

国家社会科学基金项目



英国司法制度史

A History of British Judicial System

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

程汉大 李培锋 著

清华大学出版社

D956.19/4

2007

比较法学丛书

英国司法制度史

程汉大 李培锋 著

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

司法制度是英国法律制度的精华所在,在它身上凝聚着英国世代人民的法制经验与智慧。本书采用交叉研究方法,分法院制度、法官制度、律师制度、审判制度、检察制度、警察制度、刑罚制度、法律援助制度等八章,全面系统阐述了英国司法制度的来龙去脉,同时,对蕴含于制度背后的价值内涵和运行机制进行了深入的法理学剖析,力求既述又作、史论交融。在必要的地方,分别与美国、大陆法系等国家的相应制度加以比较,以期彰显英国司法制度的个性特点和独特经验。

本书适合于法律大专院校、科研机构的师生以及法律实务部门的工作人员,也适合于对法学有兴趣,特别是关注司法制度、律师制度和比较法学的一般读者。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

英国司法制度史/程汉大,李培锋著. —北京:清华大学出版社,2007.6

(比较法学丛书)

ISBN 978-7-302-13113-7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 058224 号

责任编辑:方洁 宋丹青

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机:010-62770175

邮购热线:010-62786544

投稿咨询:010-62772015

客户服务:010-62776969

印 装 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:17.75 字 数:410 千字

版 次:2007 年 6 月第 1 版 印 次:2007 年 6 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:32.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:021415-01

“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,或称诩“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远流长,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。其时西人眼中之中国,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,“夷津”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,实多舶来新实。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。

英国司法制度史

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,处长治之道。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

“比较法学丛书”总序

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藏女士与方洁女士，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

前 言

一

在严格意义的法律领域内,有两种国家活动是最基本的,一是制定法律,二是适用法律。前者称之为立法,后者称之为司法。与之相适应,一切国家都拥有两种基本法律权力:立法权和司法权。^① 为了规范这两种权力的职能范围、相互关系及其运行方式,以确保法律价值的实现和社会秩序的稳定,所有国家都建有与自己的国情和时代条件相适应的立法制度和司法制度。

从逻辑上讲,法律的产生应当先于司法活动,因为只有首先有了法律,然后才能谈得上法律的适用。由此推论,立法——尽管最早的法律无不起源于古代习惯,因而早期的立法形态只能是社会的约定俗成而非某个立法机关有意识的自觉活动——应当早于司法。然而,英国著名历史法学家梅因通过对古代法律史的研究证明,二者的历史顺序恰好与逻辑顺序相反。他指出:人们总是“先天地倾向于以为一个‘习惯’观念必然是先于一个

^① 从广义上讲,行政管理也是一种国家法律活动,它和司法之间尽管存在明显差异,但同属执法范畴,与立法相对。由于在这里我们是从狭义的角度使用国家法律活动和法律权力概念的,所以未把行政活动和行政权力包括在内。

司法判决的概念,以为一个判决必然是肯定一个‘习惯’,或是对于违犯‘习惯’的人加以处罚”,而事实上,这是由于“我们的现代联想”所造成的误解。^①“可以断言,在人类初生时代,不可能想象会有任何种类的立法机关,甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度,它只是一种惯行。用一句法国成语,它还只是一种‘气氛’。”^②梅因断言,无论是西方还是东方的法律,都是沿着“判决”——“习惯法”——“法典法”——“法规法”的进化路径产生发展起来的。在人类文明之初,只有家长、部族首领、部族会议或国王假借神意对特定纠纷案件的判决,换言之,那时所谓的法律仅仅存在于一个个具体案件的判决结果中。后来,随着判例的日积月累,解决纠纷所依据的那些习惯原则才逐步演化为大家公认的习惯法。再后来,由于发明了文字,人们又把社会公认的习惯法汇编为成文的法典法。^③最后,才出现了拟制、衡平等法律修正手段和由专门立法机关自觉制定的法规法,才有了现代意义的立法。按照梅因的这个结论,司法机关和司法制度的历史比之立法机关和立法制度更为古老和悠久。在盎格鲁—撒克逊时代,英国人把郡法院审理案件的过程称作验证(proof)——检验当事人所言是否真实可信,而非称之为审判(trial)——依据既定法律规则作出裁决(trial一词直到12世纪中叶才出现于英语中),这从语源学的角度印证了梅因所言确有

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,3页,北京,商务印书馆,1996。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,5页,北京,商务印书馆,1996。

③ 例如,早期英国的《埃塞尔伯特法典》、《伊尼法典》、《阿尔弗雷德法典》的内容全是社会公认的习惯,就连逻辑结构最为成熟的《罗马法典》也不过是“把罗马人的现存习惯表述于文字中”罢了。参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,11页,北京,商务印书馆,1996。

道理。

进入近代以来,随着法治国家的建立,立法制度和司法制度在社会生活中的地位和作用以及自身的完善程度都达到了前所未有的高度。因为正如古希腊思想家亚里士多德所言,“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”^①这就是说,法治国家的实现离不开两个前提条件,一是国家制定的法律必须是“良好的”,即法律本身必须是公正的;二是法律必须获得社会的“普遍服从”,这就要求法律必须被公平地执行。前者依靠合理科学的立法制度予以提供,后者则仰赖完善有效的司法制度予以保障。因此,对于现代法治国家来说,良好的立法制度和良好的司法制度犹如车之两轮、鸟之两翼,缺一不可。

不过,从某种程度上说,司法制度在现代法治国家中的地位 and 作用比之立法制度更高一筹。因为仅仅停留于立法层面的法律,只是一种纸面上或口头上的规则,在进入现实生活之前,不管它们如何公正合理,也是没有任何实际价值的。法律规定的权利义务,只有通过适用于具体案件的司法过程才能“从精神王国进入现实王国”,真正“降临尘世”。^②英国著名法官丹宁勋爵在谈到司法的意义时曾说:“当你走上这条路(指司法)时,你必须记住,有两个伟大的目标要达到:一是要看清法律是正义的;另一个是它们被公平地执行。二者都是重要的,但其中法律被公平地执行更为重要。如果因为不道德的法官或道德败坏的律

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,199页,北京,商务印书馆,1965。

② [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,100页,北京,中国大百科全书出版社,1997。

师而得不到公平地执行,就是拥有正义的法律也是没有用的。”^①从这个意义上说,司法制度在现代法治社会中的地位和作用比之立法制度更具有关键性和决定性。

正是由于上述原因,当今世界各国都十分重视司法制度的理论研究和实践探索。

二

从本质上讲,司法制度是国家司法权的制度化形态,是关于司法权配置与运行方式的规则体系。它主要由两个层面的法律规则所组成:一是关于司法权行使主体方面,亦即司法机关以及其他相关司法组织的设置、结构、性质与任务等方面的规则,主要包括法院制度、法官制度、律师制度、检察制度、公证制度、仲裁制度等,其核心部分是法院法官制度;二是关于司法权运行方式和司法程序方面的规则,如侦查制度、起诉制度、审判制度、辩护制度、证据制度、刑罚制度、法律援助制度等,其主体部分是审判制度。

与立法制度、行政制度以及其他一切社会制度相比,司法制度有着自己独有的特征和规律。这主要包括:

第一,在启动方式上具有消极被动性。立法权和行政权都是积极性的国家权力,立法机关和行政机关可以根据社会生活的需要随时制定法律和政策,并通过强制性手段主动付诸实施。与此不同,司法权是一种消极性的国家权力,它只能“因需而

^① Lord Denning, *The road to justice*, London, 1955, pp. 6~7. 转引自王盼、程政举等:《审判独立与司法公正》,176页,北京,中国人民公安大学出版社,2002。

动”、“有求才应”。也就是说,只有当出现法律争端并且接到当事人的正式请求,需要作出明确裁断时,司法制度才启动运行。所以,“要想使它行动,就得推动它。向它告发一个犯罪案件,它就惩罚犯罪的人;请它纠正一个非法行为,它就加以纠正;让它审查一项法案,它就予以解释”。如果“没有依法提出诉讼的案件,司法权便没有用武之地”。^①这时的司法制度只能静候一旁,蓄势待发。如果它此时主动出击,对某一既定法律评头品足,那它就有越权之嫌。

第二,在运行模式上具有个案判断性。司法活动是司法机关根据特定案件的事实(证据)和既定规则(法律),对包含在诉讼争议中的是非曲直进行认定和评判的过程,所以,司法活动归根结底是一种判断活动。判断自然离不开对法律的解释,亦即解释法律本是司法过程的题中之意。正如马克思所说:“法官的责任是当法律运用到个别场合时,根据他对法律的诚挚的理解来解释法律。”^②由于需要审判的案件只能一个一个地提出,司法机关只能一个案件一个案件地逐一进行审判,因此,尽管司法机关在判案时难免含有对某一普遍性法律的评断,但它不能笼而统之地“对全国的一般(法律)原则进行宣判”。^③如果没有待审的具体案件,司法机关就直接指责某个一般性法律原则,对之说三道四,那它就超越了自己的职权范围。

第三,司法判决在效能上具有终局权威性。司法和行政虽然同属于执法行为的范畴,但二者的性质、任务和运作方式存在

① [美]托克维尔:《论美国的民主》,上卷,董果良译,110页,北京,商务印书馆,1997。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,76页,北京,人民出版社,1956。

③ [美]托克维尔:《论美国的民主》,上卷,董果良译,110页,北京,商务印书馆,1997。

根本的区别。行政执法是一种管理活动,具有过程性。对于行政行为的实施过程和结果,其他权力机关如立法机关和司法机关都可以进行监督、审查和纠正,而司法行为的结果则具有终局权威性。就是说,对于司法机关通过法定程序作出的判决,其他任何权力机关、社会组织和个人都无权改动和推翻,这一点对于保持司法机关的权威性和司法制度的有效性是必不可少的。对此,美国联邦上诉法院首席法官爱德华兹指出:“司法制度的重要宗旨之一是解决矛盾。如果一个‘解决方案’可以没有时间限制并可以不同理由反复上诉和修改,那就阻碍矛盾的解决。如果败诉方相信他们可以在另一地方或另一级法院再次提起诉讼,那么,他们永远不会尊重法院的判决,并顽固地拒绝执行对其不利的判决。无休止的诉讼反映了、同时更刺激了对法院决定的不尊重,从而严重削弱了法律体系的效率。”^①

第四,在价值取向上具有公正优先性。公正和效率是一切国家制度所共同追求的两大基本价值目标,虽然从根本上说二者是一致的,但它们之间也存在着紧张甚至对立。当鱼和熊掌不可兼得的时候,在价值选择上必须有所侧重。此时,不同的国家制度因承担着不同的社会职责,选择自然有所不同。从原则上讲,行政制度的主要任务是管理国家和促进社会尽快发展,因而奉行的基本原则是效率优先、兼顾公正。司法制度的职责是维护法律秩序和社会正义,而且,司法向来被人们视为是社会正义的最后一道防线,“如果在法庭上都得不到公正的话,那么世界上就再也没有别的地方可以得到它了”(西方学者大卫·里德语)。因此,司法必须把公正价值放在优先位置。只有司法是公正的,法律才有尊严,社会秩序和正义才有保障。一旦司法丧失

^① 宋冰:《程序、正义与现代化》,3页,北京,中国政法大学出版社,1998。

了公正性,人们就会失去对司法机关和法律权威的尊重和信心,社会秩序与正义必将蒙受不可弥补的损害。培根有句广为流传的名言:“一次不公的(司法)判决比多次不平的举动为祸尤烈,因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判决则把水源败坏了。”^①当然,强调公正优先并不是说司法效率不重要,相反,完全置效率于不顾的公正则不是真正的公正,正如西方法谚所云:“迟到的正义就是非正义。”但是,公正毕竟是司法的最终和最高目标,如果失去公正,效率将毫无意义,因此,与公正相比,效率终归是第二位的。罗尔斯的下述论断对于司法制度来说显然具有绝对意义,他说:“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。……某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不公正,就必须加以改造或废除。”^②

第五,在对待争议双方的态度上具有中立性和独立性。执掌司法权柄的裁判者只有严格保持客观中立的态度和独立自主的立场,才有可能作出准确、公正的判决,因此,价值取向的公正优先性决定了司法机关在面对各种权利冲突和诉讼纠纷时必须严守中立。按照戈尔丁的解释,司法中立有三层含义:“其一,任何人不能作为自己的法官;其二,结果中不应含纠纷裁决者的个人利益;其三,纠纷解决者不应有对当事人一方的好恶偏见。”^③这就是说,法官必须不偏不倚地平等对待双方当事人,必须排除

① [英]培根:《培根论说文集》,水天同译,193页,北京,商务印书馆,1983。

② [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,1页,北京,中国社会科学出版社,1988。

③ 马丁·P. 戈尔丁:《法律哲学》,5~8页,台北,三民书局,1996;转引自王盼、程政举等:《审判独立与司法公正》,146页,北京,中国人民公安大学出版社,2002。

一切物质利益的诱惑和外界权势的压力,包括政府、政党、媒体、舆论以及亲朋友情的影响,根据法律和自己的判断作出裁决。这就是马克思所说的“法官除了法律没有别的主司”^①的意旨所在。

第六,在人员素质要求上具有专业性和职业性。司法是一种知识技术含量很高的专业性活动,作为司法主体的法官理应具备充分的专门法律知识和司法技能,熟谙法律规则和司法程序,通晓法理,因为舍此将难以保证司法过程严格按照法定程序进行,更难以保障判决结果的公正合理。而且,任何法律体系都会因为自身固有的稳定性而相对滞后于时刻变化着的社会现实,总有或多或少的缺陷与漏洞,甚至存在自相矛盾之处。对此,法官必须有根据案件的具体情况和法律的一般原理,正确运用自由裁量权作出妥善处理,这对于非法律专业出身的外行来说是很难胜任的。因此,只有经过专门训练的职业法律家或具有丰富司法经验的人员才有资格担任法官。不仅如此,即使是协助当事人完成诉讼活动的司法参与者检察官和律师也必须是精通法律的专业人士。

上述六大基本特征是司法制度内在规律的表现形式。我们在这里从理论上对其作一集中阐释,目的是为后面深入探究英国司法制度的历史与现状预先确立一个明确的观察视点和分析框架。

三

司法是一种智慧,又是一门艺术。如果说由罗马法发展而

^① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,178页,北京,人民出版社,1956。

来的大陆法系因为创立了法学基本范畴和逻辑严密的法理体系,建构了一套规范化的法典编纂模式,因而素以立法见长的话,那么,英美法系则以其合理精致的司法制度和司法技术而著称于世。质言之,司法制度是英美法系的精华所在。在世界各国法律制度的百花园中,英美司法制度是一朵绚丽夺目的奇葩。

英国是英美法系司法制度的创始国,堪称人类司法文明史上的先进代表。如今流行世界各国的基本司法制度,如司法独立制度、职业法官制度、律师辩护制度、公开审判制度、法律援助制度等,无一不起源于英国。陪审制和对抗制现在也已走出英美法系的圈子,不同程度地扩散到世界各国。其中,陪审制的发源地虽然被许多人认为是古代希腊罗马,但实际上这是一种以讹传讹的误解,因为古希腊罗马的陪审制只是名称与现代陪审制相一致,本质上并非是一回事。古希腊罗马的陪审员不过是选举产生的大众法官,而不是协助专业法官判案的陪审员。现代陪审制是诺曼英国在继承法国古代宣誓调查法的基础上创立的。另外,当今世界各国通用的一些重要司法原则,如法官中立原则、诉讼双方平等武装原则、刑事审判中的无罪推定原则和超越合理怀疑的证据原则等,也都是从英国最先产生和发展起来的。因此,考察、研究英国司法制度的历史,揭示各种具体制度的来龙去脉,对于深入了解人类司法文明的演进轨迹具有不可替代的重要意义。

司法制度是一个国家法制与政治文明水平的重要标志。在世界各国中,英国司法制度踏上文明化发展道路的时间是比较早的,在整个国家体制和法律发展史上的地位与作用则是其他任何国家所不可比拟的。英国学者施米托夫曾指出:“世界上还