

蒋先福 著
JIANG XIANFU ZHU

契约文明

QIYUEWENMING

FAZHIWENMING
DE
YUANYULIU

法治文明的源与流

上海人民出版社

SHANGHAI
RENMIN
CHUBANSHE

蒋先福 著
JIANG XIANFU ZHU

契约文明：法治文明的源与流

SHANGHAI
RENMIN
CHUBANSHE

责任编辑 曹培雷
封面装帧 甘晓培

契约文明：法治文明的源与流

蒋先福 著

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路54号 邮政编码 200020)

新华书店上海发行所经销 上海中华印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 11.75 插页 4 字数 266,000

1999年3月第1版 1999年3月第1次印刷

印数 1-3,000

ISBN7-208-03086-3/K·719

定价 20.00 元

序

自从国家和法产生以来,确立法的至高无上权威,严格依据法律来治理国家,促进经济繁荣和社会的全面进步,即我们通常所说的“法治”,曾经是历代先贤所追求的一种理想。对于我国来说,顺应人类法治文明发展的总趋势,吸取法治文明成果中的有益养分,结合本国、本民族的实际,寻求步入法治之路的对策和方案,是当前一个重大的理论问题和实践问题。《契约文明:法治文明的源与流》一书正是一部从契约法角度切入,对法治及其实现的基本规律进行追根溯源的比较研究和阐述的颇有创新、颇具学术价值的著作。

首先,作者从契约法角度研究法治问题,不是泛泛而谈,而是遵循逻辑和历史统一的方法论原则,既把契约范畴从纷繁复杂的法治文明现象中离析出来,深入剖析其影响法治发生发展的结构功能要素,又将其置于社会历史发展的总体中,分别考察它在我国和西方两种不同的经济政治文化背景下的表现形式、演变过程及其对法治产生和形成的作用。在论述过程中,始终注重把对契约这一基本范畴的微观分析和宏观分析、抽象的逻辑推论和具体的历史考释有机地结合起来,使之相互印证,避免了某种单一研究方法的局限性,从而能够比较完整准确地把握契约法在建构法治文明过程中的地位和作用。

其次,作者从契约法角度研究法治问题,并没有停留于对现有契约法律制度的复述和诠释,而是注意抓取其中的某些重要

问题,特别是对贯穿西方法治史始终的契约法理念进行了重点的论述。作者通过对西方源远流长的契约法理念产生的社会历史条件及其对法治社会生成的深刻影响的剖析,揭示了西方近现代各民族国家率先步入法治化的深层原因,进而凸现了中国传统契约法理念的先天不足,从一个侧面再现了中国传统法文化重公法轻私法、重群体轻个体、重义务轻权利、重强行法轻任意法的弊端,从而避免了只讲法律制度,不讲法的理念,只见物不见人的缺陷。

再次,作者从契约法角度研究契约问题时,既善于利用前人的有关思想资料,又敢于突破某些现成的结论,提出一些新的见解。例如,社会契约论曾经是西方 17、18 世纪占统治地位的政治法律学说,又是近代西方各民族国家组建法治行政或追求政治生活法治化的理论基础。长期来,有的人一直把社会契约论当作资产阶级唯心主义政治法律学说加以全盘否定,而对其合理要素则知之甚少。作者从对社会契约论产生的社会历史背景、思维方式和基本宗旨的分析中,指出社会契约论实质上是古典自然法学派的代表们对现代法治国家的一种逻辑构想。又例如,对梅因提出的“从身分到契约”这一广为人知的论断,作者并没有简单地附和某些既有的结论,而是在认真研读梅因《古代法》原著的基础上,实事求是地予以评述,认为梅因的这一论断只不过是澄清古典自然法学派提出的所谓“自然法状态”的理论迷雾,历史地再现西方近代法治国生成演进的轨迹而已。凡此种种,说明作者大量地占有了材料,并运用新的研究方法对这些材料进行深入细致的分析,故能够在前人既有结论的基础上有所发现,有所创新。

最后,本书作为一部对法治及其实现问题进行比较研究的理论著作,既以西方法治历程为参照,又紧密结合我国的历史和

实际,在论述中较好地贯彻了古为今用、洋为中用的原则。特别是作者从当代中国市场经济和民主政治建设的总任务和总要求出发,结合我国现代契约制度建立的实际,倡导建设和弘扬有中国特色的契约文明,积极为我国法治建设献计献策,这种坚持理论为现实服务的治学风格,亦增加了本书的历史感和现实感,使之具有较强的实践性和应用价值。

总的说来,契约文明研究这一课题本身是颇有难度又富新意的。本书作者对这样一个跨中西、贯古今、覆盖面很广的法治理论与实践问题,能够运用法哲学、法社会学和法历史学的研究方法,独辟蹊径,深入发掘,推进了我国对契约法的理论研究,在不少方面填补了该项研究的空白,相信本书的出版,必将使对此问题感兴趣的读者从中受到许多有益的启示。

李步云

1998年1月10日于北京

17915

目 录

引 言	1
第一章 契约文明:法治的文化源头	9
第一节 什么是契约	9
一、契约的基本涵义	9
二、中西传统契约范畴考释	12
第二节 什么是契约文明	17
一、什么是文明	17
二、什么是契约文明	21
第三节 契约文明与法治文明	26
一、什么是“法治”	26
二、契约文明与法治文明	31
第二章 契约论与社会契约论:法治的文化探源	40
第一节 社会契约论——法治国家的逻辑构想	40
一、社会契约论产生的时代背景分析	40
二、契约理论的逻辑运演:社会契约论的方法论特征	45

三、社会契约论的理论贡献与局限	52
第二节 “从身分到契约”:近代法治国的历史再现	56
一、梅因及其对社会契约论的批判	56
二、“从身分到契约”公式的基本涵义及其意义	61
三、马克思主义经典作家契约文明思想与梅因的 “从身分到契约”思想之比较	66
四、追溯法治历史脚步的成功尝试:梅因“从身分 到契约”学说的方法论价值	69
 第三章 契约自由与商品经济的法治化	75
第一节 自然经济及其法律特征	75
一、自然经济的涵义及其形式	75
二、自然经济的法律特征	81
第二节 商品经济及其法律特征	84
一、商品经济的涵义及其形式	84
二、商品经济的法律特征	89
第三节 契约自由:商品经济法治化的必然选择	95
一、契约自由原则的产生及其涵义	95
二、契约自由与商品经济法治化的内在联系	99
三、契约自由的思想文化内涵及其法治价值	104
 第四章 契约宪政与民主政治	114
第一节 专制政治的法律特征及其根源	114
一、专制政治及其法律特征	114
二、专制政治是自然经济的集中体现	122
第二节 民主政治的法律特征及其根源	126
一、民主政治及其法律特征	126

二、商品经济:民主政治的深厚根源	131
第三节 契约宪政:民主政治法治化的必然趋势	135
一、宪政的涵义及其特征	135
二、宪政与契约的内在联系	139
三、契约宪政的历史探源	143
第五章 中西契约文明的发生学考察	148
第一节 古希腊契约文明的产生和形成	148
一、古希腊时期的社会特点与契约文明的萌发	148
二、契约社会的产生与“雅典宪政”的形成和发展	155
第二节 古罗马契约文明的产生和形成	161
一、古罗马简单商品经济的繁荣与契约法律的 创立	161
二、契约形式在古罗马的历史演进与契约范畴 的完善与发展	165
三、古罗马经济生活契约化与民主政治秩序的 初步形成	170
四、古罗马契约文明的若干特点	172
第三节 中国古代契约文明寻踪	174
一、中国古代商品交换关系的历史发展与契约法律 的萌芽	174
二、中国古代契约范畴缘起的特征及其历史形式	177
三、中国古代契约法制的积极作用与消极因素	182
第四节 中国古代契约文明发生的历史制约性	184
一、中国古代契约文明产生的自然环境及其特点	184
二、中国古代契约文明不发达的人文环境分析	188

第六章 契约文明的历史嬗变	199
第一节 古代契约文明在近代欧洲复兴的历史	
必然性	199
一、欧洲中世纪经济法律状况梗概式回顾	199
二、古代契约文明在近代欧洲复兴的社会历史	
条件	202
第二节 近代西方契约文明的兴起与法治国的生成	212
一、近代西方契约经济的兴起与民商法私法体系	
的形成	212
二、近代西方契约宪政运动的蓬勃兴起与公法	
体系的形成	219
第三节 契约自由在现代西方的历史演变与法治国	
的发展	226
一、契约自由在现代西方历史变迁的表现及其	
原因	226
二、“契约死亡”论评析	233
第四节 中国古代契约法制的曲折发展及其历史	
趋势	240
一、契约法制在中国封建社会的历史发展	240
二、契约法制在中国封建社会发展的趋势	245
第五节 中国古代契约文明萎缩的社会历史原因	249
第七章 潮涨潮落:契约文明在近代中国的历史命运	264
第一节 西方社会契约观念在近代中国的传播	264
一、中国传统文明在近代的衰落	264
二、奋起与抗争:近代先进中国人对西方社会契约	
观念的向往和追求	267

三、西方契约文明在近代中国传播的历史特点·····	271
第二节 预备立宪:近代中国从君主专制向君主立宪 的艰难过渡·····	276
一、“百日维新”:契约宪政在近代中国的初现与 夭折·····	276
二、君主立宪:近代中国对西方契约宪政的接受与 抵制·····	279
三、契约宪政在近代中国流产的历史教训·····	283
第三节 清末修律:中国契约法律的初创与法制近代化 的开端·····	292
一、清末经济法律危机与法治派对西方民商法制 的认同·····	292
二、中国近代民商法律的初创及其意义·····	296
第八章 历史的契机:契约文明在当代中国改革的浪潮 中悄然兴起·····	303
第一节 契约文明在当代中国勃兴的历史必然性·····	303
一、契约文明在新中国的坎坷经历·····	303
二、改革开放与制度创新:契约文明在当代中国 勃兴的内在根据·····	308
第二节 当代中国契约文明勃兴的表现·····	312
一、法制基础上的经济全面契约化·····	312
二、转变政府职能,实现政府行为的契约化·····	315
三、创制统一合同(契约)法,建立健全契约法律制度·····	319
四、重构以权利义务统一为特征的法治观·····	324
第三节 当代中国契约文明与西方法治化国家契约 文明之比较·····	329

一、当代中国契约文明若干社会特质透视·····	329
二、我国契约文明的兴起与西方“从身分到契约” 运动之异同·····	339
第九章 结束语：面向未来的选择 ·····	345
主要参考文献 ·····	355
后 记 ·····	361

引 言

现代法治作为人类社会发展到一定阶段的治国方略和价值目标,并不单纯是法律本身发展的结果,而是有其深厚的、全面的文化原因。人类法治史表明,某种特定的文化模式不仅深刻影响人们对法律的认知、情感和价值评价,而且还在一定程度上决定法律的性质及其实现程度。故自近代以来,人们对法治问题的研究,已不满足于纯粹的制度设计,而是更多地把目光投向隐藏于法律制度背后并支配其运作的法的理念及其社会历史成因,并将其置于物质的、制度的、观念的诸方面要素相互制约、相互影响的关系中予以综合的考察。确实,在我国源远流长的法文化发展史上,倡言法治者不仅大有人在,而且在人类法制史上独树一帜的中华法系,自周秦以来,相因沿革,自成系统,从未发生过整体性危机。然而,这种所谓“法治”毕竟是发生在以农耕为本的东方古国,无论是其理念或制度,都浸润了中国传统文化的基本精神,包含了独特的社会文化内涵和价值追求,较之西方自古希腊罗马以来形成的法律文化与法治实践判然有别。如果不是伴随着清末海禁初开,西方法文化逐步渗透,也许我国以中华法系为规制的“法治”状况仍将以其固有的惯性持续更久。所以,西方法文化的输入,不仅把西方领先的法治文明成果带给了封闭落后的中国,加快了中国法制变革的历史进程,也为有志变法图强的无数中国人认识和检讨自己提供了一个契机。尤其在我国现阶段实施依法治国战略,建设社会主义法治国家的伟大

实践中,探寻西方近现代法治的由来及其演变的历史轨迹,在比较中认识自己的过去和现在,恰恰是战胜和超越自己的前提条件。

本书以契约文明与法治文明的相关研究为题,就是把契约范畴视为建构法治文明的一个能动要素,并力图把契约范畴及其制度置于社会发展和文明进步的总体之中去,运用逻辑的和历史的研究方法,追溯其在中西方不同社会条件下对于建构法治社会的意义,鉴于我国目前尚缺乏这方面的系统研究成果,故有必要循着契约法文化这条线索深入揭示法治的逻辑发生和历史发生,从中得出某些具有规律性的结论来,以求教大方。

首先,从逻辑的视角看,人类摆脱人治的状态,进入到依法而治的法治状态,是一个合乎规律的社会历史过程。这个规律,从根本上说来,就是经济基础决定上层建筑和上层建筑一定要适合经济基础发展状况的规律。因此,我们在追溯法治文明产生和形成的奥秘时,也应当到经济生活的事实中去寻找。时下,人们通常把法治与商品经济联系起来,认为商品经济就是法治经济。一般说来,这是正确的。但如果我们进一步思考就会发现,商品经济属于经济基础范畴,法治则属于上层建筑范畴,它们各自所具有的属性是截然不同的。既然这两种不同的事物或现象存在着某种确定的联系,则在它们之间必然存在某个中介,而且这个中介必须既具有经济的属性,又具有政治法律的属性。同时,从社会历史主体来说,它必须还具有自我认同、自我约束的价值观念的属性。否则,商品经济与法治之间就联系不起来。而原发于经济交往中的契约,恰恰与经济生活的规范化、法治化存在着不解之缘。因为契约作为商品交换的条件和手段,它本身就是当事人各方为了实现各自的利益预期所设计的、必须共同遵循的行为规则。它不仅反映了商品经济条件下平等主体之

间在相互交换自己的财物时自由达成的协议和自愿施加的约束,而且还蕴含了极为丰富的社会文化内涵,即它既是一种纳权利和义务于一体的价值理念,又是一系列保障权利与义务实现的行为规范;它既充当了当事人之间利益分配的中介,又最大限度地体现了当事人合意这一公平原则;它既超越于当事人的意志之上,又包含了各当事人的意志于其中;它既扎根于经济生活的土壤中,使商品生产和商品交换成为可能,又陶冶了人们自律自治的契约观念,使之具有极其深远的政治法律意义……,概言之,契约范畴所蕴含的丰富属性,恰恰符合充当这一中介的条件,从而在商品经济与法治上层建筑之间架起了一道由此及彼的桥梁。所以,它自伴随商品经济降临人世的那天开始,就以其建构新的经济秩序、瓦解旧的经济秩序的能动属性积极作用于社会,为当事人之间的自律自治提供了内在的价值导向和外在的行为准则。而契约范畴所体现的自由、平等、自律、自主等一系列原则一经得到国家的认可,并以法的形式确定下来,也就为经济生活的规范化、法治化提供了可靠的制度保障。也许正是由于这个原因,经济生活中的契约规则不仅为商品生产者社会所注重,其内在机理也被推及到政治生活之中去,成为瓦解专制政治、构建民主政治,实现政治生活规范化、法治化的催化剂。

当然,这种分析还仅仅是对契约范畴或契约法律制度的社会功能属性所作的抽象分析。实际上,在人类摆脱人治、步入法治的历程中,任何法律文化要素都不是孤立地发生作用的,而是与其他社会文化要素相互联系、相互影响,共同作用于社会历史,从而使不同国家、不同民族显示出差别来。例如,契约法律制度只是在西方国家能动地介入经济生活、政治生活,有力地推动了西方法治社会的形成。但在我国,虽然不乏契约制度,但由于这一制度长期受强大的自然经济、宗法制度、儒家文化的挤

压,其建构法治社会的作用却没有充分发挥出来。甚至它自身的精神品格也难免被扭曲。这种情形足以表明,我们在研究法治及其实现问题时,固然要注重研究和区分所谓“良法”与“恶法”、“天下之法”与“一家之法”。但对于一个国家、一个民族来说,即便有了良好的法律制度还是远远不够的,还必须创造一个崇尚法治、厉行法治、维护法治的社会环境。换言之,法治表征着一种新的社会文明,它的出现同样是与社会的物质文明、制度文明和精神文明相辅相成的。充分认识和把握这一点,对于推动我国的法治建设,是至关重要的。

其次,从历史的视角看,法治作为一种现实的社会状态,它并不是现在才有的,也不是偶然发生的,而是以往历史发展的必然结果。那么,它的最初形态是什么?其初始状态与现实状态之间有何联系?这就需要我们溯其源,考其流,真实地再现其从过去到现在的历史轨迹。这正如英国著名法律史学家梅因所告诫我们的那样:历史是真理的唯一出处。如果我们不尊重历史,不注重研究历史,也会模糊我们的视线。

基于这种认识,我认为早在古希腊罗马时期业已繁荣的契约文明,堪称近现代西方法治文明的历史源头。一部西方法治史表明,虽然古希腊罗马社会早期也曾经历了漫长的自然经济时代,人们的思维模式和行为模式也不能摆脱古老的、以父权制为核心的自然血缘关系的限制和束缚。但由于古希腊罗马所处的地理环境特别有利于多种经营和海上贸易,这一得天独厚的自然资源及其不可遏制的营利冲动终于诱使人们从艰难的自给自足的自然经济状态中走出来,选择和创造了以契约为媒介的商品经济形式。随着经济形态从自然经济向商品经济的转化,旧的以血缘身分等级制为基础的社会关系逐渐让位于新的以当事人自由平等合意为基础的社会关系。古罗马《十二铜表法》有

关契约在当事人之间具有相当于法律的效力的规定,就是对这一新的社会关系所作的最好的说明。与社会关系的革命性变革相适应,人们不再把对家父和家族的服从视为唯一的义务,而是凭借契约这一自由自主性的媒介去追求属于自己的权利,由此又引发了人们的思想观念和行为方式的革命性变革,这种变革就是人类历史上最初发生的所谓“从身分到契约”的运动。综观这一运动,它以经济关系的变革为基础和前提,以契约法律制度的产生和确立为支撑,以契约神圣、契约自治为根本内容,其实质是一场从他律到自律,从人治到法治的运动。虽然这一运动已经成为遥远的过去,但它作为一种传统,留给后人的启示却是无穷无尽的。

一部西方法治史还告诉我们,人类步入法治化之路也不是平坦直遂的,而是展现为一个否定之否定的过程。我们如果以古希腊罗马人所追求的契约之治作为法治化状态的起点,那么,统治欧洲黑暗中世纪的神权法及其神法之治则是对以往法治的否定。翻开中世纪的历史,我们不难发现,人与人之间的约法完全被人神约法所取代,虽然契约的躯壳仍然依稀可见,但其自由自律的精神却被阉割了,人们不得不再次屈服于自己设计出来的偶像之下。这种情形表征着人类已经走上了人治的极端。到了这个时期,对之予以再一次否定,即否定之否定也就为期不远了。事实上,在中世纪末期悄然发生的罗马法复兴运动,就已经吹响了告别神治、向法治复归的号角。当然,这种复归已不再是回复到古希腊罗马时代那种状态之中去,而是借了古典的服装道具,在变化了的时代条件下,重新演出一幕法治重建的活剧来。尤其是它仰仗工业革命、宪政运动和成文法运动以及理性启蒙运动的支持,将既往的“从身分到契约”的运动持续不断地推向新的阶段。