

Law and
the Rise of Capitalism

现代化冲击下的世界丛书

法律与资本主义 的兴起

泰格 利维 著

纪 琨译 刘 锋校

学林出版社

对于中国读者来说，在消解这两个观点的张力之外，还有另一个必然会浮现的问题，那就是，为什么同样的法律革命和演化没有在中国发生？更确切的问题应该是：法律在中国为什么没有像在西方那样，形成一个高度精密与思辨性的系统，并且以此形式流传、发展，和影响政治、文化、社会？明显的答案是中国的大传统重礼而不重法，讲求个人道德修养的儒家是主流，讲究刑律的法家自秦以后便失去势力，这与西方文明源头重思辨的希腊精神以及重法律的罗马精神迥然不同，遂导致后来的发展相异。

中国政法大学图书馆

310027 中国政法大学图书馆

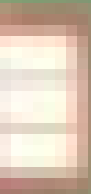
中国政法大学图书馆

法律与资本主义的兴起

（法） 亨利·梅因

王理达译

法律与资本主义的兴起
亨利·梅因著
王理达译
法律与资本主义的兴起
亨利·梅因著
王理达译



现代化冲击下的世界丛书
陈方正 主编

法律与资本主义 的兴起

泰格 利维 著
纪 琨译 刘 锋校

(本丛书由香港中文大学中国文化研究所提供翻译及审校资助)

现代化冲击下的世界丛书

陈方正 主编

法律与资本主义的兴起

Michael E. Tigar & Madeleine R. Levy. Law and the Rise of Capitalism
(New York: Monthly Review Press, 1977)

责任编辑——商晓燕 杨师华

封面设计——沈兆荣 周剑峰

出版——学林出版社
(上海钦州南路81号3楼)

发行——新华书店上海发行所

印刷——上海港东印刷厂

开本——850X1168 1/32

印张——10.75

字数——24.8万

版次——1996年12月第1版第1次印刷

印数——3,000

书号——ISBN7-80616-146-5/D·6

定价——17.00元

“现代化冲击下的世界”丛书总序

以西方眼光衡量，中国人常被认为过份倚赖与尊重群体；另一方面，中华民族作为一个整体，却又十分自足，即使受到外界极大刺激或面对种种炫惑，也往往无动于中。从中国近代学术史的发展趋向来观察，这种看法似乎是不无道理的。在上一个世纪，讲求西学的前驱如魏源、王韬、郑观应等犹如空谷足音，响应乏人，固不待言。在本世纪西潮澎湃，德先生和赛先生被供奉起来，新思想靡然成风之后，纯学术的主流（这里所指，以人文学科为限）虽然视野扩大了，在方法上革新了，可是，就方向和领域而言，即始终没有大变。固执如辜鸿铭，或者在神州遭逢钜劫奇变之际甘愿身殉的王国维固然不待言，就是继起的陈寅恪、胡适之、梁漱溟、熊十力、郭沫若、冯友兰诸大家，乃至近数十年的许多博学鸿儒，无论才识如何卓越，见解如何不群，学养如何渊博，其为学用功的著力点却绝少有能翻出中土的经史、制度、词章、思想范畴以外。这和欧美、日本许多学者如饥似渴地终生钻研异域文物、典章，思想，乐而忘返，恰好形成强烈对比。

这一现象已经存在大半个世纪了，它恐怕并非由个人或者偶然性因素使然，而是与根深蒂固的传统文化观念有密切关系的。

这传统观念究竟是什么，很难确切说明。它可能是一种强烈

的“返本归源”意识，可能是对“道术将为天下裂”的潜存厌恶和恐惧，亦可能是历时已一个世纪的“中学为体，西学为用”思想仍然在作祟。无论其底蕴如何，其结果则是中国的人文学科始终保持近乎浑然一体的状态。西方有汉学、藏学、埃及学、非洲学，日本也曾经有兰学、阳明学、国学并存。至于中国，在大学里虽然也教授西洋史、西洋文学、哲学以及外语等科目，却似乎从没有希腊学、罗马学或越南学、日本学可言，甚至连有十分切身关系的（譬如说）英国历史或俄罗斯文化，在我们的学术传统中也并没有能占一席位，也不能成“学”（马列思想和相关的德国古典哲学研究，自是例外，但那有十分特殊的原因）。其所以曾如此，也许是由于欧洲和日本自古以来就习惯于不同文明同时并立，各自保存本来面目，而中国则从来只意识到其本身庞大和融合型的文明之存在吧。

无论其原因何在，中国人文学术传统之重“本”轻“末”，重中土而轻四裔外洋，是不争的事实。这对于中华文明之所以能深抵广被，屹立数千载，自然有莫大关系。然而，不能否认，这对于当代中国，又是一个严重问题。图道罗夫(Tzvetan Todorov)在分析西班牙如何以三百勇士征服墨西哥数千万众之后说：“这惊人的成功关键在于西方文明的一个特点，……说来奇怪，那就是欧洲人了解别人的能力”；也就是这一能力，使得“西欧三百五十年来同化别人，消除外在界别的企图，基本上得以成功。”也许，在二十一世纪行将来临之际，也是国人把心思从自我(the self)稍稍转移到别人(the other)身上，把目光从中土扩展到整个世界的时候了。

这套小小的丛书名为“现代化冲击下的世界”，目的在于通过世界近代史译著，介绍自十七世纪以来受到西欧势力扩张影响的其他古老帝国的现代化历程，以及促成欧洲本身蜕变的一

些深层因素。这两方面,我们认为,都是值得国人注意,而至今大部分还是被忽略的。这里所谓古老帝国,主要是指欧陆东北边缘的俄罗斯帝国,东南边缘的奥托曼帝国,西南端的西班牙帝国(它虽曾占欧洲权力结构的核心地位,但由于思想和制度停滞,到十八世纪中叶已被排斥于主流之外),以及远东的日本帝国。它们的共同点是各自有悠久的传统与文化,和经过长期发展的政治结构与军事力量,因此具有抵受西欧冲击的相当能力,能够通过一系列反应与蜕变达到某种能够立足于现代世界,甚至与西方作一定程度竞争的状态。也就是说,它们都有一段和中国类似的艰困而漫长的现代化历程。这些历程的考察可以带领我们脱离华夏中心的世界观,令我们以更客观和实际的心态来了解、比较西方与世界其他文化、政治体系的互动。

至于欧洲本身的现代化蜕变,从发轫至今已经有五百年以上的历史。它的基本动力是国人长期探索的问题,但答案至今仍不十分清楚。从服膺于坚船利炮,到科学、民主和各种政治思想的提倡,乃至至今日的经济改革,无疑代表中国对现代社会认识的逐步深入与提高。但这些是否就是答案的全部呢?也许,在更深的层次,我们会发现,现代化并非单纯由一个或者几个固定因素造成,而是由许多在不同阶段各有重要作用的因素相互促进而推动的。麦尼尔在《角逐富强》一书中对西方军事力量进步的研究便有这样的结果:军器的进步与资本主义、政治制度、科学发展四者有错综不可分割、互为因果的密切关系。这正如生物演化是整体的,不可能只是关乎某一个器官或某一生理系统的事。西方学者在这方面已做了许多细致而又深刻的研究,是我们亟需注意和了解的。在这套丛书中我们也朝这方向踏出了一小步。

当然,翻译只是学术工作的起点,它离开原创性研究和建立学术传统还十分遥远。但我们热切希望,它的构想和所提供的比

较性视野能引起国人注意,能带来一个虽然微小、但仍然是新的开端。

编纂这套丛书的念头,始于1988年秋季,当时原意只不过是为一个香港中文大学课程提供中文参考资料。这一计划自构思迄今,不知不觉已有七八年功夫,其间曾先后得到孔慧怡博士、李弘祺教授、青峰女士以及姚楠先生等的多方协助,但由于我们的经验和编辑力量不足,所以书籍的出版一直拖延,迟迟未能实现。倘若不是刘小枫博士从1993年开始慨然大力帮忙,代为联络出版者并筹划校订事宜,而刘锋先生又大力协助校订的话,这套书的面世恐怕还将会是遥遥无期的。在此,我谨对以上各位表示最深切的谢意。

陈方正

1996年3月

法律的革命与革命的法律(代序)

——论西方法制史的两个对立观点

在70和80年代之交,相继有两本法律史著作出版:泰格和利维的《法律与资本主义的兴起》(1977),以及伯尔曼的《法律与革命》(1983,中译本已由北京大百科全书出版社在1993年出版)。这两本著作都是以西欧法律系统之形成为主题;都是大量文献实证研究的结果;甚至,它们所追溯的西欧法系渊源与及所列举的一些关键事件也大致相符。然而,令人惊讶的是,这两本著作所反映的观念,和所得到的结论却又可以如是之不同,乃至截然相反。

《法律与革命》是一本六百多页的巨著,书题中所谓“革命”,是指11世纪末期由教皇格列高里七世对神圣罗马皇帝亨利四世所发动的授职权之争(Investiture Contest),以及由此引发的全面政教冲突。此书的中心论旨(其实更是伯尔曼的划时代创见)是整个西方文化的形成,就是由这一争端所触发。在法律上,

这争端导致对立双方对法理学的狂热研究,以及对古代法典的大肆搜索。1080 年左右古罗马《查士丁尼法典》全书的重现,以及 1087 年伊内留斯(Irnerius)在意大利波隆那创办欧洲第一所法学院,从而推动整个西欧的法律教育和法学研究,产生伯尔曼所谓第一种现代科学的雏形(即法理学,特别是教会法理学),就是其最直接的结果。在政治上,这争端将教皇权威推到一个足以与神圣罗马皇帝以及各国君主相抗衡,甚至往往凌驾后者之上的地位。这神权与俗世权力的分立与不断斗争,导致激烈的政治辩论与动员,从而又推动政治蜕变,产生伯尔曼视为第一个现代国家的雏形,即教廷。此外,根本改变欧洲面貌与意识的许多重大事件,例如十字军东征、诺曼人征服英国和西西里岛、欧洲的急速都市化、远程贸易的开展等等,也都正是在11 世纪下半期发生,而且可以直接或间接追溯到从教皇里奥九世(1049—1053)开始的教廷振兴运动,格列高里所发动的革命正是这运动的高潮。

因此,伯尔曼认为,宗教理想是了解西方法学传统的关键;希尔布兰德(Hildebrand,格列高里的原名)革命是12 世纪以后教会法、王室法、商人法、城市法乃至现代较文明的刑法次第发展的原动力。很自然地,他的巨著就分为“教皇革命与教会法”以及“世俗法律体系的形成”这两大部分。在书的序言中他颇为沉痛地说:“我们无可避免地会感到欧洲、北美和其他西方文明地区在20 世纪的社会分裂与社群解体。……这是与西方文明整体的一统性以及共同目的性之衰退密切相关的。……西方社会共同体的象征,即传统形象和隐喻,从来都是宗教性和法律性的。然而,在20 世纪,宗教初次变成大部分是私人事情,法律则多少成为只是权宜之计。宗教和法律之间的隐喻关系已经割断了。

……这标志着一个时代的终结。”那正好点出他心目中西方法律体系与宗教理想之间密切不可分割的关系,以及他对这一体系前途的深刻危机感。

泰格(利维基本上是他的助手)的著作却有一个完全不同的主旨。它其实同样可以名为“法律与革命”,但他的“革命”则是指从11至19世纪八百年间资产阶级兴起——用他的术语来说这乃是一连串的造反(*insurgency*)——所依赖而同时又促成了的法理学(*jurisprudence*)革命。从思想脉络和目标来说,这一本带有强烈新马克思主义色彩但仍完全符合学院标准的学术著作,其实可以更贴切地名为“资产阶级造反法理学:它的历史与教训”。

从这一个角度看,本书和《法律与革命》的分野是非常之清楚的:后者的重心是宗教理念对西方法系的影响,历史焦点集中于11至12世纪之间的政教冲突与思想蜕变这一大结(*crux*);至于其后的发展,包括现代社会的出现,则是作为新法制观念所自然产生的事物来讨论。本书恰恰相反。虽然它同样以11世纪为起点,并且明确指出当时罗马法之所以有系统地被发掘、收集、研究、发扬、大部分是教会学者的功劳。可是,书的重心却是商人(包括零贩、远航贸易商、银行家、工业家等各种不同身份的商人)对法律体系的影响乃至改造:他们怎样在不同阶段利用蜕变中的法律体制来与当时的宰制或有力集团——先是封建领主,后是城市行会,最后是中央集权的君主——作顽强抗争,以达到建立本身宰制地位的至终目标。

律师在这一过程中的身份既微妙而又尴尬,他们由于专业训练而养成的保守与中立态度,以及由于实际利益而与君主或

商人发展出来的主从关系，无疑会产生内在冲突，这在书中有相当仔细的讨论。其中最突出，最令人感兴趣的，有两位截然相反的人物。第一位是13世纪法国包菲地区的郡守博玛诺瓦(Phillipe de Beaumanoir)，他是名著《包菲地区习俗志》的作者，以及王权扩张(相对来说也就是封建权利的压抑)的忠诚拥护者和鼓吹者。第二位则是英国16世纪的伟大人文与法律学者，名著《理想国》的作者，亨利八世的大法官，汤玛斯摩尔(Thomas More)。他不但为贪婪无厌的商人之兴起以及中世纪秩序的崩溃而感到痛心疾首，而且更为了沉默抗议王权的无限扩张而在断头台上献出生命。这两位同样笃诚而又自信的君子迥然不同的态度，正好反映那三百年间经济结构变化对社会所产生的巨大冲击。

提到摩尔，我们不能不想起英国历史上另一位著名的汤玛斯：12世纪的坎特伯利大主教贝克(Thomas Becket)，他也同样是为了抗拒王权扩张而被另一位亨利，即亨利二世，手下的武士在大教堂中谋杀。奇妙的是，泰格居然完全没有提到贝克和他所牵涉的《克拉伦登宪章》法制争议。另一方面，伯尔曼的大著之中，贝克大主教占了整整一章，但摩尔的名字却又没有出现——最少没有在索引中出现。单单从这两位汤玛斯在这两本书中所遭遇的不同命运，我们就可以再一次看出两位作者立场之迥异了。

当然，立场分歧的表现远不止此。由于商人阶层和法律体系的互动是个既反复又漫长的过程，所以泰格的着力点相当平均地分配在公元1000—1804年八百年之间：从威尼斯东方贸易的兴起，以至英国清教徒革命、光荣革命、启蒙运动、法国大革命和

拿破仑法典等重大历史环节,书中都有详细讨论。而始终贯串这八个世纪法律蜕变的主线索,则是契约和产权观念的变化——也就是订立可强制履行的契约的自由之逐步确立;以及产权之走向绝对化,即它之脱离所有其他社会因素,成为纯粹属“个人”与“物”之间的关系。这两个发展,是现代资本主义法理学的基石,也是稍为关心现代政治经济学的读者都非常之熟悉的了。至于伯尔曼,他对贝克以后的历史发展是不感兴趣的:不但人人必然会想到的《大宪章》只是零零碎碎地提及,甚至英国17世纪初期那么关键的国王与议会斗争以及它法制史上那么重要的人物柯克爵士也同一命运,至于其他近代变革(例如法国大革命)就更不用说了。他这书的副题“西方法律传统的形成”无疑是经过周详考虑才采用的,但说“形成”而不说“根源”,等于间接否定了自从13世纪以来那么多重大事件的独立性与根本重要性,那自然不能不算是十分独特而令人震惊的观点。

另一方面,泰格的纯经济法制史观虽然有很强的一致性和自洽性,但同样也留下不少令人感到疑惑的地方。这其中最明显的,也许是一个较公平、客观、尊重被告基本权利的刑事检控和审判制度的出现。正如他所指出,这基本上是17世纪英国清教徒革命的产物,而在法制史上是有重大意义的。但有人也许要问:这一发展和经济结构变化或资产阶级法权有什么内在关系?倘若的确有些关系,那作者就略过了而没有讨论,这是很奇怪的。我们倘若把视野再扩大一点,进而追问书中所谓17世纪英国资产阶级革命到底是怎么一回事,它的起源如何,那就不免十分尴尬了。因为作者不可能不知道,也不可能否认,这一革命通称为清教徒革命(这一名词上文为了方便而采用,其实是作者始终避免提及的),它虽有极其重要的经济和社会结构背景,但最

直接,最主要的原因则是信奉新教的乡绅、市民、大众与具有强烈天主教倾向的几位国王,包括上了断头台的查理士一世和被逐出奔的詹姆斯二世的长期斗争。事实上,撇开了宗教,16和17世纪的欧洲历史,包括法制史在内,是否有可能全面了解?这一问题恐怕是泰格不愿回答的吧。

也许,至终应该承认,宗教与经济,教皇与商人,对近代西方法律体制的形成有同样的重要性 with 塑造力,我们不可能从任何单一的角度来真正理解这一漫长、曲折而又复杂的革命过程。

可是,对于中国读者来说,在消解这两个观点的张力之外,还有另一个必然会浮现的问题。那就是,为什么同样的法律革命和演化没有在中国发生?更确切的问题应该是:法律在中国为什么没有像在西方那样,形成一个高度精密与思辩性的系统,并且以此形式流传、发展,和影响政治、文化、社会?明显的答案是中国的传统重礼而不重法,讲求个人道德修养的儒家是主流,讲究刑律的法家自秦以后便失去势力,这与西方文明源头重思辩的希腊精神以及重法律的罗马精神迥然不同,遂导致后来的发展相异。

这诚然不错,但为什么秦汉帝国与罗马帝国又有那么大的差异呢?我们不可忘记,成书于公元534年左右的《查士丁尼法典》其实已是一套法律文库,它不但包括历代敕令、律例,而且还有教材和大量案例、判词。它的英译本统共有4,500页,约二百万字。相比之下,秦汉时代遗留下来的法律文献,委实少得可怜。此外,双方在法律观念上的差异,也是同样巨大的。汉高祖入关时的约法三章,所谓“杀人者死,伤人及盗抵罪”不但表现了对严密和繁复法律条文的恶感与不耐烦,更且反映了民法和商法上

的巨大空白：契约、财产、买卖、借贷、婚姻……这些罗马法中有详尽论述的题材，在秦汉都根本不见之于律法，最少不被视为其重要部分。我们不能不承认，刑法(criminal law)几乎是正史中唯一有地位的法律，而且其关注点亦只限于刑罚之轻重，法网之疏密，至于刑法本身的理论基础、结构、自治性等等则是罕有提及的。

其实，东西方在法律观念与制度上的分歧起源远早于秦汉和罗马时代，甚至亦远早于罗马的《十二铜表法》(449B.C.)。我们只要翻开地中海和中东文明(这我们现在知道是希罗文明的源头之一，另一源头是埃及)的介绍，就可以知道查士丁尼实在是源远流长的一个法制传统的集大成者。在他之前一千年，希腊的梭伦(Solon)就已经以颁布成文的木板法(约592B.C.)于公众大堂并且组织“全民法庭”知名，那比子产铸刑而受到批判(536B.C.)要早大约六十年。但梭伦也并非始创者：在他之前千余年，巴比伦第一皇朝的汉谟拉比(Hammurabi)就已经公布了详尽的，包括合约、财产、婚姻、离婚、遗产、专业者(例如外科医生和建筑师)失职、法庭程序等各种事项的法典，它的时代(1700B.C.)要比中国史书仅有极简略记载的《甫刑》(周穆王时代，公元前10世纪左右)早七百多年——那相当于先商时代，当时中国是否已经有早期文字，尚有争议。这部刻在2.3米高黑色玄武岩上的重要法典原件在巴黎罗浮宫展览，是所有访客都可以见到的。甚至，汉谟拉比也还非源头，他的法典其实是苏末(Sumerian)与闪米特(Semites)传统的融合。在他之前一千年(2700B.C.)，两河流域的苏末文化已经遗留下大量正式田地和奴隶售卖契约；在公元前2350—1850年间，苏末人不但编纂了两部流传至今的法典(所谓Ur-Nammu和LipitIshtar法典)，

而且还为我们留下数百宗法庭案例和详细的法庭组织和程序记载。

换言之，一个有大量文书记录，并且是高度发展的农业与商业混合文明早在中国三王五帝的传说时代就已经在西亚出现了，波隆那的伊内留斯和他的门徒在 11 世纪所秉承的，是一个已经累积了将近四千年之久的成文法律传统，它比中国最早不超过韩非子时代(280—233B. C.)才逐渐出现(而其后又一直缺乏发展空间)的法学要丰富、精密、深刻得多，是自然而不足怪的。从这一个历史发展的角度去看，我们对于东西方之间法学的差异，以及中国今后法律现代化所必须经历的途径，当会有一个更为平衡和全面的看法吧。

陈方正

1996 年6 月

前 言

泰格和利维在本书中,从新兴资本家社会和衰落封建结构之间的斗争入手,探讨了现行法律的发展渊源。故事从早在11世纪城市商人生活的肇端,一直讲到资产阶级法理学在18世纪取得胜利。着重之点在于法和各种法律制度如何反映统治阶级的利益,以及它们如何以新社会阶级逐渐取代旧有阶级的社会变革。作为史学著作,本书乃是引人入胜的记叙。它将增进所有律师和法学研究者对法律的理解,所以阅读并熟悉它是大有裨益的。

本书还具有更为广泛的含义。我们之中关心美国社会变革的人,尤其是法学界同仁,都曾忽视某些中心问题。很明显,目前我国也像大多数西方工业国家一样,正处于一个过渡时期。问题日益增多,而解决的办法则似乎不可能在传统资本主义制度构架内找到。新秩序不论是否像泰格和利维所信的那样将成为马克思社会主义式,它势必带来更多的集体主义色彩,将以某种新觉醒为依据,并可望包含某种个人自由的制度。正是这一社会变革过程,以及我们最终命运的逐步形成,才导致当前所面临的严