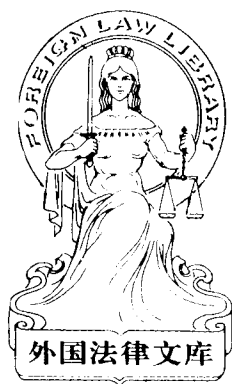


普通法的历史基础

[英] S. F. C. 密尔松 著

中国大百科全书出版社



普通法的历史基础

[英] S. F. C. 密尔松 著
李显冬 高翔 译
刘智慧 马呈元

中国大百科全书出版社

外国法律文库之一
普通法的历史基础

S. F. C. MILSOM

HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW

Butterworths, Second edition, London, 1981

根据英国巴特沃思 1981 年第二版译出

本书的翻译与出版得到美国福特基金会资助,外国法律文库编委会谨致谢忱。

The Editorial Committee of the Foreign Law Library expresses thanks to the Ford Foundation for its generous funding.

图书在版编目(CIP)数据

普通法的历史基础 / (英) S.F.C. 密尔松 (Milsom, S.F.C.)

著; 李显冬等译. —北京: 中国大百科全书出版社, 1999. 11

(外国法律文库)

书名原文: Historical Foundations of the Common Law

ISBN 7-5000-6250-8

I. 普… II. ①密… ②李… III. ①法制史-世界 ②法律-研究-世界 IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 64094 号

丛书编辑 杜晓光

责任编辑 刘 婷

责任印制 张京华

责任校对 梁熾曦

普通法的历史基础

[英] S.F.C. 密尔松 著

中国大百科全书出版社出版发行

(100037 北京阜成门北大街 17 号 电话: 68343259)

河北省固安县印刷厂印刷 新华书店经销

1999 年 11 月第 1 版 1999 年 11 月第 1 次印刷

开本: 850 毫米×1168 毫米 1/32 印张: 16.125 字数: 401 千字

定价: 21.00 元

外国法律文库序

江 平

外国法律文库是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50年代末以后的20多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文化大革命”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。十多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自1949年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥十余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致使误译多有，贻患学林。在这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我的一个迫切

的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，外国法律文库第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了四位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

外国法律文库能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华以及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是在应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于外国法律文库一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重要的在于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热

衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

第二版序言

当出版商建议本书再版时，我犹豫了，因为本书的第一版不时被发现难以达到人们所希望的简要论述普通法发展过程中重要问题的目的。不过，如果说本书旨在建立与已经建立的体系不同的有关普通法发展的学术体系，那么，这一目的可以说是达到了。

人们对事物的认识是不断变化的。尽管一种观点的出现在十年之后可能已失去了新鲜感，但仍然值得对其进行研究。我把大量的时间用在了对早期土地法的研究方面，而且从当时的实际出发对细节进行研究的原则使我在本学科以外的研究领域也花费了一定的时间。我对早期土地法的部分作了改写，并且由于引言部分涉及早期法律的性质问题，因此也对它进行了修改。

对其他部分的改写是为了适应认识的改变，或者是希望使论述更加清楚明了。第一版中的个别结论可能在许多方面引起了争议，因为它所显示的情况完全不同于其他著作中所做的假设。我认为，认识的不同不会妨碍我们继续进行研究，不同的观点只是进行理性思维的基本前提。如我预见到的那样，当认真的读者试图把本书的观点与流行的经典论述统一起来时，他们就会遇到始料不及的困难。在许多问题上，这种统一是不可能的，因为你不能使不同的答案适用于相同的具体问题。如同我在引言部分的结尾指出的那样，这不是因为具体问题发生了变化，而是因为你它们进行归纳的方式有问题。在第二版中，我用提醒的方式说明了本书与其他著作的最大区别，不过，人们不可能马上接受两种不同的解释。

为什么对相同的证据会作出不同的解释呢？在这些不同的解释之中是否有相同的因素呢？从法律的本质来看，目前的状况必然与刚成为过去的事物相吻合，因此，法律史的本质就是研究由证据材料有规律地表现出来的令人困惑的问题。历史学家们不可能完全了解过去发生的最大的变革，因为这些变革在当时并不是一目了然的。例如，13世纪法律表面上发生的最大变化是出现了处理分散而且似乎互不关联的问题的成文法规则，它们实际上是结构性变革的细微征兆。这种变革的伟大意义对当时的人们来说是不可能了解的，而且其发展的过程也是人们难以觉察的。在有关的法律文献中，这种变革被某些术语意义的变化和法律规则适用的变化所掩盖了。事实上，真正发生的变革并没有完全在“法律”上反映出来，而且历史学家们往往难以发现被后面的现象掩盖着的前面发生的情况。也许与其他领域的历史学家相比，法律史学家们更容易被迷惑，从而把本来与某一特定历史阶段无关的某些概念、甚至社会结构适用于该历史阶段。

我们研究历史的主要目的之一就是要把法律视为一种在某种程度上独立于社会而存在的、需要分别进行调整的实体规范体系。法律史学家像在一本教科书中寻找新的或与过去不同的段落一样，他们浏览现有的资料以期发现过去的变革。这样的结果对社会历史学家产生了误导，而且在这种误解之中，偶然的事件发挥了一定的作用。有关英国法律史的古典论述很大程度上建立在梅特兰无与伦比的著作《英国法律史》的基础之上。这本完成于爱德华一世登基时的著作是以“波洛克与梅特兰”署名的。使梅特兰在法律史研究中崭露头角的是他编辑的大作《布雷克顿札记》。在该书中，他曾经全力以赴地参加了最后由布雷克顿署名的一篇专题论文的写作工作，这篇文章显示了他对实体规则和抽象概念的熟练掌握程度。毋庸置疑，13世纪英国法律的复杂性一方面反映了来自罗马法的影响，另一方面反映了英格兰法当时已经具有

的特征。

梅特兰晚年转向了对 14 世纪初的法庭录事年报（亦称法律年鉴）的编辑工作。这些纯粹英国式的对法律问题的讨论始于《布雷克顿札记》之后的几十年间，但事实上这种情况几个世纪之前就已经存在了。“在这里，司法历史发展过程中的一个阶段被非常详细地记录和摄制了下来，而罗马法与之相对应的历史阶段则是，而且只能是以精心推导的方式展示出来的，尽管这种推导十分谨慎并力求准确，但它只能是一种揣测。”也许上述引自梅特兰第一本法律年鉴引言中的话，表明他突然意识到普通法起源于某种比他原来设想的更为原始的东西，但是，他原来的看法已经根深蒂固了，而且他关于法律发展的假设由于另一个偶然的事件而得到了强化。在他给大学生们所做的七个讲座中，他把《英国法律史》中论述的法律思想与自己在律师实践中对法律的认识联系了起来。尽管梅特兰生前并不认为自己的论述具有权威性，但是，在他去世之后，他的这些讲座还是被整理出版，被命名为《普通法的诉讼形式》。普通法的古典理论是在 13 世纪梅特兰的著作和几个世纪以后进行的研究基础上建立起来的。人们只是在后来才开始研究以上两个阶段之间发生的情况，而且这是一种不同的联系形式。

本书同样旨在为开始进行新的研究提供一种新的理论框架。法学家们最感兴趣的可能是法律变革的本质问题，尽管我掌握的资料不够全面，但我还是应该尽可能明确地把自己认识到的法律背景的不同情况介绍给大家。本书的论述不是始于布雷克顿早期的著作，而是始于隐藏在法律年鉴后面的最早的对诉讼案件的陈述形式，而且作为研究的出发点的法律比梅特兰所写的更为易于想象。例如，法律现实主义者已经告诉了我们有关法律规则和判决之间的某种关系。今天社会的复杂性使法律变成了某种社会管理法典，程序法对个人的保护远大于实体法对他们的保护。公法

的发展使抽象的财产权利降低为公共权力的明显的依从物。不过，由于这些变化十分复杂，所以不可能把它们全部纳入本书财产法的部分中去。此外，对历史学家来讲，将法律资料作为社会和经济状况的证据具有一定的迷惑性。不过，法律资料的确是现存的研究中世纪各个领域状况的最主要的证据来源，而且在本书中我将努力说明它们的迷惑性在于何处。

S. F. C. 密尔松

于剑桥大学圣约翰学院 1980 年 5 月

引言：绪论

一

欧洲人的习惯由于偶然的原因两次演化为理性的法律制度。今天，统治着世界大多数地区的法律都是从这两种法律制度派生而来的。这两种制度的发展可能经历了类似的历史阶段，但它们在时间上却大约相差了一千五百年。罗马法发展的早期阶段可能比现有证据能够证明的时期还要早，而英格兰法的发展过程则几乎全是有史料记载的。虽然这一发展过程中的许多问题已失去了其新鲜感，而且对它们所做的回答也很值得怀疑，但阐述英格兰法的发展时无视这些问题是不明智的。为什么只在古罗马和英格兰产生了这样两种法律制度，而在其他国家却未能产生呢？它们是如何产生的呢？当然，除了人类理性活动的成就之外，一系列偶然事件也在其中发挥了一定的作用。一些新的东西被创造了出来。

二

习惯是研究普通法的出发点，但这种习惯不是指个人的习惯，而是指统治着各个社区的法院的习惯。在英格兰，这些法院实际上是必须对有关争议作出裁决的社区会议。我们现在应该做什么呢？在通常情况下我们是怎样做的呢？在回答这样的问题时，人类本身和超自然力量在同样情况下反复从事的行为的影响可能是巨大的。如果作出决定的主体是具有最高权力的君主，且其决定具有终局裁定的性质，那么从习惯法上对其进行法律分析就不会

有太大的意义。问题的关键是目前如何作出裁决，即现在怎样作出选择。目前的裁决可能受，也可能不受过去的裁决的影响，但不能由于遵循过去的裁决而出现“不公平”的结果。倘若沿用过去的裁决会导致不公平的结果，现在的裁决就要修改或者完善过去的习惯。的确，明确的“法律规则”体现在特定的判决之中，而且早期的记录表明，英格兰的各级法院都曾经适用过体现着习惯法的判例，甚至王室法院也被认为最初是适用英格兰的习惯法判案的。

有两类判决对法律的未来发展产生了重要的影响，一类是有关财产分配的判决；另一类是有关争议解决的判决。在任何社会中，土地使用的状况和为家庭提供生活来源的需要都会使财产的处分复杂化，而英格兰封建的经济结构使这个问题变得更为复杂。不过，从法律上来看，财产处分的问题比较简单。土地租佃人去世以后，遗留下来的租佃土地按照习惯可以由其长子继承。如果该长子弱智，我们是否应让其兄弟来继承呢？我们上次所做的判决只是这次判决时应考虑的一个因素，我们没有必要再次作出相同的判决，而且如果我们决定不作出与上次相同的判决，我们也没有必要重新考虑上次的判决是否正确。至于这块租佃土地的未来，我们并不考虑现在的判决与目前的受益人死后的情况有何关系。我们可以让该弱智的长子的兄弟成为土地租佃人，而且按照习惯，他的儿子将来可以继承他的租佃土地，但我们不会考虑该弱智长子的儿子的问题。当然，我们也可以设计一种未来的安排。例如，我们可以用一种妥协的办法来解决目前的难题：我们现在安排该弱智长子的兄弟（土地租佃人的小儿子）终身占有该租佃土地，但在他去世之后，土地应转交给该弱智长子的儿子。这是一种意向性的声明，当该弱智长子的兄弟去世以后，该弱智长子的儿子只能在我们落实这种意向并把土地授予他的情况下才能得到该租佃土地。不过，目前的判决只涉及该弱智的长子的兄弟。

我们很容易看出这样的习惯怎样才能更具有拘束力。这些习惯是为了适应经济方面的需要而产生的。一般来说，当人们英年早逝以后，他们的长子在大多数情况下会成为其财产的继承人。不过，经济上的需要同样也使习惯具有一定的灵活性：弱智的长子从来都不被作为合适的继承人。如果管理方面的需要减弱，这种习惯更可能被看作是具有某种约束力的规则。在英格兰，当土地的优先保有权与提供兵役义务的规定不再有太大关系的时候，这种情况就可能已经发生了。不过，对抽象的财产权利产生以前的情况还需要进行更进一步的研究。只要土地的分配无疑可以由一个权威来决定，习惯就只能是当时作出判决的标准。无论长子多么信心十足，在他被授予财产之前，他不可能拥有财产的权利。同样，无论人们对今天的安排在将来会得到落实多么抱有信心，他们也不能对明天可能得到的东西今天作出赠予。规定某块土地应由某人终生占有，然后转移给另一个人的协议不会给第二个人带来任何东西。土地租佃人的长子只能坚信自己在将来会得到土地。

这个出发点很简单，而且英格兰法的演变过程也没有背离这一出发点。一种结构性的变化可能会产生神奇的效果。虽然王室法院在很大程度上也只是在实施这些习惯中体现的规则，但是它实际上结束了适用这些习惯的封建司法体系，并且不得不由自己来适用它们。不过，适用这些习惯的法院的变化改变了习惯的性质。位于习惯产生的社区以外的王室法院不可能从社区管理的角度来看待这些习惯，它认为这些习惯只是一些规则和抽象的权利。此外，因为它最初干预封建采邑法院是由于这些法院社区管理的职能可能导致不公平的结果，所以它适用的规则具有改变过去的做法的效果。现在，不仅无论长子的残疾多么严重，在继承发生时也不能越过他，而且如果前几代人事先作出的安排违反了这条强制性的规则，也必须予以纠正。随之而来的是，接受继承土地的人必须拥有某种所有权，以使它能够再把土地转移给本支家族

中现有的继承人。同样，对将来作出的安排也不再是一种可以按照部就班地实现的意向：事实上已不存在将来可以实现的安排，人们必须现在作出某种将来发生效力的财产权的授予。即使像分配牧场这样更明显地具有管理性的安排也令人吃惊地转变为一种抽象的财产权。所有的变化都是不知不觉地进行的。例如，关于继承规则的表述与以前完全相同，但它的内容却完全不同了。

司法管辖权的改变产生了一整套实体规则和抽象概念。可能部分地由于使用了拉丁语词汇的原因，这些概念反映了某种罗马法的含义。这种现象使历史学家迷惑不解，同时可能也对普通法本身产生了影响。至于对实体规则的论述，值得注意的是利特尔顿撰写的《论租佃》一书。该书可以被看作是一本有关土地法的教科书，它比其他法律分支的教科书的出现要早将近四个世纪。了解自然演变所产生的结果并没有什么意义，但利特尔顿著作的名称使我们想到了租佃这种有关土地安排的本质在法律上的固定概念。关于未来权益的法律的独特性质来源于所有者的财产权利和领主的统治权力的相互作用与矛盾。

这些问题对本书适当地进行编排带来了困难。由于制度的变化与实体法的变化紧密相连，所以把它们放在本书第二部分“地产”中一起进行讨论较为合适。封建采邑法院只在本书第一部分“背景”中予以介绍，这在很大程度上是为了便于读者理解第三部分“债”的内容。调整“地产”部分的顺序似乎不符合常规，但这一部分的内容几乎是自成体系的，主要对土地法的发展有兴趣进行研究的读者可以自己调整阅读次序。

三

另一种对未来的发展具有重要影响的早期习惯是那些有关解决争议的习惯，而且这些习惯产生的结果可能并不是英国法所特

有的。在每一个社区都有一种接受人们提出的主张的规则，它们后来被作为某种固定的程序记录了下来。这种规则包括当地有关交易行为和违法行为的所谓实体法规范，如你不能伤害邻居，负债必须还钱等等，因为如果出现了这样的情况，别人就可以向你提出诉讼主张。但是，这样的主张只会导致有关诉讼程序和最重要的举证方式的习惯规则的适用，而举证并不是一个证明事实以适用规则的问题。人们用同样正式的语言提出诉讼主张和否认诉讼主张，然后通过严酷考验裁判或者类似的裁判形式，对这种未加分析的争议由某种超自然的力量作出判决。判决有关人有罪或者无罪的概括结论可以解决争议，但无助于法律的形成。如果伤害纯属偶然或者债务应该被免除，情况又将如何呢？不过，直到利用超自然力量作出判决的制度被一种理性的裁判制度取代之后，这样的问题才可能会被提出。我们可能永远无法了解是不是罗马的民选审判官首先在某些方面以理性裁判取代了神明裁判。但是在严酷考验裁判被禁止的20年之前，英格兰就开始了有关理性裁判的记录，而且也许在作出这种禁止之后大约仅30年，在所有的争议解决中即最早地普遍采用了陪审团审判程序。法律的发展在很大程度上是一个处理争议中出现的争端事实的问题，对于这个问题，我们可以从头进行研究。

理性裁判取代神明裁判是一个漫长而复杂的过程。陪审团最早是被作为一种新的严酷考验裁判形式加以利用的，而且它也同样只是作出概括性的结论。当然，它是在考虑事实的细节之后才作出这样的结论的。不过，由于对案件事实没有做任何记录，所以历史学家们可能会错误地把实际上属于细节问题的微小争议当作有关违法行为的严重争议。一般而言，最少可以说，当时的律师们了解争议的问题是什么，但他们只能逐渐地以间接的方式提出个别的事实问题以供讨论，并经过讨论形成法律规则。在作出判决之前充分说明全部争端事实的法律诉讼形式的转变是一个更

为缓慢和曲折的过程。只有在这个过程完成之后，法庭能够像今天的考生一样对有关问题进行审慎研究的时候，系统的实体法制度才可能形成。合同法与侵权行为法的教科书直到 19 世纪才开始出现，而搞清违约行为和侵权行为的事实中隐含着的内容是一个非常困难的问题。

本书的第一部分主要涉及诉讼程序方面的发展过程，甚至大法官衡平管辖权的出现也属于这一过程的组成部分，因为它是从神明裁判向具有理性的人的裁判进行转变的结果。与土地法的发展不同，这些程序方面的发展原则上独立于管辖权的变更，因此，对管辖权变更问题的讨论只能在与所谓理论发展有关的范围内进行。司法制度的中央集权化在将从事法律职业的人士聚集在一起讨论法律的发展方面发挥了明显的作用，并且在创立新的举证制度方面发挥了一定的作用。由于把各个地方的人带到威斯敏斯特作证不具有可行性，所以在诉讼制度中出现了巨大的变化。导致并非一个，而是三个中央法院产生的事件对于法律向更成熟的方向发展产生了某种影响，但它在这一方面的影响远不像它对诉讼程序产生的影响那样巨大。

四

法律表述得越明确，它适应形势变化的能力就越差。本书所要讨论的另外一个主题就是变革的机制。那些最大的变革从来都不是预先设计好的。甚至在某项立法导致了重大的后果时，人们也可以肯定地说这样的结果并不是出自立法者的本意。立法者只是提出了对一个小问题的救济措施，但实际发生的情况可能是当时大量的事件利用了这种救济方式，并极大地偏离了立法者的意图。社会潮流会利用它可以利用的一切事物。当事人会把按照常识似乎属于诉讼案件，但实际上并不符合法律的问题提交律师寻