



# 中西 法律文化 比较研究

张中秋 著

南京大学出版社



# 中西法律文化比较研究

南京大学「七·五」重点科研项目

张中秋 著

南京大学出版社

**中西法律文化比较研究**

**张中秋 著**

\*

南京大学出版社出版

(南京大学校内)

江苏省新华书店发行 江苏丹阳新华印刷厂印刷

\*

开本：850×1168 1/32 印张：12.25 字数：276千

1991年6月第1版 1991年6月第1次印刷

印数1—1000

**ISBN 7-305-01085-5/D·142**

---

定价：5.85元 (平装)

7.85元 (精装)

# 序 言

近代以前，中国一直稳健地走着自己的路。但从近代开始，历史发生了巨变，东方从属于西方，伟大而古老的东方文明遭到了西方殖民炮舰和文化的无情冲击。在这场历史性的转变中，具有数千年历史和独特个性的中国法律文化（中华法系）随着大清帝国的沉沦而解体了。此后一百多年来，在中国新法律文化的创建中始终交织着诸种文化的矛盾和冲突，中西法律文化的矛盾是这场冲突中最为显著的。时至今日，中国的法制建设早已进入了一个新的时代，但中西法律文化的冲突（至少在观念上）仍是一个毋庸置疑的事实。这就向我们提出了一个富有现实意义的理论课题：中西法律文化有哪些冲突，这些冲突是基于什么差异而产生的，这些差异又是如何形成的……。伴随着我国法制现代化建设的深入，探讨和回答这类问题变得愈加刻不容缓。本书就是作者为迎接这种挑战而作的一次努力。

本书仅以中西传统法律文化为比较对象。全书共八章，在逻辑上是对上述诸问题的展开。书中集中探讨了中西法律

文化的八种差异(冲突),以及导致这些差异的成因(历史地理的、文化的、社会结构的、政治经济关系的以及诸种因素的综合)和历史结果。本书采用历史证明与法理分析、文化比较与经济探讨相结合的方法,从横向的差异入手,然后围绕着差异而展开纵横联系的阐释。

最后要说明的是,写作本书的意义是显而易见的,但对我来说,这的确又是力难堪任的。不仅是由于该课题所涉及的范围之广、难度之大已远远超过了我的专业和学识,更重要的是在这方面谈得上有参考价值的专题研究文献是极其有限的,这迫使我不得不硬着头皮做了一件多少带有点“拓荒”性质的事。因此,书中留下一些空白和缺陷甚至错误,应是在所难免的。不过,我仍为自己的勇气和毅力而倍感欣慰,因为这毕竟是一次大胆的尝试!自然,书中的错误均由我负责,同时,我也竭诚欢迎大家的批评指正。

张 中 秋

1990.12.4.

# 目 录

序 言	( i )
第一章 法的形成：部族征战与氏族斗争	( 1 )
第一节 部族征战与中国古代法的形成	( 2 )
一、远古中国文明与原始组织的演进及其分布	( 2 )
二、部族征战与中国古代法的形成	( 3 )
三、部族征战对中国古代法的影响（部族征战法的特性）	( 14 )
第二节 氏族斗争与古希腊(雅典)法、罗马法的形成	( 16 )
一、氏族内部斗争及其改革与古希腊(雅典)法的形成	( 16 )
二、平民和贵族的斗争与罗马早期法的形成	( 24 )
三、氏族内部及平民与贵族之间的斗争对古希腊(雅典)法和罗马法的影响（氏族斗争法的特性）	( 30 )

---

<b>第二章 法的本位：集团本位与个人本位</b> .....	(36)
<b>第一节 中国集团本位法的形成与发展</b> .....	(37)
一、从氏族(部族)到宗族(家族)——集团本位法的形成.....	(37)
二、从宗族(家族)到国家(社会)——集团本位法的发展.....	(39)
<b>第二节 西方个人本位法的形成与发展</b> .....	(55)
一、从氏族到个人——西方早期个人本位法的形成.....	(55)
二、从氏族、上帝(神)到个人——西方个人本位法的大发展.....	(60)
三、从社会到个人——西方个人本位法的再次确立.....	(69)
<b>第三章 法的文化属性：公法文化与私法文化</b> .....	(77)
<b>第一节 中国传统法律文化是一种公法文化</b> .....	(78)
一、中国传统法律的刑事性(刑法化、国家化).....	(78)
二、中国传统法律刑事性(刑法化、国家化)的哲学基础和社会原因.....	(90)
<b>第二节 西方法律文化是一种传统的私法文化</b> .....	(98)
一、私法的传统和发达.....	(98)
二、近代以前西方刑事民法化与近现代以来公法的发展及其私法化现象.....	(107)
<b>第四章 法与宗教伦理：伦理化与宗教性</b> .....	(117)
<b>第一节 中国传统法律的伦理化</b> .....	(118)

一、中国传统法律的伦理化过程简述·····	(119)
二、中国传统法律的伦理化表现述略·····	(124)
三、中国传统法律伦理化的成因·····	(135)
四、中国传统法律伦理化的评价(价值与缺陷)···	(142)
<b>第二节 西方法律的宗教性·····</b>	<b>(151)</b>
一、早期基督教在罗马法中的地位·····	(152)
二、中世纪:基督教的神圣化、法律化时代·····	(160)
三、教会法的衰落及其对西方法的继续影响·····	(169)
<b>第五章 法的体系,封闭性与开放性·····</b>	<b>(182)</b>
<b>第一节 中华法系的封闭性·····</b>	<b>(183)</b>
一、“中华法系”、“法系的封闭性”含义·····	(183)
二、中华法系的封闭性试证·····	(185)
三、输出与解体——中华法系封闭性试证的 补充·····	(201)
<b>第二节 西方法系的开放性·····</b>	<b>(204)</b>
一、“西方法系”及“开放性”解释·····	(204)
二、西方法系的开放性述论·····	(205)
三、西方法系开放性机制的成因初探·····	(220)
<b>第六章 法的学术:律学与法学·····</b>	<b>(230)</b>
<b>第一节 中国的传统律学·····</b>	<b>(231)</b>
一、中国的传统法律学术是“律学”而非“法学”···	(231)
二、中国传统律学的盛衰·····	(238)
三、传统中国法学难生说——兼论律学形成 的必然·····	(244)
<b>第二节 西方的法学·····</b>	<b>(250)</b>



一、西方法学的起兴、发达及其原因·····	(250)
二、西方法学的共性·····	(260)
三、西方法学对法律发展的推动·····	(268)
<b>第七章 法的精神：人治与法治·····</b>	<b>(275)</b>
<b>第一节 人治——传统中国法的根本精神·····</b>	<b>(275)</b>
一、传统中国法的根本精神是人治——兼辨 析法治、礼治、德治与律治·····	(275)
二、传统中国法人治精神剖析·····	(279)
三、传统中国法人治精神若干问题辨析·····	(289)
<b>第二节 法治——西方法的传统精神·····</b>	<b>(296)</b>
一、近代以前：西方法治精神溯源·····	(296)
二、法治理论的完备及其实践：近现代西方 法治史述略·····	(301)
三、成因与成就：西方法治因果关系简论·····	(312)
<b>第八章 法律文化的价值取向：无讼与正义·····</b>	<b>(321)</b>
<b>第一节 无讼——中国传统法律文化的价值取向·····</b>	<b>(322)</b>
一、传统中国无讼价值观的形成与早期追求 实现的几条途径·····	(322)
二、传统中国追求实现无讼的基本模式及其 实践·····	(331)
三、中国传统法律文化无讼价值取向试评·····	(339)
<b>第二节 正义——西方法律文化的价值取向·····</b>	<b>(345)</b>
一、法(律)正义论——西方法学(家)对正义 价值的追求·····	(345)
二、通过法律实现正义——西方追求实现正	

---

义的一般途径·····	(354)
三、法(律)正义论的基础及评价·····	(361)
<b>附 录</b> 主要参考书目·····	(372)
作者主要学术活动概况·····	(379)
<b>后 记</b> ·····	(382)

## 第一章

### 法的形成：部族征战与氏族斗争

“如果我们能通过任何方法，断定法律概念的早期形式，这将对我们有无限的价值，这些基本观念对于法学家，真像原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中，可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。”（梅因：《古代法》，商务印书馆1984年版，第2页）

从法的一般原理来说，一切法律产生的终极原因，固然都是经济运动和私有制发展的结果，但历史的发展并不是单线条的，终极原因相同并不意味着所有事物形成的直接途径和具体方式完全一致。应该承认，不同的民族和国家都具有不同的历史特色。同理，中西法律在它们的早期起源史上，各自形成的直接途径和具体方式也是互不相同的。依据笔者的考察，中国古代法主要直接形成于部族之间的征战，而西方古代法（古希腊法、古罗马法）则是氏族内部及平民与贵族之

间矛盾斗争的直接产物。

## 第一节 部族征战与中国古代法的形成

### 一、远古中国文明与原始组织的演进及其分布

文明是和人类的活动相联系的。从远古以来，中国境内就一直有人类居住。人们在广西、云南和山西发现了100多万年前，也即旧石器时代(始于距今300万年前左右，结束于距今120000—11000年)，类似于爪哇猿人的古人类遗骨。约公元前50万年前，在北京的周口店，在山西，甚至可能还有湖北和广东，都有了猿人居住。<sup>[1]</sup> 大约到四五万年前左右，我国境内的原始类人群已逐步向母系氏族社会转变。直到公元前四五千年前后，也即新石器时代(距今约11000—7500年)晚期，随着农业共同体的兴起，中国文明的直接祖先开始以黄河流域一带为其活动中心。这时，母系氏族开始衰退，父系氏族日趋兴盛，到原始社会的末期，父系氏族已经过胞族、部落的发展，演变到比部落更高一层的共同体——部族。部族又称为部落联盟或部落集团。我国史前时期，炎黄族、东夷族、苗蛮族以及吴越族，都是这种类型的族的共同体。<sup>[2]</sup>

根据传说和史料，这些部族在中华大地上的具体分布情况是：<sup>[3]</sup>

在黄河流域的是炎帝、黄帝部族。传说最早的炎帝，号神农氏，有四支后裔：一是烈山氏部落，二是共工部落，三是四岳部落，另一支在汾水流域，后来残存的有沈、姒、蓐、黄四个分部落。

黄帝部落原来在北方，后南下到黄河流域，有了很大的发展，有 25 个氏族，12 个胞族，变成为庞大的黄帝部族。

在南方有三苗部族，可能有三个部落。其中一个首领叫“欢兜”，战败后被流放于崇山。另一个部落被迫迁移到敦煌一带，还有一个部落可能向东南逃跑了。

东方淮河流域一带，有少皞-蚩尤部族。传说少皞以“鸟名官”，共有风鸟、玄鸟、青鸟等 24 个氏族。蚩尤是九黎的首领，有 81 个氏族，9 个部落。

西部和北部则分别有西戎和北狄游牧部族。

这些传说中的部族为了掠夺财富、侵占土地，凭借原始的蛮力和冲动，展开了激烈的争夺，引发了多次征战。即使到了夏商周三代时期，一族一姓的兴衰也是和征战息息相关。法律主要就是借助征战这种特殊形式而慢慢形成的。

## 二、部族征战与中国古代法的形成

在中国的古代文献中，法律一般称之为刑，战争（征战）则通称为兵。法律与战争的关系，也就是刑与兵的关系。这种关系古人是如何认识的呢？

王充说：“桀尧伐丹水，舜征有苗，四子服罪，刑兵设用。成王之时，四国篡叛，淮夷、徐戎，并

为患害。夫刑人用刀，伐人用兵，罪人用法，诛人用武。武、法不殊，兵、刀不异，巧论之人，不能别也。夫德劣故用兵，犯法故施刑。刑之与兵，犹如足与翼也，走用足，飞用翼，形体虽异，其行身同。刑之与兵，全众禁邪，其实一也。”（《论衡·儒增》卷八）

《辽史·刑法志》载：“刑也者，始于兵而终于礼者也。洪荒之代，生民有兵，如豷有豷，自卫而已。蚩尤惟始作乱，斯民鸱义，奸宄并作，刑之用岂能已乎？帝尧清问下民，乃命三后恤功于民，伯夷降典，折民惟刑。故曰刑也者，始于兵而终于礼者也。”

类似的记载在《礼记》、《周礼》、《国语》及《汉书·刑法志》等古籍中都能见到。所谓“刑始于兵”，也即法律是在战争中形成的。这种说法不是没有根据的，只是过于笼统，还谈不上科学的论证。现征诸史实，给予系统的说明。

#### 1. 史前时期的原始部族征战与中国古代法的萌芽

根据一般通史和考古学的观点，作为政治组织的国家形态，在中国始于夏。夏之前的史前时期（主要指传说中的三皇五帝时期）则是中国国家形态的萌芽阶段。<sup>[4]</sup> 在这段时期内，中国古代法也仅处于形成前的萌芽状态。

由于这一段历史可资参考的资料极其贫乏，特别是有关法律方面的情况更复如此，因而，我们只能依据传说和一鳞半爪的记载进行极不完整的叙述。

史前时期中国古代法的萌芽形式主要表现为几种刑罚：<sup>[5]</sup>一是死刑，方法有多种，但主要的是殛。殛、刺相通。

殛就是刺杀，后来逐渐演变为奴隶制五刑中的大辟。二是肉刑，就是用刀破坏人肌体的完整，造成人身体上的苦痛。这种刑罚古时也称劓刑，方法有劓（割鼻子）、腓（又称刖或刵，去膝盖骨）、黥（刺面）、宫（又称椽，破坏生殖器）。三是流放之刑，也即废刑。至于鞭扑之刑，相对前几种刑罚而言，显得较次要。

上述几种刑罚大都是在部族征战中出现和使用的，最起码和征战有着密切的关系。例如，死刑中的殛，传说是在黄帝部族与淮夷的蚩尤部族大战中发明的。这场战争因发生在涿鹿，故史称“涿鹿之战”。战争以蚩尤部族大败而结束。于是黄帝便采取斂（音柢）的方式来制裁蚩尤。这里“斂”字由蚩、攴二字组成，蚩指蚩尤；攴是击，击是治，亦即杀。斂就是指刺杀蚩尤。由于在古文字里面，斂、殛同音转假，词异而义同，故而斂变为殛成为史前最重要的死刑。<sup>[6]</sup>

关于肉刑的发明，《尚书·吕刑》中有这样的记录：

“吕命穆王，训夏赎刑，作《吕刑》。……王曰：‘若古有训。蚩尤惟始作乱，延及于平民，罔不寇、贼、鸱、义、奸、宄、夺、攘、矫、虔。苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法，杀戮无辜。爰始淫为劓、刵、椽、黥’。……”

这是周穆王在授命吕侯参照夏禹之刑制定《吕刑》时说的一段话。现今不少教科书和专著以此为根据，认为以劓、刵（音ěr，一说割耳；又说是刖的误笔，作去膝盖骨解。此说见蔡枢衡《中国刑法史》第59页）、椽、黥肉刑为中心的五刑，

是苗统治者为了制裁犯罪越轨的苗民而设立的。<sup>[7]</sup>这种观点的典型表述如下：

“司寇吕侯奉周穆王之命，本着夏朝‘金作赎刑’——以财物赎罪的精神，制定了《吕刑》。……天子说：‘关于司法问题，历史上的经验教训非常丰富。自从苗族酋长蚩尤作乱以来，上行下效，影响到平民百姓。有的结伙行凶、杀人越货；有的嚣张跋扈、横行霸道；有的偷、抢、诈骗、谋财害命。苗族当政者不对人民进行教化，却想用严刑峻法制服百姓。他们把五种酷刑奉为国法，杀戮无辜。从此以后，大肆采用割鼻、挖耳、阉割、刺面等肉刑。’……”（张紫葛等：《〈尚书〉法学内容译注》，四川人民出版社1988年版，第133页）

这种说法是有明显缺陷的，它既混淆了受刑的对象，也没有说清楚劓、刖、椽、黥之刑缘何而生。笔者以为，导致上述缺陷的症结在于把蚩尤和苗民混同为一。其实，在史前传说中的黄帝时代，蚩尤并不是苗民的首领，而是居住在淮河流域一带淮夷的首领，统帅九个部落（九黎），属少皞-蚩尤部族。<sup>[8]</sup>苗民是居住在南方（江西一带）的三苗部族。<sup>[9]</sup>因此，蚩尤和苗民没有直接的联系。《吕刑》中的“蚩尤惟始作乱”，说的是蚩尤与黄帝的“涿鹿之战”。虽然蚩尤因战败而被处死，他的部族也因此而归并黄帝部族统治，但蚩尤部的部民却没有停止对黄帝部族的反抗，只是限于条件不能实施大规模的军事进攻，只得采取各种形式的破坏活动来打击征服



者。这就是“延及于平民，罔不寇、贼、鸱、义、奸、宄、夺、攘、矫、虔”的真正含义。与此同时，在南方的三苗部族也像淮夷一样，不听从黄帝部族的命令，并骚扰攻打黄帝部族，在进攻中，他们大肆杀戮无辜，创设并滥用劓、刵、椽、黥酷刑。这便是“苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法，杀戮无辜，爰始淫为劓、刵、椽、黥”的含义。在这样的情况下，黄帝部族的首领舜便举兵攻打三苗，三苗因战败而被迫逃窜。《尚书·吕刑》和《尚书·舜典》对此都有记叙。

“爰始淫为劓、刵、椽、黥。……皇帝哀矜庶戮之不辜，报虐以威，遏绝苗民，无世在下。”（《尚书·吕刑》）

《尚书·舜典》：“流共工于幽州，放欢兜于崇山，窜三苗于三危，殛鲧于羽山，四罪而天下咸服。”

需要解释一下的是，共工、鲧是黄帝部族的两个氏族首领，欢兜是三苗的一支部落的首领，他们因为叛乱或犯罪而像三苗一样，被处以流放、殛的刑罚。

上述阐释和引证，至少可以说明两点：一是劓、刵(刵)、椽(官)、黥之肉刑是苗民在攻打异族时创设的，也可以说是发轫于战争；二是流、放之刑也是和战争有关的，它们被用于对战败或叛乱犯罪者的处罚。这是一种新的理解，这种理解最终是否可以成立，还可以作进一步的研究。

## 2. 夏商周三代部族之征战与中国古代法的形成

夏商周上古三代在中国历史上称为青铜时代。<sup>[10]</sup>青铜的出现和使用，引起了社会关系的变化，标志着史前史的结束