

西方法律思想史

——法治源流

程 波 著

西方法律思想史

——法治源流

程 波 著

中国传媒大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

西方法律思想史: 法治源流/程波著. —北京: 中国传媒大学出版社, 2005.7

ISBN 7-81085-494-1

I. 西... II. 程... III. 法律—思想史—研究—西方国家 IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 086339 号

西方法律思想史——法治源流

作 者 程 波

责任编辑 欣 文

装帧设计 蓝盾彩色印务

总 监 制 闵慧泉 王 进

出 版 人 蔡 翔

出版发行 **中国传媒大学出版社** (原北京广播学院出版社)

北京市朝阳区定福庄东街 1 号 邮编 100024

电话: 86-10-65450532 65450528 传真: 65779405

<http://www.cucp.com.cn>

经 销 新华书店总店北京发行所

印 刷 湖南蓝盾彩色印务有限公司

开 本 850×1168mm 1/32

印 张 10.25

版 次 2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-81085-494-1/K·305 定 价: 26.00 元

版权所有 翻印必究 印装错误 负责调换

前 言

《西方法律思想史——法治源流》考察的是自柏拉图和他的前人以来直到今天的法律思想的历史。

本书以西方法律思想史为主干，叙述了西方法治原理和重要范畴的提出及进行的争论，重点突出了西方法律思想史上智识群体对法治的理解和说明，通过介绍他们的作品以及他们建构的法治理论，着重阐述了这些思想家关于法治理论的认识和认识对当今法治实践的重要性。更为重要的是，本书反映了西方法律思想史上的杰出思想家就什么是法治，法治的意义、基础是什么，法治与国家结构是什么关系，实现法治社会所应具备的条件等问题进行争论的相关思想（这些争论将继续困扰着思想家们）。和一般以介绍性为主的、在这个领域的已有的成果不一样的是，本书采取的研究方法是结合西方法律思想史所表现的社会主题和文化背景进行研究性和理论性的展开，对西方法治源流进行文化上的解读，思考法治理念在西方社会中是如何成长，以及这种成长的种种可能的途径，考察西方现代法治思想与前人的法治思想之间的相互关系，有助于我们理解西方现代法治理论及其理论的根据。同时，通过分析他人的法治认识和经

验来不断校正我们自己对于法治的认识，以此作为理解和解决中国法治建设进程中面临的重大问题的理论资源，从而了解中国法治事业可能的走向。

本书的绝大部分内容已在湖南商学院法学系法学专业选修课中讲授过。写作本书的目的在于通过对西方法律思想史的梳理，为法学专业学生学习了解西方法律思想的渊源和演进的历史做一些导论性的工作。同时，通过直接面对西方过去的大思想家，分享其法律思想的焦虑与突破，以此来培养见识，提升视野。我所做的就是试图按时间为序（分古代、近代和现代），与读者一起穿越历史，从古希腊直到当下，展开叙述。我以为只有考察了西方各种法学流派关于法治的基本观点和来龙去脉，我们才能理解西方伟大的法学家的思想是怎样起作用的，从而提高我们的理论思维能力，了解西方现代法治精神、树立正确的法治观念。因此，本书也是对法学专业和非法学专业的大学生有用的参考书，或者可以作为了解西方法治思想的入门读物。

需要说明的是，受种种原因的局限，本书不可能涉及西方法律思想史中的一切重大主题。由于受作者眼界所限或者是对西方法治理论历史发展问题存有偏好等原因，本书所选取的分析视角主要放在思想史上杰出的思想家们在西方特定社会环境中逐渐发展起来的关于法治的系统认识的叙述上，以期能帮助读者大致了解西方法治观念的历史发展和演变。本书从讨论古希腊与西方

法治思想的起源出发，大约安排了15个专题，主要涉及西方古代法治思想和近现代法治理论。在这些专题上花功夫愈多，愈认识到法理学的博大精深，愈发现自己的学养的不足。我清楚地知道，如果能够在某些问题上再深入一步，在学识上再进一步，或者借助更多通论性、介绍性书籍，以及过去和当今“慧眼”之士的疏解与“天眼”般的理解来进行写作，那么本书的阅读效果可能更好。

以上是大体的交代。希望读者诸君批评指正。

感谢我的同学、同事和朋友，他（她）们是一连串让我感动的名字：叶建军、王进、蔡开松、黄静、曹红冰、李洪文等，他（她）们的鼓励和帮助给了我写作上的勇气并促成了本书的出版。

在过去15年里，我是最幸运的人，因为我得到了我的妻子胡野萍女士的支持和善意，获得了读书与写作的宁静和时间。对此，我怀有无尽的感激之情。

祝您阅读之旅愉快。

程 波

于湖南商学院和园

2005年7月

目 录

前言	1
导论 关于西方法治思想的几个问题的研究	1
1 古希腊与西方法治思想的起源	13
作为起点的古希腊	13
荷马时代与荷马史诗	16
《安提戈涅》(<i>Antigone</i>)	25
崇尚法律和正义的朴素表达	27
前苏格拉底时期	30
自然主义与智者运动	32
普罗塔哥拉(BC,485-415)	34
被治理者的同意	37
强者的利益	39
2 苏格拉底与苏格拉底之死	41
苏格拉底(BC,469-399)	41
柏拉图的苏格拉底	43
苏格拉底的审判	46
苏格拉底之死	47

2 ◀ 西方法律思想史——法治源流

关于守法的思考	51
法律的德性与公民的德性	53
苏格拉底之后	55

3 柏拉图与亚里士多德	57
古希腊人的政治舞台	57
柏拉图(BC, 428-347)	60
法律思想的展开与正义论	62
哲学王统治与政体理论	67
人治观与法治思想	70
对民主制的疑虑	73
亚里士多德(BC, 384-322)	75
正义与善德	77
政体与法律	79
良法之治	83
思想者的贡献	85

4 斯多噶主义与伊壁鸠鲁主义	87
希腊化时期	87
新思想	88
新思想极端的类型	89
斯多噶学派	91
自然法	93

伊壁鸠鲁(BC,341-271) 95

5 西塞罗和罗马法学家的法律思想 97

西塞罗(BC,106-43)..... 97

法治观..... 99

自然法与市民法.....100

法的理性精神.....103

罗马法学与罗马法学家.....105

斯多噶学派对罗马法的影响.....109

罗马法律与帝国政体.....110

私法与公法.....114

法律自治传统.....117

6 奥古斯丁与阿奎那.....119

中世纪的社会组织与法治观念.....119

教会法与西方法治.....122

希腊哲学的基督教化.....128

奥古斯丁(354-430)130

原罪说与双城说.....132

国家存在的目的.....134

托马斯·阿奎那(1224-1274).....137

法律的四种类型.....138

道德法与道德德行.....140

4 ◀ 西方法律思想史——法治源流

自然与恩典·····	141
法世俗化的倾向与教会改革派的努力·····	143
宗教对法律的作用·····	147
罗马法复兴与人的发现·····	148

7 从马基雅维里的《君主论》到布丹的主权论 ····· 151

马基雅维里(1469-1527) ·····	151
新的国家权力的概念·····	152
国家理由(<i>Reason of State</i>) ·····	154
布丹(1530-1596) ·····	156
主权论·····	156
对中世纪主权理论的简要评述·····	158
超越国家·····	161

8 古典自然法学 ····· 165

自然法的概念和作用·····	165
两种主要路径与历史发展·····	166
思想倾向与理论前提·····	169
格老秀斯(1583-1645) ·····	172
霍布斯(1588-1679) ·····	174
霍布斯的自然法理论·····	176
洛克(1632-1704) ·····	179
洛克的自然法理论·····	180

孟德斯鸠(1689-1755)	184
权利分立学说与法治原则	186
卢梭(1712-1778)	190
社会契约论	191
古典契约理论述评	193
古典自然法学的实际成就	199

9 康德与黑格尔的法律思想

康德(1724-1804)	201
宪政思想与法治	204
国家权力与个人权利	206
永久和平	208
费希特(1762-1814)	209
黑格尔(1770-1831)	210
国家理论	212

10 萨维尼、梅因与历史法学的兴起

历史法学派	214
萨维尼(1776-1861)	215
萨维尼与历史法学	217
历史法学与古典自然法学的尖锐对立	221
梅因(1822-1888)	223
法律进化论	224

11	边沁与奥斯丁	226
	分析法学派的主要观点.....	226
	边沁(1748-1832).....	227
	约翰·奥斯丁(1790-1859).....	229
	法律是主权者颁布的命令.....	231
	批评与挑战.....	232
12	社会法学派	235
	法律与社会学法学.....	235
	耶林(1818-1892).....	238
	马克思·韦伯(1864-1920).....	239
	统治类型与合法性.....	241
	霍姆斯(1841-1935).....	245
	庞德(1870-1964).....	246
13	新分析法学	249
	新分析法学的含义.....	249
	凯尔森(1881-1973).....	249
	纯粹法学.....	251
	哈特(1907-1992).....	253
	《法律的概念》.....	256
	第一性和第二性规则的结合.....	258
	哈特思想的几个要点.....	259

当代分析法学·····	260
14 新自然法学·····	262
神学新自然法学派·····	262
富勒(1902-1978)·····	264
法的内在道德·····	265
约翰·罗尔斯(1921-2002)·····	268
正义的主要问题与建立正义的原则·····	270
法治思想和原则·····	271
德沃金(1931-)·····	272
思考方式的分歧·····	273
15 西方现代法治的主导理论·····	277
多元性法治·····	277
现代法治的内容·····	279
法治优于人治·····	283
法治优于法制·····	285
权利制度化·····	287
权力制度化·····	289
参考书目·····	292

关于西方法治思想的几个问题的研究

法治是人类文明及其成就的重要标志，也是西方法律思想史上的一个经典概念。一般说来；现代法治起源于西方，而西方法治思想和制度实践又以古希腊为源头，因此，法治应该首先被看做人类的一项历史成就。从这样的视角来研究法治有助于我们理解法治概念的历史背景和基础。在本书中，我试图通过对西方社会重大政治、法律事件的理解来研究西方历史上的法治思想，突出西方政治、法律思想家有关法治理论，尽可能地叙述西方思想家对于法治的思考和认识，目的是寻求自觉（其实不自觉才是恒常的），寻求对法治理念以及它的社会背景的某种程度的透彻理解，并尽量忠实于各个年代思想家的著述作用和影响，为大家学习了解西方法治思想源流做一些导论性的工作，提供一个可把握的限度。

一、西方法治思想的渊源与演进的相互关系问题

西方法治思想的渊源和演进经历了古代、中世纪、近

代、现代等几个阶段，17-18世纪的古典自然法居于承前启后的地位，经过众多思想家的不懈努力，终于奠定了现代法治的基础。其中，古典自然法学以自然法、自然状态、社会契约、法治为旗帜，以自由、平等、人权、民主等社会价值观念为支柱的法治理论，在西方法治思想的渊源和演进相互关系上，影响更为深远。正如美国著名法学家博登海默所言：“古典自然法学家对法律调整的某些要素和原则进行了详细的阐释，而这些原则和要素是一个成熟的法律制度的基本的先决条件，这样，他们就为现代文明的法律秩序奠定了基础。”^[1]

西方法治思想的渊源与演进历史也是西方法律的发展史。近现代法制发展所形成的一系列重要原则和制度，如法律面前人人平等、罪刑法定和罪刑相适应、法不禁止即自由、法无规定不为罪、无罪推定等原则以及辩护制度、回避制度、公诉和公开审理制度、陪审制度、审判监督制度等等，都是法律文明发展的成果和表现并构成西方法治传统的基础。西方现代法治所体现的法律文明，其实际内容就是一定性质和程度的社会秩序、社会正义，以及以此为保障和前提的民主、自由、平等。法律文明的程度和状况是社会发展及进步的重要表征和指示器，法律和社会进步、社会文明有着密不可分的内在联系。

西方法治思想的渊源与演进历史也是法律在社会生活

[1] [美]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,1999.62-63.

中具有最高权威性的历史。任何人、任何团体、任何组织都必须在法律之下依法办事，在西方法治思想的演进中，法律思想家们最大的任务就是给人们树立法的权威。法的权威的建立基础首先是法律本身的正义性，如果不去探求法律文本背后的“高级法”思想，不去追寻立法所反映的价值和精神，那只能是法制，而非法治的国度。现代法治不仅意味着法律调整社会生活的广泛性，一切主要的社会关系都必须纳入法律范围加以规范，还意味着法律调整本身的正当性与合法性，即法律必须建立在民主的基础上，保护人权，维护现代价值体系。如果误解了法治的渊源及其实质的根源，将意味着法治基本特点的模糊。

从古希腊以迄当代，西方法治理论经历了多次重大而深刻的变化，形成了博大精深的法治文化。19世纪早期，法治的支持者要求限制国家行动的范围来确保法律对公民的保护，同时限制国家的影响力，这标志着政府的监护和强制性保护结束了。19世纪中叶以来，西方法学逐渐独立化、专门化、职业化，由法学家所提出的法治理论观点逐渐摆脱了传统的形而上学思辨抽象的色彩，开始富有实证性和现实性，法治的内容的发展也越来越贴近概念本身。法治的基本原理和独立司法的具体要求也开始合并了，一些国家如德国建立了独立的行政司法。在19世纪最后三分之一的时期里，独立法庭逐渐开始解决公民和行政部门之间的的分歧。二战结束后，法治观念再一次兴起，正是在这一时期，法治被广泛地理解为惟一公正、良好与自由的秩序价值。

西方法律文化比较昌盛，很大程度是源于西方法治思想的渊源深厚。法治思想对于西方法治社会的演进和形成，扮演着重要的角色，发挥着重大的作用。在其中，法律的至高无上的权威性、法律的普遍性、法律的平等性、法律的遵守、法律与专制极权的对立、法律对权力的制约等观念成为法治理论的核心，成为西方社会生活的核心要素，成为大多数学者和民众追求的目标、目的和理想，成为人类走向文明、理性，拥有自由、平等、幸福、和谐、安宁的首要前提。

二、西方法治思想的理论与实践的问题

法治思想的最古老的因素之一是通过建立程序上的防范措施来防止腐败，最重要的是分权。一个国家的权力如果是分散的而非集中在一个特别的权威手中，支配权力的机构之间能够监控并纠正彼此的行为，就减少了滥用权力的危险。在西方法律思想史上，孟德斯鸠提出的立法、行政和司法三大权力应该由一系列机构分担的思想早已被西方一些国家所接受。直到今天，西方法治理论的核心仍然是强调分权，强调要确保政府遵守法律。

法治而非人治——通过对政府的决断权进行限制，在实践中不仅可以使社会稳定有序，提供公正的争端解决机制，巩固政府的合法性，更为重要的是可以提高人们的行为预期，使人们能够安排自己的事务，从而促进个人的自由和经济的发展。因此，西方现代法治理论与实践的核心和根本问题就是对公共权力的限制或控制。在这里，要害