

法律的革命與革命的法律

——西方法制史的兩個對立觀點

● 陳方正

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

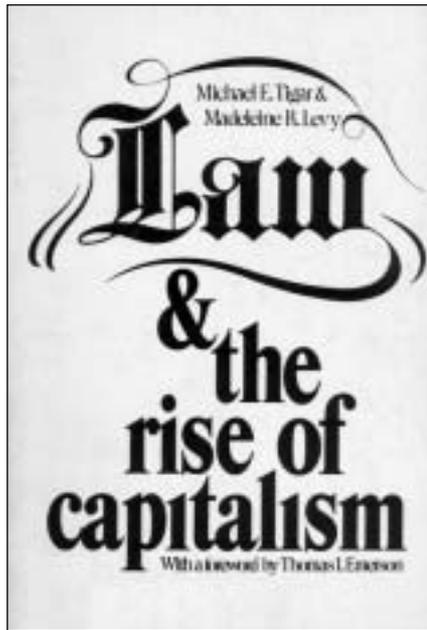
Harold J. Berman: *Law and Revolution* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983).

在70和80年代之交，相繼有兩本法律史著作出版：泰格 (Michael E. Tigar) 和利維 (Madeleine R. Levy) 的《法律與資本主義的興起》 (*Law and the Rise of Capitalism*, 1977)，以及伯爾曼 (Harold J. Berman) 的《法律與革命》 (*Law and Revolution*, 1983，中譯本已由北京大百科全書出版社在1993年出版)。這兩本著作都是以西歐法律系統之形成為主題；都是大量文獻實證研究的結果；甚至，它們所追溯的西歐法系淵源與及所列舉的一些關鍵事件也大致相符。然而，令人驚訝的是，這兩本著作所反映的觀念和所得到的結論，卻又可以如是之不同，乃至於截然相反。

《法律與革命》是一本六百多頁

的鉅著，書題中所謂「革命」，是指十一世紀末期由教皇格列高里七世對神聖羅馬皇帝亨利四世所發動的授職權之爭 (Investiture Contest)，以及由此引發的全面政教衝突。此書的中心論旨 (其實更是伯爾曼的劃時代創見) 是，整個西方文化的形成，就是由這一爭端所觸發。在法律上，這爭端導致對立雙方對法理學的狂熱研究，以及對古代法典的大肆搜索。1080年左右古羅馬《查士丁尼法典》全書的重現，以及1087年伊內留斯 (Irnerius) 在意大利波隆那創辦歐洲第一所法學院，從而推動整個西歐的法律教育和法學研究，產生伯爾曼所謂第一種現代科學的雛形 (即法理學，特別是教會法理學)，就是其最直接的結果。在政治上，這爭端將教皇權威推到一個足以與神聖羅馬皇帝以及各國君主相抗衡，甚至往往凌駕後者之上的地位。這神權與俗世權力的分立與不斷鬥爭，導致激烈的政治辯論與動員，從而又推動政治蛻變，產生伯爾曼視為第一個現代國家的雛形，即教廷。此外，根本改變歐洲面貌與意識的許多重大事

《法律與革命》書題中所謂的「革命」，是指十一世紀末期由教皇格列高里七世對神聖羅馬皇帝亨利四世所發動的授職權之爭，以及由此引發的全面政教衝突。此書的中心論旨是，整個西方文化的形成，就是由這一爭端所觸發。



件，例如十字軍東征、諾曼人征服英國和西西里島、歐洲的急速都市化、遠程貿易的開展等等，也都正是在十一世紀下半葉發生，而且可以直接或間接追溯到從教皇里奧九世(1049-53)開始的教廷振興運動，格列高里所發動的革命正是這運動的高潮。

因此，伯爾曼認為，宗教理想是了解西方法學傳統的關鍵；希爾布蘭德(Hildebrand，格列高里的原名)革命是十二世紀以後教會法、王室法、商人法、城市法乃至現代較文明的刑法次第發展的原動力。很自然地，他的鉅著就分為「教皇革命與教會法」以及「世俗法律體系的形成」這兩大部分。在書的序言中他頗為沉痛地說：「我們無可避免地會感到歐洲、北美和其他西方文明地區在二十世紀的社會分裂與社群解體。……這是與西方文明整體的一統性以及共同目的性之衰退密切相關的。……西方社會共同體的象徵，即傳統形象和隱喻，從來都是宗教性和法律性的。然而，在

二十世紀，宗教初次變成大部分是私人事情，法律則多少成為只是權宜之計。宗教和法律之間的隱喻關係已經割斷了。……這標誌着一個時代的終結。」那正好點出他心目中西方法律體系與宗教理想之間密切不可分割的關係，以及他對這一體系前途的深刻危機感。

泰格(利維基本上是他的助手)的著作卻有一個完全不同的主旨。它其實同樣可以名為「法律與革命」，但他的「革命」則是指從十一至十九世紀八百年間資產階級興起——用他的術語來說這乃是一連串的造反(insurgency)——所倚賴而同時又促成了的法理學(jurisprudence)革命。從思想脈絡和目標來說，這一本帶有強烈新馬克思主義色彩但仍完全符合學院標準的學術著作，其實可以更貼切地名為「資產階級造反法理學：它的歷史與教訓」。

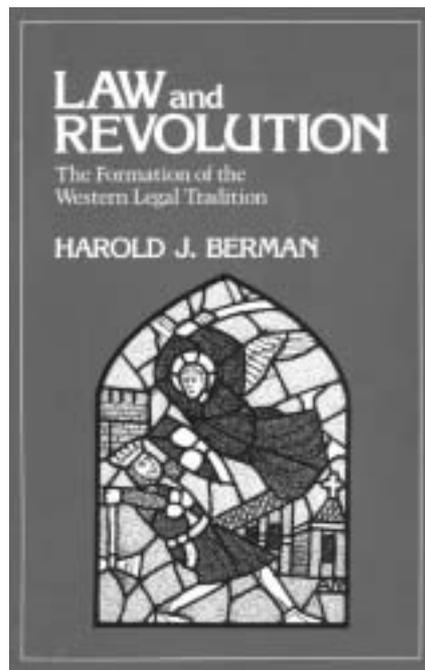
從這一個角度看，本書和《法律與革命》的分野是非常之清楚的：後者的重心是宗教理念對西方法系的影響，歷史焦點集中於十一至十二世紀之間的政教衝突與思想蛻變這一大結(crux)；至於其後的發展，包括現代社會的出現，則是作為新法制觀念所自然產生的事物來討論。本書恰恰相反。雖然它同樣以十一世紀為起點，並且明確指出當時羅馬法之所以有系統地被發掘、收集、研究、發揚，大部分是教會學者的功勞。可是，書的重心卻是商人(包括零販、遠航貿易商、銀行家、工業家等各種不同身分的商人)對法律體系的影響乃至改造：他們怎樣在不同階段利用蛻變中的法律體制來與當時的宰制或有力集團——先是封建領主，後是

泰格著作的重心是商人對法律體系的影響乃至改造：他們怎樣在不同階段利用蛻變中的法律體制來與當時的宰制或有力集團作頑強抗爭，以達到建立本身宰制地位的至終目標。

城市行會，最後是中央集權的君主——作頑強抗爭，以達到建立本身宰制地位的至終目標。

律師在這一過程中的身分既微妙而又尷尬，他們由於專業訓練而養成的保守與中立態度，以及由於實際利益而與君主或商人發展出來的主從關係，無疑會產生內在衝突，這在書中有相當仔細的討論。其中最突出最令人感興趣的，有兩位截然相反的人物。第一位是十三世紀法國包菲地區的郡守博瑪諾瓦(Phillipe de Beaumanoir)，他是名著《包菲地區習俗志》(*Books of the Customs and Usages of Beauvaisians*)的作者，以及王權擴張(相對來說也就是封建權利的壓抑)的忠誠擁護者和鼓吹者。第二位則是英國十六世紀的偉大人文與法律學者，名著《理想國》(*Utopia*)的作者，亨利八世的大法官，湯瑪斯摩爾(Thomas More)。他不但為貪婪無厭的商人之興起以及中世紀秩序的崩潰而感到痛心疾首，而且更為了沉默抗議王權的無限擴張而在斷頭台上獻出生命。這兩位同樣篤誠而又自信的君子迥然不同的心態，正好反映那三百年間經濟結構變化對社會所產生的巨大衝擊。

提到摩爾，我們不能不想起英國歷史上另一位著名的湯瑪斯：十二世紀的坎特伯利大主教貝克(Thomas Becket)，他也同樣是為了抗拒王權擴張而被另一位亨利，即亨利二世，手下的武士在大教堂中謀殺。奇妙的是，泰格居然完全沒有提到貝克和他所牽涉的《克拉倫登憲章》法制爭議。另一方面，伯爾曼的大著之中，貝克大主教佔了整整一章，但摩爾的名字卻又沒有出現——最少沒有在索引中出現。



單單從這兩位湯瑪斯在這兩本書中所遭遇的不同命運，我們就可以再一次看出兩位作者立場之迥異了。

當然，立場分歧的表現遠不止此。由於商人階層和法律體系的互動是個既反覆又漫長的過程，所以泰格的着力點相當平均地分配在公元1000至1804年八百年之間：從威尼斯東方貿易的興起，以至英國清教徒革命、光榮革命、啟蒙運動、法國大革命和拿破崙法典等重大歷史環節，書中都有詳細討論。而始終貫串這八個世紀法律蛻變的主線索，則是契約和產權觀念的變化——也就是訂立可強制履行的契約的自由之逐步確立；以及產權之走向絕對化，即它之脫離所有其他社會因素，成為純粹屬「個人」與「物」之間的關係。這兩個發展，是現代資本主義法理學的基石，也是稍為關心現代政治經濟學的讀者都非常之熟悉的了。至於伯爾曼，他對貝克以後的歷史發展是不感興趣的：不但人人必然會想到的《大憲章》只是

泰格的純經濟法制史觀雖然有很強的一致性和自洽性，但同樣也留下不少令人感到疑惑的地方。其中最明顯的，也許是一個較公平、客觀、尊重被告基本權利的刑事檢控和審判制度的出現。

零零碎碎地提及，甚至英國十七世紀初期那麼關鍵的國王與議會鬥爭以及在法制史上那麼重要的人物柯克 (Edward Coke) 爵士也同一命運，至於其他近代變革 (例如法國大革命) 就更不用說了。他這書的副題「西方法律傳統的形成」無疑是經過周詳考慮才採用的，但說「形成」而不說「根源」，等於間接否定了自從十三世紀以來那麼多重大事件的獨立性與根本重要性，那自然不能不算是十分獨特而令人震驚的觀點。

另一方面，泰格的純經濟法制史觀雖然有很強的一致性和自治性，但同樣也留下不少令人感到疑惑的地方。其中最明顯的，也許是一個較公平、客觀、尊重被告基本權利的刑事檢控和審判制度的出現。正如他所指出，這基本上是十七世紀英國清教徒革命的產物，而在法制史上是有重大意義的。但有人也許要問：這一發展和經濟結構變化或資產階級法權有甚麼內在關係？倘若的確有些關係，那就是作者略過了而沒有討論，這是很奇怪的。我們倘若把視野再擴大一點，進而追問書中所謂十七世紀英國資產階級革命到底是怎麼一回事，它的起源如何，那就不免十分尷尬了。因為作者不可能不知道，也不可能否認，這一革命通稱為清教徒革命 (這一名詞上文為了方便而採用，其實是作者始終避免提及的)，它雖有極其重要的經濟和社會結構背景，但最直接、最主要的原因則是信奉新教的鄉紳、市民、大眾與具有強烈天主教傾向的幾位國王，包括上了斷頭台的查理士一世和被逐出奔的詹姆斯二世的長期鬥爭。事實上，撇開了宗教，

十六和十七世紀的歐洲歷史，包括法制史在內，是否有可能全面了解？這一問題恐怕是泰格不願回答的吧。

也許，至終應該承認，宗教與經濟，教皇與商人，理想與資產階級革命，對近代西方法律體制的形成來說，是同樣重要的塑造因素，我們不可能從任何單一角度來真正理解這一漫長、曲折而又複雜的革命過程。

可是，對於中國讀者來說，在消解這兩個觀點的張力之後，還有另一個必然會浮現，而且也許更迫切的問題。那就是，為甚麼同樣的法律革命和演化沒有在中國發生？更確切的問題應該是：法律在中國為甚麼沒有像在西方那樣，形成一個高度精密與思辯性的系統，並且以此形式流傳、發展，和影響政治、文化、社會？中國為甚麼沒有任何政治或思想演變是以法律為機制來開展的？明顯的答案是中國的大傳統重禮而不重法，講求個人道德修養的儒家是主流，講究刑律的法家自秦以後便失去勢力 (最少在外儒內法這一格局下失去了思想上的主導性和發展潛力)，這與西方文明源頭重思辯的希臘精神以及重法律的羅馬精神迥然不同，遂導致後來的發展相異。

這誠然不錯，但為甚麼秦漢帝國與羅馬帝國又有那麼大的差異呢？我們不可忘記，成書於公元534年左右的《查士丁尼法典》其實已是一套法律文庫，它不但包括歷代敕令、律例，而且還有教材和大量案例、判詞。它的英譯本統共有4,500頁，約二百萬字。相比之下，秦漢時代遺留下來的法律文獻，委實少得可憐。此外，雙方在法律觀

至終應該承認，宗教與經濟，教皇與商人，理想與資產階級革命，對近代西方法律體制的形成來說，是同樣重要的塑造因素，我們不可能從任何單一角度來真正理解這一漫長、曲折而又複雜的革命過程。

念上的差異，也是同樣巨大的。漢高祖入關時的約法三章，所謂「殺人者死，傷人及盜抵罪」不但表現了對嚴密和繁複法律條文的惡感與不耐煩，更且反映了民法和商法上的巨大空白：契約、財產、買賣、借貸、婚姻……這些羅馬法中有詳盡論述的題材，在秦漢都根本不見之於律法，最少不被視為其重要部分。例如，《睡虎地秦墓竹簡》有關法律的部分共600餘支，估計才不過二、三萬字，其內容大抵上可以用刑法與行政規則來概括，亦即是說，只涉及國家與個人之間的關係，而沒有涉及純粹屬於個人之間的關係。最少，我們不能不承認，刑法 (criminal law) 幾乎是正史中惟一詳細討論的法律，而且其關注點亦只限於刑罰之輕重、法網之疏密，至於刑法本身的理論基礎、結構、自洽性等等則是罕有提及的。

其實，東西方在法律觀念與制度上的分歧起源遠早於秦漢和羅馬時代，甚至亦遠早於羅馬的《十二銅表法》(449B.C.)。我們只要翻開地中海和中東文明(這我們現在知道是希羅文明的源頭之一，另一源頭是埃及)的介紹，就可以知道查士丁尼實在是源遠流長的一個法制傳統的集大成者。在他之前一千年，希臘的梭倫 (Solon) 就已經以頒布成文的木板法(約592B.C.)於公眾大堂並且組織「全民法庭」知名，那比子產鑄刑而受到批判(536B.C.)要早大約六十年。但梭倫也並非始創者：在他之前千餘年，巴比倫第一皇朝的漢謨拉比 (Hammurabi) 就已經公布了詳盡的，包括合約、財產、婚姻、離婚、遺產、專業(例如外科手術和建築)瀆職、法庭程序等等各種事

項的法典，它的時代(1700B.C.)要比中國史書僅有極簡略記載的《甫刑》(周穆王時代，公元前十世紀左右)早七百多年——那相當於先商時代，當時中國是否已經有早期文字，尚有爭議。這部刻在2.3米高黑色玄武岩上的重要法典原件在巴黎羅浮宮展覽，是所有訪客都可以見到的。甚至，漢謨拉比也還非源頭，他的法典其實是蘇末 (Sumerian) 與閃米特 (Semites) 傳統的融合。在他之前再一千年(2700B.C.)，兩河流域的蘇末文化已經遺留下大量正式田地和奴隸售賣契約；在公元前2350至1850年間，蘇末人已經編纂了兩部流傳至今的法典(所謂Ur-Nammu和Lipit Ishtar法典)，而且還留下了數百宗紀錄在泥版上的法庭案例以及詳細法庭組織和規程的記載。

換而言之，一個有大量文書紀錄，並且是高度發展的農業與商業混合文明早在中國三王五帝的傳說時代就已經在西亞出現了，波隆那的伊內留斯和他的門徒在十一世紀所秉承的，是一個已經累積了將近四千年之久(雖然是時斷時續)的成文法傳統，它比中國最早不超過韓非子時代(280-233B.C.)才逐漸出現(而其後又一直缺乏發展空間)的法學要豐富、精密、深刻得多，是不足怪的。從這一個歷史發展的角度去看，我們對於東西方之間法學的差異，以及中國今後法律現代化所必須經歷的途徑，當會有一個更為平衡和全面的看法吧。

陳方正 香港中文大學中國文化
研究所所長

早在公元前1700年左右，巴比倫第一皇朝的漢謨拉比就已經公布了詳盡的，包括合約、財產、婚姻、離婚、遺產、專業瀆職、法庭程序等等各種事項的法典，這要比中國史書僅有極簡略記載的《甫刑》早七百多年。