



法学文库
何勤华 主编

英国早期衡平法概论

A General Survey of Early Equity and the Court of Chancery in England

——以大法官法院为中心

冷霞 著

商務印書館

法学文库 主编 何勤华

英国早期衡平法概论

——以大法官法院为中心

冷霞 著

商务印书馆

2010年·北京

图书在版编目(CIP)数据

英国早期衡平法概论——以大法官法院为中心/
冷霞著. —北京:商务印书馆, 2010
(法学文库/何勤华主编)
ISBN 978-7-100-07273-1

I. ①英… II. ①何…②冷… III. ①衡平法—
法制史—研究—英国 IV. D956.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 117010 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到上海市文科基地外国法与比较法研究院、
国家重点学科华东政法大学法律史学科项目资助

YINGGUO ZAOQI HENGPINGFA GAILUN

英国早期衡平法概论

——以大法官法院为中心

冷霞 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-07273-1

2010年6月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2010年6月北京第1次印刷

印张 15 1/2

定价: 33.00 元

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者”。并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

2 英国早期衡平法概论

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何 勤 华

于上海·华东政法大学
法律史研究中心
2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as *on Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the law of the constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

4 英国早期衡平法概论

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s (1613–1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude (1876–1944) in *Jiu Chao Lv Cao* (*Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties*). Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendents”. According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu* (*Notes on Knowledge Accumulated Day by Day*).

Mr. Gu’s words includes the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy: originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirement of choosing subjects, my opinion can be articulated like this; I . All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II . The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III . All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV . The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they

can provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by it's originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhu

In the Research Center of Legal History

East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

目 录

导 言	1
第一章 英国衡平法产生发展的法律背景	11
第一节 英国衡平法产生之前的法律格局	11
一、普通法的形成	12
二、罗马法的传播	16
三、教会法的实施	23
第二节 罗马法、教会法及普通法中的衡平因素	29
一、罗马法中的衡平因素	29
二、教会法中的衡平因素	40
三、普通法中的衡平因素	42
第二章 英国衡平法的产生	52
第一节 关于英国衡平管辖权确立问题的争论	53
一、机构分离论	54
二、诉讼增长论	74
第二节 普通法对大法官法院衡平法的影响	80
一、亚当斯的观点	80
二、霍兹沃斯的观点	81
三、亚当斯的反驳	84
第三节 教会法、罗马法对大法官法院衡平法的影响	86
一、罗马法对大法官法院衡平法的影响	86

2 英国早期衡平法概论

二、教会法对大法官法院衡平法的影响·····	91
第三章 大法官法院的组织机构·····	103
第一节 大法官法院的职权变迁·····	103
一、作为文书机构的大法官法院·····	103
二、作为普通法院的大法官法院·····	109
三、作为衡平法院的大法官法院·····	114
第二节 大法官法院的内部组织·····	115
一、大法官法院的最高领导者·····	116
二、大法官法院的文书·····	120
第三节 大法官的任免问题·····	134
一、关于大法官任免权的争夺·····	134
二、大法官与教会职务的关系·····	141
三、大法官与行政司法职务的关系·····	146
第四节 大法官法院的世俗化与司法化·····	154
一、大法官法院的世俗化·····	154
二、大法官法院的司法化·····	170
第四章 大法官发展衡平法的实践:从沃尔西到考文垂·····	183
第一节 旧式大法官·····	183
第二节 枢机主教沃尔西·····	186
第三节 托马斯·莫尔·····	190
第四节 尼古拉斯·培根·····	195
一、大法官法院班子的重组和扩编·····	196
二、大法官法院管辖权的界定·····	198
三、大法官法院诉讼程序的改革·····	201
四、对尼古拉斯·培根的评价·····	203

第五节 托马斯·埃杰顿	203
一、埃杰顿时期的程序改革和行政改革	204
二、埃杰顿时期先例原则的萌芽	208
三、埃杰顿时期大法官法院与普通法法院管辖权冲突的解决	209
四、对埃杰顿的评价	209
第六节 弗朗西斯·培根	210
一、培根的就职演讲:大法官法院改革的构想	211
二、培根颁布的大法官法院的命令	213
三、大法官法院改革的具体实践	215
四、对弗朗西斯·培根的评价	216
第七节 托马斯·考文垂	216
第五章 大法官法院的衡平诉讼程序	220
第一节 大法官法院衡平诉讼程序的历史发展	220
一、普通法法院诉讼程序概述	220
二、大法官法院衡平诉讼程序概述	225
第二节 诉答程序	226
一、诉状	227
二、传票	235
三、被告的答辩	241
四、原被告之间的进一步诉答	251
五、大法官法院诉答程序的特点	252
第三节 中间程序和中间救济	253
一、中间程序:动议与宣誓书	253
二、中间救济:关于签发禁令的程序	254
第四节 证据制度	255
一、询问:宣誓证词、证据公布	256

4 英国早期衡平法概论

二、证据开示	265
三、保存证词程序	269
第五节 仲裁	270
第六节 听审与判决	273
一、听审	273
二、判决	276
第七节 复审与上诉	280
一、再审与复审	280
二、上诉	281
第六章 大法官法院的衡平管辖权	290
第一节 大法官法院衡平管辖权的历史发展概述	290
第二节 大法官法院刑事衡平管辖权	293
第三节 大法官法院民事衡平管辖权	298
一、用益与信托	299
二、慈善团体	314
三、家庭法	315
四、衡平法上的赎回权	319
五、遗产管理	324
六、契约	329
七、特定履行	352
八、禁令	355
第四节 大法官法院衡平管辖权基本原则的变化： 从良心到衡平	363
一、大法官法院的良心原则	363
二、中世纪的良心概念	364
三、良心原则在中世纪大法官法院中的应用	365

四、大法官法院中良心原则的变化	369
五、从良心到衡平	371
第七章 大法官法院衡平法发展面临的挑战	376
第一节 大法官法院的组织机构与诉讼程序面临的挑战	377
一、大法官法院组织机构面临的挑战	377
二、大法官法院诉讼程序面临的挑战	379
第二节 大法官法院管辖权面临的挑战	388
一、1615 年之前的对抗	390
二、1615—1616 年的争议	403
三、1621 年的冲突	415
第八章 大法官法院衡平法产生发展的动因	426
一、行政性特征产生及变化的原因:王权与贵族的斗争与合作	426
二、宗教性特征产生及变化的原因:王权与教权的合作与斗争	450
三、结论	460
附录一 英国历代国王世袭表	462
附录二 历任大法官(或国玺大臣)名录(自 1068 年至今)	465
参考文献	473
后 记	486

导 言

许多学者对中西法律进行比较研究的时候,往往会作出这样的一个界定,即两者之间差异多于共性,冲突多于一致。这样的一种先见固然有助于在不同的法律传统之间比较差异,却也往往导致过于强调差异而忽略某些共性之处。就英国法的具体例子而言,英国普通法的司法传统、职业化的法律人团体、其王在法下的宪政理念对于王权的限制都令学者们津津乐道,并以此与中国古代的传统法律进行对比,从而得出中英古代的法律从细微制度到基本精神迥然不同这样的结论。也有少数学者注意到了英国法中除普通法外的另一个重要渊源——衡平法,并将其与中国古代传统法律进行比照。但是,由于国内学界对于衡平法研究的薄弱导致了对衡平法的一些误解,也影响了研究结论的可靠性。^①

本书所作的努力之一,即是通过对中国早期大法官法院衡平法的全面研究,试图指出即使是在英国这样的西方国家,其法律传统中也并非只有我们所看到的那些导致其最后实现近现代法治的法律。与其并存的,还有那些在中世纪背景下、在封建王权以及中世纪教会力量的支撑下,以行政的和宗教的力量来实施司法的另一种法律。这种法律与中国行政性、伦理性的传统法律相比固然具有差异,但也不乏类似之

^① 当然,也有正确认识了早期衡平法特性的学者,如朱勇(他的相关文章“‘衡平’与‘原情’:论中世纪英格兰与中国古代对于法律公正的二次救济”,朱勇:《中国法律的艰辛历程》,黑龙江出版社2002年版),但可惜他的这篇文章由于资料所限,阐述不免失之简单。

2 英国早期衡平法概论

处,本书将其总结为英国早期大法官法院衡平法的行政性与宗教性。虽然,英国国内的政治与宗教的变革最终导致英国衡平法特征的转变,但是我们应当警惕将后来的英国衡平法的特征甚至英国普通法的特征套用到早期英国衡平法身上这种“以今推古”的做法,应当坚持对早期英国衡平法的性质进行清楚的定性,纠正我们对英国衡平法的一些错误的看法,还其历史面目的本真。

本书试图从英国大法官法院的视角来研究英国早期衡平法的历史变迁,但在展开正文之前,首先要对与论题相关的一些基本概念进行厘定。

对于“衡平”这一概念,沈宗灵教授曾作过较为全面的解释,他指出:

在西方法中,衡平一词也是多义词。主要有以下三种相互联系的意义:第一,它的基本含义是公正、公道、正义。第二,指严格遵守法律的一种例外,即在特定的情况下,要求机械地遵守某一法律规定反而导致不合理、不公正的结果,因而就必须使用另外一种合理的、公正的标准。一般地说,法律中往往规定了某些较广泛的原则、有伸缩性的标准或通过法律解释和授予适用法律的人以某种自由裁量权等手段,来消除个别法律规定和衡平之间的矛盾。古代罗马法中就承认这种矛盾并规定由裁判官对这种矛盾采取补救措施。梅因在其《古代法》一书中曾详细探讨这一问题。第三,指英国自中世纪中开始兴起的与普通法或普通法院并列的衡平法

或衡平法院。^①

而就这三重意义之间的关系而言,正如沈教授所确认的,“衡平法或衡平法院这两个名称所讲的衡平也导源于以上第一种,特别是第二种意义上的衡平”^②。在笔者看来,第一层面的“衡平”,即公正、公道、正义,是英国衡平法所追求的终极目标;第二层面的“衡平”,即通过行使法官自由裁量权等方法来弥合个别法律规定的具体实施与公正价值之间的裂隙,是实现公正这一目标的具体手段;第三层面的“衡平”,即英国衡平法,则是在中世纪英格兰具体的历史背景之下,以公正为终极目标,通过大法官自由裁量权的实施而得出的最终的实践结果。鉴于这三者是相互联系的整体,因此,虽然本书的研究对象集中于第三个层面的“衡平”,即英国衡平法,但也不可避免地要涉及对第一个层面和第二个层面的“衡平”的探讨、理解。

就英国衡平法而言,根据英国著名的法律史学者霍兹沃斯(Holdsworth)的看法,其历史发展经历了四个阶段。

英国衡平法发展的第一个阶段是前大法官法院阶段。也就是说,在大法官法院诞生之前、在英国普通法尚未僵化之前,普通法中存在一些衡平因素,存在着后来大法官法院中的衡平法的制度萌芽。在某种程度上,普通法中的这种衡平性质保留到14世纪早期。

但是,随着普通法变得日益僵硬,并且与国王本人的联系越来越不紧密,衡平法的溪流不再通过普通法法院的渠道流淌,而是开始流经咨议会以及大法官法院。由此开始了衡平法历史上的第二个阶段,在这一阶段,衡平法在普通法之外发展,并且开始与普通法规则相冲突。在

① 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第172—173页。

② 同上书,第173页。

4 英国早期衡平法概论

这一阶段由教会神职人员担任的大法官所实施的衡平法的基础是良心,并且在很大程度上受到了教会法学家当时的理念的影响。根据这些理念,上帝之法或理性性质的法律必须被遵守,并且这些法律通过良心的代理人——大法官——实施,在必要的情况下甚至以摒弃国家法为代价,从而使得抽象的正义在个案中被实现。至16世纪中期的时候,由大法官实施的衡平法与由普通法法官实施普通法之间的摩擦已经变得日益尖锐。

亨利八世的宗教改革开启了衡平法发展的第三个阶段。这一时期大法官不再由神职人员担任,越来越多的普通法律师开始担任大法官一职。这一改变使得大法官法院的衡平法与普通法法院的普通法的发展保持紧密的联系,加强了衡平法和普通法之间的关系,避免了两者之间的公开冲突。但是由于冲突根源仍然存在,在17世纪之初,旧有的矛盾在王座法院首席法官柯克和大法官埃杰顿之间的冲突中再度爆发。詹姆斯一世以支持大法官法院的方法对此进行了处理;而埃杰顿的继任者弗朗西斯·培根巩固了其前任赢得的胜利。由此导致的结果是:从此以后,大法官法院在某种意义上成为普通法法院的上级和权威。

经历了共和国时期并不成功的改革,在斯图亚特王朝复辟之后,衡平法的发展进入第四个阶段。从此以后,衡平法不再是为了在个案中实现正义而支持、补充或者纠正普通法的一个或者一套原则,而是一套规则体系,它在某些案件中以确定的方式补充普通法。事实上,这一变化在17世纪上半叶已经开始启动,但是在这个阶段,出于议会反对专制王权的目的,衡平法的这一变化为议会的胜利所阻碍。这一变化在斯图亚特王朝复辟以后加速发展。我们可以看到在大法官诺丁汉的判决中出现了许多衡平法的现代原则;并且,在18世纪,很大程度上取决于大法官哈德威克(Hardwicke)以及大法官埃尔登(Eldon)的工作,现