



· 对话中西 ·

徐继强
著

Twelve Lectures
on Western Law

西方法律十二讲



重庆出版集团



重庆出版社



D909.5/4

2008

陈卫平 主编

Twelve Lectures
on Western Law

西方法律十二讲

徐继强 著

重庆出版集团  重庆出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

西方法律十二讲 / 徐继强著. — 重庆: 重庆出版社,
2008.1

(对话中西丛书 / 陈卫平主编)

ISBN 978-7-5366-9127-8

I. 西… II. 徐… III. 法制史—西方国家 IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 150248 号

西方法律十二讲

XIFANG FALÜ SHI'ER JIANG

徐继强 著

出 版 人: 罗小卫

主 编: 陈卫平

策 划: 黄 勇

责任编辑: 陈小丽 武孝武 (特邀)

封面设计: 储 平

版式设计: 熊 俊



重庆出版集团 出版
重 庆 出 版 社

重庆长江二路 205 号 邮政编码: 400016 <http://www.cqph.com>

重庆联谊印务有限公司印刷

重庆出版集团图书发行有限公司发行

E-MAIL: fxchu@cqph.com 邮购电话: 023-68809452

全国新华书店总经销

开本: 720mm × 1100mm 1/16 印张: 15.25 插页: 2 字数: 197 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5366-9127-8

定价: 26.00 元

如有印装质量问题, 请向本集团图书发行有限公司调换: 023-68809955 转 8005

版权所有, 侵权必究

总序

陈卫平

“对话中西”丛书与大家见面了。这套丛书共有 10 本书，在哲学、伦理、教育、法律、科技等五个领域进行中西文化的对话，所涉及的既有思想知识层面，也有规章制度层面，还有风俗习惯层面；既有对两者历史的纵向追溯，也有对两者神韵的横向比较，更有对两者趋向的前景展望。当你初次触摸到它的时候，作为丛书的主编在这里就编写的意图作个交待。其实，这在丛书名称“对话中西”里已经蕴含着了。

相异与相通。“对话中西”，是把对话看做在中西文化两个相异的主体间进行的，而对话的目的是为了使相异的两者得以相互沟通（相通）。现实世界中的事物千差万别，不少哲人将此比喻为“找不到两片相同的树叶”。中西文化显然是人类文化之树上两片不同的树叶。在中国步入近代以前，中西文化基本上是独立发展的，这两片树叶十分隔膜。中国近代以来，西方文化涌入中国，中西文化由隔膜而冲突，这主要是传统农业文明与近代工业文明的冲突，由于西方文化随着坚船利炮而来，因而这两种文明的碰撞、激荡具有了挑战 and 应战的火药味。在当今的全球化时代，一方面出现了向西方文化趋同的情形，这是以西方

经济的强势为凭借的；另一方面，非西方文化的民族担心本民族文化特性被西方文化的趋同化所湮没，纷纷强调认同本民族的文化传统，凸显本民族文化与其他民族尤其是西方民族的文化差异性，由此形成了文化多元化的格局。在一元和多元并存的情况下，如何避免“文明的冲突”而实现“文明的和谐”，对于中国来说，需要的是中西文化的沟通。那么，相异者的相通是否可能呢？我们的回答是肯定的。相异者的相通以相互了解为基础，而相互了解的有效方法是双方就同一问题谈出各自的看法。正是基于如此的考虑，这套丛书在五个领域都是中国和西方各写一本。因为这样便于读者在将两者互为参照中，知晓中西文化面对的基本问题域是相同的，但它们提出问题的方式和对问题的回答是不尽一致的，从而领悟中西文化既不同而又能相通。

长短与互补。“对话中西”，是把中西文化放在平等对话者的地位上进行比较。讲到比较，自然免不了要分析两者的长处和短处。但是，这不是我们丛书的主旨所在。我们认为在某一领域或方面展开中西文化的比较，两者的长处和短处不是绝对的，即长处并不意味着其中不存在缺点，而短处也不意味着其中没有值得挖掘的优点，因而两者往往是各有长短，存在着互补的关系。比如，一般公认西学重法治而儒学重德治。从当代中国建设法治国家的方向而言，前者显然是长处。但这并不意味着前者只有长处而后者只有短处。西方的法治传统莫基于正义原则之上。古希腊的柏拉图尤其是亚里士多德把正义看做是确定个体权利范围的界限，亚里士多德指出，体现和维护正义的法律，作为“毫无偏私的权衡”，就是保证“人们互不侵犯对方权利”的一种“合同”。西方以权利契约关系为内涵的法治传统由此而发端。但是，亚里士多德把法律看做是冷峻无情的形式，“法律正是全没有感

情的”^①。这样的法治无疑会导致人际间情感淡漠，使社会成为自我孤独的冰冷世界。儒学的重德治以仁道原则为主导，认为人与人之间通过仁爱的道德情感加以沟通，是治理社会、建立和谐秩序的保证；因而以教育为手段，唤醒潜藏着仁爱之情的良心，比之立法和执法更为重要。它有见于个体彼此间道德情感的沟通所具有的社会凝聚力作用，但拒斥了个体间权利的确定。后者与儒学对于仁义的定位有关。“义”是儒学与西方“正义”相近的概念，但它从属于仁，因而关注彼此自身权利，势必导致相互争夺，泯灭仁爱之情，“义”就无从谈起。儒学把仁义和权利看做是对立的，“或上仁义，或务权利”^②，崇尚仁义，就要舍弃个人权利。可见西方重法治的长处正是儒学重德治的短处，但前者长处中所忽视的东西恰恰是后者短处中所具有的。以如此辩证的尺度认识中西文化的价值互补性，是我们丛书的目的所在。这样的中西对话，既有着抗拒西方文化话语霸权的意义，又不走入自言自语的国粹主义。

讨论与结论。“对话中西”，是把“对话”作为丛书的体裁。放眼当今图书市场，整套丛书以对话体出现，大概是很少的。然而，回望古今中外的历史，不少经典名著都采用了对话形式。柏拉图的著作几乎全部是用对话写成的，这些对话奠定了西方哲学智慧的殿堂，以致怀特海感叹道，全部西方哲学不过是柏拉图思想的注脚。在柏拉图之后，布鲁诺、贝克莱、狄德罗也留下了对话体的佳作。在中国同样有着众多的对话名篇。一部《论语》就是孔门师生切磋对话的记录，平实而深邃，显示了极高明而道中庸的境界。汪洋恣肆的《庄子》充满了生动的寓言、美丽的神话交织在一起的对话，

① 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1981年版，第169、163、138页。

② 桓宽：《盐铁论·杂论第六十》，上海人民出版社1974年版，第124页。

如庄子与惠施的濠梁之辩、河伯与海诺的问答等。对话不仅构成了儒道先哲著述中的精彩篇章,而且也是佛教高僧使人领悟真谛的有效手段,如禅宗处处有机锋的公案棒喝。屈原、柳宗元跨越千年的《天问》《天对》,乃是思想对话中不朽的绝唱。这些昭示我们,对于思想文化的探索,对话具有永久的魅力。其最大的魅力就在于不是“一言堂”的独白,而是充满着辩驳和诘难的讨论。我们的观点正在这样的讨论中涌现出来。但这并不意味着要求读者把这些观点当做结论来接受。因为我们的“对话”,不只是限于书中设定的两个对话者,而且包括了作者与读者的对话。维特根斯坦曾把他自己的著作比喻为:“好像英国火车站售票处‘你的旅行真有必要吗?’的告示一样,好像看到这一告示的人会认为‘经重新考虑,没有必要’”;他还说:“读者所读的东西可能都是他自己留下的东西”。^①我们的意图正是希望读者把阅读看做是和作者的讨论,由此重新考虑作者的观点;这样他一定会在阅读中收获自己的心得。

通俗与创新。“对话中西”,也是把“对话”看做将学术通俗化的一种形式,即用通俗明白的语言来阐述学理。但是这并不表示我们的丛书没有学术创新的追求。汉武帝的奶奶窦太后,拿出《老子》问博士辕固生:“你知道这是什么书吗?”辕固生不屑地瞥了一眼:“此是家人言耳!”(《史记·儒林列传第六十一》)所谓“家人言”,就是平常百姓看的通俗读物。《老子》算得上是玄而又玄的原创性经典了,但在汉人眼里它是普通人都能读得懂的。辕固生的评价固然有贬低窦太后喜好的黄老之学的蕴涵,但从中可以体会到学术著作的创新和通俗并不矛盾。通俗就是深入浅出,雅俗共赏。要做到这一点,必须对所论述的领域有通透的把握,因此通

^① 维特根斯坦:《文化和价值》,清华大学出版社1987年版,第90、112页。

俗不是学术专业水平的滑落而是提升,这样的提升无疑是以学术创新为指向的。本丛书的书稿都是在作者多年授课的基础上形成的,所以既有通晓这一领域的学术功力,又有使读者易于接受的讲解技巧,而贯穿其间的则是自己的新知新见。对于本丛书来讲,通俗不仅要求通透,还要求通古今之变。关于中西思想文化的分析,无法离开对两者历史的回溯和关注,这就必然要对两者的历史经典文本进行诠释。我们把这样的诠释看做是与经典文本不断对话的过程,这样的对话不只是“照着讲”,更是“接着讲”。伽达默尔说:“历史理解的真正对象不是事件,而是事件的‘意义’。”^①历史事件的意义往往要在历史后来的发展进程中得以显示,古典文本的意义同样要在今天的视域中展开。所谓“接着讲”就是以今天的视阈说明、充实、提升古典文本的意义,从而打通古今。这样一方面使古典的文本从尘封的故纸堆里走进今天的生活世界,另一方面使古典的文本作为今天创新的资源,以此来构建我们的学术成果。总之,“对话”在这里体现的是通俗与创新的统一。

言说与默会。“对话中西”的“对话”无疑是一种言说,但如同《老子》所说:“道可道非常道”,任何言说对于大“道”的把握和呈现都是外在的;真正的自得之“道”需要借助于默会,程颐的“闻之知之,皆不为得,得者,须默识心通”(《遗书》卷十七),正表达了这个意思。因此,在看完我们的“对话中西”之后,如果试图探究中西文化之大“道”的读者将掩卷沉思、默而识之,那就是这套丛书企求的最高境界了。

① 伽达默尔:《真理与方法》,上海译文出版社1992年版,第422页。

前 言

世界历史上存在过许多法律传统和法律文明,如古老的中华法系、伊斯兰法系、罗马法系、日尔曼法系等等。然而时至今日,这些法律文明有些已经销声匿迹,有些正在生死边缘苦苦挣扎,有些努力脱胎换骨,而有些正焕发生机。

西方法律传统源自古希腊,经过罗马时期的辉煌和中世纪基督教的传承,在近代借助资本主义的力量,终于成为现代世界不同文明竞相学习和借鉴的榜样。西方的法律文化有其鲜明的特色:与其他文明相比,西方法律在社会生活中扮演着更为重要的作用;西方法律很早就脱离宗教和伦理而成为一个相对独立的系统;西方法律的理性成分和形式化的因素更加显著;西方产生了与法律相随的法学和法哲学思想;西方法律还积聚并因此形成了一个相对独立的职业法人阶层等等。近代以来,西方法律在理性主义和启蒙思想的指引下,提倡尊重人权和自由,主张民主和法治。这些理想和制度已经成为当今世界的潮流和共识。

中国是一个历史悠久的文明古国,中国古代的法律和文化同样灿烂辉煌,可是近代以来,随着西方列强的入侵,西方文明长驱直入,中华法系在清末走到了尽头。从此,中国开始移植、借鉴西方的法律。中国法律文化总

体来说,缺少民主、法治和宪政资源,而这正是西方法律传统中的强项。我们今天面临着建设社会主义法治国家的伟大使命,如何以更加开放的胸怀和科学的态度学习、借鉴西方法治文明的成果,是一个非常重大而迫切的问题。

正是基于这样的想法,本书以西方法律传统的形成和发展为基本线索,从制度和思想两个方面,对西方法律的主要内容进行梳理。本书分为五个部分:第一部分包括第一讲和第二讲,从历史源头和整体结构两个方面对西方法律传统作一个全面介绍;第二部分包括第三讲和第四讲,主要是对贯穿于西方法律传统中的两个及其重要的思想和文化元素——自然法和基督教进行分析;第三部分包括第五讲和第六讲,对西方法律传统内部两大次级传统,即民法法系和普通法法系进行介绍;第四部分从第七讲到第十讲,是对西方法律制度的四个最核心的内容,即民法、刑法、宪法和诉讼的理念和制度进行讲解;第五部分为第十一讲和第十二讲,是对传承和维护西方法律传统的两个社会性要素,即法律教育和法律职业进行归纳。

目 录

总 序 (陈卫平)

前 言

第一讲

城邦与法治:西方法律传统的历史源头 1

[内容提要] 古希腊城邦及其公共生活孕育的法治是西方的法律起源—古希腊最著名的立法:德拉古立法和梭伦立法—古希腊的文学、哲学中的法律思考—雅典悲剧《安提戈涅》、苏格拉底的审判以及柏拉图和亚里士多德的法治与人治之争—西方自然法学说源头:斯多葛学派

第二讲

秩序与多元:西方法治结构中的民间法及其功能 19

[内容提要] 西方社会多元的法律概念—中世纪自然法、教会法、庄园法、城市法和各种习惯法的相互竞争和吸收—西方法治秩序首先是一个社会秩序而不仅是国家秩序—法治结构中民间法发挥了重要作用—当代西方法治仍然是一个多元法律的秩序—宪法是多元法律秩序的整合机制—司法和专门法律家在其中的作用功不可没

第三讲

批判与超越:西方自然法学说的力量与成就 39

[内容提要] 自然法理论是西方法律能够不断超越和进化的批判力量—西方自然法学说源远流长—古罗马的西塞罗:自然法思想的伟大阐发者—阿奎那提出最全面的自然法学说:西方中世纪法律图景和社会秩序的经典描述—西方自然法学说的高峰:近代古典自然法学对自然状态、自然权利、自然法、社会契约、法治和分权的阐发—当代自然法的以及生长空间

第四讲

法律与信仰：西方法律中的宗教因素 58

[内容提要] 西方的法律和宗教共享传统、仪式、信仰和神圣性—圣经既是基督教的经典也是法律的经典—西方法律中的契约源自圣经—摩西十诫、原罪、末日审判都是法律或法律活动—中世纪教会法是西方法律传统中的一个完备的法律体系—西方自古希腊到当今美国：法律和宗教形影相随

第五讲

理性与技术：查士丁尼、拿破仑和德国人的法典之梦 79

[内容提要] 法律是理性与技术的复合体—西方法律的追求具有形式理性特征的法典化—西方最伟大的法典化运动：查士丁尼的罗马法编纂以及《国法大全》—法国民法典是近代第一个伟大法典：充满理性的光辉和人文的情怀—20 世纪第一个年头实施的德国民法典：抽象、严谨、科学

第六讲

经验与判例：英美普通法传统的形成和特点 101

[内容提要] 近代以来西方的两个著名的法系：民法法系和英美法系—英美法传统形成于盎格鲁—撒克逊民族的普通法—英国的普通法与衡平法：前者主要原则是遵循先例的，程序先于权利；后者的精髓是“公平”，“正义”，“平等”—美国继承普通法的传统并有自己特点：成文宪法、司法权优越、高度现代化等—英美普通法传统：经验主义、渐进发展等法律思维和法律文化

第七讲

契约与财产：西方私法的理念与制度 120

[内容提要] 契约和财产制度：法律制度的核心—西方财产观念和制度起源

于古希腊—罗马的私法制度与私有财产观念文献—早期的神父们认为财富共享较之私己之贪婪在道德上更为可取—中世纪教会法关于财产的法律规定—近代对私有财产的各种证明(从格老修斯到洛克)以及卢梭对私有财产的批判—契约自由的源头是罗马法—中世纪契约自由衰落—契约自由是近代私法三大原则之一—20世纪20年代以来:挑战近代的古典契约自由

第八讲

犯罪与刑罚:西方刑法的理念与制度 139

[内容提要] 罪和罚是刑法的核心内容—罚的根据是否考虑人的主观态度:希腊神话、立法和哲学家的探索—中世纪基督教谴责刑罚的残酷和荒谬—近代刑事古典学派对刑罚和犯罪问题的探讨(利贝卡利亚功绩最为卓著)—边沁、穆勒的功利主义开启了犯罪和刑罚的新理念—当今科学主义和实证主义对犯罪和刑罚的古典理论提出的挑战

第九讲

权力与权利:英国大宪章和美国宪法的民主与宪政 154

[内容提要] 西方宪政和宪法的核心是权力和权利—近现代的宪政观念和宪政传统源自英国—英国《自由大宪章》以及其他宪政重要文献—议会、责任内阁、法治等是英国对宪政的贡献—美国《独立宣言》和宪法:“第一个人权宣言”和第一个成文宪法—美国宪法修正案中的前十条修正案即《人权法案》—联邦制、三权分立与制衡、违宪审查制度是美国对宪政的贡献

第十讲

程序与诉讼:当代西方司法的原则和制度 174

[内容提要] 程序和诉讼:法律制度运行的重要机制和活动—西方的司法相

当长时间实行神明裁判—现代西方司法制度和运作在两大法系之间的差异以及注重程序共同点—陪审制、沉默权制度和自然公正：西方司法注重程序的几个著名的例子—司法独立原则：西方司法的显著特点和成功经验

第十一讲

技艺与科学：西方传统和现代的法律教育 192

[内容提要] 西方的法律教育：科学和技艺乃至实现正义方法的传承—古罗马的法律教育：私立法律学校、公立法律学校、法律大学—以波伦那大学为中心的中世纪大学法律教育“产生了一个职业法律家阶层”—近代和当今的法国、德国：法律教育促成了大陆法系的基本特征—英国律师学院的实务培训模式—美国哈佛大学的案例教学法和研究生层次的法律职业教育

第十二讲

正义与利益：西方法律职业的构成与社会担当 210

[内容提要] 西方法律自治与独立的法律职业阶层—没有独立的法律职业：古希腊逊色于古罗马—罗马的法律职业阶层主要是法学家—中世纪罗马法的复兴主要归功于法学家—法学教授在德国法律职业阶层中位尊权重—英国的法官和律师的共同体垄断了法律职业和法律教育—法律人本应追求正义与今天美国以及其他一些国家律师从业的“市场模式”

第一讲

城邦与法治：

西方法律传统的历史源头

[内容提要] 古希腊城邦及其公共生活孕育的法治是西方的法律起源—古希腊最著名的立法：德拉古立法和梭伦立法—古希腊的文学、哲学中的法律思考—雅典悲剧《安提戈涅》、苏格拉底的审判以及柏拉图和亚里士多德的法治与人治之争—西方自然法学说源头：斯多葛学派

● 西方的法律是西方文明的一个重要内容，西方文明的历史源头有何独特性，以致能够成就西方几千年的法治传统，我想这应该是一个很有意思的问题。

○ 是的，西方文明起源于古希腊，而最初的法律和古希腊人的城邦生活紧密相关，可以说是古希腊的城邦孕育了希腊的民主与法治。

● 古希腊城邦的情况如何？

古希腊城都制度孕育了希腊的民主与法治

○ 好的，我们就先来谈谈希腊古代城邦的情况吧。

在西方，城邦形成于公元前 8~公元前 6 世纪的古希腊。在古希腊，一个城邦包括一个城市及其周围的农业地区，方



圆几十或几百英里,人口在几十万左右。城邦并不是现代意义上的国家,而是政治社会,其内部的关系不是原始氏族社会中的血缘关系,而是政治关系。城邦时代还没有形成由几个城市和地区组成的领土国家,而是众多城邦并列共存。所有城邦均由三个身份集团构成:奴隶、无公民权的自由人和自由公民。奴隶没有自己的独立人格,他们归属奴隶主,是奴隶主有生命的财产。与奴隶相比,无公民权的自由人(主要包括妇女和外邦人)有着独立的人格,有着自由的身份,但是,与奴隶一样没有政治权利。自由公民是一种特殊团体,他们享有政治权利,有权参加城邦政治生活。因此,从本质上讲,城邦是自由公民的城邦,是他们“在法律之下分享权利和义务的政治体系”。

城邦并不是现代意义上的国家,而是政治社会,其内部的关系不是原始氏族社会中的血缘关系,而是政治关系。

● 古希腊的城邦制度有什么显著的特点?

○ 尽管希腊存在很多城邦,但它们都显示着一些共同的特点:

(1) 实行民主制度。希腊城邦的民主仅限于公民范围内,公民通过公民大会或者陪审法庭等机构直接参与城邦重大事务的讨论和决策。同时,公民大会或者陪审法庭等机构的执政官也由公民抽签选举产生。尽管城邦的直接民主仅仅局限于享有政治权利的公民,但是与专制相比,这种初级的直接民主制度是相当进步的。

(2) 公民人人参与城邦政治生活。在这种简单的直接民主制度框架下,城邦中全体享有政治权利的公民参与城邦政治生活,共同决定城邦大小事务,体现出一种原始的平等观,是一种真正的“人民当家作主”,只不过这是狭隘和有局限性的原始平等观。正是因为城邦社会的这种原始的、简单的直接“民主制度”,使得城邦中所有享有政治权利的公民成为城邦权力的合法拥有者。因

此，城邦的权力分散于各个享有政治权利的公民手中，没有一个集团或者个人成为国家（城邦）权力的专有者。因此，城邦时期没有形成国家权力中心。

● 我们今天到希腊去观光旅游，还可以发现古代希腊有很多大型的公共建筑，这些和希腊的民主与法治有关系吗？

○ 问得很好！建筑往往反映一个时代的政治社会状况。希腊的公共建筑反映了希腊古代城邦的普遍存在的公共空间和希腊的民主和法治关系非常紧密。

● 很有意思，那么我们就从这里开始探索古代希腊的民主与法治吧。

○ 好的。在希腊城邦中，公共领域或“城邦领域”是以公共生活空间作为表象的，而公共生活空间又是通过公共建筑的格局而形成的。同时，希腊城邦通常是围绕一个中心城市形成的，这个中心城市即是城邦公共建筑的首要集中地。这些公共建筑雄伟而坚固，它们成为城邦恒久的人文景观。直到两千多年后的今天，许多古代希腊的神庙、露天剧场和体育场还屹立在城邦的遗址上，一面向后世的人们无言地展示希腊文化独特的魅力，一面也将希腊城邦最为引人注目的特征恒久地固化了下来。

● 宗教性的公共建筑如何成为一个公共的空间？

○ 由神庙和祭坛组成的宗教圣地是人们参与宗教崇拜的地方。在古代希腊，宗教崇拜不同于后来出现的基督教，虽然希腊人都崇拜一个奥林匹斯神系，但他们既没有正统而抽象的宗教教义，也没有无所不包的圣经，宗教崇拜主要是以公共节日的形式出现。古代希腊宗教崇拜的形式亦不同于古代西亚、埃及和其他古代文明。从总体上

根据考古学家以现代理念为基础的划分，城邦最主要的公共建筑可以分成三类：一是宗教性公共建筑如神庙、圣殿、祭坛和公共墓地；二是城邦的市政建筑如市政广场、议事大厅、公民大会会场、法庭、公共食堂等；三是城邦社会与文化活动的场所如体育馆、运动场、摔跤场、露天剧场等。



古希腊的帕特农神庙是供奉雅典娜女神的最大神殿。帕特农原意为贞女，是雅典娜的别名。