



普通法的中世纪渊源

Medieval Sources of The Common Law of England



陈敬刚◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



普通法的中世纪渊源

Medieval Sources of The Common Law of England



陈敬刚◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书是一部专门论述中世纪英国普通法的形成与发展的学术著作。全书分为“法律制度”篇、“法律思想”篇、“中古普通法著作评论与介绍”篇，三篇内容既相互独立又遥相呼应，每一篇各包括数篇学术论文，共同围绕全书主题——“普通法的中世纪渊源”而展开。本书具有资料详实、主题明确、体例编排合理、内容新颖、学术性及思想性较为突出等特点，其中论述《司法之镜》的宪政思想等内容在国内同类著作中鲜有提及，因此在一定意义上也填补了该领域的空白。

责任编辑：罗斯琦

图书在版编目 (CIP) 数据

普通法的中世纪渊源/陈敬刚著. —北京:

知识产权出版社, 2010.12

ISBN 978-7-5130-0329-2

I. ①普… II. ①陈… III. ①法制史—研究—英国—
中世纪 IV. ①D956.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 247918 号

普通法的中世纪渊源

PUTONGFA DE ZHONGSHIJI YUANYUAN

陈敬刚 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8128

印 刷：知识产权出版社电子印制中心

开 本：880mm×1230mm 1/32

版 次：2011 年 4 月第 1 版

字 数：200 千字

ISBN 978-7-5130-0329-2/D · 1142(3247)

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：luosiqi@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：8.125

印 次：2011 年 4 月第 1 次印刷

定 价：28.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

序

清末以降，业经数千年的传承和发展的中华法系已不堪重负，无法适应列强环伺下建构现代国家的时代要求，移植西法以重塑中法俨然成为国家法制建设的不二法门。短短百余年间，国人对于西方法律和法学的认识经历了一个从陌生到熟悉、从被动接受到主动采纳的发展过程。尽管如此，由于种种原因，我们对西方法律的理解仍多停留于主要发达国家各种部门法、众多具体制度和一些抽象理念，直接拿来为我所用，而缺少对西方法制文明之源流的深入认识。任何民族国家的法律都建立在本国本民族深厚的历史文化传统之上，只谈现实制度，不谈或少谈历史成因，我们将无法准确把握异域法律文化深刻的内涵和意义，而只注重制度移植、以求与“世界”接轨，漠视作为不同法律体系的基础之历史文化传统的差异，这样的移植活动将难逃“南橘北枳”的历史宿命。回眸百年法制变迁，我们可以发现，这样的担忧决非多余。

普通法的中世纪渊源问题，是西方法律史和比较法上的重大理论问题，这一问题的研究将有力地推动我们深入认识英美乃至西方法律传统的渊源流变，并有助于我们从比较的视角考量中西法律传统的差异及其历史成因。陈敬刚同志所撰写的《普通法的



中世纪渊源》一书对该问题做了一些颇有见地的探索，具体而言，我认为该书的优点主要体现在：

一、资料较为新颖，内容较为详实。众所周知，对于学术研究来说，第一手的文献材料是研究质量最基本的保证，本书作者以大量原始英文资料的阅读分析为基础展开研究，这从根本上确保了研究的可靠性。

二、一些观点颇有创见。例如，关于新近被夺占有诉讼这一旨在保护“占有”权（Seisin）的诉讼形式及其在普通法形成中的重要意义，这一观点在国内同行中似乎鲜有论述。又如，《司法之镜》中体现的宪政思想，索尔兹伯里的约翰的宪政思想，这些在以前国内的相关论著中也少有提及。

三、结构较为合理。全书从“法律制度”、“法律思想”、“早期普通法法学著作的研读与评介”三个方面对中世纪英国普通法进行实证的描述与分析，三篇内容既相互独立，又遥相呼应，共同围绕全书主题——“普通法的中世纪渊源”而展开。

该书比较注重制度的描述，如能进一步进行深入的理论归纳与总结当属更佳。另外，作者在论述西方中世纪法律史时如能运用有关的拉丁文文献，则作品将会更具说服力。

多年以前，我就有过集聚海内外法律史学学者力量，撰写多卷本中国法制史、少数民族法制史、比较法制史的构想。其中，十卷本的《中国法制通史》已由法律出版社结集出版，《中国少数民族法制通史》也正式启动，现已出版四卷。唯有比较法制史的撰写工作，目前尚无法有效展开，其中一个重要原因就是由于受到语言和文献的限制，外法史和比较法研究难度较大，这一富矿尚待进一步发掘，我希望国内中青年学者能致力于包括西方在内的世界各国法律史的专题研究与比较研究。



陈敬刚同志是我的学生之一，该同志给我的印象是为人踏实本分、为学严肃认真。我为他能够取得这一研究成果而感到高兴，同时也希望他继续努力，在法律史学这一古老而常青、充满无穷魅力、令人心往神驰的园圃中培育、耕耘直至采撷出更加鲜美芬芳的花朵。

张晋藩

（本序的作者为著名法学家、中国政法大学终身教授张晋藩先生）



目 录

序	张晋藩 (1)
制度篇	(1)
试论早期普通法中的三大历史渊源及其作用	(3)
试论早期普通法中的新近被夺占有诉讼	(20)
普通法形成时期的司法管辖权之争及其法律意义	(37)
论早期普通法中的法律职业与职业共同体	(56)
思想篇	(91)
论中古英国神学家约翰的宪政思想	(93)
《司法之镜》中体现的宪政思想	(107)
论福蒂斯丘的宪政思想	(128)
评论与介绍篇	(151)
中世纪普通法的开山之作	
——格兰维尔的《论英格兰的法律与习惯》一书评析 ...	(153)
英美法学中第一部比较法著作	
——福蒂斯丘的《英格兰法律颂》一书评析	(170)



英美法学中第一部法律史学著作

——马修·黑尔的《英国普通法的历史》一书评析 …… (189)

欧陆法学家对普通法起源的出色解读

——范·卡内冈的《英国普通法的诞生》及其成就 …… (214)

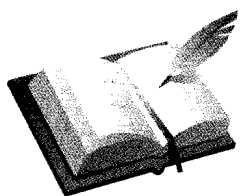
参考文献 …… (229)

附录 …… (240)

《克拉伦顿诏令》(Assize of Clarendon, 1166 年) …… (240)

《北安普顿诏令》(Assize of Northampton, 1176 年) …… (245)

后记 …… (249)



制度篇



试论早期普通法中的三大 历史渊源及其作用

一般认为，早期普通法的发展与王室法院的司法活动息息相关。亨利二世旨在加强司法的中央集权化而采取的一系列法律改革活动使王室法院第一次作为一个全国性的法院向全体自由民提供司法救济，并由此导致了整个英格兰普遍适用的法律与习惯——普通法的诞生。尽管如此，我们应当看到，普通法并非 12 世纪中期以来英国少数政治、法律精英头脑中凭空臆想的产物，它的出现离不开同一时期英格兰社会广为适用与流行的数种法律体系与法学理论：盎格鲁撒克逊法、诺曼法与罗马法（学）。其中，盎格鲁撒克逊法作为占人口绝大多数的本土居民所适用的法律，是普通法形成过程中不可或缺的法律文化渊源之一，而作为征服者法律的诺曼法中所包含的封建主义因素与中央集权化特征，为普通法的发展提供了必要的现实法律背景以及政治权力的支撑。这正如英国法律史学家哈森所说的：“盎格鲁撒克逊人和诺曼人的实践，再加上征服与殖民化的影响，两者共同联合与交互作用，为普通法的形成提供了十分重要的实质上的及管理上的基础。在百户法院与郡法院的运作上，在社会低层的土地持有



上，在侵犯人身与财产案件的处置上，1066年以前的英格兰的连续性相当明显，诺曼人的革新则在社会高层的土地持有以及领主法院上较为明显。”^①至于被中世纪西方社会奉为“成文理性”的罗马法（学），则是将普通法各项制度凝聚成一个条理化的有机整体的重要理论来源。

—

盎格鲁撒克逊法是5世纪～11世纪中期由盎格鲁撒克逊人在英格兰建立起来的一系列蛮族国家所适用的法律制度的总称。自449年起，盎格鲁人、撒克逊人以及其他来自欧洲大陆的条顿部族入侵英格兰，接管罗马军队撤退后所形成的权力真空。他们在英格兰陆续建立起了数个小王国，并于公元9世纪时逐渐形成一个统一的日耳曼王国。伴随军事上的征服与入侵，盎格鲁撒克逊法也被入侵者从欧洲大陆移入英格兰，并逐渐取代不列颠人适用的凯尔特法成为英格兰占主导地位的法律体系。作为日耳曼法的分支之一，盎格鲁撒克逊法具有各日耳曼部族法所共有的一些基本特征：法律等同于习惯，它只能被“发现”被“宣示”，不能被“制定”；法律的分散性与属人主义原则，法律因人、因地而异；保留大量日耳曼部族习惯，如“马尔克”村社与土地制度，赎罪金制度，民众集会的政治组织形式，等等。大约从7世纪开始，在基督教的影响下，早期以口耳相传为转载方式的盎格鲁撒

^① Hudson J. The Formation of the English Common Law——Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta[M]. Singapore: Addison Wesley Longman Limited. 1996:116 - 117.



克逊习惯法也开始其成文化的若干尝试，编撰了包括《埃塞尔伯特法典》、《伊尼法典》以及《阿尔弗烈德法典》在内的十一部粗俗的蛮族法典，不过，“在盎格鲁撒克逊法律成文化的过程中，任何一个微小的内容都会表现出，它们（指成文法）都只是习惯法的一部分”。^①

1066年“诺曼征服”为英格兰带来新的统治阶层以及高度中央集权化的社会组织体系。不过，征服本身并未直接导致英格兰法律的根本性变革，相反，盎格鲁撒克逊法得以继续沿用。诺曼国王们只是在尊重盎格鲁撒克逊法，尤其是虔诚者爱德华的法律前提下，适时引入来自欧洲大陆的诺曼法，并以王室诏令等法律形式来整合原有法律资源，创造性地将它们融入一个全新的民族法律体系之中，从而实现英格兰法的发展。

威廉一世加冕为英国国王伊始，即命令所有英格兰人应当拥有“爱德华国王在土地以及所有一切事情上的法律，以及针对我为英国人民的福祉而指定的事情上所增加的法律”。^②由威廉一世签发，至今仍保存于伦敦市的一份城市宪章中也表达了上述立场：

“仁慈睿智的威廉国王问候威廉主教、戈兹弗瑞斯市长与包括法裔与英裔在内的所有伦敦市民，我让你们理解，我希望你们二人适用（be worthy of）你们在虔诚者爱德华时期适用的所有法律。我命令每一子嗣在其父亲死后成为他的继承人，而且我不

① Pouock F, Maitland F W. The History of English Law before the Time of Edward I [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1968: 25 - 26.

② Stenton D M. English Justice between the Norman Conquest and the Great Charter [M]. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1964: 1.



会忍受任何人向你们实施任何不法行为。上帝保佑你们。”^①

威廉公爵入主英格兰之后继续保留适用虔诚者爱德华时期(1042年~1066年在位)的盎格鲁撒克逊法,其主要原因可能在于以下两点:一是随着征服者威廉来到英格兰的5000名诺曼士兵以及后来陆续迁居英格兰的诺曼人相对于拥有150万左右人口的盎格鲁撒克逊人来说永远只是少数族群,他们如想平静、不受干扰地统治英格兰,就必须尊重原有的盎格鲁撒克逊民族的习惯与法制;二是征服者威廉试图以此证明自己王位来源的合法性,即自己的英格兰王位不是来自于暴力征服,而是来自于合法继承。17世纪英国历史学家马修·黑尔在《英国普通法的历史》中分析到,虔诚者爱德华没有子嗣,在三位与之关系密切的王位竞争者中,威廉是虔诚者爱德华舅舅之子,而哈罗德国王仅仅是爱德华妻子的兄弟,威廉无疑优先于哈罗德享有英格兰王位的继承权。因此,“威廉一世国王的征服不是对于国家或人民的征服,而仅仅是对于国王的征服,针对的是篡位者哈罗德本人……他之前的主张将其要求保持在继承人的权限范围内,同时限制了一个征服者不受限制的权力边界与范围……他没有也不能改变王国的法律”。^②

正如威廉一世在即位宪章中所说的,他在命令所有英格兰人遵守爱德华国王的法律的同时,也为了“英国人民的福祉”而制定了数种成文法律,由此引起英国法出现某些变化与发展:诺曼方言或法语盛行于英格兰法院的司法诉讼之中;为确保威廉一世

① 西奥多 F T. 简明普通法史 [M]. 北京: 中信出版社, 2003: 13.

② Hale M. The History of the Common Law of England[M]. Chicago: the University of Chicago Press, 1971: 58 - 60.



的王权以及王国的安宁而制定或引入了某些新法，如有关向国王宣誓效忠的法律，杀害一名诺曼人或法国人的普通罚金，决斗审判法的引入，关于骑士服役的法律；主教与副主教不得在百户法院之中审理宗教案件，也不得将涉及灵魂管理的案件提交给世俗中人以作裁决，并禁止任何俗界人士依据教会法裁决宗教案件，由此导致与世俗法院相分离的独立的教会法院司法体系的出现；限制宗教法院对于土地直接领自国王的封臣行使宗教的司法管辖权，规定没有他的许可，无人能够被承认为教皇。坎特伯雷大主教与主教会议以前制定的法律必须经过他许可，以后制定的法律必须经过他批准。没有他的批准，主教不得控诉或褫夺他的贵族或大臣的教籍；牲畜必须在城市中进行交易，且需在三个见证人面前，为以往牲畜的交易还必须有保证与担保人；所有自由人被编入十户联保制之中，如果他们犯有罪行，他们的保证人将来到法庭接受处罚，等等。此后继任的诺曼国王们也先后以立法的形式制定了若干成文法律，不过，根据英国法律史学家霍兹沃斯的说法，“很明显，这些制定法覆盖很小的领域。所有它们都承受一个习惯法背景——虔诚者爱德华时期遵循的法律”。^①

从12世纪初期流传下来的数种习惯法的汇编中，我们也可以看到盎格鲁撒克逊时期的法律与习惯在诺曼国王们统治下的英格兰的保留与适用。现存的诺曼时期的习惯法汇编主要有《四章法（Liber Quadripartitus）》、《双语的威廉一世法》、《虔诚者爱德

① Holdsworth W. A History of English Law[M]. London: Methuen & Co Ltd. and Sweet & Maxwell Ltd., 1956: 151.



华法》以及《亨利一世法》等数部，^①其中任何一部都包含有大量盎格鲁撒克逊时期的法律内容，有些甚至实际上就是某个具体时期的盎格鲁撒克逊法的拉丁文译本。这从另外一个角度折射出除了虔诚者爱德华的法律之外，还有其余国王在位时期的盎格鲁撒克逊法安全度过诺曼征服以来的纷争年代，作为具有无尚权威的“古”法直接作用于诺曼国王们统治之下的英格兰。以《亨利一世法》这部“12世纪初英国法律规则中最完备与最重要的评述”为例，书中从《四章法》中借用了大量盎格鲁撒克逊法内容。作者认为，英格兰法律自身处于非常复杂的状态，它由三种主要的习惯法所组成：麦西亚法，丹麦法与威撒克逊法，其中最后一种法律是最重要的。

从具体制度的传承、演变来看，盎格鲁撒克逊法中许多具体制度在1066年诺曼征服以后得以保留，诺曼国王们只是对其加以适当改造，使之符合高度中央集权化的国家事务管理以及法律发展的需要。在国家组织与王权观念上，盎格鲁撒克逊时期贤人

^① 《四章法》是亨利一世时期某位不知名作家将盎格鲁撒克逊法翻译成拉丁文的一项尝试，它成书于1113年到1118年之间，整部著作分为四章。其中，第一章是某些盎格鲁撒克逊法的拉丁文译本，第二章包括亨利一世的即位宪章以及某些与有关授封争议有关的文件，第三章论述法律程序，第四章论偷盗。在书中，作者认为克努特法是最近、也是最重要的盎格鲁撒克逊法，并试图构筑适合他们自己时代需要的实践法律书籍。《双语的威廉一世法》由威廉一世时期适用的习惯法的拉丁文本与法语文本所组成，全书共分三个部分：第一部分包括对某些撒克逊法的精致摘录以及威廉一世统治时期通过的某些法律；第二部分包括一些来自于罗马法著作中的法律基本原则；第三部分包括克努特法的某些内容的翻译。《虔诚者爱德华法》是威廉一世在其统治的第四年从每一郡中召集十二人以为其陈述英格兰法的陈述内容的记录。梅特兰认为该书是“劣质的与不可信赖的”，“不幸的是，书中爱国的与宗教的知识使其成为所有古代法律书籍中最流行的一部”。《亨利一世法》大约编撰于1118年，它因其首篇内容为亨利一世的即位宪章而得名，该书是各种混合规则奇特的大杂烩，书中内容既有来自于《四章法》中的盎格鲁撒克逊法，也有来自于《伊斯多尔》、《沃姆斯的布加德论教会法》、《撒利克法典》、《里普利安法典》以及《迪奥多西法典》等处的法兰克法、教会法规与罗马法。参见 Holdsworth W, A History of English Law[M]. London: Methuen & Co Ltd. and Sweet & Maxwell Ltd., 1956: 152 - 154.



会议的形式得以保留，并被改造成以王权为主导、作为国家政治权力核心的御前大会议与小会议。同时，盎格鲁撒克逊时期逐渐形成的王权观念也得以延续，王权的合法性源自于继承资格、“人民”的同意与国王受法律约束、上帝的“恩典”三个方面，缺一不可；^① 国王是正义的源泉，当普通自由民在其他法院得不到有效的司法救济时可以向国王求助，国王可以也应当给予其公正的司法，以维持王国的正义；“国王的和平”不得破坏，否则即构成一项王权之诉，需在国王的法院接受惩罚与制裁。这些王权观念与实践在诺曼征服之后、尤其是亨利二世时期成为普通法得以诞生的重要前提与观念基础。国王在其他法院不能公正司法时给予普通自由民以司法救济使王室法院在领主法院、地方公共法院之外发展出一套“普遍”适用的土地法或民事法规则，而“国王的和平”的观念涉及王室法院刑事司法管辖权的扩张以及普通法刑事规则的发展。在国家结构与地方组织上，盎格鲁撒克逊时期以郡、百户区为主的地方管理体制以及与之相关的地方司法运作模式在征服之后被纳入国家管理体制之中，不同的只是管理重心由地方移至中央，国王明显加强对于地方管理与司法的控制，并在克服封建主义的离心力、发展全国性的法律体系时借助了这种王权控制下的地方司法架构。关于地方公共司法机关在普通法形成中所起的重要作用，哈森教授将它们与欧陆地区同样机构作了一个简要比较之后明确指出：“国王控制之下的郡法院与

① 萨拜因：《政治学说史（上册）》[M]，盛葵阳，崔妙因，译，北京：商务印书馆，1986：154。继承资格即血统上的要求。时至今日，英国国王从血统上一直可以追溯到盎格鲁撒克逊时期的阿尔弗烈德大帝，“人民”的同意与国王受法律约束要求国王即位时需发布遵守法律的即位誓言，这一盎格鲁撒克逊时期的政治实践成为后来英国宪政与法治的法文化渊源，上帝的“恩典”说明中世纪王权为基督教王权，教会实施的“涂油礼”是王权合法性必不可少的因素之一。