

汉译世界学术名著丛书

英国普通法的诞生

〔比〕R.C.范·卡内冈 著



汉译

丛书

英国普通法的诞生

〔比〕R.C.范·卡内冈 著

李红海 译



商务印书馆

2018年·北京

R. C. Van Caenegem

THE BIRTH OF THE ENGLISH COMMON LAW

© Cambridge University Press 1973, 1988

First published 1973

Second edition published 1988

本书根据剑桥大学出版社 1988 年第二版译出

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,为学人所熟悉,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 2016 年年底已先后分十五辑印行名著 650 种。现继续编印第十六辑、十七辑,到 2018 年年底出版至 750 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,帮助我们在这套丛书出得更好。

商务印书馆编辑部

2018 年 4 月

译者序

译后作序虽已成译事之习惯,但对于资历尚浅者来说难免又有附庸风雅之嫌。尽管如此,本书译者仍想在此略书几句以为序,一来为了“因循先例”,二来因为原著者在前后两版序言中并未对全书内容作出概要介绍,而对普通法起源问题怀有各色兴趣的汉语读者因各种原因又不是人人都能或有必要将全书通读,因此译者将全书内容在此作总体概述也许会有助于那些想吃名著“快餐”的读者。但毫无疑问,要尝到原汁原味,还是要必须阅读原文而不仅仅是这个或许已经“背叛”了作者原意的译者序。

一、概要

英美的强势文化导致了今天我们对于普通法的一种异乎寻常的热情和兴趣,不必说具体的部门法规则,单是时下里进行得如火如荼的司法改革,几乎就已经到了“言必称英美”的地步。但正如我在《普通法的历史解读》^①一书序言中所强调的那样,由于普通法自身形成过程的特殊性,我们对于它的理解最好从历史的角度着手,尤其是它形成阶段的历史。而本书则正是一本有关此主题

^① 李红海:《普通法的历史解读》,清华大学出版社2003年版。

的经典著作。

本书原著者范·卡内冈教授为比利时根特大学中世纪史和法律史领域的知名学者,曾投身于著名的英国法律史学者普拉克内特教授(T. F. T. Plucknett)门下,并在剑桥这一梅特兰曾执教过的大学作过访问研究员。可能正是因为他的欧陆学术背景,普拉克内特教授才预言他会在英国法律史研究方面采取英国本土学者所不大可能采取的角度,而本书的出版也正是这一预言的一个验证。

正如我们所已经知道的那样,普通法在其形成阶段,王室司法机构及相应的令状制、陪审制这三者的确立起到了重要的作用,本书正是围绕这三者依次展开的。在第一章中,作者讨论了后来作为普通法“创造者”的王室法庭的兴起,第二章和第三章分别讨论了令状制和陪审制,最后一章则分析了英格兰在12世纪为什么没有像欧洲大陆那样延续日耳曼繁杂的习惯法传统以及复兴罗马法,而是发展出独特的普通法?下面依次论述。

二、王室法庭的兴起与普通法

“鉴于普通法曾经是,并且今天在很大程度上依然是‘法官造法’,司法组织的历史对于我们主题的重要性就很容易理解了。”范·卡内冈教授在正式讨论王室法庭之前的这句话已经清楚地表明了探讨王室法庭的兴起对于普通法的意义所在。但我仍需要提醒读者的是,在一定意义上说,这恰好又构成了普通法与大陆法最本质的区别之一,因为在讨论大陆法时我们很少如此认真探讨其法庭制度(关于这一区别,后文还有详述)。

王室法庭之于普通法,很大程度上类似于议会之于大陆法;如果说议会创制了大陆法,那么普通法就是英格兰的王室法庭造就的。但英格兰的王室法庭却并不是一开始就有的,而且也不是当时所有国家(如法国、德国等)的王室法庭都发展出了普通法,这其中的不同发展又与多种历史机缘紧密相连。

其实,英格兰的历史是与西欧大陆紧密相连的。远的不说,就从公元前1世纪恺撒首次踏上不列颠的土地开始,英格兰就与西欧先后在同一时间段经历了罗马人和日耳曼人的征服,而且都长达数百年之久。因此在1066年之前,它们二者的历史大体是同步的,其社会状况也颇为接近。具体到司法领域,1066年前后两地都存在地方司法机构(如马尔克公社民众大会、郡法庭、百户区法庭等)和领主的司法机构(即庄园法庭或封建法庭)。所谓的王室司法机构(即王室法庭),实质上只不过是一个普通的领主法庭而已,准确地说它应该是全国最大的那个领主(贵族)所开设的法庭。同时也正是由于国王是最大的领主这个特殊性,王室法庭多少也带有了一些别的法庭所不具备的特殊性,比如后来它对刑事案件的管辖权便可能超越国王领地的范围而扩展到其他地区。1066年诺曼征服之后,在英格兰,王室法庭的这种特殊性逐渐开始变得显著起来,这其中的原因我们在后面还将详细谈到,那就是诺曼征服所带来的中央集权体制在英格兰的建立,也正是从此或因此,原来与西欧大陆同步发展的英格兰,在政治、法律、文化等诸多方面都与后者产生了巨大的差别。

英格兰王室法庭的上述特殊性,集中体现在它为全体英格兰普通自由民众提供了一个一审法院。“它为全国创设了一个大的

初审法庭”，范·卡内冈教授如是说(第一章)。这个“初审法庭”包括两个部分，一部分是固定在威斯敏斯特的中央王室法庭，包括皇家民事法庭(Court of Common Pleas)、财税法庭(Court of Exchequer)和王座法庭(Court of King's Bench)，当然这三者中对普通法来说意义最大的是皇家民事法庭。另一部分是各式各样的巡回法庭。如果说中央王室法庭免去了民众追逐国王以求王室救济之辛劳的话，那么巡回法庭则是将国王的恩泽送到了千家万户的家门口。

就王室法庭的兴起对普通法形成之意义，也许应从以下几方面考虑：

(一)巡回审判为王室法官接触、了解地方习惯法提供了机会。恩格斯曾称普通法为“至今唯一传播于世界的日耳曼法”，这表明了普通法的许多具体规则(主要是实体性的)都源于日耳曼法。但普通法并非直接就是日耳曼法，而是经过普通法法官改造过的日耳曼法。不过这些王室法官起初并不了解地方上的日耳曼习惯法，他们可能了解罗马法、教会法、国王的敕令，但这些法律渊源对于解决适用地方习惯法的民众之间的纠纷又没有太多帮助。因此，夸张一点地说，法官是在“不知法”的情况下来解决纠纷的，或者说法官在面临纠纷时需要当场了解法律规则，这种了解地方习惯法的机制或途径就是我们后面要谈到的陪审团。但无论如何，巡回审判为王室法官了解地方习惯法提供了机会，法官在了解了这些习惯法之后，会对它们进行甄别、筛选、加工，并以之为依据作出判决，形成相应的规则，并在以后类似的案件中加以适用。这便是普通法形成的微观层面。

(二)统一的中央王室法庭为法律的统一提供了可靠的保障。巡回各地的王室法官在结束巡回审回到威斯敏斯特的中央王室法庭后,会在一起讨论各自审理的案件,评点彼此的得失,相互认可各自形成的规则,并取长补短。天长日久,便形成了一套为他们所共同认可的、可普遍适用的规则,这便是普通法。试想,如果仅有巡回法庭,法官的确可能积累起以日耳曼习惯法为基础的、可适用于个案的规则,但这些规则却完全可能是千差万别,到头来仍无法避免我行我素或西欧大陆上封建割据时法律各异的状态。而中央王室法庭为各自为政的王室法官提供了一个交流沟通的平台,使得他们能在一起对复杂的习惯法进行加工、整合,形成一套“共同的知识”(common learning)^①。

(三)王室法庭(尤其是巡回法庭)将正义运送到了普通自由民的家门口。如前所述,起初王室法庭只是国王作为封建领主设立的封建法庭,其参加者和受益者都只限于直接从国王那里保有土地的直属封臣(tenant-in-chief),普通自由民是不可能享受到只有王室法庭才可能具有的那些优点的——如后来采用的理性的证据审查方式陪审制,判决能够高效地得到执行等。^②随着亨利二世司法改革的推进,无论是巡回法庭还是中央的皇家民事法庭,都开始作为初审法庭直接面对普通的自由民,国王的恩泽遍布了全体

① Sir J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 198.

② 非常吊诡的是,由于此时国王意在通过拉拢普通自由民而抑制贵族,到大宪章诞生时,贵族反而不能像普通自由民那样充分享受到普通法的好处,而是更多受制于国王在其作为领主的封建法庭上的个人意志——这也成为大宪章诞生的重要原因之一。

的自由臣民。于是,正如范·卡内冈教授所指出的那样,普通法开始从专属于一个阶层的法律变成了属于全体自由民的法律,而这正是由王室法庭完成的(第四章)。我们后面还要谈到,这不仅是普通法和王室法庭的胜利,更是国王对地方权贵的胜利,是中央集权对地方割据的胜利。相比之下,无论是稍后的巴黎高等法院,还是更晚的德国的帝国枢密法院,都未能实现英格兰中央王室法庭所完成的业绩,个中原因也许部分就在于它们并不是初审法院而只是终极的上诉审法院。

(四)王室法庭与普通法在英格兰的胜利并不完全是凭借国王的强制和权威,而在很大程度上是靠竞争赢得的。前已述及,与王室法庭并存的还有郡法庭、庄园法庭、教会法院等,后者都“法定”地享有某些案件的管辖权,若依常规,王室法庭是不可能触及它们的“司法领地”的。但正如伯尔曼所言,国王在诸多现有的法庭之外又设立了与之并列的王室法庭的司法管辖权,并与之展开竞争。^①王室不断地优化和提高自己法庭的性能(如采用陪审制),从而提高其竞争力,将原本应属于其他法庭的案件吸引到王室法庭来,并积少成多,最终取而代之成为主流。王室法庭这种通过完备自身条件(间接地贬低其他对手),将究竟诉诸哪家法庭的决定权留给当事人自己的做法,在一定程度上也影响了普通法自身的价值取向。所以我们在普通法中看到,普通法并不主动为当事人设立行为模式,而是允许当事人自行选择,仅在纠纷发生后裁决哪方

① [美]H. J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第525页以下。

的行为违反了公众所认可的基本信条。

王室法庭的建立为普通法的形成与发展提供了基础和前提，但在与其他法庭的相互竞争中，王室法庭必须使自己强大、先进起来，为此它采取了许多措施，最为典型的便是下面将要谈到的令状制和陪审制。

三、令状制与王室法庭的司法管辖权

范·卡内冈教授指出了令状在国王和教皇那里的行政起源，从中我们发现，令状只不过是国王、教皇或其他统治者处理日常事务的一种便利的文书工具，很难说它不曾为其他地方的统治者所知。那么，这种常见的行政管理工具又是如何演变成为一种重要的司法制度的呢？我将令状的演变归纳为如下几点：

（一）行政令状的司法化。范·卡内冈教授研究了大量来自英格兰和诺曼底的令状文本，在12世纪初期以前，无论从内容还是用语方面，这些令状都反映出了统治者的权威及命令式的口吻，如“你必须将某物返还给某某”。但自亨利二世起，这些令状不再直接命令相对人如何做，而是要求他们到王室法官面前解决争讼，由法官而不是国王决定双方权利义务的分配。从此，令状由直接分配权利义务的“命令书”演变成了启动诉讼的司法文书，这便是起始令状(original writ)。但令状从行政性质演变为司法性质并非一蹴而就，而是一个渐进的过程，这其中的一个化石标本就是范·卡内冈教授花大气力研究的指令令状(praecipe)。指令令状文本的前后两部分分别包括了令状原有的行政性质和后来的司法性质，其格式通常为：指令被告向原告为某种作为或不作为；若被告不

服,则前往王室法官处陈述不执行令状的理由。

自此,起始令状成为在王室法庭开始诉讼的一个必备条件,国王通过自己的文秘署签发令状,当事人需出钱购买,因此它成为王室财政收入的来源之一。但其意义并不限于或不主要限于财政方面,而主要在“争夺”案件的司法管辖权方面。

(二)令状扩大了王室法庭的管辖权,而实际上剥夺了其他法庭的管辖权。我们通常所能想象得到的方式是,文秘署不断地基于各种案由为各种案件签发起始令状,允许它们在王室法庭审理;又因为王室法庭与其他法庭相比有很大优势(如证据审查方式和判决的执行等),因此人们不管遇到什么纠纷都跑到王室法庭来,而原本依据“习惯”或“法律”对这些案件有管辖权的法院却“门庭冷落”了。而为此遭受经济损失(诉讼费收入)的贵族则对此颇为不满,于是才有了1258年《牛津条例》对新令状签发的限制,并直接导致了普通法发展的受限、类案诉讼(action on the case)的出现和部分导致了衡平法的兴起。这就是起始令状对于王室法庭司法管辖权的直接扩大,也是最常规的方式,而我们所感兴趣的则是那些通过各种技巧达到此目的的间接方式。

1.“无须应诉”(nemo tenetur respondere)。指被告在未见到王室令状时,无须出席在封建法庭开始的、针对他自由保有地的诉讼,这为封建法庭审理原来“当然”属于自己的案件设置了前提条件:即需要王室令状才能在领主法庭开始涉及自由保有地的诉讼。

2.被告的选择权。在庄园法庭开始的地产权利诉讼中,被告可在传统的决斗裁断和王室法庭的陪审裁决之间进行选择。鉴于决斗结果的不可预见性,多数当事人会选择在王室法庭进行诉讼,

这在实质上限制或剥夺了庄园法庭在这一问题上的管辖权。

3. 移卷令和错判令。这是在符合一定条件的情况下将案件移至王室法庭进行审理或改判的令状。如伯尔曼所言,王室法庭在与其他法庭的明争暗斗中采取的一种措施就是,在某一类案件上设立与其他法庭相并列的司法管辖权,或者是上诉管辖权,这两种令状便是为此目的所设计。

4. 在某些诉讼上设立前置诉讼令。如在涉及可能是教会地产的纠纷中创设地产性质令状(*assize of utrum*),遇此纠纷时首先由 12 名邻人(俗界人士)组成陪审团在王室法官面前决定该争议地产的性质。若为世俗保有性质,则归王室法庭审理;否则归教会法院。

5. 某些令状通过转换问题的重点来获取管辖权。这一类最典型的例子就是范·卡内冈教授在第二章后半部分详细论述的“小巡回陪审诉讼令”(petty assize)。正如书中所谈到的那样,这些诉讼令实际上是放弃了关注本为封建法庭所关注的地产权利(或所有权)问题,转而关注土地的占有问题,这也是它们为什么又被称为“占有诉讼令”(possesory assize)的原因所在。因为解决土地“所有权”问题的权利诉讼极端形式主义,对原告很苛刻,并采取决斗断讼的方式;^①而王室的占有之诉则便捷、高效,且采用的是陪审制,因此多数人逐渐放弃了在地方封建法庭解决土地所有权问题的念头,转而诉诸王室法庭仅寻求对占有的保护,只在特殊情况

① 具体可参见 S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London: Butterworths, 1981, pp. 131—143; 李红海:《早期普通法中的权利诉讼》,载《中外法学》1999 年第 3 期。

下(如一方认为自己身体足够强壮能击败任何决斗对手)才固执地坚持进行权利诉讼。自此,占有之诉成为了中世纪普通法地产权诉讼的主流模式,封建法庭对于地产权利诉讼的管辖权就这样被实质上剥夺了,尽管形式上它还可以审理这类案件,但实际上已经很少有人前去提起这种诉讼了。

由此可以看出,令状在国王手里是一种便捷的文书工具,他既可以直接规定,也可以采取各种间接的方式将自己的意志贯彻下去。

(三)起始令状与司法令状。前者为开始诉讼的令状,由文秘署发给王室法官,有点类似于罗马法中裁判官(*praetor*)发给承审官的令状。但在英格兰,王室法官在认为令状不合适时可予以封杀,而罗马裁判官的令状则不容置疑。司法令状是王室法官在诉讼进行过程中为某种专门事务签发的书面命令,它不盖国玺而只盖法庭印章,也不像多数起始令状那样需要回呈。

(四)起始令状的格式化和格式诉讼。起初令状是针对个案签发的,因此差异很大。但后来类似案由多次出现不可避免地导致了令状的格式化以及随之而来的格式诉讼。每一类案由及相应的诉讼都采用相同的程式,这便是普通法中著名的格式诉讼(*forms of action*)。

(五)有令状才有救济,有救济才有权利推出令状,才有权利。大陆法的观念通常认为,人的权利或者来源于立法的规定,或者来源于某些先验的观念,它不因是否存在司法救济而受影响,这体现了一种立法至上(包括上帝立法和议会立法)的立场。而普通法由于一开始就是从提供司法救济入手的,因此体现了极强的司法中

心主义色彩(这一点后文还会详细谈及)。因为令状是在王室法庭开始诉讼的前提,所以没有令状便不可能得到王室的救济;而没有救济,即使法典中列举了再多的权利,也只是虚权利;因此,这里最终的结论是,没有令状便没有权利。

(六)新令状停止签发与类案诉讼和衡平法的出现。前文已述及,新令状的不断签发以直接或间接的方式侵害了贵族领地法庭的管辖权,使其收入减少。这激起了贵族们的不满,1258年他们通过《牛津条例》宣布停止签发新的令状;若必须签发,要经贵族组成的大谏议会同意方可。新令状的停止签发意味着新的不法侵害无法得到救济,于是负责签发令状的文秘署官员就套用以前类似案件的令状格式签发令状以开始诉讼,这类诉讼被称为类案诉讼或例案诉讼,最典型的例子就是从有身体接触的侵权之诉中发展出对无身体接触的侵权行为的救济。衡平法是新令状停止签发后的另一个新生事物,虽然这二者之间并无直接的因果联系,但后者无疑是导致前者产生的重要因素。

前面重点谈到了令状对普通法的意义主要在于扩大王室法庭的司法管辖权,但另外同样不能忽视的一点是,它还可以引入某种新的制度,如陪审制。不过它引入的方式并不像立法那样是总体性的,相反,它是通过个案或类案来完成的,而这也更适合这一时期英国法律的变革方式。

四、陪审制与证据审查制度的变革

从总体上说,陪审制也是王室法庭增强自身“吸引力”和竞争力的举措之一,但一方面这一制度本身并非英格兰本土的产物,另

一方面采用陪审制起初也并非出于增强王室法庭竞争力的考虑。

(一)陪审制的起源。范·卡内冈教授花了大量篇幅在第三章中讨论了陪审制的起源问题。他总结了前人的研究成果,逐次批驳了陪审制英格兰本土起源和北欧起源的学说;肯定了布伦纳的观点,即陪审制起源于加洛林王室,后传入诺曼底并由诺曼人引入英格兰。关于这一问题今天较为通行的观点是,陪审制起初是加洛林王室一种调查地方情况的制度和办法:由国王派出去的钦差召集地方上的民众,要求他们宣誓后回答钦差的问题,这些问题大体都是涉及国王在地方上的利益、地方官员尽职情况、社会治安、犯罪等。这一制度当时为王室垄断使用,并可作为特权或恩惠赐予某权贵或教会使用,但此时依然鲜用于司法领域。由于它一开始是咨询、调查而非司法审判的性质,所以本书翻译过程中亦有将之译为“宣誓调查”(sworn inquest)和“咨审”(assize)的。后来诺曼人将从法国学来的这一统治管理技术带到了英格兰,并逐步运用于巡回审判中。1166年,亨利二世在《克拉伦敦法》中规定采用这一体制或方法对犯罪提出控诉;后来的《温莎法》又将这一制度引入地产权利诉讼中;1176年的《北安普敦法》及其他法令又将之扩展使用到前文提到的“占有之诉”中。而更多对这一制度的使用则是通过令状在个案或类案中得以实现的,所以我们很难说是哪一项立法明确地引进了陪审制,而最多只能说它是慢慢形成的一种做法。

(二)陪审制的引进对证据制度的变革。相比于法院建制和令状,陪审制的发展更为复杂。如前所述,陪审团起初是向王室提供信息咨询的,这种信息的范围可谓无所不包,只要是国王所关注或

感兴趣的就可以。后发展到 1166 年《克拉伦敦法》中的控诉陪审团,其实他们所谓的控诉也不过是就其所知或所疑向法官陈述,在一定意义上也是一种信息的提供,仍未脱离咨询机构的性质。在关于地产权利的大陪审诉讼和占有之诉中,陪审团提供的是关于某土地先前占有或其他情况的信息。只是到了后来,当陪审团开始脱离邻里关系,对法官先前关心的信息一无所知,但被要求凭其经验判断当事人提供的情况是否属实时,陪审团才从咨询机构变成了审查事实问题的专门机构,它才会深刻地影响了普通法中的证据审查制度。那么这一转变又是如何实现的呢?

我们首先要考察的是,王室法庭为什么会因陪审制而更具竞争力?我们知道,只要是司法过程,便离不开对事实的认定和对法律的适用。在许多情况下,这二者中后者比前者更容易,因为认定事实实际上是力图通过今天来重现昨天,而一旦事实清楚,适用法律一般也就不会有太多争议。认定事实和审查证据在 12 世纪的西欧通常是通过三种非理性的方式得以完成的:宣誓、神明裁判和决斗。虽然正如范·卡内冈教授所指出的那样,这三种方式在当时自有其存在和流传的理由,但随着经济的发展和对人的理性之认识的不断加深,这些证据审查方式的效能越来越受到质疑。正如本书所言,“经受冷水审考验者事先通过耐心地练习控制呼吸以求顺利通过神裁”,“至于烙铁审,很显然‘无辜是与胼胝紧密联系在一起’”(第三章)。正是在这种对非理性的证据制度充满怀疑的氛围中,陪审制闪亮登场了。陪审制因其依靠人的理性而非神意、蛮力、胼胝等不确定因素立刻吸引了民众的目光。在此情形下王室法庭的竞争力因陪审团而提高是很容易理解的。