

普通高等教育“十二五”应用型规划教材



21世纪法学应用型规划教材

简明法理学

Introduction to
Jurisprudence

李红勃 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

博雅[®]

21世纪法学应用型规划教材

简明法理学

Introduction to
Jurisprudence

李红勃 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

简明法理学/李红勃著. —北京:北京大学出版社, 2016. 11

(21 世纪法学应用型规划教材)

ISBN 978-7-301-27741-6

I. ①简… II. ①李… III. ①法理学—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 269818 号

书 名 简明法理学

JIANMING FALIXUE

著作责任者 李红勃 著

责任编辑 李 铎

标准书号 ISBN 978-7-301-27741-6

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 三河市博文印刷有限公司

经 销 者 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 14.5 印张 353 千字

2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

定 价 36.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

作者简介

李红勃,陕西长安人,法学博士,中国外交学院法律系教授、人权研究中心副主任、北京市第四中级人民法院咨询委员,先后在挪威(2010年)、美国(2015年)从事访问学者研究。代表性著作包括《法制现代化进程中的人民信访》(清华大学出版社2007年版)、《法理学阶梯》(副主编,清华大学出版社2012年版)、《通过法治实现和谐》(法律出版社2013年版)、《文化权利法律保障机制研究》(主编,世界知识出版社2014年版)、《法律的成长》(译著,北京大学出版社2014年版)等,在《比较法研究》《法制与社会发展》《清华法律评论》等学术期刊发表学术论文三十余篇,主要研究方向为法理学、比较法和人权法学。

前 言

法理学,顾名思义,是关于法律的一般理论或基本原理。在现代法学体系中,法理学是学习法律的入门性学科,它介绍法学的基础概念和一般知识;同时,法理学又是法学中思辨性最强的学科,它关注法的价值,分析法的本质,从而追问法的终极意义。

本书的定位是为刚刚接触法学的读者提供一本正统的、全面的法理学入门读物。基于这一目的,与目前流行的法理学或法学导论教材相比,本书的设计和写作呈现如下一些特点:

其一,知识体系简洁、明了。从内容的选择上,本书不求全面而复杂,而是挑选法理学比较基本和重要的内容,按照更为顺畅的逻辑进行排列铺陈。通过这本书,读者可以比较清晰地了解到法理学这门学科的基本内容。

其二,行文表述平实、愉悦。虽然谈论的是相对比较抽象和高深的法学原理,但本书尽量采用通俗、易懂的专业语言进行描述和解析。法学院的学生常常有一种印象,即法理学的教材比较枯燥和复杂,本书希望可以改变这一情况,让法理学也可以深入而浅出,活泼而愉悦。

其三,原理与案例相结合。理论是灰色的,而生命之树常青。抽象的法理源于生活,也可以回归于生活。为了帮助读者更好地理解法学原理,本书挑选了若干法制发展史上比较经典的或者在生活中比较常见的案例,用以阐释和解析法学原理,力求从生活出发理解法理,用法理解释生活。

其四,知识与文化、方法相结合。法理学要向读者提供法学的基础性知识,但同时更要向读者提供法学的方法、文化和理念。在习得知识的同时,期待读者可以去体会法律的关怀,掌握法学分析的方法。为此目的,在每一讲的后面,附有相应的推荐阅读,主要为中文的论文和著作,有兴趣的读者,可以在阅读本书相关内容之后,沿着这些作品继续前行,相信你会体悟到更耀眼的法学思想,更博大的法学智慧。

总之,本书的作者希望自己是一个导游,在法学的精彩世界里,引导读者认识法律现象,学习法学知识,启发读者进行法学思考,去体会法律的深沉意蕴,发现法律的理论之美。在林林总总的法学导论和法理学教材中,希望这本集知识性、趣味性与思想性于一体的小书,为你了解法律、学习法学,提供一个别样的读本和素材。

李红勃

2016年7月12日

于北京市展览路24号

目 录

第一讲 法学导论	(1)
第一节 法学的产生	(1)
第二节 中国法学史	(2)
一、从百家争鸣到律学的一统天下 (2)	二、中国近现代法学思想 (5)
第三节 西方法学史	(6)
一、从古希腊到中世纪 (6)	二、近现代西方法学 (9)
第四节 法学的性质	(11)
一、法学是关于人和社会的学问 (11)	二、法学是关于利益平衡的学问 (12)
三、法学是关于理性生活的学问 (13)	
第二讲 法的概念与性质	(15)
第一节 法律是什么：一个希腊式追问	(15)
一、众说纷纭：思想家的见解 (15)	二、应当的法和实际的法 (16)
三、文本中的法与实践中的法 (17)	
第二节 法的特征	(18)
一、从产生方式看，法律是由国家创制的 (18)	
二、从内容上看，法律通过权利、义务调整人的行为 (19)	
三、从适用范围看，法律具有普遍性 (20)	
四、从实施的角度看，法律具有程序性和强制性 (21)	
五、从价值的角度看，法律具有中立性或形式理性 (22)	
第三节 法的分类	(23)
一、成文法与不成文法 (23)	二、公法与私法 (24)
三、程序法与实体法 (25)	四、国内法与国际法 (26)
第三讲 法的渊源与效力	(29)
第一节 法律的渊源	(29)
一、法的渊源：法律的表现形式 (29)	二、法的正式渊源与非正式渊源 (30)
三、当代中国法的正式渊源 (32)	四、当代中国法的非正式渊源 (33)
第二节 法律的效力	(37)
一、法律的对象效力 (37)	二、法律的时间效力 (40)
三、法的空间效力 (42)	

第三节 法的效力等级及冲突解决	(43)
一、法的效力等级 (43)	二、法的冲突解决 (44)
第四讲 法的规范与体系	(49)
第一节 法律规则	(49)
一、法律与语言 (49)	二、法律规则的结构与分类 (52)
三、法律规则的内容:权利与义务 (54)	
第二节 法律原则	(57)
一、认识法律原则 (57)	二、法律原则的功能及其适用 (63)
第三节 法律体系	(65)
一、法律体系与法律部门 (65)	二、当代中国的法律体系 (67)
三、“一国两制”下的中国法律体系 (72)	
第五讲 法的制定与实施	(75)
第一节 立法:比火药更伟大的发明	(75)
一、立法:法的制定 (75)	二、现代立法的基本原则 (76)
三、良法的形式标准 (79)	四、良法的实质标准 (81)
第二节 法的遵守	(83)
一、守法:公民的神圣义务 (83)	二、违法:特殊意志对普遍意志的违背 (86)
三、法律责任 (87)	
第三节 行政执法	(91)
一、行政执法与行政法 (91)	二、行政执法的基本原则 (92)
三、行政执法的主要内容 (94)	
第六讲 法的适用与方法	(98)
第一节 司法:最权威的纠纷解决	(98)
一、作为法的适用的司法 (98)	二、司法的基本原则 (103)
第二节 司法的方法:法官是如何判案的	(106)
一、司法方法的一般原理 (106)	二、法律解释:追问法的含义 (111)
三、法律推理:通过逻辑推出结果 (119)	
第三节 司法的艺术之美	(123)
一、司法的器物之美 (123)	二、司法主体的行为之美 (124)
三、司法的文本之美 (125)	
第七讲 法的作用与价值	(128)
第一节 法的作用	(128)
一、法的作用 (128)	二、法的社会作用 (129)
三、法的规范作用 (131)	四、法的局限性 (133)
第二节 法的价值	(136)
一、如何理解“法的价值” (136)	二、自由论 (137)

三、正义论 (143)	
第三节 法的价值冲突及其解决	(149)
一、法的价值冲突 (149)	
二、法的价值冲突的解决 (151)	
第八讲 法律文化与法律传统	(155)
第一节 法律文化	(155)
一、作为文化的法律 (155)	
二、中国传统法律文化及其现代转型 (156)	
第二节 民法法系与普通法系	(159)
一、大陆法系:罗马的幽灵 (159)	
三、英美法系:大法官的智慧 (164)	
第三节 世界上的其他法系	(168)
一、大唐遗风:中华法系 (168)	
二、真主的声音:伊斯兰法系 (168)	
三、恒河的法文明:印度法系 (170)	
第九讲 法的现代化与法治国家	(172)
第一节 法的现代化	(172)
一、法的现代化及其模式 (172)	
二、中国法制现代化 (174)	
三、法律继承与法律移植 (175)	
第二节 法治理论与法治国家	(178)
一、从人治到法治 (178)	
二、法治的要素 (181)	
三、实现法治的条件 (182)	
四、百年中国法治之路 (184)	
第三节 法律职业	(187)
一、法律职业 (188)	
二、法律职业的素养 (191)	
三、法律职业的道德 (194)	
四、建设法治国家:中国法律人的时代使命 (200)	
第十讲 法与宗教、道德	(203)
第一节 法律和宗教	(203)
一、宗教对法律的引领 (203)	
二、法律对宗教的作用 (207)	
三、宗教自由:公民的基本人权 (209)	
第二节 法律与道德	(210)
一、法律与道德的学术争议 (210)	
二、法律与道德的互助与冲突 (212)	
第三节 法律与宗教、道德争议案例	(214)
一、堕胎的争议 (214)	
二、安乐死的争议 (216)	
三、情欲罪与罚 (217)	
四、生还是死:死刑问题 (219)	
参考及推荐阅读文献	(222)

第一讲

法学导论

法学对人的智识乐于提供也许是最好的科学思维技巧的训练，——任何人，当他从法学转向其他科学时，都会感激曾有过这种法学的润养。

——〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫

法学在人文科学中无与伦比的优越性存在于：其并非立于法秩序之旁，亦非追随其后，毋宁得直接参与法秩序本身及法律生活的形成。

——〔德〕卡尔·恩吉施

“法学是什么”，这是几乎每一个初次接触法学的人都会要面对的问题。在古罗马法律教科书《法学阶梯》中，盖尤斯说：“法学是对人和神的事务的认识、关于正义和不正义的科学。”^①与其他学科不同，法学以人类社会中形形色色的法律现象、法律问题为研究对象，帮助我们了解法律，认识法律，引领人们过理性、和平、正义的生活。

第一节 法学的产生

在人类庞大浩瀚的知识体系中，法学是一门古老的学问，自从人类开始有了简陋的法律规则时，人们关于法律问题的追问和探索就从来都没有停止过；法学也是一门高贵的学问，它强调理性和秩序，追求善良与公正，曾被人们尊称为“写在羊皮纸上的学问”。历史的洪流一日千里，奔涌不息，经过了千百年的积累，立法者的创造、司法官的裁判和法学家的思想推动了法学的不断发展，法学已经成为现代社会科学中一门显赫的学科，成为维护社会秩序、推动人类发展的智慧资源。“问渠哪得清如许，为有源头活水来”，在开始法学旅行的第一步，我们需要穿越时空，到漫长的历史隧道中去追寻法学留下的一串串足迹。

大约是在公元前两三千年左右，人类创造了历史上第一个法律体系——奴隶制法律，或者叫“远古法律”。奴隶制法律是在前古时代先民们的生活习惯基础上发展起来的，有的有明确的文字记载，而有的仅仅通过口头讲述代代相传。在两河流域，即底格里斯河（Tigris）

^① 〔古罗马〕尤士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第11页。

和幼发拉底河(Euphrates)流经的美索不达米亚地区,苏美尔人制定了《乌尔纳姆法典》^①,据说这是世界上第一部成文法典,而古巴比伦王国颁布的《汉谟拉比法典》则是楔形文字法中最具有代表性的一部法典;在黄河流域,聪明的华夏民族早在夏、商时期就已经创造了成文法律,“夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑”^②,这些湮没在历史尘埃中的法律曾在中华文明的发源时期起到了重要作用;在南亚的古印度,出现了集婆罗门法大成的《摩奴法典》,它既是印度最古老的宗教、哲学和法律的汇编,也是古代印度最重要的法律文献。到公元前450年左右,共和时代的古罗马人制定了著名的《十二铜表法》,这部法律铭刻在十二块铜板上,公布于罗马广场。《十二铜表法》的制定,促成和催生了伟大的罗马法的产生,它是欧洲地区资本主义出现之前最完善的法律文明,标志着西方奴隶制法律发展到了最巅峰时代。

法律制度的日益复杂和精细,一方面是人类智力发育和文明程度提高的产物,另一方面反过来又会促进人类对法律现象的进一步探索和研究。大约就是在这一个时期,越来越多的思想家开始关注法律问题,研究法律现象,探讨如何推进法律完善和进步,法学作为一个专门学问开始慢慢萌芽和成长。

实际上,法学的产生取决于法律的发展和社会的需求,诚如法学家所描述的,“在昔唐虞之世,垂拱而治。……当世时,不但国与国之交际寡,即一国之内,交通运输之便未开,商工等业,亦未发达。人民散居,各为部落,仅营农业以供生计,自耕自织,俯仰自足。人事朴素,故无细密之法律。……及社会渐进,运输交通之途开,商工贸易之事起,人事日趋于复杂。民间争讼,亦因之而繁。至是法律不得不加密,一人之心力,不能尽记忆矣。至于近世,文明之利器,益行于天下。诸种法律,日趋繁杂,乃自然之势也。……人之财力有限,凡百法令,势难一一识记,则必研究法学。”^③

社会进步导致了法律日渐严密,而法律的复杂与精密则促成了专门的法学研究。自法学产生以来,作为一种关于人类正义及善良生活的科学,它不仅指导着人类法律制度的制定与实施,引导着人类生活的正确方向,而且逐步发育成长成为一种特别的文化现象。在不同的国家和地区,人们创造出了具有地方特色的法律制度和法律文化,包括埃及法律文明、犹太法律文明、希腊法律文明、中华法律文明、印度法律文明、美索不达米亚法律文明等,所有民族的法律文化在阳光下迎风闪烁,千姿百态,这个颤动着的实体构成一个全人类共有的文明财富。

第二节 中国法学史

一、从百家争鸣到律学的一统天下

在古代中国,夏、商、周三代时期的文明辉煌灿烂,尽管许多文献典籍在历史尘埃中已经

① 《乌尔纳姆法典》是古代西亚乌尔第三王朝(约公元前2060年—前1955年)创始者乌尔纳姆颁布的。法典大约由30至35块泥板组成,其中大多数都未能保存下来。法典包括序言和正文29条(传下来的只有23条)两大部分,主要涉及政治、宗教和法律等方面。序言宣称,是神授予乌尔纳姆统治权力,乌尔纳姆在人世间的行为是按照神意,确立“正义”和“社会秩序”,并列出了他在保护贫弱、抑制豪强等方面所采取的措施。

② 《左传·昭公六年》。

③ [日]矶谷幸次郎:《法学通论》,王国维译,中国政法大学出版社2006年版,第21页。

灰飞烟灭,但躺在博物馆中泛着冷光的青铜器则默默无言地向后人炫耀着那个年代的奢华与美艳。可以想象,三代时期的古人既然可以铸造精美的青铜器,自然也有能力制定完备的法典和创造先进的法律学问。

三代之后,“春秋战国乱悠悠”,那是一个烽火连天的年代,长期的战争使人民如陷水火,但诸侯争霸求生存的政治环境却为学术尤其是政治法律学说的发展提供了绝好的时机。在这一时期,中国历史上出现了罕见的学术繁荣,史称“百家争鸣”,儒、墨、道、法、名、农、阴阳、纵横、杂家等学术流派粉墨登场,在中国文化史上留下了一段段飘逸的身影。

儒家的政治追求是在红尘俗世中建立一个等级有序、温文尔雅的“道德理想国”。“为人君,止于仁”,在儒家看来,统治者必须以“仁”为政,“仁”就是至善,就是将美好的德性推己及人,使天下大治。因此,在治国模式上,儒家选择了“礼治”或“德治”。孔子指出:“礼乐不兴则刑罚不中,刑罚不中则民无所措手足”^①,法律只能矫偏救失,解决已然问题,而道德却能防患于未然,建立良好的社会秩序。因此,道德才是治理国家的根本手段。道德的具体表达就是“礼”,礼是中国古代社会维护血缘宗法关系和宗法等级制度的一系列精神原则及行为规范的总称。礼有两层含义:首先,礼是一套抽象的精神原则,可归纳为“亲亲”与“尊尊”两个方面。“亲亲”要求在家族范围内,每个人都应按自己身份行事,不能以下凌上、以疏压亲,其中尤其强调“亲亲父为首”,全体亲族成员都应以太家长为中心,以“孝”为本;“尊尊”要求在社会范围内,尊敬一切应该尊敬的人,君臣、上下、贵贱都应恪守名分,其中尤其强调“尊尊君为首”,因此一切臣民都应以君主为中心,以“忠”为本。其次,礼又是一套具体、详细的礼仪形式和行为规范,主要包括五个方面,通称“五礼”:吉礼,即祭祀之礼;凶礼,即丧葬之礼;军礼,即行军打仗之礼;宾礼,即迎宾待客之礼;嘉礼,即饮宴婚冠之礼。总之,儒家的观点是,在家庭生活和社会交往中,人人皆应知礼行礼,用礼的标准规范自己的言行,这样社会就会和谐,国家就会强盛。孔、孟的思想固然美好,可惜却生不逢时,在春秋战国那个礼崩乐坏的时代,孔子带着他的学生,“知其不可而为之”,风尘仆仆地奔走在来往列国的大道上,为他的政治理想作着孤独而固执的呼号。

与儒家的贵族情结不同,墨翟出身于手工业者,曾自称“贱人”,他所创立的墨家基本反映了当时小私有生产者的要求与愿望。墨家的弟子曾“充满天下”,他们自称“墨者”,既是一个影响深远的学术流派,又是一个纪律严格的民间团体。墨家提出“兼相爱,交相利”,这构成他们整个政治法律思想的基础。所谓“兼相爱”,就是人和人之间不分贵贱贫富,不论亲疏远近,一视同仁地相互关怀和尊重;所谓“交相利”,就是人和人之间互相尊重对方利益,“投我以桃,报之以李”,进行等价交换。在此基础上,墨家提出了“杀人者死,伤人者刑”的法律标准,并把它作为所有“墨者”必须遵守的集体纪律。墨家弟子身穿褐衣,行色匆匆,在春秋战国的历史上留下了一道特别的风景。

道家以老子和庄子为代表,因其以“无为而无不为”的“道”作为万物的本原而得名。在老子看来,“道”是宇宙的本体,是最高的原则,君王只有顺应自然,才能维护自己的统治。因此,最理想的治国方法就是“无为”,而最完美的治国境界就是无为而治下的小国寡民:“虽有舟舆,无所乘之;虽有甲兵,无所陈之;使人复结绳而用之。甘其食,美其服,安其居,乐其俗,

^① 《论语·子路》。

临国相望,鸡犬之声相闻,民止老死,不相往来”。^① 老子之后,庄子把道家的思想推到了另一个阶段,他主张“天人合一”和“清静无为”,否定法律、道德和一切文化,在他的心中,只有原始的才是美好的,而社会的发展只不过是自然的破坏和离弃。庄子生活贫穷困顿,却鄙弃荣华富贵、权势名利,力图在乱世保持独立的人格,追求逍遥无恃的精神自由。“昔者庄周梦为胡蝶,栩栩然胡蝶也,自喻适志与!不知周也。俄然觉,则蓬蓬然周也。不知周之梦为胡蝶与,胡蝶之梦为周与?周与胡蝶,则必有分矣。此之谓物化。”^②

与其他学派相比,法家思想呈现出浓烈的现实主义风格。法家的头面人物多为当时大权在握的政治家,包括李悝、吴起、商鞅、韩非、李斯等人。法家反对孔孟的“礼治”与“德治”,主张推行法治。法律制定出来之后,应当向老百姓公布,做到人人皆知,在此基础上,必须通过严格执法来维护法律权威,“刑过不避大臣,赏善不遗匹夫。”为实现自己的政治理想,法家主持和推动了许多重大的法律改革:李悝编撰了我国历史上第一部系统的封建法典——《法经》,为后世立法确立了通行的模式,而商鞅则在孝公支持下在秦国进行了大刀阔斧的政治、法律改革,通过法律实现了富国强兵,为原本积贫积弱的秦国夯实了横扫六国、统一天下的实力和资本。“道家认为,人本来完全是天真的;法家认为,人本来完全是邪恶的。道家主张绝对的个人自由,法家主张绝对的社会控制。”^③在那个弱肉强食的战乱年代,无论是儒家的文质彬彬还是道家的遁世无为,都解决不了国家的危机和民生的艰难,倒是撕破了温文尔雅面纱的法家思想,为诊治社会的顽疾提供了一剂有效的猛药。



商鞅图像

① 《老子》第八十章。

② 《庄子·齐物论》。

③ 冯友兰:《中国哲学简史》,北京大学出版社1996年版,第141页。

短命的大秦帝国之后,曾被历史冷落的儒学在孔子谢世多年之后终于获得垂青,并借助董仲舒的文笔和西汉皇帝的权杖走上了政治中心。“罢黜百家,独尊儒术”,在儒家的意识形态指导之下,传统中国的主流法学——律学开始形成。律学是中国古代政治土壤上生长发育起来的本土法学,这种法学将注释和完善国家成文律法视为自己的本职使命,它并不对国家法律提出批评和评价,而是兢兢业业地对法律进行注释分析,研究法律操作的技巧,以帮助司法官员准确揣摩王法的本意,并通过司法审判贯彻和推行忠孝、仁义等王道价值。

西汉之后,中国法制史上涌现出了一大批的律学大家,比如张斐、杜预、长孙无忌、薛允升、沈家本等人。张斐和杜预对《晋律》的注释被史家称为“张杜律”,长孙无忌等人对唐《永徽律》所作的注释汇集而成的《唐律疏议》成为了大唐法制的基石和中华法系的代表性文献,薛允升著有《读例存疑》《汉律辑存》《唐明律合编》《薛大司寇遗集》等律学经典,而沈家本则在光绪年间主持著名的“清末修律”,首开西法东渐之先河,拉开了中国一百多年法制现代化的序幕。

总之,作为传统中国法学中的“国学”,律学主导中国法律思想史上千年,伴随和见证着中国封建法制的创立和发展,并成就了古代东亚地区一个影响深远的法律家族——中华法系。

二、中国近现代法学思想

古代中国的法学,经历了春秋的勃发、秦汉的统一、大唐的鼎盛,到了晚明时期,虽然政治日渐专制,但法学思想却达到了一个新的高度。“明清之际是中国封建社会后期一个‘天崩地裂’的大动荡时期”^①,在这个时代,经济领域开始出现了资本主义经济的萌芽,而在思想界则涌现了一大批叛逆的启蒙思想家,包括黄宗羲、王夫子、顾炎武、唐甄等人。

与明代以前的律学家不同,晚明社会的启蒙思想家在被独裁专制的现实百般蹂躏和折磨之后,决绝而无奈地提出了“限制君权”的激进思想。在黄宗羲看来,政治腐败和人民受苦的最大祸根就在于君主的专制独裁,“为天下之大害者,君而已矣。”^②而唐甄则不无激愤的说:“自秦以来,凡为帝王者,皆贼也”。传统理论认为:“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”,这样的观点在启蒙思想家看来是落后和过时的。事实上,天下并不是一家一姓的私人财产,而是天下人共同的天下,所以正确的理解应该是“天下为主,君为客”。为了限制君权,黄宗羲提出了设置宰相并提高相权、主张学校议政以及地方自治等思路。在法律方面,启蒙思想家反对维护君主专制的法律,要求立法为“公”,立法必须兼顾平民的利益,也就是用“天下之法”代替君主的“一家之法”。

总体说来,晚明启蒙思想家的理论观点在中国法学史上写下了光辉的一页,虽然他们的思想在当时的社会环境下无法实施,但是这些思想如同暗夜中的一缕晨光,给封建专制的中国社会带来了一种别样的启迪与希望。

大约是在两百多年之后,满清王朝沉寂的思想池塘再次被乍然来风吹起波澜,中国近代法学史上迎来了又一个气象万千的时代。

晚清法律领域最早的争论发生在第二次鸦片战争之后,清朝统治集团内部出现了两股

① 张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1998年版,第231页。

② 《明夷待访录·原君》。

势力,一派是以曾国藩、李鸿章、左宗棠、张之洞等封疆大吏为代表的洋务派,另一派是以王韬、薛福成、郑观应等学者和资本家为代表的资产阶级改良派,前者主张“中学为体,西学为用”,治国应该宽猛相济、刚柔结合,但必须维护以“三纲”(君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲)为核心的封建礼教;后者在提出“富国富民”、“商战固本”的同时,要求革新政治,建立君主立宪的政治制度。到“戊戌变法”时期,资产阶级改良派的理论由于受到光绪皇帝的支持一度几乎成为大清国的治国指导思想。康有为、梁启超、严复、谭嗣同等思想家不仅撰写、翻译了介绍西方宪政、法治、民主方面的作品,而且还行走于庙堂之上参与政治事务,他们主张立宪法、设议院、开国会,甚至主张仿行西方搞三权分立,他们希望通过变法,用资产主义的法律制度代替封建主义的法律制度,再造一个强健富足的大清帝国。然而,在严酷的政治环境下,康、梁等人的激情与理想很快就被慈禧太后等保守权贵的权杖击得粉碎,菜市口飞溅起来的鲜血凝固成暗红的印迹,并使改良派通过温和改革实现国家富强、人民幸福的理想完全绝望。于是,‘戊戌变法’的失败让思想家走的更加奋勇和决绝,资产阶级革命派走上了历史舞台的中心。资产阶级革命派的代表人物是孙中山和章太炎,对于清政府的统治及其改革的可能性他们已经完全抛弃了幻想,而决定用铁和血的暴力来推翻腐朽的王朝,挽救中国的危亡。孙中山提出了民族、民权、民生为内容的“三民主义”,并在辛亥革命胜利后将其奉为中华民国立法的基本指导思想,他主导制定了中国历史上第一部资产阶级的宪法性文件——《中华民国临时约法》,《约法》明确规定:“中华民国之主权属于国民全体”,“中华民国人民一律平等,无种族、阶级、宗教之区别”。为了保护公民的基本权利和自由,防止权力腐败和政治专制,约法确立了参议院、总统、国务总理及司法机关之间的分权制衡机制。《约法》是近代中国资产阶级治国理政思想的法律体现,是法律史上一部伟大的文献,虽然最终没有得到有效的实施,但其地位、价值及对后世的影响却值得永远铭记。

总之,19世纪以来中国法学思想界的争鸣与论战,不仅敲响了传统封建法制灭亡的丧钟,也预示着法律新时代、新气象的到来。如果要对这一时期法学的发展作一个简单概括,可以说这是一个“西法东渐”的运动。在这一时期,各个阶层和集团无论出于被迫还是自愿,纷纷从西方资本主义国家法治实践中寻找借鉴和资源,用西方的药方诊疗中国的社会疾病,在此过程中,中国这辆古旧的大车,终于慢慢摆脱封建专制,在通往现代民主法治的道路上吱吱呀呀地前进。

第三节 西方法学史

一、从古希腊到中世纪

整个西方文明,其地理中心在欧洲大陆,其文化故乡在古希腊,因此,论及西方文化,无论是哲学、艺术还是法学,都要从古希腊谈起。

古希腊是一个哲学繁荣甚至早熟的时代,在那个时候,法学还没有从哲学的怀抱中脱离出来,因此,诚如美国法学家庞德所说:“与许多其他科学一样,法律科学也植根于古希腊哲学。较为具体地讲,法律科学的起源之一乃是有关正义和社会秩序的古希腊哲学理论。”^①古

^① [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第1卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第26页。

希腊的哲学具有浓厚的自然主义色彩,它是从山川、河流、草木、鸟兽等自然现象出发来解释宇宙的,万物的存在,只要是自然的,就是正当的、永恒的。

或许是受到哲学思维的影响,希腊人很早就提出了法律的二元论观点。在希腊人看来,人世间存在着两种法律,一种是国家制定的“实在法”,就是国王或执政者颁布的成文法,另外一种“自然法”,它存在于社会之中,留住于人心之内,虽没有明确的文字表达,但却是适用于万事万物的永恒而普遍的法律,它高于国家法并指导着国家法。希腊历史上的“安提戈涅之怨”便形象地展现了自然法与国家法的关系。

安提戈涅是古希腊悲剧作家索福克勒斯在其作品《安提戈涅》中塑造的一个女英雄的形象。在这一作品中,安提戈涅的兄弟普雷尼克因犯叛国罪,触犯了国家的法律,处死之后被禁止埋葬。但是,古希腊人一直把埋葬死者视为神圣的义务,死者得不到埋葬,便不能渡过冥间,前往冥土。因此,安提戈涅基于血缘关系和基本的伦理,冒着生命危险,挑战城邦的法律,按当时的通行仪式埋葬了她的兄弟。

她说:“我要埋葬哥哥。即使为此而死,也是一件光荣的事。我遵守神圣的天条而犯罪,倒可以同他在一起,亲爱的人陪伴着亲爱的人,我将永久得地下鬼魂的欢心,胜似讨凡人欢喜,因为我将永久躺在那里。”她认为埋葬自己的兄弟只是违反了克瑞翁国王的法律,而不是那种更高的法律,这种最高的法律,“它们既不属于今天,也不属于昨天,永恒地存在着”,“它们永不消亡,也无人知道它们何时起源”,这就是高于国家法的自然法。虽然安提戈涅最终受到了克瑞翁国王的严惩,但她依据自然法对城邦法的控诉却被人们永远铭记。

早在柏拉图和亚里士多德之前的几百年里,古希腊的哲学家就认为人世间的法律是有其更高的渊源和依据的。在前城邦时代,出现了以神话为载体的自然法思想的萌芽,在《荷马史诗》中,正义女神“狄凯”和惩罚女神“忒弥斯”分别是正义和习惯法的象征。史诗通过描述两位女神之间的关系表述了正义和习惯法之间的主从关系,正义作为神人共守的秩序,是习惯法的基础,而习惯法作为人间的秩序,则是正义的体现和化身。米利都学派的第二位哲学家阿那克西曼德认为世间之物皆有其原因,它们之所以变化,是命运(必然性)使其然,“万物所由之而生的东西,万物消灭后复归于它,这是命运规定的……”^①该观念为“自然法”的出现作了先声,因而被誉为“西方最古老的法律思想”^②。百年之后,哲学家赫拉克利特终于指出:“人类的一切法律都因那唯一的神的法律而存在。神的法律从心所欲地支配着,满足一切,也超过一切”。^③这里的“神的法律”就是必然的、客观的规律或自然法,它乃是人间万法的根源和依据。

天赋自然法的理论,乃苏格拉底所首创,并为后世许多思想家所继承。柏拉图在苏氏哲学的基础上,构筑了他的理念论。柏拉图认为世界由现象世界和理念世界组成,理念是现象的本质。理念具有一贯的、先验的内容。同样,变动不居的法律现象也都必须符合不变的法理念。换言之,只有理念中的自然法才是本质上的法律,其他的法律都必须与理念的自然法

① [英]罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武,李约瑟译,商务印书馆1963年版,第52页。

② 参见郑永流:《法哲学是什么》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(1),中国政法大学出版社1998年版,第3页。

③ 同上。

保持一致。这种思想使古希腊的自然法理论将法划分为“作为本质的”自然法与“作为现象的”实在法两个层次。柏拉图指出:“凡是若干个体有着一个共同的名字的,它们就有着一个共同的‘理念’或‘形式’”。^① 实存的万物,皆是理念的影子或摹本。于是,世间存在的法律都有一个共同的理念或本体,那就是自然法,一种恒定不变的最高准则。

到亚里士多德时,自然法学说达到了第一个历史高峰。在亚氏的观念中,法是与正义同名的,而正义乃是最高的善的具体表现,因而法是自然的,合乎公道而朝向善的。当现实中人们制定的法律与正义不相符合时,就应当依公道对其进行修改。也就是说,立法者创造的法律,必须以一种更高的东西——正义或自然法——为标准 and 依据。亚里士多德的自然法理论是一种城邦自然法,“法律的目的就是按有序的方式维护一种理想化的社会现状。法律秩序就是对人们进行规制,以使每个人都位于按政治方式组织起来的一个理想的希腊城邦社会中被指定的位置之中。正当和法律(Right and Law)的基础乃在于那种寓于事物本性之中的和谐或相宜。正当和法律独立于人的意志而在,而且还具有普遍的效力。”^②

总之,古希腊的自然法理论认为:自然法就是事物的本质,是适用于一切事物的基本规律,人类创造出来的实在法必须与自然法保持一致,否则就会失去法律的基本性质。自然法思想的提出是希腊人对世界法律文明的重大贡献,它不仅成为后来西方自然法学派的理论渊源,而且它开创了一种质疑和批判国家法的学术传统,在一定程度上保证了西方法律沿着正确方向健康成长。

西方法学繁荣的第二个时期是古罗马时期。罗马共和国时期的法学家西塞罗继承了古希腊的自然法思想,认为自然法是与自然即事物的本质相适应的法,其本质为正确的理性。“真正的法律乃是一种与自然相符合的正当理性,它具有普遍的适用性并且是不变和永恒的。”^③ 自然法效力高于实在法,实在法必须反映和体现自然法的要求。因为“恶法非法”,所以法律必须体现正义和公正。据此,西塞罗还提出了“人人平等”的主张,这种主张也影响了日后罗马法的进步,比如对妻子和子女的法律保护。在这一时期,基于庞大的罗马帝国国家管理的现实需要,罗马人在希腊文明的基础上创造了古代欧洲最发达的法律制度——罗马法。罗马法以民事法律为主体,包括了人法、物法、程序法等部分,是一个结构严谨、内容丰富的法律体系。与法律的高度发达相伴随,罗马出现了历史上较早的法律职业家集团——一群以讲授和研究法律为职业的贵族,他们研究罗马法,讲授辩论技巧,参与立法、诉讼和政治活动,成为罗马社会中呼风唤雨的一个群体,其中最具有代表性的是“五大法学家”,包括帕比尼安、保罗、乌尔比安、盖尤斯和莫迪斯汀。公元426年,罗马皇帝颁布了《引证法》,赋予五大法学家的著述以法律效力,其理论观点在法庭上可以直接作为法律来引用,法学家在当时地位的显赫可见一斑。公元6世纪,东罗马皇帝查士丁尼成立了法典编纂委员会,对罗马帝国的法律制度和法学作品进行了全面整理,编撰了著名的《国法大全》,它包括《查士丁尼法典》《法学阶梯》《学说汇编》和《查士丁尼新律》等四个部分,《国法大全》是罗马法律智慧的集中展现,它的问世标志着罗马法发展到最发达、最完备的阶段。

中世纪(公元5到15世纪)是欧洲的封建时代,这个时代也曾被人称为“黑色年代”

① [英]罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武、李约瑟译,商务印书馆1963年版,第163页。

② [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第1卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第28页。

③ [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第14页。

(Black Age),因为在这一时期,天主教的神学的光辉笼罩了一切,源自希腊的科学、理性以及对人本身的关注被神学所掩盖。法学,如同哲学、伦理学乃至物理和化学一样,皆被神学所统辖,成为神学的奴婢。在以奥古斯丁为代表的天主教法学家看来,人间的国家法来源于上帝的永恒法,俗世中的一切法律现象,都要从神的意志出发进行解释,并最终回归于神的惩罚或恩典。所谓国家和法律,并不具有根本的正当性和价值,它们都只不过是人类堕落和犯罪的产物和结果而已。终极的法律和正义,只在上帝那里,神主宰一切生活,并审判一切罪恶。

在中世纪的法学史上,生活在意大利文艺复兴前夜的托马斯·阿奎纳是神学思想史上另一位重要的人物,他把理性引进神学体系,用“自然法则”来论证“君权神圣”说,他的思想被认为是罗马天主教神学、哲学、法学的最权威理论。托马斯同意亚里士多德关于人是社会的动物的观点,指出人是天然要过政治生活的,人并不是仅仅依赖自我的理性以实现其目的的单一个体,他生来就是社会或政治的存在,生来就要同自己的同类一起生活在社会中。托马斯认为,既然社会对于人是自然的,那么维护社会秩序的国家也是自然的,社会和国家都有神圣的正义和权威,国家既不是原罪的产物,也不是个人主义的结果,它的建立乃是为了公共的善。与国家相伴随的法律,“它不外乎是对于种种有关公共幸福的事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布。”^①在继承亚里士多德的基础上,托马斯完善了神学理论,提出了永恒法、自然法、人定法、神诋法的划分,他的努力赋予了神学法学以自然理性,在一定程度上拯救了中世纪天主教法学面临的危机。

二、近现代西方法学

“江山代有才人出,各领风骚数百年”,漫长的中世纪之后,在文艺复兴和商品经济日渐活跃的背景下,西方法学迎来了期待已久的春天,自17世纪以来的三四百年里,西方法学的天空可谓群星闪耀、光辉灿烂。

在传统中国的皇权政治之外,武林中的侠客们曾经创造了一个多姿多彩的江湖世界,少林、峨眉、武当、华山、崆峒,各大门派你来我往,造就了一段喧闹而传奇的历史。在近现代西方法学史上,法学家们也成就了一个思想的江湖,上演了几百年的热闹的大戏,舞台上的主角不断更换,但其中最具有影响的是三大法学派:自然法学、实证主义法学和社会法学,三大法学流派如同三根大理石柱,共同支撑起了近现代西方法学恢弘巍峨的大厦。

自然法学的思想最早可以溯源到古希腊,斯多葛学派曾经提出了较系统的自然法学说。^②到17世纪时,自然法思想得到了空前的发展,欧洲很多一流的学者皆被自然法思想的魅力所吸引和折服,他们形成了一个影响巨大而深远的法学流派,即“古典自然法学派”,其代表人物包括格老秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人。在自然法学派看来,国家和公民之间的关系并非一种统治和被统治的关系,而是一种平等的契约关系,国家如果违反了

^① [意大利]托马斯·阿奎那:《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1963年版,第106页。

^② 斯多葛学派(Stoicism)是古希腊哲学家芝诺约于西元前305年左右创立的哲学流派。这个学派的名字“斯多葛”(Stoa)这个词来源于Stoa poikile(屋顶的柱廊),据说当时他们常在此种建筑下讲学聚会。斯多葛学派的基本主张即宇宙是绝对的理性,理性能提供“共同概念”(common notions),使人人具有共同的经验,从而形成知识和真理的标准。世界是由理性主宰的,人是世界理性的一部分,应该避免理智的判断受到感情的影响。他们的人生目标就是符合这个世界的理性,即达到有德性的生活,将克制、知足、平静(一种对外在事物的冷漠)视为美德。