

NEW HISTORY OF FOREIGN LEGAL SYSTEMS

新编外国法制史 / 下册

高鸿钧 李红海 主编

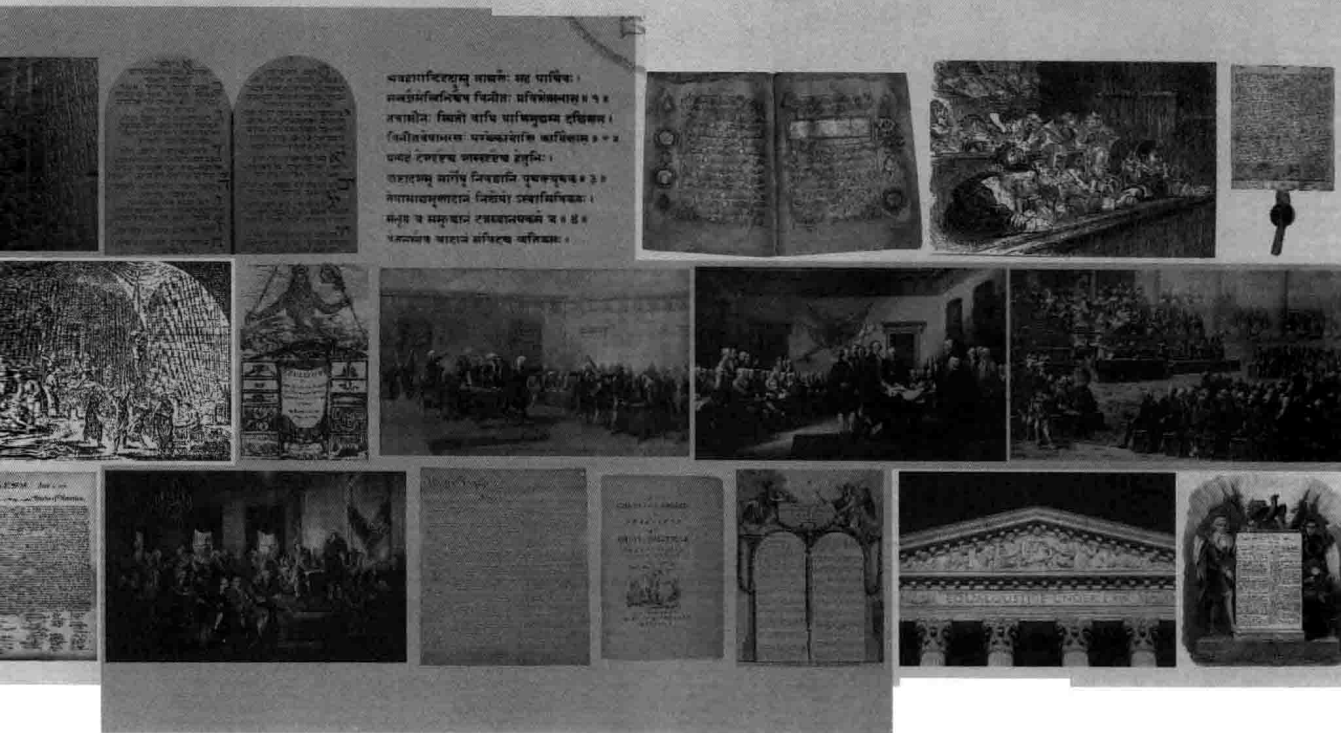


清华大学出版社

NEW HISTORY OF FOREIGN LEGAL SYSTEMS

新编外国法制史 / 下册

高鸿钧 李红海 主编



VZ 清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书为外国法律制度发展史方面的教材,时间从公元前2000年前的古代两河流域开始直至当代,穿越几千年;地域横跨亚非欧美数洲几十个国家,纵横数万里。内容涵盖古代两河流域、希伯来、印度、希腊和罗马的法律,中世纪的日耳曼法、教会法、封建法、庄园法、商人法以及后来的罗马法复兴;近代之后则按法系分类,欧陆包括法、德、俄、日等国法律的近代化,英美则包括英国和美国的各项主要法律制度;当代则主要讨论欧盟法的发展情况,最后还对伊斯兰法及非洲法也予以关照。

本书主要为高等院校法学院本科外法史教学之用,同时兼顾研究生和青年教师等;以法史学为主,兼顾部门法学(如宪法、民法和国际法等)。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

新编外国法制史.下册/高鸿钧,李红海主编.--北京:清华大学出版社,2015

ISBN 978-7-302-39084-8

I. ①新… II. ①高… ②李… III. ①法制史—国外—高等学校—教材 IV. ①D909.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第011813号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:清华大学印刷厂

装 订 者:三河市溧源装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm 印 张:30.25 插 页:2 字 数:582千字

版 次:2015年2月第1版 印 次:2015年2月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:58.00元

产品编号:062997-01

新编外国法制史

(下册)

主 编 高鸿钧 李红海

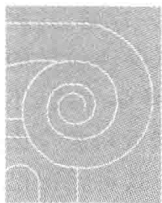
撰稿人(以姓氏笔画为序)

马剑银	王云霞	王志华	王洪亮	王献华
毕竞悦	吕亚萍	苏彦新	李红海	李 栋
李培峰	何志鹏	冷 霞	易延友	泮伟江
屈文生	赵立新	赵晓力	洪永红	耿 林
聂 鑫	徐霄飞	高仰光	高鸿钧	康 宁
章永乐	彭小瑜	鲁 楠	赖骏楠	薛 军

作者简介和分工

(以姓氏笔画为序)

- 马剑银 法学博士 北京师范大学法学院讲师 (第9章)
王云霞 法学博士 中国人民大学法学院教授 (第1章)
王志华 法学博士 中国政法大学比较法学研究院教授 (第20章)
王洪亮 法学博士 清华大学法学院教授 (第16章)
王献华 四川大学历史文化学院教授 (第3章)
毕竞悦 法律科学与管理交叉学科博士,神华研究院研究人员、工程师、经济师
(第29章)
吕亚萍 法学博士 中国人民公安大学讲师 (第30章)
苏彦新 法学博士 华东政法大学法学院教授 (第13章)
李红海 法学博士 北京大学研究员 (第5、21、23、31章)
李 栋 法学博士 中南财经政法大学法学院副教授 (第27章)
李培峰 法学博士 中南财经政法大学法学院副教授 (第26章)
何志鹏 法学博士 吉林大学法学院教授 (第33、34、35、36章)
冷 霞 法学博士 华东政法大学法学院副教授 (第22章)
易延友 法学博士 清华大学法学院教授 (第32章)
泮伟江 法学博士 北京航空航天大学法学院讲师 (第18章)
屈文生 法学博士 华东政法大学教授 (第24章)
赵立新 法学博士 河北师范大学法政学院副教授 (第19章)
赵晓力 法学博士 清华大学法学院副教授 (第28章)
洪永红 法学博士 湘潭大学法学院教授 (第42章)
耿 林 法学博士 清华大学法学院副教授 (第15章)
聂 鑫 法学博士 清华大学法学院副教授 (第25章)
徐霄飞 法学博士 中国人民公安大学讲师 (第17章)
高仰光 法学博士 中国人民大学法学院副教授 (第8章)
高鸿钧 清华大学法学院教授 (导论、第2、37、38、39、40、41章)
康 宁 北京大学法学院在读博士生 (第11章)
章永乐 政治学博士 北京大学法学院副教授 (第4章)
彭小瑜 北京大学历史学系教授 (第14章)
鲁 楠 法学博士 清华大学法学院讲师 (第12章)
赖骏楠 法学博士 上海交通大学凯原法学院讲师 (第10章)
薛 军 法学博士 北京大学法学院教授 (第6、7章)



序

教材是课程内容的载体,教学大纲的具体化,是学生课下阅读的主要文本。教材的好坏,往往决定教学水平的高低。因此,我国高校一贯重视教材编写,视为学科建设的基础性工作。外国法制史也不例外,自 20 世纪 70 年代后期我国恢复高等教育以来,本学科教师在长期荒废、起点很低、资料缺乏、信息闭塞的艰难条件下,团结奋斗,发挥集体力量,先后编写出版了各类教材达十余种。这些教材同我国法制建设的进步、法学的发展相适应,满足了我国不同时期、不同类型法学教育的需要,较好地完成了其历史使命。但和我国其他人文社会科学一样,这些教材不同程度具有明显的历史局限性,例如,内容陈旧,法制史上的一些重点问题论述不够或留下空白,早期编的无论体系和内容都明显存在苏联教本的影响,等等。随着我国法学的迅速发展,这些缺点日益凸显出来。

进入 21 世纪后,在我国改革开放、现代化建设快速发展的背景下,层出不穷的实践需要极大地推动了法学向前发展,法学研究领域不断拓宽,逐渐和国际接轨。反映在法学教育中,就是教学内容大为充实,新的学科、新的课程不断推出,法学前沿均有所涉及。在这种情况下,外法史课的地位有所下降,多数院校已将其改为选修课程。

这种状况同发达国家法制史学科的发展趋势大体上是一致的。在这些国家,法制史作为一门在法学体系中占重要地位的学科,一般认为是在 18—19 世纪随着历史法学派的兴起而形成和发展起来的,到 19 世纪中后期和 20 世纪初达到繁盛阶段,第二次世界大战后,受重视的程度和影响力逐渐减弱。但这一学科仍然存在,并在新的起点上,采用新的理论和方法,构建新的体系,推出新的著作,使它不断有所发展。所以,我们应该理性地、客观地看待外法史学科地位下降的现实。

在我国法学大发展、外法史学科的地位却相对下降的趋势下,编写教材工作逐渐冷却下来,自 21 世纪初始,已很少有系统的外法史教材问世。专业课教师的注意力和研究课题的选择表现出明显的多样性,他们根据自己的条件和爱好,或对国别法制史和法制史上重要问题进行深入研究,或从法制史的视角,以及在学科关联性和相互渗透性的层面上对其他学科(包括理论法学和运用法学)展开讨论,涌现出了一批高水平的论文和专著,对新时期我国法学的发展和法制建设的进步作出了很大贡献。



从全国范围来看,外国法制史教材编写自本世纪初暂告一段落,这种情况也是符合教材本身的特点的。教材具有相对稳定性,以保证教学的稳定性和连贯性,但教材也应具有先进性,经过一段时间的教学实践,不断总结经验,吸收学科发展的新成果,进行修订、增补,若学科取得较全面的、重大的发展时,则需要重新编写了。就外法史来说,目前这种情况已经显现。高鸿均教授经过近三年的筹备和组织编写,推出这本《新编外国法制史》教材,是非常适时的。

一本教材质量的高低,决定于其内容是否体现了该学科当前达到的最高水平,以及在体系、结构、写作方法和文字表达上是否便于学生阅读理解,也便于教师讲授(有别于专著)。

为达到这一要求,本教材主编者采取了非常有力的创新措施。

首先,在选撰稿人方面不考虑地区、学校间的平衡和其他因素(传统上这些因素往往会起到不小的作用),唯一标准就是被选者应是该领域的专家,对该领域的研究在全国处于领先水平,发表过相关的论文或专著;对资历和职称不作硬性要求,他们当中就有几位是毕业不久的博士生。本教材可以说是精英团队智慧的结晶。而且,这一措施是很彻底、很精细的,做到了每一章都由最有研究的学者撰写,因而在撰稿人人数上未作限制,全书多达30人(传统上是有限制的,一般为5人至8人)。

这种措施的采用,也是我国法学发展阶段的一种折射。我国法学当前已从主攻广度、兼顾深度逐渐进到主攻深度、继续拓宽广度的时期,分工越来越细,要把对教材每一章这样小范围内的课题最有研究的学者选出来,人数必定不会很少,为保证写出全国最高水平的教材,对参与人数自然不能作硬性规定。

这样做的后果,全书统稿就成了极其费力耗时的艰辛工作,鸿钧教授的学术水平、学术勇气、创新精神,以及在科研团队的组织协调方面的卓越才能,笔者深表钦佩!

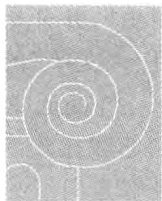
本教材编写采取的另一有力的创新措施,是设计编排了一个全新的体系。

外法史和其他涉及世界性、多国性的史学学科一样,在体系结构上有一个时间和空间的关系问题,也就是所谓的条块问题。对此,我国外法史学界见仁见智,进行了各种尝试,但总有顾此失彼之感,不太理想。本教材在古代法单列一篇,中世纪以后在按法系列篇的框架基础上,参考大百科全书的体例,把每一时期的核心内容列为一章,所有论述(包括材料取舍),都围绕这一主题展开,做到重点突出,使学生易于掌握,教师也有更多的发挥空间。这是本教材最大的创新。

本书完稿之时,高、李两位主编要我写序。作为外法史战线上的一名老兵,我提不出太多的推辞理由,遂欣然领命,拉拉杂杂,写下以上几段文字,希望对读者了解本书有所帮助!

由 嵘

2013年9月于北大畅春园寓所



前言

从历史的角度研究法律自古即有,因为从一种诡辩的意义上说,任何对当下法律的研究都不可能脱离对其过去的追溯。于是,优士丁尼进行法典编纂时回溯到了古典的罗马法;而中世纪罗马法复兴过程中的人文主义法学派,也更注重古罗马当时的史料,并力求“回到罗马法的原文”去……但从历史角度研究法律蔚然成风,则可能要晚至19世纪历史法学兴起之后,浪漫主义的兴起使得这个世纪几乎成为了一个史学的世纪,欧洲出现了一大批知名的法律史学家,萨维尼、耶林、斯塔布斯、梅因、梅特兰……群星闪耀,灿若星河。可以说,历史法学的出现在一定程度上改变了法学的基本研究方法,使得人们对法律的关注不再简单地停留在规则和技术层面,不再只进行简单的逻辑推演,或者只看它是否与某种抽象的道德或自然原则相符合,而是更注重法律发展的连续性并从其所处的社会背景中拣选最重要的因素予以考察,并由此探讨法律发展的一般规律。

在这样的思路和方法论背景下,19世纪西方出现了很多法律史方面的经典著作。比如,萨维尼对中世纪罗马法的研究,斯塔布斯对英国宪政史的研究,梅因对古代法的研究,梅特兰对英国法律史的研究,等等。也开始或有了更多的法律史之类的课程,如梅特兰当年在剑桥就曾开设过《英格兰宪政史》的课程,其讲义还在身后被人出版并在一定意义上被奉为经典。但需要指出的是,就笔者所见,在英美法学院的课堂上好像从未出现过类似于我们当下这样的“外国法制史”的课程——也许在法德等欧陆法国家的法学院也从未出现过。个中原因,无论是西方人出于西方中心主义的自大而觉得其他地方的法律史无须关注,还是认为泛泛而谈世界法律史毫无意义,对我们来说这都是一个非常值得注意的现象。

据说,我们今天的“外国法制史”课程来自苏联。当时被称为“外国国家与法权通史”,内容涉及世界各主要国家和地区的法律的历史。至于苏联为什么会有这样的课程,同样是一个非常值得思考的问题;但不管怎样,在那个特殊的年代,我们全盘接受了那一套课程体系。那外国法制史究竟是怎样的一门课呢?它在我们的法学教育中经历了怎样的过程,有何意义,又存在哪些问题呢?下面我将作简单的梳理。

1949年之后,如同其他领域一样,中国大陆的法学教育也全面采纳



了苏联的模式。“外国国家与法权通史”被更名为“外国法制史”，并开始产生了最早的一批外国法制史学者和教师。^①可惜好景不长，“文革”的十年浩劫将包括外国法制史学在内的几乎整个法学打入了冷宫，直至20世纪70年代末开始的改革开放。不过，20世纪50年代末与苏联在政治上的决裂，一定意义上使得改革开放后的法学教育从一个极端走向了另一个极端：从全面学习到全面抛弃。但已然形成的教学体系和模式却不像想象的那么容易被抛弃——很多东西一旦接受就产生了相应的路径依赖！于是在法学教育恢复之后直至今日，我们依然还有“外国法制史”这门课，还在编写和使用这类教材。

从全面学习到放弃苏联并转向欧美，可以想象，当20世纪70年代末80年代初法学刚刚恢复之时，中国大陆的法学对于外国尤其是西方法学知识的渴求会达到何种地步！而外国法制史又能在一定程度上提供这种知识，因此在整个80年代，外国法制史学曾经盛极一时，不仅产生了很多后来颇为知名的学者，而且产出了许多重要的专著和译著，外法史研究会（即今天的“全国外国法制史研究会”）也较早地形成了自己独立的行业性社团，外法史学者甚至成为了法学新思潮的引领者……

外法史专业的这种红火至少持续到了90年代中期，而这之后则每况愈下，直至今天。具体表现在：外法史课程从必修变成了选修，课时数不断被压缩，有的法学院甚至不再为本科生开设本课程；从事外法史教学和科研的教师也相对减少，很多法学院的外法史教学都由其他专业老师代讲，因此在人事编制上对此的需求也大大降低；报考外法史专业的研究生人数也很不景气，很多实际上是报考其他热门专业失败后被调剂过来的，因此也很难说对这个专业有多少兴趣；外法史专业的科研项目申请困难，看看每年的国家社科基金项目，倒不是说完全没有，而是说较之于其他专业实在少得可怜而几乎可以忽略不计；外法史专业的学术论文发表困难……总之，与90年代中期以前相比，外法史在整个法学专业中的影响力和地位都几乎沦落到了最末！

从川流不息到门前冷落，从天鹅到丑小鸭，那么，在过去的近20年中，外法史为什么会经历如此大的变化呢？我个人认为这与外法史专业本身存在的问题和整个社会的发展密切相关。如前所述，在20世纪80年代初法学恢复之初，法学界亟须关于西方法律的基本知识，而外法史则恰好可以在这些方面提供帮助，因此它在那个时代多少起到了思想启蒙的作用。但随着法学的不断发展，这些关于西方法律的基本知识逐渐普及，法学界不再满足于一知半解而要求对外域法律有更多更深入的了解，而外法史在过去的20多年里却始终踟躇不前，并未将对外国法律

^① 关于外法史学科发展的历史，请参看全国外国法制史研究会编：《孤寂的辉煌》，北京，商务印书馆，2012；中国人民大学法学院法制史教研室、中国人民大学法律文化研究中心编：《林榕年教授与新中国外国法制史学科60年》，北京，旅游教育出版社，2012。



的研究推向深入,因而无法为法学界提供新的营养从而证明自己的实力和正当性,其衰落也就是情理之中的事了。这一点可以从过去外法史教材的体例和内容得到证实。

一门教材水平的高低,离不开体例和内容两个方面,外法史教材也不例外。就体例而言,如果要将世界各地法律发展的历史尽收囊中,那可能三个选择:或者以时间为轴,或者以国别地区为轴,或者二者结合。应该说,过去的外法史教材基本上是二者结合为主。比如,总体上以时间来划分为古代史、中世纪、近现代几大部分,然后又在每个时间段下选择最有代表性的国家和地区进行阐述。^①如古代一般都会谈到古埃及、希伯来、两河流域、印度、希腊和罗马;中世纪又会包括西欧总体(比如讨论日耳曼法、教会法和罗马法复兴)和具体的法兰克、德意志和英格兰,东欧的拜占庭,俄罗斯法,中东的伊斯兰法和远东的日本法等;近现代则会以法系为线索予以展开,欧陆以德国、法国法律的法典化及具体制度为内容,英美则以英国和美国为代表,有的还兼顾伊斯兰法和以苏联为代表的社会主义法系以及非洲法;当代则主要涉及欧盟法。

在有限的页码和课时范围内要兼顾如此庞杂的内容,你可以想象本科生究竟能得到多少?效果又如何?实际上,如何在有限的空间范围内展示上述庞杂的内容,是外法史教材所必须解决的问题。我个人认为,外法史教材在体例方面有重大突破的可能性不大,而只能在内容方面做文章。为此我总结了三条思路。第一条是由嵘教授所倡议的,编写多卷本的外法史教材,每个时期或国家都自成一卷。我觉得这个应该是整个外法史学界努力的方向,其成果也必定是未来外法史学的集大成,但显然它需要以对各个国家和各个时期法律史的深入研究为基础。不过对本科生而言,这可能又显得过于厚重而缺乏可操作性,当然其作为拓展性阅读的参考资料是必要的。第二条思路就是像国外法学院那样,只关注重要的主题,如罗马法、欧盟法、英国法等,而不关心其他,或者将那些其他留给少数有兴趣的学者去研究。这条思路有所为有所不为,但对本科生来说却是相当实用的,我个人其实非常倾向于这条道路。第三条是尊重现有的格局,体例上不作大的变动,但在内容上予以深度提炼,将每个主题、每段时期最重要的问题揭示出来,并以之为基础,以点带面,让学生通过重点问题来把握每一个主题。

第三条思路实际上是前两条较为“理想”的道路和当下现实之间的一个妥协,而本教材就是这一思路的实践。但实际上,无论是哪条思路,都必须以对内容的深入研究为前提。承接上文外法史困境的话题,这可能

^① 这方面可以由嵘教授主编的教材为代表,其无论在体例的完整和合理性方面,还是内容的丰富程度方面,无论是作者队伍还是再版重印的次数,在过去的20年中都堪称外法史教材中的佼佼者。由嵘主编:《外国法制史》(21世纪法学系列教材),北京,北京大学出版社,1993年12月第1版,2003年第2版,2007年8月第3版,印刷次数不详。可以说,在外法史教学和教材的编写方面,由嵘教授在过去的20多年中贡献卓著!



也是外法史学科走出这种当下困境的唯一办法,即每个外法史学者都必须将自己的研究推向深入。我认为,任何研究都必然以探寻自然或社会发展的基本规律然后再将这些规律用于现实为指向,而与你所关注的是部门法或法律史关系不大。较之于部门法更为关注当下的法律和现实,法律史无非是用过去的材料来探寻法律发展的一般规律而已,其手段方法可能会与前者有所不同,但最终目的还是一样的。因此,外法史研究自不必妄自菲薄,而要意识到自身的价值和优势所在。从这个意义上说,一项研究的终极价值不在你所处的领域,而在于你能否提出有价值的问题并展开扎实的研究。基于此,我觉得外法史研究可以从以下三方面予以深入展开:一是注重对国别史的研究,尤其是那些主流或影响力大的国家的法律史,如德国、法国、英国、美国、日本、俄罗斯等;二是加大对专题史的研究,如罗马法史、中世纪法律史、西欧近代法律史、美国宪法史、日本法律近代化、商法是如何融入英国普通法的等;三是可以注重对断代史的研究,如第二部分中提到的中世纪法律史、西欧近代法律史等。

实际上以上三条道路都是为了使外法史研究具体化、专门化和深入化,让研究者成为某一领域真正的专家,从而不仅在知识上可以贡献于法学界,而且可以从所研究问题的价值、意义及其结论的合理性上为法学界树立榜样。值得欣喜的是,这些年法学界(包括外法史学界)已经有很多年轻学者实际上就是在朝着这个方向努力,他们已经成为了某些领域内的专家,如薛军对罗马法的研究,赵晓力对美国宪法的研究,屈文生对普通法令状制度的研究,冷霞对英国衡平法的研究,等等。

也正是因为已经有了这样的基础,本教材才本着前述提到的思路,邀请了国内外法研究方面的专家,依其多年的研究,在一个适当的篇幅内来阐述相关的主题。事实上,除前面几位外,本教材还邀请了彭小瑜教授撰写教会法,苏彦新撰写中世纪西欧罗马法的复兴,王献华撰写希伯来法,章永乐撰写希腊法,何志鹏撰写欧盟法,王志华撰写俄罗斯法,赵立新撰写日本法,洪永红撰写非洲法,我本人则撰写了英国法的几个章节,这些在国内外法史教材的编写中可能还都是第一次。而作为主编的高鸿钧老师为了撰写印度法一章,专门花了很长时间阅读了大量的英文文献,本章在迄今为止的外法史教材中也是独一无二的。此外我们还邀请了一些部门法的学者来编写相关的章节,如王洪亮撰写德国民法典,徐霄飞撰写法国宪政,耿林撰写法国民法典,易延友撰写对抗制等。这样的编写团队保证了本教材所涉众多主题的专业性和深度,相信应该是对国内外法史教学的一个重要推动。当然,我们也清楚,目前国内对国别史、断代史和专题史的研究仍然存在很多不足——实际上可能只是一个起步,但我们已经看到了希望,因为如前所述已经有了一些学者在朝着这些方向努力,而且取得了一些成绩。相信未来我们会拥有一批希伯来法、两河流域法、希腊法、印度法、罗马法、中世纪法、英国法、德国法、法国法、美国法、日本法、俄罗斯法等等的专家,到那时外法史的教学和研究将进入一个新的时



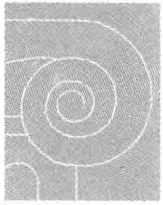
期:或许如由嵘教授所期望的那样,我们就可以编写多卷本、专题性的外法史教材了。

而在体例方面,我们也作出了新的尝试。在延续既有的古代法一编(包括两河流域的楔形文字法、古希伯来法、古印度法和古希腊、罗马的法律)后,我们将欧洲中世纪作为单独的一编,重点突出了日耳曼法、教会法和罗马法复兴三大主题,同时兼顾了此时法律多元化的特点,对封建法、城市法、商人法等也作出了描述。其后则分别以欧陆法、英美法和伊斯兰法三编继之,目的是为了对当今世界影响最大的三种法律体系的来龙去脉作出交代。第六编为欧盟法,意在将近半个多世纪以来欧洲的一体化及其在法律上的变迁作出回应。最后,在世界法律史上,俄罗斯、日本也是无法回避的重要主题;另外,近年来随着中非关系的加强,非洲法也成为了新的关注点。这三者在历史上曾借鉴吸收过多种外来法律文明,无论是横向还是纵向地看,已很难说是典型的大陆法或英美法制度,而往往是多种因素的混合体,因此将此三者纳入了最后一编,以求展示法律发展的多样性和复杂性。

关于本教材还需要特别说明的是,由于特殊的师承关系,本教材意在延续由嵘教授所开创的外法史教材的编写传统和谱系,并希望能够在未来将这项事业传承下去。为此,我们并不故步自封,夜郎自大,而是希望面对全国师生和研究者的批评和意见,并热忱欢迎国内外优秀的外国法研究者(包括其他领域的学者)的加入,相信深入的专业研究和开放的精神必定会使外法史的学术薪火越烧越旺,使良好的学术传统得以延续!

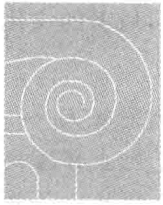
最后,我代表高鸿钧老师向所有的编写者表示衷心感谢,正是你们的参与才保证了本教材的与众不同;同时特别感谢彭小瑜和王献华两位史学界教授的热情参与,他们的专业水准和敬业精神令人钦佩!我们还要感谢清华大学出版社的李文彬编辑,她在本教材的策划和出版过程中起到了关键作用,可以说没有她的工作也就不会有这本教材的出版。

李红海



目 录

第二十一章	英国普通法	1
第二十二章	衡平法	25
第二十三章	陪审制	57
第二十四章	令状制	79
第二十五章	律师会馆与法律职业	103
第二十六章	英国司法组织及其演变	118
第二十七章	英国宪政	134
第二十八章	美国宪法与宪政	152
第二十九章	美国司法体系与最高法院	172
第三十章	美国律师制度	190
第三十一章	判例法	207
第三十二章	对抗制	229
第三十三章	欧洲人权法	253
第三十四章	欧盟法的产生与发展	280
第三十五章	欧盟的宪政构架	306
第三十六章	欧盟法诸领域	331
第三十七章	《古兰经》与伊斯兰法	356
第三十八章	伊斯兰法的主要内容和特点	368
第三十九章	伊斯兰世界与西方:现代法律移植	387
第四十章	伊斯兰法现代化:自主改革	404
第四十一章	当代伊斯兰法复兴	422
第四十二章	非洲法	448
后记		466



第二十一章 英国普通法

对于英国法的发展,波特曾有过诗意的描述:“英国法就像一条河,随着岁月的流逝,河床渐宽渐深,时而有支流加入进来。首先流入的是普通法的源泉,但衡平法的清泉和商人法、教会法的眼泉增加了河流的流量,而在这河流的浪尖之上航行着英格兰的灵魂之船。”因此,在英国法也许不能算作漫长但却连续的发展历史中,曾有罗马法、日耳曼法、教会法、商人法等多种规范资源加入,而其中最为重要的则是今天被称为英国法主要渊源的普通法、衡平法和制定法三个部分。从这个意义上说,英国法的发展其实是包括这三种法律渊源的发展,但由于衡平法有专章论述,制定法并非英国法区别于欧陆法系的关键,因此本章将以普通法为中心来展示英国法的发展历程。

第一节 英国法发展的历史分期

一、史前时期

丘吉尔在他的《英语民族史略》中曾经详细地描绘了史前时期不列颠的概况,从中可以看出,不列颠同大陆的联系从有人类产生时起就没有中断过。在铁器时代涌入不列颠的是来自于大陆凯尔特人的各个部落,公元前 55 年恺撒进入不列颠岛所见到的就是被称为“凯尔特文明”的社会组织形式,而这与同时期罗马人在西北欧的发现非常相似。但遗憾的是,随着凯尔特文明后来的边缘化,其法律对后世英国法的影响甚微。

二、罗马不列颠时期

公元前 55 年,恺撒进入不列颠,从此不列颠沦为了罗马的一个行省,时间长达近四百年。这四百年正是罗马法兴盛的时期,缘何未在不列颠留下痕迹? 一个比较中肯的解释是不列颠的经济太落后,罗马法对它来



说是一种奢侈品。彼得·萨尔维认为,到罗马征服不列颠时,后者的文化差不多要比前者落后 1500~2000 年,而

征服者虽然轻而易举制服了布立吞人(不列颠的土著人——引者注),并把他们纳入自己的社会生活轨道,但是除了阻止部落战争外,并没有给他们带来增加农业收入的好办法。这个新社会尽管结构很好,还有浴场、宴会、礼服、学校、文学和雄辩术等文明和奢华的东西为它增添色彩,可是它的基础仍然是史前的落后农业。……所以不列颠没有富强起来,只是比较文明一些。^①

另外,到达不列颠的罗马人数量有限,且大部分是驻军。他们居住在城市里,只与土著人的上层打交道,据此可以推断,罗马法在不列颠要比它在大陆上的罗马行省中适用的范围小得多。再者,罗马人迫于盎格鲁-撒克逊人的压力从不列颠撤走之后,不列颠缺乏同种情况下大陆形成法律属人主义所需要的人口环境,^②仅存的一点罗马法氛围也因此湮没在蛮族的铁蹄之下。丘吉尔总结说,“那么这段时期过后留下了什么呢?留下了壮观的罗马大道……留下了宏伟的罗马墙……还留下了要塞、集镇和乡宅……至于罗马的语言、法律和制度,却没有留下什么痕迹。”

三、盎格鲁撒克逊时期

公元五世纪到 1066 年是英国法律史上的盎格鲁撒克逊时期,这一时期不列颠同欧洲大陆一样,都经历了日耳曼人的入侵,在不列颠主要是盎格鲁、撒克逊、裘特等部落,“英格兰”(England)一词即来源于“盎格鲁”(Anglo)。

流传至今最早的英国法律来自于肯特国王埃塞尔伯特(Ethelbert),它们是第一批以文字形式表述的英国法,这大约是在公元 600 年。其后各地不断有国王通过贤人会议颁布法令,但其大多都是对既有习惯日耳曼习惯的成文化。从这个意义上说,包括阿尔弗雷德大王和忏悔者爱德华国王先后颁布的法典,都只是同时代日耳曼人法典化的一部分而已。关于日耳曼法的详细情况,可以参看本书与之相关的章节(日耳曼法一章),此处所要指出的是,较之于凯尔特人的法律和罗马法,盎格鲁-撒克逊人的法律对于英国法的影响相当巨大,以至英国法被恩格斯称为“至今唯一流传于世界的日耳曼法”(《马克思恩格斯选集》第 3 卷,第 150 页)——考虑到德国法后来受到罗马法的深刻影响而被罗马化了,这样的说法并不过分。但如后文(关于普通法的实体内容)所要提到的那样,盎格鲁-撒克逊人的法律为后世英国法贡献的主要是普通法的实体性内容

① [英]肯尼思·摩根主编:《牛津英国通史》,王觉非等译,46~47 页,北京,商务印书馆,1993。

② F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*, Book I, Cambridge: Cambridge University Press, 1968, p. 24.



而不是其法典的形式,这又主要涉及盎格鲁-撒克逊人的基本权利和自由,而正是这些内容成为了后来英国人引以为豪的英国宪制和英国人自由的主要部分。从这个意义上说,梅特兰所谓的“英格兰的灵魂之船”根源则在于盎格鲁-撒克逊法。

当然,这一时期后期不列颠又遭遇了北欧维京人的入侵,整个英格兰一段时间内被分成了三个部分:北部的诺森伯兰王国、西部和南部的西撒克逊王国和东部的丹麦区。但就对英国法的发展而言,维京人的贡献并不显著。

四、诺曼王朝时期

诺曼王朝最大的贡献不在法律方面,而在建立和巩固了中央集权的体制。

政治上,征服者威廉将从哈罗德手中没收来的土地分封给诺曼贵族,并建立起了自上而下的、金字塔式的封建保有制;而且他坚持任何人不管从谁那里保有领地,都是国王的人,都应该向国王效忠。^①这就将欧陆“我的封臣的封臣不再是我的封臣”彻底改变为了“我的封臣的封臣还是我的封臣”,从而极大地助推了中央集权的建立。此外,他还用效忠于自己的郡长(sheriff)取代了曾经掌管地方的伯爵(earl,亦称方伯)来维持地方治安,并负责征税。经济上,威廉建立了完善的税收体制,他不仅维持了英格兰以前的地产税,如丹麦金(danegeld)等,还通过宣誓调查(sworn inquest)制作了《末日判决书》,对全英的财产状况作了空前的详尽调查,为征税打下了坚实的基础。在与教会的关系方面,他任命自己从大陆带来的兰弗兰克为坎特伯雷大主教,从而在人事上解决了这个麻烦。而在法律上,征服者威廉并未以诺曼法取代盎格鲁-撒克逊法,相反,他下令所有人都适用忏悔者爱德华(Edward the Confessor)时期的法律,即征服前的法律,但他会在此基础上作出补充规定。威廉以立法形式明确规定的事项并不多,主要涉及僧俗两界事务的分离,对教会的控制,国王和平涵盖所有英格兰人和诺曼人,自由民对国王的效忠,自由民的联保,禁止私下买卖牲畜,禁止将人口贩卖出境,以及对法国人的特殊保护等。

亨利一世在其即位之初即公布了确认英国人在忏悔者爱德华国王时期即享有之权利的《自由宪章》——其重要性不仅体现在它本身是宪政史上的一个里程碑,而且还体现在它为《大宪章》(*Magna Carta*)树立了榜样。接下来他又采取了许多措施来巩固统一的中央集权体制。他在位时期,御前会议开始出现了分工,财政署和文秘署得以从中独立;他还派出巡回法官到各地进行巡查,惩罚犯罪,维持社会治安,对失职的地方官进

^① See F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*, Book I, Cambridge: Cambridge University Press, 1968, p. 92.



行追责……正是此期间,国家的财税制度成为了一项有序运作的制度,该制度保留下来了一套有序的书面档案:财政署卷筒卷宗(Pipe Roll)——它一直延续到了19世纪。

另外,还有很多诺曼观念也融入了英格兰。决斗断讼(trial by battle)就是这样一个例子,后来演变为陪审制的召集邻人进行宣誓调查的做法(sworn inquest)同样如此。后者对后来的英国法产生了极其重要的影响,而且已经成为了英国法的基本制度之一。

五、亨利二世改革与英国普通法的诞生

两位诺曼国王的努力在英格兰确立和巩固了统一的中央集权体制,但斯蒂芬乱世(1135—1154年)葬送了这一切:教会势力重新抬头,地方上争斗不断导致社会秩序混乱,民众的人身和财产处于时刻的威胁之中……这就是亨利二世即位时所面临的现实。

摆在亨利二世面前的是一个烂摊子,为了恢复往日的中央集权,他采取了多种措施。在处理与教会的关系方面,亨利二世不仅将自己的御前大臣贝克特擢升为坎特伯雷大主教,而且还通过了《克拉伦敦宪章》明确了自己作为国王的权利。虽然其后贝克特被国王手下骑士刺杀的事件让亨利二世陷入了被动,但他最终从教会那里获得的要比失去的多。在处理与地方的关系问题上,他甚至撤换了所有的郡长。

但亨利最主要的措施体现在司法方面,正是他在司法方面的一系列举措,使得王室建立了对当时颇有吸引力的法院系统和相关制度,而普通法就是在这些王室法院的司法实践过程中逐步形成的。对于亨利二世在英国法律史上的贡献,梅特兰将之归纳为通过建立由专业法官组成的长期稳定的法庭,通过经常向地方派出巡回法官,通过引进陪审制和令状制,使得整个英国法得以集中化和统一化。

(一) 王室法院的建立

亨利二世之前的王室法院是封建性的,即国王作为全王国最大的领主为其封臣所设立的封建法院。但与一般的封建法院不同,国王的司法事务同其他事务一样,都由国王加御前会议的组合体一并处理。而御前会议是由国王的大封臣和王廷的成员(如御前大臣等)共同组成的,它既为国王提供咨询意见,也处理司法事务。国王是这个组合体的核心,因此后者一般都随国王的移动而移动,鉴于当时国王在大陆有很多领地,因此由国王加御前会议组成的最高司法机构也经常处在流动中。

后来,御前会议的司法职能逐渐分离出来。亨利一世时,财政署就从御前会议中独立,后来其自身又分裂为处理财税事务的业务部门和处理财税纠纷的司法部门,后者谓之财税法庭(court of exchequer)。从1178年开始,亨利二世挑选了两名教士、三名俗界人士常驻威斯敏斯特,听审王国境内的争讼,这被认为就是后来的皇家民事法庭(court of common