

普通法的历史解读

——从梅特兰开始

李红海摇著

清华大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

普通法的历史解读——从梅特兰开始 穆红海著 北京：清华大学出版社 2006

(比较法学丛书 韩鸿钧、贺卫方主编)

陽月星苑園圃五院總圖緣

I 携...摇 II 携...摇 III 携法制史原研究原英国摇 IV 携怨缘怨怨

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (9742) 第 0451 号

出 版 者：清华大学出版社 地 址：北京清华大学学研大厦

漢書·韓彭曾呂張敖援劉封爵 郵 編：510000

社总机：0510-83620000 客户服务：0510-83620000

责任编辑：方摇洁

封面设计：曹摇铀

印 装 者：清华大学印刷厂

发 行 者：新华书店总店北京发行所

开 本：890mm×1240mm 印张：14.5 字数：350千字

版次：2000年5月第1版 2000年5月第1次印刷

书 号：陽曆一九四九年四月，陰曆一九四九年三月

印 数：员~源垠垠

定 价：圆肆拾圆

内 容 简 介

本书从历史的角度描述了普通法的诞生及其早期发展的基本情况。全书共七章,鉴于梅特兰在英国法律史研究方面的重要地位,本书从介绍梅特兰的生平和学术生涯开始,评论了他的巨著《英国法律史——爱德华一世以前》,然后探讨了早期普通法发展的三条线索:司法制度、封建主义与英国的法治传统、地产权制度,接着从宏观和微观两方面讨论了早期普通法的发展,宏观方面主要是和罗马法进行比较,微观方面则主要是分析了它发展过程中体现出来的几种具体技术;在第六章作者分析了英国的法治传统与英国的法律职业阶层之间的某种内在联系;最后一章则讨论了目前颇为热门的韦伯社会理论中的英国法问题。

本书从一个法学研究者的视角历史地探讨了普通法早期的发展,这在国内并不多见。书中引用了大量英国法律史方面的经典著作和原始材料,资料翔实,论证有力。

本书适合于法学专业本科生和研究者阅读,对历史学和社会学领域的读者也有一定的启发意义。

“ 比较法学丛书 ”总序

初民社会 ,各族群独处一隅 ,几与外界隔绝 ,孤立中遂滋生某种自信 ,或称谢“ 上帝选民 ”、“ 天之骄子 ” ,或自谓“ 吾道独真 ”、“ 惟我德馨 ”。后偶与外族接触 ,亦对“ 非我族类 ” ,多投以白眼 ,甚至极尽嘲讽之能事 ,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族 ,前者对“ 男人奢侈 ”之放纵 ,令后者匪夷所思 ;后者对“ 女人放荡 ”之纵容 ,使前者难以理解。同样 ,禁忌食人之族对“ 自餐骨肉 ”之风深恶痛绝 ,而奉守食人之俗者 ,对前者浪费“ 美味佳肴 ”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮 ,互斥异端 ,互为排斥 ,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景 ,实多出于文化封闭 ,心理排外。

法 ,作为习俗结晶、文化符号之一种 ,其演进标志人类族群进化之轨迹 :由隔离而接触 ,由孤立而群合 ,由独行而协作 ,由排斥而共存。然文化因族群而殊 ,习俗因族群而别 ,法律因族群而异。古希腊陶片放逐与古罗马陪审制 ,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定 ,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法

一夫一妻制、禁止离婚制 ;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权 ,英美对抗制与欧陆纠问制 ,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一 ,美国三权分立与英国议会主权 凡此种种 ,或带有文化类型之印记 ,或标示族群生活之差异 ,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知 ,由比较而显。各族法律 ,或貌合而神离 ,或形殊而神似。同名异物 ,存名实之辩 ;异名同物 ,厘表里之别。

由是比较法生焉。西有希腊先哲首开先河 ,中有战国法家初执牛耳。纵观古代 ,法之比较虽发轫早而源流长 ,然仍显稚嫩。其零散而缺系统 ,偶然而非恒常 ,实用而欠学理 ,自发而无筹划 ,难于自成一体 ,独立一门。作为学术科目之比较法 ,实始于近代。西元十八世纪 ,法国孟德斯鸠氏 ,少习法律 ,壮则弃官 ,潜心法学 ,遍历奥、匈、意、德、荷诸国 ,考辨诸族习俗 ,比较古今法律 ,于风物人情中寻法意 ,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书 ,为近代比较法学奠基之作。其人其事颇具传奇色彩 ,遂为后世传为佳话。迨至西元十九世纪 ,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风 ,或设讲席以授业 ,或创专刊以传道 ,或建学会以交流。西元一九零零年 ,首届国际比较法大会开于巴黎 ,标志比较法学进入国际化之阶段。然此阶段之比较法学 ,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义 ,溢于言表。西人比较之意旨 ,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进” ,

形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法、学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义；“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比邻为蛮貊，视异族为夷狄，或夜郎自大、目空四海；或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”^①其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异，以娱视听；道闻途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中的中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐；“夷律”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西法如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物，比较因起，实多舶来新宪。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业，其

中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》、李祖荫之《比较民法》影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成障碍,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户,恍如隔世;再度开眼,宛若梦醒。今是昨非,议补天之计;劫余思生,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。迻译比较法学专著多种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效微力

之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏薇女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

高鸿钧摇贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

自序

——历史地解读普通法

摇摇不到 猿园岁就要为自己的某种经历作总结 ,要么意味着某种不祥的东西 ,要么说明总结者本人的狂傲。我本人对此二者都没有足够的把握 ,而只是觉得走过一段路之后回头看看是很必要的 :看看身后的脚印是一幅令人心动的图画 ,还是些没有规则的简单印迹。可以说 ,本书正是我在经过六七年对于英国法律史的关注之后所留下一些印迹、感受 ,而这篇序言则在很大程度上是对近年来这种经历的总结 ,但也许更为重要的是对上述“印迹”的补充 ,因为它包含了我对这一领域的某些感受 ,而这些感受又不可能在书中体现出来。

一、普通法为什么需要历史地解读

长期以来我们对于普通法的了解都处于一种非常尴尬的境地 :一方面 ,我们非常希望全面、完整、深入地理解普通法 ,另一方面却因为很多的原因而一直无法达到这样的目的。我们所见到的只是对普通法的各种宽泛或只言片语的论述 ,无论是制度层面还是在观念上 ,我们并没有获得更多的知识和启发。究其原因 ,我认为很大程度上在于我们切入的角度存在问题。比如在我所接触到的同行中有从现代各部门法的角度对普通法进行

研究的,他们所遇到的问题是多方面的。如就对于英国刑法的研究而言,刑事法律规范自然是首先要关注的重点,然而仅此又是不够的,因为其中不可避免地又会涉及到控诉制度、刑事法庭的建制、治安法官、刑事法庭与高等法院和上诉法院的关系、陪审团,甚至是王权的问题等。这一系列问题可能又超出了一般刑法学者所通常能够涉猎的范围,由此影响了对问题的深入研究。这里需要解释的是,我们之所以能够比较顺畅全面地接受大陆法的知识而对普通法无法做到这一点,可能还在于后者更强调司法的重要性或是司法对立法的参与和互动,而在大陆法中立法和司法的截然分立则是为我们所共知的。但正是这种司法的独特性构成了整个普通法法律制度不可分割的一部分,而且我们已经无法像分割大陆法的立法和司法那样将普通法的司法从其中分离出来,这是我们长期借鉴普通法而无明显成果的原因之一。而司法和普通法本身一样,又都是在长期的历史发展中演变形成的,不了解历史自然无法全面了解这一切。

我所了解到的另一种研习普通法的方法是从判例入手。^①这很有一点英美本土的味道,因为在我们的印象中,普通法知识的传播从古至今都没有离开过判例,无论是中世纪英格兰的律师公会,还是今天美国法学院中的苏格拉底式的教学方法。但判例教学法或研读判例对英美人适合却未必适合中国人。我记得在一次有关中国普通法教育的研讨会上,一位澳大利亚学者指出了判例教学在中国所遇到的困难,比如判例的数量问题、语言问题、司法实践的问题等。我所关心的是另一个问题,那就是

^① 比如我听说以前的东吴大学法学院就是采用判例教学的。讨论中国的普通法研究不论及东吴大学只能说明作者的傲慢和无知,但鉴于材料的有限,此处不能详细分析,但作者需要提醒读者不要忘记的是,在中国的大地上还曾经有一片为普通法所浸淫的土地。

这种对判例的研读完全有可能培养我们普通法式的思维和推理方式,甚至也可能使我们原有的“普通法精神”得到“升华”,但却未必能够使我们的普通法知识以体系化的方式得到增长,因为在卷帙浩繁的判例海洋中我们很难保证所选择的判例能够构成一个完整的部门法知识体系,而这种体系对于现在的我们来说也许有着更为特殊的意义。此外,判例中也涉及历史,在国外还有老师的讲解,而当我们碰到那些古老的令状或是法令的名称时又能够求助于谁呢?因此,我的意思是,要想从根本上了解普通法,从历史着手是非常必要的。也许在萨维尼和梅因于一个多世纪前提出从历史的角度理解法律之后,再次旧话重提多少显得有些不合时宜,但这对于普通法知识基本上属于一篇空白的中国法学界来说也许并非妄言。普通法大师波洛克(Pollock)的话也许能给我们一些启示:“我是一个法学家,但在在我看来,一个人如果没有远远超出一般课本的更多的历史批判知识,他是不可能理解英国法律的。”^①

二、中国的普通法研究:一个沉重的话题

正是因为普通法需要历史地解读,所以关注英国法律史似乎就成了研习普通法的一个必备的前提。但是当我们将视野转向目前国内的法学界时,就会发现这是一个多么令人尴尬的境况。前些年学界曾有“幼稚的法学”之说,部分是因为法学领域内存在很多空白,而即使在没有空白的领域,学者们也更多地只是在重复西方人的观点。若干年过去了,这种状况已经有了很

^① [英] 爱德华·霍布斯《十九世纪历史学与历史学家》,耿淡如译,下册,页100,北京,商务印书馆,1997。

大的改观,但空白却依然存在,英国法律史的研究便是其中之一。

说对于英国法律史的研究尚属空白有很多证据,比如我们目前还没有法学家自己编写的一本关于英国法律史的教材,更不用说具有影响力的专著了,我们也没有一本关于英国法律史的简明的、系统的译著,期刊杂志上很少看到关于英国法律史的专题研究,我们甚至对英国法律史的大致发展历程都没有太多的把握……也许有人会很不服气,因为近年来已经有了一些相关的书籍出现。是的,笔者承认这一点,不过我们还是先来逐个浏览一遍。当然,鉴于笔者自己眼界有限,挂一漏万在所难免,未提到者还要请多多包涵。

1983年,北京的法律出版社出版了由华东政法学院何勤华教授主编的《英国法律发达史》一书。这可以说是法学界对于英国法律史系统化研究的第一次尝试,仅凭这一点,本书就具有了非同寻常的意义。但对照英美的同类著作,我们发现它或多或少有一些戴着大陆法眼镜看普通法的意味,因为通常的英国法律史著作一般都要将那些影响普通法发展的重要因素(如法院系统、令状制度、陪审制度等)作详细的分解,然后再叙述我们所谓的部门法,而本书则将重点放在了后者。当然可以争辩的是,也许这根本就不是一本纯粹英国法律史方面的书,而是关于英国法的著述。

1985年,山东齐鲁书社出版了程汉大教授主编的《英国法制史》一书。该书以一个精致的体系将普通法的发展归纳为十一个问题,从而给了我们一个关于普通法发展的全景式描述。应该说,对于当今普通法基本历史知识非常缺乏或支离破碎的法学界来说,它提供了一个相当不错的关于理解普通法发展的背景平台。但毫无疑问,这是一本历史学家的著作,它更多反映了

历史学家和史学的特点,比如它更多关注的是历史和社会的大背景,而很少详细描述制度本身。如果拿这本书与上述何教授的书作比较,这一点会体现得非常明显,而何教授的书所忽略的则正是这本书所突显的。一句话,这是一种法学和历史学之间的差别,一种法学家和历史学家之间的差别。其实,关于法学家和历史学家对于英国法律史的不同研究,梅特兰早在当年就任唐宁讲席教授发表就职演说时就已经指出了这一点,而且至今在英美学界依然存在,看来这种不同和争论将不可避免地会在一百多年之后在另外一个遥远的国度再次上演并得以延续。

这里还应该提到的是中国人民公安大学张彩凤教授出版的《英国法治研究》一书。这是一本力求将制度与思想相结合的著作,作者运用了优美的笔调,对英国的法治传统和各种相关因素做出了细腻的分析。但鉴于本书的主题与此处论题不完全相符,在此就不多作评论。

另外一本重量级的著作是 1993 年由中国大百科全书出版社出版的、由李显冬教授等翻译的密尔松教授的《普通法的历史基础》一书。密尔松教授是剑桥大学圣约翰学院的英国法教授,是塞尔登协会的前任文献督导(通称增补编纂),被誉为是继梅特兰之后英国最伟大的英国法律史学家,他的这本专著又是他几十年研究成果的结晶。应该说本书的翻译会给我们带来世界关于英国法律史研究的最新成果,但令人诧异的是,本书的出版并没有在国内法学界引起哪怕是一点点的轰动:很少有人谈论这本书,笔者也仅见到过当时还在北京大学法学院攻读硕士学位的萧瀚先生发表在“北大法律信息网”上的一篇书评。

为什么会产生这样的结果?我考虑主要是如下原因。密尔松教授的这本著作是目前为止关于英国法律史研究最为精深的作品之一,它深奥难懂,省略了很多为一般中国学者所不熟悉的

历史背景,我们读它的时候多少有一种没有学会走就想跑の意味。而且其语言略显艰深(与梅特兰的作品相比,当然这也不排除翻译中所可能存在的问题),因此它的翻译本在中国问世没有引起多大反响就是情理之中的事了。

事实上,关于英国法律史的研究,自从当年梅特兰开始到今天,主要经历了以下的大致历程:首先是以梅特兰为代表的第一代学者,其代表作品是梅特兰和波洛克合著的《英国法律史——爱德华一世以前》(1891年),随后是霍兹沃思爵士远卷的《英国法律史》(1913年);普拉克内特的《简明普通法史》(1927年);到了20世纪40年代,则是密尔松教授的《普通法的历史基础》(1945年),今天则是新任唐宁讲席教授贝克的《英国法律史导论》(1967年)。虽然同为经典著作,但却各有特色。梅特兰的书以罕见的精彩文笔为我们描绘了一幅1100年以前英国法律史的壮美画卷,直到今天,它依然是描述这一历史时期法律的基本著述;霍兹沃思爵士则描述了几乎全部的英国法律史,从盎格鲁撒克逊人一直到1832年的司法改革;普拉克内特从一个历史学家的角度简明扼要但却不落俗套地重新描述了普通法的历史;而密尔松的研究则应该是最深刻的;贝克的著作虽然简明,但却包括了近年来的最新研究成果。

正是基于这样各自不同的特点,我才反对在当今这样的知识准备下一开始就翻译密尔松的著作,因为它太深奥;也反对轻率地翻译梅特兰的作品,因为它的语言太生动,普通的翻译者可

能会破坏它的风格,而主张从翻译贝克的书开始,因为它不仅能给我们关于英国法律史的基本知识,还提供了最新的研究成果。

返回来当我们再次审视中国目前的普通法研究状况时,就会发现这是一个多么沉重的话题!这种沉重仿佛又使我们听到了当年梅特兰任唐宁讲席教授发表就职演说时的感叹:

摇摇试想一下隐藏在法律史坚硬外壳里边的东西吧！

法律文献是最好,通常也是社会与经济史、道德史、实践宗教史的惟一证据。在村社生活这一点上,历史材料也许是无穷无尽的,但那些没有耐心去掌握一种极其形式化诉讼体系和诉讼程序的人,是不会从中抽象出其意义的。历史学家们不得不回避大片丰腴的领地,因为这些材料对他们来说简直是法律性太强了。^①

而谁又能说我们今天所面对的状况比梅特兰当时好多少呢？

三、从梅特兰开始

本书之所以要从梅特兰开始,是因为他是英国法律史学的拓荒者、奠基性人物,真正从历史的角度开始系统地关注普通法是从梅特兰开始的。而他和另一位普通法大师波洛克爵士合著的《英国法律史——爱德华一世以前》则是这一时期(维多利亚时代)英国法律史研究中的经典著作,这是本书要从梅特兰和他的这一巨著开始解读的原因所在。

不过, 尽管正如密尔松教授在为该书 1975 年重印版所写的长篇序言中所指出的那样, 即使在今天, 该书也“不只是一部逝

① 云^平隼^上悦^去匀^入 杂^平云^平隼^上悦^去匀^入 宰^平圣^上皂^去 配^平圣^上壮^去 粤^平蕴^上媛^去 配^平存^上隼^上志^去藻^去 匀^平隼^上韵^去 哉^平隼^上韵^去 匀^平圣^上灵^上灼^去源^平 缘^平