

 人民法学文存
Renmin faxue wencun



西方法律思想史

History of Western Legal Thoughts

陈金全◎著

 人民法学文存
Renmin faxue wencun

西方法律思想史

History of Western Legal Thoughts

陈金全◎著



人民
大学
出版社

策划编辑:李春林
责任编辑:李媛媛
封面设计:肖 辉
责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

西方法律思想史/陈金全 著. -北京:人民出版社,2012.1
ISBN 978-7-01-009183-9

I. ①西… II. ①陈… III. ①法律-思想史-研究-西方国家 IV. ①D909.1
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 151445 号

西方法律思想史

XIFANG FALÜ SIXIANGSHI

陈金全 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:28.5

字数:449 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-009183-9 定价:56.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

自序

黑格尔在《小逻辑》和《哲学史讲演录》中一再强调这样的思想,即认为哲学史如同供奉着众神像的庙堂,而不是人类理智错误陈迹的展览馆,因为哲学史是那种唯一活生生的精神自我发展的历史,也就是思想以自身为对象进行自我认识的历史。这一思想对于我们学习和研究西方法律思想史也有着同样重要的启发意义。西方法律思想史是西方法律精神自我发展的历史,也是西方人寻求法的真谛的心路历程的写照,其中每一阶段的法律思想都有其历史必然性和合理性。早期的思想与后来的思想是辩证的否定关系,晚出现的思想不是简单地超越和抛弃早期的思想,“这就是说,早期的体系被后来体系所扬弃,并被包括在自身之内”(《小逻辑》第190页)。每一阶段的法律思想都是时代的产儿,都是思想史链条上的一个环节,我们都必须认真对待,了解其真切的内容,充分地肯定其价值和贡献,同时也指出其缺失与不足。

中国原创文化学者把希腊文化(在某种程度上的罗马文化)、犹太文化(以希伯来圣经为核心的教化)、印度文化和中国文化视为世界史上对人类精神智慧影响最重大深远的并由此起源的创造原型,它们是几种最古老、最富于创造性智慧的文化体系,即原创文化。“这些原创文化表现为古代圣贤、先知、哲人的言行以及记述这些言行而形成的经典。它们对后世也一直起着普遍的教化作用,从而广为流传,受到有关民族和地区的广大人民的普遍尊崇。这种伟大的教化作用之所以可能,主要是因为这些原创文化中都包含着某些可以称为‘智慧’的东西,这是一些在文化中属于精神层次,而在精神文化中又属于高级层次的东西,其核心乃是人类最初的自我意识觉醒及与之相关的天道意识。就此而言,我们讲的‘原创文化’和亚斯贝斯的‘轴心期的创造品’

相当。不过,‘轴心期’一词只强调了它们的历史重要性,而‘原创文化’或‘原创智慧’一词才直截了当地指明了它们是人类精神智慧的最初创造,是往后各种文化传统的渊源。”^①而在几大原创文化中,“唯有希腊哲学才是科学的母亲”,^②由苏格拉底创造的“知识即美德”、“自知自己无知”、“认识你自己”的求真求善的科学理性主义,经过斯多亚学派的继承与发展,一直是西方思想史上的基本原则和巨大的精神动力。诚如亚斯贝斯所言,“人类一直靠轴心期所产生、思考和创造的一切而生存,每一次新的飞跃都回顾这一时期,并被它重燃火焰”。^③黑格尔把希腊视为欧洲人心中的“家园”,“从希腊生活中我们吸取了希腊的精神”,“凡是满足我们精神生活,使精神生活有价值、有光辉的东西,我们知道都是从希腊直接或间接传来的”。日耳曼人性格粗犷,因希腊文化与罗马法律的训练而受到磨炼,“欧洲人性格才成为柔韧,担当起自由”。^④由此可见,希腊原创文化、原创智慧以及希腊人法律生活中关于正义、公平、自由、民主、法治等等的创造在西方历史上的重要性,其对欧洲人、对欧洲文化几乎起了决定性的作用。

在方法论上,原创文化学者借鉴海德格尔关于去蔽求真、通达渊源的思想,主张返本开新。海德格尔说,传统常常起着遮蔽真理的作用,“取得了统治地位的传统首先与通常都使它所‘传下’的东西难于接近,竟至于倒是把这些东西掩盖起来了。传统把承袭下来的东西当做不言自明的,并堵塞了通达‘源头’的道路,而流传下来的许多范畴和概念一部分本来曾经以真切的方式从原始的‘源头’汲取出来。传统甚至根本使这样的渊源被遗忘了”。^⑤因此,为了找寻真理,我们不能遗忘渊源,真理的含义就是“去蔽”,返回原创,才能显明真理。海德格尔把清除各式各样传统的遮蔽而直达渊源本身的方法称为现象学的方法,在研习西方法律思想史的过程中,我们也可以借用这种现象

① 杨适主编:《原创文化与当代教育》,社会科学文献出版社2003年版,第5—6页。

② 杨适:《古希腊哲学探本》,商务印书馆2003年版,第2页。

③ [德]亚斯贝斯:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第14页。

④ [德]黑格尔:《哲学史讲演录》第1卷,贺麟、王太庆译,商务印书馆1997年版,第57—58页。

⑤ [德]海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映、王庆节译,生活·读书·新知三联书店1987年版,第25—32页。

学方法清除遮蔽,超越传统,通达渊源,获得关于天道与人道、公平与正义、法治与理性、自由与民主最为直接、最为本真的认识。例如,“自由”这个西方法律思想史上最基本、最核心的概念,从氏族制度瓦解到希腊化罗马时代几乎孕育了千年之久,直到斯多亚学派的爱比克泰德这里“才获得了正确和切实的阐发”。^① 后来经过中世纪披上了神学的外衣,到了近现代又出现了形形色色的自由主义,但是要真正弄清“自由”的原义,还必须回到希腊。这种“从今到古”与一般文化史、思想史“从古到今”的研究方法不同,而与人类学研究颇为相似,当然二者又有本质的区别。学习与研究西方法律思想史,可以借鉴原创文化这种“从今到古”回溯过去的方法,这不是贵古贱今的好古主义,这是一种拨开传统遮蔽、追寻真理的科学态度,是出于对文化原创、文化渊源在现代处境中返本开新意义的自信和自觉。这种自信和自觉有利于从方法论误区中获得拯救,有利于摆脱“中西”、“传统—现代”的二元思维模式,从而为人类法治事业开发出更多的精神资源。

作为一个中国人,在阅读西方法律思想史的时候,自然会想到中国的历史和中国的的问题,甚至自觉不自觉地要进行中西比较。但是,有一种比较是需要警惕的,那就是“浸透着欧洲文明中心主义的文化观,它用欧洲的历史和文化观念来度量和裁剪非西方的历史和文化,把不同文化之间的差异解释成为单独一方的缺乏”。^② 在西方历史上,即使一些著名思想家,如亚里士多德、孟德斯鸠、梅因、韦伯以至当代的昂格尔,他们对中国问题的判断也不尽准确,偏颇甚至误谈误解不少,如果坚持用他们偏颇的观点来认识中国,就必然把中国文化看成是“落后文化”,甚至认为“二千年来,中华法系一直陷于停顿、僵化甚至与世界文明进步的方向背道而驰”。^③ 这样的论断显得简单而粗暴,这“好比对着一面哈哈镜,看到的都是被认为夸大或被贬抑的自我”。^④ 这种比较主要源于对中西文化实情的不了解,张伟仁先生说,要了解不同特质的文化实非

① 杨适:《古希腊哲学探本》,商务印书馆2003年版,第667页。

② 夏勇:《“中国文化与法治”国际学术研讨会暨中国法律史学会2005年年会开幕词》,载中国法律史学会编:《中国文化与法治》,社会科学文献出版社2007年版,第7—8页。

③ 余定宇:《寻找法律的足迹》,法律出版社2005年版,第269页。

④ 夏勇:《“中国文化与法治”国际学术研讨会暨中国法律史学会2005年年会开幕词》,载中国法律史学会编:《中国文化与法治》,社会科学文献出版社2007年版,第7—8页。

易事,比如特殊的语言、文字、器物、制度、理想、价值、信仰、见解、习惯等等,都十分复杂,“要了解一国的法制,就必须先了解该国的文化特质,以及形成这些特质的境遇。对于一个并未深受某一文化熏陶的人而言,要取得这样的了解,当然极其不易,如果他又有语文上的隔阂,则更不可能了”。当然,这也有历史的原因,“我国近世屡为西方及其学徒日本所挫,丧失了自信、自尊,以致崇洋媚外,对东西洋的事物盲目地模仿”,结果“形体虽存,特质尽失,只能被人牵着亦步亦趋”。^①

实际上,中西文化并不是冰火不相容的,二者之间虽有质的差异,但也有相似、相近、相通之处。比如,法律与道德的关系就是中西法律思想史上的基本问题,尽管深入下去又有很大的不同,但精神还是可以沟通的。当我们阅读苏格拉底,特别是阅读爱比克泰德,我们会因他们对灵魂和道德的善的切实关注以及对公平、正义、和谐的追求而自然想到孔子甚至耶稣、佛陀。我们应该以世界人的眼光观察和思考人类的文化和法文化,学习费孝通先生“各美其美,美人之美,美美与共,天下大同”的恢弘的文化气度,不妄自菲薄,也不盲目自大。既要看到自己的长处,也要承认别人的优势,以真诚的兄弟之心,平等地进行文化及其法文化的比较与对话。因此,对待西方文化包括法律思想,我们要抱积极学习的态度,因为西方人在法文化的积淀与法治精神的铸造上,更适应现代社会的需要,而我们中国如毛泽东、邓小平指出的是一个缺乏民主传统的国家,又如哈贝马斯所说中国缺乏西方那样的“法学传统”,这就更需要去学习和了解西方文化,深入研究西方法律思想,以滋养我们的法治精神。

^① 张伟仁:《祝辞》,载中国法律史学会编《法史学刊》第1卷,社会科学文献出版社2006年版,第1—2页。

目 录

第一编 古希腊罗马法律思想

第一章 概 述 / 3

第一节 古希腊罗马法律文化产生的自然历史条件 / 3

第二节 古希腊罗马法律文化概述 / 8

第二章 前苏格拉底时期的法律思想 / 12

第一节 米利都学派和希腊人早期的法思维 / 12

第二节 毕达哥拉斯和希腊人早期的正义观念 / 13

第三节 赫拉克利特的逻各斯和希腊人早期的法
哲学精神 / 15

第四节 德谟克利特的原子论与伯里克里的民主法治 / 18

第五节 “人是万物的尺度”——希腊人法思维的
转折 / 23

第三章 苏格拉底和柏拉图的法律思想 / 29

第一节 时代的法哲学化身 / 29

第二节 拯救法的本质的“正义论” / 31

第三节 从“哲学王”到法治论 / 33

第四章 亚里士多德的法律思想 / 42

第一节 古代最博学的人 / 42

第二节 思想的经验论与法治论 / 45

第五章 希腊化时期的法律思想 / 58

第一节 伊壁鸠鲁关于人的自然权利与社会契约的思想 / 59

第二节 斯多亚派及爱比克泰德的自然法思想 / 66

第六章 西塞罗的法律思想 / 77

第一节 译述希腊自然法思想的罗马人 / 78

第二节 “为了得到自由,我们才是法律的臣仆” / 84

第三节 惩罚应与犯法行为相符合 / 87

第七章 罗马法学家的法律思想 / 89

第一节 “罗马法学家是法官,不是哲学家” / 89

第二节 自然法是大自然传给一切动物的法则 / 92

第三节 市民法、万民法和自然法 / 93

第四节 权利需要程序保障 / 98

第二编 中世纪欧洲法律思想

第八章 概述 / 105

第一节 中世纪欧洲法律思想的几个阶段和特征 / 105

第二节 封建法的罗马化和基督教的法律化 / 109

第九章 奥古斯丁的法律思想 / 115

第一节 “上帝的圣者” / 115

第二节 神学法律观 / 118

第三节 司法是“审判别人的良心” / 124

第十章 托马斯·阿奎那的法律思想 / 128

2 第一节 “西西里哑牛” / 128

- 第二节 经院主义哲学法律观 / 131
- 第三节 永恒法、自然法、人法和神法 / 138
- 第四节 法与道德 / 142

第十一章 马基雅弗利和布丹的法律思想 / 146

- 第一节 马基雅弗利和布丹的时代 / 146
- 第二节 人类法精神的觉醒 / 150
- 第三节 国家主权的法律理论 / 160

第三编 近代西方法律思想

第十二章 概述 / 167

- 第一节 理性和启蒙的时代 / 167
- 第二节 自然法学的辉煌及其演变 / 171

第十三章 格老秀斯的法律思想 / 175

- 第一节 “国际法之父” / 175
- 第二节 国家起源于人类的契约 / 177
- 第三节 作为理性法则的自然法 / 180
- 第四节 国际法理论原则 / 184

第十四章 霍布斯的法律思想 / 188

- 第一节 资产阶级政治法律科学之父 / 188
- 第二节 《利维坦》与机械唯物论 / 191
- 第三节 主权在君的自然法 / 193
- 第四节 实在法思想 / 200

第十五章 洛克的法律思想 / 204

- 第一节 提倡民权的自然法学 / 205
- 第二节 自由主义的法律观 / 210

第十六章 孟德斯鸠的法律思想 / 216

第一节	佩剑贵族的叛逆者	/ 216
第二节	18 世纪法的精神	/ 218
第十七章	卢梭的法律思想	/ 239
第一节	最后一位古典自然法学家	/ 239
第二节	法律公意与法律自由	/ 243
第十八章	康德的 legal 思想	/ 259
第一节	平静而伟大的启蒙思想家	/ 259
第二节	人是目的而不是手段	/ 261
第三节	国家、法律的起源与人性恶	/ 266
第四节	法律与道德形而上学	/ 272
第五节	法的分类与实在法	/ 275
第十九章	黑格尔的法律思想	/ 280
第一节	时代的产儿	/ 280
第二节	法是自由意志的定在	/ 284
第三节	立法与司法	/ 296
第四节	法国法的德国理论——民法和刑法思想	/ 302
第二十章	历史法学、功利主义法学和分析法学的法律思想	/ 313
第一节	法学的历史精神	/ 313
第二节	最大多数人的最大幸福	/ 323
第三节	法律是主权者的命令	/ 331

第四编 现代西方法律思想

第二十一章 概述 / 339

 第一节 危机与困惑 / 339

 第二节 法学思潮的多元与急变 / 342

第二十二章 庞德的社会法学思想 / 349

- 第一节 法的基本理论 / 350
- 第二节 社会法学的概述 / 354
- 第三节 社会利益学说 / 358
- 第四节 法律的社会工程和社会控制 / 363

第二十三章 凯尔森和哈特的分析法学思想 / 367

- 第一节 凯尔森的纯粹法学 / 367
- 第二节 法律是一种特殊的规则 / 379
- 第三节 对传统的更正和发展 / 385

第二十四章 新自然法学 / 390

- 第一节 自然法是神与政治法律的中介 / 391
- 第二节 道德是法律的基础 / 399
- 第三节 正义与法 / 406
- 第四节 权利论 / 413

第二十五章 昂格尔的批判法学思想 / 420

- 第一节 对自由主义法学的挑战 / 421
- 第二节 对批判法学的批判 / 436
- 第三节 新世纪的法学 / 440

后 记 / 443

第一编

古希腊罗马法律思想

第一章 概 述

第一节 古希腊罗马法律文化 产生的自然历史条件

古希腊是一个地理文化概念,它指从公元前 12 世纪至前 2 世纪所有使用古希腊语的民族所产生的文化。它大体上可分为三个阶段:其一,公元前 12—前 8 世纪为一个阶段,是古希腊原始社会的解体时期,史称“荷马时代”,因为其历史事实仅以诗人荷马的史诗为据;其二,公元前 8—前 4 世纪,是古希腊城邦制度的产生、发展和消亡时期,也是古希腊文化的鼎盛时期;其三,前 4—前 2 世纪,史称“希腊化时代”,是古希腊文化的没落和向古罗马文化的转化时期。古希腊文化产生之前,在这个地区曾存在过两个文化,它们是约公元前 30 世纪到前 14 世纪克里特岛在古巴比伦和古埃及文化影响下的米诺斯文化;以及在它的影响下,希腊本土于公元前 16 世纪兴起的迈锡尼文化,不过四个世纪后发生的特洛伊战争毁灭了它。米诺斯人和迈锡尼人建立起类似东方君权神授的专制政体,特别是迈锡尼社会等级森严,国王具有绝对统治的权力,荷马的史诗描述了他们征服特洛伊人的战争。公元前 12 世纪迈锡尼文明毁灭,希腊北部蛮族多利安人南侵并成为主宰,地中海地区文明一下退回到了愚昧的原始状态,史称“黑暗时代”。经过几个世纪的沉寂,公元前 8 世纪,希腊人建立了自己的城邦国家,传统上的“希腊”历史开始,标志西方世界步入了文明社会。从此,希腊人有了哲学,有了法律文化,开西方法律文化之端。因此,黑格尔说:“一提到希腊这个名字,……自然会引

起一种家园之感。”^①恩格斯说：“在希腊哲学的多种多样的形式中，几乎可以发现以后的所有观点的胚胎、萌芽。”^②这里的“希腊哲学”自然包括了希腊的法哲学及其法律文化。

古希腊比今天大，包括现在的希腊半岛，还有东边爱琴海诸岛，直到小亚细亚沿海一带、黑海沿岸，西到西西里、意大利南部和现在的法兰西、西班牙地中海沿岸地区。希腊本土境内多山，四面八方交错着山岭，土壤大部分是石灰质的。黑格尔认为，正是这种驳杂的地形，不能给人一种断然的影响，“我们在这里碰见的是山岭、狭窄的平原、小小的山谷和河流；这里没有大江巨川，没有简单的‘平原流域’；这里山岭纵横、河流交错，结果没有一个伟大的整块。这里看不到东方所表现的物质的权力——没有恒河、印度河等等江流，在这些大江流域上的种族，因为它的天边永远显出一个不变的形态，因此，习于单调，激不起什么变化；相反地，希腊到处都是错综分裂的性质，正同希腊各民族多方面的生活和希腊‘精神’善变化的特征相吻合”。错综分裂、参差不同、多中心是希腊人生活里的第一个元素。^③

希腊有良好宽广的道路，这就是大海。柏拉图说“希腊人是围着池塘的蚂蚁和青蛙”，大海三面环绕希腊，港湾深入陆地内部，与邻国联系十分方便，黑格尔由此认为，海是“活跃在希腊民族生活里的第二个元素”，^④这就造成希腊人两栖类式的生活，“他们不像游牧人民那样漂泊无定，也不像江河流域居民那样安土重迁。”^⑤黑格尔将希腊民族及其文化的特征归结为地理环境，显然是错误的，但他看到了地理环境对希腊文化的重大影响，却又具有一定的客观性和合理性。英国著名作家韦尔斯亦认为，“希腊这个被群山和海湾割裂为河谷众多的国家相互间交通困难，以致很少有城邦能在一段时间里使其他多数城邦附属于自己”。结果造成“希腊城邦的继续不断的和无法挽回的割据状态”，从未形成一个管辖全希腊的或某一地区的最高权力或统一国家。

① [德]黑格尔：《哲学史讲演录》第1卷，贺麟、王太庆译，商务印书馆1983年版，第157页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第287页。

③ [德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，商务印书馆1956年版，第270页。

④ [德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，商务印书馆1956年版，第272页。

⑤ [德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，商务印书馆1956年版，第272页。

这是古希腊不同于埃及、苏美尔、中国、北印度的一个很大的差异。^①

但是,在黑格尔看来,比地理环境更为有意义的是希腊人、希腊文化同外国人、外国文化特别是东方文化的交融。他说:“比这些开始具有更多历史性的,便是外国人的来临。”^②据说,外国人帮助雅典人建立了炮台和宫室,雅典城就是埃及人栖克罗普斯建立的,“皮罗普斯带来了大量的财富到伯罗奔尼撒来,深受当地人的尊敬。丹内阿斯在雅各斯住了下来。尤其重要的是卡德马斯,他从腓尼基来,把发音的文字传入了希腊”。希腊人航海,从事海上贸易、海盗、贩卖奴隶,在财富积累的过程中,加快和扩展了与邻国的往来,吸收了异质的文化。“希腊人从印度、叙利亚、埃及取得了各种观念,乃是历史上的事实,同时希腊观念是希腊人自己所专有,同样地是历史上的事实。”^③也就是说,东方文化是希腊文化的重要来源,但二者又不相等,虚怀若谷的开放精神导致希腊人把东方观念大胆地改造,并且消融、转化“成为希腊人自己所专有”,而古希腊文化的繁荣确实是从东方殖民地小亚细亚沿海地区开始的。

需要指出的是,黑格尔特别强调异质文化的融合,这不仅揭示了人类文化演进过程中的一个重要事实,而且也包含了一个重要思想,封闭的文化无异于文化的自戕。希腊人和东方殖民地地区文化的“水乳交融”,为希腊精神的形成提供了强大的刺激和增添了内在的活力。一个民族的法律文化的形成与发展,也是在不断地与外来法文化的碰撞、冲突中进行的,孤芳自赏则会丧失文化的生命力,因为它违背了人类文化生存、更新、拓展的客观规律。

根据马克思恩格斯的分析,希腊文化的形成作为西方文明的起源,最重要的原因还在于希腊人走的是与古代东方截然不同的道路,他们用一种革命精神同旧制度决裂,创造了一个崭新的世界,这给人类精神花朵的开放准备了必要而优厚的条件。

不少研究中西文化的学者都喜欢引用马克思《〈政治经济学批判〉导言》中的一段话,并以此作为具体分析两种文化特质的理论依据。马克思说:“有粗野的儿童和早熟的儿童。古代民族中有许多是属于这一类的。希腊人是正

① [英]赫·乔·韦尔斯:《世界史纲》,吴文藻等译,人民出版社1982年版,第310页。

② [德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,商务印书馆1956年版,第273页。

③ [德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,商务印书馆1956年版,第282页。