

西方犯罪行为的扩张及司法化

——基于梅因《古代法》第十章的阐释

王钰泽

澳门科技大学法学院, 澳门

收稿日期: 2023年11月13日; 录用日期: 2023年12月7日; 发布日期: 2023年12月20日

摘要

西方古代犯罪行为仅指侵害国家利益的行为, 以类似于立法活动的特殊审判来惩罚, 隶属于立法机构的刑事审问处是一个典型代表。侵害个人利益行为称为不法行为, 具有侵权行为特质, 通过赔偿金来解决。在封建统治者和宗教势力干预下, 西方犯罪行为的审判权被集中于君主, 作为常设审判机构的刑事法院开始出现, 西方犯罪行为的范围逐步扩张至侵害个人利益行为, 西方犯罪行为的审判由立法权过渡至司法权。

关键词

西方犯罪行为, 犯罪行为, 不法行为

The Expansion and Judicialization of Western Criminal Behavior

—An Interpretation Based on the Chapter 10 of Henry Maine's *Ancient Law*

Yuze Wang

School of Law, Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Nov. 13th, 2023; accepted: Dec. 7th, 2023; published: Dec. 20th, 2023

Abstract

In ancient West, crime only referred to behavior that infringed on national interests. In ancient Western societies, a distinctive form of judicial proceedings resembling legislative activities was employed to address criminal offenses. Quaestio, under the jurisdiction of legislative bodies, serves

as a representative example. Acts that infringe upon individual interests are referred to as wrongful conduct, characterized by tortious acts, and are typically resolved through the payment of damages. With the intervention of feudal rulers and religious forces, the judicial power of crime was concentrated in the monarch. The Criminal Court, as a permanent judicial body, begins to emerge. The scope of Western crime gradually included behavior that infringed on personal interests. Conducting trials in the West thus transitioned from legislative power to judicial power.

Keywords

Western Criminal Behavior, Criminal Behavior, Wrongful Behavior

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

《古代法》是亨利·詹姆斯·萨姆纳·梅因(Henry James Sumner Maine, 1822~1888)出版于 1861 年的著作, 笔者阅读的是郭亮根据亨利·霍尔特出版公司 1906 年版译出的汉译版本, 属于梅因于 1884 年更新的第 10 版《古代法》。对梅因《古代法》既有研究进行简要综述可知, 既有对梅因《古代法》的研究集中在《古代法》第 5 章: 何兆武教授重点对梅因《古代法》第 5 章进行研究, 何兆武教授强调梅因《古代法》“之所以独为擅场, 则端赖书中第 5 章结尾那句脍炙人口、传诵不衰的名句: 迄今为止, 一切进步性社会的运动, 都是一场‘从身份到契约’的运动。他就以这样一句话, 概括了人类的文明史”; [1]梁治平教授重点对梅因《古代法》第 5 章进行研究, 梁治平教授强调“‘从身份到契约’一句, 久为人知, 已经成为一个著名的社会进步公式”; [2]蒋先福教授重点对梅因《古代法》第 5 章进行研究, 蒋先福教授强调“梅因在其代表作《古代法》一书中, 以一句‘从身份到契约’的结论来概括西方近代法治国的起源和发展”; [3]张金海教授重点对梅因《古代法》第 5 章进行研究, 张金海教授强调梅因《古代法》第 5 章中从身份到契约是被人们津津乐道的命题; [4]时亮博士重点对梅因《古代法》第 5 章进行研究, 时亮博士强调梅因《古代法》第 5 章中从身份到契约是梅因《古代法》提出的著名论断, 梅因《古代法》第 5 章“几乎可以独立成篇” [5]。不过, 相较相对热门的梅因《古代法》第 5 章, 相对冷门的梅因《古代法》第 10 章同样具备重要研究价值, 梅因《古代法》第 10 章“不法行为与犯罪行为之远史”中对西方犯罪行为演变的观察值得阐释, 此乃本文研究重点。本文重点对梅因《古代法》第 10 章“不法行为与犯罪行为之远史”进行阐释, 核心反映西方犯罪行为演变过程中的扩张化现象和西方犯罪行为演变过程中的司法化趋向。

2. 西方犯罪行为的源起

2.1. 刑重民轻: 社会关系的稚弱与契约精神的缺失

梅因认为“已知的古代法之大全有别于成熟法的体系, 因它们都有一个特点, 即刑民之比大异。” [6]在西方古代法中, 刑法重要性超过民法。梅因在分析西方古代法中刑法重要性超过民法的原因时, 赞同已有的相关解释, 即在法律刚刚开始以成文法的形式出现的时期, 人们更多的还是崇尚武力, 还存在野蛮人一面, 工作属性也存在更多暴力面。

但梅因认为通过尚武与暴力来解释刑重民轻并非周全之举, 梅因进一步认为西方古代法中刑法重要

性超过民法还存有两点原因。第一，西方古代法中刑法重要性之所以超过民法，同社会关系的状态存在直接关联。如果社会关系的状态稚弱，那么涉及到民法中人法的内容只能是身份法，而如果各种身份都被一种家长权式的权利笼罩，那么民法中人法可以涉及到的范围就会很小，例如妻子的权利被丈夫的权利所涵盖，亦或儿子的权利被父亲的权利大部分控制。与民法中人法方面类似的是，如果社会关系的状态稚弱，那么民法中物权法和继承法涉及到的范围也偏小，可以说只要社会关系主要在以家为单位的空间内流转和分配，民法涉及范围偏小就难以避免。第二，西方古代法中契约精神的缺失对民法影响更大。由于社会关系中充满暴力，契约精神的缺位对刑法影响较小。

2.2. 国家与个人：犯罪行为与不法行为分离

梅因认为西方古代比现代更加重视刑法，但紧接着梅因又进行一系列反思，梅因反思的核心问题在于西方古代诸多所谓刑事方面内容是不是现代意义上的刑法？梅因不认为西方古代诸多所谓刑事方面内容是现代意义上的刑法。梅因认为文明社会的法统总是区分针对国家的侵害行为和针对个人的侵害行为，针对国家的侵害行为叫犯罪行为，针对个人的侵害行为叫不法行为。西方古代刑法不涉及犯罪行为。西方古代刑法只是针对个人侵害行为的法，西方古代刑法仅仅同不法行为有关，亦可以说西方古代刑法是一种侵权行为法，西方古代刑法最大特点在于当个人受到人身侵害时会依民事诉讼程序状告不法行为人，且依损害程度向被侵害人给付金钱赔偿。以盗窃为例，现代社会认为盗窃是犯罪行为，而在罗马法中，以《十二表法》为代表，仅认为盗窃是不法行为、侵权行为，即盗窃不是犯罪行为，盗窃侵犯的只是个人而非国家，可以通过金钱的赔偿来作为了结。除盗窃外，罗马法学家还将企图伤害、暴力抢劫、侵害他人财产、诽谤等针对个人的侵害行为以通过金钱赔偿的方式来作为了结。类似规定也出现在日耳曼人各族的法及盎格鲁-撒克逊法。在日耳曼人各族的法中，杀人行为和轻微伤害虽程度有别，但无论杀人行为还是轻微伤害都是针对个人的侵害行为，故大多情况下皆可以赔钱了事。在盎格鲁-撒克逊法中，不同阶层的自由人有不同的命价，不仅仅是生命，针对个人的侵害行为导致的身体的每一处伤口都有相应的金钱赔偿额。由此可见，对于个人遭受的侵害行为，在作为法稚弱期的西方古代法中仅当作一种不法行为、侵权行为，人们所能仰仗的是侵权行为法而非现代意义上的刑法。

2.3. 国家与个人：犯罪行为与不法行为的区别对待

2.3.1. 通过“立法”模式惩治犯罪行为

西方古代法通过“立法”模式惩治犯罪行为，此即当遇到针对国家的犯罪行为时，西方古代法通过的是以针对该行为的额外的特别立法来进行惩戒，这便是西方最早的犯罪行为。这带来的问题在于国家就是审判机构，同时没有对各种具体的犯罪行为进行类型化分类，当然这也都是由额外的特别立法所导致，亦即在审理一项针对国家的犯罪活动时的内容同进行立法活动时的内容相一致。值得注意的是，在西方，即便已逐步有一般性刑法，或者是已经设立了普通的刑事审判庭，但人们还是更愿意通过额外的特别立法来惩治针对国家的犯罪行为。

2.3.2. 据被受害人可能的报复力度来区分不法行为

在西方古代刑法中，赔偿金数额的认定同被受害人可能使用的报复手段存在关联，如果侵害人的侵害行为被抓了现行，那么其所遭受的惩罚力度要大于在结束侵害行为以后才被抓获的情况。例如罗马《十二表法》中对盗窃行为的处罚规定，如果正在盗窃时被抓获，若是奴隶将被直接处死，若是自由人将被发配给物主做奴隶，但如不是正在盗窃时被抓获的，即不是现行犯，则双倍赔偿物价即可。由此可见，对于古代西方的立法者来说，其认为如果是现行犯，则物主必定十分气愤，报复盗窃者的力度定当很大，而若是非现行犯，物主的情绪已经逐渐平稳，对盗窃者的报复力度也会随之减小，所以才有此种规定。

据被侵害人可能的报复力度来区分不法行为在盎格鲁-撒克逊法和其他日耳曼分支中都得到类似的显现，如物主可以杀死现行盗窃犯，但是如果物主杀死了非现行盗窃犯，则其同样也会被处以极刑。据被侵害人可能的报复力度来区分不法行为在西方现代法中的变化体现于现代法尽可能地避免制定这方面的实在法性质的规定，如法兰西的陪审团可以对侵害行为的从轻情节之有无进行认定，英格兰法官可以在法定刑范围内自由挑选刑罚力度。梅因认为西方现代法在这方面同西方古代法的差别在于被侵害人是否有权对侵害人实施不必要的报复，尤其是被侵害人对被抓现行的侵害人实施不必要的报复，即这种报复不是为了制止不法侵害，而是处于对侵害人行为的憎恨。显然，西方古代法强调被侵害人有权对侵害人实施不必要的报复，而这在西方现代立法中已难觅踪迹。不过在部分国家的现代法中，仍存有被侵害人可以通过对报复侵害人的原因的进行答辩的方式进行正名的程序，梅因认为这种程序不合理，“是一种建立在低度道德感基础上的(对被侵害人之报复恶行的)纵容。” [6]。

2.3.3. 不法行为审判权的行使参照民事仲裁模式

还需指出，西方古代法不法行为审判权的行使类似于民事仲裁的模式。梅因反对将国家受害的观念使用在西方古代法的研究中，梅因认为国家受害思想似乎在西方古代法中没有得以显现，或者在西方古代法中并没有显得那么重要。在论证这一观点的过程中，梅因使用了罗马法中的誓金制度，这属于一种极为古老的司法程序，即在裁判官作出裁判前会要求原告和被告各出一笔钱作为誓金，而誓金通常将充入国库。在西方古代法中类似的还有，争执双方请一人作为裁判官进行仲裁的时候，输家要在原责任基础上支付给仲裁人一笔钱作为对他工作的酬谢。梅因进一步陈述了荷马史诗《伊利亚特》中的誓金制度，即便国家已经认识到自己是受害人，但也并没有从被告身上收取补偿，而是从被告补偿原告的赔偿款中抽取一部分作为国家审理过程中应当得到的金钱。可见西方古代法不法行为审判权的行使类似于民事仲裁模式。

3. 西方犯罪行为的发展

3.1. 从立法权审判犯罪行为到司法权审判犯罪行为的趋向

在古希腊雅典城邦的刑法中，对犯罪行为的惩罚权先是属于执政官，后逐渐归属于公民大会，古罗马也相似，都没有专门从事刑事审判的机构。但是，“民众大会似乎从远古时代便偶尔将刑事审判权授予刑事审问处，” [6]而刑事审问处此时仅是针对某一个特定的犯罪行为而临时设立的，若有多个针对国家的犯罪行为，则会设立多个刑事审问处。梅因认为直到公元前 149 年颁布的《公职官员敲诈勒索审判法》才使得西方针对特定犯罪行为的刑事审问处模式出现变革，此即公元前 149 年颁布的《公职官员敲诈勒索审判法》导致西方出现现代意义上的刑法，这不仅仅因为公元前 149 年颁布的《公职官员敲诈勒索审判法》是制定法，更因为公元前 149 年颁布的《公职官员敲诈勒索审判法》创立了一种常设刑事法庭，《公职官员敲诈勒索审判法》创立的常设刑事法庭行使的是具有一般性质的刑事审判权。西方针对特定犯罪行为的刑事审问处之设立是立法权审判犯罪行为，西方针对特定犯罪行为的刑事审问处之变革意味着逐步开始由司法权审判犯罪行为。

3.2. 罗马共和国废除针对犯罪行为的死刑并非利好于自身

罗马共和国时期曾废除针对犯罪行为的死刑，梅因认为“这一废除不过是因缘际会。” [6]罗马共和国废除针对犯罪行为的死刑主要是由于公民大会中的库里亚大会和特里布大会无权判罚死刑，因为“就城郭之内的罗马公民而言，其人身权由宗教和法律所赋，” [6]但对罗马共和国来说，废除针对犯罪行为的死刑并非如同今人来说般利好，梅因认为“在文明进程的特定阶段，死刑制度也是社会的必要手段。” [6]罗马共和国废除针对犯罪行为的死刑使得杀人偿命的观念和刑罚的威慑力被削减，罗马共和国废除针

对犯罪行为的死刑对一个发展较为落后、暴力程度较高的社会所造成的影响是巨大的，并且不是朝着有利于社会稳定发展的方向，“群众正渴望报复，却无报复之出路，便聚而施暴，而就是出于这么一个简单的原因，他们正式搁置了整个法统。” [6]。

3.3. 立法权审判犯罪行为仍深入人心

梅因认为西方古代刑法的发展拥有四个相对独立的阶段。第一个阶段表现为犯罪行为同不法行为之差异在于犯罪行为意味着是对国家的侵害，这显现为国家自己为自己复仇，公民大会对每一个侵害的审判都是特别设置的，其过程更是同立法活动别无二致。第二个阶段的背景是同一种犯罪行为变得多发起来，公民大会被迫将该审判权授权给公民大会下设的刑事审问处。第三个阶段意味着这种刑事审问制度变为常设性质，不再等到犯罪行为发生后才设立刑事审问处。第四个阶段是这种常设的刑事审问处逐步变为一种常设的法院，并且开始适用特定的规则及言语来表述和惩戒犯罪行为。

在西方历史进程中，封建帝制摧毁了作为刑事常设机构的常设刑事法庭，不过即便是在作为刑事常设机构的常设刑事法庭存续期间，罗马公民仍旧认为对犯罪行为的认定应当归属于立法机构，作为刑事常设机构的常设刑事法庭仅是民众大会的一种职能授权。这种观念导致即便存在作为刑事常设机构的常设刑事法庭，但公民大会依旧行使刑事管辖权，每当某一犯罪行为导致群情激奋时，实际审判者往往都是作为立法机构公民大会。

4. 西方犯罪行为的变动

4.1. 犯罪行为分类的随意性与多次处罚性导致变动的需求

在西方历史进程中，每一个刑事审问处的创设往往伴有某一时期的社会动荡，动荡的社会导致出现了为数不少的国家的犯罪行为，为数不少的国家的犯罪行为往往不是一个种类的，不同种类的危害国家的犯罪行为导致几十个刑事审问处并存，几十个刑事审问处意味着几十部制定法，不过几十部制定法间往往不存有任何共同准则与关联，几十部制定法间也没有合并迹象。众多的刑事审问处与制定法使得犯罪嫌疑人可能被多个刑事审问处质控，犯罪嫌疑人往往在一个刑事审问处被判无罪后又要到另一个刑事审问处继续接受审判，梅因由此怀疑到刑事审问处到底是不是一个矫正犯罪的机构？亦或者刑事审问处根本就是一个既得利益集团的工具？梅因更赞同刑事审问处是既得利益集团的工具，因为以罗马人对法的认识，若刑事审问处不是既得利益集团的工具则刑事审问处制度早已无法存续。罗马共和时期多个刑事审问处皆可以争相主张拥有管辖权的现象在罗马帝制时代被废弃，但罗马帝制时代仍旧没有解决对犯罪行为肆意分类的现象，罗马帝制时代对犯罪行为的分类往往是根据是否归同一个委员会管辖，而非根据罪名与罪状。西方犯罪行为分类的随意性与犯罪行为的多次处罚性导致西方犯罪行为产生变动之需求。

4.2. 特别犯罪行为的出现为犯罪行为与不法行为划清界限

至罗马帝国时代，奥古斯都大帝时期完全没有了刑事审问处，罗马开始拥有较为周全的刑事制度。罗马较为周全的刑事制度表现为不法行为开始向犯罪行为逐步转化，不法行为向犯罪行为的逐步转化在奥古斯都大帝时期并不完整，奥古斯都大帝时期仍存有将犯罪行为视为可以用金钱完全弥补的不法行为。梅因提到，直到后世的某个无法查证的时期，特别犯罪行为概念的出现，才使得犯罪行为完全具有了刑法上的可罚性意义。在这一过程中，越来越多的主流观点开始认为如果受害者乐意的话，完全可以通过特别犯罪行为对侵害人施加刑罚，“自世人首次意识到这种特别犯罪行为之时而始，罗马帝国的犯罪行为为名目才与现代国家一般长短。” [6]。

4.3. 君主对犯罪行为审判权的垄断

4.3.1. 君主是审判犯罪行为之源观念的确立

罗马帝国时期中央集权的逐步加强使得针对犯罪行为的真正的刑事审判权被君主控制，君主将针对犯罪行为的审判权和惩罚权牢牢控制在自己手中，以致自由之国的幻想渐渐消散。君主对犯罪行为审判权和惩罚权的控制导致观念领域发生根本改变，君主对犯罪行为审判权和惩罚权的控制所产生的观念转变反映在从罗马帝国初期的国家应当亲自报复犯罪行为转变为“君主是黎民之代表，他受权于民而以特殊的方式得享刑事审判权，”^[6]君主对犯罪行为审判权和惩罚权的控制产生的观念转变导致西方形成唯有君主才具刑事审判权之思维模式。

梅因认为西方大多数民族的古代法仍旧残存着对犯罪行为的惩罚应当由立法机构来完成的观念，但推动西方古代刑法抛弃对犯罪行为的惩罚应当由立法机构来完成的观念的原因在于罗马帝国的中央集权，罗马帝国的中央集权导致立法、审判和惩罚等权力均向君主靠拢，“至封建时代，君王再脆弱，也具社会守护人和国家代表人的气派。”^[6]此外还有宗教原因，教会拥有足够影响力。梅因进一步阐述到，在帝制的封建统治下，各个级别的统治者类似于罗马共和时期的各级官员，值得注意的是，封建统治者和教会所惩罚的犯罪行为存在差异，例如违反“摩西十诫”中的行为由封建统治者来惩罚，但如通奸行为则是由教会来进行惩罚，亦存在封建统治者和教会双方联手惩罚犯罪行为的情况。但这并不影响君主是审判犯罪行为之源观念的确立。

4.3.2. 教会对君主是审判犯罪行为之源观念的巩固

梅因在《古代法》第10章结尾引用肯布尔《盎格鲁-撒克逊人》中关于刑事审判权归属的观点，提及罗马王权法中针对背弃皇帝者以豁免的规定，罗马王权法中豁免背弃皇帝者的规定使得人们更加信奉于耶稣。不过中世纪教会基于耶稣教诲的怜悯之心，虽然要求大多数犯罪行为可以使用赎罪金代替，但诸如逆君之罪却不可以使用赎罪金代替，因为中世纪教会强调耶稣要求人们对君主的敬爱要像和敬爱他自己一样，所以对逆君者不可以有怜悯之心。可见，中世纪教会虽然想方设法保留教会对犯罪行为的审判权，但教会仍力主帮助封建统治着巩固君主对犯罪行为的审判权。教会不仅不影响君主是审判犯罪行为之源观念的确立，亦对君主是审判犯罪行为之源观念的巩固作出贡献。

5. 结语

1764年贝卡利亚出版了《论犯罪与刑罚》，刑法学开始步入人们视野，在之后漫长的岁月中，产生了刑事古典学派与刑事实证学派，时光进入1905年，后期古典学派代表人贝林在第三版《刑法纲要》正式开始使用构成要件概念。而《古代法》由梅因出版于1861年，彼时尚未有明确的构成要件概念，梅因对西方犯罪行为演变的观察主要来自古希腊、罗马王国、罗马共和及罗马帝国时期的文献，梅因对西方犯罪行为演变的观察也包括日耳曼人法和其中的英国本土盎格鲁-撒克逊法。

在西方古代法中，刑法较之民法更为重要，但针对个人的犯罪并不被称为犯罪行为，而被认为是带有侵权性质的不法行为，可以使用赔偿金来解决，针对国家的犯罪行为则是使用类似立法的方式进行审判。在西方犯罪行为演变过程中，开始出现刑事审问处，但刑事审问处仍隶属于立法机构，直至特别犯罪行为概念的确立，才使得刑法与侵权行为之间出现一种相对清晰的界限。西方中央集权的帝制使得司法权力向封建统治者一人倾斜，使得作为审判机构的常设的刑事法院得以出现，西方犯罪行为也开始出现变动。

梅因对西方犯罪行为演变的观察贯彻了梅因法律演化工具理论的思路，梅因自独立于犯罪行为之外的不法行为开始说起，一直到中世纪封建统治者和宗教控制下的犯罪行为，客观解读了西方犯罪行为的

发展脉络。但也不得不提及，由于《古代法》出版时刑法学中构成要件理论尚未诞生，梅因无法从犯罪论体系的视角来研讨西方犯罪行为的发展脉络。在历经 20 世纪刑法学理论较为快速地发展后，笔者使用今天之眼光，来阐释与评析梅因对西方犯罪行为演变的观察，亦能看到随着犯罪行为的审判权向君主集中，西方犯罪行为之范围逐步囊括侵害个人利益行为，西方犯罪行为之审判由立法权向司法权过渡的总体发展走向。这便是西方犯罪行为演变过程中的扩张化现象和西方犯罪行为演变过程中的司法化趋向。

参考文献

- [1] 何兆武. 从身份到契约——梅因《古代法》读后感[J]. 读书, 1991(8): 4-5.
- [2] 梁治平. “从身份到契约”: 社会关系的革命——读梅因《古代法》随想[J]. 读书, 1986(6): 23.
- [3] 蒋先福. 近代法治国的历史再现——梅因“从身份到契约”论断新论[J]. 法制与社会发展, 2000(2): 1-7.
- [4] 张金海. 重思“从身份到契约”命题[J]. 云南大学学报(法学版), 2006, 19(2): 72-77.
- [5] 时亮. “从身份到契约”: 梅因说什么? [J]. 中山大学法律评论, 2011(1): 344-345.
- [6] [英]亨利·萨姆纳·梅因. 古代法[M]. 郭亮, 译. 北京: 法律出版社, 2016: 190, 198-199, 202-203, 205-206.