

“中国学汉译名著丛书”编委会

顾 问：楚图南 包遵信 庞 朴 高 崧

主 编：邓正来 群 懿

副主编：吴儁深 兰仁哲 邵景春

编 委（以姓氏笔划为序）：

王红雨 王守常 王军涛 王建潮 王浦劬

王逸舟 王润生 王 炎 邓 勇 安延明

宋新宁 刘 继 远志明 沈 原 沈殿忠

何光沪 何道宽 何怀宏 邹克渊 陈宣良

张 钢 张伟国 张炳九 张 静 郑永流

周 星 周振想 俞可平 高 毅 黄卫平

黄万盛 程方平 谢选骏 靳海林 楚 建

也是预防犯罪的一种方式。

因此，笔者在这种研究中所提出的依据似乎可以得出如下结论，即中国和西方传统中根本性的法律原则基本上是一致的。当然在它们的适用中差异之大也自是不言而喻的。

金 勇 义

Fundamental Legal Concepts
of China and the West
by Hyung I. Kim
Published by Kennikat Press Corp. U.S. A. 1981

中国与西方的法律观念
Zhongguo Yu Xifang de Faluguannian

【美】金勇义 著

陈国平 韦向阳 李存捧 译

邓正来 校

辽宁人民出版社出版 辽宁省新华书店发行
(沈阳市南京街6段1里2号) 朝阳新华印刷厂印刷

字数: 150,000 开本: 787×1092 1/32 印张: 6 1/4
印数: 1—8,000

1989年4月第1版

1989年4月第1次印刷

责任编辑: 王建忠

版式设计: 任 和

封面设计: 刘冰宇

责任校对: 王绍斌

ISBN 7-205-00993-6/D·186

定 价: 3.40 元

编者致言

中国学，亦称汉学，对西方人来说，是“中学”，即关于中国的学问；对中国人来说，尽管它研究的是中国，因为是西人所为，仍属“西学”之列。故中国学乃是西人的“中学”，中人的“西学”。

中国大规模地学习研究西方，翻译介绍西方著作，历经百年兴衰，今天又一次掀起新潮，无疑，这有助于中国从传统文明走向现代文明的进程。然而中国本身即是一个庞大而复杂的研究对象，我们自己所作的探寻成绩斐然，也是责无旁贷，同时鉴于此中国早已引起了西方学者，当然也包括其他学者的密切关注。当今西方的中国学著作汗牛充栋，汉学中心彼此呼应，汉学专家、中国通层出不穷，研究领域不断扩展。中国学日渐发达，一则表明中国之于世界举足轻重，二则于我们自身对自己的研究不无裨益。

关于中国的探寻，国人身居其中不免有不识和识之未清之处，看看他人对中国的研究，当如镜对己。按理，今日西学东渐潮中当有此“中学”之浪头，惜过去国内对国外这门学问的研究少有全面系统的译介，致使大家观察中国问题的视野受到限制，为了消除此弊，社会文化开发研究所、四川外语学院、辽宁人民出版社诸位同仁组织力量，披沙拣金，选择翻译了部分中国学名著，选题中注重遴选切近现实的书目，以期对我国的现代化建设有所助益。然必须言明的是，西人看中国，因其文化和观念的差异，必然有种种失误和偏颇。这种真知灼见和

谬误杂陈并处的**事实**，是学术著作中经常出现的现象。鉴于这种情况，我们在参考阅读这些学说时，不能不有一个清醒的头脑、批判的头脑。

中国的现代化，有赖于全体国民的精诚奋斗，参考借鉴西方成果，丰富发展自己，可谓必由之路。期望“中国学汉译名著丛书”能为此举尽一臂之力，不负一番辛苦，此愿足矣。

社会文化开发研究所

中国学汉译名著编委会

一九八九年春

中 译 本 序

从法哲学的角度研究，考查中国数千年的法制史，不仅可以宏观地把握中国传统法律的大略，还可以深化对法律史的本质与规律的理解，揭示中国古代文化的发展脉络与相互影响。

中国古代的法哲学基本上是由儒家学派与法家学派的法律思想融合而成的，这两种对立的法律思想体系的融合不是偶然的，因为在“尊君”的大前提下二者具有一致性，只是各自运用不同的政治、伦理观去论证和辩护而已。在自然经济基础上所造成的封闭的国情，加上宗法精神的广泛渗透于社会，使得以“君”为核心的大一统观念的发展越来越强烈，与此相适应的儒法两种法律思想体系疆界也就越来越模糊、越来越趋于消失，终于为以伦理道德为理论基础、以君主绝对权威的严格等级制为特征的新的法律体系与法律思想所取代。在中国古代传统的法律中，道德与法的相互关系的发展既表现了儒法两派思想的碰撞，也表现了儒法两派思想的融合。

中国古代的自然法思想是法哲学的重要内容，它集中表现为“天道”思想的发生与蜕变。古文献所说的“天生烝民，有物有则”（诗·烝民），“天叙有典……天秩有礼……天命有德……天讨有罪”（尚书·皋陶谟）是“万物本于天”的自然法的最早阐述。发展到殷商，以王的祖宗神为上帝，并赋予天以意志、感觉、辨析和奖惩的特性和权能。这种“以人拟天”的变化表现了神权政治日益服从于商族奴隶主贵族统治的需要。周代商以后，天道观也随之一变。尽管周时同样以人拟天，同样

存在着上帝，但这个上帝下再是商贵族的祖宗神，天下是嘉祐其子孙，而是只赞助有德之人。如同《尚书》所说：“闻于上帝，帝休。天乃大命文王，殪戎殷，诞受厥命”（康诰），
“皇天上帝，改厥元子……惟王受命……”（召诰），
“惟克天德，自作元命，配享在下”（吕刑）。

西周衰，礼崩乐坏，老子为救世而创立道家学派，以自然无为，便民自化，力求返还淳朴的太古之治。他说：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”（第二十五章）这最足以概括中国古代自然法的思想。这种渊源于“自然”的“自然法”是永恒的。道家既以自然法支配天地万物，因而怀疑人为法的作用，得出了“法令滋彰，盗贼多有”（五十七章）的结论。他所论证的“天网恢恢，疏而不失”，“天道无亲，常与善人”既是道德原则，也是朴素的法律观。

然而道家学派也重势位，尊权力，老子就说道：“鱼不可脱于渊，国之利器，不可以示人”（第三十六章），这就决定了自然法思想最终必将殊途同归于儒家思想的大洪流。

从法哲学的角度考查中国古代法律中的公平观念与权利观念，也是新的尝试。中国古代的法律无论是奴隶制的，还是封建制的都表现为严格的等级特权性。因此所谓公平观念不是指社会各成员在法律上的平等，虽然这是最根本的权利平等。而主要的一是以公平概括法的本质，所谓“法平如水”，并常以度量衡来比喻法律的衡平作用，所谓“有权衡则不可以欺轻重，有尺寸则不可以欺长短，有法律则不可以欺诈伪”；二是在司法上力求罚当于罪。秦时法律中的“不直”、“失刑”、“纵囚”等罪名，便是针对司法官处刑不当、破坏了罚当于罪的公平观念而设立的。秦以后法典中的“失出入罪”，将所有破坏“罚当于罪”的罪纳入一款，一直延续到明清，但是法律上

规定的“良贱”同罪异罚，又以公开的不平等破坏了法定的平等。这种冲突正是中国古代法哲学的重要特点之一。

人类基于共同的情感与理智所形成的伦理道德原则，要求平等地适用于社会成员。但在划分良贱的等级社会也被扭曲了。从周时的奴隶与“牛马同栏”到清朝的“人市”，说明了人类的共同情感与理智已被利己主义的坏水淹没，伦理道德的原则也被公开的不道德所践踏，以至人们把人性所要求的平等，变成了对未来世界的憧憬或宗教的呓语。

在权利观念上，中国古代无论法定权利还是习惯权利都与人们的社会政治地位紧密联系，都是合法存在的，从而推动了权利观念向着极端化发展。在国家权利与庶民权利上前者高于一切，重于一切，个人权利的法律观念没有得到应有的发展。在国与家的权利分配上，“家齐而后国治”表现了两者异曲同工。在人身权与财产权上，重性命而视民间财产纠纷为“细故”。在权利与义务的关系上，享权利者尽义务是法律观念，也是道德观念，二者相当时为“义”，义者宜也；不平衡时为“悖”，悖者逆也。但权利与义务很少是平衡的，对于官僚、贵族说来倾斜于权利一端，对于庶民说来倾斜于义务一端。

在中国四千多年的法律发展史中，辗转相承，循环往复，直到进入二十世纪，传统的法律才受到前所未有的冲击，而与西方的法律开始衔接，并受到西方法理学的冲击，但就特色和价值而言完全植根于中国文化土壤之中的古代法律更为突出，对东亚世界更有影响力。

我的博士生陈国平等最近翻译了金勇义著的《中国与西方的法观念》一书，因倩余作序，览其译稿，颇见新意，遂欣然命笔，以之为序。

张晋藩

一九八八年十二月二十五日

前 言

法哲学有其特定的思考对象，它们贯穿于法理学历史发展始终。其中与法相联系而至至关重要的是自然法、衡平或正义、权利以及责任等观念，它们可谓是各个法系共同的基本原则。

本书的研究目标在于考查这些原则于中国传统法律中的来龙去脉。所采取的方法是哲学的，而不是历史学或法理学的。这项研究有两个基本目的，主要的目的是研究中国传统哲学中的基本法律观念，并根据那些适用于中国法律的根本性原则对它们作出解释。次一个目的是系统地阐明融合儒家和法家的法观念的中国法律哲学。它把法家思想置于实证主义法观念的发展中，并着意于法家思想与占据支配地位的儒家伦理思想在中国传统法律历史发展中的融合。这种融合体现于中国法律传统中道德与法的关系上。

本书研究的深层目的也是为了弄清东方和西方在上述基本的法观念上有哪些地方相似和不同。

为了实现这个目标，研究采取下述三个步骤：1. 用西方法哲学中的基本法观念作研究参照，对中国的法哲学进行系统研究。这样其间的相同与相异才会水落石出。2. 考查中国古代和当代的著作以摄取原始材料。其目的在于弄清诸如自然法、平等、权利和责任等基本法观念有哪些表现，在于阐明中国传统法律思想中上述观念的性质及其内涵。3. 通过对最具代表性的唐朝和明朝两部法典的研究，求证这些观念实际上是

根本性的原则。而进一步的研究则包括对表现这些观念于案件审理中的实际运用的历史的法律的资料进行分析。

据此而得出的结论佐证了这样一种假设，即自然法、平等，权利和义务、责任这样一些基本的法律观念在中国传统思想中显而易见，它们是中国传统法律的基本原则。

在中国传统思想中，自然法的观念是用“天命”或“性命”、“天志”以及“天道”、“人道”、“天理”等术语来表达的。

平等的观念可以从两重意义上进行理解。法律实证主义意义上的平等指适用法典和规定以获得法律之下的正义，这一意义的原则是“在法律面前同类案件同等对待和罚当于罪。”广义的平等，正如儒家思想中所表现的，它指法律之上的正义，即指基于人类情感和理性的伦理道德原则。这些原则必定高于普通的人定法律规则。

前一种意义上的平等观念防止法官因情绪摇摆不定而作出专断的裁决，后一种意义上的平等观念则对在复杂多变的人类环境中因呆板地适用法律导致不当的情形提供救济方法。

权利的观念可以上溯至“义”的观念。“义”不仅仅具有抽象的道德含义，同时也是一个有关权利的观念。权利和义务是一种法律关系，产生于个人在社会中的道德和身份地位。现代西方传统所强调的是个人拥有的“权利”的一面，而中国传统思想则以“权利”的方面移转至“义务”的方面，换言之，依循尊重他人的权利而行事是一个人的义务。

在中国的传统法律中，一个人的责任与其身份成对应关系。在中国等级社会制度中权力的大小又和责任的级别相当。这就导致这样一种倾向，即道德的义务变成了事实上的法律责任。互相负责的观念是地方自我管理活动中自愿合作的原则，

目 录

编者致言	(1)
中译本序	(1)
前 言	(1)
导 论	(1)
第一章 中国汉以前法观念的发展	(5)
中国的法观念	(6)
法家学派的法观念	(11)
法律面前平等的观念	(13)
法律自我实施的观念	(14)
法律对日益变化的情势的适应	(15)
法律作为评判是非的标准	(16)
儒家和法家法观念的融合	(18)
中国传统法律某些主要特点	(26)
第二章 中国传统中的自然法概念	(32)
一、天(自然)的概念	(32)
道家学说中天概念	(34)
儒家学说中天概念	(37)
二、自然法概念	(42)
天命中命的概念	(43)
天命的概念	(50)
性命的概念	(52)
墨子哲学中天志的概念	(55)
三、自然法概念的社会化	(63)

作为一般规范的自然法·····	(64)
作为社会规范的自然法·····	(67)
作为价值标准的自然法·····	(70)
概括和结论·····	(73)
第三章 公平的概念·····	(78)
一、公平的含义·····	(78)
二、法律中的公平·····	(93)
三、法律明文限定之外的公平·····	(96)
第四章 中国传统中一般意义的法权概念·····	(107)
一、汉语中一般权利之用语的考察·····	(108)
二、个人的权利·····	(114)
三、财产权的概念·····	(122)
四、关于权利和义务概念的结论	
——权利和义务概念的相互关系·····	(137)
第五章 责任的概念·····	(144)
一、道德责任·····	(144)
二、法律责任·····	(152)
三、共同责任·····	(157)
结 论·····	(163)
附 录 中国大陆有关的现行司法机制	
——司法调解·····	(170)
一、人民司法调解的特点·····	(172)
二、司法调解的内容·····	(173)
1. 司法调解组织·····	(173)
2. 民事纠纷和轻微的刑事案件·····	(173)
3. 调解的权限·····	(174)

4. 司法调解的具体工作方式	(174)
5. 司法调解的一般原则	(176)
6. 司法调解的主要职责	(176)
7. 司法调解委员会具体活动中的禁止事项	(177)
最后的结论	(179)

导 论

这本关于中国的传统思想中基本法律观念的著作的目的是双重的。其主要的目的在于对基本的法律观念开展系统的研究。并根据这些根本性的原则对中国传统法律加以阐释。法哲学所思考的是一些特定的并贯穿于法理学历史始终的问题。其中，与法相联系的自然法、平等或正义，权利以及责任等观念具有头等重要的意义。笔者于本书中的主要意图是研究中国传统哲学（主要是法家和儒家的哲学）中所表达的就这些基本观念的不同认识，并对中国传统法律中所阐释和运用的上述认识加以解释。

本书的次一个目的是阐明在实证主义法观念的发展中的法家思想和它与中国传统法的历史中占支配地位的儒家伦理思想的逐渐融合。这种融合包含了中国法律传统中道德和法的关系。尽管这一点并不构成本书的明晰的主题，但它在每种法律观念的讨论中都若隐若现。从历史的角度看，中国传统法律思想主要是法家和儒家这两派思想殊途同归的产物，因此要深刻地理解它，最好莫过于与这两个古代的传统联系起来加以考查。

为实现我的主要目标，我拟采取下述三个步骤：

1. 从西方法律哲学中遴选一些最基本的法律观念，这样做的目的并不是要把它们当作标准适用于中国法律思想，因为此举不会有什么成效，而是要把它们当作研究的参照对中国的法律哲学进行系统的研究，以便揭示中国和西方的法律观念在性质和内涵上的异同。

2. 对与中国传统思想中的上述法律观念有关的重要文献进行考查。这些文献包括当代作者所写的有关中国法的著作，也包括中国古代的著作，而后者是考查的重点。其目的在于揭示诸如自然法观念、平等、权利以及责任等基本的法律原则是否是显而易见的，并展现中国传统法律思想中这些观念的性质及其内涵。

3. 通过考查中国历史上最具有代表性的两部法典《唐律》和《大明律》，以及其他反映这些法律观念在案件审理中实际运用情形的历史资料和法律资料，证明这些观念实际上是否定中国法律发展中的根本性原则。

我的基本假定是：西方法中基本的法律观念（自然法、平等、权利和义务以及责任）同时也作为中国传统法中的基本原则，这是有稽可查的。为了证明这一假定，笔者尽一切可能考查并引证了各种有关文献，以求表明这些观念作为中国传统法的基本原则。

我所采用的方法是哲学的，而非历史的或法理的。说它是哲学的，因为它是对作为实在法基本原则的法律观念所作的系统研究。至于中国法得以发展的历史环境和社会环境则不在本书的考察范围之内。避免涉及中国和西方法律技术性的差别以及对两者法律规范和法律秩序的比较亦是笔者的另一意图。

本书研究的重要意义就在于它所采用的方法，即对中国传统法中基本法律观念所作的系统研究。这种方法的重要性已经被埃斯卡拉（Escarra）感觉到了，他作为中国法的权威，表达了这样一种看法，即将来的问题是明确古代中国的法哲学，其中儒家的法观念和法家的法观念和谐而平衡地融为一体。^①

① 埃斯卡拉：《中国法》（1936年），第57页。

无论是在东方，还是在西方，就中国的法律正在开展的研究工作，在对法律制度的历史发展和法典由此产生的历史和社会环境等方面所作的分析，都取得了令人钦佩的成就，但是对这些基本的法律观所作的研究却无甚建树。我在研究中将采用非常适当的方法，努力进取，以求缩短其间的差距。

因为这样一系列工作涉及中国法律史中如此巨大的领域，对我而言就不得不利用这样一些现代作者的权威性著作，如仁井田升（Niida Noboru）所完成的关于中国法制史的百科全书式的著作，并将其作为原始资料的目录索引。我现在的事情是对其加以诠释。这样，研究工作的展开主要是基于对原始资料的考查，其中一部分是中国传统的著作，另一部分则取自现代作者的征引。当然，对于后者所作的解释则保证尽量少用。

“中国传统思想”一说在两种意义上加以使用，从狭义上讲，它指占主导地位的儒家学派的思维模式；从广义上讲，则用来指西方现代法律引入以前中国的非现代的文化和法律制度，时间是由汉（前206—公元220）至清（1644—1911）。中国现代以前的法律思想较之现代的法律思想尤为重要，因为前者完全植根于中国文化的土壤之中，后者则已经受到了西方法理学的冲击。对现代以前法律思想的研究是测定中国与西方思想冲撞强度的先决条件。

据说罗马曾三次征服世界——一次靠武力（军队），一次靠宗教（基督教），一次靠法律。^①中国也曾三次征服东亚——一次靠军队，一次靠宗教，一次靠她的法律。就这个意义上说，整个东亚都曾受中国武力、儒教及其法律制度的影响，^②

① 鲁道夫·冯·耶林：《罗马法精神》。

② 仁井田升撰《唐令拾遗》，载于东京《东方文化学院东京研究所刊》，1934年。

近年来西方人和东亚人为了改善彼此间关系并开展富有成效的合作，都迫切地感到需要相互理解。为了满足更多地了解东亚文化这种一目了然的需要，为了理解如此广大而复杂的地区，所采用的最好方式莫过于通过东亚的法律来接近它。因而中国传统的法律不仅仅是检测中国文化，也是检测整个东亚文明的试金石。

此外，现代西方法哲学似乎出现了这样一种趋势，即设法避免两个错误的极端：一是根据自然法确立正义观，而不顾及实在法；一是根据实在法确认正义观，而不考虑自然法，从而力图在现代法理学中使这两个极端得到圆满的调和。一种对理想的人际关系的追求，促使法律思想作为一项社会工程去满足社会的愿望，一种至高无上的普遍安全的社会愿望，^①而不是作为取得和保护个人意愿及其权利主张的工具。根据西方法哲学的这一种趋向，对中国传统法律思想中道德与法律、权利与义务相融合的研究就可能是一种有价值的工作，也可能有助于更好地理解中国的文化。

^① 庞德：《法哲学导论》（耶鲁大学出版，1963年第6版），第47页，法国法律思想家莱昂·狄骥似乎是此种看法的主要代表人物。