



西方法律文化与 法律价值

何柏生 主编

庆祝西北政法大學建校八十周年

《法律科学》「法律文化与法律价值」名栏建设成果荟萃 总主编 韩松

 法律出版社
LAW PRESS CHINA



庆祝西北政法大学建校八十周年

《法律科学》“法律文化与法律价值”名称建设成果荟萃

总主编 韩 松

西方法律文化与法律价值

何柏生 主编

图书在版编目(CIP)数据

西方法律文化与法律价值 / 何柏生主编. — 北京:
法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-1467-3

I. ①西… II. ①何… III. ①法律—文化研究—西方
国家—文集 IV. ①D909.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 242057 号

西方法律文化与法律价值

XIFANG FALU WENHUA YU FALU JIAZHIL

何柏生 主编

责任编辑 陈 慧

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京金康利印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 36.5

字数 690 千

版本 2017 年 10 月第 1 版

印次 2017 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1467-3

定价:75.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

西北政法大学具有光荣的革命传统和丰厚的文化底蕴,学校的前身是1937年中国共产党在延安创办的陕北公学。后历经延安大学、西北人民革命大学、西北政法干部学校、西北政法学院、西北政法大学等时期,走过八十个春秋,已经成为法学特色鲜明,哲学、经济、管理、文学等多学科相互支撑、协调发展的多科性大学。学校1983年10月创办了《西北政法学院学报》,1989年更名为《法律科学》。《法律科学》创刊于学校复办后改革开放的新时代,国家百废待兴,学校事业也是刚刚迈步。《法律科学》无愧于这个伟大的时代,她始终站在时代的前列,开拓创新,与时俱进,积极地回应时代的要求,坚持正确的舆论导向和“为人民服务、为社会主义服务”的政治方向,紧密贯彻党中央制定的改革开放的基本路线,坚持科学发展观,认真贯彻党的“双百”方针,倡导学术自由和创新精神,促进法学的繁荣和发展,为改革开放和社会转型提供了有力的理论论证和学术舆论支持。《法律科学》作为西北政法大学的学报,是西北政法大学教学科研工作的重要组成部分,服务于学校的教学科研,通过校内外法学学术理论文章的发表与交流,及时反馈法学学术理论研究的新动态和新成果,提高教师的学术理论水平和科学研究能力,激发学术活力,培养科研队伍,提高人才素质,营造浓厚的校园学术文化氛围,推动教学改革、教学内容更新和质量的提高,使学报成为出成果、出人才的摇篮。同时通过学报的公开发行与校际交流,使学报成为展现学校教学科研成果和校园学术文化建设风貌的窗口,成为树立学校形象的一张“品牌”,成为学校与社会联系的一个重要渠道。目前《法律科学》已经是国内外具有重要学术影响的法学核心期刊,在促进学校事业发展中,发挥了应有的作用。《法律科学》取得的办刊成绩也是学校事业发展成就的一个重要方面。

《法律科学》一贯注重栏目建设和选题策划,其创办的“法律文化与法律价值”栏目,积极组织开展马克思主义法学法律文化与法律价值研究,积极开展对中国特色社会主义法律文化和法律价值的研究。不仅积极开展对中国优秀传统文化中的法律文化与法律价值的研究,继承其优秀资源;并且积极开展国外法学关于法律文化与法律价值的研究,吸收、借鉴其优秀资源为我国法治建设服务。在

“法律文化与法律价值”专题研究领域,栏目刊发了大量精品力作,取得了显著的成绩,2012年入选教育部名栏建设。为了总结栏目建设的成绩,扩大栏目建设的影响,推进栏目建设再上新台阶,在庆祝学校建校八十周年之际,《法律科学》编辑部组织编选出版四卷本“法律文化与法律价值”名栏建设成果荟萃文集,作为对校庆的献礼,是很有意义的。我衷心祝贺《法律科学》编辑部取得的办刊成绩,特别是在“法律文化与法律价值”名栏建设中取得的成绩;并且衷心祝愿《法律科学》再接再厉,开拓创新,不断提高学术质量和办刊水平,为服务国家法治建设和学校事业发展做出更大的贡献。同时也向长期以来关心和支持《法律科学》的各位作者、读者和各位校友表示衷心的感谢!

西北政法大学副校长 王 瀚

2017年9月12日

序 二

中国的法学研究自 20 世纪 70 年代末得以复兴,但复兴伊始法学研究注重的是具体法律制度的建设和法律条文的注释,法学的主导思想把法律看作统治阶级的意志和统治的工具,对法律现象尚没有从文化和价值角度全面研究和认识。在 20 世纪 80 年代末,法律文化和法律价值问题的研究开始起步,在这个时候《法律科学》推出法律文化和法律价值选题对这一问题的研究具有先导作用,具有开拓性。

习近平总书记指出:“坚定中国特色社会主义道路自信、理论自信、制度自信,说到底是要坚定文化自信。文化自信是更基本、更深沉、更持久的力量。”社会主义法律文化的培育是文化强国战略的重要部分。没有法律文化的现代转型和对法律价值的人文文化认识,就不能实现依法治国的方略。中国社会自 20 世纪 70 年代末期进入改革开放的新时期,改革开放的伟大实践带来了中国社会生活的巨大变化,特别是经济体制由计划经济体制向市场经济体制的转型,治国方略由人治向法治的转型,法律在国家社会生活中的作用日益凸显。如何建设社会主义的法治国家是法学研究面临的重大课题。特别是在缺少法治传统的中国社会,建设法治国家,不仅要学习借鉴西方的法律制度,实现法律制度的现代化,更要向西方学习先进的法律思想,实现法治理念的现代化。向西方学习但同时又必须立足于中国国情,坚持以马克思主义为指导,从我国建设社会主义法治国家的实际出发,把学习西方先进的法律制度和法律文化同吸收我国优秀传统文化资源结合起来,不仅建立和健全我国的法律制度和法律体系,更要造就现代法律制度运行的文化环境。因此,加强法律文化和法律价值研究是建设社会主义法治国家的根本课题。为此,《法律科学》于 1989 年起率先推出“法律文化、法律价值”和“法制现代化”专题,着力研究中国特色的社会主义法律文化与法律价值问题。我们不仅积极开展马克思主义法律文化与法律价值研究,继承其资源,而且也研究中国优秀传统文化中的法律文化与法律价值,继承其优秀资源;并积极研究国外法学关于法律文化与法律价值的研究,在比较、对照、批判、吸收、升华的基础上继承其优秀资源,为我所用。随着专题研究的深入,从 2004 年起将这一专题定名为“法律文化

与法律价值”专栏并作为重点栏目建设,2012年入选教育部第二批名栏建设工程。到目前为止这一专题研究已达二十八年,栏目建设已有十三年,共发稿四百余篇;内容涉及法律文化、法律价值和法制现代化的各个方面。为了推陈出新,进一步深化对“法律文化与法律价值”的专题研究,使栏目建设成果更好地服务中国特色社会主义法治建设,值此西北政法大学八十周年校庆之际,我们从栏目发表的论文中编选出版了《马克思主义法律文化与法律价值》《中国传统法律文化与法律价值》《西方法律文化与法律价值》《法律文化法律价值与当代中国法治》四卷本成果荟萃文集,供广大读者学习参考。如果引用,请注明原发期刊年度期次。需要说明的是,由于论文编选从1989年度到2016年度,各个时期的本刊的编排规范不统一,因此,本次出版的四卷本论文集在注释和参考文献处理上也难以做到统一,分别采用了脚注和文后参考文献两种形式;同时,也由于年代久远,难以完全核查相关资料,有些文献的出版单位、版本和页码标注也有不规范之处;作者单位有的标注了论文发表时的原单位,有的标注了现在工作单位,有的单位不详的未标注单位。在此向各位作者、读者致以歉意,敬请谅解!

谨向长期关心支持《法律科学》“法律文化与法律价值”栏目建设的各位作者、读者表示衷心的感谢!向法律出版社对《法律科学》杂志的大力支持,特别是丁小宣分社长与陈慧编辑为本次论文集的编辑付梓付出的辛劳表示衷心地感谢!

《法律科学》编辑部

2017年9月12日

目 录

西方法治产生的深层历史根源、当代挑战及其启示 ——对国家与市民社会关系视角的重新审视	马长山 / 1
西方话语与中国法理 ——法学研究中的鬼话、童话与神话	支振锋 / 19
法律与信仰机制 ——西方法文化的一种考察	舒 扬 / 43
论西方福利法治国的成因	刘 丽 / 50
西方法官职业的历史构建	王 申 / 61
经验哲学之兴衰与中国判例法的命运	谢 晖 / 78
论主体法律实践准则的构建 ——现代西方法理学的一个共同缺漏	程卫东 / 87
法与道德关系模式的历史反思	严存生 / 98
论契约自由兴起的历史背景及其价值	苏号朋 / 110
告密、良心自由与现代合法性的困境 ——法哲学视野中的告密者难题	柯 岚 / 118
法律程序中的仪式及意义 ——伯尔曼《法律与宗教》评析	陈金钊 / 137
论法律的工具合理性与价值合理性 ——以法律移植为例	谢鹏程 / 142
法袍与法文化	张薇薇 / 150
解析《圣经》里的法律思想	徐爱国 / 161
伊斯兰法文化的变革与趋向	汤 唯 / 171
当代人类学法哲学评述	张乃根 / 182

2 目 录

罗马法精神与社会主义市场经济	冯卓慧 / 189
中世纪前期罗马法在西欧的延续与复兴	李 栋 / 198
市民社会中的市民法 ——中世纪欧洲城市法溯源	郑 戈 / 215
布莱克斯通与英美法律文化近代化	何勤华 / 222
分权制衡与现代法治 ——孟德斯鸠三权分立学说的历史反思与现实启示	尹志学 / 229
道德善、理性化与法的规范性 ——以哈特理论为中心的反省	陈景辉 / 239
法律判断客观性探询 ——从德沃金的阐释理论到罗纳根的理解哲学	李 安 姚石京 / 260
论杰克逊的“当代主权观” ——以“权力分配论”为核心	杨 帆 / 272
大木雅夫与日本比较法律文化研究	何勤华 / 297
论司法的高级法背景 ——以美国宪法为分析样本	汪习根 陈 旗 / 305
美国宪法解释“麦迪逊两难”之消解	范进学 / 318
试论美国的民事诉讼法律文化	汤维建 / 326
从民族性格看美国的法制创新	谢冬慧 / 338
自然法·规则法·活的法 ——西方法观念变迁的三个里程碑	严存生 郭军明 / 350
自然法学与法的神圣化和世俗化	於兴中 / 358
论自然法学的权利观	龚向和 / 365
“自然”与“自然法”概念的古今之异 ——关于自然法学术史的一个初步反思	柯 岚 / 376
合法性、合道德性、合理性 ——对实在法的三种评价及其关系	严存生 / 387
法律实证主义的功利主义自由观:从边沁到哈特	湛洪果 / 396
分析法学三论	黄文艺 强昌文 段书军 / 417
现代法治文明元叙事中的社群主义修辞学	程关松 / 423

现实主义法学的批判与建构	刘 翀 / 446
权利本位论新解	黄文艺 / 461
——以中西比较为视角	
法之合理性问题	严存生 / 480
——麦考密克与韦伯之比较	
士与骑士制度及其法律文化的比较研究	周立胜 / 488
骑士、侠客与法文化	蔡莉敏 陈 晨 / 502
两大法系中诉之利益理论的程序价值	王福华 / 513
中世纪英格兰的巡回审判:背景、制度以及变迁	何勤华 王 帅 / 526
——兼论我国巡回审判制度的构建	
西方政法知识在中国的早期传播	王 健 / 543
——以《东西洋考每月统记传》为中心	
“万国公法”译词研究	赖骏楠 / 556
——兼论 19 世纪中日两国继受西方国际法理念上的差异	

西方法治产生的深层历史根源、当代挑战及其启示

——对国家与市民社会关系视角的重新审视*

马长山**

法治是近代西方的产物,但同时它也是全人类的文明成就。关注并探寻西方法治产生的深层历史根源及其发展变化和面临的时代挑战,对推进中国法治进程具有重大意义。

一、国家与市民社会的分离和互动发展:西方法治产生的深层历史根源

在西方法律史家那里,无论是注重教皇革命的力量,还是注重资产阶级兴起的作用,抑或是强调多元集团与自然法的结合,都不得不以西欧 11 世纪史实为起点,至少也要追溯中世纪西欧历史的多元性。^{[10][16][11]}这表明,近代法治的历史根源在于中世纪西欧的“独特性”。

众所周知,中世纪开始后形成了一种多元权力景观,进而造成了特有的权力均势与张力。^{[1]22-23}首先,王权需要教权的支持和正名,教权则需要王权的封赐和保护,同时,王权和教权又在为争夺社会统治权而斗争。尤其是教权窥伺王权,以致后来以“双剑论”和教权至上思想,凌驾于王权之上,并在 11 世纪格里高利七世和德王亨利四世之间的“主教职权之争”中达到高峰。其次,以契约为基础的封君封臣制,相互有忠诚和保护的权利义务,但同时,封君总是凭其优势地位,想方设法巩固和扩大其王权,并加强对封臣贵族的控制。而封臣贵族总是竭力维护自己的传统权力和契约权利。这种斗争是中世纪一幕重头戏,并促进了代议制的产生和发展。^{[2]438}最后,教权与贵族权在利益冲突和权力分割中,既有合作也有对立,即有时二者联合起来反对王权,有时其中一方与王权联合起来反对另一方。^{[3]第四章}

* 本文发表于《法律科学》2001 年第 6 期。

** 马长山,华东政法大学教授。

可见,这种多元权力的斗争与妥协造成了一种特有的均势与张力,普遍争取特权的斗争不仅使特权本身受到了消解,^[4]而且导致“一切政府都是建立在契约基础上的”,并“反对绝对权威”,^{[5]10}从而抑制了专权的滋长。“既然谁也不能消灭谁,那就必须让各色各样的原则一起存在——他们应该在他们之间订立某种协定。大家都同意各自去进行可以属于自己的那部分发展。在别处,当某一个原则占优势产生了暴政时,在欧洲,自由已成为文明因素多样性的结果,已成为它们经常所处的斗争状态的结果。”^{[1]24}正是这一特有的多元权力土壤,为城市兴起及城市自治权的发展创造了优越条件,从而提供了城市市民社会生长的良好空间。而“作为一个自由的、自治的市民社会的城市,是中世纪欧洲的一个新的政治和社会有机体”,^{[6]427}其重要性不仅是经济上的,而其关键则“在于取得了政治权利”。^{[7]35}因此,中世纪欧洲城市发展的历史是一部权利斗争史,也是一部城市文明的扩张史。它“作为特殊的权力中心加入到中央政权、地方领导与居民之间政治力量的角逐之中”,“正是这种角逐推动着新兴的封建国家的向前发展”。^{[8]106}即从个人君主制到民族君主国,从城市市民社会到近代市民社会,并在宪政历史过程中,形成国家和市民社会的分离与对立。^[9]这样,属于欧洲旧社会的一切因素和特点就转化为两大事实:自由探索和中央集权。“一个表示精神领域里推翻了绝对权力,另一个却是绝对权力在世俗社会中的胜利。”^{[1]203}然而,这种中央集权的胜利是比较脆弱的,因为一旦以新兴资产阶级为主角的、日益自由化的近代市民社会,发觉王国背离公共秩序、普遍公道和共同利益护卫的承诺,就会起来反抗甚至摧毁它,何况王权集权化进程是与市民社会自由追求进程相伴的。因此,就展开了两个取向共生共进的历史运动,即一个是市民社会力图使国家权力复归其公共权力的本来面目,另一个是面对公共权力的滥用和扩张而维护和保障其自由权利。正是在这种权力与权利的界分与冲突中,确立了近代法治精神与原则。

(一) 人民主权对公共权力的契约性复归和统治合法性的确立

在西欧的政治传统结构中,议会与王权占据十分重要的地位。但是,议会总体上仍是受控于王权的,尤其是在16—17世纪的专制主义时代。然而,从12世纪起,就已经有“对于践踏法律的人,法律应当拿起武器反对他,对于努力使公共权力形同虚设的人,公共权力将狂猛地反对他”的理论主张。^{[10]343}在等级会议不断制度化并向议会转化的过程中,“等级之间及等级与王权的竞争鼓励人们制定一种更为明确、更为公开的法律,以此规定各个等级的权利和义务。对各方来说,日益重要的是确认王室权威终止的领域及超政治的基本法开始发挥约束力的领域。如果国家尚无规定这些限定,各方应制定一个社会契约,用以确定全国性政府的结构及其限度。”^{[11]153}随着近代商品经济的迅速发展,市民社会力量日益增长,新贵族和市民阶级演变为新兴资产阶级并成为议会的主角,他们通过持续的议会斗

争来争取其自由民主权利,最终在启蒙运动的推动下,爆发了开启新纪元的资产阶级市民社会革命。这样,在民主契约的价值原则下确立了人民主权,使国家权力在形式上恢复其公共属性,并服从和服务于市民社会的私人利益和私人权利的需要,国家权力合法性也由上帝神谕而移至民众手中,这就“结束了人类分成统治者和被统治者是由神注定的这种观念。人们不再认为政治高于人民,也不再认为人民在政府之下”,而把参与政治“看作是自己固有的权利”。^{〔12〕322}而代表市民社会要求的议会,则“从主要为发现法律而存在的机构发展为创制法律的机构”,^{〔13〕236}而且,“人民应受法律的统治;判决只有凭借对滥用权力负有责任的这样一些法律来实施,在此,这些被进一步解释成,一切涉及这个国家所有自由人们的生活、自由和财产的诉讼,均应以该国家的法律为依据;议会不应该干涉正常的行政管理或是法律的执行,因为法律只是权力的原则部分,正如以往的议会一样,议会的职能是规定人民的自由以反对政府的专断。”^{〔13〕253}因此,这就要求国家权力服从法律,依法行事,以确保其来源和运行的合法性,使“国王和人民都受为人所知的法律的管制”。^{〔14〕30}这样,法律就由上帝理性转化为对自由、平等、人权和正义的追求,并具有了普遍有效性,法的统治、法律至上的治国精神与原则也就得以逐步确立。

(二) 市民社会权利主张、公权力分立制约对良法之治的诉求

恢复公权力的本来面目,只是市民社会要求国家权力服从服务于市民社会权利的基础和前提,它只解决了公权力的性质问题。要有效控制权力的扩张性和腐化性,还必须以社会权利对公权力的范围进行厘定,并对公权力进行分立和规制。因此,近代西欧议会斗争与革命的另一向度,则是市民社会的多元权利主张、保障和公权力的分立制约。早在15世纪的文艺复兴城市,人们就已经能够通过教堂、市政厅及集市广场等建筑布局,“分辨出司法行政权、宗教和经济权的存在”。^{〔15〕2}随着城市和商业的进一步发展,新贵族和市民阶级逐渐成为议会中举足轻重的力量,他们“在保持和获得其摆脱君主及其官僚助手的独立性方面的成功”,对法律秩序的问世具有“决定性意义”。^{〔11〕63}在议会与王权的斗争中,他们主张和捍卫其自由及财产权利。尤其在英国,“每当问题涉及捍卫私人权益、家庭或公民的利益时,也就是说个人的自由权时,下议院就坚韧不拔地完成职责,从而建立起许多构成英国宪法基础的原则。”^①1610年下议院著名的请愿就郑重宣称:在英国臣民的所有传统权利中,“没有一项权利比这项权利赋予他们更宝贵及更有价值的东西,(即)以确定无疑的法律统治为指南,并由被其支配、而不是受那种不确定的、

① 下议院从产生时起,就以中小贵族和市民为主体,后来逐渐为新兴资产阶级所控制,成为近代市民社会权利和利益要求的代表。参见〔1〕206。

专断的统治形式支配。因为,前者给予下议院领袖及其议员们以本该属于他们的权利。……正是从这一根据中产生了这个王国的人民无可置疑的权利,除了由这个国家的普通法或是议员们共同投票赞成的规章规定的惩罚之外,他们不受任何扩大到他们的生活、他们的土地、他们的身体或他们的财产上的其他任何惩罚。”^{〔13〕249}同时,律师与新兴资产阶级结盟,开始对英国法律意识形态加以改造,“其目的是在于剥夺君主特权、限制政府职权使之充当经济自由和政治自由的保护者”。^{〔16〕249}以维护市民社会自由自主权利,并置国家权力于市民社会权利之下。随之而来的,受洛克、孟德斯鸠、卢梭、潘恩等人思想理论所鼓舞的17—18世纪英美法资产阶级市民社会革命,确立了议会主权地位,颁布了一系列重要的权利法案,^①并进一步在使所有世俗权力当局服从人民意志之后,又在人民意志周围设下一些限制,使议会立法权力旨在“颁布法律和确定规则,作为保护社会全体成员财产的壁垒,以便节制权力与缓和对这个社会的每一个阶层和每一位成员的统治”。^{〔13〕269,256}以防止议会与国王一样专断,保障自由和权利,并为自由起见,要求“政府大可放下一切职能,只须保留国防,维护国内外交通体系和维护治安等功能就够了。”^{〔16〕256}从而使“国家向它的具有完全不同私人利益的公民提供追求框架”。^{〔17〕96}并开始缓慢和稳定地传播。孟德斯鸠继承了前人的分权思想,建构了“要防止滥用权力,就必须以权力约束权力”的完整的三权分立与制衡理论。^{〔18〕154}这一理论在美国革命进程中付诸实践并获得了进一步发展。立法机构受到司法审查的限制,从而使法院成为一道通不过的防波堤,“防止立法机关或行政机关的任何揽权行为对于任何宪法中由权利宣言规定的权利的侵犯,它们会自然而然地加以抵抗”。^{〔13〕287}受启蒙思想家的分权学说及英美革命的影响,法、德等大陆国家在经过议会斗争和革命后,也相继建立起权力分立的政治体制,并倡导“法治”或力图建立“法治国家”。虽然受卢梭“人民主权”思想和法、德社会状况及历史传统的影响,其行政权力的地位十分突出甚至有扩张之势,但应运而生的行政法院,对制约行政权力和保护公民权利则产生了重要作用。以致一些西方学者不无夸张地指出,“它现在给予公民的保护,使他不受行政当局酌情裁量行为的侵犯,其保护之周到,比当代英国所能做到的更有过之而无不及”。^{〔13〕304}这样,通过议会斗争及资产阶级革命中的市民社会权利主张、保障和对公权力的分立制约,使公权力服从服务于市民社会权利的要求,并只能在必要的、为权利实现所需要的、十分有限的范围内行使。从而以市民社会权利来勘定、制约国家权力,以权力分立原则制衡国家权力,进而确保市民社会权利免受国家权力的肆意侵犯,保障多元

① 西方史家指出,英国光荣革命“维护了议会政府的原则,维护了法治,乃至维护了反对暴政的造反权利”。〔7〕230 它成为资产阶级市民社会革命中权利要求和权利斗争的先锋与布道者。

广泛的市民社会权利和自由。这一进程始终以且只能以对宪法和法律的诉求而获得制度化、规范化和现实保障的,“正是法律的普遍性确立了公民在形式上的平等,从而保护他们使其免受政府的任意监护之害。为了确保普遍性,行政必须与立法相分离;而为了确保一致性,审判必然与行政相分离。实际上,这两个分离恰恰是法治理想的核心。由于它们,法律制度应该成为社会组织的平衡器”,^{[11]47}同时,以分权为基础的宪法制度有一个前提,即对“真正意义上的法律”和“立法机关颁布的、并非普遍性规则的东西”加以明确区分,^{[13]289}从而要求普遍有效性的良法之治,诚如哈林顿所言,一个市民社会得以在共同权利或共同利益基础上建立和维持的方式,是法治而非人治。^①

(三) 市民社会权利保护与法律程序的理性化

有西方学者指出,欧洲人的习惯两次演化为理性的法律制度——罗马法和普通法。^{[19]绪论1}虽然有柯克关于英国“老田生新谷”和狄德罗关于法国“旧偶像倒塌”的法律发展隐喻,^{[16]262-263}但是,他们忽略了英法法律发展都离不开资产阶级市民社会历史演进这一极为重要的历史事实。而中世纪后期开始的市民社会自由化和权利保护运动,则有力地推进了西方法律程序的理性化。在英国,虽然有强大的中央集权,但地方法院曾掌握在领主手中,它们无力解决镇压叛乱、执行判决甚至土地所有权纠纷,诉讼程序和证据法也是简朴而非理性的,于是“人们把获得强有力和迅速的救济希望寄托于皇室法院”^{[20]243},这就促进了程序优先于权利的令状制度和统一的普通法的形成。渐渐地,“在同专制王权的斗争中,普通法成为议会政党手中的强大武器,因为普通法在长期的历史发展中,形成了某种韧性,它的繁琐的和形式主义的技术,使得它能够顽强地抵制住来自上级的进攻。自那时起,英国人便把普通法看作基本自由的保障,用它保护公民的权利,对抗专制权力的肆虐”。^{[21]355}普通法遂成为理性的体现,并需保持其连续性。^②而衡平法最初是基于弥补普通法的机械令状制而出现的,同时也是“从神明裁判向具有理性的人的裁判进行转变的结果”。^{[19]绪论6}但衡平法院随后却发展成了王室特权法院,遂与普通法院发生冲突。普通法对衡平法的胜利,在一定意义上乃是权利对权力的胜利。另外,商人曾支持用王室权力创设特别法庭,来将基于民法的理性化法规推行于经商和海运,以致“都铎王朝制度曾被用作资产阶级打退封建势力顽抗的铁锤,但契约性经济关系的广泛扩展,以及产权关系在宗教改革的解决中获得的保

① 参见[英]詹姆士·哈林顿:《大洋国》,何新译,商务印书馆1996年版,第6页。另见[13]244。

② 英国御座法院首席法官柯克曾撰著《英国法总论》(1628—1641),力图使普通法现代化并适应16—17世纪英国的社会生活,倡导议会和普通法至上,并强调法律的生命在于理性。普通法是理性的体现,它应不断改变但又要保持其连续性。参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第216~217页。

护,意味着1600年以后已不再需要都铎式制度了”。^{[16]256}于是普通律师与商人联盟展开了限制王权特权,保护贸易、财产及自由权利的司法改革斗争,并发动了一场不仅反对高级调查团和皇室法院,而且也反对普通法庭之外一切司法机构的运动,宣布普通法庭有权制止教会和特权法庭的诉讼程序,并随即使君权法庭被取消。这样,“建立新刑事诉讼程序的道路打通了,民众对起诉和定罪过程的监督因此可以成为制度,作证方式也将更合理化。确立大陪审团制度、重申小陪审团的独立性、严格尊重与证人对质的权利,这些乃是三项重要改革”。同时,“传闻证据否定法”作为一项制度也“成为一种新的、合理的法庭诉讼程序基础”。^{[16]256-257,260}这些新的、合理化的诉讼程序不仅能有效地限制封建权力和保障社会权利,而且也为民权社会权利之间的平等保护、法律的公平适用提供了必要和可能。1688年光荣革命后,英国对其法律又进行了重大改革,私法得到快速发展,种种诉讼程序得到革新、重申和保护。尽管还存在中世纪的传统遗迹,但是,它已成为名副其实的资本主义法律,满足了当时市民社会权利平等保护和社会安全与秩序对法律程序理性化的需要。

在大陆国家,法律程序的理性化则是与罗马法的复兴紧密联系在一起。而罗马法复兴正是对当时商品经济发展、新兴资本主义成长、市民阶级权利和利益要求,以及君主权力扩张的反应。为保护市民平等权利,在城市首先开始了废除决斗等非理性的取证手段、确立理性法和建立一种特殊的城市诉讼程序的运动。^{[22]610}而接着受罗马法复兴思潮的影响,教会法开始强调理性和良心。1215年第四次拉特朗主教会议,也决定禁止教士参与求助于神意裁判或上帝判决的诉讼程序,这也就排除了此前诉讼求助于超自然力量的不合理证据制度。因此,以教会法为榜样的,一种新的、较合理的、也较复杂的书面而非口头诉讼程序,在欧洲大陆各国逐渐被采用了。它不仅引起了司法组织深刻而有决定性的变革,也为社会受法律支配观念的确立和法的统治开辟了道路。^①在此后的罗马法复兴过程中,地方习惯法、教会法、商法与罗马法互相竞争和渗透,但最终还是导致了欧洲大陆对被视为“成文的理性”的罗马法的接受,这样,“已经被认可的罗马法发展成了获得解放的市民社会的法律”。^{[23]86}罗马法的突出特点是重私法、重实质,也即注重确定个人间的权利和义务,但诉讼程序也十分重要。因为按罗马法观念,诉权是对权利的保障,甚至认为“先有诉权而后才能谈到权利”。^{[24]855}欧洲大陆对罗马法接受的同时,也对其进行了“理性的过滤”和改造,^{[25]22}出于适应贸易和经济

① 参见[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46页。当然,第四次拉特朗主教会议对英国也有很大影响,它导致英国对陪审制度的倍加重视和最有效地利用。参见[20]245。

发展的需要,满足新贵族和市民阶级的权利平等保护要求及扼制封建司法特权的滥用和非理性化的需要,公开审理、言词辩论、自由公证等诉讼原则得到重申和发扬。正是“由世俗和宗教两方面都进行的诉讼的双重合理化,蔓延到整个西方的世界”,^{[22]722}法律规则的至上性和市民社会的普遍规则秩序观念得以逐步确立。经过17—18世纪资产阶级革命及欧陆的法典编纂活动,最终形成了资本主义法律原则和制度,把权利和权力、权利和义务都纳入法律有效规则的框架之中,从而推动了近代法律秩序的建立。

(四) 市民社会精神的张扬与法律形式化运动

随着城市市民社会的逐步形成,“一种新的精神面貌由此形成,这大致上正是仍在彷徨中的西方早期资本主义的精神面貌,包括一整套规则,一系列可能性和计算,同时又代表一种生活和致富的艺术”,^{[26]609}在相当程度上,这些城市对外是摆脱封建束缚而自主自治的,对内则是摒弃封建等级而自由平等的,从而孕育了民主参与、自由平等、权利和契约、法律和秩序等思想观念,富有了一定的自由理性精神和历史意识。这种观念、精神和意识体现在城市法上,就是其“共有特征”、“世俗特征”、“宪法特征”及“发展能力”。而为满足贸易发展和商人阶级需要而出现的商法,则是“典型的资本主义法”。^{[10]475,407,479-481,424}这些法律建构了自己独特的内容和体系,并确立了理性审判程序,从而开始了法律形式化运动。

其次,“3R”运动推动了市民阶级法律意识形态的传播和发展。罗马法复兴的真谛并不在罗马法本身,而在于它以它为承载而体现出来的时代要求。罗马法精神的核心是私法精神,^[27]其市民法和万民法包含对自由民在法律面前平等、遗嘱自由、财产私有等市民社会私权利的确认、契约自由和衡平原则的肯定及法律理性化倾向,这正与中世纪城市市民社会精神相吻合,“因为在罗马法中,凡是中世纪后期的市民阶级还在不自觉地追求的东西,都已经有了现成的”。^{[28]454}而按时代需要对罗马法精神与原则进行改造,进而构建新型理性的、形式主义的法律法规体系,恰是城市市民社会发展并突破其城墙而向全社会扩张过程中所要求的。文艺复兴对个人和社会的影响,则突出表现在对人的价值和尊严的充分肯定上,并“呈现一种新的市民意识即社会责任感”,^①而对人的价值和尊严的坚持的力量是太大了,“它们一旦被恢复和重新提出,就无法加以永远的控制”。^{[29]67}进而成为自由理性的近代市民社会精神的重要源泉。它与罗马法复兴运动相汇流,不仅加速了罗马法的传播和接受,也为市民阶级的法意识、法观念注入了人文精神及理性

① [7]68 一些历史学家就曾认为,现代国家制度的起因可以追溯到文艺复兴时代的意大利。因为像米兰、佛罗伦萨、威尼斯等国家是世俗性的,他们强调公民的责任、忠诚和关心公共福利。他们发展了一个强烈的信念,即国家的目的是促进它本身的利益。参见[5]125。