

13
D914.04
C482

北京大学刑事法理论研究所 主办

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第7卷 (2000)

陈兴良 主编



A0951023

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法评论: 第 7 卷/陈兴良主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2000. 10

ISBN 7-5620-2009-4

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-研究-文集
IV. D914. 01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 49950 号

策划编辑 丁小宣

执行编辑 朱 芸

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 中国人民解放军第 1201 工厂

开本 850×1168 1/32 20.875 印张 558 千字

2000 年 10 月第 1 版 2000 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2009-4/D·1969

印数: 0001—4000 册 定价: 38.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088

电话: 62229563 (发行部) 62229278 (总编室)

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社负责退换。

中西刑法现代化起源之比较考察

田宏杰*

一、引言

从逻辑学的意义来说，基本概念的辨析和分析工具的选择，是理论研究的基石。基于此，在进行中国刑法现代化研究之前就不能不首先解决这样两个至关重要的问题：什么是现代化？我们应当依照什么范式着手进行中国刑法现代化的建构？循此思路，下面先对这两个问题进行简要剖析，以期为中国刑法现代化研究寻求一条合理可行的研究路径。

（一）现代化解读

现代化问题是第二次世界大战以后的一个全球性话题。它基于这样一种历史背景：第二次世界大战以后，和平与发展成为时代的主旋律，西方市场经济在国家宏观调控和适度干预下迅速发展，出现了所谓的福利国家，工业化给人类生活环境和人际环境造成的种种创伤似已得到医治，西方社会的综合发展给战后独立的发展中国

* 法学博士，中国人民公安大学讲师

家展示了一幅现代化的美丽图景。当时，现代化几乎就是西化、欧化的代名词，向西方学习，从政治、经济到文化各个领域引进和移植西方的文明成果成了发展中国家进行现代化建设的共同选择。但至70年代后期，石油危机冲击西方，西方国家在经济、政治等社会生活的各个层面开始出现危机，而发展中国家纷纷“西化”的结果，也并没有帮助他们走上现代化的道路。由此，人们开始思考：究竟什么是现代化？发展中国家现代化的道路何在？

学者们从不同的角度倾力于现代化理论的研究，并取得了骄人的成绩，但在关于现代化内涵的界定上，迄今为止却仍没能提出一个大家都能接受的定义。赖肖尔强调现代化是现代社会中正在进行着的重要的变化。塞缪尔·P. 亨廷顿认为，“现代化是一人包含了人们思想和行为各个领域变化的多方面进程”。^{〔1〕}戴维·波普诺则从社会状态转变的角度说明现代化特征，指出：“现代化指的是在一个传统的前工业社会向工业化和城市化转化的过程中发生的主要的内部社会变革。”^{〔2〕}总之，关于现代化的界定，学者们是仁者见仁、智者见智，而多数学者关于现代化的界定都不过是工业化、城市化的旧词新说而已。在这种情形下，美国学者 C. E. 布莱克从历史发生学的角度对现代化进行的研究，就不能不说是一场方法论上的革命。在布莱克看来，现代化一词指的是“近几个世纪以来，由于知识的爆炸性增长导致源远流长的改革进程所呈现的动态形式。现代化的特殊意义在于它的动态特征以及它对人类事务影响的普遍性。它发轫于那种社会能够而且应当转变、变革是顺应人心的信念和心态。如果一定要下定义的话，那么，‘现代化’可以定义为：反映着人控制环境的知识亘古未有的增长，伴随着科学革命的发生，从历史上发展而来的各种体制适应迅速变化的各种功能的过

〔1〕〔美〕塞缪尔·P. 亨廷顿：《变动社会中的政治秩序》，王冠华等译，上海译文出版社1988年版，第32页。

〔2〕戴维·波普诺：《社会学》下册，辽宁人民出版社1981年版，第618页。

程”。^{〔1〕}可见,布莱克的定义所强调的是科学革命对社会变迁的影响以及人类社会生活领域的深刻变革,并且特指西欧工业革命前后的历史事态。^{〔2〕}在这个基础上,布莱克进一步区分了现代化与现代性这两个概念,认为现代性是指自科学革命以来人类在技术、政治、经济及社会发展诸领域发生迅速变革所显示出来的共同特性,而现代化则被用于描述获得这些特性的过程。^{〔3〕}因而所谓现代社会,就是指经济领域的工业化,政治领域的民主化和法制化,社会领域的都市化、流动化、均富化、福利化和人口控制化,文化领域的宗教世俗化、教育普及化和知识科学化,等等。^{〔4〕}

受布莱克的影响,G.罗兹曼强调要把现代化看做是一个在科学和技术革命影响下,社会已经或正在发生着变化的过程,是人类历史上社会变革的一个极其戏剧性的、深远的、必然发生的事例。他特别提醒人们,不能将“现代化”简单地等同于“工业化”或“西方化”。这是因为,工业化是发生于现代化社会里的一个过程,并且只是许多过程中的一个,它不能涵盖现代化概念的全部内容。人们之所以把工业化和现代化等同起来,这可能源于把过程中的某人因素当做整体

〔1〕〔美〕C. E. 布莱克:《现代化的动力》,段小光译,四川人民出版社1988年版,第11页。

〔2〕公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第7页。

〔3〕布莱克认为,一个社会的现代化进程应当具有以下四个方面的普遍特性,即一个社会在“现代”以前使现代化能够启动发展起来的各种能力的至关重要性,知识进展(主要反映在科技革命中)作为社会变革的首要源泉的作用,这种作用把现时代与早先时代区别开来;一个社会在利用知识所提供的发展机会方面的能力,包括政治的、经济的和社会的能力;一个社会政治领袖的各种政策的有效性,这些政策可以是争取把各民族的价值传统和制度传统调节到适合现代化的需要,以及有选择地借用其他更发达的社会价值观和制度。详细的分析请参见〔美〕西里尔·E. 布莱克编:《比较现代化》,杨豫、陈祖洲译,上海译文出版社1996年版,导论部分;丁学良:“一本现代化比较研究的导论——国外‘比较现代化’著作述评”,载《读书》1985年第3期。

〔4〕罗荣渠:《现代化新论——世界与中国的现代化进程》,北京大学出版社1993年版,第14页。

的习惯。尽管现代化与工业化之间有联系,但是两者的重心则是有差异的。工业化是基于科学技术的变革及其应用所导出的经济变迁。^[1]同样,现代化也不等同于西方化,“西方化”所表明的只是社会发展进程中的西方特征,这一词语是建立在和那些首先实行现代化的国家的模式之联系上的,但这些模式决非只同西方国家有关系,同时并非所有西方国家都已经高度现代化了。再者,西方社会发展虽然是现代化的或科技化的,但西方模式却含有非科技性的因素,如宗教、文艺等。^[2]所以,无论是从西方化还是工业化的角度来阐释现代化都是不准确的。

随着现代化理论研究的日益深入,学者们已经不满足于从单纯的经济角度研究现代化问题,而是开始从社会结构的各个方面对现代化的普遍条件、过程和表征进行归纳和探讨。例如,美国著名社会学家帕森斯用五对方式变项对比传统与现代社会人的心理状态和相互关系的变化,从而确立了现代性的标志;W. 穆尔则从四个方面提出实现现代化的条件;而 M. J. 列维则以社会结构和政治现代化为轴心,从社会发展的角度对现代化进行全面的综合分析。列维指出:随着时光的流逝,现代化的民族与非现代化的民族之间必然会发生交往。一旦建立了这种交往联系,不论是否施加外力,现代化的模式都会被非现代化社会所吸收。当现代化模式被吸收,原有的传统模式就会在其新旧交替中分离去。随着交往的产生,现代化的模式

[1] G. 罗兹曼:《中国的现代化》,上海人民出版社 1989 年版,第 3~4 页。加里·杰里非关于工业化的观点,也许能够进一步帮助我们明确现代化与工业化的差异。加里·杰里非认为,工业化在 20 世纪就已经成为国家发展的标志。当以农业和自然资源为基础的社会进入工业化时代时,社会发生了根本性的变化,这些变化的决定因素和后果便成为各个学科发展研究的焦点。工业化的过程虽然扎根于民族社会,但它又是一种全球性现象,其形成受影响于世界体系的作用力。详细的论述请参见加里·杰里非、唐纳德·怀曼编:《制造奇迹——拉美与东亚工业化的道路》,上海远东出版社 1996 年版,第 3 页。

[2] 金耀基:“现代化与中国历史——提供一个理解中国百来的现代史的概念架构”,载罗荣渠、牛大勇编:《中国现代化历程的探索》,北京大学出版社 1992 年版。

就会在其发展方向上起一定的变化——当然不一定是必然导向成功的变化。这就是现代化的独特之处。^{〔1〕}

至此,我们不难发现,尽管西方学者对于现代化内涵的界定各有侧重,但有一点却是共同的,即他们都一致认为:现代化是对传统社会的一种历史性超越,是自工业革命以后人类社会所经历的一场涉及社会生活主要领域的深刻变革过程,因而现代化是人类社会惟一普遍的出路。^{〔2〕}的确,人类社会发展的历史就是不断超越传统、走向现代的历史,现代化不仅是西方国家,也是第三世界国家共同努力的方向。从这个意义来说,西方学者的上述共同看法是符合人类社会历史发展的客观规律的,也是合理的。但是,应当指出的是,不同国家有着不同的历史发展、人口、地理环境、政治、经济情况,这些因素无疑都会在各国的现代化进程中发挥作用、产生影响,因而是不可能用一个共同的普适性的现代化标准来衡量各国的现代化进程的。而西方学者一方面提出,现代化不等于西方化,另一方面却又强调,现代化的一个基本特征在于它具有“普遍性社会溶解剂”,即西方社会对非西方社会具有一种科技性的同化力量,^{〔3〕}这无疑抹煞了非西方国家和民族自身的社会文化环境对实现现代化所具有的独特功用,从而不可避免地又陷入了“西方中心主义”的泥潭。

实际上,“现代化”一词,既是一个静态的概念,又是一个动态的过程。从静态言,现代化是指人类社会在最新阶段所达到的文明状态,是对传统的绝裂和变革。而不管各个民族的发展道路如何,它们最终都要被纳入一个新的社会发展秩序轨道之中,或者被迫接受现代化的自我改造。^{〔4〕}易言之,现代化是与各民族传统相对的一个世界性发展潮流。而从动态看,现代化又是在传统的基础上,通过对传

〔1〕 M.J.列维:《现代化的后来者与幸存者》,知识出版社1990年版,第2页。

〔2〕 M.J.列维:《现代化的后来者与幸存者》,知识出版社1990年版,第2页。

〔3〕 M.J. Levy, *Modernization and the Structure of the Societies*, Princeton University Press, 1966.

〔4〕 钱乘旦、陈意新:《走向现代国家之路》,四川人民出版社1987年版,第340页。

统的不断扬弃而进行的文明价值体系的创新,是对传统的否定之否定,是民族传统在现代社会的延续。所以,对于现代化,正确的理解应当是:现代化就是传统与现代、世界性与民族性的统一。

(二)一种研究理路的确立

明确现代化的内涵是为了利用这一概念分析工具进行中国刑法的现代化研究。因此,下面我们需要追问的是:如何确立中国刑法现代化的研究进路?我认为,困扰国人百余年的中国法制现代化建设与我国理论研究模式的选择及其对现代化的设计不无密切的关系,因此,确立科学的研究范式对于当下正在进行的中国刑法现代化建设也就自然具有先决性的重要意义。为此,有必要先对传统的理论研究模式及其指导下的法制现代化建设实践进行简要的审视与检讨,以期找出其中的症结所在,然后方能对症下药。

中国传统法律制度伴随着阶级社会的开始而萌生,经过秦、汉的发展,至唐已趋于成熟,到19世纪中叶仍处于稳定延续的状态中。但是,1840年的鸦片战争,使得西方列强在用武力打开中国大门的同时,也开始了对中国政治、经济、文化的全面侵入。而法律制度方面的冲击,则是来自西方列强在中国领事裁判权的攫取。尽管清政府一味奴颜媚外,但在领事裁判权的问题上,却表现出了异乎寻常的愤怒和坚决抵制态度。因而清王朝一方面被迫承认领事裁判权的存在。另一方面,则又积极寻求收回治外法权的良方,最终不惜变革“祖宗之法”,由此开始了以沈家本变法修律为主要内容的中国法制现代化的第一次努力。这次努力的结果,虽然引入了一些具有现代意义的域外法律制度,但在清朝保守派“不合吾国礼俗”的斥责声中,沈家本费尽九牛二虎之力引进创制的《大清新刑律》虽然颁行却未能实施,两部诉讼律草案则根本未予公布,至于清政府惟一正式公布并要求实施的具有近代诉讼性质的法规《各级审判厅试办章程》,也并未得到各地官府的遵照执行,因而中国法制近代化变革的第一次努力以失败而告终。

新中国的成立,使中国法制建设进入了一个崭新的历史发展时

期。但因为理论指导的失误,新中国的法制建设又一次采取了移植外国法制的传统老路,只不过,这次移植的对象不是日本的法律制度,而是新生的苏维埃社会主义法制,从而使我们再一次痛失中国法制迈向现代化的良机,加之间“文化大革命”的冲击和破坏,中国法制近代化过程中积累的一些成果也几乎被毁灭。1978年的改革开放,尤其是20世纪90年代初期确立的建立社会主义市场经济体制国策,为陷入困境的中国法制现代化建设带来了曙光。为此,渴盼中国法制尽快走上现代化道路的中国学人,情绪高昂地投入了中国法制现代化的理论研讨之中,以期为中国法制现代化建设寻觅一剂救世良方。但学者们的眼光总是在经济、政治、文化三个领域左顾右盼,认为只要建立市场经济、实现政治民主、更新传统法律观念等,中国便能实现法制现代化。而从改革开放十多年的中国法制建设现实来看,大体也是从经济、政治和文化三个层面努力的。对此,有学者将这些理论研究的模式分别概括为:经济驱动论、政治驱动论和文化驱动论。^{〔1〕}而实践结果表明,无论是经济驱动论,还是政治驱动论抑或文化驱动论,都存在着理论上的片面,以此指导的法制现代化实践,效果自然也难以尽如人意。

自80年代开始,一股“市民社会思潮”在西方及东欧国家兴起,并几近发展成为一种全球性的理论热潮。这股思潮的出现,“……乃是对一个世纪前的市民社会理论的复兴,是对百年来国家与市民社会间极度张力的检讨和调适,因此基于现实层面的目标在西方国家表现为重新调整国家与时下依旧存有的市民社会的关系的努力,在东欧国家呈现为重建原本有过而现下丧失了的国家与市民社会的关系的努力”。^{〔2〕}这一思潮的出现,无疑为正在苦苦探求中国法制现

〔1〕 施雪华:“现代化与中国市民社会”,载《中国社会科学季刊》(香港)1994年5月号。

〔2〕 邓正来:“中国发展研究的检视——兼论中国市民社会研究”,载邓正来、〔英〕J. G. 亚历山大编:《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》,中央编译出版社1999年版,第456页。

代化发展道路的中国学者提供了一种理论研究的范式,尤其是对以“国家本位观”为支撑的中国刑法现代化之发展,提供了一种新的分析视角,因而具有不可低估的理论价值和实践意义。

受此影响,本章也拟从市民社会这一独特的角度,对中西刑法现代化的成因进行政治社会学的考察。首先,从市民社会的兴起入手,以期探明西方刑法现代化的社会背景;其次,通过市民社会的变迁,揭示市民社会与政治国家的矛盾对立运动及其对西方刑法理论与制度实践的深刻影响,追寻西方刑法现代化之演进特色;再次,以市民社会为视角,对我国晚清时期的民间社会及其法制状况,尤其是刑事法制情况进行审视,检讨我国刑法现代化开端遭受挫折的原因;最后,以西方市民社会与刑法现代化的关系为镜鉴,从宏观上勾勒中国刑法现代化建构的理论轮廓,指出:形式合理性与实质合理性的融合、社会保护与人权保障的统一,是中国刑法现代化发展的目标。为此,我们需要进行从观念、制度到司法运作各个层面的现代化努力。

二、市民社会:西方刑法走向现代化的起点

西方的历史经验向我们昭示了这样一个事实:导源于11世纪城市运动的西方现代法制(当然包括西方现代刑法文明),〔1〕是深深

〔1〕对于西方现代法制开端的具体时间,学者们的看法并不完全一致。但从两本研究西方法律传统的权威书籍即美国学者哈罗德·J. 伯尔曼的《法律与革命——西方法律传统的形成》以及泰格、利维的《法律与资本主义的兴起》来看,将西方现代法律形成的时间确定在11世纪,想来不会偏离历史的本来面目。其实,这也是多数研究外国法制史尤其是研究西方市民社会理论的学者的共同看法。不过,应当指出的是,上述两本研究西方法律传统的权威书籍对于促成西方法律传统形成的主要原因的看法并不一致,伯尔曼突出的是“教皇革命”的意义,泰格和利维则强调的是资产阶级兴起的作用。参见〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版;〔美〕泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,学林出版社1996年版。

植根于市民社会这一特殊的经济社会土壤之中的。因此,研究西方刑法现代化的起点,就不能不首先关注市民社会这一语境,否则,所谓深入理解和把握现代西方刑法文明就只能是一种侈谈。必须说明的是,要在如此有限的篇幅里展示西方市民社会及其现代刑事法制发展历程的恢弘画面,实不可能。因此,我在这里描述的就只能是西方市民社会兴起及其变迁的简单图景,相信这样的安排无碍全文的宏旨。毕竟,考察西方现代刑事法制的起源,才是本文的主题。

(一)市民社会的兴起

在西方历史上,现代市民社会可以追溯到古希腊罗马时期。^{〔1〕}从现存的有关文献来看,古罗马已经有了关于私法和公法的划分,这说明,私人利益关系与公共利益关系已经在法律上获得了认可。但是,这种公私的划分并非市民社会与政治国家的分离,因为,“对于希腊政治来说,将公共生活与私生活区分开来是闻所未闻的,甚至还会感到不可思议。对希腊人来说,‘人’和‘公民’的意思毫无二致,正如参与城邦的生活、即参与他们城市的生活就等于‘生活’一样”。^{〔2〕}

〔1〕我国学者徐国栋认为,在希腊、意大利的城邦生活中,一个自由人同时具有两种身份。首先,他是特定城市国家的市民,在这个意义上,他属于他自己,是一个私人,谋求自己的利益。其次,他是特定国家的公民,在这个意义上,他不属于自己而属于国家,是一个“公人”,必须在必要时牺牲自己的个人利益去维护公益。罗马人也对公私作了区分,把调整私人利益关系的法律称为私法,把调整公共利益关系的法律称为公法。所谓私人利益关系,就是市民社会;所谓公共利益关系,就是政治国家。由此可见,在西方古代文明时期,就有了市民社会与政治国家的分野。详情请参见徐国栋:《市民社会与市民法》,载《法学研究》1994年第4期。但另有学者指出,徐国栋的论文没有很好地区分希腊和罗马市民社会与源于中世纪城市的现代市民社会之间的差异;事实上,希腊、罗马时代的所谓“市民社会”具有强烈的政治色彩,因此,可以恰当地称之为“公民社会”。我认为,这一见解值得重视。参见徐忠明:《中西比较:市民社会与现代法制的成因——一个历史社会学的解释》,载南京师范大学法制现代化研究中心编:《法制现代化研究》第3卷,南京师范大学出版社1997年版。

〔2〕〔美〕乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1993年版,第288页、第289页。

所以,现代意义的市民社会在当时并没有出现,这种公私的划分“至多是现代市民社会的远因”。〔1〕实际上,现代市民社会的直接源头是11世纪至12世纪兴起的城市社会。〔2〕

城市的最初形式是城堡。公元10世纪上半叶,西欧遍布着设防的城堡,都是由封建诸侯所建立,作为他们臣民安身之处。这些城堡依靠土地过活,完全适合于农业文明。随着农业的发展、人口的增长以及商业的复兴,11世纪以后,城堡的最初性质迅速发生了变化,逐渐具有了现代城市的特征,并在欧洲大地蓬勃发展。从11世纪到15世纪,约有5 000个左右的新兴城市和城镇诞生。这些城市的兴起固然是由于商业的发达,但农业本身的发展也是城市发展的一个先决条件。〔3〕在这方面,东西方城市有许多相似之处。它们通常都是由要塞和王侯驻地发展而来;处处是商业和手工业的中心;城市的主要收入来源是地位、官俸及其他直接或间接借政治力量而取得的收入;等等。然而,一个地方究竟是不是应该看做是一个城市的问题,不是根据它的面积大小来回答的。城市具有经济的、政治的、法律的、社会的甚至宗教的意义。正是在这一点上,显示了西方城市与东方城市的历史差异性。尤其在城市的政治、法律和社会的性质与意义诸方面,东西方城市的不同是相当明显的。〔4〕而文献资料表明,11世纪以后在欧洲大地出现的新兴城市,与过去那种依靠土地生活的城堡早已有了本质上的不同:它是兴起于贸易中心,并且摆脱了封建领主和乡控制的具有法人资格的“自治”的商业中心。〔5〕对此,汤

〔1〕徐忠明:“西方市民社会与现代法制建设及启示”,载《政法学刊》1995年第3期。

〔2〕方朝晖:“市民社会的两个传统及其在现代的汇合”,载《中国社会科学》1994年第5期;夏维中:“市民社会:中国近期难圆的梦”,载《中国社会科学季刊》(香港)1993年11月号;徐忠明:“西方市民社会与现代法制建设及启示”,载《政法学刊》1995年第3期。

〔3〕〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第407页。

〔4〕公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第162页。

〔5〕亨利·皮雷纳:《中世纪的城市》,商务印书馆1985年版,第35页。

普逊教授有很好的概括:“各类城市的市议会,都是主权实体;每个城市都是一个自治的市民社会,各自制定法律、自行征税、自管司法、自行铸币、甚至根据各自需要结成政治联盟、自行宣战或媾和。”^{〔1〕}韦伯则进一步指出:“在欧洲中世纪,城市的明显特征是具有自己的法律、法庭和自治的行政。……在政治共同体的意义上,西方之外没有城市。”^{〔2〕}就是这种源于中世纪的城市,日后成为具有现代意义的市民社会雏型,提供了商人活动的社会空间。另外,中世纪的城市社会,也为将来的政治国家体制提供了“模本”。

随着11世纪城市的兴起,在欧洲地图上,我们看到了穿梭于封建世界的“泥腿子”(piespoudreux),他们带着货物四处奔波,从这个市镇到那个市镇,从这个集市到那个集市,从这个市场到那个市场,一路兜售货物。^{〔3〕}最初的市民阶层就是来自他们中间。法国学者雷吉娜·佩尔努指出:“中世纪初,‘burg’是指城堡,而住在城堡里的人便称为‘burgensis’(资产者、市民)。但是,从11世纪起,‘burgensis’(资产者、市民)就单指城市里的居民了,而城市也不再必然是城堡。”^{〔4〕}而市民(burgensis)一词,是在1007年法兰西的一份特许自治证书中首次出现的。有趣的是,“burgensis”一词的最初出现,反映了当时君主或领主对市民阶级的出现存有明显的戒心。根据这份由富尔凯斯·内拉签发的自治证书,允许在洛歌附近紧靠博里厄修道院的地方建立一座自由城市,自由城的居民从此免除了一切奴役,修道院的主持不得向他们强征人头税和其他任何赋税。但这份特许状警告城市

〔1〕〔美〕詹姆斯·汤普逊:《中世纪晚期欧洲经济社会史》,商务印书馆1992年版,第174页。

〔2〕斯坦尼斯拉夫·安德烈斯基编:《文明的历史脚步——韦伯文集》,上海三联书店1988年版,第170页。

〔3〕〔美〕泰格·利维:《法律与资本主义的兴起》,学林出版社1996年版,第4页。

〔4〕雷吉娜·佩尔努:《法国资产阶级史》上册,上海译文出版社1991年版,第1页;亨利·皮雷纳:《中世纪的城市》,商务印书馆1985年版,第93页。另外,关于市民一词的考证,参见方朝晖:“市民社会的两个传统及其在现代的汇合”,载《中国社会科学》1994年第5期。

中的居民：“如果市民（资产者）攻击僧侣或他们的奴仆，抢劫他们的财产，将被处以 60 锂的罚金。”^{〔1〕} 城市的最早居民是商人，随后则有工匠、手艺人，乃至律师等；城市里的居民都是自由民，即使是脱离封建世界而逃亡城市的农奴，只要在城市里住满 101 天，便可获得自由；所以，当时德意志的谚语讲“城市的空气使人自由”，这不仅具有政治意义，而且也是市民阶层从事商品经济活动的前提条件之一。由此导致了大规模的农业人口向城市转移，致使“要确定从农村向欧洲各城市移民的规律是困难的，而要确定城市内和城市外商人阶级发展的规模，就更为困难了。然而，我们可以估算，在 1050 年，西欧大约 2 000 万的总人口中，约有几十万人生活在约几百个城镇中（这些城镇很少有居民超过几千的）而截止 1200 年，大约 4 000 万的总人口中，就约有几百万人生活在约几千个城镇和城市之中（它们中有许多人口超过 2 万，有一些甚至人口在 10 万人以上）。总之，总人口大致翻了一番，城市人口可能从总人口的 1% 增加到 10%。就商人的数量而言，我们可以估算，在 1050 年，西欧商人阶级数量达几千人，而截至 1200 年，它的数量竟达几十万人。”^{〔2〕} 而至 14 世纪，有的地方约有 50% 以上的人口已由农业转向商业和工业。像法国的巴黎、西西里的巴勒莫等城市，人口在 20 万以上；意大利的威尼斯、佛罗伦萨和米兰等城市，人口在 10 万以上；另有一批万人以上的城市。^{〔3〕} 从此，伴随着城市制度的出现，便产生了一种在思想、情感及行为方式诸方面不同于乡下人的新的市民阶级，以及与市民阶级相伴而生的新的经济活动方式即商业活动或者说市场经济活动。在韦伯看来，市民概念有三个明显的含义。从经济意义上看，市民包括若干具

〔1〕 雷吉娜·佩尔努：《法国资产阶级史》上册，上海译文出版社 1991 年版，第 1~2 页。

〔2〕 〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 408~409 页。

〔3〕 伯恩斯、拉尔夫：《世界文明史》第 2 卷，商务印书馆 1990 年版，第 30 页；〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 442 页。

有各自特殊社会经济利益的阶级;就政治意义来说,市民意味着国家成员的资格;就阶级意义来讲,市民是指所有企业家、定息领受人以及一般有文化、有一定阶级生活标准和一定社会威望的人们。上述三个市民观念,是西方文明所特有的。〔1〕

可见,所谓市民社会,就是一个以城市为活动空间,以市民为成员而构成的一个阶级群体。由于中世纪的城市是随着贸易的发展而兴起的,市民社会的主体是商人和工匠,因而经济活动也就成为市民社会的基本内容,追逐利润则自然成为经济活动的最终追求。正是在从事生产和交易的职业活动中,市民社会体现了与众不同的价值观念和精神面貌,而这一价值观念的核心就是自由。对于市民阶级来说,最不可缺少的就是个人自由。因为,没有自由,那就是说没有行动、营业与销售货物的权利;没有自由,贸易就无法进行。所以,“城市的空气使人自由”这一原则,虽然并不是到处都被承认,而且往往附加一定的限制,“但它却是和城市市民的法律意识相适应的,城市市民就是以这种意识为基础去追求他们的军事和税收的利益。”〔2〕对于经济利益的计算,必然导致对“数量”和“计算”敏感,以及对“秩序”和“安全”的关注,而法律也就成为不可或缺的制度安排和技术设计。在中世纪早期,宗教成为人们的基本信仰;然而,随着经济活动的日趋重要,作为以从事经济活动为职业的市民阶层,对于法律的热情也就不断高涨;正是法律,现在成为市民不可须臾离之的

〔1〕〔德〕M. 韦伯:《世界经济通史》,上海译文出版社1981年版,第267~268页。

〔2〕〔德〕M. 韦伯:《世界经济通史》,上海译文出版社1981年版,第280页。

东西。^{〔1〕}至此,“社会终于承认只有法律才能保证秩序与安全,法律与习俗、道德和宗教准则相分离而取得独立。”^{〔2〕}当然,商人集团对法律的需求是有条件的,他们所需要的并不是由王权政府及其法院所创设的法律,而是在商人集团内部逐步发展起来的商事规则及其相应的法律机制,于是,城市法也就应运而生。城市法的内容十分广泛而庞杂,从宪法性文件、宪法性规章等公法,到私法,无不包罗其中。其中尤为引人注目的渊源则是市民附层在从事商业活动中逐步形成、发展和完善起来的商法。

由于市民社会的主要活动是商业活动,由此决定了商法在市民社会的发展相当迅速,而且在那之后的13、14和15世纪发展也相当迅速。就像教会法、封建法、庄园法和同时代其他法律体系一样,商法的客观性、它的规范的专门性以及它的概念的准确性也都与时俱进;它的普遍性和一般性、它的一致性日益克服各种地方差异;权利的互惠性随着契约机会的增多而变得日益重要;对商事纠纷的裁判也越来越规范化;它的整体性程度也不断提高。换言之,就像构成西方法律传统的其他各种法律体系的情况一样,商法的各种特性最终

〔1〕 顾准:《顾准文集》,贵州人民出版社1994年版,第315页。在此,我们不应忽略昂格尔关于这一问题的看法。昂格尔认为,商人集团对法律的支持并非是完全自觉的。人们往往认为,在市场经济中,交换关系的发展所依赖的一个因素就是商人能够依据已经确立的惯例和法律而进行贸易活动,而这些惯例和法律则可以使商人们以某种程度的确定性和准确性预测其履行或放弃协议的经济后果。但是,这并不足以说明商人集团为什么会创制或支持法律制度。实际上,由于商人集团具有脱离国家管理自己事务的充分独立性,而商人活动往往相当集中地在他们自己的社会内进行,因此,他们实在没有理由为一个由政府官僚和法院所发展起来的法律作辩护。相反,他们却更加依赖于那些在商人集团内部确立的规则、法庭和非正式的控制措施。参见昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第65~66页。

〔2〕 [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第37~38页。

也变成了它的各种有机发展的趋势。^{〔1〕}商法的这些特性使得商法成为新兴市民阶级及其商人集团实现其利益的重要工具,而罗马法的复兴使得理性精神、权利意识、平等观念和契约自由等法律价值观念,不仅推动了法律形式主义运动在欧洲大陆的开展,而且进一步奠定了法律在市民社会生活中的重要地位。^{〔2〕}人们感到,熟悉、了解法律在商业活动中是如此重要,于是,“商人的儿子自愿学习法律,因为法律的运用同贸易的经营紧密相连,经营商业总免不了发生争执和诉讼。这也正是法官和律师大肆繁衍的原因所在。”^{〔3〕}通过法律保护个人权利,成为市民阶层的强烈愿望和基本信仰,从而大大提高了市民阶层的法律意识。这就使得法律不仅仅是一种外在的行为规范,而且是一种内在的自觉要求和生活方式。在这个意义上,西方的法制由此告别了封建时代,开始大踏步地向着现代化迈进。

(二)市民社会的变迁:市民社会与政治国家的分离

市民社会的兴起并不意味着市民社会在政治国家中的独立。实际上,中世纪的精神可表述如下:市民社会的等级和政治意义上的等级是同一的,因为市民社会就是政治社会,因为市民社会的有机原则

〔1〕〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第431~432页。

〔2〕1135年,在意大利北部阿马菲发现了东罗马皇帝查士丁尼时期编撰的《国法大全》的稿本。这一发现引起了学者的广泛的关注和极大的研究兴趣,掀起了一场轰轰烈烈的罗马法的复兴运动;形成了罗马法的研究中心,例如,意大利的波伦那大学,据学者估计,最多的时候有1万名学生;出现了研究罗马法的不同学派与研究方法;更为值得注意的是,罗马法的影响不仅遍及欧洲大陆,而且远至英伦。关于罗马法的复兴对于西方现代法律传统形成的影响,请参见〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的开成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第148页;徐忠明:“中西比较:市民社会与现代法制的成因——一个历史社会学的解释”,载南京师范大学法制现代化研究中心编:《法制现代化研究》第3卷,南京师范大学出版社1997年版。

〔3〕雷吉娜·佩尔努:《法国资产阶级史》上册,上海译文出版社1991年版,第145~146页。