



世界法学译丛

法官、立法者 与法学教授 ——欧洲法律史篇

原著：〔比〕R.C. 范·卡内冈

译者：薛张敏敏



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学译丛

法官、立法者与法学教授

——欧洲法律史篇

JUDGES, LEGISLATORS AND PROFESSORS

CHAPTERS IN EUROPEAN LEGAL HISTORY

原著：〔比〕范·卡内冈(R.C. VAN CAENEGEM)

译者：薛张敏敏



北京大学出版社

北京·2006年

北京市版权局登记号,图字:01-2004-5657号

图书在版编目(CIP)数据

法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇/(比)卡内冈著;薛张敏敏译. —北京:北京大学出版社,2006.1

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-10141-4

I. 法… II. ①卡… ②薛… III. 法制史-欧洲 IV. D950.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第133049号

书 名: 法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇

著作责任者: [比]R. C. 范·卡内冈 著 薛张敏敏 译

责任编辑: 李 晨

标准书号: ISBN 7-301-10141-4/D·1356

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 13.75印张 183千字

2006年1月第1版 2006年1月第1次印刷

定 价: 21.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

前 言

诸君面前的这本小书,是我身居古德哈特教席之时,在1984—1985学年间于剑桥所作的一系列讲座之整合。该讲座作为法律学院法学硕士课程的一部分,其传授对象是法学专业的研究生。既然是面向学生的讲课内容,本书并不妄图以鞭辟入里之学术著作自居。再者,学生是法学专业的研究生这一事实,意味着我可以提出一些欧洲法律史上有一定复杂性的问题,这些问题或许在学界都没有以任何刨根问底的方式探讨过。该事实同时也表明,我可以推定我的听众对法律史有一定程度的熟知,这样,我们的课程就不再是枯燥乏味的长篇独白,而是饶有兴味的师生交流,本书中提请读者诸君垂注的若干问题,最初都来自学生们提出的疑惑。鉴于我的听众来自五湖四海,除欧洲大陆外,还有大不列颠和美利坚,故而,我有时不得不为那些成长于普通法环境的学生,讲解有关大陆法历史的某些背景知识,甚至是入门初步;反之亦然。一门关于欧洲法律史的课程,同时涵括英格兰普通法系与欧陆之大陆法系,就其本质而言,难免要把这两个法律大家庭成员之间的相互交融问题考虑在内——就此,尚望读者诸君予以充分理解。当大家发现美国的法律发展在书中不时地被提及,还愿莫对此表示诧异:尽管英格兰和美利坚相隔宽阔的大西洋,但她们基本共享同一法律体系之事实,自然会令研究英格兰法的史学家对其大洋彼岸的“移植物”意兴不浅。

萌发将讲义付梓之动因,首先源于剑桥几位同事对讲稿内容的浓厚兴趣;其次是受激励于古德哈特教席一位先辈的榜样作用,那就是约翰·N.哈泽德(John N. Hazard)教授,他把自己在古德哈特教席的讲义整理成册,名曰《把握苏联之变》(*Managing Change in the USSR*),献给了古德哈特这个学术大家庭,“作为对后继者也

亲手尝试写一本小书的勉励”；最后一个促成因素是，当我得知，将系列讲义集结出版，是 A. L. 古德哈特对其教席任教者的殷切期望，因而才有了此书之问世。

致力于法律科学研究的古德哈特教席，创建于剑桥大学，冠名自亚瑟·利曼·古德哈特 (Arthur Lehman Goodhart, 卒于 1978 年)，他将自己的一生都献给了法学研究事业。虽身为美国公民，他却在英格兰开创了光辉的学术生涯，从剑桥学成出师后，他成为本世纪最杰出的法律学者和法学教授之一。除身兼其他职务外，他还是牛津大学的法哲学教授，并担任《法律季评》(*Law Quarterly Review*) 编辑数十年之久。我相信，若他看到以下这些采用比较与历史的方法，游刃于美利坚、英伦诸岛与欧陆的字句篇章，必定会备感意气相投——但愿这一自信不至被归为鲁莽与冒失。

在此，谨对剑桥大学钦定大陆法教席的彼得·斯丹 (Peter Stein) 教授，表示最为诚挚的谢意，他施惠躬读了手稿的全文，并不吝赐教，提出了许多宝贵建议和评论；还要衷心感谢彼得屋 (Peterhouse) 的主人和全体研究人员，他们的热情接待让我在 1984—1985 年间作为访问研究员的日子里实感宾至如归。我还要将最温暖的谢意，送给丹尼尔·兰伯列希特博士 (Dr Daniel Lambrecht)，感谢他为索引的编排所提供的无私帮助。

R. C. 范·卡内冈

目 录

1 独步天下的普通法:十大亮点	1
其一:“法律”一词的莫衷一是	2
其二:上诉——姗姗来迟的一步	5
其三:英格兰法——“无缝之天衣”	7
其四:法律解释的排他性规则	17
其五:没有宪法的国家?	21
其六:议会至上的后果	27
其七:刑法——杂乱无章的自我衍生	32
其八:刑事审判中的指控与陪审团裁决	34
其九:不喜欢法典化的英格兰	40
其十:地位寒微的法律学究	53
2 鼎足而居:法官、立法者与法学教授	65
事实回顾	65
解读一:“民族精神”?	69
解读二:专制的罗马法与民主的英格兰法?	70
解读三:政治历史	82
3 普通法和大陆法:独木桥与阳关道	109
分道扬镳,各行其志	110
南辕北辙,自成一家	114
谁在逆潮而行?	119

2	法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇	
4	试分伯仲：判例法、制定法还是学者法？	123
	法官：从票友到专家	126
	法院及其缔造者	141
	法典化：挑战司法垄断的利器	148
	为当权者服务的法律学者	150
	善法的八个标准	153
	索引	166

1 独步天下的普通法:十大亮点

如果说对新鲜事物的好奇是科学发展之母,那么当一个来自 1
大陆法系的法律人士,面对英格兰普通法的时候,他所表现出的诧异,一定是推动法律科学研究最为有力的因素之一(当然,这也是古德哈特教席之使命所在)。因此,我将择选十个法律制度,从对它们的介绍入手,举例说明英格兰法和大陆法发展的不同路径,并在展现其差异的同时,为这一发展的殊途作些微历史注脚,或至少说是提出某些参考意见。可资的亮点当然不只十个,不过,也许是受十进制的影响,又或许是出于对(摩西)《十诫》的怀想,选择十个,显得合情合理,而又非心血来潮。作为一个法律史学者,在务求专注于历史上或说是古典普通法的同时,还将一并探讨最近的各种新转变,这些新转变,似乎正在缩减普通法与“罗马—日耳曼法系”之间貌似不可逾越的鸿沟。

行文至此,读者诸君或许会对这一“诧异”本身感到疑惑:每个国家都有自己独特的法律体系,这难道还有什么不可理解的吗?在美国,每个州都享有独立的立法权,甚至还捍卫着自己的法律,某些州甚至还存在法典化的法律体系。对这一疑问,我们的回答是:英格兰与欧洲其他地方(从最广义来说甚至包括苏格兰)法律制度的不同,远远甚于欧洲大陆国家与美国之间的差异。它们之间的不同,在于整个法律的获得途径,在于法律的思维方式,而不仅仅是法律对离婚的规定,或法律对高速公路最高限速之间的具体区别。

若说中国文化伴生了独特的中国式法律制度,没有人会对此 2
感到惊讶,因为中国文明对西方世界而言,是一个完全不同的文明,不只在法律上,在宗教信仰、科学以及道德伦理方面,都是如此

的与众不同。但英格兰法却不一样,我们对它的独树一帜感到惊叹,是因为英格兰历史与文明的发展,在诸多不同领域,都与欧洲大陆是同步的,它们共享着同一种文明。英格兰的语言,起源于欧洲大陆的日耳曼语,并在日后的发展中,萃取了法语和拉丁语的成分。她的宗教发展历史,在天主教和新教时期,都明显与欧洲历史发展的总体趋势和谐一致。在政治制度方面也是如此,不论是君主制,还是宪政制亦或议会制,都不是英格兰所独创,再后的发展时期,这些制度也并非英格兰所独有。唯有她的法律制度,成为唯一拒之门外的格格不入者,在两种法律体制之间,没有任何中间道路可行——它们是实在是天差地别!

其一:“法律”一词的莫衷一是

当来自大陆法系的法律人,越过海峡,初涉英格兰之时,对法律制度的诧异,直接始自遭逢“法律”一词。很快,他就会发现一个令人厌烦的事实:这个英文单词,竟能够指代两个截然不同的事物。它可以用来表示全体法律,不论是基于立法的,还是基于审判和学理的法律(就如短语“国土上的法律”或“法律规定”意义上的“法律”),当表达这一层意思的时候,他在本国所使用的词,会是 *das Recht*, *le droit*, *il diritto* 或是 *el derecho*。“法律”这一词,还可用来表示由立法者制定的某一特定法律(就如在短语“国会通过了一部法律”中使用的意义),与此相应,该欧洲大陆学者在这一场合,会使用 *Gesetz*, *loi*, *legge* 或是 *ley*。然而,当他正为英格兰这一令人迷惑的术语而冥思苦想,并沾沾自喜于自己国家的语言使用两个不同的词,分别代表两种不同的意思时,公正地讲,此大陆法律学者只得坦认,他引以为荣的本国法律的根源——罗马人的法律智慧——并未能在这一疑惑上得以幸免。在“任何人都必须遵守法律”(*nemo censetur legem ignorare*)的罗马谚语中,“*lex*”很明显是表示“*le droit*”,而帝王颁布的“法律”(leges)则显然对应“*des lois*”之意。他还必须承认的是,大陆法系国家的人,在表示客观的权利

和主观的权利(即“法定权利”[*le droit*]对应于“我的权利”[*mon droit*])的时候,用的是同一个词;而在英格兰法律中,却是分开使用,用“法律”(law)表示前者,用“权利”(right)表示后者。

可是,英语中又为什么要用同一个词“法律”,来表示“总体的法律规则”和“特定的法律”这样两个如此不同的概念呢?

曾经,英语中分别以不同的词汇来表示“the law”(与 *le droit* 和 *das Recht* 同义)和“a law”(等同于 *une loi* 和 *ein Gesetz*)两种含义。对于第一种含义,曾使用过“æ”这个词,在几个使用西日耳曼语言的地区,该词对那里上年纪的人并不陌生,它最初的含义,是指日耳曼人不成文的习惯法。^[1]到了11世纪,已经没有人再认得该词的含义了,在法律书籍的手抄本中,“æ”已被“lage”所取代。同样也是针对这一种含义,还使用过“riht”一词,用于区分“folriht”和“Godes riht”,也就是世俗法和教会法。在表达立法意义上的“法律”(即第二种含义)时,人们多使用的是“dom”这个词。关于这两个法律术语使用上的区别,我们可以从伊内国王(King Ine)在位的688—695年间的法律状况略窥一二,那时候的法律,清楚地区分了“folces æw”和“domas”,也就是民间传统的习惯法和立法机关立法的区别。在往后的几个世纪里,我们发现,在表达第二种含义时,用语是“gerædnes”和“asetnysse”(以及它的动词形式“asettan”),后者明显与德语中的“Satzung”和“Gesetz”极为相似,因此,1258年的《牛津条例》(Provisions of Oxford),也被称为“isetnesses”。

迷惑的产生,开始于斯堪地那维亚语中“lagu”这一模棱两可的术语的引进,该词既可表示全体法律规范(正如在 *Denalagu* [丹麦法]或 *Edwardi laga* [爱德华的法律]中使用的那样),也可用来表示某一特定的立法。它最早出现在阿尔弗雷德大帝(Alfred the Great)和丹麦国王加思伦(Guthrum, 880—890年)执政时期的法律

[1] 读者还可以看到该词的其他多种变体,如 *e*, *ewe*, *eo*, *ea*, *ewa*。参见 *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I (Berlin, 1971), col. 1027—30。

4 中,还有后来的国王埃塞尔斯坦 (Athelstan, 925 年至大约 936 年) 时期,也使用了该词。随着时间的流逝, *lagu* 逐渐取代了 *æ*, *riht*, *dom*, *gerædnes* 以及 *asetnysse*, 在实际使用中,它以“law”的面目出现,仍然附带双重含义,一直流传至今。这样一来,丹麦人终于在语言文字领域对英格兰进行了小小的报复,多少为 11 世纪上半期所忍受的失去领土的耻辱出了一口气。^[2] 语言学家可以告诉我们,这一切是怎样又是因为何发生的,而法律史学家,却只能面对这一不可思议的现象,空发感叹:这么多有用的词语,在几个世纪的发展过程中,竟然莫名其妙地被弃之路旁。^[3]

该词的莫衷一是所导致的一个后果是,在翻译“the rule of law”这一重要法律术语的时候,人们竟不知该如何确切地进行表达。就个人观点来说,我倾向于把它表述为“全体法律的治理”(*le règne du droit*),但我同时也发现,有人将其译为“某一法律的治理”(*le règne de la Loi*)。^[4] 更有甚者,有人还认为,该短语不仅表示立法机关的立法,还包括法院据以保护个人权利的所有不同渊源的法律规则,在我看来,这种观点更令人瞠目结舌。在最近出版的一本法国专著中(谈论法律在美国和法国民主制度中所扮演的角色),作者一会儿用“*le règne de la loi*”指代“the rule of law”,一会儿又用“*la règle de droit*”指代他,由此,更表明“法律”这一模棱两

[2] 参见 F. Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, II, I (Halle, 1906), s. v. *lagu*, pp. 129—30 and s. v. *riht*, p. 184; II, 2 (1912), s. v. *Gesetz*, pp. 466—71 and s. v. *Recht*, p. 624。

[3] A. K. R. Kiralfy 教授对这个问题进行了彻底研究,见他的文章“Law and Right in English Legal History”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, III (Florence, 1977), 1069—86,再印于 *The Journal of Legal History*, 6 (1985), 49—61。

[4] P. De Visscher, *La Constitution Anglaise et le règne de la Loi*, Institut belge des Sciences administratives, Sessions 1945—46 (Brussels, 1946)。作者很清楚地表明,他对“the rule of law”以及戴西对它的解释非常关注。他所做的演讲事实上就是对戴西的批判,尤其是针对戴西的说法——认为法国行政法而英国没有,这正是法国不懂什么叫“rule of law”的原因——表示了强烈不满。

可的术语所生发的难解之结。^[5]

其二：上诉——姗姗来迟的一步

当欧洲大陆法律学人对英格兰法律史进一步深挖的时候，一些更为实质性的差别，便油然展现在眼前。他会发现，在法律程序的发展过程中，大陆法（无论是罗马法还是现代的大陆法）意义上的上诉制度，在历史上的普通法中竟一直被忽略。“上诉”一词在普通法中并不陌生，但它却另有指代，即指一种刑事自诉，其通常会导致司法决斗程序的启动。而“上诉”一词现今的含义，指的是把案件呈递到更高一级的法官面前，以期获得对自己益加有利的判决。也就是说，在古典时代的普通法中，并不存在现代意义上的“上诉”制度，事实上，该制度在英格兰的引进，是19世纪才有的事了。不过，尽管眼下英格兰的法院，每天都有受理不完的上诉案件，但长久以来对上诉的排斥心理，在某些场合还是若隐若现。在1985年我参加的一次上议院的辩论中，《犯罪起诉法案》（Prosecution of Offences Bill）（后文会有更详细的论及）的第22条遭到了否决，至少由此，我感觉到了这种对上诉的排斥心理。该条款规定了一种上诉（尽管只能勉为其难地称之为上诉），允许总检察长（Attorney General）对刑事法院（Crown Court）作出的某一（在他们看来过于仁慈的）判决，向上诉法院提交自己的意见。历史上的普通法中，只有两种制度，是与今天的上诉制度有某些相似之处的。一个是针对法庭或陪审团所作的错误判决的指控制度，另一个是为避免错误的发生，而对案件记录进行查阅与监督的制度（即纠错令[writ of error]和调卷令[writ of certiorari]），在这两种制度中，不论是案件的法律适用问题还是事实证明问题，都不在审查的范围之内。纠错令的目的，从名字的字面上就可看出。而调卷令，最初是

[5] L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique* (Paris, 1985), pp. VI, 24.

在审判程序出现错误的情况下,用来通报高级法院关于低一级法院的错误程序的一种手段。然而,它也用于把案件的卷宗在判决宣告以前呈递给王座法庭(King's Bench),该程序与大陆法系的“案卷移送”(evocatio)有点类似。

在13世纪以前,欧洲各国的法律体系中,都没有现代意义上的上诉程序。而在此之后,英格兰法和大陆法开始分道扬镳,前者固守着最原初的法律传统,过着自己的独木桥,而后者则引入与罗马—教会法(12世纪来自波伦亚[Bologna]的智慧结晶)并驾齐驱的现代法律程序,踏上了阳关道。但是,我们也不能过分简单化地把上诉制度在欧洲大陆的引进,完全或是主要归功于罗马—教会法这一璀璨的明星效用,也不能单纯地归功于诸多罗马法学者们令人难以抗拒的闪烁着智慧光辉的魅力,如里卡多斯·昂格里科斯(Ricardus Anglicus)的《审判规则概要》(*Summa de ordine judicio*, 大约1196年),伯纳德·德·多拿(Bernard de Dorna)的 *Summa libellorum* (1213—1217年),或是威廉·杜兰蒂斯(William Durantis)的百科全书式著作《法律的反映》(*Speculum judiciale*, 1272年, 大约1287年第二版)。上诉制度的引入,是一个政治事件,它代表着下级法院对上级法院权威的服从,而这正是权力政治的核心问题。法国国王成功地建立了巴黎高等法院(Parlement of Paris)作为上诉法院,正是因为法兰西王国政治上的统一,导致了过去的地区统治者对国王的臣服,这当然也包括他们的法院对皇室法院权威的臣服。因此,对各省初审法院所作的判决不服,而后上诉到巴黎高等法院,也就成为再寻常不过之举了。在英格兰,并不存在这种地方性初审法院体系,所有普通法法官都辖属于国王的中央法院系统,这样一来,上诉制度所要求的等级制的先决条件,也就不存在了。比起普通法对波伦亚博士学者们所创制的罗马法硕果的不屑一顾来说,上述事实,更是致使普通法与大陆法分庭抗礼的主要原因。对诉讼当事人双方而言,英格兰与法兰西的法律体制各有千秋。一个案件,经一国的高级法官一次审判,就能得到终局解决,这对当事人来说当然是一件好事。不过,它也使得全国的案

件,都高度汇集到了中央法院系统,这无疑让当事人和证人的出庭横生枝节。在法国这个领土面积远大于英格兰的国家,这种做法,将给诉讼当事人造成难以逾越的障碍。因而,将地方法院设为初审法院,如果当事人愿意,也可以上诉到高级法院,这种法院体系的设置,未尝不是一种合理而妥当的解决方式。

其三:英格兰法——“无缝之天衣”

对钟情于这种历史钻研式研究的法律学人,在继续深究的过程中,会为两者间的另外一个重大区别所震惊,那就是英格兰法律发展的细水长流、一脉相承,换句话说,就是没有出现过像法国在大革命时期所经历的那种骤然而来的大灾难而导致的法律发展断层。当然,英格兰法律成长的这一连贯性,在法律界极为保守的氛围中,往往被轻易地夸大了,正如德·托克维尔(de Tocqueville)在下面这段话中所表明的那样:

那么,我并非要宣称,所有的法律职业者,在任何时候都是现有秩序的维护者和新事物的反对者,只不过通常他们中的大多数都是如此。在一个法律职业者占据着自然而然属于他们的上层地位而又没有人会对此心存不满的社会中,他们普遍都会抱着一种异乎寻常的保守态度,对民主制这一新事物会加以抵制。^[6]

一些著名的法律史学家,如霍尔兹沃斯(Holdsworth),就倾向于把历史上出现的每一个新阶段,视为旧体制的“进一步改良”,而不是看作一种创新,更不用说是视为革命了。所以,当我们注意到他们有意在冷落对某些革命性时期的研究——比如清教徒统治时期以及在此期间订立的极具创新性、并明目昭张的法律现代化改

[6] *Democracy in America*, I, p. 286, 转引自 D. Duman, *The Judicial Bench in England 1727—1875. The Reshaping of a Professional Elite*, Royal Histor. Soc. Studies in History Series, 29 (London, 1982), p. 102.

革计划——也就能够很自然地理解其用意了。正是基于此种观念,霍尔斯沃斯认为,研究这些清教徒的改革政纲,简直就是浪费时间,因为他们所做的改革创新,在君主制复辟浪潮卷土重来之时,全部付诸东流。普拉克内特(Plucknett)则认为,他们的改革“不成熟”,所以没有研究的价值。^{〔7〕}这就要看对这一“不成熟”作何理解了。的确,他们提出的有些制度和规则,完全就跟不上时代发展的步伐,自然会遭遇到联合的抵制。不过有些措施被认为是“不成熟”,仅仅是因为某些根深蒂固的习惯和早已稳固确立的既得利益。举个例子来说,当清教徒提出在英格兰法院中使用英语而非法律法语(law-French)的时候,有何理由能够堂而皇之地反对这一合理而自然的要求吗?没有。然而,结果却是该提议与其他提议一道,在1660年旧世界卷土重来之时,被无情地抛弃了。

8 对于这个来自大陆法系的观察者来说,他已经习惯于在“古代的法律”(ancient droit)和“新时代的法律”(droit nouveau)这两个完全不同的语境下思考问题,面对英格兰法律中如此之多保留下来的制度,他也不得不承认,英格兰法律的发展映现出一种历史的连贯性。她的发展过程,没有出现昭然的断裂,没有对几世纪以来所沉淀的法律智慧不加选择地整体扫地出门,也没有前革命时期法律与后革命时期法律之分。在英格兰法律中,今天新芽与昨日黄花之间,并不存在泾渭分明的界限,现今的法律,往往都带有极易察觉的历史痕迹。人们甚至可以说,法律与法律史之间都很难做到井水不犯河水,打个比方说,现代关于叛国罪的法律,施行于20世纪,而它却是以1352年的《叛国罪法》(Statute of Treasons)为基础制定的。在这一点上,英格兰的法律学人颇具其罗马先辈们之遗风,正如某位权威人士所言,“罗马学者在引用其他法学权威的时候,都不会明显地意识到,他所引用的权威中,有些比另一些的生存年代早了几个世纪”,所以,“罗马法律渊源在对法律的处理

〔7〕 T. F. T. Plucknett, *A Consice History of the Common Law* (5th ed., London, 1956), p. 54.

上,没有采取一种历史的态度”,没有任何迹象表明,“时间的流逝与新观念的产生,对人们的法律规则观产生了什么样的影响”^{〔8〕}。除了极个别的例外,“罗马法学家对历史都不感兴趣,他们的研究也鲜有受到历史的影响”^{〔9〕}。

有时候人们会认为,英格兰人对完全与过去决裂的做法所持的反感,是根植于英格兰民族性格之中的。然而针对这种看法,有人会说,在宗教改革时期,并没有任何守旧的传统能够阻止英格兰民族与过去的宗教信仰一刀两断啊!英格兰中古时代的教会与宗教改革后的教会,它们之间泾渭分明的程度,并不逊于古代体制下与大革命后的法国。

英格兰法律史在过去八个世纪的发展中没有出现过彻底的断裂,并不意味着不存在任何发生改变的时期,毕竟英格兰法律发展史不是一个如睡美人般静止不动的童话。事实上,有几个时期带来的新转变尤其令人瞩目——比如说,在爱德华一世(Edward I)统治时期,从1275年到1290年间,每年都在颁布新的重要的法律(尽管这些法律中界定多于创造)。都铎(Tudor)王朝的立法更是引人注目,并具有真正意义上的创新性^{〔10〕};再有,17世纪中期新教徒当道的时候,他们对这个国家设计了许多有趣的更为大刀阔斧的改革,尽管王政复辟后,他们的大部分改革成果和尚未来得及实现的宏伟大略,都被清扫一空。到了19世纪,尤其是《1832年改革法》(Reform Act of 1832)出台后的十年间,一项旨在对“古老而恐怖的中世纪堡垒”进行现代化的宏伟大任,在人们极大热情的推动下开始着手了。尽管后来的事实表明,受该改革影响更大的是审判程序和司法机构设置,而不是实体法。正如商法领域的立法所显示的那样,在某些私法领域,对法律的法典化多于实质意义上的

〔8〕 A. Watson, *The Making of the Civil Law* (Cambridge, Mass., 1981), p. 15.

〔9〕 同上书, p. 19.

〔10〕 简明扼要却又入木三分的阐述,参见 G. R. Elton, *English Law in the Sixteenth Century: Reform in an Age of Change*, Selden Society Lecture 1978 (London, 1979)。

创新。

然而,上述所有立法,都从来没有将现今与过去切断,它们也从未想过要去切断它。对古老制度的尊视,往往会压倒纯粹出于逻辑的考虑。在1873年《司法组织法》(Judicature Act)颁布的时候,大家都普遍认为,上议院的司法职能不应再继续下去了,因为已有高等法院和上诉法院,若再在上诉法院头上复加另一个上诉机构,这在逻辑上讲不通。可是,出乎所有人的意料,并且很多人至今仍然不解,当1875年的《司法组织法》出台,上议院作为最高上诉机构的地位得以保留,位居上诉法院之上。它的角色与欧陆国家的最高法院(Court of Cassation)也不同,后者是“拦截”某一上诉法院的判决,然后把该案移转到另一个上诉法院去审理;上议院则不然,它自己作出判决,并且是终局判决(除了现在还可以上诉到欧共体的法院)。这种双重上诉法院的设置——一个位居另一个之上——在欧洲大陆人(还有许多英国人)看来,是完全不符合逻辑的,而这只能从对议会许多世纪以来所担当的司法角色的崇敬这一角度来解释了,套用霍姆斯大法官(Justice Holmes)的一句名言,“法律的生命不是逻辑,而是经验。”另一个表明这种对过去的崇敬的例子,是先例所处的地位,或是说遵循先例原则。普通法是基于先例而建立的,这在大陆法系的学生们上第一堂比较法课的时候就已知道,不过,他们中并没有多少人能意识到这些先例会古老到什么程度。它们的真实年代,有时只有通过细致的考究才能发掘得到,一个19世纪作出的判决,实际上竟然是遵循了布莱克斯通(Blackstone)的先例,而后者是继承自柯克(Coke),柯克的判决又是源自利特尔顿(Littleton),最终追溯到了布拉克顿(Bracton)。英格兰法律这一看似“万寿无疆”的特征,同时也意味着:在古代就存在的一项权利被废止不用,并不必然会导致它的消失灭绝,尽管有些人不愿意承认这一事实。在这点上,一个最好的例子,就是发生在20世纪初的那场重大而影响深远的政治风波,上议院出乎所有人意料地否决了下议院提交的财政预算报告;而该否决的权力已经被搁置了约二百五十年之久,在许多人眼中,由于

10