

全国外国法制史研究会学术丛书

20世纪 外国司法制度的 变革

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS

D916

10

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

20世纪 外国司法制度的 变革

何勤华 主编

北方工业大学图书馆



00538735



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

20 世纪外国司法制度的变革/何勤华主编. —北京:法律出版社,2003.5
(全国外国法制史研究会学术丛书)
ISBN 7-5036-4256-4

I. 2… II. 何… III. 司法制度-体制改革-研究-外国-20 世纪 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 029622 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊	封面设计/孙宇
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/17.5 字数/451 千
版本/2003 年 10 月第 1 版	印次/2003 年 10 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939687 63939690	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4256-4/D·3974	定价:35.00 元

序

2002年8月8日至9日,由贵州大学与华东政法学院联办的全国外国法制史第十五届年会在贵阳市花溪栖碧山庄隆重召开。来自全国各大高校、科研机构、出版单位的近百名专家学者济济一堂,以“二十世纪外国司法制度的改革”为主题就外国司法制度构建、改革及其对我国的借鉴意义,我国司法制度改革的现状、问题和挑战以及罗马法研究等问题展开了热烈的讨论并进行了深入的学术交流。这次会议的成果,就是摆在读者面前的这本《20世纪外国司法制度的变革》。

在近代法学理论以及法律运作实践中,司法始终是一个重要的领域。基于此,西方各发达国家均将完善司法制度——刑、民事诉讼程序,法院和检察院体制,法官、检察官和律师的培养,国家司法考试制度等,视为现代法治国建设的基本内涵。第二次世界大战以后,西方各国都把上述各个方面的改革作为政治文明和法律进步的重要工作来抓,并取得了诸多成果。本书汇集的30余篇论文,正是对这些成果的初步介绍和评述。

20世纪90年代以来,我国法学界也开始了对司法制度的改革。与实务部门着力提高法官、检察官和律师的素质,完善审判体制和审判方式,确保司法公正的同时,理论界也开展了对司法制度的研究。除出版了一大批专著和论文之外,在译著方面,也有不少佳作问世。此外,为加强理论界与实务部门的沟通,《人民法院报》还开辟专栏,专门就司法制度的改革这一实践课题作出理论方面的阐述。而本书

的编辑出版,则试图为我国正在进行的轰轰烈烈的司法制度改革提供一些异域的经验。所谓“它山之石,可以攻玉”,是也。

本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前两辑《法的移植与法的本土化》、《20 世纪外国经济法的前沿》(均由法律出版社出版)的惯例,分主题论文、专题论文、论点精粹和附录等部分。本书的编辑,由本研究会秘书处承担,负责编辑工作的有秘书长李秀清以及高尚、任超、程维、廖初民、冷霞、王晓锋等华东政法学院的博士生和硕士生。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者鉴谅。

本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法学院的学会活动经费的资助,得到了法律出版社社长贾京平先生的全力支持,本书的责任编辑刘伟俊先生则为本书的编辑出版倾注了大量心血。在此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海 华东政法学院

2002 年 12 月 20 日

目 录

1 序

一、主题论文

- 3 陈敬刚 / 试论早期普通法中的新近被夺占有诉讼
- 18 徐静琳 / 普通法的司法理念及运作机制——兼评香港模式
- 34 饶 艾、曾红宇 / 当事人主义诉讼模式与判例法
- 44 张锐智 / 试论美国司法审查制在权力监督中的作用
- 62 张文政 / 现代法治主义理念的再认识——日本司法违宪审查制度论析
- 70 高 尚 / 美国陪审制述评
- 90 李拥军 / 从美国的陪审制度看司法公正
- 106 王晓锋 / 日本陪审法述要——日本移植西方法律改革审判制度的一次尝试
- 121 叶秋华、张 华 / 西方沉默权制度历史探析
- 143 李艳华 / 公正与效率：20 世纪西方司法改革的艰难主题——以美国辩诉交易制度为考察例证的比较研究
- 162 方立新、张卓明 / 美国与加拿大的“辩诉交易”实践之比较
- 174 程 维 / “米兰达警告”的昨天、今天和明天
- 188 廖初民 / 对抗式诉讼制度功能的异变——英国民事诉讼制度变

革探究

- 202 蔡元庆 / 股东代表诉讼的经营监督机能和经营的确保
——论股东代表诉讼中诉权滥用的问题及其在提诉阶
段的防止
- 217 [德] Astrid Stadler / 德国民事诉讼法的最新发展 Neuere
Entwicklungen im deutschen Zivilprozeßrecht(季
立刚、陈倩译)
- 237 王云霞 / 从分立迈向合并——英国律师制度改革的基本走向
- 250 彭 勃 / 日本刑事訴訟法的理念与现实——20 世纪日本刑事诉
訟制度的回顾与展望
- 261 邓曾甲 / 20 世纪 60 年代日本的司法改革
- 272 胡 娟 / 日本司法考试制度: 一个历史的考察
- 285 何志辉 / 口头非洲法: 从司法看习惯法的口头性
- 303 夏新华、张怀印 / 论埃及混合法院
- 329 李道刚 / 欧洲法院制度探析

二、专题论文

- 345 冷 霞 / 近代中国的司法考试制度
- 364 姚秀兰 / 近代中国律师制度探析
- 382 李秀清 / 趋附刑事立法潮流与 1935 年《中华民国刑法》
- 398 王兰萍 / 议我国的司法独立与审判独立
- 407 杨鸿雁 / 中外耻辱刑发展轨迹探寻及反思
- 423 [日] 铃木敬夫 / 殖民地治安法的特点——战前日本统治下的
朝鲜·台湾(曲阳译)
- 435 黄 风 / 从《爱国者法案》看美国反洗钱策略的若干新动向
- 441 萧光辉 / 英国的殖民统治与印度法律的变化
- 456 任 强 / 比较与审思: 英美法系中的判例与制定法

- 472 徐国栋 /自然法与退化论——对 J.2,1,11 后部的破译

三、论 点 精 粹

- 495 汤 唯、赵国庆 /中外经验:宪法司法化范式证明
- 498 刘守刚 /统一司法考试的社会学考察
- 500 方立新 /试论我国陪审制理念之重构
- 503 蒋岩波 /陪审制度效率分析
- 505 冯卓慧 /联邦德国当代司法制度中的几个特点
- 507 洪永红 /南非和英国关于承认和执行外国法院判决的比较
- 509 彭 欣 /英美刑事起诉制度演进之历史研究
- 512 杨联华 /日本刑事訴訟制度发展变革的特点
- 514 李昌道 /WTO 与正当法律程序
- 515 曲 阳、佐藤孝弘 /法治理念变迁与司法制度改革——围绕日本司法制度改革审议会最终意见书
- 517 余 辉、胡夏冰 /中国法官制度:发展与变革
- 519 孟昭容 /从国际人权公约看中国的司法改革
- 521 项 焱、张 烁 /英国法治的基石——令状制度
- 524 巫晓青 /浅谈外国法制史课程的价值、地位及教学方法的更新
- 526 周训芳 /20 世纪晚期欧洲发达国家公民环境权的发展趋势与特点
- 529 方新军 /权利客体论
- 531 龚汝富、蒋岩波 /契约文明的社会基础:罗马法与中国古代法比较的一个视点
- 532 申建平 /“卖子”与雇佣契约的产生
- 534 郭 惠 /《意大利民法典》与其罗马法渊源比较——以寻找大陆法系财产法中的日耳曼因素为中心
- 536 杨垠红 /介于现代性与原始性之间的十二表法

- 538 朱晓喆 / 批判哲学视界中的私权问题——康德的私权哲学思想研究

四、附 录

- 543 王晓锋、冷 霞 / 司法制度改革:世界与中国——全国外国法制史研究会第十五届年会综述
- 552 全国外国法制史研究会第十五届年会的决定及 2001 年度全国外国法制史研究会年度优秀论文名单

一

主题论文

试论早期普通法中的新近被夺占有诉讼

陈敬刚

作为普通法上最早、也是最重要的以保护自由土地的占有为目的的诉讼程序,新近被夺占有诉讼(the Assize of Novel Deseisin)一直被认为是“早期普通法的关键所在(the linchpin)”^①。这不仅仅因为土地在12世纪普通法开始形成的时期是社会财富的主要形式、保护自由民的土地占有成为法律乃至整个社会生活的头等大事,而且,普通法本身是以诉讼为中心的法律,它是“亨利二世通过立法在王室法院中设置司法救济”而得以创造的^②——亨利二世,在运用巡回审判镇压“重罪”、维护“国王的和平”的同时,于古老的权利诉讼之外,创设了若干扩张国王法庭的司法管辖权、保护土地占有的敕令,通过国王法庭对全体自由人的土地占有予以有效的司法保护,这些措施直接促成了普通法的产生。在新近被夺占有诉讼中,包含了早期普通法的司法救济手段所必需的各种要素:由国王法庭而非领主法庭管辖,依据国王令状开始诉讼,采用陪审团裁决(recognition)的证据形式,等等。更为重要的是,新近被夺占有诉讼这一诉讼形式中所蕴涵的法律理念与思想对整个普通法传统的生成产生了至为深远的影响。有鉴于此,笔者拟在本文中对新近被夺占有诉讼的产生、发展、特点及其对后世的影响作一浅要的探讨,以深化对早期普通法的认

① Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1989, Preface, p. 8. *Novel Deseisin* 在国内论著中有多种译法,如新近强占,新侵占,新近侵夺、新近被夺土地占有等,笔者以为,马克垚先生将其译为“新近被夺占有”这一译法较为妥帖,故从其旧译,参见马克垚:《英国封建社会研究》,第112—113页,北京大学出版社1992年版。

② [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第551页。

识与理解。

一、盎格鲁—诺曼法中的“占有”及其法律实践

新近被夺占有诉讼本质上是一种返还土地之诉(real action)。从其名称中即可看出,这一诉讼形式的制度设计意在打击新近一段时间发生的非法侵占土地的行为,恢复对自由土地的合法占有。这里,我们首先面临的难题就是如何理解盎格鲁—诺曼法中的“占有”及与之相关的其他观念。

在谈到“占有”时,梅特兰曾经说道:“在我们的法律史中,没有其他比占有(seisin)更为重要的观念了,……在过去,它是如此重要,以至于我们几乎可以说我们的整个土地法就是关于占有及其结果的法律。”^①占有理论在英国法中的重要性由此可见一斑。

占有和对占有的保护是一个非常古老的观念,它生根于日耳曼的“gewere”,古英语原词为“saisina”,原意是指公开的与和平的持有某物,如一块土地、一个职位、人身自由,等等。在盎格鲁—诺曼法中,占有的对象非常广泛,甚至对担任宗教职务的推荐也可以构成一项占有。占有应当是实际上的、可以看得见的(visible),比如,占有某块土地,就意味着占有人占据并直接使用这块土地,在该土地上播种、收割及获取该块土地所产的果实、谷物,圈养动物,收取土地出租的租金,等等。占有本身受到习惯法的保护,处于占有之中的占有人有权可以对抗任何人,甚至是授予自己占有的领主。

需要注意的是,早期英国法中的占有与罗马法中的 possession 并不相同。罗马法中的 possession 是所有权(ownership)的基础,它是指对物的事实上的支配、管领,表明物所处的一种事实状态,换言

^① F. Pollock, F. W. Maitland, *the History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge 1978, V. II, p. 29.

之,是一种事实而不是一种权利。^①

在早期英国法中,与占有相关的另一重要术语是权利(right)。这是一个更为复杂的词汇。它与占有之间有着密切的联系,但彼此又有一定的区别。一般说来,“在土地和其他许多事情上,占有通常是权利的外在表象,所有关于权利的问题最终都可以归结为一个与占有有关的问题。”^②1066年“诺曼征服”之后,封建制度被全面引入英格兰。依据封建法的原则,领主将某块土地授封给封臣(tenant),即可基于分封而要求封臣履行一定的封建义务(service),并可在封臣未履行其义务或封臣犯有重罪(felony)时,收回这块授封地(fee)。对于封臣而言,一旦他从领主那里取得了对土地的占有,他就享有使用该土地、获取该土地之上的收益的权利,另外,他也有权要求领主不得在庄园习惯认可的情况之外随意收回该土地。

在盎格鲁—诺曼时期,尽管占有的理论已久为人们所认识和践行,但当时法律中并不存在专门针对占有的司法救济手段,对占有的保护常常以保护权利的形式体现出来。一旦处于自由占有之中的土地受到他人的侵占,被侵占人只能向他与侵占人同属的领主的法庭提起权利诉讼,要求其归还该块自由持有地。如果他在领主法庭受到不公正的对待,则可以诉请到被誉为“正义的源泉”的国王那里,要求其直接给予法律上的救济,而国王往往通过发布专横的命令给被告或争议土地所在地的地方长官郡长或其他官员,命令他们直接恢复原告对自由土地的占有。另一方面,由于运用暴力侵占土地的行为本身违反了“国王的和平”,国王在将其作为刑事犯罪予以镇压的同时,一并归还被侵占人的土地。虽然如此,国王及其法庭并不当然地对所有的返还土地的诉讼享有直接的司法管辖权。根据封建原

① 周枬:《罗马法原论》上册,商务印书馆2001年版,第440—445页。

② Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvil*, London 1958, p. 267.

则,涉及土地的诉讼只能在争议双方所属的领主的法庭进行,国王作为全国最大的领主,其法庭只受理土地直接领自他的直属封臣(tenant-in-chief)之间的土地诉讼。

到 12 世纪中期时,这一传统的封建司法管辖格局发生了剧烈的变革。亨利二世即位后,采取多项措施扩张国王法庭在土地诉讼领域的司法管辖权,由国王法庭直接对自由土地的占有予以司法救济。

首先,亨利二世以法令的形式规定了一个概括性的原则:没有国王的令状,任何人都不必为他的自由土地应诉。^①此后,获取一张由国王或其大法官签发的令状成为开始一项诉讼所必需的事物,没有国王令状将不能得到任何司法救济,即使在领主法庭也是如此。

其次,亨利二世频繁签发直接命令令状(writ of praecipe quod reddat),将返还土地诉讼的案件由领主法庭移至国王法庭管辖。后又于 1179 年颁布《大敕令》(grand assize),规定正在封建法庭进行的有关返还土地的诉讼,只要没有最后结案,被告一方即可申请大陪审团审判(grand assize),在决斗和陪审团审判之间作一选择,如选择陪审团审判,则案件自然由封建法庭转移至国王法庭进行审理。^②

除上述两点之外,亨利二世还颁布若干“占有敕令”,撇开权利问题而径行保护占有。它们分别是 1164 年《何种地产敕令》(assize of utrum)、1166 年《新近被夺占有敕令》(assize of novel disseisin)、1176 年《收回被占继承土地敕令》(assize of mort d'ancestor)以及 1179 年

① F. W. Maitland, *Equity and the Forms of Action*, London 1909, p. 315.

② 因国王的这些行为违反了封建法的原则,危害了各级领主的利益。故取得胜利的男爵们在《大宪章》中对此加以限制,1215 年《大宪章》第 34 条规定:“自此以后,不得再行颁布强制转移土地争执案件到国王法庭审讯的敕令,以免自由人丧失其司法权。”

《最后推荐敕令》(assize of darrein presentment)。^①通过这些敕令,分别创设了新近被夺占有诉讼、收回被占继承土地之诉、最后推荐诉讼以及何种地产诉讼等新型的诉讼形式,由国王法庭在领主法庭之外对自由人的占有尤其是土地占有予以直接的司法救济。

二、新近被夺占有诉讼的形成

1166年《新近被夺占有敕令》的颁布直接推动了新近被夺占有诉讼的产生。不过,由于这一敕令与同一时期通过的《克拉灵顿敕令》一样,是国王在打击严重犯罪和非法侵占土地过程中的产物,而导致这一时期的新近被夺占有诉讼带有浓厚的刑事特征,而不是一个纯粹的民事司法程序。笔者认为,新近被夺占有诉讼从早期国王命令恢复占有的一种行政管理手段进而发展成保护自由土地占有的民事诉讼程序,主要经历了三个不同阶段:^②

第一阶段为1166年《新近被夺占有敕令》颁布以前。这是新近被夺占有诉讼形成的最初阶段,其主要特征为,国王作为一种恩赐而实施的、用以恢复自由土地占有的强制性的执行手段正逐渐实现司法化。

前文已提及,当某人的自由持有土地被非法侵占且在所属的领主法庭得不到有效的司法救济时,他可以请求国王主持正义,而国王常以恩赐的形式签发一个纯粹执行性的命令来强行恢复其占有,这一做法在盎格鲁——撒克逊时期就颇为盛行。诺曼国王们沿袭了这

① 严格说来,《何种地产敕令》不属“占有敕令”,而仅是“小敕令”(petty assize)中的一种,这一来自于《克拉灵顿宪章》的规定并不涉及占有问题,它主要是在国王法庭中就某一土地的性质作一裁决,即判定这块土地到底属于教会财产还是世俗财产,如属教会财产,则案件归宗教法庭管辖;反之,则转归世俗法庭管辖。

② 本节的叙述参考了卡内基姆先生对新近被夺占有令状形成阶段的分析,参见 Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvil*, London 1958, pp. 261—317。

一古老传统,继续采用这种专横的行政强制手段干预土地占有纠纷。如,1077 年威廉一世曾发布支持圣艾德蒙修道院院长伯里的令状,命令理查德·菲特兹·康特以及另一不知名的郡长一起去恢复伯里的哥哥被尤思塔斯伯爵的家人侵占的土地的占有。在《末日审判书》中记载有许多国王通过强制命令以恢复土地占有的事例。

尽管国王的这种强制性的执行措施得以相当快捷的形式迅速地打击非法侵占土地行为,但由于它本身只是一个纯粹的执行性手段,国王往往是在还没有查清案件事实真相的情况下仅听原告一面之词就直接予以实施,因此这种措施“存在相当大的随意性,它是一种信息不灵的、偏听偏信而且相当专横的手段”,^①在其实施的过程中必然导致大量的不公正以及相互矛盾的结果。

为避免明显的不公正,国王亨利一世开始在恢复土地占有的强制性执行手段中增加某种司法或准司法的因素。亨利一世在位时曾发给巴得温·德·瑞德沃斯一个令状,要求其恢复温彻斯特主教已遭他人侵占的、位于宾斯得的某块土地的占有,在命令的后面,附带有国王试图开始一项调查以弄清为何教会遭到侵占以及谁实施了侵占的内容。卡内基姆先生认为,这在某种程度上可以被视为是国王恢复占有的执行性手段中蕴涵某种司法要素的先兆。^②

到斯蒂芬时期和亨利二世的早期,国王恢复占有的执行手段中包含有更多的司法化的特征,如规定了某种检查措施和某个明确的司法调查方法作为执行国王恢复占有的命令的条件之一。这在斯蒂芬时期留下的令状之中即可看出。在斯蒂芬下达给伦敦与埃塞克斯的地方官理查德·德·鲁西和埃塞克斯郡郡长摩里斯、要求他们恢复圣马丁修道院的僧侣们位于麦顿的草地的令状中,国王命令道:

① Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1989, p. 36.

② Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvil*, London 1958, pp. 273—274.