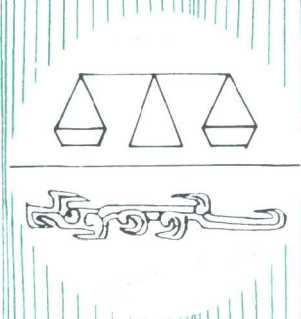


顾问 吴文翰

中西法律学说发展历程

陶广峰 刘艺工 编著



兰州大学出版社

中西法律学说发展历程

陶广峰 刘艺工 著

BAI 11/02

兰州大学出版社

(甘)新登字第 08 号

中西法律学说发展历程

陶广峰 刘艺工 著

兰州大学出版社出版发行

(兰州大学校内)

兰州大学印刷厂印刷

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:8.00

1994 年 3 月第 1 版 1994 年 3 月第 1 次印刷

字数:250 千字 印数:1-1000 册

ISBN7-311-00722-4/D·64 定价:6.00 元

前 言

中西法律学说是法学的重要分支学科。研究的对象主要是中国、西方历史上不同社会阶级和社会阶层法律理论产生、发展及其变化规律。

具体而言,中方主要是研究中国各个不同社会形态形成、发展、衰落过程中各阶级、阶层、集团、学派关于法的起源、性质、作用及立法宽严疏简,和执法、司法,以及犯罪论、刑罚论、社会治安、狱政、刑讯、复仇等各种主张,到近代还有宪法论及吸收外国法律学说的各种观点;西方主要是研究欧洲和北美各主要国家的法律学说产生、发展和演变的历史,也就是研究在各个历史时期这些国家的主要法律思想家关于法律的观点、理论和学说。总的说来,主要在于探讨中西方法律学说发展的历程,用比较的方法评述其优劣得失,以使读者获得一个完整的中西法律学说发展历程的知识体系。

写作本书的另一个目的,就是随着中

国法制现代化建设的发展,已面临两个无法回避的问题,一是对西方法律的接受、移植,二是对传统法律的继承、创新。对此二问题的处理,通常的说法是“古为今用,洋为中用”,“取其精华,弃其糟粕”。但究竟是以接受、移植为主,还是以继承传统为主?由此可见,上述说法则显得过于笼统,其虽貌似公允,但事实上却无济于事。因而,认清中国法制的现代化进程中移植与继承的主次关系,更有必要系统地考察中西法律学说的发展历程。否则,在中国法制现代化进程中对中西方法律学说采取任何举措,都难免有盲目或轻率之嫌。其贻害也是难以预计的。

中国法律学说发端于具有发展原始农业良好条件的黄河流域,在漫漫的历史行程中产生了具有浓郁的农业文明色彩的法律文化机制。它作为一种独特的把握世界的方式,有着自己固有的制度规范和价值取向,体现着独特的民族法律心理和经验。在西方法律学说的发展进程中,我们看到的是完全不同于古代中国的历史画面。当黄河岸边的先贤们着意从社会实践及人伦道德中探索法的精神时,西方的思想家们却在用他们那充满逻辑思辨的理性精神于宇宙的普遍法则中阐述法的作用与价值,并满怀激情地设立一个法文化中形而上学的二元篇,从而去构建法的价值的理论大厦,这是西方法文化一个悠久而又以一贯之的古老传统。正是在此意义上,西方法律文化可说是一种具有超验思辨精神的理论形态。

中西方不同的社会历史条件,使得中西法律学说有众多的差异。概括而言,主要有以下五个方面:

其一,在法的起源与作用问题上,中方视法为定分止争、塞民止乱的工具,其地位虽然重要,但主要功能却在强制和惩处,而不是从保障个人权利与自由的角度设定法的精神;西方却视法为理性,并把自由、正义、平等与法紧密相连。西方法学家们认为,法律不仅是对社会的控制、对人们的束缚,更是对社会的管

理,对权利自由的保障。这种法来自于宇宙之中的普遍法则,是理性的最高体现,是永存的。

其二,在西方,自然法学说贯彻始终。中方虽在古代个别思想家的学说中也曾存在过,但在具体涵义上不仅与西方有差异,而且很快就中断了。西方则不同,自然法学说一开始就深入人心,成为当时及20世纪西方法律学说的主流。因而,西方自然法学说不仅实际上从未中断,并且贯穿于法律学说史的全过程。

其三,在法的价值上,中方虽然也十分重视法的作用,但却从未从个人权利的角度去思考法的价值,并认为,要建立一个和谐的社会,单靠法律是不够的,中国人不仅没有法律二元论的价值观,更没有创造出一个超越社会形态的法的形而上学。西方则恰恰相反,不仅视法为治国之本,而且还把法对个人权利的保护视作是最高价值之所在。

其四,中方对法的思考与解释具有朴实、厚重的民族特征,采用的是直观感悟式的方法,如说:“法,平之如水”等,并不作严密的逻辑推论。而西方对法的分析则是逻辑推理式的。运用逻辑思维对法进行抽象的思辨,是西方法律文化的一个悠久传统。

其五,西方学派林立,阶段界限分明。中国古代法律学说自汉代“独尊儒术”后,一直呈现大一统的局面,基本没有出现对立学派。西方却是学派林立,形成了多元化的格局。因而,西方不同派别的互相争论、吸收,促进了法学繁荣,丰富了人们的法律观念,中方则由于大一统的局面的出现,限制了法学的发展。

.....

当前,中国法制正处于深刻的历史转型的过程中。这是从传统型法制向现代型法制的时代飞跃。而中西法制的发展历程告诉我们,现代法制是在已逝去的法制的基础上构建和发展起来的。离开了对过去的法制的总体把握,就不可能科学地评估现代,并走向未来。因此,要把握现代法制之精神,进而预见现代法

制的未来发展,就必须更加深入地研究中西法律学说,予以全面衡量、科学判断,杜绝曾经出现过的“一边倒”。因为一边倒,就等于排除了全面借鉴和引进人类优秀法律学说成果的可能性。

这便是我们写作本书的根本目的之所在。

最后,必须说明的是,在写作过程中,我们大量地吸收、借鉴了近10余年来本学科的研究成果,尤其西方部分的体例设计,更是参考了近年来有关成果所得。在此,一并向各位作者致谢。由于编写一部“中西合璧”的中西法律学说史,目前尚无先例可寻,加之时间匆促,占有资料有限,缺点错误定是难免。敬祈读者指正。

本书由陶广峰拟定大纲和统稿,并撰写了第一、二、三章;刘艺工撰写了第四、五、六章。

陶 广 峰

1993年12月于兰州大学

目 录

前 言

古代篇

第一章 古代中西法律学说	(1)
第一节 概述	(1)
一. 夏、商、西周概述	(1)
二. 古希腊、罗马概述	(4)
第二节 古代中国的法律学说	(8)
一. 夏、商、西周的神权法学说	(8)
二. 西周的“明德慎罚”与“礼治”学说	(11)
第三节 古代西方的法律学说	(15)
一. 古希腊的法律学说	(16)
二. 古罗马的法律学说	(31)
第四节 几点简短的结论	(40)

中世纪篇

第二章 中世纪中西法律学说(上)	(44)
第一节 概述	(44)
一. 春秋战国、秦汉、魏晋南北朝、隋唐概述	(44)
二. 西方中世纪前期概述	(49)
第二节 中世纪前期中国的法律学说	(51)
一. 春秋战国的法律学说	(51)
二. 秦汉的法律学说	(62)

三．三国两晋南北朝的法律学说	(68)
四．隋唐的法律学说	(72)
第三节 中世纪前期西方的法律学说	(79)
一．圣·奥古斯丁的法律学说	(80)
二．托马斯·阿奎那的法律学说	(83)
第四节 几点简短的结论	(87)
第三章 中世纪中西法律学说(下)	(94)
第一节 概述	(95)
一．宋、辽、金、元、明及清前期概述	(95)
二．西方中世纪后期概述	(98)
第二节 中世纪后期中国的法律学说	(100)
一．宋、元的法律学说	(100)
二．明、清前期的法律学说	(108)
第三节 中世纪后期西方的法律学说	(118)
一．马基雅弗利的法律学说	(118)
二．布丹的法律学说	(122)
第四节 几点简短的结论	(126)

近代篇

第四章 近代中西法律学说(上)	(131)
第一节 概述	(131)
一．近代前期西方概述	(131)
二．近代前期中国概述	(133)
第二节 近代前期中国的法律学说	(135)
一．地主阶级改革派的法律学说	(135)
二．太平天国时期农民的法律学说	(140)
三．洋务派的法律学说	(143)
四．清末礼法两派的法律学说	(146)

第三节 近代前期西方的法律学说	(150)
一. 荷兰资产阶级革命时期的法律学说	(150)
二. 英国资产阶级革命时期的法律学说	(154)
三. 法国资产阶级革命时期的法律学说	(158)
四. 美国独立战争时期的法律学说	(165)
五. 德国统一时期的法律学说	(168)
第四节 几点简短的结论	(174)
第五章 近代中西法律学说(下)	(178)
第一节 概述	(178)
一. 近代后期中国概述	(178)
二. 近代后期西方概述	(180)
第二节 近代后期中国的法律学说	(181)
一. 资产阶级改良派的法律学说	(181)
二. 资产阶级革命派的法律学说	(188)
第三节 近代后期西方的法律学说	(193)
一. 英国的法律学说	(193)
二. 法国的法律学说	(199)
三. 德国的法律学说	(202)
第四节 几点简短的结论	(206)

现代篇

第六章 现代中西法律学说	(210)
第一节 概述	(210)
一. 二十世纪中国概述	(210)
二. 二十世纪西方概述	(212)
第二节 现代中国的法律学说	(214)
一. 现代中国马克思主义的法律学说	(214)
二. 现代中国资产阶级的法律学说	(221)

第三节 现代西方的法律学说.....	(223)
一. 社会法学.....	(223)
二. 分析实证主义法学.....	(228)
三. 新自然法学.....	(232)
第四节 几点简短的结论.....	(238)
附录 主要参考书目	(241)

古代篇

第一章 古代中西法律学说

据有关文献记载,早在公元前 21 世纪,中国原始社会开始解体,逐步过渡到奴隶社会。夏、商、西周是中国奴隶社会的形成和发展时期。在西方的欧洲,希腊与罗马分别于公元前 11 世纪和公元前 8 世纪左右进入阶级社会,是西方第一批建立奴隶主阶级专政的国家。中西虽进入阶级社会的时间相差约近 10 个世纪,但都在奴隶社会时期创立了中西方最早的法律学说,并对其后世的法律学说产生了不同程度的影响。

第一节 概 述

一. 夏、商、西周概述

中国许多典籍都记载了中华民族的祖先曾经历过“刑政不用”的原始公社时期,大量地考古发掘证明了这个漫长的古代社会经历过原始群、母系氏族社会和父系氏族社会阶段。

大约在公元前 21 世纪,生活在黄河流域的华夏各部落,伴随社会生产力的提高和私有财产的出现,从而为私有制的确立和阶级的形成提供了物质保证,促进了阶级的分化与阶级压迫

的产生。只是当时部落联盟的首领仍然靠传统的“禅让”方式产生，即由尧禅让给舜，舜在年老时，又禅让给在治水 and 对外部落的战争中有功的禹。禹死以后，其子启破坏了“禅让制”，夺取了部落联盟首领的权力，确立了政治权力的世袭制，建立了奴隶制的夏王朝。从此以后，用《礼记·礼运》篇的话来说：“天下为公”的“公天下”被“天下为家”的“家天下”所代替。人类社会也就产生了以财产占有关系为实质的法律关系。

夏王朝有着同旧的氏族组织的两点根本区别：一是据说从夏禹开始就已把居民分成 9 个地区来进行统治：“芒芒禹迹，划为九州”^[1]，并“铸九鼎，象九州”^[2]；二是设立了脱离人民群众的“公共权力”，即以夏王为中心的官僚机构逐步扩大：“夏后世百官”^[3]。与此同时，夏王还有一支对内镇压奴隶，对外进行征讨的军队，以及有《竹书纪年》记载的“夏帝芬三十六年作圜土”。即夏帝芬作监狱等，军队、监狱，是实施法律的坚强后盾。

随着夏国家的产生，据《左传》（昭公六年）记载，夏朝也有法律：“夏有乱政，而作禹刑”。有的史籍甚至说“夏刑”有三千条之多。

除此而外，随着夏朝国家的产生，作为“国家存在的经济体现”，最早的税收制度也开始出现。据《尚书·禹贡》记载，禹曾经规定了 3 种赋税，让人们缴纳，即“咸则三壤成赋”；《孟子·滕文公》说：“夏后氏五十而贡”；《史记·夏本纪》有：“自虞、夏时，贡赋备矣”等等。税收的出现，表明国家与国民间权利、义务的法律关系也随之产生。

夏朝从开国君主禹到亡国之君桀，共传十四世十七王。大约在公元前 16 世纪，夏桀王被商族首领汤打败，夏亡。历时 400 余年。

商族是居住在黄河中下游的一个古老部落，曾臣服于夏朝。

约在公元前 16 世纪，首领汤率商人灭夏，建立了商朝。由于历史上商曾多次迁都，最后一次商王盘庚迁都到殷（今河南安阳），所以后人又称商为“殷”或“殷商”。商朝共传十七世、三十一王，约 600 年。

商朝是一个比较发达的奴隶制社会。凭借雄厚的军事力量，征服了周围许多方国，拥有“邦畿千里”的领土和大量的奴隶，并发展了以灿烂的青铜器文化为标志的奴隶制经济。随着奴隶制的发展，商朝的国家机器也远比夏朝完备。

商朝王位的传授，盘庚迁殷前主要是“兄终弟及”，迁殷后则多是“父死子继”^[4]，到商朝晚期，大宗、小宗和嫡庶的宗法制度也逐步形成，这在另一个方面又加强了王权。另外，商朝官僚机构较之夏朝更加复杂，据出土甲骨文记录的官名就有：“尹”、“卜”、“吏” 20 余个。

商朝法律虽比夏朝完整，但刑罚也更趋严酷。《左传·昭公六年》有：“商有乱政，而作汤刑”。正因为“汤刑”比较完整，故《荀子·正名》有“刑名从商”之说。商刑律的严酷，经常见之史籍的有：《朝非子·内储说》记载的“殷之法，弃灰于道者断其手”，《尚书·盘庚中》记载的，盘庚迁都时曾号令说：“乃有不吉不迪，颠越不恭，暂遇奸宄，我乃剿、殄灭之无遗育”等等。商朝国王的训、诰、誓，在当时具有最高的法律效力。另外，据《尚书·多士》载，“惟殷先人有册有典”，表明商已有成文法典。

严酷的法律，并没有能使商的统治长期维持下去。商朝后期，随着奴隶主贵族日益腐朽和战争频仍，社会矛盾趋向白热化。到商末代君主纣时，已是众叛亲离，终被大举攻商的周族所灭。

周族原是一个方圆百里的小国，人口只有几万，还处在早期奴隶制国家的阶段，经济文化水平远比殷商落后。到周文王

时，由于势力日益扩张，开始作“翦商”的准备。文王死后，其子武王乘商内部矛盾激化，举兵攻商，经牧野一战，灭商建立了周王朝。从公元前 11 世纪到前 771 年，周朝建都镐京（今西安市西南），史称西周。

西周时期，由于奴隶制的发展和疆土的扩大，国家机构比商更趋完备，周王既是全体臣民的最高统治者，又享有全国土地的最高所有权，正如《诗经·小雅·北山》所记：“溥天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣”。周王之下，设太师、太保协助周王处理全国政务，设太宰、太宗、太祝、太史、太士、太卜协助天子处理宗教和一般政务。另设司徒管理土地和农业生产、设司士管理群臣爵禄、设司寇管理刑罚等等。

由于西周是在借鉴夏商二代的基础上建立起来的，所以其政治法律制度均远比夏商完备。《左传·昭公六年》称：“周有乱政，而作九刑”。周还针对殷朝的“罪人以族”，提出“罪人不孥”的刑罚原则，针对纣王杀戮无辜，提出了“明德慎罚”、“刑新国用轻典、刑平国用中典、刑乱国用重典”^[5]的刑事政策，尤其西周建立了一套远比殷商完备的，以宗法等级制和分封制相结合为特征的礼制，并形成比较系统的“礼治”思想，这些措施对周人得天下起了很大的作用，也影响到周的立法思想。

西周自成王、康王以后，开始走下坡路，各种社会矛盾不断激化，终于导致幽王时犬戎入侵，西周覆亡。西周从武王灭商到幽王被杀，凡十一代、十二王。

二、古希腊、罗马概述

古希腊是欧洲最早的文化摇篮，也是最早进入阶级社会的地区之一。

公元前 8 至 6 世纪，古希腊社会随着私有财产的出现，阶级的分裂，逐步由原始社会制过渡到奴隶主占有制，并产生了

奴隶制国家。与此同时，产生了古希腊的法律学说。

古希腊社会重要的特点之一，就是它不是一个统一体，而是由希腊本地和各殖民地先后建立的近 200 个城邦组成。每个城邦都“自给自足”，各城邦互不统属，各自独立。城邦制度是古代希腊社会的基本结构。城邦就是国家，就是实际社会，它包括政治、经济、文化生活各方面。古希腊的城邦制度对当时的法律学说起着决定性的影响。法律学说的形成、发展、变化与城邦制的演变有着直接联系。

公元前 8 至 6 世纪，古希腊法律学说随着城邦制度的产生而产生。初期的法律学说是从哲学，尤其是自然哲学中引伸出来的。哲学家毕达哥拉斯和赫拉克里特，可以看作是这方面的先驱。

毕达哥拉斯(Pythagoras, 公元前 580 年——前 500 年)，萨摩斯人，希腊早期哲学家和政治思想家。在法律学说方面，他作为哲理法学派的代表人物之一，认为正义就是法律，认为法理学就是研究正义原理和原则的学问。而关于正义的解释，他认为就是不同的人们在社会享有不同的权利，整个社会协调得当，就符合正义。他的这一思想对后来的柏拉图有重大影响。

赫拉克里特(Herakleitos, 公元前 540 年——前 470 年)，希腊早期唯物主义哲学家，爱非斯学派创始人。他将正义观与自然法理论结合起来，力图寻求国家法律存在的客观基础。他首次区分了法律的类型，即将法律分为：完美公正的神法，它存在于万物之中；存在于人类社会的人为法。他的这一划分，奠定了古代西方自然法思想的基础。

公元前 5 世纪，希腊半岛发生了巨大变化。即在这一时期不仅对民主的统治形式的要求强化了，而且又涌现了追逐个人主义的自由和功利的新思潮。正是在这一环境中，出现了以普罗塔哥拉为代表的所谓“智者学派”。

普罗塔哥拉(Protagoras, 公元前481年——前411年), 希腊东北部阿布德拉镇人, 后移居雅典。公元前443年曾受执政伯里克利委托, 草拟雅典新殖民地特底里奥依的法律。普罗塔哥拉法律学说的重要性, 主要在于他对法律起源和法律性质问题的讨论, 如: (1) 法律渊源于人类契约还是强者的意志? 它是否有正义性? 如果有, 衡量正义的标准又是什么? (2) 自然法维护的是谁的利益, 它与人为法的关系怎样? 并认为法律只有符合自然法才可能是完美的、正义的、符合人性的。普罗塔哥拉的思想是西方民主制度的思想渊源之一。

公元前431年到404年的伯罗奔尼撒战争以雅典失败而告结束。这场战争暴露了雅典奴隶主民主制的缺陷。致使希腊城邦制危机, 促使人们考虑何种城邦最为合适。苏格拉底批判保守的城邦整体意识, 承认个人地位倾向, 在根本观点上不同于智者学派的理论正是在这种情势下产生的。

苏格拉底(Socrates, 公元前469年——前399年), 生于雅典一个雕刻师家庭。他主张法律是人类幸福的标准。认为国家的法律就是体现是非善恶标准的, 遵守法律, 是一种美德的要求。治理好国家, 要靠受过特别训练, 具有知识的“最优秀的人”。苏格拉底的这些思想, 后来被他的学生柏拉图进一步发展并系统化。

到了公元前5世纪末至公元前4世纪, 是希腊文化鼎盛时期。这一时期著名的人物为: 德谟克利特、柏拉图、亚里士多德三人。

德谟克利特(Demokritos, 公元前460年——前370年), 出生于色雷斯的大城镇阿布德拉, 曾求教过苏格拉底, 但却反对苏格拉底的观点。德谟克利特认为正义之事就是法律所许可之事, 正义之人必定守法, 这是正义所推动的一种义务感。提出道德教育优于法律治理的思想。