




中国政法大学县域法治研究中心 主办
杨玉圣 主编

 学术共同体文库 

从心集

程汉大 著

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

从心集

程汉大
著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

从心集 / 程汉大著. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2017.3

(学术共同体文库)

ISBN 978-7-5201-0447-0

I. ①从… II. ①程… III. ①政治制度-英国-文集
IV. ①D756.121-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第037970号

· 学术共同体文库 ·

从心集

著 者 / 程汉大

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 张晓莉 叶 娟

责任编辑 / 孙以年 王浩婷

出 版 / 社会科学文献出版社·列国志出版中心(010)59367200

地址: 北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 21 字 数: 364千字

版 次 / 2017年3月第1版 2017年3月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-0447-0

定 价 / 139.00元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

目 录

CONTENTS

点燃心炬铸春秋

——我所认识的程汉大老师（序一） 高鸿钧 / 001

取善辅仁南湖畔

——我与汉大兄的友谊（序二） 范忠信 / 004

法治的英国经验 / 009

12~13世纪英国法律制度的革命性变化 / 028

14世纪英国议会的发展 / 046

论中世纪晚期英国议会政治 / 059

在专制与法治之间

——“都铎悖论”解析 / 070

17世纪英国宪政革命的博弈分析 / 085

关于18世纪英国政党结构的争论 / 102

英国陪审制与欧陆纠问制探源 / 110

英国二元律师制度的起源、演变与发展走向 / 130

从学徒制到学院制

——英国法律教育制度的历史演进 / 141

英国地方自治：法治运行的三个阶段 / 160

允执两端 求中致和

——英国法律文化的二元平衡精神 / 177

雅典宪政的特点及其局限性 / 188

| | |
|--------------------------|-----|
| 中世纪欧洲的宪政元素 | 211 |
| 司法克制、能动与民主 | |
| ——美国司法审查的理论与实践 | 238 |
| 寻求“有限”与“有为”的平衡 | |
| ——20世纪西方宪政发展趋势 | 257 |
| 当代西方马克思主义史学的主要理论特征 | 272 |
| | |
| 进步是20世纪英国的第一主题 | |
| ——读《二十世纪英国》 | 279 |
| 李栋著《通过司法限制权力》序 | 285 |
| 走在十字路口的外国法制史学及路径选择 | 290 |
| 如何读法学研究生 | 299 |
| 历史学家刘祚昌 | 304 |
| 荷角初露 | 308 |
| 诗文存稿 | 310 |
| | |
| 附 录 | |
| 程汉大论著目录 | 320 |
| | |
| 跋 | 326 |
| | |
| 后 记 | 329 |

点燃心炬铸春秋

——我所认识的程汉大老师（序一）

高鸿钧*

我们大学读书期间，虽然赶上了好时候，但文革刚刚结束。相对于大陆法，国内英美法的研究一直薄弱，加上当时意识形态的因素，我对英美法的了解十分肤浅，且还染有一些偏见。20世纪80年代初，我到法大读研，师从潘华仿老师。潘老师主要研究英美法。在他的指导下，我开始较深入地接触英美法。90年代初，我参与了由嵘老师主编的《外国法制史》的编写工作，承担了其中的英美法部分；同时参与了潘汉典老师主持的《比较法总论》的翻译，承担了其中英美法内容的翻译。这样开头，好像在叙述自己的经历，显摆自己的业绩，其实真实的用意是想表明，在某一时段，我曾较为系统地接触到英美法，通过读书讨论、撰写教材和翻译有关内容，至少对英美法具有了初步认知。

但在学园中，我是个“杂食动物”，不但吃着碗里瞧着锅里，这山望着那山高，甚至妄想“独上高楼，望尽天涯路”。在此后的一段时间，我兴趣虽然转至别处，读些杂书，但对英美法的旧情犹在，并默默关注“她”的“倩影”和“行踪”。1995年，程汉大的《英国政治制度史》悄然问世。这令我眼前一亮。我颇有“蓦然回首”之感，一问才知，“那人”在山东师大工作，本行是历史学家，在世界史领域，专攻英国法律史，并颇有建树。从此，我对程老师不禁肃然起敬，暗中为学界有了同道而由衷高兴。

2000年前后，在一次外法史年会上，我终于遇到了程老师。以文会友，

* 清华大学教授、博士生导师。

我们一见如故，交流十分愉快。程老师治学严谨和勤奋，为人真诚和敦厚，给我留下了深刻印象。不久，他把签名本《英国政治制度史》寄给了我。2001年，他主编的《英国法制史》正式出版，我再次为之高兴。得到赠书，自然如获至宝。受到程老师研究的启示和推动，2003年，我院以《清华法治论衡》作为平台，组织了“英美法专号”，但巧妇难为无米之炊。在国内，关注英美法的学者虽然越来越多，但英美法的专家寥寥无几。我便与程老师联系，希望得到他的惠助。他非常热情地支持我的想法，不仅自己撰稿支持，还帮助我组稿。2004年4月，这个“专号”正式出版。我在这辑编后记的一段文，记录了程老师的无私奉献和热情支持：“他多年来潜心研究英国法，成为国内这个领域为数不多的专家之一。他不仅应邀为本辑撰稿，还专门为本刊组织文稿数篇，并专程携带文稿来京，与编者共商文稿修改事宜。可以说，没有程教授的支持与协助，本栏目的计划无法实现。”

程老师大我几岁，经过几年的交往，我们便成了好兄弟。2002年开始，卫方与我主持的《比较法学丛书》陆续出版。程兄非常支持我们的工作，把自己为第一作者的《英国司法制度史》慷慨献给《丛书》。该书是国内首部系统研究论述司法制度的专著，2007年出版后，得到了国内学界的关注和好评，使《丛书》大为增色，也加深了我们的情谊。

中国政法大学的中秋教授是法律史和法律文化领域的著名学者。他在中国政法大学读研究生期间是我的同学，毕业后，我们的情谊不断加深。他知道我与英美法有段“初恋史”，旧情难舍，多次鼓励我重温旧情，使“有情人终成眷属”。2006年，中国政法大学法律史研究基地设立了“英美法系与西方法制文明研究”项目。中秋教授鼓励和支持我申请此项目，建议组织国内有关研究力量，从整体上推进国内的英美法研究水平。中秋教授的建议和这个项目固然意义重大，但责任也重大。对我个人来说，这也许是不可承受之重。于是，我便再次向程兄求助，并得到同道热情支持。我们共同申请了这个项目。这个项目得到批准后，他几次来京与我会商，具体讨论项目的人员组成、成果的结构与立意以及实施的步骤和方法。他除了积极撰稿，还热情帮助我全面实施项目，成为项目成果的合作主编。程兄是国内英美法领域的首席专家。在这个项目中，他屈尊辅助我这位英美法二把刀，充分表明了他的学术境界和兄弟情怀。这让我想起：为了春天，红花陪衬绿叶；为了抗曹，孔明佐助周瑜。经过6年努力，在李红海教授等一批英美法学者的支持下，我们合作主编的两卷本《英美法原论》入选2012年“国家哲学社会

科学成果文库”。此书出版后，得到了学界的肯定和好评。回想这个过程，程兄的鼎力支持令我感动，他的深厚情谊使我倍感温暖。

2015年，程兄的大作《西方宪政史论》出版。出版前，程兄就把文稿发给我，我先睹为快。当出版社请我写段推荐语时，我虽然感到这是一份殊荣，但也深感惶恐，觉得这有点像观众评论演员，外行点评内行。转念一想，作为一位读者，把自己的真实想法告诉其他读者，也许并无不妥。于是，这本书的封底上，印上了我的推荐意见：“程汉大教授潜心研究西方宪政史，追本溯源，探微索隐，披沙拣金，含英咀华，撰成本书。这部心血之作，考察了西方宪政的起源和发展，阐释了宪政的内在义理和精神，论述了宪政的运行条件和机制。本书对当代中国法治和依宪治国的理论和实践，都颇多启示。”我以为，上述评语绝非溢美之词。更重要的是，这本书以这种方式，记录了同道的深情厚谊。

这部力作出版后，我们原想组织一个研讨会，但由于大家都理解的原因，这个计划未能实现。程兄亲自把他的签名本送给我，并题诗一首：“闲云野鹤欲何求，案头书香伴春秋。展卷悦读风雅颂，提笔涂鸦逍遥游。筚路蓝缕觅原道，探微索隐溯源流。文成高朋酬和韵，怡然自得笑王侯。”签名和题诗时间是2015年7月14日。

一年半过去了，我虽姓高，但不敢自诩“高朋”。不过，于程兄“文成”，而我没有“酬和韵”，毕竟感到有些缺憾。借恭贺程兄七十华诞之际，聊以拙句作为“和韵”：大漠荒原道难求，点燃心炬铸春秋。百代英例细品鉴，千载西宪任遨游。根深叶茂木永秀，源远流清水长流。丹书铁卷魂不老，成仙何须觅封侯。

祝程兄健康长寿！

2016年10月31日

取善辅仁南湖畔

——我与汉大兄的友谊（序二）

范忠信*

在我心目中，汉大兄正值中天华年，学术青春绽放，魄健神旺；不久前刚完成力作《西方宪政史论》，享誉史法两界，令我钦佩，也令我汗颜。忽闻竟届古稀，颇感诧异，岁月如梭竟至于此！弟子们将其近年诗文集结，印书庆祝，要我写点感言，此正合我意，于是欣然命笔。很早就想写点文字“奉和”汉大兄《缘分无价》一文，今天总算有了一个好由头。

我认识汉大兄，始于2001年，一晃十五年了。1998年我自苏大调中南工作后，因负责筹备申报法史博士点而与汉大兄结缘。2000年春我与李汉昌、陈小君两同事成功劝说老同学景良兄加盟中南后，在为法史学科梯队建设筹划方案时，景良兄向大家推荐了程汉大兄。景良说，山东师范大学有个程汉大教授，我与他虽不相识，但很早就听说他学问做得非常好，著作《英国法制史》影响很大，在外国史学界很有声誉，很多外法史同仁也知道他，若能引进必将助成我们的博士点。因隔行如隔山，我听闻汉大兄名字此为第一次，于是不得不按景良开列书单，找来汉大兄的《英国法制史》《英国政治制度史》《文化传统与政治变革——英国议会制度》三本书，匆匆翻阅，试图读书观人。粗览三书后，我基本肯定：这是当世难得的一个纯真学者。说他纯真，无须别的标准，只看学术气质或思维性格。读其书，我发现他对英国议会制度与政治文明演进历程的梳理分析，对司法主导型英国法治进化特征的梳理分析，对普通法、衡平法与英国法传统精神的分析等，都纯

* 杭州师范大学教授、西南政法大学博士生导师。

从科学精神和人文关怀出发，充满学术的专注和虔诚，思维方式和语言表达都非常质朴，见不到一般学者的宏大套路和云山雾罩，见不到当红学者的官商二气交织；尤其是各书都没有罗列职务、课题、奖项、荣衔以自我介绍，全然没有“行走江湖多年”的迹象……凭着这些印象，虽未谋面，已如故交，我决心游说他加盟中南。

作为一个隐者式的学人，汉大兄很不易找。我先后找山东大学谢晖、范进学、林明、马建红等多位朋友打听汉大兄电话都无果，最后是曲阜师大袁兆春兄帮我找到了汉大兄住宅电话（那时他似乎还没有开始用手机）。第一次打电话过去，接电话的是夫人段老师。她问我何事，我开门见山就说要“挖角”引进程老师。因为素不相识，段老师很警惕，问我是不是打错了电话，我估计她内心以为碰到了骗子。特别是，当我自报“中南财经政法大学”全名之时，竟被问“有这个学校吗？没听说呀！”我颇感尴尬。也难怪，那个又长又怪的校名才诞生一年多，好多人都没听说过，领导也常常念错。从没听说过的学校里来了个素不相识的人，突然打电话说要邀请你，人家当时内心阴影面积可想而知有多大了！半晌，待汉大兄接过话筒后，我这才跟他一五一十道明了原委。听了我对中南法学布局 and 法史学科现状的介绍，特别是听了我对法史学科申报博点成功概率的分析，汉大兄二话没说，直截了当地回答：“加盟可以考虑！”事后我问汉大兄，当初为啥仅凭一番电话交谈就敢答应如此大事呀？汉大兄说：“听声音呗！听音调音质音色，发现你特别真诚，根本不可能是骗子，更不用说你们的建设规划也吸引人！”原来，他听音识人，我读书观人，我们这类厚朴者的识人逻辑是一样简单的。

随后，我和景良兄联名上书校长，请求赶快引进。2001年9月某日，学校派人事处副处长袁翠凤与我同飞济南，与山东师大历史系和学校有关领导商谈此事。在那里，刚开始很不顺利，人家只是客气应付，根本不表同意。当晚，在汉大兄家里美美地吃了一顿段老师亲手包的山东饺子以后，我们商定：不管校、系态度如何，我们坚决推进，克服一切困难。此后经过多次反复沟通协商，2001年底基本达成一致，2002年1月汉大兄正式签约加盟中南。

久居北方者一般不习惯南方四季潮湿、冬无暖气、少有面食的生活模式，汉大兄肯定也有这样的问题。他曾跟我说过，即使调到武汉工作，退休后也会回山东度晚年。但为了符合有关学科梯队的人事规定（如教师必须

全职全岗),为了更有利于中南的博点申报,已经53岁的他主动选择了麻烦和牺牲。汉大兄此次调动所承受的麻烦或牺牲当然远远不止这些。自1975年本科毕业后,汉大兄一直留母校山东师大工作,三十多年从无变动,堪称学术界最“安土重迁”的人。此次调动,乃他人人生第一次,其麻烦之大,非同等经历者不能想象。作为这次调动的“始作俑者”,看到他承受许多艰难,我是最为惭愧的,至今仍感觉特别对不住他。我的惭愧,除了上述原因外,还出于以下几个原因。

第一是住房条件。因为体谅学校房源紧张,汉大兄主动提出公租一小套青年教师公寓就可以了,不要学校一分钱住房补贴。这套建于20世纪80年代中期的40多平方米的小单元房,破旧不堪,到处漏水,墙皮脱落,门窗漏风,明走电线老旧,连刚入校的青年教师都不愿意住,汉大兄却欣然接受,欣然安家了。后勤处做了一番简单修刷移交给他以后,汉大兄一住就是三年。其间我也曾提出应向学校申请改善一下,都被他谢绝了,他说真心不想给学校添麻烦。

第二是工资待遇。调中南工作,汉大兄没有提任何工资改善要求,没有拿一分钱科研启动金。只是考虑到他家属仍在济南,学校主动给予一些路费补贴而已。由于外法史方向学生少,课时数不足,而教师实际工资与带学生数和授课量紧密相关,所以他在中南的几年里工资一直不高,很可能比在济南时还要低一点。这样的待遇下,他仍全身心投入工作,真的令人钦佩。

第三是生活习惯。因一人在武汉,长期到食堂打饭,或煮碗面条对付,生活水平简直从教授回到了本科时代。湖北菜偏辣,面食少而且没筋道,北方人无法习惯;冬天寒冷,没有暖气,室内比室外更寒冷,久居北方的人,来南方最苦者,莫过此事。我曾多次见过汉大兄从食堂打饭回舍,就着一盘早已被寒风吹凉的小菜,坐在床沿就书桌吃饭的场景,或晚饭后为抵御严寒坐在床上,裹着棉衣拥着几层棉被看书或备课的场景,常常禁不住有些心酸。玻璃上贴满报纸也阻挡不住的寒风,从门窗缝隙中长驱直入,任你穿多厚棉衣并开着电暖器,仍如在冰窟,寒意彻骨。这一切,比起北方冬天暖气温室里穿着衬衣的舒适生活,差别何啻天壤?

在这样的艰苦条件下,汉大兄和我们一起,打拼了三年。他的人品、他的业绩、他的贡献,获得了法学院同仁的一致好评。时任法学院院长的齐文远兄、时任法学院书记的刘茂林兄,都先后多次对我和景良感叹:这些年法学院引进的人才不少,但像法史学科引进的程汉大教授这般谦逊厚道、任劳

任怨、责任心强的，还真少见！

经过这三年的努力，中南法史学科点取得了一系列标志性成绩。2003年，经国务院学位办批准，学科建成了法史二级学科博士点（当时全国法史博士点仅五六家），同年法律史学科入选湖北省重点学科，为全校最早入选省重点的三个学科之一。紧随其后，2004年，以民商法、法律史、宪法行政法三个博士点为基础，经国务院学位办批准，中南建成了法学一级学科博士点和博士后流动站，次年又建成了知识产权国家人文社科基地；2007年，建成法制史省级精品课程；2010年，建成法制史国家级精品课程。另外，在教育部学位与研究生教育评价指标体系中，中南的法律史学科名列全国第五；在中国管理科学院2006年发布的全国研究生院评价报告中，中南法律史学科名列全国第四。这一切成绩，是学科点全体同仁共同努力的结果，当然特别包含着汉大兄的贡献。

虽然后来他因留恋齐鲁故土而调回了山师，我也因羡慕天堂热土而调到了杭州，但作为这一事业项目的设计兼执行者，我不能不以这篇文章，附带为中南法史学科史上这一段胼手胝足共同创业的历程留个书证。

这些学科建设项目成果，后人看起来也许仅仅是形式或花架子而已，但谁也不能不承认，这些形式对于中南法科在全国先锋地位的奠定是不可或缺的。同时，我罗列这些也是为了说明：汉大兄克难南下，吃了那么多苦，是值得的，没有白费。当然，更重要的是，因为在中南工作期间的教学科研积累，因为更深更广地加入法学学术空间，汉大兄将英国法制史研究推到了一个新高度。在中南工作期间，他与李培锋博士合作完成了40多万字的《英国司法制度史》，2007年由清华大学出版社出版。回到山东后，他又完成了近40万字的《西方宪政史论》，2015年由中国政法大学出版社出版。这些必将流传久远、遗泽后昆的学术成果，也可能比前述学科建设更有意义。

在《英国司法制度史》书后，汉大兄以“缘分无价”为题写了一篇非常感人的后记。这篇后记，实际上是他对加盟中南后学术转轨经历得失的一个简要总结。“在中南浓郁的法学氛围熏陶下，我完成了学术研究方向的转换，阅读了许多法学名著，提高了自身的法学理论素养。在教学上，我先后为法学专业的本科生、研究生开设过英美法制与宪政、英美法概论、外国司法制度比较、西方宪政史等课程。本书就是在外国司法制度比较课有关英国部分讲稿的基础上修改扩充而成的。如果没有忠信、景良的信任和积极举荐，没有中南财经政法大学法学院提供的‘转学’机会，我可能至今依旧

徘徊于法学大门之外，无缘‘改换门庭’，《英国司法制度史》也就不可能与读者见面。是为缘分之一。”

对那几年在别人看来艰难困苦、不堪其忧的中南工作经历，他竟然有如此温馨感怀，其敦厚谦逊，溢于言表。人之伟大，也许正存于此种难得的心态平和之中！此外，他将在中南工作期间与李培锋博士切磋琢磨、合作著述视为“缘分之二”，把自此参加外法史年会活动结识高鸿钧等同道获得学术帮助视为“缘分之三”，这些都是“转学”中南后的新体验和新收获。他十分珍惜这些，而我更珍惜与汉大兄共同打拼的那个历程和缘分。

明代蒙书《幼学琼林》说：“取善辅仁，皆资朋友。”与汉大兄的十五年交往，正是我个人在友谊中取善辅仁的宝贵历程。汉大兄在南湖畔的三年工作和贡献，其实也是一个为中南学科建设取大善辅大仁的过程。汉大兄的德行和人生境界，是我的楷模榜样，也是我的一面镜子。通过这面镜子，我注意到了自己的不足，我经常对照以正衣冠。汉大兄专注学术，不为名累，不为利诱，每每让我反省并惭愧；汉大兄生活素朴恬淡，不畏困寂，也每每让我赧颜；汉大兄对学生高度负责及严格要求，也每每照出了我的不足；汉大兄对学术的虔诚恭敬，也让我偶有的沾沾自喜烟消云散。“与善人交，如入芝兰之室，久而不闻其香”，这些年汉大兄正是这样潜移默化地影响着我。尤其是，看到汉大兄花甲之后，仍不知疲倦，笔耕不辍，硕果累累，每每促使我自勉自诫，促使我勉力将经常袭来的困顿和懒惰拒之门外。怎么说我也比汉大兄小了十来岁，总不能先行放任精神衰颓。就算天再寒冷，也得强打精神做有益之事。不做有益之事，何以遣有涯之生？

高尚事业和金兰友谊，让我和汉大兄心中有恒星。与学术的缘分，与同道的缘分，就是我们心中的太阳，特别是寒冬时节的太阳！

2016年11月14日

于余杭古镇

法治的英国经验*

法治是人类共同追求，但不同国家的法治道路却各有各的不同：有的国家的法治道路既漫长又曲折，历经坎坷才终达目的；有的国家历经艰难曲折后至今也未真正实现；不过，也有的国家比较顺利，并且较早地获得了成功，英国就是这样的国家。尽管英国的法治进程不敢说是不漫长的，但曲折的确比较少，中断和反复从未发生，堪称是一条徐缓渐进的成功之路。

那么，英国的法治之路是怎样取得成功的？有何经验与启示？本文拟首先分四个关键性历史“网结”，^①粗线条地追溯英国法治历程，然后就英国的法治经验谈一点个人不成熟的看法。

一 盎格鲁-撒克逊习惯法与法治的起步

英国的法治进程始于建国之时，源于古代日耳曼人的原始习俗。

公元5世纪中叶，盎格鲁-撒克逊人入侵不列颠。盎格鲁-撒克逊人原本生活在欧洲大陆，属于日耳曼人分支。日耳曼人自古就有遵法守法传统，正如休斯勒所言：“翻开中世纪日耳曼的法律典籍，其通篇驰骋的观点是：法——‘人们对上帝所创造的公正和真理的一种追求’。任何武断与专制都

* 原载《中国政法大学学报》2008年第1期。收入本文集时，略加修改。

① 梅特兰曾经说过，历史“是一张无缝的网”（参见〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1996年版，序言，II）。此话千真万确，对于素以连续性、渐进性著称的英国历史来说尤为如此。不过，梅特兰由此推出的结论——不管人们从什么地方切入进行历史研究，都会撕破这张“网”——似乎值得商榷，因为大凡是“网”，必有经纬交织形成的“网结”，只要选准关键性“网结”作为切入点，不仅不会破坏“网”的完整性，反而能收到纲举目张之效。况且，要深入认识历史，需要条分缕析，势必撕破历史之“网”，一如霍布斯鲍姆所言，“历史之网只有拆破，才能抽出单独的织线”（参见〔英〕霍布斯鲍姆：《革命的年代》，王章辉等译，江苏人民出版社1999年版，序言，第3页）。

是与法不可相容的。”^①

入侵不列颠之前，日耳曼人尚处于氏族社会解体阶段，社会秩序主要依靠原始习惯来维持，而习惯是社会成员在长期的交往中自发形成的，亦即得到社会成员普遍认可，由此就形成了这样一种朴素的法意识：法律源于古老习惯，法律的有效性是基于社会成员的认同，是故，法律只能“被发现”，而不能“被制定”。

那时，维护和执行社会习惯的机构是各级民众大会，即部族大会、千户区大会和百户区大会。大会通常在称为“法律之丘”的山脚下举行，山丘之巅立一巨大石柱，象征法律的至高无上。^② 届时，会场四周树以木桩，用一根称之为“圣围”的长绳圈围起来，圈内之地是“和平圣地”。会议由所属区域内的全体自由民参加，开始时首先举行静肃仪式，由主持人（即部族首领或长老）庄严宣告：“余要求诸位静听，不听者禁之。”继而由一名或几名被大家公认为精通部族习惯的宣法者提议处罚方式，最后由全体与会自由民通过撞击武器的方式做出判决。^③ “法律之丘”、“圣围”、“圣地”等遗迹都是古代日耳曼人法律意识和法治传统的历史见证。

另据塔西佗《日耳曼尼亚志》描写，古日耳曼人即使在平时的赌博娱乐中，也都“正经其事地”认真对待游戏规则，“甚至当赌本输光了的时候，把自己的身体自由拿来作孤注一掷。输家情愿去做奴隶；即使他比对方年轻力壮一些，也甘心被缚着去拍卖”。^④ 庞德认为，这种习惯体现了一种“严格法的精神”。^⑤

入侵不列颠后，盎格鲁-撒克逊人把古日耳曼人的“严格法的精神”和不成文习惯随身带入英伦，并把它们奉为治理国家、维护社会秩序的主要手段，于是形成了英国早期的习惯法。与此同时，盎格鲁-撒克逊人建立起了郡区-百户区-村镇三级行政区划体系和以郡法院、百户区法院为主体的公共法院（Communal Courts）体系，作为适用习惯法的机构，继续保持了

① [美] 庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2001年版，第45页。

② [美] J. H. 威格摩尔：《世界法系概览》（下），何勤华等译，上海人民出版社2004年版，第690~693页。

③ [美] 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社1999年版，第39~43页。

④ [古罗马] 塔西佗：《阿古利可拉传·日耳曼尼亚志》，马雍、傅正元译，商务印书馆1997年版，第67页。

⑤ [美] 庞德：《普通法的精神》，第13页。

古日耳曼人的大众集会式司法传统。

习惯法不是由某个权势人物或机构所刻意制定，然后“自上而下”、“由外及里”强加于社会的“国家法”、“制定法”，而是人民大众约定俗成的产物，是自发生成的“社会法”、“大众法”。历史法学的鼻祖萨维尼认为，习惯是法的最佳来源，习惯法体现了民族精神，是最容易达到法律规范稳定性和明确性的法、最有生命力的法。卢梭则认为，习惯法“既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的内心里”，它们是所有法律中最重要的一种，其他一切法律都仰赖它，因为其他法律“都只不过是穹窿顶上的拱梁”，而唯有慢慢诞生的习惯法“才最后构成那个穹窿顶上的不可动摇的拱心石”，故而“形成了国家的真正宪法”。^①因此，相对于国家制定法来说，习惯法天生具有两大优越性。

第一，它们通常都是体现社会公意和公益的良法，因为从习惯到习惯法的转化是通过所有自由人组成的公共集会法院的一个个具体判决实现的，这个过程就是社会大众对良莠杂陈、泥沙俱下的习惯进行“去恶存良”的筛选过程。

第二，它们通常都能得到社会成员的普遍信仰和服从，因为大众对习惯的筛选过程，亦即社会对所选习惯的集体认可过程。既然习惯得到了社会的共同认可，那就不允许任何人置身其外或凌驾其上，即使贵为国王也不能例外。

总之，良善性和实效性是习惯法与生俱来的本质属性，而这两点恰恰是亚里士多德所说的法治之法的基本要求。^②

由于立法权和司法权从来就没有集中于国王政府手中，而是保留在了社会大众手中，故而建国伊始英国就形成了“王在法下”的法治传统。爱德华一世时的一位法学家断言，国王“根据法律而不是个人意志来引导他的人民，并且和他的人民一样服从于法律”。^③该传统的一个有效保障和形象化体现就是国王加冕宣誓。从8世纪起，英国的每一位新国王就职之前，都

① [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1979年版，第82~83页。

② 亚里士多德说，“法治应该包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是制定得良好的法律”（参见亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1981年版，第129页）。

③ A. Sharp (ed.), *Political Ideas of the English Civil War, 1641 - 1649*, London, Longman, 1983, p. 134.

必须跟随坎特伯雷大主教的提问，逐条宣誓作答，其中必不可少的几条内容是保证维护公认的习惯法、公正执法、惩恶扬善、伸张正义等。布莱克斯通说：“无论国王的加冕宣誓是如何被表达出来的，国王的誓词都是一份最无可争议的、内容明确的、主要的原始契约。”^①实际上，加冕宣誓过程就是国王明确宣示和承诺自身义务与责任的过程。如果国王背信食言，将有可能被废黜，甚至招致杀身之祸。

中国有句古语：“三岁看大，五岁看老。”托克维尔也曾指出，一个人的性格特征和人生道路往往决定于可塑性最强的婴儿时期，亦即取决于第一时间接触外部世界时的最初感受。“一个民族，也与此有些类似。每个民族都留有他们起源的痕迹。他们兴起时期所处的有助于他们发展的环境，影响着他们以后的一切。”^②对此，新制度学派的路径依赖理论提供了更富有说服力的解释。该理论认为，制度的初始选择是非常重要的，一旦人们选择了某种制度形式，各种相关因素会自发地向着有利于这种制度的方向发展，这种惯性力量将不断强化最初选择，形成制度的自我强化效应，即路径依赖。^③早期习惯法基本锁定了英国未来发展的法治走向。

二 诺曼封建法与英国法治的成长

1066年诺曼征服后建立起来的诺曼王朝，全盘继承了盎格鲁-撒克逊时代的习惯法和大众化司法传统。征服者威廉一世即位之初就广告天下：“保持爱德华国王有关土地及所有其他事项的全部法律。”^④此外，诺曼征服加速了英国封建制度的确立，并把臻于成熟的大陆封建法引入英国。封建法的引进进一步促进了英国法治传统的成长。

所谓封建法，指的是调整封建领主与封臣权利-义务关系的规范体系，它是双方合意的产物，而不是一方强加于另一方的结果。伯尔曼曾经指出，

① [英] 威廉·布莱克斯通：《英国法释义》第一卷，游云庭、缪苗译，上海人民出版社2006年版，第262页。

② [法] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆1997年版，第30~31页。

③ 章兴鸣：《政治制度演进的路径依赖探析》，《四川行政学院学报》2007年第6期，第48页。

④ F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge: Cambridge University Press, 1926, p. 7.