

A SHORT HISTORY OF EUROPEAN

欧洲法律简史

两千五百年来的变迁

[美] 塔玛尔·赫尔佐格 (Tamar Herzog) 著 高仰光 译

The Last Two and a Half Millennia

LAW

A SHORT HISTORY
OF EUROPEAN LAW

The Last Two And A Half Millennia

Tamar Herzog

欧洲
法律简史
两千五百年来
的变迁

〔美〕塔玛尔·赫尔佐格 著

高仰光 译



中国政法大学出版社

2019·北京

A SHORT HISTORY OF EUROPEAN LAW: The Last Two and a Half Millennia
by Tamar Herzog
Copyright © 2018 by Tamar Herzog
Published by arrangement with Harvard University Press through Bardón-Chinese Media Agency
Simplified Chinese translation copyright © 2019 by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd.
ALL RIGHTS RESERVED
版权登记号: 图字 01-2018-3023 号

图书在版编目 (CIP) 数据

欧洲法律简史: 两千五百年来的变迁/(美)塔玛尔·赫尔佐格著; 高仰光译
北京: 中国政法大学出版社, 2019.4
ISBN 978-7-5620-8818-9

I. ①欧… II. ①塔… ②高… III. ①法制史—欧洲 IV. ①D950.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第054875号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京中科印刷有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 14.25
字 数 290 千字
版 次 2019 年 4 月第 1 版
印 次 2019 年 4 月第 1 次印刷
定 价 69.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

译者序

作为一个故事的欧洲法

人之所以区别于动物，在于人必须生活在故事之中。不论在哪一个时代，人们对于故事的解释力和体系性都有着很高的要求，但是，人们似乎并不在乎故事本身的真假。对于今天的历史学家来说，这算不上什么新鲜的观点。可以说，这不过是对所谓“社会性”的另外一种表达。毕竟，从词源上来看，历史（history）和故事（story）原本就是同一事物。正如马克斯·韦伯所说，人是悬挂在自我编织的意义之网上的动物。长久以来，历史学家的任务就是编造故事，以便使人们能够把他们的对于世界的看法、对于他人的看法，以及对于自己的看法，建立在一个权威的、固定的、公共的语境之中。

然而，时至今日，历史学家的任务似乎发生了一百八十度的转变，他们正在从编造故事的人渐渐变成了戳穿故事的人。一定程度上，这可以归因于物质和技术条件的飞跃发展。哪怕仅仅在十数年之前，人们都还无法想象，今天的历史学家可以在他们的视野之中同时看到如此丰富而又多元的历史材料，而且可以在他们的研究过程中如此广泛地运用社会科学乃至自然科学的分析方法。这意味着，今天的历史学家有着远比前辈学

者更加犀利的目光、更加凌厉的手段，无需大费周章，他们便能从各种陈旧的故事之中将虚构的成分一层一层地剥离下来。本书作者赫尔佐格教授以十分轻松的语气叙述了中世纪早期教会法文献大量掺假的情况，但是当她谈到《大宪章》的时候，很显然就轻松不起来了。这是因为，被视为“现代性”重要象征之一的《大宪章》仍然在很大程度上左右着今天人们对于法律的认识，尤其在适用普通法的地区，《大宪章》仍然被当作主流法律史叙事的一块基石。如果故事从一开始就改变了方向，那么后续的情节又该如何推进呢？

对于大多数人来说，理解一个故事，首先意味着了解这个故事的内容和意义，而不是了解这个故事的形成过程。人们自然而然地认为，每一个故事只有一张固定的面孔，并且只呈现出唯一的意义，因此，若想理解一个故事，只需与大多数人的理解保持一致就可以了。然而，在历史学家看来，事情远没有这么简单。首先，我们每一个人都不在故事之外，而是置身其中。事实上，每一个时代的人都非常熟练地通过塑造故事的方式来塑造自身，并且试图借此为后人指引前进的方向。其次，能够穿过时间隧道来到我们面前的每一个故事都有着异常复杂的身世，因此只要我们沿着时间隧道向上看去，就不难发现暂留于隧道各处的重重魅影。历经了沧海桑田的变迁，一个故事可以幻化出无数种可能性，如果我们只知道其中一种，却不知道为什么会是这一种，那么就根本谈不上“理解”二字。

我们可以从本书中看到许多精彩的故事。例如，在科克法官与詹姆士一世国王之间爆发的激烈对抗中，一度被视为因循守旧的普通法悄然转换了原先所在的阵营，从王权扩张的重要

象征变成了束缚国王手脚的一条绳索；在北美殖民地与英国之间爆发的激烈对抗中，一度被视为代表着宗主国利益的普通法再次化险为夷，通过征服当地的律师和法官阶层而成功地扎根于美国联邦和各州的司法实践；然而，在路易斯安那同样征服了律师和法官阶层的西班牙法却没能存续下来，最终在法国法的排挤之下失去了立足之地；同样在路易斯安那，普通法反而在民法领域之外获得了无限生机。通过这些隐秘地关联在一起的法律故事，赫尔佐格教授试图告诉我们，每一个故事的行进轨迹总是出人预料的。我们通常站在“结果”的一端，并且自信地认为，我们可以找到导致唯一“结果”发生的所有“原因”。如果是这样，那么我们自然就拥有准确预见未来的能力，然而事与愿违，我们对于未来的预测通常大错特错。17年前的今天，纽约世贸中心“双子星”在世人错愕的目光中轰然解体。这一事实表明，历史并未终结。因为，纵使 we 猜中了故事的开始，却一定无法猜中故事的结局。

这形成了一种与常识严重不符的认识。对于大多数习惯于“活在当下”的现代人来说，残留的历史影像不仅毫无意义，有的时候反而变成了一种不必要的干扰：时间维度的介入不仅削弱了既有知识的确定性，而且削弱了作为认知主体的人的重要性。然而，知识为什么必须具有确定性？人的主体性又从何而来？对于历史学家来说，“现代性”远远不只是一个静态的概念，而是一个需要沿着时间隧道不断向上窥探的庞大的、复杂的、不停地变换着形状的故事。赫尔佐格教授在前言之中已经明确地揭示了这样一种主张：“本书不再视当下为理所当然，而是试图展现出法律这座大厦在落成竣工之前所经历的暴风骤

雨。”某种意义上，今天散布于各地的历史学家已经自发地结成了一个颇具“反现代性”意味的思想阵营。换句话说，他们已经变成了当今世界上最擅于戳穿故事的一批人。

需看到，戳穿故事，这种行动本身就有着相当强烈的建构意义。毕竟，如果我们不能明确指出一个事物是什么，那么我们首先应当去做的就是明确指出这个事物不是什么。赫尔佐格教授在本书的各个章节之中几乎不停地借“历史学家”之口质疑主流的学术观点，却并不执着于认同批判性的学术观点，众多“历史学家”你一言我一语，向读者呈现出极为丰富的历史可能性。这一点让人印象非常深刻。我们看到，许多故事相互纠缠在一起，盘根错节；但与此同时，我们又能够嗅出，潜藏于这些故事背后的观念（结构）总是奇妙地散发着“一贯性”的气息。例如，通过了解权力与知识之间相互支配的关系，我们大致可以明白，很多故事在其发展过程中为什么向世人呈现出不真实的一面；与此同时，我们也可以感受到，知识本身，以及掌握知识的社会阶层，在何种程度上拥有超然于政治、经济和社会生活的独立性，以及在何种程度上拥有推动社会变革的重要力量。无形之中，潜在的“一贯性”已经为建构一个新故事设定了出发点。

其实，仅仅从书名为数不多的几个字当中，我们就可以清晰地察觉到本书的建构性意义，赫尔佐格教授试图建立这样一种信念，两千五百年来的欧洲法是一个故事（one single story），而不是由多个完全不同的故事强行拼接起来的大杂烩。毋庸置疑，这体现出一种相当“欧陆化”的法律史观，因为以“罗马法—基督教世界—共同法—法典化—欧盟法”为线索的叙事

本来就是欧陆法律史学者最熟悉不过的一套话语。重大的区别在于，赫尔佐格教授努力地将普通法的变迁融入“欧洲法”整体演进的叙事，她使用了相当大的篇幅论述普通法在几个历史阶段经历的重大转折，并且把这些论述巧妙地安插到与欧陆共同法发展相同步的历史时段，以便读者在比较中展开阅读。我们发现，赫尔佐格教授在第六章中指出，普通法与古代的罗马法之间存在着惊人的相似之处；在很长的一段时间里，普通法与欧陆共同法（*ius commune*）并没有什么两样，甚至可以被视为由共同法衍生出来的一种变体。她在第八章中试图让读者相信，英格兰对于欧洲来说根本就不是一个例外，因为直到近代早期，出于某些政治上的原因，关于普通法的“例外论”才流行开来。在本书的第十三章，赫尔佐格教授对于普通法法典化的性质和程度进行了深度描绘；而在本书的尾声部分，她又指出，欧盟规范秩序的维护与发展在很大程度上依靠欧洲法院以及各成员国法院在审判过程之中的“造法”机制。到此为止，应该说赫尔佐格教授想要为“欧洲法”书写一个全新故事的意图已经很明显了。在这个故事之中，发源于英格兰的普通法仅仅是一个小传统，它将与欧陆的共同法熔冶于一炉，共同铸就“欧洲法”的大传统。当然，无论何种传统，正如赫尔佐格教授所说的那样，一般来说只能完整地保存在一代人的记忆当中。可是，如果有整整一代人能够相信，两大法系在历史上从未存在不可逾越的隔阂，那么，未来欧洲的规范秩序就一定会因此而发生改变。

然而，真实的历史再次向世人表明，我们唯一可以预料到的就是历史的不可预料性。2018年6月26日，英国女王伊利

莎白二世批准了英国的脱欧法案，标志着英国脱离欧盟的进程正式启动。对于赫尔佐格教授在本书中努力建构的全新故事来说，这算得上是一个正面的打击。我们可以明显地看到，强调英国法具有历史独特性的既有论调又呈现出不断上升的趋势。可是，如果说历史与故事之间还是存在着些许不同，那就在于，历史并不全然是主观的产物。纵然我们在认知历史的过程中不可避免地融入我们自己的情感和价值观，但是历史依然在某种程度上独立于我们的认知之外。历史学家既然可以为了“戳穿故事”搜集并列举出足够多的证据，当然也可以为了编写新的故事去做同样的事。从目前欧洲法律史学的发展趋势来看，想要捍卫英国法的独特性，就必须拿出更有力度的新证据；如果仍旧凭借那些陈旧的观念否定赫尔佐格教授的“新欧洲法”叙事，恐怕绝无可能。

赫尔佐格教授在本书中不止一次地提及“法律是什么”与“法律从何而来”这两个问题，她认为，这两个问题构成了法律认识论的基础。换言之，人们对于这两个问题的回答决定了他们置身其中的法律的基本走向。因此，普通法与大陆法之间的趋同并不是因为二者在具体制度和救济方式的层面上变得越来越相似，而是因为生活在两大法系之中的人们在法律观上越来越接近于共识。站在全球化的视角来看，这种趋势并不会因为英国脱欧而发生根本性的逆转。退一步而言，即使“新欧洲法”的图景依然存在反思和批判的余地，有价值的挑战也将来自于伊斯兰世界、拉丁美洲、印度和中国。

中国的法律史学既古老又年轻。说它古老，是因为史学在中国有着数千年的学术传承；说它年轻，是因为如果按照欧洲

法的标准来衡量，中国法学的历史不过区区百年。尽管如此，中国的法律史学同样在不停地叩问“法律是什么”以及“法律从何而来”这两个基本问题，肩负着为中国法打造一个既普遍又独特的“故事”的重要使命。诚如赫尔佐格教授所言，唯有回溯过往，我们才能了解，欧洲法如何一步一步地将自身重塑为人类理性的缩影，又是如何一步一步地将自身打造为具有潜在普遍适用性的规范体系。同样的道理，如果大多数中国的律师、法官、法学教授只知道法律所包含的规则、原则、术语以及由此搭建起来的体系，或是只知道可以利用法律达到哪些现实的目的，却并不知道每一个中国人赖以安身立命的法律最初从哪里来，又是如何一步一个脚印地变成现在的样子，那么，中国法与“作为一门科学的法律”之间还存在着十万八千里的距离。

毕竟，没有故事的法律就没有未来。这就是我们今天研究法律史的意义。

高仰光
2018年9月11日
明法楼·久聆庐

目录

1 | 译者序： 作为一个故事的欧洲法

7 | 前言 欧洲法是怎样炼成的？

第一部分 古代

19 | 第一章 罗马法： 在已见与未见之间

54 | 第二章 拉丁基督教世界的诞生

第二部分 中世纪早期

71 | 第三章 一个没有法学家的时代？

94 | 第四章 公元 1000 年前后的领主、 皇帝与教皇

第三部分 中世纪后期

113 | 第五章 欧洲共同法的诞生

144 | 第六章 英国普通法的诞生

第四部分 近代早期

- 187 | 第七章 共同法的危机与复现
208 | 第八章 普通法的危机与重塑
243 | 第九章 从“万民法”到自然法：欧洲法的全球化（一）

第五部分 现代

- 267 | 第十章 北美的历史进程
294 | 第十一章 法国大革命

第六部分 十九世纪

- 331 | 第十二章 欧洲法的法典化：欧洲法的全球化（二）
348 | 第十三章 普通法的法典化

372 | 尾声 同一个市场，同一个共同体，同一个联盟

- 393 | 注释
400 | 延伸阅读
418 | 致谢
420 | 索引
438 | 《雅理译丛》编后记

前言

欧洲法是怎样炼成的？

大约在几年前，有一位本科同学很兴奋地对我说，她在华盛顿亲眼见到了《大宪章》（*Magna Carta*）——史上最伟大的自由宣言。我不想迎面泼她一盆冷水，只好暗自忖度，如何才能够向她把这一切解释清楚：她所看到的这一件法律文献产生于封建时代，它本来的内容和它后来所象征的意义之间，其实根本就没有多大关联。直到问世好几百年之后，《大宪章》的重要性才建立起来，开始被赋予全新的内涵和意义。

所以，最为关键的问题在于，我们应当如何看待事实与意义之间的错位？这究竟是不是一件重要的事情？譬如，身处21世纪的学生对于《大宪章》这种形成于13世纪早期的文献产生误解，又会有怎样的影响？这位学生是否期望获得关于《大宪章》的本来意义的理解呢？她又是否关心《大宪章》后来为什么能够获得以及怎样获得了令人瞩目的地位呢？这种历史相关性对于她当下的生活究竟有什么意义？打破神话与塑造神话是否同等重要？过去究竟是流逝不再，还是一直都在向我们传递着关于现在乃至未来的某些重要信息？

如果我们想要理解诞生于13世纪的《大宪章》，首先必须了解封建时代的大体状况：面对正在扩张的王权，各地强藩必须竭力保护尚且能够把控的财产特权和司法特权。而后，我们需要思考，社会状况是如何在这一时期发生转变的。具体来说，我们需要想一想，那些原本属于少数贵族的特权何以最终变成了所有英国人的权利，人们对于权利的诉求又如何限制在程序上限制了国王的行动自由。后来，当这种想象映射于美国，关于《大宪章》的叙事还演绎出一段全新的故事。那么，这些欧洲的观念在跨越大西洋之后为何发生了变异？如果要解释2 这些问题，我们需要从欧洲法律史的宏大视野出发，不断反思《大宪章》是如何登上神坛的；不仅如此，我们还要思考，那些与《大宪章》内容十分相似的、散见于各地的、数量巨大的其他封建宪章，为什么没有能够像《大宪章》一样登上神坛。

作为一位法律史学者，我深知，《大宪章》之于当代有着重要的意义，这般意义与其说是从《大宪章》的原始文本之中得出来的，毋宁说是从后人对它的感怀和追忆之中得出来的。如果这位同学了解这段历史，我想她必定能够更加妥当地理解过去，同时她也必定会找到那么一种方法，使她能够与众不同地构想自己的现在与将来。借此，她将学会质疑各种历史叙事，理解这些叙事得以形成的历史进程，进而洞察这些叙事将会把我们带向何方。

必须承认，有很多法律遗存都正在左右着我们对于现在和

将来的看法,《大宪章》并不是唯一的一种。各种制度、惯例、文本从过去沿袭至今,数量巨大,它们无疑都在发挥着与《大宪章》相同的作用。它们既是已经消逝的那些时代的遗迹,同时也是今人日常生活中的重要因素;它们不仅界定了各种事物的内涵,同时提供了解决争议的办法,甚至还为我们分析和理解“现实”提供了方法论上的指导。譬如,“正当程序”(due process)原则要求法庭必须遵循特定的程序。事实上,我们中的很多人都认为,该原则与保障社会正义的目的相始终,是一个相当现代化的产物。然而,无论在名义上还是在实践中,“正当程序”原则都发源于距今十分遥远的中世纪的英格兰。而且,该原则在产生之初,并没有与保障某一个正当的结果紧密地联系在一起,而仅仅是普通法院的法官对于他们严格遵守程序规则的这样一种职业习惯的固守和坚持。程序规则在英国法中如此重要,它在漫长的时间里经历了若干次奇妙的变异,最终演化成为保护当事人权利的重要武器。唯有真正了解这一过程,我们才能较好地掌握它,才能知道为什么某些状况必须适用“正当程序”,而其他状况则不必如此;也才能知道,为什么这一套规则只能在英格兰,而不是在其他什么地方被发明出来。

唯有回溯过往,我们才能了解,欧洲法如何一步一步地将自身重塑为人类理性的缩影,又如何一步一步地将自身打造为具有潜在普遍适用性的规范体系。时值今日,欧洲法的影响力波及全球。为了探寻个中缘由,我们固然可以从政治或经济的

3 角度入手分析，不过，对于知识自身发展的考量也是不可或缺的。古罗马人已经开始用法律来规制社群成员（注：市民），使得罗马的政治霸权不断向外扩张。到了中世纪，法律与社会之间的关系发生了戏剧性的改变。新生的基督教裹挟着罗马法，迅速传播到包括欧、亚、非三个大洲的辽阔地域。殖民主义运动将欧洲法强加于非欧洲地区的民众，但是在这里，欧洲法开始获得全新的解释。同样的情况也发生在18世纪的大革命时代，以及19世纪民族国家构建的时代。最近有些学者对于当代国际法大加挞伐，他们追溯欧洲的历史，发现国际法只不过是欧洲人的国际法，而不是真正属于全人类的法律遗产。这意味着，人们希望更加清晰地了解欧洲法与非欧洲地区之间的关联性，而且这种需求正在变得越来越强烈。

在许多欧洲国家的大学，还有美国的大学（芝加哥大学、斯坦福大学，目前在哈佛大学），我以法学家和历史学家的双重身份讲授了二十多年的法律史。我时常感到，编写一部简明实用的欧洲法律史是多么重要，人们可以借此穿越时空，领略法律的变迁。我对于那些在琐细之处斤斤计较的长篇大论感到厌倦，那些著述往往疏于阐释，也无暇关注发展与变化之中的精彩。我也不喜欢那些无休止地重复古板论调的文章，特别是反复强调那些被误读的概念，或是反复强调那些出于一孔的执拗偏见。这真是令人愤懑。我撰写这本书，是为了给法学院和历史系的同学们和同事们阅览。他们可能需要了解，历史身为一位“最熟悉的陌生人”，究竟是怎么一回事？在一个充斥着

民族主义者呼号声音的时代，人们需要刺穿什么样的面纱？怎样才能刺穿？如何才能把纷繁芜杂的欧洲法律故事整合成一个单一的历史叙事，使其既能照应到地方性的差异，又能反映出包括英格兰在内的欧洲的厚重统一性？如何才能把作为一种固有知识体系的欧陆法律史与建立在无数具体事例之上的另外一种类型的法律史有机地融贯起来（甚至建立起某种超越性的原则）？如何用一本小书周全地讲出那些已知的或未知的、可以确信的或不能确信的事情？如何在这本小书中一边谈论法律的变迁，一边分析变迁的理由？

本书试图用简明易懂的语言回答上面这些问题，读者可以借此掌握一种本领：一方面用现在理解过去，另一方面用过去理解现在。本书避免事无巨细地铺陈史实，而是追求准确与精炼，这使得我们可以反思自己的成见，洞察到这些观念在何时，又是以怎样的方式占据了我们的脑海与心田。本书不再视当下为理所当然，而是试图展现出法律这座大厦在落成竣工之前所经历的暴风骤雨。与此同时，我们亦不难看到，处于复杂演进之中的法律对于自己将来的面貌几乎毫无预期。今人有理由相信，法律是被制定出来的，因此也是可以被改变的。但是正如我在本书中所指出的那样，这种信念实际上在相当晚近的时代才产生并流行开来。千百年来，法律或是被理解为人类社会生活的基本需要，或是被理解为上帝下达的神圣旨意，甚至被当作一个无需解释的事实。在今人看来，如此朴拙的法观念已不足为训。今人深信不疑，法律总是由某人在某地制定出来