

英国普通法的诞生

[比] R.C.范·卡内冈 著



创于1897

商務印書館

The Commercial Press

英国普通法的诞生

〔比〕R.C.范·卡内冈 著

李红海 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

英国普通法的诞生/(比)R. C. 范·卡内冈著;李红海
译. —北京:商务印书馆,2017

ISBN 978-7-100-12940-4

I. ①英… II. ①R…②李… III. ①法制史—英国
IV. ①D956.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 013916 号

权利保留,侵权必究。

英国普通法的诞生

〔比〕R. C. 范·卡内冈 著

李红海 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-12940-4

2017 年 4 月第 1 版

开本 850×1168 1/32

2017 年 4 月北京第 1 次印刷

印张 9½

定价:26.00 元

目 录

第二版序.....	3
第一版序	17
第一章 从征服者威廉到格兰威尔时期的英国法院	19
第二章 王室令状与令状诉讼	58
第三章 王室法庭的陪审制.....	103
第四章 英国法与欧洲大陆.....	135
本书第一版注释.....	170
索引.....	229
译后记(法大版).....	258
译后记(商务版).....	260

献给时刻陪伴我辛劳
并为我所深爱的夫人

第二版序

vii

有些作者甚至会在其作品出版之后仍然致力于其原来的著述：他们与其著述一道生存，他们反复阅读、扩展、提高其作品，力图在其头脑中尽可能地形成一个新的版本。另外一些人则在书出版之后就完全将其置于了脑后，甚至不会拿出来重读一遍，因为他们已经转而关注其他问题了，而对自己所写作、再读、校对的东西感到厌烦至极。我属于后者，但我一直与普通法早期史方面的文献出版保持着联系，因此很高兴利用这次机会来关注一些在过去15年中业已讨论过且与此相关的主题。这一序言也给了我另一个机会来阅读那些下文中将提到的信函，尤其是那些来自 H. 科英(H. Coing)、G. D. G. 霍尔(G. D. G. Hall)和 J. R. 斯泰耶(J. R. Strayer)令人感动的评论信件。我也已经仔细重读了出版社定期转过来的读者的评论，这些评论后文将会不时地提到。

我头脑中的大部分主题都可以说是传统的，这其中之一是如下一个仍值得争论的话题：12 世纪时财政署(exchequer)和御前会议(curia regis)是否是两个截然不同的机构？1973 年时我还坚持自己早期的观点，认为它们是两个独立不同的机构，¹但有些学者表示反对。他们或者认为 12 世纪时“财政署的法官”(barons of the exchequer)与“王室法官”(king's justices)是两个可以互换

的术语(理查德森[Richardson]和塞尔斯[Sayles]的观点),或者认为当时的法庭(bench)与财政署是一样的,而直到胡伯特·沃尔特摄政时(the justiciarship of Hubert Walter)才分开(韦斯特[West]与霍尔持此观点,并得到了哈丁[Harding]和坎普的支持)。B.坎普(B. Kemp)在一篇内容颇为丰富的文章中详尽研究了这一问题,这其中格兰威尔著述(Glanvill's Treatise)中的一个逗号扮演了相当重要的角色,²这个逗号后来又出现在1977年由R. V. 特纳(R. V. Turner)完成的一篇论文中。在这篇文章中,作者引用了一份来自于1182—1185年的证人名录,该名录将王室法官和财政署法官视为两个不同的团体,这一切就发生在他们共同见证一份书面文件时。³请读者诸君见谅,当下的这篇序言并不是深入讨论这一类似拜占庭谜团*问题的地方,更不用说解决它了:塞尔登协会(Selden Society)即将出版的《从威廉一世到理查一世时期的英国法案例》(*English Law Cases from William I to Richard I*)有望包括一些澄清(如果不是解决)这一争论的新材料。

viii 诺曼人和盎格鲁-撒克逊人之间的沉冤旧账也已隆重出场,这一点没有人会感到惊异,而这一纷争则类似于欧洲大陆上日耳曼人和罗马人之间的争论。⁴其中的核心问题当然是诺曼国王从其盎格鲁-撒克逊先辈们那里究竟获得了多少好处。我一直觉得盎格鲁-撒克逊的成就相当辉煌,并在很大程度上解释了诺曼和安茹国王们为什么会有那么显著和早熟意识和成就,我的这一观

* Byzantine crux, 古代拜占庭宫廷政治以纷繁复杂闻名,故有此隐喻。——译者注

念特别(*inter alia*)因为 P. 威尔莫德(P. Wormald)那本扎实且富于启发性的著作而得以强化。⁵当然,并不是每个人都能确信这一点,因此已经有人力图贬低王室令状的作用,而令状则被很多人认为是古英吉利王国在技术和行政方面所取得的一项主要成就。⁶

所谓的“法国关联”也持续地诱发出不少评论。我曾在 1973 年指出过,英国普通法一开始是作为盎格鲁-诺曼法出现的,后者由海峡两岸的同一个封建社会所分享,而仅仅是在“诺曼底陷落”,且这一公爵领地为法兰克王国逐步同化而转向罗马法时它才变成了仅仅是英国的东西(第 96—98 页*)。在一项关于盎格鲁-诺曼时期的相当全面的研究中,马乔里·奇布诺尔(Marjorie Chibnall)赞同“法国人”和“英国人”当然都生活在一部共同的法律之下的观点;在名为“诺曼人和英国人”⁷的一章中,他从定量和定性的许多方面都考察了这种共生现象。这一盎格鲁-诺曼的“普通法”是如此地属于这一广阔的法兰克封建社会的一部分,以致“最近才怀着极大热情涉足一些法国法研究”的海亚姆斯(P. Hyams)就已经能够像伊韦尔(J. Yver)一样,将格兰威尔的著述视作法国习惯法汇编之一了。⁸这位作者遗憾地指出,这种“法国关联”在某种程度上已为学者所忽视,几乎没有人“看到过海峡的对岸”。当然,并没有太多的英国学者关注过这一点(尽管许多大陆学者这样做了):这是不是“梅特兰的失误”(他被认为对德国历史学家的著述非常了解、擅长)——哪怕是部分是——是另外一回事。然而正

* 此处页码指原著页码,即本书的页边码。下同。——译者注

如海亚姆斯指出的,每一位大陆学者都会为英国历史学家如今在海峡之外“找到其生命”而欢欣鼓舞。无论如何,当他满怀一种新手的真挚的热情明确地指出“法国是中世纪文化的中心”⁹而忽视ix 了深广的意大利贡献时,又确有一种夸大的倾向。海亚姆斯还谈起了作为一个“同一体的盎格鲁-法国习惯”,并坚持“法国关联”一词要比“诺曼关联”更好,¹⁰但他并没有说服我们。亨利二世时期英国法和诺曼法的相互渗透非常明显,但,比如,鲁昂(Rouen)财政署适用的法律却与米迪(Midi)的法律相当不同,虽然它们都属法国。作为“诺曼关联”的另一方面,令状在诺曼底的运用最近已经成为了贝茨(D. Bates)详细分析的对象,这样就恢复了关于英国令状的充分研究和对于其海峡对岸相应部分某种程度上的忽视之间的平衡。¹¹

作为早期普通法中的关键问题,新近侵占之诉持续地吸引着我们的注意力。它非常重要,因为它涉及到占有,即对自由地产及其收益的占有;对地产的保护也是政府早期关注的焦点之一。占有被侵夺(disseised)者通常意味着其生计被剥夺,他们当然可以前往法庭,经过繁杂及可能是危险的一整套地产权利诉讼(action in the right)来寻求救济。但另一种选择是,他们可以尝试王室恢复占有之令的便捷,它会将土地迅速返还给不正当侵夺行为的受害人。有关这种快捷却略显专横的王室干涉的例子并不难找到,¹²但这种粗放却便捷的正义所遇到的麻烦是,并不是所有的侵夺行为都必然是不正当的。有些人虽实际占有土地,但其权利却可能是有瑕疵的:他的占有可能是通过欺诈或暴力获得的,或者,即使他获得占有的途径合法,其土地也可能因某种合法事由而已

经被没收了。通过将王室强制干预与原有司法保障措施二者的优势相结合,新近侵占之诉解决了这一问题:在新近的过去其自由地产被剥夺者,如果当地的陪审团查明他确实是“不正当且未经判决”地被侵夺占有,那么 he 可以从郡长和王室法官那里获得迅速的补救。关于这一发展,有两个问题最近受到了特别关注:这一诉讼令是针对什么人发出的?同时它又是在什么特别的关头设计出来的?过去一般认为,创制新近侵占诉讼令是为了保护新近发生的非法侵夺事件中的任何受害者,针对的是任何不法行为者。后来,S. F. C. 密尔松(S. F. C. Milsom)表达了这样的观点:这一诉讼起初是供遭其领主侵夺土地的封臣使用的;换言之,它是针对领主作为侵夺者而设计的。¹³密尔松的论据之一是语义学上的,即“侵夺”(disseise)专门用于指领主将其封臣置于土地占有之外,因为“占有”(to seize)起初用来指领主将其封臣置于土地占有状态时所作出的行为。这样一种来自一位知名专家且颇有兴味的观点,需要一场此处所无法提供的更为全面的讨论,¹⁴但此时我却足以说我还没有这样的印象认为,亨利二世时期提供(及买来)的各种有关侵夺的令状(通过卷筒卷宗中的特许状和登录簿知晓),主要是由封臣针对其领主的(这里即将出版的《英国法案例》又可以对这一问题作出新的解释),我也无法确信“侵夺”就是专门指领主剥夺占有的行为。¹⁵

不过领主的确可以并且确实剥夺了那些怠于履行自己义务的封臣之土地:没有人会指望领主在其封臣持有其土地却又不遵守承诺时无动于衷。然而问题是,领主是否不经任何审判和判决就

可以收回土地或由自己来直接占有封臣的土地。这在过去*可能会被接受,但这里有迹象表明,也正是亨利二世采取了措施将司法保护扩展到了占有(seisin)问题。玛丽·切尼(Mary Cheney)最近已经关注了典礼官约翰的案件(the case of John the Marshal),后者于1164年前往法庭诉冤,因为其领主托马斯·贝克特大主教(Archbishop Thomas Becket)未经诉讼就从他那里收回了某些土地。这一切正好发生在1165—1166年冬天之前,而新近侵占之诉可能就是在这个冬天被设计出来的(以1166年卷筒卷宗的登录条目为证)。既然编年史材料说“依照当时的法律”(即在1164年时)这位典礼官没有获得救济,¹⁶那么他的案件之后法律发生的变化完全可能与新近侵占诉讼令状的引入相吻合。玛丽·切尼虽然没有暗示典礼官约翰的案子“在任何直观的意义上是新近侵占诉讼令出现的原因”,但她还是似是而非地得出结论说,本案刺激了王室的法律家们“设计一种标准的、常规化和非个人化的程序,来取代早期那些为保护占有而采取的不标准的、非常规的和武断的王室干预”,¹⁷这样就足以保证自由民在无判决的情况下不被剥夺土地占有。

学者们忙于关注的另一个问题是,为什么英国普通法抵御了罗马法的普遍影响。1973年时我关注了年代因素,认为罗马模式之所以在英格兰无机可乘,是因为在就一般而言的学术法**和就

* 此处应指1166年《克拉伦敦法》——据说新近侵占诉讼令就是该法创设的——颁布以前。——译者注

** 指因欧洲大陆大学中对罗马法的研究而产生的具有学术性质的罗马法。——译者注

具体而言的罗马-教会程序法成就并准备引入王国及其法庭之前,英格兰就开始了其法律制度现代化的进程。这一解释赢得了某些赞同,¹⁸ 尽管也有人非常正确地突出了其他因素。¹⁹ 例如,在一篇令人振奋的论文中,沃森(A. Watson)最近在一个欧洲的语境下注意到了封建主义对那一“共同的成文法”^{*}所建立起来的强大抵御:一个国家的封建化程度越低(比如弗里斯兰**),它对罗马法和教会法律的影响就越开放;反之,封建化程度越高,对于“罗马法继受”的抵御力就越强。因此,英格兰作为全欧洲封建化最彻底国家的事实,一定是她顽固抵御对罗马法和教会法感染力的重要因素。²⁰

就我所谈到的内容而言,其实只是普通法及其法庭内部的一些技术问题。当柯兰奇(M. Clanchy)最近在一篇文章中正确地指出仲裁与友善和解(arbitration and amicable composition)在中世纪英国社会中的作用时,无论如何,我所描述的那些问题并不是纠纷解决的全部事实。²¹ 因此,还需要对普通法早期阶段司法和仲裁程序间的关系略作评论。柯兰奇并没有像许多历史学家那样为亨利二世及其法官所取得的成就欢呼雀跃,因为他相信王室法庭及其令状、陪审团的成功,是以牺牲“存在于封建臣服效忠和亲族忠诚关系中的传统情感联系”为代价的,后者被削弱并遭受重创而又没有什么东西“足以”取而代之。对于像我这样关注英国王室法庭成功统计学材料的历史学家来说,作者的回答是,“对此发展

* 指罗马法。——译者注

** Friesland, 荷兰北部省份。——译者注

的一个充分解释是原告别无选择”。²²我相信,柯兰奇已经开启了一场有趣的争论并很可能导致一场热烈的讨论,但我在这里必须把自己重新限定在这一点上:只对那些最为适合的问题及可能最好的答案作一些临时的评论。通过邻里及亲属的友好帮助来仲裁及友善和解属于非常古老的制度,并经过中世纪得以流传,“爱”沿着“法律”及法庭权威判决的边缘在发挥作用。鉴于关于欧洲法律史上这两种制度孰轻孰重在数据方面差别的研究几乎没有,关于争讼的统计学研究也仅处于起步阶段,²³我将把自己局限于对 12 世纪英格兰的一些评论上。王室法庭的成功是不容否认的事实,但这是因为“原告别无选择”,还是因为他们更推崇王室司法胜过乡村和解呢?数以百计的人准备支付一大笔费用以将自己的案件移交王室法庭听审的事实,表明应该是后者。他们可能“别无选择”,不过仅在其他可能的方式太冒险(如果不是不可靠的话)的情况下这话才有意义。同样也不难看出,为什么“普通民众涌向王室法庭”²⁴以获取“在封建或庄园司法中几乎轻易可以得到的判决”²⁵,因为在由王室权威支持以执行司法判决的法庭上进行诉讼肯定有着某种优势。公众明白,国王对于法律问题的关注绝非毫无根据的夸夸其谈,在传统的地方层次的司法过程中无法获得公正判决的封臣们前来向他诉冤,我们知道亨利二世在其统治早期,当其臣民因地方层次司法机构的“故障”而蒙受冤情时,他会毫不犹豫地颁布敕令,以使案件转移到更高级的法院(如果有必要最终转交到国王自己手里)成为可能。²⁶乡村调解听起来可能像田园诗般地美好,但地方权贵及其恣意的受害者又能求助何方呢?拿威克里夫(Wyclif)来说,他对仲裁与和解就不抱什么积极乐观的看

法。²⁷ 倾向于王室司法者实际上是选择了专业人士来取代业余法官：尽管我们听到过对于腐败的抱怨，但单单是王室法庭那些经过训练的法官的竞争力就一定是一块强有力的磁石，²⁸ 而“腐败”只不过是一个有着多种含义的术语。²⁹ 况且由早期巡回陪审诉讼令开始的王室司法并没有完全切断其与民众基础之间的联系，因为陪审团就是“民众的声音”(*vox populi*)，它保留了乡间仲裁的某些精神。³⁰ 这种陪审制在两方面有强大的吸引力：首先，它使裁断限于一个明确的问题，这肯定有助于问题的澄清；其次，与古代的神明裁判及其“令人怀疑的结果”和风险（在决斗中要经历“各种惩罚中最大的风险，这一切都无法预料并最终可能是死亡”³¹）相比，陪审采取了一种更为理性、更可预期的证据制度。不过，即使是在亨利二世国王的伟大变革之后，“爱”的确也比“法律”更经常地受到褒奖；³² 希望通往正义的这两条道路之间的确切关系能够得到进一步地深入探讨。

注释

- 1 *Birth of the English Common Law*, p. 19, cf. my *Royal Writs in England*, London, 1959, p. 31.
- 2 B. Kemp, “Exchequer and Bench in the later twelfth century—separate or identical tribunals?” *English Historical Review*, 88, 1973, pp. 559—573（也请参看 Richardson, Sayles, West, Hall 及 Harding 的相关论述）。坎普(Kemp)关于格兰威尔相关章节的讨论是犯了逻辑上的预期理由(*petitio principii*)错误的一个有趣的例证，因为他争辩说，那些在 *regis* 及 *scaccarium* 之后加了逗号的“评论者及编辑者”做了某种让人无法接受的事情，“因为它干扰了叙述的一般含义”，而这一因干扰而导致的含义则碰巧为坎普所首选(坎普书，第 565 页)。
- 3 R. V. Turner, “The Origin of Common Pleas and King’s Bench”,

- American Journal of Legal History*, 21, 1977, p. 243. See also the comments offered by G. J. Hand in *The Irish Jurist*, 7, 1974, pp. 388—389 (reviewing *The Birth of the English Common Law*).
- 4 See the recent survey by K. F. Drew, “Another Look at the origins of the Middle Ages: A Reassessment of the Role of the Germanic Kingdom”, *Speculum*, 62, 1987, pp. 803—812.
- 5 See, *inter alia*, “*Lex Scripta* and *Verbum Regis*: legislation and Germanic kingship from Euric to Cnut”, in P. H. Sawyer and I. N. Wood (eds.), *Early Medieval Kingship*, Leeds, 1977, pp. 105—138; “Aethelred the Lawmaker”, in D. Hill (ed.), *Ethelred the Unready: Papers from the Millenary Conference*, London, 1978, pp. 47—80 (British Archaeological Reports, British Series, 59); “Charters, law and the settlement of disputes in Anglo-Saxon England”, in W. Davies and P. Fouracre (eds.), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge, 1986, pp. 149—168.
- 6 R. A. Brown, “Some observations on Norman and Anglo-Norman charters”, in D. Greenway, C. Holdsworth and J. Sayers (eds.), *Tradition and Change. Essays in honour of M. Chibnall*, Cambridge, 1985, pp. 145—164. 尤其是第 161 页, 在这里, “对于已被接受的盎格鲁—撒克逊的文秘行政工作远胜于诺曼的理论来说, 盖印令状并不是一个足以令人信服的基础”。
- 7 M. Chibnall, *Anglo-Norman England 1066—1166*, Oxford, 1986, pp. 208—218.
- 8 P. Hyams, “The Common Law and the French Connection”, in R. A. Brown (ed.), *Proceedings of the Battle Conference on Anglo-Norman Studies*, IV, Woodbridge, 1982, pp. 77—92.
- 9 同上书, 第 77 页。
- 10 同上书, 第 81 页、第 197 页注释 11。
- 11 D. Bates, “The Earliest Norman Writs”, *English Historical Review*, 100, 1985, pp. 266—282. 对于诺曼令状的相对忽视, 可以从材料的缺乏得到部分解释: 从亨利一世作为诺曼公爵统治期间(1106—1135)留存下来的诺曼令状或特许状只有 88 件, 相比之下英格兰则超过了 1000 件

—(同上书,第267页)。

- 12 在《王室令状》(*Royal Writs*)和《英国普通法的诞生》两书所列举的例子基础上,我想再增加一则非常有趣的行政令状。它来自于后来成为英格兰国王的亨利二世,支持的是格拉斯顿伯里(Glastonbury)修道院的请求,时间可能是1153年11月6日,或者更有可能是1154年12月8日。在该令状中,格罗斯特伯爵威廉(Earl William of Gloucester)被要求“不得迟延”(sine mora)、“不得寻找其他借口”(omni excusatione remota),而使格拉斯顿伯里修道院恢复对锡斯顿(Siston)庄园的占有(本庄园显然是在内战中失落的),因为该修道院院长及其修士在国王亨利一世驾崩时还保有这一庄园(R. B. Patterson, “An un-edited charter of Henry Fitz Empress and Earl William of Gloucester’s comital status”, *English Historical Review*, 87, 1972, p. 755)。最高统治者并不是唯一签发这种强制命令的人:权贵们也纷纷效仿。参见1124—1136年间理查·菲茨·吉尔伯特(Richard Fitz Gilbert)发出的一则令状,它要求佩彻(Pecche)家族中的一员恢复克莱尔附近的斯托克(Stoke by Clare)小修道院对杰斯林索普(Gestingthorpe)十户区(tithes)的占有。该令状有着特别的意义,因为它在这则有于修士们的强制命令中加入了如下内容:如果受状人或任何其他入“要针对他们提出任何请求,务请公正行事”(sint ad rectum ubi iustum fuerit)(C. Harper-Bill and R. Mortimer, *Stoke by Clare Cartulary, Part Two*, Woodbridge, 1983, no. 345, p. 236)(Suffolk Record Soc.)。
- 13 S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London, 1969, pp. 117—119; *idem*, *The Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge, 1976, pp. 11ff.
- 14 对于密尔松之说作出最早反应之一的是萨瑟兰(D. W. Sutherland),参见萨瑟兰:*The Assize of Novel Disseisin*, Oxford, 1973, pp. 30—31。萨瑟兰写道,毫无疑问,该诉讼令是针对那些剥夺了其封臣土地占有的领主发出的,并且经常诉诸这样的目的,但“针对领主对封臣进行保护是否是它特定的统治目的——在我看来——则超出了我们所能知道的范围”。1974年,阿诺德(M. S. Arnold)发现密尔松的观点“非常吸引人”,他认为,“一个针对领主对封臣进行保护的愿望并不完全可能导致该诉讼令的创制”(Yale Law Journal, 1974, p. 859)。1981年,帕尔默(R.