

辽宁科技大学学科专著、译著出版基金资助出版

# 西方法治传统与法 文化流变论略

张治海摇著

吉林人民出版社

# 西方法治传统与法文化流变论略

---

著 者:赵来文

责任编辑:谷艳秋

封面设计:创意广告

责任校对:王炳顺

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春永恒印业有限公司

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:8 字数:200 千字

标准书号:ISBN 978-7-206-05275-0

版 次:2007 年 12 月第 1 版

印 次:2007 年 12 月第 1 次印刷

印 数:1-1 000 册

定 价:24.00 元

---

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

# 目摇录

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 序摇言 .....                     | ( 员)  |
| 第一章摇古代雅典、罗马法的成因 .....         | ( 员)  |
| 一、古代雅典法的形成 .....              | ( 员)  |
| 晃初具雏形——从提修斯改革到德拉古             |       |
| 摇立法 .....                     | ( 员)  |
| 晃雅典法的大发展——梭伦改革 .....          | ( 源)  |
| 晃雅典法的最终形成——克利斯提尼改革 .....      | ( 苑)  |
| 二、罗马早期法的形成 .....              | ( 员园) |
| 晃塞维阿·塔里阿改革 .....              | ( 员园) |
| 晃罗马成文法的诞生 .....               | ( 员猿) |
| 三、古希腊 (雅典) 法和古罗马法特性简要理析 ..... | ( 员远) |
| 第二章摇西方个人本位法的形成及其发展 .....      | ( 员怨) |
| 一、从氏族本位到个人本位：个人本位法的形成 .....   | ( 员怨) |
| 二、从氏族、上帝到个人：个人本位法的曲折发展 .....  | ( 圆缘) |
| 三、社会集团本位对个人本位的挑战和个人本位         |       |
| 摇摇的复归 .....                   | ( 猿源) |
| 第三章摇西方法文化的传统属性：私法文化 .....     | ( 猿怨) |
| 一、私法传统的发达 .....               | ( 猿怨) |

## 2 | 西方法治传统与法文化流变论略

|                                        |      |
|----------------------------------------|------|
| 罗马法的早期特色 .....                         | (猿怨) |
| 罗马法典的充分发展 .....                        | (猿员) |
| 二、近代前西方刑事民法化与近代以来公法发展及其<br>摇摇私法化 ..... | (猿怨) |
| 第四章摇摇西方法律中的宗教性：基督教的深刻影响 .....          | (猿缘) |
| 摇摇一、早期基督教对罗马法的影响 .....                 | (猿缘) |
| 二、中世纪基督教的神圣化法律化 .....                  | (猿缘) |
| 三、教会法权威的衰落及其对西方法文化发展影响<br>摇摇的延续 .....  | (猿缘) |
| 第五章摇摇西方法律体系的开放性特征 .....                | (猿员) |
| 一、西方法系的开放性时空特征 .....                   | (猿圆) |
| 罗马法大多源组合性 .....                        | (猿圆) |
| 罗马内外相互交流与联系和自我更新 .....                 | (猿远) |
| 罗马法系的不断前进发展 .....                      | (猿愿) |
| 二、西方法系开放性机制的成因试析 .....                 | (猿员) |
| 罗马地理条件 .....                           | (猿圆) |
| 罗马移民 .....                             | (猿猿) |
| 罗马海上贸易 .....                           | (猿猿) |
| 第六章摇摇西方法学的兴起及其发展 .....                 | (猿远) |
| 一、西方法探究的兴起、发展及其导因 .....                | (猿远) |
| 罗马西方法学的兴起 .....                        | (猿远) |
| 罗马西方法学的繁荣兴旺及其特点 .....                  | (猿圆) |
| 罗马西方法学发展发达的原因 .....                    | (猿缘) |
| 二、西方法学诸学派的共同特性和倾向 .....                | (猿苑) |
| 三、西方法学对法律、法文化和法制传统发展的推动                |      |

|                           |      |
|---------------------------|------|
| 摇摇作用 .....                | (员圆) |
| 第七章摇林林总总的西方法学学派及法学家 ..... | (员圆) |
| 一、西方主要法学学派 .....          | (员圆) |
| 晃隋罗库卢斯学派和萨宾学派 .....       | (员圆) |
| 圆注释法学派 .....              | (员圆) |
| 猿队人文主义法学派 .....           | (员圆) |
| 源历史法学派 .....              | (员圆) |
| 缘分析法学派 (分析实证主义法学派) .....  | (员圆) |
| 远社会学法学派 .....             | (员圆) |
| 苑新康德主义法学派 .....           | (员圆) |
| 愿新黑格尔主义法学派 .....          | (员圆) |
| 怨社会连带主义法学派 .....          | (员圆) |
| 员圆自由法学派 .....             | (员圆) |
| 员圆现实主义法学派 .....           | (员圆) |
| 员圆利益法学派 .....             | (员圆) |
| 员圆斯堪的纳维亚法学派 .....         | (员圆) |
| 员圆心理学法学派 .....            | (员圆) |
| 员圆政策法学派 .....             | (员圆) |
| 员圆新分析法学派 .....            | (员圆) |
| 员圆新自然法学派 .....            | (员圆) |
| 员圆新托马斯主义法学派 .....         | (员圆) |
| 二、西方著名法学家 .....           | (员圆) |
| 晃帕拉图 .....                | (员圆) |
| 圆亚里士多德 .....              | (员圆) |
| 猿西塞罗 .....                | (员圆) |
| 源托马斯·阿奎那 .....            | (员圆) |
| 缘马基雅维里 .....              | (员圆) |

|               |      |
|---------------|------|
| 邁博丹 .....     | (员腕) |
| 雍略劳秀斯 .....   | (员腕) |
| 愿科克 .....     | (员愿) |
| 愿霍布斯 .....    | (员愿) |
| 员郎洛克 .....    | (员颢) |
| 员郎孟德斯鸠 .....  | (员颢) |
| 员郎卢梭 .....    | (员颢) |
| 员郎罗伯斯庇尔 ..... | (员颢) |
| 员郎普芬多夫 .....  | (员缘) |
| 员郎贝卡里亚 .....  | (员缘) |
| 员郎萨维尼 .....   | (员颢) |
| 员郎康德 .....    | (员颢) |
| 员郎黑格尔 .....   | (员颢) |
| 员郎边沁 .....    | (员园) |
| 员郎奥斯特丁 .....  | (员园) |
| 员郎梅恩 .....    | (员园) |
| 员郎耶林 .....    | (员源) |
| 员郎施塔姆勒 .....  | (员缘) |
| 员郎柯勒 .....    | (员缘) |
| 员郎霍姆斯 .....   | (员源) |
| 员郎庞德 .....    | (员颢) |
| 员郎富勒 .....    | (员源) |
| 员郎狄骥 .....    | (员颢) |
| 员郎拉德勃鲁赫 ..... | (员园) |
| 猿郎凯尔森 .....   | (员颢) |
| 猿郎德沃金 .....   | (员颢) |
| 猿郎哈特 .....    | (员颢) |
| 猿郎罗尔斯 .....   | (员源) |

|                            |      |
|----------------------------|------|
| 猿圆 陇勃罗梭 .....              | (员圆) |
| 猿圆 彼得拉日茨基 .....            | (员圆) |
| 猿圆 牧野英一 .....              | (员圆) |
| 第八章摇西方法文化的传统精神——法治 .....   | (员圆) |
| 一、“法治”概念的简析 .....          | (员圆) |
| 二、西方法治主义精神的追本溯源 .....      | (员圆) |
| 三、近代以来西方法治理论的完善与力行 .....   | (员圆) |
| 四、对于西方法治的成因与成就的理析 .....    | (员圆) |
| 第九章摇正义——西方法文化的价值追求 .....   | (员圆) |
| 一、西方法学家们对法律正义的追求 .....     | (员圆) |
| 二、法律统治：西方社会实现正义的基本途径 ..... | (员圆) |
| 三、西方法律正义论的基础及意义 .....      | (员圆) |
| 主要参考文献 .....               | (员圆) |

## 序摇言

新中国成立后，彻底告别了用西方思想指导研究西方政治思想的历史。缘多年来，我国政治学界一批老中青学者，从西方政治思想出发，运用辩证唯物主义和历史唯物主义观点和方法研究西方政治思想的历史和现状，教学和研究工作不断趋于活跃。据杨海蛟先生主编的《新中国政治学的回顾与展望》披露，至 圆园园年上半年，全国出版有关西方政治思想史方面的专著和教材达 缘余部。我对西方政治思想史，当代西方政治思潮和法文化的学习与思考，总的体会是：

第一，迄今为止，我国西方政治思想史的教学与研究同西方法律思想史及法制史的研究与教学是分家的，这种情形与西方政治文明政治文化的历史发展是不相符合的。事实上，西方社会自古希腊罗马以来以迄 圆世纪，民主和法治始终是其政治文明政治文化发展的两大主题，也是其政治发展贯彻始终的两大主题。因此，对这两主题的研究，特别是对西方法制传统和法文化的研究，对深入了解西方文明的内涵有实际意义。

第二，西方政治思想、学说和理论，在其历史地前进发展进程中，包括其中世纪时期有过神学的外衣和包装，在学术学理上，自然法学派的法文化内涵的政治思想、学



说和理论，包括指引着资本主义政治文明建设实践的发展，都占据主流的从传统直至现代化的地位。如不能从法治传统和法文化流变的历史演进上去观察、思考西方政治思想、学说和理论的发展史，我们也不能很确切地把握其精神实质和它的规律性。

第三，从 19 世纪、20 世纪的世界史上来看，西方文化包括其政治法律文化的影响所及，涵盖世界大多数民族国家，西学、西方文化的世界性扩张，即使从 19 世纪 40 年启动的全球化进程算起，也已 160 多年。当今世界，国际合作日益发展，国际竞争日益激烈，我们主动积极参与世界共同发展，要和西方社会的经济、政治、文化频繁接触，同他们打交道，“知己”更要“知彼”，一方面要应对其文化东进，另一方面也需要从人类政治文明的大道上吸取其可以为我们所用的东西。

正是基于上述三方面的考虑，近年来我选择了这一课题进行初步研究，提供了这份研究报告式的粗略成果。

严格说来，我并不完全具备从事这项研究工作的条件。一方面，对西方法治传统及其法文化流变的研究需要亲历西欧、北美诸西方国家（或至少至英国、美国、法国、德国、意大利）进行考察，才能由表及里、由浅入深、由各历史时段到空间扩展切实地了解、认知和评析。另方面，应该从西方政治法律学术著作的原始文本中去把握其状貌、思路历程及其体系结构、理念和逻辑。但由于种种原因，这方面的图书进口有限，现在中文译本仅有严复所译、20 世纪 20 年代和 30 年代所译的最著名的西方思想家、政治家和法学家的重要代表著作。这样，一无出国考察的机会，

二无充分的文本原始资料，只好凭借所借的有限资料，并同时参照国内外相关专家、学者的一些研究成果，简要疏略地耙梳理析，提纲挈领地作一粗陋的分析。

需要说明的是，我从事这项研究也是为了适应教学工作的需要。多年来，我在本科教学和研究生教学、接触西方政治思想和法律思想时，深切感到学科建设上内容更新的必要和迫切，特别是需要改革教学，——从描述、阐释、介绍提升为深思、评析和人类文明共性选择。此外，更为重要的是受到政治因素的促动。1997年 9月，中国共产党第十五次全国代表大会确定实施依法治国，建设社会主义法治国家的基本方略，明确我国今后的政治建设与政治体制改革的战略目标。1999年 9月，中共中央总书记江泽民在中央党校省部级干部进修班毕业典礼上讲话，提出进一步发展社会主义民主，建立完整的中国特色社会主义法律体系，建设社会主义政治文明，与物质文明建设和精神文明建设并列。中国共产党第十六次全国代表大会重申上述各点并作出了相应的决议。人类政治文明应该包括各个民族人们在政治生活中所持的政治理想、理念，政治智慧，政治制度选择，政治行为规范和程序化的方式方法等，其实质性内涵是民主和法治。中国的政治发展要走自己的路，即走建设中国特色社会主义政治文明之路。到本世纪中叶，中国应能成为世界上先进的法治国家和法治社会。达到这一步任重而道远。考虑到中国历史上民主传统甚少，古代的法律体系是封建宗法专制主义的法律体系，虽然也有过韩非提出的“惟法为治”的主张，却从未有过以民主政治为内容的法治主义为精神支柱的政治体制国家体制，因此，

在坚持社会主义政治大方向的前提下和基础上，借鉴西方法治传统及其法文化流变中体现至今的现代法治精神，取其精要、避其弊害，应该是可以为我所用的。有鉴于此，作如是出，拓展一个适应现实需要的研究领域。深入一步的研究，尚有待作更多更大的努力。人类基于社会实践的认识问题的程度是随着历史时空事件的发展变化而发展变化的。现在奉献给读者的这部书稿，自然有着作者个人的和时代条件的限制性，这里扼要地就其体系结构及其基本思路作些说明。

马克思和恩格斯在《德意志意识形态》中指出，世界上惟一的科学即历史科学。历史可以分为自然史和人类史，自然史和人类史是密切相连的；只要有人存在，自然史和人类史就彼此相互制约。而意识形态本身只不过是人类史的一个方面。<sup>①</sup>我们这里的研究对象——西方法治传统及其法文化，就是从“人类史”的广角，考察西方社会从古至今的法治意识、法文化体系的历史及其在各个历史时段的表现及其自然的社会的的基础和动因。在方法论原则上，我们自然地运用了历史主义原则。

西方法治传统、法文化流变的历史逻辑起点，是古代雅典、罗马法的起源和形成。这主要归因于古希腊罗马所处的特殊的、开放的、人类活动外向的自然地理条件和他们的城邦国家形成及其民主共和政制。其直接推动力则是古希腊罗马一代又一代政治家进行的政治法治化改革，这些改革，无疑是人类政治智慧、政治文明在西方社会的最

---

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯文集》（第 5 卷），人民出版社 2009 年版，第 100 页。

初表现。自那时起经过欧洲中世纪至近代，西方法文化的发展基于商品经济的发展、对市场主体人格的尊重和他们的权利的确认，西方个人本位法得以形成并不断向前发展。西方个人本位法的实质是权利本位法制的历史地定位，它的发展进程大致经历了三个阶段，即从氏族本位到个人本位，从氏族本位到上帝意志再曲折地归于个人本位，最后从社会集团本位对个人本位的挑战终致个人本位的复归。从经济因素的决定性作用看，个人本位法的定位定格，不独是西方社会诸因素促成的结果，而是商品经济中资本流动带来的“世界性”和市场经济的普世化导致的必然结果。个人本位法的历史地位的确立，在西方社会形成了法文化发展的导向，使西方法文化传统属性具有世界历史影响的特性，即私法传统的发达、民法典的充分发展，以及刑事民法化和公法发展中具有私法化的倾向。西方法律体系的发展比之于东方法律体系的发展，有其宗教性特点，即基督教自早期至中世纪及其以后，对西方法文化的发展发生深刻的影响。

这种历史影响，使西方文化的发展具有曲折性、复杂性，但它没有改变西方法文化以人为本、以个人权利为本位的实质。从法律本身而言，西方法系（近代以来形成的英美法系和大陆法系）是具有开放性时实特征的法系，这一法系至今存在和实际应用于大多数国家，是因为它具有庞大多源组合性和内外相互交流与联系和自我更新的品质。西方法系的不断“前进式”发展，盖由于它的特殊地理条件、海外移民与吸纳移民及海上贸易的持续发展和不断拓展。西方法文化的发展，在学术上的“文化基因”是西方

政治学特别是法学的繁荣。西方法学的兴起和发达，其动力源泉有三个：一是法治社会的社会机制特性；二是正义价值内涵的法的观念体系；三是法律教育的发达和法学学术传统的世代传承。正因为如此，西方法学丛林中，排列出林林总总法学学派，站立着从柏拉图到罗尔斯众多著名的法学家。（本书限于篇幅，只简要评介了五个西方主要法学学派和四位西方著名法学家，其中有一些同时是哲学家、政治思想家或政治学家）

值得一提的是，对于西方法文化的传统精神和价值追求，应给予特殊的关注。但由于这两个问题是需要分别专门撰述成单行文本的，这里只是简赅地点评。对此，中外学者迄今仍是“仁者见仁，智者见智”。笔者赞同这样一种观点：西方法文化的传统精神是法治主义，西方法文化的价值追求是“正义”。当然，对于西方的法治主义和法律正义观，即使在欧美诸国也是各异其趣。一般而言，“法治”和“正义”应该成为人类政治文明建设的两个标尺，其发展水平的两个衡量标志。从法治与正义的制度化规范化程序化来说，各国有不同的国情，自然会有各具民族特色的选择。

# 第一章 古代雅典、罗马法的成因

## 一、古代雅典法的形成

在人类政治文明史上，古代希腊的物质文明、精神文明和政治文明的一体化统一结合发展显示出其独特的历史特征，即在空间上和时间上太过广阔和具有多样性，以至不能够形成一个单一的希腊法律体系。然而，古希腊国家和法律却是共同一致地伴随着“城邦”的发展过程而成长起来的。而城邦是以雅典为最具代表性的，因此，探讨、理析雅典国家与法制的形成，对于了解古代希腊法的产生及其内涵的政治文化法文化内寓的精神应具有特殊的代表意义。据有的学者研究表明，希波战争之后雅典在事实上成为全希腊的楷模，其民主制度成为各个城邦效法的榜样。如雅典政制中最富特色的陶片放逐法，根据历史考证，就有米利都、阿尔哥斯、叙古拉、麦加拉四国仿照执行。<sup>①</sup>世界史和希腊史研究都认为，雅典城邦起源于提修斯政治法制改革，经过德拉古立法、梭伦变法，至公元前594年的克利斯提尼改革最终形成。雅典国家及法也大体上经历了同样的过程逐步发展起来。因此，对古希腊（雅典）法的形成的考察，须从初具雏形，较大发展和最终形成的三个阶段的具体情形进行梳理分析。

### 初具雏形——从提修斯改革到德拉古立法

在历史地理上，古希腊包括今天的希腊半岛、爱琴海诸岛、

<sup>①</sup> 《顾准文集》，贵州人民出版社1994年版，第140页。

爱奥尼亚群岛以及小亚细亚的西部沿海等地区。希腊半岛是古代希腊世界的本土，它的地理很特别，整个地区崎岖不平，仅沿海有一些较小的平原，但关山阻隔，冬季几乎无法通行。这种自然地理环境，使诸岛上的居民，天然形成一些城镇政治单位，农业不发达，依靠开采矿石，从事小手工业制造业和对外海上贸易维持生活，与外界进行交换。技术、工艺有一定的发展，城镇与工业的社会联系冲破了血缘伦理关系的窒碍。对内对外都较少有封闭性。

事实上，在公元前 15 世纪时，希腊就已经有了较为发达的迈锡尼文化了。然而，于公元前 12 世纪时发生的部族大迁移严重冲击和毁坏了迈锡尼文化，使希腊文明一度衰微，进入了被称为“黑暗”的多里安时代。经过缓慢的渐进发展，“黑暗”逐渐消退，迎来了公元前 8 世纪前的“荷马时代”——“英雄时代”的曙光。从公元前 8 世纪开始，希腊文明以完全崭新的面貌出现在人类文明大道上，著名的影响整个西方文明发展的“城邦时代”到来了。历经 1000 多年城邦的发展，希腊提供了西方政治文明上最早的丰富的制度化政治产品——城邦制度。

雅典的地理位置和地形地貌是独特的。它位于希腊半岛东西方阿提卡半岛上，面对萨罗斯湾，具有优良的海洋运输的对外贸易条件和发展商品经济的自然基础。这些条件和基础，到了城邦时期得到了充分开发利用，从而深远地影响了雅典的历史。到英雄年代，雅典还处在氏族部落社会发展阶段，存在四个部落。实行原始民主制，有人民大会、人民议事会和王（巴塞勒斯）等前国家公共权威萌芽性机构，国家、法律处在原始民主萌芽状态。由于氏族部落内部的经济的发展，特别是社会分工的进一步发展，氏族、胞族和部族成员，很快杂居起来，从而打乱了氏族制度前述各个机构的正常活动秩序。原来的氏族机构只是处理本氏族和本部族的内部事务，对别的氏族别的部落的氏族不予受理不

能处理。这样，不同氏族不同部落人们的杂居，便引起了氏族管理上的空缺和氏族制度的危机。这就需要对氏族制度进行变革，提修斯改革应运而生。对于提修斯改革的过程在此不予叙述，恩格斯对其作了总括性的说明，他说：这一改革首先在于，在雅典设立一个中央管理机关，就是说，以前由各个部落独立处理的一部分事务，被宣布为共同的事务，而移交给设在雅典的总议事会管辖了。由于这一点，雅典人比美洲任何土著民族都前进了一步：相邻的各部落的单纯的联盟，已经由这些部落融合为统一的民族 [氏族] 所代替了。于是就产生了凌驾于各个部落和氏族的法权习惯之上的一般的雅典民族新的法律保护。但这样一来就跨出了摧毁氏族制度的第一步。因为这是后来容许不属于全阿提卡任何部落并且始终都完全处于雅典氏族制度以外的人也成为公民的第一步。提修斯所制定的第二个制度，就是把全体人民，不向氏族、胞族或部落，一概分为贵族、农民和手工业者三个阶层，并赋予贵族以担任公职的独占权。<sup>①</sup>

可见，提修斯改革是完全在氏族内部的矛盾冲突的情势下进行，对于这种矛盾冲突的控制在新秩序范围内，便是雅典国家与法产生的一般条件和特定形式。提修斯改革具有重大的政治文明史开创性意义。数百年来的王政时代，统一的阿提卡最高统治权是属于雅典王（巴塞勒斯）的，提修斯改革为王政时代画上了句号。从此引导雅典进入贵族执政的时期，向民主政治迈进了一步。但是，提修斯改革是有历史局限的，它只是迈出了打破氏族血缘关系的虽说勇敢但很艰难的第一步。因为贵族和平民（农民和手工业者）之间的矛盾非但没有解决，反而由于赋予贵族担任公职的独占权而日益加剧了。尤其是在法权方面，矛盾更加

---

<sup>①</sup> 《恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》（第 4 卷），人民出版社 1995 年版，第 152 页。



趋于尖锐。当时雅典的法律形态主要还是习惯法，习惯法是暗中秘密被援引运用的，氏族贵族往往随意地按照自己的意志去理解法律和适用法律，以庇护同一氏族人员，却无端地迫害平民。

对于雅典而言，实行习惯法时期是一个很艰难的时期，由于平民与贵族的矛盾此起彼伏、接连不断，广大平民要求制订成文法的呼声甚高，以限制贵族的滥用权利。平民与贵族的斗争持续进行，直到公元前 594 年，氏族贵族终于被迫让步——授权执政官德拉古进行改革，以制订成文法平息平民与贵族之间的斗争。

德拉古主持制定的法律没有传留下来，表明对后世的影响不大深远。根据波桑尼阿的《希腊纪事》和亚里士多德的《政治学》的有限记述，德拉古立法以严刑闻名，重刑被广泛采用，允许债权人将欠债不还的债务人及其家庭出卖到国外或者强迫变为奴隶，杀人案件和政治案件仍然由贵族进行审理。从上述两部著作的零星记载可见，当时的社会政治形势仍然严峻：贵族虽被迫制定了成文法，但是，德拉古法的内容和法律精神仍然偏袒贵族，贵族仍有一部分司法特权，牵连家属“同坐”显然极不合理。这在当时是难免的，但也潜存着进一步改革的导因。尽管如此，我们还是需要肯定德拉古立法的历史意义，它继提修斯改革到德拉古立法，雅典法已初具雏形。

### ■ 雅典法的大发展——梭伦改革

梭伦改革通过变法使雅典法获得了巨大进步和发展。德拉古立法一方面表示平民对贵族斗争的重大胜利，另一方面意味着贵族对平民被迫作出的很有限的让步。德拉古立法并未解决雅典的内在矛盾，矛盾非但没有和缓下来，进而由于工商业、货币的胜利进军以及债务经济的不可阻挡的向前发展，使贵族与平民之间的对立日益尖锐和关系紧张起来。在梭伦变法以前的几百年中，雅典氏族制度不断趋于瓦解，氏族内部的贫富悬殊状况日益明显。