

文明转型书系之五 / 文明史系列读本

东西方文化发展中心主编

人类的自律与他律

法制史

曹 英 / 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

文明转型书系之五 / 文明史系列读本

东西方文化发展中心主编

人类的自律与他律

法制史

曹 英 / 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

人类的自律与他律:法制史/曹英著.

武汉:湖北人民出版社,2007.1

(文明史系列读本)

ISBN 7-216-04932-2

I. 人…

II. 曹…

III. 法制史—世界—通俗读物

IV. D909.9-49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 136085 号

人类的自律与他律——法制史

曹 英 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:文字六 0 三厂
开本:850 毫米×1168 毫米 1/32
字数:91 千字

经销:湖北省新华书店
印张:3.75
插页:2

版次:2007 年 1 月第 1 版
书号:ISBN 7-216-04932-2

印次:2007 年 1 月第 1 次印刷
丛书总定价:135.00 元(全 24 册)

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

暢覽多科歷史
通觀世界文明

劉家和

著名历史学家刘家和先生题辞



大明律



清末修律运动的主导者沈家本



孙中山



中华人民共和国宪法

中国法制出版社

《中华人民共和国宪法》



孟德斯鸠



《人权宣言》



拿破仑

总序

有了人类,就有了人类的文化,进而有了人类的文明。作为文明主体的人类是如何诞生的?人类又是怎样创造、继承和发展了自己的文明?这些自古以来就是人们不断探究的问题。

人类起源是连绵数百万年甚至近千万年的过程。尽管人类起源研究中还存在不少没有解决的问题,但随着现代科学的发展,人类对于自身的起源问题已有了日益深刻的认识 and 了解。人是自然发展、进化的必然产物,同万物一样,人类亦是自然之物。但劳动创造了人,劳动创造了人类本身。严格地说,用双手制造工具这一独特的文化创造能力,才真正使人类完成了从猿到人转变的这一生物、文化的进化过程。人作为一个生物体,在漫长的劳动过程中,脑容量、外貌、体态仍在不断进化,从而由猿人进化到智人,再进化到现代人。在从猿到人转变的整个过程中,会制造工具才是人类区别于其他一切高等动物的标志。人类是在与大自然的斗争中,在制造工具和觅取食物的劳动过程中,开始了文化创造、文化累积和文化传播的活动;与此同时,人类又在这漫长的过程中不断地改造了自身的体质。

人类虽然来自于动物界,但却高于动物界。人不仅会劳动,会制造工具,还有着区别于动物的本质特征:会思维、有语言(语言是表达思维和人与人交流的工具)、有理智、能创造并传递文化。从这一角度讲,人类在长期的劳动过程中,在其生物体进化的同时,又作为一种社会动物在不断地进化、提升。所以,古代贤哲认为,“人是一种有理智的动物”、“因为理智同别的一切比较起来更合乎人性”。人类诞生以后,由于生存、劳动的需要,彼此就结成了

一定的关系,构成了人类社会,所以人又是一个“有责任的存在物”、“是一个道德主体”、“是一种政治动物”。这就是人的社会性。

可见,源自动物的人,不同于作为一般动物的野兽。然而从人的社会属性来看,人的社会责任心、道德修养的程度又决定了这个人是圣贤还是败类。没有责任心和道德心的人会比野兽还残忍,因为他可以用理性作为工具去肆意实施他潜在的兽性;反之,以社会责任为己任,以社会道德不断修炼自己的人却可以成为圣贤,因为他也可以用理性作为工具去更加完善他的人性。

当人类在其文化发展的历史长河中达到一个先进的水平时,即达到一种开化的特定阶段时,如人类有了文字、公共建筑、社会分工和分化、私有制、阶级、国家及专门的科学、艺术、哲学、体育、思想、道德、风尚、世界观、价值观、信仰等,就标志着文明的到来。文明是人类运用自己的心思智力作用于自然界物质因子创造出来的伟大作品。当一个民族的创造精神作用于自然界的物质世界时,就汇合成了这一民族的文明。一个民族的文明,始终闪现着该民族灵魂的搏动,它以巨大的向心力吸引着该民族的各类成员,因而民族文明的认同构成民族认同的核心。

文明史就是人类不断认识、改造世界的历史。人类在认识、改造世界的过程中也同时认识了人类自身,并不断地升华了自己。因此,文明史也是一部人的发展史,是人类永无止境的奋斗史。

文明的发展是一个过程,这个过程永远不会终结,从远古文明直到近代文明、现代文明,总是不断地向前演进。

人类在与自然、与社会、与他人和自己的互动中,推动了社会的发展,使人类社会从蒙昧、野蛮走向文明,从低级走向高级,从分散走向整体,丰富多彩,斑斓多姿。

从人类文明史发展的时间向度来看,人类经历了古代文明、古典文明、中世纪文明、近代文明、现代文明及后现代文明;从空间的向度来看,先后出现了西亚两河流域文明、埃及尼罗河文明、希腊

罗马地中海文明、印度文明、中华文明、非洲文明、中南美洲印第安文明、西方文明、阿拉伯—伊斯兰文明；从文明的内涵来看，有物质的、精神的，其表现为有器物的、制度的、行为方式的、伦理道德的、政治的、经济的、科技的、文学艺术的等方面，它们构成了一部人类文明发展进程的恢宏、灿烂的图景。

文明的发展具有多样性和不平衡性。所谓多样性，是指各文明有着不同的类型，如中国文明属于主体内向型，西亚、北非、南亚文明则属于多元重叠型，地中海文明属于外向辐射型。所谓不平衡性，主要表现为有的文明发展中断，有的文明却一直不间断地延续至今。

各文明的发展是互惠和相依的。在文明发展的历程中，各民族之间既有自身文明的输出，也有对他民族文明的吸纳和扬弃。人类的文明就是在这种吸纳和扬弃中，在弃恶从善的搏击中得到了发展和进步，并不断向高层次的文明发展。

文明必须是物质文明和精神文明双全的。世界上没有单一的物质文明，也没有单一的精神文明。在现代文明中，当物质文明高度发展时，精神文明的发展程度尤为重要，因为精神文明的发展会促进物质文明的进步，并引导物质文明发展的正确方向。

文明发展史的主体是人，只有人才有理性、有意识、有责任、有道德。人是文明的创造者，也是文明史的推动者。然而这一切都源于人的“自我”认识程度，源于人的“自我”精神的自觉。人类精神的觉醒程度与文明史的发展是同步的、互动的。

人类生存的物质需要与精神需要缺一不可。人类在对物质需要的水平不断提高的同时，其精神需要的水平也在同步提高，人的自我意识也在逐步觉醒。人的自我意识的觉醒，人对自身和宇宙的了解，必然对物质建设起着推动作用，从而又使人对物质的需要进一步得到满足，对精神的需求也提升到了更高的水准。人的物质需要、精神需要、人对自身及宇宙的了解就这样同步互动，并循

环往复,不断提高。

不断提升人类的自我意识,可使“主我”和“客我”更趋于一致,才能使人这一行为主体和权利主体——文明史的能动主体,在人的自我与文明社会的互动关系中作一个“赞天地之化育”的自觉的、真正的人,才能更好地推动文明社会的持续前进。

人类的“自我”意识或人类的精神觉醒是如何在文明史的发展中提升的呢?著名历史学家刘家和先生指出:人类在经历自己的童年、青年、壮年的过程中,在人与自然、人与人的关系中,以及在人对自身内部结构和人的本质的了解中,经过不同层次的反省,不断走向达到自身的精神的自觉。然而这一过程至今尚未完结,它还将随着现代文明社会的转型而升华到更高的精神层次。

《文明史系列读本》不是学术专著,也不同于一般意义上的文明史教材,而是介于两者之间的具有一定学术品位的科普读物。

它不是一部整体综合性体例的著作,而是从世界文明史发展的若干个侧面,按专题叙述文明史发展进程的系列读本。

它力求在内容上具有科学性,在文风上生动活泼、通俗易懂,给读者以知识、智慧和思想的启迪。

最后,我们怀着真挚的感情,把弗朗西斯·培根在《伟大的复兴》一书序言中的一段话献给读者:

“希望人们不要把它看作一种意见,而要看作是一项事业。”

我们衷心希望广大读者关心这项事业。

编者

2006年12月

人类的自律与他律 ——法制史

概 述	/ 1
1. 法与律	/ 1
2. 法律思想、制度与文化	/ 3
3. 法制与法治	/ 4
法的源流	/ 6
1. 中华法系的起源及特点	/ 6
2. 外国法系的起源及特点	/ 16
中华法系的发达与中世纪 神学时代的法制	/ 23
1. 中华法系的生长与发达	/ 23
2. 中世纪法制	/ 51
近代以降的法律思想与 制度	/ 65
1. 近代以降的法律思想	/ 65

目录

人类的自律与他律——法制史

2. 普通法法系的生长与英美法律制度 / 78

3. 民法系的生长与大陆国家的法律制度 / 84

4. 伊斯兰教法系的改革 / 92

5. 近代中国的法制变革 / 93

四 苏联—俄罗斯法律制度与当代中国法治建设 / 101

1. 苏联、俄罗斯法律制度 / 102

2. 当代中国的法制建设 / 104

后 记 / 108

概 述

法律制度是人类智慧提升的产物,也是政治文明进步的重要表现。法律制度是基于人性的假设而提出的治理个人与社会、社会与国家及个人之间紧张、矛盾、冲突等关系的规则集合,对于个体本性的原初假定及后天完善与否是设定确立“法治”及如何界定法治意义的主要原因。法制是人性不完善的产物,又是人类智慧提高后的文明结晶;既是人类追求国家强制力的他律,也是人类自我管制利益冲动的结果,这种自律与他律有对人类人性乐观预期的一面,也有对本性难移、人性无法根治与遏制的悲观感受的另一面。正是对于人性的根本假定的不确定性和多元思想交汇的激荡,衍生出 3000 年人类法制史璀璨的文明之花。

1. 法与律

法律,是一系列规则主要是惩罚性规则对社会秩序的一种规范,在现代语境中,似乎这是一个不必分离的词汇,但在传统法制史的演变中,“法”与“律”二字却具有不同的涵义,对二字的不同理解、界说,也包含了区别极大的法律价值,甚至与人类政治文明的发展呈现几乎同步的轨迹。从中文语境上来解读“法律”,也与中国法制史文明的演变进程息息相关。

在古代中国,与法律相关的词汇很多,《尔雅·释诂》即称:“典、彝、法、则、刑、范、矩、庸、恒、律、嘎、职、秩,常也。柯、宪、刑、范、辟、律、矩、则,法也。”中文的“法”字,本作“灋”,词义繁复,有法则、法度、规章,刑法、法律,标准、模式,方法、作法,效法、遵守,法数简称,佛教宇宙本原、道理、法术及姓等含义,作为“法律”意义则是上古神话中“法”初始来源的进化结果。上古舜当政之时,

以皋陶为司法官员。皋陶处理纠纷,即以神兽獬豸决断,此兽又名廌,“一角羊也。情知有罪,皋陶治狱,其罪疑者,令羊触之。有罪则触,无罪则不触,斯盖天生一角圣兽,助狱为验”。

这是以神话传说反映初民神明裁判的事实,即以神圣的他方解决人世间纠纷的原始审判方式。所以,汉代许慎《说文解字》说:“灋,刑也。平之如水,故从水;廌,所以触不直者去之,从去。”

但“灋”字却鲜明体现了法律在中国传统文明中的意义。(1) 灋,即水,平坦如水,表示须像水一样平,不偏不颇、公平正直;并有惩罚、放逐的意义,在人类生存能力有限、生活极需要群体互助的情况下,放逐而“离群索居”,显然是一种严酷的惩罚;(2) 廌,神兽,“能别曲直”的圣兽代表法律的正直、正义、公正,以分清是非曲直、对错,助狱为验;(3) 去,对不公正行为的惩罚,从原来的部落、氏族中驱逐出去,于水上漂去(即上古流刑)。因此,可以说,“法”字的古意表明,法是一种判断是非曲直、惩治邪恶的行为规范,是解决人际冲突的裁判或审判活动,是需要社会权威或者说公共权力裁决以作为保障机制的一种制度性力量,其基本价值是公正、公平、正义。

“律”在传统中国,基本不与“法”连用,却与“刑”经常连体,甚至同义。而“法”也与“律”同体通用,这鲜明反映了传统中国法制的刑罚惩处的特色。“律”的原义是音律,以限制乐者声调、达致音乐和谐的规则,奏者以“均布”调整音律,此“均布”即为“律”,“律,均布也”。

段玉裁对此注疏说:“律者,所以范天下之不一而归于一,故曰均布。”管子对此进一步演伸,“夫法者,所以兴功惧暴也;律者,所以定分止争也;令者,所以令人知事也;法律政令者,吏民规矩绳墨也”。

这是“法律”一词最早的出现,是对“法”、“律”、“令”等词汇的功能性归纳。“法律”连用在清末成为习惯。

概而言之,传统中国的“法律”概念,是指一种普遍的、公正的、公开的、统一的规范、规则,以裁决社会关系的冲突和维护国家秩序;是惩罚性的,以刑法为主要形态,重在对既存政治秩序的保障,以暴力为主要特征。

在西方语境中,“法”、“律”的概念也非常复杂。“法”最早来源于拉丁文 *jus* 和 *lex*、德文的 *recht* 和 *gesetz*、法文的 *droit* 和 *loi*。*jus* 即有权利、公平与法的含义;*lex* 则是指规则、规范,特指罗马王执政时国王指定的法律和共和国时期各立法机构通过的法律;英语中 *law*、*norm*、*rule*、*act* 等词汇,都有“法律”、“统治”等含义,但以 *law* 为常用。概而言之,西方法律的词义重在指称正义、权利、规则,首要保护人的基本权利,同时亦惩罚不正当行为。

在现代汉语语境中,“法”、“法律”也有一定的区别。通常“法”是指法律的整体,包括国家(全国人大及其常委会)制定的宪法、法律,也指地方人大及其常委会、各级政府通过与颁行的法令、条令、规章,甚至是执政党通过的决议、指示及一些惯例、习惯;“法律”则专指拥有立法权的全国人大及其常委会按照相关权限与程序制定的规范性法律。

2. 法律思想、制度与文化

作为一种文明形态,法律衍生过程源远流长,在法律的生长、发展路程中,法律思想家(法学家)的价值当然不可忽视。这种以思想人物关于法律的观点、想法、见解并总结为学说、理论,是人类至少当时最高的文化成就,是一定阶段知识、文化发展的精华,是一定族群精英人物对人类文明的贡献,是族群的最高文明程度的表现形式之一。因精英人物的思考、思维而结晶出理论成果,渐成为族群的普遍共识,则成为民族的法律文化;得到统治者的赏识而成为国家意志的法律,则为法律制度。

法律思想是族群精英人物的智慧结晶,反映本族群最高智识成就,是产生法律制度的最后来源,也是引领民族文化发展的动力;法律制度是物化的思想、文化成果,这种以国家暴力保证其行使效果并针对社会不良行为的惩罚性、规范性规则的集合体,则因应民族文化的需求而存在,也深刻影响、涵化民族文化的形成,所谓积因成习即是此谓;法律文化是普通民众对法律知识、法律制度的群体意识,以认知、情感、动机、态度等表现的心理反映,可能是精英思想的普世化,也是国家意志社会化的结果,对法律制度的效果有着至关重要的影响,甚至决定一个民族法治化的进程。本书虽然重在陈说法律制度的衍生,但力求阐述该制度所产生的思想、文化环境,希望借助法律思想、文化的解说,使读者对法制史有一个更为清晰、准确的把握。

3. 法制与法治

法制与法治,在中文语境极容易混淆的两个词语,其涵义差别殊大,在 20 世纪 80 年代一度争论激烈,到 90 年代水落石出,建设“法治国家”成为共识。“法制”即是法律制度的安排,在古代亚、欧、非洲国家均有表现,“法治”则是现代政治文明的产物,是法制建设与人性文明的结合,也是一个国家政治现代化的主要制度特征、政治形态和文化积淀。

法治与人治相对,是指法律至上的治理模式,任何个人、政治组织都不能超越法律,其基本价值在有一部善法,尤其是确定人权保障与有限政府原则的宪法及对宪政的实行。所以,法治首先是对基本人权的承认,尤其是公民个人的财产权、自由权和生命权。这些基本人权不能剥夺、不可侵犯、不可让渡,即使立法机关也不得根据多数人的意志、意识形态的信条或任何其他理由剥夺这些权利。为确保人权不受专横权力的践踏,法治之下的法律必须对

政府的权力加以严格的限制,即“有限的政府”。法治的主要功能在于防止、束缚专横的政治权力。

所以,法制是现代政治的当然的、浅层次的要求,法治则是体现“法”的基本精神与价值、判断现代政治文明程度的主要指标,后者显然是建设法治国家的惟一目标,也是本文阐释、分析历史事实、人物、制度的主要依据。