](#) 邱聪智著：《新订民法债编通则（下）》，中国人民大学出版社2004年版，第430页。

[\[11\]](#) 何勤华主编：《西方法学名著精粹》，中国政法大学出版社2002年版，第24页。

[\[12\]](#) 何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社2001年版，第99页。

5 . 阿奎那：《阿奎那政治著作选》

【推荐版本】

《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1982年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas，1227～1274年）生于意大利的洛卡塞卡堡，该城堡是阿奎那家庭的领地。阿奎那家族是伦巴底望族，与教廷和神圣罗马帝国皇帝都保持着密切关系。托马斯5岁时被父母送到著名的卡西诺修道院当修童，父母希望把他培养成修道院长。1239年被革除教籍的弗里德里克二世派兵占领并关闭了卡西诺修道院，托马斯进入那不勒斯大学学习。在这里接触到亚里士多德的形而上学、自然哲学与逻辑学著作，并于1244年加入多米尼克会。修会计划把他送到波洛尼亚的总堂深造，但在半路被他的兄弟劫回家囚禁。1245年他摆脱家庭控制，被修道会送到巴黎的圣雅克修道院学习，直到1248年。大阿尔伯特在科隆开设大学馆时，他才随之来到科隆继续学

习。在大阿尔伯特的推荐下，1252年秋托马斯进入巴黎大学神学院学习，1256年春完成学业。学校没有授予托钵僧侣神学硕士的先例，由于教皇亲自出面干预，托马斯才获得学位。从此托马斯正式开始了教学生涯。托马斯的著作卷帙浩繁，总字数在1500万字以上，其中包含着较多哲学观点的著作有：《箴言书注》、《论存在与本质》、《论自然原理》、《论真理》、《波埃修〈论三位一体〉》，代表作为《反异教大全》、《神学大全》。他对亚里士多德《形而上学》、《物理学》、《后分析篇》、《解释篇》、《政治学》、《伦理学》、《论感觉》、《论记忆》、《论灵魂》以及为亚里士多德著作《论原因》做过评注。

阿奎那借用亚里士多德的逻辑学论证上帝存在的理由，认为上帝一方面是创造世界，另一方面是统治世界。自然和社会的历史都是上帝安排的。他对经院哲学做了系统的发挥和改良，建构了一个新的神学体系。阿奎那不再激烈地否定理性，而是试图把神学与哲学、神学与科学、一般与个别、理念与感觉等一系列的矛盾都在他的体系中统一起来，他认为信仰与理性都是知识的源泉，都是神赐予的能力，二者并不矛盾。他的体系与观点在他死后不久，就全部被教会接受了。1323年，他被教皇约

翰二十二世封为“圣徒”。1567年，他又被教会命名为“天使博士”。

阿奎那是后期经院哲学的代表人物，他把基督教理论发展到了一个新的阶段。尽管他对人的理性和自然科学研究表示了某种程度的肯定，也提出了一些具有启发意义的思想，但这并不能说明他对科学的重视，而是证明他为论证神学体系找到了更隐蔽、更巧妙的方法。阿奎那的体系也是对来自科学和理性的挑战所做出的一种回答，所以成为以后宗教神学反对科学进步的思想法宝。托马斯主义不仅是经院哲学的最高成果，也是中世纪神学与哲学的最大、最全面的体系。

但是，到目前为止，研究阿奎那的政治思想的中文资料并不多见。就著作来说，尚没有研究阿奎那政治思想的专著，对阿奎那的政治思想研究散见在政治思想史著作中。如在施特劳斯的《政治哲学史》等译著以及国内出版的若干西方政治思想史的著作中。研究阿奎那政治思想的论文也是寥寥无几，而且文章基本上是对阿奎那政治思想的一般性介绍。

【内容精要】

本书包括“政治论文”和“哲学著作选集”两个部分内容，第一部分“政治论文”包括“论君主政治”和“论对犹太人的统治”两个部分，其中，君主政治是其论述的重点；第二部分“哲学著作选集”包括“反异教大全”、“神学大全”节选、彼得·朗巴德《嘉言录》诠释、《尼各马克伦理学》诠释和亚里士多德《政治学》诠释等五个小节，神学大全是这一部分的重点。阿奎那的著作颇为丰富，其中《神学大全》一书集中体现了他的政治法律思想，被教会尊奉为基督教教义的总结和神学的“最高权威”。由于本书是一本摘录之作，从而仅就摘录部分中并不能看出作者作为一个经院主义哲学巨子的繁琐的论证方法，这不能不说是一件憾事。

阿奎那通过对亚里士多德哲学思想的发挥，正确解决了理性和信仰、哲学和神学的关系，强调理性具有认识客观自然的能力和权利，反对把信仰抬到唯我独尊的地位和排斥理性思维的作用。正因如此，博登海默在评价阿奎那的法律哲学时专门指出：“他的学说至今仍可以被誉为是罗马天主教神学、哲学、伦理观的权威解释。他的思想体系乃是基督教圣经教义与亚里士多德哲学的一种巧妙结合的表现。”

一、君主制

亚里士多德的政治学对阿奎那的法律和国家思想产生了特别大的影响。阿奎那将亚里士多德的理论应用于福音教义，并将二者综合为一个庄严的思想体系——神学政治体系。在君主政治的论述中，阿奎那继承了亚里士多德的政治理论，提出了正义统治与非正义统治的主张。在他那里，正义统治的根本标准是统治者“应当念念不忘公共的幸福，而不去追究个人的权利”；而非正义统治是寡头政治或暴民政治，指的是“统治者力图靠他的地位获得私利而置其所管辖的社会幸福于不顾的人暗无天日地施政”。从此观点出发，阿奎那提出了君主制是最好的政体。

阿奎那明确君主政治是最好的政体，他认为这个结论可以通过对自然界的研究得到证明。在自然界支配权总是掌握在单一的个体的手中，如在身体的各个器官间，心脏对其他一切器官起推动作用；又如蜜蜂只有一个王，而在整个宇宙中只有一个上帝，即造物主和世界之王。阿奎那认为，既然人工的产物不过是对自然作品的一种模仿，既然人作品由于忠实地表现了它的自然范本而日臻完美，由此必然可以得出结论，在人类社会中最的政体就

是由一个人所掌握的政体。

阿奎那还特别注重公共幸福，他认为美德的酬报是使人幸福，君主政体的真正目的是获得幸福，这是上帝的酬劳，是任何一种世俗权力所不能带来的。

二、法的本质

（一）法的性质

什么是法，或者说法的性质是什么，对这个问题的层层解释是阿奎那中世纪神学法律思想的理论基石。

阿奎那认为，法是人们赖以导致某些行动和不做其他一些行动的行动准则或尺度。“法”这个名词就是渊源于“拘束”一词，法就是通过拘束而使得人们不得不进行某种行为的规则。当然，这种尺度并不是一种任意性的规定，其中以“理性”作为第一原理，正是理性在指导着行动以达到它的适当的目的。因此，只有理性的法才是真正的法。

法的表现形式是一种意志，但是这种意志则受着理性的制约。阿奎那把理性作为法的本体，认为：“如果意志要想具有法的权能，它就必须在理性发号施令时受理性的节制”（第105页）。他举例言道，君主的意志之所以具有法的力量，是因为

它受着理性的约束。否则，“君主的意志成为一种祸害而不是法”。

（二）法的目的

阿奎那认为，“法律的首要 and 主要的目的是公共幸福的安排。”这就是说，法的主要任务就在于促进“公共幸福”，而不是一家一姓的私利，所谓“公共幸福”，也就是“整个社会的福利”。为什么要把法的目的定位在公共幸福呢？在这里，阿奎那采取了集体主义方法论的立场，认为“一个人是那称为社会的完整整体的一部分”，只有公共生活才是完整的生活，也只有城市才是完整的社会。因此，法律应当由整个社会来予以公布，或者由代表整个社会的某一个人来加以完成。同时，为了促进公共幸福的实现，阿奎那认为，“为了卓有成效地促进正当的生活，法律必须具有这种强迫的力量”，当然，这种权限不能属于某一个私人，而必须是由社会来加以完成的。

（三）法的定义

阿奎那认为，所谓法律，“不外乎是对于种种有关公共幸福的事项的合理的安排，由任何负有管理社会之责的人予以公布”。（第106页）在这里，法的定义主要包括两个基本内涵：一是目的性，即公共幸福；二是主体性，由管理社会的人员

加以公布。

三、法的分类

(一) 永恒法

永恒法是上帝的一种智慧原则，上帝以此创造和指导宇宙万物的运动，使整个宇宙趋向共同的善。阿奎那说，“上帝对于创造物的合理领导，就像宇宙的君王那样具有法律的性质……这种法律我们称之为永恒法”。（第106页）在阿奎那看来，上帝在超时空的永恒中计划了一个宇宙的蓝图，规定了宇宙中一切事物的本性，宇宙的出现是上帝计划的结果，宇宙间如此和谐的自然秩序是上帝意志的反映，宇宙中万事万物无不遵循上帝的意志去实现各自的本性和目的。那么，这种永恒法是否可以被认识呢？阿奎那认为，从终极的意义上，永恒法是无法认识的；但人的理性可以通过永恒法的种种表现来感知上帝的意志和计划，人的本性与上帝设计的契合，是人们了解上帝意愿的窗口。

(二) 自然法

阿奎那认为，理性动物之参与永恒法，就叫做自然法。阿奎那认为自然法的内容有三项：（1）一切有利于保全人类什么的东西和一切反对人类生命毁灭的东西；（2）自然教给一切动物的所有本

能；（3）在人的身上是同理性相一致的向善倾向。

在自然法的性质上，阿奎那认为，它包括：

（1）自然法的普遍性与例外性。也就是说，自然法的一般原则是不可变的，但在个别情况之下，允许存在例外。（2）自然法的不变性与可变性。自然法由于与人的本性相一致，因而是不可变的；然而，两种情况也会导致自然法的变化：或者是自然法已经有了某些附加的内容；二是自然法删除了某些内容。（3）事物的自然倾向性也就是自然法。人有天然的权利，当然，自然法可以对之进行增益。

（三）人法

人法是人依据自然法和最终依据永恒法所制定的实在法律，是为了共同的利益由统治者颁布的理性命令。阿奎那认为，人法从属于自然法。“人类的推理也必须从自然法的箴规出发，仿佛从某些普通的、不言自明的原理出发似的，达到其他比较特殊的安排。这种靠推理的力量得出的特殊的安排就叫做人法。”

人法具有以下特征：（1）人法由自然法得来；（2）人法是以城市的公共福利为目标的；（3）人法是支配人类行动的法则；（4）人法是支

配人类行动的法则；（5）人法具有强制性；（6）人法具有易变性。

在法律的制定上，阿奎那提出了几个重要的原则：一是公共福利原则，即任何法律的制定都应当以公民的普遍利益为着眼点。二是留有余地原则，即要考虑到不同时代、不同地区的不同情况，而为法律保留有相当的灵活性。三是“中人”原则，即法律只应当为普通人定下相关的戒律，而不应当以德行高尚的人为标准来制定法律。四是正义原则，这包括目的上以公共福利为目标；制订者在权限范围内立法；形式上必须能够使公民的义务按促进公共幸福的程度来进行分配。

关于人法的强制力量。“所有服从某种权力的人也就受那种权力所颁布的法律的支配。”当然这存在着两种例外情况：一是超出受支配的范围；二是受更高的法律的支配。既然君主是权力的来源，那么君主要否服从法律呢？阿奎那认为：“按照上帝的判断，一个君王不能不受法律的指导力量的约束，应当自愿地、毫不勉强地满足法律的要求。所谓君王的地位高于法律，也可以从这样的意义来理解：如果必要的话他可以变更法律，或者根据时间和地点免予实施法律的某些规定。”

（四）神法

所谓神法，即从《圣经》中归纳出来的相关规则，主要是摩西十诫以及耶稣“爱上帝而爱人类是最大的诫命”的训诫。为什么在自然法、人法之外还需要“神法”呢？阿奎那总结了四个理由：一是人追求的是永恒的福祉，而这就需要神法的指导；二是人类判断的不可靠；三是人法的效果只及于行为的外部表现，而无法深入内心；四是人类的法律不可能禁止和惩罚一切罪行。

上述四种类型的法中，永恒法为最高，自然法次之，人法为最低。

此外，阿奎那还提出了人民有抵抗暴政的权利。因为，暴政的目的不在于谋求公共福利，而在于获得统治者的私人利益，所以它是非正义的。这一观点在当时无疑具有很大的进步性。

阿奎那的著作卷帙浩繁，把一切知识都纳入了他的神学体系，对于一个初读者来说，阅读起来会有一些的困难。而《阿奎那政治著作选》摘录出阿奎那关于国家和法律的主要观点以飨读者，无论在语言上还是内容上都是十分易于接受的。

【精彩片段】

论君主政治

一个区域或一个城市是由一个人治理好，还是由许多人治理的好。这个问题最好从考虑政治的目的入手。任何统治者都应当以谋求他所治理的区域的幸福为目的；正如舵手的任务是驾驶船只穿过惊涛骇浪以达到安全的港口一样。但是，一个社会的幸福和繁荣在于保全它的团结一致；或者说得更简单些，在于和平。因为如果没有了和平，社会生活就会失去它的一切好处……现在显然可以看出，凡是本身是一个统一体的事物，总能比多样体更容易产生统一；正如本身是热的东西，最能适应热的东西一样。所以，由一个人掌握的政府比那种由许多人掌握的政府更容易获得成功。而且，可以看出，如果许多人意见分歧，他们就永远不能产生社会的统一。所以，一个由个体组成的多样体就会需要统一作为约束才能开始依任何方式实行统治。正如一艘船上的全体水手如果彼此意见不一，就永远不能按任何的航线航行一样。但是，只要许多人近乎统一，他们就算是团结一致了。所以，与其让那些必须首先达成协议的许多人实行统治，还不如由一个人来统治的好。

再说，既然自然始终以最完善的方式进行活动，那么最接近自然过程的办法就是最好的办法。可是在自然界，支配权总是操在单一的个体手中。

这是完全合乎理性的，……因此，既然人工的产物不过是对自然作品的一种模仿，既然人工作品由于忠实地展现了它的自然范本而日臻完美，由此必然可以得出结论，人类社会中最最好的政体就是由一个人所掌握的政体。

(第48~49页)

法的性质与分类

法是人们赖以导致某些行动和不作其他一些行动的行动准则或尺度。“法”这个名词由“拘束”一词而来，因为人们受法的约束而不得不采取某种行径。但人类行动的准则和尺度是理性，因为理性是人类行动的第一原理；这一点根据我们在别处的阐述就可以看得很清楚。正是理性在知道着行动以达到它的适当的目地；而按照亚里士多德的说法，这就是一切活动的第一原理。

(第104页)

既然每一部分与其整体的关系同不完整的東西与完整的東西的关系一样，既然一个人是那称为社会的完整整体的一部分，因此法就必须以整个社会的福利为其真正的目标。所以亚里士多德在他的有关法的定义中，既提到幸福也提到政治上的一致。

他说：“任何力量，只要它能通过共同的政治行动以促进和维护社会福利，我们就说它是合法的和合乎正义的。”而完整的社会就是城市，像《政治学》第一篇（第一章）中所指出的。

谁有颁布法律的权利

严格说来，法律的首要和最主要的目的是公共幸福的安排。但是，安排有利于公共幸福的事务，乃是整个社会或负有保护公共幸福之责的政治人的事情。这里像其他任何情况一样，公布目的的人也就是公布以达到目的的手段的人。

一个私人无权强迫别人过正当的生活。他只可以提出劝告；但如果他的劝告不被接受，他就无权强迫。可是为了卓有成效的促进正当生活，法律必须具有这样强迫的力量，像亚里士多德说的那样。可是，我们在下文就会看到，强迫的力量不是属于整个社会，便是属于代表社会的负惩罚之责的官吏。所以，只是他才有制定法律的权利。

正如一个人是一个家庭成员那样，一个家庭也是一个城市的要素；但一个城市是一个完整的社会，像《政治学》第一篇所指出的那样。同样地，正如一个人的幸福并不是最后的目的，而是从属于公共福利一样，任何家庭的幸福也必然从属于作为一个完整社会的城市的利益。所以一个家庭的家长

可以订立某些规章，但是老实说，它们并不具有法律的力量。

根据上文，我们可以得出正确的法律定义。它不外乎是对于种种有关公共幸福的事项的合理安排，由任何负有管理社会之责的人予以公布。

(第105~106页)

如上文所述，法律不外乎是由统治一个完整社会的“君王所体现的”实践理性的某项命令。然而，显然可以看出，如果世界是像我们在第一篇中所论证的那样由神治理的话，宇宙的整个社会就是由神治理的理性支配的。所以上帝对于创造物的合理领导，就像宇宙的君王那样具有法律的性质……这种法律我们称之为永恒法。

既然像我们已经指出的那样，所有受神意支配的东西都是由永恒法来判断和管理的，那么显而易见，一切事物在某种程度上都与永恒法有关，只要它们从永恒法产生某些意向，以从事它们所持有的行动和目的。但是，与其他一切动物不同，理性的动物以一种非常特殊的方式受着神意的支配；他们既然支配着自己的行动和其他动物的行动，就变成神意本身的参与者。所以，他们在某种程度上分享神的指挥，并由此产生一种自然的倾向以从事适当的行动和目的。这种理性动物之参与永恒法，就叫

做自然法。所以，在大卫（《诗篇》，第四篇，第六节）说“当献上公正之祭时”，他像碰到有人提问似的补充说明了何为“公正之祭”，“有许多人说，谁能指示我们什么好处？”然后回答说：“耶和華啊，求你仰起臉來，光照我們。”這彷彿是說，我們賴以百年別的自然理性之光，即自然法，不外乎是神的榮光在我們身上留下的痕跡。所以，顯然可以看出，自然法不外乎是永恒法對理性動物的關係。

除自然法和人法以外，還必須有一項神法來指導人類的生活。這有四層理由。首先，因為人在關於最終目的的方方面面是受法律支配的。所以，如果人法注定要追求一個恰好和他的天然才能相稱的目的，那麼除自然法和由此產生的人所規定的法律之外，他就毋需獲得任何理性方面的命令。可是，因為人注定要追求一個永恒福祉的目的，並且像我們已經指出的那樣，這超過了與人類天然才能相稱的目標，因此他為了達到這個目的，就必須不但接受自然法和人法的指導，而且接受神所賦予的法律的知道。第二，由於人類判斷的不可靠，特別是在偶然的，特殊的問題上是如此，因此各種各樣的人對於人類的活動往往作出極不相同的判斷，這些判斷產生了不同的甚或相反的法律。所以，為了使人

确凿无疑的知道他应该做什么和不应该做什么，就有必要让他的行动受神所赋予的法律的指导，因为大家知道，神的法律是不可能发生错误的。第三，因为法律是就能够加以判断的事项加以制定的。但人的判断达不到隐蔽的内心动作，它只能涉及显而易见的外表活动。虽然如此，完美的德性却要求一个人在两类活动中都保持正直。人类的法律既不足以指挥和规定内心的动作，因而也就有必要再加上一种神的法律。第四，因为像奥古斯丁所说的（《论自由意志》，第一篇），人类的法律既不能惩罚又甚至不能禁止一切恶性。这是因为，在力图防止一切恶性的时候，会使很多善行就没有机会贯彻，从而也会妨碍到很多有益于公共福利，因此为人类交往所不可或缺的事项，使它们不得实现。所以，为了不让任何罪恶不遭禁止和不受惩罚，那就必须有一种可以防止各式各样罪恶的神法。

（第106～108页）

【名言佳句】

幸福可以解说为一切欲望的终极目的；因为欲望的动力并不是无限的。否则的话，这样的欲望就会是出乎本性的和没有效果的，因为无限的东西是

不可能得到的。

(第66页)

法律是否有效，取决于它的正义性。

(第116页)

法律也可以由于两种缘故而成为非正义的。首先，当它们由于违反我们刚确定的标准而与人类幸福不利时。其次，法律也可以由于与神的善性相抵触而成为非正义的；例如横暴的法律强迫人们崇拜偶像或作其他任何违反神法的行动。这种法律在任何情况下也不可服从。

(第120~121页)

一切法律都是从立法者的理性和意志中产生的，神法和自然法从上帝的合理意志中产生。

(第126页)

习惯具有法律的力量，它可以取消法律，也可以作为法律的解释者。

(第126页)

(张玲)

6. 洛克：《政府论》

【推荐版本】

[英] 约翰·洛克著：《政府论》，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

约翰·洛克（John Locke，1632～1704年）是17世纪英国资产阶级革命时期著名的政治思想家，古典自然法学派的主要代表人物，自由主义的奠基人。他出身于一个商人家庭，其父亲是一个小土地所有者，清教徒，当过律师。洛克14岁时经父亲的朋友介绍，进入伦敦威斯特敏斯特学校读书，正是在这个学校，洛克苦读希腊和拉丁文，为日后研究古典哲学打下了基础。1652年，洛克进入牛津大学基督教会学院学习，毕业后留校任教。1660年封建王朝复辟时，任牛津大学讲师。1667年，洛克成为艾希利勋爵即后来的辉格党创始人沙夫茨伯里伯爵的医学顾问，长达15年。1681年因受沙夫茨伯里伯爵的牵连而遭迫害，1684年他逃

往荷兰，直到1688年英国“光荣革命”胜利后，洛克获得自由，才于1689年与女王玛利二世一同回到英国。此后，他先后担任了高等法院法官，贸易、垦殖部专员等职务。后由于身体原因，他辞去政职，归居乡里。1704年10月28日因病去世。

《政府论》一书是洛克在英国资产阶级同封建专制势力作斗争的过程中写作和出版的。经过了1642年到1649年的流血冲突，英国资产阶级和新贵族建立了共和国。不久，资产阶级和新贵族的领袖克伦威尔走上了军事独裁的道路。克伦威尔死后的军人统治时期，财政危机以及到了1659年已经十分严重的农民运动使资产阶级和新贵族向往斯图亚特王朝的统治，认为王权才能镇压人民的反抗，于是有了1660年的复辟。然而，复辟后的查理二世恢复了旧的选举制度，使大土地所有者在议会中占据了主导地位，造成了大土地所有者和资产阶级之间的利益对立，形成反对王权、力主议会至上、代表资产阶级和新贵族利益的“辉格党”和拥护王权、主张君主专制、代表大土地所有者利益的“托利党”两大派系。1685年，詹姆士二世上台后，进一步加强专制统治，激起了人民群众新的反抗浪潮。面临人民群众的革命威胁，1688年辉格党和托利党联手发动政变，把詹姆士二世的女婿威廉从

荷兰迎来继承王位，詹姆士二世逃往法国，史称“光荣革命”。

1688年政变以后，1689年的《权利法案》和1701年的《王位继承法》，使国王在立法、征税、军事上的一切权利都受到议会制约，而人民有向国王请愿的权利，议员有言论、决议等自由。实际上英王已失去封建君主的地位，议会才是唯一的立法机关，它有权决定一切，这样就形成了英国的君主立宪制，亦即“议会民主制”。从此，英国新的统治阶级就利用国家机器制定有利于自己的法令，进一步发展资本主义。

在政治斗争、军事斗争展开的同时，这一时期的政治思想斗争也十分激烈，几乎每一个阶级都有自己的代言人。1688年资产阶级和大地主阶级妥协之后所建立起来的议会制度也需要一种理论的说明或辩护，需要对几十年来政治思想上的论战来一次清算和总结。洛克正是在理论上为已经上台的资产阶级进行辩护，为新制度进行辩护并排除异说的一个人物，他的《政府论》就是他的辩护词和资产阶级的宣言书。

洛克和他的《政府论》所辩护的君主立宪制虽然是阶级妥协的产物，但由于17世纪英国资产阶级的经济政治力量只能使革命出现这样一个结局，因

此洛克以及他的《政府论》是同历史脉搏一起跳动的。他的《政府论》对当时各种政治法律思想流派进行了全面清算和总结，为君主立宪制奠定了理论基石。其中的法律观影响了革命时代的一切政治法律家，赞同他的思想家从中吸取理论力量，反对他的思想家则以他为放矢之的。他的影响远远飞越了国界和时代的界限，影响了法国的孟德斯鸠和卢梭，影响了美国的《独立宣言》，也影响了中国的旧民主主义革命时代的启蒙学者。

【内容精要】

《政府论》分上、下两篇，上篇是对“君权神授”和“王位世袭”的批判，是对封建君主制的破坏性论著。洛克开篇就列举了保皇派的代表人物罗伯特·菲尔麦的君权神授的观点。

菲尔麦认为，人类不是生而自由的，不能有选择他们的统治者或政府形式的自由；君主所有的权力是绝对的，而且是神授的。亚当就由于上帝的选任而成为世界的君主。不独是亚当，就连后继的先祖们，依据作为父亲的权力，对他们的子孙也享有王权。在菲尔麦看来，君主的权力是神授的、世袭的，而且是非限制性的。

树立起了批判的靶子之后，洛克在接下来的论述中，分章节有步骤地对菲尔麦的观点进行了逐一驳斥。首先他对菲尔麦认为亚当享有王权的几个根据，即为神所创造、神的赐予、夏娃对他的从属、父亲的身份等进行了有理、有力、有节的反驳，指出单单是神创造这一点并不能给予亚当以统治权。因为在他之前，上帝也创造了其他生物。上帝也并没有给予亚当对人类、对他的儿女、对他自己同类任何直接的权力，上帝给予他的不是他对低级生物的“个人统治权”，而是与一切人类相同的权利，所以他不能基于特许也不能由于给予他的所有权而成为“君主”。亚当对夏娃的权利也只是一种婚姻上的权利，而不是对妻子有生杀之权的政治权利，并且这个权利仅仅限于夏娃一人，并不及于其他人。亚当也不能基于父亲的身份而享有王权，如果凡有父权的人都有王权的话，那么就会出现无数的君主，因为“有多少父亲就会有多少君主”。接下来，洛克又批驳了亚当的统治权转移给后世君主的一说，并在讨论了亚当的君权继承者的基础上发出了究竟谁才是真正继承人的疑问。

下篇开端洛克就给出自己的结论：第一，亚当并不基于父亲身份的自然权利或上帝的明白赐予享有对于他的儿女们那种权威或对于世界的统辖权；

第二，即使他享有这种权力，他的继承人并不能享有这种权力；第三，即使他的继承人享有这种权力，但是由于没有自然法，也没有上帝的明文法来确定在任何场合谁是合法继承人，就无从确定继承权，因而也无从确定应该由谁来掌握统治权。因此，洛克宣布：“现在世界上的统治者要想从以亚当的个人统治权和父权为一切权利的根源的统治中得到任何好处，或从中取得丝毫权威，就成为不可能的了。”（下篇第3页）

接着洛克提出自己独特的自然法理论。他笔下的自然状态是“一种完备无缺的自由状态”，人们在自然法的范围之内，按照他们认为合适的方法，决定他们的行动和处理他们的财产和人身，而无须得到任何人的许可或听命于任何人的意志。在这种状态下，一切权力和管辖权都是相互的，没有一个人享有多于别人的权力。也即人人生来就享有自然的一切，不存在从属和受制的关系。不过，他认为，自然状态虽是一种自由状态，但不是一种放任状态。在这种状态下，尽管人具有处理他的人身或财产的无限自由，但是他并没有豁免自身或他所占有的任何生物的自由。在自然状态下“有一种人人所应遵守的自然法对它起支配作用”（下篇第6页）。

洛克认为，自然状态虽然是一个理想社会，人类享有生命、自由、财产等自然权利。但是，这种享有很不稳定，还存在某些缺陷：“第一，在自然状态中缺少一种确定的、规定的众所周知的法律……第二，在自然状态中，缺少一个有权依照既定的法律来裁判一切争执的公正的裁判者……第三，在自然状态中，往往缺少权利来支持正确的判决，使它得到应有的执行。”（下篇第77、78页）因此，人们为了克服自然状态的这些缺点，更好地保护自己的权利，于是就相互订立契约，放弃自己惩罚他人的权利，并交给他们中间指定的人，按照社会成员全体或大多数人的代表所一致同意的规定而行使。这样，人们就脱离了自然状态而建立了政治社会，建立了国家。组成国家的主要目的是保护他们的财产权利，以及生命、自由等自然权利。如果政府违背了人民订立契约的宗旨，人民有权改变和废除社会契约，重新组织政府，因为人民始终保有“最高的权力”。这就是洛克的社会契约论。

洛克还从保护人们的生命、自由、财产等自然权利出发，提出了分权主张。他将国家权力分为三种：立法权、执行权和对外权（或称联盟权）。立法权是指可用来指导国家力量的运用以保障这个社

会及其成员的权力；执行权是一种经常存在的负责执行所指定的法律和继承有效法律的权力；对外权是指决定“战争与和平、联合与联盟以及同国外的一切人士和社会进行一切事务的权力”。洛克认为，如果同一批人同时拥有立法权和执行权，就会给人类的弱点以极大的诱惑，促使他们去攫取权力，以逃避法律的制裁，所以洛克特别强调立法权和执行权的分离，建议立法权由代表人民的国会行使，执行权和对外权由君主行使。

在三权关系上，洛克认为：立法权是最高的权力，执行权和对外权相对处于从属的地位。他说：“立法权，不论属于一个人或少数人，不论经常地或定期存在，是每一个国家中的最高权力。”但是他又强调，立法权虽为最高的权力但也要受到限制。首先，立法权的行使必须受到委托之目的限制，即立法权的行使“在最大范围内，以社会的公共福利为限”。其次，立法机关不能以临时的专断命令来进行统治，而必须按照正式公布的法律进行统治。再次，立法权或最高权力未经本人同意，不能取得任何人的财产的任何部分，即不能侵犯财产权。复次，立法机关不能把制定法律的权力转让给他人。“因为既然它是一种来自人民委托的权力，享有这种权力的人就不能把它转让给别

人”。最后，立法权不是一种终极性权力，因为“社会始终保留着一种最高权力，以保卫自己不受任何团体（即使是他们的立法者）的攻击和谋算”。由此可见，洛克主张的立法权是一种法律之下及人民之下的最高权力。

洛克的分权学说实质上只是立法和行政权分立，而且两权的地位不是平行的，行政权从属于立法权，两权之间不存在相互制约的关系。这只是洛克为1688年的“光荣革命”后建立起来的“立宪君主制”提供理论基础。他的贡献在于提出了分权主张，为孟德斯鸠的三权分立与制衡理论奠定了基础。这也是他对西方政治法律思想重大的理论贡献，对资产阶级国家与法制理论的发展产生了深刻的影响。

此外，本书还蕴含着丰富的自由思想，其中无处不闪烁着自由的火花。洛克把人的自由分为自然自由和社会自由。人的自然自由，就是指不受人间任何上级权力的约束，不处在人们的意志和立法之下。自然自由存在于自然状态之中，只受到自然法的约束；而人的社会自由是指人们订立契约组成政治社会之后所享有的自由。但是，他在具体论述时，总是把自由与法治联系在一起，即自由必须受到法律的制约。“哪里没有法律，那里就没有自

由”。（下篇第36页）但法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由，他说，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来追求他的正当利益，它并不在受这种法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。

【延伸阅读】

[英] 约翰·洛克著：《人类理解论》，关文运译，商务印书馆1991年版。

[英] 约翰·洛克著：《论宗教宽容》，吴云贵译，商务印书馆1982年版。

吕大吉著：《洛克物性理论研究》，中国社会科学出版社1982年版。

【精彩片断】

论自然状态

虽然这是自由的状态，却不是放任的状态。在这个状态中，虽然人具有处理他的人身或财产的无限自由，但是他并没有毁灭自身或他所占有的任何

生物的自由，除非有一种比单纯地保存它来得更高贵的用处要求将它毁灭。自然状态有一种为所有人所应遵守的自然法对它起着支配作用；而理性，也就是自然法，教导着有意遵从理性的全人类：人们既然都是平等和独立的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。……

为了约束所有的人不侵犯他人的权利、不互相伤害，使大家都遵守旨在维护和平和保卫全人类的自然法，自然法便在那种状态下交给每一个人去执行，使每人都有权惩罚违反自然法的人，以制止违反自然法为度。自然法和世界上有关人类的一切其他法律一样，如果在自然状态中没有人拥有执行自然法的权力，以保护无辜和约束罪犯，那么自然法就毫无用处了。而如果有人在自然状态中可以惩罚他人所犯的任何罪恶，那么人人就都可以这样做。因为，在那种完全平等的状态中，根据自然，没有人享有高于别人的地位或对于别人享有管辖权，所以任何人在执行自然法的时候所能做的事情，人人都必须有权去做。

因此，在自然状态中，一个人就是这样地得到支配另一个人的权力的。但当他抓住一个罪犯时，却没有绝对或任意的权力，按照感情冲动或放纵不羁的意志来加以处置，而只能根据冷静的理性和良

心的指示，比照他所犯的罪行，对他施以惩处，尽量起到纠正和禁止的作用。因为纠正和禁止是一个人可以合法地伤害另一个人，即我们称之为惩罚的唯一理由。罪犯在触犯自然法时，已是表明自己按照理性和公道之外的规则生活，而理性和公道的规则正是上帝为人类的相互安全所设置的人类行为的尺度，所以谁玩忽和破坏了保障人类不受损害和暴力的约束，谁就对于人类是危险的。这既是对全人类的侵犯，对自然法所规定的全人类和平和安全的侵犯，因此，人人基于他所享有的保障一般人类的权利，就有权制止或在必要时毁灭所有对他们有害的东西，就可以给予触犯自然法的人以那种能促使其悔改的不幸遭遇，从而使他并通过他的榜样使其他人不敢再犯同样的毛病。在这种情况下并在这个根据上，人人都享有惩罚罪犯和充当自然法的执行人的权利。

(第6~8页)

论政治社会和政府的目的是

如果人在自然状态中是如前面所说的那样自由，如果他是他自身和财产的绝对主人，同最尊贵的人平等，而不受任何人的支配，为什么他愿意放

弃他的自由呢？为什么他愿意丢弃这个王国，让自己受制于其他任何权力的统辖和控制呢？对于这个问题，显然可以这样回答：虽然他在自然状态中享有那种权利，但这种享有是很不稳定的，有不断受别人侵犯的威胁。既然人们都像他一样有王者的气派，人人同他都是平等的，而大部分人又并不严格遵守公道和正义，他在这种状态中对财产的享有就很不安全、很不稳妥。这就使他愿意放弃一种尽管自由却是充满着恐惧和经常危险的状况；因而他并非毫无理由地设法和甘愿同已经或有意联合起来的其他人们一起加入社会，以互相保护他们的生命、特权和地产，即我根据一般的名称称之为财产的东西。

因此，人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的，是保护他们的财产；在这方面，自然状态有着许多缺陷。

第一，在自然状态中，缺少一种确定的、规定了的、众所周知的法律，为共同的同意接受和承认为是非的标准和裁判他们之间一切纠纷的共同尺度。因为，虽然自然法在一切有理性的动物看来，是既明显而又可以理解的，但是有些人由于利害关系而存偏见，也由于对自然法缺乏研究而茫然无知，不容易承认它是对他们有拘束力的法律，可以

应用于他们各自的情况。

第二，在自然状态中，缺少一个有权依照既定的法律来裁判一切争执的知名的和公正的裁判者。因为，既然在自然状态中的每一个人都是自然法的裁判者和执行者，而人们又是偏袒自己的，因此情感和报复之心很容易使他们超越范围，对于自己的事件过分热心，同时，疏忽和漠不关心的态度又会使他们对于别人的情况过分冷淡。

第三，在自然状态中，往往缺少权力来支持正确的判决，使它得到应有的执行。凡是因不公平而受到损害的人，只要他们有能力，总会用强力来纠正他们所受到的损害；这种反抗往往会使惩罚行为发生危险，而且时常使那些企图执行惩罚的人遭受损害。

这样，人类尽管在自然状态中享有种种权利，但是留在其中的情况既不良好，他们很快就被迫加入社会。所以，我们很少看到有多少人能长期在这种状态中共同生活。在这种状态中，由于人人有惩罚别人的侵权行为的权力，而这种权力的行使既不正常又不可靠，会使他们遭受不利，这就促使他们托庇于政府的既定的法律之下，希望他们的财产由此得到保障。正是这种情形使他们甘愿各自放弃他们单独行使的惩罚权力，交由他们中间被指定的人

来专门加以行使；而且要按照社会所一致同意的或他们为此目的而授权的代表所一致同意的规定来行使。这就是立法和行政权力的原始权利和这两者之所以产生的缘由，政府和社会本身的起源也在于此。

(第77~78页)

自由思想

所以我们是生而自由的，也是生而具有理性的；但这并不是说我们实际上就能运用此两者：年龄带来自由，同时也带来理性。……明智的胡克尔在《宗教政治》第一卷第六节中说：“但是什么时候一个人才可以说是已经达到这样的运用理性的地步，以致足以使他能够了解那些他必须用来指导他的行动的法律，这用感觉来辨认要比用技能和学问来决定容易得多。”

……
由此可见，人的自由和依照他自己的意志来行动的自由，是以他具有理性为基础的，理性能教导他了解他用以支配自己行动的法律，并使他知道他对自己的自由意志听从到什么程度。在他具有理性来指导他的行动之前放任他享有无限制的自由，并

不是让他得到本性自由的特权，而是把他投入野兽之中，让他处于和野兽一样的不幸状态，远远地低于人所处的状态。这就是使父母有权管理未成年的儿女的根源。上帝要他们以管教儿女为己任，并赋予他们以适当的慈爱和关切心情，来调节这一权力，而在儿女需要受这一权力的约束期间，按照他的智慧所筹划的那样，为了儿女的好处来行使这一权力。

（第38～39页）

【名言佳句】

所以我们是生而自由的，也是生而具有理性的。

（下篇第38页）

政府的目的是为人民谋福利。

（下篇第139页）

法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由，这是因为在一切能够接受法律支配的人类的状态中，哪里没有法律，那里就没有自由。

（下篇第36页）

人民君主们应该服从上帝和自然的法律，任何人和任何权力都不能使他们不受这个永恒法的约束。

(下篇第119页)

自然法是所有的人、立法者以及其他人的永恒的规范。

(下篇第84页)

(邓慧明)

7. 孟德斯鸠：《论法的精神》

【推荐版本】

[法]孟德斯鸠著：《论法的精神》，（上、下册），张雁深译，1982年商务印书馆版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

1689年1月18日，法国18世纪资产阶级杰出的思想家之一，当时进步的资产阶级向腐朽的封建主义英勇进攻的坚强斗士，古典自然法学派、启蒙思想运动的代表人物、资产阶级国家学说和法学理论的奠基者查理·路易·孟德斯鸠（Charles Louis Montesquieu，1689～1755年），在法国波尔多附近的拉布雷特庄园诞生了。他的祖父和伯父相继担任波尔多法院院长，父亲是军人，母亲早逝，1700年被送往巴黎附近的图里（Tully），接受传统的古典式教育，幼年学习过古希腊语和拉丁语。

由于受家庭的影响，他从小就关心国家政治事务，尤其对法律有浓厚的兴趣。1705年回到故乡波尔多学习法律，1708年，孟德斯鸠获法学学士

学位并担任律师；1714年担任波尔多郡议会议员；1716年继承伯父的波尔多法院院长（议会议长）的职务。

孟德斯鸠对法院院长的职务并没有多大的兴趣，特别是在工作中，他在各种社交场合里，亲眼目睹了上流社会的荒淫奢靡的生活，对封建专制制度失去了信心，孟德斯鸠开始怀疑法律能否做到真正的公允，1726年，孟德斯鸠将世袭的波尔多法院院长职位高价出卖，获得巨额资财后，花了3年时间，周游欧洲，对各国的政治法律、国家制度、民情风俗进行了深入的考察，获得了丰富的材料和广博的学识。他除了专门从事对欧洲各国政制法律的考察外，同时还研究历史、哲学和自然科学。

[1] 1755年，他旅途中染病，去世。

孟德斯鸠于1721年创作出版了《波斯信札》一书，成为了当时畅销书，红极一时。仅仅在5年后的1726年，他因此进入了法国国家文学院，殊荣盖世。

1734年，他的《罗马盛衰原因论》问世，轰动了欧洲学术界，给他带来很高的声誉。但是，真正使孟德斯鸠成为举世闻名的资产阶级卓越思想家的，还是他在1748年发表的重要著作《论法的精神》。

孟德斯鸠所处的时代是17世纪末~18世纪前叶，此时正值法国封建主义和君主专制从发展高峰急剧走向没落的时期，资产阶级革命的时机不断成熟。另外，英国培根的实验主义，法国笛卡儿的理性主义对他产生着深刻的影响。而且在欧洲旅行期间，孟德斯鸠深入研究英国的宪法和议会制度，为《论法的精神》收集资料，经过精心的酝酿和准备，于1748年完成并发表了《论法的精神》这一社会学巨著。

【内容精要】

《论法的精神》以其丰富的内容，崭新的方法成为当时影响最大最深远的一部政治学、法学著作，堪称是“继亚里士多德以后第一本综合性政治著作”。孟德斯鸠以其毕生的精力，整理自己过去发表和没有发表的论文、笔记和著作作为该书的某一章或某一节，将各种思想、见解、观念、风格集合于一体。可以说，该书用尽了他一生的时间去收集、思考和创造。该书1748年出版于日内瓦，出版后受到极大的欢迎，两年中就印行了22版，大有洛阳纸贵之势，外文译本也如雨后春笋般纷纷出版。

在这部著作中，他不仅尖锐地揭露了封建专制制度，反对天主教和神学，更加重要的是，他在这部著作中完整地提出了资产阶级国家和法的理论。尤其是在这部书中他提出的“三权分立”的学说，即国家权力分为立法、行政、司法三种，分别由议会、君主、法院三家掌管，各自独立，相互牵制，彼此平衡，以维系国家的统一。他的三权分立的学说，成了资产阶级政治制度的基本原则。由于书中鲜明的立意、尖利的笔锋，辛辣的讥讽深刻地触动了统治阶级的利益，从而引起了反动统治阶级的敌意，教会和耶稣会对他恨之入骨，巴黎大学还将它列为禁书。为此，孟德斯鸠在1750年匿名发表了名为《对（论法前精神）的辩护》一书。对反对统治阶级的恶意中伤予以回击。

孟德斯鸠憧憬的理想王国是实行立宪、分权和法治的国家。论述这个理想王国是《论法的精神》的一个基本内容。他认为，在以“恐怖”为原则的专制政体下，“人的命运和牲畜一样，就是本能、服从与惩罚”。这种政体必须坚决抛弃。以“品德”为原则的共和政体与自由、平等相通固然有值得称道之处，但也不尽理想。最好的政体是以“荣誉”为原则的君主立宪政体，因为它的直接目的是政治自由。而实现政治自由就必须实行三权分立。

孟德斯鸠把洛克提出的立法、行政和对外三权划分的理论发展成资产阶级典型的分权学说，即立法、行政和司法三权分立。他主张由资产阶级掌握立法权并监督行政权；行政权由君主掌握，君主掌握，君主有权否决立法但无权立法，只能按法律办事；司法权由独立的专门机构来行使。在此基础上，孟德斯鸠还提出了三权互相制约、反对滥用权力的理论：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。”“要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。”孟德斯鸠的政治法律理论正是适应这种时代的要求，反映了当时法国资产阶级的需要，成为他们在反封建斗争中的思想武器。

《论法的精神》书名的由来，据说是受到传记作家罗伯斯·夏克尔顿记载的有关一位名为让·多玛的职业法官撰写的《论法》中的一章《论法的本质与法的精神》的影响。《论法的精神》一书共分上、下两册，6卷31章，长达60余万字，堪称法学发展史上为数不多的鸿篇巨制，其中包含了孟德斯鸠多方面的思想，辐射经济、政治、宗教、历史、地理等领域。并且以其独特方式研究和论述了法理学、宪法学、刑法学、民法学、国际法学等一系列课题，是一部名副其实的资产阶级法学百科全书。探寻和阐释法律的精神是它对法理学的最主要的贡

献。该书上册有三卷19章，下册是三卷12章。

孟德斯鸠开宗明义的给法下了一个定义

——“从最大广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。”他指出自然法之所以称自然法，是因为它们是单纯源于我们生命的本质，是我们在自然状态中所接受的法律，自然法共有四条准则：一是和平、二是觅食、三是人们相互之间存在着自然的爱慕、四是愿过社会生活。在此基础上，孟德斯鸠界定了人类法。他认为，从本质上说，人类法就是人的理性。孟德斯鸠断言，法就是根本理性与各存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系。据此，他认为，人类最初生活在自然状态之中，没有国家也没有国家指定的法律，那时支配人们行为的规则是自然法。但孟德斯鸠不赞成霍布斯说的自然人之间是“人对人像狼一样”的关系，自然状态是“一切人反对一切人的战争状态”。

界定清楚法的定义后，孟德斯鸠开门见山的切入本书主题，提出“法的精神”一词的孟德斯鸠式理解定义。孟德斯鸠把近代思想中的理性主义精神运用到法律的研究中，探讨了法的精神。他认为，广义的法“是由事物的本性派生出来的必然的关系”，法律与地理、土壤、气候、人种、风俗、习

惯、宗教信仰、人口和商业等都有着密切的关系。法的精神就是这些关系的综合。上帝有上帝的法，人有人人的法，世界万事万物莫不遵循一定的法。

《论法的精神》中，孟德斯鸠特别地探讨并强调了政治、法律同地理环境的关系。他认为地理环境对政治法律制度的形成有极大的作用，这是《论法的精神》在法理学上独树一帜的一个主要标志。孟德斯鸠非常强调自然地理环境对社会政治法律制度的作用，甚至认为这种作用具有决定性。他认为，在拥有广阔平原的亚洲不能不实行专制，法律的制定要受到地理环境，尤其是气候、土壤等的决定影响，他的这种观点被称为“地理环境决定论”。

关于政治分类，孟德斯鸠将政治体制划分为共和、君主、专制三种。他认为这三种政体的原则分别是品德、荣誉和恐惧。在专制政体中无法律，统治者靠的是个人的意志和反复无常的性情，在君主政体和共和政体中都是有法可依的。他认为只有在法制的国家里，自由是做法律所许可的事，他还指出，为了保障政治自由的实现，必须实行立法、行政、司法三权分立。他赞扬英国的君主立宪制，主张由资产阶级掌握立法权并监督行政权，行政权由君主掌握；君主有权否决立法，但无权立法，只能按法律办事；司法权由独立的专门机构来行使。这

样，三权分立并相互制约，就可以保障公民的政治自由，因为“一切有权力的人都容易滥用权力”。孟德斯鸠提出了“三权分立和制衡”学说的设想是：立法权属于议会，立法权包括创制权和反对权，相应的议会也分为两院，即贵族院和平民院。而行政权执行的是国家的意志，应由君主或国王行使。军权也由行政机关掌握。司法权由法院行使。法院由人民阶层中选出的人员组成。法官与被告人人地位同等，依法行使司法权。

三权不仅要分立，而且要相互制衡。孟德斯鸠指出：在某种意义上，制衡比分立更重要。具体而言，对立法机关的制约有：立法机关不应自己召集开会，立法机关集会的时间，应由行政权根据它所了解的情况规定会议的召集时间和期限。但是，立法权不应该对等地有钳制行政权的权力，却有权力并应该有权力审查它所制定的法律的实施情况。然而，不论是什么样的审查，立法机关不应有权审讯行政者本身，并因而审讯他的行为。对行政机关的限制有：在一般情况下，行政权只通过否决权参与立法。立法机关对行政机关的违法情况进行监督，对行政首脑的违法行为享有弹劾权。此外，司法机关对立法机关的活动是否违宪和行政机关的执法活动享有监督权。对司法机关的限制有：让立法机关

也掌握部分司法权，贵族违法在贵族院受审，不受普通法院的传讯，以防止司法过于严峻。这三种权力原来应该形成静止或无为状态。不过，事物必然的运动逼使它们前进，因此它们就不能不协调地前进了。[\[2\]](#)

在本书中，孟德斯鸠还探讨了工商业、人口、宗教等问题，探讨了罗马法、法律的变革、部门法理论等众多问题。

【延伸阅读】

[法] 孟德斯鸠：《波斯人信札》
(1721)。

[法] 孟德斯鸠：《罗马盛衰原因论》
(1734)，此书是《论法的精神》的前奏。

【精彩片段】

从最大广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。上帝有他的法；物质世界有它的法；高于人类的“智灵们”有他们的法；兽类有它们的法；人类有他们的法。

在所有这些规律之先存在着的，就是自然法。所以称为自然法，是因为它们是单纯渊源于我们生命的本质。如果要很好的认识自然法，就应该考察社会建立以前的人类。自然法就是人类在这样一种状态之下所接受的规律。

自然法把“造物主”这一观念印入我们的头脑里，诱导我们归向他。这是自然法最重要的一条，但并不是规律的顺序中的第一条。当人还在自然状态的时候，他应该是只有获得知识的能力，而知识却是不多的。显然，他最初的思想绝不会是推理的思想。他应该是先想如何保存自己的生命，然后才能再去推究他的生命的起源。这样的一个人只能首先感觉到自己是软弱的；他应该是极端怯懦的。如果人们认为这点还需要证实的话，那么可以看看森林中的野蛮人。什么都会使他们发抖，什么都会使他们逃跑。

在这种状态下，每个人都有自卑感，几乎没有平等的感觉。因此，他们并不想互相攻打。和平应当是自然法的第一条……

人类感觉到软弱，又感觉到需要。所以自然法的另一条就是促使他去寻找食物。

我曾说，畏惧使人逃跑，但是互相畏惧的表现

却使人类互相亲近起来。此外，一个动物当同类的另一个动物走近时所感觉到的那种快乐，诱使它们互相亲近。加之，两性由于彼此间的差异而感觉到的情趣也会增加这种快乐。因此，相互之间经常存在着自然的爱慕，应当是自然法的第三条。

人类除了最初的感情而外，又逐渐得到了知识。这样，他们之间便产生了第二种的联系，这是其他动物所没有的。因此，他们有了一个互相结合的新理由；愿望过社会生活，这就是自然法的第四条。

（上册，第4~5页）

法律应该同已建立或将要建立的政体的性质和原则有关系；不论这些法律是组成政体的政治法规，或是维持政体的民事法规。

法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形势与面积有关；和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。最后，法律和法律之间也有关系，法律和它们的渊源，和立法者的目的，以及和作为法律建立的基础的事物的秩序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律。

这就是我打算在这本书里所要进行的工作。我将研讨所有的这些关系。这些关系综合起来就构成所谓“法的精神”。

（上册，第6~7页）

从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。我们可以有一种政制，不强迫任何人去做法律所不强制他做的事，也不禁止任何人去做法律所许可的事。

.....

每一个国家有三种权力：（一）立法权力；（二）有关国际法事项的行政权力；（三）有关民政法规事项的行政权力。

依据第一种权力，国王或执政官制定临时的或永久的法律，并修正或废止已制定的法律。依据第二种权力，他们媾和或宣战，派遣或接受使节，维护公共安全，防御侵略。依据第三种权力，他们惩治犯罪或裁决私人诉争。我们将称后者为司法权力，而第二种权力则简称为国家的行政权力。

.....

司法权不应给予永久性的元老院，而应由选自人民阶层中的人员，在每年一定的时间内，依照法律规定的方式来行使；由他们组成一个法院，它的存续期间要看需要而定。

这样，人人畏惧的司法权，既不为某一特定阶级或某一特定职业所专有，就仿佛看不见、不存在了。法官不经常出现在人们的眼前；人们所畏惧的是官职，而不是官吏了。

即使在控告重罪的场合，也应允许罪犯依据法律选择法官；或者至少允许他要求许多法官回避，结果所剩余的审案的法官就像都是由他选择的了。

其他的两种权力则可以赋予一些官吏或永久性的团体，因为这二者的行使都不以任何私人为对象；一种权力不过是国家的一般意志，另一种权力不过是这种意志的执行而已。

但是法院虽不应固定，然而判例则应该固定，以便做到裁判只能是法律条文的准确解释。如果裁判只是法官的私人意见的话，则人民生活在社会中将不能确切地知道他所承担的义务。

法官还应与被告人处于同等的地位，或是说，法官应该是被告人的同辈，这样，被告人才不觉得他是落到倾向于用暴戾手段对待他的人们的手里。

如果立法机关让行政机关有权利把能够为自己的善良行为提出保证的公民投入监狱的话，自由就不再存在了；但是，如果他们犯了法律规定的重罪，需要立刻加以逮捕追究刑事责任时，则不在此限。在这种场合，他们只是受法律力量的支配，所

以仍旧是真正自由的。

但是，如果立法机关认为由于某种危害国家的阴谋或通敌情事，国家已处于危险境地的时候，它可以在短促的、一定的期间内，授权行政机关，逮捕有犯罪嫌疑的公民；这些人暂时失去了自由，正是为了保持他们的自由于永远。

.....

我所谓创制权，是指自己制定法令或修改别人所制定的法令的权利。我所谓反对权，是指取消别人所作决议的权利；这是罗马护民官的权力。虽然有否决权的人也就可能有批准权，但是，这种批准只是他不行使否决权的一种表示而已，是从否决权中引申出来的。

行政权应该掌握在国王手中，因为政府的这一部门几乎时时需要急速的行动，所以由一个人管理比由几个人管理要好些；反之，属于立法权力的事项由许多人处理则比由一个人处理要好些。

立法机关不应自己召集开会。因为一个团体只有在开了会之后才能被认为具有意志；而且，如果它不是全体都参加会议的话，便有参加会议的一部分和未参加会议的一部分，就说不清哪一部分真正是立法机关了。又如果立法机关有自己闭会的权利的话，它就可能永不闭会。在它想侵犯行政权的时

候，这是一件危险的事。此外，立法机关集会的时间，有适宜的，也有不适宜的，所以，行政权应根据它所了解的情况规定会议的召集时间和期限。

如果行政权没有制止立法机关越权行为的权利，立法机关将要变成专制；因为它会把它所能想象到的一切权力都授予自己，而把其余二权毁灭。

但是，立法权不应该对等地有钳制行政权的权利。因为行政权在本质上是有范围的，所以用不着再对它加上什么限制；而且，行政权的行使总是以需要迅速处理的事情为对象。罗马护民官拥有不当的权力，他们不但可以钳制立法而且可以牵制行政，结果造成极大的弊害。

不过，虽然在一个自由国家中，立法权不应有钳制行政权的权利，但是它却有权利并应该有权利审查它所制定的法律的实施情况；英格兰政府比克里特和拉栖代孟优越的地方，就在于此。克里特的国家评议员和拉栖代孟的民选长官关于他们的施政情况都不必提出报告。

然而，不论是什么样的审查，立法机关不应有权审讯行政者本身，并因而审讯他的行为。他本身应该是神圣不可侵犯的，因为行政者之不可侵犯，对国家防止立法机关趋于专制来说是很必要的，行政者一旦被控告或审讯，自由就完了。

.....

这三种权力原来应该形成静止或无为状态。不过，事物必然的运动迫使它们前进，因此它们就不能不协调地前进了。

行政权仅能通过“反对权”参与立法，而不能参加立法事项的辩论。它甚至无须提案，因为它既然总是可以不批准决议案，它就能够在它所不愿意人们提出的议案。

(上册第154~164页)

【名言佳句】

从最大广泛的意义上来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。

(上册第1页)

在一个国家里，也就是说，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情。

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。

(上册第154页)

从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。我们可以有一种政制，不强迫任何人去做法律所不强制他做的事，也不禁止任何人去做法律所许可的事。

(上册第154页)

当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。

如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合二为一，法官便握有压迫者的力量。

如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决策权和裁判私人犯罪或争诉权，则一切便都完了。

(上册第156页)

(张 平)

注 释

[\[1\]](#) 何勤华主编：《西方法学名著精粹》，中国政法大学出版社2001年版，第65页。

[\[2\]](#) 郭成伟主编：《中外法学名著指要》，中国法制出版社2000年版，第406页。

8 . 卢梭：《社会契约论》

【推荐版本】

[法]卢梭著：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

卢梭 (Jean-Jacques Rousseau , 1712 ~ 1778年) 是一个以心灵的力量震撼整个时代的伟大的法国思想家，一位用反叛精神斩除旧罗网的杰出的思想启蒙者，一位饱含激情并且极具个性的卓越的文学家、演说家、教育家甚至音乐家；但是，毫无疑问，他同时也是他那个时代最孤独、最受非议和最受攻击的流浪者，尽管在思想上他坚定地捍卫着自己的家园。[\[1\]](#)

卢梭出生在日内瓦，但他的大半生却是在法国度过。卢梭生活在理性的时代，但他却是一个浪漫主义者，他思想的基础不是理性而是情感。苦难的生活、日内瓦的自由气息陶冶并造就了卢梭“不甘束缚和奴役的性格”，铸成了卢梭平民的自由平等

的法律观。卢梭1712年6月出生于瑞士日内瓦一个贫穷的钟表匠家庭，出生后仅九天就失去了母亲。10岁时父亲又因与人决斗离开日内瓦，使卢梭成了孤儿，监护人把他托付给郎拜尔西埃牧师抚养。12岁时他被送到本城法院书记官那里学习“承揽诉讼”，后被赶出大门。13岁时他跟粗暴的师傅学习雕刻，因不堪虐待，弃职逃走，开始了长达13年的颠沛流离、寄人篱下的辛酸生活。卢梭全靠自学成为一代宗师。他从小酷爱读书，常常与充满幻想的父亲夜读到天明。12岁时学习拉丁文，在华伦夫人家时得以博览群书。1740年，卢梭到里昂司法长官德·马布利家做家庭教师。1742年到巴黎，其才华得到了一些贵妇人的赏识，也逐渐结识了许多启蒙思想家，从而得以进入上层社会的沙龙。

卢梭与狄德罗过往甚密。1750年在狄德罗被关在巴士底狱期间，他每天步行16里路去看望，一天的路上他看到一本名为《水星》的杂志上刊登的第戎科学院征奖的公告——要求就《科学与艺术的进步是有助于伤风败俗或是移风易俗呢？》作出答案。他偶发感想，并与狄德罗交换意见，回到家后即写了《论科学与艺术》一文应征，并获得大奖，遂使他一举成名。该文立意奇特，认为科学与艺术的发展不仅不能促进道德的进步，反而导致道德的

堕落。此文真正的用意并不是批判科学艺术本身，而是科学艺术的资本主义使用。这一点没有被人们所觉察，因而这一文章引起了一些启蒙学者的猜疑和不满。伏尔泰在给卢梭的赠书回信中写道：“从没有人用过这么大的智慧企图把我们变成牲畜，读了你的书，真的令人渴慕用四只脚走路了。”

1754年，第戎科学院再次发出征文启事，他又应征写作了《论人类不平等的起源和基础》的长文，深刻而系统的探索了人类社会不平等产生的根源和历史。1756年他开始撰写一部更宏大的系列性学术著作——《政治制度论》，但只写出了一部分，后来感觉它所需时间太长就放弃了。只是把其中可独立的部分抽出来命名为《社会契约论》，于1762年出版，“其余的则付之一炬”。其间，卢梭还写了一部教育学著作——《爱弥尔》（1762年）和一些戏剧。卢梭在这些著作中对封建制度的批判，以及他与一些贵族妇人的过分亲密的关系，招致了法国统治者的严重迫害和亲朋好友的非议，致使他难以在法国容身。《爱弥尔》一书出版后他遭到通缉，不得不逃亡瑞士，后受哲学家休谟之邀去英国。1767年被赦免后才重新回到巴黎，但仍受到种种社会非议，过着一种与世隔绝的日子。

为了消除人们对他的种种误解，也为了对自己

的一生做一个总结，他写了《忏悔录》（1765~1770年），其文笔之流畅，刻画心理之细腻给读者以强烈的感受，现在作为西方文学名著流传于世。1778年7月2日早晨，一个孤独的人，同时也是一个伟大的人在病痛之中不无遗憾地离开了这个给他带来太多苦难同时也使他千载流芳的人世。一个生前如此饱受教会、世俗仇视但却给人类留下丰富思想遗产的人，是真的进入了地狱，还是升上了天堂？

卢梭一生著述颇多，主要有：《论科学与艺术》（1749年）、《论人类不平等的起源和基础》（1753年）、《致达朗贝尔论戏剧的通信》（1753年）、《新爱洛漪丝》（1761年）、《爱弥尔》（1762年）、《忏悔录》（1765~1770年），其中最重要的、影响最大的、也是最闪烁思想光辉的著作是《社会契约论》一书。

《社会契约论》成书于1762年。当时，法国政治黑暗，社会十分腐败，阶级矛盾非常尖锐。而与此同时，法国思想界也兴起了一场波澜壮阔、声势浩大的思想启蒙运动。启蒙思想家高举反对神权、主张人权，反对专制、主张民主，反对特权、主张平等的人文主义旗帜。对社会旧秩序、社会丑恶和政治腐败进行了全面的批判和抨击。卢梭的

《社会契约论》就是针对这样的社会现实而提出的理性思考。从总体上讲，“《社会契约论》不仅是批判性的、否定性的、破坏性的，而且是建设性的，他在突破旧的政治制度、法律制度框架的同时，更着重探索新的制度建设问题，试图勾画未来社会的蓝图，为社会变革鸣锣开道”。[\[2\]](#)

【内容精要】

本书的第一卷是在基本原理上对社会契约加以研究，这是《社会契约论》一书的精华所在，其余三卷皆可说是将本卷中所确立的论点予以发挥和推论而已。卢梭在第一卷第一章开篇即提出：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。自以为是其他一切的主人的人，反而比其他一切更是奴隶。”（第4页）人是生而自由、平等的，然而，却处处受到社会重荷的压抑，其原因何在？这便是问题的开始。而卢梭在这本书中的任务，就是要解释这个问题，而答案也许就是社会契约的目的和结果。他指出，社会秩序就是一项神圣权利，它为其他一切权利提供了基础。这项神圣的权利不是出于自然，而是建立在约定之上。

卢梭在本书第一卷中对自己的学说作了详细的

阐述。他认为：

第一，真正的社会契约是人民自由协议的产物，是政治共同体与它的各个成员之间的约定，而不是个人与个人之间、上级与下级之间、统治者与被统治者之间的约定。国家是由社会契约产生的，个人与国家的关系就是社会契约的关系。

第二，订立社会契约的根本目的和任务，就是“要寻找出一种结合的形式，使它能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财富，而同时又使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从自己本人，并且仍然像以往一样地自由”（第19页）。

第三，人们在订立社会契约时，都必须把自己全部地奉献出来，把自己的权利毫无保留地转让给整个集体，如此才可以做到对于所有人的条件都是相同的。假如一些人全部转让，而另外一些人只转让一部分，那么后果就可能使社会或国家变成另外一些人推行暴政的工具。而且，也只有全部转让，才能做到没有任何人奉献出自己，而人们可以从社会得到同样的权力，并增加社会的力量以保护自己。通过这种方式建立的集体表现了人民最高的共同意志。这个意志就是“公意”。“公意”在卢梭的政治理论中占有重要地位，其社会契约理论、

人民主权理论、法律理论都与此有关。其社会契约论的本质就在于：“我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下，并且我们在共同中接纳每一个成员作为全体之不可分割的一部分”（第20页）。

第四，在政治国家因社会契约而产生的同时，人的方面也产生了极其重要的变化。正义代替了本能，义务代替了冲动，权利代替了情欲，就这样，道德的、社会的价值在人类之中产生了，人成了真正的“人”，直截了当地显示这个转变的是自由。卢梭认为，自由是人类固有的本质，但社会契约把自由本身的意义加以转变，将其提升到更高的层次，它排除了个人无拘无束的“自然的自由”，而使人具有“社会的自由”，社会的自由受制于公意，但是公意既是所有人的共同意志，故它也等于是个人的意志，因此服从公意也就是服从个人的意志。这样，人获得了道德的自由——自律，而使人成为自己真正的主人。

第五，既然根据契约产生的国家是为着实现公意——共同意志、公共幸福、公共利益而存在和实行统治的，那么，当统治者违背契约，破坏公意，损坏人民的公共利益时，特别是当人民的自由、财产被暴力夺去时人民就有权取消契约，用暴力将自

由与财产再夺回来。这样，卢梭的契约学说既不同于格老秀斯的否认人民的意志高于统治者意志的社会契约学说，又不同于霍布斯的强调君主拥有至高无上的绝对权力的社会契约学说，也不同于洛克的为君主立宪制服务的契约学说。

基于公意的社会契约论的逻辑结果便是卢梭的人民主权论。人民主权论被认为是卢梭理论的最高成就，从而也被认为是近代自然法理论的最高成就

[3]。卢梭认为，社会契约所构成的统一政治体，存在一种超乎各成员之上的绝对权力。这种权力在受公意指导时，就是主权。卢梭认为，国家主权属于全体人民，亦即，主权是一个整体的人民共同体，个人仅仅是其中的一个成员。卢梭认为，主权具有如下特征：

第一，主权是不可转让的。主权之所以不能让渡是因为公共意志是化合存在的人民共同意志，属于公共的，所以不能把这种意志让渡给特殊的个人或团体，由他们来代表。这里，卢梭还分析了个别意志和公意的区别。他说，在事实上，个别意志与公意在某些点上互相一致是有可能的，然而不可能经常而持久地保持一致，因为个别意志因其本性总倾向于偏私，而公意则总是倾向于平等。

第二，主权是不可分割的。其原因在于主权是

一个整体，是全体人民的共同意志，任何分割都将使公意变成个别意志，而使主权不存在。他说：“意志要么是公意，要么不是；它要么是人民共同体的意志，要么就只是一部分人的。”（第33页）卢梭用主权不可分割的原则反对洛克、孟德斯鸠的分权理论。他认为，分权学的错误在于把主权的表现当作主权的构成部分，分权学说类似一个日本的巫术师，即把一个孩子肢解抛上天空之后，还可以从天上掉下一个活生生的孩子。

第三，主权是绝对的、完全神圣的和不可侵犯的。卢梭说，公意的形成与其说是投票的数目，倒不如说是人们结合在一起共同利益。因此，一方面，主权权力是完全绝对的、完全神圣的和完全不可侵犯的；另一个方面，它却也不会超出公共约定的界限，人人都可以任意处置这种约定所留给自己的财富和自由。主权者虽然有普遍的强制力来支配它的各个成员，但是他永远也不能对某一个臣民要求得比另一个臣民更多。否则的话，事情就发生了变化，他的权力也就不再有效了。

第四，主权不可代表。卢梭认为，与主权不可转让同理，主权也是不可代表的。因为本质上主权是由公意组成的，而意志又是绝不可以代表的，它只能是同一意志，或者是另一意志，而绝不能有什

么中间的东西。因此，“人民的议员就不是、也不可能是人民的代表，他们只不过是人民的办事员罢了；他们并不能做出任何肯定的决定。凡是不曾为人民所亲自批准的法律，都是无效的；那根本就不是法律”（第120页）。

接着，卢梭在《社会契约论》的第三卷中讨论了政体即政府形式问题。他认为，政府掌有行政权，这种行政权隶属于作为作为主权者之行为的立法权。同时，政府的成立不是基于契约，而是由主权者的意志即法律产生的。政府只不过是接受人民的委托行使行政权而已，所以不能是人民的主人，政府的功能在于执行法律及维持政治的、社会的自由，只是人民和主权体之间的中介体。使行政权隶属于立法权这个概念，就卢梭而言，也关系到原则上承认人民的革命权，卢梭对于政治体制的颠覆，采取了一种谨慎的态度，但即使如此，他仍然认为，为了贯彻人民主权的理念，人民可以凭借其意志任用行政权力或罢免之。政府可以采取种种政治形态，在原则上，“负责的人越多，则处理事务就越慢；由于过分审慎，人们对于时机就会重视不够，就会坐失良机；并且由于反复考虑，人们往往会失掉考虑的结果”。（第80页）因此“行政官对政府的比率应该是和臣民对主权者的比率成反比

的”（第80页）。

具体来说，政府可以采取种种政治形态，卢梭根据掌握政府权力的人数多少，把政府分为四种基本形态：第一，民主制。主权者把政府委之于全体人民或者绝大部分的人民，从而使做行政官的公民多于个别的单纯的公民，这种政府形式就名之为民主制。第二，贵族制。卢梭说，把政府仅限于少数人手里，从而使单纯的公民数目多于行政官，这种政体就是贵族制。第三，君主制。卢梭说，把政府集中于一个独一无二的行政官之手，即为君主制。第四，混合制。在卢梭看来，根本就没有单纯的政体，一般都是混合的。如一个君主必定有下级行政官吏。一个全民政府必定要有一个元首等。卢梭说，强力的极限与软弱的极限同样地出现在单一的政府之下，而混合的形式则产生适中的力量。

就卢梭向往的理想政体而言，他比较看重宗法式的小共和国。在这种国家中，全体人民或大多数人民能够参与国家活动，直接掌握国家主权，亲自指定和通过法律，保证法律的正义性，保证人民的自由平等权利。在这里，卢梭使用孟德斯鸠的研究成果，把政府理论和特定的地理环境联系起来。地理环境、风俗习惯等都与政府的特点和形式有关，每一种政府形式，在一定情况下都可以是最好的。

最后，卢梭在《社会契约论》的第四卷中进一步阐明了巩固和加强国家体制的方法。在“公意是不可摧毁的”这一前提之下，卢梭分别论述了投票、选举、罗马人民大会、保民官制、独裁制、监察官制和公民宗教等在国家治理中各项具体的制度及其运作程序。其中问题最多、争论也最多的是公民宗教部分，卢梭把宗教分为两种：人类的宗教与公民的宗教。人类的宗教没有神殿，也没有仪式，只有对最高的神加以纯粹的、内在的膜拜，因此它亦可称为自然的、神法的宗教；而公民的宗教，则是各国自行规定的宗教，有法定的、外在的膜拜，规定该供奉什么守护神，这种宗教，其教条只在该国内部传播，其他国家的国民都被视为异教徒。前者与国家不具有任何关系，这种宗教把人类的心灵从尘世导向天国，所以对于国家中的社会精神而言，是有害的；后者则以国家为宗教崇拜的对象，因此它最能强化社会的结合。主权体虽不能强迫人们信教，却可以把不信仰那些教条的人驱逐出国境，同时对于那些公开承认信奉那些教条，而行为却像不信奉教条的人，不妨处以死刑。不宽容是这种宗教的缺点，除此以外，它对政治社会是最有益的。

经过全书的论述之后，卢梭在该书的最后一章

向人们透露了他的真实意图，正是在这里，卢梭将其集权的民主主义思想暴露无遗，也正是在这里，才导致了以后的国家主义思想，在学说上产生了黑格尔的国家崇拜论，在政治上导致了罗伯斯庇尔与希特勒的国家集权。因此，英国伟大的哲学家罗素认为卢梭是“那种与传统君主专制相反的伪民主独裁的政治哲学的发明人”，“希特勒是卢梭的一个结果”[\[4\]](#)。

【延伸阅读】

[法]卢梭著：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，商务印书馆1962年版。

[法]卢梭著：《新爱洛漪丝》，伊信译，商务印书馆2002年版。

[法]卢梭著：《爱弥尔》，李平沅译，商务印书馆1987年版。

[法]卢梭著：《卢梭忏悔录》，盛华东译，华夏出版社2003年版。

[法]罗曼·罗兰著：《卢梭的生平和著作》，王子野译，三联书店1993年版。

【精彩片段】

一、社会契约论

第六章 论社会公约

我设想，人类曾达到过这样一种境地，当时自然状态中不利于人类生存的种种障碍，在阻力上已超过了每个个人在那种状态中为了自存所能运用的力量。于是，那种原始状态便不能继续维持；并且人类如果不改变其生存方式，就会消灭。

然而，人类既不能产生新的力量，而只能是结合并运用已有的力量；所以人类便没有别的办法可以自存，除非是集合起来形成一种力量的总和才能够克服这种阻力，由一个唯一的动力把它们发动起来，并使它们共同协作。

这种力量的总和，只有由许多人的汇合才能产生；但是，既然每个人的力量和自由是他生存的主要手段，他又如何能致身于力量的总和，而同时既不致妨害自己，又不致忽略对于自己所应有的关怀呢？这一困难，就我的主题而言，可以表述为下列的词句：

“要寻找出一种结合的形式，使它能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财富，并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从其本人，并且仍然像以往一样地

自由。”这就是社会契约所要解决的根本问题。

.....

这些条款无疑地也可以全部归结为一句话，那就是：每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体。因为，首先，每个人都把自己全部地奉献出来，所以对于所有的人条件便都是同等的，而条件对于所有的人既都是同等的，便没有人想要使它成为别人的负担了。

其次，转让既是毫无保留的，所以联合体就会尽可能地完美，而每个结合者也就不会再有什么要求了。因为，假如个人保留了某些权利的话，既然个人与公众之间不能够再有任何共同的上级来裁决，而每个人在某些事情上又是自己的裁判者，那么他很快就会要求事事都如此；于是自然状态便会继续下去，而结合就必然会变为暴政或者是空话。

最后，每个人既然是向全体奉献出自己，他就并没有向任何人奉献出自己；而且既然从任何一个结合者那里，人们都可以获得自己本身所让渡给他的同样的权利，所以人们就得到了自己所丧失的一切东西的等价物以及更大的力量来保全自己的所有。

因而，如果我们撇开社会公约中一切非本质的东西，我们就会发现社会公约可以简化为如下的词

句：我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下，并且我们在共同体中接纳每一个成员作为全体之不可分割的一部分。

只是一瞬间，这一结合行为就产生了一个道德的与集体的共同体，以代替每个订约者的个人；组成共同体的成员数目就等于大会中所有的票数，而共同体就以这同一个行为获得了它的统一性、它的公共的大我、它的生命和它的意志。这一由全体个人的结合所形成的公共人格，以前称为城邦，现在则称为共和国或政治体；当它是被动时，它的成员就称它为国家；当它是主动时，就称它为主权者；而以之和它的同类相比较时，则称它为政权。至于结合者，他们集体地就称为人民；个别地，作为主权权威的参与者，就叫做公民，作为国家法律的服从者，就叫做臣民。但是这些名词往往互相混淆，彼此通用；只要我们在以其完整的精确性使用它们时，知道加以区别就够了。

（第18～22页）

第七章 论主权者

从上述公式可以看出，结合的行为包含着—项公众与个人之间的相互规约；每个个人在可以说是与自己缔约时，都被两重关系所制约着：即对于个人，他就是主权者的一个成员；而对于主权者，他

就是国家的一个成员。但是在这里却不适用民法上的那条准则，即任何人都无需遵守本人对自己所订的规约；因为自己对自己订约，和自己对自己只构成其中一部分的全体订约，这两者之间是大有区别的。

还必须指出：由于对每个人都需就两重不同的关系加以考虑的缘故，所以公众的决定可以责成全体臣民服从主权者，然而却不能以相反的理由责成主权者约束其自身；因此，主权者若是以一种为他自己所不得违背的法律来约束自己，那便是违反政治共同体的本性了。既然只能就唯一的同一种关系来考虑自己，所以就每个人而论也就是在与自身订约；由此可见，并没有而且也不可能有任何一种根本法律是可以约束人民共同体的，哪怕是社会契约本身。这并不是说，这一共同体在绝不损害这一契约的条件之下也不能与外人订约了，因为就其对外而论，它仍是一个单一体，是一个个体。

但是政治共同体或主权者，其存在既只是出于契约的神圣性，所以就绝不能使自己负有任何可以损害这一原始行为的义务，纵使是对于外人也不能；比如说，转让自己的某一部分，或者是使自己隶属于另一个主权者。破坏了那种它自己所赖以存在的行为，也就是消灭了自己，而并不存在的东西

是不能产生出任何东西来的。

一旦人群这样地结成了一个共同体之后，侵犯其中的任何一个成员就不能不是在攻击整个的共同体；而侵犯共同体就更不能不使它的成员同仇敌忾。这样，义务和利害关系就迫使缔约者双方同样地要彼此互助，而同是这些人也就应该力求在这种双重关系之下把一切有系于此的利益都结合在一起。

再者，主权者既然只能由组成主权者的各个人所构成，所以主权者就没有而且也不能有与他们的利益相反的任何利益；因此，主权利力就无需对于臣民提供任何保证，因为共同体不可能想要损害它的全体成员；而且我们以后还可以看到，共同体也不可能损害任何个别的人。主权者正由于他是主权者，便永远都是他想当然的那样。

.....

因而，为了使社会公约不至于成为一纸空文，它就默契地包含着这样一种规定——唯有这一规定才能使其他规定具有力量，——即任何人拒不服从公意的，全体就要迫使他服从公意。这恰好就是说，人们要迫使他自由。因为这就是使每一个公民都有祖国从而保证他免于一切人身依附的条件，这就是造成政治机器灵活运转的条件，并且也唯有它

才是使社会规约成其为合法的条件。没有这一条件，社会规约便会是荒谬的、暴政的，并且会遭到最严重的滥用。

(第22~25页)

我现在就要指出构成全部社会体系的基础，以便结束本章与本卷：那就是，基本公约并没有摧毁自然的平等，反而是以道德的与法律的平等来代替自然所造成的人与人之间的身体上的不平等；从而，人们尽可以在力量上和才智上不平等，但是由于约定并且根据权利，他们却是人人平等的。

(第30页)

【名言佳句】

人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。自以为是其他一切的主人的人，反而比其他一切更是奴隶。

(第4页)

因此我要说：主权既然不外是公意的运用，所以就永远不能转让；并且主权者既然只不过是一个集体的生命，所以就只能由他自己来代表自己；权力可以转移，但是意志却不可以转移。由于主权是

不可转让的，同理，主权也是不可分割的。
(第31页)

(孔 晶)

注 释

[\[1\]](#) 参见何勤华主编：《西方法学家列传》，中国政法大学出版社2002年版，第122页。

[\[2\]](#) 郑鹏程著：《卢梭——社会契约论》，载李龙主编《西方法学名著提要》，江西人民出版社1999年版，第168页。

[\[3\]](#) 徐爱国、李桂林、郭义贵著：《西方法律思想史》，北京大学出版社2002年版，第168页。

[\[4\]](#) [英]罗素著：《西方哲学史》[下]，何兆武、李约瑟译，商务印书馆1981年版，第225页。

9. 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》

【推荐版本】

[意] 贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

贝卡利亚（Cesare Beccaria，1738～1794年）意大利刑法学家，古典刑事学派的创始人和最重要的代表人物。生于米兰的一个没落贵族家庭。16岁时，进入帕维亚大学攻读法律专业，1758年获得法学学士学位后回到米兰，加入了当时很时髦的一个文人俱乐部“被改造者学社”。在那里，他认识了后来对他影响很大的民主主义者、经济学家彼得罗·韦里（Pietro Verri）。后者有着强烈的民主自由思想，不甘心在被改造者学社默默无闻，便在自己的家中成立“拳头社”。贝卡利亚和一些年轻的数学家、法学家和经济学家都参加了这个社团。1762年，贝卡利亚发表了她的处女作《论米兰公国1762年货币混乱及其救治》，这本书为当

时的金融改革做出了一定的理论贡献，使得贝卡利亚开始崭露头角。1764年，他发表了代表作《论犯罪与刑罚》。随后，他又发表了《法劳内》（关于一种纸牌赌博的文章）、《试析走私》、《对弃权的回答》、《论风格》等涉及不同领域的文章，展现了他广泛的兴趣和非凡的才华。

年仅26岁的贝卡利亚就能写出这么一部轰动世界的巨作，决不仅仅是靠天分。首先，他的兴趣广泛，视野开阔，这为他理性的思考刑法问题提供了帮助。从他的生平经历中，我们可以看到他未成年时就以数理课程好而出名，这一般是文人缺乏的。其次，他20岁时加入了一个很好的社团——拳头社。在那里，他接触了很多很有思想的成员，思想受到启迪，成员专业领域的不同给他提供了从不同角度思考问题的土壤。1763年，在“拳头社”成员的建议下，他才开始准备写一篇关于敏感议题——刑事立法批判——的书。再次，他所处的时代也起了一定的作用。18世纪上半期，法国思想启蒙运动的完善推动了欧美的思想解放运动，从而有力地冲击了旧思想，而兴起于17世纪的理性学说（启蒙运动的理论基础）更是为自然法理论、社会契约论、人权理论等的提出提供了基础。这些，决定了贝卡利亚所处的时代是一个思想开始解放、言论开

始自由的活跃舞台。最后，韦里兄弟的帮助也很重要。贝卡利亚虽然毕业于法律专业，但他对当时的刑事制度却缺乏直接和深刻的理解，在这方面给他以重要帮助的是韦里的弟弟亚历山德罗。亚历山德罗曾担任过“囚犯保护人”的职务，对当时刑事制度中种种黑暗的、残酷的和蒙昧的情况很了解。就这样，在韦里和亚历山德罗兄弟的帮助下，贝卡利亚一边收集有关刑事立法和司法实践的素材，一边进行写作。最终发表了这篇在刑法思想史上的标志性著作。

这本书一经出版，就销售一空。先后被翻译成多种文字。根据估计，在18世纪末，《论犯罪与刑罚》的各种版本不下60种，成为“自《圣经》以来译本最多的著作之一”。《论犯罪与刑罚》的成功，给贝卡利亚的事业也带来了成功。他于1768年11月被奥地利女王授予米兰宫廷学校经济贸易教授的职位，并规定其讲座是一切经济和金融专业的学生的必修课。1794年11月28日，贝卡利亚因中风在米兰的家中去世。

贝卡利亚的一生具有两面性，他敢于在《论犯罪与刑罚》这本书中对17世纪刑罚的黑暗进行批判，在现实生活中却又是“胆怯”的。他1766年到巴黎访问的表现和1764年本书发表后他的表白

都暴露了这一点。他的性格和他的观念也是矛盾的。他曾谴责8年的教会学校生活遏止了心灵中的人道情感，但却把自己的大女儿送进了修道院学校，而且深切体会过父母干涉子女婚姻苦果的他，还强迫大女儿嫁给了一个比她大26岁的鳏夫，也许刑法史上几乎同贝卡利亚齐名的刑事人类学鼻祖切撒雷·龙勃罗梭的解释很能说明问题：每个天才都同时是一个精神病人。

【内容精要】

《论犯罪与刑罚》可谓现代刑罚理念的奠基石，书中闪耀着贝卡利亚智慧、理性的光芒。他深刻的洞察力和理解力同样令这本书生色不少。全书除“致读者”外共分42章，结构看似很散，实际上是有规律的。这是法文译者、著名“百科全书派”学者莫雷莱编排的章节次序，贝卡利亚本人也认为这种调整过的次序要比原作的次序（47章）更为自然和可取。每一章就是关于一个主题的小论文。从刑罚的起源到如何预防犯罪，囊括了刑事制度的各个方面，既有总体性的论述，也有对某一类犯罪甚至是某一个犯罪的论述，既有对刑事立法理论之思考和推理，也有对具体的刑事制度的完善提

出的建议。

概括起来，本书中涉及的主题有：（1）刑罚的起源；（2）法官不应该具有法律解释权；（3）罪刑法定和刑罚相适应；（4）刑罚人道主义；（5）刑罚以预防为目的；（6）公民在适用法律上一律平等；（7）无罪推定；（8）取消刑讯；（9）废除死刑。

18世纪，法国启蒙思想家卢梭提出了社会契约论，该理论认为人生是完全自由的，只是由于生存斗争日益尖锐，才为了平安地享受自己的自由而将部分自由交给社会统一掌管，即社会是基于人们订立的契约而发生作用。贝卡利亚在继受这一理论的基础上阐述了刑罚的起源：认为“人们牺牲一部分自由是为了平安无扰地享受剩下的那部分自由。为了切身利益而牺牲的这一部分自由总合起来，就形成了一个国家的君权”。（第8页）但是实行这种保管还不够，还必须保卫它不受私人的侵犯，这就需要有些“易感触”的力量即刑罚来制约活生生的物质刺激所诱发的欲望来，使人们剩下的那部分自由不受侵犯，这就产生了刑罚。

那么谁有权对法律解释呢？刑事法官没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者。一个人的知识和他的观念是相互联系的，知识越是复杂，观

点的差距越大。不同的时间里，会从不同的角度看待事物。“因而，法律的精神可能会取决于一个法官的逻辑推理能力是否良好，对法律的领会如何；取决于他感情的冲动；取决于被告人的软弱程度；取决于法官与被侵害者间的关系；取决于一切足以使事物的面目在人们波动的心中改变的、细微的因素”（第13页）。当一部法典已经制订以后，就应当严格遵守，法官的唯一使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。当法律规范不再有争议的时候，人们就不会再受小型的多数人专制的摆布。

这个观点并没有被所有的国家接受，总体上看，判例法国家都认为法官可以解释，而大陆法系国家则相反。在我国，法律的解释权属于立法机关和司法机关（前者是立法解释，后者是司法解释），法官个人是不具有解释法律的权利的。而在美国等判例法国家，法官却具有解释法律的权利，因此，在这些国家产生了大量的判例法。这样做固然能够弥补成文法跟不上时代步伐、缺少灵活性的缺陷，但同时也使法官们陷入了判例的汪洋大海，判例的泛滥导致了法律的难以全盘掌握，增加了很多的变数。由此可见，适当的判例可以对成文法起到补充的作用，但应该严格限定判例法产生的程序，限制判例法的数量，这样才能够相得益彰。

对资产阶级刑罚理论影响最大的无疑是罪刑法定原则和刑罚相适应原则。罪刑法定原则概括地说就是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。“每个公民都应当有权做一切不违背法律的事情，除了其行为本身可能造成的后果外，不用担心遇到其他麻烦。……因为他已经牺牲了每个感知物所共有的、在自己力量范围内做一切事情的普遍自由。”（第69页）基于这一原则贝卡利亚提出了罪刑法定思想的基本框架：第一，只有法律才能规定犯罪及其刑罚。第二，代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律，而犯罪事实与适用刑罚则由独立的司法官员来判定。第三，法律条文要明确。第四，只有实施法律禁止的行为才能称为犯罪。第五，禁止事后重罚。

“刑罚和实施刑罚的方式应该经过推敲，一旦建立了确定的对应关系，它会给人一种更有效、更持久、更少摧残犯人躯体的印象。”（第42页）遭受侵害的公共利益越重要，犯罪能带给犯罪人的满足就越大，促使他犯罪的动机力量就越强大，提供给人们心理上的阻止这种犯罪欲念的阻力也就越大，相应的，刑罚也就要越重。这就需要刑罚和犯罪相对称。这里，就形成了另一个重要的原则——刑罚相适应，即：轻罪轻罚、重罪重罚。

贝卡利亚还对如何有效的预防犯罪进行了论述，他认为：第一，刑罚的及时性。刑罚与犯罪之间的间隔越短，在人们心中，犯罪与刑罚这两个概念的联系就越突出、持续（第56页）。刑罚就越公正、有益。第二，刑罚的确定性和必然性。“对犯罪最有强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性。”（第59页）刑罚的确定性会令人民对犯罪产生畏惧感。哪怕是最小的恶果，一旦确定下来，就会造成印象深刻的恐惧。第三，加强教育。“知识传播的越广泛，它就越少滋生弊端，就越加创造福利。”（第105页）他还举了一个例子，对于骗子，智者要比愚昧的人更加不容易受骗。第四，使法律的执行机构注意遵守法律而不腐化。因为组成执行机构的人越多，践踏法律的可能性越小，他们之间会互相监督，这就是俗语所说的“一人为私，二人为公”。第五，奖励美德。从人们自身的素质出发，无疑是“治本”的。第六，使法律公开、明了。法的神秘性只会使其沦落为一部分人压迫另一部分人的工具。人们了解了法律才会减少滋生弊端。

要使刑罚能够起到预防犯罪的作用，还必须做到一点，那就是法律面前人人平等。“我主张：对于贵族和平民的刑罚应该是一致的。”“法律认

为：所有臣民都平等依存于它，任何名誉上和财产上的差别要想成为合理的，就得把这种基于法律的天平等作为前提。”（第73页）凡法律上规定的对犯罪的刑罚，对任何犯罪的人，都必须平等地不可避免地适用，任何人不得凌驾于法律之上。刑罚不能因身份不同而不同，也不得用司法权以外的权力进行干涉。量刑的标尺只能是他对社会的危害。

除了这些，取消刑讯制度、无罪推定思想已经在大多数国家得到了认可。

贝卡利亚认为，在“法官判决以前，一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约，社会就不能取消对他的公共保护”（第31页）。无罪推定思想对刑事立法理念产生了很大的影响，目前已经被整个刑法学界所接受。基于无罪推定思想，贝卡利亚又提出了取消刑讯制度的观点。因为如果犯罪人犯罪是肯定的，那对他只能适用法律所规定的刑罚，而没有必要折磨他；如果犯罪是不肯定的，那又怎么能对一个无辜的人施加折磨呢？而且刑讯会造成一种奇怪的后果：无辜者处于比罪犯更坏的境地。或者承认犯罪，接受刑罚，或者在屈受刑讯后，被宣布无罪，而犯罪者只要强忍痛苦而被无罪释放就能获得较轻的处罚。并且，刑讯也是违背人道主义的，因为刑

讯会造成对痛苦忍耐力较弱的人成为罪犯的结果。

是否应当废除死刑现在仍然在争论。有的国家认为应当废除死刑，因为死刑有很多弊端，比如，死刑并不能有效的威吓犯罪分子，容易引起旁观者对受刑人的怜悯，死刑可能造成不良的社会环境，死刑的错误是不可挽回的，等等。所以目前已经有一部分国家已经废除了死刑，如法国，很多国家也正在考虑是否应该废除，如俄罗斯、韩国等。的确，是否应该把死刑作为一种刑罚方式，不是简单的回答是或者不是的问题。应该在考虑本国的国情的基础上，包括民众的教育水平，经济情况等，来看待这个问题。所谓“治乱世用重典，刑平世用轻典”，是有一定道理的。“刑罚的目的仅仅在于：阻止犯罪再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”（第42页）刑罚是社会防卫的工具，它应当是必须的和尽量轻的，只有当社会秩序和公共利益确实收到侵害时，才有必要进行刑罚，而且强度只要能使“犯罪的既得利益”丧失就够了。再加上司法错误在所避免，一旦使用死刑，司法错误就会无可挽回。无论是否已经废除死刑，死刑都是应该慎重使用的。

本书还涉及其他的一些问题，如控告、逮捕、宣誓、讯问、证据、审判方式等。可以说，《论犯

罪与刑罚》中到处充满了闪光点。正是在这本书中，贝卡利亚明确提出了后来为现代刑法制度所确认的三大刑法原则：罪刑法定原则、罪刑相适应原则和刑罚人道化原则，并呼吁废除死刑和刑讯，实行无罪推定，在法律面前人人平等。美国第三任总统托马斯·杰斐逊在起草《人权宣言》时，曾引用了《论犯罪与刑罚》意大利版的26处摘要。这些刑罚思想的提出，为资产阶级刑法理论体系的建立奠定了基础，彻底否定了封建专制主义的刑法理论体系，对后世世界各国的立法提供了理论依据，在刑法史上具有划时代的意义。

总之，《论犯罪与刑罚》一书不仅给贝卡利亚带来了赞扬、拥戴，如伏尔泰曾称“他是一位仁慈的天才”，伯尔尼的爱国者协会曾授予他金质奖章，而且对欧洲大陆甚至全世界的立法和司法改革实践产生了重大影响，书中阐述的众多法律思想奠定了现代法律和司法制度以及刑事法学、犯罪学理论的基础。成为司法制度进步、文明的标志。

【延伸阅读】

[意] 贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社2002年版。

[意] 贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国方正出版社2003年版。

何佳馨译：《贝卡利亚与近代西方刑法的变革》，载《政治与法律》2006年第2期。

【精彩片段】

刑罚的起源 惩罚权

离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽，也无力享受那种由于朝不保夕而变的空有其名的自由，法律就是把这些入联合成社会的条件。人们牺牲一部分自由是为了平安无扰的享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份份自由总加起来，就形成了一个国家的君权。君主就是这一份份自由的合法保存者和管理者。

(第8页)

.....

由此可见，正是这种需要迫使人们割让自己的一部分自由，而且，无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权，而不是公正，是杜撰而不

是权利。如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要，它本质上就是不公正的。刑罚越公正，君主为臣民所保留的安全就越神圣不可侵犯，留给臣民的自由就越多。

(第9页)

.....

由上述原则得出的第一个结论是：只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员（他是社会的一部分）都不能自命公正的对该社会的另一成员科处刑罚。因此，任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口，增加对犯罪公民的既定刑罚。

第二个结论是：代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律，但不能判定某个人是否触犯了社会契约。由于国家可能分成为两方：君主所代表的一方断定出现了契约的侵犯，而被告一方则予以否认。所以，需要一个判定事实真相的第三者。这就是说，需要一个作出终极判决的司法官员，他的判决是对具体实施作出单纯的肯定或否定。

第三个结论是：即使严酷的刑罚的确不是在直接与公共福利和预防犯罪的宗旨相对抗，而只是徒

劳无功而已，在这种情况下，它也不但违背了开明理性所萌发的善良美德——这种理性往往支配着幸福的人们，而不是一群限于怯懦的残忍循环之中的奴隶——同时，严酷的刑罚也违背了公正和社会契约的本质。

（第11页）

对法律的解释

第四个结论是：刑事法官根本没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者。

法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论是自由或者刑罚。一旦法官被迫或自愿作哪怕只是两种三段式推理的话，就会出现捉摸不定的前景。

（第12页）

严格遵守刑法文字所遇到的麻烦，不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这正是擅断和徇私的源泉。当一部法典业已厘定，就应逐字遵守，法官唯一的使命就是判定公民的行为是否

符合成文法律。当既应指导明智公民又应指导无知公民的权利规范不再是争议的对象，而成为一种既定事物的时候，臣民们就不再受那种小型的多数人专制的摆布；多数人专制比一人专制更有害，因为，前者只能由后者来纠正，并且一人专制的残忍程度并非与它的实力成正比，而是同它遇到的阻力成正比。

(第13页)

关于死刑

因而，死刑并不是一种权利，我已经证明这是不可能的；而是一场国家同一个人的战争，因为它认为消灭这个公民是必要的和有益的。然而，如果我要证明死刑既不是必要的也不是有益的，我就首先要为人道打赢官司。

(第45页)

.....

如果有人反驳我说，对某些犯罪施用死刑已成为几乎所有世纪和国家的惯例，那么，我将答道：在不受时效约束的真理面前，这种惯例正在消泯。

(第50页)

刑罚的及时性

惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时，就越是公正和有益。

说它比较公正是因为：他减轻了捉摸不定给犯人带来的无益而残酷的折磨，犯人越富有想像力，越感到自己软弱，就越受到这种折磨。还因为，剥夺自由作为一种刑罚，不能被施行于判决之前，如果并没有那么大的必要这样做的话。在被宣判为罪犯之前，监禁只不过是对一个公民的简单看守；这种看守实质上是惩罚性的，所以持续的时间应该尽量短暂，对犯人也尽量不要苛刻。这一短暂的时间应取决于诉讼所需要的时间以及有权接受审判者入狱的先后次序。监禁的严密程度只要足以防止逃脱和隐匿犯罪证据就可以了。诉讼本身应该在尽可能短的时间内结束。法官懒懒散散，而犯人却凄苦不堪；这里，行若无事的司法官员享受着安逸和快乐，那里，伤心落泪的囚徒忍受着痛苦，还有比这更残酷的对比吗？

(第56页)

.....

只有使犯罪和刑法衔接紧凑，才能指望相联的刑罚概念使那些粗俗的头脑从诱惑他们的、有利可

图的犯罪途径中立即猛醒过来。推迟刑罚只会产生使这两个概念分离开来的结果。推迟刑罚尽管也给人以惩罚犯罪的印象，然而，它造成的印象不像是惩罚，倒像是表演。并且只是在那种本来有助于增加惩罚感的、对某一犯罪的恐惧心理已在观众心中减弱之后，才产生这种印象。

(第57页)

刑罚与犯罪相对称

公众所关心的不仅是不要发生犯罪，而且还关心犯罪对社会造成的危害尽量少些。因而，犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。

(第65页)

促使我们追求安乐的力量类似重心力，它仅仅受限于它所遇到的阻力。这种力量的结果就是各种各样的人类行为的混合；如果它们互相冲突、互相侵犯，那么我称之为“政治约束”的刑罚就会出来阻止恶果的产生，但它并不消灭冲突的原因，因为它是人的不可分割的感觉。立法者像一位灵巧的建筑师，他的责任就在于纠正有害的偏重方向，使形

成建筑物强度的那些方向完全协调一致。
(第66页)

【名言佳句】

只有法律才能为犯罪规定刑罚。
(第11页)

法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论是自由或者刑罚。一旦法官被迫或自愿作哪怕只是两种三段式推理的话，就会出现捉摸不定的前景。
(第12页)

人类历史给我们的印象是：荒谬好似无边的烟海，在这之上，漂浮着稀少的、混杂的、彼此远离的真理。
(第50页)

惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时，就越是公正和有益。
(第56页)

犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该越强有力，这就需要刑罚与犯罪相对称。

(第65页)

(蒋云飞)

10 . 边沁：《道德与立法原理导论》

【推荐版本】

[英]边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

在边沁之前的西方法哲学领域，古典自然法学派长期占据了主导地位，但同时也遭遇到很多困难，比如自然状态存在的真实性、签订社会契约的真实性等。事实上，作为工业革命发源地的英国，其资产阶级已经不满足于所谓的自然权利，认为那只是停留于纸面上的“应然”的权利。边沁就是代表了他们的利益和观点，不满足于抽象的自然法，而要以“最大多数人的最大幸福”为原则开拓法哲学研究的新领域。

杰里米·边沁（Jeremy Bentham，1748～1832），1748年2月15日出生于英国伦敦一个律

师家庭，其父亲和母亲都是律师。边沁天资聪慧，12岁就进入牛津大学女王学院，在当时被誉为“神童”。1763年边沁进入林肯法学院，1766年获文学硕士学位。生性腼腆的边沁大学毕业后无意从事律师工作，而是醉心于法律理论的研究。

1776年边沁发表了著名的《政府片论》，批判了布莱克斯通的《英国法释义》一书。1785年至1787年，边沁游历欧洲大陆期间撰写了名为《为高利贷辩护》的短论。1789年发表《道德与立法原理导论》。1825年边沁还出资兴办《威斯敏斯特评论》，晚年在助手的帮助下完成了《司法证据原理》一书。边沁的大部分论著被收入《边沁文集》中。

边沁被认为是功利法学派的代表人物，他的全部法学理论都建基于功利主义哲学思想之上，他虽然不是功利主义的创始人但却是功利主义的积极倡导者和捍卫者。

在立法问题上，边沁的精力都被用来推动两大改革：改革法律的本质和形式。在改革法律本质方面，边沁明确反对自然法理论，认为所谓自然法、理性法，内容不明确，容易使人误入歧途。他批判所谓法律来自契约的约定，强调法律自人类产生以来就已经存在。法律不过是主权者自己的命令或采

纳命令的总和，由强制力保证实施。法律在君主制下是君主的意志，在民主制下是人民的意志。而法律的实质内容是人“避苦求乐”的本性。所以他批评布莱克斯通和洛克的自然法观点。

在改革法律形式方面，边沁对英国庞大繁杂的普通法体系极为不满，力图加以改革，改革的途径就是编纂法典。他认为法典必须满足四个条件：

(1) 它必须是完整的，无须用注释或判例形式加以补充。(2) 在叙述其所包含的法则时，必须使每一句话都达到最大可能的普遍性；换句话说，它必须可以用最少的法则说明全部法律。(3) 这些法则必须以严格的逻辑顺序叙述出来。(4) 在叙述这些法则时，必须用严格一致的术语，给这个作品中可能提到的每个事物以唯一的具有准确界定的名词。只要满足这些条件，那么“人和人一打开某卷法典，便可用手指着某条款，说这就是某项法律”。可见，边沁之所以热衷于编纂法典，其目的在于使法律清晰易懂，使当事人、法官甚至立法者本身都能了解法律的既定内容。

边沁还积极投身于实践。他曾经草拟了宪法、民法、刑法以及国会改革的要点等。这些努力，虽然未能全部实现，但对英国的立法实践的确产生了巨大的影响。1832年，英国议会选举制度改革的

成功，以及对刑法和监狱的改良，1834年济贫法的变更，1873年统一审判制度法的实施，以及证据法的改革等，都渗透了边沁的心血。

边沁是功利原理的身体力行者，1832年，他在弥留之际对守在身边的一位朋友说：“我感到快要死了，我们注意的是必须减少痛苦到最小程度。不要让任何仆人到房间里来，要让所有的青年人都走开。他们看到这种情景是很难受的；他们在这里也无济于事。我当然不能单独地留在这里，你得留下来看着我，而且只要你一个人看着我。这样就可以使我们的痛苦尽可能减小到最小程度。”

【内容精要】

边沁所著《道德与立法原理导论》一书的理论基石是他所提出的功利原理。所谓功利原理，即“它按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向，亦即促进或妨碍此种幸福的倾向，来赞成或非难任何一项行动”（第58页）。边沁将功利原理作为（用他自己的话来说）“无论道德领域或政治领域中评价人类行为是非对错的真正标准”，该原则要求最大程度增加公共福利，既决定立法者应当制定什么样的规范他人行为的法律，也决定个人

在自己的生活中应当怎样行事。而下述信条构成边沁详细论证的基础：人类的构造，决定了他们自己的快乐或幸福是他们为了自己的利益，希望获取或实际追求的唯一东西。边沁显然认为，“人类身心的天然素质”是最重要的原因，决定人会发觉功利原理构成唯一可接受的是非评判标准，因为尽管在用它来确定要做什么或要制定何种强制性法律时，关于功利总和的估算可能表明必须牺牲某些个人的幸福来确保其他人的更大幸福，但它保证在作所有此类估算时，每一个人的快乐都会得到考虑，并且受到同等的重视。

边沁首先讨论了四种以快乐和痛苦束缚法律或行为规则的约束力，即自然的、政治的、道德的和宗教的。自然约束力所产生的快乐与痛苦发生在现世，并且来自寻常的自然过程。政治约束力是由共同体内一个或一群特殊的人掌握，这样的人以相当于法官的头衔被选出来专门按照国家主权即最高统治权的意志司其分配。道德的或俗众的约束力是由共同体内偶然的人或群体掌握，这些人可能碰巧与之有关并且所依据的每个人自发的意向，而非任何业已确立或共同商定的规则。宗教约束力则直接来自一个超然玄虚的最高存在。这四种约束力实际上就是快乐和痛苦的四来源。本章的目的旨在“借

助于这样一个名称来展示这些力量同他本人的目的和谋划的关系”。边沁在本书中，尤其是在“动机”和“论人类的一般性情”两章中反复地运用到这一理论。

正如边沁在本书的前言中所说的，“道德科学和政治科学的真理成长于荆棘之中，要发现它们就需要有像数学那般严格的探究”。他的这一理念在“如何估算快乐和痛苦的值”一章中得到了集中体现，他用分析性观点提出了影响个人和群体快乐和痛苦的因素，并将这些因素量化，系统性地综合考虑以估算快乐和痛苦的值。为了将自己的理论建立于可计算的科学性上，边沁给出了计算快乐和痛苦的值的标准，即：（1）强度；（2）持续时间；（3）确定性或不确定性；（4）邻近或偏远；（5）丰（厚）度；（6）纯度；（7）广度。一种行动是否符合功利原理就看它所产生的快乐的总值与痛苦的总值孰大。快乐总值大，行为就是好的；痛苦总值大，行为就具有坏的倾向。他为了廓清快乐与痛苦的意义，对快乐与痛苦作了分类。他将快乐分为14种，将痛苦分为12种。他饶有兴味地对它们进行了逐项分析，显示出强烈的实证主义风格。虽然每个人都有快乐和痛苦的感觉，但同样一种行为对每个人所造成的快乐和痛苦却是不一样

的，因为每个人对苦乐的敏感程度有所不同。边沁对影响这种敏感性的因素逐一作了分析，他认为健康、体力、耐力等32种因素对敏感性都有影响，从而进一步奠定功利原理的实证基础。应当看到，边沁提出的用以衡量快乐之“份额”的度量和赋予功利“计算”的算术形式并非实验室工作或统计研究的产物，而是出自边沁对人类经验特质的思考和解析。无论他用以衡量快乐之“份额”的度量单位看来多么荒唐，无论他赋予功利“计算”的算术形式看来多么可笑，在某种程度上并不能达到他所预计的“科学”的目的，然而，它们还是预示了一种坚持不懈的现代努力：探求主观现象的量化尺度。

其后，边沁以“一般人类行动”为章题论述了行为的构成要素，进而具体讨论了行为的意图、知觉、动机、性情以及有害行为的后果等。边沁功利主义哲学在本书中最突出的表现是其对不适于惩罚的情况的论述。他认为，一切法律所具有或通常应具有的一般目的，是增长社会幸福的总和，然而所有惩罚都是损害，所有惩罚本身都是恶，根据功利原理，如果它应当被允许，那只是因为有可能排除某种更大的恶。当然边沁关于惩罚目的的理论并不是他的首创，而是吸收了那些推动欧洲刑法改革的著作家，尤其是贝卡里亚的惩罚学说。“惩罚更

多地是为了防止未来的违法之恶，而不是对过去的已犯之恶实施报应”这一观念，为刑法和刑罚之普遍认可的性质提供了合乎理性的新基点，以此取代经常对这些性质所做的混淆含糊的解释。他宣称自己是新瓶装陈酒，这方面最突出也最引起争论的例子，是他对犯罪责任之精神条件以及犯罪意图理论的论述。在边沁看来，即使一个人的外向行动及其后果符合罪过定义，但假如他不了解相关的环境或自身行为的后果，因而属无意而为，或者假如他是在胁迫之下行事，或当时由于精神错乱或醉酒而缺乏正常能力，那么他就不应当受到惩罚。对边沁来说，所有这样的情况都无疑“不适于惩罚”，因为它们属于“惩罚必定无效”这类情况，施加惩罚将造成无谓的痛苦。他为这个理论提出的基本理由是，在上述情况下，法律的惩罚威胁不可能产生任何效果，因而免于惩罚只不过是法律制度的总的功利主义宗旨所规定。他不同意根据其他理由来解释此类宽宥条件，例如说在这样的场合犯法者没有“恶意”或者说犯法者的意愿不与其行为一致，或者说他身不由己。边沁认为，这样的解释使得问题模糊不清，其种种说法要么是谬误的，要么除表示在此类场合法律的威胁必定无效外便毫无意义。

边沁不仅倡导刑法需要明确清晰，而且坚持认

为不能凭着对犯人的同情或厌恶感来确定惩罚的适当程度和方式，而是主张予以合理的、明达的考虑，因此，他对惩罚与罪过间的比例也即惩罚的均衡性和惩罚的特征作了复杂的功利主义解释。边沁对这些问题的阐释，其新颖之处在于作出不懈的努力，仔细辨别和讨论有待掂量的许多不同因素，由此揭示这些问题的含义，从而表明对这种开明的理性主义立场的认真执著真正意味着什么。有时，边沁试图使人们关于惩罚的思想改变方向，办法是从惩罚只应包含最小的人类苦痛“代价”这么一个含糊笼统的观念当中，阐发出一套精确的准则，它们用经济学家的术语来表达，伴有生动的应用实例。如此，惩罚被说成是“一项开支”或“投资”，需要“节约”，即避免不必要的痛苦；其表面“价值”（由一个潜在的犯法者所估计的痛苦程度）必须大得足以抵消他会指望靠犯法得到的“收益”。假如由于惩罚引起的痛苦大于它防止的痛苦，从而使它无效或无益，或者假如一项犯法行为的危害可以靠非惩罚性措施并因而以“低价”来抑制，从而使它成为不必要的，那就完全不得使用惩罚。比起许久以后关于法律和政治的经济学理论，这些经济比拟超前甚远。

边沁虽然被认为是功利法学派的代表人物，但

事实上，他也称得上是实证分析法学派的开山祖师，他在详尽分析的基础上建立了一个庞大而精密的罪过分类体系，侵犯个人罪过、半公共罪过、公共罪过、内向罪过、外向罪过、杂式罪过是罪过的大类划分，在大类之下还有亚类和支类。对于每个类别划分的依据、包含的内容，边沁都作了细致入微的分析。

不同的读者看《道德与立法原理导论》一书，会有不同的体会。法哲学研究者认为这是一本功利法学派的开山之作，并且或多或少会认为它与实证分析法学也有联系。刑法学研究者会认为这是一本涵盖刑法总论和分论的刑法学著作，并且渗透了许多犯罪学问题。伦理学家可能又会认为，这是阐述功利伦理的伦理学著作，尤其是该书的第一章和第二章。不同研究领域的人都能从同一本书中找到对自己研究有帮助的论述，这可能正是本书得以成为经典的原因所在。

【延伸阅读】

[英]边沁著：《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版。

[英]奥斯丁著：《法理学的范围》，刘星

译，中国法制出版社2002年版。

【精彩片段】

功利原理

功利原理是本书的基石。因此在一开头清晰地讲述它意指什么，将是恰当的。功利原理是指这样的原理：它按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向，亦即促进或妨碍此种幸福的倾向，来赞成或非难任何一项行动。我说的是无论什么行动，因而不仅是私人的每项行动，而且是政府的每项措施。

功利是指任何客体的这么一种性质：由此，它倾向于给利益有关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福（所有这些在此含义相同），或者倾向于防止利益有关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸（这些也含义相同）；如果利益有关者是一般的共同体，那就是共同体的幸福，如果是一个具体的个人，那就是这个人的幸福。

共同体的利益是道德术语中所能有的最笼统的用语之一，因而它往往失去意义。在它确有意义时，它有如下述：共同体是个虚构体，由那些被认

为可以说构成其成员的个人组成。那么，共同体的利益是什么呢？是组成共同体的若干成员的利益总和。

不理解什么是个人利益，谈论共同体的利益便毫无意义。当一个事物倾向于增大一个人的快乐总和时，或同义地说倾向于减小其痛苦总和时，它就被说成促进了这个人的利益，或为了这个人的利益。

（就整个共同体而言）当一项行动增大共同体幸福的倾向大于它减小这一幸福的倾向时，它就可以说是符合功利原理，或简言之，符合功利。

同样地，当一项政府措施（这只是一种特殊的行动，由特殊的人去做）之增大共同体幸福的倾向大于它减小这一幸福的倾向时，它就可以说是符合或服从功利原理。

当一项行动，或特别是一项政府措施，被一个人设想为符合功利原理，那么为论述方便起见，可以想象有一类法规或命令，被称为功利的法规或命令，并且如此谈论有关行动，把它当作符合这样的法规或命令。

（第57～59页）

如何估算快乐和痛苦的值

据前所述，追求快乐和避免痛苦是立法者考虑的目的，这就要求他必须了解它们的值。快乐和痛苦是他必须运用的工具，因而他不能不了解它们的效能，而这从另一个角度看也就是它们的值。

对一个人自己来说，一项快乐或痛苦本身的值大多多小，将依据下列四种情况来定：

- (1) 其强度；
- (2) 其持续时间；
- (3) 其确定性或不确定性；
- (4) 其邻近或偏远。

这是在估计每一项快乐或痛苦本身时所要考虑的情况。然而，在为了估计任何行动的造苦造乐倾向而考虑这一苦乐之值时，还需要考虑其他两种情况，它们是：

(5) 其丰度，指随同种感觉而来的可能性，即乐有乐随之，苦有苦随之。

(6) 其纯度，指相反感觉不随之而来的可能性，即苦不随乐至，乐不随苦生。

不过，这最后两种情况严格来说，几乎毋需被认为是一项快乐或痛苦本身的属性。因此严格地说，在估算该项快乐或痛苦的值时毋需把它们考虑进来。严格地说，它们需被认作仅是产生了此种快乐或痛苦的行动或其他事件的属性，因而仅需在估

量此种行动或事件时予以考虑。

对一群人来说，联系其中每个人来考虑一项快乐或痛苦的值，那么它的大小将依七种情况来定，也就是前面那六种——

- (1) 其强度；
- (2) 其持续时间；
- (3) 其确定性或不确定性；
- (4) 其邻近或偏远；
- (5) 其丰度；
- (6) 其纯度；

以及另外一种

(7) 其广度，即其波及的人数，或者（用另一句话）说，哪些人受其影响。

于是，可以照下面的程序，确切地估量任何影响共同体利益的行动的总倾向。首先从其利益看来最直接地受该行动影响的人当中，挑出任何一人来考察、估算：

(1) 看来由该行动最初造成的每项可辨认的快乐的值。

(2) 看来由它最初造成的每项痛苦的值。

(3) 看来由它随后造成的每项快乐的值，这构成最初快乐的丰度以及最初痛苦的不纯度。

(4) 看来由它随后造成的每项痛苦的值，这

构成最初痛苦的丰度最初快乐的不纯度。

(5) 把所有的快乐之值加在一起，同时把所有的痛苦之值加在一起。如果快乐的总值较大，则差额表示行动之有关个人利益的、好的总倾向；如果痛苦的总值较大，则差额表示其坏的总倾向。

(6) 确定利益有关者的人数，对每个人都按照上述程序估算一遍。于是可以看到有两种人：一种是就他而言行动的倾向总的来说是好的，另一种是就他而言其倾向总的来说是坏的。把表示行动之有关每个前一种人的、具有多大程度好的倾向的所有数值加在一起，同时把表示行动之有关后一种人的、具有多大程度坏倾向的所有数值加在一起。如果快乐的总值较大，则差额表示有关当事人全体或他们组成的共同体的、行动的总的良善倾向；如果痛苦的总值较大，则差额表示有关同一共同体的、行动的总的邪恶倾向。

不要指望在每个道德判断之前，或者在每项立法或司法操作之前，上述程序都会严格地得到遵守。但是，可以始终考虑到它；而且，在这些场合实际遵从的程序与之越接近，就将越准确。

同一个程序可以应用于估算无论何种快乐和痛苦，不管它们的外表如何，也不管它们靠什么名称被人识别。可以用来估算快乐，无论其名曰善（严

格说来这是快乐的原因或手段)、收益(这是远乐,或远乐的原因或手段)、便利、有利、实惠、报酬、幸福或其他等等;可以用来估算痛苦,无论其名曰恶(与善对应)、危害、不便、不利、损失、不幸或其他等等。

(第86~89页)

【名言佳句】

自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的主宰之下。只有它们才指示我们应当干什么,决定我们将要干什么是非标准,因果联系,俱由其守夺。

(第55页)

功利原理是指这样的原理:它按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向,亦即促进或妨碍此种幸福的倾向,来赞成或非难任何一项行动。

(第58页)

一切法律所具有或通常应具有的一般目的,是增长社会幸福的总和。

(第216页)

所有惩罚都是损害，所有惩罚本身都是恶。根据功利原理，如果它应当被允许，那只是因为它有可能排除某种更大的恶。

(第216页)

(刘长跃)

11 . 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊： 《联邦党人文集》

【推荐版本】

[美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1980版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton，1757～1804），原为律师，后曾作华盛顿总司令的军事秘书和革命军团长；参加过安那波利斯会议，是制宪会议成员。新政府成立后任首任财政部长。此书半数论文由他写成，或者在他参与下写成。

约翰·杰伊（John Jay，1745～1826），律师兼外交家。主要从事外交活动，是1783年美国独立条约的签订人，也是1793年中立宣言的起草人；1794年曾同英国签订解决和约签订后争端的“杰伊条约”。新政府成立后任国务卿，后任第

一任司法部长、纽约州长等职。

詹姆斯·麦迪逊（James Madison，1751～1836），独立运动的主要人物之一。曾参加第一届大陆会议；在费城制宪会议中作用卓著，并且保存了最完整的会议辩论记录，有“宪法制定人”之誉。新政府成立后任众议院议员；在第一届国会期间，他在拟订宪法第一次十项修正案（即人权法案）时，担任重要角色，后任国务卿和第四届总统。

本书三位作者都是美国建国初期起过不同作用的资产阶级历史人物。1787年4月召开的费城会议制定了一部代替邦联条例的新宪法。在批准新宪法的过程中出现了拥护和反对两种意见，从而演成了美国政治思想史上一场最为激烈的论战。拥护批准宪法者，称联邦主义者，以汉密尔顿、麦迪逊、杰伊为代表。他们坚持拥护在新宪法中得到体现的、以代议制为基础的联邦共和国制度。《联邦党人文集》就是这次论战的产物。

18世纪中期是欧洲启蒙思想风靡的年代，美国也受到了这股风潮的影响，人民主权说在各殖民地十分盛行。这一学说的基本观点是人民是政权的唯一来源，一切政府权力只能由人民委托，并且为人民执掌，政府只是人民的代理者或仆人。虽然英国

的君主立宪制被认为是当时世界上最先进的政体，但美国并不需要一个君主的政府组成，为使国家更为民主，他们建立了邦联共和国，并认为，只有在这一政体下，人民的权力才能得到充分表达。因此，本书是全面为新宪法辩护的一部著作。它一方面反驳了反对派对新宪法的各种责难和抨击，另一方面也对新宪法和建立美利坚合众国政府所依据的基本原则作了分析和说明。它从不同方面说明了1781~1787年间邦联的缺点与存在的问题，强调建立联邦主义和国家主义相结合的这样一种联邦共和制的必要性和优越性，说明了联邦应有的权力、联邦机构的设置、联邦各部分之间，如国会、行政部门、司法部门之间的关系和权力划分的原则；以及联邦各机构首脑的职责及任免，等等。总之，本书的中心论点是统一，实现国内安定，促进经济繁荣，但也不过多地侵犯各州和个人的权利。这同邦联政府的权力不能集中的软弱情况相比，更能符合独立后的资产阶级当时的政治愿望。所以，本书对各州批准新宪法起了促进作用。一般认为，它是对一直沿用到今天的美利坚合众国宪法和联邦政府所依据的原则的精辟说明。在资产阶级的政治学史上，尤其在代议制政体的理论方面，都被认为是一部重要著作。它对后来不少资本主义国家的政治制

度，尤其是美国的政治制度，有重要参考价值。

【内容精要】

在书中，汉密尔顿等人列举了美国邦联制的种种弊端：

第一，在邦联制下，无权在各州征收税款；无权征收关税；不能发行统一货币；不能调整各州之间商业；邦联无常设的行政机关、司法机关；各州有权保留自己的武装力量。

第二，邦联的法律无法约束个人。因为邦联的“立法原则是以各州或各州的共同的或集体的权能为单位，而不是以它们包含的各个人为单位的”（第73页）。

第三，邦联的法律缺乏强制性。邦联无法在邦联法律中规定制裁手段来强制人们服从邦联法律，无法制裁对邦联法律的违反者，也难以帮助各州实施自己的法律，所以邦联的“法律完全缺乏支持”。

第四，邦联缺乏司法权。司法权只能由各州自行行使，从而常常产生判决的混乱与不一致。汉密尔顿等人认为这是邦联制国家结构登峰造极的缺点。

为了促使新宪法的批准通过，汉密尔顿等人论述了联邦制的好处：

第一，联邦制可以造就一个强势政府，抵御外敌，保证美国的和平和安全。“在一个有效率的全国政府领导下，一个和谐的联邦能为他们提供可以想象的对付外来战争的最好保证。”（第12页）一个强有力的政府一旦成立，便会吸引国内各类人才为其服务，从而更具凝聚力。全国政府的管理、政治计划和司法决定会比各州来得更明智、更系统、更适当。

第二，强有力的联邦政府可以防止内乱。他们认为，一个大的联邦通常实行民主制，而不采用直接民主制，这样可以减少人民的参政机会，可以使不同阶级的力量彼此冲销，可以使人民的反抗和斗争难以组织和扩大，并可以集中力量镇压人民的反抗。同时，只有强有力的联邦政府才能协调州与州之间的关系，避免相互间的纷争。

第三，只有强有力的联邦政府才能保证有效的管理。他们认为，只有联邦政府才“能够集中和利用在联邦任何地方发现的最优秀任务的人才和经验，它能够按照全国一致的政策原则行事”，“它能把全国的资源 and 力量用于任何部分的防御”（第17页）。

第四，只有联邦才能减少军队而避免军事专制。他们认为，联邦国家可以减少甚至很少有内部冲突，因而联邦军队的数量要比各小国的军队数量的总和少得多，从而可以使社会的自然力量胜过军事力量，人民不会遭受军事专制的危险。

第五，联邦制政府比邦联制政府更能促进经济的发展。他们认为，只有联邦制才能促进种植园经营、工业、贸易、税收、航海和渔业等经济的发展。他们以贸易为例指出，美国得天独厚的自然资源和美国的冒险精神是美国对外贸易的有利条件。但是，发挥这两大有利条件就需要统一的联邦政府。

汉密尔顿等人详尽论证了联邦政府以及它与州之间的权力分配关系。通过论证，目的在于维护和加强联邦政府的权力。其中，“分权与制衡”理论是联邦党人法律思想中最有价值的部分。

一、政府各部门的权力分配及部门的分立应彼此符合宪法的监督程度 文集基于人类无数的历史经验和政治科学的基本原理确信，应该选择三权分立，因为“立法、行政和司法权置于同一人手中，不论一个人、少数人或许多人，不论是世袭的、自己任命的或选举的，均可公正地断定是虐政”（第

246页)。联邦党人通过人民与政府分权原则和把分权制扩展到各级政府的各个部门的做法，发展了孟德斯鸠的理论。它并不排斥部门间必要的联系，只是主张部门间的职责应当明确，一个部门不应当执行另一个部门的全部权力。文集发现，立法部门是最有权力的部门，也是对自由和法律制度的最大威胁，“政府的力量软弱部门必须要有某种更恰当的防备来对付力量更强的部门，立法部门到处扩充其活动范围，把所有权力拖入它的猛烈的旋涡中。”（第252页）至于司法，它的责任是阐明法律和加强立法限制，但不能跨越立法界限或侵入其他部门或人民的宪法权利。所有权力的行使都应在法律规定的范围以内，立法、司法和行政应该分立，但是这三种权力应在彼此没有任何障碍的情况下行使，同时没有任何部门可以超越界限同时行使其中一个以上部门的权力。分权的运用有利于共和政府的品质。但是“仅只在书面上划分各部门的法定范围，不足以防止导致政府所有权力残暴地集中在同一些人手中的那种侵犯”（第256页）。

二、政府结构必须能使各部门之间有适当的控制和平衡

在这一篇中，汉密尔顿等人着重论述了三权之

间的相互制约关系。为了防止各个部门发生互相僭越，必须合理设计政府内部结构。公共权力的来源只有一个：是每个享有权能和承担责任的个体让渡出来的部分权力。人民是所有权力的最终源泉，所以应由人民来任命行政、立法和司法的最高长官。因此，政府的权力是有限的。一个很明显的方法就是在经济上减少部门之间的相互依赖性。比如说，各部门成员在报酬方面应该尽可能少地依赖其他部门的成员。但是文集认为，防止权力逐渐集中于同一部门的最可靠的方法就是“给予各部门的主管人抵制其他部门侵犯的必要法定手段和个人的主动”。“野心必须用野心来对抗。人的利益必然要与当地的法定权利相联系。用这种种方法来控制政府的弊病，可能是对人性的一种耻辱。但是政府本身若不是对人性的最大耻辱，又是什么呢？如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治者，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了”（第264页）。权力一旦走向专断，就能突破宪法与民主约束。联邦党人深信政治权力的存在是一种必要的恶，于是将政治权力划分为若干部分，以使任何决策都不能由任何一方单独作出，即便是处于多数的一派，也只能在有限的时间内控制政府的某个部分，而不可能同时控制全部权力。政府的

权力横向分为立法、行政和司法三大部门，任何人只能在其中一个部门任职。三个部门的人员由独立而不同的方式在不同的时间和不同的范围内产生，具有不同的功能。

三、司法部门

文集对司法独立进行了充分的阐释。他们认为，司法独立在三权分立政治体制中具有重要的意义。因为，在一个分权政府中，行政部门掌握着荣誉、地位的分配权和社会的武力，立法机关则控制财权且制定公民权利义务的准则，而司法部门既无军权，又无财权，不能支配社会的力量和财富。这样比较而言，司法部门在三个部门中几乎可以称得上是出于弱势地位，因而，其具备的干扰与危害能力最小。为了防止立法和行政部门对司法部门侵犯、威胁与影响，司法必须保持独立。同时，宪法和人权的保护需要司法独立。因为“法官的独立是保卫社会不受偶发的不良倾向影响的重要因素。汉密尔顿等人认为，司法独立莫过于法官独立。法官没有独立的地位，那么法院就不可能独立审判。因此，法官的独立地位就需要有相应的措施来保障。

(1) 法官职务终身制。因为，一方面，短期任职法官的独立精神会受到拥有任命权的那一部门的影

响；另一方面，法官需要具备广博的法律知识和较高的素养，并非常人能担任，如果不是长期，则合格的明智之士就会选择获利更高的职务。（2）法官工资固定制。“就人类天性之一般情况而言，对某人的生活有控制权，等于对其意志有控制权。在任何置司法人员的财源于立法机关的不时施舍之下的制度中，司法权与立法权的分立将永远无从实现”（第396页）。

文集打破了传统的思维模式，尝试将平等的政治原则和分权制衡的理论体系包容于同一个共和政府中，它注重反对潜在的政府权力滥用，确保一个更强的联盟。在文集看来，邦联制度的主要缺点在于结构和程序的不合理，因此，在共和原则不受欢迎时及时回收了它，然后通过一定程度的界定使其重新与宪政相融合。在面临党派专政的危险时，它创建了两院制原则，使政府部门始终保持分权。可以说，它的最大贡献就在于创造了美国独一无二的政治思想特征。

文集在社会上引起了强烈反响，不仅纽约的民众争相阅读，其他各大城市也不断翻印和再版。华盛顿“视此书为珍宝”，在给汉密尔顿的信中对文集称赞不绝。他说，这些文章在他的图书馆里是最杰出的著作，赞扬汉密尔顿的文章具有最强的“说

服力”。法国著名的政治思想家夏尔·阿列克西·德·托克维尔在另一部经典著作《论美国的民主》中对《联邦党人文集》评价甚高，他说：“《联邦党人文集》是一部好书，尽管它是专为美国而写的，但亦为全世界的国务活动家所必读”[\[1\]](#)。

总之，《联邦党人文集》中提出的建立集权的联邦制国家的主张，及三权分立、制衡等原则，符合资产阶级国家机器运作的规律，在当时以及以后都起到了积极作用，具有进步的历史意义。正因为如此，《联邦党人文集》中的法律思想至今仍为各国资产阶级所重视。反观中国，当今社会讨论的热点问题如权力的分权与制衡、司法的独立性、法官的薪俸和任职期限等相关问题，很多司法改革和政府机构改革的热点几乎都可以在文集中找到踪影，其中提出的很多精辟的论点值得我们借鉴。前后相差二百多年，但是历史往往有很多的巧合，即使是不同的政体和国体，但却曾经面临过或正在面临着一些类似的问题。因此这本美国宪政名著值得重读。

【延伸阅读】

何宁生、支振峰：《〈联邦党人文集〉导

读》，四川教育出版社2002年版。

仝宗锦：《普布利乌斯的不朽遗产》，载《中国法律人》2004年12月号“法律家”栏目。

司美丽：《简论汉密尔顿对美国宪法的贡献》，载《世界历史》2000年第5期。

褚乐平：《〈联邦党人文集〉思想探源》，载《江西社会科学》2003年第2期。

【精彩片段】

的确，没有任何政治上的真理比这个反对意见所依据的有更大的真正价值，或者更加明显地带有自由保卫者的权威色彩了。立法、行政和司法权置于同一人手中，不论是一个人、少数人或许多人，不论是世袭的、自己任命的或选举的，均可公正地断定是虐政。因此，如果联邦宪法真的被指责为积累权力，或混合权力，或具有这样一种积累的危险倾向，那就不需要再用其他论据来引起对这个制度的普遍反对了。然而我相信，每个人都会清楚，这种指责是得不到支持的，而它所依据的原则完全被误解和误用了。为了对这个重要问题形成正确的看法，不妨研究一下维护自由所需要的三大权力部门各自分立的意义。

.....

孟德斯鸠说，“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机构之手”，或者说“司法权如果不同立法权和行政权分立，自由就不存在了”。他说这些话时，他的意思并不是说这些部门不应部分参与或支配彼此的行动。他的意思就像他所说的那样，尤其像用他心目中的事例作出更明确的说明那样，只能是在一个部门的全部权力由掌握另一部门的全部权力的同一些人行使的地方，自由宪法的基本原则就会遭到破坏。如果执掌全部行政权的国王，也握有全部立法权，或最高司法权；或者说如果整个立法机关拥有最高司法权或最高行政权，则他所研究的宪法就是这种情形。这无论如何不是那种宪法的弊病。掌有全部行政权的长官，虽然他能否决每一条法律，但是自己不能制定法律；也不能亲自管理司法，虽然他能任命司法管理人。法官不能行使行政权，虽然他们是行政系统的分支；也不能执行任何立法职务，虽然立法会议可以同他们进行商量。整个立法机关不能执行司法法令，虽然通过两院的联合法案，可以将法官撤职，虽然某一院作为最后一着拥有司法权。此外，整个立法机关不能行使行政权，虽然某一院能任命最高行政长官，另一院在弹劾第三者时能审判行政部门的一切部

属，并给他们定罪。

孟德斯鸠的原理所依据的理论，进一步说明了他的意思。他说：“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机构之手时，自由便不复存在了，因为人们会害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并以暴虐的方式对他们行使这些法律。”此外，“如果司法权同立法权合而为一，公民的生命和自由将会遭到专断的统治，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官会像压迫者那样横行霸道。”这些理论中的某些部分在其他章节中已有比较充分的阐述，但这里的说明虽然简单，却充分证实了我们对这大名鼎鼎作者的有名原则所陈述的意义。

(第246~248页)

在多而广泛的特权由世袭君主执掌的政府里，行政部门非常恰当地被认为是危险的根源，并且受到对自由的热心所应该引起的密切防备。在民主政体下，人民群众亲自行使立法职能，由于不能定期商量，取得一致措施，他们不断面临自己行政长官的野心阴谋，所以在某个有利的非常时刻，在同一个地方有突然出现虐政之虑。但是在代议制的共和政体下，行政长官的权力范围和任期都有明确的限制；立法权是由议会行使，它坚信本身的力量，因

为被认为对人民有影响而得到鼓舞；它人数多得足以感到能激起多数人的一切情感，然而并不至多得不能用理智规定的方法去追求其情感的目标；人民应该沉溺提防和竭力戒备的，正是这个部门的冒险野心。

立法部门由于其他情况而在我们政府中获得优越地位。其法定权力比较广泛，同时又不易受到明确的限制，因此立法部门更容易用复杂而间接的措施掩盖它对同等部门的侵犯。在立法机关中一个并非罕见的实在微妙的问题是：某一个措施的作用是否会扩展到立法范围以外。另一方面，由于行政权限于比较狭小的范围内，在性质上比较简单，而司法权的界线又更其明确，所以这些部门中的任何一个的篡夺计划，都会立刻暴露和招致失败。这还不算，因为立法部门单独有机会接近人民的钱袋，在某些宪法中，对于在其他部门任职者的金钱酬报有全部决定权，这在所有宪法中有极大影响，于是在其他部门造成一种依赖性，这就为立法部门对它们的侵犯提供更大的便利。

弗吉尼亚州在自己的宪法中明确宣称三大部门不得互相混淆。拥护这个规定的权威是杰弗逊先生，他除了留意政府活动的其他优越条件以外，本人就是州长。为了充分说明他的经验了解他对此问

题所产生的思想，必须从他的非常有趣的“弗吉尼亚州备忘录第195页”里引证较长的一段话。“政府的一切权力——立法、行政和司法，均归于立法机关。把这些权力集中在同一些人的手中，正是专制政体的定义。这些权力将由许多人行使，而不是由一个人行使，情况也不会有所缓和。173个专制君主一定会像一个君主一样暴虐无道。凡是对此有所怀疑的人，不妨看看威尼斯共和国的情况！即使他们是由我们选举，也不会有什么益处。一个选举的专制政体并不是我们争取的政府；我们所争取的政府不仅以自由的原则为基础，而且其权力也要在地方行政长官的几个机构中这样划分并保持平衡，以致没有一种权力能超出其合法限度而不被其他权力有效地加以制止和限制。因此，通过政府法令的会议是以这样的根本原则为基础的：立法、行政和司法部门应该分立，以致没有一个人能同时行使其中一个以上部门的权力。但是在这几种权力之间并未设置有任何障壁。司法和行政成员的职务以及其中某些成员的继续任职，均取决于立法机关。因此，如果立法机关执掌行政和司法权，似乎不致有反对意见；即使有，也不可能生效，因为在这种情况下他们可以使自己的行径变成议会的法令形式，使其他各部门有义务服从。因此，他们在许多情况下具

有应该留给司法部门讨论的明确权利，在他们开会期间对行政部门的指挥，也成为司空见惯的了。”

会议在履行这个责任时，必须把立法和行政的作为与这两个部门的法定权力进行比较；从列举的事实以及双方在会议上表示赞同的许多事实看来，在各种重要的事例中，宪法受到立法机关的明目张胆的违犯。

许多法律通过了，毫无必要地违犯了要求所有公共性质的议案应预先印发人民研究的规定，尽管这是宪法主要借以预防立法部门的不适当法令的一种办法。

立法机关违犯了宪法上规定的陪审官审讯制，并且执掌了宪法未曾授予的权力。

行政权力被篡夺。

宪法明确规定法官薪金必须固定，可是时常改变；属于司法部门的案件，却经常由立法部门审理和判决。

凡是想了解这几个题目的若干细节的人，可参看已经出版的议事录。可以发现，其中一些可归咎于与战争有关的特殊情况，但是其中大部分可认为是组织不善的政府的自然产物。

还可以看到，行政部门经常违宪也并非无辜。然而，在这个问题上应该提到三种情况：第一，这

些事例中大部分不是由于战争需要而直接产生，就是由于国会或总司令的建议。第二，在大多数其他事例中，它们不是迎合立法部门的已经表明意见，就是迎合立法部门的已经周知的意见。第三，宾夕法尼亚的行政部门以其组成人数而不同于其他各州。在这方面，该州行政部门同立法会议的密切关系和行政会议的密切关系几乎相等。由于不受个人对该部法令负责的约束，同时又从互为范例和共同影响中得到信任，未经公认的措施当然要比在由一个人或少数人管理的行政部门里更能自由地冒险试行。

我从这些情况保证得出的结论是：仅只在书面上划分各部门的法定范围，不足以防止导致政府所有权力残暴地集中在同一些人手中的那种侵犯。

（第246～248、252～256页）

【名言佳句】

防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠办法，就是给予各部门的主管人抵制其他部门侵犯的必要法定手段和个人的主动。在这方面，如同其他各方面一样，防御规定必须与攻击的危险相称。野心必须用野心来对抗。人的利益必然是与当地的

法定权利相联系的。用这种种方法来控制政府的弊病，可能是对人性的一种耻辱。但是政府本身若不是对人性的最大耻辱，又是什么呢？如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。

(第264页)

人在很大程度上是一种习惯的动物。

(第134页)

一条法律顾名思义包括最高权力。

(第160页)

正义是政府的目的。

(第266页)

一年一度的选举告终之时，就是暴政开始之日。

(第272页)

用选举方式获得统治者，是共和政体独有的政策。

(第290页)

注 释

[\[1\]](#) [法]托克维尔著：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1997年版，第128页注8。

12 . 黑格尔：《法哲学原理》

【推荐版本】

[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1996年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

乔治·威廉·弗里德里希·黑格尔（Georg Wilhelm Friedrich Hegel，1770～1831）是德国著名的唯心主义哲学家、唯心主义法学的主要代表，被认为是德国古典哲学的集大成者，是“德国哲学中由康德起始的那个运动的顶峰”。[\[1\]](#)

1770年8月，黑格尔生于德国维腾贝格公国的首府斯图加特市的一个公务员家庭。1788年，黑格尔进入图宾根神学院学习。在那里，他与两个同学结下了诚挚的友谊，一个是与他同时进入神学院的荷尔德林，今天被人们看做是与席勒和歌德比肩并列的伟大诗人，一个是1790年入学的谢林，后来在黑格尔还默默无闻之时已经名扬天下的哲学

家。

1789年的法国大革命受到德国进步势力的热烈欢呼，当时黑格尔对法国革命也持肯定态度，但他是不赞成雅各宾派所实行的恐怖行动的。1793年黑格尔以优异的成绩从神学院毕业，先后在伯尔尼和法兰克福当了七年的家庭教师。1801年通过论文答辩成为耶鲁大学哲学系的编外教师，四年之后成为副教授。同时，他还与谢林一道主编《哲学评论》杂志。1807年出版他的第一部著作《精神现象学》，标志着黑格尔哲学正式登上历史舞台。

1808~1816年，黑格尔在纽伦堡当了8年的中学校长。在此期间完成了《逻辑学》（简称“大逻辑”）。1816年，他被聘为海德堡大学教授。1817年，出版《哲学全书》（其中的逻辑学部分简称“小逻辑”），完成了他的哲学体系。1818年开始担任柏林大学教授，1821年出版《法哲学原理》。1827年主编《科学评论年鉴》，以他为中心形成了黑格尔学派。1829年，黑格尔被任命为柏林大学校长和政府代表，他的哲学思想才最终被定为普鲁士国家的钦定学说。1831年11月14日死于霍乱，享年61岁。

黑格尔生前正式出版了以上四部著作，其中《哲学全书》和《法哲学原理》都是教学纲要，只

有《精神现象学》和《逻辑学》是严格意义上的哲学著作。在他去世之后，他的友人和学生编辑出版了黑格尔全集，其中包括根据学生们的听课笔记整理而成的一系列黑格尔讲演录，有《历史哲学讲演录》、《哲学史讲演录》、《美学讲演录》和《宗教哲学讲演录》。

黑格尔在哲学史上堪称百科全书式的哲学家，他对当时各门学科都多有研究，并将之纳入自己的哲学体系，形成包罗万象、博大精深的客观唯心主义哲学体系。黑格尔把绝对精神看做世界的本原。绝对精神并不是超越于世界之上的东西，自然、人类社会和人的精神现象都是它在不同发展阶段上的表现形式。因此，事物的更替、发展、永恒的生命过程，就是绝对精神本身。黑格尔哲学的任务和目的，就是要展示通过自然、社会和思维体现出来的绝对精神，揭示它的发展过程及其规律性，实际上是在探讨思维与存在的辩证关系，在唯心主义基础上揭示二者的辩证统一。

围绕这个基本命题，黑格尔建立起令人叹为观止的客观唯心主义体系，主要讲述绝对精神自我发展的三个阶段：逻辑学、自然哲学、精神哲学。黑格尔在论述每一个概念、事物和整个体系的发展中自始至终都贯彻了这种辩证法的原则。这是人类思

想史上最惊人的大胆思考之一。

黑格尔是德国古典哲学最后也是最伟大的一位代表，他将古典哲学的基本思路发挥到了极致，从这个意义来讲，黑格尔哲学也标志着古典哲学的终结。

【内容精要】

本书是黑格尔在法学方面最重要的著作，其中译本由范扬、张企泰翻译，商务印书馆1961年6月第一次出版，以后数次印行。全书分3篇9章。

根据黑格尔所建立的唯心主义哲学体系，逻辑学是研究理念自在自为的科学，是体系的中心。自然哲学是研究理念的他在或外在化的科学，精神哲学是研究理念由他在而回复到自身的科学，二者可以被称为“应用逻辑学”。“精神哲学”又分为三部门：一是主观精神，分灵魂、意识、心灵三个环节；二是客观精神，分法、道德、伦理三个环节；三是绝对精神，分艺术、天启宗教、哲学三个环节。而《法哲学原理》一书也分为第一篇，抽象法；第二篇，道德；第三篇，伦理三大部分，其中的提纲也大致与“客观精神”相同，由此可见，黑格尔的《法哲学》可以说是他的《哲学全书》中第

三环节《精神哲学》一书中第二篇论“客观精神”部分的发展和补充。

书中附有一篇黑格尔于1820年6月写就的序言。其中，黑格尔对自己的法哲学精神和思想做了凝练的阐述，提出了几个常被应用的著名论点。因而这篇序言对于我们理解黑格尔及其法哲学思想是很重要的。

在黑格尔看来，法学与哲学密不可分，法学是哲学的一个部门。他的法哲学体系由依次向前发展的抽象法、道德和伦理三个阶段构成。抽象法是一种客观法，包括三方面的内容：关于对物的占有和所有权的法律；关于契约即转移所有权的自由或权利的法律；关于制裁犯罪即侵犯他人财产所有权行为的法律。道德是一种主观法，是一种具有特殊规定的内心的法，它主要解决故意和责任、意图和福利、善和良心等问题。伦理是主观与客观相统一的法，主要解决家庭、市民社会和国家方面的问题。不论是抽象法，还是伦理和道德，都是法或权利的表现。

黑格尔认为人有了意志自由，就有了权利，法就是“自由意志的定在”。关于法的概念，他指出：“法律是自在是法的东西而被设定在它的客观定在中，这就是说，为了提供于意识，思想把它

明确规定，并作为法的东西和有效的东西予以公布。通过这种规定，法就成为一般的实定法。”（第218页）关于法的性质，他说，“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法律的实体和规定性”（第10页）。关于法律的形式，他认为制定法、习惯法、判例法和引证法都可作为法律的表现形式。因为法是实定的东西，所以法必须具有客观现实性，“法的东西要成为法律，不仅首先必须获得它的普遍性的形式，而且必须获得它的真实的规定性”（第218页）。也就是说，法必须有其表现形式。

按照黑格尔的理论，抽象法是自由意志借外物（特别是财产）以实现其自身。自由意志在内心中实现，就是道德。而自由意志既通过外物，又通过内心得到充分的现实性，就是伦理。抽象的、形式的法是客观的，道德是主观的，只有伦理才是主观与客观的统一，才是客观精神的真实体现。道德也是法的一种，是一种具有特殊规定的内心的法，亦即“主观意志的法”。只有主观的道德意志的表现才算是真正的行为，黑格尔由此提出道德发展的三个阶段：故意（目的）与责任，意志（动机）与福利（后果），良心与善。

黑格尔从客观唯心主义出发，把伦理看成一个精神性的、有机的世界，认为它有其自己生长发展的过程，并把它的矛盾发展过程分为三个阶段：第一，直接或自然的伦理精神——家庭；第二，伦理精神失去直接的统一，进行分化，达到一种“相对性的观点”，此时个体成员建立起一种形式普遍性的联合，就是市民社会；第三，伦理精神通过分化，由一定中介而完成的统一就是国家。

黑格尔认为婚姻也是一种“精神的统一”，实质是一种伦理的关系。它是家庭的基础，从法的意义来说，家庭也是一种人格，通过其财产体现外部的实在性。家庭在完成教育子女的使命后就过渡到了市民社会，而市民社会就是诸个体、诸家庭的聚集，其发展分为三个环节：需要的体系，司法、警察和同业公会。黑格尔在论证资产阶级的市民社会时，进一步论证了资本主义的发展——殖民主义。

黑格尔认为国家是伦理精神的体现，是独立存在的而且是永恒的、绝对合理的东西，个人不能脱离国家而存在。关于国家制度，黑格尔提出王权（单一）、行政权（特殊）和立法权（普遍）相结合的政治制度。三权即“对内主权”，被认为属于“内部国家制度本身”，与之相对应的是“对外主权”。黑格尔认为国家是自在自为的，把国家绝

对化，不仅在资产阶级保守主义的立场上宣扬民族主义和爱国主义，还提出所谓战争的理论性，宣扬战争的必然性和应然性。此外，他还提出“世界精神”来拯救困难，认为世界精神是历史哲学研究的对象，是贯穿在世界历史过程的理性力量。这样，法哲学的领域就结束了并进而过渡到历史哲学的领域。

黑格尔认为法律的发展经历了一个由法的建立到不法和犯罪再到采用刑罚使法得到恢复的辩证过程。不法是犯罪的前提，犯罪是不法的最高阶段。犯罪具有社会危害性，对犯罪要处以刑罚。犯罪是一种暴力强制，是对法的否定；而刑罚则是对暴力强制的强制，是对犯罪即真正不法的否定，通过这种否定，法才又得到恢复和发展，这便是他的著名的刑罚报复论。

黑格尔认为国家是伦理精神的体现，是绝对自在自为的理性东西，也就是说，国家是独立自存的、永恒的、绝对合理的东西。照这样说来，国家是神圣的东西，是不应推翻的东西，从而国家是永不会消亡的。黑格尔还认为个人不应也不能脱离国家而存在，“由于国家是客观精神，所以个人本身只有成为国家成员才具有客观性、真理性和伦理性”（第254页）。显然，黑格尔的国家观与传统

马克思主义的国家观是不同的，对此，我们必须加以思考。

关于国家制度，黑格尔提出王权（单一）、行政权（特殊）和立法权（普遍）相结合的政治制度。黑格尔认为国家中的君主正是逻辑上的“绝对理念”，宗教上的“上帝”的体现。逻辑理念包含有单一、特殊、普遍三个环节的统一，而国家制度作为逻辑理念的体现，应包含君主权（表示单一）、行政权（表示特殊）和立法权（表示普遍）三个环节的统一。这就是黑格尔所要论证的君主立宪制。

黑格尔强调王权作为最后决断的“主观性”，认为国家的大臣或咨议机关应该提供资料、意见，并展开辩论；而为使辩论不致相持不下，君主做出最高的、最后的决断。但是君王如果做错了，是不负责任的，只有这些大臣或咨议机关才应对政府行为负责。黑格尔反对君主选举制而主张君主世袭制，并强调君主有赦免罪犯的权力。他还认为，国家的制度和法律是自在自为的普遍物，从主观方面说，就是君主的良心。可见，黑格尔把法律制度放在了君主主观“任性”的基础上。

对于行政权，黑格尔主张行政权包括审判权和警察权。他还认为要选拔有“知识和才能”的人，

一方面满足国家对行政人才的需要，另一方面使每一个市民都有可能担任公职。而为了解决选拔任命时的困难，黑格尔又借助于“国王”的最后决定权，于是回到君主的主观“任性”。他还强调“担任公职”有其伦理和精神意义，要求官吏有“献身精神”。此外他还主张必须对官吏进行政治教育。

对于立法权，黑格尔将之定义为“规定和确定普遍物的权力”，认为立法权是国家制度的一部分，而且它应以国家制度为前提和基础。黑格尔把立法权或议会设计为三个等级：（1）贵族地主等级，即实体性的等级；（2）普遍等级，即行政官吏的代表；（3）私人等级，即工商业的代表。黑格尔特别重视贵族地主阶级，而且根本反对政府相对立的党派，还反对人民群众、轻视舆论的力量，并“崇拜”脱离了群众的“伟大人物”或“天才英雄”。

黑格尔的《法哲学原理》所阐发的思想内容博大精深，其在学术史上的意义举足轻重，尤其是其思辨性，令人折服。虽然“金无足赤”，本书的客观唯心主义理论基础是有其局限性的，但这并没有妨碍它在世界法学发展史上的熠熠之辉。

【延伸阅读】

[德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海书店出版社1999年版。

[德]黑格尔：《精神现象学》（上、下卷），贺麟、王玖兴译，商务印书馆1979年版。

[德]黑格尔：《哲学史讲演录》（1~4卷），贺麟、王太庆译，商务印书馆（1~3卷）1959年版，（第4卷）1978年版。

[德]黑格尔：《逻辑学》上、下卷，杨一之译，商务印书馆2001年、2003年版。

[德]黑格尔；《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆2003年版。

[德]黑格尔：《美学》（第一、二、三卷），朱光潜译，商务印书馆1979年版。

[德]马克思：《〈黑格尔法哲学批判〉导言》，《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1992年版。

【精彩片段】

法的基地一般说来是精神的东西，它的确定地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。至于法的体系是实现了的自由王国，是从精神自身产生出来的、作为第二天性

的那精神的世界。

(第10页)

法是一般神圣的东西，这单单因为它是绝对概念的定在，自我意识着的自由的定在之故。但是法（此外还有义务）的形式主义产生于自由的概念在发生上发生的差别。同更形式的即更抽象的，因而也是更受限制的法对比，有一种更高级的法，它是属于那样一个精神的领域和阶段，即在其中精神已把它的理念所包含的各个详细环节在它自身中予以规定和实现了；这个精神的领域和阶段是更具体，其内部更丰富，而且更是真正普遍的，因而也具有更高级的法。

(第37页)

(1) 人格一般包含着权利能力，并且构成抽象的从而是形式的法的概念，和这种法的其本身也是抽象的基础。所以法的命令是：“成为一个人，并尊重他人为人”。

(2) 意志的特殊性诚然是意志整个意识的一个环节，但抽象人格本身还没有把它包含在内。所以这种特殊性虽然存在着，但仍作为与人格、与自由的规定有区别的东西，即作为情欲、需要、冲动、偶然偏好等等而存在。所以在形式法中，人们不考虑到特殊利益、我的好处或者我的幸福，同时

也不考虑到我的意志的特殊动机、见解和意图。

.....

就其与具体行为以及道德和伦理情况的关系来说，抽象法跟以上这些更详细的内容比较，只不过是一种可能性，因之法的规定仅仅是一种许可或能力。这种法的必然性，正因为这种法是抽象的，所以局限于否定的方面，即不得侵害人格或从人格中所产生的东西。所以在抽象法中只存在着禁令，至于命令的积极形式，从其终极内容来看，也是以禁令为基础的。

（第46～47页）

加于犯人的侵害不但是自在地正义的，因为这种侵害同时是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是他的法，所以是正义的；不仅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，也就是说，在他的达到了定在的意志中、在他的行为中立定的法。其实，他的行为，作为具有理性的人的行为，所包含的是：它是某种普遍物，同时通过这种行为犯人定下了一条法律，他在他的行为中自为地承认它，因此他应该从属于它，像从属于自己的法一样。

（第103页）

国家是伦理理念的现实——是作为显示出来的、自知的实体性意志的伦理精神，这种伦理精神

思考自身和知道自身，并完成一切它所知道的，而且只是完成它所知道的。国家直接存在于风俗习惯中，而间接存在于单个人的自我意识和他的知识和活动中。同样，单个人的自我意识由于它具有政治情绪而在国家中，即在它自己的实质中，在它自己活动的目的和成果中，获得了自己的实体性的自由。

(第253页)

国家是绝对自在自为的理性东西，因为它是实体性意志的现实，它在被提升到普遍性的特殊自我意识中具有这种现实性。这个实体性的统一是绝对的不受推动的自身目的，在这个自身目的中自由达到它的最高权利，正如这个最终目的对单个人具有最高权利一样，成为国家成员是单个人的最高义务。

附释：如果把国家同市民社会混淆起来，而把它的使命规定为保证和保护所有权和个人自由，那么单个人本身的利益就成为这些人结合的最后目的。由此产生的结果是，成为国家成员是任意的事。但是国家对个人的关系，完全不是这样。由于国家是客观精神，所以个人本身只有成为国家成员才具有客观性、真理性和伦理性。结合本身是真实的内容和目的，而人是被规定着过普通生活的；他

们进一步的特殊满足、活动和行动方式，都是以这个实体性的和普遍有效的东西为其出发点和结果。

(第253~254页)

补充：(国家的合理性)人们所必须希求于国家的，不外乎国家应是一种合理性的表现，国家是精神为自觉所创造世界，因此，国家具有特定的、自在自为地存在的进程。人们观察自然界，反复提到造物之巧，但是并不因而就相信自然界是比精神界更高级的东西。国家高高地站在自然生命之上，正好比精神是高高地站在自然界之上一样。因此，人们必须崇敬国家，把它看做地上的神物，同时必须了解，如果了解自然界是困难的，那么领会国家更是无限地困难。在现代，人们对于一般国家已经具有一定的直觉，而他们又是这样大力从事于国家制度的讨论和建立，这一点是非常重要的。但是事情并没有因此结束。对待理性的事物还必须用直觉的理性，必须知道什么是本质的东西，并且要明白触目的东西未必是本质的东西。国家的各种权力固然必须加以区分，但是每一种权力本身必须各自构成一个整体，并包含其他环节于其自身之中。当人们谈到这些权力各不相同的活动时，切忌陷于重大错误，以为每一种权力似乎应该抽象而自为地存在着。其实，各种权力只应看做是概念的各个环节而

被区分着的。如果相反地各种差别是抽象而自为地存在着的，那么，分明是两个独立自主的东西就不可能形成统一，而必然要发生斗争，其结果，或者整体崩溃了，或者借助权力统一重新建立起来。例如，在法国革命时，时而立法权吞噬了所谓行政权，时而行政权吞噬了立法权，这里要提出好比某种调和的道德上要求，那是荒谬的。如果把事物让心情去解决，当然可以省却一切麻烦。但是，纵然伦理性的感情是必要的，它也不应该根据它本身来规定国家的各种权力。所以重要的是，由于各种权力的规定自在地是整体，所以各种权力在实存中就构成了整个概念。如果人们惯于谈论三权即立法权、行政权和司法权的话，那么其中第一种相当于普遍性，第二种相当于特殊性，但司法权不是概念的第三个环节，因为概念固有的单一性是存在于这些领域之外的。

(第285~286页)

【名言佳句】

我们不像希腊人那样把哲学当做私人艺术来研究，哲学具有公众的即与公众有关的存在，它主要是或纯粹是为国家服务的。

(序言第8页)

凡是合乎理性的东西都是现实的；凡是现实的东西都是合乎理性的。

(序言第11页)

就个人来说，每个人都是他那个时代的产儿。哲学也是这样，它是被把握在思想中的它的时代。妄想一种哲学，可以超出它那个时代，这与妄想个人可以跳出他的时代，跳出罗陀斯岛，是同样愚蠢的。

(序言第12页)

任何定在，只要是自由意志的定在，就叫做法。所以一般说来，法就是作为理念的自由。

(第36页)

国家是绝对自在自为的理性东西，因为它是实体性意志的现实，它在被提升到普遍性的特殊自我意识中具有这种现实性。

(第253页)

国家成长为君主立宪制乃是现代的成就。

(第287页)

注 释

[\[1\]](#) [英] 罗素著：《西方哲学史》下卷，马元德译，商务印书馆2003年版，第275页。

13 . 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》

【推荐版本】

[德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

18世纪的欧洲，自然法支配了当时的法律与社会意识。它的影响沉淀在《奥地利民法典》和《普鲁士法典》中。19世纪初，伴随着拿破仑在欧洲军事征服的节节胜利，以理性主义自然法为指导的《法国民法典》更是成为欧洲大陆各国法典编纂的范本。在漫长的历史分裂中一直处于欧洲底层的德意志民族急切盼望着民族的统一。在这如熊熊烈焰般的民族情感的呼唤之中，德国哲学法学派的领袖蒂堡于1814年写下了《论制定一部统一的德国民法典的必要性》一文，提倡用法律的统一来实现民族的统一。然而，在19世纪的德意志世界，当康德

以他的批判哲学指出理性主义自然法的不足，当拿破仑的权利欲望摧毁了欧洲向来的政治秩序的时候，人们对于绝对事物的追求，不再诉诸“自性自足”的理性；“非理性的”、动态的因素就变成了观察社会文化的重要观点，具体地说，（个人乃至社会的）历史发展被认定具有一定的意义。在德意志的精神文化领域，这种思想促成了强调感情力量、非理性因素、回顾过去的浪漫主义运动。在这一思潮的引领下，萨维尼于1814年发表了《论立法与法学的当代使命》一文，反驳蒂堡之论，由此，拉开了德国历史上意义深远的一场关于“民法典”的论战。以此文为契机，开创了统治德国乃至整个西方法学近一个世纪的历史法学派，真可谓“小册子，大文章，一种法学思潮由此开创，一个法学流派由此立基，一股人类精神的脉流自兹如大河奔流，生生不息，洋溢寰宇。”（中译本序言第1页）

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼（Friedrich Karl von Savigny, 1779~1861），是一代法学巨匠，他所开创的历史法学派在整个19世纪对德国乃至西方法学产生了极其深远的影响。在约翰·麦克唐那爵士的《历世伟大法学家》这部著名的传记中，萨维尼被誉为“欧洲所养育的最伟大的法学家”。

萨维尼于1779年2月21日生于法兰克福，父母相继故去，后在其收养人诺伊拉特家长大。1795年夏开始在马堡学习法律，于1799年毕业。1800年取得博士学位，自1800年开始授课，起初讲授刑法，从1801年起讲授罗马法、法律史和方法论。1804年在马堡任教，曾先后在哥廷根、海德堡、巴黎、纽伦堡、奥格斯堡、兰茨胡特和维也纳做研究旅行。1808年任兰茨胡特罗马私法教授，1810年在新建的柏林大学任教，1812年至1813年任柏林大学校长。1814年《论立法与法学的当代使命》的发表与1815年《历史法学杂志》的创刊标志着历史法学派的创立，也使得柏林成为德国法学的中心。1817年萨维尼任普鲁士枢密院法律委员，1819年任莱茵州控诉法院兼上诉审核院的枢密法律顾问。

1824年萨维尼任威廉四世的国务兼司法大臣，承担立法审核的工作，在任期间制定并通过了《票据法》和《普鲁士刑法典》，该法典成为帝国刑法典的实质基础。1847年他被任命为内阁主席，负责枢密院及行政厅。

萨维尼的一生，笔耕不辍，著述颇丰。1803年出版了处女作《论占有权法》（是年年仅23岁）。此书一问世便轰动了西欧法学界，连奥斯丁

都赞誉该书“是所有论述法律的著作中，最完善和最出色的”。1814年发表了《论立法与法学的当代使命》一文，1815年至1831年出版了《中世纪罗马法史》，为研究罗马法提供了极其珍贵的资料。1840年至1849年出版了其经典作品《现代罗马法体系》，基本构造了现代民法学的体系。

《世界上伟大的法学家》一书的作者在评价萨维尼时，曾说了这么一段话：萨维尼对法律史的贡献是不可估量的，“甚至在他去世后半个世纪的今天，指明他的著作在法律发展史上、他在世界上的伟大法学家中间的地位仍然非常困难。”这位许多世纪人类法律活动成果的收藏者，对各种前人的法律研究成就作出详细阐述的先驱者，他对社会科学领域的贡献，或许很容易被人们轻视或被过高评价。“就我而言，我认为他是法学上的牛顿或达尔文，他的成就与这两位伟大人物的相类似。他通过对法的现象的了解，发现了（如同牛顿发现了）一个现象的世界，并且以穿透黑夜、引导人们呼唤法的精神的文艺复兴的勇气来努力研究它。”不管怎么说，“萨维尼把文艺复兴的阳光带进了法学，这是可以肯定的。他告诉我们，法自身属于法（law，这里也可译为‘规律’、‘法则’），它不是立法者的意志的任意表述，而是服从宇宙（发

展的客观) 进程。” [\[1\]](#)

【内容精要】

在《论立法与法学的当代使命》一书中，萨维尼开门见山地提出：法律的起源和发展取决于民族的特殊历史，就如同该民族的语言、习俗和政治一样。所有这些因素都是民族的统一的精神生活所创造的统一体，它们密切联系在一起，是人民的信念的产物，而不是偶然性的和自由意志的产物。因此法的制定绝不是仅仅靠人类的理性就可以完成的。

萨维尼并不反对编纂法典，但他强调，法典必须具备两个条件：(1) 就内在的内容来说，法典应该保障最大限度的法的确定性以及法的适用的安全性；(2) 就形式来看，法典必须将其内容以精确的形式表现出来。他认为在法学中也存在着如自然科学的基本原则，从这些原则中可推出各种法律概念和其他的法律原则。以扫除法律的不周全性与不确定性。但当时的德国法学界还没有足够的能力发展出这样的学术体系。而且，德语在法律词汇方面存在的最大问题是很难将有关拉丁文的术语准确移译为德文，故无法保证法律语言的严密精确。所以无论在内容和形式方面德国都无力制定一部民法

典。

作为一个有历史责任感的法学家，萨维尼指出了症结之所在：“他们觉得病在法的渊源，而相信藉由一部法典即可匡正之；我则发现病在我们自身，而相信因此之故，我们尚无力制定一部法典。”（第121页）萨维尼理性地指出了自身的缺陷才是阻碍法典编纂真正的原因之所在。这不仅为他自己也为德国所有的法学家提出了他们的历史使命。

萨维尼指出：“法律具有双重生命”，“首先，法律是社会存在整体中的一部分，并将始终为其一部分；其次，法律乃是掌握于法学家之手的独立知识分支。”（第10页）前者被称为“政治因素”，而后者则为“技术因素”。萨维尼认为，在同一国族法律史的早期，法律尚未表现为抽象的规则，它存在于社会意识中，体现为种种法规，但随着文明的进步，法律的发达，法学家逐渐成为保有法律的一个特殊阶层，成为民族精神在法律上的解读读者。

法学家肩负着解读民族法律的使命，然而，现状却令人堪忧，他认为“法学家必当具备两种不可或缺之素养，此即历史素养，以确凿把握每一时代与每一法律形式的特性；系统眼光，在与事物整体

的紧密联系与合作中，即是说，仅在其真实而自然的关系中，省察每一概念和规则。在18世纪的法学家中，难得找到这两种科学精神”（第37页）。基于此，萨维尼提出了解决之道：

1. 严谨的历史方法。历史留存下来的法律概念、法律制度，汇聚了先人的智慧，在历史的演进之中，历经各个时代，辗转成型，只有通过历史，将一切追溯到源头，才能对它获得真正的理解。因此萨维尼反对那些对历史一无所知，而认为只要用人类的普遍理性就能制定出一部完美无缺的法典的理念。因为一个人必得彻底通晓历史材料的确切涵义，才能将其当作一种工具，运用自如地借以阐释新的形式。

2. 挖掘存在于即存法律中的基本原则。萨维尼将法律视做一门系统的学科体系，并赋予它以顽强的生命力。而法学家的责任则在于对这些公理进行厘别和区辨，从中推导出存在于一切法律概念和规则间的内在联系及其确切的亲和程度。当然，萨维尼也没有忽视法律的外在表达形式即语言问题，他认为现在的德语还不能准确地表达一些法律词汇的含义。但他同时又肯定了人类心智的威力无穷。在萨维尼看来，发展出一套精确严谨的法律语言也是法学家们不可推卸的责任。

总的来看，萨维尼认为应该加强对法律史的研究。这样的研究表现在对于罗马法的研究，对于德国传统法制度的研究，以及这二者在现代经历的发展的研究。“我们法律的三个主要分支即源此而来”（第87页）。在这里，萨维尼已经预示了他在日后进行的两个主要的研究课题。这样的研究表现在他的《中世纪罗马法史》以及《当代罗马法体系》之中。

【延伸阅读】

许章润主编：《萨维尼与历史法学派》，广西师范大学出版社2004年版。

[美]罗斯科·庞德著：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版。

【精彩片段】

首先，我们揆诸历史，在诸较为优秀的国族中，法律自身究竟是如何产生、发展的；这一问题——可能是一个恰当或必要的问题，或者，恰恰相反，是一个在此容易遭受指责的问题，——循此进路探寻，可谓至为恰当。

在人类信史展开的最为远古的时代，可以看出，法律已然秉有自身确定的特性，其为一定民族所特有，如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制（constitution）。不仅如此，凡此现象并非各自孤立存在，它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向，而向我们展现出一幅特立独行的景貌。将其联结一体的，乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念，对其内在必然性的共同意识。

诸国族的这些使得自己个别化的独特的秉性，是如何产生、形成的——这是一个无以历史地回答的问题。晚近以来，为人们所信受的流行的观点是，一切生命首先均为一种动物的生活，逐渐进化至一种较好的状态，最终臻达其现在所达到的水准。我们姑将这一理论弃置不论，而将精力仅仅局限于历史上可信的最早期的法律状况这一事实问题。我们应当尽力揭示此一阶段确切有据的一般特征，在此阶段，法律以及语言，存在于民族意识（consciousness of the people）之中。

.....究竟是什么表现和型塑了法律呢？在我们的时代，它表现为书面和口头相传的规则。不过，此种表达和确定形式以一种高度的抽象为预设的前提，因而，在上述之早期历史中无实际存在之可

能。相反，我们发现，在产生了权利义务或已将权利义务两相厘别之处，却普遍采用了具有象征意味的法规（acts），而正是其确定与明晰，保证了法律具有确定的外在形式；法律的庄严和权威，恰与法律关系本身的重要性相称。凡此前已述及，均为该阶段的特性所在。在适用此类具有确定形式的法规中，除了古代意大利人拥有可能源于其城邦法规（city constitutions），而具备更具确定性和规则性的形式外，德语诸族与古代意大利人颇相契合。这些具有确定形式的法规或可被视为此一阶段法律的真正内在语法。

而且，此种法律与民族的存在和性格（being and character of the people）的有机联系，亦同样展现于时代的进步中。这里，再一次地，法律堪与语言相比。对于法律来说，一如语言，并无绝然断裂的时刻；如同民族之存在和性格中的其他的一般性取向一般，法律亦同样受制于此运动和发展。此种发展，如同其最为始初的情形，循随同一内在必然性规律。法律随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大，最后，随着民族对于其民族性（nationality）的丧失而消亡。但是，这种内在的进步趋向，即便在高度文明的时代，也为讨论设置了极大的困难。上文业已指出，民族的共同意识

(the common consciousness of the people) 乃是法律的特定居所。例如，在罗马法中，很容易看出体现于诸如婚姻、财产等等法律设置的一般定义中反映民族意识的基本内容。但是，如若关涉其浩繁细节，而对此我们仅有的不过是《学说汇纂》中存留的蛛丝马迹，则大家均会认为由此探寻民族意识之不可能。

这一困难将我们引入关于法律生成和发展的一个新的视角。随着文明的进步，民族的演进路向也越来越清晰明白、极具个性，那些否则或可仍为共同保有之物，却成为特定阶级的相宜佩饰。如今，法学家们越来越成为一个特殊的阶层；法律完善了这一阶层的语言，使其持取科学的方向，正如法律以前存在于社会意识之中，现在则被交给了法学家，法学家因而在此领域代表着社会。法律因为具有双重生命，自兹更具人为色彩，也更为复杂。首先，法律是社会存在整体中的一部分，并将始终为其一部分；其次，法律乃是掌握于法学家之手的独立的知识分支。所有后继的各种现象，均可由法律的这两种存在形式间的依存合作关系而获得解释。现在或可理解，凡此浩繁纷纭的全部法律是如何起源于有机的过程，而无任何专断意志或用心存乎其间。为了简明起见，技术地说，我们将法律与民族

的一般存在间的这种联系称为“政治因素”（the political element），而将法律的独特的科学性的存在（scientific existence）称为“技术因素”（第7～10页）。

【名言佳句】

法律随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大，最后，随着民族对于其民族性（nationality）的丧失而消亡。

（第9页）

法律首先产生于习俗和人民的信仰，其次乃假手于法学——职是之故，法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力，而非法律制定者的专断意志所孕就的。

（第11页）

（刘长跃）

注 释

[1] 参见何勤华著：《西方法学史》，中国政法大学出版社2003年版，第243页。

14 . 惠顿：《万国公法》

【推荐版本】

[美]惠顿著：《万国公法》，丁慧良译，上海书店出版社2002年版。

[美]惠顿著：《万国公法》，丁慧良译，何勤华点校，中国政法大学出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

第一次鸦片战争失败后，国门开始逐渐敞开。从1841年英国单方面宣布《穿鼻条约》，到1863年《万国公法》翻译出版前夕，中国与西方列强已经签订了24个不平等条约。通过这些条约，比利时、丹麦、法国等11个国家，攫取了各项特权，这些特权让西方列强在政治、经济、文化上都获得了极大的利益。但是签署这些条约以后，如果中国不履行这些条约怎么办呢？因此，西方的一批官员和传教士就希望通过向中国传播其国际法思想和制度，让中国遵循他们的价值观和法律规范来行事，从而确保中国履行已经签订的各个不平等条约，以

维护其在华的特权和利益。同时，清王朝中也有一些人试图通过掌握国际法知识来与西方列强讨价还价，尽可能多地保护其统治利益。这样，外有英国公使卡鲁士、英国受聘担任中国海关总税务司的赫德和美国驻华公使蒲安臣、美国驻上海领事乔治·西华德等人的支持，内有以恭亲王为首的一批目光独到之士的有力相助，丁韪良的翻译工作开始了。

翻译工作也不是一帆风顺，国外国内都有人反对。例如，美国代办和法国代办就一直对丁韪良的翻译工作持否定乃至反对的立场，毕竟，这是“一把双刃剑”，他们担心中国人懂得国际法就可能使其利用它来与西方列强进行有理有节的法律斗争，毕竟他们的很多做法是不符合国际法的。法国使馆代办哥士奇（Klecsowsky）曾经对蒲安臣抱怨道：“那个让中国人了解我们西方国际法秘密的人是谁？杀死他，绞死他；他将给我们带来无数的麻烦。”国内的反对者主要是因为对西方国家的不信任，看着西方列强一手高举着尊重各国主权、互不干涉内政、互不侵犯领土、以和平方式处理各国之间的纠纷等国际法的旗号，一手在一个个不平等条约的保护下，攫取各种经济特权，他们担心学习西方的国际法只不过是西方列强的另一个阴谋。

在这种情况下，恭亲王的支持显得很及时、重

要。他在1864年8月30日的奏折中写道：“臣等因于各该国彼此互相非毁之际，乘间探访，知有《万国律例》一书。欲径向索取，并托翻译，又恐秘而不宣。……近日常文士丁韪良译出汉文，可以观览……臣等查该《外国律例》一书，衡以中国制度，原不尽合，但其中亦间有可采之处。即如本年布国在天津海口扣留丹国船只一事，臣等暗采该律例中之言，与之辩论。布国公使，即行认错，俯首无词，似亦一证。”普丹大沽口船舶事件的圆满解决，用实际事例展示了国际法的好处，所以清朝统治者很快就批准了《万国公法》一书的翻译。

亨利·惠顿（Henry wheaton, 1785 ~ 1848），1785年出生于罗德岛州，1802年毕业于罗德岛大学（现在的布朗大学），曾赴法国攻读法律，后回罗德岛作律师，并担任纽约州法官。1836年，他出版了《国际法原理》。这本书翻译成中文时，译为《万国公法》。这本书的出版为他赢得了“国际法之父”的称号。

丁韪良（W. A. Martin 1827 ~ 1916），字冠西，美国北长老会的一名传教士。他于1827年出生于美国印地安那州的一个牧师家庭。在中国生活了62年（1850 ~ 1916，中间有4年时间不在中国），是当时在华外国人中首屈一指的“中国

通”，同时也是一位充满争议的历史人物。他于1846年毕业于印第安纳州立大学，对自然科学有着浓厚的兴趣，之后，进入新尔巴尔神学院攻读神学，于1849年毕业。1850年，23岁的丁韪良志愿参加美国北长老会的海外传教使团，由全美长老会对外传教委员会（Foreign Mission Board）派往中国。

和其他传教士一样，他主要的工作是传教、教导、写作。在宁波期间，丁韪良花了大量的时间在语言上，不仅学会了中国官话和宁波方言，读完了四书、五经等中国古代文献，还参与了将《圣经》译为宁波方言的工作，并于1854年出版了用中文写的宗教读物《天道溯源》（他在宁波时，经常晚间讲道，这本书就是由这些讲道编辑而来）。这些为他以后翻译《万国公法》奠定了语言方面的基础。在《天津条约》和大沽口军事冲突的谈判中，他被聘为翻译。这些经历促使他在1860年后对国际法产生了兴趣，并且奠定了他法律知识方面的基础。1863年，丁韪良在美国公使蒲安臣支持下，开始着手翻译美国人惠顿的《万国公法》。这本书被蒲安臣介绍给恭亲王后，受到了恭亲王的赏识，同年冬天，由总理衙门拨专款500两在北京出版。这样，年轻的他成为了把国际法著作介绍到中国的

第一人。他还热心的参与教育工作，先后出任了京师同文馆、京师大学堂和湖北仕学院等学校的总教习。从1869年到1894年，他在京师大学堂担任了25年的总教习，并被光绪授予二品顶戴。1916年12月17日，丁韪良在北京去世，与妻子同葬于西直门外的一块墓地。除了翻译《国际公法》之外，他还翻译了大量的学术著作，包括数学、水力学、天文学和地理学几个领域，其中最重要的是欧几里德《几何原形》的头六章，这是中国第一部科学的译著。此外，他还写了《花甲忆记：一位美国传教士眼中的晚清帝国》、《中国的觉醒》、《自然哲学》等多部中英文著作。

【内容精要】

这本由美国人亨利·惠顿（Henry Wheaton）所著、美国传教士丁韪良（William Alexander Martin）翻译的《万国公法》的刊印出版，标志着国际法开始正式传入了中国。这本书共有四卷，在正文的卷首，有二张画有东半球和西半球的地图，地图上按照音译的方法用中文注明了各个大陆和海洋的名称。这二张地图并不是惠顿所绘，而是由丁韪良在翻译的时候添上去的。这就开宗明义地告诉

清王朝的官员，任何一个国家都不是世界的中心，任何一个国家都只是世界的一个组成部分。

第一卷是“释公法之义，明其本源，题其大旨”，这部分是总论，共二章：释义明源和论邦国自治、自主之权。在“释义明源”中，作者说国际公法是“本于公义、出于天性”的，并且介绍了公法和性法（也就是自然法）的区别，国际公法的渊源，以及国际公法是否可以成为法的问题，作者引用了英国哲学家、功利主义法学派的代表边沁及其门人的话来论述了这个问题，虽然国际公法不具有“法是指由国家或者君主制定的，有强制力保障的一种规范”的特点，但是“惟例之出于万人共好、共恶者，所以称之曰‘法’，特借字而已。君子所遵守荣辱之例，如是，亦可称之为法。盖以荣为赏，以辱为罚也。各国相待之例，即所称万国之法，亦如是。既无执法之君，称之曰‘法’，要皆借字，乃出于万国之共好、共恶，非由执权者之禁令”。意思是说，万国公法是由各国之“好”、“恶”来代替“赏”、“罚”的。

第二卷是“论诸国自然之权”，分四章，包括自护、自主之权、制定律法之权、诸国平行之权、掌物之权。在国家的各项权力中，防卫权（书中称为自护权）是基础，其他各项权力都是由它而生。

防卫可分为被动与主动，被动无须多说，对于主动防卫，则其程度就不好把握了，因为要主动防卫，自然就可能对他国的主权构成侵害。立法权（即制定律法之权）是自主国家的另一项主要权力，其制定的法律对其境内的人、财产均适用。国君、使臣作为国家的代表，则不受其约束。对于外国船只停靠在港口的，如果其侵害的是非船上人员的权利，则由港口所在地管辖，若为同船人员互相侵害，则适用该船只所属国法律。接着作者还对海盗、贩卖人口、国家之间的礼遇规则、领海的划分等问题进行了论述。

第三卷是“论诸国平时往来之权”，包括通使之权、商议立约之权。这一卷主要是关于各国之间相互派遣使节的一些问题，只有自主之国可以自由派遣，属国和半主之国应该根据其所属或所依仗之国而定。使节根据其职责可分为四级，接待规格、享有权利根据等级不同而不同。使节还享有豁免权，其使用物品享有免征关税权。国家还可以与外国订立盟约，或者为了防御，或者为了进攻。盟约可以明示，也可以默许。如果一方不是出于自愿，而是被逼立约，也应当遵守。否则会“战争无了期，必至被敌征服尽灭而后已焉”。盟约分“恒约”（一经成立，永远流传的，如承认他国独立，

划分疆界，臣服他国等）和“常约”（随常之约，如通商、航海等），前者不因战争而废，后者则不然，其废的原因有四种：一方国家灭亡、盟约期满、一方国体大变而致盟约不再适用、订约方之间发生战争。

第四卷是“论交战条规”，包括战始、敌国交战之权、战时局外之权、和约章程。战争分为三等：全体国民参与的“全战”、限定地点、主体的“限战”和民间发生的“杂战”。战争发生以后，凡有通敌的，其所属国及所属国的盟国均有权对通敌者进行审判。对敌国的船只、货物在其港口停泊的，可以作为战利品捕拿。但是庙宇、学校等都应当置于战争之外，不能因为战争而肆意损坏。民众未经许可，不得与敌国贸易。战争的手段也应该限制，一些非人道武器，如毒药等凶残物品不能使用。对于国君及其家属、文官、士人、妇人、孩提、农夫、工匠、负贩、商贾与民间各等行业不属于军事部门的，都不能杀害。全面停战的权力属于国家所有，局部地区将帅有权做出停战决定。

可以想见，这本《万国公法》一经刊印，引起了多大的震动！它把一种新秩序观和全球意识传入了中国，让中国这个古老的民族第一次把目光投向了整个世界，开始加入国际社会的行列。这本书给

中国人冲击最大的就是尊重各国主权原则、国与国之间平等往来原则、遵守国际公约和双边条约原则，这些都是国人未曾接触和了解过的。而其中最主要的就是国家主权平等。

国家主权平等是近代国际关系的一个基本准则。在《万国公法》前三卷中，作者用较多的篇幅，详细说明了各个国家所享有的独立自主的权力。各国所拥有的主权除对外行使的时候需要得到国际社会的认可外，对内的时候并不是他国给予而是本身就具有的。新建国家即使得不到他国的承认，仍然享有主权。这对于当时的清政府来说，是很有用的。

国与国之间平等往来是由主权平等衍生的另一国际法原则。《万国公法》指出，各个国家不分大小，不分国体、政体，都应当享有平等交往的权利。为了处理好各国的关系，《万国公法》提出了一些可操作性方法。“若两国交通，而其等级，或系平行，或系位定，则有数法可以免争端，而存各国之体统”（第126页）。

首先，是关于各国的排名先后问题，《万国公法》提出了两种解决办法：

第一，互易之法。“各国或轮流而得首位，或抽签而得之。即如立约时，此本开端并盖关防系此

国在先，及互换时，则各得其所居先之本以存，此数国之礼也。维也纳国使会定条款云：‘诸国用互易之礼者，其使臣位次先后，惟以抽签而定’”（第126~127页）。

第二，按各国字母次序。“更有一法，以定盖关防次序而免争端，即循法国字母次序而盖画”（第127页）。

其次，关于各国共议时的语言文字问题。“诸国本有平行之权，与他国共议时，俱用己之言语文字，尽可从此例者，不无其国也。但刺丁古文在欧罗巴系通行，而诸国用以共议，前以为便。”“惟二百年来，诸国文移公论几尽用法国言语文字。若议约通问用本国言论文字，则附以译本，概为各国相待之礼。日耳曼、西班牙、意大利大小诸国从此例”（第127页）。当盟约国数量较多，条约文本不能使用本国文字时，可采用各国认可的通用文字。

再次，关于航海礼节，各个国家可以自主制定航海礼节，如降旗、鸣炮等。《万国公法》指出：“诸国常例，定有航海礼款，或当行于大海者、或当行于各国之狭海者，即如见该国之兵船、或进海口卫所，即当下旗、下蓬、放炮等事，以为尊之之礼。自主之国既行均权，即可随意制定本国

船只之礼，或行于大海、或行于己之疆内，或通本国船只、或遇他国船只应用何礼，即他国之船只进己之疆内，或相遇而用礼、或过本国之兵船卫所而用礼应当如何，亦属各国自定”（第129页）。

最后，关于使节派遣问题《万国公法》也做了论述，这是各国平等往来的一个重要内容。

第一，使节的派遣和接受。《万国公法》第四卷指出：“自主之国，若欲互相和好，即有权可遣使受使，他国不得阻抑。若不愿遣使，他国亦不得相强。”（第14页）即派遣和接受使节是各国独立行使的权利，任何国家不得强行干涉。而这种权利，在君主国，大抵为君主所掌握，在民主国，或为国会所掌握，或为首领掌握，或首领与国会联合掌握。

第二，使节的等级。国际法形成之初，使节并无等级之分。随着国际法的发展，经“诸国公议，分别使臣品级，以为款待之制。现今使臣，分为四等，第一等使臣系代君行事，其余三等系代国行事。第一等使臣应以君礼款待，一若其君亲来者。”（第144页）即第一等使节应以款待君主的礼节招待，因为他代表的是君主。

第三，使节凭证、使臣的礼遇、使节的特权等。“国使至外国者，自进疆至出疆，俱不归地方

管辖，不得拿问。缘国使既代君国行权，即当敬其君以及其臣，而不可冒犯。”（第148页）

遵守国际条约和双边条约原则是《万国公法》的又一亮点，也是西方列强最想让清政府了解和遵守的原则。“凡自主之国，如未经退让本权，或早立盟约限制所为，即可出其自主之权，与外国商议立约。”（第158页）《万国公法》对盟约条款、公约种类、公约的废除、执行权以及公约的效力等问题都做了论述。限于篇幅，笔者不再赘述。

鸦片战争给了一直以大国自居的清政府以当头一棒，从此以后，清朝政府慢慢从一个天朝上国开始沦为半殖民地半封建国家，饱受西方列强的欺压。《万国公法》的传入，将西方世界的法治观念、原则等带到了闭关锁国的中国，清政府才突然知道原来国与国之间也是有一些规则的，他们也得按这些规则来办事，无疑是舒了一口气。通过对国际公法的运用，还是可以稍微减少一点损失，挽回一点颜面的。但是，国际公法并不能挽救清政府灭亡的命运。毕竟，国与国之间靠的是实力，是综合国力。

【延伸阅读】

[美]丁韪良著：《花甲记忆——一位美国传教士眼中的晚清帝国》，沈弘、恽文捷、郝日虎译，广西师范大学出版社2004年版。

【精彩片段】

天下无人能定法，令万国必遵；能折狱，使万国必服。然万国尚有公法，以统其事，而断其讼焉。或问此公法，既非由君定，则何自其来耶？曰：将诸国交接之事，揆之于情，度之以理，深察公义之大道，便可得其渊源矣。

夫各国故有君，为己之民，制法断案。万国安有如此统领之君，岂有如此通行之法乎？所有通行之法者，皆由公议而设。但万国既无统领之君，以明指其往来条例，亦无公举之有司，以息其争端，倘求公法，而欲恃一国之君操其权，一国之有司释其义，不可得矣。欲知此公法，凭何权而立，惟有究察各国相待、所当守天然之义法而已。至于各公师辩论此义法，则各陈其说，故所论不免歧异矣。

（第5~6页）

其所谓“性法”者，无他，乃世人天然同居当守之分，应称之为“天法”。盖为上帝所定，以令世人遵守，或铭之于人心，或显之于圣书。邦国天

然同居，虽无统领之君，即可将此性法，以释其争端，此乃诸国之义法也。

(第7页)

虎哥以公法与性法，有所区别。盖出于共议，而为各国所共服也。彼言：“余论此公法，曾引诸国之道理、史鉴、诗篇以证之，非言皆足以为凭，盖其间不免陋狭偏曲者，然世代遥远邦国相隔，而皆同意同言，必有故焉。其故无他，或天理之自然，或诸国之公议，一则为性法，一则为公法也。二者为同学之别派，而不可混淆，盖有通行条规，随处所遵守，而终不出于天理者，则此等条规，出于公议必矣。”

又云：“各国制法，以利国为尚；诸国同议，以公好为趋。此乃万国之公法与人心之性法，有所别也。”

窃思虎哥此说，尚属凭虚。莱本尼子与根不兰所言“公法之出于利者”，则归实际，正若拨云雾而明正路。然彼时何为万国之利尚不甚明，欲明之而徒以人人相待之情理，范围诸国之公事，则不可焉。然则为政者，应如何方致天下之公好也究察，究察之方有二：一则见广，一则虑深。见广则知事，虑深则知其事之有利有害焉。

(第5~8页)

人成群立国，而邦国交际有事，此公法之所论也。

得哩云：“所谓国者，惟人众相合，协力相护，以同立者也。”今之公师，亦从其说，然犹属未尽，而必限制之者，其端有四。

一、当除民间大会凭国权而立者，无论其何故而立也。即如英国，昔有客商大会，奉君命而立，得国会申命，为通商东印度等处。此商会，前虽行自主之权，在东方或战、或和，不待问于君，尚不得称为一国，况后每事必奉君令乎？

盖此商会之行权，全凭本国之权，惟交际印度诸国之君民，则商会代本国而行，其于他国所有之事，则本国为之经理。

盗贼为邦国所置于法外者，虽相依同护得立，亦不得称为一国。

蛮夷流徙无定所，往来无定规，亦不为国。盖为国之正义，无他，庶人行事，常服君上，居住必有定所，且有地土、疆界，归其自主。此三者缺一，即不为国矣。

有时同种之民，相护得存，犹不成为国也。

盖数种人民，同服一君者有之，即如奥地利、普鲁士、土耳其三国，是也。

一种人民，分服数君者亦有之，即如波兰民，

分服奥、普、俄三国，是也。

(第25~26页)

君之私权，有时归公法审断，即如国君，私自置买继续基业等权，或与他国之君民有关涉者，则公法中，有一派专论此等权利也。

民人与民间之会，无论公私，有时亦同归公法审断。盖有权利，与他国君民有关涉也。公法，即有一派，专论人民之私权，并各国之律法，有所不合者。然公法之主脑，即诸国之互交直通也。

君国通用若君权无限，则君身与国体无别。法国路易十四所谓“国者，我也”。此公法之所以君国通用也。然此二字之通用，不拘于法度。盖无论其国，系君主之，系民主之，无论其君权之有限、无限者，皆借君以代国也。

(第25~27页)

凡自主之国相待，操权有二：曰自有之原权；曰偶有之特权。

夫国之所以为国者，即因其为自主，而有义之当守，有权之可行也。此所谓自有之原权，盖不出于事，不为事所限。若自主之国相待，因事而得权。此所谓偶有之特权。盖有事而生，无事而没焉。皆惟自主之国所可有，然非其所常有，乃遇事得之也。即如战时，致战者，得战权；战毕，则战

权自没。

(第57页)

凡自主之国，制律定己民之分位、权利大等情，并定疆内产业、植物（双行小字：所谓植物者，即如房屋、田亩，不能移动之类，不独树木然也）、动物，无论属己民、属外人，皆得操其专权。

然民或有产业不在本国者，或有在他国立契约、写遗嘱等情，或在他国有亲人死而无遗嘱本身继之。如此，则一民并服二三国之法，其故土，或其所居之地，固服之；其产业所在之地，亦服之；其契约所写所成之地，又服之。

其服故土也，则直自始生之日，至弃绝本国而后已。至于产业所在之地，契据所写所成之地，则虽云不尽服其法，但就事而服之也。在外国有产业者，称为不住之地主；在外国写成契据者，称为暂住之人民。

(第77~78页)

【名言佳句】

天下无人能定法，令万国必遵；能折狱，使万国必服。然万国尚有公法，必统其事，而断其讼

焉。或问此公法，既非由君定，则何自其来耶？
曰：将诸国交接之事，揆之于情，度之以理，深察公义之大道，便可得其渊源矣。

(第5页)

夫国之所以为国者，即因其为自主，而有义之当守，有权之可行也。

(第57页)

自主之国，本皆平行均权，其后等级判高低、名号分尊卑、礼款别轻重者，盖有特条明许之，或由常行以为默许之。

(第124页)

(蒋云飞)

15 . 奥斯丁：《法理学的范围》

【推荐版本】

[英] 约翰·奥斯丁著：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

约翰·奥斯丁（John Austin，1790～1859年），英国法学家，现代分析法学派的倡导者。1790年3月3日出生，是东英格兰索夫克君（Suffolk）一个富有的磨坊主家庭中的长子，16岁时应征入伍，曾任陆军军官。奥斯丁1812年退役后开始攻读法律，并于1818年取得律师资格。他曾在马耳他、巴黎等地居住多年，亦曾在德国随萨维尼等法学名家修习法律，后在英国以律师为业。^[1]1826年，伦敦大学成立，尝试性地开创了一种新的科学研究形式。奥斯丁被任命为该大学的教授并成为该校的第一位法理学教授。同年，奥斯丁赴德国研究法学和法律，并撰写课堂讲义。

1828年他返回英国，开始在伦敦大学开设法理学系列讲座。奥斯丁的法理学课程没有取得预料的成功，随着听课学生的逐步减少，奥斯丁不得不于1832年中断法理学的授课，1835年辞去了法理学教授的职务。此后，他在朋友的帮助下，曾经于1933年任英国皇家刑事法律及刑事诉讼法律委员会（The Royal Criminal Law Commission）成员；[\[2\]](#)1834年，在英国法学协会会所（the Inner Temple）开设法理学讲座；并曾就任过英国驻马耳他大使，但都无大的建树。1832年，他发表了题为《法理学范围之确立》（the province of jurisprudence determined）的一部著作，收录了他在伦敦大学法理学教学的大纲和在大学里的授课内容，这是奥斯丁生前出版的唯一的著作，可惜的是奥斯丁的学说在生前一直得不到法学界主流的承认。1859年，奥斯丁在病痛和失望中逝去。直到亨利·梅因（Henry Maine）讲授法理学，并在讲授中强调奥斯丁对法律术语的含义与用法研究的重要性时，才引起了人们对奥斯丁法律演讲的兴趣。主要见诸奥斯丁系列讲座之中的著作，对英国及英语国家的法理学研究，都产生了深远的影响。

19世纪，是实证主义（positivism）发展的重要阶段。实证主义的基本思想，在于观察、解释、

分析和廓清外在的“实际存在”。在法学中，“较为自然地”观察“一个法律的存在”以及“关于法律的学科的存在”，并从中去建立“客观的”学术叙事。在19世纪中叶以及下半叶，逐渐成为法学实证主义（legal positivism）的一个基本观念。在这样的历史语境中，奥斯丁为自己确立了一项任务——阐明“有关实际存在的由人制定的法（positive law）的科学”的范围，而且，经过这样的努力，奥斯丁希望在法学实证主义的思潮中，开启分析法学的学术风格。奥斯丁设想，作为一门科学（science）的学科，尤其是严肃的“政治社会治理科学”的学科，如果容忍“语词的诸侯割据”，那么，这本身就是不能容忍的。因此，清理的任务，必须列入议事日程。为使体现法学实证主义的分析法学稳健推进，必须实现“语词的帝国统一”。^[3]而他的理论基本体现在《法理学的范围》一书中。

【内容精要】

奥斯丁是19世纪西方分析法学真正的奠基者。奥斯丁死后，奥斯丁夫人整理了奥斯丁生前准备的大量法理学讲稿，于1861年出版了名为《法理

学讲义》的著作，其中包括1832年出版的“法理学范围之确立”六讲和未出版也未在大学里讲授的十六讲。1861年版的《法理学讲义》被后人视为奥斯丁著作的权威版本，后再版或以其他形式编辑过多次。《法理学讲义》所开创的新的法学研究方法和在此方法下确立的法理学研究对象，使奥斯丁成为了分析法理学之父。《法理学的范围》一书即为其中的一个组成部分，该书又可译为《既定的法理学范围》（The province of Jurisprudence determined）。《法理学的范围》一书的目的就是要将法理学从其他学科中分离出来，确立法理学研究的范围，以使法理学成为一门真正的科学。该书自1832年首次出版后，不断有新的英文版本出现。目前，该书由我国学者刘星翻译，并由中国法制出版社于2002年出版。《法理学的范围》一书几乎在每节和每章的片头都会附有一个简明扼要的“段落内容提示”，为很多初次接触者提供了很好地宏观把握全书的平台。

在第一讲中，奥斯丁阐述了对法律本质的看法，认为严格意义上的法律的本质应该是“命令”。奥斯丁以为，每一种法律或规则就是一个命令。具体地讲，首先，命令包含了一种希望和一种恶。其次，命令包含了责任、制裁和义务含义。因

之，命令可表述为：1．一个理性的人怀有的希望或愿望，而另一个理性的人应该由此去做某件事或被禁止去做某件事；2．如果后者不顺从前者的希望，前者将会对后者实施一种恶；3．该希望通过语言或其他标记表达或宣告出来。命令有两类：一类是法律或规则。另一类是偶然或特殊的命令。命令“一般”地强制某种类型的作为或不作为，这个命令就是一个法律或规则。但是，命令强制一个“特定”的作为或不作为，或者它“特殊地”或“个别地”决定作为或不作为，这个命令就是偶然的或特殊的命令。同时奥斯丁承认了法律是一种命令也存在一些例外，其中包括：1．立法机关对实在法的“解释”。2．废除法律之法和免除现存责任之法。3．非完善的法律，或非完善义务的法律。这个术语源于罗马法学家，它指这种法律要求一项制裁，但是没有约束力。另外，也存在表面上不具有，但实际上是命令性的法律，它们是：1．仅仅设定权利的法律。但是，每一个真正包含权利的法律都明确或暗示一个相关的责任，或者一个责任有一个相应下达的权利。2．习惯法是“法律是一种命令”的例外。

从上可知，奥斯丁法律定义，有两点是明确的：第一，“命令”是奥斯丁法律定义的核心，奥

斯丁的法律学说因此也被称为“法律命令说”；第二，奥斯丁法律定义的基本因素包括：命令、主权，即政治优势者与劣势者的关系；主权命令而生的责任和对不服从者以刑罚方式出现的法律责任之法律制裁。奥斯丁在导论中即提出，准确意义上的法（laws），具有命令（commands）的性质。如果没有命令的性质，无论何种类型的法，自然不是我们所说的准确意义上的法。从广义的角度来看，法包括了准确意义上的法，以及并非准确意义上的法。

面对复杂多样的“法”一词的使用，奥斯丁认为通常所谓的法律具有四个方面的含义，它们是：第一，上帝之法，第二，实在法，第三，实在道德或实在道德规则，第四，比喻性的法律。

上帝之法是上帝以明示或者暗示的方法传喻给人类的法律，有时称为自然法。为了避免与17~18世纪的自然法相混淆，奥斯丁使用“上帝之法”一词，在具体含义上，它是指功利主义，即边沁所倡导的“避苦求乐”。在奥斯丁看来，上帝之法是一种严格意义上的法律，在所有的法律中，它处于最高的地位。

实在法是一个主权国家制定出来的法律制度，这是一种严格意义上的法，是科学法理学，或者称

为一般法理学所研究的对象，我们可以认为，实际存在的由人制定的法（法理学的真正对象），与其他一些社会现象，是由于人们较为贴切的或十分牵强的类比式修辞活动，而产生相互联系的。这些社会现象，包括上帝法、实际存在的社会伦理规则（这里即指属于准确意义上的法的那部分实际存在的伦理规则，也指属于依赖舆论而设立的法的那部分实际存在的伦理规则）和隐喻意义上的法。

实在道德，或称实在道德规则，是指非由政治优势者建立，但具有法律的能力和特点的法。这种法律不是严格意义上的法律，它仅仅由观念建立或实施。这种法律应用的例子包括有：“荣誉法”、“风尚之法”以及“国际法”规则。这一类法之所以称为“实在道德”，是因为因其“道德”而区别于实在法，因其“实在”而区别于上帝之法。在实在道德规则中，有些是严格意义的法律，有些则是非严格意义的法律。有些具有“命令性”法律或规则所有的本质，有些则缺少这些本质。后者被称为“法律”或“规则”是在该术语类比意义上的使用。

奥斯丁说，还存在另外一种非严格意义的法律，它们通过微弱的或松散的类比关系与严格意义上的法律相关联。并且，因为它们已经从它们与严

格意义上的法律之微弱或松散类比关系而获得“法律”的名称，奥斯丁称它们是隐喻性的法律，或仅仅隐喻性的法律。奥斯丁说，从表明上看，这种隐喻之法与严格意义法的区分是明显的，但在法学家中，两者的互用和混淆经常发生。

奥斯丁“法理学范围”的第二讲、第三讲和第四讲是一个整体，是宣扬功利主义的，其观点与边沁一脉相承，因此奥斯丁的分析法学有时被称为实质上的一种功利主义。第二讲的开始，他简要介绍了神法区别于其他法律的特征。同时，他又将神法及神的其他命令分为两类，即明示的和未知的两种，并进行了简单地介绍。随后他介绍了三种理论或猜想。这三个理论涵盖了第二讲的大部分以及第三讲、第四讲的全部。上帝法区别于其他法的特点，或者显著标志。同时大致将上帝法和其他神的命令，分为两类。第一类，是上帝明示或表达出来的法和命令。第二类，是上帝暗示或含蓄默示的法和命令。在大致区分神的明示命令与暗示命令之后，奥斯丁进一步分析一些“表征”（signs）的性质，或“标记”（index）的性质。这些表征或标记，是神的命令在传达给人类时，所凭借的一种辅助渠道，可称为“标记渠道”。这种标记渠道与上帝所没有表达出来的法，有着重要的关系。奥斯丁

接着考察了与“标记渠道”的性质有关的假设前提。在这个地方，就神的命令的“标记”的性质而言，我们需要注意三种假设或理论：（1）普通功利理论，即纯粹的一般功利（general utility）的假设或理论；（2）道义上纯粹的理论，即纯粹得到的感觉（a moral sense）的假设或理论；（3）其他因素结合在一起的理论。

在第五讲里，奥斯丁对一些基本问题进行了探讨。这些基本问题包括：（1）某些实际存在的社会道德规则，其显著特点是什么？（2）另外一些实际存在的社会道德规则，它们的显著特点是什么？这些社会道德规则，由于人们不断地而且随时随地地类比式修辞活动，而被称之为法，或者规则。（3）仅仅具有隐喻意义上的法，或者仅仅具有比喻意义上的法，其显著特点是什么？同时，奥斯丁又将第一类的法律或规则细分成三种：其一，严格意义上的法，被描述为上帝法；其二，严格意义上的法，描述为实际存在的由人制定的法；其三，严格意义上的法，以及不精确意义上的法，将其称为实际存在的社会道德，或者实际存在的伦理规则。在此之后，奥斯丁提出实在道德的特征，即它区别于其他法律的地方。此类法律是基于人与人之间的关系（无制裁的各种压力）而非基于法律制

裁。

第六讲中，奥斯丁指出了实在法的特征，即纯粹意义上或严格意义上的法律，是通常或特殊法律学的研究范围。同时，他提出了独立政治社会中的“主权”概念。他认为，任何实在法都是由一名主权者或一个由多个成员构成的主权机构为他所在的独立政治社会中的某些成员或某成员制定的。最后，奥斯丁重新全面地阐述了实际存在的由人制定的法的基本特点（或说是其区别于另类法的显著标志）：（1）所有这类法，或者，所有我们径直而且严格地使用的“法”一词所指的对象，要么是由主权者个人确定的，要么是由主权者群体确立的；（2）这类法所指向的对象，是独立政治社会中的一个成员，或者一些成员；（3）主权者个人或主权者群体，在这种独立政治社会中，是至高无上的，是权力无限的。

结语中，奥斯丁对全书内容作了一个全面地总结，对“实际存在的由人制定的法”下了一个定义，并简略的讨论了一些需要纠正的地方。

【延伸阅读】

刘星：《重读奥斯丁的〈法理学的范围〉》，

载《环球法律评论》，2002年第1期。

【精彩片段】

法理学范围的界定

法理学的对象，是实际存在的由人制定的法，亦即我们径直而且严格地使用“法”一词所指称的规则，或者，是政治优势者对政治劣势者制定的法。但是，这样一种法（或者我们所说的直接严格意义上的法），时常因为人们感觉到的一些“相互类似”的缘故，或者，因为人们的类比修辞活动的关系，而被混同于了其他社会现象，混同于了被宽泛模糊的“法”一词所同样指称的对象，不论这些对象，是从准确意义的“法”来说的，还是从并非准确意义的“法”来说的，为了消除这种混淆所产生的困难，我用界定法理学范围的方式，或者，用区别法理学对象和其他相关对象的方式，来开始讲述我所计划的课程。换句话说，在我尽力分析我打算处理的主要问题，以及其所涉及的广泛复杂的内容之前，我将界定法理学的基本范围。

“法”这一术语，就其最为普遍的理解方式而言，并且，就其严格含义的语词使用而言，可以认

为是一个理性存在为约束（for the guidance of）另一个理性存在而制定的规则。当然，前者对于后者，是拥有统治权力的。根据这个定义，如果不是用词不当的话，那么，若干种类的现象，是可以归入其中的。但是，由于这些种类的现象，其彼此之间容易产生混淆，或者，没有被人们清晰地加以区分，法理学科学充满了许多模糊和谬误。这样，对于我们来说，精确地划出使这些种类现象相互区别的界限，是十分必要的。

根据以上说明的人们可以理解的意思，或者，根据该词所具有的最为广泛的含义（当然排除没有节制的隐喻含义或类比修辞的含义），“法”这一术语，包含了如下对象：第一，上帝对人类制定的法；第二，人类对自己制定的法。

上帝对人类制定的全部法，或者一部分法，经常被人们描述为“自然法则”（the law of nature），或者描述为“自然法”（nature law）。实际上，如果没有隐喻的意思，如果没有混淆实际存在的由人制定的法这一对象，我们是完全可以单纯地谈到自然法则的，或者自然法。但是，为了避免另外的“自然规律”（Law of Nature）这一称谓的模糊误导，出于一般性的考虑，我将这些法和规则，称为“神法”或“上帝法”。

人类对于自己制定的法，包括两种类型，它们都是十分重要的。但是，人们时常不顾其天壤之别，而将其加以混淆。因此，我们对它们应该精确地加以区分，明确地加以对比。

(第13~16页)

法律或规则的分类

因此，我将准确意义上的法，以及因类比式修辞活动而与这种准确意义上的法相互联系在一起的法，分为三种基本类型。

第一种类型，是我们所说的准确意义上的上帝对人类设定的法。

第二种类型，是我们所说的准确意义上的人类对自己制定的法，这些法，包括政治优势者制定的法，以及拥有法律权利的个人制定的法。

第三种类型，可以细分为两种：其一，人对人制定的（我们所说的准确意义上的）法，它们既不是由政治优势者制定的，也不是由拥有法律权利的个人制定的；其二，因人们类比式修辞活动而与准确意义上的法相互联系在一起的法，这些法，仅仅是人们的一种舆论，或者感觉，而这种舆论或感觉，是人们针对人类自己行为而具有的，或者针对

人类自己行为而感受到的。我将这样两个种类的法，归入一个共同的类型。我将用一个共同的名称，来标注它们。基于下面提到的缘故，我将立即讨论这个共同的名称。这两类法，其中没有一个属于最高统治者发布的直接命令，或者间接命令，而这一统治者，是具有政治优势者的特征的。换句话说，在这两种法中，没有一个是最高统治者对其他个人或群体所制定的直接命令，或者间接命令，而这些个人或群体，处于相对隶属的地位。从这一点来看，这两种法，可以和前面所说的第二种基本类型的法形成对比。第二种基本类型的法，是最高统治者发布的直接命令，或者间接命令，而最高统治者具有政治上的优势。这里的意思是说，这种直接命令，或者间接命令，是由最高统治者对其他个人或群体发布的直接命令，或者间接命令，而这些个人和群体，处于一种相对的隶属地位。

我用下面的名称，来标注这样三种基本类型的法。

第一种类型的法，可以叫做上帝设定的某项具体法，或者所有法，也可以叫做神的具体法，或者所有法。

第二种类型的法，可以叫做实际存在的由人制定的具体法，或者所有法。之所以这样称呼，是基

于各种各样的理由。在后面，我将很快地说明这些理由。

基于同样的原因，我将第三种类型的法，叫做实际存在的由人制定的道德、实际存在的道德规则，或者，实际存在的社会伦理规则。

(第144~145页)

.....
现在，从这些前提，我们可以得到这样一个结论：上帝法，以及实际存在的由人制定的法，是准确意义上的法，或者，是我们所说的准确意义上的法。

上帝法，是准确意义上的法。因为，它们要么是明确表达出来的命令，要么是默示的命令，从而，可以认为是来自于一个特定的渊源。

实际存在的由人制定的法，或者，我们在严格意义上所说的法，是由三类制定者直接或间接制定的。其一，最高统治者，或者主权者实体，它们是作为最高政治优势者而出现的。其二，处于隶属状态的一些人，这些人是作为次等政治优势者而出现的。其三，臣民，他们是作为享有法律权利的个人而出现的。但是，每一个实际存在的由人制定的法，或者，我们在严格意义上所说的法，主要是指一个具有政治优势者角色特征的最高统治者或主权

者主体所作的直接命令，或者间接命令。这里的意思是说，这种法，是最高统治者或主权者主体，向处于服从地位的个人或群体作出的直接命令，或者间接命令。此外，只有作为一个命令（从而来自于一个具体实在的渊源），每一个实际存在的由人制定的法，才是准确意义上的法，或者，一个我们所说的准确意义上的法。

有些人定法（human laws），我将其描述为“实际存在的由人制定的法”。除了这些人定法之外，还存在着另外一类人定法。后一类人定法，我将其描述为“实际存在的社会道德”，或者“实际存在的道德规则”，或者“实际存在的伦理规则”。

.....
某些实际存在的社会道德规则，是我们所说的准确意义上的法。它们，由于两个显著特征，而使自己不同于其他种类的法。第一，它们是具有强制性的法，或者规则，而且，是由一类人对另外一类人制定的。第二，它们既不是政治优势者制定的，也不是享有法律权利的个人制定的。

（第156~158页）

.....
从前面的区别中，我们可以得出这样一个结

论：实际存在的社会道德规则，作为我们所说的准确意义上的法，其具有三种类别。

第一，由生活在自然状态中的人们所制定的规则。第二，由统治者制定的规则，但是，这里的统治者，不是指政治优势意义上的统治者。第三，由作为“臣民”的一般个人制定的规则，这些“臣民”，不享有法律权利。

(第160页)

【名言佳句】

“法”这一术语，就其最为普遍的理解方式而言，并且，就其严格含义的语词使用而言，可以认为是一个理性存在为约束（for the guidance of）另一个理性存在而制定的规则。

(第13页)

如果你表达或宣布一个要求（wish），意思是我应该做什么，或者不得做什么，而且，当我没有服从你的要求的时候，你会用对我不利的后果来处罚我，那么，你所表达或宣布的要求，就是一个“命令”。

(第18页)

现在，从这些前提，我们可以得到这样一个结论：上帝法，以及实际存在的由人制定的法，是准确意义上的法，或者，是我们所说的准确意义上的法。

(第156页)

(张平)

注 释

[1] 何勤华著：《西方法学家列传》，中国政法大学出版社2002年版，第79页。

[2] 何勤华著：《二十一世纪百位法学家》，中国政法大学出版社2002年版。第109~112页。

[3] See John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed. , revised and edited by Robert Campbell, John Murray, London 1885, vol 1, pp . 85-85 .

16 . 托克维尔：《论美国的民主》

【推荐版本】

[法]托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆1993年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

法国政治思想家夏尔·阿列克西·托克维尔（Charles Afexis de Tocqueville，1805～1859），1805年7月29日生于今伊夫林省塞纳河畔维尔内伊，1859年4月16日病逝于戛纳。家庭是诺曼底贵族。1823年由默兹的高级中学毕业后去巴黎学习法律，1827年出任凡尔赛初审法院法官。1830年七月革命之后，因在效忠奥尔良王朝的问题上与拥护已被推翻的波旁复辟王朝的家庭有意见分歧，以及为避免七月革命的余波的冲击，而与好友博蒙商定，借法国酝酿改革监狱制度之机，向司法部请假，要求去美国考察其受欧洲各国重视的新监狱制度。经过一番周折和亲友的斡旋，请求获准。当然，考察监狱制度只是表面的目的，他们

的真实目的是到这个国家去考察民主制度的实际运用。他们在1831年4月2日乘船离开法国，5月9日到达美国；他们在美国考察了9个月，于1832年2月22日离美回国。不久以后，博蒙因拒绝为一件政治丑案辩护而被撤职，托克维尔在气愤之余，也挂冠而去。1833年，他与博蒙写出《关于美国的监狱制度及其在法国的运用》的报告。这个报告后来被译成英、德、葡等几国文字。

1835年托克维尔成名之作《论美国的民主》上卷问世。1839年，他被选为人文和政治科学院院士，并当选为众议院议员（下一届落选）。1840年，《论美国的民主》下卷出版。1841年，他被选为法兰西科学院院士。1842~1848年为芒什省议员。1848年二月革命后，托克维尔任制宪会议议员，参加法兰西第二共和国宪法的制定工作，并被选为新宪法实施后的国民会议议员。1848年6~10月，出任第二共和国外交部长。1851年12月因反对路易·波拿巴称帝而被逮捕，但因其享有极高的声望，次日即被释放。从此以后退出政界，专门从事著作。1851年写成《回忆录》，详述了二月革命的内情。1856年出版的《旧制度与革命》（或译《旧秩序与革命》），也是一部名著，有多种文字译本。

【内容精要】

《论美国的民主》分为上、下两卷，其中上卷是全书的精华所在，对后世的影响也最为深远，其内容主要包括以下五个方面：

一、美国形成民主社会的原因

作者认为独特的地理环境、法制和民情是维护美国民主共和制度的主要原因。大西洋与太平洋将美国和欧亚大陆隔开，从而也使美国获得了自由发展不受外界干扰的空间，使其能够在美国人自己设计的政治制度下自由发展。

托克维尔认为，平等是民主的先决条件。最初移民到美国的人一般都没有你比我优越或我比你优越的想法，“幸福的人和有权有势的人都不会去流亡，贫穷和灾难是平等的最好保障。”（上卷第33页）虽然有部分富人和大领主因为政治或宗教纷争而被赶到美洲，在那里建立了贵贱有别的法律，而人们不久就发现美洲的土壤与领主贵族制度格格不入。在北方几个被人称之为新英格兰的诸州，产生了成为今天的美国社会学说的基础的几个重要思想。在新英格兰落户的最初居民，在英国时都是一

些无拘无束的人。他们中有很多文化程度很高的人，“他们之所以要离开舒适的家园，是出于满足纯正的求知需要；他们甘愿尝尽流亡生活的种种苦难，去使一种理想获致胜利。”（上卷第36页）第一批移民者刚刚踏上美国大陆时，他们立即通过了一项公约：“我们，下面的签名人，为了使上帝增光，发扬基督教的信仰和我们祖国的荣誉，特着手在这片新开拓的海岸建立第一个殖民地。我们谨在上帝的面前，对着在场的这些妇女，通过彼此庄严表示的同意，现约定将我们全体组成政治社会，以管理我们自己和致力于实现我们的目的。我们将根据这项契约颁布法律、法令和命令，并视需要而任命我们应当服从的行政官员。”他们是一群怀有共和与民主思想的文化人。新英格兰的政治思想和制度向四周辐射，最终影响了整个美国。

二、美国的分权

托克维尔在《论美国的民主》一书中提出了与三权分立所不同的分权类型，那就是中央政府与地方政府的分权。托克维尔认为研究美国整个政治制度不能不研究美国的乡镇制度。美国的乡镇制度很好地体现了分权的思想。政府在美国社会中是隐而不现的，美国的地方政府享有高度的自治权。地方

政权与中央政权的关系被认为是和个人自由与其社会责任的关系相似的。

正如托克维尔所说，美国人对自己也有一种往往是有些夸大，但几乎总是有益的看法。他们毫不犹豫地相信自己的力量，认为它可以对付一切。假如一个人想做一番事业，而且这项事业与社会公益直接有关，他也不会向政府去求援。他把计划公布出来后，便自己去执行，或请其他个人的力量来协助，并力排一切障碍。毫无疑问，其结果往往不如州政府协助时为好。但是从长远观点来看，一切私人事业的总结果却大大超过政府可能做出的成果。

三、美国的集权

托克维尔在本书中对“集权”作出了非常精彩的论述。托克维尔认为集权有两种，第一种是把与全国各地都有利害关系的事件的处理权利集中在同一地方或同一个人手中，这种集权叫做“政府集权”。第二种是指把仅与国内某个地区有关的事务的处理权利集中在同一地方或同一个人手中，这种集权叫做“行政集权”。

托克维尔认为，“如果政府集权与行政集权结合起来，那它就要获得无限的权力。这样，它便会

使人习惯于长期和完全不敢表示自己的意志，习惯于不是在一个问题上或只是暂时地表示服从，而是在所有问题上和天天表示服从。因此，它不仅能用自己的权力制服人民，而且能利用人民的习惯驾驭人民。它先把人民彼此孤立起来，然后再个个击破，使他们成为顺民。”（上卷第96页）本书法文版的编者认为“在这点上，托克维尔的政治社会学达到了其遇见的最高点。”（上卷第96页）

托克维尔认为，政府集权对一个国家来说是必须的，而且是至关重要的。如果没有政府集权，那么全国的力量就不可能集中，而如果国家从来未能使全国人民服从通行于全国的法律，如果这个大机体内的几个各自为政的部分总是有权利或机会去拒绝同全国最高当局的代表合作，甚至在事关全体人民的利益时也是如此，那么这个国家就很难有什么作为。

但他认为行政集权对于一个国家来说是没有必要的，是有害的。他认为“行政集权只能使它治下的人民萎靡不振，因为它在不断消磨人民的公民精神。”“它可能迎来战争的凯旋，但会缩短政权的寿命。它可能对一个人的转瞬即逝的伟大颇有帮助，但却无补于一个民族的持久繁荣。”（上卷第97页）

行政集权会消磨人民的公民精神，会让人民对周围的社会建设失去主动关心的积极性，不关心当地的命运，让人民失去当家作主的感觉，这样的社会是没有活力的，是缺乏前进的动力，其发展也是很难持久的。而美国是不存在行政集权的，因为“在美国，到处都使人感到有祖国的存在。从每个乡村到整个美国，祖国是人人关心的对象。居民关心国家的每一项利益就像自己的利益一样。他们以国家的光荣而自豪，夸耀国家获得的成就，相信自己对国家的成就有所贡献，感到自己随国家的兴旺而兴旺，并为从全国的繁荣中获得好处而自慰。他们对国家的感情与对自己家庭的感情类似，而且有一种自私心理促使他们去关心州。”（上卷第105页）

四、民主的好处

在本书中，托克维尔多次强调，一个国家的振兴，民间的力量要比政府的力量重要的多，如果人民对国家发展负有积极性，如果社会充满活力，那么这个国家将是欣欣向荣的。如果政府主导一切，人民只能顺从，社会萎靡不振，那么国家的发展是不能持久的。

托克维尔在本书中对他的民主哲学的基础和社

会学原理下了一个定义：“假如你认为把人的智力活动和道德活动用于满足物质生活的需要和创造福利是有益的；假如你觉得理性的判断比天才更对人们有利；假如你的目的不是创造英勇的美德，而是建立温良的习惯；假如你喜欢看到弊端少造成一些罪孽，而且只要没有重大犯罪，你宁愿少见到一些高尚行为；假如你以在一个繁荣的社会里生活为满足，而不以在一个富丽堂皇的社会里活动为得意；最后，假如在你看来政府的主要目的不在于使整个国家拥有尽量大的力量或尽量高的荣誉，而在于使国内的每一个人享有更多的福利和免遭涂炭；那末，你就得使人们的身份平等和建立民主政府。”（上卷第281页）民主政府的作用在于实现国内最大多数人的幸福，而不是创造某个人的名留青史的荣誉，民主政府要在人民实在的利益而不是某种虚名上下力气。

五、民主政府的危险

假如，民主社会已经建立，那么有可能威胁民主社会的因素是什么呢？

托克维尔认为，那是就多数的绝对权威。民主政府的本质，在于多数对政府的统治是绝对的。托克维尔认为，无限权威是个坏而危险的东西。人世

间没有一个权威因其本身值得尊重或因其拥有的权力不可侵犯，而可以任意行为却不受监督以及随便发号施令而无人抵制。当任何一个权威被授予决定一切的权力和能力时，不管这个权威被称为人民还是国王，或者称作民主政府还是专制政府，这无疑是给暴政播下了种子。为了保证民主政府不会出现暴政，必须进行权力制衡，就算是代表多数的行政和立法，也必须得到制衡。要把立法机构组织得既能代表多数又一定不受多数的激情所摆布，使行政权拥有自主其事的权力，让司法当局独立于立法权和行政权之外。这样就可以建立一个民主的政府，而又使暴政几乎无机会肆虐。

托克维尔因此总结了民主制度的善与恶。民主制度的好处有：福利的提高，文化的普及，社会性的加强，以及人的主动精神和活动能力的发展。它的坏处则是：法制不稳定，追求过度的福利，统治者才能低下，尤其严重的是有走向暴政的趋势。这里，托克维尔发现的是当时民主制度的弊病，在经过100多年的发展和完善后，我们发现以上的缺点很多都已经不存在了。

在《论美国的民主》的下卷里，美国已退为远景，使人看起来有些模糊不清，而且托克维尔所叙述的，大部分是追求物质财富和当时的平均主义思

潮的文明的一般特点，主要涉及了民主在美国对智力活动的影响、对美国人情感的影响、对民情的影响以及对政治社会的影响等方面，其重要性及其对后世的影响都远在上卷之下。

【延伸阅读】

[法]托克维尔：《旧制度与革命》，冯棠译，商务印书馆1992年版。

[美]拉尔夫·德·贝茨：《美国史》，南京大学历史系对外关系研究室译，人民出版社1984年版。

[英]伯克：《法国大革命反思》，何兆武等译，牛津大学出版社（中国）有限公司1996年版。

【精彩片段】

关于“集权”

“集权”是现在人们常用的一个词，但一般说来，还没有人给它下个精确的定义。

实际上有两种性质非常不同的集权，对此必须

分辨清楚。

有些事情，诸如全国性法律的制定和本国与外国的关系问题，是与全国各地都有利害关系的。

另一些事情，比如地方的建设事业，则是国内的某一地区所特有的。

我把第一类事情的领导权集中于同一个地方或同一个人手中的做法称为政府集权。

而把以同样方式集中第二类事情的领导权的做法叫做行政集权。

这两种集权有些地方界限不清，但从总体上来观察它们各自管辖的对象时，便不难把两者区别开来。

显而易见，如果政府集权与行政集权结合起来，那它就要获得无限的权力。这样，它便会使人习惯于长期和完全不敢表示自己的意志，习惯于不是在一个问题上或只是暂时地表示服从，而是在所有问题上和天天表示服从。因此，它不仅能用自己的权力制服人民，而且能利用人民的习惯驾驭人民。它先把人民彼此孤立起来，然后再个个击破，使他们成为顺民。

这两种集权相互帮助，彼此吸引，但我决不认为它们是不能分开的。

但我认为，行政集权只能使它治下的人民萎靡

不振，因为它在不断消磨人民的公民精神。不错，在一定的时代和一定的地区，行政集权可能把国家的一切可以使用的力量集结起来，但将损害这些力量的再生。它可能迎来战争的凯旋，但会缩短政权的寿命。因此，它可能对一个人的转瞬即逝的伟大颇有帮助，但却无补于一个民族的持久繁荣。

请大家注意，当人们谈论一个国家因为没有实行集权而无所作为的时候，他们几乎总是指的他们并未真正理解的政府集权。有人一再指出，德意志帝国一向没有使它的力量产生可能取得的一切好处。我赞成这个意见。但是，为什么呢？因为全国的力量从来没有集中，因为国家从来未能使全国人民服从通行于全国的法律，因为这个大机体内的几个各自为政的部分总是有权利或机会去拒绝同全国最高当局的代表合作，甚至在事关全体公民的利益时也是如此；换句话说，是因为它没有政府集权。这句话也适用于中世纪。因此，在中世纪，封建社会出现了种种苦难；不仅行政权，而且统治权，都被分掌在许多人之手和被分割成许多部分。由于完全没有政府集权，结果妨害了当时的欧洲各国生气勃勃地奔向任何一个目标。

(上卷第96~98页)

民主的真正好处

无可置疑，人民插手公共事务，往往会把事情搞得很糟。但是，不扩大人民的思想境界，不让人民摆脱陈规旧套，他们就参与不了公共事务。被委任参与社会管理的人，都对自己的地位有一定的认识。这样，由于他手中有权，便可使非常有知识的人为他服务。人们纷纷向他求援，而在这些人企图以各式各样方法欺骗他的时候，他也从中接受了教训。在政治方面，他所从事的活动，虽非他的本行，但却使他对此项活动产生了强烈的爱好。人们每天都在向他提出关于增进公共财产的新建议。于是，他自己也产生了打算增进自己的私人财产的愿望。他也许不比他的前任德高望重和幸福，但却比前任见识广博和积极。我毫不怀疑，美国的民主制度与其国家的物质条件相结合，虽然不像人们所认为的是其巨大的实业活动的直接动因，但却是间接的动因。这种实业活动并非法律所创造，而是人民通过立法而学会创办的。

当民主的反对者们声称，一个人单独去做他所承担的工作会好于由多人管理的政府去做它所承担的工作时，我认为他们说得并不错。假如双方的才力相等，则一个人主持的政府会比多人主持的政府

更有一贯性，更坚定不移，更思想统一，更工作细致，更能准确甄选官员。否认这一点的人，不是从来没有见过民主共和国，就是只凭少数例证而下判断的。即使当时的地方环境和人民爱好允许民主制度存在，民主制度也不能马上拿出一套关于行政管理和政府建制的方案，这也确实不假。民主的自由举办的事业，不能每项都像开明的专制所做的那样完善，它往往在一项事业取得成果以前就半途而废，或拿事业去冒风险。但是，随着时间的推移，它举办的事业将比专制举办的越来越多。它办好的事业虽然较少，但它举办的事业却很多。在民主制度下，蔚为大观的壮举并不是由公家完成的，而是由私人自力完成的。民主并不给予人民以最精明能干的政府，但能提供最精明能干的政府往往不能创造出来的东西：使整个社会洋溢持久的积极性，具有充沛的活力，充满离开它就不能存在和不论环境如何不利都能创造出奇迹的精力。这就是民主的真正好处。

（上卷第279～280页）

【名言佳句】

在一个民族最不容易改变的事物当中，仅次于

习惯的，就要数民法了。

(第51页)

人人都是本身利益的最好裁判者。

(第71页)

审判越是正确和温和，就越是有有效。

(第116页)

任何才干也没有比保持自由的技巧可以收获更丰，但任何事情也没有比学习运用自由更苦。

(第274页)

(徐诗洋)

17 . 梅因：《古代法》

【推荐版本】

[英]梅因著：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1997年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

亨利·詹姆斯·萨姆那·梅因（Henry James Summer Maine，1822～1888）是19世纪英国著名的法律史学家，历史法学派在英国的代表人物，晚期历史法学派的集大成者。

1822年8月16日，梅因出生在英格兰累顿附近。早年在基督教慈惠学院就学，以后去剑桥大学彭布鲁克学院学习法律。1847年至1854年间他在该校任钦定民法教授，其间在1850年取得律师资格。两年后他到伦敦四大律师学院任罗马法和法理学的第一高级讲师，他的讲演曾受到法学界的普遍关注，其讲义于1861年以《古代法》之名出版，为他赢得了很大的声誉。这期间他还担任过一段时间的王室法官。1862年至1869年间他去印度担任总督府参事室参事，曾经参加制定英国的地方立

法，协助编纂印度法典。这使他对印度的古代法进行了深入的研究。回到英国以后他担任牛津大学法理学讲座主讲人，牛津大学三一学院院长和惠韦尔讲座国际法教授，直到1888年去世。

梅因的一生除参与教学和从事法律实务外，绝大部分时间集中精力从事法律史的研究工作，他对雅利安民族不同支系，特别是罗马人、英国人、爱尔兰人、斯拉夫人和印度人的古代社会的风俗、习惯、法的起源及法律制度进行了深入系统的研究和比较，从而得出了有关法的起源、演变和发展的较为科学的结论，对后世法学的发展有深远影响。所以，人们尊称他为近代法律史学科和比较法学科的开路先锋。

梅因的一生著述颇丰，其主要著作除《古代法》以外还有《东西方村落共同体》（1871年）、《古代法律史》（1875年）、《古代法与习惯》（1883年）以及《平民政府》（1885年）等，其中尤以《古代法》影响最为深远。《古代法》是梅因最为著名的代表作，该书旁征博引了大量的古代法律史料，探究了与现代人法律思想相应的古代法律观念，说明了法律的产生和发展，对法律史学影响甚大。在书中他第一次运用历史唯物主义和进化论的观点开展对法律的研究，无论是在方

方法论上还是在研究内容上都推动了历史法学派的发展。书中的一个著名命题“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动”（原书第97页）被普遍接受和广为流传。虽然《古代法》中的一些结论很快被认为有缺陷或证据不足，但这本书使他名声大振，奠定了他晚期历史法学派核心代表人物的地位。中国商务印书馆曾于1933年翻译出版该书，1959年根据原文另行移译出版，译者沈景一，1984年作为汉译世界学术名著之一再行印刷。全书共十章，约二十万字。其章节顺序依次为：古代法典；法律拟制；自然法与衡平；自然法的现代史；原始社会与古代法；遗嘱继承的早期史；古今有关遗嘱继承的各种思想；财产的早期史；契约的早期史；侵权和犯罪的早期史。按照其逻辑理论和所论内容，《古代法》一书可分为四个部分：第一部分，集中讨论古代法的起源和发展；第二部分，对自然法理论作了客观的评述；第三部分，精深地分析了社会与法律的关系及其发展模式；第四部分，对一些重要法律制度的早期发展史进行了分析、比较。下面将按四部分的划分对《古代法》中所阐述的思想作一简要介绍。

【内容精要】

19世纪是历史学的时代，梅因是19世纪著名的法律史学家，他采用的法律研究方法就是一种历史的研究方法。他认为，要弄清罗马成文法的传统和英国不成文法传统之间的差异，我们就有必要通过一种历史的研究方法，弄清法律概念的早期形式。他说，人类早期的法律基本观念对于法学家来说，就像原始地壳对于地质学家那样可贵。人类早期法律的观念，可能含有法律在后来表现自己的一切形式。而梅因的天才、敏锐与贡献也正集中在他关于法律的起源和发展的理论中。

在《古代法》一书中，梅因把他的法律起源与演变理论联系起来，把法律的产生、演变与发展看做是有顺序的相互衔接的三个阶段的过程，天才地提出法律的发生和发展总是沿着“判决”——“习惯法”——“法典”的模式顺序演进，从而构成了他的法律发展阶段论。梅因认为，人类最早的法律概念是一种被称为“地美士第”（Themistes）的有人格的神。这个“地美士第”原是希腊神话中宙斯的陪审员，后来被视为希腊万神中的司法女神。国王的判决是她直接灵感的结果，她把司法审判权交给国王或上帝的神圣代理人，这就是“地美士”（Themis），其复数形式为“地美士第”，意指审判本身，是神授予法官的。而国王手中好像拥

有丰富的“地美士第”，随时可以加以应用。

梅因指出：“我们必须明白了解‘地美士第’并不是法律而是判决。……但是，虽然始终相信‘地美士第’来自天上，我们却不能假设在多个‘地美士第’之间有着任何一条原则贯穿着，它们是分别的、单独的判决”（第3页）。“地美士第”或者判决的概念之后的概念就是“习惯”。近似案件的近似判决，就是习惯的胚种或者雏形。从社会政治的发展上看，起初具有神的权威的国王权力逐渐开始转移而由贵族阶级所取代。梅因指出考察这种贵族政治与法律源起的关系时，有一点非常重要，就是这些贵族都是法律的受托人和执行人，他们垄断着法律知识，对于决定争议所依据的原则有独占的权利。这是一种习惯法的时代，“习惯”或“惯例”现在已成为一个有实质内容的集体存在，并为贵族阶级所精确知道。司法特权掌握在贵族手里，通过这种方法，一个民族或部落的习惯被正确保存着。

当成文法典出现，法律发展的自发阶段就告结束，法律的发展就进入了新的“法典时代”。罗马《十二铜表法》是最著名的范例，在希腊，在意大利，在西亚，法典到处可见，在这所有的国家，都把范例铭刻在石碑上，向人民公布，以代替一个单

凭有特权的寡头统治阶级记忆的惯例。这类法典的价值不在于其分类的匀称或用词的简练，而在于它们为公众所知，通过它们，人们知道应该做什么和不应该做什么。

当原始法律一经制定成法典，所谓法律自发的的发展便告中止。自此以后，对它有影响的，便是有意的和来自外界的各种力量。法律的改进和有意识的活动联系在一起，这是和原始社会所不同的地方。在法典时代开始后，静止的社会与进步的社会之间的区别就开始暴露出来，静止社会的法即停顿下来，只有进步社会的法才能继续发展下去。根据他所掌握的史料，梅因认为，进步的社会从世界历史来看是极少数的例外，例如罗马社会、英国社会即是；至于静止的社会，如印度、中国等社会即是，此外，其他一般社会也均属于这一类型。

因此，梅因认为，在人类社会中，静止状态是常规，而进步恰恰是例外，因为法律是稳定的，社会的需要和意见常常或多或少走在法律前面，人类可能非常接近达到它们之间缺口的结合处，但是永远存在的倾向是要把这个缺口重新打开。梅因说，他所研究的社会是进步的社会，所以人民幸福的大小完全取决于缺口缩小的快慢程度。要使法律与社会相协调，就需要法律改进的各种方法。梅因认

为，进步社会用以调和法与社会舆论及需要的手段，从历史的顺序而言，首先是法律的拟制（legal fictions），其次是衡平（equity），最后是立法，这是进步社会法律改良的三个手段。

梅因在《古代法》中对自然法理论进行了猛烈和深刻的批判。在批判自然法理论时，梅因采取了一种历史和客观的态度。他并不否认历史上存在过自然法，但是他认为古代人并不具备今人生存的环境。可是自然法却把过去和现在混淆起来了，自然法理论是今人强加在古人身上的一种偏见，它具有先验性和反历史倾向。他深入研究了“自然状态”、“自然法”等说法，断定这些说法都是“教条”和“幻想”，“财产起源于单位的个人物质财富的占有”是“毫无根据的观点”。克莱顿·坎卜·亚伦在《古代法》一书的导言中说“没有一个人曾像他那样恶毒地辱骂过这些一度声势极盛的说教的严重错误”（导言第9页）。梅因清算了自然法理论所产生的不良后果。他说：这些理论往往为一般人所爱好，使得人们很少去踏实地探究社会和法律的原始历史，这些理论不但使注意力离开了可以发现真理的唯一出发处，并且当他们被一度被接受和相信了以后，就有可能使法律学以后各个阶段都受到其最真实的和最大的影响，因而也就模糊了真

理。假设和传播这种自然法理论是极其有害的，它在法国已造成了“无政府混乱状态”（法国大革命）。

梅因否定自然法学说，但也肯定其历史作用，他说：“这个理论在哲学上虽然有缺陷，我们却不能因此而忽视其对于人类的重要性。真的，如果自然法没有成为古代中一种普遍的信念，这就很难说思想的历史因此也就是人类的历史，究竟会朝那一个方向发展了。”（第43页）梅因认为，自然法从实际的效果讲，是属于现代的产物，这是一种不问过去，只向将来寻求完善典型的倾向。

梅因认为，自然法在古代能起到作用是与法律在其早期所面临的两种危险联系在一起。第一，是法律发展得太快，因此不能产生一种持续的法律制度，一个社会要得到一个完美的判决，就需要一个变通的方法和一个持久的概念，而自然法就可以提供这种方法和概念。自然法可以使人们在想像中出现一个完美法律的典型，它能够产生一种无限接近这种完美的希望，又不至于遭法律实务者反对。从这一点讲，自然法的作用是补救性的，而不是革命性的或无政府状态。第二，原始法律的僵硬性阻碍了人类的进步，它束缚了人类的行动和见解。梅因说，在古代人那里，我们不能指望他们有一个明

白的改良规则，不能指望他们像边沁那样提出一种为了社会幸福的补救立法的正当目的，他们不具有博爱观念，他们只有一种近似文雅的东西，在这种情况下，自然法的产生就不可避免。以罗马法为代表的西方法律之所以能达到那样完善的程度，是因为受自然法理论的作用；而东方的印度法律自形成后，一直禁锢不前，也是因为缺少这种理论的影响。梅因认为，假设不是自然法的理论提供了一种与众不同的优秀典型，我们就找不出为什么罗马法优于印度法的理由。

古代文明形态各异，但有一个近乎相同的起点：“人们不是被视为一个个人而是始终被视为一个特定团体的成员。”（第105页）换句话说，社会的基本单位是“家族”而非“个人”。由此产生了一些法律上的重要特征。

首先，“个人并不为其自己设定任何权利，也不为其自己设定任何义务。他所应遵守的规则，首先来自他所出生的场所其次来自他作为其中成员的户主所给他的强行命令。”（第176页）进一步说，权利、义务的分配决定于人们在家族等特定团体中具有的身份（贵族或平民、父或子、夫或妻等）。其次，财产权利与亲族团体的权利纠缠在一起，难以分离。在古代罗马，很长一段时间里，遗

嘱不是分配死者财产的一种方式，“而是把家族代表权转移给一个新族长的许多方式中的一种”（第111页）。在当时，继承本身是一种使死者的法律人格（身份）得以延续的手段，这就是所谓的“概括继承”。财产的移转不过是其中的一个附带程序，并不特别重要。

再次，“个人道德的升降往往和个人所隶属集团的优缺点混淆在一起，或处于比较次要的地位”（第73页）。事实上，不仅道德责任如此，法律责任也是如此。古代法典中大量关于“株连”和血亲复仇的规定都是这种团体责任观念的体现。

显然，具有上述特点的古法不会向后人贡献一部像样的民法，因为，它所代表的那种社会关系极大地阻碍了民事法律关系的发展。后者要求的是人们之间的平权关系，是尽可能便利地财产流转。这一要求的实现意味着社会关系方面的一个重大转变。而这样一个转变，至少在西方文明所及的范围内是确确实实地发生了：个人逐渐从家庭中分离出来，成为法律所考虑的独立单位。相应地，摆脱了繁复身份关系的纯粹财产形式也慢慢地出现了。在罗马帝国后期，这种情形就表现为家父权的式微，帝国公民权的普及和无限私有制原则的确立。这个转变的完成，在古代罗马用了差不多一千年的时

间，若从西方历史来看，时间更长。虽然这一行程一再被历史事变所延缓或打断，但它不曾永远停滞下来，而是顽强地持续着，一直到19世纪。即便到今天，人们仍能感受到这一历史洪流的冲击。[\[1\]](#)关于这一伟大的进程，梅因总结说：“所有进步社会的运动在有一点上是一致的，在运动发展的过程中，其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长。……用以逐步代替源自‘家族’各种权利义务上那种相互关系形式的……关系就是‘契约’。……可以说，所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”（第96~97页）可以说，这是《古代法》中最为精彩的一段话，尤其是“从身份到契约”一句，已经成为一个著名的社会进步公式。

值得注意的是，梅因在提出这一著名公式的同时，对它加以了限制。首先，它仅适用于进步的社会。其次，梅因的“身份”概念有特殊的定义。它仅指人法上的人格状态，即人的权利能力与行为能力，而不是指个人的权利义务，也不是因契约而生的法律上的地位等方面的限制。最后，公式中的“到现在为止”，是指到19世纪为止。[\[2\]](#)尽管梅因对这一公式加了上述种种限制与说明，仍还是引起了不少争议，可见其思想影响的深远。

最后，梅因用了五章的篇幅分析、比较了一些重要法律制度（如财产法制度、契约的表现形式和构成要素、犯罪法和侵权法）的早期发展史。

【延伸阅读】

[爱尔兰] J. M. 凯利著：《西方法律思想简史》，王笑红译，汪庆华校，法律出版社2002年版。

【精彩片段】

进步社会法律演进的公式

到现在为止，我们已经研究过属于本文范围内的有关古代“人法”的各个部分，而研究的结果，我相信，能使我们对于法律学初生时期所有的看法，有进一步的明确。各国的民法，在其最初出现时，是一个宗法主权的“地美士第”，我们现在并且可以看到这些“地美士第”也许只是更早期人类状态中每一个独立族长可能向他妻、子以及奴隶任意提出的不负责任的命令的一种发展形式。但是甚至在国家组织形成之后，法律的使用仍旧是极其

有限的。这些法律不论是保持着像“地美士第”的这种原始形态，也不论是已经进步到“习惯或法典化条文”的状态，它的拘束力只及到各“家族”而不是个人。

用一个不完全贴切的对比，古代法律学可以譬作“国际法”，目的只是在填补作为社会原子的各个大集团之间的罅隙而已。在处于这种情况下的一个共产体中，议会的立法和法院的审判只能及到家族首长，至于家族中的每一个个人，其行为的准则是他的家庭的法律，以“家父”为立法者。但民法的范围在开始时虽然很小，不久即不断地逐渐扩大。改变法律的媒介即拟制、衡平和立法，依次在原始制度中发生作用，而在每一个发展过程中必有大量的个人权利和大量的财产从家庭审判庭中移转到公共法庭的管辖权之内。政府法规逐渐在私人事件中取得了同在国家事务中所有的同样的效力，已不再被每一个家庭中奉为神圣的暴君的严命所废弃了。

通过罗马法的纪年史，我们可以看到有关一个古代制度逐渐被摧毁以及把各种材料再度结合起来而形成各种新制度的几乎全部的历史，这些新的制度，有的被保持原状一直传到了现代世界，也有的由于在黑暗时期和蛮族相接触而被消灭或腐蚀，最

后才又为人类所恢复。当这个法律学在查斯丁尼安时代经过了最后一次改编后，除了为活着的“家父”仍旧保有广泛权力的唯一条款以外，其中已很难找到古代制度的迹象。到处都以便利的、匀称的或单纯的原则——总之，是新的原则——来代替能满足古代良心的空洞考虑的权威。到处都以一种新的道德来代替同古代惯例相一致的行为准则和顺从理由，因为在事实上，这些准则和理由都是从古代惯例中产生的。

所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动发展的过程中，其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长。“个人”不断地代替了“家族”，成为民事法律所考虑的单位。前进是以不同的速度完成的，有些社会在表面上是停止不前，但实际上并不是绝对停止不前，只要经过缜密研究这些社会所提供的各种现象，就可以看到其中的古代组织是在崩溃。但是不论前进的速度如何，变化是绝少受到反击或者倒退的，只有在吸收了完全从外国来的古代观念和习惯时，才偶尔发生显然停滞不前的现象。

我们也不难看到：用以逐步代替源自“家族”各种权利义务上那种相互关系形式的，究竟是个人与个人之间的什么关系。用以代替的关系就

是“契约”。在以前，“人”的一切关系都是被概括在“家族”关系中的，把这种社会状态作为历史上的一个起点，从这一个起点开始，我们似乎是在不断地向着一种新的社会秩序状态移动，在这种新的社会秩序中，所有这些关系都是因“个人”的自由合意而产生的。

在西欧，向这种方向发展而获得的进步是显著的。奴隶的身份被消灭了——它已为主仆的契约关系所代替了。在“保佐下妇女”的身份，如果她的保佐人不是夫而是其他的人，也不再存在了；从她成年以至结婚，凡是她所能形成的一切关系都是契约关系。“父权下之子”的身份也是如此，在所有现代欧洲社会的法律中它已经没有真正的地位。如果有任何民事责任加于“家父”和成年之子，使他们共同受到它的约束，则这样的责任只可能通过契约而后才能具有法律效力。

有一些显然的例外，而这种例外的性质适足以证明这个规定。在解事年龄以前的子裔，在监护下的孤儿，经宣告的疯癫病人，都在“人法”上规定了他们在某些方面是有能力的，在某些方面是无能力的。究竟为什么要有这些规定呢？在各种不同制度的传统用语中，所提出的理由虽然是各不相同的，但是在实质上，各种说法所具有的效果却是完

全一致的。绝大部分法学家都一致承认这样一个原则，他们都认为上述各类人所以应受外来的支配，其唯一理由是在于他们本身不具有为其自己利益而作出决定的能力；换言之，他们缺乏用“契约”而达到定约的必要条件。

“身份”这个字可以有效地用来制造一个公式以表示进步的规律，不论其价值如何，但是据我看来，这个规律是可以足够地确定的。在“人法”中所提到的一切形式的“身份”都起源于古代属于“家族”所有的权力和特权，并且在某种程度上，到现在仍旧带有这种色彩。因此，如果我们依照最优秀著者的用法，把“身份”这个名词用来仅仅表示这一些人格状态，并避免把这个名词适用于作为合意的直接或间接结果的那种状态，则我们可以说，所有进步社会的运动，到此处为止，是一个“从身份到契约”的运动。

(第95~97页)

【名言佳句】

可以断言，在人类初生时代，不可能想像会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度，它只是一种惯行。用一

句法国成语，它还只是一种“气氛”。对于是或非唯一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决，并不是由于违犯了预先假定的一条法律，而是在审判时中一个较高的权力第一次灌输入法官脑中的。
(第5页)

因此，如果我们依照最优秀著者的用法，把“身份”这个名词用来仅仅表示这一些人格状态，并避免把这个名词适用于作为合意的直接或间接结果的那种状态，则我们可以说，所有进步社会的运动，到此处为止，是一个“从身份到契约”的运动。

(第97页)

(孔 晶)

注 释

[1] 梁治平著：《法辩 中国法的过去、现在与未来》，中国政法大学出版社2002年版，第38页。

[2] 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第242页。

18 . 穗积陈重：《法律进化论》

【推荐版本】

本书最早的中译本是由上海商务印书馆作为“政法名著”丛书之一于1929年、1930年和1934年先后翻译出版的（第一册由黄尊三翻译，第二册由萨孟武、陶汇曾翻译，分别于1929年和1930年单行出版；第三册由易家铨译出，与前两册合订为一册，于1934年出版）。但因出版年代久远距今已逾半个多世纪，不能适应今天研究阅读的需要。因此推荐版本为王健教授校勘的版本：

[日]穗积陈重著：《法律进化论》，黄尊三、萨孟武、陶汇曾、易家铨译，王健校，中国政法大学出版社1997年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

穗积陈重（1855～1926），出生于四国伊予的宇和岛藩。先入藩校名伦馆学习，内容涉及汉学、国学（日本文化）、英语、算术和柔道等。1870年，它作为大学南校贡进生被选入东京，次年1月入学。1874年，开成学校开设了英吉利法学

科，穗积陈重等9人作为法科学生入学。1876年8月，穗积陈重转道美国赴英国留学，10月进入伦敦大学。1879年毕业后，转入德国柏林大学学习，其领域涉及法理学、民法和立法论等。1881年6月，穗积陈重回国，入东京大学法学部担任讲师，并在日本历史上第一次开设了“法理学”课程。次年2月，穗积陈重升任教授兼法学部长。在此期间，他作为延期派成员参加了“民法典论争”，旧民法被否定后，他又参加了明治民法的制定，并发表了众多的研究成果。1912年，穗积陈重辞去了东京大学法学部教授的职务，成为东京大学名誉教授，回归故乡。1915年，被授予男爵称号。1916年，成为枢密院顾问官。1917年任日本学术界最高地位的学士院院长。1925年出任枢密院议长。1926年4月去世。[\[1\]](#)

穗积陈重是日本近代法律文化的主要奠基人，他的贡献是多方面的。[\[2\]](#)

首先，他创造了日本汉字“法理学”一词与法理学这一学科。

其次，倡导和传播了资产阶级的法学观。第一，提出了不仅要确认公民在公法上的权利，也要维护他们在私法上的各种权利，传播、培育、保护这种权利意识，是法学家的历史使命；第二，在家

族法方面，强调一夫一妻、合意婚（婚姻自由）、夫妻男女平等、离婚自由、财产继承平等，提倡妇女参加社会活动、提高妇女的文化自由和权利的重要保障形式；第三，通过《法典论》一书，系统阐述了法律是公民的自由和权利的重要保障形式。

再次，系统地提出了法律进化论的思想。

1884年，穗积陈重指出，世界上的法律制度，一般可以分为五大家族（法系）：印度法系、支那法系（中华法系）、回回法系（伊斯兰法系）、英国法系和罗马法系（大陆法系）。这五大法系家族互相竞争、彼此消长，内中的规则是优胜劣汰。这方面最典型的例子是支那法系的解体。他认为，处于劣势地位的法族，如果不思进取，不搞改革或改良，那么，必然会被历史所淘汰。

最后，穗积陈重积极参与了明治民法典的编纂工作。1893年，日本在否定了旧民法之后，成立了法典调查会。该调查会由伊藤博文担任总裁，穗积陈重、富井政章和梅谦次郎任会员，而其核心人物无疑是穗积陈重。他在《法典论》中提出的法律是公民权利的保障形式的思想，他关于婚姻家庭进化的观点，他对日本习惯法的尊重态度，都深深地影响了民法典的体系、原则和具体内容。

【内容精要】

《法律进化论》是穗积陈重晚年的作品，全书共分三册。第一、二册出版于穗积陈重生前（1924年），第三册是他去世后由其亲属和朋友整理后面世的（1927年）。原书的框架结构为第一册：总论，第一部：法原论，上卷：原形论前篇，第一编无形法。第二册：上卷：原形论后篇，第二编成形法，第三编法之认识。第三册：中卷：原质论前篇，总论，第一编信仰规范论。

第一编无形法。穗积陈重认为“无法形之法，谓之无形法”（《法律进化论》第一章绪论，以下引用本书只注章节）。他指出，虽然，现代社会的法律都是有形法（公布）的法律，而且这种法律便于知道，便于执行。但法律并不是必须具有形体而后才能发生的，“在国家初期，关于法律事项，民信即法，始于刑罚争讼，后世普通法律事项，神、君主、僧长、族长、家长等权力者之意思，并祖先以来之习惯，有绝对的服从强制力。盖当时法权虽存，法规未现，法者，仅于潜势力状态之下而存在者也。”（第一章绪论）因此，法律的进化，是一个无形法向有形法发展的过程。

在指出无形法的定义、有形法起源于无形法这

一规律之后，穗积陈重对无形法的种类、表现、特征以及演化过程等作了分析。如前所述，在穗积看来，人类的法律的演进是一个从无形法向有形法转变的过程。而这一过程“实亘数百千载之长期”，因而仅就无形法而言，其本身也经历了三种形式，它们分别是潜势法、规范法和记忆法。

首先是所谓潜势法，“即指为人民公的行为之基础之社会力，虽有发动之可能性，然仍伏于法之主体中，尚未形成法规之体裁者也”。

其次是规范法，这一阶段原有的潜势法开始以一定形式显现出来。具体而言，民意法经民众宣言而成为习惯法，神意法经由预言者、僧侣、巫祝的神意感通而成为启示，君意法则经由君主任命之裁判官宣言而成为裁判例，或是直接经由宣告成为诏令、命令。这样一种依法见或宣言而形成的规范就成为规范法，穗积称此为“法的第二次发见”。规范法的效力同样来自于人民畏于民意、神意与君意，但简而言之，其都是社会力的一种表现形式。

最后是记忆法，乃是未有文字或虽有文字而未普及以及少数人垄断法的知识时的表现形式。它通过长老、祭司的记忆、口传记诵（有时表现为诗歌、谚语等），使先例、典故、习惯等无形法得以代代相传。在穗积看来，记忆法得以产生的原因有

二：一是文字尚未产生或者虽有文字还未普及；二是在人类早期，法律知识往往为僧侣贵族的特殊阶级或法曹家之有世袭官职者所独占，这也就是我们常说的秘密法阶段。而为了防止人民知悉法律以至于危及本阶级的利益，他们往往不愿意将法律付诸文字而为人民所知晓。

虽然记忆法等无形法有如上的好处，但是由于人类脑力的限制，这些法律单靠统治者的记忆难以保存继续经久不磨。为此，统治者采取了种种办法以使无形法易于记忆。这些方法从大的方面可分为两类：一是就记忆的主体而言，不再单单依靠个人的力量，而是将之委以特殊的团体。这也就形成了古代专门的法律知识集团，他们父子祖孙，兄弟同僚，互相传习，使得无形法得以永远继续传承。二是就记忆的客体而言，将这些原始的习惯法做成韵文便于记诵。“整其音调，正其声律，庄重其语态，平明其意义，唱之于口而印之于脑，因之法规得为长年之保存。”（第四章第一节）所以原始的法规，往往表现为格言、俚谚、诗歌等。具体而言，主要包括句体法、诗体法、韵文法三种形态。

第二编是成形法。穗积陈重认为，随着人类文明的进步，法也从主观无形转变为客观有形，即成形法。穗积陈重指出，人类社会各阶段，成形法曾

表现为多种形态。首先出现的是绘画法，即“以图画形法规晓喻人民”（将法的内容绘于柱子、墙壁和宫门等，如中国太古之象刑）。其原因在于当时文字尚未发明或即使发明还尚未通行，因此，对于不识字的人民采用此方法最为有效。随着文字的发明普及与民权的发达，文字法（将法律铸于鼎、盂等器皿或刻于木板、竹片上）逐渐取代了绘画法，如中国春秋战国时期子产铸刑鼎、邓析刻竹简等。

第三编为法之认识。在对无形法向成形法发展之进化、表现及其特征等作了分析之后，穗积陈重进一步就人们对法的认识之进化过程展开了论述。他指出：“在潜势法之时代，人民不能预先知法，故关于法的知识之问题，实发生于规范法时代。然进至规范法时代以后，其在无形法时期，法的知识为特权阶级所专有，仅有秘密法。至民主的社会，则有习惯法而谚语体之公知法。其在成形法时代发期，法则分为秘密法、训令法及公知法三种。”由秘密法向公知法的进化虽因民族和地域而各有不同，但大体而言，其先后经历了四个时期。

首先是所谓“绝对不知法的知识之潜势法时代”，如前所述，这一时期的法律表现为神意或君意。即使存在种种原始习惯，人民也无法意识到其为法规，当然更不可能有关于法的知识。人民这时

所遵循的仅仅是神意启示和祖宗习惯，也无所谓法律的秘密与公布。

其次是“禁止民众知法之秘密法时代”，与之相对应的是规范法时期。这一时期虽然已经出现了法的知识，但是此时的法律为治理人民的工具，统治者是否将法律公布完全由一己决定。从世界上大多数地区来看，这一时期的法律往往以秘密为原则而以公示为例外。在穗积看来，之所以出现秘密法的原因有三，即权力之维持、利益之获得、专制之政策。

第三时期介于秘密法和公布法之间，穗积称之为“官吏之颁布法时代”。这一时期，国家机关逐渐完备，法律已经成为了日常政务的准则。虽然这时人民依然是受动的客体并无条件服从于官吏发布的命令，但法令已不再处于严格的秘密状态。随后，穗积以中国的明清律例为例，说明当时的法律为使人民遵守法律而将法律予以公刊，因此已接近于公布法。

第四时期为“公布法时代”，这一时期虽尚未确立“法非经公布不生效力”的原则，但凡制定新法皆以成文法公布于人民，其目的在于使人民知悉法律。但穗积同时又指出，这里的“告知”实际只就立法者而言，因为近世以来立法的范围越来越宽

泛，而人民的迁徙也愈加频繁，任何人要想知悉所有的法律都是不可能的。因此，所谓公布事实上在于使一般人民获得随时知悉法律的可能性。至于公布法的原因，穗积将之归纳为三个方面：一是文字的普及；二是善政之施行，为体现爱民之心，统治者开始公布法律，以使百姓能够趋利避害而不至于遭受不法官吏的枉法裁判；三是民权之发达，从古希腊的梭伦立法到英国的大宪章，人民权利在西方日渐发达，法律不仅仅拘束人民还同时拘束立法者，于是法律的公布成为人民监督统治者之必需。

第四编是信仰规范篇。穗积陈重指出，他研究法律的进化，是分两步走的。一是探讨法源论，二是研究法势论。前者又分为原形论、原质论和原力论三部分。法势论又分为发达论、继受论和统一论三部分。法原论中的原形论已如上述（即从无形法向成形法的进化），原质论则主要阐述法的原质之信仰规范、德义规范和习俗规范之三大统治力，而顺次论述其法（律）化。而信仰规范中，最重要的便是“太朴”（其他两项为“祭祖”和“图腾”，但穗积陈重因去世而没有能够作出论述）。

按照穗积陈重的解释，禁忌（Taboo）者，为接触神圣或污秽之事物之禁忌，犯之必蒙灾害，由此信念而生之习俗也（第四编第一章）。穗积陈重

认为，这种为低级文化民族间所存之普遍现象，所有民族，皆一度经历禁忌之习俗，始惯于有规律之社会生活，穗积陈重指出，禁忌之俗，始于现今之“坡利内西”群岛、“美拉尼西”群岛，不仅在太平洋诸岛中最为盛行，而且在印度、非洲、美洲及其他世界各方面，有此习俗之民族也颇多。

在对禁忌的含义和起源作了解释以后，穗积陈重又对禁忌的种类、它的成立和设定、它的分化，以及禁忌与法律、宗教、主权（其实是君权）、婚姻、刑法，禁忌的作用等问题作了深入细致的说明。

通过对上述四个方面的详细论述，穗积陈重揭示了法律进化论的内涵与本质，以及其若干规律，即“法律进化论者，法之时观也。法现象有静状与动势两种，究其静状之原理者为法律静学，究其动势之原理为法律动学。法律进化论，属于法律动学，与法以纵的观察，此非一时的现象。换言之，一定时期之法，非成于一旦，乃过去数十纪间社会的势力之积聚而成之者也”（自序）。但是，法的这种变迁“决非无秩序偶然的事件之连续，在此千态万状法现象之变迁中，必有普遍的通素；换言之，即以阐明法现象之时间推移之原理为其本领者也”（第一章序论）。应该承认，穗积陈重的这一

观点已经揭示了法律发展进化中的部分规律。诚如日本神户大学教授松尾敬一指出的那样：穗积陈重在《法律进化论》中阐述的思想，其最终的目标是追求法律进化之顶点的民主主义和国际主义。因此，穗积陈重的成果，对现代法理学、法史学、法社会学和法人类学的发展都有重要的指导意义。

[\[3\]](#)

【延伸阅读】

[美]霍贝尔：《初民的法律》，周勇译，中国社会科学出版社1993年版。

何勤华：《二十世纪日本法学》，商务印书馆2003年版。

【精彩片段】

绪 论

法者力也，其元质为无形的，其力之活动，一如物理的“energy”之活动，得以公式、图解、数字或记号表示之。换言之，既能就法之无形之力，与以法形是也。兹之称为法形者，即指依视官得认

识法力一定之活动记号也。当中国五帝时代，其用刑也，画象而示之于民，周代悬象形之法于阙（《周礼》，《晋书·刑法志》，《唐律疏议表》），郑人、晋人铸刑书与鼎。印度人刻法于椰子之叶，汉谟拉比王，刻巴比伦法于石碑，建立太阳神殿之前，克拉的人雕土耳其之法与法庭壁上，罗马之十大官揭十二表法于公市；后世以法载之文书，布之官报者，要皆与法以形象者也。此于物理学之公式图解，其性质略同。

有法形之法，谓之有形法，无法形之法，谓之无形法。形有则易知，形无则难据，故欲法之社会统治力特别有效，使民遵依，必须先赋予法之外形，俾民知所趋避；然法非必先具形体而后发生者，在国家初期，关于法律事项，民信即法，始于刑罚争讼，后世普通法律事项，神、君主、僧长、族长、家长等权力者之意思，并祖先以来之习惯，有绝对的服从强制力。盖当时法权虽存，法规未现，法者，仅于潜势力状态之下而存在者也。国家稍就发展，由先例之积累，归纳抽象的泛则，或依君主、高僧、其他权力之创意，新定行为之准则，用声律成句，以便口传记诵，可谓已有法规，然尚未得谓之有形法。其后人文大启，或画法规于形象，或载之于文书，始可谓有形法。法规者，如关

于祭祀、军事、贡租、刑罚、诉讼、亲权、婚姻、承继、占有等，法律事项之社会力一定之作用之谓也；而法形者，表示其社会力作用之方向、分量、之形象之谓也。法之有文书，与寒暑表之于热，权衡之于重力同。热非因有寒暑表而始存，重力非因有衡器而始生。法之社会力，于法规未出，法形未生以前，即已存在；故法即具有实质形态之二素，然后以文章载之为法规，以逻辑的排列之为条规，或附条号于各法规，或汇类编纂之，至成为法典。要之，法者，实亘数百千载之长期，经几多之进化，决非自始即具形体而产生者也。

潜 势 法

法律之起源，同于国家，故可谓有国家必有法律；但不能谓有国家必有成文法。国家虽在其原始期，其独立政治团体之凝聚力之中心，即已存在，即国家组织整备后，所称为统治权是也。然当时之统治权，非常狭小，其权力在使其团体组织成员之绝对服从：内则维持治安，而非团体之分崩；外则抵御寇敌，以免团体之灭亡而已，不如文化国有整齐之政治组织。所谓整齐之政治组织，即以元首总揽立法、行政、司法三大权，设特种机关，分掌政

务之政治组织是也。原始的主权，有祭祖权及统帅权。《春秋五代传》所谓“国之大事，在祀与戎”，即指此也。在由一种族而成之单成体之国家，其同一神灵之信仰，为其凝聚力之中心，惟在威武服从。此时为大元帅有兵马最高统治权者，即为掌握统治权者。于此时代，如行政事项，除直接关于祭祖军事外，概放任于各种族之习惯的自治，唯征税事务，为中央政府物资的维持必要事项，则仍吸收于统治权之中。

如司法事项，在原始国家，除治渎神、大逆、谋反等直接危害团体基础之犯罪外，一切放任于各个人或各部落之自卫。杀伤则以复仇反害制裁之。其赔偿额，除协议外，大抵已习惯偿付，倘有争议，得请长老、僧侣等社会之权力者裁断之。其后国权渐次伸张，国家之机关稍为整备，听讼断狱之权，然后收归中央政府。司法权者，决非自始即为统治权之必要成分，惟于统帅权之关系下，执兵马最高权之元首，得以武断的裁决争议，以强制的制裁力而执行之；且为维持治安，干涉人民之争议，故司法权至被吸收于统治权之中，而为其构成分子。

然独至立法权，在近世国家，均视为统治权之构成成分中之最重要者。在国家发展之初期，统治

权之观念中，无所谓立法权。原文化低级之国家，从无所谓作法之观念，以法乃可发见而非可制作者，故当时亦无所谓立法者。法之发见者，北欧古法称为Rechtsfinder。而此法律发见者，非必为其元首，即精通其民族之传说、惯习、先例、仪式等之长老、诗人，或为神意启示机关之祭司、僧侣、巫女是也。此辈均为其社会之权力者，于司法权收归元首后，为统治权之司法机关而行裁判；或为元首之顾问，而参与裁判，以发见既存法为其职分。但因社会之变迁，及其他事由而发生新事实，名为解释即存法为其职分。但因社会之变迁，及其他事由而发生新事实时，名为解释既存法，实多创新先例，与后世法曹，以解释适用既存法为名，事实上设立新原则者，正复相类。故在此时代，无所谓意识的作法之事，法者，存于民意、君意或神意，即尚在潜势状态，不至形成法规，迨或事件发生，每发见而为现势力，依之裁决争讼，处分事件。

兹之所谓潜势法者，即指为人民公的行为之基础之社会力，虽有发动之可能性，然仍伏于法之主体中，尚未形成法规之体裁者也。在国家初期，人民唯从其所属团体之常习，以营共同生活，遇有神意启示或元首命令，不可不绝对服从之；此种服从心理即所谓广泛之公共的义务感是也。故于此时

代，若欲强求法规，渺不可得；所能得者，仅有不可不绝对服从之民意、神意、君意而已。

法之原始状态，即为人民之公的行为之基础，而在潜势力状态之社会力，一如上述；而此潜势力状态之社会力，主观的为公共心、信仰、服从，客观的为习惯、神威、君权、命令，故潜势法可三分之为民意法、神意法、君意法。

(第7~10页)

【名言佳句】

法律进化论者，法之时观也。法现象有静状与动势两种，究其静状之原理者为法律静学，究其动势之原理为法律动学。法律进化论，属于法律动学，与法以纵的观察，此非一时的现象。换言之，一定时期之法，非成于一旦，乃过去数十纪间社会的势力之积聚而成之者也。

(自序)

要之，法律之进化，为社会力之自觉史。当法在潜势状态之时，人民尚不能觉察其由各自团结之力，而拘束自己，其状犹夜行于黑暗之中也。及乎规范法既已发生，则法之知识，乃存于治者，人民

虽知有霸自己之准则，而不能见其形态，其状犹东方渐白，将近于晓也。至成形法公布时代，则如潮曦破晓，而升东天，个人仰而浴于阳光，俯而顾及己影矣。

(第275页)

(于明)

注 释

[1] 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第358页。

[2] 何勤华：《二十世纪日本法学》，商务印书馆2003年版，第54～56页。

[3] 何勤华：《二十世纪日本法学》，商务印书馆2003年版，第61页。

19 . 威格摩尔：《世界法系概览》

【推荐版本】

[美]威格摩尔：《世界法系概览》，何勤华、李秀清、郭光东等译，上海人民出版社2004年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

约翰·亨利·威格摩尔 (John Henry Wigmore, 1863 ~ 1943)，1863年3月4日出生于加利福尼亚州旧金山市，1887年在哈佛大学取得法学学士学位。之后，他在波士顿做了两年律师，随后进入法学界，开始法学教育和研究生涯。他的第一个法学教席，是从日本东京的庆应大学获得的。

1893年，威格摩尔接受美国西北大学的邀请，担任该校法学院教员。1901 ~ 1929年间，威格摩尔担任西北大学法学院的院长。经过其教育、科研多方面锐意改革，这个一直以来默默无闻的法学院发展成为美国最具影响力、号召力的法学研究中心之一。

威格摩尔对于比较法的兴趣，是在日本工作期

间培养起来的。在庆应大学期间，他将大量的精力投注到日本法和美国法的“同”与“不同”的对比研究中，并取得了《日本德川幕府时代的法律与审判》和《早期日本私法研究资料汇编》等初步研究成果。

但是，威格摩尔的事业腾飞，则是在1893年进入西北大学之后才真正开始的。1904~1905年，威格摩尔出版了多卷本证据法巨著《证据法论》，使其迅速跻身于顶尖法学大师之林。在1928年出版本书之后，1941年，他出版了《司法万花筒》。此外，他参与主编了《盎格鲁—美利坚法律史论文集》（三卷本）、《现代法律哲学丛书》（12卷本）、《大陆法史丛书》（10卷本）等著作。[\[1\]](#)

如前所述，威格摩尔于1928年出版的《世界法系概览》一书是当时世界比较法学的一部划时代巨著，被称为“可与梅因的《古代法》相媲美的作品”。其最初由华盛顿法律图书公司出版了该书的三卷彩印本，1923年又出版了单卷馆藏本，照片改为黑白印刷。

正如作者在本书的前言中所言，本书的创作源于以下一个设问：“为了更好地理解现在，我们必须清楚地了解过去。然而，过去已不复存在。为了

更好地理解法律发展的历史，我们可否重现历史？”但作者同时又指出，过去的历史往往都是关于世界法系的冷冰冰的纪录，“难道我们不可以借助历史画面将我们的描述变得更加生动和逼真？”基于上述目的，作者借助其亲身收集的464幅历史图片并配以其精妙的解说向我们展示了一幅世界各大法系产生、发展和消亡的巨幅历史画卷。阅读这一巨著，就仿佛置身于一所世界法律的历史博物馆，俯仰间皆是历史的陈迹，却又一幅幅历历在目，而作者就好像一位资深的导游，移步换景，将世界法律五千年的兴衰演变向每一位读者亲身诉说，娓娓道来，使人们不经意间在历史的“具体”中感受其“真实”与“魅力”。

【内容精要】

在作者看来，比较法研究应“将视野越过法律本身，从法系之外的视角观察法系”。所谓法系是指世界上少数几个民族在历史的演变中形成的清晰、完备、系统、连续性的法律思想和法律方法体系。而对法系进行研究迄今又有三种模式，一是对现存各法系的特征、现状进行考察；二是对法系的运作模式及其相应的优点进行比较；三是根据各个

法系产生、发展的年代顺序和产生原因对各个法系的起源与演变进行比较。作者所推崇的是第三种研究模式，即法系源流的比较学。因此，本书论述的法系不仅仅限于现存的大陆、英美、伊斯兰等少数几个法系，而是涵盖了世界各地、从古至今曾经存在过的共计16个法系，按大体上时间先后顺序排列依次是：埃及法系、美索不达米亚法系、中华法系、印度法系、希伯来法系、希腊法系、海事法系、罗马法系、凯尔特法系、日耳曼法系、教会法系、日本法系、伊斯兰法系、斯拉夫法系、大陆法系和英美法系。以下是对全书基本内容与线索的介绍。

（一）世界上最古老的五个法系

威格摩尔首先叙述了目前世界上所知的最为古老的五个法系。它们共同的都产生于欧洲以外的亚非地区，并且起源的时间均在公元前2000年之前。此时的欧洲还依然沉睡着，尚无任何文明的痕迹。由于这一时期的人类文明仍处于蒙昧时代，在这五个法系中，中华法系是唯一一个未建立在宗教的基础之上的法系；在埃及、美索不达米亚、希伯来和印度法系中，法被认为是神通过统治者直接启示和传授人类的，因而被认为是宗教原则的组成部

分。

作为世界上最早的法系，埃及法系创造了众多的世界第一，如最早的法院、最早的立法者（美尼斯）、最早的法院记录等；稍后的美索不达米亚法系则以其商业的发达和“法典文化”而著称，为我们留下了大量的商业的记录，以及包括著名的《汉谟拉比法典》在内的镌刻在石柱上的法典；而发源于巴勒斯坦地区的希伯来法，由于其与犹太教的密不可分而对后世西方法律的精神产生了深远的影响。

之后介绍的是两个至今存在的亚洲国家的法系：中华法系和印度法系。对于前者，作者给予了高度评价，认为这一法系具有为世人所知最古老最稳定的法律原则与精神，这也是使其成为唯一存续时间得以超过4000年的法系，而相比之下，印度法系却历经变革与断裂，婆罗门教、佛教、印度教、伊斯兰教等宗教的混杂使南亚各国的法律都呈现出鲜明的阶段性，但由于其最终与英国法律相调和而得以延续至今。

（二）公元前产生的两个欧洲法系

从时间上看，同样产生于欧洲的海事法系、凯尔特法系和日耳曼法系在公元前也已经开始出现。

但严格地说，公元前产生于欧洲的法系只有希腊法系和罗马法系，而这两个法系无疑构成了其后西方法律文明的源头。

在作者看来，进入成熟期的希腊法系是首次以一个世俗的法律制度的面目出现的法系，即不再认为法源于神学，构成宗教的一个组成部分。而这样一种法律的世俗性来自于司法和宗教的分离，梭伦改革后，创立了陪审团审判的制度，从而使法进一步民主化。但也正是由于古希腊高度民主的司法制度使其与法律的职业化、技术化无缘，以至于至今“只能引起历史学家和语言学家的兴趣了”。

相比之下，古罗马人却拥有对法律秩序的激情与崇拜，在经历了共和国时期由“非专业性法庭”实施的司法之后，陪审团与辩护家不再是法律家的代表了。帝制时代登上历史舞台的是职业法官和法学家。从奥古斯都开始授予某些法学家以解释的特权，到哈德良皇帝赋予这些解答以法律效力，这些措施都极大地促进了法律原则的确定性、一致性和法律逻辑的发展，并使罗马法的发展明显不同于古希腊，形成了法律发展史上一种全新的法律类型。

（三）公元后产生的两个亚洲法系

按照法系起源的时间顺序，接下来应是公元前产生的凯尔特法系和日耳曼法系。但是鉴于这两个法系后来的演变史与欧洲法系联系十分紧密，作者将它们顺其自然地放在欧洲法中一并论述。转而先叙述产生于公元后的并现存至今的两个亚洲法系：日本法系与伊斯兰法系。

由于威格摩尔本人所具有的在日本讲学的学术背景，使其对日本法的介绍与评论也显得游刃有余，尤其是其对古代法律的研究程度之深是西方学者中不多见的。而对于近代之后日本法对外来法律的继受，作者则不以为然，认为这只不过是一种改造，几乎未能表明是一种新法系的创建。

对伊斯兰法系，威格摩尔也花了不少篇幅，对其民事和刑事司法制度进行了颇为详尽的介绍，其中包括对大量诉讼文书的研究。因为在作者看来，要想真正理解伊斯兰法系，仅从有关它的渊源与结构的叙述中去搜集资料显然是不够的，我们还必须具体了解这一法系的实际运作情况。

（四）中世纪欧洲的三个民族法系

作者接下来论述的各个法系均源起并发展于公元元年之后的欧洲。首先进入人们视野的是罗马帝国之外欧洲三个主要民族的法系，即凯尔特法系、

斯拉夫法系与日耳曼法系。

首先是存在于古代威尔士和爱尔兰的凯尔特法系，但其最终随着英格兰的征服而消灭。尽管这一古老的法系已经永远地逝去了，但威格摩尔仍花费了相当的篇幅对之进行描述，体现了真正的世界眼光。

关于斯拉夫法系，威格摩尔先后介绍了波西米亚、波兰、南斯拉夫与俄国四个分支的发展情形，其中对俄国的法律史的描述较为详尽。从12世纪的《亚罗斯拉夫法典》到15世纪《伊凡三世法令》再到17世纪《阿列克谢法典》直至19世纪的《尼古拉一世法典》，这条长链反映了俄罗斯法律是如何从原始落后走向封建独裁，再走向资本主义的历程。

对于日耳曼法的演进，威格摩尔将之分为口头习惯、成文习惯法、习惯法汇编与罗马法成为普通法四个阶段。由于日耳曼法长期以来的无文字状态，其法律的发展程度难以通过立法表现出来。因此，作者在这一部分不惜直接引用许多非法律的资料尽力将古代日耳曼人的日常法律生活尤其是其司法审判的场景真实的再现于读者的面前。在威格摩尔看来，维系日耳曼法存续的正是其民众“审判员”和世俗法官，随着其最终为具有罗马法和教会

法知识的博士所取代，纯粹的日耳曼法律制度也就寿终正寝了。

（五）中世纪欧洲三个民族外的法系

上述日耳曼法系在中世纪后期逐步在欧洲取得了统治地位，并不同程度上取代、吸收了被占领的如凯尔特、斯拉夫、罗马等地的旧制度。但日耳曼法自身的发展进程缓慢，缺少若干适应新时代发展需要的要素。大约是15世纪的时候，具有日耳曼法所没有的要素并且弥补了其不足的另外三种法系与日耳曼法同时平行得到发展。这三种法系就是海事法、教会法和复兴的查士丁尼法律。

海事法起源于腓尼基法与罗马时期的罗德海法，随着中世纪后期城市的兴起与商业的复兴，出现了阿玛斐法典等一批著名的海商法典。这一时期被称为海洋的普通法时期，至17世纪海商法进入了国家法时期，但自19世纪末开始，海商法又出现了复兴的趋势，其标志是1921年的海牙会议。

教会法从5世纪前后实力开始不断膨胀，经过格利高列七世的改革达到鼎盛，并一直持续到13世纪末，直到17世纪初前后逐渐衰落。尽管教会曾建立宗教裁判所，并烧死了布鲁诺和贞德，但其也很大程度上限制了决斗，并在欧洲首先规定了在法律

面前无论富人还是穷人都必须平等的原则。

查士丁尼法律在12世纪欧洲开始的复兴被视为中世纪以来法律史上最伟大的事件，因为它最终导致了当今世界两大法系之一的大陆法系的产生。当然，在罗马法复兴的初期，它是完全独立于任何民族之外的。大学里的法学家们最初是注释这些古代法律文献，之后又对之进行解释以将理论应用于解决实践中的法律问题。到15~16世纪，罗马法日渐成为欧洲大陆的普通法而被接受。但这一时期罗马法仍独立于民族之外，实践中地方习惯法的适用优先于罗马法。罗马法仍是第二位的法。这种情况持续到18世纪发生了转变。欧陆各国相继将各种法律渊源融合成通行全国的法律体系。这一目标首先在法国实现并最终扩展至欧洲各国，大陆法系也由此而形成。

（六）英美法系与法系的系谱比较

勾画英美法系的发展历程原本不在本书计划之内。但或许是由于作者的英美法背景，在他看来，在阐述了有关其他法系的内容之后，针对某些自然浮现在读者脑中的问题，有必要对英美法系的历史尤其是其独特性的形成做出解释。而在我看来，这样一种解释实际上是为最终提出本书的基本结论而

服务的。

1066年的威廉征服以及后继者实行中央集权的努力、英国人天生的法律禀性以及特殊的法律教育方式这些偶然却关键性的因素使英国在15世纪形成了一个独立的统一的普通法体系。在接下来的罗马法复兴浪潮中，由于强烈的爱国主义和统一的法律职业阶层的存在，尽管大陆法具有更高的科学性，却无法在英国取得实质性的胜利。但问题接踵而至，如果普通法确实缺乏科学性与系统性，那么即使它得以在英国保留，又何以像大陆法一样不断向外扩展形成世界性的法系呢？对于这一点，作者认为是17世纪后科克、培根、曼斯菲尔德直至布莱克斯通等本土法学家力图使英国法科学化、理论化的努力最终促成了美国对英国法的继受。

在对世界历史上16个法系进行了如此一番精彩的导游之后，作者在最后一章对全书进行了总结。如前所述，威格摩尔认为比较法研究应将视野超越法律本身，从法系之外的视角观察法系。因此比较法的研究不应局限于各法系的现状与优缺点的比较，还应根据各个法系产生的年代顺序和产生原因对各个法系的起源和演变进行比较，即法系源流的比较学。在作者看来，如果不对法系的演变进行整体、综合的研究，就不可能实现上述目标。因为任

何一项法律制度都是在具体种族或国家特殊的社会、政治背景下产生出来的。最后，作者对本书的法系比较研究进行了某些尝试性的概括，认为法系是一种拥有自主生命的有机体。尽管它与其所存在的种族群落、政治体系密切相联，但真正决定法系生存与消亡的因素既不是种族群落也不是政治体系，而取决于是否存在一个法律职业阶层。

【延伸阅读】

[德]茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2004年版。

[法]达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版。

陈灵海：《威格摩尔及其〈世界法系概览〉》，载《比较法研究》2003年第5期。

【精彩片段】

法系的系谱比较

作为本书作者，我深信世界上确实存在着大约16个法系。它们分别是：埃及法系、美索不达米亚

法系、希伯来法系、中华法系、印度法系、希腊法系、罗马法系、海事法系、日本法系、伊斯兰法系、凯尔特法系、德国法系、斯拉夫法系、教会法系、大陆法系和英美法系。

当然，每一个种族和社会都有其独特的习俗和法律。如同生物学家能够根据生物的重要特征，把脊椎动物和无脊椎动物、动物和人类区分开来，法学家也必须如此，必须能够把更为高级社会法律现象的表现形态同其他法律现象的表现形态区分开来，高级法律形态是法律规则合理发展、紧密结合、整体演进而自然形成的组织体。作为政治体系的一个组成部分，法系就是这样的组织体，并且是一个有生命的组织体，法系在自我成长的过程中也促使其组成部分——法律制度合理、协调地发展。这种过程与蹠行哺乳类脊椎动物的发展、进化过程非常类似，脊椎动物由于其大脑的认知活动方式整体发生社会变化，其身体的某些器官也因此而发生了变化。法系就是如此自然生成又自我发展起来供法律科学家研究的。

此外，抛开法系内部具体的法律制度的变化不谈，纵观法系自身的生死存亡过程，我们不难发现法系演变过程自身存在的一些问题。通常，法系自始就与一定的种族或社会群落及其政治生活密切相

关。但是，法系的整个演进历程却显示，有时法系消亡了，可是它赖以产生的种族、社会群落及其政治活动却继续存在；而有时法系赖以产生的种族、社会群落及其政治活动不复存在了，然而法系自身却得以幸存。所以，我们难免思考一些法系演变的独特问题，比如：

（1）法系究竟是一个种族、社会群落及其政治生活的原生必要组成部分，还是其偶然的副产品而已？

（2）暂且不管法系是原生必要组成部分还是偶然的副产品，法系究竟是因民族模仿而产生，还是因为民族固有的内在心理需求而产生？

（3）如果暂且不管法系是一个种族、社会群落及其政治生活的原生必要组成部分，那么，法系是普遍存在于所有有组织的人类群体，还是仅仅存在于某些种族或国家？

（4）如果法系仅仅存在于某些种族和国家，那么当这些种族灭绝、国家灭亡以后，该法系是否消失？如果不消失，它在何处生存？如何生存？进而，我们又如何解释法系演进的这种反常现象？

要对上述问题的种种可能性作出解释，我们必须对所有法系进行整体比较研究，而在对这些法系进行整体研究时，我们不妨考虑以下事实及相关的

尝试性概括。

在本书作者界定出的世界的16个法系中：

(a) 6个已经彻底消亡，它们是：埃及法系、美索不达米亚法系、希伯来法系、希腊法系、凯尔特法系和教会法系；(b) 5个经过融合得以存续，它们是：罗马法系、日耳曼法系、斯拉夫法系、海事法系和日本法系；(c) 3个基本上未经融合而生存了下来，它们是：中华法系、印度法系和伊斯兰法系；(d) 2个经历了大规模的融合更新和再造，几乎面目全非，它们是大陆法系和英美法系。

我们注意到，那6个消失的法系，它们相依存在的政府和国家消亡了，然而，它们所属的种族群落却并没有完全灭绝，比如埃及法系和希伯来就是这样。我们可否就此得出结论：“一个法系的消亡并不意味着它所隶属的种族消亡”？

我们同时注意到，那5个经融合而得以续存的法系中，有2个脱离了它们隶属的种族而独立存在（罗马法系和海事法系）。我们是否可以就此断定：“有些法系可以脱离它们所属的种族而独立生存”？

再者，那3个未经融合而生存下来的法系中，它们所属的种族也全部得以幸存，不过其中有2个法系（印度法系和伊斯兰法系）依存的政府灭亡

了。不知“即使和法系相依存的政治体系灭亡，法系也可能继续延续”这一结论是否正确。

最后，如果仔细观察那6个消亡的法系和上述3个未经融合而幸存的法系，我们不难看出，那6个消亡的法系中，其中有3个法系（埃及法系、美索不达米亚法系和凯尔特法系）的法律职业阶层也同时消亡；有2个法系（希伯来法系和教会法系）的法律职业阶层没有消失，它们的系统本身也未消失，但它们不再以法律的形式而存在。至于希腊法系，则从未出现过任何严格意义上的法律职业阶层。再看那3个未经融合而生存下来的法系（中华法系，印度法系和伊斯兰法系），虽经它们依存的政权屡经更迭，但其法律职业阶层却总能幸存。而那2个经历了巨大更新、再造的法系（大陆法系和英美法系），其法律职业阶层则是法系再造的主要贯彻落实者。

根据上述事实，我们作出如下总结（这种总结本身也是本书作者的大胆假设）：决定法系生死存亡的最重要因素是严格法律意义上的法律思想体系的产生和存续；而这种法律思想体系本身又是法律职业阶层存在的结果。这些法律职业阶层中的法律思想家和实践者们独立创造并延续了这种法律思想体系，同时法律职业阶层的这种活动也独立于政体

和人种之外，它不因政治体系的变迁而变迁，也不因人种混杂而改变。简而言之，法系的产生和存续取决于一个训练有素的法律职业阶层的存续和发展。

(第954~957页)

【名言佳句】

为了更好地理解现在，我们必须清楚地了解过去。

(前言)

我们似乎可以归纳出这样一个结论，任何一个超越特定国家或种族界限的永恒的法律体系，惟一能够使它保持生命力的方法，就是不断发展壮大一个受过良好培训的法律职业者阶层。

(第946页)

(于明)

注 释

[1] 陈灵海：《威格摩尔及其〈世界法系概览〉》，载《比较法研究》2003年第5期。

20 . 莫里斯：《法律发达史》

【推荐版本】

[美]莫里斯著：《法律发达史》，王学文译，商务印书馆1939年版。

[美]莫里斯著：《法律发达史》，王学文译，中国政法大学出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

莫里斯所著《法律发达史》（An Introduction to History of the Development of Law）一书于1909年在美国出版，民国时期由王学文翻译引进我国。该书是依据著者在乔治敦大学（Georgetown University）针对即将成为议员的人士所作的讲座的讲稿而成。

莫里斯（Martin Ferdinand Morris），美国联邦法院哥伦比亚区上诉法院法官。1834年12月出生于爱尔兰一个传统的天主教家庭，后移民美国。1854年毕业于美国乔治敦大学法学专业，其后进入一教会牧师培训机构，一度试图成为一名专

职的牧师。父亲去世以后，为照顾家庭开始从事律师工作，先后有30年之久，期间从1876年开始担任乔治敦大学法学教授直至逝世。1893年，由于其在有关联邦法院和地方法院设置的立法活动中的卓越表现，被当时的克利夫兰总统任命，经国会通过为美国哥伦比亚特区联邦上诉法院首任法官，直至1905年退休。

莫理斯一生从事法律实务工作，然而这并没有妨碍他在学术上的广泛发展，其研究范围涉及科学、文学、艺术各个方面，且毕生致力于法学教育事业，是美国乔治敦大学法学院的奠基人之一。主要代表著作有《宪政与公民自由发展史》

(Lectures on the History of the Development of Constitutional and Civil Liberty) 等，同时还有大量的专题论文和演说词。[\[1\]](#)

《法律发达史》于1939年由长沙商务印书馆第一次出版，2003年由姚秀兰点校，中国政法大学出版社再版。

在近现代西方文明的构建中，法律的文明是不可缺少的重要组成部分。因此要了解西方社会发展的历程，从了解其法律进化的过程入手，也不失为一个好的途径。莫理斯的《法律发达史》就是从寻找法律的源头开始，重点讲述了西方法律发展的主

要进程。尤其对罗马法系和英美法系的对立和竞合做了详细的探讨。这主要是因为，作者认为，在近代，美国法的发展是在追寻罗马法的发展的足迹。当然，在本书中莫理斯也提及了古代东方法的演化过程，其目的则是为了用史实告诉我们法律的起源、性质及与自然法的关系。

由于莫理斯作为天主教徒的特殊身份以及当时他所处的时代背景，他不可避免地在本书中表达出有些有失偏颇的观点。最明显的就是他把法律归结为是上帝创造的，认为“人类的‘创造者’是一切法律的源泉”。这显然是主观唯心主义的一种表现。但是同时，作者也清楚地讲述了宗教在西方法学发展史上的重要作用，使我们对教会法体系在西方法律发展过程中所占的地位有了一个客观的认识。

莫理斯的《法律发达史》一书的发表，对我国的法制建设和法学研究均具有较强的借鉴意义：首先，中国法制在近代化的过程中，即从清末修律开始，主要走的还是西化的道路。因此，莫理斯有关西方法律演化过程的论述以及推崇复兴罗马法的观点，其现实意义还是相当明显的。其次，通过阅读本书，我们还可以清晰的感受到英美国家法律工作者独特的思维方式和工作方法。作者对本书的论述

是通过比较的方法，客观地把西方法律发展的脉络显现在读者的面前。不同文化背景出身的人往往会对同一史实有不同的见解，我们需要了解当事国的人们对该国历史发展的独特见解，以做到客观、公允。

【内容精要】

本书名为《法律发达史》，顾名思义是叙述法律产生发展的历史过程。但是莫理斯对于这一历史过程并不是一味的进行讲述，而是将比较的方法运用于其中，通过比较更好地展现出法律发展的脉络。因此，本书不再单纯是一部关于法律史的，也可以说是一部法理学或比较法的著作。

莫理斯从不同的角度，用不同的方式来讲述法律发达史，目的在于表达他对于法律的看法。在本书的第一章，他就开门见山地指出了法律的起源、性质以及与自然法的关系。

法律是民族精神的体现。一国人民最优秀的思想可以从其制定的法律中看到，因为人民的日常生活最能在其风俗习惯中反映出来，而风俗习惯又构成了人民日常处理的法律。

自然法也即人类的“创造者”是一切法律的源

泉。自然法就是造物者命令人类生存在地球上的时候，同时赋予人类的原始法。后来，像创世纪里说的河流一样，从伊甸园里流出来，滋润着洪水以前的地球，并进而分为四大派：道德法、教会法、国内法和国际法，但是自然法仍为它们共同的起源。值得注意的是，莫理斯在此强调了自然法和人为法的关系，把自然法的重要性提到了很高的位置。其一，他把自然法和人为法看成是第一性和第二性的关系。自然法是客观存在的，人为法是对自然法的反映。认为从自然法或可称之为神法的里面产生了人类一切的权利和义务，视之为第一权利和第一义务；而人为法的功用仅能规定权利和义务，是第二权利和第二义务。其二，著者认为造物者所给予人类意志的自由是一切人类绝对权利的唯一来源。因此必须承认一切人为法不过是神法即自然法的补充。其三，著者还认为人为法唯一最大的目的在于使神法发生效力，担保人们去行使权利，要求人们去履行义务。由此得出的结论便是，一切实体法都是神法，一切公正的人为法，则不过是一种规则而已。因为上帝命令人们根据各种不同的环境从事组织社会，使基本的原则发生效力。

法律之存在是与人类同时代的，是一种客观存在的规律。我们根据遗传下来的记载总可以发现在

各时代及各种环境下的人生息于社会中，遵守着某种规律以调整其行为和处理其事务，而这些规律是多少具有固定性的，人们虽然往往对若干规定加以反对，但是却不能不承认其具有拘束的效力。

法律有着民族性的特点，它的内容随各地方制度的不同而有所不同。莫理斯指出，自然法是神的训诫，是关于人之权利义务的规定，存在于默示法中，即在人们心里的自然规律中，在阿利安文化的基本原则中。但是就算各个民族用一种方式表现出来，而且用一种方法企图使其实施，但其内容随各地方制度而有所不同。就“不可杀人”这个训诫来说，在世界各个国家的法典或道德法中都有此规定，而施行的方法也往往是死刑，但因各处地方制度的不同仍有差异。有的用绞的方法，有的则用刀斩的方法。其实，总结莫理斯在这一章中的观点就是，法律既有人类的共同性又有民族的差异性。

从本书的结构来看，莫理斯用了随后的九个章节的篇幅分别考察了古代东方国家，以色列、巴比伦、腓列基、埃及、印度、古希腊、罗马，人类法的早期发展形态以及中世纪西欧诸国的法律发展状况。而这些考察正是对本书第一章所提出的法律的起源、性质及与自然法的关系的论证。这种逐步演绎的方法也是本书的一个特色。

在对不同国家的法律发展状况的考察中，莫理斯又将其分为两个部分。第一部分，以考察人类法的早期发展形态为目的，基本上按照时间的顺序，对古代东方国家及古希腊和罗马的法律沿袭情况进行了说明。但是，也有例外，比如莫理斯将摩西法先于巴比伦法。众所周知，巴比伦是地球上人类生存和人类文化发达最早的地带，而一种开化的社会是不能没有相当的法律制度的。莫理斯把摩西法制放在考察对象的第一位，处于两方面的考虑。其一在于他对自然法的重视。他评价摩西法为“世界上第一部对于我们有重要性的国内法法典，并且是第一部具有成文体裁的自然法法典”（第16页）；认为在摩西法制中，十诫构成了所称谓的默示法，亦即自然法，而其余部分则是使这些基本的法律生效力罢了。其二在于摩西法对后世的影响。它的伟大原则就是我们今日法律的基础。第二部分，主要是以罗马民法的演变以及分别与条顿民族封建法、英美普通法的冲突与融合为主。在这一部分的考察中，可以明显的感受到莫理斯对于罗马法的推崇。他认为美国宪法中一切的优点都是得自罗马、雅典及犹太，美国的法律都是由它们递嬗而来。

莫理斯的考察，始终围绕着法律是具有共性的且是移植进化的，但同时要注意与本民族的实际相

结合这样的观点而展开的。莫理斯用了大量的篇幅比较了古代东方国家法律制度的异同及对后世的影响，就是为了说明他的这一见解。

莫理斯对于古希腊法和罗马法所作的考察篇幅显然是最多的。这是因为此两种法律制度在西方法律史中的显著地位，以及对于近现代西方法律所产生的重要的影响。

在对于古希腊法的讨论中，莫理斯首先就表明了古希腊法就是间接地从腓列基和埃及获得了它们法学上的要素，即使在后来强盛的雅典城邦和斯巴达城邦中也可明显的看到。其次莫理斯对于雅典的梭伦立法给予了很高的评价。他认为正是梭伦立法的精神对后世产生了极大的影响。例如，梭伦对于国民大会的设置，并赋予国民大会一切立法上、行政上及司法上的最后决定权，使雅典成为一个民主的国家。这种司法的民主制度为后世法律所继承。他在文中指出“在整部法律史中再也没有什么人能够比梭伦更伟大的了”

（第106页）。

接着，在对罗马法的论述中，同样也在继承和创新两方面作了考察。在继承方面，罗马对于“兵员民会”的规定就是对梭伦国民大会的继承发展；罗马著名的十二铜表法也是对希腊雅典梭伦立法的

吸收和借鉴。在创新方面，罗马法对于民法方面的规定，已达到了相当完美的程度，即使后来的法律也不能对它做实质上的修改。

总的来说，莫理斯对于古希腊法和罗马法的考察，主要集中在法律渊源的考察。古希腊法的渊源主要来自于：习惯法、国民大会的议案及元老院的决议；罗马法的法律渊源主要来自：习惯法、“兵员民会之决议”、“元老院之决议”、裁判官之告示及罗马法学家之注释。

最后，是对罗马法与普通法的冲突和融合状况进行考察，在这里，莫理斯除了证明法律是进化的而不是创造的之外，他还极力向我们证明罗马民法的优越性。他作为美国上诉法院的法官，对于美国的法律制度自然是极其推崇的。而同时，他也提出美国每年或每两年约有五十个立法团体从事制定法律的工作。除了弥补其缺点以外究竟有什么意义呢？这不过是因为普通法太简陋了，不能适应现代文化之需要，因此应该制定法律以弥补其缺陷。150年间在美国所制定一切良好的法律——并且也有许多简劣的法律——大都是从废除封建时代的规则和陋俗而恢复到罗马法的原则，有时甚至还回到罗马法的字句上面去。因此，从他认为衡平法即罗马法在美国法制中凌驾于普通法之上，以及美国宪

法的一切优点都来自于罗马法等诸多观点之中，我们不难看出他对罗马法的偏爱。这种偏爱恰恰反映了莫理斯的另一个重要的观点，那就是法律是自由的保障。他认为“真正的自由是法律……所谓自由就是法律所规定的自由”（第257页），而罗马法正是一种自由人民的产物，因此恰恰就是他所认为的是保障自由的优秀的法律。相反，日耳曼人的封建统治是专制的，没有自由的，也就是没有法律的。自由与武力不可两立。“在兵器响声中法律便无声了”。它剥夺了人们许多应有的权利，应该被自由、公正的罗马民法替代。因此，在封建的普通法和罗马法竞争中，罗马法始终是最终的胜利者。而在普通法与衡平法发生冲突的时候，莫理斯认为根据普通法，许多救济方法不能在普通法中找到，因此不能达到获得公平的目的。相反在罗马法中总能找到请求施行的救济的方法，因此就用衡平法这个名称来实施救济方法。同时莫理斯还提到“……可以看出‘衡平’这个名称和‘公平’系属同义……”（第230页）亦表达了作者对于公平之法律替代不公平之法律的强烈要求。莫理斯认为法律必须追求自由和公平，是人类人为法追求的共同价值目标，这也就是法律共同性的最好体现。

【延伸阅读】

何勤华、王立民主编：《法律史研究》（第一辑），中国方正出版社2004年版。

[美]孟罗·斯密著：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社2003年版。

【精彩片段】

法律的起源和性质与自然法

法律史是我们民族的历史和民族之经验的具体表现，又为民族之智慧及其对于智慧之需要的最正确的纪念品。

在这个地球上我们可以完全断定，任何人类社会的组织，任何简陋的部落或民族，任何野蛮的人群，多少都没有不受到某种公认之法则的约束。不论我们是否承认那流行的——但是毫无根据而且无理性的进化学说，以为文化是从未开化递演出来，以为开化是从野蛮蜕进出来，而这野蛮人的生活又是从一种上古的人猿进化出来的。或者不论我们是否采纳较合理而为一切历史趋势所拥护的学说，以为未开化与野蛮的状态不过是原始文化的过程。我

们根据遗传下来的记载总可以发现在各时代及各种环境下的人都生息于社会中，遵守着某种规律以调整其行为和处理其事务，而这些规律是多少具有固定性的，人们虽然往往对若干规定加以反对，但是却不能不承认其具有拘束的效力。

对于来自外界而且具有拘束效力的法律之存在的承认是人类固有的天性，而且是人类的一种需要。这就是等于说人类社会之存在是靠着上层权力所规定的法律。从我们现在的立场来看，最终的存在是个人之存在，并且一切真正的哲学都承认社会是为个人而存在，并非个人为社会而生存的。但是个人企图在社会中生存也是真正的，因此他在许多事情中必须使他一直受着社会的支配。社会如无法律既不能存在，则据必然的推断，法律之存在是与人类同时代的。因此人类的“创造者”就是一切法律的源泉。不但神法如此，就是一切公正的人为法亦是如此。一切人为法的认许是从“创造者”得到的，所以若不提到“创造者”，则人为法的存在就无所根据。因为没有“创造者”的认许和他对于人类社会的安置，人人权利既然平等，而且仅在其良心的判断中对其行为负其责任，这就是说仅在“创造者”的裁判下负担责任，那么人类便没有为其同辈或其后世指定法律的权力了。

罗马法与普通法的关系

罗马民法与条顿民族之普通法间的竞争

在条顿族的封建主义及罗马人的文明间的竞争——在野蛮人之简陋风俗和罗马法学间的竞争，在少数之专制军阀和追求自由而奋斗的人民间的竞争，于欧洲大陆上继续了一千四百多年。这个同一的竞争也横行于欧洲，从维斯杜拉（Vistula）到加的斯（Cadiz）之间，到处都遇到相同的变迁和得到相同的最后的结果。在欧洲历史中“自由”和“罗马法”是同一意义的，正如“封建主义”与“专制”的意义相同一样。在封建的诸侯方面都是无知无学的，当时所有的教育都属于人民和拥护人民之教会的一方面。封建阶级除了查理曼以外从未产生过一个学者或政治家。其实查理曼似乎是属于高卢或为高卢与罗马的混合种。至于封建制度能够得到威廉布拉克斯同和他同流人物这样的夸奖倒不足为奇，因为当时封建主义的精神在英国是很流行的。在今日我们却能够更多地体会到这个制度的特质和其所生的结果以及封建主义和罗马文化间之竞争的性质。

罗马法与美国法

在法律历史上还有一种发展应予以注意。这种发展美国的自由实依赖于之，在某几方面说，更是一种最大的进步。这就是政权的三分性，以及关于司法独立的创设。……关于此学说之发源也许不难回溯到罗马共和国时代。因为当时由兵员民会

(Comitia Centuriata) 及元老院 (Senate) 制定法律，而由执政官 (Consuls) 实施之。至裁判官 (Praetors) 则对在人民日常往来事件中执行法律。我们也许更可进一步的追溯到——雅典的共和国，即由昔时最伟大的政府机关，阿利俄巴格高等法院 (High Court of the Areopagus) 来审理司法事件。我们姑且不论其始源于何时，但这仍是美国制度之创始者的光荣。因为它是第一个采用这个原则为政治的准则，而且又是第一个实行而获有实际效果的国家。美国人真是伟大的发明者。他们最伟大的发明仍以司法独立为最。认为司法与政权之其他两种，即立法及行政是平等的。司法独立是人民自由之最好的保障，对于今日法学上具有最大的贡献。这是使其他三大著名共和国，罗马、雅典以及犹太在法学上所有的最大努力于美国国内达到圆满成熟的境界。

美国宪法中一切的优点都是得自罗马、雅典及犹太，美国的法律都是由它们递嬗而来。至于美国人民的祖宗——日耳曼族的野蛮人对于美国却没有贡献。就是关于自由的精神也不是从它们那里得来的，因为关于这种精神它们是常被人们所误视的。他们的自由就是没有法律。这是游牧民族即野蛮的印第安人以及阿剌伯人的自由。真正的自由是法律。换句话说，所谓自由就是法律所规定的自由。野蛮人本要保持他们的无法律，并用封建制度来控制文化。但是基督教和罗马法却把野蛮民族后裔的美国人挽救了，使他们获到了他们的祖宗在法律发达的不稳定时期中所失掉了的自由和幸福。

最后，读者们要注意的，就是从极早时候便有一种不断的法律潮流流传，直到今日。法学最初发达于幼发拉底和尼罗河畔以及推罗和西顿的沿岸，即在较远之印度沿岸中的阿利安族同胞或且亦有好些贡献。在犹太、雅典以及罗马三大共和国的法典里更获得最高度的发展。美国的制度都是从它们那里得来的。在法律方面我们得自罗马的尤多。在罗马及雅典之立法事业的活动，现在正在美国重演着。如果我们能够利用这些国家的经验，我们就花些时间去研究法律发达的历史，并不算是白费的。

(第254~258页)

【名言佳句】

自然法这个名词照我们已知的解释，就是造物者当他命令人类生存在地球上的时候，同时赋予人类的原始法。后来，像创世纪里说的河流一样，从伊甸园里流出来滋润着洪水以前的地球，并进而分为四大派：道德法、教会法、国内法和国际法。

(第12页)

但是我们在哪里找到这种自然法呢？我可以毫无迟疑地答复是在默示法（Law of Revelation）中，即在人们心里的自然规律中，在阿利安文化的基本原则中。

(第15页)

最优美的制度不是创造的而是进化的。

(第85页)

在欧洲历史中“自由”和“罗马法”是同一意义的，正如“封建主义”与“专制”的意义相同一样。

(第200页)

真正的自由是法律。换句话说，所谓自由就是

法律所规定的自由。

(第257页)

(顾旻娜)

注 释

[\[1\]](#) 胡骏、刘君：《莫理斯〈法律发达史〉述评》，载何勤华、王立民主编：《法律史研究》（第一辑），中国方正出版社2004年版。

21 . 韦伯：《论经济与社会中的法律》

【推荐版本】

[德] 马克斯·韦伯著：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

马克斯·韦伯（Max Weber，1864～1920）是德国著名古典管理理论学家、经济学家和社会学家，19世纪末20世纪初西方社会科学界最有影响的理论大师之一，被尊称为“组织理论之父”。韦伯的家族有着从事法学职业的传统，韦伯的父亲就是一位训练有素的法学家，韦伯曾先后于海德堡大学、柏林大学、哥廷根大学攻读法学，并于1889年以《中世纪商贸公司史——根据南欧的材料》为题的论文获得法学博士学位，同年注册为开业律师；其后他发表了《罗马农业史对公法和私法的意义》的论文，并通过答辩成为柏林大学的法学讲

师；1894年韦伯做出了对他学术生涯至关重要的决定，即到当时地位很低的地方性大学——弗里堡大学里任经济学教授，而此时他正在著名的柏林大学教授商法与法律史课程；之后韦伯又在海德堡大学任过经济学教授；但是韦伯所受的法律教育必然影响着他以后的工作。

虽然现在韦伯与马克思、恩格斯一起被称为是对世界历史产生巨大影响的三个德国人，与迪尔凯姆、齐美尔一起被公认为是社会学的三大奠基人，但是韦伯生前的命运却远比大家想象中的要“悲惨”。1919年，在韦伯认为自己是一位社会学家时，得到了慕尼黑大学的受聘通知，他非常希望自己被慕尼黑大学任命为“社会学”教授，但恰恰是这一愿望没有得到满足，相反的是，慕尼黑大学甚至在任命书中做出明确规定，韦伯在大学不得讲授社会学的课程，韦伯没有办法只能接受这一条件。但是，讲课的名称其实并不重要，他在课上讲的内容还是与社会学密切相关的。二次大战结束后不久，德国大学的重建工作就开始了。社会学也得以重新讲授，但很少有人在课堂上讲授德国社会学家的学说。不用提韦伯，就是几位当时比他更有影响的人，如滕尼斯（Ferdinand Toennies）、桑巴特、齐美尔的学说也没有人感兴趣。大学里热衷讲

授的是刚从美国传过来的“时髦的”“结构功能主义”。1950年至1965年间，德国社会学界被“结构功能学派”统治着，当时，不少学习社会学的学生，自费到美国去留学，然后再回到德国讲授美国的社会学。这与19世纪末和20世纪初的情形恰恰相反。

韦伯生前很少为人们所知，他逝世前一年（1919年），应慕尼黑大学学生会的邀请发表了两次演讲，后在此基础上出版了《作为职业的学术》和《作为职业的政治》两本小册子，再加上1905年发表的《新教伦理与资本主义精神》，差不多就是韦伯生前还为人们略有所知的仅有文献。韦伯死后，其遗孀玛丽安娜相继编辑出版了《政治论文集》（1921年）、《学术理论论文集》（1922年）、《社会史与经济史论文集》（1924年）、《社会学和社会政策论文集》（1924年），其中最重要的应是被称为韦伯杰作的《经济与社会》（1922年）。然而这本书在出版初期产生的反响也非常有限。韦伯的影响首先是在英语世界国家形成的，尤其是从帕森斯对韦伯的《新教伦理与资本主义精神》的翻译开始的，之后，研究韦伯的热潮在英语世界国家掀起并使得韦伯在德国被“重新发现和重视”。

韦伯的法学思想或者更确切地说，他的法律社会学思想集中反映在他晚年未能完成的《经济与社会》一书中，尤其是该书的第七章，即“法律经济学”一章。《论经济与社会中的法律》一书即是根据韦伯夫人编辑出版的《经济与社会》的德文第2版，以其中第2篇第7章“法律社会学”为核心组织起来的。^[1]该书首先由美国芝加哥大学的社会学教授埃德华·希尔顿（Edward Shils）和有着德国学术背景的比较法教授马克斯·莱因斯坦（Max Rheinstein）合作翻译编辑完成的，之后便在英语世界里广泛流传开来，张乃根译的中文版也是根据这个英文版本翻译而成的。莱因斯坦对《论经济与社会中的法律》一书作了详细的注释，并且就韦伯法律社会学的来龙去脉以及主要内容写了一篇非常有见地的、精彩庞博的导论，对阅读本书以及了解韦伯的法律社会学思想非常有帮助。

【内容精要】

“社会学”一词在欧洲与美国的意义是有所不同的。在美国，社会学通常是指研究现代西方社会中各种非正式社会团体及其社会关系的一个学科分支（相对于政治共同体、经济现象等政治学家、经

济学家研究的对象而言的)，主要的是诸如家庭、帮派、行业等非正式团体，或者是种族关系、都市化、乡村生活等。而在欧洲，“社会学”包含的内容远不止于此，它还研究一般的社会关系，甚至等同于一般意义上的社会科学。但是欧洲社会学家并不重复政治学家、经济学家、法学家、音乐学家等的工作，社会学家是以他们的研究结果为起点，企图找出构成特殊科学主题的各种社会活动共有的东西，以及这类共性因素如何在西方社会或其他的文明社会、古代或现代的社会、发达或原始的社会中相互作用。欧洲社会学尝试运用自然科学的精确观察法来研究复杂的社会现象，同时又不仅仅观察行为的外在形式，而是注意这些行为的社会意义，从而又有别于自然科学。

韦伯继承并开拓了欧洲社会学的这一传统，他始终强调，考虑人类行为的意义是社会学家的特殊任务。他曾经计划出版一套巨作，将之命名为《社会经济学纲要》（《经济与社会》只是其中的一部分），旨在汇编20世纪20年代末和30年代初德国学者的所有社会学研究成果，并且以社会的经济方面为基础。他试图通过重新对经济发展进行严格的历史研究，来回答其前辈的代表人物之一——卡尔·马克思提出的挑战，即经济，或称物质是决定所有

思维创造物的历史基础。韦伯断言：为了找出现代资本主义产生的特殊原因，最好是将典型的西方世界与其他文明作些比较，尤其是比较与西方文明截然不同的东方文明。现代西方社会区别于其他文明的特征是什么？在其写作最后未完成的著作《经济与社会》时，韦伯找到了这个答案。韦伯认为：人类的社会生活不是由单一的经济因素决定的，而是处于宗教、文化、政治、法律和经济等多种因素的交互影响之中。他承认经济因素在法律发展过程中起到了关键作用，但他否认法律是经济力量的直接产物。他认为，法律构成一种自治的社会实在，它与其他社会实在——包括经济、政治、宗教、文化等——是相互作用、互为因果的，很难说哪一种因素具有决定性的作用。作为《经济社会学纲要》的核心部分，《经济与社会》企图揭示各种重要社会现象及其相互关系。他的“法律经济学”一章具体论述了法律与经济的关系的主要观点，尤其是理性化的法律在近代资本主义发展进程中的作用，这也就是《论经济与社会中的法律》的主要内容。

要理解韦伯的思想，我们首先要注意理解韦伯的“术语学”：由于韦伯持“历史多元论”的立场，所以他认为，应当对资本主义社会进行整体分析，而要进行整体分析就必须首先对各组成部分进

行清晰地界定，因此，韦伯感到有必要创造一整套概念体系，这就是韦伯的“术语学”，即提出一套“纯粹”的概念，他自己又称之为“理想”类型 [2]，或称为纯粹类型（pure types）。理想类型，是人为主观的构想，是一种现实中不会存在的、绝对的、仅限于观察、描述和解释的概念，类似于几何学的纯粹结构。我们在读韦伯的作品时一定要理解他的“术语学”，只有这样才能更准确地把握、深刻地理解韦伯的思想。

在韦伯的法律社会学中，法律思想的问题是其研究的中心问题。他认为在西方社会发展出了一种东方社会没有的，韦伯称之为逻辑形式主义的东西。在《论经济与社会中的法律》一书的第四章“法律思想的范畴”中，韦伯指出，制定法律和适用法律这两种活动都有可能是不合理的或合理的，并且相应地存在形式的和实质的标准，从而归纳出了四种类型，即“形式的不合理”、“实质的不合理”、“形式的合理”、“实质的合理”。

[3]而形式合理又包括两种，一种是外在的具体的形式，一种是内在的逻辑抽象，所谓的逻辑形式主义即是后者，韦伯指出，“只有采用逻辑解释的抽象方法才有可能完成特别的制度化任务”（原书第62页），现代资本主义的法学就是逐渐走向合理

化、制度化的法律，即形式合理性法。而西方的这种特殊的法律思想——形式合理性——的出现有助于资本主义的兴起，反之亦然。韦伯在后面的各章中，在论述法的形式合理化的过程中，也一直在论证自己的这个观点。可见在韦伯的观点中，现代资本主义是以特殊思维状态为特征的，他的一般社会行为和特殊经济行为范畴也是指不同的主观态度，具体可以分为四种类型：传统性的、情感性的、价值性的和目的理性的。现代资本主义就是典型的目 的理性类型，即一切都以盈利为目的，并通过理性选择的方法达到这一目的。与经济行为的理性化相一致的是法律的理性化，后者主要体现为法律 的制度 化、法律思想的形式合理性。

关于西方法律的形式合理性过程的论述主要集中在第四章至第十一章，在这部分，韦伯除了论述经济的需要对法律形式的影响之外，还提到了法律职业及其训练方式、政治机构的形式、统治权与世袭君权、宗教等方面对法律形式的影响，在第十一章中韦伯总结了这一过程，即从理论的角度看，法律与程序的发展大体经过这几个阶段：首先是通过“法律先知”阐述的神授法；然后是由法律荣誉者依据经验创设或发现的法律，即通过决疑论的法理学和遵循先例而形成的法律；第三是宗教权力设

置的法律；第四，也是最后，是由受过法律训练的职业法律工作者从事的司法活动和系统阐述的法律。从这一点看，法律的形式性是这样出现的：在原始的法律程序中，带有神学色彩的形式主义和阐述的非理性条件相结合，然后，逐渐地形成特殊的法律与形式逻辑上的合理性和系统性。在经过宗教和世袭君主的历史阶段之后，最后，从外部观察，逐渐在逻辑上提炼和推演，在法律程序中形成了合理的技术。

同时，韦伯还观察到了现代法律发展过程中出现的反形式趋势。如“自由心证”制度、司法过程中探求当事人的内心真实意图、诚实信用等。这种反形式主义的趋势从根本上而言，乃是法律的形式正义与实质正义之间永远无法摆脱的一种紧张的反映；然而在韦伯的观点中，他似乎比较悲观，认为这是西方文明理性化、现代化的整体性的宿命，“理性化导致了非理性”的宿命。

韦伯在谈到经济制度与法律制度的相互影响时指出：一方面，经济影响法律的制度化，经济行为的合理化一方面需要建立在市场经济或契约自由的基础上（契约自由及市场都在第六章“权利创设的形式”中详细论述），其还需要通过法律机制来解决日益复杂的利益冲突（第五章“法律规范的出现

和创设”就详细论述了合理性法律创设和修改的条件；其他章节也都涉及法律形式主义化的过程）；另一方面，法律制度也影响着经济制度，尤其是私法，资本主义需要一种可预见的法律，逻辑形式合理下的法律可将保障达到很高的水准。

但是在韦伯看来，经济与法律之间的这种关联并不能说明它们之间有任何的决定关系，法律只是一种与经济密切相关但却并不为经济所决定的相对自治的社会系统。也正因为如此，理性的、形式化的法律虽然为资本主义经济所必需，但它并不是这种经济形式的产物。这可以从欧洲大陆法与英国法之间仍然存在的巨大差异中得到证明：“大陆与英国在资本主义发展方面的本质一致性不能消除两者在法律制度上的巨大差异。也没有任何迹象表明在资本主义经济的刺激下，英国的法律制度会与大陆法趋同。相反，两者还会继续竞争，如在加拿大，普通法已经领先，并迅速地取代了大陆法。因此，我们可以得出结论：在促进法律的理性化的过程中，尤其是自中世纪的大学开始学习罗马法后，西方特有的理性化过程中，资本主义并不是决定性的因素。”

（原书第315页）

书的最后，即第十二章到第十四章，展示的是

韦伯的统治社会学、官僚组织结构的理论。这对后世的影响非常深远。韦伯指出，任何需要维持的统治，都会求助于论证自己的统治的合法性原则，现代西方社会的统治是因其合理性而合法有效的统治，是法律的统治，人们服从的是由法律创设的非人格化的秩序及其主权者，而不是服从于个人权威或者传统。就法律的统治而言，韦伯认为最纯粹的表现形式是由官僚行政职员实施的统治。因为这是效率最高的行政，其优越性的决定性原因是在于它的纯粹的技术优势。而这种行政就最适合谋求效率最大化的现代资本主义经济，“庞大的现代资本主义企业本身就是无可比拟的彻底官僚化的组织”。（原书第352页）

【延伸阅读】

[德] 马克斯·韦伯著：《新教伦理与资本主义精神》，彭强、黄晓京译，陕西师范大学出版社2002年版。

[德] 马克斯·韦伯著：《韦伯作品集》（共5册）（包括《学术与政治》、《经济与历史、支配的类型》、《支配社会学》、《经济行动与社会团体》、《中国的宗教、宗教与世界》），广西师范

大学出版社2004年版。

[德] 马克斯·韦伯著：《世界经济通史》，姚曾廛译，上海译文出版社1981年版。

[德] 马克斯·韦伯著：《经济与社会》，林容远译，商务印书馆1997年版。

[德] 马丽安妮·韦伯著：《马克斯·韦伯传》，江苏人民出版社2002年版。

【精彩片段】

在经济生活中法律强制力的意义

从纯理论的角度看，国家的法律保障对于任何基本的经济现象并不是必不可少的。比如，血缘团体的相互支持可以提供对财产的保护。宗教团体的革除教籍的威胁有时比政治实体更有效地保护着信贷者的权利……

在“概念上”，“国家”也不是经济活动所必不可少的。但是，没有“国家的”法律秩序，经济制度，尤其是现代经济制度是不可能存在的。如今，没有什么经济生活可以离开契约而进行。习惯、惯例至今仍影响着契约义务的私人利益和通过对财产的互相保护而实现的共同利益。但是，这些

影响随传统的崩溃而减弱。而且，阶级利益越来越不一致。现代商业交往的节奏需要法律制度，即具有强大拘束力保障的制度，具有可确定和可预见作用。最后，现代经济生活已经扫除了那些曾是法律和法律保障的绊脚石的组织。这是市场发展的必然结果。市场团体的支配地位要求法律制度具有根据合理规则可预计的作用。另一方面，市场团体的持续发展有利于垄断和一切“合法”强制力的规则。这种强制力是由一个普遍性的强制性机构实施。这样，就克服了个别解决的弊端。这一切主要地离不开经济上的垄断。

(第35页)

法律思想的理想类型

立法和司法都有可能是合理的，或不合理的。如果立法或司法无法理智地加以控制（比如，依据神谕之类），它们就是“形式的不合理”。另一方面，如果立法和司法的具体决定是在伦理、感情和政治因素影响下，而不是根据一般规则作出的，它们就是“实体的不合理”。“合理的”立法和司法既可能是形式的，也可能是实体的。所有正式的法律至少在形式上是相对合理的。但是，在实体和程

序意义上，法律的“正式性”必须考虑到具体案件中事实所具有的一般性。这种形式主义有两种不同类型。与法律有关的可能是有形的，即可以感觉到的，这与事实的外部性有关，比如，一定的词语、签字或实施某些有特定意义的行为，等等。另一种类型是通过逻辑分析来披露各种事实的法律意义，从而形成和适用高度抽象的法律概念。这一“逻辑合理”过程削弱了外部要素的意义，并缓冲了具体的形式主义的僵硬性，但是，与“实体合理性”的对立突出了，因为实体合理性意味着法律问题是在规范的影响下解决的，而不是通过将抽象的意义解释加以逻辑上的一般化来解决。实体合理化所依据的规范包括道德命令、功利的和其他实用的规则以及政治信条。所有这些都不同于外部性的形式主义及其所利用的逻辑抽象。然而，特别职业性的法律抽象研究在现代意义上只有在法律是正式的情况下才是可能的。现在流行着一种根据“感觉—数据”作出的，绝对形式主义的分类，它本身在决疑论方面是很彻底的。只有采用逻辑解释的抽象方法才有可能完成特别的制度化任务，既通过逻辑手段来进行汇集和合理化，使得具有法律效率的一些规则成为内在一致的抽象法律命题。

现在，我们需要研究，在法律形成中发生作用

的各种因素是如何影响其形式的发展。如今的法律科学，至少是那些在方法论和逻辑合理性方面已极其完善，即通过学说汇纂派的民法科学产生的法律科学可归纳为以下五个方面：第一，任何具体的法律决定都是将抽象的法律命题适用于具体的“事实情势”；第二，在每一个案件中都必须能够通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题中推演出具体的裁决；第三，法律必须是“完美无缺”的法律命题体系，或者被当作是完美无缺的制度；第四，不能以合理的术语，从法律上构建的问题，也没有法律意义；最后，人们的每一种社会行为都是对法律命题的“适用”或“执行”，或者是“侵权”。不过，我们现在并不细究这些问题，而想研究对于法律的功能而言十分重要的一般形式。

（第61~63页）

现代法律发展的反形式主义趋势

经济条件到处都起着重要的作用，但它不是孤立地起作用。在一定范围里，经济条件对现代西方法律的特点形成起到了作用，但是，这种作用的方向大致如此：对于那些对商品市场感兴趣的人们而言，法律的一般理性化和系统化以及在法律程序中

具体的可预见性是经济活动存在，尤其是资本主义活动的最重要条件。没有法律的保障，这一切是不可想象的。特殊的交易形式和特殊程序，如同交换票据以及迅速积累的特殊程序，满足了在法律实施保障下的纯形式的确定性。

另一方面，在现代罗马和在某种程度上的古代罗马，法律制度中已包含了削弱形式主义的趋势。从表面上看，由“证据的自由评价”代替形式上有拘束力的证据法，仅仅是技术原因。我们已经看到，原始的，具有神的拘束力的举证法，如何被宗教的或君主的理性主义所打破。这两种理性主义都形成了披露真理的程序。因此，新的制度显然是实体理性化的产物。……在商品交换的领域之外，法律的理性化作为一个重要因素也代替了原先根据外部标准的评价态度。在刑法领域，法律理性化从带有伦理性或功利性的理性“惩罚目的”出发，替代原先的纯粹机械性的报复性补救，并不断地将非形式要素引入法律实践。在私法领域，对当事人的主观态度的分析也越来越被法官所采纳。“诚信和公平交易”或商业的“善良”惯例，或者换言之，道德范畴已经成为衡量当事人“主观意图”的标准。

……法律形式主义因这些要求而受到挑战。诸如经济胁迫的概念，或不道德的企图，以及由于许

诺与约因的严重不平衡而无效的契约，统统都来源于那些含糊不清的规范。从法律角度看，这些规范既不是法律的，也不是惯例或传统的，而是伦理的。这些规范是以实质性的正义，而不是形式的合法性为基础。

(第307~309页)

【名言佳句】

只有采用逻辑解释的抽象方法才有可能完成特别的制度化任务，即通过逻辑手段来进行汇集和合理化，使得具有法律效力的一些规则成为内在一致的抽象法律命题。

(第62页)

市场经济的发展所不可缺少的条件之一是拘束力机制的可预见性。它是市场经济的技术性前提。

(第69页)

在促进法律的理性化的过程中，尤其是自中世纪的大学开始学习罗马法后，西方特有的理性化过程中，资本主义并不是决定性的因素。

(第315页)

对于现代官僚而言，“规则的可预见性”具有至关重要的意义。

（第352页）

（余金鸽）

注 释

[1] 《论经济与社会中的法律》一书大部分是《经济与社会》中的“法律社会学”部分，而小部分是由与法律社会学密切相关的其他章节组成的，比如统治社会学部分就是选自了《经济与社会》中的其他篇章。

[2] 这里一定要注意，理想类型并不是通常意义上的人们应该追求实现的范式，而是纯粹类型。

[3] 这四种类型的具体分析可以参见下面的精彩片段部分。

22 . 庞德：《法理学》（第一卷）

【推荐版本】

[美] 罗斯科·庞德著：《法理学》（第一卷），邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

罗斯科·庞德（Roscoe Pound，1870～1964）是20世纪美国最负盛名的社会法学大师和法学教育家，其一生著作颇丰，其中绝大部分作品都致力于其庞大的社会学法理学体系的建构。五卷本的《法理学》（Jurisprudence）是1959年美国法学界为庆祝其90岁寿辰而结集出版的，是其先前著作的集萃，也是社会学法理学的集大成之作。

1870年10月27日，庞德诞生在内布拉斯加州林肯城。庞德早年攻读植物学，但由于受到他父亲的职业影响，他的志趣转向了法律。1889年在哈佛法学院学习一年后，庞德回到了内布拉斯加州，取得了律师资格并开业做律师。

1901年，他被任命为州最高法院的专员，在

那里深入了解了司法机关的工作。此后，相继在内布拉斯加州、西北大学、芝加哥大学、哈佛大学法律系执教。1916年，庞德被任命为哈佛大学法学院院长，此后二十年被誉为哈佛法学院的黄金时代，为此人们尊称其为“院长的院长”。1936年9月，庞德因年事已高辞职，但仍任该院名誉院长。1946年，庞德接受国民党政府的邀请，任中国司法部法律顾问。[\[1\]](#)

庞德创建社会学法理学的智性努力，大体上可以通过他撰写的下列著作而得到反映。庞德在其于1911~1912年所撰写的“社会学法理学的范围与目的”一文中概括了其社会学法理学的纲领，并依据这一纲领而在其于1923年发表的《法律史解释》一书中对19世纪历史法学派中的各种法律史解释进行了详尽的批判，又在其于1942年发表的《通过法律的社会控制》一书中进一步阐释了社会工程说。最后，庞德在《法理学》即本书中对上述观点做了系统的阐释，其间当然包括若干修正与补充。

正如作者在序言中所述，“本书的勾画与撰写始于1911年”，其后由于受到作者本人职务及时局变动的影 响，直到1958年才得以“完成最后两章的写作”，历时长达47年。

本书出版后，庞德及其社会学法学派在美国乃至当时世界范围内都进入了其鼎盛时期，并一度成为“美国法庭上的官方学说”。尽管庞德去世后其统治地位很快被其他新兴的法学流派所取代，以至于遭受了“不应有的冷遇”，但《法理学》一书的影响并没有因此而减弱，因为“本书的真正贡献并不在于它引发了一些可立即套用的理论，而在于因为它而引起的理论争论与学术进展”。实际上，此后美国不断涌现的法学新流派，如“现实主义法学”、“实验主义法学”、“经济分析法学”等无不从中汲取营养和得到启发。

【内容精要】

本书定名“法理学”，但是作者显然不满足于传统的法理学著作那种“按教义的方式和抽象的命题”进行创作的方式。相反，作者另辟蹊径，采取了一种“历史叙事”与“专题叙事”相结合的写作思路，令人耳目一新。从本书后四卷的英文目录来看，全书的结构首先是对“整体的法律所实际经历的历史发展、学说发展或立法发展的阐释”，主要集中在第一卷即全书的前八章内，此后则是“通过对法律专门领域的阐释”呈现给读者的。后四卷目

前尚无中译本，因此本文的评介也只限于《法理学》的第一卷。

从结构上看，《法理学》第一卷分为“法理学”与“法律的目的”两个部分。尽管全书大部分内容是对历史的叙述，但其目的乃是从历史的角度对其“社会学法理学”产生的必然性进行理论论证。前一部分旨在从对法理学的历史脉络的梳理中探寻社会学法理学得以建构的内在理路，后一部分则从法律实际发展及关于法律目的的思想演变的角度对之进行论证。

第一部分“法理学”首先提出了本书一个根本性的问题：何谓法理学？庞德指出了英语中law这个术语一般意指三种含义并认为可以将上述三种观点（即法律秩序，权威性审判依据及预测审判结果的根据，以及司法和行政过程）综而合一并称之为“社会控制”或社会工程。而且认为“社会控制”这个词是在较为宽泛的意义上使用的。其意指经由每个人的同伴的压力而对每个人施以的控制，并不论它是有意和直接安排的还是无意安排的，认为正是这种压力确立并维持了我们对人性的支配。此后，庞德在社会学法理学中进一步阐发认为，法律乃是“法律秩序”意义上的法律，即法律乃是一种知识和经验的组合体，而社会工程的部分活动就

是在这种法律的支持下展开的；法律不只是一种拥有一系列有关行为和审判的规则、原则、概念和标准的规则体，而且也是一种拥有使行为规则和审判规则得以适用、发展和变得有效的法律学说、职业思想模式和职业裁决技术的社会工程。

在对法律的概念给出了一个全新的答案之后，庞德开始了法理学历史的叙述，即本书的第二章，其内容是对19世纪之前的法理学的发展进行回顾与总结，使读者对西方法理学从希腊哲学到罗马法，再到中世纪经院哲学直到最后18世纪自然法学的发展历史有了宏观地把握。接下来的第三章至第六章庞德以其超出常人的历史把握能力对19世纪至20世纪由三大法学派最终统合为社会学法理学的这一法理学的宏大变迁进行了有条不紊的叙述，使此前看来纷繁复杂的各个法学流派“纵横捭阖”的历史以一幅极为清晰的图景展现在读者的面前。

在理论进路上，庞德的讨论由下述五个方面的问答构成。第一，关于法律的三种要素（律令、技术和理想），分析法学派只考虑法律律令要素，历史法学派是在整个社会控制意义上使用“法律”这个术语，哲理法学派者则直接关注上述三种要素中的理想要素。第二，关于法律是如何产生的这个问题，分析法学派把法律视做是立法者刻意创制而成

的，历史法学派出于对17~18世纪唯理主义的某种反动而把法律视做某种被发现的东西，哲理法学派虽然赞同法律是被发现的，但却认为原则一旦被发现法典是可以被创制的。第三，就法律的权威性渊源而言，分析法学派主要看到的是法律律令背后的强制力和约束力，历史法学派主要强调的是法律律令背后的社会力量，哲理法学派关注法律律令的伦理和道德基础。第四，关于何种形式的法律律令被视做为法律的类型，分析法学派认为典型的法律只能是制定法，历史法学派则认为法律的类型是习惯，而哲理法学派并不必然的偏好任何特定的法律形式。最后，关于各个法学派的哲学观点，分析法学派乃是以边沁和奥斯丁为代表的功利主义，历史法学派则是黑格尔式的历史哲学，而哲理法学家持有极其不同的哲学观点，其典型类型乃是康德、黑格尔和Krauseans的哲学。

在如此型构了19世纪三大法学派的基本特征后，庞德从社会学角度对19世纪诸法学派展开了批判，认为那种有关采用单一方法就能达至法理学的观点都将导致严重的后果，并进而主张将分析、历史、哲学和社会学这四种方法统合起来。通过以上颇具洞见的批判，庞德的社会学法理学的前景已清晰可见。

依据上述五个问题的设问对19世纪各个法学的批判，庞德首先陈述了社会学法理学的主要特征：第一，关于法律的要素，社会学法学家所关注的乃是在法律秩序、指导审判的权威性规则体以及司法和行政过程意义上的法律及其运行和作用，而不是权威性律令的抽象内容。第二，关于法律是如何产生的这个问题，社会学法学派认为法律乃是经由理性发展起来的经验和经由经验检测的理性。因而认为法律既是被发现的也是被创制的。第三，关于法律的权威渊源，他们认为，法律律令乃是从保障社会利益中获致其终极权威的。第四，关于法律律令为何种形式的问题，社会学法学家是从功能角度来看待的，并认为法律律令只是一个手段问题。第五，关于社会学法理的哲学依据，他们都采用一种实用主义的方法。

最后，庞德提出了社会学法理学的纲领。实际上，这一纲领早在1911~1912年庞德撰写的《社会学法理学的范围与目的》一文中就已初步形成了，当时提出了以下六点：一是研究法律的实际效果；二是为准备立法要进行社会学研究；三是要研究使法律生效的实际手段；四是要对法律方法进行研究，既包括心理学研究又包括哲学研究；五是对法律史进行社会学研究；六是要承认对法律规则加

以分别研究的重要性。后在1943年第5版的《法理学纲要》中补充了第七点，即要研究普通法系国家中司法部门的作用。^[2]至1959年出版《法理学》时对上述观点作了若干修正和系统阐述，并进一步补充纲领的第八点，即指出了所有上述各点的目的在于使人们在实现法律秩序之各方面的努力变得更为有效。至此，在经历了近半个世纪的思考后，庞德完整地提出了其社会学法理学的纲领，它标志着社会学法理学庞大体系最终建构的完成。

第二部分“法律的目的”系统地阐述了庞德的法律目的观。在庞德看来，解答这一问题“既可以用历史的方法也可以用哲学的方法”，但他又并非简单地描述关于正义的观点在历史中是如何发展的，而是清醒地意识到：“实际的法律观念与法学理想是彼此影响的。”因此，在详细考虑关于法律目的的观念演变之前，有必要对法律的实际发展的历史做出学理上的阶段分析。

据此，庞德提出了其关于法律发展五个阶段的理论。第一个阶段是原始法阶段，典型如古巴比伦时期的《汉谟拉比法典》以及其他早期的法律。这种法律的目的在于维持和平，防止无限制的血亲复仇，因此使用和谐的手段。第二阶段是严格法阶段，较为典型的是古罗马和中世纪英国的法律。在

这一阶段，法律与其他社会秩序分开。此时法律的目的，已从保护和平发展到维护一般安全，法律手段也已从上一阶段的和解演变为法律上的补救。第三阶段是衡平法和自然法阶段，这一阶段就罗马法而言，主要是指从奥古斯都到公元3世纪初的古典时代；在英国法中，指大法官法庭的兴起和衡平法的发展；在欧洲大陆，正值是17~18世纪的自然法时期。在此阶段，法律追求的目标是合乎伦理道德，达到目的的手段是对义务的履行。四是法律的成熟阶段，这一阶段的目的是保障机会平等和获得安全。为此，所采用的手段是维护个人权利。19世纪欧洲许多国家的法律都可以归入成熟法律阶段。为确保安全，这种法律以财产和契约作为基本点。第五个阶段是法律的社会化阶段，它是指19世纪后半叶开始的西方各国法律，其目的在于使社会化的观念进入法律领域。在这一时期，法律更加注重的是社会利益，而非个人利益。此时法律的重点从个人利益逐渐转向社会利益，法律的目的也就是以最小限度的阻碍和浪费，来尽可能地满足人们的需要。最后，庞德认为，在法的社会化时期不久之后，将是“世界法”时期。对此，邓正来先生在译序中专门撰文对此问题进行了评析。（参见本书译序）

在本书的最后一章里庞德描述了人类关于法律目的的观念在法学思想中的发展史。在庞德看来，法律的目的是保障一种“安全”。与法律实际发展的阶段性相适应，人类关于安全的看法也经历了以下几个阶段：在原始法阶段，认为法律的存在是为了维持一定社会的和平，并在任何情况下不惜一切代价保持这种和平。古希腊的哲人们在更广泛的意义上思考一般的安全，并将维持社会现状作为法律秩序的目的。社会现状的维持形成了古希腊人，而后来又成了古罗马人以及中世纪人们的法律目的概念。文艺复兴之后，人们的眼光转向个人自身，安全的着眼点不是整个社会的和平或现状的维持，而是如何保障个人权利。这种安全观一直持续到19世纪下半叶。而现代的法学家不再停留在个人自然权利或自由意志水平上谈论安全。他们所考虑的法律目的，不是自我主张的最大化，而是需求满足的最大化，显然，西方法哲学史上的安全观之变化，实质上是经历了“社会—个人—社会”的否定之否定。

最后，庞德对自己的法律目的论作出了总结：“因此，我一直在主张一种社会工程解释，它乃是一种组织起来的有关在最少摩擦和最少浪费的情况下满足人之需求之手段的知识体系。”（原书

第555页)由此可见,庞德对其“法律目的”的论述最终还是为其“社会控制”或“社会工程”的学说服务的。

【延伸阅读】

[美]庞德:《通过法律的社会控制法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版。

[美]庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2003年版。

[美]庞德:《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社2001年版。

[美]庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版。

邓正来:《社会学法理学中的“社会”神》,载《中外法学》2003年第2期。

翟志勇主编:《罗斯科·庞德——生平、著述及思想》,广西师范大学出版社2004年版。

【精彩片段】

社会学法理学纲领

社会学法学家试图使法律制定（不论是立法机构制定或司法机构制定还是行政机构制定）以及法律律令的发展、解释和适用成为可能并要求做到这一点；此外，他们还试图对法律必须赖以凭且应当适用于的那些社会事实做更全面和更智性的考察。在世界的不同地方，社会学法学家都坚持主张下述八项要点中的部分要点或全部要点。

一、研究法律制度、法律律令和法律准则所具有的实际的社会效果。

坎托洛维茨在一个世代以前所持的观点在今天仍可以说是有效的：“我们建议人们……按下述方式读一下《德国民法典》中的一项条款：你们可以就每一项陈述向自己提出这样的追问……即如果立法所颁布的乃是于该项陈述相反的陈述，而非这些陈述，那么社会生活会受到何种侵害。然后，你们再求助于所有的法律教科书、法律评注文献、法律专题论著和判例汇编，看一看有多少这样的问题得到了回答，甚至有多少这样的问题已然为人们提出了。比如说，我们只知道《德国民法典》规定有五种形式的夫妻财产制度，当时有关这些形式在当今的社会生活中以何种数量关系以及在何种具体地理区域发生的问题，我们却一无所知。”

就其对活法的讨论而言，埃利希可以说是这个

方面的先驱者。

二、为准备法律制定工作进行社会学研究。

在准备法律制定工作的方面，为人们所接受的科学方法一直是以分析研究其他立法。比较立法一直被认为是进行明智法律制定的最佳基础。经由比较立法文本而进行的比较立法，在今天仍得到诸如巴洛夫和戈尔格诺这样的权威人物的主张。但是值得我们注意的是，比较法律文本以及考虑这些文本的内容的抽象正义却是不够的。更为重要的是要对这些法律文本所具有的社会作用以及它们所产生的实效进行研究。

三、研究使法律律令具有实效的手段。

这个论题在过去一直为人们所忽视。分析法学派只关注某项规则与其他规则内容之间的逻辑一致性。该学派认为，国家必须通过强力来赋予规则以效力。如果规则不具有效力，那么问题不在于规则，而在于国家或其执行机构。历史法学派认为，规则乃是从相关民族的生活中自生自发演化而成的，因此这种规则本身就有作用。如果规则不具有作用，那只能证明该项规则不曾恰当地表达经验。19世纪哲理法学派认为，规则的抽象正义赋予了它以效力。因此，人们只需要追问这种规则的内容在多大程度上是抽象正义的。如果规则在抽象上是不

正义的，那么即使该项规则不具有效力也无甚关系。但是，社会学法学家却坚持主张，我们必须从功能上审视法律。我们必须探究法律是如何运作的，因为法律的生命力乃在于它的适用和实施。因此，我们必须对如何使每年大量的立法和司法机构制定的法律具有实效这个问题进行认真的科学研究。

四、对法律方法进行研究，其间既包括对司法的、行政的、立法的和法学的过程进行心理学的研究，也包括对各种理想进行哲学的研究。

对法律方法进行研究乃是现实主义法学派纲领中的主要主张之一。但是，对法官、法律制定者和法学家如何把法律的实际发展成审判依据、制定法基础和学说基础所进行的研究，以及对何者决定他们的出发点、他们对材料的选择和指导他们根据类比进行推理的原则这些问题所进行的研究，却需要从多于一个角度出发加以展开。

五、对法律史进行社会学研究，其间不仅要研究法律准则——亦即仅仅被视做是法律材料的那些法律原则——是如何演化的，而且还要研究这些法律准则在过去产生了什么社会效果，以及它们是如何产生这些社会效果的。

法律史学说关注的一直是与政治史而非相关社

会史相关的法律律令与准则。19世纪的历史法学家通常都把一种法律体系的外部史与该法律体系的内部史区别开来，并据此意指作为政治制度的法律体系之制度与从一种历史哲学角度来看待的法律体系学说之间的一种区别。社会学法学家提倡一种可以向我们阐明下述三个要点的法律史学：第一，过去的法律是如何从社会、经济和心理条件下发展起来的以及它在多大程度上是从这些条件下发展起来的；第二，过去的法律是如何使自己与这些条件相适应的；第三，如果我们现在以过去的法律为基础，或者不以它为基础，那么我们能够在多大程度上极具理由地期望产生出人们所欲求的结果。萨维尼在一定程度上认识到了这一点，但是他的追随者却因信奉形而上学的历史发展观而未能进一步推进他的观点。

六、承认法律律令个别化适用的重要性——亦即承认合理和正当解决个别案件的重要性。但是就在此前不久，人们还常常为了使法律确定性达到一种不可能达到的程度，而牺牲了上述主张。因此，现在所需要的乃是对个别化适用法律律令的制度进行研究，而这包括对司法过程与行政过程之间的关系的研究。

七、在普通法国家，强调司法部的作用。

在美国，我们所谓的州司法部门只是向各州官员提供法律咨询、在民事诉讼中代表州和在刑事案件中提起公诉的机构。在联邦政府中，司法部有更多的作用。当然，也存在着一个组织良好的检察机关。但是，这种部门的组织方式还不足以使它对下述问题进行研究，比如说：我们法律制度的作用方式；法律的适用和实施；法律未能公正对待或未能完全公正对待的案件及理由；不断出现的新情形以及应对它们的手段；何种立法实现了它的目的或何种立法未能实现它的目的以及为什么会出现上述情况。因此，这种司法部门也无从向那些制定法律和执行法律的人提供专家式的明智指导。在过去的乡村和农业社会中，两院立法机构的法律委员会足以有效地承担当时情势所需要的这类工作。今天，即使我们为排得满满的立法会议留出时间，任何立法委员会也无能为力承担这项所必需的高度专门化的工作。因此，人们不停地设立一个又一个的专门委员会以研究特定的论题。但是，它们的工作是不协调的，它们的工作没有连续性，而且整个过程也是浪费的、昂贵的和无效的。实际上，在美国，立法的大量准备工作都是由私人基金会和自愿结社团完成的。此外，还有一大部分准备工作乃是由那些制定和要求制定有利于其自身利益的议案的商业和交

易团体所完成的。但是，这样做的结果往往表现为对那些需要作全面考虑的论题所做的一些片面的处理或部分的处理。

八、最后，所有上述各点都是达至这样一个目的的手段（尽管只是部分手段），而这个目的就是使人们在现实法律秩序之各种目的方面的努力变得更为有效。

（第356～364页）

【名言佳句】

19世纪所有的法学学派都受制于这样一种批判，即这些法学派都努力只根据法律本身且只从法律本身的方面出发建构一种法律科学……社会学法学家从功能的角度看待各种法理学方法。

（第91页）

社会学法学家却把法律视做一种既含有透过经验发现也包括刻意制定这两种方式的社会制度。社会学法学家认为，法律乃是经由理性发展起来的经验和经由经验检测的理性。

（第296页）

我一直在主张一种社会工程解释，它乃是一种组织起来的有关在最少摩擦和最少浪费的情况下满足人之需求之手段的知识体系。

(第555页)

(于明)

注 释

[\[1\]](#) 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第19页。

[\[2\]](#) 徐爱国、李桂林、郭义贵：《西方法学思想史》，北京大学出版社2002年版，第370页。

23 . 卡多佐：《司法过程的性质》

【推荐版本】

[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2003年版。本篇所引均引自此版本。

【背景介绍】

本杰明·内森·卡多佐（Benjamin Nathan Cardozo，1870～1938），是美国历史上最伟大的法官之一，同时也是一位颇具才气的法学家和社会学法学的代表人物。

卡多佐1870年5月24日出生于纽约市一个富有的犹太人家庭，这也使他从小便受到良好的教育。卡多佐年轻时就表现出过人的才智，而且非常刻苦勤奋。据说在上大学和研究生期间，他用自己独特的速记法差不多记下了每位教授的每一句话，课后他还要誊写一遍。誊写过程中，他把每一位教授的讲演改成长篇论文。卡多佐在大学时专修文学和哲学，19岁时以优异的成绩从哥伦比亚大学毕业，接着进入耶鲁法学院，两年后离校（未毕业）并在纽

约州从事律师职业。尽管带着满身的“书生气”，卡多佐却凭着巧妙的辩论和严密的逻辑使法官常常感到他的论点的说服力。1913年，尽管他对政治不感兴趣，并很少为圈外人知晓，却作为独立的改革派候选人当选为纽约最高法院的法官，次年成为纽约上诉法院法官，1926年他又被提名和选举为该法院的首席法官。在担任纽约州最高法庭助理法官和首席法官的18年里，卡多佐取得了辉煌的成绩，使这个法庭成为很可能是全美各州法庭中最繁忙、最有名的受理上诉案件的州法庭。卡多佐也在法律界树立起较高的威望，被称为“英语世界有史以来最伟大的上诉法院法官之一”。

1932年1月15日，联邦法院著名的霍姆斯大法官因年事已高、健康状况欠佳而辞职，尽管卡多佐当时并没有寻求提名，但全国法律界——从联邦最高法院的大法官，包括霍姆斯本人，直至普通律师，甚至各法律院校的校长们——几乎一致呼吁胡佛总统提名卡多佐作为最高法院候选人。1932年2月15日，卡多佐获得总统提名，几天后送到参议院时，未经唱票就立即通过了。《纽约时报》当时评论说：“一项任命受到如此普遍的赞扬，这在最高法院的历史上，即使不是前所未有的，也是极其稀罕的。”^[1]后来在卡多佐任职的六年期间，卡多

佐也以超出人们期望的出色的工作回报了人们的信任。

生活在美国工业化、城市化高速发展的社会转型期，而其任职联邦最高法院大法官的时期更是最高法院历史上最激动人心和争端频起的年月，卡多佐似乎注定要完成法律的革命这一伟大的使命。卡多佐担任联邦最高法院大法官之后，是当时属于少数的自由派大法官，他支持罗斯福新政，支持政府加强对社会的管理和对生活的干预。凭着本人对社会需求、公共政策和普通法的深刻理解及其过人的司法智慧和天才，卡多佐在任职期间屡次为联邦政府和州政府拥有促进经济调整和制订社会福利纲领的权力辩护。作为一名学者型的法官，他不仅有着法学家清明澄澈令人信服的见解，又有着法官对时代变革的敏锐嗅觉。事实也证明了卡多佐的睿智和远见卓识。

卡多佐的法律思想主要体现在他的一系列的著作和大量的司法意见中。他的著作风格优雅、分析透彻，文字简洁明了且内容丰富，即使是他在审判中所写的司法意见也具有浓厚的文学色彩。他的主要法学著作有《法律的成长》（1924年）、《法律科学中的矛盾》（1928年）和《法律与科学》（1921~1930年），但最为出名也获得最多赞誉

的应该说是《司法过程的性质》这本经典性的小册子。

这部著作是卡多佐在耶鲁大学法学院所作的一次讲演，当时卡多佐已经在纽约州最高法院当了六年的法官。在讲演开始前，卡多佐以为这样的讲演未必会引起许多人的兴趣，而耶鲁大学也将地点安排在一个专门讨论理论问题的小教室。当讲演开始时，发现情况并非如此，听众不断增加，学校最后不得不将讲演安排在耶鲁大学的最大讲堂，而且到后来几乎场场爆满。1921年，《司法过程的性质》一经耶鲁大学出版社出版，立刻引起轰动。自那以后，一直获得美国法律界的高度评价，并成为美国法律界最为广泛引用和学习的著作之一，成为独具特色的美国法律哲学和司法哲学的代表作之一。[2]

【内容精要】

《司法过程的性质》可以说是卡多佐对自己担任多年法官的经验总结，同时也是对美国自霍姆斯以来形成的实用主义司法哲学的一个系统的理论化阐述。卡多佐通过对司法过程敏锐透彻的分析，指出世上没有什么是稳定的，也没有什么是绝对的，

一切都是流动的和可变的，而司法工作也不例外。因此法官在这过程中必须面对一个具有两重性的问题：首先，他必须从一些先例中抽象出基本的原则，即判决理由；然后，他必须确定该原则将要运行和发展的路径或方向。如果使这种原则沿着正确的方向前进，前提是必须要有正确的指导方法，卡多佐在文中详细分析论证了四种主要的司法指导方法，这构成了《司法过程的性质》的主要内容。按照卡多佐的讲演顺序，该书共分为四讲：第一讲“引论。哲学方法”；第二讲“历史、传统和社会学的方法”；第三讲“社会学方法。法官作为立法者”；第四讲“遵循先例。司法过程中的下意识因素。结语”。

哲学的方法就是法官在司法过程中所应用的逻辑推理的方法，作者将它置于这些方法之首，用来指导司法实践，并不意味着它是最重要的。相反，作者认为，哲学的方法经常要让位于其他方法，将之列为首席是因为它有一个对它有利的确定的前提假设。法院的案件数以万计，而主题相关的判决堆积如山。如果运用理性化的逻辑推理对这大量的案件进行分析，从中得出理性化的原则，进而利用这些原则进行判决将事半功倍。而出于公平的角度考虑，对于两个相同的案件，当事人会期望得到相同

的决定，也唯有这样才能让诉讼人确信法院司法活动的公平，这也是逻辑推理产生的结果。尽管哲学的方法不是最重要的，但“如果机会和偏好应当排除，如果人间事务应当受到高贵且公正的一致性的支配（这是法律观念的精髓），那么，在缺乏其他检验标准时，哲学方法就仍然必须是法院的推理工具”。^[3]然而，作者强调，哲学方法的指导力并不总是沿着独一无二且毫无障碍的道路发挥作用，人们误用哲学的方法的起点正是把哲学方法和哲学目的视为至高无上而且是终极性的，因为一个原则和先例被逻辑推理到某个顶端时往往会得出相反的结论。哲学方法在司法过程中的运用可以说是这样的过程：“运用我们正常的逻辑、正确的推理一直往前走，在这条顺利的道路中我们没有发现任何问题，直到我们到达某个特定的点。这时，它出现了岔路，而我们就迷惑了，呆住了，因为我们不得不在这些岔路上进行选择。历史或者习惯、社会效用或某些逼人的正义情感，有时甚或是对渗透在我们法律中的精神的半直觉性领悟，必定要来援救焦虑不安的法官，并告诉他向何方前进。”^[4]

当一个原则的指导力量沿着历史发展的路线起作用时，我们将之称为历史的方法或进化的方法。如前所述，历史的方法似乎是以一种救星的身份出

现在手持逻辑工具但仍陷于困境的法官的面前，这只是历史的方法运用的一个经常情况：历史的影响为逻辑清扫路径。历史方法的作用显而易见，某些法律的概念之所以有它们现在的形式，几乎完全可以归功于历史，而我们现在大量适用的一些法律的基本原则也不例外。卡多佐在书中列举了土地法、不确定继承、私人信托等比较难以理解的法律概念，说明历史的方法对人们理解法律时的重大指导作用。“历史在照亮昔日的同时也照亮了今天，而在照亮今天之际又照亮了未来。”（第31页）而对于我们今天研究历史的目的，卡多佐的话可谓精辟：“今天我们研究前天，为的是昨天也许不会使今天无所作为以及今天又不会使明天无所作为。”（第32页）如果历史和哲学的方法还不能确定一个原则的发展方向时，习惯也许就会插进来。习惯的方法即指传统的方法，它在我们今天的运用往往不是为了创造新的规则，而是为了找到一些检验标准，以便确定应如何适用某些既定的规则。

如同篮球比赛时解说员介绍球员进场一样，最有名的球员总是到最后在球迷们的欢呼声中出现。作者在分别阐述了哲学、历史和习惯的方法在司法过程中的指导作用后，用最浓重的笔墨引出了社会学方法。“当社会的需要要求这种解决办法而不是

另一种的时候，这时，为追求其他更大的目的，我们就必须扭曲对称、忽略历史和牺牲习惯。”（第39页）社会学方法在司法过程中对法官具有决定性的指导作用，这是卡多佐的实用主义法学观点的重大体现，也是本书的核心思想。卡多佐认为，社会学方法中得以排遣和表现的社会正义的力量，在我们时代和我们这一代人中正变成所有力量中最大的力量，因为法律的终极原因是社会的福利。作者在文中举了宪法和一些私法规则，说明社会学的方法在法院实践中的作用。之后通过对司法过程详细的分析，得出这样的结论：逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为的标准是一些独自或共同影响法律进步的力量。在某个案件中，哪种力量将起支配作用，这很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价值。

司法过程的最高境界不是发现法律，而是创造法律。在对司法过程进行透彻的分析之后，卡多佐认为每个法官都在他的能力限度内进行立法。在选择何种指导方法之前，每位法官必须明确什么时候哪种方法的使用将优于另一种方法，而这只能要求法官像立法者那样从经验、研究和反思中获取他的知识。而当法官找不到任何正式的法律渊源，也没

有任何其他可以借鉴的因素时，他就应当站在立法者的立场上来塑造他的法律判决。但是，卡多佐在阐述法官作为立法者时，多次强调，法官必须在法律的空白处立法。因为，遵循先例应当成为规则，而不是一种例外。因为当没有成文的法律规则时，人们只能构建一个在事件发生后制定的权威性的决断，并以此作为以后发生的与之类似的案件的判决依据。而对于是否应该完全抛弃遵循先例的规则，作者持否定的态度，但认为在某种程度上应当放松这一原则。

司法过程的性质一直以来是人们所关注的话题，卡多佐精细透彻的分析似乎把我们从浑浊的状态中解救出来。在本书的结语部分，卡多佐说：“一个法官的工作，在一种意义上将千古流传，而在另一种意义上又如白驹过隙，那些好的将千古流传，而那些错误的则可以肯定死去。好的得以保留并成为基础，在其之上将建成新的结构。那坏的将在岁月的实验室中被拒绝并抛弃。”（第112页）我们不能确定，随着社会的发展，时代的变迁，人们在许多年后将会如何看待司法过程的性质，但我们可以肯定的是，卡多佐将流传千古。

【延伸阅读】

[英]哈特著：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社2003年版。

[美]博登海默著：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版。

【精彩片段】

第二讲 历史、传统和社会学的方法

现在人们看到我们法律的这三种指导力量：哲学、历史和习惯在发挥作用。我们已经走得很远以至于可以欣赏这个问题的复杂性了。我们看到，决定是否忠实于先例以及是否忠实于有先例支持的原则并不能使我们在这一条路上前进多远。原则不是一个，而是复杂的一束。说我们应当保持前后一致，这的确很好，但问题是与什么保持前后一致？应当与规则的起源保持前后一致，还是同发展的进程和趋势保持前后一致？或者是应当同逻辑、哲学或通过分析我们自己的和外国的制度所揭示的法理学的基本概念保持前后一致？所有这些忠实都是可能的。它们都有其取胜的时候。但我们应当如何在其间作出选择？从这个问题暂时放在一边，我们实际

上又是如何在其中作出选择的？在一种特定意义上看，某些法律的概念是历史的产物。在这样一些部门中，历史会趋向于对法律的发展给予指导。而在其他部门中某些大的、基本的概念，比较法理学表明是其他高度发展的法律制度所共有的概念，显示了它们高于所有其他的概念。在这些部门中，我们应当给予逻辑性和对称性以更大的活动范围。还有一个广阔的领域，在那里规则也许已经以这种或那种方式——并且便利程度大致相同——确定下来了。在这里，习惯趋向于声称自己是指导路径选择的支配性力量。最后，当社会的需要要求这种解决办法而不是另一种的时候，这时，为追求其他更大的目的，我们就必须扭曲对称、忽略历史和牺牲习惯。

这样，我们就从历史、哲学和习惯走到了这样一种力量，它在我们时代和我们这一代人中正变成所有力量中最大的力量，即在社会学方法中得以排遣和表现的社会正义的力量。

（第38～39页）

第三讲 社会学方法。法官作为立法者

我选择了这些法律部门，仅仅是作为法院运用

社会学方法的明显例证。但真相是，无论在哪个部门，这种方法都硕果累累。即使看起来它不占主导地位，也总是留作备用。它是另外两种方法之间的仲裁者，分析到最后，要由它决定选择什么方法；它掂量相互竞争的两种方法的主张，为它们的权利设定边界，对它们加以平衡、和缓协调。在我们的时代，只有很少的规则非常确定，不至于某一天会要它们出来证明自身作为顺应某个目的之手段而存在的正当性。如果它们不起作用了，它们就是不健全了；如果它们不健全了，就一定不会再自我繁殖。有时它们被切除了，并被彻底根除了。有时，它们被保留下来，像幽灵那样继续活着，但已经绝育，被阉割了，没有可能造成危害了。

在处理有关受益者依据合同获取利益之权利的一些案件中，我们获得一个突出的实例。它首先说明了逻辑上前后一致的力量；其次说明了逻辑的一贯性在孤立或例外事件中所要求的可行和便利面前逐渐瓦解；最后，它说明了这些例外事件作为一个新种群所具有的生成力。英格兰的法律在逻辑上一直保持了一贯性，完全拒绝这种案件的诉权。纽约和大多数州屈从了便利的要求并实施了这种诉权，但最初也只是偶尔地，并且受到许多限制。渐渐地，这种例外扩大了，今天这种例外给规则留下的

地盘已经所剩无几。这个规则得以存活主要是在这样一种案件中，即如果将该诉权延伸到并非缔约方的其他人就会使契约意图受损或很不便利。在效用和正义的缓慢但坚定且具有侵蚀性的行动面前，从先前对合同和债的既定理解经过逻辑演绎过程所推出的一些规则已经破碎了。

(第60~61页)

第四讲 遵循先例。司法过程中的下意识因素。结语

近来有相当多的讨论，讨论是否应当完全抛弃遵循先例的规则。我自己还不愿走得那么远。我认为，遵循先例应当成为规则，而不是一种例外。我在前面已经讨论了支持这一点的某些考虑因素。在此可以添加的是，如果每个昔日的案件都可以重新开庭，如果一个人不能在前人铺设的进程的坚实基础之上为自己的进程添砖加瓦，法官的劳动就会大大增加，以致无法忍受。也许我自己的法院的构成就趋向于强调这一信念。我们法院已经有了十位法官，其中一度只有七位法官听审。当争议难分高下时，一个案件这星期可能这样决定，而下个星期——如果还是第一次听审——就会作出另一种决

定，这种情况曾一次又一次的发生。然而，如果每周法院组成的变化都伴随了法院判决的变化，这种情况就令人无法忍受。在这种情况下，我们就只能坚持一周前我们的法官兄弟的错误，而不论我们自己是否喜欢这些错误。但是，我也准备承认，尽管不应当放弃遵循先例规则，在某种程度上却应当放松这一规则。我认为，只要是经过恰当的经验检验之后发现一个法律规则与正义感不一致或者是与社会福利不一致，就应较少迟疑地公开宣布这一点并完全放弃该规则。在宪法领域里，我们有时已不得不这样做了。也许，在一些对社会效用的考虑并不非常突出和显要的私法领域，我们应当更为经常地这样做。如果一个应当抛弃的规则不可能被合乎情理地认为会决定诉讼者的行为，特别是，如果该规则的来源是某些机构或条件，而这些机构和条件已经随时光的流逝获得了新的意义和发展，那么就更应准备放弃一个并不坚实的立场。在这种情况下，维勒法官在德威诉康涅狄格公司一案中说的话表述了应如何处理这种问题的基调：“服务法律最佳的法院是这样的，它承认人们也许会发现产生于遥远的某代人的法律规则——就其全部经历来说——为另一代人的服务很糟糕，并且只要是它依据社会的既定和稳定的判决发现另一法律规则代表了‘应

当’，且没有相当程度的既得财产权利依赖这一旧规则，就抛弃这一旧规则。正是这样，一些伟大的普通法作者找到了普通法生长的渊源和方法，并且在其生长中发现了普通法的健康和生命。普通法不是而且也不应当是稳固不变的。立法机关也不应当改变普通法的这一特点。”如果法官已不幸错误地解释了他们时代的习俗，或者，如果他们时代的习俗已不再为我们的时代所分享，法官就不应被捆在其先辈的手上，无所作为地表示屈从。（第93～95页）

【名言佳句】

今天的判决将决定明天的对错。

（第9页）

如果机会和偏好应当排除，如果人间事务应当受到高贵且公正的一致性的支配（这是法律观念的精髓），那么，在缺乏其他检验标准时，哲学方法就仍然必须是法院的推理工具。

（第19页）

在一种逻辑与另一种逻辑之间，通过指导人们

作出选择，正义对逻辑起着作用，情感对理性起着作用。

(第26页)

司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律。

(第104~105页)

(陈碧文)

注 释

[1] [美] 亚伯拉罕：《法官与总统：一部任命最高法院法官的政治史》，刘泰星译，商务印书馆1990年版，第179页。

[2] [美] A. L. 考夫曼著：《卡多佐》，张守东译，法律出版社2001年版，第215页。

[3] [美] 本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2003年版，第19页。

[4] [美] 本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2003年版，第24页。

24 . 美浓部达吉：《公法与私法》

【推荐版本】

[日]美浓部达吉著：《公法与私法》，陈正明译，陈正明律师事务所1937年版。

[日]美浓部达吉著：《公法与私法》，黄冯明译，台湾“商务印书馆”1974年版。

[日]美浓部达吉著：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

美浓部达吉（1873～1948年），是日本现代著名宪法学家、行政法学家。1873年5月7日生于日本兵库县高砂市，1897年东京帝国大学法科大学政治系毕业，两年后赴法、德、英各国留学，1902年回国后在母校任教，讲授宪法学。1907年被选为学士院会员，1932年被天皇册封为贵族院议员。1934年从东京帝国大学法学部退休，任名誉教授。1935年2月67届国会讨论了他著名的“天皇机关说”。结果美浓部达吉被指控为“不敬

罪”，被禁止发行一切宪法性学说的著作，同时被迫辞去贵族院议员，并因此成了法西斯势力攻击的目标。二战后担任宪法修订顾问，1946年1月任枢密院顾问官，1947年12月任选举委员会委员长。1948年5月23日因病逝世，享年75岁。

美浓部达吉一生从事了长达五十余年的学术研究，著书近100册。主要的著作有《日本国法学》《宪法撮要》、《行政法撮要》、《日本行政法》、《逐条现法精义》等。作为宪法学理论家，美浓部达吉非常成功，其学说甚至被称为“美浓部宪法学说”。根据日本的史料记载，美浓部达吉直到临死之前，还在撰写书稿，在他失去知觉的时候手中还拿着书籍。他的《日本宪法原论》就是在他病逝的那一年出版的。这种始终不渝的治学信念深受人们的钦佩。日本的法学界赞誉他为“体现日本民主主义兴衰的无与伦比的宪法学家和行政法学家。他一生的研究为整个学术界提供了一笔丰富的法学理论财富”。他的著作不仅对日本的法学产生了极大的影响，对当时中国的法律而言，也极具借鉴意义。

美浓部达吉对日本宪法及宪法学发展作出的贡献，主要体现在他的“天皇机关说”之中。美浓部达吉认为，君主拥有对国家的统治权不符合近代法

理学的精神。应将日本国视为法人，将天皇视为国家机关；统治权应属于作为“法人”的国家，而天皇则是国家最高机关，行使统治权；国家的主权在于民众，体现“主权在民”的最好政治体制是内阁对议会负责的议会内阁制。到大正时代（1912～1926年），“天皇机关说”成为日本法学界公认的学说，并成为大正民主运动和政党内阁的理论根据。^[1]到了日本法西斯主义猖狂时期，为了他们的政治目的，美浓部达吉的学说被禁止。但第二次世界大战结束后，随着世界民主主义力量的胜利，“天皇机关说”又被日本法学界所重新认可，并被视为20世纪人类文化的精华。

自古罗马开始区分公法与私法以来，公法与私法的关系问题便成为大陆法系国家法学家们关注的问题。20世纪初，公法与私法的关系更是一度成为大陆法系法学界讨论的热点问题。尽管作者在自序中表明其写这本书的意图在于一方面明确公法与私法的区别标准，另一方面用实例来证明两者又是如何紧密地关联起来。然而，由于这本书写于1935年11月，当时的美浓部达吉由于他所提出的“天皇机关说”，被指控为“不敬罪”，被禁止发行一切宪法性学说。根据这一点我们或许可以推测：在当时的处境下，为了避免进一步受到限制，作者不得

不将研究课题从宪法学领域适当地投向其他的领域。美浓部达吉用当时大量的法律规定为例证展开论述，从效力和管辖等多个角度论证了区分公法与私法的必要性。他反对凯尔森的否定公法与私法的区别的“法一元说”，指出“法一元说”过于强调法律的观念性，而忽视了“实在的世界”。同时，美浓部达吉也不赞同完全区别公法与私法、主张两者毫无联系的观点，他在书中极其详细地论证了公法与私法之间的联系和区别。客观地说，即使在法律相对发达的今天，也很难找到一本像《公法与私法》一样如此系统和深入地阐述公法与私法关系的著作。

【内容精要】

《公法与私法》全书共分为三章：第一章“公法与私法的区别”；第二章“公法与私法的共通性和特殊性”；第三章“公法与私法的关联”。

将法律区分为公法与私法的观点，早在古罗马法中就出现了，罗马法学家乌尔比安在《学说编纂》里指出：“公法是关于罗马帝国的规定，私法则是关于个人利益的规定。”但是对于将法律划分为公法与私法的必要性，并不是在任何时代都被人

们意识到的。即使在现在，仍有不少学者主张根本没有区分公法和私法的必要，著名的奥地利法学家凯尔森便是其中之一。凯尔森认为，公法和私法都是国家法，国家和人民之间的关系不是权力服从关系而是权利义务关系，性质上和个人相互间的关系是没有任何差异的，因而没有区分公法与私法的必要。美浓部指出凯尔森的这种“法一元说”的根本思想，是想把实在的世界置于一切法律的观察之外。而他自己则认为，公法与私法的区别，不单是决定裁判管辖的技术上的问题，同时也是基于法的性质的差异在论理上所作的必要划分。此外，美浓部在文中多处强调，公法与私法的划分，是专对国法而言的，只有国法才有区别的必要性，而对于与国家无关系的社会的法，则没有区别的必要性。公法为本来的国家法，即直接的第一次的国家法；而私法则原本属于社会，因国家对私法有保护监督的责任，私法最终成为了第二次的国家法。

在阐明了划分公法与私法的必要性之后，作者开始讨论公法与私法的划分标准。作者辩证分析了“主体说”、“意思说”、“利益说”、“社会说”等几种较为通行的学说，认为“主体说”是最为正当的，这种观点认为，法律主体的双方都是私人或私团体者为私法；法律主体的一方或双方均为

国家或公共团体者为公法。同时，作者指出，公法与私法的区分，不能仅仅根据任何单一的标准，应将各种不同的标准结合起来，而主体的标准则是区分的基本标准。然而，在许多场合，公法与私法的区别也会存在混淆不清的问题。当国家站在与私人同样的法律地位时，国家被视为准私人，这时规定国家的法应该属于私法。而在国家之下的公共团体及其他取得国家的公权的团体都被视为准国家的法主体，相应的法则应属于公法。明确准私人地位的国家或准国家的法主体地位这两者复杂的情况，不仅对于准确区分公法与私法十分必要，而且对于司法实践具有重大的指导意义。

作者在第一章详细地阐述了公法与私法区分的必要性及标准之后，笔锋一转，继而论证公法与私法的共通性和特殊性。作者开门见山地提出，“对于公法关系与私法关系的性质及其所适用的原则，亦不能视为完全不同。无论公法关系或私法关系都同样是法律关系，因而有许多共同点。那全然否定公法与私法之区别的法一元说的主张，固属失诸极端，但若以公法与私法为截然不同，以为两者间全无共通的原则存在，那亦和法一元说者同样，不免陷于极端的错误。”^[2]在批评两种错误观点的基础上，作者开始论证自己的观点。

在公法与私法的关系上，多数学者偏向于两者的区别，而忽视了两者的共同性。作者在文中从学理上对公法与私法表现出来的相似点作了详细分析，并列举大量实例进行论证。这种相似点体现为四个方面：1．同为权利义务的关系之共通性。2．权利义务的种类型上之共通性。3．法律原因上的共通性。4．关于人、物及事业的共通性。公法关系也是一种权利义务的关系，国家也站在法主体的地位去自行服从国法的规定，所以国家和人民间的法律关系也是互享权利、互负义务的关系。在这点公法关系和私法关系完全是相同的。此外，权利义务种类上的共通性表现在公法上的物权、债权以及国民的参政权上。至于法律原因，作者认为，无论是公法还是私法，其一切原因可分为两类，一为状态或事件，二为意思行为。最后，这种共通性在公法人和私法人、公物和私物以及公企业和私企业的关系上得到体现。

当人们说到公法与私法的特殊性时，一般会从两个角度考虑。一是认为公法关系是权力服从的关系，是可以由国家单方面意思而形成的关系。二是主张从它们的目的去考虑，即公法关系是以公益为主要目的的关系，与之对应的，私法当然是为了私益。但若以这两点为两者的区别标准，作者认为是

不妥当的。那么，应该从哪个方面来探究公法与私法的特殊性呢？作者列举了以下五点：1．公法的权利义务之相对性。2．公法的国家行为之公定力。3．公法的国家公权之强制力。4．对于公法上的人民权利之保护。5．制定法规上公法规定与私法规定的差异。作为一种团体法，所谓的公法关系就是团体与其构成分子间的关系，所以双方有着共同的利益。公法关系的权利义务，在某种程度上是带有“相对性”的意义的，即权利中含有义务性，而义务中含有权利性。这就是公法关系的权利义务和私法关系的权利义务的不同的地方。公法的国家行为之公定力表现为，至被有正当权限的机关取消或确认其无效时为止，国家行为是受“合法的”推定的。对于公法的国家公权之强制力，作者认为主要表现在对于违反义务的制裁和对于不履行义务者的强制执行这两点上。在日本法中，公法上的人民的权利，从其所受的国家保护的种类上看来，可分为三类：（1）得提起行政诉讼而请求裁判上的保护的权力；（2）得提起诉愿而请求行政上的保护的权力；（3）不得请求行政上或裁判上之任何保护的权力。在制定法规上，公法与私法的差异主要体现在目的和效果上。

在详细分析了公法与私法的共通性和特殊性之

后，作者对公法与私法的关系的研究再迈进了一步，顺其自然地讨论公法与私法之间的关联性。这一章共分为六节，每一节作者讨论一个关联点。

1. 混合的法律关系与混合的权利。作者认为，当国家作为经济活动主体的时候，其与人民的法律关系就是公法与私法混合的法律关系。电话用户与代表国家的电话官署间的关系、邮件寄发人与邮政官署间的关系、乘客与经营铁道或轨道的国家或公共团体间的法律关系、保险合作社或国家与被保险人之间的法律关系等就是一部分为公法而另一部分为私法的法律关系。此外，不仅法律关系是可以混合的，权利也可以是混合的。某种权利可既是公权也是私权。如渔业权、矿业权等。

2. 以公法的行为为依据的私法关系之形成。私法上的法律关系，大多是由私人互相间的法律行为而形成的。但是，也有不少私法关系是由国家的公法行为所形成的，主要表现在为了“私法的秩序”的司法行为和形成私法关系的行政行为上。

3. 为私法的法律行为要素之公法的行为。当事人根据自己的意思实施了法律行为，但是必须要有国家的公的意思行为的要素，私法的关系才能发生效果。这些公的意思行为可以分为受理、认可、代理、公证、确认等5种。

4. 私法规律对于公法关系的适用。公法关系当以财产的

价值为内容的时候，性质上与私法关系类似。这个时候公法关系应当遵守私法关系的规律，比如扣押、代位清偿、无因管理等。

5. 公法与私法的转换。作者认为这种转换可分为三类：（1）因义务的履行或权利的实现而发生的转换。（2）因扣押而发生的转换。（3）因废止公用而发生的转换。如河川、道路的废止公用，转换为私法上的权利。

6. 私法的公法化。作者认为，私法的公法化体现在4个方面：（1）所有权的公法上的限制。（2）企业的公共化。（3）契约自由的公法上的限制。（4）公法与私法的结合。对于私法的公法化的问题，至今仍有许多学者在作专门研究。

【延伸阅读】

[日]美浓部达吉著：《法之本质》，林纪东译，上海商务印书馆1936年版。

[日]美浓部达吉著：《府郡县要义》，谷钟秀、马英俊译，东京东华书局1907年版。

[日]美浓部达吉著：《宪法学原理》，欧宗佑、何作霖译，上海商务印书馆1927年版。

【精彩片段】

公法与私法区别的必要

将法区分为公法与私法的必要，无疑地并不是在任何时代都被人意识到的。试看为日本王朝时代最完备之成文法典的《大宝令》和武家法的《贞永式目》，即可明了当时的立法者并未意识到公法与私法的区别；以现代的观念看来，那应认为公法规定的和应认为私法规定的，都被不加区别地规定在一起。在德意志的法之历史上亦是同样。据祁克的考察，整个中世纪都未认识公法与私法的观念上之区别，一切人与人之间的关系，“自邻近者间的交易关系以至王与国民间的忠诚关系，都被视为可包括于一个相同的单一种类的法里”。

我曾经说过，法的观念或其本质，和国家没有必然的关联。有社会就跟着有法；在与国家无关系的社会中，亦非有其特有的法不可。但是，与国家无关系之社会的法，更没有区别为公法与私法的必要。对于学校内的法、家族内的法、扑斗社会的法和秘密结社的法等，谁亦不会说其中更有区别为公法与私法的必要。

不过，最少当观察现代国家的法时，将其在观念上区别为公法与私法，却是究明国法上所不可缺的要图。这并不一定要把制定法规的明文加以两者

的区别而使人公认，自古迄今的法令中，简直没有使用着公法或私法的字样的。何况是指示两者的区别标准的规定，就无论在哪里亦没有找着的可能。倒是随处可以窥见，立法者似乎在故意规避着将公法与私法的名词用为公的法律语。可是，现代的国法，是以区别其全部为公法或私法为当然的前提的，对于国家的一切制定法规，若不究明该规定为属于公法与私法，而即欲明了其所生的效果和内 容，概不可能。公法与私法的区别，实可称为现代国法的基本原则。国法的一切规律，无不属于公法或私法之一方，且因所属而不同其意义。间中亦有一个成文法规的规定，是同时属于公法和私法双方的，但这不过是可拆而为两的不同的规律，在文字上被结合规定在一个条文中而已，并非在任何场合两者都不能区别的。（第1~3页）

公法与私法区别的标准

除完全否定公法和私法的区别而主张所谓法一元说的二三学者外，法律学者大概都一致承认应将国法分为公法与私法。可是，关于区别公法与私法应以什么为标准这个问题，学说纷纭，莫衷一是。试看瑞士人荷灵加在其学位论文《公法与私法的区

别标准》中举出十七种不同的学说；马尔堡的私讲师华尔兹在就职演讲《关于公法的本质》中亦举出十二种不同的学说，即可知其复杂之一斑。

对于那种种的学说，在此无一论述和批判的必要。以下只择其中较为重要的代表学说，一论其概要。

最普通的学说可说是“主体说”。这学说以为在私法，法主体的双方都是私人或私团体；反之，在公法，法主体的双方或最少一方是国家或在国家之下的公团体，而主张公法与私法的区别标准即在于此。自然，国家和其他公团体亦可以做“私经济”的主体，而私经济的主体，却是私法关系的主体，所以主体说这种理论，有加以某种限制的必要。关于这种限制，有的说是“非私经济的企业者之公团体”，有的说是“为保持公益者的公团体”，有的却说是“为支配权之主体的公团体”，此外尚各有定说，莫能一致。但归纳起来，这主体说的要点，不外是主张当具有某种资格的国家或其他公团体做主体时，那法即为公法。耶利内克说：“所谓公法，就是把保有统治权的团体在其与对等的或隶属下的人之关系上加以拘束的法”；罗宁说：“公法是关于公的权力之组织、作用及被统治者对于为统治者的国家及其机关（包含市镇村州

及其他公法人)之关系的法。至国家不用统治的权力而与其他人等(不问是否服从其权力者)发生法律关系时,那种法律关系便不属于公法而属于私法”;柯塞克说:“公法是为公益而存在的组织体——即国家、地方团体、教会等的法。但这些组织体在法律上与私人站在同地位时,其间的法律关系便属于私法。例如收买土地和发行公债那样从事私经济的交易时,通常都是私法关系”;华志说:“在法律关系上公团体为公益的支持者而居于主体的地位,又公团体同时对对方,犹如全部对一部的关系而发生法律关系这点,是公法的特征”;此外,尚有许多类似的说明。其持论精疏不一,或置重于为公益的保护者之点;或置重于统治权或公权力的守护者之点;亦有采用其他的标准的,其间颇有差异。但总之,以为公法与私法的区别标准存于备有某种资格的国家或公团体为法主体之点,却是所谓主体说的特色。这主体说是我所认为唯一正当的学说,其详细说明,容俟次顶。

(第23~26页)

公法与私法的特殊性

经如前节所述,公法与私法在法律上有若干共

通性。但自他面看来，公法关系和私法关系在某种程度内，无疑是各异其原理及不同其所适用的规律的。否则两者便毫无区别之必要，而结果非趋于所谓法一元说不可。我们在第一章已论定公法和私法有区别的必要性，不用说那是以公法和私法都各具其某种特殊性为必然的前提的。

关于公法私法的特殊性，历来的通说，或以公法关系为权力服从的关系，为国家站于权力者的地位去对付服从者的关系，而主张公法关系在这点和对等者相互间的私法关系不同性质；或以公法关系为以公益为主要目的的关系，而主张其在此点与以私益为主要目的的私法关系目的各异，学者们都在此诸点寻求两者的特殊性。自然，那些主张亦含有相当的真理，未可尽加排斥。不过若以之为两者的区别标准，却有未当，此点亦如前述。

那么，对于公法关系与私法关系究竟应从何点而寻求其特殊性？

在论及本题之前，我们要注意在同样的公法关系中，国际法上的关系是对等的国家相互间的关系，只于国家为法主体之点与国内法上的公法关系共通，其他各点都是和国内法关系的性质有显著的差异的。又同时要注意，即在国内法上的公法关系中，对等的公共团体相互间的关系和国家或公共团

体与人民间的关系，两者的性质亦有显著的差异。以后当叙述公法的特殊性时，拟暂把国际法关系除掉，而专从国内法上的公法关系——尤其是国家或公共团体与人民间的法律关系着眼，因为要这样才能把公法关系与私法关系不同之法律上的特色究明。至于公共团体的关系，只附带论及。

在这种意义上的公法关系的特殊性，我以为可从下列五点求得：（一）权利义务的相对性；（二）国家行为的公定力；（三）国家的公权之强制力；（四）个人的公权之法律上的保护；（五）目的和效果的差别。

（第104～105页）

【名言佳句】

广义地说来，公法和私法都是属于国家法的，但其所以尚有区别之必要者，已略如前述，完全是因为私法在第一次是关于其他社会——特别是个人相互间的意思和利益之交涉的法，原则上由那社会本身的力量维持，只当那社会的力量不足以资维持时，才第二次的由国家去当其适用维持之任的缘故。不错，广义地说来私法亦是国家法，但那是“第二次的”国家法，在这点，是应当和公法区

别的。

(第34页)

第一，当国家站在与私人同样的法律地位时，国家被视为准私人，亦为私人相互关系的法所规律。所以在该场合，即规律国家的法亦不属于公法而属于私法；第二，在国家之下的公共团体及其他取得国家的公权的团体都被视为准于国家，因而当此等团体为法主体时，便与国家为法主体时同样属于公法。

(第41页)

无论公法关系或私法关系都同样是法律关系，因而有许多共通点。那全然否定公法和私法之区别的法一元说的主张，固属失诸极端。但若以公法和私法为截然不同，以为两者间全无共通的原则存在，那亦和法一元说者同样，不免陷于极端的错误。

(第71页)

一般地说来，公法上的权利便有两点和私法上的权利不同其法律上的原则：一是公法上的权利，法律上以不能舍弃为原则；另一是法律规定公法上的权利不能移转于他人，或对其移转加以限制。

(第109页)

对于公法上的违反义务，权利者的国家或公共团体得以自己的强制力去强制制裁；反之，在私法上的违反义务，权利者就没有那种强制力，只有依请求国家保护的手段才能对违反义务者以强制制裁。这就是公法和私法在违反义务上的差异。

(第117页)

(陈碧文)

注 释

[\[1\]](#) 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第381页。

[\[2\]](#) [日]美浓部达吉著：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社2003年版，第71页。

25 . 拉德布鲁赫：《法学导论》

【推荐版本】

[德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社2003年版。本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch，1878～1949年），德国著名的法律思想家、政治活动家和人本主义者，是当代法律史上，尤其是法律思想史上举世公认的法学大师。他由哲学上的二元论出发所阐述的实证相对主义法律思想观念，不仅影响了一代德国法律工作者及众多青年人，且在世界范围内也产生了相当大的影响，并因此促成了一个新的法学流派即现代哲理法学派的产生与传播，拉德布鲁赫的法哲学被认为是德国乃至人类哲学和法律思想发展的一个环节或侧面，实际上也是人类法律思想的一种继续和发展。[\[1\]](#)

拉德布鲁赫1878年出生在吕贝克的一个农民

家庭，自幼受路德新教的熏陶。1898年他以“全优”的成绩从“凯特林中学”毕业。同年，为了满足他父亲的心愿，前往慕尼黑开始学习法律，他曾几次想改变学习方向，直到他遇到了现代刑法学的奠基人——F.V.李斯特，在慕尼黑学习法律一段时间后，他就去莱比锡学习法律，一年以后，他又去了柏林。1901年他学业告一段落，旋即回到他故乡的一个城镇实习，由于感到自己不是那种乐于从事法律实务的人，所以未等实习结束，就回到了柏林，投入到李斯特门下，攻读博士。当时以李斯特为中心形成的一个学术圈子对他产生了很大的影响。在他刚完成博士论文后，应李斯特圈内的代表人之一利恩塔尔教授之约，前往海德堡大学准备并顺利完成了大学教授资格的论文，题目是《刑事行为概念》，此举也注定了他早期法学思想与南德新康德主义的缘分。从1905年至1906年他以私人讲师身份讲授民事、刑事诉讼法；随后又讲授刑法、刑法改革和刑事政策。1908年他当选为海德堡市委员会的社会民主党成员；1910年他担任副教授，发表了《法学导论》。1914年，他被聘为柯尼斯堡大学副教授。1919年拉德布鲁赫担任基尔大学正教授，主讲刑法和法哲学；加入德国社会民主党。1922年和1923年两度出任司法部部长。

1933年5月，因纳粹分子的排斥离开讲坛。1945年9月，重返讲坛，被任命为海德堡法学院院长，重组法学院。1948年，结束教学生涯。

拉德布鲁赫一生的著作颇丰，主要有：《法学导论》（1910年初版，1929年第7 / 8版，1952年第13版）、《法哲学》（1914年初版，1932年第2版）、《刑事法学的优雅》（1938年初版，1950年第2版）、《五分钟法哲学》（1945年）、《法律中的人》（1946年），等等。

拉德布鲁赫的思想历程颇为复杂，甚至经历了一些重大的转变。他认为法律制度是由正义、功利和确定性三种制度构成，它们相互补充又相互冲突。而在一种法律制度的三种原则中，其比重也是相对的，无法科学地确定。在战前，拉德布鲁赫的基本倾向是这三种原则发生冲突时，法律确定性应占优先地位。[2]

但是，二战结束之后，纳粹政权和法西斯的倒台促使他对自己的观点进行了反思，并对战前的法哲学理论作了重大的修改：其一，基本上放弃了相对主义的法哲学理论，认为法应具有绝对的价值准则，在法的正义原则和实在法发生冲突时，正义原则应占优先地位。第二，开始承认自然法思想，在他战后的论著中，他不仅使用了“自然法”用语，

而且强调自然法并不仅仅是诸多法哲学理论中的一个学派，而且是一切实在法的正当化的根据。第三，在相对主义的法哲学理论中，拉德布鲁赫曾认为对各种学术观点和信仰必须宽容。纳粹政权的暴行促使他在战后提出了一个著名的法哲学命题：对不宽容者，宽容者也必须不宽容。第四，鉴于纳粹政权利用法实证主义的“法律就是法律”的理论为他们的不人道法律辩护的历史教训，拉德布鲁赫在战后批判了法实证主义，强调法的正义性，强调“法必须是良法”的观点。[\[3\]](#)

《法学导论》是拉德布鲁赫除《法哲学》外最负有盛名、最有成果的一部著作。自1910年问世以来，被译成日文、俄文、西班牙文和波兰文等多国文字，一再被再版，至今，这本书已经发行了13版之多。本书正如考夫曼所言有两大特点：“其一，拉德布鲁赫独到的理论。他是最先发展了法哲学实质内容的法哲学家之一。其二，拉德布鲁赫颇令人称道的语言，在他的内心深处，不仅不为概念和抽象的思维所羁绊，而且还使既有的概念重新面对实际。”（原书考夫曼中译本序言第2页）拉德布鲁赫写作此书的目的，正如他在《法学导论》初版前言中所提到的，因为过去他本人作为一个未来的法律工作者喜欢读书但又没有合适的书，所以他

要给正处于职业选择阶段的未来的法律工作者提供一部导论，一部人们有理由期待的导论：一部法律科学的理论。

【内容精要】

《法学导论》是以拉德布鲁赫在曼海姆商业高等学校的讲义为基础编写而成的。本书共分十二章，第一章法律，作为统领全文的一个主线，集中反映了作者的思想。在这章中，拉德布鲁赫首先提出法律法则究竟应该有什么样的地位，他继承了康德的二元论的思想，区分了二种不同的法则——必然法则和应然法则，并且认为人类在选择这两类法则的过程中必然会选择法律法则。接着他对法律与道德作了区分，拉德布鲁赫认为法律和道德的区别是在于法律的外在性和道德的内在性。他论述了超个人主义法律观，法律的目的，法律安全优先的观点。拉德布鲁赫对法律的语言用语这种技术上的问题也有独到的见解，他认为法律用语应该克服劝说的风格、使人信服的风格和说教的风格，认为法律语言的作用应是“恰当地将法律命令特征作为一种‘绝对命令’，一种要求适用的，但又为其纯粹存在而无视其内容上的信服力的信条而给予描

绘”（第23页）。最后，作者讨论了历史法学派和唯物主义历史观及它们的代表——萨维尼和费尔巴哈。在第二章至第十一章中，作者对国家法（宪法）、私法、商法、经济法与劳动法、刑法、法院组织法、程序法、行政法、教会法、国际法等部门法的一般问题做了解答，他首先论述各部门法的起源，对各部门法涉及的基本概念进行分析，最后论述德国现行部门法存在的问题及需要完善的地方。在第十二章，作者从法律解释、法律结构、法律体系等方面论述了法学。以下，我从三个方面对作者在本书中的主要的思想做简单的分析。

一、超个人主义

1. 三种文化价值

拉德布鲁赫认为文化法则包括道德、法律和习惯的法则。“道德和习惯，法律和科学与艺术、宗教共同构成文化。但是文化价值并非一个等级。19世纪时，对文化价值的等级和文化体系的层次，出现过三种不同的理解”（第9页）。第一种是以18世纪末康德、席勒、洪堡等人为代表的个人主义观。对于最高目的的自由品德的个别人格而言，法律和科学只是保障它的设置，艺术只是构成它的材料。第二种是以黑格尔为代表的国家

主义观。国家被尊为“品德意识的现实”，他们崇拜国家，民族国家及其强权的成长是世俗的最高使命，所有个人品德都被赋予这项内容；第三是超个人主义观念。把文化作为最终目标，拉德布鲁赫认为，在前两种情况下“作为‘文明’的国家和法律构成了一种纯粹的‘文化’前期，而这种文化只能在文化人类中或文化成就中才能达到其目的”（第10页）。但是，作为超个人主义观点，“它本身就是向着所有文化上的固有目标的顶峰前进”（第10页）。

2. 国家哲学体系对立的内部表现——个人主义观念，超个人主义国家观

（1）个人主义观念。它首先要求依照私人生活的观念从内部观察国家，进而使得其内部政策影响外部政策，法律与国家是效力于个别人的。首要的是效力于社会福利，使人们普遍幸福，最后才效力于他们的文化使命。国家和法只是服务于个人主义终极目标的工具。其法律秩序所关注的是保护个人的独立和自由，在这种法律目的的指导下，其国家的理想设计就是社会契约。

（2）超个人主义国家观。它首先是把国家视为一个整体，从外部、从世界的角度来看，以外部政策的需要为标准来规定其内部政策。其国家理想

的设计是“以有机体，即整体的人为图画：如同在我们的躯体之中一样，在一个好的国家中，并不是整体为了肢体的缘故存在，而是肢体为了整体的缘故存在”（第12页）。超个人主义国家观有三种表现形式：其一是实在主义现实政治，即以国家的强制力作为后盾，无条件地服从国家；其二是自然主义，即为了种族生存奋斗；其三是理想主义的历史哲学或宗教信仰，每个人都由国家人格而预先确定了他们的角色。

3. 国家哲学体系对立的外部表现——政治党派斗争

从上面的分析，我们知道了几种不同的国家哲学的观念，那么与这些国家哲学相对应的观念，表现在政党中，会出现什么样的情形呢？

（1）保守主义（保守党）。这是与超个人主义相适应的。保守主义认为国家的使命高于一切，强调国家的使命超越成员利益，即使是多数成员利益的庄严性，因为其庄严性来自于宗教和历史、上帝的恩典与正当性以及对所有国家使命至为重要的强权。

（2）自由主义（进步党）。这是与个人主义国家观念相适应的。其政治哲学思想的出发点是人权、基本权利、个人自由权利，也就是在国家以前

就已存在天然自由，国家的任务及其根据就在于对它们的保护。道德不能强加于个人，而自由主义要解放个人，使“工场工人的幸福与价值能够成为自己的幸福与价值”。自由主义推崇孟德斯鸠的分权学说，他想使君主和多数派（即议会）互相对抗，以利于个人自由的权利不受侵犯。

（3）民主主义（左翼自由主义）。这是一个与警察国家世界观相对立的，但是又与自由主义相关联的一个观点。它们认为先于国家的个人自由已由人们完全交由国家意志，即多数派意见所支持。它采纳卢梭的学说，否认分权，推崇多数派专政。就民主而论，它主张个人价值是可以增加的，多数个人意志的价值超过少数个人的价值。[\[4\]](#)

4. 两种中间立场——教权主义和社会主义

（1）教权主义不仅将保守党和自由的国家观分离，也把天主教和新教的教会观区别开来。对于新教，教会是实现个人主义价值的工具。对于天主教，教会是超个人主义宗教内在价值的载体，而不是国家；因此，在天主教国家中，可能在世俗的国家实行个人主义，在这种情况下，天主教的哲学思想是，必须在共同的信仰的基础上进行调和——寻求与左翼或右翼的结合。

（2）在社会主义之早期，国家政治的基调类

似于个人主义，其意识形态也相当于个人主义的自由意识形态。后来，社会主义的国家观有所改变，新的社会主义出现了一种由否认国家到肯定国家的历程，它趋向于超个人主义。对于共产主义，作者认为它们在思想上是个人主义，在目的上却是超个人主义。

5. 人际观念（超人观念）。

作为第三种国家观，它“不在个别或整体人格中，而是在生产或遗留下来的成就以及这种成就的总和——文化中，寻求生活的最高使命；在文化工作的保障中，寻求国家的最高使命。彼此联系的个别人并非像契约关系的主体或身躯的肢体那样，而有些像建筑业行会的建筑工人，他们不是直接地由人与人，而是间接地通过他们共同的工作在劳动分工和劳动协作中彼此联系的”（第17~18页）。他们是一种共同体，“每一共同体都是一种共同事业的、共同劳动的、共同创作的、共同文化体的共同体”（第18页）。他们把他们所处的团体作为一个整体，而不是把国家作为一个整体。这种价值观，要求国家方面只有具有它所含文化所具有的价值。对个性来讲，是献身于事业，毫无保留地附属于共同体。

二、法律目的——对自然法学派的否定

对于法律的目的，自然法学派用一种类似于具有科学上的普遍适用性的方法来分析。他们认为法律法则在所有的时代、所有的民族中是一样的，其效用也是一样的，是以自然法为根据的。但是作者对此持否定的态度，他认为，对于法律目的的回答，只能通过派别的观点来阐述，并无其他途径。因为什么样的派别反映什么样的法律目的，而法律目的是决定法律秩序的构造，而且对其代表人来说，这种构造也同样很“自然”。也就是说，由于派别不同，他们的法律目的是不同的，而不能认为不同的国家、不同的历史时代的法律目的是相同的。他认为“自然法思想是一个错误，是一个‘世界史心计’，把想使之生效的法律冒充为已经生效，把想使之失效的法律冒充为已经失效”（第20页）。但是由于受到法西斯暴行的触动，作者的思想在晚年有了重大的改变，转而开始承认自然法思想。

三、法律的安全优先

当法律与道德发生冲突时，即不公正的法律与道德的正义发生冲突时应当如何协调？作者认为，

公正和合法性（包括不公正的法律，但是是合法的）都是道德上的价值，但是，两种价值哪种是较高的价值，他区分了两种情况：其一是强调公正对法律安全的无条件优先，摈弃制定法和立法的力量，这将会导致无政府主义的立场，因而是不可取的；其二，公正的法律安全处于首位。即以法律的安全优先，就像法律工作者，他们的法律感觉应当服从权威的法律命令。作者分析了法律工作者对法律的态度后，谈到法律有两种使命：一是安全，维护法律秩序，社会秩序；二是公正。公正是法律的双重重要使命，但首要的是安全。同样，作者在经历了纳粹的暴行后，在晚年，思想有了重大的改变，认为法律必须是良法，转而强调法的正义性。

【延伸阅读】

[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版。

[德]考夫曼著：《古斯塔夫·拉德布鲁赫传：法律思想家、哲学家和社会民主主义者》，舒国滢译，法律出版社2004年版。

【精彩片段】

超个人主义观

在此，关于法律和国家的使命出现了两种对立的观点，以致在最细微的政治争论中也会表明，我们始终要遭遇到这种对立。其中一种观点认为，法律与国家乃效力于个别人们——首先是效力于他们的社会福利，“普遍的幸福感受”，最后才是效力于他们的文化使命。法律秩序关注的是，人类不必像哨兵那样两眼不停地四处巡视，而是要能使他们经常无忧无虑地仰望星空和放眼繁茂的草木，举目所及乃实在（Dasein）的必然和美好，不间断的自我保存的呼救声至少有一段时间沉寂，以使良心的轻语终归能为人们所闻。这样，便奠定了人性文化、科学、艺术和道德构成的首要前提条件。根据这种观点，法律于是也就有了道义上的尊严，而这种尊严暂时还源出于品德上的价值，对于个别的法律同仁来说，法律具有这种价值；所以，法律仅仅推导出了个人主义伦理价值，而非自身价值。这样一种超个人主义的，与所有除此之外可能给予个人的价值相对独立的、独立的自身价值，赋予国家及其法律秩序以另外一种观念。

这种超个人主义国家观的所有变型都或此或彼地表明，它们首先是把国家作为一个整体，进而从

外部、从世界舞台的角度来看，并且以外部政策的需要为标准来规定其内部政策；而个人主义则首先是依照私人生活的观念从内部来观察国家，进而使得其源于内部政策的外部政策得以成长，就如同长久以来可奉为榜样的瑞士一样。不过，作为超个人主义国家观的依据，汇集有极为不同的世界观：实在主义现实政治，即将国家本身的强权意志作为有拘束力的现实存在而接受，并且还为此意志拒绝寻求任何一种背离祖国需要的合理性；自然主义，对它来说，国家的奋斗意味着为生存而奋斗的超个人形式，即种族生存奋斗；最后，还有理想主义的历史哲学或宗教信仰，它们展示了一幅人性发展的美妙蓝图，在此蓝图中，每个人都由国家人格而预先确定了他们的角色。对于这种立足于国家及其法律秩序之上的绝对激情，所有个人主义的法哲学都不能有任何同样的感召力与之对抗。对它们来说，法律和国家只是服务于个人主义终极目的之工具的工具，是最普遍之目的性的技术性处分，是必然的痛疾。而且，虽然个人主义也有其绝对激情，但这种激情却仅仅在于它不同于对法律与国家的那种激情，即对个性的激情，亦即或此或彼游离国家思想的激情。“国家终止之地，始有不是多余的人类；始有必然之歌，即永恒和不可替代的智者”。[尼

采—琐罗亚斯德 (Nietzsche-Zarahustra)]

两种观念中的每一种都是以一个图画来设想其国家理想。超个人主义观念以有机体，即整体的人为图画：如同在我们的躯体之中一样，在一个好的国家中，并不是整体为了肢体的缘故存在，而是肢体为了整体的缘故存在。个人主义观念是以一种愈来愈著名的契约为图画：只有这种契约才可使国家合理化，这个国家仅仅通过意愿自由的、完全可以理解的自私自利的成员而实现其共同聚合。给国家这样一种标准，随之而来的必然是路易十四世“朕即国家”……这一王者之言的破灭。于是便有了卢梭 (J . J . Rousseau , 1762) 撰著的一锤定音的《社会契约论》，它成了法国大革命国家理论的思想武器库。与此相反，阿格里巴 (Menenius Agrippa) 神话意义的广泛传说却把消减公民纷争的功劳归功于有机的国家理论。赋予法哲学——法政治学价值标准以富有鼓动性的鲜明生动，正是这类概念的目的所在。这些概念不去发现国家形态的要求，却要发现有关国家产生的解释，这是一种如此经常而又严重的误解。社会契约理论认为，一个合理国家必须通过考虑通过其成员的契约产生，而不是历史上的国家可能实际通过此契约产生。能像卢梭开宗明义之言一样，使个人对于国家的服从正

当化，我以为并无不可；但它所带来的相反情况，我则不了解且毫无涉及。但是我们如今知道，最古老的国家产生无论如何不是源于契约，亦不是由于个人有目的地创造行动，而是历史发展的结果所构造的。而且，在诸如有机的人的共同体生活中，这种整体性比其部分性更为久远。假使有机性和契约是国家产生的方式的说明，那么，其争议就适合在有机国家理论意义上的判断，在两者之间作为截然对立的国家理想的概念，完全就像理想之间一样，是不能以科学的普遍适用性予以选择的。国家哲学观的对立要求我们的并不是一种判决，而是一种判断；这种理解必然在上述对立面前沉默无语，只用那种由人性深处的自我意识所创造的意志，才能不同于人际之间实现这种选择：一句名言说道，什么样的人选择什么样的哲学。

国家哲学体系这种对立的外部表现是政治党派的斗争——在今天，即使党派团体由一种有争议的国家理想组织日益转变成有争议的阶级利益和广泛的意识形态组织，情况仍然如此。曾经为保守党提出过超个人主义口号的弗里德里希·尤利斯·斯达勒（Friedrich Julius Stahl，卒于1861年），曾有一种法哲学观点，即“是权威，而非多数”。保守主义因此而强调国家使命超越国家成员利益，即使是

多数成员利益的庄严性，最初的并非起源于臣民本身服从国家意志的权威，其庄严也并非是由于民众的意志，而是由宗教和历史，上帝的恩典与正当性以及对所有国家使命至为重要的强权而来。反之，个人主义理论，即国家的所有尊严都来自个别的封授，国家除了因个人而具有的价值之外，不可要求其他价值，这就是自由主义国家学说。在个人利益中，国家以经验占有一种对现有国家机构有价值或无价值的现成尺度，并且使之成为批评与改革的工具，成为“进步党派”的基本理论。但“保守主义”那超个人主义的因而也是取自上天的超经验主义的尺度，则无能力保持历史的既有现实，亦无能力把世界史上潜移默化的智慧予以进一步发展。“进步党派”这种标志强调着个人主义与保守主义的对立，所以“自由主义”这个名称是要针对警察国家而强调其斗争立场。即使后者也显然以其格言的前一部分接受了个人主义：即“一切为民，全不由民”（all für das Volk——nichts durch das Volk）；而自由主义的斗争只针对这格言的后一部分。警察国家想要使个人感到幸福或给其以教育，现在还不能确定；自由主义要解放个人，以此使工场工人的幸福与价值能够成为自己的幸福与价值。根据它的看法，道德价值不能强加于人，而只

能由本身的一种自由行为获得。

(第11~14页)

【名言佳句】

但是事实表明，除了通过列举各种各样的派别的观念来回答法律的目的这个问题以外，似乎别无可能……于是自然法思想就曾是一个错误，而且是能够想象到的最富有成果的错误。这是一部古老的“世界史心计”(List der weltgeschichte)，它把想使之生效的法律冒充为已经生效，就这样，百年之久的启蒙运动在永恒且放之四海而皆有效的自然法错误的旗帜下，取得了其法哲学挑战的胜利。

(第19~20页)

在具体的，尤其是在自己的案件中同样也很难去了解总体法律生活的概况常常置于法律工作者眼前的道理：即比较重要的是给争议设置一个结局——无论是通过法律而为法律规则的争议，还是通过有法律效力的判决而为具体法律案件的争议——其次，才是给争议设置一个公正的结局，即一个法律秩序的存在较之于它的公正更为重要。公正是法

律的双重重要使命，但首要是法律安全，即安宁。
(第22页)

(朱 佳)

注 释

[1] [德]拉德布鲁赫著：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社2003年版，第185页。

[2] 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第284~285页。

[3] 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第285页。

[4] 吕世伦主编：《现代西方法学流派》（下卷），中国大百科全书出版社2000年版，第967页。

26 . 拉伦茨：《法学方法论》

【推荐版本】

[德] 卡尔·拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

卡尔·拉伦茨 (Kari Larenz, 1878 ~ 1970)，德国当代民法学界的泰斗，著名的法律哲学家，新黑格尔法学派 (Neuhegelianismus) 代表人之一，德国慕尼黑大学法学教授。拉伦茨早年即享有威名，其巨著《民法总论》和《债法总论》等系列著作，代表了德国当代民法学的最高成就的重要部分。[\[1\]](#)

拉伦茨在民法学领域提出的不少理论深受德国民法学界的推崇，并在其他大陆法系国家民法学者中亦影响甚巨。例如对“损害赔偿之规则原因”以及契约责任与侵权责任的竞合等问题，拉伦茨都有新观点提出。

同时，拉伦茨作为法学方法论的权威，是承接萨维尼、耶林以来德意志法学思想传统的中坚人物，以德国法学自明之理及方法论进行方式的前锋线上学者的身份，使德国法学主流由历史法学、利益法学发展到今天兼顾法的安定性与法的时代感的新评价法学。确立这一地位并使他取得经典作家的美誉的最重要著作，就是他在1960年初版以及之后不断回应学术挑战修订再版的《法学方法论》。自19世纪末20世纪初以来，法学方法受利益学说的洗礼，承认法规范及法律判断均包含价值判断的要素；现代法学方法的课题即在于寻找使价值判断客观化的方法，而拉伦茨《法学方法论》一书堪称此项努力的典范。

当然，拉伦茨也是继柯勒之后“新黑格尔主义法学”的主要代表之一，作为新黑格尔主义法学的代表，由于抛弃了黑格尔哲学中的进步因素和合理内核，而把黑格尔的国家主义、绝对主义和狭隘的民族主义推向极端，也不强调柯勒关于法是一种文明现象的观点，从而使黑格尔主义法学逐渐演变成为法西斯政权效劳的理论。但不管怎样，拉伦茨教授在民法学上和法哲学上的权威地位是举世公认的，其做出的巨大贡献也是不可磨灭的。

【内容精要】

拉伦茨完成这本著作的出发点是为了减轻法学的烦恼并且确立对法律科学的足够信念。而台湾地区学者陈爱娥博士以极大的耐心和细心将其翻译成中文版本，为中文书库添加了宝贵的一本域外法学巨著。拉伦茨的理论是非常深奥的，可以说，必须反复阅读，才能接近它的思想精髓。从这本书开始，他使人们更坚定地认识到，法学问题本质上是法学方法问题。非常重要的一点是，拉伦茨在这本书中所作的工作是细致的，他对整个法规范实践的客观化过程的具体方法和具体步骤作了极为清晰的论证。正是这样细致的论证，才使他的理论保持了合理的价值。所以，这本巨著，当之无愧地代表了今天德国法学思想和法学方法的基本立场。正因为如此的学术价值，陈爱娥博士对这本书的中译出版欢喜得不能自抑，引用莎士比亚的诗句说：“我们历尽了千辛万苦，终于在乱麻中采获了这朵鲜花。”

本书细述现代法学方法上论辩的情况，以及寻找适当之法规范的方法所持的见解。藉本书之助，当可了解法学何以资格称为一种科学。所谓“法学方法论”，（Methoden lehreder

Rechtswissenschaft) 乃是一个总括性的题目。拉伦茨自己也谈到了这一点。他说,《法学方法论》的对象,是法解释学的方法,而不是法理论、法社会学和比较法学的方法。且所称法解释学,一般也应将其限定于私法学的领域,即关于私法的法解释学。本书是供学生使用的节略本,介绍了19世纪初至20世纪第一次世界大战结束期间德国的法律理论和方法论,使读者在作者庞大的理论体系中辨析源流,把握德国法学理论和方法论的本质与概貌。

《法学方法论》一书中的问题背景仍然是康德式的。德国的法学自19世纪开始经历了概念法学、历史法学、自由法学、利益法学等沸沸扬扬之后,亟待寻求一个可靠的支点。拉伦茨接受了新康德主义关于事实与价值的区分,在《法学方法论》的开篇就讨论了这些问题。

拉伦茨首先指出法学研究中价值评价的必要性:“当法官决定采纳类推使用方式时,当法官衡量相互冲突的法益时,或者当法官考量生活关系的新发展及改变时,他们都要以价值判断为基础。”(引论第19页)然而流俗的见解认为,价值判断纯系个人主观的评价,无法达到如经验科学一样的精确性。拉伦茨认为,以价值评价为基础的法学方法必须克服这种主观任意性,发展出一套科学

的方法，以寻求一种客观性，他指出，“认为只有在逻辑学和数学的领域，或者只有对可以借经验来证实的事实才能做‘恰当的’陈述，这种学术概念不仅对法学，同样对其他科学来说也是太狭隘了。本书将指出，法学针对‘价值取向’的思考也发展出一些方法，借助它们可以理解及转述既定的价值判断，而进一步的评价行为，其至少在一定的界限内，必须以这样的先决的价值判断为准则。……然而大家必须了解，以这种方式获得的结论，其可靠性以及精确性绝不可能达到像数学上的精确程度。”（引论第20页）

拉伦茨借助事实与价值的区分，将法学定义为一种：“规范的科学”，它探讨的是规范的意义和效力问题。对此，需要区分“规范的效力”和“规范的实际效力”。前者是指规范作为行为要求或标准，具有怎样的约束力，它显示了规范的“应当”的性质；后者则是指规范的实际贯彻实施的情况，他是社会学描述的规范的“实然”状态。质言之，与事实有关的问题有“真假”之分，与规范有关的问题只有“应当”和“不应当”之别。举例来说，如果某人受契约的约束，“应当”遵守契约，并不等于“假使它不遵守契约，将会受到法律的制裁”，因为即使预期的制裁不会发生，在规范的意义

义上，他仍受到契约的约束。这就是规范科学与经验科学的不同之处，拉伦茨借此为法学方法论寻找了一个起点。

本书一方面细述现代法学方法上论辩的情况，并把描述与评论现代法学方法上的论辩作为发展其自身理论的基础。本书另一方面指出“利益法学”带来的诸多问题，如在许多案件中，法官的价值判断可能会取代立法者的价值判断。另一方面，拉伦茨条理井然的说明自己对确定待办的案件事实，以及寻找适当之法规范的方法所持之见解，并形成了一个鲜明的理论体系。他认为：法学方法论及其与诠释学的联系，可以对法学适用的方法提出批判。因此，法学方法论亦应考量，法秩序本身对法院的活动会有一些的要求。然而，反省必须与学科本身紧密相关，因此，方法论亦不能离开法学而独存。作者在书中以重墨说明“法条的理论”，详细阐述法条应如何适用。他将法条使用的逻辑模式称为“确定法效果的三段论法”。在其中，一个完全的法条构成大前提：将某具体的案件事实视为一个事例，而将之属于法条构成要件之下的过程，则是小前提；结论则意指：对此案件事实应赋予该法条所规定的法的效果。对于这一推论程序，作者指出主要问题便在于如何正确地形成前提，并分章进

行说明，从而清晰地阐明法条使用的逻辑模式，以及此种模式的作用及界限。

基于法治明确性、稳定性的要求，对实证法的认识和解释，当然是法学方法论的第一要义。其主要任务是在以裁判为中心的考察下，如何运用解释法律的方法，使法官在现行法中获得用作解决案件纠纷的大前提。因而法学方法论首先是一个法律实证主义的问题，即“发现法律”，而不是“发明法律”。

在法律语言不明确的地方，首先运用法律解释的方法论来解决。这种法律解释的任务就在于：清除可能的规范矛盾，解决法律规范的效力范围，并划分法律规范彼此间的界限。拉伦茨总结的法律解释的具体方法如下：（1）字义是揭示的起点，一般而言解释不能逾越法律词语的字面意思；（2）考察法律的意义脉络，即在上下文语境中进行解释；（3）历史的探究立法者的原意、目标及理由；（4）依据法律的客观目的（如公平合理地裁决纠纷）来解释法律；（5）解释法律不得违反宪法。除此之外，影响解释法律的因素还有：追求正当的个案裁判和法律规范环境的变化。

即使经过上述的法律解释方法的过渡，法律仍然会有漏洞。因此必要的和可能的做法就是承

认“法官造法”，拉伦茨称之为“法的续造——解释的延续”。于此，他区分了三种“法律解释”：（1）最狭义的解释的界限是可能的字义范围，就是上文已述的实证主义式的解释方法；（2）超越（1）的界限，而仍在立法这原本的计划、目的范围内的法律解释，性质上是漏洞填补，又称“法律内的法的续造”；（3）假使法的续造超越了（2）的界限，如仍在整体法的基本原则范围内，则属于“超越法律的法的续造”。

拉伦茨认为，这三种法律解释是按照解释活动中的创意的多寡来区分的，其间只是程度不同而已，从最狭义的法律解释，几乎没有中断的过渡到开放的法的续造阶段。

法律内的法的续造是针对法律漏洞的。法律漏洞是一种法律计划的不完善性，即立法者对本应规整的事项未能预见到，从而形成的立法盲点。法律漏洞分为开放型和隐藏型，前者是就特定时间、法律欠缺使用的规则，如德国民法没有规定实际生活中的“预约”等；后者是某类事件，法律虽有得以适用的规则，但以其目的及意义而言，对此类事件并不适宜，例如某条马路不准停车，那么正在救火的消防车可否停车？对于开放型漏洞，通常以类推使用的方式予以填补，即将法律针对某构成要件

[A (a,b,c,d)] 而赋予的规则，转用于法律为规定的、与前述构成要件相似的构成要件

[B (a,b,c,d)]，转用的基础在于，两者的构成要件彼此类似，应作相同的评价。对于隐藏型漏洞，则通过目的性限缩填补之，即对法律规则添加合乎法律目的要求的限制。

超越法律计划之外的法的续造，则需要更大胆的创意。拉伦茨以为，在不抵触法秩序的一般原则及宪法秩序的情况下，这种“法外之法”，仍然是正当的，且有规律可循。拉伦茨详细总结了如下几种法的续造形态：（1）鉴于法律交易上的需要从事法的续造，例如担保让与、期待权即属于此类；（2）鉴于“事物本质”从事法的续造，例如根据事物本质要求，未成年人与成年人在智力上有差别，所以对两者可以做不同的治理；（3）鉴于法伦理性的原则从事法的续造，例如根据诚实信用原则，德国民法实践发展出权力滥用、情势变更、契约附随义务、缔约上的过失等种种理论与制度。

从法的续造可以看出，拉伦茨所谓法学方法论，已远远超出实证主义式的、作为技艺和手段的法律解释，毋宁说法律解释再次获得了形而上学的、本体论的意义。因此拉伦茨的法学方法论是一种法律的技艺与法律的本体性存在的统一性。

拉伦茨通过描述并评论现代方法上的论辩，提出法规范和实践的关系点，及当为和实存的关系点是：不可分割的“结构交织”，或者说成立“循环学上的论证”，法官要在法律和事实之间“眼光往还流转”，并且其价值判断不能脱离循环中的法规范的规范作用。法的这种规范作用，或者说法律相对固定解释的理由，在于：仅仅付诸个人的法律感觉断案，不能带来可靠的公正，法官只有采取循序渐进的方式，才更可能达到以普遍或平等原则为基础的公正。这些方式，就是通过确定的解释方法以及法的续造方法，立于一些重要步骤，更少遗漏地确定有关法规范的隐含意义或可能扩展的范围，以便能对待判案件作进一步的彻底思考。案件的裁判过程就是在这种基础上的一个思考性的法律适用过程，在确定事实与法律要件的归属关系中，没有真正的涵摄，只有判断的归属，所以，只有思考越深，法规范内涵（静的到动的方面）展现的越透彻，这种归属就越具有可靠性。

拉伦茨没有否认法律的价值属性，他明白，法律和它的实践是人类活动的一部分，因此必然在所有的环节浸入人的价值因素。这就是所谓法治下的人治因素。但是，他注意到法律之所以应该是制度实在，是以它的安定性和普遍性为理由的。追求个

案特殊的具体的公正的企图，对我们人类实践来说，不仅是没有效率的，也是不可能的，相反，法规的普遍化和普遍实践，是我们可能而且不得不采用的模式。所以，现代法学的课题不在其他，而在法学方法：寻找使价值判断客观化的方法，以保证法的普遍性和法的安定性在切合时代使命的目标下得以客观地向前推进。

【延伸阅读】

[德]拉伦茨：《德国民法通论》，谢怀拭等译，法律出版社2003年版。

【精彩片段】

每种学问都运用一定的方法，或遵循特定的方式来答复自己提出的问题。然则法学是运用何种方法呢？本书所称的“法学”是指：以某个特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限，借以探求法律问题之答案的学问。

（“引论”第19页）

……

以下要论述的是法学的方法论。我们已经将法

学定义为：以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学，质言之，其主要想探讨规范的“意义”。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容，以及法院判决中包含的裁判准则。

(第77页)

规范性效力系指：“据以衡量人的行为之行为要求或标准，其所具有的准则性或拘束性”。它与规范的实际效力不同，后者意指规范的效率或其贯彻施行的机会。马克思·韦伯最盛赞此种分别，更以此为主要根据来区分法学及社会学的方法。当一个法律家问到某一法律是否“有效”时，它不是想探究该法律是否总是或经常被遵守，毋宁是想了解，该法律作为规范所具有的效力请求权是否——依宪法的规定——透过立法行为被正当化。为答复此问题，它必须探讨，使规范生效的行为是否是由……该优先规范所定的程序所作成，其内容并符合该优先规范所提出的要求。总之，为确认规范的效力，必须以另一种规范为准则。属于此等规范的不仅包括，规定立法权限以及立法时应遵守的程序之宪法规范，毋宁亦包含所有限制立法者的规范形成自由之规定，因为它们“作为直接有效的法规范”亦拘束立法者，例如，以基本法的明确规定（第一条第三项），基本权就具有此等效力。

.....

第一款 (完全) 法条之构成部分

每个法秩序都包含一些规则。假使这些规则同时是裁判规范，则有权就争端的解决为裁判者亦须依此为判断。大部分的法规则都同时是国民的行为规范及法院或机关的判断规范。此处所指的“规则”具有以下两点特征：其具备之有效性要求，质言之，其系有拘束力之行为要求，或有拘束力之判断标准——其规范性特质——；其次，其非仅是用于特定事件，反之，于其地域及时间的效力范围内，对所有“此类”时间均有其适用——其一般性特质。法律规则可以出现在法律、所谓的习惯法中，可以由现行有效的法规范中推论出来，也可以透过具体化法律原则而得，这些都是法院经常从事的工作。

(第132页)

第二款 法条作为规定语句·对命令说的批评

法条真的要么是令行，要么是禁止，换言之，不是课予特定人作为义务，就是课予其不作为义务吗？这正是——在法理论学文献中极为流行的——命令说的见解。它认为，所有的法律规定，最后都可以转化为令行或禁止一定行为的语句，质言之，转化为命令，并且“法条”一词只适用于命令。

(第134~135页)

.....

只要法律（更精确地说，体现在法律、习惯法及一贯的司法裁判中，立即可供应用之法条的总体）有“漏洞”，法院就具有续造法的权限，此点并无争议。“法律漏洞”的概念虽然不能界定法的续造之可能界限，却足以划定——应受法律的规整意向、计划及其内含目的拘束之——法律内的法的续造之界限。反之，只在特殊条件下，才容许法院作“超越”法律的法的续造（下文第四节）。何时存在有“法律的漏洞”，这点需要更详尽的说明。或许可以主张，当而且只有当法律（以下均以“法律”之称体现在法律及习惯法中，已在适用之法规的总体）对其规整范围中的特定案件类型缺乏适当的规则，换言之，对此保持“沉默”时，才有法律漏洞可言。但却也有所谓的“有意义的沉默”存在。.....不容许借司法裁判来创设（或重新引入）

这种法律制度到我们的法秩序中，因为法律于此并无“漏洞”。此外也有下述情况：依法律可能的字义，似乎已经包含可供适用的规则，然而，依规则的意义及目的，其不宜适用于此。于此，法定规则需要另一限缩规定，就此未为规定，亦可被视为一种“漏洞”。因此，“漏洞”与“法律的沉默”并非一事。

(第249~250页)

【名言佳句】

本书所称的“法学”是指：以某个特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限，借以探求法律问题之答案的学问。

(引论第19页)

国家法律对于法官（也）有法的拘束力——就认识现行法而言，其亦拘束法理论家。

(第41页)

借助定义，概念可被确定到如下程度：“当而且仅当”该定义的全部要素在具体事件或案件事实全部重现时，概念始可适用于彼。

(第100页)

我们要处理的是一个比较容易答复的问题：在一个由评价准则所构成的，虽然只是被粗略界定之既有的体系范围内，能否就其内容、效力范围及重要性作一些——于此体系范围内——可主张其具有“正确性”的陈述。就此，我们必须作肯定的答复。

(第117页)

判断者以“未经加工的案件事实”为出发点，将可能可以选用的法条——检试，判处详细审视之后认为不可能适用者，添加经此过程认为可能适用的其他条文。

(第163页)

解释乃是一种媒介行为，借此，解释者将他认为有疑义文字的意义，变得可以理解。

(第193页)

(张 平)

注 释

[\[1\]](#) 何勤华主编：《二十世纪百位法学家》，法律出版社2001年版，第308~311页。

27 . 牧野英一：《法律上之进化与进步》

【推荐版本】

[日]牧野英一著：《法律上之进化与进步》，朱广文译，孟祥沛点校，中国政法大学出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

牧野英一（1878～1970），生于日本岐阜县高山市。1899年，牧野英一考入东京帝国大学法学部，专业为刑法与法哲学。毕业后他担任了见习司法官，同时担任东京帝国大学法学部讲师，教授法国法，并参加了《法学志林》的編集工作。牧野英一1906年起在母校教授刑法，1907年晋升为法学部副教授。1910年，他赴欧洲各国留学，3年后回国，成为东京帝国大学法学部教授，先后担任了刑法、刑诉法、刑事学和法理学的教学工作，直至1938年退休。1936年出任帝国学士院会员。1946年，被日本天皇指定为贵族院议员。1948年，担

任日本国立国会图书馆专业调查委员。1950年，荣获“文化勋章”。1951年被选为“日本文化功劳者”。1965年又获“勋一等瑞宝章”。牧野英一一生中担任过很多其他职务。如：法制局参事官、东京商大名誉讲师、法律调查委员、临时法制审议会刑法改正调查委员会委员、中央公职资格审查委员会委员长等。[\[1\]](#)

牧野英一是日本著名的刑法学家、法哲学家。他是日本新派——主观主义刑法学最具代表性的学者，是日本现代刑法学的倡导者。在日本刑法学史上，牧野英一对明治、大正、昭和年间刑法思想影响最大，而且持续时间最长。他从研究活动的最初时起，就不单纯是刑法注释学者，而是一位博大精深的法学思想家。他广泛注视着当时世界的各种法律思想，并积极将其纳入自己的学说展开论述。因此，牧野英一对刑法解释方法以及刑法方法论的众多问题，表现出极大的兴趣，在他的庞大的著述中也较多地论述了方法论问题。他的基本思想在其晚年的著作中仍然贯穿如一。

牧野英一著作等身，仅主要论文就有120多篇，撰写、编订的主要书籍达110多本，其中影响较大的有：《刑事学的新思潮和新刑法》（1909年，警眼出版社）；《刑法和社会思潮》（有斐阁

1916年版)；《刑事诉讼法》(1916年有斐阁出版，教科书)；《日本刑法》(1916年有斐阁出版，教科书，1937年总论增订，1938年各论增订)；《罪行法定主义和犯罪特征论》(1918年)；《法律的矛盾与调和》(1919年)；《刑法重点的变迁》(1929年)；《刑法中法治国思想的展开》(1931年)；《刑法总论》(1948年有斐阁出版)；《刑法各论上》(1950年有斐阁出版)；《刑法各论下》(1951年有斐阁出版)以及从1919年到1967年出版的，编入法律学丛书第6编到第62编之中的《刑法研究》第1~20卷等。

【内容精要】

《法律上之进化与进步》出版于1924年，分正文与补遗两个部分。前者是本书的核心，后者则是围绕前者所做的进一步的补充和说明。

牧野英一在本书的伊始即提出法律的矛盾性，即，一方面“法律系由于社会生活之结果而成立之状态”(第1页)，即法律是社会的事实；另一方面，“法律系支配社会生活而行之者”(第1页)，即法律是社会的规范。作为社会的事

实，“法律其本来之性质为保守的”（第57页）；作为社会的规范，法律又不得不随着社会的发展而不断发展，“是故由法律本质当然之结果而言之，其保守的属性殆常有失去之倾向矣”（第58页）。要解决这个矛盾，就需要在法律的解释上予以突破。牧野英一主张“法律解释的解放”，即“社会的解释，系从新社会的理想运用法律之意，系以新社会的理想代替法律制定上、事实上之趣旨而推度法律之适用者，而所谓法律之缺陷同时亦以此新社会的理想以填补之也”（第60～61页）。

如何实现“法律解释的解放”呢？他“以法律为有弹力性之物，俾其能以应化于社会生活而为吾人之文化的生活资料者也”（第65页），并引用法国法学家萨累伊所揭示的三种方法，即：“第一系类推方法。类推方法在判例之进化甚有作用之例证者也。……第二系直接诉之于社会一般之思想。法律以公之秩序、善良风俗为标准而定法律行为之效力者，依此方法之适用，实属最为显著。……第三系比较法学。法院所认为之新理想，若在外国有认之之立法例、裁判例以及学说时，则多可认为系其新原则之客观的根据矣”（第65～67页）。由此，“社会诸势力之平均关系，一有进化，法律即亦随之而进化焉”（第61～62页），这就是法律

之进化，而当我们由价值判断上来评判法律进化的事实时，就会将法律之进化视为法律之进步。

牧野英一 是日本新派——主观主义刑法学的代表。他在刑法学领域中的基本思想前提，是贯穿于他的所有著述的“进化论”。他从“刑法随着社会的进化而进化”这一命题出发，认为社会的进化有两种法则：一是制度从本能的、反射性的东西转变为有目的的、自觉的东西；二是制度从简单的东西转变为分工的、周密的东西。社会是在协调共同生存与生存竞争这一对矛盾中进步的。犯罪是社会中的生存竞争所产生的一种余弊。因此，随着生存竞争的激化，犯罪也会自然增加，其增减是受一定规律支配的。针对犯罪的进化，刑法也必须与之相适应，必须经过一定的社会学研究过程而随之进化。刑法的进化，是从传统的、原始的复仇时代开始，进入由国家掌管刑罚的威吓时代，然后随着国家的发展进入以保障人权为背景的人道、博爱时代，最后进入采用科学研究成果的科学时代。[\[2\]](#)

在本书中，牧野英一在总结历史的基础上，试图归纳出法律进化的规律。他认为法律是从不成文法状态进化到成文法状态；是由秘密法状态进化到公开法状态；是由义务本位进化到权利本位；是由公法而逐渐进化到私法。在这个过程中，一方面私

力逐渐公权化。另一方面，伴随着19世纪个人主义、自由主义的发达，私法逐渐呈现出个人化的趋势。

牧野英一的进化论见解是受了他的老师穗积陈重和冈田朝太郎的“法律进化论”的影响，他从中学到了“法是社会的力量，作为社会力量的法律在从无意识状态向自觉状态的进步中，有了人文的发展”这一命题，并对此表示赞同。但他并没有全盘照搬老师的观点，而是对其进行了“扬弃”。

从刑法的进化论出发，牧野英一提出了目的刑和教育刑论、主观主义的刑法理论。

首先，牧野英一认为，从方法上讲，旧派刑法学理论的报应刑主义是回顾性的东西，而目的刑主义则是展望性的东西，两者存在根本差别。报应刑主义把报应作为先验的伦理原则，以自由意志应负责任这种回顾性的方法处理问题，对展望现实的犯罪对策毫无作用；而目的刑主义以社会保全为指针，不采取镇压，而采取预防，不采取武力，而采取科学的方法，把改造和教育犯罪人作为首要任务。这样，目的刑、教育刑与所谓特别预防论相结合，朝着展示行刑改革的改善刑进化。牧野英一有一句名言：“刑罚就是教育”^[3]，可以说是比较简练地概括了他的这种思想。

其次，牧野英一倡导主观主义的刑法理论。牧野英一认为，所谓客观主义，是根据犯罪事实的轻重来科刑的一种观点；而主观主义，是依据犯罪人再进行侵害的可能性即恶性、社会危险性的程度来决定刑罚。牧野英一指出，客观主义之所以向主观主义进化，是19世纪后半期将实证方法应用于犯罪人研究后，因偶发罪犯和常习累犯的不同以及对其在处理上要求实行个别化的必然结果。他认为，刑事责任本质在于刑罚，其根据就是主观恶性和预防将来的危险。^[4]“刑事责任之轻重，殊不应依事实之大小而定……凡此皆系注重犯人恶性之深浅而期待于改善也”（第33页）。“所谓行为之违法性者，系其行为违反公之秩序、善良风俗也。虽为《刑法》各本条所规定之行为，然若不违反公秩序、善良风俗时，则不为犯罪。……即在其他泛而言之，凡不违反公之秩序、善良风俗者，皆不应为罪也”（第35页）。

当历史进入20世纪，法学理论界流派纷呈。牧野英一在本书中对自然法学派、历史法学派、功利法学派和社会法学派进行了——审视和评判。

对于自然法学派，牧野英一认为其特色为，“其研究方法系以自己之理性为基础”，“注重自由与意思”（第43页）。他肯定了自然法学派

的进步意义，“彼之功绩，系在将吾人由中世之束缚而解放之，于法律之理想的考察与以基础也”（第44页）。但同时他亦指出，“自然法学派者，仅由自己之立场以论法律之理想者也。……其思想虽为热烈的活跃，然其所论终不免于架空”（第9页），“彼自然法学派者亟亟惟理想法之是鹜，于法律与社会生活之实际，遂致失诸疏略，因而其改革的运动多不免于突飞〔流产〕。又，自然法论者以为法律仅得依理性而明之，其与一般民众确信之关系则竟置诸度外，于法律之实际的意义遂致未能洞悉，因而其改革的主张毕竟亦屡难实行焉”。（第45页）

对于历史法学派，牧野英一认为，“说明法律之发达与国民精神之发现，此诚历史法学派之特色也”（第45页），然“历史法学派者以法律之基础在于国民之确信……以法律为自然的发达物，系其优点同时亦其缺点也”（第46页），故“历史法学派者，仅以当然之历史的过程理解法律之发展者也。……其实证的根据虽甚确固，然于吾人之自律的作用又甚未顾及也”。（第9页）

对于功利法学派，牧野英一认为，功利说“主张利益之观念，以为权利之本体并非自由或意思而系利益焉。……其舍‘自由’而采‘利益’之点，

在此新趋势中，恰属适应社会之必要，足为有力之说也”（第48页）。然而，该说“仅系说明主张个人相互间之利益，而于社会本身之有机的浑一体，则殊未加以说明也”。（第48页）

对于社会法学派，牧野英一认为，该派“其出发点皆在于注重社会”（第49页），其特点在于注重法律的缺陷和处理法律事务时置重法律的实际作用，“即系舍弃论理的方法而采取目的论的态度”（第52页）。牧野英一对该派主张基本持肯定态度。他突出强调并一贯主张“法律社会化”的观点，因此他被认为是社会法学派在日本的代表人物。

作为社会法学派在日本的代表人物，牧野英一非常强调对共同生活的重视，“共同生活之维持，实为法律生活所不可缺焉者”（第18页），主张紧密联系社会生活探讨立法以及法律适用，并在此基础上主张“法律之社会化”。何谓“法律之社会化”？牧野英一认为，历史上个人主义、自由主义的兴起和法律从义务本位过渡到权利本位是历史的进步，但是随着社会的发展，正义观念将转化为公平观念，个人主义、自由主义将发展为团体主义，权利本位原则将过渡到注重共同生活的原则，此项新趋势就是“法律之社会化”。尽管由近世至现代

法律之进化，可归结为法律之个人化和权利化，但是法律必须以团体生活的存在为前提，离开团体生活而单言法律之个人化和权利化，该用语本身就存在矛盾。同时，“所谓法律之个人化、权利化者，系谓法律离其为权力阶级之法律，而为一般庶民之法律也。于次意味之个人化、权利化，实则即系社会化的事实矣”（第96页）。因此，法律之社会化与自由主义精神和个人化、权利化并不背驰。牧野英一最终得出结论，“法律之进化系常在于使法律社会化也”（第95页），这正是本书所要表达的中心思想。

【延伸阅读】

顾肖荣、陆庆胜：《牧野英一》，载李海东主编：《日本刑事法学者》（上），法律出版社1995年版。

[日] 牧野英一著：《日本刑法通义》，陈承泽译，李克非点校，中国政法大学出版社2003年版。

何勤华著：《当代日本法学——人与作品》，上海社会科学院出版社1991年版。

何勤华著：《20世纪日本法学》，商务印书馆

2003年版。

【精彩片段】

法律上之进化的事实与进步的理想

吾人理解法律，得由两面观察之。其一，以法律系由于社会生活之结果而成立之状态；其二，以法律系支配社会生活而行之者。前者乃以法律为存于社会之自体，后者则以法律系由社会以外之或者向社会所施之力矣。

例如他人之所有权不可不尊重，负债者应行清偿，如斯之规则，何故要理解其系法律乎？

所有权之尊重，契约之履行，此乃社会自体自然而然之现象也。苟使已成为社会，则所有权自然要尊重之，契约自然要履行之。当吾人相互尊重所有权、履行契约而生活之时，遂为共同生活，即系社会生活矣。

……

凡所谓事实者，仅能谓为“有斯”而已。其事之自体，更不含有善恶之问题，亦不包含价值判断之分子。易词言之，其事之自体虽恶，苟既以存在，即要认其系存在矣。至于规范则不然，规范

者，系谓“要有斯”也。不问其事之是否存于实际，而要主张其不可不存于实际。易词言之，若其事不存于实际即为恶，终须要使其存立之意也。

上述二者于伦理的全系相异之事项也。所谓“有斯”者，无论如何不能预定谓为“要有斯”；所谓“要有斯”者，则可以预定其于实际未曾“有斯”，是固截然二事焉。

虽然，法律者其自体固系一个也，而一面既为事实，一面又为规范，是以一物而同时具有此二个相矛盾之性质矣，岂不异欤？

法律具有如斯不可思议之性质，实非法律特有之现象，乃凡为人类即世人之间所同具也，试申其说。

吾人人也，今即以之为人而自身反省时，则人者乃自由意思之主体。于此意味而为人，实吾人理想之所欲。为达到此理想而要求之规范，道德现象于以成立矣。然从他面言之，吾人究不外乎一动物。若以之为动物而观之，则其蠢蠢焉求食逐利，或合或离，与一般动物，奚有以异？在此情形之吾人，则系生活于事实之圈内而受自然的法则之支配者，焉能望其有自由意思乎？夫人一也，而具有如斯矛盾的性质，则人之现象、之社会生活以至于法律，自亦无从脱离矛盾的性质矣。

.....

吾人日常所见法律上之纷议，多系起因于单纯的法律之不尊奉，或系窃取他人之所有物，或系对于他人不履行债务。此等情形，仅取事实之成文，顺其文字适用于事案，以施其制裁与强制，吾人对之已得道义的满足矣。然亦另有情形，于顺其文字适用之结果，而屡屡不得道义的满足者，此际之法律的纷议，实系真正意味之纷议。盖在前者之纷议，败诉者于其败诉，衷心殊不主张异议；而在后者之纷议，则败诉者于其败诉，乃从心不服也。然则如之何而可？曰：此时于一方要主张改善法律之适用，而于他方则更要提倡立法的改正焉。

就数个之实际问题而言之，身元[5]保证问题其一也。无条件、无期限而为身元保证者，要如其文字而任保证之责乎？婚姻预约问题其二也。婚姻止于预约，尚未呈报，其妇被其夫单纯的斥逐之时，为其妇者，别有可诉之途乎？其三为借地权[6]问题。因建筑家屋而为如三年之短期土地贷借者，于三年后当然要毁坏其家屋而交还其土地乎？[7]其四，为工场煤烟问题。因工场之煤烟而致田地荒芜之农夫，要抛其农业乎？其五，为电气[8]窃盗之问题。窃取电流者不可做为窃取他人财物者令其负窃盗之罪责乎？[9]其六，如所谓一厘事

件。即虽违背法律而关于其物仅为该当价格金一厘之时，尚得为犯罪行为乎？

仅顺法律之文字而为解释，则上述诸问题之解决，必不困难。然其卒成为世间论争之问题者，以一般社会对于其普通之解决，持有异议也。何则？是等之问题系因社会新变动之结果而起者，是以对于此等新问题依从来所认之解决方法以解决之，于吾人之新社会生活、决不得谓为系公平之解决方法。易词言之，从来之法律的解决，此际已无以为规范之价值矣。

如斯之纷议，于二点有重要之意味：第一，其纷议系随伴于新社会现象即所谓社会问题者；第二，其纷议系论法律在置重其为规范之价值。

(第1~7页)

进化与进步之关系

吾人应行注意之点有二：第一，进化非因其为进化之故即当然为进步者。吾人须推求该进化果何所因而为进步，即在社会学者所示进化之法则以外更要予以解释也。第二，进步亦非仅以其为进步之故即当然为进化者。吾人须于一方明了进化之真谛，必其进步之趋势适合于进化之法则而后该进步

始为真正进步也。

.....

梅仁[10]所言“由身份到契约”之法律进化之法，亦要同样观之（ef. annales P. 363）。且如梅仁于法律之范围内而考察进化与进步此等之关系，实系本章所欲示之趣旨也。

虽然，余非以凡表现于历史之事项即当然为进步者也。进化之大势固为进步，然在历史上所表现之事项，其中或有离于进化之大势而为脱线者，或有逆于进化之大势而为后揆者，此其情形，殊非少数。故吾人方当理解进化为进步之际，恒要加以一种之解释，恒要出之以“架斯其库兴”（译者核系英文Justification之音译，义训证其为“正当”）。必如是，乃可以期无弊而望有功，此在罗马大会之学者亦所是认者也。

.....

以进化理解为进步者，并非事实之叙述，系对于事实之解释也。进化之事实，有可解释为调和者，有可解释为矛盾者（此层余于《法律上之矛盾与调和》已曾论之）。吾人应努力舍其矛盾的方面而采其调和的方面，此乃吾人之法律生活，又可谓为系为法律生活之理想也。本此意味以论法律，可知法律实非单纯演绎伦理之学矣。盖单纯之演绎伦

理，纵能令思考极其精确，然毕竟系仅论思想之形式而非与以内容者，而吾人在新法律学所要求者则系新之进步的理想系为形式论理之前提出以及实质者也。

(第73~76页)

【名言佳句】

吾人以为，对于进步即进化之价值判断，由二个之点终须要研究之：其一系以价值判断为一事实而研究之，此际吾人系于实际对于进化之事实为一种之价值判断者；其二系以价值判断为一必要而研究之，此际吾人系于继续吾人之生活上必要以进化之事实为基础而完成一种之规范者也。

(第70页)

(孔 晶)

注 释

[1] 顾肖荣、陆庆胜：《牧野英一》，载李海东主编：《日本刑事法学者》（上），法律出版社1995年版。

[2] 顾肖荣、陆庆胜：《牧野英一》，载李海东主编：《日本刑事法学者》（上），法律出版社1995年版。

[3] [日]潮见俊隆、利谷信义编：《日本的法学者》，日本评论社1975年版，第257页。

[4] 何勤华著：《20世纪日本法学》，商务印书馆2003年版，第217页。

[5] “身元”一词系日语词汇，汉语应为“身份”。——点校者注。

[6] “借地权”一词系日语词汇，汉语应为“土地租赁权”。——点校者注。

[7] 借地权之问题，已依大正十年法律第四十九号《借地法》而为立法的解决，然由余之见地言之，觉尚有同性质之问题，震灾后之临时小屋是也。

[8] “电气”一词系日语词汇，汉语应为“电、电力”。——点校者注。

[9] 电气窃盗，已依明治四十年法律第四十五号之新《刑法》为立法的解决（刑二四五）。然于电气窃盗以外，尚有相同之问题也（拙著《刑法研究》第1卷第321页以下）。

[10] 梅仁，今依习惯译法应为梅因（Henry James Sumner Maine, 1822~1888），英国法制史学家，曾在牛津、剑桥等大学任教——点校者注。

28 . 凯尔森：《法与国家的一般理论》

【推荐版本】

[奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

本书作者汉斯·凯尔森（Hans Kelsen，1881～1973），出生于布拉格一个犹太人家庭，先后就学于海德堡、柏林和维也纳等大学。1919年任维也纳大学教授，主要讲授国家法和行政法课程，并在任奥地利政府法律顾问期间参加起草了1920年通过的《奥地利共和国宪法》。1921年起，在奥地利最高法院担任法官达十年之久。1930年至1933年任科隆大学法学教授、法律系主任。希特勒上台之后，大肆迫害和屠杀犹太人，他被迫逃离德国，移居瑞士，任日内瓦国际关系研究生院教授。1940年起定居美国，在哈佛大学等大学短期

讲学后，应聘担任伯克利加利福尼亚大学政治科学系教授，1951年退休。

1934年，《纯粹法学》一书出版后，凯尔森声名大振。在《法与国家的一般理论》、修订的《纯粹法学》等著作中，凯尔森完善了纯粹法学理论，修正了自己早先最为坚持的某些极端观点。但凯尔森是位颇负盛名又最引起争议的法学家。1968年出版的《国际社会科学百科全书》对凯尔森作了饶有兴趣的评价，称他是“现代法学思想史上影响最大的一人，他既受到热烈地赞同，也受到拼命地反对”。

凯尔森所创立的纯粹法学（也称规范法学或维也纳法学）在欧洲大陆广为传播，影响颇大。以后随着凯尔森移居美国，也在美、英和拉丁美洲各国传播，迄今为止一直是西方法学中一个较重要的派别。这一学说以J·奥斯丁的分析实证主义法学和康德的先验哲学作为思想基础。凯尔森在方法论原则和研究目的等方面，与奥斯丁的分析法学没有什么差别，但比奥斯丁的著述更严格、更彻底地贯彻了分析法学的方法。他坚持认为法律理论必须要消除政治和意识形态的价值判断，他还希望使法律理论摆脱一切外部的因素和非法律的因素，以进一步实现法律“纯粹”之目标，并试图通过把法律工作者

或法官的工作中具有严格“法律意义”的活动独立出来，以恢复法律的纯洁性。凯尔森还从康德（尤其是新康德主义者）那里学会了尊重方法论的纯洁性：根据这一观点，认识的方法决定认识的客体。因为“物自体”是不可知的，所以认识的客体逻辑上必然是被认识的主体所“创造”的。按这一意义，科学家所认识的自然仅仅是自然科学“创造”的认识的客体，是一个由逻辑所构造的功能与关系的体系。[\[1\]](#)

凯尔森在《法与国家的一般理论》一书序言中宣称，纯粹法学表明，“作为一种社会秩序的国家 and 法律必须是同一的”，它“取消了法和国家的二元论”，而代之以一元论，从而“建立了一个作为法的理论不可分割部分的国家理论”（见作者序第4页）。凯尔森根据法和国家一元论学说，修正了西方政治学、法学中的许多传统学说。例如，关于公法和私法的划分问题。他认为，公私法是难以划分的。又如，一个传统的国家学说是所谓国家的“三要素说”，即国家由领土、人和权利这三种要素构成。凯尔森认为以上三种要素相当于法律秩序的空间、属人和属事三方面的效力范围，但还应补充法律秩序的时间、效力的范围问题（包括国家的承认问题）。凯尔森也反对“三权分立”的传统

学说。他认为，国家的基本职能不是立法、行政和司法三者，而只是两种：法律的创立和适用，大部分国家行为，往往既是创立法律又是适用法律的行为。又如关于国家或政府的形式，凯尔森采用了宪法的分类，其标准是宪法规定法律秩序如何创立的方式，因而可以分为：民主政治和专制政治。

凯尔森还主张国际法和国内法的一元论，即国际法和世界各国国内法组成一个普遍的法律秩序。但这种一元论的特点是：国际法凌驾于国内法之上，凯尔森的这种学说是现代西方国家国际法理论中的重要的一派。

凯尔森虽然认为纯粹法学应和正义理论以及社会学两者划清界线，但事实上，他的学说主要是反对正义理论和自然法学的，特别是他移居美国后，更加坚持这一立场。同时，凯尔森认为，纯粹法学与正义理论是根本对立的，前者是科学，后者是政治意识形态。至于纯粹法学与社会学，虽应加以区别，但两者都是科学，它们之间有密切联系。因为社会学研究的不是纯粹法学所讲的“应当如何行为”的法律规范，而是“实际上如何行为”，也即人们的合法行为或非法行为，所以二者是并存的，而且在一定意义上，社会学法学是以纯粹法学研究的法律规范为前提的，社会学法学是纯粹法学的补

充。

凯尔森将其知识论的反形而上学立场应用于其法学理论，在政治观方面，又采取了相对主义和自由主义价值论的方法，这样就使他自己跻身于以约翰·洛克、大卫·休谟、伊曼纽尔·康德、伯特兰·罗素为代表的现代思想的伟大传统之中。尽管凯尔森的学说有不少极端的观点和不能自圆其说之处，但他试图发现一种“纯粹”的法律理论的努力以及一系列理论观点，对一些法理学家是一个鼓舞和启发。他的纯粹法学是以哈特为代表的新分析法学的渊源，同时，他的法学思想还反驳了在当时的欧洲正在确立的法西斯主义思想的独裁统治。

美国社会法学派的代表庞德早在1934年就说过：“现在施塔姆勒退休了，凯尔森无疑是当代主要的法学家，他的一些得意门生是当代法学界最活跃的集团。”哈佛大学校长科南特教授，在授予凯尔森学位的典礼大会上也曾说过：“汉斯·凯尔森是法律思想界的一位领袖，是维也纳、科隆、日内瓦的教授，他的教义形成了一个洲的法理学。” [\[2\]](#)

【内容精要】

本书意图是为了重新陈述作者以前用德文和法文已经表述过的思想和观念。这里有两个目的：第一，设法提出作者称之为“纯粹法理论”（Pure theory of law）的基本原理，使那些在普通法（Common law）传统和气氛中成长起来的读者易于了解；第二，使这一学说的陈述能包括英美法体系以及民法体系（Civil Law Countries）的问题和制度。

既然这一般理论的目的是使和某一特殊法律秩序有关的法学家、律师、法官、立法者及法律教师，能尽可能正确地了解和陈述其本国的实在法，它就必须完全从实在法规范的内容中去推究它的概念，而决不能受立法当局的动机或意图的影响，或受法律支配的个人关于法律形成的愿望或利益的影响，除非这些动机和意图，这些愿望和利益体现在立法过程产生的材料中。在法律规范的内容中所不能找到的东西就不能吸收在一个法律概念内。本书所提出的一般理论旨在从结构上去分析实在法，而不是从心理上或经济上去解释它的条件，或从道德上或政治上对它的目的进行评价。

当我们称这一学说为“纯粹法理论”时，意思是说，凡不合于一门科学的特定方法的一切因素都摈弃不顾，而这一科学的唯一目的在于认识法律而

不在于形成法律。一门科学必须就其对象“实际上是什么”来加以叙述，而不是从某些特定的价值判断的观点来规定它应该如何或不应该如何。后者是一个政治上的问题，而作为政治上的问题，它和治理的艺术有关，是一个针对价值的活动，而不是一个针对现实的科学活动。

但是，法律科学所针对的现实并不是构成自然科学对象的“自然的现实”。如果将法律科学和政治分开是必要的话，那么，将它和自然科学分开同样也是必要的。法的一般理论的最困难的任务之一就是决定它的主题的特定现实并表明法律现实和自然现实之间所存在的区别。法律的特定现实并不体现在受法律秩序支配的个人的实际行为中，这种行为可能或不可能符合这一秩序，它正是我们所讲的那个现实。法律秩序决定着人们应当怎样行为，它是一种规范的体系，一种规范性的秩序。至于实际存在的个人行为，是由自然法则根据因果关系原则来决定的，这是自然现实。而当社会学研究这个由因果法则决定的现实时，社会学就是自然科学的一个部门。法律现实，也就是法律的特定存在，体现在一种多半被称为法律的实在性的现象中。法律科学的特定主题是实在的或真正的法律，不同于理想法，即政治的目标。正像个人的实际行为可能或不

可能符合于调整这种行为的实在法规范一样，实在法可能或不可能符合作为正义或“自然”法而被提出来的理想法。在实在法的现实出现与它和被称为正义或“自然”法的理想法的关系中，它的存在并不依赖于符合或不符合正义或“自然”法。

纯粹法理论并不认为它的主题是一种先验观念的或多或少不完备的复本。它并不试图将法律了解为正义的产物，而了解为出自上帝的人类产儿。纯粹法理论通过把先验的正义从它的特定领域中排除出去，而坚持明确区别经验的法和先验的正义。它并不认为法是超人的权威的体现，而认为它只不过是以前人类经验为基础的一种特定的社会技术（social technique），纯粹法理论拒绝成为一种法的形而上学，因而它并不从形而上学法律原则中，而是从法的假设中，从对实际法律思想的逻辑分析所确立的基本规范中去寻求法律的基础，即它的效力的理由。

很多传统法学的特征具有一种将实在法的理论同政治意识形态混淆起来的倾向，这些政治意识形态或伪装为对正义的形而上学的空论，或伪装为自然法学说。它把有关法律实质的问题，即法律实际上是什么的问题，同它应该是什么的问题混淆起来。它多少倾向于把法律与正义等同起来。另一方

面，某些法学理论所表现的倾向是，忽视调整人们行为的法律规范的理论 and 从因果关系上来说明人们行为的科学之间的界限。这种倾向的结果是，把人们在法律上应当如何行为的问题和人们实际上如何行为以及他们在未来大概将如何行为的问题混淆起来。后一问题即使能够加以回答的话，也只能在一般社会学的基础上来加以回答。现代法学的野心似乎正是想把它融合到这种科学里去。只有把法的理论和正义哲学以至和社会学分开来，才有可能建立一门特定的法律科学。

纯粹法理论的方向在原则上是和所谓分析法学一样的。就像约翰·奥斯丁在其著名的《法理学讲义》中一样，纯粹法理论试图专门从分析实在法中取得其结果。法律科学所提出的每一论断必须建立在一个实在法律秩序或对几个法律秩序内容加以比较的基础上。只有将法学局限于对实在法的结构分析上，才能将法律科学与正义哲学以及法律社会学区分开来。从这方面说，分析法学和纯粹法理论之间并没有实质上的差别。它们的差别在于：纯粹法理论试图比奥斯丁及其追随者更首尾一贯地推行分析法学这种方法，在关于某些基本概念上尤其如此。

本书从以下四个方面进行了阐述：

一、法律基本定义

在确定法律的定义时，凯尔森力图找到一个不是基于政治特殊性，而是基于科学普遍性的法律概念。他把法律按其最广泛的意义，明确地表示一种“人类行为的秩序化”和“社会组织的专门技巧”。为与伦理、宗教等其他调节人类行为的规范体系相区别，凯尔森又找出了法律所独具的调节人类行为的特点：物质力量的因素。法律从而成为人类行为的强制性秩序。传统上，法律定义往往少不了正义、理性、道德之类的概念，而凯尔森则在其法律定义中把这些传统概念一律摒弃，认为将正义、理性这样的准则作为定义的成分引入法律概念，只会有利于政治目的。

二、法律规范和法律规则的关联

凯尔森认为，法律规范和法律规则是两个既有联系又有区别的概念。前者指立法所规定的东西，后者指法学对立法机关所创立的规范的指称，二者不能混为一谈。作为强制性社会秩序的法律的基本成分就是某人应该按某一规定方式行为的“规范”或规定，法律规范总是属于“应该”的领域。“规范”一词并不涉及人们的实际行为。凯尔

森又认为，所谓“应当”和“现实”的区别，对法律而论，就是指法律的“效力”和“实效”。法律效力和法律实效是两个不同的概念，但两者又有密切联系。一个法律秩序的规范，只有在整个秩序有实效的条件下才被认为是有效力的。因此，实效是效力的一个条件，而非效力的原因。

效力是规范的特征，实效是人们实际行为的特征，因此，一个规范的效力来自另一规范，而不是来自事实。每一个规范效力的理由都来自另一个更高的规范：一个不能从更高的规范中引出其效力的规范，即“基本规范”。基本规范的概念把凯尔森的观点有力地引向将法律视做等级集合体。在传统法学思想中，重点是放在创立法律和实施法律的区别上。凯尔森既然将法律秩序视为最高规范——基本规范的等级体系，他就能取消创立法律和实施法律之间的严格区别，除了基本规范和最终实施的法律外，所有的法律规范都既是实施法律又是创立法律。这样一来，较高级的规范就成为可以在其中创立若干专门的较低级的规范的框架。

三、实在法的一般理论

本书主要部分所要探讨的理论是实在法（Positive Law）的一般理论。实在法始终是一定

共同体 (Community) 的法：美国法、法国法、墨西哥法、国际法。这里所陈述的一般理论旨在对构成相应法律共同体的那些特殊的法律秩序 (Legal order) 加以科学的阐明。这一理论是比较分析不同的法律秩序的结果，它提供了能够用来叙述一定法律共同体的实在法的基本概念。法的一般理论的主题就是法律规范 (Legal norm) 及其要素和相互关系、作为一个整体的法律体系及其结构、不同法律秩序之间的关系，以及法在多数实在法律秩序中的统一。

四、法律科学的基本理论

如果有像法律科学这样一种东西的话，那么对法学与政治完全分开的假设就毫无怀疑的余地。能怀疑的只是在这一领域中可以实行分开的程度。在自然科学和社会科学之间，这一特征确实存在着一个显著的差别。当然，任何人都不会主张自然科学丝毫不受政治势力的影响。历史说明了相反的事实，并清楚的表明，一个世界强国以前会感到它自己受着行星运行真理的威胁。但过去自然科学之所以能完全脱离政治而独立，那是由于这一胜利具有强有力的社会利益，即具有只有自然科学才能保证技术进步的利益。但是社会理论并不能使人获得像

物理学和化学在工程知识和医学治疗上的那种社会技术所提供的直接利益。在社会科学，特别在法律科学中，仍然没有一种影响来抵制那些合乎正在掌权以及渴望掌权的人的愿望的理论，即政治意识形态的压倒一切的利益。

纯粹法理论是一个一元化 (monistic) 的理论。它表明，被设想为一个人 (personal being) 的国家，充其量也只是国内法律秩序的人格化 (personification) ，而更经常地只是一定道德、政治假设 (postulate) 的实体化。纯粹法理论由于取消了通常同那意义含混的“国家”一词相联系的实体化概念而废除了这种二元论，也就揭露了传统法学内的政治意识形态。正是由于它的反意识形态的特征，纯粹法理论才得以证明自己是一门真正的法律科学。科学作为认识，始终有揭示其对象真相的内在倾向。但政治意识形态却掩盖现实，或美化现实以保持和维护现实，或贬损现实以攻击和摧毁现实，或以另一现实来代替这一现实。每一种政治意识形态的根源在于意志，而不在于认识；在于我们意识中的情感成分，而不在于它的理智成分；它产生于一定的兴趣，或者不如说产生于对真理的兴趣以外的其他兴趣。当然，这一说法并不意味着其他兴趣的价值作任何论断。在对立价值之间不可能

理智地判断。正是在这种情况下，产生了一个真正可悲的矛盾：科学的基本原则即真理，与政治的最高理想即正义之间的矛盾。

【延伸阅读】

沈宗灵著：《现代西方法理学》，北京大学出版社2003年版。

何勤华著：《西方法学史》（第2版），中国政法大学出版社2003年版。

【精彩片段】

法的概念

法是人的行为的一种秩序（order）。一种“秩序”是许多规则的一个体系（system）。法并不是像有时所说的一个规则，它是具有那种我们理解为体系的统一性的一系列规则。……只有在明确理解构成法律秩序的那些关系的基础上，才能充分了解法的性质。

（第3页）

在对法的概念下定义时，我们必须从考察下述问题开始：一般称为“法”的这些社会现象是否提供了一个使它们区别于其他同类社会现象的共同特征？这一特征在人的社会生活中是否重要到这样的程度，即可能成为有助于认识社会生活中的各种概念的基础？为了说明问题起见，人们必须从“法”这一词的最可能广的用法出发。也许我们不能发现我们所寻求的那种特征，也许实际上的用法是这样的宽泛，以致被称为“法”的那些现象并不体现出任何真正重要的共同特征。但是如果我们能发现这样一个特征的话，那我们就有理由将它包括在定义中。

(第4页)

说一个社会秩序是合乎正义的，……意味着，这种秩序把人们的行为调整得使所有人都感到满意，也就是说，所有人都能在这个秩序中找到他们的幸福。对于正义的期望是人们永恒的对于幸福的期望，这是人作为孤立的个人不能找到幸福，因而他就在社会中寻找。正义是社会幸福。

(第6页)

社会秩序本身所规定的认可与制裁可能有先验的，即宗教的或社会内在的两种性质。

(第16页)

法是一种强制秩序

法是一个手段（means），一个特种的社会手段，而不是一个目的。

（第20页）

法律诚然是促进和平的一种安排，它禁止在共同体成员关系中使用武力。但法律并不绝对的排斥使用武力。法律和武力不应被了解为相互绝对对立的。法律是武力的一种组织。因为法律对在人们关系中使用武力赋予一定条件，它授权只由一定的人并只在一定的情况下使用武力。

（第22页）

说法律是由规范和行为组成的，这是不正确的。说法律是法律规范与由这些规范决定的法律行为所构成，还比较近乎正确。

（第42页）

民法和刑法的不同是他们各自制裁性质方面的差别。如果我们只考虑制裁的外表，那我们就不能发现有任何一般显著的特征。

（第54页）

法律义务

法律义务是由于遵守而得以避免不法行为的行
为，从而也就是与成为制裁条件的行为相反的行
为。只有制裁才“应当”被执行。

(第67页)

法律责任

法律责任 (responsibility, liability) 是与法律
义务相关的概念。一个人在法律上要对一定行为负
责，或者他为此承担法律责任，意思就是，他做相
反行为时，他应受制裁。在正常情况下，这就是
说，在制裁针对直接不法行为人时，一个人要对他
本人行为负责。在这种情况下，法律责任的主体和
法律义务的主体是一致的。

(第73页)

义务概念通常是与权利概念相对称的。“权
利”这一术语具有一些十分不同的意义。这里我们
只涉及被理解为“法律权利”的那一种。这一概念
必须要从纯粹法理论的角度出发来加以界定。

(第84页)

如果权力是法律权力的话，它就必然是对某个
别人行为、对别人在法律上负有义务的那种行为的
权利。法律权利预定了某个别人的法律义务。这在

我们说对别的某个人的行为的权利时是不正自明的。

(第84页)

以一定方式行为的权利往往被人解释成许可。我有权做或不做某件事，也被表示为法律准许我做或不做它这种说法。

(第86页)

【名言佳句】

将法和正义等同起来的倾向是为一个特定社会秩序辩护的倾向。这是一种政治的而不是科学的倾向。

(第6页)

一个并不保证与保护私有财产的法律秩序就被认为是违反自然的，因而是不能持久存在的。

(第10页)

和平是不使用武力的状态。在和平一词的这种意义上，法律仅仅提供了相对的而非绝对的和平。在这种和平中，法律剥夺了个人使用武力的权利，但却将该权利保留给共同体。法律的和平并不是绝

对没有武力的无政府状态，它是共同体垄断武力的状态。

(第22页)

区别“应当”和“是”对说明法律是具有根本性的。

(第40页)

不法行为和制裁之间的这种同一法律关系就体现在义务与责任这些概念中。

(第77页)

法律权利就是法律。

(第91页)

(姚 远)

注 释

[\[1\]](#) 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第330页。

[\[2\]](#) 蒋恩慈、储有德编著：《西方法学家生平与学说评介》，广西人民出版社1983年版，第181页。

29 . 戴雪：《英宪精义》

【推荐版本】

[英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

1885年出版的《英宪精义》是戴雪获得学术盛名的一本著作，也是他的代表作。艾伯特·范·戴雪（Albert Venn Dicey，1835～1922年）（又译为戴西）是英国宪法学家，国际私法学家。

戴雪出生于英格兰一个贵族家庭。他的父亲爱德华·戴雪毕业于剑桥大学三一学院，他的母亲安·玛丽斯蒂芬家族中，有的是英国著名哲学家，有的是英国刑法史的研究者。戴雪的大哥是当时的一名律师，二哥是报刊的主编。1854年戴雪进入牛津大学贝利奥尔学院学习法律，历时7年，除研习法律外，他也广泛涉猎哲学与史学。他于1856年取得文学学士学位，第一次考试获优等成绩中的第一名。其间，他既是英国个人主义及自由主义先驱米尔的服膺者，又受边沁自由主义及功利主义的影

响，是边沁理念的共鸣者。他博学多才，长于辩论，曾于约翰·尼科尔（1833~1894年，苏格兰演说家和作家）等成立青年学术组织，并结识了后来的英国著名哲学家托马斯·格林（1836~1882年）和国际法学家厄斯金·霍兰德（1835~1926年）。

1858年戴雪以优等荣誉奖毕业于贝利奥尔学院，1860年，他以《论枢密院》一文获得阿诺德历史奖学金。1863年取得内殿律师学院律师资格，并给约翰·克勒里吉爵士做了数年的律师助手，在伦敦执行律师业务，并业余从事法学著述，后来担任副检察长和检察总长。1882年至1909年，他担任牛津大学魏纳讲座普通法教授，在英国历史上开创了在大学讲授普通法的先例，1884年他创办了《法律评论季刊》。从1910年到1913年，戴雪先后出版了《英宪精义》（1885年），《有关冲突法的英国法律汇编》（1896年），《19世纪英国法律和舆论关系演讲集》（1905年）。前两本著作是戴雪在授课的过程中写成，被资产阶级学者奉为宪法学和法律冲突学说方面的重要著作。此外，他还写了《英国法律中的居住法》（1879年），晚年与R·S·怀特合作发表了《苏格兰与英格兰联合之思考》（1920年），为后人研究英国法留下了一笔宝贵的遗产。（中文再版序文）

很小的时候，戴雪对政治便有强烈的兴趣，从家庭传统和联系来看，他属于反对自由党的激进右翼的辉格党。他是个不折不扣的自由贸易主义者。他热情支持美国内战中北方的主张，以及意大利的统一。他厌恶路易斯·拿破仑的独断专行并为其失败而欣喜。当格斯登先生在1885~1886年使自由党在“住宅原则”（Home Rule）问题上分裂为两派时，戴雪加入到保守党的事业中去，并写了许多反对“住宅原则”的小册子，而且是保守党讲坛上的一位活跃的演说家。此后，他的政治热情自然的使他与主要的保守党政治家们联系在了一起，但他从未失去对自由主义的信仰。他于1913年宣称：“我是一位老迈的，不动摇地而且顽固的边沁主义者。” [\[1\]](#)

《英宪精义》出版于19世纪后半期，由于英国资产阶级加紧对内剥削和对外掠夺，国内阶级斗争日益尖锐。统治阶级为了维护和巩固其统治，不得不强化国家机器和法律，当时出现的分析法学派，主张法学的任务就是对现有的实在法进行分析研究，而不问这些法律好坏如何。戴雪深受分析法学派的影响，在《英宪精义》中运用分析法学派的观点和方法，阐述了英国宪法的主要原理，论证了英国宪法的正统性。此书英文版自1885年至1961

年，共重印了15次。

【内容精要】

《英宪精义》的开头是一篇洋洋万言的“导言”，“导言”虽然冠于全书之首，却写于全书著成之后约30年，系对原书发表后英宪变迁的补充研究。故读者在阅读本书时，应先读正文，后读“导言”。正文之前，还加有一个内容大纲，标题为“宪法的真性质”，在此处，戴雪首次提出英国宪法是“不成文宪法”，并再三向读者说明研究英宪的不易。换言之，英宪能不断变化，并无固定的形式特征，更不流于刚性。因此，戴雪认为，必须就“实质面”研究英宪。于是，他于万变中揭示出英宪不变的真理，即，英宪的三大实质特征：巴力门（Parliament）主权；法律主治；宪法与宪典的联系。

《英宪精义》一书的主体内容是从以下几个方面展开的：

首先，从全方面叙述了英国宪法的内容在《英宪精义》中，戴雪将英宪分为两大部分：一为宪法性法律，实为宪法的本部，其他部分为典俗、成训及惯例，是为宪法的属部。分别被戴雪称为英宪的

法律 (The Law of Constitution) 和英宪的典则 (The Convention of Constitution) ，简言之，为“法律与典则”。典则部分均为非成文的成分，而所有法律部分既具非成文的成分，又有成文的成分。考察历史，二者各有渊源。观其现实，发展无止境。英宪是英国政治社会中活生生的有机体。英宪在英国社会中的地位，从制定程序考察，英宪并不出自特别制宪权 (Constitutional Power) ，它们或来自寻常立法机关，或来自寻常法院，甚至来自政治习惯；从修正程序考察，在英国，无修宪权与寻常法律修改权相分离之说，蒲徠士 (Bryce) 据此称英宪为软性宪法。是故，英宪似无足够的力量束缚英国的巴力门，导致巴力门权力无限，其通过的法律则可以拘束一切，这也是英宪能在英国顺利实施的原因之一。原因之二是英国普通法院的作用：在英国，法律即是规则，可为寻常法院 (Ordinary Courts) 所强制适用。

于是，结合英国法之基本常识，我们可以领悟其含义如下：首先，任何规则，一经法院承认为法律者，必受遵行，反之则否。其次，任何人在法律面前一律平等。再次，在英国只有一个法律体系及一个法律运行体系，这一体系当然包含英宪的法律在内。最后，官吏犯罪与平民同等处罚，并且有罪

与否之判决权概属寻常法院。由此可见，在英宪之下，人人受治于同一寻常法律，复受管辖于同一寻常法院。英宪既然是寻常法律的一部分，当然应严格被适用于寻常法院。所以，英宪在英国顺利施行，当无疑义。

其次，戴雪在本书中于英宪的本部之外，提出英宪的“典则”概念，并作了深入研究。那么，“典则”究竟是什么？从戴雪所引弗里曼（Freeman）之形神毕肖的议论中可知典则在英国就是宪政规范、政治道德，须为政治家所遵循。依戴雪的归纳，典则可分两类，一类为“政治典则”，实即为“政治习惯”，其存在无须法律化，就足以应付新政治事实中出现的的要求。“政治典则”还包括一系列议事规则，用于扫除巴力门中少数党阻止或者多数议员反对草案通过的障碍。这样的议事规则，严格地说，不是法律而只是众民院所承认的巴力门习惯。另一类为“制定的典则”（enacted Constitution），此类典则或由巴力门以法案承认，且具法律效力，或直接在法律的变革之下产生。英宪中的典则，新陈代谢，孳生不绝，俯拾皆是；其作用与宪法的本部规则并行不悖，是英国宪政的有力保障。

宪法典则既然不是法律，何以有如此“威

力”？戴雪认为“别有一种力量立于其背后”。所谓“别有一种力量”，仍然是法律的力量；违反典则的任何内阁，便迅速地陷入非法，便自然而然地构成违宪，便要接受法院无情的制裁，其内阁成员无一幸免地尽投法网。

再次，在《英宪精义》中，戴雪着墨最多的是“法律主治”篇，共用了约240页的篇幅，而“巴力门主权”与“宪法（典则）”两篇合计仅用了174页。可见，戴雪以法治作为英宪的重心。戴雪理解的“法律主治（rule of Law）”实等同于“法律的至尊性（supremacy of Law）”或“法律的优势（predominance of Law）”。概其含义，至少有下列相互关联的三点：

1．人民非依法定程序，并由普通法院证明其违法，否则不能遭受财产或人身方面的不利处罚。法治的要义要防止“人治政府”拥有“极武断”和“极强夺”的权利。

2．法律面前人人平等，即每一个英国人无论地位或阶级，均在普通法律之下，均受普通法院的管辖。

3．英宪是英国各法院由涉及私人权利的个案判决所得之结果，即英宪是法院保障人权的結果而

非保障人权的来源。

此乃英国法治的真谛！于此，我们足见英宪的特色在于权力保障而不在于权力宣告（权力先在为法律主治之实质内容）。更有迥异于他国者，在英国，人民之基本权利乃是司法判决的结果，且成为英宪的来源；而在他国，则是司法机关依宪法而加以保障的内容。是故，法院判决之结果乃是英宪成立的坚实基础。戴雪强调指出，英宪的不成文特性之足以保障英国人民的基本权利，完全依赖全国的普通法院尊奉法制，累积判例构筑成一个法治国家。深入一步，我们还可得知，英宪只有依赖寻常法律始能有效施行，而宪典亦仅与宪法的本部相联络时才能发生效力，所以宪典亦间接地依赖法律而存活。

最后，在“法律主治”篇中，戴雪确信英国的法律体系符合人权理念，并在本篇篇首提出他的法治观后，紧接着就研讨保障英人基本权利的诸多制度，其对英国法治的优越感洋溢于字里行间。英国法治思想中所包含的许多崇高原则实在难能可贵。法律主治观念在英格兰已深入人心，英国人民将这些崇高原则视为每一个人的“寻常行为”。

戴雪的法治思想因其突出强调保障人权与普通法院（其三点含义均与普通法院相关联）的作用而

成为英宪精华，也是英国法治模式的经典概括。因此，后人在论述法治问题时，是无法不提及戴雪的。

英宪（法律与典则）在英国社会的运用构成了英国社会的法治秩序。可是，英宪在英国并不是至高无上的法律，它不具有任何束缚巴力门的行动的力量。恰恰相反，后者具有至高无上的权威。所以，巴力门主权是英宪发展的最高峰，并构成了一个特殊的宪政体系。巴力门，在英国，可以造法，亦可以毁法，甚至可以将“女人变成男人”（1928年通过“男女平等法”）。任何人、任何团体、任何机构均不能合法地否决巴力门的立法。这就是巴力门主权的真谛——它并不是一个抽象概念，它是英国宪政史的忠实记录。巴力门的立法成果与普通法院的司法判决相辅而行，且相与浸淫灌注于英宪全体。在此际，巴力门与普通法院并不构成如“美宪”那样的两支制衡权力，反而是英国宪政史上调和精神的写照。

正因如此，巴力门为英国的主权者，以体现立法的至尊性。在巴力门主权之下，任何特权不得横行于国内，任何机构的立法不得被承认。惟有巴力门的立法才是具有普遍效力的法律，遂可被强制适用于普通法院。所以，巴力门主权运行的结果必是

法律主治，而惟有巴力门主权的存在与运行方能善于运用宪典，复惟有宪典与宪法的联姻，才可以维护巴力门主权：宪典本为一种政治习俗，其存在负有一种特殊的使命，即由众民院表达出来的意志，在全国有直接效力；随之，由多数选民表达出来的意志，全国必须服从。因此，巴力门必须运用法律主治的精神，使宪典构成英宪的一部分。

综合上述三点含义：巴力门主权、法律主治、宪法与宪典的联系。英国，基此构成它的特殊的宪政体系：巴力门体系。虽然世界各国亦多采用巴力门政治（即代议政制），但惟有英国的巴力门政治运用自如、充满活力。

【延伸阅读】

[英] PAUL·SMITH：《英国宪法（影印本）》（剑桥政治思想史原著系列），中国政法大学出版社2003年版。

[英] 詹宁斯（Jannings W . I . ）：《法与宪法》，龚祥瑞译，贺卫方校，三联书店1998年版。

【精彩片段】

议会主权

“宪法”一名，自起沿用于英格兰者着想，实包含所有直接地或间接地关联国家的主权权力的运用及支配之一切规则。

(第102页)

“宪法”一名，当用于英格兰时，无论在公众方面，或在法律名家方面，均包含两种成分。其一成分可称为“英宪的法律”，自是一部严谨的法律。其他成分可称为“英宪的典则”，带有许多格言或通例，虽则可以约束元首、阁臣或其他人员的日常行为，然而严格观察，并不能成为法律。

(第103页)

同是规则，而有宪法与宪典的相异称谓。但称谓的相异，只为便于分别起见，决无轻重的歧视。倘若有人以为凡属宪典，都是藐小不堪，而且并无实际的存在，此项意见未免错误。……其实在宪典中有许多规则，能与法律同等重要，不过仍有许多规则较为轻微而已。

(第105页)

英宪中之三条大义，实为今后研究工夫之纲领。第一，巴力门用所立法案为工具，可以统治全国；故专就法律方面言，巴力门实处于至尊地位。

倘若以学术用语提示，这就是“巴力门的主权”。第二，英吉利宪政纯然受法律精神所支配与弥漫，于是，在英格兰的四境以内，寻常法律以绝对的与普遍的现象运行于全国。倘若以学术用语提示，这就是“法律主治”。第三，宪典本来不是法律，而且应与宪法有别。……我们于此必须揭示一条大义，即宪典必依赖宪法乃能奏效。

(第112页)

巴力门 (Parliament) 一名当在法学家口中流出 (虽则寻常会话不是如此用法)，实解做君主 (the King)，贵族院 (House of Lords) 与众议院 (House of Commons) 的合体。当三者合成一体时，他们常常被称为“议会中之君主” (The King in the Parliament)，是为巴力门的本义。

(第116页)

巴力门主权共有三个特征：第一，这个立法机关得随意变易任何法律，基本法或寻常法俱依通常手续；第二，宪法于普通法无分别；第三，除巴力门本身外，国内无第二机关，司法或其他，能宣告其所定法案，谓为非宪或无效。

(第159页)

非主权的造法机关亦具有三种特性：第一，有支配此项机关的组织法存在……第二，有根本大法

与寻常法的区别。……第三，有一人或一团体的存在，……此人或此团体能判断此类机关所立的条例是否合宪。

(第160页)

一部软性宪法是：在如此界说之下，所有法律可以依法变更，并不甚难，以云变更法律的机关，固属同一；以云立法手续亦无差别。征诸我国所有宪法，他的软性包举二事：其一，君主与两院有权以改变或废除任何法律；其二，他们可变更极重大的法律（譬如，改易王位继承法案，撤销英格兰与苏格兰，或英格兰与爱尔兰合一法案），恰同变更轻小的法律（譬如，通过一法案使某公司有牛津至伦敦的铁道铺设权），均依同一程式，并无繁简之别。但有一部分法律所以被称“宪法”者，并非因为该法较为神秘，或较难更改，只是因其所有法律问题牵涉国家的根本制度而已。在英国政治上，“宪”字的意义至属笼统，因之“一部宪法或法案”（a constitutional law or enactment）的名词，应用在英国议案中，甚少谨严解释。

(第185页)

宪法的硬性倾向于防阻渐次更新，正因其遏止变易。故在不顺适的情势下，足以促成革命。

(第188页)

凡联邦国家的成立必须先具有两个主要条件：其一属于政治组织；其他属于民众所有心理。

(第194页)

联邦主义的三个特性。(1)宪法的至尊性；(2)分配有限制的权力于同等而又独立的各个机关；(3)法院诠释宪法的威权。

(第197页)

在联邦政制下，国家所有权力既被分配于几个同等机关，就中自无一机关足与单一宪法之元首匹敌，而具有同量的权力。加之，阻遏与均衡

(checks and balances)的法制运行于国内，又足使公共政府及邦政府相持不下。具此两因，联邦国家，倘使与同等的单一国家相遇，必至示弱与人。

(第219页)

大凡联邦宪法，不但是成文，而且是硬性。此项宪法概不任受寻常立法会变易。于是，联邦国家中所有制度的硬性深印于人民脑际，他们由此遂联想及于宪法条文，而附会之以超越性或神秘性。

(第220页)

自诺尔曼征服以来，英格兰的政治制度呈露两件异彩；……第一件是：中央政府在通国之中居于至尊地位……第二件与第一件甚相关切；他是法律

的至尊性，或称法律主治。……这种法律是最贵国宝，为君主所有；全国人民以至君主本身都要受治于法，倘使法律不能为证，以至全国无法律；必至全国无君主，复无任何遗产之可言。

(第227~228页)

法律主治可有三处观察点审视：

第一旨意解作国法的至尊适与武断权力相违

反。

第二旨意解作人民在法律前之平等。

第三旨意表示一个公式，用之以解证一件法律

事实。

(第244~245页)

宪典在政治上实为政治家所不能忽略，在史料上又为历史家所不能漠视，因之，一个律师，纵专心研究为英宪的法律方面计，决不能不明白宪典的性质。

(第421页)

然则今日所谓宪典……都负有双重使命：第一层以保持众民院的至尊身份为事；第二层，更用众民院为工具，“主权在民”的大义遂得以伸张全国。

(第430页)

英宪的法律是在两条大义支配下所造成之产

物；这两条大义又由历代英吉利政治家及律师，依明白地知觉心，复以不断地努力，逐渐做出。

(第458页)

两条大义的第一条是巴力门的主权。在第一大义的领导之下，统治权力渐由元首而移交于一所愈趋愈能代表民族的机关。申言之，主权在最初时不过是君主的个人所有威权，后来乃渐次转变成为君主在巴力门中之主权。这种古怪进程有两样实效：他消灭君主的武断权力；他又保持国家的至尊威权，而不受损伤，复不受轻减。

(第459页)

两条大意的第二条即是我所称的“法律主治”。法律主治的旨意，在根本上，实解作寻常法院当有权利以惩治任何人所犯的任何非法行为；这是英吉利制度的要素。倘若巴力门的主权所授予英吉利宪法者为他的法律形式，法律主治所授予英吉利宪法者当为他的实质。简约说，英吉利宪法，虽自某一视点观察，甚似习惯与风俗的集合体，然自法律视点观察，则在全世界中，除合众国宪法外，最能根据国内法律以组成极完整及严谨的内容。

(第459页)

【名言佳句】

巴力门主权，无论由正面观察，或由负面观察，均为英国法律所承认的一大原则。

(第117页)

法律平等的意思（这种意思，换一句话说，包含凡人皆受治于普通法律，而普通法律复执行于普通法院），被推行于英国中，盖已达于极大限度。

(第237页)

所有宪典的规则，在他们的终局，均是务要使法律主权的权力，与政治主权的权力，得以和谐一致。

(第437页)

因之，一个律师，纵专心研究为英宪的法律方面计，决不能不明白宪典的性质。

(第421页)

(姚 远)

注 释

[1] [英] J. H. C. 莫里斯主编，《戴西和莫里斯论冲突法》，上，李双元、杨国华、胡振杰、张茂译，中国大百科全书出版社1996年版，外国法律文库，第3页。

30 . 我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》

【推荐版本】

[日]我妻荣著：《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷译，中国大百科全书出版社1999年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

我妻荣（1897～1974年），20世纪日本民法学巨匠，出生在日本福岛县米泽市一个中学英语教师的家庭，家境虽不富裕，但自幼学习刻苦，成绩出众，旧制第一高中毕业后考入东京帝国大学法学部，1920年大学毕业后留校任教，1923年赴美、英、德、法等国留学，1925年回国后任东京帝国大学法学部副教授，1927年晋升为教授，1964年被授予文化勋章，1974年10月因过度操劳而不幸病倒，数日后忽然辞世，享年77岁。我妻荣一生笔耕不辍，著述等身，其中《债权在近代法中的优越地位》一书可谓20世纪日本民法学的扛鼎之作。

阅览我妻荣的治学生涯，可知其非比寻常的毅力和超乎想象的坚强。1920年，末弘严太郎的激烈言辞，如一石激起千层浪，导致民法学界的一场轩然大波，“他认为，理论必须和实践相一致，‘日本的法律书中，必须有日本的地方特色’，与社会生活不一致的法律是不允许存在的，只埋头于法典和外国法律书，专心于概念和逻辑的构造，是不科学的”，[\[1\]](#)矛头直指我妻荣的授业恩师鸠山秀夫，最后导致1926年鸠山秀夫辞去教授职务，黯然告别学术界。

我妻荣在乃师拂袖离去后，没有心灰意冷，相反，他敢于直面人生的瓶颈，勇于否定迷途的自我。1923年到1925年的那次出国经历，对我妻荣的学术生涯而言，可谓是一次峰回路转的契机。“我妻荣出国后，并没有研习法学，在美国专门研究社会学；在德国及法国主要涉猎经济学及社会主义文献，针对当时民法学的现状，积极寻求新的出路。”[\[2\]](#)当初末弘严太郎的抨击发人深省，的确，民法学家必须走出狭隘的天地，在更为广阔的社会科学世界中重塑自我。1926年我妻荣在《法学协会杂志》上发表《关于私法方法论的一点考察》一文，不仅有力地回应了末弘严太郎6年前的指摘，也为恩师鸠山教授报了“一箭之仇”，此

后我妻荣再接再厉，接连发表《所有权在资本主义生产组织中的作用》、《债权在近代法中的优越地位》、《卡尔·笛尔的〈资本主义的法律基础〉》等论文。

1930年我妻荣患左足趾关节炎，后蔓延至整个膝部，不得不终生靠拄拐杖生活，但这丝毫没有妨碍他创作的热情，甚至在他的弥留之际，也在为著述而忙碌，我妻荣这种对民法至死不渝的热爱，对事业不断向上的追求，感染和激励了整整一代日本民法学人。而且，我妻荣也绝不是只知在学术天地中高屋建瓴的人，相反，他十分关注劳动人民的疾苦，身体力行地为弱势群体鼓与呼。对此星野英一在本书序言中指出：“先生经常说的一句话就是‘保护弱者’。战后，他强调‘经济民主主义（economic democracy）’（我曾直接聆听此课）。先生的学问中，充满了人性的活力。”

本书是我妻荣在1925年至1932年间陆续发表的《关于私法方法论的一点考察》、《所有权在资本主义生产组织中的作用》、《债权在近代法中的优越地位》以及《卡尔·笛尔的〈资本主义的法律基础〉》这四篇论文的合集。其中最为学术界称道的则非《债权在近代法中的优越地位》一文莫属。该文原来是一篇长论，1929年至1931年连载于《法

学志林》杂志，是我妻荣拟写的《资本主义发展过程中私法的变迁》中的一部分。按照我妻荣原先的构想，《资本主义发展过程中私法的变迁》将由所有权论、债权论和企业论三部分组成，可惜由于种种原因，我妻荣最终没能将该构想付诸实现，这不能不说是一种莫大的遗憾。但正如星野英一所言：“说它是日本民法学中水平最高的经典论文是当之无愧的。依我的所见，即使在欧美各国，像这样高度概括综合的研究成果也未见有过。”这篇虽略带遗憾却几臻完美的论文，足以彪炳史册，烛照千秋。

【内容精要】

在本书《债权在近代法中的优越地位》一文中，“我妻荣首先考察了近代社会中债权债务化（不动产的债权化、动产的债权化以及债权财产的增加），指明了在近代经济组织中总财产的流动资本化的倾向。” [\[3\]](#)

在第二章所有权的支配作用与债权中，我妻荣开门见山地指出：“在资本主义经济组织下，所有权如果不和债权相结合，就不能发挥其最重要的作用。这一点是我们所见近代法中债权对物权优越地

位的第一点。”作者先论述了资本主义社会以前所有权的作用，即对物的支配，而且所有权人与非所有权人“都是一种身份关系，而不是资本主义经济组织下那样的契约关系”。但“法国革命后主张‘人的解放’和‘土地的解放’的理想，从根本上推翻了上述关系”，导致“这种依附关系只能依契约产生，所以说，资本主义经济组织中所有权具有支配他人的力量，所有权人可以依契约实现这种支配力”。相应的，资本主义社会中所有权的作用就替换为对人的支配。在本章节末尾，我妻荣指出：“随着资本主义经济组织的发展，所有权逐渐脱离其本来职能而产生支配作用，作为实现支配作用的手段，所有权与债权相结合，加强了支配作用的程度，日益增加债权色彩。最后，在支配作用达到极点时，所有权就成为手段而被债权否定了。”（第17页）

第三章财产的债权化由四个小节组成。第一节是债权的财产化，我妻荣认为：在近代法中，债权欲在财产法上占据优越地位，其自身必须实现从主观的人身关系到客观经济关系的推移。如欲使债权完全失去人身色彩而表现为纯粹的经济关系，就必须承认债权转让的可能性。但他同时指出：从经济角度观察，债权是否容易转让，债权转让是否有法

律障碍并非决定因素，保障受让人安全地位的法律规定才是决定性因素。而且，保障受让人地位要注意三个重要问题：从法律上讲，第一个是债权成立乃至存在的问题，第二个是流通中的瑕疵问题，第三个是债务人的支付能力问题。在本节中我妻荣正是以“保障受让人安全地位的法律规定”为主线，以上述三大问题为基点，以四种特殊债权为样本，以德日相关法律为内容，论证债权逐步脱离人身色彩而蜕变为经济关系这一历史必然流程。

以指示债权为例，关于债权本身的瑕疵问题，德国商法一开始将债务人的抗辩权局限在根据证券或对直接请求人所有的抗辩，后来将抗辩权行使的对象明确为证券上记载的意思表示的效力，至此指示债权拥有彻底的无因性。日本民法的规定则相对模糊，但我妻荣主张效仿德国立法例，因为当债权自当事人的色彩中解放出来时，同时也须从其当事人间的契约色彩中解放出来。这种债务与其成立时人的色彩和契约色彩切断，成为无因的债务负担行为。关于债务负担行为的瑕疵问题，无论是德国法还是日本法，对受让人都极为不利。要改变这一现状，就必须重构意思表示理论的内涵，我妻荣提出了自己的见解，但也认为“在为抹灭内心意思色彩而对意思表示理论修正时，可以说是步履艰难”。

在无权利人介入的问题上，“任何人不得向他人转让优于自己所有权利的权利”这一罗马法原则无疑对受让人极为不利，但德国票据法的第74条突破了这一障碍，日本民法相比之下则尚显不足。我妻荣认为，日耳曼法的以手护手原则虽然对推翻上述罗马法原则可谓功不可没，但应该看到近代对以手护手原则所实施的外科手术，比如以手护手原则“不过仅仅是就所有权人对善意取得人返还请求权的限制，决不是因此而给予善意取得人以所有权”，但近代法规定，“某物之上虽存在法律上的所有权，但他人依据占有时效或善意取得制度而取得对该物的所有权时，先前的所有权将因此而消灭，并不得对抗后一个所有权。”^[4]再比如，盗窃物和遗失物是以手护手原则的例外规定，但近代法将有价证券排除出上述例外规定。总而言之，“近代法中财产债权化的倾向，可以认定一种打破罗马法权利承受原理而实行无权利人转让这一新的观念。”（第36页）

第二节不动产的债权化主要论述流通抵押。在近代，“抵押权的中心已逐渐由所有权人的金钱借入（Geldbeschaffung）过渡到了资本家的金钱投资（Geldanlage）”（第52页），所以，为确保这种抵押权投资的流通性，原来以借入金钱为中心

的抵押权的构成自然而然地转变成了另一种制度，这是不难想象的。这种制度就是所有人抵押，分为原始的所有人抵押和后发的所有人抵押。原始的所有人抵押就是流通抵押，后发的所有人抵押是指所有权与保全抵押权混同后的抵押。我妻荣认为，这种观念与抵押权的顺位问题相关连，恐怕在遥远的将来才被认许。

这是因为，当不动产上有多个抵押权共存时，依登记的先后决定其优先次序，以此项次序是否固定为标准，立法例上有次序固定主义和次序升进主义之分，所有人抵押可以说是实行次序固定原则的当然结果，而在实行次序升进原则的国家，所有人抵押没有存在的理论基础，仅仅是在混同的情形下例外规定所有人抵押。我妻荣认为，所有人抵押的价值在于实现抵押权的本质——价值权。放眼今朝，“近现代市场经济国家进入信用经济的时代，抵押权的作用不再局限于保全债权，而是发展成为企业经营所需资金的有效媒介手段，不动产投资人获取融资的最佳方式。”^[5]回顾往昔，“到那时，抵押权将不仅脱离债权独立，而且也不因所有权吸收而取得独立的存在”，这句我妻荣当年科学的预见，数十年后终于实现。

第三节主要论述动产的债权化的两次作用。第

一次作用是“专门贷于他人而请求”，第二次作用是“作为担保价值而存在并得到很大发展”。我妻荣以商品、加工材料以及生产工具这三种动产为例，“搞清作为担保价值的第二次存在的发展”。他通过上述论证，提出动产担保的重心已由留置变迁到交换价值。相应的，质权的客体也扩大到权利，包括股权、票据的付款请求权、知识产权和债权。虽然权利的载体必须交付质权人占有，但法律效果却与动产大相径庭，即限制出质人对权利的处分和实现质权人对权利的掌控。这种看似对传统担保法理论的背离，却恰恰是法律必须对近代生产关系所作出的回应。

我妻荣认为，动产物权变动的公示外观是交付与直接占有，但近代法在交付方式上增加了占有改定和指示交付，这两种交付方式都是以间接占有而非直接占有作为物权变动的公示外观。但近代法在动产质权的公示外观上却要求直接占有，这让他不无困惑。诚然，直接占有与间接占有在公示外观上与登记相比的确有其模糊的一面，这也就是为什么只有所有人抵押而无所有人质押的原因之一，但近代法上的让与担保和登录质押的出现，也表明立法在此问题上的松动，“因此而牺牲了动产物权公示的理想，这一点还未能补充完善。近代法将来应在

此点努力。那时作为指导思想的必将是近代动产担保重心推移的观念。”（第101页）

第四节债权财产的增加论述的中心就是财团抵押，这是近代法对抵押权客体的一次重大创新，“这种价值不是不动产和动产作为孤立的物质（Substanz）所具有的，而是在近代经济组织中人与人的紧密而复杂的关系中所体现出来的。”（第101~102页）财团抵押的标的不是一个物，而是由企业全部财产构成的一个集合体，这个集合体有其独立的价值，该价值大于各个财产价值简单相加的总和，所以，以财团为标的，比在各个财产上分别设定抵押权的效益更好，这也就是财团抵押的优势所在。可以说财团抵押是对一物一权主义的破坏，所以近代许多国家均持否定态度，但它仍旧在立法的缝隙中顽强地生长。

在《关于私法方法论的一点考察》一文中，“我妻荣基于‘最广义的裁判’这一中心立场，从三个侧面对‘法律应实现的理想’，‘以社会现象的法律为中心的研究’，以及‘法律构成的技术’做了详尽的论述。由此，他为民法学确立了作为广泛法律学方法论的基础，这也可以说是以后方法论难以回避的地方。”^[6]可以说，“这是我妻荣就民法学的方法论所撰写的重要论文，在日本

民法学方法论史上具有划时代的意义。”^[7]如果说，拉伦茨的《法学方法论》让世人明了法学何以有资格称为一种社会科学，那么，我妻荣的这篇文章就让读者体会到何以竭毕生之力，亦难触民法学冰山一角的原委。《所有权在资本主义生产组织中的作用》一文，是我妻荣对卡勒尔《法律制度特别是所有权的社会作用》一书的评论文章。

【延伸阅读】

[日]我妻荣著：《中国民法债编总论》，洪锡恒译，中国政法大学出版社2003年版

[德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版

史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版

郑玉波著：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2004年版

【精彩片段】

第三章 财产的债权化

第五项 不动产的债权化

抵押权的发展是不动产的债权化

我们从以上三项考察中，得到以不动产的货币价值为标的的抵押权，先是舍弃对债权的从属地位而独立（第二项），继而在其自身的流通中加强了对受让人的保护（第三项），最后与流通证券相结合（第四项）。在本项中，要阐明我们把这种现象视为“不动产的债权化”的理由。

在此之前应注意一点，当不动产的货币价值的权利与该不动产所有权归属于同一人时，（抵押权）仍不失其独立的存在。我们在本书第一章中讲过，不动产所有权在现代社会中不仅确保所有权人对其客体物质的利用，而且经常是委于他人利用以取得对价。在现代法律构成中，所有权人自己使用场合与让他人使用场合并无差别，两者均包摄于“所有权”这种概括的概念中。这种现象停留于经济作用的变迁，还未以法律形式明确表现。与此相反，作为不动产的Wertrecht的抵押权，即使复归所有权人之手，也不因混同而被所有权吸收，依然继续独立存在。这就是德国民法的所有权人抵押（Eigentumerhypothek）及所有权人土地负担（Eigentumergrundschild）的观念。这种观念与抵押权的顺位问题相关连，恐怕在遥远的将来才被

认许，到那时，抵押权将不仅脱离债权独立，而且也不因所有权吸收而取得独立的存在。所以，我们说，在近代经济社会中不动产作为Wertrecht（价值权），起到Substanzrecht（实体权）以外的重要作用，最终会在法律形式中体现出来。

在这种法律形式中，抵押权的独立性、流通性排除了所有权，这一点常被称为不动产的动化（Mobilisierung）。一成不变的“不动”产，因连续流通已如动产，称这种现象为不动产的动化或动产化，的确很适当。

此外，鉴于动化的动机在于资本获得或资本投入，故可以称为土地的“资本化（kapitalisierung）”；或者着眼于与证券相结合的现象，可以称之为土地的“证券化（Verbriefung）”；或者鉴于证券作为交易所及其他灵活交易的客体，可以称之为土地的“商品化”。无论如何，各种说法都表现了其特征，我们无意排斥。我们只是从我们的立场出发，着眼于这种动化的、证券化的本体是什么这一问题，将其称为“债权化”。

如前所述，取得了最强流通性的抵押权，应专以资本投入者的立场为中心而考虑。如是，则这时投资者因取得抵押证券而取得什么呢？当然，是确

保回收投资及其利息。所以，不动产对于投资者而言所具有的意义，是保证一定金钱的请求。这对于抵押权逐渐脱离债权而独立，终于抹灭了债权的要素，不是一点影响也没有的。债权要素的淡化，是为了抵押权保证的确实，即免受存在不确实的债权的影响，而企望法律形式的变迁。抵押权的目的，也是因这种法律形式变迁而强化。如果仅仅是这样，则证明债权本身存在的有价证券，与有从属性的抵押权相结合也可起上述同样的作用。所以，抵押权在其法律构成中取得的独立性与流通性，意味着该不动产的一定金钱请求权的保证作用取得了独立性与流通性，换言之，不过是意味着使该不动产所具有的金钱价值的请求权独立流通。如是，则不动产因近代法中抵押权的发达而取得的经济作用，可以称之为不动产的债权化。

我们在本书开头曾引用拉德布鲁赫的话，说明债权原来不过是物权的手段，但在近代经济组织中，债权本身已成为法律生活的内容。我们发现，通过抵押权投资的人归根结底是以请求一定的金钱为目的，决不是为了一次得到该物。抵押权人仅因不动产的价值被赋予最后的确实保证，其金钱请求常常是因一定的人（抵押债务人、土地负担中的土地所有权人、商人债务证券的发行人）才能实现。

有时尽管发生必须最后从不动产中才得以满足的情形，他们通常也不是将土地收归自己所有而利用其物质，而仅只是将其变价从价金得到满足。特别是在以不动产为基础而发行集团的

Teilschuldverschreibung（最具流通性的一种债券）的场合，上述方法乃是绝对必要的。这样，以不动产抵押为基础在流通界表现者，只能是最后依存于该不动产交换价值的金钱请求权。将拉德布鲁赫的话推进一步，应该说债权自身在这里成为法律生活的内容，不动产最后成为其基础。如是，则将这种现象，称之为不动产债权化，也决不是一个不当的说法。

为求债权易于流通而终于取得作为指示债权及无记名债权的证券时，学者常称之为债权的动产化。但是，我鉴于这种证券比一般动产具备更强流通性的特征，反而不说它是动化，而是从作为债权财产化考虑债权自身的发展。这样考虑，虽一度假借动产法理，但忽然发现可以凌驾于这种法理之上开始独立的法理，从而弄清某种沿革。同时也相信，这种新现象的发展，对于摆脱由原来的动产理论产生的困扰是必要的。如果看到了现在不动产抵押的发展，到最后就可以发现与这种债权的最进步形态的吻合。因此，我们有意将不动产的上述变

迁，考虑为确立这种财产存在的债权化。

我们在前述意义上，将近代法中不动产作用的变迁以不动产债权化为标题来表示，近来已经有了明确表示这个标题意义的事例，这就是战后德国稳定通货的地租银行（Rentenbank）制度。根据1923年10月15日的《全德地租银行设立会》

（Verordnung über die Errichtung der Deutschen Rentenbank），先是在德国全国的农业、林业及园艺用地上，继而在工业及商业用地上，设定了土地负担（城市住宅用地到最后也未设定负担），以此为基础，发行一种称为地租马克的纸币。这种地租马克纸币，实际上是体现全德国不动产货币价值的流通证券。这种证券本质上仍是一种债权，对此恐无异议。如是，我们可以说这是不动产债权化的最显著的事例。

（第63～66页）

【名言佳句】

要言之，19世纪的债权转让理论，在继受债权方面抹灭人的色彩的前时代理论发展之后，进而抹灭契约色彩，对契约理论进行了显著的修正。但在为抹灭内心意思色彩而对意思表示理论修正时，可

以说是步履艰难。如果说，人的色彩的抹灭需要罗马法学者以来的长期历史，契约色彩的抹灭花费了18~19世纪学者长期的努力，则内心意思色彩的抹灭，恐怕需要经过今后长期的论争。

(第33页)

为了适应动产债权化这种经济现象，近代法首先发展了提单、船舶载货证券等有偿证券的理论，这是一个伟大的功绩。其次，在动产担保方面排除了质权的垄断地位，建立了转让担保的理论。但是，在后一点，因此而牺牲了动产物权公示的理想，这一点还未能补充完善。近代法将来应在此点努力。那时作为指导思想的必将是近代动产担保重心推移的观念。

(第101页)

(王宇翔)

注 释

[1] 何勤华著：《西方法学史》（第2版），中国政法大学出版社2003年版，第431页。

[2] 何勤华主编：《西方法学家列传》，中国政法大学出版社2002年版，第300页。

[3] 何勤华著：《20世纪日本法学》，商务印书馆

2003年版，第425页。

[\[4\]](#) 转引自王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社2003年版，第23页。

[\[5\]](#) 司艳丽：《我国物权法中所有人抵押制度构建》，载《江苏警官学院学报》2004年第3期。

[\[6\]](#) 何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社2001年版，第453页。

[\[7\]](#) 何勤华主编：《西方法学名著精粹》，中国政法大学出版社2002年版，第279页。

31 . 哈耶克：《法律、立法与自由》

【推荐版本】

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《法律、立法与自由》，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

弗里德利希·冯·哈耶克（F. A. Hayek, 1899 ~ 1992）出生在奥地利维也纳一个自然科学世家，第一次世界大战结束以后，他就读于维也纳大学的法律系，并于1921年获法学博士学位，1923年获政治（社会）学博士学位，他于1927 ~ 1931年担任奥地利经济研究所所长。在奥地利生活的时期对哈耶克的思想有着很大的影响。奥地利的经济学派最强调方法论，基本上可以概括为主观主义，个人主义，还有一个市场过程的理论，而哈耶克坚持的自由市场，坚持的政治，以及他提出的很多政

策建议都和这种个人主义、主观主义方法论有直接的关系，同时在《法律、立法与自由》一书中也有反映。

1931年哈耶克进入伦敦经济学院，之后便在大不列颠度过了他将近二十年的成年生活并且加入了英国国籍。当时的伦敦经济学院非常奇特：一方面这里是二战后民主社会主义的大本营，也是第二次世界大战后原殖民地国家社会主义思潮的主要来源地；另一方面，伦敦经济学院又是古典自由主义复兴的根据地。1950年，哈耶克到了美国的芝加哥大学，但他并没有进入经济系，而是进入社会思想委员会。在此期间，他除了每年冬季讲授一门“西方经济思想史”课程和指导研究生外，其余时间致力于建构自由哲学的完整体系，并正式开始写作《自由秩序理论》。哈耶克在《自由秩序理论》一书《序》中写道：“本书虽在美国撰写完成，而且我也已旅居美国约达十年之久，但我仍不敢说本书是以一个美国人的观点写成的。我的青年时光是在我的母国奥地利度过的，而此后在大不列颠则渡过了近二十年的成年生活并且还成了这个国家的公民，所以我的思想也形成于这两个国家。”

1962年，哈耶克离开美国来到德国，接受了弗赖堡大学的一个教职。在此，他的注意力逐渐转

移到探讨和阐述经济社会行为中的“自发”秩序。哈耶克开始重建自由主义社会理论，提供了一种自由的个体间进行社会合作的洞见。而《法律、立法与自由》一书就是哈耶克历经了17年的思考而分别于1973年、1976年和1979年发表的关于自由主义理论的最后一部系统性的学术著作。

哈耶克是20世纪西方著名的经济学家，1974年诺贝尔经济学奖得主，但是他的学术贡献却远远超出经济学范围。哈耶克在哲学、法理学、政治学、理论心理学、思想史以及法律等各方面也都有卓越的成就。不过，他的贡献最主要的还是体现在他坚持和重申了古典自由主义的基本理念。他被公认为是20世纪最杰出的自由主义理论家、最重要的政治思想家之一，他一直活跃在自由主义思想运动的核心，他一直反对国家干预，捍卫自由市场和法治，很幸运的是，哈耶克足够长寿，他活着看到了20世纪90年代初，他于半个世纪前就证明为不可行的计划在东欧的崩溃。他亲眼看到了自己所钟爱的观念——自由主义的衰落及复兴的全过程，看到了极权主义兴起和崩溃的过程。

【内容精要】

《法律、立法与自由》一书大体上依据“法律、立法与自由”这个总标题所关涉的庞大主题而相应地被分为三卷：第一卷是“规则与秩序”（Rules and Order）、第二卷是“社会正义的幻象”（The Mirage of Social Justice）、第三卷是“自由社会的政治秩序”（The Political Order of a Free People）。哈耶克在批判“建构论唯理主义”的基础上阐明了他的“进化论唯理主义”的法治观；在这部著作中，他经由法律理论的阐发和建构，最终完成了他从社会理论到自由理论再到法律理论这一宏大的自由主义社会哲学体系。

（一）哈耶克自由理论的建构

哈耶克通过无知观的提出从而确立了社会理论中的社会秩序分类学，然而这个分类学又在逻辑上提出了一个更深层次的问题，即如何证明某一种社会秩序比另一种社会秩序更可欲或更具助益性，然而社会理论本身又无法直接证明之，因此哈耶克通过自由理论的探讨从而解决了这个问题。

哈耶克在整部书中都贯穿着他的自由主义思想，他对自由理论的论述不同于传统的论证方式，传统的论证是将自由作为一种道德价值，通过价值秩序的排列分析从而宣扬自由的至高无上性，但是

在哈耶克这里，他除了首先论证“自由为什么是一个重要的价值”之外，更重要的是他将自由放在社会理论、法律理论中，将自由与社会秩序、与规则相结合，从而揭示出了自由作为一种为人们提供助益的手段而使其具有非常重要的意义。这是哈耶克对自由理论的独特贡献，他使得对自由的捍卫不再需要声嘶力竭地宣扬和情感宣泄，他使得我们可以冷静地、细致认真地对自由加以科学分析，从而论证它的无比重要性。

哈耶克也正是经由把自由作为一种有助益的手段这个见解，与他视自由与自生自发秩序相融合的论辩结合在一起，从而赋予了自生自发秩序以一种‘有助益’的规定性。哈耶克认为，如果一种社会秩序，能够较好地服务于涉予其间的个人的利益，并且能够较好地使每个人能够运用自己的知识追求自己的目的，并达至彼此间的和谐，那么，这样一种秩序就是有助益性的。在这里，自由发挥了重要的作用，是自由，使得人们能够与变动的环境相适应，发展出更正确的预见力。因为在一个变动不居的世界中，试图作出完全的预见或正确的预测显然是不可能的，于是当人们在不受强制的情势下自由地与这种变动不居的环境相适应时，那么他们就可能与这种环境相适应。“在自由的状态下，

每个人都能够运用自己的知识去实现自己的目的”（第一卷第87页），而自由的价值“在于它为之不曾预见的和不可预测的行动所提供的机会”。

（第一卷第89页）

由此可见，在哈耶克那里，自由仅仅是指个人自由，自由状态是允许个人为了自己的目的而运用自己的知识的状态，它不受团体或社会的共同的具体的目的的约束，从而使个人在特定时空下的知识得以最大程度的运用。

然而自由并不意味着无所限制的，自由又是法律下的自由，这里的法律指的是内部规则。在自由与法律的关系上，以往的思想家要么认为法律限制了自由，要么认为法律保障了自由，而哈耶克则认为，如果法律指的是内部规则，那么该法律就是保障自由的，而如果指的是外部规则则是限制自由的。“只有当人们不把法律理解成一般性的正当行为规则而仅仅指称由权力机构发布的任何命令（或者由立法机关对这样的命令所做的任何形式的认可）的时候……不再能够为个人自由提供保护——而法律的原意却是要对个人自由施以保护。”（第二、三卷第151页）

内部规则对自由的一般性的约束是通过确立“确受保障的自由领域”（或称“私域”）来实

现的。“确受保障的自由领域”划定了人们行动的可选择的范围，其他任何人都不得加以干涉。因为由于世界是不断变化的，人们的有些预期总是会因某些特定因素的变动而落空^[1]，显然，法律所能保护的只能是一部分的预期，而不是全部的预期。这就需要对“合法的”预期与法律将使之落空的预期区别开来，通过这样的界定可以减少人们的行动对彼此意图的干扰。

哈耶克在《自由秩序原理》中指出，“‘自由’仅指涉人与他人间的关系，对自由的侵犯亦仅来自人的强制”，因此哈耶克对自由概念的界定是通过指出外在强制来进行的，即如果一个人不受制于不正当的强制，那么他就是自由的。所以在这里，如何区分正当的和不正当的外在强制非常重要，哈耶克也正是通过“确受保障的自由领域”来界定的，而且由于自己的侵犯仅来自于外在强制，因此，如何界定“确受保障的自由领域”也就只需要区分对自由的正当强制与不正当强制即可。那么如何区分每一个人的这种个人领域呢？由于自由本身并不能确定个人在一个“确获保障的自由领域”中所应当具有的权利种类或者个人自由所应当具有的范围，于是哈耶克就通过法律理论来解决这个问题。他认为此时所需要的“乃是那些在每时每

刻都能够对每个人确受保障的自由领域之边界加以确定并因此能够对‘你的’和‘我的’作出界分的规则”。（第一卷第169页）。这些规则被哈耶克称为“正当行为规则”。

（二）哈耶克法律理论的建构

总体来说，哈耶克的这部著作是他经由社会理论到自由理论再到法律理论的阐发而试图达至其宏大的自由主义社会哲学体系过程中的重要一环，可见，哈耶克的法律理论在很大的程度上是其社会理论和自由理论的逻辑展开，但是就其整体社会哲学而言，他的法律理论却是进一步理解他有关个人自由与社会秩序之关系的洞见的重要路径，甚至是基本的前提。在哈耶克看来，社会秩序是以规则为依据的，而个人自由又是在法律下的自由，即以一般性的内部规则为基础的自由。也就是说，哈耶克正是通过“规则”这一法律理论范畴的概念作为工具，从而更好地阐述了他的社会哲学。

哈耶克的法律理论所涉及的问题极为繁多。在这里简要介绍最主要的三点：

1. 法律与自由

关于这一点在介绍哈耶克的自由理论时已阐述过了，在此就不再重复了。

2. 法律与立法

哈耶克指出，人们通常所认为的“法律即是通过立法而形成的规则”这一观点是错误的。在他看来，立法，是“以审慎刻意的方式制定法律”，实际上就是上面我们所理解的“外部规则”或“组织的规则”；而“法律本身却从来不是像立法那样被‘发明’出来的”（第一卷，第113页）法律是与人类社会相伴而生的为人们所公认的规则，也就是说，法律就是我们上面所理解的“内部规则”或“自生自发秩序的规则”或者哈耶克后面所讲到的“自由的法律”或“正当行为规则”。前者是由权力机构制定的，而后者则是源出于并非人之创造的自生自发秩序的情势。因此，在哈耶克看来，法律优先于立法产生，并且内部规则的层级高于外部规则，外部规则要受内部规则的指导、约束。哈耶克在其设计的宪法模式中就是呼吁设立两个具有不同且独立职能的代议机构，“将陈述一般性正当行为规则的任务赋予一个代议机构而同时把政府治理任务赋予另一个代议机构”，同时指出，政府治理议会要受立法议会所制定或认可的正当行为规则的限制。

在这里，我们重点介绍一下哈耶克所重视的有助于自生自发秩序，同时也是界定“确受保障的

自由领域”的规则，哈耶克称之为“正当行为规则”，他对“正当行为规则”的论述主要集中在第二卷中。在哈耶克的论述中可以看到，正当行为规则有两个要求，一是抽象性，一是否定性。这是因为，在大社会里人们的知识是有限的，因此人们不可能就特定情势达成共识，而只能就抽象的东西达成一致，所以，规则的制定者没有力量在诸多不可知的领域中指导人们确定地去做什么，而只能通过经验的积累，确定否定性的范围，否定性之外的领域应给予个人更多的尝试和探索^[2]。再从正当行为规则制定的目的看：由于其不是服务于特定的目的的，因此其必定是抽象的而不是具体的；其目的是保护人们的合法预期，界定个人自由行动领域的边界，因此它无力也不必在结果或特定目的上指导人们的行为，只需要规定不可行的范围即可。^[3]

3. 法律理论的两大任务

哈耶克法律理论的两大任务，其一就是通过考虑法律与自由的关系来探讨何种法律有助益于自由或者内部秩序这个问题，或者说在辨析不同种类规则的过程中对有助益于自由或内部秩序的法律作出详尽的阐释。这主要集中在第一卷。第二个任务是对组织规则“支配”或“替代”内部规则的过程或原因予以解释和阐释，意图使这两类性质不同

的规则和谐共处，从而维护整个大社会的自由与和谐。哈耶克通过第二卷、第三卷的阐述，努力达到该目的。

作者在第二卷中在对“社会正义”或“分配正义”进行猛烈批判的同时，对正义进行了深入的探求，并在第三卷中为自由社会设计了在哈耶克看来可以达至和谐状态的制度。他认为现在被人们普遍接受的“民主”制度中存在着根深蒂固的缺陷，而这些缺陷已经使得这些国家坠入全权性国家的危险趋向成了一种不可避免之势。哈耶克因此在探究种种替代性安排的方式后设计了一种宪法模式：设置具有不同职能的两个代议机构——立法议会和政府治理议会，分别承担确认内部规则和制定政府组织规则的任务，同时对权力总体结构做了分层，依次是承担制宪和修宪任务的专门机构、立法议会、政府治理议会、政府以及行政官僚机构。该制度设计的核心就在于国家权力（政府权力）的分离，将立法权和指导政府治理的权力分别授予不同的相互独立的机构，因为只有这样才能达至上文所述内部规则与外部规则的和谐。

【延伸阅读】

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《自由秩序原理》^[4]，邓正来译，三联书店1998年版。

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《通向奴役的道路》，滕维藻、朱宗风译，商务印书馆1962年版。

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《致命的自负：社会主义的谬误》，冯克利、胡晋华译，中国社会科学出版社2000年版。

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《哈耶克论文集》，邓正来译，首都经济贸易大学出版社2001年版。

[英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《个人主义与经济秩序》，邓正来译，三联书店2003年版。

邓正来：《研究哈耶克法律理论的一个前提性评注——〈法律、立法与自由〉代译序》。

[英] Alan Ebenstein著：《哈耶克传》，秋风译，中国社会科学出版社2003年版。

邓正来著：《哈耶克法律哲学的研究》，法律出版社2002年版。

【精彩片段】

自生自发秩序的规则与组织的规则

我们的一个主要论点认为，尽管自生自发秩序与组织会始终共存，但是这两种秩序的原则仍不能以我们所希望的任何方式混淆起来。如果这一点尚未得到人们较为普遍的理解，那实是因下述事实所致：为了确定这两种秩序，我们必须依凭规则，然而这两种不同的秩序所要求的规则种类之间所存在的那些重要区别却还没有得到人们的普遍认识。

.....

据此，组织的规则必定依附于命令，而且只能调整命令所未规定的事项。对于组织内部的不同成员来讲，这样的规则会依他们各自被分派的不同角色而有所不同，而且人们也必须根据组织命令所确定的特定目的来解释这些规则.....

与组织的规则构成对照，支配自生自发秩序的规则则必定是目的独立的（independent of purpose）和平等适用的：即使未必对所有成员都同样适用，至少也要对整个成员阶层同样适用。一如我们将在下文所见的那样，它们必须是那些适用于在数量上未知的和不确定的人和事的规则。它们也必须由个人根据其各自的目的加以适用；再者，个人对它们的适用亦将独立于任何共同的目的，而且个人甚至无须知道这种目的。

用我们所采纳的术语来说，这意味着自生自发

秩序立基于其上的一般性法律规则（the general rules of law）所旨在实现的乃是一种抽象秩序（an abstract order），而该秩序所具有的特定的或具体的内容则是任何人所不知道的，也是任何人所不能预见的；然而，那些支配一个组织的命令和规则所服务的则是那些控制着此一组织的人所旨在达到的特定结果……

（第一卷，第70~72页）

正义是人之行为的一种属性

……由于只有人之意志造成的那些情形才能被称做是正义的或不正义的，所以一个自生自发秩序中的特定情形也就不可能是正义的或不正义的：如果“甲所得的多而乙所得的少”这种状况并不是某人的行动所意图的或可预见的结果，那么这种结果就不能被称作是正义的或不正义的。我们将会在下文中看到，所谓“社会的”正义或“分配的”正义（social or distributive justice）在自生自发秩序中确实是毫无意义的，而只是在一个组织中才会有意义。

（第二、三卷，第52~53页）

正当行为规则一般都是对不正当行为的禁令

.....正当行为规则不可能保护所有的利益，甚至都不可能保护对某人来说具有重大意义的的所有利益，而只能够保护那些被称之为“合法”预期（legitimate expectations）的东西；所谓“合法的”预期，乃是那些由正当行为规则界定的预期，有时也许还是因法律规则的规定而萌发的那些预期。

.....

据此我们可以说，正当行为规则界分确受保障的领域（protected domains）的方式，并不是把特定的东西直接分配给特定的人，而是要使一种从某些明确的事实当中推知特定的东西究竟属于谁的努力成为可能.....

.....或者套用法律的话来说，这些规则并不赋予特定的人以权利，而只是确立一些人们依据它们便可以获得这种权利的条件。每个人有可能获得的领域，部分取决于他的行动，部分则取决于他所无法控制的事实。这些规则的作用只是使每个人都能够从他所能确认的事实中推知他本人确受保护的领域的边界，而这些领域的界分则是他与其他人为他们自己确定的。

由于适用正当行为规则所引起的后果将始终取决于这些规则本身无从决定的一些事实性情势，所以我们不能根据一项规则在某一特定情势中所产生的结果来衡量该项规则的适用是否正义。就此而言，有论者针对约翰·洛克有关竞争之正义问题的观点提出了一个颇为正确的说法：“真正重要的乃是竞争得以展开的方式，而不是竞争的结果”。这个说法不仅在一般意义上可以适用于自由主义的正义观念（liberal conception of justice），而且也能够适用于正义在自生自发秩序中所能实现的东西；

.....
.....正当行为规则只能够在下述范围内创造确定性，即它们保护个人所享有的资源或财产并使之免受他人的干涉，进而使个人能够把这些资源或财产视作是他可以按照自己意图使用的东西。然而，正当行为规则却不能够保证个人在使用这些资源或财产的时候获得成功，因为他的成功不仅要取决于某些物质性的事实，而且还要取决于他所预期的其他人所采取的行动。

（第二、三卷，第57~59页）

【名言佳句】

人不仅是一种追求目的的动物，而且在很大程度也是一种遵循规则的动物。

（第一卷，第7页）

在自由的状态下，每个人都能够运用自己的知识去实现自己的目的。

（第一卷，第87页）

只有一部分预期能够在动态的行动秩序中得到保护。

（第一卷，第163页）

预期间最大限度的吻合是经由对确受保障领域的界分而达至的。

（第一卷，第168页）

法律、自由和财产权，乃是密不可分的三位一体。（第一卷，第169页，值得注意的是，哈耶克这里所说的法律具有特殊的内涵，它专指自发秩序规则。）

—所有终极性权力机构都应当受到正义标准的约束，而且也只有在它准备遵循一项将在所有相似场合都予以适用的原则的条件下，它才有自由去做它想做的事情。

(第二、三卷，第321页)

要保障个人的自由或人身的自由，就必须用公众意见所赞同的长期原则来约束一切权力。

(第二、三卷，第421页)

我们所能够做到的始终只是通过坚持不懈地消除“伪者”或“不正义者”而努力趋近真理或正义，却永远不能断言我们已然达到了终极真理或正义。

(第二、三卷，第66页)

对于一个自由人组成的大社会来说，一个政府能够给予的最美好的东西都是否定性的。

(第二、三卷，第460页)

(余金鸽)

注 释

[1] 因为哈耶克认为，在整体秩序中，不变的只能是一个抽象关系的系统（哈耶克在第三卷的序言中提到，所谓的系统就是秩序），而不是该系统的特定因素。

[2] “我们所能够做到的始终只是通过坚持不懈地消除‘伪者’或‘不正义者’而努力趋近真理或正义，却永远

不能断言我们已然达到了终极真理或正义。”（第二、三卷，第66页）

[3] “正当行为规则界定明确受保障的领域的方式，并不是把特定的东西直接分配给特定的人，而是要使一种从某些明确的事实当中推知特定的东西究竟属于谁的努力成为可能。”（第二、三卷，第58页）

[4] 该书是哈耶克的另一本自由主义理论的著作，而且该书早于《法律、立法与自由》一书完成，哈耶克的许多自由主义思想在该书中已经有了系统的阐述，哈耶克自己也建议非专业的读者先阅读该书，这样对于系统完整地理解哈耶克的自由主义理论有所帮助。

32 . 达维德：《当代主要法律体系》

【推荐版本】

[法] 勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

勒内·达维德 (René David, 1906 ~ 1990) 是当代法国著名的比较法学家，出生于法国巴黎。1928年，达维德获得巴黎大学法学博士学位，1935年又获得英国剑桥大学哲学博士学位。1929 ~ 1976年，达维德先后任法国格勒诺布尔、巴黎、埃克斯-马赛等大学法律系教授。1930 ~ 1933年，他出任罗马私法划一化国际研究所副秘书长；1954 ~ 1958年先后受命起草埃塞俄比亚民法典与卢旺达民法典；1966 ~ 1970年曾以法国代表团团长身份出席联合国国际商法委员会会议；1950 ~ 1962年间曾先后任哥伦比亚、耶鲁、慕尼黑、德

黑兰等七所大学客座教授，获爱丁堡、布鲁塞尔、渥太华、巴塞尔、赫尔辛基、佛罗伦萨等大学名誉博士学位，并担任伦敦律师协会名誉主管委员。

达维德一生著作丰富，以法语发表的有：《比较民法原论》（*Traité élémentaire de Droit Comparé*, 1950），《当代主要法律体系》（*Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, 1964），《英国契约法》（*Les contrats en droit anglais*, 1973），《英国法》（*Le Droit anglais*, 1975）等。以英语发表的有：《世界法律体系：它们的比较和统一》（*The legal Systems of the World : their comparison and unification*），此书被编入《国际比较法学全书》（*International Encyclopedia of Comparative Law*）十七卷中的第二册，《英国法和法国法》（*English law and French Law*, 1980）等；与其他学者合著的有：《英国私法研究导论》（*Intoduction à l' étude du droit privé de l'Angleterre*, 1949），《苏维埃法》（*Le droit soviétique*, 2 vol. 1954），《法国法》（*Le droit français*, 1960）等。

（译者序）

达维德教授在退休后，于1981年和1982年两年间先后发表《国际贸易中的仲裁程序》（*L'*

Arbitrage dans le commerce international)、《一个比较法学家的成长》(Les avatars d' un comparatiste) (该书叙述作者的生平及其学术观点)。此外，他还重新编定了以前用法、英、德、意等国文字发表的论文丛刊。《当代主要法律体系》(Les Grands Systemes de Droit Contemporains)一书是达维德的成名作。这本著作被誉为“世界比较法学之名著”，自1964年初版以来至1982年已再版八次，并被译为德、英、意、西、中等多国文字，不仅为法国比较法学，也为世界比较法学的发展做出了贡献。1984年11月，上海译文出版社出版了由漆竹生翻译的本书的中译本，达维德作序。

比较法学派是19世纪下半期形成的流派，起源于法兰西学院、巴黎大学法学院开设的比较法讲座。1900年在巴黎召开国际比较法大会，标志着“一门独立的学科——比较法学”的正式诞生。此后，英、美、德、意、日、瑞士等国家的法学者纷纷致力于比较法学的研究。并逐步形成以下共识：主张在各国法律体制研究中寻求共同点，以协调各国立法。时至今日，比较法学已成为各国大学法律系的一门重要课程。在世界众多的比较法学家中，达维德是最为中国法学界所熟知的一个。《当

代主要法律体系》完整阐述并贯彻了“世界法律统一主义”思想，其中译本自20世纪80年代中期间问世以来，成为国人研究外国法和比较法学的必读书目，被广泛引用。

【内容精要】

《当代主要法律体系》一书主要运用比较研究的方法并辅之以历史的、哲学的和分析的研究方法，对当今世界主要法律体系进行研究。全书除了简短的序言和引言之外，分为罗马日耳曼法系、社会主义各国法、普通法以及其他的社会秩序观与法律观四大部分。作者运用比较的方法分别对各法系的历史发展、法的结构和法的渊源进行了详细的论述，并且有重点地对各法系中具有代表性的单个国家的法进行了概述，如英国法、美国法、中国法、苏联法等。

在引言中，作者论述了比较法的基本理论。其一是回顾了比较法的历史，指出研究比较法的意义，强调比较法学者当前应该完成的任务；其二是阐明当代法的多样性，提供了解这一或那一外国法的一个指导工具。

达维德对当代主要法律体系的分类是建立在法

的可变要素和不变要素的基础上的。他认为，当代法是形形色色、千变万化的，把法简单地看成准则的总体是一种表面而错误的看法。每个法事实上是一个体系。根据不变因素，可以将法归成“系”，并在此基础上达维德辨认出世界上三大法系：罗马日耳曼法系、社会主义法系、普通法系。同时达维德反对西方优越论，他批评了那种认为世界上所有其他法系迟早要消亡而只有以上三个法系继续存在的观点。因此，他还划分出伊斯兰法、印度法、远东各国法（中国和日本）、马达加斯加与非洲各国法，以便对宗教和传统的各种法加以概括，他认为不考虑这些法系存在的事实，就不可能做出有关当代世界法制符合实际的概括。如此客观公允的态度，对于一个西方法学者在民族主义颇为盛行的当时是难能可贵的。

在第一部分，作者详述了罗马日耳曼法系的历史形成、法的结构和渊源。罗马日耳曼法系有着悠久的历史，在欧洲大陆形成，经历了习惯法和成文法两个时期。在这两个时期里，该法系各国法是罗马法的继承者，且又有所演变。由于殖民化的作用，罗马日耳曼法系在欧洲以外的其他大陆也有着广泛传播，可见这个法系的影响之大。

第二部分，以苏联法为代表，作者论述了社会

主义法系。这部分内容占了全书四分之一的篇幅，从传统法、马克思列宁主义及新秩序三个方面叙述了社会主义各国法的历史发展，从法的渊源和结构，深入地剖析了社会主义各国法律制度、判例及分类、概念等，从中不难看出作者的用心。达维德认为，以欧洲为核心的社会主义阵营国家过去都属于罗马日耳曼法系的国家，因此，它们保留了罗马日耳曼法的某些特征。但是这些国家的法律与罗马日耳曼法系有很大的不同。在对社会主义法进行论述的过程中，虽然作者对马克思列宁主义学说和社会主义法制存在着一些错误观点，但是有一点很明确，作者坚信对社会主义法的研究是一件极为有益的工作，这可以“认识一个不同于西方世界的新世界”。

第三部分，通过普通法系与罗马日耳曼法系的比较，作者分别阐述了英国法和美国法的历史、结构和渊源以及传播情况，同时也对普通法系中最重要的这两个国家的法（英国法和美国法）进行了比较，以对普通法系有一个更全面地认识。

普通法系与罗马日耳曼法系普通法是带着深刻历史印迹的法律体系，它的传统特征与罗马日耳曼法系完全不同，它的形成来源于负责审理诉讼的法官。罗马日耳曼法系对普通法系的影响极其有限。

普通法的划分，使用的概念、术语都与之截然不同。但是这两大法系之间存在着很多的共同点，“两大法系所使用的方法、对法律规定的观念都日趋接近”。

第四部分，作者将伊斯兰法、印度法、远东各国法和马达加斯加与非洲各国法都归为一编，进行分别阐述。应指出的是：这些法彼此是不相干的，将其归在一编是因为它们都是以同在西方各国占优势的各种观念完全不同的观念为依据的。作者以此提醒人们：西方的思想方式是唯一有效的那种时代已经一去不复返了。

《当代主要法律体系》是一部当代比较法学代表的权威著作，达维德对早期罗马日耳曼法与英美普通法系进行比较，进而对现代社会主义法系与资本主义以及其他不同意识形态的法系也进行比较，这对扩大比较法的研究范围起到了积极的作用。在比较的过程中，达维德以比较研究的方法为主，历史的、哲学的和分析的研究方法为辅的比较方法，为读者清晰地描绘出了当代世界法律体系的脉络。这种研究方法有利于准确把握比较对象，扩展法学视野，并对法学领域的学习和研究具有重要的借鉴意义。

此外，对中国读者来说，在这本书中有一个有

趣的现象，达维德没有将中国法列入社会主义法系，而是将中国法列入了“远东各国法”一编加以论述。他认为，远东各国的人民并不把维持社会秩序和公正的希望寄托于法律。法律在社会中只居于次要的地位，只起辅助作用。达维德对中国法进行详细论述时，有很大一部分观点与中国的现实不符，同时对中国法叙述的一些表述上也不太准确。尽管如此，从达维德——一位西方思想家的视角来审视我们所生活于其中的社会与法律，或许还是能获得很多启发的。

【延伸阅读】

[法]达维德著：《英国法和法国法》，潘华舫、高鸿钧、贺卫方译，中国政法大学出版社1984年版。

【精彩片段】

当代法的多样性

法的数量多是事实。可是还应弄清楚这一现象的规模和它真正的意义。法的多样性包含些什么？

怎样表现出来？

从事实际工作的法学家，注意力集中在本国法，他们对这个问题的回答无疑将是：不同的国家发布并实施不同的规定。这是法的多样性的最清楚、最容易理解的意义。

但法的多样性不仅仅取决于法所包含的规定的形形色色、千变万化，因为把法简单地看成准则的总体是一种表面而错误的看法。当然，在某个时期，某个国家的法可具体化为若干条规定。法律现象要复杂的多。每个法事实上是一个体系：它使用和一定概念相对应的一定词汇；它把规定分成一定的种类；它包含对提出规定的某些技术和解释这些规定的某些方法的运用；它和一定的社会秩序观念联系着，这种观念决定法的实施方式和法的职能的本身。

如果考察法律规定的內容，法的多样性确实是可观的；反之，如果考虑更基本、更稳定的要素，用这些要素可以发现规定，解释规定，明确予以评价，那么，它的多样性就少了。规定可以形形色色、千变万化；相反，用以说明规定的技术，将规定分类的方法，解释规定所用的推理方式，则可归结为数目有限的一些类型。因此，我们可以把法归类成“系”，就像宗教方面（基督教、伊斯兰教、

印度教等)、语言学方面(罗曼语、斯拉夫语、闪米特语、尼罗河流域语等)或自然科学方面(哺乳动物、爬行动物、鸟类、两栖类等)一样,可以忽略次要的区别不去管它,而确认“系”的存在。

(第22~24页)

第一个值得我们注意的法系是罗马日耳曼法系。这个法系包括以罗马法为法学基础的那些国家。在这些国家里,法律规范被理解为同正义的和道德的考虑密切联系的行为准则。确定这些准则应该是什么样的的是法学的主要任务;“学说”专心于这项任务,对法的实施关心较少,因为法的实施是从事法律与行政实际工作者的事。

19世纪以来,在罗马日耳曼法系中,法律起着主要的作用,因为属于这个法系的各国都有“法典”。

最后,罗马日耳曼法的另一个特征在于这样的事实:由于历史原因,这些法首先是为了规定公民间的关系而制定的;法的其他部门只能从“民法”的原则出发,较迟并较不完备地发展起来的,民法曾经长时期是法学的主要基础。

罗马日耳曼法系发源于欧洲。它是经过欧洲各大学的努力才形成的,这些大学从12世纪以来,在查士丁尼大帝的编纂工作的基础上,发展了适合于

近代社会条件的、适用于一切法律的法学，选用罗马日耳曼这一修饰语就是为了向拉丁民族国家与日耳曼民族国家的各大学所作的这种共同努力表示敬意。

由于殖民化的作用，罗马日耳曼法系赢得了非常广阔的地盘，在这些土地上今天还实施着属于这个法系或同这个法系非常接近的法。在其他一些不曾受到欧洲大陆各国的统治、但现代化的需要或西方化的愿望曾经引起欧洲思想渗透的国家，一种自愿接受的现象曾产生同样的结果。

欧洲以外国家实施的属于罗马日耳曼法系的法需要列入不同的类别。为数很多的国家曾经“接受”欧洲的法。但这些国家在接受之前曾经有过本地的文明，包括一些看问题或为人处世的方式和一些制度。在这种条件下，接受常常只能是部分的，法律关系的许多领域（尤其是“身份法”）仍受传统原则支配；除此之外，旧的为人处世的方式可能使新法的实施同它在欧洲的实施情况颇为不同。

（第25～26页）

第二个法系是普通法，包括英国法和以英国法为典范的各国法。普通法的传统特征同罗马日耳曼法系的完全不同。普通法的形成来源于负责审理诉讼的法官，因此至今还明显地带有这一起源的印

记。普通法的法律规范，不像罗马日耳曼法系的法律规范那么抽象，它以解决诉讼为目的，而不是为了给未来提出一般的行为准则。在研究普通法的法学家们看来，有关审判、诉讼程序、证据的规定以及有关判决执行的规定，较之有关法的实质的规定，其重要性如果不说是超过的话，也是相等的，因为他们直接关心的是恢复被扰乱了的秩序，而不是建立社会的基础。最后，普通法从它的起源来看还同王权有联系；它是在王国的治安受到威胁的情况下，或是在某种其他的重要考虑要求王权进行干预或说明王权的干预是正当的时候发展起来的；最早它主要是作为公法出现的，个人间的争诉只是在涉及国王利益或王国利益的范围内才交付普通法的法院处理。以民法为基础的罗马法学在来自诉讼程序的公法（普通法）的形成和发展中，只起过很有限的作用；普通法的划分，它所使用的概念及普通法的法学家们所用的词汇完全不同于罗马日耳曼法系的划分、概念与法学家们的词汇。

同罗马日耳曼法系各国法一样，普通法在全世界也传播的很广，促成这种传播的原因也相同：殖民化或接受。因此，同对于罗马日耳曼法系一样，对于普通法系可以提出同样的看法。这里也应区别欧洲（英国、爱尔兰）的与欧洲以外的普通法。在

欧洲以外，在某些穆斯林国家或在印度，曾发生过普通法只被部分接受的情况。当普通法被接受时，就要考虑它和先前的文化传统共存对它的实施所产生的作用。最后，除了这点之外，不同的环境也能引起普通法在它发源的国家和在它被引进的国家深刻的分化。这最后一点对普通法具有特别的意义；在实施普通法的各国中，有些国家形成了一种从很多方面看都极不同于英国文化的文化，例如美国和加拿大；由于这个事实，这些国家的法在普通法系内部有很大的独立性。

（第26～27页）

社会主义各国的法构成与前两个法系不同的第三个法系。到今天为止，社会主义阵营的国家过去都是属于罗马日耳曼法系的。它们保存了我们提到过的罗马日耳曼法系的某些特征。……但是除了这些相似之处外，仍然存在着不少区别，因此在今天，像社会主义国家的法学家们所坚决做的那样，把社会主义各国的法看成脱离罗马日耳曼法系，而构成另外一个法系，似乎是合理的，因为社会主义国家的领导人的目的是要建立一个在将来既无国家也无法的新型社会。因此，今天的社会主义法，其法律规范的唯一渊源在于表达人民意志的立法者的革命工作，而人民意志是受共产党严格指导的。按

照他们的官方学说，马克思列宁主义，共产党首先谋求建立新的经济结构。所有的生产资料都实行集体化。在新的条件下，公民间关系的范围比过去缩小了；私法失去了优势而让位于公法。

社会主义法系发源于苏联。在苏联，上述概念取得了优势，并自1917年革命以来，一种独具一格的法发展起来了。我们应该把苏联法同欧洲的社会主义或人民共和国的法，以及同亚洲人民共和国的法分开，这些法构成不同的类别。这些法都属于社会主义法系，但在第一类中可以看到保存了较多的，属于罗马日耳曼法系各国法的特点，而在第二类中，则要探索在实际工作中，这些新概念同社会主义时期以前统治该社会的远东文明原则是怎样调和起来的。

(第28~29页)

【名言佳句】

对不同地区的法制进行比较，其历史同法学本身同样古老。

(第7页)

简要地说，比较法的意义可概括为三个方面。

它有助于法制史或法哲学的研究，有助于更好地认识与改进我们的本国法，有助于了解外国人民以及在国际生活的各种关系中建立美好的制度。

(第9页)

法在国际上的一定程度的统一是今天的世界所要求的，而对明天的世界来说，它将是更加必需的。它所意味的综合与协调的工作，没有比较法的帮助就无法完成。

(第15页)

比较法是一门真正的科学，是法学知识的一个独立门类。

(第16页)

每个法事实上是一个体系：它使用和一定概念相对应的一定词汇；它把规定分成一定的种类；它包含对提出规定的某些技术和解释这些规定的某些方法的运用；它和一定的社会秩序观念联系着，这种观念决定法的实施方式和法的职能本身。

(第22页)

社会的良好秩序意味着法制第一。

(第31页)

没有法，就只能是无政府状态，暴力统治或混乱。

(第31页)

法是崇敬的对象，法院是正义的殿堂，驻守着受尊敬的法官。

(第31页)

法本身不同于法律。

(第99页)

衡平法是尊重法律的 (Equity follows the law) 。

(第321页)

法首先是情理 (lex est aliquid rationis) 。

(第369页)

(解 锟)

33 . 哈特：《法律的概念》

【推荐版本】

[英]哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译，中国大百科全书出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

哈特（Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907~1992），英国著名的法理学家，当代西方新分析实证主义法学，即语义分析法学的创始人。哈特是第二次世界大战以后西方最负有盛名的法学家之一，是二战后分析实证法学的“旗帜”，由他创立的新分析实证主义法学与新自然法学和社会学法学共同构成了现代西方三大法学派别。哈特于1929年以第一名的优异成绩毕业于牛津大学，1932年获得律师资格，并在伦敦任律师至1940年。1952年，哈特任牛津大学法理学讲座教授，并在同年发表《法理学中的定义与理论》，这篇文章引起他与博登海默关于法学教育问题的争论。哈特1969年辞去这一职务，致力于边沁著作的整理和编纂。

1978年退休，1992年去世。德沃金在评价哈特的法哲学理论时指出，他的观点：“透彻而精辟，在法哲学的几乎任何一处建设性的思想必须从考虑他的观点开始。” [\[1\]](#)

哈特一生的著作主要有：《法律中的因果关系》（1959年，与A·M·奥诺里合著）、《法律的概念》（1961年）、《法律、自由和道德》（1968年）、《惩罚与罪责》（1968年）、《功利与权利》（1979年）、《法理学和哲学文选》（1983年）等。 [\[2\]](#)

《法律的概念》一书是哈特和新自然法学派代表富勒在长期的论战中形成的一个法律成果。哈特和富勒关于战时德国希特勒法律及其效力的认同是此次论战的一个导火线，焦点是法律与道德间的关系问题。1957年4月，哈特应邀在哈佛大学作了一个题为《实证主义和法律与道德之分》的学术报告，哈特在报告中系统地阐述了分析法学家对法与道德的观点，并批驳了自然法学派对他们的批判。富勒听了报告后，随即回应，发表了题为《实证主义与对法律的忠诚：答哈特教授》的长文。20世纪60年代初，两人分别发表了各自的代表作——哈特的《法律的概念》和富勒的《法律的道德性》，此后，二者又进行过多次的交锋。 [\[3\]](#)哈特在《法律

的概念》一书的1972年再版中，补列了对他的观点进行批评的主要文章和专著清单，希望对这些问题在以后有机会时，对其详细的讨论。本书就是哈特1972年再版的译本。

【内容精要】

《法律的概念》最集中系统地阐述了哈特的法理学思想，被学术界誉为20世纪法学的经典作品。本书一共十章。哈特开宗明义地提出了“法律是什么”这个经久不衰的问题，然后从分析批判奥斯丁的“法律命令说”入手，即对内至上，对外独立的个人或团体（主权者）发布的“以威胁为后盾的普遍命令”入手，逐步对奥斯丁的威胁论、主权说、命令说进行了批判。哈特认为这是一个失败的记录，提出了著名的法律规则说——这是把握法律的概念的关键。他指出奥斯丁的以威胁为后盾的法律命令说只体现了法律外在观点，而法律的内在观点恰恰是体现了义务性和职责性的特征，义务的观点是他的逻辑起点，他将规则分为主要规则和次要规则。最后哈特阐述了关于法律与道德的关系，提出了“自然法的最低限度的内容和原则”，哈特在对国际法论述时，把主要关注集中在如何理解国际法

上。而不是提供一种国际法的定义。哈特批判了传统所谓国际法为国家的“自律”说，即国际法是主权国家一种自律，“自律”说无法解释国家只能被自我施加的义务所约束以及主权不受任何约束和主权自己受到约束之间的矛盾；无法解释国家完全自愿达成的条约。[\[4\]](#)

我们知道，哈特将奥斯丁法理学划分为三个方面，第一是法律命令说；第二是法律和道德的分离；第三是关于一般法理学研究的范围就是对实在法的共同概念进行逻辑分析。[\[5\]](#)在本书中，相当的篇幅讨论了“有关法律制度的简单化的模式”，即沿着奥斯丁的命令理论的思路所建立起来的不足。也就是说，哈特是以对奥斯丁的法律命令说作为批判对象的，将他的“法律规则说”取代了奥斯丁的“法律命令说”，在其他方面还是遵循了奥斯丁的观点。

一、对奥斯丁法律命令说的评析

奥斯丁在《法理学的范围》一书中，试图用命令和习惯对法律概念进行最清晰、最彻底的分析。但实际上是事与愿违的。哈特列举了一个强盗持枪的例子来分析，哈特认为除非是伤害性威胁，在其

他方面使用以威胁为后盾的命令是不妥的。所以，法律是以权威为后盾的命令，而不是以威胁为后盾的命令。奥斯丁的错误就在于没有区分以威胁为后盾的命令和以权威为后盾的命令。

哈特从不同的角度对法律命令说进行批判。首先，从法律的多样性方面，他认为除了刑法及其制裁和侵权法与以威胁为后盾的命令有相似点外，其他法律，像合同法、遗嘱继承、婚姻法，很难用以威胁为后盾的命令说来解释了。因为，这种法律不强加责任和义务，而是通过授予人们在法律规定的范围内设定权利和义务。

其次，从法律适用的范围方面，法律命令说的实质是命令他人去做某事或是不为某事，但把命令者（立法者）排除在外，这在专制君主国家或某些民主国家会出现。但哈特认为，现代立法的本质是包括立法者在内的人都要受到法律的约束。因此，法律命令说存在着缺陷，哈特提出要用“约定说”代替“命令说”，这是一个在许多方面比强制命令好得多的模式，立法者不必像对他人下达命令的人一样，而应该像一个约定的发出者，他行使由规则授予的权利，通常他作为立法者必须置身于法律的范围内。

再次，从起源方式上，与法律命令说最明显矛

盾的是习惯。某些法律规则起源于习惯，不能将它们法律地位归于任何有意识的立法行为。哈特指出，某些性质明确的习惯在被法院使用以前，就是法律，认为习惯法律地位的确立在于主权者的默示命令是牵强的，某些法律起源于习惯，法律命令说无法就习惯成为法律的问题作出解释。[6]

最后，哈特对奥斯丁的主权者学说做了批判。他通过两条主线对主权者学说进行批驳。（1）不能解释立法权的连续性和法律的持续性；（2）主权者的地位问题：主权者为他人制定法律，把法律的责任或限制强加于他人，而自己却不受法律的限制。哈特分析了最高立法者在法律上无限制的地位对于法律的存在来说是否必需及能否根据习惯和服从，来说明立法权的法律限制存在或不存在。最后哈特指出“主权者学说不仅细节上是错误的，而且命令、习惯和服从等简单观念也不适合于法律分析”（第79页）。而授权规则的观念，即可能有限制或无限制地授权在某些方面有资格的人们遵循一定程序去立法的一种规则。也就是说，他认为规则构成了主权者的观念。

二、解答法律概念的突破点——法律的第一性规则和第二性规则的结合 **1. 法律规则说的提**

出

哈特认为奥斯丁的法律等同于主权者的强制命令是一个“失败的记录”。失败的根本原因在于“该理论由以建构起来的那些因素，即命令、服从、习惯和威胁的观念，没有包括、也不可能包括可能由它们的结合产生出规则的观念，而缺少这一观念，我们就没有指望去阐明哪怕是最基本形式的法律”（第82页），因此，哈特引入第一性规则和第二性规则结合的观念，提出义务的观点是哈特理论的逻辑起点。

2. 法律的要素

第一性义务规则和第二性规则是哈特法律制度的核心，也奠定了哈特新分析法学派的基础。哈特描绘了一个简单的社会模式，如果这个社会只依靠第一性义务规则运行，那么它必须符合两个条件：其一是必须以某种形式包含对压制任意使用暴力、盗窃、欺骗的行为；其二是只有少数人拒绝规则，而多数人接受规则。显然，如果要符合这两个条件，只有在由血亲关系、共同感受和信念紧密联系，并处于稳定环境中的小型社会才行，对于当代这么复杂的社会是不适用的。

接下来，哈特分析了对当今社会不适合的原

因。(1)不确定性。规范群体生存行为的规则构成不了一个体系，仅仅是一些单独的、零散的标准，除了它们是一个特定的人类群体所接受的规则外，没有任何确定的或共同的标志。(2)静态性。在这样一个社会中，不存在有意识地清除旧规则或引进新规则以适应于正在变化的情况的手段，仅存在的是规则无意识的、缓慢的、自发的变化，这个方式表现为首先是习惯或常例的出现，然后是习惯法的出现，极端情况下，可能更彻底意义上的处于静止状态。(3)无效性。即用来维护这些规则的分散的社会压力的无效性。缺少专门授权机关最终和权威地确定违反规则的事实和对违规行为的惩罚以及其他形式包括物质和武力在内的制裁。

正是由于这三方面的缺陷，就有必要引入不同种类的第二性规则来弥补第一性规则。它们是处于与第一性规则不同的一个层面上，第一规则都是关于个人为或不得而为的行为，而第二性规则涉及第一性规则本身这一意义而言，“它们具体规定了第一性规则得以决定性地确定、引入、取消、改变以及违反这些规则的事实得以最终决定的方式”（第95页），哈特主张“针对每一个缺陷所实行的补救办法本身，都可以认为是从前法律世界进入法律世界的一步”（第95页）。这三种补救办法合起来无

疑使第一性规则体制转换为无可争议的法律制度。

具体地说：

首先，针对不确定性规则引入承认规则，其作用是确定第一性规则的法律地位，使第一性规则具有权威性。承认规则也是法律制度的基础。其次，针对静态性的缺陷引入改变规则。其最简单的形式是授权个人或群体，为了适应社会发展的需要，可以改变现有的规则，即授权个人或群体有立法的权利。最后，针对无效性的缺陷引入审判规则，即授权个人或机关就一定情况下某一主要规则是否已经被违反，以及应处何种制裁，作出权威性的决定。

三、自然法最低限度的内容

哈特学说有着向自然法学靠拢的明显倾向，表现在他提出了“最低限度内容的自然法”理论，基于人性和人类生存的目的，任何社会组织都必须有某些行为准则，它们是构成一切社会的法律和道德的共同因素，这些共同行为准则就是“自然法的最低限度的内容”（第189页）。它包括五个方面：

（1）人的脆弱性。人是血肉之躯，一般容易遭到肉体的攻击，因此法律和道德共同要求消极克制、限制使用暴力杀人或施加肉体伤害。（2）大体上的平等。人们在体力、智力上大体平等，一个人不

可能强大到不需要与人合作就能长期统治别人或使别人屈服，基于这个事实，必须建立一个相互克制和妥协的制度，它是法律和道德两种义务的基础。

(3) 有限的利他主义。人既非天使，也非恶魔，而是处于两个极端的中间的个体，因此，人的利他主义的范围是有限的并且是有间歇性的，而侵犯倾向却时常存在。(4) 有限的资源。人类生存所需要的资源不是无限丰富的，必须有某种最低限度的财产权制度，以及要求尊重这种制度的特种规则。

(5) 有限的理解力和意志力。由于人们各自的理解力、意志力和动机的不同，在这种常有的危险的条件下，“理性所要求的是在一个强制制度中的自愿合作”（第193页）。

四、以国际法为视角阐释法律的概念

哈特以国际法这一相反实例进一步剖析“法律”的表达方式，回答有关国际法的法律属性的疑惑。他主要通过国际法规则与国内法规则之间的反差比较，论证法律的概念是法律的第一性规则和第二性规则的结合，指出国际法“目前正处于一个走向接受此种或他种形式的过渡阶段，这些形式将使国际法在结构上更接近于国内法”（第233页）。

【延伸阅读】

[英]哈特著：《惩罚与责任》，王勇、张志铭、方蕾译，华夏出版社1989年版。

【精彩片段】

因而前三章是一个关于失败的记录，我们显然需要一个新的开端。……失败的根本原因在于：该理论由以建构起来的那些因素，即命令、服从、习惯和威胁的观念，没有包括、也不可能由它们的结合产生出规则的观念，而缺少这一观念，我们就没有指望去阐明哪怕是最基本形式的法律。规则的观念决不是一个简单的观念：我们在第三章中已经知道，如果我们要对法律制度的复杂性作出适当处理，要在两类不同的、尽管是互相联系的制度之间做出区别的话，就需要这个观念。按照可以被认为是基本的或第一性的那类规则，人们被要求去做或不做某种行为，而不管他们愿意与否。另一类规则在某种意义上依附于前者或对前者来说是第二性的，因为它们规定人们可以通过做某种事情或表达某种意思，引入新的第一性规则，废除或修改旧规则，或者以各种方式决定它们的作用范围或控制它

们的运作。第一性规则设定义务，第二性规则授予权力，公权力或私权力。第一性规则涉及与物质运动或变化有关的行为，第二性规则提供了不仅引起物质运动或变化，而且引起义务或责任的产生或变更。（第82~83页）

.....详细地描绘了这样一个社会的生活：在那里，社会控制的唯一手段就是群体对自己的标准行为模式的一般态度，这种态度就是以我们表征义务规则的措辞来讲的。这种社会结构往往被看做“习惯”的一种，但我们将不使用这一措辞，因为它往往意味着习惯规则是很古老的，而且比其他规则更缺乏社会压力的支持。为了避免这些含义，我们将把这样一种社会结构作为第一性义务规则的一种。如果一个社会单靠这种第一性规则生存的话，显然必须符合某些条件，即认定若干关于人性和我们生活的世界的最明显的公理为事实。这些条件的第一个是：这种规则必须以某种形式包含对任意使用暴力、盗窃、欺骗的限制，人类常被这些行为诱惑，如果人类要亲密地共同生存的话，一般来说，他们必须压制它们.....第二个条件是：虽然这样一个社会可能显露出（我们已描述过的）接受规则的人和拒绝规则的人（后者是由于对社会压力的恐惧而顺从规则）之间的张力，但如果如此松散地组织起来

的、人们体力上大致相等的人类社会要想存续下去，后一种人显然只能是少数，否则拒绝规则的人就几乎没有什么可惧怕的社会压力了。这一点已由我们所知道的原始社会共同体的材料所证实，在那里，尽管有异端者和坏人，但多数人是依靠从内在观点出发而看待的规则生活的。

（第93页）

对第一性规则体制的不确定性的最简单的补救，就是引入我们称之为“承认规则”的东西。这将具体指明某一或某些特征，一个拟议中的规则拥有这些特征，就可以被决定性地认证为这一群体的、由它所施加的社会压力为后盾的规则。这样一个承认规则的存在可以采取各种各样的或简单或复杂的形式。它可能就像许多社会的初级法律一样，不过是在一个书面文件中记载的或在一个公共石碑上铭刻的一个权威性的规则目录或文本。毫无疑问，作为一个历史性问题，这一从前法律世界到法律世界的迈进可能是经历了几个不同阶段而完成的，其中第一个阶段仅仅是使迄今以前不成文的规则变为成文的规则。这本身并不是决定性的步骤，尽管它是很重要的一步。有决定性意义的是承认对这一书面或碑文的引证具有权威性，即承认为消除对规则存在的怀疑的适当方式。凡有这种承认的地

方，就有一个形式非常简单的第二性规则，一个用以决定性地确认第一性规则的规则。

.....

对第一性规则体制的静态性的补救在于引入我们称为“改变规则”的东西。这种规则的最简单的形式是授权个人或群体，给群体的生活行为或群体中某一阶层的行为引入新的第一性规则或废除旧规则。如我们在本书第四章已论证的，正是根据这种规则，而不是以威胁为后盾的命令，立法制定或撤销的观念才得以理解。这种改变规则既可能非常简单，也可能相当复杂，授予的权力可能是不受限制的或是以不同方式受限制的；这种规则除了具体规定谁将立法外，还可以以或多或少硬性的措辞规定立法时应遵守的程序。显然，在改变规则和承认规则之间有着十分密切的联系：在改变规则存在的地方，承认规则必然表现为引证立法作为确定规则的特征，尽管它不必提到有关立法程序的一切细节。通常，按照承认规则，某一官方的颁布令或复本将被当作合适的制定法的充分证明。当然，如果一个社会结构简单到唯有立法是“法律渊源”的程度，承认规则将仅把制定法指定为确认规则效力的惟一标志或标准。这就像第四章中所描述的那个虚构的国君一世的王国中的情况：在那里，承认规则只是

国王一世制定的就是法。

.....

对简单的第一性规则体制的第三个补救，即旨在补救它的分散的社会压力的无效性而作的补充，是由授权个人对特定情况下第一性规则是否已被破坏的问题作出权威性决定的第二性规则构成的。最原初的审判形式就在于这种决定，我们将把授权作出这种决定的第二性规则称为“审判规则”。除确认谁去审判外，这些规则也将规定审判应当遵循的程序。就像其他第二性规则一样，这些规则处于与第一性规则不同的层面：虽然它们可能由对法官设定审判义务的其他规则所强化，但它们并不设定义务而仅授予审判权力和对违反义务的行为作出司法宣告的特殊地位.....

（第95～98页）

【名言佳句】

法律的“本质”在于它同道德或正义原则的一致，而不在于它是命令与威胁的结合。

（第8页）

命令这个概念与权威有极强固的联系，它远比

强盗的以威胁为后盾的命令更接近于法律。
(第21页)

刑法是我们不是服从就是违犯的法律，其规则所要求的被称为“责任”(duty)。
(第29页)

对于一个法律的存在来说，有两个最低限度的条件是必需的和充分的。一方面，根据这个制度的最终效力标准是有效的那些行为规则必须普遍地被遵守；另一方面，该制度规定法律效力标准的承认规则及其改变规则和审判规则，必须被其官方有效地接受为公务行为的普遍的公共标准。
(第116页)

正义构成了道德中的一部分，它主要不涉及个人行为而关注对待个人所属阶级的方式。
(第165页)

一个将法律的无效性和法律的非道德性区别开来的法律概念能使我们看到这些问题的复杂性和多样性；可是否认邪恶的规则具有法律效力的狭义法律概念却使我们对这些问题视而不见。
(第206~207页)

注 释

[1] 徐爱国主编：《世界著名十大法学家评传》，人民法院出版社2004年版，第449～450页。

[2] 徐爱国主编：《世界著名十大法学家评传》，人民法院出版社2004年版，第453页。

[3] 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第386页。

[4] 吕世伦主编：《现代西方法学流派》（上卷），中国大百科全书出版社2000年版，第224～225页。

[5] 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第292页。

[6] 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第296～297页。

34 . 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》

【推荐版本】

《法理学：法律哲学与法律方法》是博登海默阐述其综合法理学思想的一部传世名著。该书是在其1940年出版的《法理学》一书基础上撰写的。出版于1962年，1974年再版。

1987年华夏出版社出版了中译本（邓正来与姬武君合译），博登海默为中译本写了序言。

1992年，上海人民出版社也出版了张智仁先生的中译本。1999年，邓正来先生又重译了该书并由中国政法大学出版社出版。故推荐版本为：

[美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

博登海默（Edgar Bodenheimer 1908 ~ ?），出生于德国柏林，在获得海德堡大学法学

博士学位后于1933年移居美国，此后在华盛顿大学研习美国法律，并于1937年获得LL. B学位（美国法学硕士）。他从1951年开始担任犹他大学和芝加哥大学法律教授，并于1975年成为法学荣誉教授。主要研究领域为法律哲学，并成为统一法学代表人物。

博登海默一生著述丰硕，主要有《法理学：法律哲学与法律方法》（Jurisprudence: the Philosophy and Method of the Law）、《论正义》（Treatise on Justice）、《权力、法律和社会》（Power, Law and Society）、《法哲学七十五年的进化》（Seventy-five Years of Evolution in Legal Philosophy）、《责任哲学》（Philosophy of Responsibility）和《英美法律体系导论》（An Introduction to the Anglo-American Legal System）等书。

统一法学，也称综合法学或一体化法学，是美国法学家杰罗姆·霍尔于20世纪40年代提出的，旨在推动各主要法学派“融合”，建立“适当法理学”的法学运动。自50年代起，他积极响应霍尔的倡导，加入了综合法理学运动，并成为该法理学派的主要代表人物。

本书对中国法理学界乃至整个法学教育影响甚

大，根据中文社会科学引文索引，该书在20世纪80年代后翻译的纯法学书籍中的他引率排名第一。

[1] 而这样一种影响力无疑是与本书详尽客观的内容介绍、明确清晰的观点陈述以及本书译者的流畅翻译分不开的。

【内容精要】

全书共分三部分。

在第一部分“法律哲学的历史导读”中，博登海默对自古希腊至20世纪70年代的西方法律哲学各流派的理论及其代表人物做了综合概述，使人们对于西方法学的传承、发展、变迁的过程，有了一个基本的要领和总体的把握。博登海默依次介绍了古希腊与古罗马的法律理论（柏拉图、亚里士多德、斯多葛派等），中世纪的法律哲学（奥古斯丁、托马斯·阿奎纳、唯名论者等），古典时代的自然法（格劳秀斯、普芬道夫、霍布斯、斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠、卢梭等），德国的先验唯心主义（康德、费希特、黑格尔等），历史法学与进化论法学（萨维尼、梅因、斯宾塞、马克思等），功利主义（边沁、穆勒、耶林等），分析实证主义（约翰·奥斯丁、凯尔森等），社会学法学和法律现实主

义（庞德、卡多佐、霍姆斯等），自然法的复兴和价值取向法理学等。纵观第一部分，博登海默仿佛给我们打开了一部内容详尽的法理学“百科全书”，各派观点尽收眼底。

博登海默集中比较、分析了自然法学派、历史法学派、实证主义法学派等几大法理学流派并得出结论认为历史上各派法理学都仅仅代表部分和有限的真理，人们对法律的目的及其使用的手段问题都没有达成实质性一致的意见。他进而提出了：在这种情况下，人们是否会对法律的最终真理表示失望从而放弃对它的探索？在错综复杂的法理学史中是否还有一条贯穿其始终的线索可寻？博登海默给出的答案是：真理是人们在任何特定时间的经验的总和。“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角和拐角的大厦，在同一时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的，尤其是在技术知识和经验受到局限的情况下，照明系统不适当或至少不完备时，情形就更是如此了。”（第217页）所以我们说，历史上的法理学仅仅是部分和有限的真理，其最重要的意义在于构成了法理学大厦的基石。在作者看来，既然历史经验告诉我们不能以任何单一的绝对因素或原因来解释法律制度，那么就有必要利用以往的各种贡献来构造一种统一法

学。社会、经济、心理学、历史和文化因素以及许多价值判断都影响或者制约着法律的制定和执行。我们承认某些社会力量或正义理想可能在特定时期对法律制度有特别强大的影响，但是，无论用惟一的社会因素（如权力、民族遗产、经济、心理学或种族），还是用惟一的法律思想（如自由、平等、安全或公共福利）来一般分析和解释法律都是不可能的。当然，作者同时也清醒地意识到要完全克服上述各种理论的局限性是不可能的，并承认即使是本书的讨论在很大程度上也同样采纳一种有选择的和侧重于取向的研究进路。因为无论我们研究任何的法律问题，“重点都仍将集中在那些为我们的时代应予特别关注和优先考虑的方面”（第244页）。

同时，博登海默在介绍这些彼此相似或者大相径庭的法理学理论时，无不是用一种极为客观平实的语调加以评述的。对此，作者解释说：“这种历史介绍在很大程度上是描述性的，而且除了结论一节以外，几乎没有根据我自己的法哲学思想对各思想流派做出批判性的评价。我在撰写此书时认为，由于出版此书的目的之一是为了教学，因此，把对伟大法律思想家们所做出的评价留作课堂讨论也许更为恰当。”（前言第11页）在最后一节“结论性

意见”中，博登海默用历史和逻辑的方法论证了他所代表的综合法理学派的观点，强调了建立统一法学是时代的需要和法哲学进化的必然趋势。

在该书的第二部分“法律的性质和作用”中，博登海默对秩序、正义、法律（他称之为秩序与正义的综合体）、法律与其他社会控制力量的区别、法治的利弊等一系列相关问题进行了深入的理论性的探讨。

关于法律的目的，正如邓正来先生在本书重译本序中指出的，“人类制定了法律，尔后似乎就在不断地解答人类为什么要制定法律”（序言第2页），如何理解人类需要法律的原因构成了法理学的一个核心问题。博登海默对此作出了自己的回答，在他看来，要理解法律的实质性目的须从分析秩序和正义这两个概念入手。首先是秩序的概念，“意指在自然进程中和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”。历史表明，凡是在人类建立了政治和社会组织单位的地方，他们都曾力图防止出现不可控制的混乱现象，也曾试图确立某种适用于生存的秩序形式。这样一种倾向之所以为人类所共有在于自然界中普遍的有序模式和人类的基本心理需求。其次是正义的概念，因为在作者看来，仅仅拥有规则与秩序并不足以创造出

一个令人满意的社会生活样式。而正是正义的观念把我们的注意力转移到了作为规范大厦组成部分的规则、原则和标准的公正性与合理性之上。秩序，一如我们所见，所侧重的乃是社会制度和法律制度的形式结构，而正义所关注的却是法律规范和制度性安排的内容、它们对人类的影响以及它们在增进人类幸福与文明建设方面的价值。但正如博登海默所指出的，“正义有张普洛透斯似的脸，变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”（第261页）。之后，作者回顾了哲学史上关于正义的各种观点，从古代的柏拉图、亚里士多德到康德、马克思再到当代的罗尔斯，关于正义的观点令人颇感混乱、难以辨识。为此，博登海默接下来对正义与理性、自然法、自由、平等、安全和共同福利等因素之间的关系进行了考察，力图从中廓清正义的概念。在对秩序和正义的观点进行了上述辨析之后，作者得出结论，认为法律的目的乃在于秩序与正义的统一，即旨在创设一种正义的社会秩序。

在谈到法治时，博登海默首先表示了赞成的意见。他分析法治有三利：一是发挥人们的创造能力。法律本身不能直接做到这一点，但它能通过建立有利于发挥人们的创造能力的社会条件来间接做

到这一点；二是维护国内和国际和平，遏制混乱和侵略；三是调整个人和社会冲突的利益，确定个人和社会的利益范围，提供调整的标准和办法。

同时博登海默也谈了法治的弊端，主要是三个方面：（1）法律具有保守的倾向，因为法律制定后不能朝令夕改，不易随社会变化而变化；（2）法律的形式结构具有僵硬性，这种僵硬性根源于法律的普遍性。法律总是针对普遍的、一般的情况来制订的，一遇到普遍情况的例外，法律就难以应付；（3）法律的社会控制职能产生限制性因素。法律是维护社会秩序和防止混乱而制定的，但社会要变化发展，法律却使社会无法动弹，限制了它的变化发展。鉴于此，博登海默提出了扬长避短的方法，他提出“只有那些以某种具体的和妥帖的方式将刚性与灵活性完美结合在一起的法律制度，才是真正伟大的法律制度。在这些法律制度的原则、具体制度和技術中，它们把稳定连续性的优长同发展变化的利益联系起来，从而获得了一种在不利的情形下也可以长期存在和避免灾难的能力”，即用各种弹性因素来纠正法治的三弊。

在第三部分“法律的渊源和技術”中，博登海默论述了法律哲学中一些技術性问题，诸如方法论、推理程式、解释过程等。在综合各派观点的基

基础上，他提出许多自己的观点，比如概念问题。博登海默指出，概念是解决法律问题所必需和必不可少的工具，但是与之有关的问题也不少。譬如，美国大法官卡多佐就认为概念的专横乃是大量非正义现象的根源。只有认识到概念是司法推理的有价值的工具，且避免把绝对、永恒且与任何社会目的无关的实在性视为是这些概念的属性，我们才能获得“一个妥适的角度”，运用好概念这一工具。再比如法律渊源问题。通过厘定法律渊源的意义，博登海默将法律渊源分为正式渊源和非正式渊源两大类。正式渊源是指能够从权威性法律文件的明确文本形式中得以体现的渊源。这类渊源包括宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自主或半自主机构和组织的章程和规章、条约与某些其他协议，以及司法先例。非正式渊源则是具有法律意义的资料 and 值得考虑的材料。包括正义标准、推理和思考事物本质的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法。

最后，在本书的重译本中还增添了一个重要的附录，即博登海默教授为《中国社会科学季刊》专门撰写的《美国法律哲学的新走向》一文。其中介绍了本书完成后即20世纪70年代以来美国法理学的最新发展，其中重点介绍了法律与经济学派、批

判法律研究运动和权利与原则学派以及这三大法学流派对立法和审判的实际和潜在的影响。

综上所述，博登海默的这本《法理学——法律哲学与法律方法》集中体现了他的综合法理学的思想。尽管这一思想与历史上其他一切法理学派别一样，同样是适应社会需要的产物，但它的积极意义在于使法理学研究从片面研究法律现象走向了全面研究的主张，这无疑为解决二战后不断涌现的新的社会问题提供了好的方法论；同时他的这本书也为中国的法律学生与研究者打开了一扇全面了解西方法理学思想演变与现状的窗户。这也许正是作者撰写本书的初衷，正如作者在致本书的中文版前言中写下的：“我真诚地希望，在将来的某一天，这个世界上的各国政府和人民能够就最符合人类需要和愿望的社会和经济制度的问题取得比今天更为一致的意见。”（前言第9页）

当然，也有人对本书在中国获得的巨大影响很不以为然，认为“这本著作在美国可以说是很没有影响的”。其在中国获得如此盛誉原因仅仅在于作者博登海默是一位德裔美国人，其法理学著作撰写风格在很多方面都类似中国的法理学教科书的格局，因而相对说来颇为符合中国学人已有的法理学著作阅读习惯。[\[2\]](#) 尽管上述评价不无道理，但在

在我看来，能拥有这样一部由一位美国学者奉献的尤其适合中国人阅读的西方法理学著作又何尝不是中国读者和中国法学的一件幸事呢？毕竟，在当时乃至今天的中国，有多少人能完全接受所谓正统的美国学术著作的撰写风格呢？相比之下，我们更需要的是尽可能多的获得一切可为我们所用的有益资源，而不仅仅是依据其在本国的所谓学术地位与影响力进行取舍。

【延伸阅读】

[美] 庞德：《法理学》（第一卷），邓正来译，中国政法大学出版社2004年版。

[德] 魏德士：《法理学》，丁小春等译，法律出版社2003年版。

【精彩片段】

关于法哲学历史的结论性意见

在前述章节中，我们已经详尽地探究了法理学领域的某些方面，当然还有一些方面尚未论及。尽管我们只讨论了思想家们从文明早期直至当下所提

出的无数法学理论中的一部分，但我们在这些法律观点中却洞见了大量的异议和分歧。关于法律控制所应达到的目的以及行使这种控制所应采取的方法的问题，法律哲学家们似乎还未取得实质性的一致意见。那么我们是否应当对探寻法律的终极真理抱失望态度，并放弃寻求指导司法的理念与原则呢？法理学学者们是否能比仅仅表述某种促使其想象并抓住其感情的有关法律理想的个人偏好做得更多呢？我们是否能够在前述章节所审视的大量复杂的法律理论中找到一条贯穿其始终的线索呢？

人们可以注意到，上述法律理论中的绝大部分观点所关注的都是通过法律的社会控制所应追求的最高目标，就此而言，它们都是规范性的。换言之，它们所处理的乃是法律生活的“应然”问题而不是“实然”问题。这个概括不仅可以适用于大多数自然法理论、适用于超验的唯心主义哲学、适用于功利主义，而且也同样可以适用于社会学法学的一些观点。这些不尽相同的法理学流派就法律控制所要达到的确当目标和目的提出了繁复多样的观点。平等、自由、服从自然或上帝的意志、幸福、社会和谐与社会连带、公共利益、安全、促进文化的发展——所有这些和其他一些价值被不同时代的不同思想家宣称为法律的最高价值。我们是否有可

能在这些似乎不一致的观点间做出理性的选择？或者，我们是否必须断言这些观点只是提出这些观点的论者们各自主观且非理性的偏爱，因而认为它们不具有客观的效力呢？

经过比较认真的思考以后，我们就会看到，整个状况并没有乍看上去那般令人沮丧。如果我们接受这样一个命题，即“真理是任何特定时间人们经验的总和”，以及根据新的、更为广泛的经验来看，过去的真理会显得既片面又不完全，那么与非理性的求全责备相比，我们就会对评价法律哲学的历史和现状获得一种更好的认识角度。法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦，在同一个时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的，尤其当技术知识和经验受到局限的情况下，照明系统不适当或至少不完备时，情形就更是如此了。我们不用像逻辑实证主义者所主张的那样，认为从科学的观点看，历史上的大多数法律哲学都应当被打上“胡说”的印记，相反，我们似乎可以更为恰当地指出，这些学说最为重要的意义乃在于它们组成了整个法理学大厦的极为珍贵的建筑之石，尽管这些理论中的每一种理论只具有部分和有限的真理。随着我们知识范围的扩大，我们必须建构一种能够充分利用人们过去所做的一切

知识贡献的综合法理学 (synthetic jurisprudence)，尽管我们最终仍可能发现，我们所描述的法律制度的整体图式必定也是不全面的。

杰罗米·霍尔从一种与本书相似的方法论和认识论的前提出发提出了强烈的呼吁，要求当今的学者努力创建一门“整合的法理学” (integrative jurisprudence)。他严厉地批判了法理学中那种“以单一因素去阐明复杂现象的谬误”，尤其是那种试图将法学理论中的价值因素、事实因素和形式因素彼此孤立起来的企图。霍尔认为，今天所需要的乃是对分析法学、对社会和文化事实的现实主义解释以及自然法学说中有价值的因素进行整合，因为法理学中的上述各部分既密切相关、又相互依赖。德国法律哲学家埃里奇·费克纳也追求类似的目标，他对影响法律发展的种种“理想”因素和“现实”因素进行了极具意义的探索，而且还对法律秩序各种因素之间的联系和关系做出了极具意义的论证。

我们应当认为这样的想法和努力是合理的和有建设性的。历史经验告诉我们，任何人都不可能根据某个单一的、绝对的因素或原因去解释法律制度。一系列社会的、经济的、心理的、历史的和文化的因素以及一系列价值判断，都在影响着和决定

着立法和司法。虽然在某个特定历史时期，某种社会力量或某种正义理想会对法律制度产生特别强烈的影响，但是根据惟一的社会因素（如权力、民族传统、经济、心理、或种族）或根据惟一的法律理想（如自由、平等、安全、或人类的幸福），却不可能对法律控制做出一般性的分析和解释。法律是一个结构复杂的网络，而法理科学的任务就是要把组成这个网络的各个头绪编织在一起。由于这是一个巨大且棘手的任务，所以为了适当地践履这个任务，在法理学学者之间进行某种劳动分工也是不可避免的。

只需列举为数不多的几个例子就足以说明进路单一的、维度单一的法律理论只具有部分效力，而且在整体上也是不充分的。就法律控制的目的而论，越来越清楚的是：平等、自由、安全和公共利益都不应当被假设为绝对价值，因为它们都不能孤立地、单独地表现为终极和排他的法律理想。所有上述价值既相互结合又相互依赖，因此在建构一个成熟和发达的法律体系时，我们必须将它们置于适当的位置之上。主张理性本身或宣称经验本身应当成为我们司法的指导原则，也同样是片面的。正如庞德所指出的，在法律的生命中，“理性同经验一样都具有各自的作用。法学家们提出了特定时空之

文明社会的法律要求，亦即有关关系和行为的各种假设，并用这种方法为法律推理得出了各种权威性的出发点。经验在这个基础上为理性所发展，而理性则受到经验的检验”。

历史法学派在丰富法律知识方面做出了重大的贡献，因为它指出，一个民族的精神在创建一个伟大的法律制度时会发挥它的作用。例如，人们很难否认这样一个事实，即罗马人拥有创造一个以理性和一致性为特征的法律制度的能力，而另一个同样具有天赋的民族——希腊人——却相当缺乏这种能力。英国人对具体情势的要求所具有的那种实际判断和直觉意识，对建立惟一能与罗马法并驾齐驱的法律体系做出了贡献。但是另一方面，当历史法学派把民族意识和民族特性提升到法律进化的主要动力的地位时，它便误入了歧途。历史法学派并不能够充分地解释为什么罗马法在古代社会衰落了几个世纪后又在一个崭新的、不同的文明中得以复兴。历史法学派也同样不能解释为什么德国和瑞士的法律制度能够被移植到土耳其和日本这样的国家并能够在那些国家中起到令人满意的作用。历史法学派之所以会有上述缺陷，乃是因为它未能充分地认识到法律中的理性因素，亦即使一个国家利用另一个国家的法律制度成为可能的因素，如果这个制度制

定得很好，而且能够服务于采纳它的国家的经济和社会的需要。一个真正伟大的法律制度将具有这种性质，即它能使法律制度超越民族性的局限，而且至少在某种程度上它能使该法律制度在精神价值和实践价值方面具有普遍的意义。

马克思的法律理论认为，社会的生产方式构成了法律制度的基础，并且论证了存在于经济与法律之间的密切关系。但是这种理论对法律进化中的其他因素却没有予以充分的关注。在对法律制度进行充分的社会学分析过程中，实际上还必须对权力关系、基本的生物事实、人类学材料、宗教信仰、意识形态和价值体系以及明确的理性命令做适当的考虑。再者，马克思的法律理论将其侧重点完全放在了法律控制的阶级性方面，而未能足够重视这样一个事实，即法律常常调节和调整的乃是相互冲突的群体利益。

实证主义把法律定义为主权者的命令，由此揭示了现代民族国家的法律所具有的一个不容忽视的特征。实证主义的分析观还使我们意识到了这样一个事实，即从技术教条的角度出发对法律概念进行仔细的解释，会大大有助于法律制度的明确性和一致性。但在另一方面，分析实证主义把法律同心理、伦理、经济和社会等基础切割开来的趋势（汉

斯·凯尔森在这方面表现得尤为突出)，则使我们对法律制度所能达致的自主性和自足性的程度产生了一种误识。我们必须承认，法律在一个孤立封闭的容器中不可能得到健康发展，而且我们也不能把法律同其周围的并对它无害的非法律生活隔离开来。

此外，分析实证主义，尤其是在凯尔森的纯粹法学中，极大地夸大了法律作为一种外在强制体系的特点。这种观点对德国公法教师赫尔曼·赫勒（Hermann Heller）的意见未能给予充分的认识，赫勒指出，“为了保护社会秩序的基础和维护政府的权力，任何政府都不能只依靠它所拥有的强制工具。政府必须始终追求合法化，即它必须设法把公民结合在尊重政府对权力的要求的价值和意志的共同体中；它还必须通过对理想的信奉来努力证明它对权力要求的正当性，并且努力使国民以承认规范性义务的方式在内心中认可这种要求”。当法律社会学家N·S·蒂玛谢夫（N·S·Timasheff）把法律看做是“道德和命令的协调”时，他所指的乃是这样一个事实，即在任何切实可行的法律体系中，为了确保有效地实现一定的行为模式，有组织的权力必须与群体信念相结合。过分强调法律中的权力因素而轻视其中的道德和社会成分，则是极为错误的。

【名言佳句】

法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦，在同一个时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极其困难的，尤其当技术知识和经验受到局限的情况下，照明系统不适当或至少不完备时，情形就更是如此了。

(第217页)

我们的历史经验告诉我们，任何人都不可能根据某个单一的、绝对的因素或原因去解释法律制度。一系列社会的、经济的、心理的、历史的和文化的因素以及一系列价值判断，都在影响着和决定着立法和司法。

(第218页)

一旦法律制度设定了一种权利和义务的方案，那么为了自由、安全和预见性，就应当尽可能地避免对该制度进行不断的修改和破坏。但是，当业已确立的法律同一些易变且重要的社会发展力量相冲突时，法律就必须对这种稳定政策付出代价。

注 释

[\[1\]](#) 苏力：《也许正在发生》，法律出版社2004年版，第109页注38。

[\[2\]](#) 苏力：《也许正在发生》，法律出版社2004年版，第109页。

35 . 茨威格特：《比较法总论》

【推荐版本】

[德]茨威格特、克茨著：《比较法总论》，潘汉典译，法律出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

本书由康拉德·茨威格特和他的学生海因·克茨所著，二代比较法学家再加上师生之谊，使得这本《比较法总论》颇有点珠联璧合的味道。

康拉德·茨威格特（Konrad Zweigert，1911～1996），德国著名比较法学家，生于波森，早年曾在法国格勒诺布尔、英国伦敦、西班牙巴塞罗那、德国柏林、格廷根等大学学习，获法学博士学位。1937年在德国威廉外国私法和国际私法研究所任研究员（该所后改称“马克斯·普郎克外国私法和国际私法研究所”）。二战末期，任蒂宾根大学法学教授，后于1951～1956年期间兼任联邦宪法法院法官，汉堡大学法学教授，马克斯·普郎克外国私法和国际私法研究所所长（1963～1979），还

历任比较法国际委员会理事，国际法律科学协会主席（1964），马普科学促进协会副主席（1967～1978）。茨威格特毕生从事比较法研究，担任著名的《国际比较法百科全书》主编，此书17卷于1971年开始陆续出版。

海因·克茨（Hein Kötz，1935～），法学博士，德国比较法学家，生于施奈德米尔。1956～1960年于汉堡大学攻读法律；后赴美国芝加哥大学法学院学习法律，获文科硕士学位；1963年在汉堡大学取得博士学位，同年，他还获得美国密歇根大学比较法硕士。1970年获民法、国际私法和比较法候补教授资格，次年以访问学者的身份执教于密歇根大学法学院，后回康斯坦兹大学法学院任教授。他从1960年起即在马克斯·普朗克外国私法和国际私法研究所从事研究工作，1973年起任比较法协会理事，1976～1983年任国际法律科学协会学术工作主任。现任汉堡大学教授，是继茨威格特之后，兼任马克斯·普朗克外国私法和国际私法研究所的所长之一。其著作很多，主要有《欧洲经济共同体及英美国家中危险设施的责任》（与茨威格特合著）、《特别危险责任》、《比较私法导论》等。

茨威格特和克茨二人，曾分别作为美国哥伦比

亚大学法学院从事比较法研究。最后合著《比较法概论》第二卷《制度论》首先在1969问世，第一卷即本书随后于1971年初版。本书问世后，迅即获得欧美各国及日本法学界好评。法国比较法学家勒内·达维德誉之为“比较法研究的模式”。维尔纳·洛伦茨（Werner Lorenz）赞扬其培养了对固定的教条抱有“健全的怀疑精神”。还有学者称其为“罕见的成功之作”。英国牛津大学三一学院威尔（Tony Weir，本书英译者）认为，此书“在英语中，是一部没有一本同类著作能达到同类水平的极优秀之作”（见1977年英译本序）。本书在日本面世后，日本比较法律文化学者野田良之教授等竞相撰文介绍；比较法教授五十岚清认为，此书“甚至对我国（日本）研究者亦是不可缺少的文献”（日本《比较法研究》第31号，1970年第22页）。在此书日译本《比较法概论·原论》（大木雅夫译，1974年）出版后，五十岚清更是专文评介，称其为“现代世界领导的比较法学者”之作。本书也被日本的一些大学采纳为教材。

【内容精要】

《比较法总论》一书共30章，其特点是从微观

上对法律制度进行了细致的比较，而不是像法国比较法学家达维德那样把法圈放在主要地位。在作者眼中，法圈论只是一种手段，是处于辅助的地位，法律制度才是比较法研究的主要领域，作者注重的是比较的实体，而不是手段、工具。茨威格特提出，法律制度的比较应当限定在母法秩序上，这样才能保证研究达到一定深度。因为任何事物都是有一定的背景的，离开背景去讨论，很容易走进误区。

例如，在德意志法系中，作者讲述的重点是《德国民法典》。中世纪时，欧洲受到了罗马法的影响。17世纪时，作为启蒙运动产物的法典编纂意识开始觉醒，但是由于受到萨维尼的学说的影响，《德国民法典》直到19世纪末才完成。所以，《德国民法典》在一定程度上受到了罗马法的影响。

一、比较法概述

比较法起源于19世纪的西方，伴随着殖民主义的扩张，那里的法学家见到了太多的法律制度，也遇到比如如何向殖民地进行法律移植等诸多的问题，有了这些条件和需要，比较法应运而生。比较法的德文为Rechtsvergleichung，意思为“法律比较”，指一方面以法律为对象，另一方面以比较

为内容的一种思维活动。无论是各国法律家基于民族主义意识对本国法的盲目维护，还是法学家囿于本国法律体系界限从而导致认识能力的局限，比较法都能够提供一种范围更广阔的解决模式，通过对世界上种种法律体系的考察，可以找到更好的解决办法。

法系是比较法的一个重要内容，但是用什么标准来划分法系呢？作者提出了“主题关系相对性的原理”和“时间相对性原理”。比较法的研究对象基本上是私法，因此各种分类都是相对正确的。比方说，某一法律秩序中的私法应当归入某一个法系，而它的宪法却应当归入另外一个法系。而且，所处的时代以及立法者或者其他事件都会直接或者间接地影响学者对法系的划分，法系的划分“是不能独立于历史发展与变化之外的。”实际上，关于法系的任何一种归类都不过是辅助的手段而已，将错综复杂的诸种法律秩序归纳为几种疏松的秩序，比较起来更加容易。正如达维德所说：“法系”的概念没有与之相对应的生物学上的实在性，使用它只是为了便于讲解，为了强调在各种法之间存在的相似之处和区别之处。一切都取决于所处的背景和这些人或者那些人的主要考虑。

二、分述

不管历史上曾经存在过多少个伟大的法系，时至今日，最具影响力的无疑是大陆法系（作者在书中是分为罗马法系和德意志法系来介绍的）和普通法系。前者以《法国民法典》和《德国民法典》为其代表，而后者则是以英国的普通法、衡平法为基础，融合中世纪的海商法、教会法、罗马法等，而逐渐形成了一个法系。

《法国民法典》以其文笔的优雅流畅、生动明朗、浅显易懂而闻名于世。据说，司汤达为改进其文风，获得其韵调上的语感，每天都要阅读几段《法国民法典》的条文。“保尔·瓦莱里则称《法国民法典》为一部‘出色的法国文学著作’。”《法国民法典》立法技术上的高度概括和压缩也使它增色不少。对此，拿破仑可谓功不可没。当时，作为一个年仅34岁的国家元首，他有着极为强烈的人格魅力。他坚持法典的起草风格对于即使如他那样的非法律家也应当透明易懂。并且在会议上，他不断将人们的注意力集中到生活的现实而不是法律的技术上；他会迅速地捕捉到抽象规则与实践的关联；他会打断繁琐无益的枝节争执，并通过提出明晰简洁的问题将讨论带回到实际和具体的论题之上。

拿破仑对于民法典也是极为自豪的，他后来被流放到圣赫勒拿岛时曾作出这样的评论：“我的光荣并不在于赢得了40次战役，因为滑铁卢一役便使得这些胜利黯然失色。但我的民法典却不会被遗忘，它将永世长存。”（第130页）但是，另一方面，这部法典也不可避免带有了拿破仑个人的色彩。比如关于夫妻双方合意离婚以及收养制度的规定就是源于拿破仑的强力支持，因为当时他的妻子已经不能再怀有孩子，而另行结婚和收养无疑是获得一个继位者的好方法。

“《法国民法典》不仅仅传播给了欧洲的拉丁民族，而且其影响还遍及东欧、中美、近东和南美洲甚至北美的许多地区”（第153页）。这不仅 是“力量问题”，《法国民法典》本身也是颇有功劳的，毕竟它是法国大革命的产物。作为建立在一个统一、和平、平等的生活秩序基础之上，具有出色的语言和富有弹性的表述的外壳的民法典，它的质量之高也是必须承认的事实。总之，拿破仑的“力量”加上它本身的“质量”，使得这部法典在数百年间被许多国家所继受，成为大陆法系的代表作。

受到《法国民法典》的影响，近百年后《德国民法典》问世了。《德国民法典》分为总则、家庭

法、继承法、物法和债法五部分。与《法国民法典》截然不同是《德国民法典》的语言晦涩难懂、高深莫测。众所周知，德国法律家一般思维透彻、精确严谨、学识渊博、对学术论争比较宽容大度，在构筑法律概念以及把握法律生活多样性方面能力出众，因此，《德国民法典》中也就充斥着抽象的概念、精确的逻辑、复杂的句子结构和令人望而生畏的文体（这一点在后来各国民法典的编纂中基本上得到了避免。例如，《希腊民法典》就不是对《德国民法典》原原本本的复制，而是继受其“宗旨”，避免了语言上的缺陷和过度的概念化）。

相比《法国民法典》，《德国民法典》的影响要小得多，因为它制定的较晚。其颁布时，所有非普通法法系的较发展的国家都已经完成了民事法律编纂，并且也没有像拿破仑那样的强权支撑。但是，我们必须认识到，《德国民法典》仍然是有巨大的影响的（当然这些影响现在已经被政治的原因极大地削弱甚至消失了）。例如《奥地利民法典》、《瑞士民法典》就继受它而问世。总之，《德国民法典》的形式结构和系统严谨的语言形成了很大的吸引力，它反映了自由资本主义时代的法律思想，代表了19世纪的尾声。

与大陆法系抽象、系统的思维不同的是英美法系的分散性，它们喜欢具体的法律纠纷，热衷于解决现实的问题。1066年，威廉一世带领诺曼人打败盎格鲁·撒克逊人，控制了不列颠全岛，建立了一种等级森严、整齐划一和组织结构比较简单的封建制度。王权的统一为英国法律的统一、司法的集中和发展提供了保障。“‘普通法’即由此得名，而在法国，‘法国普通法’在16世纪前一直未能发展起来；在德国，直到19世纪才有所谓‘普通法’，甚至直到那时，‘普通法’也不过只存在于‘学说汇纂派’（Pandektenlehrer）的理论之中。”（第276页）

英国在中世纪时的诉讼是以“令状”为基础的。所谓令状就是由皇家最高官员即首席法官以国王的名义签发给有关官吏、法官或治安法官的命令，内容包括对有关争议问题的简明指示，原告必须正确地选择适用自己的令状，否则，就会被法院拒绝受理。这点和古罗马十分相似（古罗马是由原告从执政官那里获得“诉讼程式”）。这种控告方式使得他们只注重诉讼类型，而不注重实体权利的处理案件的方式，只对那些可以归属到不同诉讼类型或令状的具体事实感兴趣，而忽略了以某种合理的方式来将实体法制成一个体系。中世纪的英格

兰，实体法隐藏在程序法的缝隙之中。

到了14世纪末，诉讼程序的形式主义，法律的僵硬、残缺不全，对技术的过分强调和其他政治上的原因，使得败诉的当事人开始请求国王命令对方根据道德和良心行事。国王常常把这件事情交给大法官代为处理，并且最终把这类请愿书直接交给了大法官。大法官便由此而发展出一套复杂的规则，这就是“衡平法”。“衡平法”并不是对普通法的取代或者对抗，而是对普通法的拾遗、注释和补充。梅特兰甚至认为衡平法不能说是一种自立的完整的制度，而是一些补充性规则的集合。如果没有普通法，那么衡平法将会毫无作用，因为它是依附于普通法而存在的。

普通法的另一代表是美国法。美国曾经是英国的殖民地，但是二百多年的独立发展和联邦制使它在很多方面已经脱离英国的模式。美国宪法规定，国会的立法权只限于某些特定领域，除了有关货币、征税、外交和防卫、公民资格、贸易保护和版权、破产、海商、管理对外和州际贸易，其他领域的立法权都归各州行使，包括家庭、继承、契约、土地法、合伙等。而且各州的法官还在通过判决向不同的方向发展着自己的法律。值得一提的是《统一商法典》的制定。该法典是由统一州法全国委员

会和美国法学会合作的成果。1952年定稿问世后，除了路易斯安那州没有全部采用之外，其他各州都已采用。这使得美国各州的商法在实质内容上接近于统一。

英美与欧洲大陆在政治、社会、知识方面的巨大差异，决定了它们的法律体系也大不相同。德国在继受罗马法之后，法律具有十足的学院和理论特性，而不是像英国那样：法律具有法庭的和经验主义的特性。普通法法学家们相信经验，喜欢从一个案件到一个案件地解决法律问题，而大陆法法学家则趋向于抽象，习惯从一般化的命题中演绎逻辑、推理，前者立足实际，为解决问题而解决问题；后者则寄希望于建立完善的可以解决一切法律问题的法律框架。例如，大陆法系国家有公法和私法之分，而普通法系国家一般不会区分。

总而言之，本书资料丰富翔实，语言简练清晰，无论是体系结构还是内容都堪称一流。从对比较法的基本理论的阐述到对世界地域范围法系的划分及其在主要方面的相互比较，作者沿着一条清晰的脉络，将比较法展现在我们面前。虽然现在比较法已经不复往日的辉煌，但茨威格特和克茨这本《比较法总论》的价值却仍然具有重要的地位。

【延伸阅读】

沈宗灵著：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版。

李秀清等著：《20世纪比较法学》，商务印书馆2006年版。

张文显著：《比较法总论》，吉林大学出版社2001年版。

【精彩片段】

比较法的概念

只有在探讨作为具体研究对象的问题的过程中进行特殊的比较考察时，才能够称之为真正的比较法。经验表明，比较法最好这样进行：作者首先在各国的报告中说明外国法的主要资料，然后用这些资料作为研究的真正核心继续进行深入的比较，最后作为此种比较的结果，进行批判性的法律政策的考察或者得出关于本国法律的解释的结论。

（第9页）

法系的样式

在比较法理论中阐述的法系论（Lehre von den Rechtskreisen）要回答根本上的几个问题。这就是：是否可能将世界上为数众多的法律秩序加以分类，归入比较少数的大集团（即“法的家族”（Rechtsfamilien）或“法圈”（Rechtskreise））？这样一种分类应当依照什么标准？如果确信这样分类是可行的，我们应当依照什么标准决定某一个法律秩序归入这一个集团而不是另一个集团？

这种分类首先是为了执行在理论上的分类整理工作，以便把漫无头绪的大量的法律体系加以划分、归类，从而可以获得概观。但是，人们有时还可以使比较法研究方便些，这就是说，如果在这些大集团当中每个集团都有一个或者二个法律秩序可以作为该整个集团的代表，那么在一定的前提条件下，至少在现在比较法到达的发展阶段中，比较法学者可以集中力量对这些代表性的法律秩序进行调研和比较的考察。

（第99页）

根据我们的判断，在法系论范围内的样式构成因素如下：（1）一个法律秩序在历史上的来源与发展；（2）在法律方面占统治地位的特别的法学思想方法；（3）特别具有特征性的法律制度；

(4) 发源的种类及其解释；(5) 思想意识因素。

(第108页)

这些样式构成的各个因素，决定了各个法系本身，并且按照各个法律秩序具有的区别力的相对重要性，将它们分别归入某一法系。如同上面已经指出的，就划分宗教法和社会主义法律秩序二者的界限而言，思想意识是很好的区别力量，但是就区分西方各个法系而言，它就不行：在这里导致形成这些法系的，更确切地说是历史、思想方法和特定的制度。与此相反，发源的种类和性质使伊斯兰和印度教法各具特色，并且对区分盎格鲁-撒克逊法系和欧洲大陆各个法系有着相当重要性。反之，此项特征对于区分日耳曼法系、北欧法系和罗马法系并无意义。

(第114页)

法国民法典的精神与特征

18世纪与19世纪之交在中欧和西欧生效实施的诸大法典编纂中，《法国民法典》无疑以其思想意义和历史上的扩散力而占有最重要地位。与《普鲁士国家普通邦法》(1794)和《奥地利普通民法典》(1811)一样，《法国民法典》也是以启

蒙运动和理性法所确立的信念为基础的，即一种理性的社会生活秩序的基础，或许可以通过一种全面的法律规则的新秩序予以有目的地奠定。

(第133页)

对于同时代人来说，《法国民法典》颇似一项革命的创作，但是进一步考察却如此清楚地表明，这部法典在很大程度上仍立足在保守主义和传统法律制度的基础上。诚然，民法典也对一些重要的革命成就加以确认：平等的遗产分配原则，缔结婚姻的彻底世俗化，封建土地赋税的完全取消，委托财产代位继承的禁止等。但是它也确实缓和或废弃了其中的许多规定，因为人们认为这些规定使“过渡期法律”（droit intermediaire）走的太远了。这样离婚虽然是允许的，可“双方同意”这个离婚依据却由于多方面复杂的程序规则而受到极大的限制。关于遗赠和赠予自由，人们出于不动产分割的需要已于过去大体上废除，而此时又重新予以规定，但必须是在“处分额”的范围之内，因此该范围较之于德国和英美法系的制度小得多。

(第134页)

德国民法典

在债法、物法、家庭法和继承法之前综合有名为“总则部分”的一篇，《德国民法典》在此接受了学说汇纂法学的有争议遗产。总则部分没有包括关于法律交往中的行为或关于法律解释、习惯法、法官权限及举证责任基本原则的一般规定，而这样的规定是完全实用的，实际上是合乎需要的。相反地，总则部分针对一些确定的基本法律制度，即法律职业者无论是在债法抑或在物法、继承法或家庭法，甚至在整個私法领域中都要加以运用的基本法律制度，正像古斯塔夫·博莫尔所说，提纲挈领地以一般化形式对其先行规定，就仿佛是“提取公因式”。

(第221页)

英美法系

在一位来自欧洲大陆国家的法律家看来，英国法一直是一种特别异样和奇特的东西。他每行一步，都会碰到各种法律制度、诉讼程序和传统，而它们在他所熟悉的大陆法律世界里却没有可以相互比较的东西。反之，在他看来，在任何其他起作用的法律体系中，诸如民法典、商法典、民事诉讼法典和经合理安排的完整的法律概念结构，都是绝对

必不可少的，而许多这些东西，他在英国法律生活中却看不到。他发现，英国的法律技术所感兴趣的是先例和案件类型，而不是对制定法条文的解释或对具体问题的分析，从而将这些问题按照概念在制度中“对号入座”；英国的法律技术热衷于精细而现实的探究生活问题，并倾向于在具体的历史关系中处理这些问题，而不是系统地或抽象地思考它们。

同所有其他现存法律体系相比，英国法更要求探究它的历史源流。当然，现在欧洲大陆国家的法律制度也只有根据其历史才能获得充分的了解；霍尔姆斯的名言是众所周知的：“法律的生命不是逻辑，而是经验”（《普通法》（The Common Law）1881 I）。虽然这话是英美法系的产物，但也适用于其他法系。不过，有些法系比其他法系更加有意识强调同过去的联系，更多地倚赖传统的法律思想方法，而不管社会和经济如何变化，这方面以英国为最。……最后，英国没有爆发像法国1789年那样的政治激变，在法国，革命的主要成果之一，就是推翻了旧王朝的法律制度，并代之以崭新的法律制度，尽管其保留了某些旧制度，但正如我们所见，新制度代表了一个决定性的新起点。而在英国法中从来没有发生过类似的事件。

【名言佳句】

民法典的语言之所以如此清晰明了，正是因为其起草人每选择一个词句时都要问：它是否能够经得住如拿破仑这样虽然不熟悉法律专业术语，头脑却机智灵敏的外行人的批评。

(第129页)

在一位来自欧洲大陆国家的法律家看来，英国法一直是一种特别异样和奇特的东西。他每行一步，都会碰到各种法律制度、诉讼程序和传统，而它们在他所熟悉的大陆法律世界里却没有可以相互比较的东西。

(第272页)

(蒋云飞)

36 . 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》

【推荐版本】

[美]哈罗德·J·伯尔曼著：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

哈罗德·J·伯尔曼（1918～ ），美国当代著名法学家。出生于康涅狄格州，曾获得过文学硕士与法学学士学位。其后到伦敦大学经济学院攻读法律史专业。之后陆续任教于斯坦福大学和哈佛大学，期间在原苏联科学院国家与法研究所做过访问学者，甚至还在莫斯科大学担任过教职。现在是哈佛大学名誉教授、埃莫里大学教授。他是美国比较法、法律史、商法以及法哲学诸领域公认的权威，也是世界上著名的社会主义法学专家之一。

伯尔曼的专著被译为中文的有两部，也可以说

是其代表作：一部是《法律与宗教》（梁治平译，三联书店1991年版），是1971年伯尔曼在波斯顿大学的讲演集。另一部就是《法律与革命——西方法律传统的形成》（1993年）。这两部著作的思想虽然不是首尾一贯，但也不是毫无关联，而是既有重叠又有发展之联系，从中可以感受到他的思想及学术研究的成长脉络。

《法律与革命》是作者长期研究的成果，其创作始于1938年，历时整整45年。本书自1983年出版以来，获得了法学界的极大好评。《法律与革命》是一本六百多页的巨著，该书着重研究“西方法律传统”的形成因素，分为两个部分，第一部分论教皇革命和教会法，第二部分论西方世俗法律制度的形成，包括封建法，庄园法、商法、城市法和王室法。这部分是全书的主干。首、尾两论专注于理论部分，但是篇幅甚小。作者在一幅巨大画布上描绘了西方法律传统形成与演变的全景图。细节刻画精细，整体气势恢宏，融制度与观念为一体，对西方法律传统的特质、与社会之间的关系以及它所面临的严峻危机均有精辟的论述，并对马克思主义、马克斯·韦伯学说进行了独到的评论。本书荣获美国律师协会1984年SCRIBES图书奖法律专题最佳新作奖。

【内容精要】

在导论部分，作者首先对书中的一些关键词进行了界定，如“西方”、“法律”、“西方法律传统”、“革命”。何谓西方？在作者看来，“西方”不是一个地理概念，“是不能借助罗盘找到的”，它是一个“具有强烈时间性的文化方面的词”。确切地说，它是指“吸收古希腊、古罗马和希伯来典籍并以会使原作者感到惊异的方式对它们予以改造的西欧诸民族”。然后，作者认为“法律”一词不能仅仅被定义为“规则体”，“法律”应该包括法律的制度和诉讼程序、法律的价值、法律的概念与思想方式和法律规范。这一广义的法律概念为分析西方法律传统的特征提供了行之有效的方法论工具。接着，伯尔曼讲述了“西方的”文明，它涉及对“传统”的认识。他认为这种文明发展出了独特的法律制度、价值和概念，并被有意识地相传了数个世纪，由此而开始形成一种传统，论及“传统”时他提醒人们注意以下两个主要的事实：第一，从11世纪后期和12世纪起，除以革命变革的某些时期，西方的法律制度持续发展达数代和数个世纪之久，每一代都在前代的基础上有意识地进行建设；第二，这种持续发展的自觉过程

被认为不仅仅是一个过程，而且也是一个有机发展的过程。在伯尔曼看来，虽然欧洲各国的法律制度从16世纪开始变得越来越具有民族国家的色彩，但它们都保留了西方的特征。在此基础上伯尔曼提出了西方法律传统的十个特征，包括法律的相对独立和自治，法律职业化，法律的科学性，法律的实体性，法律的发展观，法律的内在逻辑性，法律的至高无上和多元性等。

关于“革命”，作者的观点是：“革命”不仅用于新体制借以产生的最初暴力事件，而且也指体制得以确立所需要的整个时期。伯尔曼指出，西方法律传统在其历史过程中已经由“六次伟大革命”加以改变。这六次改革是全方位的改革，因为它不仅涉及创设新的政府形式，而且也创造了新的社会经济关系结构，新的社会共同体视野，新的历史前景，以及新的一套普遍价值和信仰。

导论中，作者还专门拈出了“中世纪”和“封建主义”这两个概念，认为这两个词有割断历史之嫌。以这两个词为基础构建起来的各种理论和意识形态，容易使人产生误解。作者的意图是要让读者摒弃错误的观念，在综合考虑当时社会状况和法的各种因素的基础上，客观地认识西方法律传统的形成。

最后，作者提到了西方法律的传统的危机，并且认为这种危机已经达到了可与过去曾经打击西方法律传统的革命危机相提并论的程度，从而就必须调动整个传统的应变能力来克服这种危机。

在第一部分中，伯尔曼向我们展示了一个以民俗法为背景，以教会神学理论为渊源并加入新理论，融入复兴的罗马法为主要材料，运用经院主义辩证方法加以分析，经历迅速、持续和暴力的教皇革命带来的巨变后的生动完整的法律体系。这个系统和完备的法律体系影响弥足深远。

在第二部分中，作者从教会法对世俗法的影响入手开始解释世俗法的概念。教会法与世俗法之间的关系是贯穿于本书的一个重要论题。世俗法是在西方法律传统背景下独立于教会法，与教会法并行发展的法律体系，包括封建法、庄园法、城市法、商法和王室法，较之于教会法更欠完善、更原始和更囿于尘世之间。概括起来，教会法对世俗法的影响体现在以下三个方面：

在观念层面，基督教在西方人的灵魂中普遍植入了信仰精神和宗教情怀，为西方法治的形成奠定了基础。教会法促使并不完善的世俗法遵从教会法所追求的正义和真理，使得世俗法最终与自然法和神法相一致。

在制度和立法技术层面，由于教会法是一个系统完备的法律体系，它的一些制度和法技术对世俗法产生深刻影响。教会法学家对早期相互冲突的习惯、方法、判例以及学说规范通过经院主义的方法加以协调，使教会法体系成为结构完整、系统完备的法律体系，这为世俗立法的典范。

在司法实践层面，教会法对世俗法中部门法的影响极其广泛，如庄园法院在判决诽谤案件时通常使用教会法，其中最突出的是教会法对当时世俗法和后世民事法律制度中婚姻制度和契约制度的影响。

伯尔曼还指出，至中世纪，欧洲进入了多元格局的封建时期，世俗势力和教会势力在中世纪的舞台上相互争斗，他们除了武力争斗还试图从自然法和法律理论那里寻求权威的合法依据。这就是法治。这种法治的观念基于一个信念即“所有的法律都渊源于上帝”而不是渊源于教皇和国王自己。两种权力只有通过法治的共同承认，承认法律高于他们两者，才能和平共处。从中不难看出，法在社会整个调整系统中占据着主导性地位。故此种“法治”是真正的近现代意义上的法治。

继论述了世俗法的概念之后，通过对法的客观性和普遍性、参与审判制、整体性以及发展性等方

面论述了世俗法各分支。世俗法中最引人注目的王室法，在该书中占有了相当大篇幅。与封建法、庄园法、商法、城市法比较，王室法更有优势，以彰显世俗领地王国的重要特点。在尾论部分，作者做了一个概括性的总结，同时提出了关于法的社会理论观点。

【延伸阅读】

[美]伯尔曼著：《法律与宗教》，梁治平译，三联书店1991年版。

【精彩片段】

西方法律传统的特征

西方法律传统的主要特征可以初步概括如下：

1. 在法律制度（包括诸如立法过程、裁判过程和由这些过程所产生的法律规则和概念）与其他类型制度之间有较为鲜明的区分。虽然法律受到宗教、政治、道德和习惯的强烈影响，但通过分析，可以将法律与它们区别开来。例如，作为习惯行为模式意义上的习惯，区别于习惯法，后者是被认为

具有法律约束力的习惯性的行为规范。与此相似，政治和道德可能决定法律，但它们不像在其他某些文化中那样被认为本身就是法律。在西方，法律被认为具有它自己的特征，具有某种程度的相对自治，当然持这种观点的不仅仅是西方。

2. 与这种鲜明区分相关联的是以下事实：在西方法律传统中，法律的施行被委托给一群特别的人们，他们或多或少在专职的职业基础上从事法律活动。

3. 法律职业者，无论是像在英国或美国那样具有特色地被称作法律家，还是像在大多数其他欧洲国家那样称作法学家，都在一种具有高级学问的独立的机构中接受专门的培训，这种学问被认为是法律学问，这种机构具有自己的职业文献作品，具有自己的职业学校或其他的培训场所。

4. 培训法律专家的法律学术机构与法律制度有着复杂的和辩证的关系，因为一方面这种学术描述该种制度，另一方面法律制度通过学术专著、文章和教室里的阐述，变得概念化和系统化并由此得到改造，如果不这样，法律制度将彼此分立，不能被组织起来。换言之，法律不仅包括法律制度、法律命令和法律判决等，而且还包括法律学者（其中有时包括像法律学者那样一些从事讲述和撰写的立

法者、法官和其他官员)、对法律制度、法律命令和法律判决所做的阐述。法律本身包含一种科学，一种超然法 (metalaw) ——通过它能够对法律进行分析和评价。……

5. 在西方法律传统中，法律被设想成为一个连贯的整体，一个融为一体的系统，一个“实体”，这个实体被设想为在时间上是经过了数代和数个世纪的发展，在法律被看做区别于道德和习惯的每一种法律传统，作为法令大全的法律概念都被认为是不容怀疑的；并且经常认为这样一种概念不仅是含蓄的，而且是查士丁尼的罗马法中还是明显可见的。不过，《罗马法大全》这个用语却不是由罗马人所使用的，而是由12世纪和13世纪欧洲的教会法学家和罗马法学家所使用的，后两者是从一两个世纪前那些发现古代查士丁尼的法律条文和在欧洲大学中教授它们的人的著述中推导出来的。是12世纪协调冲突和从规则与判例中获得一般概念的经院的技术才首先使查士丁尼的罗马法有可能得到协调和融为一体。

6. 法律实体或体系的概念，其活力取决于对法律不断发展特征即它的世世代代发展能力的信念，这是一种在西方所独有的信念。法律体系只因它包含一种有机变化的内在机制才能生存下来。

7. 法律的发展被认为具有一种内在的逻辑；变化不仅是旧对新的适应，而且也是一种变化型式的一部分。变化过程受某种规律的支配，并且至少在事后认识到，这种过程反映一种内在的需要。人们推定，在西方法律传统中，变化并不是随机发生的，而是由对过去的重新解释进行的，以便满足当时和未来的需要。法律不仅仅是处在不断发展中；它有其历史，叙述着一个经历。

8. 法律的历史性与法律具有高于政治权威的至高性这一概念相联系。发展中的法律体系，无论是从任何特定的时期还是从长远着眼，某些人认为它约束国家本身，但并不是所有的人也未必是大多数人都这样认为。虽然直到美国革命时才贡献了“宪政”一词，但自12世纪起，所有西方国家，甚至在君主专制制度下，在某些重要方面，法律高于政治这种思想也一直广泛讲述和经常得到承认。人们常争辩说，君主可以制定法律，但他不能专断地制定它；他应受法律的约束，除非他合法地修改了它。

9. 西方法

律传统最突出的特征可能是在同一社会内部各种司法管辖权和各种法律体系的共存和竞争。正因为这种司法管辖权和法律体系的多元性使得法律的

最高权威性成为必要和变得可能。

法律的多元论根源于基督教教会政治体与世俗政治体的区分。教会宣布它不受世俗的控制，并宣布它对某些事务具有专属的司法管辖权和在另一些事务上具有并行的司法管辖权。世俗人士虽然通常受世俗法律的管辖，但在婚姻家庭关系、继承、宗教犯罪和以信仰作为保证的契约关系方面以及许多其他事务上，也受基督教教会法和基督教教会法院的管辖。反过来，神职人员一般虽受教会法管辖，但关于某些类型的犯罪和某些类型的财产争议等，也要受世俗法律和世俗法院的管辖。世俗法本身也分成各种彼此构成竞争的类型，包括王室法、封建法、封建庄园法、城市法和商法。同一个人可能在一种类型的案件中受基督教教会法院的管辖，在另一种类型的案件中受王室法院的管辖，在第三类案件中受领主法院的管辖，在第四类案件中受封建庄园法院的管辖，在第五类案件中受城市法院的管辖，在第六类案件中受商人法院的管辖。

这样一个包含各种不同法律体系的共同的法律秩序，它的复杂性促进了法律的成熟精致。哪一类法院具有管辖权？哪一种法律是可适用的？如何协调这些法律的差异？在技术问题的背后，有着重要的政治和经济方面的考虑：教会和王权相对，王权

与城市相对，城市与领主相对，领主与商人相对，等等。法律是解决政治和经济冲突的一种手段，但法律也能加剧这些冲突。

西方法律的多元论，已经反映和强化了西方的政治和经济生活的多元论，它一直是或一度是发展或成长（法律的成长和政治与经济的成长）的一个源泉。它也一直是或一度是自由的源泉。一位农奴为保护自己不受其主人的侵害可以诉诸城市法院。一位封臣为保护自己不受其领主的侵害可诉诸王室法院。一位神职人员为保护自己不受国王的侵害可诉诸教会法院。

10. 西方法律传统在思想与现实、能动性 with 稳定性以及超越性与内在性之间存在着紧张关系。这种紧张关系导致了革命对法律体系周期性的剧烈冲击。不过，这种法律传统毕竟存活下来，甚至由这些革命所更新，这种法律传统比作为它组成部分之一的任何一种法律体系都要大。

（第9~13页）

【名言佳句】

西方社会共同体的各种传统象征，即传统的形象和隐喻首先是宗教和法律方面的。然而，在20世

纪，宗教首次在很大程度上变成了私人事务，而法律在很大程度上则变成了一种与实际权术相关的事物。宗教的隐喻和法律的隐喻之间的联系已经破裂。

（序言第Ⅱ～Ⅲ页）

这样一种综合的法学将强调，法律必须被信仰，否则就不会运作；这不仅涉及理性和意志，而且涉及感情、直觉和信仰，涉及整个社会的信奉。

（序言第Ⅲ页）

教皇革命具有全面变革的特性，其不仅构建了一个新的天堂，而且展现了一个新的尘世……正是这次全面的巨变产生了西方的法律传统。

（第627页）

法律至上的信念根植于每一个王国内部世俗权威的多元性，尤其根植于王室、封建和城市政治体彼此之间存在的辩证紧张关系。

（第640页）

（解 锟）

37. 罗尔斯：《正义论》

【推荐版本】

[美] 约翰·罗尔斯著：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

约翰·罗尔斯 (John Rawls 1921 ~ 2002 年)，美国著名的政治哲学家、法哲学家、伦理学家，生于马里兰州的巴尔的摩，1943年毕业于普林斯顿大学，1950年在该校获博士学位。以后相继在普林斯顿大学 (1950 ~ 1952年)、康奈尔大学 (1953 ~ 1959年)、麻省理工学院 (1960 ~ 1962年) 和哈佛大学 (1962 ~ 1991年) 任教。

罗尔斯一生从事教学和学术研究。他著作不多，但在西方学术界影响甚大。罗尔斯从1951年开始发表《用于伦理学的一种决定程序的纲要》，即表现出对于伦理学和政治哲学的兴趣。此后他专注于社会正义问题，并潜心构筑一种理想性质的正义理论。他陆续发表了《作为公平的正义》

(1958年)、《宪法的自由和正义的观念》
(1963年)、《正义感》(1963年)、《非暴力反抗的辩护》(1966年)、《分配的正义》
(1967年)、《分配的正义：一些补充》(1968年)等文章。这些文章引起了学术界的高度重视。但直到20世纪60年代，他才决心撰写体现其系统思想的《正义论》。他前后三易其稿，最后又专门利用一段时间，在斯坦福高级研究中心集中精力完成此书，并于1971年由哈佛大学出版社出版发行。在《正义论》出版以后，罗尔斯还发表了一系列相关的论文，以进一步阐释、扩展和修正他的正义理论。《政治自由主义》(1993年)包含了许多这样的增补和修订，但其理论重点已和《正义论》不同，其主要强调宗教和民主政治的关系及其相容的条件。这一点在《再论公共理性观念》(1997年)一文中有十分清晰的阐述。他在1996年对《政治自由主义》做了修订。其他一些著作还有《论文集》(1999年，收集了罗尔斯大部分已发表的论文)，《万民法》(1999年)，《道德哲学讲演录》(2000年)。2001年他出版了最后一部著作《作为公平的正义——正义新论》。

《正义论》出版以前，罗尔斯的所有文章和研究已经对社会产生了广泛的影响，他的观点引起了

学术界热烈的讨论，这为此书的面世打下了良好基础。《正义论》出版以后，很快被西方学者誉为“第二次世界大战后伦理学、政治哲学领域中最重要理论著作”。人们经常把该书当作与洛克的《政府论》、密尔德的《论自由》齐名的“自由民主传统的经典著作”，并认为该书是将道德哲学与政治、伦理理论与实践结合起来的尝试，是“在正义与西方文明的当代现实之间的一座桥梁”。一般大学的哲学、政治、法律等有关学科都把它列为最重要的必读书之一，作为“标准的精神食粮”。在学术性的刊物上，关于《正义论》和罗尔斯本人的论文也时常占据较大篇幅，一些讨论《正义论》的专著也相继出版，至于关于《正义论》的学术研究会则多次召开。这对于当时仍然在世的学者来说，应该是一种不可多得的盛誉和殊荣。

《正义论》一书可以说是罗尔斯积20年的努力思考的一部心血之作，它确立了罗尔斯在20世纪政治哲学史上至高无上的地位。它集罗尔斯思想之大成，把罗尔斯多年来所发表的论文中表达的思想发展成为一个条理一贯的、严密的体系——即一种继承西方契约论的传统，试图代替现行功利主义的、有关社会基本结构的正义理论。

【内容精要】

《正义论》全书共分三编，每编各有三章。

第一编“理论”是最重要的，讨论正义的抽象理论问题。第一章“作为公平的正义”是对其正义理论的简明扼要概述，第二章“正义的原则”和第三章“原初状态”则是分述原则的内容和证明的方法。

在罗尔斯的正义论中，正义的对象是社会的基本结构——即用来分配公民的基本权利和义务、划分由社会合作产生的利益和负担的主要制度。人们的不同生活前景受到政治体制和一般的经济、社会条件的限制和影响，也受到人们出生伊始所具有的不平等的社会地位和自然禀赋的深刻而持久的影响，然而这种不平等确是个人无法自我选择的。因此，这些最初的不平等就成为正义原则的最初应用对象。换言之，正义原则要通过调节主要的社会制度，来从全社会的角度处理这种出发点方面的不平等，尽量排除社会历史和自然方面的偶然任意因素对于人们生活前景的影响。

为此，罗尔斯通过进一步概括以洛克、卢梭、康德为代表的契约论，使之上升到更高的抽象水平而提出了他的“作为公平的正义”理论。在此，契

约的目标并非选择建立某一特殊的制度或进入某一特定的社会，而是选择确立一种指导社会基本结构设计的根本道德原则（正义原则）。罗尔斯的契约论是完全与社会历史分开的。他认为，订立契约的“原初状态”纯粹是一种假设的状态，一种思辨的设计，对它可以有各种旨在引出不同结论的不同解释；我们可以合理地设置原初状态的条件，使一个人任何时候都能进入这种假设状态，模拟各方进行合理的推理而作出对正义原则的选择。

罗尔斯认为：各方将选择的原則是处在一种“词典式序列”中的两个正义原则，第一个原则是平等自由的原则，第二个原则是机会的公正平等原则和差别原则的结合。其中第一个原则优先于第二个原则，而第二个原则中的机会公正平等原则又优先于差别原则。这两个原则的要义是平等地分配各种基本权利和义务，同时尽量平等地分配社会合作所产生的利益和负担，坚持各种职务和地位平等地向所有人开放，只允许那种能给最少受惠者带来补偿利益的不平等分配，任何人或团体除非以一种有利于最少受惠者的方式谋利，否则就不能获得一种比他人更好的生活。所谓“作为公平的正义”即意味着正义原则是在一种公平的原初状态中被一致同意的，或者说，意味着社会合作条件是在公平的

条件下一致同意的，所达到的是一公平的契约，所产生的也将是一公平的结果。罗尔斯的正义论确实具有一种平等主义的倾向。

在第二编“制度”中，罗尔斯通过描述一种满足两个正义原则的社会基本结构和考察两个正义原则所带来的义务和职责来展示两个正义原则的内容。第四章“平等的自由”讨论第一个正义原则，因而主要涉及的是政治学和法学的问题。它所假设的主要背景制度是一种立宪民主制。第五章“分配的份额”讨论第二个正义原则，因而主要涉及的是经济学问题。在这一章中，罗尔斯试图描述在现代国家的背景下满足第二个正义原则要求的制度安排。第六章“义务与职责”讨论用于个人道德原则，或者说由两个正义原则带来的义务和职责。

第三编名为“目的”，在这一编的三章中，罗尔斯的主要目的是联系人类的思想情感和目标准向，解决作为公平的正义理论的稳定性和正义与善的一致性问题的，解释社会的各种价值和正义的善。在第七章“作为合理性的善”中，他提出了一种较之原初状态中所用的善的理论更详细、更充分的善的理论。在第八章“正义感”中，罗尔斯主要考察一个组织良好的社会里的成员是如何获得一种正义感的，以及这种情感被不同的道德观念规定时的相

对力量。第九章“正义的善”继续讨论稳定性问题的第二个方面，即作为公平的正义和作为合理性的善是否一致的问题。罗尔斯认为，在一个符合两个正义原则的组织良好的社会中，一个人的合理生活计划将支持和巩固他的正义感。[\[1\]](#)

《正义论》中包含了十分丰富的法治观。正义的主要问题是社会的基本结构。社会结构的制度安排正是为了实现社会正义。法律制度无疑在其中扮演着非常重要的角色。但是罗尔斯并不是要解决现实社会法律运行中的问题，而是设计了一种能够达到理想社会正义的法治状态。

罗尔斯把正义分为形式正义和实质正义。所谓形式正义即指对法律和制度的公正一致的管理，不管它们实质性原则是什么；而实质正义则涉及法律或制度的具体内容。在他看来，如果人们认为正义总是表示着某种平等，那么形式的正义便要求法律和制度方面的管理平等地适用于其对象，亦即对原则的坚持或对体系的服从。这就是一种法治主义的原则。

根据社会正义制度的设计，法治产生过程经过四个阶段：（一）原初状态的人们选择两个正义原则；（二）人们召开立宪会议，确定政治结构的正义并抉择宪法；（三）人们根据宪法制定符合正义

的最佳法律和政策；（四）法官和行政官员把制定的规范运用于具体案例，而公民们则普遍地遵循这些规范。

选择两个正义原则是为了确定一种能够对人们所期望的结果进行评判的独立标准。如果没有这种标准，宪法的设计的问题就不能很好地解决。因为我们是通过检查各种可行的正义宪法、寻求在现存环境中最能导致有效的正义社会安排的宪法来做出最佳决定的。因此，宪法及根据宪法制定的法律都应该符合两个正义原则。只要各种法律和政策处在允许的范围内，并且一种正义宪法所授权的立法机构事实上制定了这些法律和政策的话，这些法律和政策就是正义的。

罗尔斯认为，正义的宪法应该满足这样的条件：首先，正义的宪法应是一种满足平等自由要求的正义程序；第二，正义的宪法应该这样构成：在所有可行的正义安排中，它比任何其他安排更可能产生出一种正义的和有效的立法制度。为了制定出这样的宪法，平等的自由原则即平等的参与原则是必不可少的。所有的公民都应有平等的权利来参与制定公民将要服从的法律的立宪过程和决定其结果。这样的宪法反过来也要保障公民的自由。当然，立宪会议也有它的弊端。它需要维持运行的费

用，而且有可能对公民的自由构成错误干涉的危险。那么，最佳的宪法就是使这样的危险减少到最小程度的宪法。为实现这样的宪法，平等参与应该成为选举制度的原则。

根据正义宪法制定出来的法律也是不能违背正义原则的。这里把法律秩序看作是对理性人提出的公开规则体系，以解释与法治相联系的正义准则。应当承认，任何一种法律秩序都不能完全按照正义的要求实现其内容。然而一种法律秩序如果能够较完善地实行法治的准则，那就比其他法律秩序更为正义。法治的作用可以说是减轻因不能根除的社会邪恶而导致的对自由的损害，并且把目标集中在环境允许的最少不正义上，为组织起来的合作体系提供有效的手段。

据此自然引出法治的原则。首先是“应当意味着能够”的准则，即法治所要求和禁止的行为应该是可合理地预期人们去做或不做的行为。第二个基本原则是“类似情况类似处理”，即在类似的案例中一视同仁地对待所有人。第三个法治原则是“法无明文规定不为罪”。它要求法律为人所知或公开地宣传，其含义也应得到明确的规定；法令的陈述和意向都必须具有普遍性，而不可作为损害某些特定的个人的手段（如剥夺公权的法律）；至少对较

严重的不法行为作出明确的严格的解释；在量刑时不追溯被治罪者的既往过错。其他原则涉及司法诉讼的程序正义问题。在一个组织良好的社会里，法律制度应该体现这些法治原则。

这些原则强调了法治和自由之间的密切联系。法治应当是保障自由的，但是如果法律所规定的自由含糊不清、界限不明，人们就会对行动自由产生一种可以理解的担心，从而导致对自由的限制。也就是说，在这种情况下，一个自由可能侵犯另一个自由，从而导致社会秩序的混乱，那么法律有义务限制妨碍整体自由的自由。如果把法律体系看成是最大的平等自由的协议，那么公民为了确定并运用自由一般都要求维护法治。

罗尔斯论证了政府的合法性。在一个组织良好的社会里，尽管人们具有相同的正义观，但是他们可能还是缺乏完全的相互信任。这种不信任最终可能导致合作体系的崩溃。比方说基于自愿的成功所得税方案是十分困难的。因此，一个能保障人们之间的安全的具有强制权力的政府是必须的。但是，确切地规定政府运行的方向是十分重要的。公民可以根据法律制定他们的计划，在此范围内排除政府对其自由的侵害。

【延伸阅读】

[美] 约翰·罗尔斯著：《正义论》，谢延光译，上海译文出版社1991年版。

[澳] 乔德兰·库卡塔斯、菲利普·佩迪特：《罗尔斯》，姚建宗、高申春译，黑龙江人民出版社1999年版。

[日] 川本隆史：《罗尔斯——正义原理》，詹献斌译，河北教育出版社2001年版。

何怀宏：《公平的正义——解读罗尔斯〈正义论〉》，山东人民出版社2002年版。

顾肃：《罗尔斯：正义与自由的求索》，辽海出版社1999年版。

姚大志：《作为公平的正义——正义新论》，上海三联书店2002年版。

【精彩片段】

正义论的制度设计

政治正义具有两个方面。首先，正义的宪法应是一种满足平等自由要求的正义程序；第二，正义的宪法应该这样构成：在所有可行的正义安排中，

它比任何其他安排更可能产生出一种正义的和有效的立法制度。……当平等的自由原则被运用到由宪法所规定的政治程序中时，将把平等的自由原则看成是（平等的）参与原则。参与原则要求所有的公民都应有平等的权利来参与制定公民将要服从的法律的立宪过程和决定其结果。

（第219页）

对采用参与原则的限制有三个方面：宪法可能规定了范围或广或狭的参与自由；它也可能在政治自由中允许不平等；或多或少的社会资源可能被用来保证作为代表的那些公民的自由价值。

（第226页）

形式正义的观念和有规则的、公平的行政管理的公共规则被运用到法律制度中时，它们就成为法律规则。不正义的行为之一就是法官及其他有权者没有运用恰当的规则或者不能正确地解释规则。

我们可以把有规则的、无偏见的、在这个意义上是公平的执法称为“作为规则的正义”。……

如果法律秩序是一个对理性人提出来的公开规则体系，我们就能解释与法治相联系的正义准则。它们是这样一些准则：任何充分体现了一种法律体系观念的规范体系都要遵循它们。

（第233～234页）

我们首先来阐明“应当意味着能够”准则。这个准则和法律体系的几个明显特征具有共同点。首先，法治所要求和禁止的行为应该是人们合理地被期望去做或不做的行为。……

其次，“应当意味着能够”的观念可以表达这样一种观念：那些制定法律和给出命令的人是真诚地这样做的。只有人们普遍地相信法规和命令能够被服从和执行时，法规和命令才能被接受。……

最后，这个准则表达这样的要求，即一个法律体系应该把执行的不可能性看成是一种防卫或至少作为一种缓刑的情况。

（第235页）

法治也含有类似情况类似处理的准则。类似情况类似处理的准则有效地限制了法官及其他当权者的权限。这个准则迫使他们对他们参照有关的法律规则和原则在人与人之间所作出的区分给出证明。在特殊情况下，如果规则很复杂而需要解释的话，那么对一个专断判决的证明可能是容易的。但是，随着案例的增多，对于带偏见的判决的貌似有理的辩护就变得十分困难了。一致性的要求当然适用于所有规则的解释和各种层次的证明。对歧视性的判决的合理论证最终变得更加难于形成，并且这样做的意图也不那么诱人了。这个准则也适用于衡平法

的情形，即当既定规范发生了始末料及的困难因而需要作出例外处理时的情形。但是在这种条件下，由于没有区分例外情况的明确界限，于是就发生了这样一种情况就像在翻译中的情况那样，在此几乎所有差别都是很重要的。在这样的情况中，便要运用权威决定的原则，而且先前的或已宣布的判决的力量就足够了。

法无明文规定不为罪的准则及其暗含的种种要求也产生于一个法律体系观念中。这个准则要求法律为人所知并被公开地宣传，而且它们的含义得到清楚的规定；法令在陈述和意向两方面都是普遍的，不能被当成损害某些可能被明确点名的个人（褫夺公民权利法案）的一种手段；至少对较严重的犯法行为应有严格的解释；在量刑时不追溯被治罪者的既往过错。上述要求潜含在由公开规则调节行为的概念中。因为，比方说如果法规的命令和禁止的内容不明确的话，公民就不知道怎样行动。而且，尽管可能存在着剥夺公民权利的临时法案和追溯法规，但这些东西不能太普遍，换言之，不能成为法律体系的特征，否则它就必定具有另外的目的。一个暴君可能不预先通告就改变法律，并相应地惩罚（如果这是一个恰当的词的话）他的臣民，因为他乐于看到他的臣民花多长时间才从观察他所

给予的惩罚中领会到新规范的内容。但是这些规范不是一个法律体系，因为它们不能通过提供合法期望的一个基础来组织社会行为。

最后，有一些规定自然正义观的准则，它们是用来保护司法诉讼的正直性的指针。如果法律是向理性人提出的指令的话，法庭就必须考虑以某种适当的方法来运用和贯彻这些规范；就必须做出有意识的努力来确定一个违法行为是否已经发生，是否要对它处以正确的惩罚。所以，一个法律体系必须准备按照法规来进行审判和受理申诉；它必须包括可保障合理审查程序的证据法规。当在这些程序方面出现偏离时，法治要求某种形式的恰当程序：一种合理设计的、以使用于法律体系的其他目的相容的方式来弄清一个违法行为是否发生、并在什么环境下发生的真相的程序。例如，法官必须是独立的、公正的，不能因公众的吵闹而带有偏见。自然正义的准则要保障法律秩序被公正地、有规则地维持。

(第235~237页)

自由是制度确定的多种权利和义务的复杂集合。各种各样的自由指定了如果我们想做就可以决定去做的事情，在这些事情上，当自由的性质使做某事恰当时，其他人就有不去干涉的义务。但是如

果法无明文规定不为罪的准则，比方说，由于模糊的、不精确的法规而受到侵犯的话，那么我们能够自由地去做的事情就同样是模糊的、不精确的。我们的自由的界限便是不确定的。在这种情况下，人们对行使自由就会产生一种合理的担心，从而导致对自由的限制。如果类似的情况不类似的处理，如果司法诉讼缺少本质的正直性，如果法律不把无力实行看成是一种防卫等，那么也会产生同样的结果。因此，在理性人为自身所确立的最大的平等自由的协议中，法治原则具有坚实的基础。为了确实拥有并运用这些自由，一个组织良好的社会中的公民一般都要求维持法治。

(第237~238页)

关于制度的两个正义原则的最后陈述：

第一个原则。每个人对与所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。

第二个原则。社会和经济的不平等应这样安排，使它们：①在与正义的储存原则一致的情况下，适合于最少受惠者的最大利益；并且，②依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。

第一个优先规则（自由的优先性）。两个正义

原则应以词典式次序排列，因此，自由只能为了自由的缘故而被限制。这有两种情况：①一种不够广泛的自由必须加强由所有人分享的完整自由体系；②一种不够平等的自由必须可以为那些拥有较少自由的公民所接受。

第二个优先规则（正义对效率和福利的优先）。第二个正义原则以一种词典式次序优先与效率原则和最大限度追求利益总额的原则；公平的机会优先于差别原则。这有两种情况：①一种机会的不平等必须扩展那些机会较少者的机会；②一种过高的存储率必须最终减轻承受这一重负的人们的负担。

一般的观念。所有的社会基本善——自由和机会、收入和财富及自尊的基础——都应被平等地分配，除非对一些或所有社会基本善的一种不平等分配有利于最不利者。

（第302～303页）

【名言佳句】

在一个正义的社会里，平等的公民自由是确定不移的，由正义所保障的权力决不受制于政治的交易或社会利益的权衡。允许我们默认一种有错误的

理论的惟一前提是尚无一种较好的理论，同样，使我们忍受一种不正义只能是在需要它来避免另一种更大的不正义的情况下才有可能。作为人类活动的首要价值，真理和正义是绝不妥协的。

（第4页）

作为公平的正义的观念要运用纯粹程序的正义的概念来解决特殊境况中的偶然性问题。社会制度应当这样设计，以便事情无论变得怎样，作为结果的分配都是正义的。为了达此目的，我们有必要把社会和经济过程限制在适当的政治、立法制度的范围内。没有对这些背景制度的恰当安排，分配过程的结果便将不会是正义的。

（第275页）

正如一种现存宪法所规定的立法的合法性并不构成承认它的一种充足理由。当社会基本结构由现状判断是相当正义时，只要不正义法律不超出某种界限，我们就要承认它们具有约束性。

（第351页）

（任传宇）

注 释

[\[1\]](#) 何怀宏：《公平的正义——解读罗尔斯〈正义论〉》，山东人民出版社2002年版，第28页。

38 . 泰格、利维：《法律与资本主义的兴起》

【推荐版本】

[美]泰格、利维著：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，刘锋校，学林出版社1996年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

米歇尔·泰格（Michael E. Tigar），美国人，自1983年起执教于美国德克萨斯大学法学院。作为一名辩护律师，泰格本人几乎在美国所有的上诉法院和最高法院展示过其出众的辩术。泰格还积极地投身入各类的政治活动，特别是在人权领域，泰格更是有着极大的热情，而其总是将这些兴趣归因于其求学和执教的经历。

泰格出生于加利福尼亚，并在那个阳光灿烂的地方成长，他在伯克利（Berkeley）获得了加州大学的法学学士学位。在校期间，他就担任《加州法律评论》（California Law Review）的主编，随后

几年，他在美国、拉丁美洲、欧洲和非洲都做过考察和讲学，一直致力于各地区的法律教育工作，他还是第一批在白人种族隔离统治末期被邀请前往南非考察讲学的学者之一。正是由于有了这种丰富的生活阅历，泰格得以能用敏锐的目光去发现历史中社会法律现象。

如果说当今世界法理学界有一种“新马克思主义”的潮流，那么米歇尔·泰格无疑是这一潮流中一颗耀眼的新星，作为西方传统学派法理学的延续者，泰格具有强烈的马克思主义法理学色彩，其研究的法律与革命（社会变革），以及所得出的法律与资本主义的相关互动，均对世界未来通过社会变革角度研究法理学，开拓了新的视野。其代表作有《证据检验》（1993）及《法律与资本主义的兴起》，充分表达了其法理学思想，并最终提出了“造反法理学”的主张。

由于渊博的知识和广泛的游历，泰格逐渐改变了单纯就法律而法律的纯学院特色，而慢慢倾向于马克思主义的社会分析方法。其观察经济法制史的角度也渗透了西方“新马克思主义”的影子。而其提出的“造反法理学”，不仅重新界定了资产阶级革命，更为重要的是，泰格分析了法律变革到底是什么，如何产生的以及结果。这些均对认识整个西

方世界法律及整个社会的走向起着重要作用。泰格的社会革命中“造反的法理学”对法学的发展是一种重要贡献，其社会学、历史学的角度是非常值得法学界学者所借鉴的。

泰格（利维基本上是他的助手）的著作名为“革命”，指从11~19世纪八百年间资产阶级兴起——用他的术语来说这乃是一连串的造反（insurgency）——所依赖而同时又促成了的法理学（jurisprudence）革命。从思想脉络和目标来说，这一本带有强烈新马克思主义色彩但仍完全符合学院标准的学术著作，其实可以更贴切地名为“资产阶级造反法理学：它的历史与教训”。

《法律与资本主义兴起》一书论证法律变革乃是社会各阶级之间冲突的产物，这些阶级谋求把社会控制制度转变到适合自己的目的上来，并将某种具体体制强加于社会关系之上并予以维护。它以11世纪为起点，并且明确指出当时罗马法之所以有系统地发掘、收集、研究、发扬，大部分是教会学者的功劳。可是，书的重心却是商人（包括零贩、远航贸易商、银行家、工业家等各种不同身份的商人）对法律体系的影响乃至改造：他们怎样在不同阶段利用蜕变中的法律体制来与当时的宰制或有力集团——先是封建领主，后是城市行会，最后是中

央集权的君主——作顽强抗争，以达到建立本身宰制地位的至终目标。

【内容精要】

作者认为，了解历史的一个方法是对各种法律体制及其附加暴力工具的兴起、维护、变革和倾覆进行探索。13世纪时，在握有政治实权的上层贵族以及教会和王室眼里天下已经大乱，造反不断发生。大批隐修僧侣破衣跣足，走出富庶的教堂和修道院，鼓动僧俗人等反对罗马教会，失业武士进行抢劫勾当，逃亡奴隶与之结成强盗团伙，农民到地主家抢夺财物，而商人、城市居民或者说资产阶级则已通过公开革命、颠覆破坏，以及经济欺诈等还不为社会上层理解的活动而大步前进了。所有这四个集团，不是处于法外，就是反抗法律的。

泰格从新兴资本家社会和衰落封建结构之间的斗争入手，探讨了西方法律的历史渊源，其着重点是各种法律制度如何反映统治阶级的利益，以及它们如何以新的社会阶级逐渐取代旧的阶级的社会变革。他对威尼斯东方贸易的兴起、十字军东征、英国清教徒革命和光荣革命、法国启蒙运动和大革命及《拿破仑法典》的颁布等一系列重大历史事件作

了详细的讨论。泰格认为商人阶层与法律体系的互动是一个反复而又漫长的过程，这个历史过程从11世纪至19世纪长达800年之久，资产阶级在18世纪走向最后胜利的斗争是始于11世纪的“城市起义”。故事从早在11世纪城市商人生活的肇端，一直讲到资产阶级法理学在18世纪取得胜利。着重点在于法和各种法律制度如何反映统治阶级的利益，以及它们如何以新社会阶级逐渐取代旧有阶级的社会变革。作为史学著作，本书乃是引人入胜的记叙。它将增进所有律师和法学研究者对法律的理解，所以阅读并熟悉它是大有裨益的。

在70~80年代之交，除了泰格和利维的《法律与资本主义的兴起》（1977），另有伯尔曼的《法律与革命》。这两本著作都是以西欧法律系统之形成为主题；都是大量文献实证研究的结果；甚至，它们所追溯的西欧法系渊源以及所列举的一些关键事件也大致相符。然而，这两本著作所反映的观念和所得到的结论却又如是之不同，乃至截然相反。

伯尔曼认为，宗教理想是了解西方法学传统的关键，格列高列革命是12世纪以后教会法、王室法、商人法、城市法乃至现代较文明的刑法次第发展的原动力。很自然的，他的巨著就分为“教皇革

命与教会法”以及“世俗法律体系的形成”这两大部分。

泰格、利维则认为11、12这两个世纪在资本主义发展史上具有特殊意义，因此他们对资本主义兴起的脉络的梳理是从这两个世纪开始的。

在第一部分中，对资产阶级崛起执政和资产阶级法律的纲要作了一个概论。从第二部分一直到第五部分，作者摸索了封建法律意识形态和资产阶级法律意识形态之间的斗争，从11世纪城市居民的起义开始，至英、法两国的革命为止。在第六部分，论证只有通过“造反法理学”才能够解释和分析社会斗争在法律规范中的反映。

泰格在书中介绍了新法制的背景，提出资产阶级在18世纪为其本身设计的法律体制，主要是根据和承袭了6个不同的法律体系，即罗马法、封建法、公教法（教会法）、王室法、商人法、自然法。他介绍了十字军东征对商法发展的推动作用，认为商人在海上、陆上运输贸易等是资产阶级法律兴起的重要原因。由于这些经济活动，促使商人们为保护自己的经济利益充分运用在反抗封建生活限制的斗争中形成的各种城市文化典章制度。这些城市典章制度，是西方城市文化的根源。律师们在西方法律体系的形成过程中的身份既微妙又尴尬，他

们由于专业训练而养成的保守与中立态度，以及由于实际复兴而与君主或者商人发展出来的主仆关系，无疑会产生内在竞争，但是律师们最终还是以其所受法律训练为商人们寻求到了商人们经济活动的合法依据。他给我们描绘了现代法律体系的形成过程，那就是11世纪和12世纪时，商人希望自己所从事的经济活动有牢固的法律依据作为保障，便将他们当时各种要求以及后来赢得的胜利，都以特许状和条约形式体现出来，他们为自己在封建法律秩序中创造了一种地位。律师这个新的崛起的群体所做的工作则是寻找一些法律文本，用于证明手工艺工匠和商人活动的存在及其运作是正当的。

教皇与皇帝的“授职权之战”造成的政治分裂和宗教与世俗两界的脱离，以及十字军东征创造的巨大商业机会，还促使意大利各城邦的大商人开始为争取贸易保护或掌握政府权力而斗争，这种斗争推动并深刻影响了西欧当地原有的革命性城市运动。公社掀起了广泛的、有时也是很激烈的反抗封建生活限制的斗争，并在斗争中形成了一套保护自己经济生活的新的法律体制。

商法和城市自治的出现，起初不过是商人和手工业者要求在封建体制内享有各种平等权利的表现。但是，这种能够适应并促进经济发展的新的社

会组织和法律体系一旦形成，就必然会日益显示出其强大的力量。泰格、利维指出，蓬勃展开的远程贸易既引导、也帮助了民族性和准民族性的各种法律和政治制度的自觉形成，这些制度不仅得益于贸易，而且为它的运作提供了合适架构。13世纪晚期，作为既受管制而又受过正式训练的从业人员的律师阶层出现，他们与各大贸易利益集团和势力强大的新兴君主形成同盟关系。作者指出，法律成为经济强者的仆役，由一个受他们雇佣，为他们利益行事的阶层来建构。契约原则的普遍化程度不断深化，市民阶层努力使一系列重要社会关系摆脱政府管辖，在他们日趋明确的意识中，政府的职能应是有限的，它所应起的作用在于提供一套机构，来迫使订约各方遵守所订契约或为未能守约而赔偿损失。经过长期发展，到1600年资产阶级私法的主要原则，即个人之间在契约、所有权等方面的法律，即使在实践中尚未完全取代、却也已理论上取代了人际封建关系，资产阶级全面夺取权力的时代就要到来了。

从上面的论述中，我们可以看到，11世纪以来西方法律变迁的主要趋势，就私法方面而言，是与市场经济相适应的契约原则的日益客观化和普遍化，及产权的日益绝对化相适应的。就公法方面而

言，则是法治与宪政原则的逐步推广，其表现主要有地方自治、政府和王权的法律限制以及立法、司法和行政部门在一定程度上的分立与相互制约等。正是私法和公法这两方面相辅相成的发展，为资本主义的产生、成长和最终取得全面胜利提供了源源不断的动力，当然资本主义的发展也构成它们不断发展的基础。

由于商人阶层和法律体系的互动是个既反复又漫长的过程，所以泰格的着力点相当平均地分配在公元1000~1804年800年之间：从威尼斯东方贸易的兴起，至英国清教徒革命、光荣革命、启蒙运动、法国大革命和拿破仑法典等重大历史环节，书中都有详细讨论。而始终贯穿这8个世纪法律蜕变的主线索，则是契约和产权观念的变化——也就是订立可强制履行的契约自由之逐步确立，以及产权之走向绝对化，它脱离所有其他社会因素，成为纯粹属“个人”与“物”之间的关系。这两个发展，是现代资本主义法理学的基石，也是稍微关心现代政治经济学的读者都非常之熟悉的了。

泰格以其渊博的知识，区分了东西方社会的历史性差异，对中国的社会法律进展有着深刻认识，认为东西方的法律传统分业早在四五千年前的传说时代就已有相当大的不同。作为激进的法律学

家，泰格还认为一名律师不仅应是上法庭打官司的律师，还应当成为一名积极的革命者，对法律以及整个社会的革命作出规划和参与的人。他认为律师在具体办案中应总结出理性的思想，并用“造反法理学”去组织社会的更新，律师应当是穿上战斗服装的法律学家。

泰格明显是受了马克思主义法学的影响，并有激进主义的倾向。与伯尔曼不同，伯尔曼重视宗教理念对西方社会的影响，而泰格则肯定阶级斗争对法律体系的影响乃至改造。因而，其有着新马克思主义的深深烙印。泰格对西方社会当今的法律问题解决提供了新的思路，其提出的“造反法理学”也因其丰富而独特的内涵而独树一帜。

【延伸阅读】

[美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版。

[美]大卫·M·楚贝克：《马克斯·韦伯论法律与资本主义的兴起》，时飞译，载清华法学（www.lawintsinghua.com）法社会学栏目。

【精彩片段】

十七、契约——法律和社会现实研究

契约法在英国和欧洲大陆的发展揭示，以法律改革作为实现根本性社会变革手段，是有限度的。资产阶级法学作家常爱称述，从封建主义到资本主义的进展是通过契约设计实现的。例如梅恩爵士曾在19世纪时写道：人类的进步史乃是一部从基于身份的义务获得解放，而代之以基于契约或自由协议的义务的历史。换句话说，契约这一法律制度乃是资产阶级革命的动力。

那时期每一位资产阶级法律哲学家的著作都可以找到的这种说法，包含一个重要历史事实和一个严重分析错误。历史事实是，一个发达的资产阶级社会关系体制，例如1800年时已在英、法两国达于成熟的体制，就具有充分发展的契约理论。将社会不同分子联结起来的种种约束，几乎毫无例外都是双边，并在名义上经双方同意而成立——亦即契约性的。土地所有权、它的利用和保护，都不再像在封建时期那样能够介入人与人之间的法律关系了。所有权变成了“个人”（*persona*）与“物”（*res*）之间的关系。契约对一切事情

——劳动、售让、甚至婚姻——都要占第一位。

分析错误则在于断言，不管物质条件如何，只要自由协议这一法律观念充分发展，资产阶级社会关系就会出现。契约法并不是由于它的原则显然合于正义，就突然降世和得以确立的。契约的运作领域要受到经济关系体制限制，而后者又决定于技术水平、对立阶级的力量以及生产力的一般发展状况。精妙的契约理论并不足以保证会有实行该理论诸所必需的种种力量配合。

(第203~204页)

新大陆发现以后，法国国王和资产阶级在对西班牙贸易上发了财，因而能够把钱用在艺术、科学和大学上面。在布尔日大学，居侠(Jacques Cujas)和他的学生开始以人本主义或者说文艺复兴时期观点，重新对罗马法进行系统研究。居侠又回到历来有争议而且被许多注释家和历代开业律师曲解了的那些罗马法文本上来，他代表了对原有文本加以科学性研究的学派。但是，种种纯罗马法的解释，并没有比杜穆兰以及其他专业顾问的咨询性著述对罗马法实用上的统一作出更多贡献。

(第206~207页)

.....

总的来说，在法国和意大利，没有统一的本国

市场，以及与资产阶级利益相结合的强有力国家机器，即使有一大群受过法律训练的专业人员为资产阶级服务也是无济于事的。在英国却有这些条件：资产阶级的法律意识形态已成为要求国家权力为它服务的公开理由。国王亨利八世没收教会土地使一群新地主得享法律权利，增强了他们凭藉其企业家身份和商业活动而获得的地位。法律在英国成了攻城木擂，可用以捣毁“贫穷无赖”的房舍。但是，对于旧贵族阶层以及因拥有市外地产而有相同问题的人来说，法律——构成旧贵族法律意识形态的那些原则——又是一面盾牌。所以这些人也都必须吸纳到资产阶级法律关系体制中去。至少须将那些关系纳入旧有的普通法，使之结合成为一体，由国王当初主要是为封建利益服务而建立的法庭予以实施。

我们曾经谈到，普通法在根源上是“本土的”——亦即真实的——法律。大约在1400~1600年期间，它变成了“本国的”法律，并采纳了在商人和海事司法裁决中发展出来的原则。在1400年，英国高等法院和高等民事裁判所仅仅很勉强地承认了有关契约的一些最有限和最初步的观念。直到1600年刚刚过去不久，才由柯克爵士（Sir Edward Cook）——他在1594年当上了首席

检察官，1606年任高等民事裁判所首席法官，是一位著述甚丰的法律评论家——宣布商人法为普通法的一部分，意思是说，普通法律师和普通法法庭从此以后要为商人利益服务。

（第209页）

.....

总的来说，16世纪中期凡是富有的城市居民，只要愿意服从伦敦所掌管的财政体制规定——那实际是一种使英国北部“风险商人”也感到苦恼的统制，就都有很多从事贸易和经营企业的大机会。依照商人法签订的契约，在商人法庭、大法院（chancery）和海事法庭均可要求强制履行。这些从欧洲大陆传来的原则，日益更得到采用和研究。高等法院和高等民事裁判所的法官，都是从普通法律师里面挑选的，这些律师很懂得，他们所操持的那一部分法制颇有变得无足轻重之虞，因为他们那些诉讼委托人——地主贵族，亦称乡绅——的相对财力已显弱微。就资产阶级而言，则是欢迎有机会利用普通法法庭的，因为它比起都铎王朝历代君主所建立的某些专门法庭来，对于国王要较为独立一些；与国王结盟是一回事，依靠国王却是另一回事。

因此，普通法律师就有了与资产阶级结为同盟

的余地，他们只消能够说服他们操业于其上的法庭对资产阶级法律原则抱容纳的态度就行了。在那个世纪将告结束的若干年间，这一同盟开始成形，普通法法庭已趋向于资产阶级契约理论。

(第215页)

普通律师和法官为吸引新得势的商人的业务而进行的斗争，在16世纪末期日趋激烈，并持续到17世纪。……普通法法官在许多被告人要求下，开始发布令状，禁止商人法庭或海事法庭审案，或者命令原告停止原诉讼而转向普通法法庭起诉。商人司法当局，尤其是享有王室支持的海事司法当局，也发布了自颁的令状和禁令以作出回应。法律界内部这种利用诉讼人业务为赌注的斗争一直持续到17世纪。

普通律师对资产阶级法律的逐步吸纳，乃是他们与资产阶级结成同盟的必要条件，这结盟在17世纪中期的英国革命中取得了全面收获。它原本是难以成功的，除非发布令状和禁令的纸上战争当时能够通过王室干预、或者如后来证明必要的那样通过某种更为强暴的手段，得到有利于普通律师的解决。

资产阶级与普通律师的结盟也还具有维护宪法的一面，因为普通法法庭并非如同商人法庭、海

事法庭和其他“专门”司法机构一样是王室特权的产物。正如我们将要在英国革命的讨论中较充分地说明的，柯克爵士乃是上述结盟在意识形态方面的设计者。他权威地，也是斗胆地重新编排了英国的历史和先例。“老田”就是普通法审判记录，大概还有不是被视为贵族所争取到的让步，而是被视为自由特许状的“大宪章”。从“大宪章”可以推导出国王要受限制于“本土法律”，这一词在该文件中最有可能是指对贵族特权的保护，但也能够加以较宽泛的解释。这样，从旧有普通法审判记录中出现了法律体制的改造，它接受新原则，但仍基于旧有传统之上。这一王室让步和司法决定权的改编历史，正如普拉克涅所指出，“对国王和议会都一样施加了限制。”

资产阶级对建立要求拥有绝对权力的君主制国家发生过极大影响，因为强有力的都铎王朝一直是为这个阶级的利益服务的。但是，实现了土地重新分配并从乡村生活瓦解之中获大利以后，资产阶级又在寻求盟友，来进行一场谋求限制国王干预贸易权力的新斗争。普通法律师实际证明是准备加入这一联盟的。

(第217~218页)

【名言佳句】

法律变革乃是社会各阶级之间冲突的产物，这些阶级谋求把社会控制制度转变到适合于自己的目的，并将某种具体体制强加于社会关系之上以及予以维护。

(第1页)

颁发一份特许状，允许实行自治、举办集市和建立市场，这一行动表面上如此简单，何以竟能产生那么深刻的后果呢？毕竟说来，城市居民原来所要求的，只不过是能在封建体制中享有各种平等权利而已。但是，随同对他们身份的承认而来的，却是对一种全然不同的人际关系的默许——那种关系乃是建立在买卖基础之上，因而是与封建忠诚关系基本纽带的基本观念不一致的。

(第108页)

美国最高法院法官霍姆斯曾在本世纪写道：“为了懂得它（法律）是什么，我们必须懂得它曾经是什么和会要变成什么。”这里的形象并不是立法者正在革旧创新，而是法官和律师正在从历史性惯例里面，形成新制度以适应新需要。

(第263页)

(朱 怡)

39 . 考夫曼：《法律哲学》

【推荐版本】

[德]阿图尔·考夫曼著：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年6月版。本篇所引均为
此版本。

【背景介绍】

阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann，1923～2001）是二战以后德国最重要的法哲学家之一，是德国法学大师古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）去世前的关门弟子，被评价为德国法哲学领域“一位最优秀的和最具国际声望的代言人”。

考夫曼出生于德国南部齐根（霍恩特威尔），1941年进入法兰克福大学攻读数学和物理。之后曾服兵役，并在战争中负伤。1945～1946年，在海德堡学习期间邂逅拉德布鲁赫，遂转攻法哲学和法学，这一经历对他的学术生涯产生了决定性影响。

1948年，考夫曼以州第一名的成绩通过了第

一次国家考试，并于1949年在拉德布鲁赫门下攻读博士，获全优。在撰写博士论文《刑法责任学说中的不法意识》期间，特别是由于对责任这一紧迫问题的讨论，考夫曼与对其后来的学术事业产生影响的卡尔·雅斯贝尔斯（Karl Jaspers）交往甚密。

1950年起，考夫曼担任盟军德国高级委员会联合区法院刑事辩护人，1951年在斯图加特又一次以州第一名的成绩通过了第二次国家考试，1952年出任卡尔斯厄尔州法院法官，至1959年卸任。他在从事法官工作的同时，还在一个固定的高校任教。从1953年起至1960年，他兼任海德堡大学法学导论和刑事诉讼法课程主讲人，并于1957年开始作为司法部顾问被委派于海德堡大学，任学院助理，同时研读哲学（主要受业于加达默尔（Gadamer）和勒维特（Löwith））。与此同时，考夫曼撰写自己的教授资格论文《责任原理》，以此论文，他于1960年在海德堡大学获得教授刑法、刑事诉讼法和法哲学的资格。

1960~1969年，考夫曼被聘为萨尔州大学的正教授，并被任命为该大学的法哲学和社会哲学研究所所长。考夫曼和他的朋友维尔纳·迈霍菲尔（Werner Maihofer）对这个有着标准图书馆的研究所的创办和扩建贡献极大。在这9年的岁月中，

考夫曼与他的同僚们不断研讨专业问题，教学和研究活动成果极丰。1969年，他遵从慕尼黑大学聘请，接过卡尔·恩吉施（Karl Engisch）的教鞭，担任正教授并执掌法哲学研究所，并在今后的20年间，将之建设成了一个在国际上领先的法哲学研究所，并拓展至“法律信息学”领域。

1971~1973年间，考夫曼先后任慕尼黑大学法学院副院长、院长。1980年，他获得拜因科学院哲学——历史类终身会员资格。1989年4月1日退休，2001年1月被授予联邦一级十字勋章。2001年4月11日，考夫曼在德国宾丁寓所逝世，享年78岁。

他的文章著述约650部，主要涉及法哲学和刑法学领域，代表性的有：《自然法与历史性》（1957年），《责任原理》（1961年），《法的本体论结构》（1962年），《类比与事情的本质》（1965年，1982年第2版），《正义的程序理论》（1989年），《后现代法哲学》（1992年第2版），《法哲学》（1992年），《法律获得的程序》（1999年出版）等等。其大部分作品已被译成英文（美国、澳大利亚、印度和加拿大）、法文、意大利文、希腊文、荷兰文、西班牙文、保加利亚文、土耳其文、匈牙利文、中文、日文及朝鲜

文。考夫曼还得到法学学科之外学术界的高度关注和认可。他不仅被授予法学名誉博士（东京大学、雅典大学），还获得哲学名誉博士（纽约Yeshiva大学、悉尼大学）和神学名誉博士（波兰卢布林大学）之荣誉；还曾是巴伐利亚科学院及众多外国科学院和科学协会的成员。考夫曼在国际法哲学和社会哲学协会（IVR）担任名誉主席，并兼任IVR德国分会主席、名誉主席以及作为IVR拜因支部主席。

【内容精要】

《法律哲学》一书是考夫曼的一部比较重要的作品，其中文版由台湾学者刘幸义等翻译，共二十章。其所涉及的问题广泛，但重点在于实质内容的法律哲学，探讨“提出我们时代难题”的“原本的”题目。

考夫曼在第一章（法律哲学的本质、任务与体系地位）中说，法律哲学是有关应然法律即“正当法”与“公正法”的学说，或者说是探讨正义的学说；它“超越体制”，仅对现行的有关正面价值与负面价值进行哲学思考，探讨法律的根本问题，并以哲学方式反思、讨论并进而解答之。需要指出的是，考夫曼认为法律哲学是哲学的分支，而非法学

的分支，所以它不同于法律信条论。由于“正当法”、“正义”是法律哲学的题目，故什么是正当法，如何认识及实现正当法成为法律哲学的任务。

作者在第二章里对法律哲学、法律理论、法律信条论三者进行了比较和区分，认为法律哲学与法律信条论的区别在于：后者一直在“体制内”论证，而前者对现行法采“超越体制”的立场。作者“例示性”地探讨了法律理论的两个思想：纯粹法学与立法理论。他认为法律哲学与法律理论的区别点在于：前者属哲学范畴，而后者则属法律思想范畴。

法律哲学不能仅是思辨，还必须以经验为支点，即通过“案例”认识并讨论“难题”。但是法哲学的案例是出现在历史中的，所以作者紧接着在第三章中对欧洲法律哲学的历史进行概述，并对各种理论、流派进行简要评价。书中指出了一个问题：人们是否可自由地处置法律（权利），或者人们创造法律的行为是否必须受到限制。而对此做出不同的回答就产生了两种重要的“见解”，即“自然法”论和法律实证论。

但是，作者在第四章里指出，在自然法论与实证法论之外尚有“第三途径”，而寻找这“第三途径”便是今日法律哲学之课题。就自然法学说而

言，其所称之法律是客观可认识的，存在于自然规则、神法与理性之中。但依法律实证论的看法，法律的内容都是任意性的，因而是“不存在”的，至少它的内涵是不明显的。相对于此，主张“第三途径”的人认为，法律整个的具体内容未必是明显的，但要有特定结构、原则，或者仅对“不法的论证”作否定性的评价。（第55页）于是，作者介绍了寻求“自然法论与实证法论之彼岸”，即“第三途径”的几个理论：拉德布鲁赫的法律哲学，法律诠释学，法律论证理论，“一般法律原则”的理论，以及非常简要的“批判法学研究”。

在第五章里，作者通过对法官与联邦法院的工作内容等实务性问题进行了分析，并揭示法律实务在方法论上的困境，从而从法律实务方面思考法律科学理论，同时指出法学的科学性“只在于一种合理分析不是处处都合理的法律发现的过程”，并在第六章中通过对法学逻辑和方法论的基本问题所进行的阐释，对法律发现过程的合理分析进行了进一步的探讨。

第七章是关于“一般法律学说”的论述。在此，作者着重进行的却是“一般法律学说远离法律哲学意义”的反思。一般法律学说的核心议题是法律概念，而法律概念可分为：基本法律概念，亦

称“原本的”或“纯正的”法律概念；“非原本的”、“非纯正的”、“与法律相关的”概念。

考夫曼认为法律的实现过程包含有“两个世界”：一个是“生活事实的日常的世界”，一个是“规范的法律世界”，而世界不能“外于语言”而存在，它要“透过语言”，因而法律语言至关重要。他在第八章中论述了“一种作为法律的语言理论的法律理论”，探讨法律语言的结构等问题，同时论证了“归责”在法律的实现过程中是一种沟通的过程。

在第九章中，作者论证了法律与制定法——名目论的与实在论的法律概念，并回顾了法律概念与现代制定法概念的发展历史，展望了法律概念的“再一次”发展：法律概念的阶层构造，从而为读者揭示出一种“实然与应然”的关系。

考夫曼认为一般人无须对法律概念做很深的理解，而将其视做人类理念在其三种显现形式中的反映。在此基础上，理论上存在着一种较广泛的共识：法律理念是法律的最高价值，即正义。他在本书的第十、十一、十二章中分三个方面对此进行论述：正义作为平等（交换正义）——正义与衡平，正义作为社会正义（公益正义、合目的性），正义作为法律安定性（法律和平）——法律理念的内在

紧张。考夫曼以三章的篇幅来论述正义之为法律理念，足见其对正义及其内容之重视，正如他在本书第二版序言中所说：“再度重复一次，我认为正义的内容太重要了（其重要性绝不低于共同体之可能的正当程序），以至于不应将它完全交付给——必然的——偏颇的政治人物。”考夫曼还强调，本书的核心重点在于“实质内容的法律哲学”，反对绝大多数的法律哲学家不重视内容，而认为“内容与形式是同样重要的”。

作者在第十三章（法律效力——反抗权——人民不服从）中简述了人格法律效力理论之后，分别阐释了不法国家内之反抗权与法治国家内之反抗权（特别是人民不服从）。

对于“道德”概念，作者采美国用字“mores”，指“一民族或族群共同之行为方式且对之不遵守会受到制裁”（第305页）。但是在第十四章（法律与道德——道德、惯例、风俗、习惯——辅助性原则）中，考夫曼认为道德的含义很难界定，只能透过与其他相关行为规则如法、风俗、习惯、惯例等的比较，而或多或少的得以理清。作者亦如是论述，章末还对辅助性原则作了重点解释。

对于法外空间学说，目前仍无通说，而且在理

论与实践上仅具“边际”意义。考夫曼在第十五章中提出自己的观点：“法外空间学说”所涉及的行为是与法律相关的且应由法律所规范的行为，而此种行为既不能适当的评价为合法的也不能评价为违法的。在此，考夫曼认为，法外空间并非指“法律没有规定”，而是指“法律没有评价”。

考夫曼在第十六章（自由之判准）中说道，社会正义、人权、人类尊严甚至责任及罪责都根源于人类自由。他对康德的自由为“超验之理念”的观点进行了评述并阐释了展现自由的类推程序，总结各种论断之后认为“在知性领域（与属于法律广泛的领域中）具有足够理性的根据是以人的自由作为判准”（第345页）。并指出实践是自由的基础，而自由又是人的自律及尊严的基础。

作者在第十七章（战争与和平）中总观当代世界局势，提出了三个观点：和平主义；“军人是谋杀者”的论断是严重错误的；反对制造核武器及以此相威胁。随后作者对“正义之战”的学说进行评析。在此，考夫曼还认为一个科学家除了唯一的论证力量之外，不应有任何权利。

本书第十八章是关于法律哲学的现代思潮。作者对正义之程序理论与真理性认识理论进行了对比阐述，指出目前后者仍占优势，但挑战的声音越来

越多。而在第十九章（实体上论证之程序正义理论导论）中，作者指出程序理论的正确观点，论述了理性价值认识的三项基本原则：论证原则、共识原则或聚合原则、无法避免错误原则。

第二十章标题为：宽容原则——多元风险社会的法律哲学，是作者原本打算出书的专题。考夫曼认为积极意义的宽容原则是指：确信地肯定他人，即使是在真理问题上，也要把他人视为一个相同价值的人。但宽容并非毫无界限，也不是不计任何代价的容忍。他指出，真正具有决定性的问题应该是：“对于真理问题我们是否也能够宽容，后者在此问题上，不宽容是不被要求的？”当有人主张自己拥有完全且绝对的真理时，宽容是被排除的。作者对“宽容原则”与“风险社会”及二者的关系进行了哲学反思，强调正因为 we 面临“人口爆炸”的威胁，宽容原则越来越重要。他认为宽容是人类的命运甚至是存活问题，并最后以“宽容的无上命令”结束本书：“如此行为，是你行为的结果与最大可能避免并减少人类穷困相互契合。”

（第476页）

通过《法律哲学》一书，考夫曼抓住当代“典型的题目”进行了法律哲学思考，从最基础的法律哲学概念演绎，到前沿的克隆人问题；除法学知识

外，还包括哲学、社会学、政治学、自然科学及现代科技的内容。正如考夫曼所说，本书不是教导读者耳熟能详且一再出现的信条，而是教导法律哲学思想且鼓励积极共同参与。本书正是我们有必要“以积极的态度共同思考”以期有所收获的“良书”。

【延伸阅读】

[德]考夫曼、哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版。

[德]考夫曼：《后现代法哲学—告别演讲》，米健译，法律出版社2000年版。

[德]考夫曼：《古斯塔夫·拉德布鲁赫传》，舒国滢译，法律出版社2004年版。

【精彩片段】

法外空间：法律上有规定，但无评价

所有这些没有一点是正确的。这些攻击并没有针对法外空间学说，而是对抗一幻想。法外空间并

非意指“法律没有规定”，而是指“法律没有评价”。不可误认的是，“法外”一词非常不适当，且因而引起误解。几乎所有的法律外行人将“法外空间”理解为一个法律规范之外的领域——这不令人诧异，因为“不罚的”与“刑法未规范的”之区分，对他们是陌生的。当然，也有一些赞成法外空间学说的人，其表达并不明确——因为法律对一些行止根本不感兴趣，这些法律没有规范的行止，在法律理论上称为“法律上空的”。这些行为与法律无关：吃食、饮用、睡觉、散步。

……
反之，法外空间所涉及行止，系与法律相关的且由法律所规范的，然而此行止既不能适当的评价为合法的，亦不能评价为违法的。以“没有禁止的”用语来表达此一“复合的行止”，并不完全正确。法律没有评价的地方，不再使用此一语言规则，才对。

(第321~322页)

宽容的界限

宽容并非毫无界限，它不是不计任何代价的容忍。有效的法律必须予以遵循，违背法律，特别是

犯罪，是不能容忍的，而非人性者不能有所主张，乃属当然之理。人们经常可以读到，对于不容忍决不能加以宽容，例如Gustav Radbruch谓：是啊宽容，“只是对不宽容的不予容忍”；又如Karl Jaspers谓：“对于不宽容待以不宽容（是）必然的”；另Werner Maihofer谓：“对抗不宽容的体系只有用不宽容的政治。”反之，应加以质疑者，当人们说道，宽容不能忍受不宽容，这是自相矛盾的。例如Hans Kelsen（凯尔森）在此意义上认为，宽容的本质在于，民主可以经由多数决而予以自我废除。但这点无疑是不正确的。当宽容的人说，他对于不宽容不予宽容，在逻辑上并不矛盾，因为此项陈述处于一种客体与高层次的阶层关系中。不过，由此尚且看不出，为什么人们对于不宽容的人原则上且总应该不予宽容。Theodor Maunz认为，不宽容的人，因其侵害人类尊严，所以不能主张合宪的权利，此项见解可以确定是不恰当的，在一个法治国家里，即使是犯罪者亦不完全丧失此等权利。宽容系根植于自由的理念，当不宽容的人未危害宪法所保障的自由时，诚如John Rawls（罗尔斯）完全正确的指出，“并无理由……拘却他的自由”。Manfred Hättich甚至进一步认为，一个连一点不宽容都不给予空间的社会，是不

具备自由的精神的。

(第462~463页)

“单纯对错误的容忍，不是纯正的宽容”

于此情形下，接近错误现象的道路被铺平了。教条论上的宽容理论认为错误是一种弊端、不快、不正当，甚至是一种恶害，也就是完全负面的东西。即连对宽容问题的合理化有着贡献的 Böckenförde (博肯弗尔德) 也认为，相对于真理，错误在道德上并未享有权利，但为了自由的缘故，法律可予宽容，应该不是这样才对。真理于自由的关系是另一回事，因此在探索真理时所犯的错误，并非全然都是负面的。

相反的，在认识理论上，错误具有重大意义。我们能够辨别错误本身，便是一个非常强烈的征兆，表示我们有追求真理的能力。尤有进者，正因为我们在探寻真理时必须与他人讨论辩难，所以错误是一个“剖析”真理的重要时机。Jaques Maritain (马里坦) 曾有一次说得相当好，错误就像灯塔，它可以帮助人们避开礁石而航行。他人的错误，我加以批判，但被忠实讨论的错误，对我本身是一种帮助，同样的，我的错误对别人也是一种

帮助。每一个研究者都可以证实，被确认为错误的理论，是发掘真理完全且重要的前提条件。于此所指称者，不仅仅是尊重“错误的信念”，此项信念尽管受到尊重，但仍被看做纯然负面的东西。我所指称者，乃别人与我一样都是以真理为目标，因此别人在错误上同我是兄弟。

至于如许多人认为的，爱是否属于宽容，我暂且不论。无论如何，属于宽容者，乃承认并尊重他人是一个人，不仅是为了他的人类尊严——这是当然的——而且是因为我认为他也是在追求真理。相当类似的想法如Alexander Mitscherlich（米切尔利希），他说：“宽容……是为了更了解他人而容忍他人……”宽容“不是自由竞争的无利益”。但是要再次指出的是，于此不能有所误解，宽容不是表示，我接受别人、他的见解、他的行为，我同意他。而是当我不如此做的时候，宽容必须发挥作用。

（第466～467页）

【名言佳句】

并不需要每位法律人都成为专业的法律哲学家。但每位法律人至少应当有一定法律哲学的品

位，借以扩大他的“难题意识”。

（序言第1页）

本书不是教导大家耳熟能详且一再会出现的信条，而是教导法律哲学思想且鼓励积极共同参与。

（序言第2页）

法学的科学性只在于一种合理分析不是处处都合理的法律发现的过程。

（第90页）

法律也是一个“世界”，或者我们可以说：当法律“被使用”、被实现，往往联系两个世界：与法相关的生活事实，这种日常真实的世界与一个以应然规范为内容的法律世界。透过法律的实现，使应然与实然相联结。是的，“法律是应然与实然的相当”。

（第170页）

属于宽容者，乃承认并尊重他人是一个人，不仅是为了他的人类尊严——这是当然的——而且是因为我认为他也是在追求真理。

（第467页）

错误就像灯塔，它可以帮助人们避开礁石而航行。

(第466页)

被确认为错误的理论，是发掘真理完全且重要的前提条件。

(第466页)

(魏栋培)

40 . 哈贝马斯：《在事实与规范之间》

【推荐版本】

[德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

冷战结束以后，西方社会积极推进对资本主义进行福利国家的、生态主义的改造。然而，经济增长的生态极限、南北半球生活条件之间的差别日益增长提出了明显挑战；将政府社会主义改造为一种分化开来的经济系统机制提出了独一无二的历史任务；来自南部贫困地区的移民潮形成严重压力；重新抬头的种族战争、民族战争和宗教战争、核讹诈和国际性资源分配之争危机重重——面临这种可怕局面，西方民族法治社会的政治开始失去了方向感和自信心。为此，哈贝马斯提出了关于法律和民主法治国的商谈理论，使私人作为法权主体，通过其

政治自主的共同运用而澄清正当的利益和标准。

尤尔根·哈贝马斯 (Juergen Habermas , 1929 ~) , 是法兰克福学派最有名的理论家之一 , 法兰克福大学哲学和社会学教授 , 被认为是“批判理论”和新马克思主义的主要代表人物。他不仅在哲学、社会学、政治学、语言哲学、解释学、历史科学、心理学等领域中有着深厚的造诣 , 而且还是这些学科中这一学派的主要代表人物。他的社会哲学理论不仅在联邦德国青年学生中产生过巨大的影响 , 被称为“联邦德国思想威力最强大的哲学家” , 而且对某些西方国家的哲学界和社会学界也产生了深刻的影响。英国社会学家约翰·雷克斯认为 , 哈贝马斯的造诣之深可与黑格尔相媲美 ; 彼得·威尔比则直接称哈贝马斯是“当代的黑格尔”和“后工业革命的最伟大的哲学家” 。由此可知哈贝马斯在西方哲学社会科学领域中的巨大影响。

哈贝马斯 , 曾先后在哥廷根大学、苏黎士大学、波恩大学学习哲学、心理学、历史学、经济学等 , 并获得哲学博士学位 , 博士论文题为《论谢林思想中的矛盾》。1961年完成教授资格论文《公共领域的结构转型》 , 历任海德堡大学教授、法兰克福大学教授、法兰克福大学社会研究所所长以及

德国马普协会生活世界研究所所长。1994年退休。

哈贝马斯是一位多产的作家，发表过三十多部著作，其主要代表作有：《公共领域的结构转型》、《认识与兴趣》、《技术和科学作为意识形态》、《理论与实践》、《晚期资本主义的合法性危机》、《论社会科学的逻辑》、《历史唯物主义的重建》、《交往行为理论》、《现代性的哲学话语》、《后形而上学思想》、《事实与价值》以及《真理与论证》等。

【内容精要】

哈贝马斯延续了他早期的哲学思想，将他的基于语用学基础的交往行动理论扩展到社会政治领域，发展成为他所谓的“商谈伦理学”。哈贝马斯将语言理解为行动协调机制，语言要求有效性的行动取向，取向于交往的言语内在地要求交往的双方真实、正确、真诚的表达，承担着社会整合的作用，这种有效性的主张是超越所有局限性的，具有普遍性的整合力量。在威权建制中，社会集体的整合可以通过取向于有效性主张的行动而确定，行动中的不确定性在宗教性的世界观、风俗与习惯中被

成功地消解。而在后形而上学的背景下，高度分化的社会中，彼此间共识空间越来越少，有效性和事实性已经相分离，即合理推动的信念和外部制裁之间出现矛盾。哈贝马斯指出，走出困境的出路，必须对交往以规范的调节，运用法律来调节社会冲突，内在于法律的是事实性和有效性张力，法律一方面赋予个人以主观自由，另一方面又通过其强制力确保个人的行为期待能够得以实现，从而能够很好地达到社会整合的目的。

接下来哈贝马斯将重建对现代法治的规范理解——合法的法律视为可能。哲学理论中存在一种规范性意识，即法律的合法性要与团结的道德意识和集体筹划的伦理原则相协调一致，这是一种共和主义观念，哈贝马斯也正是从这里找到了灵感，特别是从汉娜·阿伦特那里吸收他的权力论思想并加以创新，指出人民主权和人权之间的关系是统一的，权利体系正是政治自主的立法过程所必须的在法律建制上的保障，而公民通过公共领域积极地阐发自己的意见，参与立法又有效地澄清了个人权利的界限，有效地保证了个人权利的实现。

法律是由公民的交往权力赋予的，但是公共的运用交往自由又需要国家的强制力保障，国家权力是法律所预设的。近代形式法没有摆脱法律与权力

的对立的设想。哈贝马斯的解决方法是将政府的权力建立在具有立法作用的交往权力基础上，将法与产生合法之法的交往权力联系起来，解决了在自然法中枯竭的合法性的源泉。政治权威不能随便扩大其权力资源，因为受到交往权力的限制。而法律是交往权力借以转换为行政权力的转换器，行政权力必须在法律的框架内运行。这种交往权力要由法治国来实现。哈贝马斯所担心的是，由于现代社会功能分化，在生活世界中要求货币和行政系统作为必要的手段对社会进行调节，但它们常常越权侵入生活世界中，它们以法律形式赋予它们以合法性的力量，掩盖了它们纯粹为己的、自我衍生的事实性的贯彻能力。

哈贝马斯还讨论了事实性和有效性间的外部张力，指出规范的法律民主理论有必要与经验社会科学相联系。“现实主义”的民主理论要转向规范的民主理论，在哈贝马斯看来只有程序主义的民主理论才能与经验的实际相协调；政治权力要以交往权力为基础，同时交往过程要靠开放的公共领域、基于生活世界的市民社会、相应的具有宪法传统的政治文化的支持。

最后哈贝马斯提出了他的从程序主义到程序理性的法律观，试图克服“资产阶级形式法”和“福

利国法律”范式的缺陷。现代法律系统乃至整个西方民主法治制度中存在着的“事实性”与“规范性”之间的张力，说到底根源于日常交往和科学论辩所产生的张力。哈贝马斯认为，解释就是赋予意义，是法律体系的中心功能，因而，有效性成了理解过程的核心。对于事实与有效性的调和，古代是通过神圣权威、近代是通过制度权威来实现的。使法律有效的力量，霍布斯认为是君主主权，卢梭、康德则认为是社会契约。现代性法律的事实与有效性的紧张关系是，立法的法律无法通过合法性获得正当性。事实与规范，由此与正当性问题相关联。现代性危机，体现在法治与民主的政体需要新的正当性论证。

哈贝马斯对于现代性与自由主义的危机作了深入的反思，从交往行动理论的系统与生活世界范式转向事实与规范的司法与民主范式，提出了程序主义的正当性理论，实现了对于自由主义与共和主义的超越。哈贝马斯的理论处于卢曼和罗尔斯之间，是对罗尔斯的规范主义，与帕森斯、卢曼的功能主义的整合。哈贝马斯重视程序，但强调程序的道德内容，他把正当性设想为在某些理想化条件下合理的可接受性，把论证过程视为我们的程序。

哈贝马斯认为法治的正当性来自民主程序，即

在社会决策程序中把话语与决策程序相结合（如投票程序、话语认知程序、立法程序、司法程序等），实现平等对待。法律之为正当与合法在于能够使公民的私人自主和公共自主同时实现。法律的正当性来自自我赋予和拘束力。沟通产生法律，而非决断产生法律。哈贝马斯把民主的模式从精英民主转变为承继了美国激进民主传统的程序民主。法治之正当性的话语民主推崇民主程序的认识功能。道德论辩将用法律手段而被建制化（第559页）。

法治提供了正当性的来源，但法治需要新的论证，即民主程序或者说话语民主。法治的正当性，在于以道德论辩，以制度构建，以程序反思。法律的正当性不是简单的合法性。由此，施密特对自由主义民主法治的批评，即认为近代法治是合法性压迫正当性的观点难以成立。韦伯形式理性的法律观则对于康德的伦理形式主义没有给予足够的重视。哈贝马斯进一步阐发康德共和主义的法理学，认为道德原则通过程序而成为实证法。法律沟通意义之域与公共之域，整合自然法与实在法、事实与价值、经验与超验，从而既是中介，也是制度；既是自由法，也是强制法；既是正义的化身，也是权威的体现。

哈贝马斯的权力循环模式把政治系统划分为中

心与边缘，边缘包括公共领域和市民社会。政治公共领域正式影响政治决策，并可能产生法律。公民的交往权力则可以通过公共领域变成行政权力，后者受前者的制约。政治系统内部分化为中心、内边缘、外边缘。民主观点和公共意志形成是政治系统的核心。三权分立作为政治系统的中心，反映了理性不同的种类，体现了不同的对话。法律与政治是分立但结构耦合的系统。法律与道德是内在耦合的。政治系统的内边缘指自治的机构或团体，如大学、公共保险体系、职业机构和团体、慈善组织、基金会等。政治系统的外边缘指顾客和提供者。顾客是指商业组织、工会和利益集团。他们是经济系统的代表；供应者指政治活动集团，他们在政治讨论的公共领域中发挥着核心作用，并帮助构成市民社会的自愿联合网络。

公共领域是公共事务的交往网络，公共政治领域是公民交往权力的起源，市民社会是自愿联合的网络。市民社会不同于政治与经济系统，市民社会属于生活世界之域。公共领域讨论的参加者，是市民社会的自愿者。市民社会与公共领域建立了系统与生活世界的联系，这种联系使得真正的民主成为可能。行政系统则行使命令的权力。民意从公民社会到公共领域再到政治系统的核心，最后到行政系

统的执行，涉及事实与规范关系的正当性问题，现代社会是以法律作为媒介，沟通人格系统、社会系统与文化系统，以及经济与政治系统，以金钱和权力实现系统整合，以法律实现社会整合。公共自主的公民立法，即民主把全体意志转变为普遍意志。

经济、政治与法律系统需要日常程序与反思程序，以实现对于社会生活的日常治理和反思性整合。日常运作能力，与反思能力同样重要。宪法法院的必要性，不仅在于宪法法院保护人权的职能，而且在于其可以理解为法律系统的反思程序。由此宪法法院不应是例外，不是我们人民的代理，其能扮演的角色至多是导师，而不是摄政者。社会的系统整合主要是通过建立和优化反思程序，而社会整合则通过民主程序的对话与商谈。新的社会组织原则应是民主程序。

【延伸阅读】

[德]哈贝马斯著：《历史唯物主义的重建》，郭官义译，社会科学文献出版社2000年版。

[德]哈贝马斯著：《交往行动理论（第一卷，行动的合理性和社会合理化）》，洪佩郁、蔺

菁译，重庆出版社1994年版。

[德]哈贝马斯著：《交往行动理论（第二卷，论功能主义理性批判）》，洪佩郁、蔺菁译，重庆出版社1994年版。

【精彩片段】

作为一种主体能力的实践理性的概念，是一种现代的特产。把亚里士多德的概念框架转变为主体哲学的前提，有其不利的方面，那就是使实践理性同它扎根于其中的文化的生活形式和政治的生活秩序脱离了联系。但它也有有利之处，那就是从那时起，同实践理性相联系的是单个人的作个人主义理解的幸福和有强烈道德色彩的自主——是人类作为私的主体的自由，这种私的主体也可以承担市民社会成员的角色，承担国家公民和世界公民的角色。在世界公民的角色中，个体同一般意义上的人融为一体——它是一个既是单一性又是普遍性的“我”。这种18世纪的概念群在19世纪又加上一个历史向度。单个主体之交织于它的生活历史之中，就如同国家作为国际法主体之交织于各国历史之中。对此黑格尔用客观精神的概念来加以表达。当然，黑格尔仍然和亚里士多德一样相信，社

会的整体性在于其政治生活和国家组织。现时代的实践哲学仍然从这样一个前提出发，即个人之属于社会，就如同成员之属于集体，或部分之属于整体——尽管这整体应该只是由于其各部分之结合才得以构成的。

但是，从那以后现代社会变得如此复杂，以至于以上这两种意象——以国家为中心的社会和由个人结合所组成的社会——的使用不再是毫无疑问的了。从这种情况出发，马克思主义的社会理论已经引出了放弃规范性国家理论的结论。当然，在民主地自我管理的社会——科层制国家权力和资本主义经济在其中一起销声匿迹——这个概念中，实践理性仍然留下了它的历史哲学痕迹。系统理论把这种历史哲学痕迹也擦净了，放弃了同实践理性的规范内容的任何联系。国家成了诸多功能分化之社会子系统中的—一个。这些子系统之间就如同个人与其社会之间一样处于系统环境之中。从霍布斯的自然主义化的个体的自我确定出发，对实践理性的不断消除过程一直延续到卢曼的自组织系统的自组织活动。看来，无论是实践理性的经验主义萎缩形态，还是为光复这个概念所作的各种努力，都无法恢复这个概念在伦理和政治、理性法和道德理论、历史理论和社会理论方面曾经具有的那种说明力。

……

在古典欧洲的思想传统中，实践理性和社会实践之间存在着一种过于直接的联系。由于这种联系，社会实践这个领域完全是从规范性问题或通过历史哲学折射的隐规范性问题角度来看待的。就好像实践理性为行动中的个体提供方向一样，自然法——直到黑格尔为止——也在规范上标出唯一正确的政治秩序和社会秩序。但是，一种转移到语言媒介、减弱了与道德之间独有联系的理性概念，在理论构造中则占据另一种位置；它可以服务于对现存的能力结构和意识结构进行重构这个描述性目的，并且找到同功能性研究方式和经验主义说明之间的关联之处。

[我所提出的]交往理性之区别于实践理性，首先是因为它不再被归诸单个主体或国家——社会层次上的宏观主体。相反，使交往理性成为可能的，是把诸多互动连成一体、为生活形式赋予结构的语言媒介。这种合理性是铭刻在达成理解这个语言目的之上的，形成了一组既提供可能又施加约束的条件。任何人，只要用自然语言来同他的对话者就世界中某物达成理解，就必须采取一种施为的态度，就必须承诺某些前提。别的不说，他必须从这样的前提出发：参与者应该无保留地追求他们的语

内行动目的，他们的同意是同对于可批判的有效性主张的主体间承认相联系，并表现出准备承担来自共识的那些同以后交往有关的义务。那包含在说话之有效性基础中的东西，也传达给了通过交往行动来再生产的生活形式。交往合理性表现在由诸多先验地提供可能和建造结构的弥漫性条件所构成的一种非中心化背景之中，但它绝不是那种告诉行动者应该做什么的主观能力。

交往理性不像古典形式的实践理性那样是行动规范的源泉，它只是在如下意义上才具有规范性内容：交往行动者必须承担一些虚拟形式的语用学前提。也就是说，他必须预设某些理想化——比方说，赋予表达式以同一的意义，为所说的话语提出超越情境的有效性主张，承认对话者具有对己对人的责任能力，也就是自主性和真诚性。由此，交往行动者被置于具有一种弱的先验力量的“必须”之下，但他并没有因此而面临一种行动规则的规范性“必须”，不管它是否能够从义务论角度还原为道德命令之应然有效性，或从价值论角度还原为一组优选价值，或从经验角度还原为技术性规则的有效作用。一套不可避免的理想化构成了事实性的理解实践的虚拟基础，这种理解实践能够批判性地针对自己的结果，因而能够超越自己。这样，理念和

现实之间的张力就闯入了语言地构成的生活方式的事实性本身之中。交往的日常实践由于其理想化的预设而对自己提出了过高要求，但只有根据这种内在超越性，学习过程才有可能进行。

因此，交往理性使得一种对有效性主张的取向成为可能，但它本身并没有给实践性任务的完成提供有确定内容的导向——它既不提供具体信息，也不直接具有实践意义。它一方面包罗了全部的有效性主张——对于命题之真实、主观上的真诚和规范上的正当的有效性主张，因此而超越了道德——实践问题领域。另一方面，它涉及的仅仅是洞见——仅仅是辩论性的澄清在原则上可以通达的那些可批判性表达，就此而言，它仍然赶不上那旨在形成动机和指导意志的实践理性。作为行动之义务性导向的规范性，并不与以理解为取向的行动的合理性完全重合。规范性和合理性仅仅在对道德洞见进行论证的领域里才是彼此重合的。这些洞见之获得是通过采取假设性态度，只具有弱的合理推动力量，至少它们本身是无法担保从洞见到落实动机之行动之间的转化的。

当我在同重构性社会理论的联系中坚持使用交往理性概念时，上述区别是必须放在心上的。在这种新的语境中，传统的实践理性概念也获得了新

的、某种程度的启发性价值。它的作用不再是直接引出一个关于法和道德的规范理论。相反，它提供的是一种导向作用，引导人们对形成意见和准备决策的诸多商谈——合法行使之民主统治的基础就在于此——所构成的网络进行重构。从这个角度来看，政治意志形成过程、立法过程和司法判决实践的那种法治国交往形式，表现为处于系统迫令压力之下的现代社会的生活世界的总体合理化过程的一部分。当然，这样一种重构，也会提供一种批判性标准，可以用来对立宪国家的复杂现实作出判断。

事实性和有效性之间的这种来回折腾，使得政治理论和法律理论目前处于彼此几乎无话可说的境地。规范主义的思路始终有脱离社会现实的危险，而客观主义的思路则淡忘了所有规范的方面。这两个方面之间的紧张关系，可以被理解为对我们的一种提醒：不要固执于一个学科的眼光，而要持开放的态度，不同的方法论立场（参与者与观察者），不同的理论目标（意义诠释、概念分析和描述、经验说明），不同的角色视域（法官、政治家、立法者、当事人和公民），以及不同的语用研究态度（诠释学的，批判的，分析的，等等），对这些都要持开放态度。以下研究所覆盖的就是这个宽阔领域。

(第1~9页)

【名言佳句】

自17世纪以来不断进行着的关于政治共同体之法律构成的讨论中，还表现出了一种对整个现代性的道德——实践自我理解。这种自我理解不仅存在于一种普遍意义道德意识的种种证据之中，而且存在于民主法治国的自由建制之中。商谈论所要做的的工作，是对这种自我理解作一种重构，使它能维护自己的规范性硬核，既抵制科学主义的还原，也抵制审美主义的同化。

(前言第4页)

与道德不同，法律并不是调节一般意义上的互动关系，它起的作用，是法律共同体——这些共同体在特定历史条件下的社会环境中维持自身——的自我组织之媒介的作用。

(第186页)

将自然人之间的相互承认关系扩展为法权人之间的相互承认的抽象的法律关系，是由一种反思的交往形式提供机制的。这种反思的交往形式，就是

要求每个参与者采纳每个其他人之视角的论辩实践。

(第274页)

(刘长跃)

41 . 梅利曼：《大陆法系》

【推荐版本】

[美] 约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》（第二版），顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版。本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

在20世纪初形成了一门新的法学学科——比较法，世界各国都开始着手研究他国的法律制度。长期以来形成的大陆法系和普通法系的对峙局面也在相互的研究中有了一种互通和交流。西欧大陆法学者在这方面起步较早，相对而言，美国的比较法起步要晚得多，直到二战后尤其20世纪60年代以后美国的比较法研究才逐步走上科学化的道路。这个时期美国涌现出了许多优秀的比较法学者，本书的作者梅利曼就是其中的一位。

约翰·亨利·梅利曼（J. H. Merryman）是美国著名比较法学家，美国斯坦福大学斯韦策荣休讲座教授及艺术系荣休教授。纽约大学法律科学博士（JSD）（1955）及法学硕士（LLM）

(1951)，圣母大学法律博士(1947)。1953年起任教于斯坦福大学法学院，1960年起任教授，1971年起任讲座教授。1980年起兼任斯坦福大学艺术系教授。主要研究领域为比较法学及艺术与法律。他的著作主要有《大陆法系》(英文版原名)、《比较法和社会变革：论法律与发展运动的起源、样式、衰退与复兴》等作品，对比较法研究做出了突出的贡献。

《大陆法系》这本书是在斯坦福大学法学院院长贝利斯·A·曼林的鼓励下，由作者执笔完成的，这本书也倾注了三位著名的比较法学家——佛罗伦萨大学教授莫罗·开普列，牛津大学前任教授F·H·劳松以及汉堡的马克·普兰克大学教授康拉德·委吉特的心血。

作者将该书的阅读对象其定位在业余读者和非法学专业人士，因此，本书的内容较为基础和简要，其中文译本不足200页，但是作者以最精练的语言将大陆法系丰富多彩的内容全方位地展现给了读者。作为一名美国学者，梅利曼在对大陆法系法律制度及法文化的描述中所秉持的公允与诚实态度是难能可贵的。

该书以最凝练的语言给读者介绍了大陆法系的全貌，把“大陆法系和普通法系的比较”的这一陈

旧的主题演绎出了盈盈新意，为我们全面系统了解大陆法系制度提供了丰富的材料，是一本极富价值的比较法入门读物。

【内容精要】

《大陆法系》通过对两大法系进行比较，全面介绍了大陆法系的概况。1969年首次出版，1984年再版。全书除序言之外共分为二十章，第一章是对三大法系的概说，是作者全面介绍大陆法系的背景和铺垫。第二章至第十八章作者从大陆法系的历史渊源、法律渊源、司法制度等各个方面对大陆法系进行了详尽的论述。最后两章作者回顾了大陆法系的历史，并从科学实证的角度出发展望了大陆法系的未来。在1969年版的19章的基础上，1984年版又增编了最后一章大陆法系的未来，并且更新了参考书目。以下分三个部分对本书进行全面的介绍。

（一）大陆法系的历史渊源

作者在概括性地介绍了三大法系之后，就抓住了大陆法系历史渊源这一总的核心进行论述。在作

者看来，大陆法系是由数个有着不同历史起源以及在不同历史阶段发展起来的支法系组成的，这些支法系包括罗马法、教会法、商法。这些支法系是大陆法系的生成基因，共同构建了大陆法系的观念和制度，由此也产生了大陆法系与普通法系的差异。此外，革命及法律解释和法学对大陆法系的发展也有巨大的影响，是其不可或缺的历史渊源之一。作者在本书的第二章、第三章、第七章和第十章中论述了该部分的内容。

罗马法是大陆法系最古老的渊源，一直被认为是大陆法系国家法律制度的基础，这种信念深深根植于欧洲和世界其他接受罗马法传统的地区，作者在该书中论述了罗马法的几度兴衰，讲述了罗马法被各国所普遍接受的历史。教会法尽管是大陆法系发展过程中出现的一段短暂的插曲，最终被世俗法律吸收而结束了自己的历史，但是它对大陆法系家庭法、继承法、刑事以及民事诉讼法都产生了深远的影响。大陆法系的另外一个组成部分是商法，商法是萌芽于古代地中海沿岸的国家，到了十字军东征时的意大利才得到了根本的发展，以后不断发展成为具有国际性的法律。18~19世纪，大陆法系主要国家均编纂了商法典，从而正式确立和巩固了商法的地位。而在现代大陆法系中商法和民法出现

了不断的融合。

革命时代的思想影响和法律解释，作者是专列章节进行论述的。西方资产阶级革命的理性力量，重新确立了关于人、社会、经济和国家的思想方式，大陆法系也发生了重大的历史变革。革命的思想渗透于大陆法系之中，开创了大陆法系的新格局。思想革命产生了新的法律思维方法，这一法律解释的进步对于大陆法系各国司法组织和司法行政以及实体法和程序法的意义非常重大。

特别需要指出，大陆法系国家的大陆法系中法学是法学家的创造物，法官的作用微乎其微。“概念明确、条理清晰、逻辑严密”的大陆法典就是法学在大陆法系发展过程中孕育的结晶。

（二）大陆法系具体的法律制度

通过对大陆法系与普通法系的比较，作者从各个方面对大陆法系进行了全面的介绍。这是全书的核心部分，作者分十四章对大陆法系的法律渊源和分类、法典编纂、司法制度、诉讼程序进行了详尽系统的论述。

首先，作者在研究大陆法系的制度时是以资产阶级后的法国、德国和意大利等国家的资产阶级法制为背景的，并且把大陆法系看成是一个具有丰富

多彩和不断发展变化的过程。德国、法国、意大利这三种法律制度是大陆法系的典型代表，它们的法律制度存在着许多的相通之处，但是由于各国的制度与文化在不断发展的过程中，出现了许多的差异。因此作者提醒读者不要以呆板的眼光看待整个大陆法系制度。同时作者还指出，大陆法系国家的法律制度的丰富性和多样性不仅体现在国家间的差异，同时又体现在同一国家在不同历史时期也有很大的变化。例如《法国民法典》随着时代的变迁无论在形式上还是在实质上做出了必要的改革。

其次，作者在追溯大陆法系国家编纂法典历程之后，联系美国州法典个案以及拉丁美洲的法典编纂活动，指出：“法典形式并不能成为清楚地分辨大陆法系与普通法系的标志”。（第26页）大陆法系固有的独特的法典编纂观念，构成大陆法系国家的一个共同的法律传统。

再次，作者认为大陆法系国家严格地实行政府权力分立，立法权集中于立法机关，不允许司法机关进行干预，法院的判例不具有任何法律效力。法官对法律也没有解释权，只有立法机关才能对法律提供权威性的解释，当这种要求无法适应实践时，一些大陆法系国家一方面不得不承认最高司法机关一定的司法解释权，另一方面还设立非司法性质的

上诉法院来审查司法解释是否违反立法意图。不仅如此，在大陆法系国家中也不承认法官的衡平权，以严格维护法的“确定性”。这与普通法系“遵循先例”的原则形成了鲜明的对比。正是普通法系与大陆法系的这种差别决定了它们的法官与法学家地位有所不同。

最后，作者阐述了大陆法系民法总则方面的有关理论，他认为，就整体而言大陆法系的传统是以民法为中心的，但是随着社会的发展，民法典的中心地位有所动摇，出现了“由民法典到宪法，由私法到公法，由普通法院到宪法法院，由法律实证主义到宪法原则的剧烈转变”（第154页）。正是由于这种传统，大陆法系的和普通法系的诉讼制度也有很大的差异。

（三）回顾过去，展望大陆法系的未来

在本书的第十九章，作者对写作本书的指导思想作了一个简要的回顾，作者着重“叙述了那些对现代大陆法制度的发展具有深刻影响的重大历史事件和思想流派”，并且明确提出了贯彻于本书中的一个十分明确的理念，即“法律是文化的一部分，并且是历史悠久和根深蒂固的一部分”（第151页）。“法律根植于文化之中，它在一定的文化范

围内对特定社会在特定时间和地点所出现的特定需求作出回应。从根本上说，法律是人们认识、阐述和解决某些社会问题的一定的历史方法。”（第155~156页）为此，作者勾勒出了大陆法系的总体形象并对大陆法系的未来做了科学的预见。在作者看来，大陆法系国家的这种彼此关联的向“非法定化”“宪法化”以及“联邦化”方向演进的趋势已成定局。

【延伸阅读】

范忠信、叶峰：《中国法律近代化与大陆法系的影响》，载《河南政法管理干部学院学报》2003年第1期。

马江：《中国民法典的制定应超越严格体系化思维》，载《法哲学与法社会学论丛》第五辑，中国政法大学出版社2002年版。

张志铭：《司法判决的结构和风格——对域外实践的司法研究》，载《法学》1998年第10期。

【精彩片段】

可是，我们普通法系国家的人们却不惯于从前

述角度来评价大陆法系。因此，我们在此不得重申：大陆法系比普通法系的历史更悠久，分布更广泛，影响深远。在此意义上，大陆法系具有更为重要的意义。此外，许多人以为：从文化角度来看，大陆法应当优先于普通法，因为在他们看来，普通法相对粗糙和漫无体系。显然，所谓优越论的观点是失之偏颇的。事实上，两大法系中深邃的比较法学家早已摒弃了关于大陆法系和普通法系孰优孰劣的争论。不少人仍然认为大陆法系较普通法系更胜一筹。这种态度实际上本身就构成了大陆法系传统的一部分（第3页）。

大陆法系法官之所以不为人们所广泛知晓，甚至在法律职业中也是默默无闻，这是他们身份低微的合乎逻辑的但却是不必要的结果。法官的审判意见不为人们所重视，人们也不根据这些意见来研究法官们各自的思维方法、所持的偏见和所具有的癖好。虽有例外的情形，但总的趋势表明，大陆法系高级法院的判决就其性质而言，很大程度上是照本宣科。法院宣告判决时，无需统计法官们赞成或反对的票数。在多数大陆法系国家的审判实践中，无论法官对案件的赞同意见还是反对意见，都不作记载，也不予以公布，甚至不记载反对票数。这是因为，通常总是把法院看成是一个不露面的整体。

于是就出现了这样的情况：两大法系法官的作用虽然在表面上一致，但实际上互异。在近代一些大陆法系国家中，出现一股退回到罗马时代法官制度上去的潮流。这种潮流使得这些国家的法官把传统上法官的地位和作用承继了下来。欧洲革命中那种反对审判权过分集中的思想以及严格分权的理想主义的原则，对于想使法官处于无创造性地位这一潮流起了很大的推波助澜作用。因此，大陆法系国家的法官较之普通法系的法官实际上更为逊色。法官选任和任期制度也反映了大陆法系法官地位的低下。一些大陆法系国家中，刚性宪法的制定和立法合宪的司法审查制度的建立，在一定程度上改变了传统的大陆法系法官的形象。在另一些国家中（如奥地利、意大利、德国和西班牙），还建立了特别的宪法法院。这种特别法院不是普通司法系统的一部分，也不由一般的司法人员所组成，它的建立进一步反映了大陆法系法官无权的地位（大陆法系的普通法官实际上是罗马时代法官和共同法时代市民法官的现代继承者）。这些新建立的特别法院由特别选举产生的法官组成，至少在这种形式上人们遵循了大陆法系的传统，实践中，曾有少数几个纯粹的大陆法系法学家认为，把这种宪法法院称为“法院”以及称这种法院的成员为“法官”是错误的。

理由很简单，因为法官不能立法，而宣布法规违反宪法的权力在形式上带有立法的性质，所以这些成员明显不是法官，这类组织也不是法院。但是，甚至在拉丁美洲的一些国家中，普通法院也拥有司法审查权。而传统的大陆法系法官仍然保持着他们固有的权力。总之，大陆法系的司法工作是一个官僚的职业；法官是职员、公务员；法院的作用狭窄、机械而又缺乏创造性。

(第37~38页)

【名言佳句】

准确地说，法系是关于法的性质，法在社会和政治中的地位，法律制度的实施及其相应的机构，法律的制定、适用、研究、完善和教育的方法等等一整套根深蒂固的并为历史条件所限制的理论。

(第2页)

法系与文化相勾连，而法系又是文化的一部分，法律制度被置于文化的视野而加以考察。

(第2页)

立法机关创制的法固然是法律，通过其他渠道

产生的法（如判例）也是法律。

（第25页）

当然，在任何法律制度中，“确定性”都是追求的目标，但“确定性”在大陆法系国家获得了至高无上的价值，它已成为毋庸置疑的信条，是最为基本的目标。

（第49页）

通过法学建立起来的法律制度的“秩序化”，标志着法律系统化的完成。

（第67页）

法律是文化的一部分，并且是历史悠久和根深蒂固的一部分。

（第151页）

法律根植于文化之中，它在一定的文化范围内对特定社会在特定时间和地点所出现的特定需求作出回应。从根本上说，法律是人们认识、阐述和解决某些社会问题的一定的历史方法。

（第155页）

（解 锟）

42 . 弗里德曼：《法律制度》

【推荐版本】

[美] 劳伦斯·M·弗里德曼著：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社2004年修订版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

劳伦斯·M·弗里德曼（Lawrence M. Friedman, 1930 ~ ），出生于美国芝加哥。1951年获得芝加哥大学法学院J. D学位和律师资格。在法律事务所从事两年实际业务之后，于1957年转入学术界。他先后在圣路易斯大学、威斯康辛大学任教。从1968年至今一直担任斯坦福大学法学院教授，并历任美国法与社会学会、法史学会的主席。他的研究领域十分广泛，包括美国法概论、法与社会变动、美国法史、刑事司法史、法与社会科学、法社会学、宪法、行政法、财产法、契约法、信托法和社会福利法等。

弗里德曼的主要著述有：《美国契约法》（1965年）、《美国法的历史》（1973年美国年

度最优秀法学著作奖Scribes Award)、《法律制度：从社会科学角度观察》(1975年，获美国三年一度的法科图书大奖)、《法与社会导论》(1977年)、《总体的正义》(1985年)、《选择的共和国》(1990年)。他与麦考利(Stewart Macauley)共同编著的《法与行为科学》是战后美国法社会学研究的集大成者，至今仍是这一领域最好的入门指南。

从学术谱系看，作者有以下几个特点：(1)在现实主义法学影响下进行的片段的、经验的研究已有一定积累，需要为法的体系与法的过程描绘一幅综合性的图像，弗里德曼的研究于是应运而起。他从一个基本视角来概括种种法的现象、进而构筑统一的理论体系的意图和手法，在《法律制度》这本书中得到了淋漓尽致的发挥，由此也展示了法社会学概论的一种典型。(2)弗里德曼没有积极参与美国流行的实地调查，也没有采用行为科学的经验研究方法——尽管他对于调查资料和行为观察的实证分析有很好的理解。他的本领是运用历史素材，通过第二手分析(secondary analysis)来发现重大问题。在这里我们可以看到美国法社会史研究的前驱者哈斯特(James Willard Hurst)的影响，正是由于这个缘故，弗里德曼被视为法制史领

域“威斯康辛学派”的当今代表人物之一。(3)作者很重视外国的法学理论，并且大量引用了德文原著，这在自我中心的美国学者中是难能可贵的。他的写作风格很像韦伯(Max Weber)，使法社会学显得与其说是条分缕析的“科学”，毋宁说是森罗万象的“学问”。(4)作者没有明言方法论问题，从他对塞尔兹尼克(Philip Selznick)理论的规范性时有微词的态度可以发现明显的现实主义或实证主义的倾向。

但是，如果把他与布莱克(Donald Black)作一比较就会看到，弗里德曼并没有洗净律师生活给他留下的规范主义痕迹，关于这一点，一位持不同意见的评论家为他勾勒的肖像非常生动有趣：“弗里德曼就像一个精明的律师，兼有卓越的社会洞察力、可靠的常识、出奇的博闻强识，外加一点儿应景的‘理论’”。的确，弗里德曼其文风尚明晓，其学说也平易近人；但不能因而否定他观察敏锐、见解独到的长处。对于易见木不见林的实证主义法律家而言，这种视野辽阔的研究也是很有些借鉴价值的。(“代译序”，第2页)

【内容精要】

作者在序言中说明了本书的目的，即试图从一个观点解答社会科学如何看待法律。社会科学对法律有很多看法，却很分散。这种分散使已知的东西显得比实际还少。总的来说，很少研究直接涉及法律过程，法律社会学的大量作品都是最近产生的。其他学科如行为政治学、法律和心理学、科学、经济学和人类学对法律的制定和适用都可提供见解。而法学研究与其他社会科学研究相对隔离，显然是远远不够的。然而，法律制度内容庞大，有许多方面，没有人能论述一个国家的整个法律，更无法论述许多国家的整个法律，因此，作者以自己最熟悉的美国法律制度为主，同时涉及世界上其他国家和地区的法律。作者在阐述自己观点的同时，吸收了对不同时期许多法律制度的研究。但是他的态度是谨慎的，认为任何试验或研究要严密精确，都必须经过空间和时间的比较。

本书的主题是法律制度。弗里德曼没有为“法律制度”下真实的定义，认为它以规范或规则运行，与国家相连，或有一个至少和国家行为相类似的权力结构。法的过程是通过社会环境对法系统的“输入”系统对输入物的“处理”、作为处理结果的“输出”、输出物对外部的“影响”和“效果”以及在此基础上社会环境对系统的“反馈”等

步骤构成的。法律制度的中心问题是如何把“输入”变为“输出”。其职能有分配正义、解决争端、社会控制、建立规范本身、日常工作或记录等。

实际运作中的法律制度是一个结构、实体和文化相互作用的复杂有机体。弗里德曼围绕“法律行为”这一概念来解释整个法系统运行过程。“法律行为”是任何掌权者在法律制度范围内采取的任何行动，包括三类基本的口头法律行为：决定、命令和规则以及法律裁量、法律授权和核准等。作者基本主张法律行为本身是社会势力的产物。他运用社会学的方法，分析制度性的法行为对于个人的法行动的影响和社会对于形成法行为的影响。法对社会的功能主要是通过制裁、间接控制和内在价值等方式实现；社会对法的作用则主要是基于利害关系的诉求，在利害转化为诉求的过程中，法文化起着媒介作用。

弗里德曼用社会理论解释法律。当社会生活变得很复杂，一般公众不再能只通过非正式压力和内部准则执行准则时，社会势力可能感到需要正式结构，即法律。抽象社会势力并不制造法律，社会势力和利益只有转变成要求后才能成为法律。权力结构和主流信念系统规定哪些利益和希望将成为真正

的要求。法律最终由经济和社会创造，具有阶级性。法律制度忠实地反映了财产、权力和威望上的不平等。即使在西方信奉“法治”的国家，法律制度仍存在着歧视穷人和弱者的现象。

作者分析了法文化的多元主义的各种类型。他认为，以法文化的结构为标准分类，有平面的法文化的多元主义和垂直的法文化的多元主义。前者包括文化联邦主义和结构联邦主义；后者包括殖民地法律制度和等级法律制度。法律多元主义还包括身份集团多元主义和“两国”多元主义。法文化可分为不同的层次。一个层次是普通民众对法的态度和价值观（又可称外在的法文化）。在大多数社会中，法的大众文化是不统一的，而其中最重要的问题是如何在这种难以互相理解和承认的多元情形下确保正统性，即树立尊敬和认可法的体系、过程的态度。相对于外在的法文化，涉及法律家的态度和价值观的内在法文化得到了更多的重视和研究。法的现代化导致了法制的统一和普遍性；文化多元性的缩减既是一个自然发生的历史过程，又是职业法律家的操作程序。但是，法的现代化同时也带来了固有法与移植法、国家秩序与民间秩序、个人权力的扩张与组织权力的扩张等矛盾倾向。作者采取法的社会起源论立场，提示了这样的法律形成的公

式，即不同利益集团的利害关系→亚文化群→权力诉求→法行为。

弗里德曼主要从法律推论的高度来考察内在法文化及其与社会的关系。他认为，欧美各国上诉法院的作用有一个共同的显著特征，那就是公开经过推理论证的书面意见。这些书面意见不仅是解决纠纷的裁决，而且是阐明判例的理由和正当性的根据。法律推论是指对于特定的法行为的理由的正式表述，必须具有权威性。但是，并不是一切法行为都有推理论证的义务，因为法律中的两种正统性即“初生正统性”和“派生正统性”中，前者是无须说明理由的神圣物，后者才是需证明的世俗权威——包括普遍权威和特定权威。特定权威才需运用法律推论。

弗里德曼认为根据法律制度的封闭性和公开性以及法律制度接受创新与否，分出四类理想的法律制度。并且认为这四类制度，符合四种法律论证的理想类型，反映不同社会中法律文化的一些方面。

第一类法律制度有一套封闭的前提，不承认创新原则。保守的有单一圣经的书本宗教接近于理想的类型，特别是不相信新的显灵。他称之为法律神学的推论。

第二类称为法律科学制度。在这一类型中，法

律推论的前提标准是封闭的，然而它接受创新。

第三类包括前提标准公开，但不真正接受新的制度。这是一种常见的类型，可称之为习惯法。传统的或习惯法律制度都属此类。

第四类是接受创新，前提标准是公开的制度，可称之为工具论制度。在这类制度中，有些“法官”可以不受“法律”规则约束而作判决。这些“法官”可以诉诸广泛的社会标准，可以按标准要求改变规则或适用情况。这种制度的论证像马克斯·韦伯所谓“实质理性”，即法官判决的根据是“道德要求、功利主义和其他方便规则和政治格言”。而不是“从逻辑总结抽象意义得出的……准则”。弗里德曼认为现实世界中有两种不同的法律制度接近这种类型。他称这种类型为革命合法性（如在革命初期的卡斯特罗的古巴或1918年的苏俄，新政府有时清除掉旧的法律制度）和福利合法性。

关于法在结构上的变动与社会变迁的关系，弗里德曼以变动的起源和结果为标准进行分类，指出了四种可能出现的方式：一是起源于法律制度外部的变化，即在社会上，但只影响法律制度并像用过了的子弹一样在那里结束。二是起源于法律外部的变化，但通过它（经或未经某种内部加工）到达法

律制度外部的影响点。三是开始于法律制度内部的变化，可能具有的影响也发生在法律制度内部。四是起源于法律制度内部的变化，然后通过法制度，结束时影响在外部，在社会。

一般而言，法的变动反映并取决于社会变迁，但在当代社会中运用法律变革社会的实践也有重要意义。依法变革主要表现为变更或破坏一定的行动方式和行动期待的“否定”，以及为了控制社会活动而设计和实施一定规章制度的“计划”；它们与法律规则中的禁止性规范和授权性规范有着对应关系。而法律规范又可以相对区分为可以无歧义地确定适用对象的“客观性规则”和留有选择余地的“裁量性规则”。对于市场经济，不可缺少明确的客观性规则；不明确的裁量性规则也许更具实质上的公开，但有损效率，也易招致腐败。

在根据法进行社会变迁的场合，法律行为的影响和效果势必成为人们关注的中心问题。所谓法的影响，指群众的遵守、利用、规避法律规则的行动中与法律行为有因果关系的那一部分；在法的影响中，符合法律行为的意图人们行动的变化被称为法的效果。作者认为，在实现法的效果方面制裁的功能是不可否认的，但是由于制裁的发动往往伴随着诸如耻辱烙印之类的非正式制裁，因而要注意防止

过度惩罚的危险。另外，周围小环境的影响和个人的内在价值等文化因素也会左右法的影响和效果。在决定守法程度的内在价值中，正统性的观念非常重要。但是弗里德曼反对卢曼关于通过程序的正统化的观点，特别强调实质的重要性。

从以上的介绍可以看出，作者对于法系统的分析不是面面俱到而是聚焦一点，即围绕法律行为的效果展开论述。这样的特殊视角限制了本书的容量，使法律职业、审判过程、法与非正式的解决纠纷方式等重大主题不是被置于研究的视野之外，就是只得到轻描淡写。由于对法现象的认识集中在守法行为上，结果大部分篇幅都用于法的边缘问题，而法本身“法之为何物”这一核心问题却被视为自明的前提。[\[1\]](#)

【延伸阅读】

[美] 埃尔曼著：《比较法律文化》，贺卫方等译，三联书店1990年版。

【精彩片段】

法律制度

不管人们赋予法律制度什么性质，它总具有每个制度或程序共有的特点。首先，要有输入，从制度一端进来的原料。例如，法院要等某人提出控告，开始起诉，才开始工作。在此以前，某具体行为充当导火线，例如警察逮捕了某人，房东骚扰房客，某人受到邻居诽谤或被快速行驶的车辆伤害，或遭妻子遗弃。可以看得到的，诉讼由几张纸开始，向法院提交的起诉状和答辩状，没有这些，我们的社会无法进行审判。下一步是法院，法院工作人员和当事人开始对输入的材料进行加工。法官和官员行动起来，他们有秩序地加工原料。他们考虑、争辩、下命令、提交文件，进行审理。当事人和律师也各自起作用。然后，法院交付输出：裁决或判决，有时还传下一般规则。法院可作出有利于原告的判决，或作出有利于被告的判决，或达成某种妥协。在任何情况下，结果总是一种输出，即使法院拒绝审理也是如此。而且，输出有时可能被置之不理，影响可大可小。有关影响的信息流回体系，这过程被称为反馈。可以更一般地说反馈就是制度的产品或输出如何反过来影响制度本身。

.....

制度的中心问题是如何把输入变为输出。法律制度的结构像某种巨大的计算机程序，按代码处理

每天输入机器中的几百万个问题。组织、管辖权和程序的规则是代码的一部分。同样重要的是法律的实质性规则。它们是一种输出，但决定着今后输出的形状。

(第13~14页)

法律文化

法律文化一词泛指一些有关的现象。首先，它是指公众对法律制度的了解、态度和举动模式。人们的感觉和行为是否认为法院是公正的？他们什么时候愿意使用法院？他们认为法律的哪些部分是合法的？他们一般对法律有多少了解？这种态度各人不同，但是我们可以谈一个国家或集团的法律文化，如果有能把它与其他国家或集团的文化区分开的模式。一种特别重要的集团法律文化是法律专业人员的法律文化，即律师、法官和其他在法律制度的神奇圈子里的工作者的价值观念、思想意识和原则。

(第226~227页)

法律多元主义是在单一政治共同体中存在不同的法律制度或文化。多元主义有各种形式。它可以是平面式的，即各亚文化群或次要制度具有同等地

位或合法性；可以是垂直式的，即按等级安排，有“较高”和“较低”级法律制度或文化。多元主义可以是文化的、政治的或社会经济的。

.....

身份集团多元主义

许多法律制度，特别是现代以前的制度中、适用于个人的法律取决于他的身份或他的社会等级。在英国，居住在大庄园中的农民和工人由庄园法统治。骑士和贵族使用皇家法庭和普通法。商人有其自己的规则和法庭。在很大程度上，身份集团多元主义是垂直的，但是在一定阶层中也有横向方面。

身份集团多元主义的痕迹仍然残留在如给“商人”的特别规则和欧洲大陆的特别商法典中。然而，一般说来，现代法律的趋向是消除身份集团多元主义。“特别法”很多，但是，正如马克斯·韦伯指出的，这些身份是“正式、普遍地向任何人开放”的。就是说，任何人，至少在形式上，可以决定成为商人。现代国家的法律对药剂师的权利和义务作了几十条规定，但是，“药剂师”不是固定的或遗传的身份，它只是一种职业和角色。所以，现代法律并不十分注重出身或其他身份标准，它只是

官吏专门角色。

“两国”多元主义

这种类型恐怕在每个现代法律制度中都在某种程度上偷偷存在。官方法律或多或少对富有者作出反应并统治他们，穷人站在这法律之外，好坏都沾不上。正式法律并没有区分穷人和富人。穷人的法律是非正式的、非官方的、不利的。在有些法律领域，富人和穷人的正式权利可能不同。雅克布斯坦·布罗克把加利福尼亚的家庭法形容为“双重制度”，富人有一套规则，穷人有苛刻的贫民法典，但是某种形式的多元主义在任何复杂的制度中似乎是不可避免的。当官方存在的法律和实际存在的法律有重大不同时，法律制度就是多元的。这是全国法律制度的普遍情况。

结构上和文化上的多元主义，虽然不同，一般相互作用。马丁·莱文研究了明尼阿波利斯和匹茨堡两城市中法官判刑情况的材料。他还采访了法官。莱文发现行动和态度有所不同。例如，匹茨堡法官比明尼阿波利斯法官判刑较轻。明尼阿波利斯法官“更重视社会及其要求保护的需，更重视其同行的目标，而绝不是更重视被告”。他们作判

决“拘泥于形式”。另一方面，匹兹堡的法官“重视被告而不只着重惩罚或制止犯罪”。

这些是态度，是文化的一个方面，与采取这种态度的法官的行动有密切关系。但是莱文并没有把他的研究作为对态度的研究。他感兴趣的是结构。匹兹堡的法官来自积极的政党工作人员。他们在党派竞争厉害的选举中竞选其职务。明尼阿波利斯的法官竞选时没有党派之争。明尼阿波利斯的当地律师协会在选择法官时起决定作用，政党并没有决定作用。匹兹堡的情况正好相反。莱文的研究确实认为结构和法律行动之间有系统关系。没有人“有意”要在上述两城市中产生不同结果。法官们的文化是个介入的变数。但是结构性决定导致吸收具有本质上不同法律文化的法官。

(第229~233页)

【名言佳句】

给予法律制度生命和真实性的是外面的社会世界。法律制度不是隔绝的、孤立的，它完全依靠外界的输入。没有诉讼当事人就没有法院；没有争论及抓住不放的意志，就没有诉讼当事人。

(第17页)

只是有势力和利益并不会创造法律，创造法律的是表达要求的势力和利益。一个集团可以有力量但不想使用它，它可以放弃追求别人认为的它“真正”的利益。权力和（客观）利益，就法律而言，是不相干的，除非并且要等它们转变成要求后。

（第174页）

法令不是没有意义，但从社会上说，与其说它是创新，不如说是批准。

（第319页）

无论如何，规则来自社会背景，随着社会的变化而变化。规则像潮水一样随着这些力量而起落，服从人们看不到的力量的牵引。

（第361页）

（任传宇）

注 释

[1] 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第331页。

43 . 德沃金：《法律帝国》

【推荐版本】

[美] 德沃金著：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，本篇所引均为
此版本。

【背景介绍】

罗纳德·德沃金 (Ronald Myles Dworkin, 1931 ~) 是美国近三十年来最有影响的法理学家之一。德沃金被认为是与美国著名法哲学家富勒、罗尔斯齐名的法学家，他的新自然法学（也称“自由主义法学”、“权利论法学”）是当代西方法理学界最重要的学说之一，对西方法理学的发展产生了重大影响。

他出生于美国马萨诸塞州，在牛津大学开始学习法学，从此发现自己的真正兴趣所在，随后进入哈佛大学法学院，并在耶鲁大学获得硕士学位。1957 ~ 1958年，任美国最高法院法官汉德 (Learned Hand) 的办事员，1959 ~ 1961年从事律师业务。1962年成为耶鲁大学教授，1969年

他应邀担任英国牛津大学法理学首席教授，直到1998年。1975年开始同时担任纽约大学法学的教授至今，他还不定期地担任过哈佛大学、康奈尔大学、普林斯顿大学教授，1984年以来还是伦敦大学的客座教授。2002年5月中旬应邀来我国清华大学、复旦大学和浙江大学作过讲演。

德沃金的成名是从他对法律实证主义理论的批判开始的。1977年出版的《认真对待权利》

（Taking Rights seriously）是德沃金的成名之作，在此书中关于个人权利的法律与道德理论关系的论述，使他成为该领域最为著名的学者之一。在那里，他批判实证主义法学和功利主义法学，特别是英国哈特的新分析法。其后，1986年出版的《法律帝国》继续阐释了他关于权利和原则的思想，是一本具有代表性的著作，从理论上提供了自由注意原则的观点。1988年出版的《自由的法》与前两部著作，在精神上是一致的，是进一步的发展。此三本书构成一个完整的体系，即自由主义的理论。

在《法律帝国》一书中，德沃金不仅继续发展了在《认真对待权利》一书中有关权利和原则的思想，还进一步提出了有关于法律解释和司法审理的理论。由于在美国，法律主要是经过法院尤其是法

官的解释之后才得以实施的。因此，德沃金强调法律的解释，实际上是强调了法院和法官在法律运行中的地位和作用。德沃金认为，整体性是指一种“政治道德原则”，一种“明显的政治理想”，他有时要求与其他理想“妥协”，也就是说，人们对正义和公平有不同认识时，国家也能根据一定原则来活动。同时整体性这种政治理想也适合并说明了美国的宪政结构和实践。再有，整体性作为政治的核心，也就意味着“政治上的合法性”。[\[1\]](#)因此，他所主张的“整体性”观点，美国的司法界（尤其是法官）是非常欢迎的。这一理论在很大程度上迎合了美国司法界对权力扩张的要求。[\[2\]](#)他的思想和学说在当今西方法学界乃至政治、哲学领域都引起了极大的反响。

【内容精要】

德沃金对本书的叙述是围绕着法律是什么而展开的。德沃金从提出“法律是什么”的命题开始，逐步论述而得出法律是一种阐释性的概念。接着，从对于如何阐释法律的方法出发，德沃金在回顾法理学后对三种法律的见解即因袭主义、实用主义和法律的整体性进行比较以后，认为作为整体性的法

律理论是对法律的最佳阐释，“整体性”一词构成了本书的核心内容。那么，德沃金如何来解释“整体性的法律”这一概念呢？

首先，德沃金认为整体性是一种不同于公平和正义的第三种独立的政治美德和理想。他有时要求与其他理想“妥协”，因为各种理想之间的矛盾在政治中是常见的，即使我们否认整体性，并使政治活动仅仅依靠公平、正义和正当的诉讼程序，我们会发现公平与正义这两种美德有时也会相互对抗，我们经常必须在两种美德之中取其一，以决定哪些政治纲领要予以支持。如果我们承认整体性，也就是把整体性作为一个独立的美德，那在公平和正义发生冲突时，社会就可以变成一个原则性的社会。这个社会的公民不仅仅以共同原则为目标，且他们的目标是政治所能发现的最好的共同原则。

其次，德沃金认为整体性是一个有关原则的问题。他把对法律的整体性理解为两个原则：第一是立法中的整体性原则，这一原则要求立法机关在制定一项法律时必须保持该项法律与其他法律的一致性；第二是审判中的整体性原则，这一原则要求那些负责确定法律内容的人在理解和实施法律时保持一致性。他认为立法的整体性原则要求我们做到：法律规定前后的一致性；正确地表达正义和公平的

首尾一致性；立法的整体性原则解释了合法性来源问题。对于立法的整体性原则，限制立法者在扩大或改变公共标准方面可能恰当地做什么。而认为审判的整体性原则要求法官把公共标准的现有体系视为表达和尊重一套合乎逻辑的原则来对待；要求法官力图在关于公民权利和义务的某种前后一致的原则中，找到对其社会的政治结构和法律学说的合理的建设性阐释，以此去判断疑难案件。但是，整体性并不要求一个社会的法律在所有历史阶段原则上都一致；它所坚持的跨越这个社会现在实施的法律标准范围，在原则上有一种横向的而不是纵向的一致性。

再次，德沃金有关法律阐释方法的理论性探讨，其目的还是为了应用于司法实践，使之符合司法实践的需要。因此他还将整体性法律的理论运用到分析具体的法规、案件中去。在第八章“普通法”、第九章“法规”和第十章“宪法”中，假设了一位具有超人智能和耐心的、而且承认整体性法律的法官，由他运用整体性法律的理论来阐释书中所举的埃尔莫案等案件中所涉及的先例、法规和宪法规定，并判决这些案件，用案例从另一个角度辅证了整体性法律的理论。

最后，德沃金在结尾中总结了法律的整体性的

理论。对于法律是什么，他认为法律是一种谈及政治的阐释性的、自我反思的态度，它是一种表示异议的态度；法律的观念是建设性的：它以阐释的精神，旨在使原则高于实践，以指明通往更美好的未来的最佳道路，对过去则持正确的忠实态度；它是一种友好的态度，我们尽管对计划、利益和信念各持己见，但对法律的态度却表达了我们在社会中是联合在一起的。总之，这就是法律对我们来说是什么：为了我们想要做的人和我们旨在享有的社会。

德沃金关于“整体性法律”的观点不仅成功地将哲学界的阐释学理论运用于法理学研究，深刻地揭示了法律本身浓厚的人文性质和政治道德性质，而且有着极大的实际意义。

【延伸阅读】

[美]德沃金著：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版。

[美]德沃金著：《自由的法——对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社2001年版。

【精彩片段】

法律的整体性

开阔的见解

作为整体的法律认为法律陈述既非因袭主义回顾过去事实的报告，又非法律实用主义展望未来的工具式纲要。它坚持认为，法律的要求是阐释性的判断，因此将回顾与展望的因素合在一起。它们所阐释的是被视为正在逐渐展开的政治叙述的法律实践。因此，作为整体的法律认为纠缠于法官究竟是发现法律或是创造法律这个由来已久的问题于事无补，它认为只有弄清法官发现并创造法律与法官既未发现也未创造法律之含义，才能理解法律的推理。

整体性与阐释

整体性的判决原则启示法官在证明权利和义务的理由时，尽可能以下述假定为依据：这些权利和义务都由一个创造者，即人格化的社会所创造，对正义与公平的构成作出前后一致的表达。我们将重新论述这个启示，视之为关于法律依据的论点，由此形成了我们关于法律的第三种见解，即权利和义

务来自于过去的政治决定。按照作为整体的法律的观点，如果法律的命题包括或遵循正义、公平或诉讼正当程序的原则而对社会的法律实践提供最具建设性的阐释，那么，这些法律命题是正确的……

因此，作为整体的法律在阐释方面比因袭主义或实用主义要不留情。后两种理论自视为阐释。它们是关于法律的意见，主张在其所允许的范围内充分地显示法律实践。它们在其阐释结论中为审判介绍了一些独特的方式或程序。但是它们所介绍的程序本身并不是阐释性的，因为它们并不要求判决疑难案件的法官对法律学说进行必要的阐释性研究。因袭主义要求法官们研究法律判例和议会记录，以发现习惯上认为具有立法权的机构作出了哪些决定。在此过程中，无疑会产生阐释性问题：例如，也许有必要阐释文本，以决定法律惯例由此产生何种法规。然而，一旦一位法官承认因袭主义为其行动指南时，他就不会有机会在判决具体案件中对整个法律记录作出阐释。实用主义要求法官们从工具主义的角度出发，为将来构想出最佳的规则。这种行动也许要对法律以外的材料予以阐释：例如，功利主义的实用主义者也许要为理解社会福利观念的最佳方式而操心。然而接受实用主义的一位法官那时也须以阐释整个法律实践来行事。

作为整体的法律则不同：它既是法律实践的产物，又是对法律实践进行全面阐释的激励。它向裁决疑难案件的法官们提出的程序是基本的阐释而非偶然的阐释：作为整体的法律要求法官对它本身已有完美阐释的同一材料继续予以阐释。它在开始时所作阐释的部分内容继续提供更详尽的阐释……

整体性与历史

历史对作为整体的法律是重要的，但只在某些方面十分重要。整体性并不要求一个社会的法律在所有历史阶段原则上都一致；它并不要求法官们设法把他们执行的法律理解为原则上是前一个世纪甚或前一代人所废弃的法律的延续。它所坚持的跨越这个社会现在实施的法律标准范围，在原则上有一种横向的而不是纵向的一致性。它坚持认为，法律——起源于过去的集体决定并为此而同意或要求强制性的权利和义务——不仅包括在狭义上这些判决有十分明确的内容，而且广义地说，还包括证明它们为合理所必须具备的原则体系。历史之所以重要，在于那种原则体系必须为过去这些判决的地位和内容提供正当理由。只要《保护濒危物种法案》作为一项法律还未被废除，我们将其视做法律的理由就包含着下述重要事实：该法由国会通过，将这一事实视为至关重要的任何理由本身必须视之为与

我们对过去政治生活中的其他事件所采取的方式相符合。

(第201~203页)

结语：什么是法律

什么是法律？现在我又提出一种不同的答案。法律既不可能由任何原则或规则体系阐述得淋漓尽致，每种这样的体系都有自己控制的具体行为的领域。任何官员与其权力也不可支配我们的生活。法律的帝国并非由疆界、权力或程序界定，而是由态度界定。我们主要在上诉法院中研究过那种态度，这种态度在那里接受检验，然而如果它即使在法院也能很好地为我们服务，那么它在我们的日常生活中也肯定会行得通。从最广泛的意义来说，它是一种谈及政治的阐释性的、自我反思的态度，它是一种表示异议的态度，使每个公民都应该想象什么是他的社会对原则的公共承诺，而在新的情况下这些承诺要求的又是什么。法律的异议性质和私人决定的创造性作用由司法判决的回顾性判断的性质所确认，而且也得到调节性的假设所确认。这种假设认为，虽然法官必定拥有最后决定权，然而法官的最后判决却不因此而是最佳的决定。法律的观念是建

设性的：它以阐释的精神，旨在使原则高于实践，以指明通往更美好的未来的最佳道路，对过去则持正确的忠实态度。最后，它是一种友好的态度，我们尽管对计划、利益和信念各持己见，但对法律的态度却表达了我们在社会中是联合在一起的。总之，这就是法律对我们来说是什么：为了我们想要做的人和我们旨在享有的社会。

(第366~367页)

【名言佳句】

一个承认整体性的法官将认为整体性所阐明的法律规定了诉讼当事人对他面前的判决所具有的真正权利。他们在原则上有权根据其行使时的法律标准所要求或准许的是什么的最佳看法去判断他们的行为和事务，而且整体性要求这些法律标准被视为前后一致。

(第195页)

整体性是一个有关原则的问题，而且并不要求政策有任何简单形式的一致性。整体性的立法原则要求立法机构尽力保护每一个人，把它视为他们的道德权利和政治权利，这样共同标准就表示出正义

和公平的一个连贯体系。

(第198页)

作为整体的法律要求法官尽可能假设法律是由一整套前后一致的、与正义和公平有关的原则和诉讼的正当程序所构成。它要求法官在面临新的案件时实施这些原则，以便根据同样的标准使人人处于公平和正义的地位。这种审判方式尊重整体性所假定的愿望，即成为一个原则社会的愿望。

(第217页)

法院是法律帝国的首都，法官是帝国的王侯，但却不是它的先知或语言家。

(第361页)

法律是一种阐释性的概念。法官们应以阐释其他法官判断什么是法律的实践，确定什么是法律。对我们来说，法律的一般理论就是对我们自己司法实践的一般阐释。

(第364页)

法律的帝国，并非由疆界、权力或程序界定，而是由态度界定。

(第367页)

注 释

[\[1\]](#) 沈宗灵著：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992版，第139页。

[\[2\]](#) 陈金钊：《德沃金法官的法律解释——评〈法律帝国〉一书中关于法律的认识》，载自《南京大学法律评论》1997年第1期。

44 . 大木雅夫：《比较法》

【推荐版本】

[日]大木雅夫著：《比较法》，范愉译，法律出版社2001年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

大木雅夫于1931年生于日本福岛县，1953年东京大学法学部毕业，曾留学德国，师从茨威格特教授。现为上智大学法学院教授。1999年4月任圣学院大学研究生院教授，日本学术会议第二部长。他的主要著作除了本书外，还有：《日本人的法观念——与西洋人的比较》（1983年）、《资本主义法与社会主义法》（1992年）、《异文化的法律家》（1992年）；主要译著有：茨威格特（Konrad Zweigert）、克茨（Hein Kotz）著《比较法概论（原论上下）》（1974年）、汉斯·舒洛萨（Hans Schlosser）著《近世私法史要论》（1993年）。

无论是在网上，还是在其著作的作者介绍中，关于大木雅夫教授的介绍都十分简单，从这些千篇

一律的文字中很难体验到这位著名的比较法学者的的心声和创作过程。在结合《比较法》序言中的文字后，我们可以总结发现，大木雅夫教授创作《比较法》的创作动机和灵感有以下两个部分：

首先使大木教授在长期的授课中感到需要一本教科书，正如书中序言所说的：“我在30年的教学生涯中，始终没有教科书”，“我深知，授课是一种教授肚子演讲的教学形式，而从肚子演讲到独善其身之间的距离只有一步之遥。”于是，他产生了编写教科书的愿望。二是翻译优秀的比较法著作过程给予了大木雅夫教授灵感的启发。最初带给大木雅夫比较法知识的是达维德《比较民法原论》和《当代主要法律体系》这两本著作。正如大木雅夫在序言中提到的，它们使他“受益匪浅”，以至于“铭记在心”，所以锐意翻译这些著作。

此外，我们还不得不提到另外一本比较法学的名著——《比较法总论》。比较法著作中，德国两位著名的比较法学者——茨威格特教授和克茨教授合著的《比较法总论》是一部当之无愧的扛鼎之作。自此书问世以来，从东方到西方，各国比较法学者无不推崇本书是部极其优秀的作品，称之为“比较法研究的模式”，甚至誉之为“在英文世界没有一部同类著作能达到这一水平。”而大木雅

夫正是这一重要著作的日文译者。他在德国学习比较法期间，师从茨威格特，从这位法学巨人的讲课中汲取了丰富的比较法知识。

可以说，翻译著作给了大木雅夫灵感和知识的积累，《比较法》的问世及其重大影响，翻译诸学者比较法著作这个过程功不可没。这一点体现在《比较法》中随处可见的引用达维德、茨威格特等人的观点。正如他在中文版序言中提到的：“这部《比较法》从欧美比较法学家之处获益匪浅”，“本书就是基于欧美比较法学家们的教诲写成的”。正是这样孜孜不倦的研究，使大木雅夫逐渐形成了自己独特的学说体系。

在该书中，大木雅夫指出，茨威格特期待的是“法律制度的比较”，即通过微观比较建立“比较普遍法学”，而仅仅把法圈论作为实现这一目标的框架，置于辅助性的位置。针对这一点，大木雅夫提出了自己的观点和见解，他不仅在本书中讲述了法系的发展历史、继受与传播，而且还分析了各种法典的编纂及其历史情况，以及法律家的作用，读者从中获得的，不仅有知识，更有精辟的见解。

大木雅夫的许多研究成果都曾经产生重要的影响，并已为我国法学界所熟悉，他本人也十分关注中国法学界的发展。在当今中国法律愈加走向开放

时代，比较法的视野、比较法的知识，也愈加彰显其重要性。介绍大木雅夫的《比较法》这样一部亚洲国家比较法学者的权威之作，对于中国的比较法学界意义颇为深远。大木教授曾经于1992年上半年亲临华东政法学院讲授比较法的课程。[\[1\]](#)

【内容精要】

本书共有七章。在序论中，大木雅夫专门论述了法律人的保守特征。他分析了这种保守性格的起因，诸如法律人的任务是恪守和适用法律或先例而不是批判现行法律，法律人在许多国家皆出身中上层阶级因而必然倾向于维护既存体制，更重要的是，法律人思维方式的决定性特征是依据先例而思考。“归根到底，法学或法学教育是以尊重既存法律秩序的精神为核心的。”（第8页）以此阐述了比较法反对论与比较法的再生历程。

在第二至四章中，大木雅夫简单介绍了比较法思想的历史发展，比较法的本质以及比较法的方法等基本知识，旨在使读者对比较法这门学科有初步的印象和理解。在这些章中，尤其值得注意的是大木雅夫教授为“比较法”所下的定义。“比较法是这样一种法学部门或方法：在最一般的意义上，它

在各种法律秩序的精神与样式的联系上（in Bezug setzen），揭示各法律秩序的形态学上的特征以及它们相互间在类型上的亲缘性；作为其特殊性，比较法主要研究各种法律秩序中可比较的各种法律制度和解决问题的方法，以认识和完善法制为课题。”（第67页）比较法这一概念一向是众说纷纭的，很多学者都尝试着给“比较法”下定义，大木雅夫教授在总结前人的基础上，很谨慎地提出了自己脑中比较法学的概念，具有相当的概括性与准确性。

接下来的三章——法圈论、法典论、法律家论占据了本书的大部分篇幅，是大木雅夫要阐述的重点。

一、法圈论

关于法圈（Rechtskreis）的分类，已有不少法学家对此进行了划分。茨威格特的法圈论，是以各个法律秩序以及这些法律秩序所构成的整个群体具有的特定样式，即以法律样式为出发点的五要素说。这一具有重要影响力的观点遭到了康斯坦丁内斯库的尖锐批判，他认为法圈的分类不应只限于私法领域，还应该包括公法，甚至遍布于整个法律体系。在康斯坦丁内斯库这里，历史的发展本身并不

是法圈的构成要素，而只是形成一个法圈的样式或其特殊性结构的各种现象的原因，他因此提出了九个构成要素说。

作者认为茨威格特的分类方式确有不够全面之嫌，应该在必要的前提下以尽可能多的尺度从各种角度加以观照。但构成要素也并非越多越好。因此，在本章的最后一节，大木雅夫教授仍是参照了茨威格特的观点，以五要素说为标准，提出了以下的法圈分类的试行提案：

1．西方法圈：罗马法系、德意志法系、北欧法系以及继受西方法的日本法；

2．普通法圈：英国法系、美国法；

3．脱离社会主义的发展中国家法圈：苏维埃法、东欧各国法（亚洲共产主义法系）；

4．宗教性或哲学性的混合法：伊斯兰法、印度法、远东各国法。（第151页）

二、法典论

作者认为，法律秩序的特征并不在于其是否法典化，许多普通法系国家也有相当数量的法典。以美国为例，仅加利福尼亚州的法典，就令很多大陆法系国家难以望其项背。所以，大木雅夫在此比较的是“自然法典编纂”而非“改革法典”，走的是

一条从法典到法源比较的途径。

这一章，大木雅夫首先比较了《德国民法典》与《法国民法典》产生的历史背景，它们的编纂过程，它们各自的精神与本质。在这些文字里，不仅仅是法典的比较，更是一种法律背景与法律思想的比较。其次，对苏联的民法典进行分析，评述了《苏俄民法典》的精神和基本特征。最后探讨了英美的法典及其发展动因。

三、法律家论——法律秩序的创造者

作者赞同韦伯的法律专家论观点，认为“迄今为止，确实有把法与法律家截然分离、只关注法律而忽视法律家的倾向”，他提出比较法学为了明确揭示法律秩序的样式，就应看到，在各种法律秩序内部活动最具有影响力的某种职业的法律家。（第264页）正是出于这样的动机，大木雅夫在这最后一个章节里专章描述了法律家们为法典所作出的贡献。

综上所述，对世界主要法律体系进行比较和评价，在许多人看来确实是一个难以把握的宏大理论命题。但是，大木雅夫在《比较法》中，却在宏大叙事的同时，进行了资料详尽、刻画细致且极富文学色彩的微观叙事，披露了许多制度背后的具体历

史细节，使一个宏大的论证有血有肉，有张有弛。也使阅读本书成为了一种难得的享受。

对于中国读者来说，美中不足的或许正如作者本人在“前言”中所说的，由于篇幅所限未能将包括中国法在内的非西方世界的法律体系纳入研究范围，以及对苏联和东欧所发生的社会剧变对社会主义法系产生的影响未及展开论述。然而，这一点遗憾并未影响到本书的价值和阅读这本书带来的收获。

【延伸阅读】

[德]茨威格特、克茨著：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版。

[法]勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版。

[日]大木雅夫著：《东西方的法观念比较》，华夏、战宪斌译，北京大学出版社2004年版。

【精彩片段】

法典比较的意义

虽然，人们通常以主要的法律部门是否法典化作为法律秩序的特征，把大陆法各国称为法典法国家，但这种作法却未必恰当。对各种法律部门的重要法律规范作某种程度上的分类整理，集结为一部而公布的法典，综观古今东西，决非罕见。从《汉谟拉比法典》、《摩奴法典》、《十二铜表法》、《民法大全》（Corpus Iuris Civilis），到隋唐的律令，以及继受隋唐法的我国的律令，等等，皆为此种法典。随着法的体系化逐步实现，现在，在欧洲大陆说到法典，是指各国仿效各种拿破仑法典（Codes Napoléoniens），即民法典（Code Civil；Code Napoléon）、商法典、刑法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典，而编纂的所谓五大法典（Cinq Codes；Cinq Codices。我国在此之上增加了宪法，称之为六法）。而除此之外的法律部门，比如像法国的行政法那样，通常并无任何法典，对此如果称之为法典法主义，与以判例法为基调的普通民法典相对比，则是不正确的。任何国家都不可能做到将其整个法律体系全部法典化。

而且，欧洲大陆所实行的法典主义，也不过是始于19世纪而已；在此之前，则施行与英国一样的

法官造法 (judge-made-law) 。然而，在英国甚至没有宪法典，说到宪法，意味着以保证公民的基本自由、制约公权力的恣意为目的的立法，或者从基于此目的而确立的判例中产生的规范的总和。至于其他五大法典均付诸阙如。

但是，我们立即可以意识到，在属于普通法法圈的各国，时至今日，都拥有数量极多的法典。例如美国的加利福尼亚州等拥有同大陆法圈国家不相上下的、甚至较之更多的法典，而其他各州也或多或少的紧随其后。尤其是，《统一商法典》

(Uniform Commercial Code) 制定后，各州大体都予以采用。

与此相反，属于大陆法的国家亦存在不编纂法典的情况。例如，匈牙利和希腊虽然长期以来属于大陆法圈，但直到第二次世界大战后，才分别编纂了民法典。因此仅以法典的形式和数量，难以作为区别各法圈的标志。这样，如果单纯说大陆法是法典法，并无任何意义。不仅如此，在大陆与英美之间，所谓“法典”或“法典编纂”的含义，从根本上截然不同。所以，重要的是，应该观察和比较各种法典在其所在的法律秩序和法圈中所具有的实际意义。为此，有必要对导致法典编纂的历史状况、动机、编纂过程、法典的精神及特征以及法典在其

他法源中所持有的价值等，有关法典的一般看法等问题进行比较研究。

然而在此必须首先说明本书为何不采用法源论，却欲试采用法典论的理由。这里所探讨的是18世纪末叶以来所谓“自然法法典编纂”（*Naturrechtliche Kodifikationen*）之后产生的各种法典。这种“自然法法典”不同于在此之前的那些将既存的法加以集成、并试图对其进行改革的所谓“改革法典”（*Reformationen*），而是指具有新社会的设计图之意义的法典。这种法典的基础是自然法，并且是有计划地从体系性观点出发合理地编纂而成的。自然法学就是从当时对法典编纂的强烈激情中孕育诞生的。

（第152～154页）

《德国民法典》的情况实际上也大同小异。以《法国民法典》为先导，《德国民法典》与《瑞士民法典》共同反映了19世纪的法学状况。而且，或许也是在这个意义上，人们说它们虽然是19世纪之子，却并非20世纪之母。

这样的法典编纂诚然是以自然法学为先导，但因其素材均分别取自于各国的实定法，所以并未与传统断然决裂。归根到底正因为如此，所以说，法典往往典型地、集中地、具体地体现了该法律秩序

的样式。

因此，法典比较就成为比较法学的重要组成部分。实际上，当比较法从比较立法开始确立之日，正是欧洲各国受到法典化浪潮洗礼之时。

然而，还有一个必须注意的问题：是否会因为我们大陆法系国家特别看重法典的价值，因而过高估计法典比较的意义呢？在英美法那种以判例发展而成的国家中，理所当然最重视判例。所以，在英美法典法根本上不仅并不是优于判例法的法律形态，也并非是唯一应然的形式。鉴于这种考虑，或许全面地试行法源比较可能会更加适宜。然而，以往的法源比较似有主要是对形式的法源作形式化比较之嫌。如果把在法典法国家判例亦受到重视、而判例法国家正逐步走向法典化进展这种动态加以综合考虑，那么无论是从法典还是判例出发都未尝不可。何况，对法典习以为常的人如果从法典出发，较之茫然对法源进行一般比较，可能更易于取得富有成效的结果。而且，在论及普通法法圈的法典时，最好特别注意法典与判例法的关联。

因此，我决定选择从法典比较到法源比较的途径。本书将主要探讨现代法典之先河的《法国民法典》和作为其对立物而完成的《德国民法典》，以及判例法国家英美和作为社会主义法之母的苏联的

法典，并力图从历史的观点出发，分别揭示每一种法典的本质特征。（第155～156页）

法律家论——法律秩序的创造者

以往，各种把法的发展归结为民族精神或传统的自发产物的思想方法，虽然变换采取了民族性理论或民族性格学等形式，却经常被一些学者反复提起。然而，马克斯·韦伯却认为，这种主张“没有科学性”（wissenschaftlich nichts），相比之下，利害关系者之间相互作用或法律专家的工作更值得关注。对韦伯而言，与其把问题集中于抽象的民族精神，毋宁落实在具体的人的行为上。他证实，形形色色的法律专家，即罗马的法律解答者（juris consult, Rechtskonsulenten）、犹太的拉比（Rabbi）、伊斯兰的穆夫提（Mufutî）、印度的僧侣、英国的法官和欧洲大陆的法学家等，分别在各自所属的法中创造了法的基本特性。

韦伯的法律专家论，是一种可以以法律样式论为基础的比较法学拾阙补遗的理论。茨威格特曾经根据法律样式尝试对各种法律秩序进行分类，他列举了五个样式构成要素，即（1）法律秩序的历史上的来源与发展；（2）在法律秩序中占统治地位

的特殊的法学思想方法；（3）特别具有特征的法律制度；（4）法源的种类及其解释；以及（5）意识形态的各种因素。

然而这五个要素都是客观性要素，而遗漏了作为法律秩序担当者的法律家这一主观性要素。在这方面，韦伯的法律家论正好可以起到拾阙补遗之作用。实际上，韦伯的观点再现了根据法的主体进行法的分类的尝试，即将法区分为民众法（Volksrecht）、法律家法（Juristenrecht）和“教授法”（Professorenrecht）等分类；例如科沙克（Paul Koschaker）所说的教授法，卡尔·施密特（Carl Schmitt）“对维护科学法的阶层”（das wissenschaftliche Rechtswahrertum）的关注等，都是有卓有见识的着眼点。

（第263～264页）

【名言佳句】

本来，法典编纂这种观念本身也可以从古代追溯其起源，但自然法法典编纂归根结底是在试图使抽象的自然法与一国的国土和人民的具体情况相适应、对其加以具体化的意图指导下进行的；法律的

民族化决不等于要导致法律的孤立化。

(第11页)

法律秩序具有连续性，具有与某种文明及其思想方式紧密相联系的各种不变的要素。

(第64页)

从“比较立法”到“比较法”的变化，发源于这样的认识，即：比较的对象并不限于“立法者大笔一挥”就能改变的制定法。

(第64页)

法的统一是以在若干法律秩序中导入相同内容的法律规范为目的的、有意识的过程。

(第78页)

因此，适当的比较，不应是通过所谓体系性的思考，而必须通过问题性思考进行。

(第88页)

法源是一个多义词，在比较法学中，使用这一用语是指决定对社会成员具有约束力的规范的全部要素、原因及行为。

(第132页)

(张玲)

注 释

[\[1\]](#) 听讲者为研究生和青年教师，担任翻译者为何勤华教授。

45 . 波斯纳：《法律的经济分析》

【推荐版本】

[美]理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，林毅夫校，中国大百科全书出版社1997年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

理查德·A·波斯纳 (Richard Allen Posner, 1939 ~) 是20世纪70年代以来最为杰出的法律经济学家之一。他将人们从互相自愿的交易中各自获得利益的简明经济理论与与经济效率有关的市场经济原理应用于法律制度和法学理论研究，为法律经济学的研究奠定了理论基础，从而对法学一般理论的发展作出了卓越的贡献。

理查德·A·波斯纳，出生于美国纽约市。1959年毕业于耶鲁大学，获文学学士学位；1962年毕业于哈佛大学法学院，获法学硕士学位。1963年开始为纽约律师协会会员。1962~1963年，任美国联邦最高法院大法官威廉·J·小布雷纳法律秘书；1963~1965年，任美国联邦贸易委员会 (FTC)

委员助理；1965～1967年，任美国联邦司法部副部长助理；1967～1968年，任美国总统交通政策特别工作小组首席法律顾问；1969～1981年，又先后任斯坦福大学法学院和芝加哥大学法学院教授；1981年至今，任美国联邦上诉法院第七巡回审判庭（芝加哥）法官、首席法官和芝加哥大学法学院、斯坦福大学法学院法律经济学高级讲座主持人。此外，他还是美国科学促进协会（AAAS）和美国法律学会（ALI）会员；1971～1981年，为美国全国经济研究局（NBER）研究员。1961～1962年，任《哈佛法学评论（Harvard Law Review）》编辑；1972～1981年，主持芝加哥大学法学院的《法学研究期刊（Journal of Legal Studies）》编辑工作。

早在20世纪30年代初，美国学术界在对经济危机后的反思中萌发了法律经济学。20世纪40年代早期，在著名经济学家亨利·西蒙斯（Henry C. Simon）的启蒙工作及其后艾伦·迪雷克托（Aaron Director）的努力中，法律经济学得到复兴。20世纪60年代，一些相关的经典论文，诸如G·卡拉布雷西（Guido Calabresi）在1961年发表了题为《关于风险分配和侵权法的一些思考》；同年，R·科斯（Ronald Coase）发表了《社会成本问

题》，基本上形成了法律经济学的经典理论，为法律经济学的研究打下了理论基础。经过近三十年的发展成长，法学家们一般均以这些经典理论为指导，日益深入和广泛地运用经济学理论和方法来分析、评估法律。最终，法律经济学成为法学研究中一个必不可缺并且独具特色的领域。

波斯纳则被称为该学说的集大成者，他亦以《法律的经济分析》这部学术专著与教科书合而为一的作品而誉满学界。

在他的努力之下，一场完全崭新的法律经济学运动在法学界再次掀起。在《法律的经济分析》中他所采用的独特的研究方法和研究成果为世人所瞩目，有人甚至将其称为西方第四大法学。这也正如波斯纳自己所说的那样，其法律经济学的重大发现可以归纳为四点：第一，法律程序的参加者都是“有理性的使自我利益极大化者”；第二，法律制度本身——法律规则、程序和制度受到促进经济利益这种关系的强烈制约；第三，对法律进行经济分析有助于设计法律制度的改革方案；第四，对法律制度进行定量研究是富有成效的。

【内容精要】

波斯纳的法律经济学的理论基础是建立在新自由主义的经济学原理之上的。在该书第一篇“法律经济学：导论”中，波斯纳认为，经济学是一门关于我们这个世界的理性选择的科学——在这个世界上，资源相对于人类欲望是有限的。依此定义，经济学的任务就在于探究以下假设的含义：人在其生活目的、满足方面是一个理性最大化者——我们将称他为“自利的”。在这里的自我利益不应与自私自利相混同，他的幸福也可能是个人追求的满足。如果一个人的环境发生变化，而他通过改变其行为就能增加他的满足，那他就会这样去做。由此，推导出经济学的三项基本原理：

一是所支付的价格和所需求的数量是反比例关系，即供求法则。波斯纳认为供求法则揭示了价格变化这一激励因素与认为行为选择之间的关系。同时，他也将法律制度的变化看作是一种类似价格变化的激励因素。例如，刑罚（可视之为犯罪的社会价格）的加重，可能促使企图犯罪的人改变自己的行为选择，减少犯罪。

二是市场规则中的消费者以及社会中的犯罪者都被假定为试图使其效用（幸福、快乐、满足）最大化，即效益最大化。波斯纳认为，供求法则的作用建立在人们追求效益最大化这一欲望的基础上。

消费者渴望其功利达到最大化，生产者或销售者希望实现其利润最大化。效益最大化就是最大限度地减少成本，增加收益。

三是在市场调节下，资源利用将趋向价值最大化。“当资源在被投入最有价值的使用时，我们可以说它们被得到了有效率的利用。”（第12页）而市场就具有将资源利用的效益最大化的作用。

波斯纳经济分析法学的核心思想是“效益”——以价值得以极大化的方式分配和使用资源；或者说，财富最大化是法律的宗旨。波斯纳认为所有的法律活动（包括立法、执法、司法、诉讼等）和全部法律制度（私法制度、公法制度、审判制度等）的最终目的就是为了做最有效地利用自然资源和最大限度地增加社会财富。

第二篇“普通法”是波斯纳重点研讨的对象之一。他关心的主要是普通法的实体部分，其由三个方面构成：（1）财产权法，涉及财产权的创设和界定，财产权是对有价值资源进行排他性使用的权利；（2）契约法，涉及促使财产权向最珍视它们的那些人那里自愿转移的问题；（3）侵权法，涉及财产权的保护，包括人身不可侵犯的权利。具体而言：

财产法方面，波斯纳指出，财产法和财产权具

有重要的经济功能：激励人们有效地利用资源，从制度上保证资源配置的有效性。（第40页）为了有效利用资源，创立财产权利体系是必需的。有效益的财产制度有三个准则：一是普遍性，普遍性意味着所有的资源（除了任人利用的阳光的公共产品外）都应由某人占有，而且这种占有必须是通过制度界定并表现为权利，因为仅仅占有了某物的事实并不表明占有者能够从中受益，别人同样可以去占有它；二是排他性，排他性意味着特定的财产只能有唯一的权利主体，其他人或集团除非通过交易或赠与不能得到它。排他权的设立是有效利用资源的必备条件，但不是充分条件，有效的资源利用还要求财产权利必须是可转移的；三是可转让性，可转让性意味着财产权可以从一个主体转让给另一个主体。资源的优化配置，正是通过权利的自由转让和重组实现的。

契约法方面，在波斯纳看来，市场交易对促进资源向更高价值使用转移及其重要，但是在交换过程中存在着机会主义和未能预料的突发事件的两种危险可能。（第115页）“契约法的基本功能是阻止人们对契约的另一方当事人采取机会主义行为，以促进经济活动的最佳时机选择，并使之不必要采取成本昂贵的自我保护措施。”（第117页）然

后，其对契约法所涉及的绝大部分问题都作了详尽的经济学分析。

家庭法方面，“家庭经济分析是建立在这样一种观念基础上的：家庭不仅是社会中的一个消费单位，而且更重要的是一个生产单位。”（第181页）这一生产过程的最重要的投入完全不是市场商品，而是家庭成员的时间，特别是传统家庭中妻子的时间。而孩子被看作一种最终“商品”，但也有可能将之看作一种对其他商品的投入。波斯纳把家庭婚姻关系比作合伙，因此在他看来应适用契约法。

侵权行为法方面，侵权行为有故意和过失之分。波斯纳以汉德公式 $B < PL$ 作为分析过失侵权行为的经济原理。只有在预期事故的可能性（ P ）与预期事故损失（ L ）之积大于潜在的致害者预防未来事故的成本（ B ）时，致害者才负过失侵权责任。这就是最佳事故避免公式。法院在审理案件时并没有考虑每个人避免损害事故发生的成本，而认定运用理性人标准可以降低查明事故避免能力的成本。这也是为什么即使没有任何人犯错误却仍然有过失的案件存在。有些被法律制度划归为过失的人，事实上并不能以较低的预防成本避免过失损害赔偿的预期成本，导致被法律制度认为是过失的事

故。波斯纳认为，他们这样行事是有效率的——当管理成本以完全的经济分析被考虑进去的话，法律制度也是如此。为了减少损害事故的发生，在潜在的受害人在采用比加害人更低的成本就可以预防事故发生时，法律就必须建立一种受害人过错观念。

刑法方面，在波斯纳看来，刑法是一种在特定的程序中将受特殊惩罚的行为。“为了设计一套最佳刑事制裁方案，我们需要一个罪犯行为模型。这一模型可能会是非常简单的：由于犯罪对他的预期收益超过其预期成本，所以某人才实施犯罪。”（第292页）刑法就是要增加罪犯的犯罪成本，是犯罪者感到实施犯罪得不偿失，因为一般的损害赔偿不足以有效限制这种行为。由此，对潜在的罪犯产生威慑作用，而达到预防犯罪的目的。

第三篇市场的公共管制，波斯纳继续运用经济分析的方法——以垄断的理论讨论了反托拉斯法、公司法、税法等，并将其运用到了对法律制度本身的设计上。

反托拉斯法方面，为解决垄断问题，谢尔曼法“在实行反卡特尔和共谋的过程中，将其重点放在证明固定价格协议的证实（一个法律问题）而非证明销售者行为对价格和产量的效果（一个经济问题）之上”（第377页），通过对抑制贸易的契约

和其他结合、垄断化、共谋、垄断企图等施加民事和刑事制裁。而波斯纳认为经济分析可被用以认定指明市场先倾向于有效的价格固定的特性以及什么类型的证据能表明一个市场正在成功地卡特尔化，这与是否仅仅可能被卡特尔化是有区别的。接着就经济领域一些特殊垄断，诸如劳动力垄断、公用事业和公共运输业的垄断等，进行了经济分析，对其现行的管制制度，联系普通法，提出了“进度管制”的各种策略方法。

第四篇企业组织和金融市场的法律，波斯纳着重研究了公司与金融市场两个问题。

在公司法方面，波斯纳指出，企业理论使我们了解到这么多经济活动是以企业形式组织起来的原因，但它并没有告诉我们为什么大量的这些企业都采取公司的形式。公司主要是解决出现在筹措巨额资本过程中的一些问题的方法。所有权与经营权的分离是经济效益最大化的内在要求，也是为什么有这么多企业是公司的原因。如果大多数股东都参与公司经营，股东就会付出高额的机会成本。这种成本必将因公司的规模扩大、经营活动的复杂等因素而增加。

证券法方面，波斯纳指出，“证券有其两维性：风险和预期收益”（第561页），故对证券市

场的管制，即证券法的主要干预之一就是减少股票投机，解决证券诈欺案中的损害赔偿问题。波斯纳为此还简明地考察了联邦政府对银行业的管制。

第五篇法律与收入和财富的分配，波斯纳从收入不平等、分配正义和贫困等问题入手，阐释了税收制度的设计，并专门就“死亡时的财产转移”问题进行了经济分析。

在税法方面，波斯纳认为，税收的主要用途是公共事业建设和调节资源配置或财富分配。尽管税收政策的目标是分配性的，但是他认为最大限度减少资源配置或财产配置的无效益性也极为重要。从效益最大化出发，他甚至认为不平等不一定是无效益的。他具体地分析了货物税、不动产税、法人所得税、个人所得税等各种税种，提出了许多改进意见。

第六篇法律程序，波斯纳把法律程序看做了分配资源的市场，并对法律的分配和市场的分配做了比较分析。他认为，在许多法律诉讼中，最终要决定的问题是何种资源分配会使效益最大化，虽然市场通常决定着这个问题，但是在市场决定的费用可能超过法律决定的费用的情况下，它应交由法律制度来决定。为此，波斯纳对“法律规制制定的程序”作了经济的、法律的思考，从经济学的角度审

视了三大法律程序（民事、刑事诉讼程序、法律实施和行政程序）中一些特别规则，例如正当程序、无合理疑问证据原则、和解规则、责任规则以及公共法律实施、行政机构行为的司法审查等，不一而足。

第七篇宪法和联邦制度，波斯纳认为，美国法学界对宪法的经济学论述还是相对不够强有力，而“一项成文法越难变更，它就越不适用于管理经常变化，随时间迁移的社会、政治和经济制度安排，它所规定的制度安排越基本，就越不适于经常变化”（第805页）。为此，他深入地探讨了宪政的六大问题，一是分权和权利保护；二是经济正当程序；三是联邦制经济学（如联邦政府与州政府的责任配置等）；四是种族歧视；五是思想及宗教自由市场的保护；六是搜查、扣押和审讯。

附录法律经济学运动，波斯纳回顾了这一场运动中的诸多思想理论，介绍了自己所关注的问题及试图传播的“非市场”法律之经济分析的一些观念，最后论述了经济分析在法律上的一些崭新运用，即将之分别运用于言论自由与宗教自由。

【延伸阅读】

[美]波斯纳：《正义/司法经济学》，苏力译，中国政法大学2002年版。

[美]波斯纳：《反托拉斯法》，苏力译，中国政法大学2002年版。

[美]波斯纳：《联邦法院》，苏力译，中国政法大学2002年版。

杨吉：《波斯纳与法律的经济分析》，载《文汇读书周报》2004年。

【精彩片段】

侵 权 法

1. 事故经济学与过失责任的利尔德·汉德公式
假设遭受损失的不是蜥蜴而是汽车事故发生时你的小手指，而避免事故的成本最低的方法是某些驾驶员——一个完全陌生的人——将车开得更慢些。假定你的预期事故成本为10美元（像前例一样是 $1\% \times 10000$ ），而其他驾驶员开车更慢一些（由此需要更长的时间才能到达目的地）的成本是8美元。效率就要求驾驶员将车开得更慢些。但由于与像你这样的潜在受害人进行交易的成本是非常高的，所以除非法律制度干预——如法律认为驾驶

员应对事故引起的损害（1万美元）负法律责任，否则他不会这么做。然而，他有一个为数10美元的预期法律损害赔偿成本（expected judgement cost），这将促使他对预防措施投资8美元以通过避免事故而使他的预期法律损害赔偿成本零化。

我们上面提及的例子将由过失法（the law of negligence）来处理，这可以用利尔德·汉德法官的过失公式（the negligence formula of Judge Learned Hand）加以概括。通过界定我们的损失几率（ P ）和金额（ L ），并用 B 表示预防成本，汉德认为，如果（而且只有当） $B < PL$ 时加害人才构成过失，这就是我们的例子所表明的最佳事故避免公式（the formula for optimal accident avoidance）。但是，无论在汉德公式还是在我们的公式中都还存在一些模糊性。假设我们的预期事故成本（ PL ）可以由驾驶员以9美元的成本每小时减低车速25英里而予以消除。但进一步假设我们的预期事故成本（ PL ）可以由驾驶员只以2美元的成本每小时减低车速5英里而减至1美元。这表明，为了使我们的预期事故成本（ PL ）从1美元下降到零，花费了驾驶员7美元（ $9 - 2$ ）的成本，社会净成本为6美元。很明显，我们只需要他每小时减低车速5英里，这将使社会收益净得7美元。这一例子

表明，我们必须要对预期事故成本和事故成本进行边际比较，即通过衡量安全的细微增长的成本和收益，从而在再花1美元只能得到1美元或更少的安全增长时停止为更安全投资。很幸运的是，普通法方法促进了边际研究；这只是因为对法院来说，要取得加害人安全预防的细小变化的信息通常是很困难的。

(第212~213页)

2. 理性人标准

但是，如果汉德公式真正产生了避免过关事故的恰当激励，那么就不可能再有人犯有过失了——所以怎么还有可能存在有过失的案件呢？至少任何类似的案件都应由原告胜诉。除了有些案件是由于法官和陪审员明显犯有错误外，一个答案是，在决定一件事故是否能由任何一方当事人以低于预期事故成本的成本避免时，法院没有通过计算个人避免事故的能力而试图衡量当事人双方的实际成本。相反，他们估计了当事人在各自情势下的正常人 [the average person, “理性 (reasonable)” 人的法律用语] 避免事故的成本。这种方法只是在作为个体化衡量的成本 (the costs of individualized measurement) 参考时才是合理的。如果正常人能以120美元的成本避免预

期成本为100美元的事故，那就不存在避免事故的义务；而如果还有一个异常的人能以少于100美元的成本避免事故发生，那么效率规则——先不计信息成本——就要求他承担避免事故的法律义务。或假设避免事故的平均成本只为50美元，而某些人不能以低于110美元的成本避免事故发生，但他们却将对没有避免事故发生负有法律责任。这种责任并不能影响他们的行为，其结果只能使成本转移而非降低。

在事故避免的能力差异用低成本就能查明的情况下，法院肯定会认识到理性人标准（the reasonable man standard）的例外（或其子集合）。例如，虽然在盲人阶层中有一个统一的注意标准，但盲人的注意标准并不像有视力的人那么高。

要注意的是，理性人规则（传统上叫the reasonable man rule，现在被称为the reasonable person rule）是如何降低侵权案原告的诉讼成本的。为了决定他的权利主张是否可靠，他不必要确定被告避免事故的实际能力。

（第215～216页）

3. 受害人过错：连带和比较过失、风险自负和非法侵入者的义务

预防的负担要低于不采取预防措施时的损失几率乘以损失总量，这只是有效率预防措施的必要条件，而非充分条件。如果另一种预防措施能以更低的成本达成预期目标，那么这就是有效率的预防措施。因为正如许多行人所知道的那样，许多事故是可以由受害人比加害人以更低的成本避免的，所以法律有必要建立一种受害人过错观念（concept of victim fault），以给予潜在受害人适当的安全激励。假设一次预期成本为1 000美元的事故需要被告花100美元才能避免，而原告方只要50美元就能避免。有效率的解决方法就是，不允许原告根据法律从被告处取得损害赔偿，以使其“负有法律责任”。如果被告对此事故负有法律责任，原告就不会有任何激励去采取预防措施，因为他将取得其损害的全部补偿。这样，有效率的方法就不可能实现了。

.....

受害人对引进汉德公式会作出什么反应呢？传统的普通法方法依照“连带过失（contributory negligence）”概念在探究被告是否已犯有过失，并断定他是有过失（如果不是，那么案件就有了结论）后，探究原告是否有过失。如果答案是“肯定”的，那么原告就败诉了。这在上述例子中起着

很有效的作用，但假如我置换一下预防成本的数额，那么被告成本就是50美元，而原告成本却是100美元。初看起来这好像是将被告认定为过失，而原告将会因连带过失（因为100美元小于1 000美元）而败诉，从而被告就不会有在以后采取被假设为有效率的预防措施的激励。但是，假定法律将合理注意（due care）界定为当另一方当事人所采取的适当注意为最佳注意时的注意（法律也正是这么界定的），那么这种现象就会使人产生误解。因为在我们的例子中，如果被告实施合理注意时原告的最佳注意为零，那么原告就不会有注意的激励，而由于被告知道这一点所以他将50美元用于注意，事故也就能以最低成本得以避免。（如果被告说，如果原告实施了最佳注意，他的最佳注意是零，为什么法院不听他的呢？这样他不是可以免去责任吗？）

（第218~219页）

【名言佳句】

经济学是一门关于我们这个世界的理性选择的科学（the science of rational choice）——在这个世界上，资源相对于人类欲望是有限的。

(第1页)

人在其生活目的、满足方面是一个理性最大化者 (rational maximizer) ——我们将称他为“自利的 (self - interest) ”。

(第1页)

从经济学的角度看，我们应该鼓励适用罚金而不是徒刑。

(第297页)

家庭制度的核心是婚姻，婚姻关系在本质上基本上是一种契约关系。

(第181页)

从经济学观点看，法律的基本功能是改变激励。这表明法律不发出不可能性命令，因为不可能执行的命令决不会改变行为。

(第345页)

税收降低了资源使用的效率。

(第625页)

遵循先例进行判决的制度还有另一种经济化特

征：它通过促成案件当事人和法庭使用以前案件（通常以相当大的成本）所产生的信息而降低了诉讼成本。

（第714页）

（朱 怡）

46 . 诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》

【推荐版本】

[美] 诺内特、塞尔兹尼克著：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年修订版，本篇所引均引自此版本。

【背景介绍】

诺内特（Philippe Nonet，1939～ ）出生于比利时，后留学美国，在加利福尼亚大学伯克利分校获得哲学博士学位。在1977年进入伯克利分校法学院任教之前，他一直在社会学系教授课程。

塞尔兹尼克（Philippe Selznick，1919～ ），出生于美国新泽西州耐沃克，1947年获哥伦比亚大学哲学博士学位。1952年起执教于加利福尼亚大学伯克利分校。塞尔兹尼克师从默顿，早期专攻组织理论，后转向研究法律现象。

1961年塞尔兹尼克创建了“伯克利法律与社

会研究中心”，通过该中心，聚集了一批以弟子诺内特为首的法律社会学学者，形成了所谓“伯克利学派”，他们在最近三十年时间里不断地探求如何使法律更好地适应社会需求与解决现实问题，在他们的学术宗旨中，存在着强烈的改革动机和应用倾向，积极为解决各种社会问题提供政策。

伯克利学派的研究方法不是大规模的集体共同作业，而是采取松散的协作方式，每个人都保持着各自的个性；但是从整体上看又有统一的特色。诺内特把这样的一种共通的学术方向谨慎地称为“伯克利观察法”。产生这种思潮的社会背景是：20世纪60年代后期以来美国社会发生了剧变，越南战争的扩大和挫折导致了社会的信仰危机，贫富分化、环境污染、城市荒废、犯罪激增、民权运动风起云涌……大量的社会问题导致了国家正统性的削弱，于是产生了用“软性法治”取代“硬性法治”的要求。诺内特和塞尔兹尼克所提倡的回应型法的模型，也正是对那一时代呼声的回应。

作为伯克利学派的一位杰出法学家，诺内特从一种全新的角度，重新审视了法的历史发展过程，对法的过去作出了精要的概括和总结，又对法的未来的发展方向提出了清晰的轮廓和模式，并作出了展望。同时，他重新陈述了法律现实主义和社会学

法学的启示，指出社会学和现实主义法学的真正计划在于回应型法，为法社会学派的学者们指明了新的思路和视角。在关于强制与压制的区别，国家权力和民间自治的关系等问题上，诺内特提出了许多重大问题，并为后世学者的进一步研究指出了不少富有启发性的思路。可以说，诺内特在法理学界中起到了一种承前启后，开拓视角的重要作用，为法学研究的浩瀚海洋增添了一笔宝贵的财富。

【内容精要】

正如著名学者季卫东所指出的，“这本书的标题表明，作者的目的是要改造法制，设定一个符合社会变革需要的规范性模式。”（第Ⅲ页）他们首先按照历史顺序把社会组织分为三种类型，即前官僚型、官僚型、后官僚型，然后相应地把法律分为三种类型，即压制型法、自治型法和回应型法。

压制型法是指以屈从政治权力和推行强制道德为主要特征的前现代法律。他们指出，假如一个统治政权对于被统治者的利益漠不关心，这种政权就是压制性的。同时，他们也压制与强制作出了区分，诺内特说：“压制的關鍵不在于强制，也不在于同意本身，问题在于当权者在多大程度上考虑服

从者的利益和为这些利益所约束。”（第35页）他们把压制型法最独特、最系统的形式概括为以下几个特征：1．法律机构容易直接受到政治权力的影响；2．权威的维护是法律官员首先关注的问题；3．诸如警察这类专门的控制力量变成了独立的权力中心；4．“二元法”体制通过强化社会服从模式并使它们合法正当，把阶级正义制度化；5．刑法典反映居支配地位的道德态度；法律道德主义盛行。针对压制型法的这些特征，诺内特进行了深入的分析与研究，并对它们得以从中产生的那些社会过程加以深刻剖析。他极有见地地指出：压制的一个共同根源是统治精英可以利用的资源的贫乏。在对压制型法作出分析和总结后，诺内特提出了这一类型法的两个最显著的特征。一是法政结合，法律在这里是为政治服务的一种柔顺工具，用于巩固权力和权威；二是官方自由裁量权蔓延，这是法律柔顺性的结果及其首要保证。这两个特征，使得这一阶段中的国家强制力难以得到有效控制，从而导致人治的盛行。因此，尽管压制型法为设置秩序提供了便利的工具，但它还远远不够稳定，是一种既初始又不安定的发展阶段。为了克服压制型法的这一弊端，自治型法便应运而生。

诺内特和塞尔兹尼克指出，自治型法的最大特

点在于它通过设置一套专业化的、相对自治的法律制度，把决定的大权限制在一定职能范围之内。他们在点明从压制型法向自治型法转变的主要根源在于探求法律正统的同时，强调了法律与政治的分离是自治型法的主要特征。在这一阶段，立法和审判被严格区分开来，法律机构把自身限制在进行审判时仅仅是把公认的法律运用到案件上来的范围内，在案件中，要加以争论的只是事实。可以说，对法律机构而言，法律与政治的分离不只是一项自我约束的原则，也是一种自我保护的要求，是忠于现行程序的一个重要保证。在自治型法中，“程序是法律的中心”这样一种观念成为一个重要的组成部分，对压制的控制就肇始于信奉“规则统治”这种观念的发展，因而程序也就成为公正使用规则的主要保障。由于程序服务于更多的目的，而不单单是公平，同时它是一种用来对法官的最终裁量权加以限制而确保它能正确合适地行使的手段，这就使得通过确保程序公正合法的策略，减少了法院可能过于接近政治过程的风险，从而“使法律成为冷漠的、代价昂贵的、不确定和不透明的东西”。这就导致了程序正义与实质正义之间产生了一种紧张关系，而这种紧张关系最终产生了推动法律秩序超越自治型法范围的力量。

正是在自治型法的基础上，诺内特和塞尔兹尼克共同提出了关于回应型法的理论。诺内特在其分析中指出，压制型法、自治型法和回应型法其实可以理解为对完整性和开放性这一两难抉择的三种不同回答。压制型法的标志是法律机构被动地、机会主义地适应社会政治环境，而自治型法则首要关注保持机构的完整性。回应型法与前二者不同，它力求缓解完整性和开放性之间的紧张关系，它依靠各种各样的方法使完整性和开放性恰恰在发生冲突时能够相互支撑。回应型法的主要特征是：1．法律推理中重视目的，追求实质正义；2．服从法律的义务受到了追求目的的挑战，规则从属于政策和原则；3．法律获得了开放性和灵活性，受到了政治的影响；4．法律目的的权威性和法律秩序的完整性由较有权能的法律机构来维护。

通过对法的三种类型的研究和分析，诺内特和塞尔兹尼克以一种全新的视角重新审视了法律现象与法律秩序，为世人进行法学研究，尤其对于一些全局性的、重大的法学理论问题的研究，开拓了一种新的思路。他们的研究具有一种宏观的整体性，论述具有概括的系统性。

首先，他们以独特的眼光，考察了法律类型的动态发展变化，并分析了各种类型的法律所具有的

基本特征及与之相关联的基本社会结构，为我们从整体上了解和把握西方现代法治的历史过程提供了启示。

其次，他们在阐述三种法律类型时，对各种类型的法律之间的联系与区别进行了具体剖析，指出了它们之间的复杂关系，展示了西方现代法治的内在冲突，并试图以回应型的法来统合压制型法与自治型法。显然，这种研究致力于解释现代西方的法治的冲突并消解这些冲突，在方法论上为我们理解西方现代法治发展变化的复杂过程提供了借鉴。

最后，他们的研究并未限于分析和评价关于法治的理论本身，而是十分关注社会实践，把法律的类型变化置于社会整体变化的大背景之下加以考察，揭示了法律发展与社会变化的复杂关系和辩证关系。实际上，正是在诺内特和塞尔兹尼克研究的基础上，德国学者图依布纳才得以构筑了“反思的法”的模型这样一种更切合实际的方案，从而把诺内特和塞尔兹尼克试图使之潜在化的强制力转化成为在法的担保下进行协商的交涉力。

当然，这一回应法学说也并非完美无缺。之后许多学者都指出了其中可能隐含的缺陷与不足。比如，季卫东先生在中译本序言中指出，诺内特的理论有把程序主义等同于形式主义的倾向，认为回应

型法必须在更普遍的意义把握合法性的理想，从中剔除形式主义。然而，在季卫东看来，“我们不能简单地程序体系还原为形式范畴，程序正义也并不等同于形式正义”，“既然作者提倡改革的动机在于消除国家直接干预经济社会的压制性、强调非国家性组织和自治秩序在法制进化中的作用，那么程序问题就决不能等闲视之。否则，作者所构筑的那种宽容对待市民权的扩张和严格控制行政权的扩张的社会性法制模式，就只不过是一座空中楼阁而已。”

高鸿钧先生在探讨是否存在超越现代法治的新型法治时也认为，“自治型法已经寿终正寝的判断为时尚早，而回应型法已取代自治型法的断言亦过于绝对。自治型法与回应型法分别属于形式法治与实质法治的范畴。前者是基础和基本存在形式，后者是对前者的矫正和补充形式。因此，回应型法并不是超越自治型法的独立法律类型。”^[1]而苏力先生则怀疑诺内特与塞尔兹尼克关于法的三种类型的划分存在一种“法律线性进化论理论模式的建构”，“他们将现代的自治型法律视为对传统社会中的压制型法的回应和改善，而他们所预想的未来的回应型法又将对自治型法的不足之补充，这种观点，表面看来强调了法律对社会的关系，实际上

隐含了一种法律历史发展的目的论，更多强调了法律的变化是对自身的完善。”[\[2\]](#)因此，在苏力看来，他们的论述是从根本上背离了其法律社会学研究的初衷。

【延伸阅读】

[美]布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社1994年版。

张乃根：《塞尔兹尼克的法律社会学理论》，载李盾编：《法律社会学》，中国政法大学出版社1999年版。

【精彩片段】

探求回应型法已成为现代法律理论一个持续不断的关注点。如同J. 弗兰克所指出的那样，法律现实主义者的一个主要目的就是法律“更多地回应社会需要”。为了这一目的，他们极力主张扩大“法律相关因素的范围”，以便法律推理能够包含对官方行为所处社会场合及其社会效果的认识。像法律现实主义一样，社会学法学的目标是使法律机构能够“更完全、更理智地考虑那些法律必须从它们出

发并且将被运用于它们的社会事实。”庞德的社会利益理论是为发展一种回应型法的模型而作出的更直接的努力。在这种理论看来，好的法律应该提供的不只是程序正义。它应该既强有力又公平；应该有助于界定公众利益并致力于达到实体正义。

现实主义和社会学的传统所具有的一个首要论题就是打开法律认识的疆界。对所有冲击法律并决定其成效的因素都要有充分的了解。这仅仅是取得某种更广泛的有关法律参与和法律作用认识的一个步骤。法律机构应该放弃自治型法通过与外在隔绝而获得的安全性，并成为社会调整和社会变化的更能动的工具。在这种重建过程中，能动主义、开放性和认知能力将作为基本特色而相互结合。

乍一看，这只是对更富识见、更具成效的机构的一种无关宏旨的呼唤，进一步细察则会发现它提出了一种极其重大的挑战。这种挑战引起了强烈的反对。人们担心，一种工具主义的法理学会对法律权威的不确定性置之不顾。由于对程序形式的尊重程度降低以及规则处于被怀疑状态，官员和公民的行为就更容易随心所欲。批评者认为，由此而来的结果就是法律失去其约束官员和要求服从的能力。因此，一个不能忍受法律技巧约束的法院所作判决的那种软弱无力的正当性证明和被削弱的权威，使

那些研究能动主义的沃伦法院的学者们感到惊恐。他们抱怨的问题有：“过于一般化的倾向、对于判例甚至新近作出的判例的不尊重、法官意见不必要的含糊不清、令人沮丧的缺乏坦率、对下级法院查明事实的不屑一顾、对法规的曲解，以及外表上缺乏中立和客观。”由于使原则服从于实现期望中的社会结果，法院看来已助长了那种对裁判“基于利益作出表决的哲学”的讥讽；这种讥讽使人对“是否存在任何区分法律与政治的事物”产生怀疑。不受抑制的自由裁量权与法律调整格格不入，这不仅是因为它可能使联邦最高法院的“九个老人”把自己的喜好制定为法律，而且更重要的是因为它使法律机构过分容易遭受各种政治环境压力的损害。一种过于开放的法律秩序会丧失在社会中节制权力作用的能力，从而倒退到压制。

实际上，在开放性和忠于法律之间存在某种紧张关系，这种紧张关系构成了法律发展的一个主要问题。然而，这种两难抉择并非为法律所独有：所有的机构都要受着完整性与开放性之间的冲突。如果外在的控制把一个机构牢牢地束缚于某种独特的使命，或者能使它保持对这种使命负责，那么完整性就得到保障。可是，受约束的机构变得太拘泥于它们行事的观点和方法了，它们对周围环境丧失了

敏感性。如果行动能够由确定的标准来衡量，那么就非常容易保持负责任；同时，在责任被严密界定并且很容易履行的地方，要求负责任也会助长不完全感和一种寻求官僚避难所的行为。换言之，负责任孕育了形式主义和退却主义，它使机构变得僵硬，从而无法应付新的突发事件。这是一方面。另一方面，开放性意味着宽泛地授予自由裁量权，以便官员的行为可以保持在灵活、适应和自我纠正错误的状态。但是，责任如果不严格，就比较容易躲避，因而存在一种由于寻求灵活性而放松约束的危险。因此，开放性很容易退化为机会主义，即，无控制地适应各种事变和压力。

压制型法、自治型法和回应型法可以理解为对完整性和开放性的两难抉择的三种回答。压制型法的标志是法律机构被动地、机会主义地适应社会政治环境。自治型法是对这种不加区分的开放性的一种反动。它的首要关注是保持机构的完整性。为了这个目的，法律自我隔离，狭窄地界定自己的责任，并接受作为完整性代价的一种盲目的形式主义。

第三种类型的法力求缓解上述紧张关系。我们称之为回应的而不是开放的或适应的，以表明一种负责任的，因而是有区别、有选择的适应能力。一

个回应的机构仍然把握着为其完整性所必不可少的东西，同时它也考虑在其所处环境中各种新的力量。为了做到这一点，它依靠各种方法使完整性和开放性恰恰在发生冲突时相互支撑。它把社会压力理解为认识的来源和自我矫正的机会。要采取这种姿态，一个机构就需要目的的指导。目的为批判既定的做法设立了标准，从而也就开辟了变化的途径。同时，如果认真地对待目的，它们就能控制行政自由裁量权，从而减轻制度屈服的危险。反之，缺少目的既是僵硬的根源，又是机会主义的根源。这些弊病事实上是相互包含、共同存在的。一个拘泥于形式、为规则所束缚的机构在与环境发生冲突时，对于认识哪里是问题的真正所在缺乏手段。它大概会机会主义地去适应，因为它缺少合理重构那些过了时的或不适宜的政策准则。只有当一个机构真正具有目的性时，才会存在完整性和开放性、规则和自由裁量权的某种结合。因此，回应型法相信，可以使目的具有足以控制适应性规则制定的客观性和权威性。

探求目的对于法律机构来说是一项冒险的作业。在大的商业企业中，以往的传统很容易被看作是合理性的障碍。大体说来，商业组织可以使其规则非神秘化，并变更其程序。但是，有些机构，尤

其是宗教机构和法律机构，已非常依赖仪式和先例去保持同一或维持正统性。对它们来说，通往回应性的路必定是危险的；不能抱轻易乐观的态度。自治型法与回应型法之间的差异，在某种程度上来自于对这种危险的截然有别的评估。自治型法采取“风险小”的观点。它对于那种可能助长怀疑公认权威的东西加以提防。回应型法的鼓吹者在呼唤一种更有目的、更开放的法律秩序时，则选择“风险大”的观点。

(第81~87页)

【名言佳句】

法律秩序是一种多维事物，只有把多种维度当作变项，才能对法律进行彻底的研究。我们不应该空谈法律与强制、法律与国家、法律与规则或法律与道德之间必要的联系，而应该考虑这些联系在什么程度上和在什么条件下发生。

(第10页)

法律本质也像任何其他社会现象的本质一样，是在探究过程中认识的东西。它是结果，而不是起点。

(第11页)

压制型法、自治型法和回应型法不仅是独特的法律类型，而且在某种意义上也是法律与政治秩序和社会秩序的关系的进化阶段。

(第21页)

“法治”一词所意味着的不只是单纯的法律存在。它指的是一种法律的和政治的愿望，即创造“一种法律的统治而非人的统治”。在这种意义上说，法治诞生于法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候。

(第59页)

在回应型法中，秩序是协商而定的，而非通过服从赢得的。

(第105页)

压制型法和回应型法之间的根本差异是把“权利政治”与“崇高政治”相区分的差异，或者说是把各种特殊利益的原始冲突和调和与实现某种政治体理想的深思熟虑的努力相区分的差异。

(第132页)

注 释

[\[1\]](#) 高鸿钧著：《现代法治的出路》，清华大学出版社2003年版，第232页。

[\[2\]](#) 苏力：《现代化视野中的中国法治》，载苏力：《道路通向城市》，法律出版社1994年版，第20页。

47 . 拉兹：《法律体系的概念》

【推荐版本】

[英]约瑟夫·拉兹著：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

约瑟夫·拉兹（Joseph Raz，1939～ ），英籍以色列人，1963年毕业于希伯来大学，获法学硕士学位，1967年获牛津大学哲学（法哲学方向）博士学位。1972年后在牛津大学伯里奥尔学院任法律系研究员，1985年起任牛津大学法哲学教授。拉兹是“二战”以后以哈特为首的新分析实证主义法学派中的重要人物，与爱丁堡大学法理学教授麦考密克齐名。新自然法学的代表人物之一罗尔斯对拉兹在法哲学及道德哲学和政治学中做出的出类拔萃的贡献颇为称赞。[\[1\]](#)拉兹也是当今世界“多产的最有思想的法哲学家之一”，他的著述涉及法学、伦理学、政治学、哲学等领域，并运用

广博的知识背景来建构一种现代法律体系的模型，提出有关法律体系的结构、内容、同一性和功能、道德哲学和政治哲学的洞见。[\[2\]](#)

拉兹的主要法哲学著作有：《法律体系的概念》（拉兹的博士论文，1970年初版，1980年再版）、《实践理性和规范》（1972年初版，1980年再版）、《法律的权威、法律与道德论文集》（1979年）、《自由的道德性》（1986年）、《公域的伦理学、法律与政治的道德性论文集》。

[\[3\]](#)

《法律体系的概念》是拉兹的博士论文和成名作。最初是根据拉兹在牛津大学提出的一个理论命题写成的，本书在写作中得到了哈特教授的指点，哈特的《法律的概念》对拉兹的《法律体系的概念》产生了很大的影响。而且，拉兹关于边沁和凯尔森的两篇论文也构成了《法律体系的概念》的第三、四、五章某些论述的基础。

在凯尔森以前，所有的分析法学家习惯上认为，理解法律的关键步骤就是理解什么是法律，但不涉及其他方面内容，凯尔森是第一个认为如果把注意力完全局限于一条单一的鼓励的规则，我们就不可能掌握法律的本质。本文对这个问题进行了进一步的思考，提出了一个重要的命题：一种法律体

系理论对于任何充分的关于法规的定义来说，是必不可少的，所有的法律体系理论目前在这方面都不成功的原因就是他们没有意识到这个事实。作为法律哲学分析的一个重要组成部分，法律体系理论为分析法律提供了理论基础。

【内容精要】

《法律体系的概念》主要是阐述了一种如何研究法律体系的理论，它既是对法律体系本质的一种研究，同时也是在审视如下事实的假设和含义，即每种法律必然属于一种法律体系（英格兰法，日耳曼法，罗马法，教会法或者其他法律体系）。全面地研究可能会产生一种人们所说的法律体系理论。这种理论应该是普遍的，因为它适用于所有的法律体系。如果这种理论成功的话，它也就解释了法律体系的概念，并且构成一般意义上的分析法理学的一个组成部分（导言第2页）。

本书所用的方法部分的属于历史研究，源于对先前理论的批判性研讨。分析性的特点是本书的建设性部分，书中在历史部分所审视的所有作者都是属于分析法理学派。

全书共分九章，拉兹分别对边沁、奥斯丁、凯

尔森和哈特几位分析法理学派代表人物的观点进行了分析，并在此基础上阐述了他对法律体系的见解。奥斯丁指出法律是主权者对其臣民发布的一般性命令，主权理论是他的理论基石，他的法律体系的概念就蕴涵在法律的概念中。因此拉兹通过分析奥斯丁的主权概念，剖析了奥斯丁主权的四个特征——主权无限性、主权统一性、主权独立性和主权者的立法，对奥斯丁法律体系的理论作了详细的分析论证。虽然凯尔森对奥斯丁的理论有所改进，他没有使用同奥斯丁的主权观念相近的概念，但是凯尔森的理论同奥斯丁的理论并没有根本区别，拉兹分析了凯尔森的法律体系理论，指出他和奥斯丁的缺陷均是认为关于解决身份问题是建立在起源原则之上，他们对法律体系结构的思考都依赖于独立性原则。哈特是继凯尔森以后的又一位伟大的分析法理学家，拉兹在他的书中主要论说了哈特对法律体系的贡献，他运用了与哈特相似的研究方法，抛砖引玉地提出了自己对法律体系理论独到见解。以下，就本书的主要内容作一介绍。

一、对奥斯丁法律体系理论的分析与批评

首先，拉兹对奥斯丁的主权观点进行了分析论证，追溯了该观点与边沁理论的源流关系。奥斯丁

主权理论源于边沁的理论，奥斯丁认为法律是主权者对其臣民所发布的一般性命令，其理论基石是主权观念，主权具有最高性、无限性、惟一性和统一性四个特点。

其次，拉兹对奥斯丁的“存在标准”进行深入剖析。奥斯丁认为只有普遍性命令，才是法律，奥斯丁对他的命令说提出以下6个条件，当符合这些条件的，C才是A的命令：①A希望他人按照一定的方式行为；②A表达了这样的愿望；③A有意要那些不能实现他的希望的人受到伤害和痛苦；④A有权力这样做；⑤A表示他有意这样做；⑥C体现了A希望的具体内容和他的目的。

奥斯丁认为，最高权威性就是给他人带来痛苦，但是拉兹认为，主权的最高权威性并不等同迫使违法者依照法律的要求作出某种行为或不作出某种行为，大多数人习惯上服从主权者并不表明他们在每一个法律上都低于主权者。

再次，拉兹从身份标准对奥斯丁相关思想作了论述。主权者地位如何（身份问题），奥斯丁认为主权者就是一个体系内所有法律直接或者间接的立法者，所有的法律都有一个持久的最终渊源，这实际上是法律起源原则的一个变形，拉兹也不是很赞同这个观点。

最后，拉兹就法律结构问题对奥斯丁的观点进行了论述，奥斯丁认为每一个法律都是一个独立单位，具有独立意义，其使用不受其他法律的影响。拉兹认为，这个反映出奥斯丁对于结构的消极认识。（第14~31页）

主权无限性是奥斯丁的主权理论的特点之一，但拉兹认为如果这个理论成立的话，某些宪法性法律就不应该是法律，但是实际恰恰相反。按照奥斯丁的理论，主权的任何一次以命令形式的表现都是法律，拉兹提出奥斯丁恰恰忽略了一个问题——法律必须按照一定的程序制定。此外，奥斯丁也没有区分主权者作为立法者和作为普通臣民的法律地位，这一点在奥斯丁处理法律习惯的问题上更加突出。

二、对凯尔森理论的评析

凯尔森的主要理论是基本规范论，他用基本规范理论取代了奥斯丁的主权论，避免了奥斯丁理论的许多缺陷，主权与基本权利之间的区分是凯尔森对奥斯丁身份标准的主要改进，但这并没有使凯尔森能够得出一种与奥斯丁不同的法律体系理论，拉兹认为这两种理论的共同点都是建立在把有效性作为一种体系存在标准的基础上，都认为法律的起源

问题是解决身份问题的基础，独立性原则是他们对于法律体系结构思考的出发点。凯尔森认为法律规范是命令、允许和权威，他把规范分为原初性规范与派生性规范，认为大多数规范都是派生性规范，派生性规范的产生依赖于创造规范所规定的事件的出现，拉兹肯定了他的这些观点，并认为这是任何一种关于规范形成的理论的要素。但拉兹认为凯尔森的不足在于他对原初规范的本质的认识。

凯尔森提出基本规范是惟一的原初性规范，他认为只有当一条法律是被基本规范授权所创造，而这基本规范也授权权力机关创造其他法律时，这条法律才具有特定体系内的成员资格，而且强调，基本规范的惟一功能就是授权创造第一部宪法，拉兹认为这是欠缺的。法律体系存在的标准是什么，凯尔森归结为：只有一种法律体系实现了某种最低限度的有效性时，它才存在。拉兹对此观点持有异议，认为凯尔森把效力当作法律存在的标准之一正是他的不足之处。在论述身份标准时，凯尔森提出基本规范和有效之链两个基本概念来建立他的身份标准。拉兹认为，其实基本规范对于身份问题没有什么影响，对于安排一个法律体系内的规范也不起什么真正的作用。

凯尔森认为一个法律体系的持续存在虽然不依

赖于第一个主权的不间断的存在，但是，它不能抵制人们不断追问的可能性，即对第一个宪法而言，所有法律规范有效性的最终原因。但是拉兹认为凯尔森的观点是错误的。因为一个原来其先例不能创造法律的法律体系，也能够逐渐转变为先例可以创造法律的体系，人们完全没有必要去假设，创造先例的立法权已经根据第一个宪法或者根据任何其他法律转交给了法院。人们也没有必要假设，一个法律体系已经消亡，而一个新的体系开始出现。
(第131页)

三、对“作为规范体系的法律体系”的构建

拉兹肯定了哈特对法律体系理论的贡献，并在此基础上阐述作者对法律体系理论的看法。拉兹提出在一种法律体系内，不同种类和不同模式之间的内部关系最终依赖于两个因素：（1）个别化的原则；（2）法律体系内容上的丰富性、完整性和多样性。

法律个别化的问题是分析一部法律与分析一种法律体系之间的连接点，它对于法哲学来说是非常重要的，除了边沁，以前的法哲学家对于这个问题的认识都是有所欠缺的。因此拉兹花费大量的篇幅论证个别化理论，他用以下5个主要命题指出了法

律个别化指示的一般特点：

1. 在每一种法律体系内，都有授予权力的规则和强加义务的规则。

2. 它们都是法律规范。

3. 在每一种法律体系内，都会有几种不属于规范的其他类型的法律。

4. 所有的不属于规范的法律都与法律规范有内在联系。

5. 法律规范之间可能会相互冲突。（第267~268页）

拉兹继承了哈特的义务性的法律是一种基本的法律的观点，但哈特的义务性规范是适用于针对群体成员的规范，他没有涉及针对群体内的某一个亚种的规范。边沁、凯尔森和奥斯丁都认为每一种规范是强制性的。根据哈特的理论，认为规范还有授权性，他认为，授权性的法律包括两方面的内容：一是授予立法权力的法律，即授予法律适用机关创制法律的权力；二是授予调整权力的法律，即授予法律适用机关以适用义务性的法律去调整一定的法律关系。[\[4\]](#)

拉兹则认为法律的规范性有两个特点：（1）每一种法律体系内部都存在着规范；（2）属于非规范的法律体系内的所有法律都与规范法律保持内

在的联系。对于每一个临时性的法律体系，在没有被本体所属的特殊法所禁止时，他的行为都是有效的；除非临时性法律被授予创造法律的权利，否则是不能创造法律的。拉兹把规定权力的法律分为三种：授权性法律、剥夺性法律和构成性法律。授权性法律明确规定了获得权利的方式，剥夺性法律明确规定权利被剥夺的具体方式，而构成性法律则强调了成为一个权利的法律后果。拉兹改变了奥斯丁、边沁和凯尔森把法律体系基本上看做是独立的法律规范的整体，是彼此之间没有什么联系的法律规范的整体，他提出法律体系应该被看做是相互联系的法律之间的错综复杂的网络。

法律体系的特征是什么？拉兹概括为非临时性法律体系的特征和临时性法律体系的特征两项及其成员身份，拉兹同时通过引入哈特的承认规则的理论，来说明与成员资格的相关性的问题，拉兹认为承认规则是一个强加义务的规则。

关于法律制度的存在标准问题，拉兹继承了奥斯丁和凯尔森的观点，主张法律应得到遵守和服从，并对效率原则进行分析，提出了进一步的建议。

综观全书，拉兹运用他深厚的法哲学功底，对一个抽象的理论——法律体系的概念层层深入的阐

述，展现了他的独到见解：一个完整的法律体系应该包括四方面的问题：一是存在问题，即法律体系存在的标准是什么？二是特征问题以及成员资格问题，即决定一种法律归属与某一体系的标准是什么；三是结构问题，也就是要讨论所有的法律体系是否都有一个共同的结构，或者某一种类型的法律体系是否具有共同的结构。四是内容问题，即有没有一种法律它总是会出现在所有的法律体系中或者某类法律体系中，有些内容对于所有的法律都是不可或缺的，或者这些内容是区分重要的法律类型。通过对这些问题的论述（内容问题除外，除了哈特之外，分析法理学家都没有注意到这个问题）拉兹不仅提出了法律体系的理论，也为研究法律提供了一种方法论。

【延伸阅读】

[奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版。

[英]哈特著：《法律的概念》，张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译，中国大百科全书出版社2003年版。

[英]约翰·奥斯丁著：《法理学研究的范

【精彩片段】

一种体系的结构和它的法律的个别化

在一种法律体系内，不同种类和不同模式的法律之间的内部关系最终依赖于两个因素：（1）个别化的原则；（2）法律体系内容上的丰富性、完整性和多样性。无论一种法律体系的具体内容是什么，如果它的法律是根据凯尔森的原则个别化的，那么，内在关系的模式就将会与边沁的原则处理个别化问题而形成的内在关系模式有所不同。另外，如果这一体系在某些方面被贫困化了，这就会影响它的内在关系的具体模式。如果，没有一个法律是以制裁为后盾的，那么，它的法律之间就没有一种惩罚性的关系。

个别化的若干原则是由法律理论决定的，而一个体系的内容则依赖于与该体系形成有关的偶然因素。因此，也可以说，个别化的原则使得某种形式的内在关系之存在成为可能，而体系的复杂性则决定着这种内在关系是不是真的存在于该体系之中。

（第169页）

A限制性要求

(1) 被个别化原则个别化的法律不应该严重偏离，或者没有过硬理由就背离通常的法律概念。人们应该记住，这种要求主要依赖于人们的一种愿望，使法律的理论概念成为解释常识上的法律概念的出发点；而常识上的法律概念又得根据它与理论概念的离合而得到说明，理论上的法律概念又成为分析法律的最好工具。

(2) 被个别化原则个别化的法律不应该是过分重复的。当一个法律条款包括有不同的法律规定时，它可以有某些重复。例如，如果每一个法律都包括了议会有无限的立法权这样的条款，那么，所有的法律都会相互重复。

(3) 被个别化原则个别化的法律不应该是多余的。也就是说，如果一种法律的存在对于某一规范性陈述的真实性来说就足够了，那么，这样一种陈述就不应该被认为是在描述另一个完整的体系，而只能被认为是在描述前一个法律的内容。

(第170~171页)

B指导性要求

(1) 被个别化原则个别化的法律应该都是比较简单的。这也许是指导性要求中的最重要部分。把法律体系划分为具体法律的主要目的就是要创造一些比较小的、简单的单元，以便有利于针对法律体系内不同部分的讨论和参照，同时可以促进对于法律的分析。

不过，我们还是应该区分至少有两种同样重要的简单性。一种可以被称为是概念的简洁。法律在概念上应该是简洁的，它应该具有相对简单的结构，易于为人们所把握，而且它的含义应该比较容易理解。理解凯尔森式的法律的含义就应该像理解一部法学教科书一样，而且，事实上，它们也真的具有大致相同的篇幅。类似于“不得偷窃”这样一种规范的含义和结构就非常容易了解。

另一种简单是认识上的简单。也就是说，人们应该能够比较容易地发现法律的内容。一个法律概念应该根据这样的方式加以设计，即在大多数情况下，人们可以通过了解少数法令、规定、判决等而发现法律的内容。它不应该这样设计，正如边沁和凯尔森那样，通过详细审查一种法律体系内构成法律材料的大部分内容来发现某一个具体的法律的内容。还有，虽然比发现本身更加困难，但是明确法律的内容经常是一种发现，但是，这应该还是比较简

单的。根据边沁和凯尔森的意见，一个法律体系的全部内容都应该得到审查，以便明确。任何法律的具体内容一直都是被发现的。

(2) 被个别化原则所个别化的法律应该是相对自足的。每一个法律都应该构成法律体系中的一个完整的组成部分。而法律体系应该根据自然的方式划分。例如，不要求结合毫无关系的观念，不要在没有明显理由时把有关的法律分为几个部分。正如一直注意的，这种要求与前面的要求简直针锋相对。法律应该是简单的，但是不能过于简单。了解某一个法律内容应该有助于了解整个法律体系的内容。

(3) 人们一直在期待，每一种被一种法律体系所指导的行为环境（例如，在某种环境下，某人应该履行某种行为）都应该是一个法律的核心，除非这种行为环境是另一种行为环境的例子，或者除非它属于另一种环境。而后面所提及的行为环境也受到法律的几乎相同方式的指导，或者它本身就是一个法律的核心。

.....

(4) 被个别化原则所个别化的法律应该尽可能地说明同一法律体系内部不同法律之间的重要联系。

(第172~176页)

生成结构的根本关系是生成关系，也就是说，是一个法律与授权它产生的另一个上位法律的关系。生成结构还可以再分割，以便考虑到一些以前不曾考虑到的一些因素。这些因素包括：

- (1) 创造法律的具体时间。
- (2) 创造法律的机构的权威和职能。
- (3) 创造特定法律的机构的特殊权威之性质。
- (4) 在具体案例中，可以论证创造新法的那些理由。
- (5) 决定修改或废除法律具体方式的那些法律。
- (6) 修改或废除法律的现实或事实。

一种充分发达的关于法律生成结构的理论应该在法律规范中建立一种“抵制变革”的等级体制，例如抵制由于法律规范之间的冲突而产生的修改的要求。再例如提供一些具体的表现法律有效或一直有效的时间单位，不管这样的时间单位是由法律本身规定的，还是将来以这样或那样的方式加以规定的。这样一种关系体制将可以解释法律规范之间的冲突，解释克服这些冲突的不同的可能性，法律自身的程度不同的无效。它还将解释法律可以被回溯

的不同方式。

一种法律体系的生成结构将会揭示它的法律为什么曾经有效或现在有效，以及为了将来创造新的法律，不同的主体在不同的时间应该享有什么权力。它还会解释法律体系在它的存在期间是如何经历变化的。生成结构理论的发展对于理解那些本身不是临时性的法律体系，如某时存在法律体系来说，至关重要。真的，人们很容易认为，所谓生成结构就是那些非临时性法律体系自己的结构。

而所谓的运行结构只与那些临时性的法律结构有关。我们应该把它认为是临时性体系的结构。这一结构不关心法律的创造，而是关系任何特定时间内存在的法律体系的效果。一个法律的不同组成部分可以具有不同程度的“抵制变革”的力量（如果它们是由不同的立法主体所创造的），而且具有不同的持久性。一种法律体系的运行结构并不解释上述事实。它只关心法律存在期间的具体效果。

（第219~221页）

【名言佳句】

用我自己的话就是，一个人不可能具有一种他自己可以排他地和全面地控制的权利。

(第37页)

法律体系也就是法律规范的体系。

(第54页)

一种强制性的规范有四个观念起了很大作用。

规范是：(1)评价的标准；(2)能够指导人们的行为；(3)受到标准的服从理由的支持，其形式是为不遵守法律的行为描述一种可怕的后果；

(4)是由意在创造规范的人们们的行为所创造。

(第148页)

规范就是一种由威胁所支持的秩序。规范指导着受到秩序约束的人们们的行为，它是人们评价行为的标准，是由希望影响他人行为的人们们制定的，而避免它威胁要实施的制裁就是人们服从的标准理由。

(第153~154页)

秩序不是规范，而法律才是规范。

(第155页)

每一种法律体系内的许多法律都必然与权利相联系，或预先假定它的存在。

(第209页)

承认规则是一个法律规则，并且属于一个法律体系。它不同于其他规则，因为它的存在不是由其他法律的标准所制定的，而是由于它的确被法院适用这个事实所决定。

(第236页)

现存的法律体系并不总是人们更愿意遵守的那种法律体系。

(第245页)

(朱 佳)

注 释

[1] 徐爱国、李桂林、郭义贵著：《西方法律思想史》，北京大学出版社2002年版，第339页。

[2] 李桂林：“拉兹的法律权威论”，载《华东政法学院学报》2003年第5期。

[3] 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第303～304页。

[4] 吕世伦主编：《现代西方法学流派》（上卷），中国大百科全书出版社2000年版，第231～232页。

48 . 麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》

【推荐版本】

[英] 尼尔·麦考密克、奥塔·魏因贝格尔著：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

尼尔·麦考密克 (Neil MacCormick, 1941 ~) 出生于苏格兰，曾在牛津大学师从哈特，从1972年起担任爱丁堡大学法学院教授，是当代西方与拉兹齐名的新分析法学家。麦考密克的主要著作包括：《法律推理与法律学说》(1978年)、《法学理论家哈特传略》(1981年)和《法律权利与社会民主》(1982年)以及《制度法论》(1986, 与魏因贝格尔合著)。奥塔·魏因贝格尔 (Ota Weinberger, 1941 ~) 生于前捷克斯洛伐克，1968年逃往奥地利，从1972年起担任喀尔佛郎占斯大学法哲学研究所教授。他的研究

范围非常广泛，尤其是在“规则逻辑学”上卓有成效。在法哲学领域，他因与麦考密克一起创立制度法学而闻名，在法哲学界享有较高声誉。他的主要代表作有：《作为法理学和伦理学的基础的规范理论》（1981年）《形式目的性行为理论的研究》（1983年）等。

在20世纪西方法理学中，分别形成了西方法理学的三大流派：新自然法学、实证主义法学和社会法学。这三大流派鼎足而立，长期论战，但在50年代以后出现了相互靠拢、相互吸收的法理学演化图景，然而单纯的折中并包没有被普遍接受，更多的是基于回应其他流派挑战的需要，对各自所属流派的经典命题和假设作出修正，形成有一定变异的理论。麦考密克、魏因贝格尔共同提出的“制度法论”或者说“制度的法律实证主义理论”便是传统实证主义的一种变异。麦考密克和魏因贝格尔具有相似的知识背景传统，因此共同关注的理论难题使他们几乎同时独立地提出制度主义的法理学理论。

《制度法论》一书是他们的论文集。

【内容精要】

一、法律本体论及其理论意义

麦考密克和魏因贝格尔声称：“我们在提出‘制度法学’时的目的是要解释和说明规范和法律制度以及其他类似的思想——客体的存在”，制度法学“给法律社会学（和更普遍意义上的社会学）提供了一种本体论，我们声称这种本体论对于任何就法律领域和实际上是就所有那些为人类和社会特有的制度和现象所作的现实主义的分析和解释或描述来说是必要的，这些制度和现象是与法律的或别的规则或规范相互联系或依赖后者或以后者为条件的。”（第10页）

建立法律本体论是制度法学的主要目标，也是制度法学的认识论基础，它对法律的基本性质作出了一种新的界定，认为法律是一种制度事实，既是思想客体也是现实的实体。制度法学的任务就是研究作为思想客体和现实实体存在的法律，并以相应的认识论和方法论获得法律的知识。认识论是与本体论紧密相联系的，本体论要解决的是存在的问题，如果存在本体意义上的法律，那么就可以通过相应的方法论对法律进行认识，建立法律的理论。

制度法学属于分析实证主义法学阵营。在分析实证主义阵营中，对法律存在问题的讨论并非始于制度法学，“存在”、“效力”一直被认为是法律的重要属性，在法律理论中早就受到广泛关注。

制度法学以本体论作为其理论的奠基石，以对法律本体论的认识作为法律与道德、法律与事实的关系问题的突破口。其法律本体论就像本体论所具有的哲学意味一样，也是哲学思维的产物。关于法律的本体论的理论总结为：“作为制度事实的法律。”麦考密克和魏因贝格尔所提出的制度法学，一方面在吸收凯尔森理论的法律规范性观点的同时，拒绝了它将社会事实排斥在法律的内容之外的思想，避免落入唯心主义的圈套；另一方面，在考虑法律的社会事实因素的同时，又避免落入现实主义理论的简约论陷阱，做到兼采规范法学和现实主义法学二者之“长”，避二者之“短”。

制度法学坚持了“是”（is）与“应当”（ought）的二元划分的哲学理论，主张任何关于事实的陈述都不能具有规范性，不能从经验事实的陈述上得出规范性的陈述。它主张法律规范具有本体论意义上的存在。美国语言哲学家塞尔借鉴了哲学家安斯库穆的“制度事实”的概念，制度法学也从塞尔那里借鉴了“制度事实”这一重要术语。但是，塞尔的制度事实理论主要“应当是这样”能够从“实际是这样”中推导出来，例如从甲许诺付给乙5元的事实之中，推导出甲负有“应当”付给乙5元的义务的结论。制度法学拒绝了这

一理论观点，认为这种推导是绝对不可能的。婚约也不能导致结婚的义务。只有存在着规定某种许诺必须履行的法律规则，才能从该规则与许诺的事实推导出“应当是这样”的义务。

但是，法律并不是凯尔森所认为的纯粹规范体系。法律具有能动性，它对法律的创造和适用作出了动态性的规定。问题在于，在作出法律决定（立法、司法、执法和私人的法律行为）的过程中，事实作为法律推理的小前提，是否应当成为法律的组成部分。魏因贝格尔指出，从法律能动性的观点看，法律的有效性取决于法律体系内在的逻辑关系，从而可能承认法律存在于时间坐标之内。有效性能够确立的基础是规范——逻辑的演绎法，其前提是法律秩序的规范及其相关的事实认定（第53页）。在法律的确证方面，魏因贝格尔认为，规范和事实的作用是同等重要的。从广义来说，法律在指引人的行为的过程中，任何法律决定的作出都必须以规范和社会事实作为条件，法律决定也导致一定的社会行为。如果仅仅将法律的范围局限于规范，就忽略了法律能动性的重要环节。

法律规范和社会事实是法律存在的基础。规范和法律事实只能共同存在，规范离开了事实将无生命力，法律事实离开了规范将无灵魂，没有内在规

则的行为就只能是个偶然的行为。这样，制度法学就将法律规则相联系的个人行为纳入法律科学的研究范畴，从法律规则和人的社会行为之中考虑法律的存在，拓展了法律知识的领域，建立了一种有别于传统分析法学的法律知识理论。

制度法学将法律作为制度事实，吸收了规范主义和现实主义的因素，试图超越传统的实证主义和自然法学。但是，它并没有从对二者的折中落入法哲学的平庸之中。这种新的法律观建立在哲学的本体论和认识论上，试图成为一种新的开放型的法律观念。

二、超越实证主义和自然法学

制度法学以超越实证主义和自然主义而著称。然而，制度法学即使超越于实证主义和自然法学之上，它也并不希望像博登海默的法理学一样成为一种“统一法学”。它仍然坚持法律实证主义的立场，赞赏奥斯丁的名言：“法律的存在是一回事；它的功与过则是另一回事。”它认为，自然法学对任何不道德的法律制度的批判只不过是对已经存在着的法律的抱怨。对待一种邪恶的法律制度，自然法学认为“它不应当是这样”，但是实在法就是它现在存在的这种样子。麦考密克认为，如果要给一

种法律理论贴上“法律实证主义”的标签，它就必须主张：（1）法律的存在不取决于它们是否符合对所有法律制度普遍适用的任何特定的道德价值；（2）法律的存在有赖于它们是由社会中的人们的决定创立的。法律的存在与范围的确认，从否定的角度来看，不能依赖于自然法或者任何声称具有普适性的道德准则；从肯定的角度来看，就是法律具有社会渊源，并且是由社会渊源来惟一决定法律的存在与否。这种思想在分析实证主义法学的各种理论中都有表述。

制度法学的理论建树体现在它的“超越实证主义和自然法学”的理论主张和以此为基础的理论体系构造上。

首先，制度法学是规范主义的现实主义发展。法律的规范性是现代分析法学所坚持的一个基本理论观点。制度法学坚持法律属于“应当”的领域，法律影响着人们的行为举止，但不能等同于人们的行为举止。对任何法律问题的解答都不能通过科学认知或实践认知的方法，而必须求助于法律规则或法律规范。

其次，制度法学强调了法律规则在法律的正当性论证中的实际社会作用。它认为，法律不是纯粹规范的集合，它既作为理想客体存在，也作为现实

实体存在。法律作为思想客体的时候，只是可能的法律。只有在它实际地影响人们的行为，作为个人或团体的行为准则体系的一部分而起作用的时候才是真的。制度法学关注的是在社会实践过程中起作用的法律，人们的实践论证中的法律，而不是纸上的法律。它并不排斥法律社会学和自然法学所包含的合理因素，“实证主义者也能承认这一事实：作为社会制度的法律制度并不把他们规定的应当是这样说成是专横意志的产物，而说成是有道德基础和社会功能的事务”。法律的正当化理由不仅是法律规则，而且也包括目的和价值。所以，形式——目的论和分析——辩证的正义论是制度法学的重要内容。

再次，制度法学指明研究法律理论的分析方法在解决法律实证主义者和自然法理论者之间的争论中担负的任务，即注意法律的结构问题和法律推理的逻辑分析。它主张，作为制度存在的法律现实的整体被认为是实证法，法律实证主义应当与现实主义的——社会学的法律实证主义进行结合。

最后，制度法学界定了法律、道德和实证主义的关系。它认为，道德价值是法律的组成部分，并指出：“法律的存在不取决于它们是否符合对所有法律制度普遍适用的任何特定的道德价值”；“法

律的存在有赖于它们是由社会中的人们的决定创立的。”

制度法学不仅承认法律与道德之间的紧密联系，而且在超越传统分析实证主义法学的道路上走的更远，它主张价值是法律的有机组成部分。它不否认法律是依据和体现价值和价值标准的，不否认法律只能以作为公正原则加以解释，不否认法律总是在某种程度上属于一种目的论活动，因而，它把原则和价值以及随之而来的论证等因素包括在制度法学的研究范围之内。法律不仅包括法律规则，而且包括法律价值、法律目的和选择性的标准。

总之，制度法学的法律制度概念是对分析法学的一个重大发展。虽然哈特和拉兹指出了授予权利的规则和设定义务的规则的存在，但是他们都没有能够正确指出法律概念在其中发挥的重要作用。边沁和凯尔森为了强调法律的强制性，否认授予权利的规则独立存在的必要性，过分强调了法律设定义务的功能。实际上，许多法律规则的目的就是授予人们一定权利，为他们的生活提供方便，让他们选择自己的生活方式，使他们能够以某种方式达到某些法定的后果，或者让他们在不受干扰的条件下依法行事。这只是一种方便人们生活的制度性安排，法律所规定的强制措施只是为了使人们能够更好的

实现自己对未来的安排，且往往是一种备而不用的手段。

【延伸阅读】

[英]哈特著：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1995年版。

[奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版。

[英]约瑟夫·拉兹著：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社2003年版。

【精彩片段】

法律科学的性质

法律学术必须在法律制度生活中完成的这一实际任务，即培训官员、法官、律师等，使他们熟悉法律中包含的材料，其结果是，在大多数法律院校中，法学理论教育——法律教义学——是最主要的活动领域，而且实际上以一种有限的方式与实用目的联系在一起。从这个观点看，对法律规范的概念性和分析性理解——对法律科学资料的注释——是

至关重要的，而其他因素多少有些被低估了。但是，从纯粹科学的观点来看，学术有一个更深刻的目标，并且能够在此基础上提出一种比较有坚实基础的研究法律教义学的方法。如果法律科学被认为是一门学术性学科，其任务是使人理解法律现象的话，对法律内容和法律体系中的逻辑关系的分析就变为对法律和法律程序进行合理描述的工具；这就是通过法律能动性理论得出的东西，这种理论的要点是使规范和事实结合成规范——逻辑的相互关系。

一种旨在认识法律现象——而不是停留在一种静止的对可能的体系中的逻辑关系的概略描述上——的法律理论必须研究规范体系在其社会现实中的实际存在。不考虑社会现实——它与规范的存在主义方面相对应——的法律科学是不可思议的。

(第55~56页)

法律制度和法律体系的结构

在传统的法律理论的问题中，有一个问题是，如何恰当地说明法律体系中实际使用的概念。因此，如果理论上的反对意见认为概念是不必要的，法律可以在不使用概念的情况下得到阐明的话，即

使这是一个正确的和有充分根据的反对意见，它也与我的建议无关。我的建议是，法律工作者使用的制度的术语只能被理解为在复杂的成套的创制规则、结果规则和终止规则之间起组织和联系作用的术语。而且，正是主题的这种复杂性为这种术语的继续使用暗示了一个有力的、实际的理由。尽管合同法或公司法可能不像我们目前解释的那样是一些非常简单的主题，但是，如果我们试图解释它们而不提到合同或公司——作为——法人的存在（把这种存在视为创制事件的结果和一系列进一步的法律后果的条件，这些后果一直持续到发生一个终止事件为止）的话，它们将是不可想象的更为复杂。

（第73页）

分析法哲学的一个目标，也许是唯一的目标，就是要说明法系的结构。为了这个任务，有必要弄清各种类型的规则之间的区别和联系。一个重要的区别是在赋予权力的法规与不赋予权力的法规之间的区别。我不认为在不提到“法律的制度”（在我使用的这个短语的含义上）的情况下能够令人满意地或清楚地作出这种区分。而且我认为提到这个短语可以弄清一些其他的同样重要的区别和联系。此外，如果我们满足于把法律概念视为包括一组规则、这些规则作为“有效的”法律规则存在了一段

时间的话，其结果就是我们应当遵循这样的观点，即法律基本上是一种哲学意义上的制度的概念。要从一套创制规则（“承认规则”，不是所有的这些规则都是“赋予权力”的）、结果规则和终止规则的角度去理解。我已经暗示说这是一个得不到支持的观点。我将试图说明我为什么认为它是错误的理由之一，方法是讨论一下表述创制规则的可能性究竟有多大。

（第82页）

法律推理和合理性的限度

一项合理的法律程序要求有旨在支配一群人的行为的规范，从给这种行为提供较严格的评价标准的意义上是规范。某些形式的行为被认为是“错误的”而受到排斥，某些用来合法地执行旨在达到个人目的的安排的方法是“有效的”，别的方法是“无效的”等等。……为了保证把这些规范经常和持久地适用于个别的情况，就必须在有关的社会内任命一些人担任司法职务。……修改或修正整套规范的持续的过程，要求存在一个立法者或立法机构，有一个训练有素的法律工作者组成的专家团体供他们咨询。

人类的状况和正义的理想——对正义的法律认识

正义既是一个法律问题，也是一个道德问题。道德和法律的相互作用，伦理的考虑和法理的考虑的相互作用，乃是根本性的。因为一方面，所要关心的是个人对待人类同胞的自主行动中的公正的行动。另一方面要关心社会的公正的生活方式的制度化。这两方面的对正义的关心彼此增进，但本质上各不相同。除此之外，在道德论的领域内对正义的分析是从一个与法律——政治性质的角度完全不同的角度询问问题：道德论的压倒一切的问题是“我应当怎样行动？”而对人类同胞的行为的评价居其次；相比之下，在政治——法律领域内，关于公正的制度问题的是主要的，对个别事例中的个人之间的关系的公正的评价，是从一般的社会角度来看的。

(第255页)

【名言佳句】

制度——概念是用规则或通过规则表述的，规则的任何出现、发展或进化的过程都可能是制度的出现、发展或进化的过程。

(第19页)

一个规范不是一个物质实体，不是借助于观察设备就能直接或间接地观察到的某种东西。然而，种种规范显然与人们的举止息息相关，它们对人类的行为起着作用。人类的行为和不作为是规范性判断的客体。规范的存在，作为我们思想意识的一项内容的“应当是这样”，影响着人们的举止。

(第42~43页)

法律是一种社会事实，谁想要获得关于一个法律体系的知识，他就必须获得关于一个社会里实际发生了什么的信息。然而，法律是一种特殊的事实：一种在塞尔所说的意义上的制度事实。

(第135~136页)

法律是一种社会的规范制度，它是有强制的约束力，而且与一个有组织的制度联系在一起担负执行法规的特别任务。法律是构成个人和集体在其中活动的社会框架的要素。从实质上看，它倾向于保护个人的自由的道德人格和调整社会生活。

(第194页)

(徐诗洋)

49 . 昂格尔：《现代社会中的法律》

【推荐版本】

[美] R. M. 昂格尔著：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2001年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

罗伯托·曼加贝拉·昂格尔（Roberto Mangabeira Unger, 1949），美国当代著名法学家，1949年生于巴西，1969年在巴西里约热内卢大学获得文学学士学位，随后赴美国哈佛大学法学院深造，并于1976年获得法学博士学位。在此期间，他发表了两部著作：《知识与政治》（1975年）和《现代社会中的法律》（1976年），后者是昂格尔的前期代表作，并被认为是70年代以来兴起的批判法学运动（Critical Law Studies Movement）的经典之作。

昂格尔在年轻时代的经历富有传奇色彩。在美

国留学期间，他就以渊博的学识和对社会实际的深刻洞察而在同辈中崭露头角。28岁时，他已有《知识与政治》和《现代社会中的法律》两部大作在身，并作为法学新锐成为哈佛大学法学院最年轻的教授，其傲世奇才在法学史上实属罕见，似乎只有14岁任荷兰政府要职的格劳秀斯、30岁就任柏林大学校长的萨维尼和26岁发表传世经典《论犯罪与刑罚》的贝卡利亚才可与之相比。进入学术生涯黄金时代的昂格尔更是才思泉涌，又陆续发表了《激情：关于人性的论文》（1984年）、《批判法学运动》（1986年）、《可塑性权力：关于经济与军事成功的制度条件的比较历史学研究》（1987年）以及三卷本的《政治学：建设性社会理论的作品》（1987年）等著作。

除了在哈佛大学从事教学研究之外，昂格尔早年还从事过记者工作，并曾作为巴西政治活动家，积极参与组织工会和政党，担任过巴西政府要职，因此人们在评价其学术观点的激进倾向时，也常常容易将其与昂格尔的成长历程与从政经验联系起来。昂格尔所在哈佛大学法学院不但是世界最优秀的法学研究机构，而且是批判法学在美国东部的最大的基地，聚集着批判法学的几位最有代表性的法学家：邓肯·肯尼迪（Duncan Kennedy）、莫顿

·霍维茨 (Morton Horwitz) 和大卫·图贝克 (David Trubek)。但批判法学运动的最早酝酿，则是在20世纪60年代的耶鲁大学。1977年春天，在图贝克、肯尼迪和图什内特的召集下，昂格尔等批判法学核心法学家及一些社会理论家、法律院系学生和律师共50人左右，在威斯康星大学召开会议，建立了自己的组织形式：批判法学研究大会，并规定每年至少召开一次会议。从此批判法学运动日趋壮大，1982年的批判法学年会参加者已有千人之众，各著名大学的《法律评论》纷纷推出了批判法学的研究专辑，1983年第一号《哈佛法学评论》更是以超过1 / 2的篇幅登载了昂格尔的里程碑式长文《批判法学运动》(后经扩展以专著形式发表于1986年)。批判法学运动不仅在美国迅速崛起，与经济分析法学；社会法学呈鼎足之势，而且已经漂洋过海，影响了西欧、日本以及中国的法学研究。

本文要介绍的正是罗伯托·曼加贝拉·昂格尔在美国哈佛大学法学院深造后出版的《现代社会中的法律》(1976年)。《现代社会中的法律》是昂格尔的早期作品，该书发表后，在西方法学界及相关学界引起了广泛的关注。昂格尔继承的是以弗兰克为代表的基金派现实主义法学思想，将法律看做

是一种生长于政治、经济、文化、历史传统等复杂环境中的非独立因素，尤其受制于意识形态与权利机制的复杂关系。法律作为社会组织、意识结构的复杂产物，是一个“特别富于成果的主题”，它既关涉到方法论问题。又与社会秩序问题以及现代性问题紧密相连。因此，通过对现代社会中的法律进行思考，则可以直接引导我们把握上述长期以来悬而未决的问题。

【内容精要】

这本书从历史的演变和现代社会的转折两个层次上透视法律秩序和法学理论的本质，以极其明快的语言阐述了法在复杂社会中的地位，并为东西方法律体系提供了方法论的基础。[\[1\]](#)本书共分为四章，其中二、三两章是作者重点论述核心，它们被以下较短的两章而包围：目前的理论导论和最后一个理论结论。

在第一章中，作者先提出了现代社会理论的困境，包括社会理论的“历史包袱”（伟人显著的理论成就使后人在丧失独立性，只能转而投身专门性的研究）、社会理论与政治哲学的关系、社会理论的统一和危机等问题。在社会理论的统一和危机

中，作者提出了三个主要问题：第一是方法论问题，即我们应该怎样在思想和语言中描绘社会事实之间的关系；二是社会秩序问题，即是什么将社会维系在一起的；三是现代性问题，即当现代社会出现于欧洲时，是什么特点使它与其他社会形态相互区别，以及这一现代社会的自我意识与它的现实之间是个什么关系，它的表象与它的真实之间是什么关系。随后，作者再专节从方法论、社会秩序、现代性等问题，以及“人性与历史”、法律的角度，对此三个相互联系的问题进行阐述。

第二章“法律与社会形态”涉及每一种法律——包括习惯法、官僚法和法律秩序即法治，以及每一种法律得以产生的历史条件。因而，第二章把它的主题当作是讨论社会秩序问题的机会。在这一章中，昂格尔希望通过对不同社会形态中法的比较研究，加深对法治问题和现代性问题的理解。他和韦伯一样，十分关注中国社会的独特情况，并对此作了重点分析，最后指出“法律——对秩序瓦解的一种回应”。

第三章“法律与现代性”讨论现代社会中法治的意义与变形。在这一章里，昂格尔介绍了法治的概念与目的、法律秩序的基本特征、现代法治国产生的条件以及后自由主义社会（postliberal

society) 中法治的解体，设定了“超越现代社会的法律”的两种可能性。

第四章“再谈社会理论的困境”系根据中间插入的关于法律研究的所得对导言中提到的命题进行再思考，用作者的话来说就是——返回概括性思想与特殊历史认识之间的二难选择上，并且把它放回它的真实环境中：社会理论的困境，进一步阐释方法论、社会秩序及现代性等三大问题，厘清社会理论、形而上学和政治的关系。

在此，主要介绍本书的第二、三章部分内容：

一、三种法律概念

昂格尔指出，每一个社会都通过法律显示它用以团结其成员的那种方法的最深层的奥秘，因此，澄清法律与社会关系的第一步就是区分法律的主要种类，继而指出每一种主要的法律类型得以产生的历史条件。按照昂格尔的分类，不同社会形态下可能有如下三种法律形态：

1. 习惯法。习惯法或相互作用的法律，昂格尔指出，从广义上讲，它仅仅是反复出现的，个人和群体之间相互作用的模式，同时，这些个人和群体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互的行为期待。习惯法不具备公共性和实在

性，也缺乏实在性。事实判断与价值判断未能区分，法律只作为一系列基本上是不言而喻的习惯而存在，既缺乏明确的表达，也缺乏象征国家与社会分离的官方性。在部落社会里，它是最重要的行为规范。

2. 官僚法。官僚法或规则性法律，指由政府制定和强制实施的规则体系，它具有公共性和实在性，某些情况下为了一时的需要也可以具有普遍性，它总是由政府蓄意强加的，而不是社会自发形成的，它决定这一国家中不同群体相互之间的群体之间的权利关系。昂格尔说，之所以把这种法律称为官僚法，是因为它专属于中央集权的统治者和他的专业助手的活动领域。由于官僚法本身不能同时满足工具主义和合法性这两种相互矛盾的要求，因此它往往要与一套宗教戒律并存。在古代的一些大帝国中，官僚法都是和神法、习惯法同时存在的。

3. 法律秩序或法律制度。昂格尔认为，作为法律秩序的法律，不仅具备官僚法所具备的公共性、实在性，而且还具备了官僚法所欠缺的普遍性和自治性。不同于习惯法和官僚法的是，法律秩序是只在现代西方自由主义国家这个独特背景下产生的法律制度。但在自由主义国家，官僚法仍然以政

策性决定或行政命令的形式继续存在，在后自由主义国家，官僚法又有被加强的趋势。官僚规则与法律秩序的关系往往是社会变化的惊奇的显示器。昂格尔认为，法律秩序的形成得益于下面三个历史条件：一是多元利益集团，即没有一个集团在社会生活中永恒地占据支配地位，也没有一个集团具有一处与生俱来的统治权利。二是自然法观念，能够提供一种用于评价国家法和限制政府权力的普遍性的准则。三是自由主义社会与高级法信念，即相信存在这样一些最高的、普遍的、神圣的法则，使人们在论证或批判国家指定的实在法时，可作为终极性的依据。该观念的两个可能的来源是多元文化的经历和超验宗教的存在。

二、一个比较研究的实例：封建中国

昂格尔所建立的分析法律与社会关系的类型论概念框架，即将法律区分为习惯法、官僚法和法律秩序，与美国伯利克学派塞尔兹尼克（Philip Selznick）和诺内森（Philippe Nonet）关于压制法型、自治法型和回应型法的分类相比，更强调法律形态与其所处社会的意识形态、权力机制之间的平行互动，因而更注重其各自相对独立的形成、生长与存续方式，而不像后者那样较注重各法律形态相

互间的发展继承关系。非常引人注意的是，昂格尔通过中国问题的例证来加强对上述观点的论证。

昂格尔把中国法的发展分为三个阶段：第一阶段姑且称为封建时期，这一时期包括了西周的大部分，即（1122-771B.C）以及随后的春秋的部分时期（772-464B.C），早期中国的习惯和封建主义的主要载体是礼。第二阶段可以称之为改革时期，从春秋中叶始，经战国直到秦于公元前221年的统一。因为它经历了导致社会规范秩序广泛修改的社会组织和观念的变化。早期中国（大致春秋以前）未能成长起可以通过彼此制衡发展出法律秩序的多元利益集团。在这一改革中中国实现了从习惯到官僚法的转变，但中华帝国没有走上法治之路。最后，昂格尔通过分析古代印度、伊斯兰教和犹太教的神法以及古代希腊—罗马的变形，指出：“中国经验的局限性。”

三、法律与现代性：社会形态的比较

为了形成对社会进行比较的基本法则，昂格尔比较了三种社会生活的形态，即部落的、自由主义的和贵族的社会，以此剖析了欧洲贵族社会、自由主义社会的法律，着重阐述了后自由主义社会中法治的解体问题。作者说，西方资本主义民主制度演

变为后自由主义社会的某些方面，这些社会的特点破坏了法治并加强了思想和组织的发展趋向，这些趋向最终阻碍了人们依赖于作为社会秩序基础的公共性和实在性规则。接下来，作者介绍了这一新型社会生活形式的两组特点：第一组特点涉及政府公开干预从前被认为是国家行为适当领域之外的领域；二是国家与社会逐步近似，公法与私法的逐步混同。

可以说，昂格尔从一个独特的角度捍卫了现代社会法律的价值。但由于昂格尔以批判的姿态，从传统自由主义的根本缺陷入手，对社会秩序进行了重新的审视，这就使得他的论述视野开阔，征引丰富，指向明确，但逻辑性不足。这种独特的思维方式确实具有感染力，但在学术领域里面却容易让人抓到把柄。

在我国，法律的工具价值正在被重视，但法制的内在结构矛盾以及法律与社会的紧张关系一点都没有减少。如何理解法律的社会地位，如何建立更加和谐的现代社会秩序成了当代中国学人需要关注的问题。昂格尔给了我们一大堆的材料，也让我们领略到了他独特的思维方法。例如，在谈论法的终极意义时，我们不妨重新审视自然法的存在价值，对依法治国进行更高层次的分析。相信中国的学者

会从中找出对自己有用的东西来的。

最后，简单的介绍一下批判法学。批判法学是20世纪70年代在美国兴起的已故左派政治、法律学术思潮。其发展可分为两个阶段，即早期和后期。20世纪80年代，批判法学兴盛一时，其影响波及欧洲法学界，在较长的一段时间里，一直是一种十分时髦的理论。近年来，批判法学作为一场学术运动已经基本宣告结束了。批判法学本身有一个致命的弱点，它在批判和解构的基础上没有提出一种可以对自由主义法理学形成实质性冲击的系统和令人信服的法理学和社会理论，即只有批判，没有建设。[\[2\]](#)

总之，《现代社会中的法律》在历史考察和文化比较的基础上阐述了现代法律秩序产生的由来和现代法治国的必要条件。昂格尔对自由主义的批判可以从反面引导我们更深入地认识西方法律传统的形成、发展及其在晚期资本主义社会面临的危机，他对法与社会形态的比较研究，尽管存在西方中心主义的立场妨碍，对于当代中国的法治建设也仍然有一些借鉴意义。这部著作因其立意恢宏、眼光敏锐，而成为当代法律社会学中的一部名著，其影响远远大于昙花一现的批判法学。

【延伸阅读】

朱景文著：《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》，广西师范大学出版社2004年版。

【精彩片段】

三种法律概念

把法律研究与社会理论问题联系起来的学说常常争论不休，可是，仔细一看，许多争论竟来自于一种弥漫在术语中的混乱，而这应该在研究开始时就给予排除。例如，某些学派认为法律是所有社会形态共有的普遍现象。因此，它们对于法律的产生或消亡的观念不能有任何涉及。一种相反的趋势则把法律制度特殊化。从这种立场出发，人们便不可能把比较研究形形色色社会形态中法律的地位作为探讨更为普遍的社会理论问题的机会。有鉴于此，我们需要一种概念的工具，它会允许我们区分感觉与方式。在前者，法律确实是一种普遍现象，在后者，法律是特殊社会形态的独特现象。

在最广泛的意义上讲，法律仅仅是反复出现

的、个人和群体之间相互作用的模式，同时，这些个人和群体或多或少地明确承认这种模式产生了应该得到满足的相互的行为的期待，我将称其为习惯法或相互作用的法律。这种法律的概念包括两个方面，每个方面都对应于传统的习惯观念的一个侧面。一个因素是对行为的实际规则。另一个层次是正统性：权利与义务感，或者是那种把已经确立的行为模式与社会生活的正确秩序观念以及大而言之的宇宙秩序观念相等同的趋势。

对于习惯法来说，事实上发生了什么从来不能与应当做什么的问题明确区分开来。存在着这样的临界点，此时对规则的背离反而重新制定了规则。因此每种行为都导致了双重结果：它在与规则一致或者违反规则的同时，也成为界定习惯的社会进程之组成部分。所以，选择规则和依据规则做出的决定之间的区别，就像习惯与义务的差别一样，在习惯法的世界中是颇为模糊的。

相互作用的法律并不具备公共性和实在性。它的非公共性在于它属于整个社会而不专属于置身于其他社会群体之外的中央集权的政府。这些法律由一些公人（与私人相对）的惯例所组成，而所有的交往和交换都在这些惯例的基础上得以进行。

习惯也缺乏实在性：它由一些含蓄的行为标准

而不是公式化的行为规则所构成。虽然这些标准常常十分精确，但它们基本上是心照不宣的标准，它指导着某一等级的成员在特定的情况下应当如何对待同等级或不同等级的其他成员。例如：这些标准决定着在许多情况下一个个人可以期待他的男亲属做些什么，反过来，它们也规定了这些男亲属可以并且将要求他做些什么。

与成文法相比，习惯特别不准确。它们使用于狭窄限定的各类人和关系范畴而不是极其普遍的各阶级。它们不可能被归纳为一套规则，使之法典化则意味着令其面目全非。这主要是因为，习惯并不是实在的，它同规则性与标准、选择规则与适用规则之类的区别毫不相干。

尽管在每一种社会生活形态中都可以找到习惯，可是，在某些情况下，它的支配作用是排他性的。关于原始社会的人种学描述使我们开始认识到法律只作为一系列基本上是不言而喻的习惯而存在的条件。在这些条件下，既没有公式化的一般规则，也没有政府与社会的分离，后者使人们有可能把某些规则称为国家法。

第二种法律概念是官僚法或规则性法律。与习惯法不同，这种法律具有公共性和实在性。官僚法由一个具有政府特征的组织所确立和强制的公开规

则组成。无论官僚法在哪里产生，那里总存在着一个国家，并多少是有效地确定着不同群体相互间可以行使的不同权力。这与如下认识并无矛盾之处，即从更广泛的角度看，这些群体之间的权力关系可以决定政府的性质以及政府能够做什么。

当然，规则性的法律并非社会生活的普遍特点，它仅限于这种情况，即国家与社会的分离已经得以确立，而且针对普遍性程度不同的各种人和行为，某些行为标准已经采取了明确的命令、禁止或许可的形式。伴随着官僚法的出现，习惯与义务的区别或指定规则与使用规则的区别才第一次变得有意义了。

之所以把这种法律称为官僚法，是因为它专属于中央集权统治者和他们的专业助手的活动领域。这种法律是由政府蓄意强加的，而不是社会自发形成的。然而，这一定义中所使用的官僚概念知识只是从最广泛的意义上描述制定与实行法律的国家机关。

.....

第三种则是更为严格的法律概念。我们将会看到，这种法律决不是各种社会的普遍现象，它仅仅在非常特殊的环境中才能产生和生存，我们称其为法律秩序或法律制度。作为法律秩序的法律不仅具

备公共性和实在性，而且具备普遍性和自治性。

法律秩序的产生是与现代欧洲自由主义社会的形成联系在一起。一方面，政治与行政的分离，另一方面，政治与审判的分离，不仅构成立宪的奠基石，而且还成为政治思想中的一个指导原则。自由主义国家中存在一套独立的法律准则，一种专门化的法律机构体系，一种明确表达的法律理论传统及具有自己相对独特的观点、利益和理想的法律职业集团。不过，重要的是认识到，一种法律秩序是在习惯法以及官僚法的背景中逐渐发展的，而且，不同法律类型之间的区别总是处在变动之中的。

(第45~51页)

【名言佳句】

在最广泛的意义上讲，法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式，同时，这些个人和群体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互行为期待。我将称其为习惯法或相互作用的法律。

(第46页)

也许，最重要的共同前提就是：坚持把现代社

会看做是一种社会生活形态，它应该被理解为是，社会占统治地位的自我意识与它的外部组织形式之间特殊的相互作用的产物。

(第133页)

人们需要一种用于比较高视点以便从其中获得对后自由主义社会发展的认识。只有比较才能允许我们通过区别它的特殊性与它的其他社会形态的共性而掌握这种社会生活形态的整体。当被比较的社会形态可以理解为少数共同主题的不同变型时，比较的方法可能是富有成果的。这些社会所面对的类似的困境揭示了它们生成中的相似性，而且使理解它们各自的特性有了可能。

(第214页)

(张玲)

注 释

[1] 何勤华主编：《外国法学经典解读》，上海教育出版社2006年版，第588页。

[2] 严存生主编：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第471页。

50 . 维拉曼特：《法律导引》

【推荐版本】

[澳]维拉曼特：《法律导引》，张智仁、周伟文译，上海人民出版社2003年版，本篇所引均为此版本。

【背景介绍】

本书著者维拉曼特（G.G.Weeramantry）是澳大利亚声誉卓著的法学教授，他著作宏富，本书是其代表作之一。20世纪末，维拉曼特曾以澳大利亚文化代表团团员的身份，到上海后专程来华东政法学院考察，临别时赠与译者以附有著者亲笔签名的本书。

本书篇幅适中，内容极为丰富，在时间上包括从古至今，在空间上囊括全球各大洲，凡法律、法学方面的重大问题，无不一一阐明、论述。所以事实上，这是一部简明扼要的小型法律百科全书，亦是法律初学者的一部极好的入门读物。

【内容精要】

历史的统一性在于，任何人试图叙述它的一小段，必定会感到第一句便扯破了一面无缝的大网。与历史相比较，法学之域同样浩如烟海。对于任何一个法律人来说，在试图接近法学领域时，才发现这一“人文学科之王”具有着常人难以想象的广博与精深，以至于初学者往往不知如何下手。而维拉曼特的这本《法律导引》却以其丰富而简洁的叙述为法律初学者打开了一扇窗户，使读者得以窥探法学领域中最为引人入胜的园地，为更深入地研习法律提供了广阔的背景知识。

第一章为“法系概观”（我们把它看作一部简明法制通史）。其中相继介绍了史前时期与法律的诞生、发展密切相关的现象，古代世界的几个代表国家的法律特征（包括中国、印度等），以宗教为基础的法系，习惯法，中世纪的欧洲，近代法系等等。作者还以宏观的手法原原本本叙述了古今各大洲、各类型国家的法系和法律制度，尤其是对中国法律制度、法律传统和法律思想提出了独到的见解。

第二章为“法律与人类其他知识”，作者罗列了一个个小篇目，依次讨论了法律与考古学、人类

学、哲学、逻辑、语言学、文学、神学、历史、经济学、社会学、政治科学及心理学等一系列社会学各门学科的关系，以惊人的与社会学相关的知识为依托，鞭辟入里，视界宽广，为我们勾勒出一幅幅法律与其他知识交相辉映、博大精深的画卷。

从第三章开始至第八章，作者分别阐明了法律所涉及的各种具体问题，其中第三、四、五章详细介绍了属于法哲学领域内一些最重要的概念，谈到了法律的渊源、法律的本质和目的、社会联系中的法律（正义、平等等等）；第六、七章主要阐述了立法方面所涉及的一系列名词、概念，包括民主思想方面的三权分立、法治、宗教自由、言论自由、种族歧视、隐私权等，其他基本法律概念还包括人、财产、所有权、占有、责任，等等；第八章为“司法机构”，作者从司法的角度出发，详细介绍了审判究竟是怎样一个过程，英美法系中陪审制度的由来及优点，对抗式和审问式的区别，法庭及律师的作用等。作者的阐述和剖析是让人一目了然的。为了让读者便于掌握每章的内容，作者同样罗列了林林总总、言简意赅的小标题。

第九章以“人权”单独立章，谈了人权的概念及人权运动发展的过程，阐述了人权之所以在当今世界的立法、宪政的过程中占据着如此显赫的地位

的原因以及它的由来、影响和贡献，并进一步指出了人权新领域可能的方向。作者不仅以其详尽的论述展现了世界上人权的现状，并特别强调了人权并非一个抽象的和固定不变的概念，而是随时代和地域有所不同。

第十章即最后一章为“法律的新动向”，谈了19个法律的新趋向，其中不乏有作者对于法律未来发展方向的客观、全面、仔细而又大胆的预测。值得我们注意的有“趋向于增强法官的创造力”，“趋向于容忍亚文化”，“趋向于由法人承担责任”，“趋向于建立开放的政府”等若干篇。作者的这种预测不管在将来能否得到实现，单就这一章的设立而言，它体现了作者的独具匠心。

全书的结构体例细致、全面、丰富，所有的主题概念都被罗列成独立的小篇目，内容宏大，史论翔实，几乎涵盖了现代法律所涉及的方方面面，很有些小型百科全书的味道。但由于其分节细致的特点，再加上语句的精练，读来丝毫不觉得拖沓、吃力。维拉曼特的法律思维是有其独到与精妙之处的，这在他平实的叙述中，我们可以在相当多的地方感受到这种智慧。

在此试举本书精粹中的两例以显其光华。

国内法学著作多是国内法学家以本国的视角看

待现今世界各国的法律，但是本书作者以一个外国学者的身份又是如何看待中国的法律的呢？维拉曼特教授对中国的法律和法律文化传统提出了颇为新颖的见解。“长城是专制主义达到其顶峰的标志”，具有常遭忽视的法律的意义。“这是高度集权国家大规模行政改组的一个部分，统治者的意志要绝对地、坚决地执行，他是一切法律的出发点。他的命令必须严格地按字面解释。”在作者看来，中国人同希腊人一样，把注意力集中于法律的哲学方面，而不是文字方面。他们留给法律世界的遗产是人道、和解、非正式性和否认严格的法治主义的温柔而成熟的传统。

本书另一独具匠心之处，在于它有一般法律书籍所没有的一章（即第十章法律的新动向）。不谈过去，不说现在，而是根据过去和现在，预测法律的未来。从众多可能性中选取那些具有代表性的课题进行集中、典型地检验那些可预见的变化。其中容纳了包括诉讼程序、家庭法、济贫法、宪法和国际法等十九个方面，足见作者的独具慧眼。很多发展趋势都足以引起我国法学界的重视。从某种程度上说，这些可以称得上是世界范围内的法学新趋向正是中国法学所努力的方向。比如说，律师业应是一种更具现实性的职业，“象牙塔里的法律家只是

过去的形象”，未来的律师应更积极地关注社会问题，关注法律改革。律师应使大多数人获得法律上的帮助而不仅仅是有钱人的代表，只维护社会有钱阶级的利益。因此，未来的律师界将趋向于更具有社会意识。书中提到另一显著趋势，是法律愈来愈趋向于跨学科的了解。如果说过去的法律仅仅是刑法的代名词的话，那么现在的法学几乎可以说是涉及社会所有方面的一门学科。尤其是随着世界逐渐变成一个地球村，通信网络技术的发达，法律与经济学、社会学、人类学、伦理学、新兴科学技术等产生了密切的互相渗透和包容。在当今任何一个文明社会，有人类的地方就有了法律。任何重要的学术进步都立刻影响到几乎每一个知识部门。法律几乎成了社会新动态的反映。因为任何一种新的现象、新的社会关系的出现都需要法律的调整，以至于法律已延伸至各个学科领域。它已不再是一门单纯性的学科，而是一门包罗万象，反映社会变化的综合性学科。另外，作者还谈到了其他很多趋势，如趋向于有学者的参加，趋向于否定司法的形式化，趋向于由法人承担责任，趋向于形成新的财产观念，趋向于建立开放的政府等。

《法律导引》这本书的知识含量令人惊讶，体大思精。如今，法学教育越来越注重实务，偏重于

教授书本上局限的知识点，以至于法科大学毕业生和已经拿到了律师资格证书的法律人，却从未听说过边沁、康德，也从未踏实地参加过亚里士多德预示过的如此之多的有关法理学的主要问题的讨论，对印度法、犹太法、伊斯兰法则仅仅略有所闻而已。法学是一门实践学科，但是当实践性超过了其作为一个学科应有的理论性时，就是过犹不及。作为一个法律人本应具备的法学素养和理论功底现在却极其缺乏。法律研究的性质不应该如此狭隘，因此作者从法律与其他学科的普遍联系中看待法律，从社会联系中看待法律，从而理解法律怎样成为推动社会的工具；从历史、社会、哲学等诸多角度来阐述对法律的理解与认识，以期使读者对法律有一个概览性的认识。

本书并不想对涉及的每一个论题作艰深而复杂的论述，而旨在使一般读者从最初入手时就了解法律的广阔背景和法律知识的轮廓，并且注意到他所感兴趣的部分，由此而引入其他领域。因此，此书中所包含的一百多个论题若深析，则每个论题均可出书成卷。这里只是介绍论题的一般情况和精华部分。若要作深层次探讨，本书的书末文献目录中有一个详细的参考书目，可供希望进一步对某一个课题作进一步研究的读者参考使用。

“An Invitation to the law”，正如书名所示，此书正是作为一种invitation（一般中文译为“邀请”）而极力展示法学领域的精华，以吸引更多的广大法律学习者们投身于法学研究之中。它仿佛就像作者提供的一份“导游图”，使读者得以领略法学的独特景观和无穷魅力。

【延伸阅读】

[美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版。

[美]庞德：《法理学》（第一卷），邓正来译，中国政法大学出版社2004年版。

【精彩片段】

正义，这一人类观念中最难以捉摸的概念，是人们进行探索的永恒主题。各种法律制度都试图使自己同这一观念结合起来，但直到现在还没有找到使两者合在一起的强有力的环节。正义概念本身很容易用各种语言来表述。所有的统治者都宣称他们的统治是正义的。一切战争都被与统治者所要达到

的某一正义原则联系起来。这一概念缺乏内在的精确性，有利于人们带着感情色彩的联想来使用这个词。由于不满意这种做法，在历史上就有人试图在正义概念的论述中引入某种分析性因素。希腊哲学家便是试图这样做的早期思想家。

柏拉图把正义看作是依社会组织而定的个人之间的关系。要理解什么是个人的正义，必须考察正义的国家，因为惟有这样我们才可以说是接触到了这个重要的正义问题，从而对它做出更清晰的评价。

如果每个人尽其所能地发挥和履行自己的职责，并获得与其贡献相等的报酬，那就实现了正义。因此一个在恰当的地位上尽其所能的人，并且它贡献给社会的与他从社会中得到的是完全相等的人，就是一个正义的人。如果人们不处于自然地位，那这个社会就是不正义的。从观念上讲，当统治权掌握在适合于掌权的人手中，这个国家就是正义的国家，正义就占统治地位。

亚里士多德就正义的概念作了进一步的分析。他首先区别了普遍的正义和个别的正义。普遍意义上的正义，就是一切社会美德的总和。个别意义上的正义，意味着平等。现在我们就来详细地考察后一概念。

在个别正义的范围中，他又进一步区分为改正的正义和分配的正义。从此以后，这一区分在关于正义的论述中一直具有十分重要的意义。改正的正义，正像这一名称所暗示的那样，目的在于纠正受到破坏的平等。惩罚、赔偿、恢复原状，都是显而易见的例子。另一方面，分配的正义，目的在于在法律上平等的人们中均等地分配社会利益。荣誉、金钱、财物、公共财产的享有——所有这一切都必须在平等的范围内使所有的人能平等地获得。换言之，他的指令是对待“平等的人以平等”、“不平等的人以不平等”。在亚里士多德的体制中，奴隶没有平等地获得社会利益的资格，奴隶同公民是不平等的。

.....

正像我们已经看到的，洛克认为，不正义是可以纠正的，必要时可借助于革命。因而，一旦实现正义之路受阻于虚构的契约，那就必须更主动地去寻求正义的标准。洛克认为，那些被指派去维护正义的人甚至可能成为不正义的始作俑者。在洛克看来，否定生命、自由和财产这些天赋权利就是不正义，社会契约事先是无法纠正的。

密尔试图找出一个或一组到处存在并被普遍认为是正义或不正义的特征。他列举了五个——

(1) 剥夺任何人的 人身自由、财产或任何依法应属于他的东西，是不正义；

(2) 不论其法律地位如何，剥夺或拒绝给予一个人对之享有“道德”权利的东西，是不正义；

(3) 每个人 得其应得，是正义，而得其不应得，是不正义；

(4) 对任何人背信弃义，或者违反约定，或者以自己的行为故意或自愿地引起他人的某种希望，而又使这种希望破灭的，是不正义；

(5) 偏袒一方，就是违背正义。

……

在当代关于正义概念的讨论中，罗尔斯的理论占有中心地位。他宣称他的正义概念由两条原则构成：

(1) 参与时间或受实践影响的每一个人，都拥有平等的权利，即享有与一切人的同类自由并存的最广泛的自由；

(2) 如果能合理地指望不平等会对社会地位最低的人的最大利益作出安排，并且，与此相关的地位和官职在机会完全平等的条件下对一切人开放，不平等就不是一种专横的制度。

正像罗尔斯所说的，这些原则把正义表示成三种观念（自由、平等和对共同福利所作出贡献的报

酬)的混合体.....

罗尔斯的研究已经引起了广泛的争论，这部分地是因为他的观点代表并汇集了过去各种正义理论，部分地是因为他的方法的独创性和新颖性。

罗尔斯也遭到了抨击。批评他的人特别论证道，他提出的方案是不现实的，并且罗尔斯所塑造的代表大会那场戏里的人物的行为，与现实生活中的人们对于正义的态度是不相符合的。而且，作为不平等和资源日渐短缺时代的一种哲学，他还需提供许多东西。罗尔斯有一条特别重要的原则是，大会代表决不会同意那种使他们的境况比开始时更糟的统治。这与他的第二条正义原则是联系起来的，即社会和经济的不平等必须调整到对社会地位最低下的人有最大的利益。这也许就是罗尔斯理论的最吸引人之处。

最近，诺齐克在批判罗尔斯的同时，提出了一种保护权利的正义理论。一个人得其应得，这就是正义。强迫他与地位较低的人进行对话，就是不正义。能否期望一个人自愿进行明显地于己不利的交易呢？答案显然是否定的。因此产生了一个强制的问题：能否认为强制是无可非议的呢？

当然，这种观点，除了只保存财产和特权，而不管会引起怎样的社会问题和人类问题外，并没有

更多的内容。笔者认为，这种哲学完全不适合人类社会的当前需要。

实际上，在现今，正义理论不仅必须把人类看作是一个单一的家庭，而且必须考虑各代人之间的正义问题。我们这代人正由于乱采属于未来许多代人的地球资源而遭到非难。怎样来理解我们与下一代，或与两世纪后的那代人之间的正义问题呢？令人鼓舞的是，可以看到现代的正思想已经注意到了这一问题。巴里教授一直赞同这样的观点，即活着的人任何时候都是我们这颗星球的保管者，而不是所有者，他们至少以不劣于他们接受时的那个模样传给下一代人。对这种观点，许多环境保护主义者是一直感到满意的。

显然，由于文化和历史背景的大相径庭，一个时代的正义观念不可能同另一个时代的正义观念相吻合，因而，寻求一个同等的适用于一切时代的普遍的价值观是一种错误。一个把奴隶制看作是公理的社会，或把种姓制度看作是神的安排的社会，必然难以接受普遍的个人平等的概念。当代世界的一个极大问题，就是要阐明一系列超越文化障碍的普遍的正义原则。

应付这种困难的方法是适用“正义区域”这一概念。有些文化背景或传统背景彼此相当接近，最

终导致共同接受一系列有关正义的价值观，形成“正义区域”。欧洲人权法院所辖各国都共同承认一系列正义价值观，证明这种可能性是存在的，指望一个中华帝国的官吏、土耳其苏丹或者波利尼西亚的酋长会赞同这些普遍的正义价值观，简直是痴心妄想。这种文化上的极大差异，甚至在同时代的各种文化中也会普遍存在。因此，我们必须意识到一种可能性，即当我们在议论普遍的正义概念时，我们也许已从一个正义区域跨入另一个正义区域。

这种认识会有助于避免那种臆想出一套普遍价值的大谬误，而这种谬误常常使国际上对这些问题的讨论陷入混乱。不同正义区域之间当然可以架设桥梁，但首先必须认识到它们作为实体是存在的。朱利叶·斯通教授详细阐述过的这一理论，给关于普遍正义的讨论带来了现实因素。

.....
尽管难下定义，但一切法律制度仍然把正义观念看作是一种永久性的鼓舞力量。在1980年12月向全世界发布的一个重要通谕“上帝的垂怜”中，教皇约翰·保罗二世提醒人们，形式化的法律制度会腐蚀、侵犯和压制人民，并否认人民的基本权利。当法律制度离开正义观念发挥作用时，这个有影响

的文件及时提醒世界人民，法律制度是有局限性的。（第213~219页）

【名言佳句】

正像许多大法学家曾提醒过的那样，一页历史往往抵得上一卷逻辑。如果我们不去看一条法规在历史上的来龙去脉，那么我们也许就完全把握不住这条法规的意义。

（第120页）

必须认识到，每有一个与法律有关的、以正式提起诉讼的形式告到法院里去的案件，就有一百个、也许是一千个与法律有关的事件已经在远离法学家和法院的社会环境中自行解决了。……人们仅仅看到了一座冰山的顶峰，就以为是看到了整座冰山。

（第242页）

相信自己拥有契约自由的20世纪的人类，在许多方面远比其遥远的过去时代的祖先更受契约桎梏的束缚。

（第252页）

梅因所持的、对他那个时代来说是异常敏锐的
见解，正被现代的知识 and 经验证明是不恰当的。
(第253页)

(朱 怡)

后 记

编完全书以后，感到还有几句话要说。去年夏天，武汉大学出版社的郭园园老师打电话来，说她们正在编辑一套“中国十大杰出中青年法学家文丛”，问我手头有否已经完成或即将完成的书稿。

当时，自己的专著《法律文化史谭》刚刚出版，《中国法学史》（三卷本）正在法律出版社排版，马上要付印。手边正在撰写的《中国法学史》第四卷一时半载还完成不了，故只好回绝了。

但郭老师热情地向我说明，本套丛书是开放性的，对书的体例“不拘一格”，既可以是个人专著，也可以是编著或主编的作品。经她这么一说，我想最近刚完成了一本《西方法学名著述评》的著作，虽是主编，但还是有自己的特色，有一定的学术价值。这样，本书就在武汉大学出版社的热诚关爱下诞生了。

关于本书的特色，我已经在前言中作了说明，这里就不再赘述。我要补充的是，参加本书撰稿的作者都是华东政法学院法史、法理、宪法和行政法专业的博士、硕士研究生，而书中述评的西方法学名著，大部分都已经在课堂上由我们师生进行过精读、讨论、讲述、评判，对其内容、特点、精神、

影响等，撰稿人都已比较熟悉，所以成稿比较顺利。为了表示文责自负之意，每篇述评的末尾都有撰稿人的署名。当然，对全书的框架体系、谋篇布局以及统稿整合等，仍由笔者承担全部责任。

我的硕士研究生于明和本校法律学院副教授魏琼博士参加了部分稿件的审阅，武汉大学出版社法律事业部主任郭园园老师和本书责任编辑张琼老师，为本书的出版付出了辛勤的劳动。在此均表示笔者的一片谢意。

何勤华

于上海·华东政法学院

2007年2月22日