

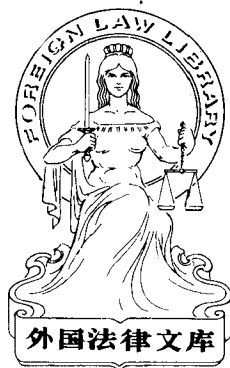


法律与革命

——西方法律传统的形成

[美] 伯尔曼 著

中国大百科全书出版社



法律与革命

——西方法律传统的形成

〔美〕哈罗德·J·伯尔曼 著

贺卫方 高鸿钧 译
张志铭 夏 勇

中国大百科全书出版社

Harold J. Berman

Law and Revolution

The Formation of the Western Legal Tradition

Harvard University Press

Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983

根据美国哈佛大学出版社 1983 年版译出

丛书编辑:杜晓光

执行编辑:杜晓光

封面设计:姜 梁

责任校对:刘凤英

法律与革命

——西方法律传统的形成

贺卫方 高鸿钧 译
张志铭 夏 勇

中国大百科全书出版社出版发行

(北京阜成门北大街 17 号)

新华书店总店北京发行所经销 中国科学院印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:27 字数:700 千字

1993 年 9 月第 1 版 1993 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—3500 册

ISBN7-5000-5146-8/D·7

定价:19.50 元

(京)新登字 187 号

外国法律文库之一
法律与革命

本书的翻译与出版得到美国福特基金会资助，外国法律文库编委会谨致谢忱。

The Editorial Committee of the Foreign Law Library expresses thanks to the Ford Foundation for its generous funding.

外国法律文库编委会

主 编：江 平

委 员（以姓氏拼音为序）：

程味秋

丛培国

冯大同

郭寿康

贺卫方

江 平

米 健

任允正

沈宗灵

王晨光

谢怀栻

徐 炳

余叔通

赵秀文

周潞嘉

司 库：李显冬

文库顾问

格扎维埃·布郎-儒万

(Xavier Blanc-Jouvan)

法国巴黎第一大学教授，比较立法
学会秘书长

保罗-安德烈·克雷波

(Paul-André Crépeau)

加拿大麦吉尔大学法学院教授，国
际比较法学会主席

威特莫尔·格雷

(Whitmore Gray)

美国密歇根大学法学院教授

海因·克茨

(Hein Kötz)

德国汉堡大学教授，马普外国法与
国际私法研究所所长

“外国法律文库”序

江 平

“外国法律文库”是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界15名从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50年代末以后的20多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文革”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。10多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自1949年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥10余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致使误译多有，贻患学林。在

这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我的一个迫切的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，“外国法律文库”第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了4位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

“外国法律文库”能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华以及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对于文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于“外国法律文库”一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重要的在于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

凡 例

- 一、本书是伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》一书的全译本，所据版本为美国哈佛大学出版社1983年版第一次印刷本。
- 二、书中人名和专用术语一般按通行译法译出。除个别比较冷僻的术语和易致误解的译名外，一般不加译注。译者注释以星号标示，置于页下，并注明“译者注”字样，以与全部排在正文后的原著注释相区别。
- 三、本书切口处的数字系原书页码。因中英两文本版式不一，故边码未必完全切合。
- 四、本书注释引用各种语种参考文献甚多，译者不可能完全了解各种文献内容，译为中文，反易讹误，故除《圣经》章名之外，其他文献名称以及著（编）者、出版地等均照录原文。此虽有助于读者查检有关文献，对不谙西文的读者毕竟略嫌不便，尚祈鉴谅。
- 五、为忠实反映原著学术面貌，并方便读者检索，本译本以外文与中文对照的方式保留了原著的全部索引。索引条目后的数字系原著页码，读者可按本书边码检索。
- 六、因为已有外文与中文对照索引，故本译本人名及专有名称一般不括注原文，但索引未收者，在第一次出现时则视必要括注原文。

序 言 v

这是一部关于起源、“根源”的历史，也是一部关于“路线”即我们借以到达今天的路径的历史。怀疑论者们可能带着怀旧的情绪阅读本书，他回忆着使他逐渐异化的过程。相信者们可能希冀从中发现某些对于未来的指导路线。德日进*写道：“过去已经向我显示如何建设未来。”

我自己的动机则略微有些绝望。据说，一个溺水者眼前会闪过他的整个生命历程。这可能是他下意识努力，以便在他的经验范围寻找摆脱险境的办法。所以，我不得不从遥远历史的视角，从头考察西方的法律与法制、秩序与正义的传统，以便找到摆脱目前困境的出路。

我们处在一个时代的终点，这一点是无法在科学上证明的。某人感觉到这一点，某人则没有察觉到。人们由直觉而知，古老的形象已经失去了它们的意义，正如阿奇博尔德·麦克利什在他的《隐喻》中所说的那样。

一个世界的隐喻一经消失，这个世界便告灭亡。

一个时代变为另一个时代，其余的一切都被弃置一旁。

* Teilhard de Chardin (1881~1955)，法国哲学家和古生物学家。他提出的一种理论认为，无论是在思想上还是在社会生活中，人类都在进化，最终达到精神的统一。他把科学与基督教教义结合起来研究，宣称人类的历史与十字架的道路十分相似。1923年曾来中国考察人类学、地质学以及其他问题，第二次世界大战期间滞留中国。“北京人”头盖骨的发现与他有关。“德日进”是他的中文名字。——译者注

当敏感的诗人自豪地创造，
那一定是灵魂契合的征兆。
奢言意义者将绝无所知，
惟想象丰富者的想象能够昭示：
这些想象一旦消失，目虽可视，
所见万物已不复具有意义。

因为这个时代正在结束，我们现在能够分辨它的开端。在一个时代的中叶，我们还看不见它的终点，它的起点也隐而不见。于是，用 F. W. 梅特兰的话讲，历史看上去确实是一张无缝的网。然而，既然我们的全部文明展现于我们面前，我们就能发现它的起源，因为我们知道我们正在探寻的起源是什么。

与此相似，正因为我们正处在一个革命的时期，我们就能够更容易辨认过去的各个革命时代。描述进化的历史即“平缓的”历史，是达尔文时代历史著述的特色。论述由社会冲突所支配的多灾多难的历史，则成了 20 世纪初期和中期历史著述的特色。现在，我们也是首次开始不仅把进化、把革命而且把这两者的互动作用看作西方历史的主旋律。

人们不会不感觉到 20 世纪发生于欧洲、北美和属于西方文明的其他地区的社会解体、社会共同体的破裂。种族、宗教、地域、家庭、阶级、邻里和劳动共同体的联系已经日益分化为抽象的和肤浅的民族主义。这是与整个西方文明的统一性和共同目的性的衰退密切相关的。但是，也有某些组合的迹象。也许最有希望的前景是以区域和世界范围为基础的经济、科学和文化的相互依存。

这与法律有何关联？我认为关系重大。西方社会共同体的各种传统象征，即传统的形象和隐喻首先是宗教和法律方面的。然而，在 20 世纪，宗教首次在很大程度上变成了一种私人事务，而法律在很大程度上则变成了一种与实际权术相关的事务。宗教的

隐喻和法律的隐喻之间的联系已经破裂。它们不再能够表达社会共同体对于其未来和过去的想象力了；也不再能够博得社会共同体的热诚了。

对这些变化感到惋惜，大可不必。这些变化可能是一件好事。毫无疑问，它们是不可避免的。它们无论如何都标志着一个时代的结束，既然不能返回过去，仅有的问题就是：“我们将如何走向未来？”我们能否从过去经历的大量记忆中找到对策，以帮助我们克服走向未来之路的障碍？

可以从本书所叙述的历史中间接地了解这些障碍是什么。这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性。我们需要克服下列现象：将法律归结为一套处理事务的技术性手段；使法律脱离于历史；把一国的法律等同于我们的全部法律、把一国的法律史等同于我们全部的法律史。也需要清除以下谬见：排他的政治的和分析的法学（“法律实证主义”），或孤傲的哲理的和道德的法学（“自然法理论”），唯我独尊的历史的和社会-经济的法学（“历史法学派”，“法的社会理论”）。我们需要一种能够综合这三个传统学派并超越它们的法学。这样一种综合的法学将强调，法律必须被信奉，否则就不会运作；这不仅涉及理性和意志，而且涉及感情、直觉和信仰，涉及整个社会的信奉。

处在危机时期，我们需要具有更丰富的想象力，小奥立佛·温德尔·霍姆斯曾对一群法学院的学生说：“你们作为法律家的事业是要明察你们面前的特殊事实与整体结构之间的关系。”在这种陈述的背后，潜含着霍姆斯由内战而产生的对生活的悲剧意识。他知道，不把特殊事实置于一种普遍性的前后关系中，特殊事实是完全靠不住的。

我们的法律概念的狭隘性不仅阻碍了我们对法律视野，而且阻碍了我们对历史的视野。今天，人们把法律主要看作在某个特定的国家生效的一大堆立法的、行政的和司法的规则、程序和

技术。与这种法律观点相伴随的历史眼光被严格地局限于多少是晚近的过去和某个特定的国家。实际上，它甚至可能完全不是历史的眼光，而只是局限于现行政策和价值的目光。与此不同的做法是，考虑流行于过去的法律概念的历史含义——如18世纪英格兰的布莱克斯通在《英国法释义》所表达的。这本著作写作的对象不仅是法律家，而且主要是所有受过教育的人们。根据布氏的观点，英格兰曾流行下列各种法律：自然法、神法、国际法、英国普通法、地方习惯法、罗马法、教会法、商人法、制定法和衡平法。这种分类中所隐含的是一种不局限于一个国家或晚近过去的历史观，而是一种复合的历史观，它包括基督教和犹太教的历史、希腊的历史、罗马的历史、教会的历史、地方的历史、本国的历史和国际的历史，等等。这样一种历史观，布氏通过使他的读者联想过去不同时代，从而使他们不囿于任何单个历史，也不囿于某种抽象的康德意义上的整个历史。基于同样的理由，这能使他们不是预见单个的未来或某个一般的抽象未来，而是也预见到各种各样的未来时代。布氏本人是很“英国式”的，并且在许多方面是相当保守的，但是，他在承认英格兰的法律传统形式多样性的同时，承认了历史本身形式的多样性。

人们有时已经注意到，过于狭隘的法律观点妨碍了其他学科的学者（历史学家、政治学家、社会学家和哲学家）有效地研究法律。如果仅仅把法律看作通行的规则、程序和技术，那么，社会科学学者和人文学者对它就不会有什么兴趣。也应该注意到，那些由此而遭受损失者不仅是法律家，而且也包括社会科学学者和人文学者，因为这剥夺了他们透视本学科的最丰富的材料之一。如果我们的社会科学和人文学科已经变得过于行为主义的和支离破碎，特别是如果说我们的历史编纂已经变得过于民族主义的和过于局限于较短的时期，那么，部分原因正是我们的法律思想也已经变得如此，因而已经脱离了职业学者的总体视野并由此脱离

了受过教育的公众的总体视野。

当然，抱怨知识的孤立性比做某些有助于克服这种孤立性的事情来得容易。任何重新整合过去时代的努力都可能根据现行的范畴和概念加以理解和判断。把西方法律史描述为我们时代的一种隐喻，旨在寄厚望于那些已经在颇为不同的历史观、法律观和西方观中受过教育的读者们。但是，如果没有一种对于过去的重新整合，那么，既不能回溯我们过去的足迹也不能找到未来的指导路线。

简 明 目 录

“外国法律文库”序 (江平)

凡例

序言

导 论	(1)
第一部 教皇革命与教会法	(55)
第一章 西方法律传统的背景：民俗法	(57)
第二章 西方法律传统在教皇革命中的起源	(101)
第三章 西方法律传统在欧洲大学中的起源	(143)
第四章 西方法律传统的神学渊源	(200)
第五章 教会法：第一个西方近代法律体系	(242)
第六章 教会法律体系的结构要素	(272)
第七章 贝克特对亨利二世：并行管辖权之争	(310)
第二部 世俗法律体系的形成	(329)
第八章 世俗法的概念	(331)
第九章 封建法	(360)
第十章 庄园法	(386)
第十一章 商法	(406)
第十二章 城市法	(434)
第十三章 王室法：西西里、英格兰、诺曼底和 法兰西	(489)
第十四章 王室法：德意志、西班牙、佛兰德、	