

汉译世界学术名著丛书

普通法的精神

〔英〕波洛克 著



汉译世界学术名著丛书

普通法的精神

〔英〕波洛克 著

杜 苏 译



商務印書館

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

普通法的精神/(英)弗雷德里克·波洛克著;杜
苏译.—北京:商务印书馆,2016

(汉译世界学术名著丛书)

ISBN 978-7-100-12296-2

I. ①普… II. ①弗… ②杜… III. ①法理学
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 123519 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

汉译世界学术名著丛书

普通法的精神

〔英〕弗雷德里克·波洛克 著

杜 苏 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

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-12296-2

2016年12月第1版

开本 850×1168 1/32

2016年12月北京第1次印刷

印张 6 3/4

定价:20.00 元

Frederick Pollock

THE GENIUS OF THE COMMON LAW

New York

The Columbia University Press, 1912

根据纽约哥伦比亚大学出版社 1912 年版译出

汉译世界学术名著丛书

出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从 20 世纪 50 年代起,更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作,同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑,才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值,为学人所熟知,毋需赘述。这些译本过去以单行本印行,难见系统,汇编为丛书,才能相得益彰,蔚为大观,既便于研读查考,又利于文化积累。为此,我们从 1981 年着手分辑刊行,至 2013 年年底已先后分十四辑印行名著 600 种。现继续编印第十五辑。到 2015 年年底出版至 650 种。今后在积累单本著作的基础上仍将陆续以名著版印行。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议,帮助我们把这套丛书出得更好。

商务印书馆编辑部

2015 年 3 月

序 言

卡平迪耶讲坛^①邀我来此的目的，不是去编制一本专业教科书，因此，我在这里没有必要去对那些权威观点大加引用。我所引证的只是历史上发生过的一些例子，这些例子在最近出版的著作当中都可以查到，它们有的已为我们所熟知，有的则略显冷僻。我偶尔还会列举几个重要案例，这样做是为了让那些有一定基础的读者理解起来更方便。对这类读者来说，书中的某些内容可能还难以理解，但我绝不会将这样的那样的内容称之为法律。上述内容很容易被查证，此外，书中还有一些对历史资料的评注，要查证它们也很简单。

——弗雷德里克·波洛克

^① 卡平迪耶讲坛(Carpentier Lectures)：哥伦比亚大学在1902年创建的一个讲坛，常年邀请世界各地专家前往讲学，内容以法学和自然科学居多。该讲坛以霍勒斯·卡平迪耶(Horace W. Carpentier)的名字命名，他是哥伦比亚大学1846级毕业生，实业家，后任该大学校董。本书以波洛克1911年在卡平迪耶讲坛讲学时的底稿汇编而成。——译者

目 录

第一章	女神和她的骑士们.....	1
	普通法的传承 日耳曼源头及传统	
第二章	巨人与众神	19
	古老的形式主义 形式主义的必要性和形式主义的 暴政 国王作为法律传递者的权威	
第三章	萨里巴特的堡垒	36
	堕落的形式主义 19 世纪的特殊诉答程序 萨里 巴特男爵和克罗盖特	
第四章	闯入之敌	51
	来自法律外部的威胁 中世纪的违法情况 古代和 现代的官僚体制 行政权力的侵扰 来自公众与政治 的嫉妒 社会主义和无政府主义 普通法与清教徒	
第五章	拯救与赎金	79
	普通法当中的救济 造成虚伪和偏袒的原因 外行 人的干预 司法的扩张 拟制 议会立法引发的改 革 外行立法造成的危险	
第六章	联盟与征服.....	103
	外来因素的借用 与其他法律系统的竞争 对外来因	

	素的消化吸收	商事习惯法	对现代商业的适应	
第七章	市场遇险			128
	与经济学思想的沟通与交往	与经济学教义和		
	潮流的冲突贸易限制	两者的结合	雇主与	
	直接承办人的责任			
第八章	永远的追寻			149
索引				169

第一章 女神和她的骑士们

七年多以前我就收到邀请，让我以普通法为题来此作一次演讲¹。不久前，当邀请再次到来，我感到更加荣幸，于是就不假思索，欣然接受了。我来此是为了年轻人，而不是为了那些名人——当然这不包括大学里的那些名人，是这样吗？名人是一种什么人呢？他们很快就要被称为老人了，这不可避免，事实上他们也的确是老了。到了这个年纪，他的话越来越多，喜欢时不时地提醒别人一下；到了这个年纪，他可以谈谈理论，谈谈他对生活的见解，他所说的一切是好是坏，这时候差不多已经有了定论。到了这个年纪，你不能再指望他提出什么有价值的新观点、新理论了。他顶多只能去希望，希望当新事物被年轻人创造出来的时候，自己还具备一定的接受能力；希望能从自己现在和过去的知识积累中找出点什么，帮助年轻人，让他们在自己的路上走下去；希望能将自己观察和思考的结果整理出来，不是为了发号施令，而是为了让这些东西能够在年轻学子那里派上用场；希望能让那些对法律科学深信不疑的人们了解到一点，那就是：与法律信仰相伴的，不仅仅有智力的巧思，更有我们对人类和民族历史的理解，其中后两者必不可缺。

当我谈及“人类”时，我所指的并不限于这个词的字面意思。我想划出一条界线，这条界限就是一个人能力的极限；过去的律师

- 2 们总是装腔作势，一说起他们出身的那个体系，无论是普通法还是其他什么法，立刻就将其描述为一个完美的、非人的怪物。在本次演讲当中，我将始终对这种论调进行批判，这也是本次演讲的主要目的之一。

法律专业以外的人们总是对法律充满了失望和迷惘，正如希拉里法官^①所说，早在 14 世纪，人们就经常开玩笑，说法律其实就是法官的意志；对这样的玩笑，我们早有准备：“不：法律是理性（No: law is reason）”^{*}，这是斯通诺尔法官^②的名言，他是希拉里的同事。我们可以把“理性”看作是我们这个时代最伟大的发现。但把法律看作是理性的完美典型——这样一种教条式的判断其实在晚些时候才开始出现，当时，法律技术知识已被那些伪学问所腐蚀，人们对古代文化的尊崇已经退化为迷信。

就在此时，我们开始效忠于我们的普通法女神，我们的生命来自于她，我们是她在尘世间的崇拜者。这位女神有着和人类的一样的判断力，一样的同情心，这正是我们崇拜她的原因。她可不是贤淑的圣母玛利亚，端坐于玫瑰园中；要说像，她倒是很像佛罗伦萨

① 希拉里法官(Mr. Justice Hillary):这里指的应当是罗格·希拉里(Sir Roger Hillary?—1356),曾任爱尔兰皇家民事法院首席大法官(Chief Justice of the Irish Court of Common Pleas),后改任英格兰皇家民事法院大法官(Justice of the Common Pleas)。——译者

* “否则我们所拥有的就不是法律了”(R. Thorpe (arg.) ... autrement nous ne savons ceo qe la ley est),引自希拉里(HILL.):法律是“正义的意志”(Volunte des Justices)——斯通诺尔:“法律是理性”(ley est resoun),见《年鉴》(Y. B)18—19 编(公元 1345 年),派克编(Rolls series 1905 年版),第 378 页。——作者

② 斯通诺尔法官(judge Stonore):全名约翰·德·斯通诺尔(John de Stonore, 1280—1354),也曾在英格兰皇家民事法院任法官,与希拉里是同事。——译者

名画——《刚毅》^①当中的那个女人：身怀六甲，却全副武装，稳稳地握着手中的钢鞭，仿佛随时准备一跃而起，奋身而战。她也不像是命运三女神^②——冷漠，例行公事。她的灵魂建立在一种秩序之上，而这种秩序的历史比众神还要久远。争斗带来的愉悦对她来说并不陌生，人类大众的秉性她也心知肚明。她属于荷马式的那种神明，比人类更强大，但和人类一样充满热情，会犯错误。她像赫拉(Hera)一样容易嫉妒，像阿耳忒弥斯(Artemis)一样残忍，像雅典娜(Athena)一样狡诈，她偶尔还会取笑她的仆人们。我要将她的面目大白于天下，顶多只允许她像伊丽莎白女王那样，稍加躲闪——贝尔福德大法官^③对这类问题有过一些非正式的言论，³而梅特兰可能不太愿意将这些言论翻译出来。

对虚荣和炫耀，我们的女神从不放弃。相反，在某些不太方便行事的地方，她喜欢设置各种仪式和符号，而且有时做得还比较过

① 《刚毅》(Fortitude)：意大利名画，出自著名画家桑德罗·波提切利(Sandro Botticelli)之手。画中主人公为一怀孕女子，身披战袍重甲，手握武器。1470年，波提切利受命为佛罗伦萨商会法庭创作一组装饰画，共分七幅，分别代表了三种基督教价值——信仰(Faith)、希望(Hope)、仁爱(Charity)，以及四种世俗价值——节制(Temperance)、审慎(Prudence)、刚毅(Fortitude)、正义(Justice)。此画画名由此而来。——译者

② 命运三女神(Fates)：希腊神话当中的女神，负责纺织人类的命运之线：克罗托(Clotho)织出生命之线，拉克西斯(Lachesis)决定生命之线的长度，阿特洛波斯(Atropos)负责将生命之线切断。三人各司其职，对个人的生命和命运完全漠然。——译者

③ 贝尔福德大法官(Chief Justice Bereford)：威廉·贝尔福德(William Bereford, ?—1326)：爱德华一世、爱德华二世时期的著名法官，在14世纪初长期担任英格兰皇家民事法院首席大法官(Chief Justice of the Common Pleas)，坚定的保王党人，在爱德华二世与贵族集团的历次争斗中一直站在国王一边。后文中提到贝尔福德“有过一些非正式的言论，而梅特兰可能不愿意将这些言论翻译出来”，这些言论的具体内容译者未能查实。——译者

火。她的解读者们对这些庄重的仪式充满深情,无法忘怀,就像利特尔顿说的那样:“对一个诚实的封臣(tenant)来说,臣服礼(homage)是他对主人最为光荣的侍奉,是他对主人最为谦逊的尊崇。”^①但仪式也不用总是搞得这么庄重。我们的女神既然登上了王位,就一定要有所作为。

就像中世纪的书记员一样,她可以写出一些富有教育意义的故事,一些诚实中肯的评论,也会在页边空白处画出一些稀奇古怪的插图。我也知道在那些优秀的英国律师眼里,中世纪除了野蛮愚昧之外一无所有。我怀疑那时候的律师……也不能说他们疯了,但是多多少少地,他们都被敌人弄得有点鬼迷心窍。这里所说的敌人不是中世纪传说里的恶魔——头上长犄角,手上长爪子;但他们比恶魔还要危险,那是一种诱惑:优雅、学者气质,这股风气随着罗马文化的复兴而逐渐升腾。当然,诚如梅特兰所说,律师公会造出了一堆既老旧又固执的法律,在这些法律面前,罗马式的风雅碰得鼻青脸肿。但他们并没有被消灭掉,此后,我们的普通法女神还会与之发生冲突,其中的某些冲突还相当激烈。

现在,我们将走进本次演讲的主体部分,走进普通法女神的历险传奇:各式各样的威胁,从古到今,险象环生,我们女神的英雄气概无人匹敌;各式各样的例子,经验教训,纷繁复杂,一切都充满了戏剧性;既有成功,也有失败,比起朝圣者和游侠骑士,我们女神的类似经历毫不逊色,其中一些故事可能还非常浪漫,这会让我们感

^① 利特尔顿(Thomas de Littleton, 1407—1481):英国著名法官,法学家。著有《利特尔顿论英国的保有制》(*Littleton's Tenures in English*),波洛克在这里所引用的就是该书第一章开篇的第一句话。——译者

到惊奇。她面对着各式各样的敌人,各式各样的武器;无论是“绝望巨人”的山楂树大棒,还是“亚玻伦”的带火飞镖,和班扬的克里斯蒂安一样,她对这些东西都了然于心^①。

也许有人会担心,如果我们对普通法女神过于好奇,这种好奇 4 是否有可能发展到渎神的程度,人们可能会怀疑:这位女神是否就是一个普通的凡人?假如我们没能证明她的存在(对陪审团里的那些门外汉来说,要证明这一点几乎是不可能的),那我们就发发慈悲,权且把她当成是一个类似于“法律人格”(persona ficta)之类的概念吧;如果还不行,我们就干脆当她是一个单独的团体,由一堆没用的破烂拼凑而成。还是暂且收敛一下我们的浪漫情怀吧,到了这个份上,单纯的浪漫已无法再让我们更进一步了,惯常的抽象思维和严肃论述或许更加稳妥。

每当我们去审视一个群体,只要它有名称,有组织机构,任何一个群体——国家、教会、行业工会、军队、学院、学术机构,哪怕是一个俱乐部,当它有了足够长的历史,当这段历史绵延了两代人甚至更长的时间,我们会发现,这种事物的性质已经很难再用个人品质去类比了;这时候我们所能指望的只有人类的能力、习惯和天性。这种群体的声誉不仅仅来自于其身份、金钱或者工作效率,更

^① 这里说的“班扬”(Bunyan)指的是约翰·班扬(John Bunyan, 1628—1688),英国文学家,他于1678年出版的寓言故事《天路历程》(*The Pilgrim's Progress*)在英美可谓家喻户晓。克里斯蒂安(Christian)是此书的主人公,亚玻伦(Apollyon)和绝望巨人(Giant Despair)都是克里斯蒂安在朝圣途中遇到的妖怪。亚玻伦可以变身为一头怪兽,向对手投掷带火的飞镖;绝望巨人使用的则是一根山楂树大棒。波洛克用这些东西来比喻普通法的敌人所可能使用的手段。——译者

来自于它们的格调与秉性。当你面对它们的时候,你会觉得它们或聪明,或愚蠢,或友善,或讨厌。一个社团单位(corporate unit)(这里所说的并不是这个概念在法律上的严格含义),它的品质可以通过两条途径得以展示:其一是其成员的个人特质,其二是整个团体共同的习惯与传统,相比于前者,后者所展示出来的形象更为鲜明,也更为持久。

我们别无选择,我们只能去研究这个共同体(commonwealth),研究社会的历史——共同体由聚集起来的人类原子相互协调而成;而历史不过是无数意外情况前后连缀的结果。

某些政治科学和法律科学的研究者,他们将考察领域限制在一个特定的历史阶段当中,假设这个阶段永不变化(这样的假设当然是错误的),然后就据此拿出了一个分析结果——武断而苍白,这样的研究仅此而已。而现在,我们做的事情就好比是一个业余的矿物搜集者,对地质结构一无所知,单凭着臆想出来的顺序就将找到的标本排列整理,然后束之高阁。我承认,那些标本当中的确蕴藏着很多趣味,对此我也非常着迷。但请注意,围绕这些趣味,我也做了相当多的严肃讨论。想想吧,如果历史就是文件和掌故的“标本陈列室”(hortus siccus),那我何必还在这儿饶舌呢?你们何必跑来听我演讲呢?因此,如果想要听懂这次演讲,大家又必须承认这样一个假设:历史当中的确存在着一种真实的延续性。而对我们的法律而言,这种延续性又会发展成为另一个假设:不仅仅是人,制度和学说也有它们的生命历程。

人类的伦理道德在不断地发展变化,当然,我们不能去假设这种变化的方向总是相同的,或者总是好的,但对这种变化带来的影

响,我们终究无法忽略。事实必定会反映出一个精神统一体(spiritual unity)的存在,无论我们对其界定与否。

在学校里,老师教导我们:下定义的时候一定要小心。因此,就像那些审慎的律师一样,我们仅仅使用一个象征性的符号来表达我们所要表达的东西,这就够了。我想起了古罗马的那种精灵(Genius),那再贴切不过了,他就是这样一个象征性的人格,我们并没有将他完全看作是一个异教的守护天使,因为他既不是一个优雅的牧师,也不是一个劝人向善者,他的作为也并非总那么正派。他的身上,浓缩了命运当中的一切元素,高高在上,隐介藏形,却又始终伴随在我们的身旁,与其说他是我们的主人或者顾问,不如说:“他是伴随我们的神灵,他统治着我们的生命之星”^①。

我们可以将他看作是一幅肖像画,画中有一个人的形象,这个人已经达到了他的最高工作效率,这时,他的工作成果被这幅画作清晰地展现了出来。但这个人毕竟还是这个人,他的品质、能力一如往常,不会因为被画进了画里就有什么额外的增长。

某些人喜欢将历史泛泛地说成是一种僵硬的宿命。像说书人一样,这些人毫无诚意,一遇到不符合自己逻辑的内容就避而不谈,对这样一种错误的观念,我们的精灵也会坚决反对。想想吧,⁶按照这样的观念,历史当中的一切都是不可避免的(时候到了,事情就发生,世间的一切不过就是一连串的时间点),历史成了纯粹的逻辑推理,而只要我们掌握了这种逻辑的钥匙,我们就可以顺着

^① “那是伴随我们的神灵,他统治着我们的生命之星”(natale comes qui temperat astrum):语出古罗马诗人贺拉斯(英文名 Horace,拉丁名 Quintus Horatius Flaccus,公元前 65—前 8)所作《书信》(Epidulae),第二辑。——译者

某种预先注定的理念一路推导下去。但事实果真如此吗？如果那些超人类的智灵能够构想出一套人类行为的微积分学，那么他们必须首先具备计算人类的能力。经验告诉我们，他们做不到这一点，无论他们有多么能干。人类无法被计算——这是一个关键命题，在绝大多数微积分的驻点（critical point）上，情况都是如此。习惯好比是通衢大道，而人们的个性则让这条大道生出了无数枝杈——这没什么玄学好讲。

有一点是肯定的，导致人类行为的动因不可能完全位于人类意识之外——哪怕是宿命论的支持者们也不会这样认为；如果某人对未来行为的可能性作出了判断，而这一判断就是未来相应行为的动因，那么，这个判断者过去的个性和习惯一定会在未来的行动中起到相当重要的作用——对此，自由意志（free will）支持者们也不会反对。

所有伟大的道德家们一致认为，完美的自由应当属于这样的人（如果这种人真的存在）：首先，他的意志已经完全纯净，只有正当的事情才能使其感到愉悦；第二，在这种意志的支配下，他能够去做自己喜欢做的事情。这样的一种人，如同但丁在经过炼狱时所说：在俗世当中，他将成为自己的国王；在宗教当中，他将因自己内心的上帝而走向神圣。他已超越了一切的特定规则，因为从性质上讲，他的意志已经完全被正义所充斥。任何人，如果对正义有和他同等的见识，同时又能知道实际情况，就可以预先判断出他的行为所在——而这时，他依然是自由的，没人可以否认。在我们所要研究的范围之上，存在着一个很高层次的哲学问题；在这样的问题上，我们不想胡说八道，也不想受到什么指责，正因为如此，我们

在前面才做了那么多的说明。在下面的内容当中,我们将走进真实的历史,在那里,我们再也不会触碰到哲学当中的完美理念了,⁷好运气到此为止。

我想将本次演讲的主题定为:“普通法的精灵”(Genius of the Common Law),至于原因和背景,我在前面已经做了说明。

出于某些考虑,我不打算在此做一次编年史式的论述。对普通法的历史做一次简述,这个主意很好;我也不止一次地思考过这样做的可能性;但是安排给我的演讲时间只有八次、十次或十二次,而如果要做一次纯粹的历史梳理,就必须要进行大量的史料研究和筛选。我的朋友,牛津的霍尔兹沃思博士^①曾经用三卷大部头将我们带回到了16世纪——非常扎实,但读起来却不那么方便。那么,能否将这些故事写得简短一点,同时又不乏稳妥呢?霍尔兹沃思或者其他什么人能做到这点吗?对此,我也不太清楚。我所清楚的只有两点:第一,这样的文章一写起来就会越写越长,远远超出作者最初的设想;第二,现在给我的时间却只有那么一点点。在这种情况下,我还得要照顾到我们法律和司法传统当中的那些基本组成要素,不能让听众忽略了它们的存在。

在此,我只能假设,这儿存在着一片区域,一条道路,这是我们父辈的朝圣之路,他们在路上经历了几次关键的冒险,而我们将对这几次冒险细加观察;我们会看到他们在不同时候遭遇到的不同命运,看到他们的成功,他们的失败,我们将从他们的经历当中获取教益。

^① 霍尔兹沃思(William Searle Holdsworth, 1871—1944):英国法律史专家,剑桥大学教授,花费毕生精力编写了巨著《英国法律史》(*History of English Law*),总长达十七卷,在波洛克演讲的时候,刚刚出到第三卷。——译者