

# 中西法律思想源流解读

姜丽萍 著

黑龙江人民出版社





## 二、中希法魂的几大不同 /6

1. 神灵不同：祖灵与神灵 /7
2. 英雄不同：天子与超人 /10
3. 文明诉求不同：德与力 /12
4. 神话内结构的不同：崇拜性与解释性 /14
5. 不同的法律诉求 /17

## 三、不同的文明定势与人文环境：乡土的中国与爱琴海的古希腊 /18

1. 迁徙文明与乡土文明 /18
2. 河流文明与爱琴海文明 /20
3. 宗法家族与宙斯神谱、血缘与地缘 /22

## 第二章 中希法制思想的不同开端 /25

### 一、中国法律思想的最初发展脉络 /25

1. 法律的宗教渊源：图腾崇拜、祖先崇拜、天神崇拜 /26
2. 颛顼“绝地通天”改革与天王民三者关系的确立 /28
3. 从“公天下”到“家天下” /30
4. 天人关系从先祖的“宾于帝”到“天子”的“敬天保民” /32
5. 周朝灭亡的根本原因：丧失内在合法性 /36

### 二、中国上古和谐社会的启示 /38

1. 和谐社会的根本：确保政权的内在合法性 /38
2. 和谐社会的真理：两个法则的和谐关系 /42
3. 中国各族先民合法性的合力 /43

### 三、两种自然法的开拓 /46

1. 古希腊自然法的产生 /46
2. 古希腊自然法的发展 /48
3. 中国先民自然法的开拓及其与古希腊的区别 /54

### 第三章 中希“人治”比较：礼治与智慧之治 /59

#### 一、从礼治到仁治的发展 /59

1. 中国初始法律特点：刑始于兵、礼起于祀 /60
2. “礼治”的最初发展演变 /65
3. 颠沛流离的人生 /67
4. 孔子纳“仁”入“礼” /69
5. 以“仁治”丰富了“礼治”的思想体系 /70

#### 二、柏拉图的智慧之治 /72

1. “爱智慧”的历程 /72
2. 法治：“退而求其次” /78

#### 三、礼治的可能与哲学王的不可能 /81

1. 礼治如何成为可能 /81
2. 柏拉图理想国的不可能 /85
3. 人治的合理性思考 /88

#### 四、孔子与柏拉图人治法律思想同异之比较 /89

1. 人治高于法治：相同的人生境界与治国追求 /89
2. 仁治与智治（次之是法律）：同中有异的法律思想 /93
3. 智慧的拆解：智治与慧治 /98

### 第四章 中希法治比较：中国法家法治与亚里士多德法治的比较 /105

## 一、法家的法治 /105

1. 法家的崛起 /105
2. 法家的完善 /108
3. 法家与道儒的互动影响 /110
4. 法家法治的双重价值 /114

## 二、亚里士多德的法治 /117

1. 追求科学的人生 /118
2. 法律的基本特征 /120
3. 法律与国家政体 /122
4. 人治与法治 /125

## 三、中国与古希腊“法治”比较 /127

1. 同一个“法治”，形同神却不同 /127
2. 两种不同的人性理论 /129
3. 法家的局限性与中国命运：法家传统是真正法治的障碍 /134
4. 人性的新解读 /137

## 第五章 中国与古罗马法的比较 /141

### 一、中国：自然法的不断褪色与人定法的不断升值 /142

1. 从双向自然法到单向人定法的最初发展 /142
2. 先秦法律思想的本质 /144
3. “三纲五常”与自然法 /146

### 二、古罗马自然法的“宿命” /148

1. 罗马法为罗马文明注入最深远生命力 /148

2. 罗马法发达现象层面的原因初探 /150
3. 三神合一给予了罗马法生命力 /151
4. 罗马法的初期发展 /154
5. 罗马法的完善 /156

### 三、中罗法律思想的不同特点 /158

1. 习惯法的借用不同，变法的方向不同 /159
2. 制定成文法的基石不同 /160
3. 法律的宗教基础不同 /162
4. 法律的最高原则不同 /165
5. 农耕经济与商品经济 /167
6. 政治专制与政治民主 /169

## 第六章 中西自然法的分道扬镳 /173

### 一、中国传统法律思想的流向 /173

1. 中国先民对自然法的最初确定 /173
2. 自然法的第一次褪色：“刑始于兵”与“礼起于祀” /175
3. 自然法的又一次褪色：法家的“一断于法” /178
4. 自然法的再一次褪色：儒家的“一准乎礼” /179

### 二、西方自然法的流向 /180

1. 自然法沦落为神学的婢女 /180
2. 近代早期古典自然法思想 /185
3. 近代后期古典自然法思想 /189
4. 古典自然法集大成者 /195
5. 哲理学学派 /199

### 三、中西方对自然法不同取舍 /207

1. 中国法律思想的流向规律：自然法的褪色与人定法的升值 /207
2. 西方法律思想的流向规律：自然法的增值与人定法的并重 /209

## 第七章 中西法律近现代的抉择 /211

### 一、中国传统法律思想的转向 /211

1. 启蒙思想：从“君臣共治”到反对“独治”力主“众治” /211
2. 太平天国：自下而上的法律思想改革运动 /215
3. 洋务派与改良派 /217
4. 礼教派与法理派的礼法之争 /220
5. 辛亥革命与三民主义的五权宪法 /222
6. 中国法治的现代化与西方化 /223

### 二、西方各大法学派的并存发展 /224

1. 实证法学派对自然法的挑战 /224
2. 社会法学派对自然法学派与分析法学派的折衷 /227
3. 新自然法学派缘何复兴 /230
4. 应当法与实在法的论证 /234
5. 社会正义的问题 /237
6. 现代西方法律思想发展流向的取舍与自然法的不朽精神 /242

### 参考文献 /247

### 后记 中西法律精神的捕捉 /255

# 导论

## 中西法律思想源流的研究价值

### 一、问题的提出及中西方法律思想的不同流向

#### 1. 问题的提出

学者的学术研究不应该是无病呻吟的,中西法律思想的比较研究应该为现代人服务,中国的法律研究应为中国的法律现代化服务。然而,中国现代法律思想受到西方法律思想的影响,平等、民主和法治的思想逐渐成为现代中国法律精神。因此,研究中西方法律思想的不同渊源以及互动关系,就成为中国法学研究的重要课题。

中国面临从人治到法制再到法治的现代化转型过程。中国在这个转型中,许多法律问题值得思考:现代中国人如何适应法治全球化和现代化进程,中国法治现代化中的“中国特色”在哪里?中国法律现代化能离开中国的历史传统吗?如果说中国法律传统并

没有完全灭绝,那么中国的古典法律思想在现代还有多大影响?中国的人治思想源远流长,人治难道真的像现代人理解的那样是洪水猛兽吗?人治本来有多重意义,无论是孔子的礼治和仁治,还是柏拉图的智慧之治都是治国的美好理想,他们的人治本来是“最好的一人用最好的道德或最好的智慧来治国的根本”,这有什么不好?本来柏拉图的人治高于孔子的人治(即智慧治国高于礼治),何以柏拉图的智慧之治没能变成现实,而中国孔子的礼治反倒变为现实?“天不生仲尼,万古如长夜”,一个孔子有那么伟大,他一个人的思想竟然能够影响了中国法律传统?如果把“礼治”说成是孔子的杰作,那么在孔子之前西周的“亲亲宗宗”、“敬天保民”、“明德慎罚”等宗法制法律原则所包含的礼治又作何解?为什么商鞅以法治的变法后铸造了中国最大的专制?由于人治的本质就是专制,所以能否说,中国法家的“法治”也是一种人治?因此,进一步的问题就是,中国历史上法家的法治与古希腊人的法治能同日而语吗?从夏商周三代到1840年之间的近4000年的中国发展历程,众多仁者智者对各种社会思想和法律制度提出了多视角全方位的批判及思考,为何很少有人对历史中的君主专制现象提出质疑和批判?中国先民也有浓厚的自然法精神,为什么后来会不断走弱、减值,而西方的自然法却在不断走强和升值?如此等等,都是我们应当深入思考的法律问题。

“历史”是不死的,历史的传统顽固而强大地影响着后来(包括现在与未来)。历史的力量是不可低估的。中国古典法律传统的力量,尤其是其内在合理的因素,到底能帮助现代中国人走多远,这是一个不以人的意志为转移的自然历史过程。中国法律的现代化绝不是全盘西方化,而一定是中国法律传统、西方法治全球

化及现代中国人创新三种力量的合力。

虽然诸子百家中,法家提出著名的“法治”,但法家的法治并不反对专制,实质上也是一种人治。因此,中国古典法律思想的实质是人治,不是反对专制与人治的法治。只有自古希腊以来到近现代的西方,乃至全球化中各国接受并采用的法治,才是反对专制、人治的法治。于是,我们本着古为今用、洋为中用的情怀,探索“中西古典法律思想比较研究”,以及“中西方古典法律缘何存在人治与法治之别”的用意不在言表。

本书所要解决的最大问题是中西方法律思想的发展进路有什么根本性的区别——中西方法律思想的最大区别在于自然法含量的不同。

## 2. 自然法的含量不同:中西方法律思想进路的根本区别

通过深入研究,本书得出一个结论,中西方法律思想发展渊源、进路和归宿的根本不同在于自然法的含量不同。自然法的含量是一个根本性的法律问题:自然法的本质在于追求人间社会秩序的正义问题,正义是保证法律成为良法的根本性条件,也是剔除“恶法亦法”不良思想的根本所在。

中国法律思想的发展进路是自然法不断走弱、减值、淡化的过程。在中国法律思想的发展道路中,自然法的褪色与人定法的升值过程,时而相互交叉,时而此起彼伏,时而相辅相成。1911年以前的中国法律思想发展,自然法与人定法(制定法)的发展是一个相向的过程,对人定法的升值就意味着对自然法的褪色。

中国特殊地理环境是中华法系发展的宿命。其实,位于东北亚的中国是世界各大文明活性很强地进行互动的边缘,远不如中东地区与欧洲、北非的互动关系具有极强的活性。因此,中华文明

只能自强不息,文明发展也必须保持从未间断的特性才能自强不息。中华民族的法律儒法合治或礼法合治的传统始于秦汉以后。由于中国原始神化本体论的缺憾,使得最初的中国法哲学从人文化的宗法制传统宗教吸取营养,在建立了具有中国特色的自然法之后,逐渐走上了自然法褪色和人定法加强的道路。

中国最早的自然法体现在尧舜时代,根本问题是解决天人关系问题。中国传统中所要解决的天人关系有两种:一种是天命与君王的关系,一种是天命与庶民的关系。前者的根本是解决王权合法性与合理性的问题。尧舜把王权的合法性与合理性建立在“天与之,民受之”基础上。因此,“天与之,民受之”是中国最早的王权自然法的表述。其核心问题是解决王权合法性问题,其法律成果是形成了王法问题。用“天与之,民受之”来解决王法的合法性、合理性,就成为中国最早的王权自然法诉求。

尧舜时代的自然法的根本有两条:一是“天与之”。社会成员把王权建立在上天赐予、恩赐的基础上,从而具有了合法性。二是“民受之”。尧舜时代的王者不仅是上苍的恩赐,更重要的是民众的爱戴,是人民普选出来的。不爱民的人不配为王。爱民、亲民、保民是配作王者的根本。无论是“天与之”,还是“民受之”,都是尧舜时代自然法的根本表现。这两者都不是以当权者自己的意志为转移的,必须是能者居之和人民爱之。

在天命与庶民的关系问题上,中国传统思想中有一种“天讨有罪”、“代天行罚”的思想,是中国先民重要的自然法思想的体现。因此,“天讨有罪”、“代天行罚”成为具有中国特色的自然法内涵。可惜的是,佛教思想始终未能走入官方立法领域,佛教的因果报应的自然法思想只在民间流传,从而在民间有了“善有善报,

恶有恶报,不是不报,时候不到,时候一到,必然要报”的说法。佛教的因果报应与中国传统宗教思想合流,产生了“天网恢恢,疏而不漏”的思想,流传到现代法律界演变为“法网恢恢,疏而不漏”。

因此,从中国法律思想起源的角度来分析,中国先民自然法标准有两个,一个是“天与之,民受之”,一个是“天讨有罪”。“天与之,民受之”是规范王者的自然法的根本,凡是王法符合“天与之,民受之”就是自然法性质的,否则就是反自然法性质的。如果从“程度”的角度分析,凡是王法规定中人为性很强,而“天与之,民受之”思想较弱的,其自然法的属性也就弱。反之则强。“天讨有罪”和“天网恢恢,疏而不漏”是对所有人的,也包括适用于皇帝本人。那些“多行不义必自毙”的暴君也同样逃脱不了上天的惩罚。然而,中国先民从一开始就对自然法进行了褪色或走弱的历史。中国最初法律形成时期就形成了“刑始于兵”和“礼起于祀”的特点。“刑始于兵”和“礼起于祀”是对自然法的冲击、减弱或褪色。中国先民从氏族社会向国家社会转变过程中,法律产生的特点是“刑始于兵”和“礼起于祀”,是对“天与之,民受之”最大的打击。

西方法律思想的流向规律与中国正好相反,从而导致了自然流的增值与人定法的并重。西方自然法不仅发展的起点与中国不同,而且发展的进路与中国也不相同。西方自然法早在古希腊神话时代就孕育出一种神话体系的自然法思想。追求本原的思想成为古希腊神话、进而是古希腊哲学的主要思想诉求,从而培养了较为成熟的自然法思想。古罗马的自然法是对古希腊自然法的升华与发展,从而实现了西方自然法的第一次升值。中世纪的基督教虽然成为自然法的主宰,但却在神学体系中发展了自然法的思想,而不是消灭、毁灭自然法,所以也是西方自然法的一次升值过程。

西方自然法发展到古典自然法学派时代,人本主义或人道主义成为自然法的核心理念,自由、平等、博爱、民主、法治成为自然法探讨的主题。这诸多主题可以从古典自然法理论的主要特征中看出来。这是西方自然法发展过程的最大一次升值。

分析实证主义,在西方法律思想史中,第一次向自然法提出了挑战,认为自然法是虚幻的、不实在的,是西方法律思想发展史中自然法第一次致命的打击或较大的受挫。后来社会法学派较为温和地承认了自然法的原则。因此,我们不好说,西方社会法学派也是对自然法学的挑战。

自然法经过近百年的沉寂,新自然法学派的兴起上演了现代西方法律人对自然法最大一次升值的戏剧。其中最大的代表是罗尔斯的《正义论》。罗尔斯对正义的研究是对自然法思想的升华,是对自然法学派的保值性发展。他还向世人展示了学问家应当把追求真理作为第一要点,提出不管一个理论如何精巧和实惠,外包装并不重要,重要的是追求真理的内核,即只要不是真理就该被推翻。法律思想所追求的真理就是正义。可见,罗尔斯把自然法的精髓“正义”提高到法律思想追求的第一要领。由于他较为成功地解决了许多社会问题包括学术问题,因此把自然法的精粹推向了极致。罗尔斯提出,社会正义原则不是从不证自明的前提中得出来的,而主张应当对社会正义进行合理证明;社会正义原则不是必然性真理,而是可能性的真理,即追求自由与合理性的个人在各种各样的可能性之间进行选择。因此,他使社会科学研究从公然断言自己是必然真理的窠臼中解放出来,而在谨慎的可能性王国中进行真理的探讨。我觉得,社会科学与自然科学不同。自然科学追求最多的是必然性真理,社会科学却不能奢侈追求必然性真

理,而应追求可能性真理。

### 3. 中西方法律思想区别的根本原因

通过前述对中西方法律思想发展走向的研究,归纳出中西方法律思想区别的三大根本性原因:

其一,起点不同。自然法在中国淡化与在西方强化的原因是,中西方原始神化的不同类型所塑造出不同的终极关怀。古希腊神话追求第一本原,中国上古神话却缺乏追求第一本原的精神。或者说,中国先民的终极关怀较差,而古希腊人的终极关怀较强。因此两者开发了不同的自然法精神。中国原始神话由于缺乏本原精神和宇宙的终极关怀,因此自然法不如西方古希腊罗马发达。后来尽管不断完善中国的神话体系,但创造原始神话的时代已经过去了,中华民族的童年结束了,儒家思想的主流作用,连同其“远神论”一起对中国发生重大作用。

其二,趋势不同。就总趋势而言,中国是自然法不断走弱、搁浅、走偏、贬值、淡化、冲淡的过程,西方是自然法不断走强、深入、升值、加浓、强化的过程。

其三,道路不同和神韵不同。在西方,自然法不断走强的原因在于基督教的入主,尽管近现代基督教已经不再是国教,但对自然法的支撑力度是极大的,哪怕是非神学新自然法学派也是如此。因为,新自然法学派的基石就是从神学里分离出来的追求本原、本体的哲学精神,即正义精神。如果不再追求正义,那么就失去西方自然法学思想发展的主脉或主流。

从古希腊神话时代到哲学时代,再到古罗马时代,再到中世纪时代,再到近代文艺复兴,甚至发展到法国彻底的无神论时代,法学家从来就没有丧失解决人生根本问题、社会问题的终极关怀。

所不同的是,法国无神论一方面多数把终极关怀付诸于统一世界的物质,另一方面对世界统一性的追求更加浓烈。

归结为一点,中西方法律思想不同走向的根本原因在于法律的自然法含量,进而是神学的含量和哲学的含量,深层次是终极关怀的含量。从起点到走势,都显示了道德伦理规范对法律规范的根本影响,显示了法学的神学精神以及以终极关怀为法律思想发展的根本动能也都不同。

## 二、本书导读及中西方法治的识别

### 1. 本书导读

中国古人自命为天下的中心,可是,迄今为止,中华文明并没有成为地球文明的中心,甚至还未成为世界文化(全球化)的主流。然而,古希腊文明虽然断裂了,但西方文艺复兴等文化运动开发了“回到古希腊那里去”的精神,尔后一代一代的诉求,不仅使古希腊式的终极关怀所孕育的自由、平等、民主、法治等精神得以发扬光大,而且一跃成为全球化的主流文化。真可谓特殊意义上的“星星之火,可以燎原”。任何一个民族的法律精神都根植于其民族的宗教精神。挖掘中希两族法律精神的根源,对比中华民族和古希腊民族(后简称为中希两族)原始宗教精神,阐述两者之间的异同,释读中西方文明古典法律传统及其不同命运的密码,成为本书的目的。中西法律文明的客观发展都有其自身的密码,这是一个正向储蓄密码的过程。反过来,学术研究正是一个反向解码的过程。为什么存在中希两族文明的这种根本不同的发展?这里的解码从中希两族文明所蕴含的不同民族精神的分析开始。

本书对中西方法律思想的研究极大地向前推进了一步,因此本书第一章从中国和古希腊的原始宗教神话对中西方法律思想的影响比较中开始的。开篇“中西法律不同文化背景:中西文明的原始分野”一章,主要探讨了中西方在古典时代的分野,本章重点分析了中华古老民族与古希腊民族文明区分的渊源在于两种原始神话的区别,而且注重阐释了中国和古希腊在古典时代创造的不同民族精神。西方法律文明早在古希腊时代就与古代中国有了原始分野。中希宗教法思想的比较是全方位的,所以有了四点的比较:神灵不同:祖灵与神灵;英雄不同:天子与超人;文明诉求不同:德与力;神话内结构不同:崇拜性与解释性。中西方远古时代的比较就是中希法律思想的比较。中希法律思想的最大不同就是各自培育了不同的自然法精神。

本章探讨了中希原始神话的不同铸造了中希不同的法律诉求,主要体现在如下几个方面:其一,领袖品性不同:内圣外王与哲学王。其二,政治诉求不同:不平等型的专制与平等型的民主。其三,经济基础与重心产业的不同:农耕文明与商业文明。其四,最终的不同抉择:专制式的人治与民主式的法治。

此外,第一章还探讨了中希文明的不同人文环境在于中国的乡土文明和古希腊的爱琴海文明。中希两族原始宗教是两族面对不同生存环境,激发了不同原始想象力而创造的。因此造成了古希腊迁徙文明和中国乡土文明的区别,河流文明与爱琴海文明的区别,以及中国宗法家族与宙斯神谱、中国血缘与古希腊地缘的区别等。中华宗法家族是靠血缘关系来维系的,因此建立起来的国家也就打上了血缘的烙印,哪个家族建立起来的国家,就成为哪个家族的天下。古希腊的民族纽带是超血缘的,是以地缘为文明单