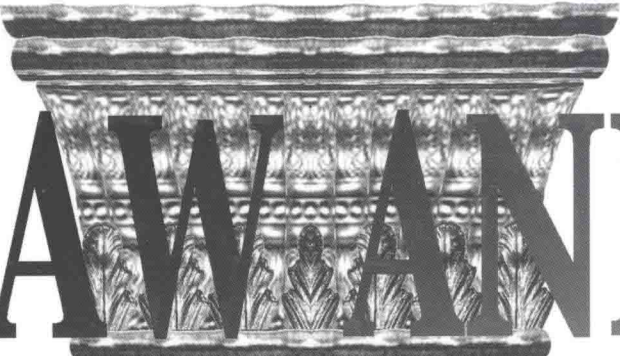


〔美〕迈克尔·E.泰格 著 〔美〕玛德琳·R.利维 协助



**LAW AND
THE RISE OF
CAPITALISM**

纪琨 译 刘锋 校

**法律与
资本主义兴起**

〔美〕迈克尔·E.泰格 著 〔美〕玛德琳·R.利维 协助

辞海
译丛
CIHAI
YICONG

纪琨 译 刘锋 校

法律与 资本主义兴起

上海辞书出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律与资本主义兴起/(美)泰格(Tigar, Michael E.)著;纪琨译.

—上海:上海辞书出版社,2014.9

(辞海译丛)

书名原文: Law and the Rise of Capitalism

ISBN 978-7-5326-4155-0

I. ①法… II. ①泰… ②纪… III. ①法律—关系—
资本主义 IV. ①D90-05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 079754 号

总策划 彭卫园 潘洁

责任编辑 商巍巍

助理编辑 仇晓君

装帧设计 姜



法律与资本主义兴起

[美] 迈克尔·E. 泰格 著

纪琨 译

出版发行 上海世纪出版股份有限公司

上海辞书出版社

社 址 上海市陕西北路 457 号 邮政编码 200040

网 址 www.ewen.cc www.cishu.com.cn

印 刷 苏州望电印刷有限公司

开 本 635 毫米×965 毫米 1/16

印 张 24.5

字 数 316 000

版 次 2014 年 9 月第 1 版

印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5326-4155-0/D·123

图 字 09-2011-717 号

定 价 49.00 元

如有印刷、装订质量问题,读者可向工厂调换,联系电话:0512-66700301

《辞海译丛》缘起

《辞海》自 1936 年初版以来，风行宇内，历久弥新。本社有幸，负《辞海》修订出版之责，于“十年大修”外，近年亦颇致力于《辞海》品牌之延伸，《辞海译丛》应运而生焉。《译丛》旨在遴选域外学术著作之适于大众阅读者，移译为中文，俾国人快捷获取新知。选目原则有二：一为冶知识性与思想性于一炉，既广见闻，更启深思；二为融学术性与普及性为一体，既具高度，复饶趣味。

《译丛》自 2011 年起陆续推出。初期选目以科学人文类译著为主，今后将尽力拓宽领域，向读者奉献更多佳作。寄望各界博雅君子，以爱护《辞海》之心，垂注《译丛》，助我教我，共育此书苑新葩。

上海辞书出版社谨识

2011 年 6 月

作者简介 迈克尔·E. 泰格 (Michael E. Tigar, 1941—)

美国刑事辩护律师,以为有争议的委托人作代理而闻名。他同时也是杜克大学法学院、美国大学和华盛顿法学院的荣誉退休教授。多次远赴南非,与非洲律师组织一同致力于结束种族隔离的斗争,并在纳尔逊·曼德拉被释放后,发表了人权问题的演讲并建议非洲国民大会起草新宪法。他曾积极参与到法办智利军政权(包括前总统皮诺切特)的事务中去。2003年,德克萨斯人权项目以“迈克尔·泰格人权中心”命名它在德克萨斯州奥斯汀的新建筑。

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 20 世纪 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《法律与资本主义兴起》(1977),以及伯尔曼的《法律与革命》(1983,中译本已由中国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 600 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利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帝国皇帝以及各国君主相抗衡,甚至往往凌驾于后者之上的地位。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,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利奥九世(1049—1054 年在位)开始的教廷振兴运动,格列高利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,格列高利的原名)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 世纪的 800 年间资产阶级兴起——用他的术语来说这乃是一连串的造反(ingurgency)——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 世纪法国博韦地区的郡守博玛诺瓦(Philippe de Beaumanoir),他是名著《博韦习惯法》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《乌

托邦》的作者，亨利八世的大法官，托马斯·莫尔(Thomas More)。他不但为贪得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心态，正好反映那 300 年间经济结构变化对社会所产生的巨大冲击。

提到莫尔，我们不能不想起英国历史上另一位著名的托马斯：12 世纪的坎特伯雷大主教贝克(Thomas Becket)，他也同样是因为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的。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，但莫尔的名字却又没有出现——至少没有在索引中出现。单单从这两位托马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 1000—1804 年的 800 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 8 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。他这书的副标题“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,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，公元 534 年左右经修订后再度颁布的《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 200 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，且更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》(公元前 451—前 450)。我们只要翻开地中海和中东文明(我们现在知道这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 1000 年，希腊的梭伦(Solon)就已经以颁布成文的木板法(约前 592)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(前 536)要早大约 60 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)失业、法庭程序等各种事项的法典，它的时代(前 1700)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700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卢浮宫展览,是所有访客都可以见到的。甚至,汉谟拉比也还非源头,他的法典其实是苏美尔(Sumerian)与闪米特(Semites)传统的融合。在他之前1000年(前2700),两河流域的苏美尔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—前1850年间,苏美尔人不但编纂了两部流传至今的法典(所谓Ur-Nammu和Lipit Ishtar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皇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4000年之久的成文法律传统,它比中国最早不超过韩非子时代(约前280—前233)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

第一版前言

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峻问题。

法规和法律制度在过渡时期能够起到什么作用,在新事物体制之中将会占据什么地位呢?没有疑问,我们的法律制度一直是西方社会的一大特色。而且,正如泰格和利维所指出,法律思想从来不是社会统治集团所独占的财产;相反,凡是觊觎国家权力的集团,向来是依据法律的规范体系,来制订它们的抨击计划的。这一点不大可能会有改变。新秩序不可能代表与过去的完全决裂。它必须从现有各种安排里面发展出来,从而到最后,将会有更多旧观念、态度和制度融合到未来秩序中去。我们因此可以指望,新社会就凭依靠法律作为控制社会不可缺少的手段,仍将显著地表现为西方式而不会是,比方说,中国式的。

那么,法律又怎样能够在现有体系以内加以利用,借以促成社会变革呢?泰格和利维明确指出,我们的法律体系本身就适合这一用途。在流行法律思想体系中得到维护的各种权利,不论是财产和契约权利,还是个人权利,都是用普遍通用词语表述的;它们可被社会一切分子要求享有。这个体系里面必然存在许多缺漏和模糊之处,是可以灵活运用的。法律制度的事实依据改变之后,法律常会产生脱节和矛盾,这就要求由变革来解决。法规要由受过专门训练的律师阶级来解释,他们是倾向于发展自己的能动性的。一个正在兴起的集团能够利用法律体系中这些特点,发展出像泰格和利维所称的“造反法理学”。但是,这究竟是怎样实行的呢?什么事物会推动社会变革,什么事物只不过是支撑那些尚存的过时制度呢?

参与这种过程的律师,是处在什么地位呢?那确实很模糊。一方面,律师必须在现有体制起作用,否则就会失去影响,或许还会失去律师本身的地位。另一方面,他或者她对于重要社会变革又负有义务。有很多律

师都曾为这个问题感到苦恼,它至今仍是一个十分严重,令人进退两难的问题。

一个向旧秩序进行挑战的集团,怎样开始详细阐明自己的法理学呢?假定法律在西方社会起中心作用,该集团就必须着手解决这个问题,那是显而易见的。又正如泰格和利维所指出,一个日益增长的持不同政见的意识形态,将会对于它在取得国家政权后所要付诸实施的法律体系产生很大影响。那么,它能采取一些什么手段,来向尚在运作的旧体制引进它的思想呢?诸如社会的各种生产力量应当怎样部署,在一个集体主义社会中怎样保持某种个人权利制度,以及怎样使一种社会群体意识产生,等等。

遇到以财产和契约权利为一方、以个人权利为另一方的纠纷时,对法院施加压力,迫使审判员起作用。这两方面是有差别的,这种方法可取吗?新兴资本家阶级当初具有的法律思想将重点置于确保资产阶级在下列两个方面的利益:第一方面是赢得物质上的优越地位,另一方面则以取得国家政权为首要。现今却正是资本家权势集团谋求对个人权利制度和持不同政见者集团加以限制,后者对于保持和扩大个人权利制度,有着很大利害关系。是否可以据此而认为,这个时期法院所起作用,主要就是关注个人权利制度呢?对于向财产和契约权利制度引进变革,法院是否已经无能为力呢?或者,对于由资产阶级思想意识推断出来,关于争取物质的平等和分享国民财富等要求,法院又是否能够作出回应呢?

最后,公民要想维护自己的传统权利,反对政府干涉言论和信仰自由,反对与政府交易时受到不公正对待,并反对在法律面前遭到不平等待遇,他们要求法院予以保护是否就足够呢?或者,如果要实现个人权利制度的种种理想,是否现在就应当将法律体制纳入积极(反歧视)行动的轨道呢?

《法律与资本主义兴起》并不回答所有这些问题。然而,本书探讨了

法律和律师在封建主义向资本主义过渡时曾经起过的作用，大大有助于弄清上述问题。认真关心社会变革的每一个人，不论是法学研究者、法律专业工作者还是普通公民，定会发现阅读这本书既令人兴奋，又有启发。

托马斯·埃默森

写于康涅狄格州新希文市

1977年1月

致谢

本书第一版出版于1977年,是在马德琳·R·利维(Madeleine R. Levy)的协助下完成的。在第二版中,我承担了全部的准备工作的,对其中的新材料承担完全责任。第一版的工作是在路易斯·拉比诺维茨基金会(the Louis Rabinowitz Foundation)、卡罗尔·伯恩斯坦(Carol U. Bernstein)和斯坦利·辛鲍恩(Stanley Sheinbaum)的资助下启动的。在每月评论出版社(Monthly Review Press),哈里·布雷弗曼(Harry Braverman)很推崇第一版并支持了该书的出版。第一版最初的研究除了在美国进行之外,还相继在法国、英国和爱尔兰进行。马德琳·R·利维女士和我本人得到了来自尼斯、牛津、伦敦、都柏林、伯克利和洛杉矶等地的诸多教授、图书管理员以及其他人士的帮助。

关于第二版,我诚挚感谢约翰·马吉(John Mage)、安德鲁·纳什(Andrew Nash)、马丁·帕迪欧(Martin Paddio)以及每月评论出版社所