

Research On Approach to Rule of Law and Harmony

法治与和谐的域外路径研究

法学格致文库

穷究法理 探求真知

肖德芳

何利 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法治与和谐的域外路径研究

法学格致文库

穷究法理 探求真知

肖德芳 何利 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治与和谐的域外路径研究/肖德芳, 何利著. —北京:
中国法制出版社, 2016. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7097 - 1

I. ①法… II. ①肖… ②何… III. ①法治 - 研究
IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 287938 号

策划编辑/李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑/谢 雯

封面设计/杨泽江

法治与和谐的域外路径研究

FAZHI YU HEXIEDE YUWAI LUJING YANJIU

著者/肖德芳 何 利

经销/新华书店

印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16 开

版次/2016 年 3 月第 1 版

印张/41 字数/520 千

2016 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7097 - 1

定价: 118.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66010493

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

本专著由宜宾学院资助出版

本专著是四川省哲学社会科学研究“十二五”规划2011年度课题：“唐君毅人文思想与四川人文法治建设研究”(SC11E006)以及2014年四川省社会科学联合会规划课题“西方法治路径对依法治蜀的启迪研究——落实‘四川依法治省纲要’的路径探寻”(SC14B132)两个课题的综合成果。

前言

英文的“文明”(Civilization)源于拉丁文“Civis”，意思是城市的居民，其本质含义是居民和睦地生活在城市和社会集团中的能力。引申意思是一种先进的社会和文化发展状态，以及达到这一状态的过程，涉及的领域极其广泛，包括民族意识、技术水准、礼仪规范、宗教思想、风俗习惯以及科学知识的发展等。文明有广义和狭义之分，广义的文明是良好的生活方式和风尚；狭义的文明是社会脱离了人类群居原始生活后，通过知识和技术形成的物质和社会状态。由于知识是依靠文字来记载的，故有人类文明史肇始于文字出现之说。

随着社会文明的发展以及人与人之间行为规范的需要，推动了法律制度的形成和发展，人们为了生存而相互让渡个人私权，使公权得以产生和壮大，而公权的膨胀及其对私权的侵犯，又引发了人们对公权的制约。制约的方法和形式从人治阶段发展到法制阶段之后进化到法治阶段。域外国家主要采用“法治”概念，具体依据两大法系的不同而有不同的界定，如德国，采用的是“法治国”概念，即强调国家权力理性地依照法律来治理国家。英美国家则多采用“法治”概念，基本上采用亚里士多德的观点，一是法律获得普遍的服从，二是良法之治。中国人则采用“法治文明”概念，在中国宪法中指的是政治文明，^① 在中国学界指的是制度文明，^② 并认为法律制度作为一种主要

① 2004年3月，《中华人民共和国宪法修正案》在其序言中将“推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展”作为一项国策写进去了。

② 即在社会文明的三维结构和三维视角下，将社会文明分为物质文明、精神文明和制度文明。参见张华金：《文明与社会进步》，上海社会科学院出版社1998年版，第5页。

制度，也是文明的载体，它使文明从非理性状态进化到理性状态。因此，制度文明（政治文明）应当法治化，故“文明”概念在外延上包括了物质文明、精神文明和法治文明。且“民主政治文明只是社会主义政治文明的初级形态，而法治文明或法治化的民主政治文明才是社会主义政治文明的高级形态”。^①

因此，笔者试图从法治文明的视角，尽量站在世界历史的高度去看待、分析域外法治，以期对中国当代法治文明建设与和谐社会建设提供更多的参考。纵观世界各国的和谐历史与法治文明，主要分为三个层次：第一层原始社会启蒙的和谐与文明。因为文明是有文字记载的历史，“没有文字记载，就没有历史，也就没有文明”。^②故原始社会制度无所谓法治文明。第二层是奴隶社会和封建社会逐渐开创的法制文明。因为法治文明作为人类实践的总体成果，是一定民族、一定社会有意识、有目的地改造制度现状而取得的结果，是他们在应付其生存和发展环境时在制度方面的发展进程或取得的成绩。它是对一定时期、一定区域的社会制度的总体描述，包括那些从落后的、野蛮的制度到进步的、文明的制度。第三层是从资本主义社会到社会主义社会的法治文明。这时期的法治文明可以称为制度的文明，泛指一切合理的、进步的、科学的、合乎人民利益需求和社会发展规律的有生命力的，为人们所向往和追求的制度。它排斥那些落后、野蛮和不文明的法律制度和其他社会制度，而接受那些通过横向和纵向比较确认的先进、合理、合乎历史发展规律的法律制度。

法律制度作为实践性的社会控制工具，是基于社会管理和社会控制的需要而形成的，依序体现为在不同时期对“人的依赖关系”、“物的依赖关系”和“个人全面发展”三种社会关系的肯定和调整上：在“人的依赖关系”社会，人类文明的特征是人与人之间统治与被统治的关系，法律是对这种等级特权关系的肯定和保障；在“物的依赖关系”社会，人类文明的特征是人与人之间的平等关系，法律则是对这

① 范进学等：《法治文明论》，中国经济出版社2008年版，序言第3页。

② [美] 路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》（上册），杨东莼译，商务印书馆1977年版，第30页。

种平等的权利义务关系的肯定和保障；而在“自由人联合体”（或叫个人全面发展）社会，^①人的全面、和谐、自由的发展得以实现，人类文明进入到最高级阶段，即认识和掌握了社会发展规律的人们既按照他们自己的意愿，又遵循科学精神，自觉、自由和主动地建构其社会制度。

综上所述，法治文明是在生产力的推动下，按照社会发展规律和社会主体目的的双重轨道发展的。从相对论角度看，法律制度作为人类文明的载体，处于一个由低级向高级发展进步的动态过程中，其每一个法律制度都是先进与落后、文明与非文明的历史向前发展意义的辩证统一。这种与生俱来的动态性和相对性，决定了不能对法治文明作简单的价值判断。因此我们有理由认为：法治文明在内涵上是指人类在改造社会和自身进步过程中，在法律制度方面取得的成果；在外延上包括各种法律制度，体现为法律制度由非理性化状态向理性化状态进化的动态过程。在全球共同发展的今天，任何一个国家的法治文明建设都离不开对他国法治文明建设的学习与借鉴，并在此基础上予以优化，使社会文明更加文明、和谐、有序、民主，从而推动本国与世界法治文明不断向前发展。

^① 马克思指的是资本主义制度灭亡后的未来社会。参见 [德] 马克思：《资本论》（第1卷），中共中央马恩列斯著作编译局译，人民出版社1975年版，第95页。

目 录

上卷 域外法治文明与社会和谐之追溯

第一编 古代文明与和谐的西移及欧洲法治文明的诞生

第一章 古代文明与和谐的西移及其原因	(3)
第一节 东方古文明和谐元素的发掘	(3)
一、古代文明的起源与早期社会和谐	(4)
二、古代文明的传播与各文明的共同特征	(6)
三、古代文明和谐与非和谐面面观	(8)
第二节 游牧部落的大迁徙成为东方文明与和谐西传之桥梁 ...	(18)
一、农耕与游牧两种文明与和谐的划分及其特征	(18)
二、游牧民族向两河流域的早期大迁徙与新型文明的建立 ...	(21)
三、游牧民族的农耕化架起了古代东方文明与和谐西传 的桥梁	(23)
第三节 古代东方法治文明与和谐西移的原因分析	(37)
一、游牧部落向农耕世界的入侵导致古代文明与和谐的 嬗变	(37)
二、域外对东方古代法治文明的曲线传承	(46)
三、农耕文明区未能逾越自身发展瓶颈而致衰落	(47)

第二章 传承东方文明基因的古希腊城邦法治文明的演化	(50)
第一节 古希腊城邦法治文明简论	(50)
一、亲代迈锡尼文明的源起与消失	(50)
二、传承东方古代文明基因的古希腊城邦文明的崛起	(55)
三、公民内部矛盾斗争与法治和谐社会的确立	(62)
第二节 古希腊城邦法治文明与公民内部和谐的主要表现	(66)
一、古希腊城邦法治文明的法源	(66)
二、古希腊城邦法治文明与社会和谐的主要表现	(84)
三、古希腊城邦法治文明存在的原因分析	(90)
第三节 古希腊城邦文明的衰落及东地中海区新力量对比的形成	(94)
一、古希腊城邦文明盛极而衰的历史轨迹	(94)
二、古法治文明的新融合与文明重心的东移	(100)
三、古希腊城邦文明对古罗马法治文明及西方古代法的影响	(107)
第三章 承继古希腊城邦文明的古罗马法治文明与社会和谐	(113)
第一节 古罗马历史演进与法治文明	(113)
一、古罗马历史演进与独特城邦法治文明的源起	(113)
二、罗马帝国的对外扩张及和谐的重构	(124)
三、罗马帝国后期的国家治理与文明的衰落	(128)
第二节 古罗马法治文明独有的实现纵向和谐的个人本位法	(133)
一、古罗马法从习惯到成文的发展	(133)
二、古罗马独有的个人本位法的突显及其原因	(136)

中卷 中世纪以来域外法治 文明与社会和谐的演进

第二编 欧洲中世纪特有的宗教法治文明与社会和谐的演进

第四章 欧洲中世纪宗教法治文明与社会和谐之总论	(146)
第一节 欧洲中世纪教会法的基本制度及其影响	(146)
一、教会法形成中的和谐因素	(146)
二、严格教阶制下的教会法基本制度	(149)
三、教会法的历史地位及其对西方法律制度的影响	(151)
第二节 欧洲中世纪宗教法治文明的表现	(155)
一、教会与国王共治欧洲中体现出的和谐	(155)
二、东欧的拜占庭文化对西方文明的促进作用	(157)
三、西欧中世纪法治文明的表现	(158)
第三节 欧洲中世纪宗教法治文明的理论基础	(160)
一、超自然主义的哲学基础：释放人的本能和自我意识 ...	(160)
二、域外政治法律的宗教性：借助神秘力量对人的监督 及统治	(161)
第五章 欧洲中世纪宗教法治文明与社会和谐之各论	(172)
第一节 法兰克帝国分裂前宗教法治文明的历史回放	(172)
一、早期高卢法治的罗马化进程	(172)
二、查理曼帝国的建立及其法治与和谐	(178)
三、再次统一欧洲帝国梦的破灭及欧洲古典文明的消失	(184)
第二节 查理曼帝国和谐的打破与法兰西法治文明的产生 ...	(191)
一、《凡尔登条约》三分帝国	(191)
二、法兰西国家的统一及其法治文明的奠定	(192)
三、《萨克利法典》及其对法兰克各王国和谐与政治文	

明的影响	(201)
第三节 三分帝国后各王国政治文明的进程	(205)
一、中世纪德国对政治和谐的追逐路径	(206)
二、中世纪意大利的政治文明路径	(217)
三、中世纪英国的法治化路径	(232)

第三编 近代以来域外法治文明与社会和谐的主要形态

第六章 英美法系的法治文明形态	(259)
第一节 近代以来英国式的法治文明形态	(260)
一、普通法所指引的法治路径	(260)
二、渐进式改革的英国资产阶级法治发展	(263)
三、英国资产阶级法治发展特色及英法法治路径不同的原因	(290)
第二节 近代以来美国式的法治文明形态	(293)
一、美国法治模式的决定因素	(293)
二、南北移民不同追求目标导致不同法律信仰特色	(327)
三、独立战争带来的世界第一部成文宪法	(351)
第七章 大陆法系的法治文明形态	(365)
第一节 近代以来法国式的法治文明形态	(365)
一、君主专制制度下法治思维的萌动	(365)
二、启蒙思想蕴含的法治意境及近代法国宪法历程的启动	(374)
三、从拿破仑第一帝国到资产阶级第三共和国的宪政发展定型	(388)
第二节 近代以来德国式的法治文明形态	(405)
一、德意志民族统一及普鲁士国家治理模式演变	(405)
二、德意志民族国家的建立及其法治雏形	(431)
三、魏玛共和国宪法奠定的现代德国法治类型	(448)
第三节 以法德为代表的大陆法系法治特征	(459)

一、以复兴罗马法为己任	(459)
二、以近代自然法理论为法治和谐模式的准则	(461)
三、以传承文化和政治革命确立的法治发展模式	(462)
第四节 近代以来域外法治多样化的成因分析	(463)
一、近代域外法治文明发展趋势	(463)
二、近代以来域外法治文明多样化的主要成因	(467)

下卷 当代域外法治文明与社会和谐的关系论

第四编 当代域外法治文明与社会和谐的基础及价值

第八章 当代域外法治文明与社会和谐的基础论	(477)
第一节 当代域外法治文明与社会和谐的哲学基础	(477)
一、以局部思维方式为本位思想	(477)
二、以非宗教和思辨精神为核心范畴	(487)
第二节 当代域外法治文明与社会和谐的社会基础	(493)
一、奠定在人群共同体之上的法治文明	(494)
二、建立在政治现代化条件下的法治现代化	(503)
三、法治与社会和谐的相互推进	(509)
第三节 当代域外法治文明与社会和谐的人性论基础	(514)
一、法治文明史上的人性预设	(515)
二、人性问题是法治文明与社会和谐不容回避的问题	(524)
三、古代东西域人性恶理论差异性的原因分析	(530)
第九章 域外法治文明与社会和谐的现当代性价值	(535)
第一节 域外法治文明的内涵及功能耦合	(535)
一、域外法治文明的特征及其“求本真于法外”的含义	(535)
二、影响域外法治文明的司法理念	(536)
三、域外法治文化的功能耦合关系对域外法治文明的	

作用	(543)
第二节 域外法治文明与社会和谐的现代性价值	(554)
一、域外法治文明以“正义”为人权价值取向	(554)
二、“尚争”精神与公正平等法治理念的现实化	(564)
三、法治文明与社会和谐的现代性价值	(616)
第三节 当代域外法治文明的发展方向与法治趋同论	(622)
一、当代域外法治文明发展方向	(622)
二、当代域外法治文明趋同论	(625)
参考书目	(636)

上 卷

域外法治文明与社会和谐之追溯



早期法治文明大都发祥于东方，就世界知名的埃及、印度、巴比伦和中国四大文明古国来看，古代印度和古代中国文明是位于欧亚大陆的最东端（域外法治文明则位于欧亚大陆的最西端）；古代埃及文明位于北非的尼罗河流域；而源于西亚的古代巴比伦文明的许多精华则被西方文明所直接或间接传承。这些文明区域因其特有的地理环境以及人文环境而构建了其特有的社会和谐。这种文明与社会和谐精神是通过游牧部落的大迁移来实现其从东向西转移的。

第一编 古代文明与和谐的西移及欧洲法治文明的诞生

第一章 古代文明与和谐的西移及其原因

最早西移的早期文明主要是巴比伦文明。而巴比伦城市文明的建立与传播又源于游牧部落的大迁徙。故从游牧部落向农耕文明区渗透的总体框架下来阐述巴比伦尼亚地区的文明从兴起、被游牧部落侵蚀与融合、建立巴比伦王国以及传播到域外（这里主要是指西方）的途径等来阐述文明的西移及其原因，似乎更为妥当。

第一节 东方古文明和谐元素的发掘

在不足 6000 年历史的人类文明史中，苏美尔被普遍认为是最早的文明中心，尽管人们曾认为文明发源于尼罗河流域。

一、古代文明的起源与早期社会和谐

与新石器时代部落文化相比较，古代城市文明的共同特征表现为：城市成为社会的中心，由制度确立的国家政治权力，纳贡或交税，文字，社会分为阶级或等级，巨大的建筑，各种专门的艺术和科学等。虽然这些特征并非所有文明都具备，例如发源于南美安第斯山脉的文明就是在没有文字的情况下发展起来的；埃及文明和玛雅人文明则无通常意义上的城市。

人类古代城市文明的这些共同特征表明，新的社会类型已经完全不同与先前那种崇尚平均主义的部落社会（原始部落社会时期的社会和谐是一种天然的和谐^①）。例如中东的两河流域文明就是通过两步完成的：第一步是通过驯化动植物完成农业革命。第二步是从山区迁移到两河流域，并逐步发展起了生产率更高的新灌溉农业和新社会制度。新农业生产技术和新社会制度相互作用，引发连锁反应最终产生了文明。

随着新兴冶金技术的采用，从高地迁往谷地的农人们最早提炼出了金属铜，出现了青铜器。农业方面还发明了犁，出现了牛拉犁，使人类首次能够利用自身体力以外的力量来作动力，犁也因此成了蒸汽机、内燃机、电动机和核反应堆的先驱。而到公元前 3000 年得到利用的风力，则成为人类在抽水等情况下借用的力量。横帆的制作亦是人类第一次成功使用人造动力的标志，它使古代文明时期的贸易大多经由水路。此时的另一项重大发明是车轮。车轮除了用于运输外，还用于制造战车或战台。轮子也用于和平目的，如做成陶轮使用，可使陶工得以成批地生产陶器。

伴随着这些影响深远的技术进步而来的则是具有同样深远影响的制度变革。人口增多使某些村落发展成为城市，这些城市由新兴的宗教贵族及后来形成的军事首领和行政首脑统治。而伴随着农业生产率

^① 参见肖德芳、何利：《法治与和谐的中国路径研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 1 章和第 2 章。