

通法的历史解读

——从梅特兰开始

李红海 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/ 李红海著 .—北京:清华大学出版社,2003

(比较法学丛书/ 高鸿钧、贺卫方主编)

ISBN 7-302-06990-5

普... 李... 法制史 - 研究 - 英国 .D956 .19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 070827 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

[http:// www .tup .com .cn](http://www.tup.com.cn) 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

封面设计: 曹 铖

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: 140×203 印张: 13 .125 字数: 301 千字

版 次: 2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-06990-5/ D · 75

印 数: 1~4000

定 价: 22 .00 元

目 录

“比较法学丛书”总序	1
自序——历史地解读普通法	7
第一章 梅特兰的生平和学术经历	1
一、梅特兰的生平和学术经历	2
二、梅特兰的学术贡献	11
三、梅特兰在历史法学派中的地位	36
第二章 梅特兰与《英国法律史——爱德华一世以前》	41
引子：何谓早期普通法	42
一、为什么只是爱德华一世以前？——背景一	42
二、为什么是“P & M”？——背景二	48
三、结构与内容	53
第三章 早期普通法发展的线索	85
一、艰难的开始——探寻中世纪英国法律史的线索 ...	85
二、普通法司法制度的完善	88
三、封建主义与普通法：“公”的角度	144
四、保有制下的地产权制度：“私”的角度	169

第四章 早期英国法与罗马法发展的相似性

——一个宏观的考察	224
一、从习惯法到制定法再到法典编纂	226
二、司法中心主义	233
三、官方法与民间法的互动	245
四、专制——罗马法法典化的原因	256
五、总结	268

第五章 早期普通法发展中的具体技术：拟制、规避和立法

——一个微观的分析	269
一、拟制	270
二、规避	281
三、立法	292
四、有关普通法演进的几个问题	310

第六章 英国的法治传统与英国的法律职业阶层

——兼论法律的专业化	326
一、何谓“法治”	327
二、英国法治传统的形成	328
三、重回法治传统的话题	345

第七章 韦伯社会理论中的英国法问题

一、法律理性化与资本主义的兴起——韦伯英国法问题的背景	348
二、韦伯英国法问题的来由	352
三、韦伯英国法问题的实质：真问题抑或假问题？——郑戈的分析	355

四、社会学的角度——李猛的分析	357
五、法律理性化与经济理性化的内在关联：法律的 确定性	360
六、形式理性法保持确定性的模式：立法式	366
七、普通法保持确定性的方式：司法式	369
八、法律与经济 · 法律的确定性 · 形式理性法 与普通法	372
参考书目	376
后记	382

TABLE OF CONTENTS

“ Comparative Law Series ” General Preface	1
Preface: To Interpret the Common Law Historically	7
Chapter 1 . Maitland: his life and his works	1
1 . His life and his career as a scholar	2
2 . is contribution to the study of English legal history	11
3 . His position in the study of English legal history ...	36
Chapter 2 . His great works with Sir F . Pollock	41
Common Law in it s early period	42
1 . Why just stops before Edward I ?	42
2 . Why“ P & M ”?	48
3 . Structures and details	53
Chapter 3 . lues in the development of the early common law	85
1 . hard beginning: looking for the clues in the development of the early common law	85
2 . Judicial system	88
3 . Feudalism and the tradition of rule of law	144

4 . Estate system	169
-------------------------	-----

Chapter 4 . he similarities between the development of Roman law and the early common law:

a macro view	224
1 . rom customary law to enactment and then to codification	226
2 . Judicial process as the center of legal activities	233
3 . he interaction between statutes and customary law	245
4 . Despotism: reason for codification	256
5 . Conclusion	268

Chapter 5 . iction, evasion, legislation and the development of the early common law: a micro view

1 . Fiction	270
2 . Evasion	281
3 . Legislation	292
4 . ome conclusions on the the development of the early common law	310

Chapter 6 . he tradition of rule of law in England and it s legal profession

1 . What is“ rule of law ”?	327
2 . he formation of the tradition of rule of law in England	328
3 . Back to the topic of rule of law	345

Chapter 7 . eber s problem of English Law in his	
sociological theory	347
1 . ackground of Webber s problem of	
English law	348
2 . Why Webber s problem of English law ?	352
3 . Zheng Ge s analysis: from a legal perspective	355
4 . i Meng s analysis: from a sociological	
perspective	357
5 . The definiteness of law	360
6 . How to keep law steady: a legislative mode	366
7 . How to keep law steady: a judicative mode	369
8 . ationalization of law and economy: from the	
perspective of the common law	372
 Reference	 376
 Postscript	 382

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。



Frederic William Maitland
(1850—1906)

Lawyers, historians and sociologists are equally indebted to him—lawyers because of his subject, historians because of his methods and sociologists because of his results .

Paul Vinogradoff

图片来源：塞尔登协会网站([http:// www .selden-society .qmw .ac .uk](http://www.selden-society.qmw.ac.uk))。本图
片的使用已征得协会秘书长 Mr .Victor Tunkel 同意,特致谢意！

Address of Condolence on the Death of the late Professor Maitland

GONVILLE AND CAIUS COLLEGE LODGE. 4 February 1907.

The Vice-Chancellor publishes to the Senate the following Address of Condolence to the University on the death of the late Professor MAITLAND which he has received from the University of Oxford :

TO THE CHANCELLOR, MASTERS AND SCHOLARS OF THE UNIVERSITY OF CAMBRIDGE.

We, the Chancellor, Masters and Scholars of the University of Oxford, desire to express to you our profound regret at the heavy loss sustained by your University through the lamented death of the distinguished Professor of the Laws of England, **FREDERIC WILLIAM MAITLAND**.

We feel that we are privileged to claim some part in so gifted a man, who honoured us by receiving at our Encaenia in 1899 the Hon. degree of D.C.L., and who had already given us proof of his genius in the Ford Lectures delivered by him two years previously.

It is seldom that the great qualities of a student and writer in the wide field of Law and History have won such universal appreciation. But no one could fail to be attracted by Professor Maitland's singular patience in research, combined with that rich faculty of imagination, which gave life and light to the most severe dissertations.

It would be impossible to overrate the loss of one who has thus passed away in the full maturity of his powers; diligent beyond the limitations of feeble health; eager, strenuous, and sympathetic; beloved by friends and disciples; respected and admired by the University of which he was so brilliant an ornament; and approved by the universal verdict of all serious students. We ask you to accept our respectful homage to the Professor's memory, and we assure you of our most heartfelt sympathy with you in your loss.

Given in our House of Convocation on the Twenty-ninth day of
January One thousand nine hundred and seven.

The Oxford message of condolence on Maitland's death

*Reproduced by permission of the Syndics of Cambridge University Library
(CUL, UA, CUR 39 (21); Cambridge University Reporter, 37 (1906-7), 526)*

图片来源: Hudson, John, (ed.): The History of English Law—Centenary Essays on “Pollock and Maitland”, Oxford: Oxford University Press (1996)

“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”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 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

不到 30 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