

西法肆言

西法肆言

漫话西方法律史

徐爱国 著

图书馆



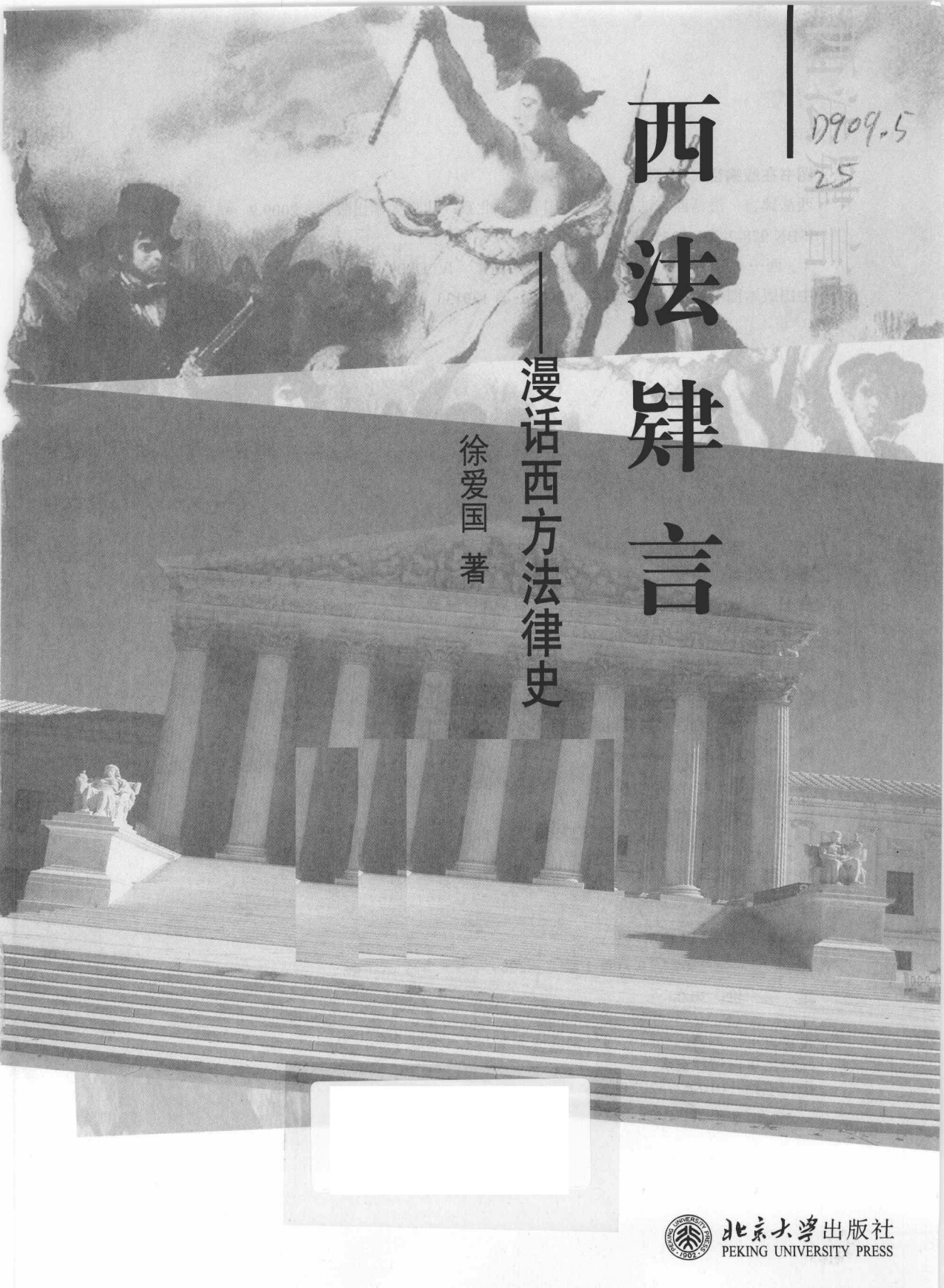
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

0909.5
25

西 法 肆 言

漫话西方法律史

徐爱国 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

西法肆言：漫话西方法律史/徐爱国著. —北京：北京大学出版社，2009.9

ISBN 978-7-301-15656-8

I. 西… II. 徐… III. 法制史—西文国家 IV. D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第139133号

书 名：西法肆言——漫话西方法律史

著作责任者：徐爱国 著

责任编辑：白丽丽

封面设计：林胜利

标准书号：ISBN 978-7-301-15656-8/D·2389

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>

电子邮箱：zpup@pup.pku.edu.cn

电 话：邮购部 62752015 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者：北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者：新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 15.5印张 234千字

2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

定 价：30.00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

电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn



回到历史，亲历西方法律史的变迁；~~二则我们不能够周游各国，考据西方法律的原始文献。好在有老祖宗的鼓励：知其不可为而为之。一直认为，中国法律现代化的实践，应该追溯到西方法律史；不探索西方法律的精神，我们无从理解现行法。~~

本书的资料源于北大远程教育“外国法制史”和“西方法律思想史”授课时所搜集的文献材料，后哲学系开设“西学教室”，在给学员

目 录

第一章 西方法与西方法律理论	001
开篇的话	003
一、以外国法为参照	003
二、西方现代法律的精神内核	007
三、法系、法律理念与西方法律传统	018
第二章 法律的灵与肉——古希腊的法律思想和古罗马的法律制度	039
一、城邦与法	041
二、贝壳放逐法	043
三、古希腊“三圣”	046
四、《十二铜表法》	051
五、罗马法学家	054
六、市民法与万民法	057
七、从身份到契约	060
八、物权与物之本性	062
九、“父债子还”与“以被继承人遗产为限”	064
十、“负担履行义务的法锁”	067
十一、侵权与犯罪	069



十二、小结	071
第三章 法律的天上与人间——基督教的法律遗产	075
一、教会与教会法	077
二、《圣经》是一部律法书	079
三、法律的神学世界观	090
四、“双剑论”	094
五、法律制度中的基督教教义	098
六、新教伦理与资本主义	108
七、小结	111
第四章 立法者/法典/逻辑/政治变革——大陆法系传统	117
一、罗马法与日耳曼法	119
二、日耳曼之蛮族之法	122
三、国王与法律	133
四、罗马法复兴与法律现代化	138
五、大陆法系传统	141
六、革命与宪政	142
七、拿破仑与《法国民法典》	148
八、德国的兴起与“法治国”的形成	153
九、萨维尼与《德国民法典》	155
十、刑事古典学派与刑事实证学派	162
第五章 法官/判例/经验/历史传统——英美法系传统	175
一、英国法的缘起	177
二、柯克与布莱克斯通	184
三、遵循先例与陪审团	189
四、美国法律的由来	192
五、美国法与英国法“血浓于水”的关联性	196
六、美国法与英国法的断裂	198
七、宪政：分权、法治和人权	202

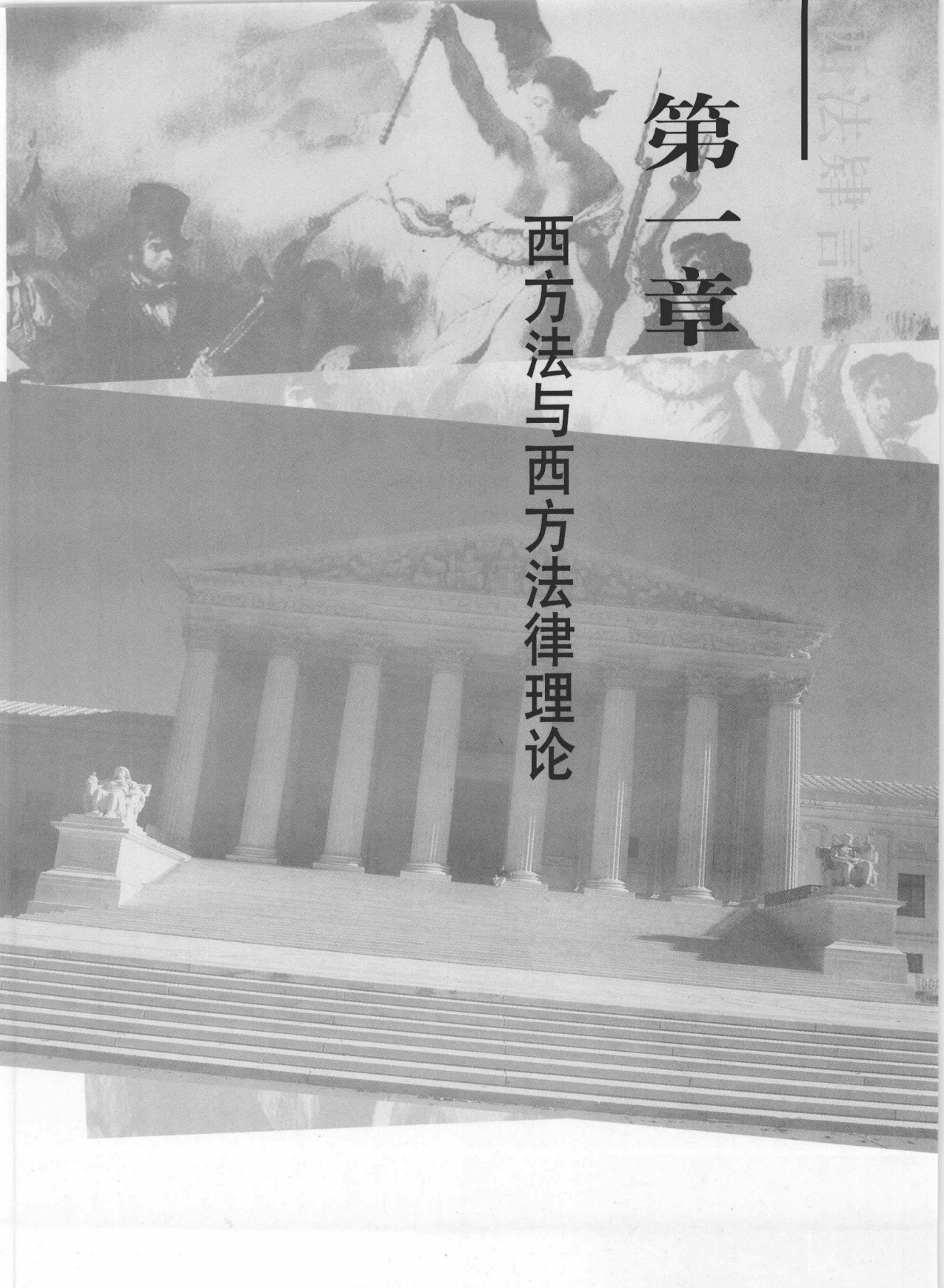
八、占有权、占有时效与不法侵害	209
九、合同的相对性与约因	212
十、过错责任与严格责任	218
十一、对抗制与理性人标准	222
结语	227



西方法律言

第一章

西方法与西方法律理论





上海有一个19岁的女孩子去商店购物，被怀疑盗窃后被商店搜了身。女孩状告商店，案由是精神损害赔偿。一审法院支持女孩，判定的精神损害赔偿为25万元。被告不服提起上诉，二审法院改判为1万元。这个案子判了之后，在新闻界引起反响，争论很大。一个25万元的判决和一个1万元的判决，对于中国人来说其中的差距还是很大的。针对这个问题，各方的说法各不一样。消费者说，25万不高，因为精神损害赔偿是一个没有极限的概念，因为有些损害是无法用金钱来衡量的。保守一些的法律人则认为一审判定的25万似乎太高了一点，不合乎中国的国情，精神损害赔偿应该与中国人的经济水平相匹配。

争论源于我们国家法律的欠缺。我国关于顾客在商店里被搜身，精神受到创伤，法律的规定是很有限的。从《民法通则》的情况来看，关于民事侵权的条款只有十几条。所涉最高人民法院的解释也就几十条。关于精神损害的问题，《民法通则》是没有规定的；涉及精神损害赔偿数额的问题，几乎就没有正式的法律规定。由于法律制度本身的欠缺和实际上大量侵权行为的案例，就导致了损害赔偿数额的巨大差异，同时也导致了不同的看法。如果我们参照国外的一些立法例或者法官的审判实践，那么这个案子实际上是明确的，不会产生这样大的分歧。

我们来看一个美国的判例。一位先生在商店里买东西，他先买了一双袜子和一些洗澡巾，买完之后他又看中了一双男式手套，把手套拿下来之后顺手塞进大衣口袋里，然后穿过了几个货架。他自己说，当他到一个机器旁边取购物袋的时候，保安走过来对他说：“请你跟我来一下。”这个顾客随着保安到了商店的出口处。出口处有一个检查的机器，如果商品没有付款，通过机器时就发出警报声。这个顾客随着保安通过机器，机器发出响声，于是这个顾客被怀疑是小偷。保安把顾客带到经理室，经理对他说：“我看见你拿了那双手套，看见你把它塞进大衣口袋。我一直跟着你，当你准备出商店的时候，我叫保安把你截住了。”顾客反对说：“我还没有完结我的购物行为，我并不是要出去。”经理说：“我看见你并不是去拿购物袋，而是走向出口。”其他的证人也说，当这个顾客被叫住的时候，不是在拿塑料袋的地方，而是在商店的出口处。保安勒住顾客的脖子，把他逼到墙边，然后搜他的身，拿到他的钱包，最后把那副手套也掏出来了。嫌疑犯被送到刑事法庭，审判的时候陪审团判定不足以构成犯罪，就认

定他无罪。顾客当然不服气，反过来把商店给告了，说商店侵权。^①

这和中国发生的案子有很多相似之处。中国法很简单，被告要么是人身伤害，要么侵犯了人格权，原告名誉和精神因此受到了损害，而在美国法中，则有四种很明确的侵权形式。第一种指控就是殴击或殴打，这是一种直接的身体上的伤害。比如说商店里的人勒住顾客的脖子，把他逼到墙边，搜他的身，这都是直接的身体的伤害。第二种指控叫威胁，就是使受害者处于一种随时将要被打的恐惧之中，比如说一个人拿着枪对准另外一个人，实际上枪里一颗子弹都没有，但是被枪指着的人感到非常害怕。第三种指控叫非法拘禁，原告被限制了人身自由。第四种指控是精神损害，也就是说，上述三种行为导致了原告精神的创伤。法院经过审理之后，否定了原告所有的指控，他的诉讼请求都没有得到满足。商店搜身案件，实际上涉及顾客人身权与商店财产权的冲突与平衡。法官认为，如果商店有一种合理的根据相信原告是一个小偷的话，商店就有权利实行一种带有暴力性质的拘留权。唯一的界限是这种权利不要超过必要的限度。因此，商店的非法拘禁不成立。进一步，商家要维持一种合法的拘留或逮捕，他必定要动用一定的力量，否则就无法维持该拘留或者逮捕。因为这个缘故，商店的武力和威胁有了合理性，不构成殴打和威胁。由此，既然商店的行为都有合理的依据，也就无从产生精神损害的难题。

发生在中国的那个案子，最后判定顾客胜诉，法院给出的理由也有它的道理，毕竟，案件发生的时候，我们正在宣传消费者权益保护。问题只是在于我们国家关于此类案件的规定太简单和太抽象了，不足以充分解释案件所涉及的实际问题。此案之后，精神损害赔偿的问题就更多了。精神赔偿满天飞了，人们把它当作了一种灵丹妙药。只要有人受了自己无法释怀的委屈，他都可以提出精神赔偿的诉讼请求，并且提出来的数额越来越大。同样，精神损害赔偿要素，我们国家并没有具体的规定。如果碰到这样的问题，我们是不是有必要看看外国法的规定呢？我觉得是有必要的。从美国的情况来看，关于精神损害赔偿的规定，并不是那么无边无际的，它有具体的构成要件，有大量具体的案例涉及精神损害赔偿的问题。美国法律协会所编辑的“法律重述”有侵权行为法的专门一部，精神损害赔偿的要件有三个方面：第一个方面，它要求行为人的行为必须是极端的和粗暴的；第

二个方面，这种伤害是故意的；第三个方面，实际发生的精神损害是非常严重的。有时候还加上一条，被告行为与原告的损害存在着因果关系。至于具体的先例则更多。英国最早的案件是，两个女同事之间开玩笑，甲女士骗乙女士说，我刚才接到医院的一个电话，说你丈夫出车祸，已经被送进了医院。乙女士听到消息后就休克了，被送进医院。法院判决乙女士可以从甲女士那里获得精神损害赔偿。通过近几十年的发展，精神损害有了一些具体类型的案件：性骚扰；债权人对于债务人的野蛮的逼债；房东长期不修厕所或者长期不供暖气，住户长期忍受这种痛苦；不人道地处理尸体；公共行业对顾客的侮辱。如果我们的法律能够做到更细致一些，有更明确的规范可以遵循，那么法律结果的可预期性就更大一些。这对诉讼双方来说，都是一种解脱。如果我国没有现存的规定，为什么不能够参照外国的法律呢？

从历史上看，法律移植的成功例证是日本的法律变迁。日本的法制史基本上经过了三个阶段：第一个是所谓的大化革新，第二个是所谓的明治维新，第三个是第二次世界大战以后移植美国法。大化革新的时候，日本由奴隶制向封建制过渡，它移植了中国的法律，基本上把隋唐的法律全部移到日本去了。日本著名法学家穗积陈重在其所著《日本新民法》中曾经指出，“日本法律属于中华法系已有一千六百年，虽自大化革新后经历许多巨大变化，然日本法制之基础仍属于中国之道德哲学与崇拜祖先的习惯及封建制度”^②。随着时代的变迁，中国的封建法律制度已经不合乎世界的发展潮流了。从日本的情况来看，再学习中国的法律就跟不上形势了，所以它就变，继续改，世界上哪个国家的法律最先进，它就移植那个国家的法律。到了明治维新的时候，日本试图学法国的，但学法国学得不像，因为法国的民法典处在1804年前后，那是19世纪早期的西方的法律。明治维新的时候已经是19世纪后期了，也就是1889年，这个时候世界上最先进的法律是德国的法律。当日本采用法国的法律不成功之后，就转向研究德国法，聘请了很多德国的法学家为日本来制定法律。在第二次世界大战以前，日本学的是西欧的东西，实际上是德国的东西。所以日本的法律制度在很大程度上属于大陆法系或者罗马法系，这是学习德国的结果。当德国变成法西斯纳粹的时候，日本也变成了军国主义，最后都失败了。第二次世界大战后，日本被美国接管，同时也涉及法律进一步发

展的问题。美国是第二次世界大战后世界上最强大的国家，所以日本在法律制度乃至社会制度、经济制度各方面都学美国。日本国家很小，实力却很强，原因很多，其中一个原因就是学习世界上最先进的东西。

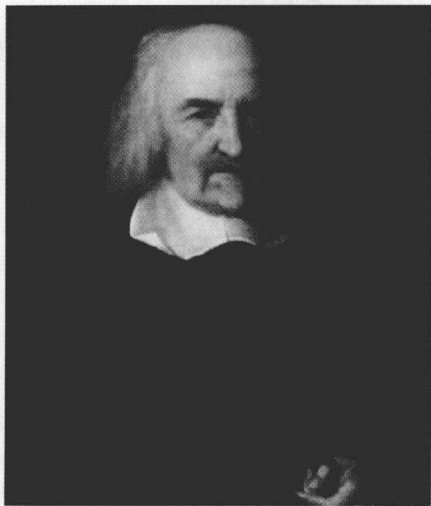
二、西方现代法律的精神内核

现代国家一般是从资产阶级革命之后算起，现代法律制度起源于17-18世纪西方的资产阶级革命和资本主义制度的建立。现代化的理论基础是这个时代的思想启蒙运动，其中就包含了政治与法律的理论。一大批代表资产阶级的思想家们所提出的资本主义的理论，构成了西方现代法律制度的理论基础，其中有牛顿、伏尔泰、洛克、斯宾诺沙、霍布斯、孟德斯鸠、卢梭、休谟和康德等。

他们对于人类社会的理想，对于人类法律制度的设定，都带有基础性。虽然他们的理论有这样或者那样的缺点，我们曾经也严厉地批判过，但不可否认的是，这种理论构成了西方现代法律制度的精神内核。

1. 人的本性与自然之法

社会是由人构成的，那么人性就决定了那些制约人的这种法律规范的性质。有什么样的人性就有什么样的法律。从这个出发点，他们就开始理论的设计。人类社会划分为两个阶段：一个阶段是现代社会，就是他们生活的那个时代，他们称之为文明的社会；另外一个阶段是野蛮社会。他们认为在文明社会之前，人类社会生活在野蛮时代。在文明时代，有国家，有政府，有法律，有科学，有艺术，有商业；而



托马斯·霍布斯

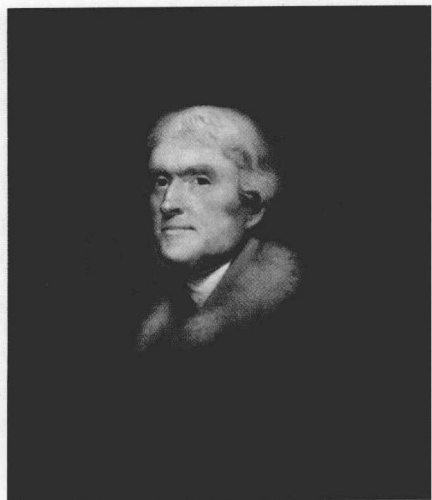
在野蛮时期，没有国家，没有政府，没有法律，没有商业，也没有文明，人们完全处于一种无政府的状态，这被称为自然状态。在这种自然状态下，人们依照本性来行为。首先，人与人之间是互相猜忌的。为了寻求一种安全感，人们就会发生人与人之间的猜忌。其次，人与人之间是互相竞争的。人有物质利益的追求，当人们都共同追求同样利益的时候，人们之间的竞争就开始了，因此人与人之间永远处于一种敌对的关系之中。最后，人是有荣誉感的，要追求自己的荣誉。由于这种人性本身的特点，既追求利益，也追求安全，也追求名誉，所以人和人之间就永远处于无休止的战争状态。这是霍布斯^②的看法。这是人性坏的一方面，人性当然也有好的一方面。比如说，人天生具有一种同情心和怜悯心，所以人和人之间也存在一种脉脉含情的关系。这就是卢梭的看法，他因此认为自然状态在某种程度上也是人类的黄金时代。^③

一方面，人类社会是一种战争状态，人和人之间处于永无休止的互相争斗之中；另一方面，人类没有政府、没有法律。人们可以做他愿意做的事情，不被强迫做他不愿意做的事情，所以自然状态又是人类的黄金时代，人们有普遍的自由和权利。

2. 自然权利

当别人侵犯我的时候，我可以采取任何报复手段来惩罚侵犯我的人，这种权利被启蒙学者们称为一种自然状态下的权利，也就是所谓的自然权利。我们以前把这种权利叫做“天赋人权”，后来有的学者说这个用词不准确，因为“天”的概念只在中国才有，西方没有“天”的概念，只有自然的概念。一个人作为一个生理上的人，是一个生物，或是一个存在物，因此，他也就有他的生存和发展的权利。这种权利是他成为人就具有的权利，不依赖于外在的任何权威。这种理论，后来的人们称之为人权的理论：一个人因为其作为一个人的存在而享有他的尊严和价值。在所有这些权利之中，有些权利是基本的权利：其一，生命权。一个人的生命是神圣不可侵犯和不可剥夺的。其二，自由权。人不同于动物，他能够思考问题，能够为自己的将来设定一个理想或一个目的，然后朝着这个理想努力，不断地去追求。人是一个很高价值的存在物，是一个具有理性的存在物，他有权利按

照自己的意愿去做自己愿意做的事情，他不受任何外在的束缚，应该受到他人的尊重。其三，财产权。人们有通过自己的劳动来获取物质财富的权利，有维持和享受自己生活的权利。^⑤ 其四，追求幸福的权利。



托马斯·杰斐逊

这些基本的人权，统称为自然权利，这套学说称为天赋人权说。自然状态和自然权利，是这个时代的思想家们所认为人类早期的状态：人类的早期可能是美好的，是人类的黄金时代；可能是坏的，是一种战争状态。但不管是好的还是坏的，人类的野蛮时代毕竟是暂时的和有待发展的，因为它没有工业的发达、没有商业的繁荣，人们的生活是短暂的、是龌龊的、是卑鄙的，人类必须要向前发展，发展到一种文明社会，也就是从一个没有国家、没有法律、没有政府的社会变成一个有国家、有法律、有政府的社会。

3. 社会契约

从野蛮时代进入到文明时代，其中的方式是社会契约。在他们看来，自然状态下的每一个人通过社会契约的方式成立了国家，建立了政府，然后颁布了法律。这套理论称为社会契约论。通过这种社会契约，每一个人把自己在自然状态下的权利全部地或者部分地让渡出来，交给一个社会形成一种公共的权力。个人的和私人的权利变成一种公共的权力，也就是国家权力。他们的理想是：个人的私人权利变成了一种公共的权力，公共权力反过来保护每一个人的权利。社会契约乃是国家和法律建立的一种方式。^⑥

4. 人民主权

从自然状态到自然权利再到自然法最后到社会契约，17—18世纪

的思想家们提供了一种完善的、系统的国家理论和法律理论。我们今天熟知的平等的理论、民主的理论、自由的理论、法治的理论和代议制的理论，都是这个时期资产阶级思想家们的发明。国家就是一种社会的契约，社会契约论下的国家，可以是代议制，也可以是直接民主制，两种形式都是人民主权的表现。这个国家的最高权力交给人民的代表，称为代议制；交给人民全体，称为直接民主制。^⑧依此前提，国家只是一只“看家狗”：政府与国家的角色是一只狗，狗的主人就是国家的人民。用林肯的话说，政府来源于人民，服务于人民，最后回到人民当中去。人民当家作主，这就是人民主权。国家的最高权力属于人民，这就意味着国家大事由人民说了算，它并非自上而下，而是自下而上。统治者的权力和国家的权力来自人民的授权，这是西方现代社会的一个根深蒂固的观念。当一个政府不再为人民谋福利的时候，这个政府就不应该再存在下去。人民有权利起来推翻现有的不为人民谋福利的政府，而建立一个新的为人民服务的政府。这被称为暴力革命的理论，洛克和卢梭都有类似的提法，也为19世纪的马克思所吸收。

5. 自由与平等

自由从它的本源的意义上来讲是一种不受束缚、不受任何外在约束的状态。孟德斯鸠说，自由本身包括两个方面：一种自由是哲学上的自由，一种自由是政治上的自由。哲学上的自由就是一种意志的自由，可以自由自在地思考问题就意味着意志的自由，或者至少相信自己的意志是自由的。政治的自由是指这个国家的人民具有安全感，或者至少相信自己是安全的。^⑨在孟德斯鸠看来，后一种自由更为重要。英国的思想家们则从国家与个人的关系上探讨自由的问题，当个人的权利与国家的利益发生冲突的时候，国家利益要让位于个人的利益。这种自由的理论，又被称为个人主义下的自由主义。

平等强调人和人之间的平等关系。造物主在造人的时候用了同样的原料，赋予同样的本性，因此所有的人在社会当中处于同等的地位。人和人之间虽然存在一些天生的不平等，比如身体的好坏，有的人人生而强壮，有的人人生而残疾，这是一种生理上的不平等；有的人天生聪明，有的人天生愚笨，这是一种智力上的不平等。但是，无论是