

亨利二世司法改革新论*

程汉大

内容提要：亨利二世司法改革是英国法制史上一次影响巨大而深远的历史变革。这次改革不但引领英国走上了一条独特的普通法之路，更重要的还在于开启了英国现代法治的历史之门。由于亨利二世的改革动因主要来自现实政治的需要，并非出于先见之明和精心设计，致使这次改革带有明显的实用性、权宜性，就此而言，亨利二世是英国现代法治的“不自觉”的开拓者。

关键词：亨利二世司法改革 现代法治 不自觉性

程汉大，河南大学法学院暨法文化研究所教授、中南财经政法大学博士生导师。

在英国法制史上，亨利二世司法改革是一次影响巨大的历史变革，所以自梅特兰(F. Maitland)开始，学术界对这次改革的研究一直保持浓厚兴趣。^[1]不过，学者们特别是国内学者的注意力大多集中于这次改革与普通法产生的关系上。毫无疑问，普通法是亨利二世司法改革的直接产物，二者的关系是如此难分难解以至于言说前者必及后者，反之亦然。但是，仅仅关注于短时段的外在变化，还不足以充分揭示这次改革的深层价值和长远效应。如果我们将视野进一步拉长拉宽，将关注焦点从表象转向内涵，将不难发现，这次改革不仅引领英国走上了一条独特的普通法之路，更重要的还在于开启了英国现代法治的历史之门。

一 改革前混乱落后的原始法制

亨利二世改革之前，英国法制文明虽然已有700多年的历史，但尚未走出混乱落后的原始法制阶段。

那时的英国法由古代原始习惯构成，各地千差万别。譬如，同是杀人罪，有的地区处以死刑，有的地区判处剥夺法律的所有保护，有的地区则罚以偿命金。偿命金数额多少不一，根据被害人的身份地位而定，普通自由人是120先令，贵族是7200先令，主教为8000先令。在许多地区，特别是在威尔士，血亲复仇的习俗依旧存在。在土地财产继承上，有诸子均分

* 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“英美法系与西方法制文明”项目课题(批准号:06JJD820014)。

[1] 如 Joseph Biancalana, For Want of Justice: Legal Refoums of Henry II, *Columbia Law Review*, April 1988, No. 3.

(肯特郡)、长子继承(诺曼封建法主导地区)、遗嘱继承(受教会法影响大的地区)等不同规则。即使晚至12世纪初,仍能清晰地分辨出威塞克斯法(the law of Wessex)、麦西亚法(the law of Mercia)和丹麦法(the Danelaw)三种不同的法律。^[2] 1066年的诺曼征服加强了王权和政治统一,但法律的分散状况并未立即改观,因为武力征服以及随后对盎格鲁—撒克逊人土地的掠夺,“带来了一个新的分裂的社会,一个由法国人和英国人共处的社会”。^[3] 加之征服者随身引进的大陆封建法与原有的盎格鲁—撒克逊习惯法之间矛盾百出,为避免两套法律直接冲撞,诺曼王朝不顾法律的普遍性和平等性要求,一度实行属人法政策,在盎格鲁—撒克逊人中继续适用原有的英国习惯法,在诺曼人中适用诺曼封建法,致使同罪不同罚现象时有发生。^[4] 这种基于政治考虑的权宜之计进一步加剧了法律的混乱无序状态。

司法权和司法机构同样是多元而分散的,国王司法权、公共司法权、封建司法权、特许司法权、城市司法权、教会司法权以及与之对应的各种法院组织交叉重叠,权界模糊不清。

国王司法权由国王主持召开的御前会议行使。御前会议是一个封建色彩浓厚的国家机构,由教会和世俗大贵族以及政法官、大法官等王室官僚组成,其主要职能是审理贵族与国王以及贵族与贵族之间的法律纠纷,同时也为国王提供咨询、参与国事商讨及立法,可见,御前会议是一个兼有多种权力的综合性机构。在形式上,御前会议分为大会议和小会议,前者属于全体会议,每年3次集会,召开时间、地点都是固定的,后者经常召开,时间、地点和内容都具有很大的随机性,参加者主要是政府官员和国王宠信。小会议实际上是大会的核心和常设组织,是国王司法权的主要行使机关。由于那时英王经常携心腹近臣巡察全国,居无定所,何时何地开庭毫无规律,这给诉讼当事人带来极大的不便和沉重的经济负担。

投诉国王法院的诸多不便使得地方公共法院即隶属于不同社区共同体的郡法院和百户区法院,^[5] 占据了日常法律生活的中心位置。郡法院由朝廷命官郡长主持召开,由居住郡内的所有自由土地保有人组成,人数通常在150人以上,当地的贵族可以由其管家代为出席。因贵族管家熟悉风俗习惯,又有办事能力,对审判活动起着领导性作用,故有“系铃铛的头羊”之称。^[6] 最初,郡法院每年开庭两次,13世纪后改为每月开庭一次。郡法院虽兼理行政,但主要功能是受理各种民事和刑事案件。

郡以下的行政区划是百户区。百户区法院由郡长任命的百户长主持,其人员构成、运作方式和职权与郡法院大致相同,人数从十几人到七、八十人不等,每3-4周开庭一次。百户区法院除受理普通百姓的民事诉讼外,还通过十户联保制负责当地治安。每年复活节、米迦勒节期间,郡长都要巡视各百户区,主持召开百户区法院,受理刑事案件,检查十户联保制落实情况,这种由郡长主持召开的拥有特殊职能的百户区法院称作郡长巡回治安法院。诺曼征服后,许多百户区法院被当地贵族所操纵而沦为私人法院。

[2] J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London: Butterworths, 1979, p. 12.

[3] [比]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版,第5页。

[4] 例如,1074年,同样犯了叛逆罪的两个贵族,一个因是诺曼人,被判剥夺领地和终身监禁,一个因是盎格鲁—撒克逊人,被处以死刑。参见B. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, New York: Norton & Company, 1980, p. 20.

[5] 百户区以下是政社合一的基层单位村镇。有国外学者认为,村镇也设有集会式法院,但多数学者认为,村镇虽有公共会议,但它仅仅处理开放田制下的农业生产事宜,并无司法权力,故不能称为村镇法院。

[6] R. C. Palmer, *The County Court of Medieval England*, Princeton: Princeton University Press, 1982, p. 114. [英]密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬等译,中国大百科全书出版社1999年版,第6页。

封建司法权产生于诺曼征服之后,由两种法院组织行使,一是领主法院,主持人是领主,组成人员是领主的封臣;二是庄园法院,由领主管家主持,组成人员是庄园中的依附农民维兰。两种法院都具有地方性和私人双重性质,前者受理领主与封臣或封臣与封臣之间的封建权益纠纷,后者受理维兰之间的民事纠纷。个别领主法院享有刑事司法特权,在其受理刑事案件时,则称作治安法院。特许司法权由大贵族特许法院行使,主要有切斯特、兰开斯特和德勒姆 3 个法院。特许法院源于国王特别授权,一俟成立,便享有准国王法院的司法权威,俨然一个独立王国,因此,特许法院的设立意味着英国司法体制分散性进一步加剧。较大的城市都设有城市法院,它们多是通过国王特许状授权建立的,在此意义上,城市法院也属于特许法院类型。城市法院不受郡长和郡法院的管辖,其形式多种多样,职权不一,十分复杂。其中,伦敦城市法院的自治程度最高,权限最为广泛。教会法院建立于威廉一世时期,主要管辖涉及教士、精神生活和道德戒律的案件,也可受理有关婚姻、私生子和死后动产继承等世俗案件。

上述各种法院均为民众集会式,与会人员统称为诉讼人。案件判决通过呼喊或撞击武器等原始表决方式集体做出,作为法院首脑的郡长、百户长等,只是诉讼人的召集人、审判过程的主持人和法院判决的执行人,包括国王法院也是如此。

无论哪种法院的审判都不是依据事实证据和法理分析,而是采用诉诸上帝、神意等超自然力量的宣誓证明法,带有浓厚的神秘色彩和不可预测性。法院的职责主要是听取双方当事人陈述后,裁定由哪一方、采用何种方式对其陈述内容进行真伪“验证”。验证方法有证人誓证法、公证昭雪法、神判法、^[7]决斗法等形式。其中,神判、决斗形式规范要求特别严格,并伴之以严肃的教士布道、弥撒等宗教仪式。所有这些验证方法都是违背理性原则的,毫无公正可言,尤其是神判法和决斗法,根本不足为信,而且经常导致人身伤亡。^[8] 有一次审判,共有 50 名林区犯罪嫌疑人被付诸热铁法验证,结果全部安然过关而不得不无罪释放,对此结果连当时的国王威廉二世都嗤之以鼻,他公开嘲笑说:“这算哪门子事啊?上帝是公正的神明裁判者吗?让那些今后仍相信这种把戏的家伙们见鬼去吧。”^[9]

总之,在亨利二世以前的英国,几乎“每一个镇、自治区、郡、百户区、庄园、采邑、港口和集市在从土地证明到儿童收养等方面都具有自己的法律习惯”。^[10] 司法管辖权分散而混乱,“整个英格兰王国的司法体系被撕成若干碎片”。^[11] 原始的大众司法仍居于主导地位,审判方式野蛮而荒谬,看不到理性的作用。然而,所有这些通过亨利二世司法改革都发生了根本性改变。

二 改革内容及其现代法治内涵

亨利二世的司法改革主要包括以下内容:

[7] 英国历史上的神判方法主要有四种:热铁法、热水法、冷水法和吞食法。

[8] B. Lyon, *A Constitutional and Legal History of Medieval England*, New York, Norton & Company, 1980, p. 20.

[9] [英]约翰·哈德森:《英国普通法的形成——从诺曼征服到大宪章时期英格兰法律与社会》,刘四新译,商务印书馆 2006 年版,第 82 页。

[10] 马丁·夏皮罗:《法院——比较法上和政治学上的分析》,张生、李彤译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 109 页。

[11] A. T. Carter, *A History of English Legal Institution*, London: Butterworths, 1906, p. 23.

(一) 建立司法令状制度, 确立“正当法律程序”原则

令状原是国家最高统治者签发给政府官员、要求其作为或不作为的一种信函式命令, 主要用于行政或财政管理, 偶尔用于司法。亨利二世将令状大量用于司法事务, 建立了司法令状制度。司法令状由大法官签发, 格式固定, 用语明白无误, 上盖国玺印鉴。每一种令状都是为一种特别侵害而创设的, 只能适用于同一类诉讼, 实际上代表着一种诉讼形式亦即一种法律。凡是自由人, 如有冤情, 均可向国王申请(须交纳一定费用)相应司法令状。令状多涉及土地诉讼, 写给领主的令状通常后面附有一个“除非尔为之”条款, 意思是“除非你主持公道, 否则我的法官将接管案件, 伸张正义”。根据这个条款, 当事人的诉讼请求倘若未能在自己领主的封建法庭上得到公正审理, 可以首先申请托特令状, 将案件从领主法院移至郡法院, 再申请旁恩令状, 将案件从郡法院移至国王法院。为了限制和削弱私人特许司法权, 国王政府创制了特权依据调查令状。凭此令状, 王室专员有权检查贵族领主私人司法权的合法依据, 如果发现有僭权越权行为, 立即取消特许权。“国王的命令及其令状应当为每个人所遵守, 如果这一点没有马上实现, 第二道令状就会前来表达国王的惊讶和不满。他会不耐烦地询问缘何导致迟延, 并要求受状人立即修正其行为: 藐视王室令状就会引起刑事诉讼。”^[12] 所以, 司法令状成为国王法院招揽诉讼、蚕食地方公共法院与封建法院司法权、削减特许私人司法权的有力工具。

梅特兰说:“令状的统治即法的统治。”^[13] 因为令状最基本的性质是程序性, 每一种令状都对案件的管辖主体、审判程序、起诉时限、举证方式、判决的执行等有明确规定, 法官必须按照令状规定的程式审理案件, 所以, 在令状制度的基础上, 英国形成了格式化诉讼和“正当法律程序”原则。早在 13 世纪中叶, “程序”概念就出现于布莱克顿(Henry de Bracton)的著作中, 他写道:“除非经过相同程序”, 英国法律与习惯“永远不得修改和破坏”。^[14] 1354 年爱德华三世以成文法的形式把“正当法律程序”原则确立下来, 他在第 28 号法令中规定, “未经正当法律程序进行答辩, 对任何财产和身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所、不得逮捕或监禁、不得剥夺其继承权和生命。”^[15]

令状制度和“正当法律程序”原则的确立, 把法律的运行纳入了程式化、规范化的轨道。

(二) 建立专职法院组织, 开启司法与行政分离之门

随着诉讼越来越多地流入国王法院, 综合性机构御前会议越来越无力满足现实的需要, 设置专职司法机构随之提上日程。1178 年, 亨利二世颁布法令, 任命 5 名小会议成员(其中两名教会贵族, 3 名世俗贵族), 组成专职法院, 常驻威斯敏斯特大厅, 随时受理来自全国的普通民事诉讼, 英国的第一个中央专职法院宣告诞生, 称普通诉讼法院。到 1215 年, 通过《大宪章》(*Magna Carta*)第 17 条规定, 普通诉讼法院独立于小会议之外的地位获得法律的正式认可。1234 年, 随着统领百官、总揽朝政的政法官(相当于中国古代的宰相, 经常以国王首席大臣身份出席普通诉讼法院)建制的取消, 普通诉讼法院与行政机关彻底分离, 它的

[12] [比]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》, 李红海译, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 24 页。

[13] A Committee of the Association of American Law Schools, *Select Essays In Anglo-American Legal History*, Vol. 1, 1907, p. 712.

[14] [美]C. H. 麦基文:《宪政古今》, 翟小波译, 贵州人民出版社 2004 年版, 第 58 页。

[15] J. K. Lieberman, *The Enduring Constitution: An Exploration of the First Two Hundred Years*, New York: Harper & Row, 1987, p. 275.

组成人员主要从精通法律的律师中任命。英国学者塞尔斯(G. O. Sayles)说:“从此以后,普通法有了两个主要的中央法院,一个跟随国王游移不定,另一个固定于威斯敏斯特。”^[16]

第二个专职中央法院是财政法院,它是设立于亨利一世时期的财务署职权分化的产物。财务署是英国最早的中央职能机构,主管财税收支。由于税收经常与财产或借贷关系纠缠一起,所以从一开始,财务署就兼有财政与司法两种职权,分别由“下财务署”和“上财务署”行使。后来,二者在组织上彼此分离,形成了专管财务核算的财务署和专司法律事务的财政法院。1236-1237年,开始出现单独的财政案件审判记录,是为财政法院取得独立地位的标志。

第三个中央专职法院是王座法院。王座法院萌芽于约翰国王时期,它由国王亲自主持,由部分小会议成员组成。1216年约翰死后,年仅9岁的亨利三世即位,王座法院一度中断十几年。1236年,成年亲政后的亨利三世重建王座法院。1268年,亨利三世任命职业法官劳伦斯·德·布鲁克(Lawrence de Brok)为“在国王面前受理诉讼的首席法官”,即王座法院首席法官。他带领3-4名法官,专注于案件审理。到14世纪末,随着议会的形成和小会议日益专注于国家行政管理工作,王座法院与小会议在组织上彻底脱钩,其标志就是建立了自己独立的法院卷档。

三个中央专职法院的管辖权有所不同。普通诉讼法院主要受理普通人之间的民事案件;财政法院主要受理财政税收案件,偶尔也受理一些普通民事案件;王座法院除了受理国王诉讼和重大刑事案件外,还有权对前两个法院的错判案件进行复审纠错,其地位最高,权限最大,这是因为王座法院在法理上是“国王亲临法院”,尽管实际上国王并非总是出席。

(三) 建立巡回审判制度,把法律与正义送到民众家门口

除了三大中央固定法院外,亨利二世还建立了不固定的巡回法院。巡回法院起源于法兰克王国的特派专员调查制度,11世纪经由诺曼人传入英国,但是,直到亨利一世时,仅仅偶尔用于“国王诉讼”的审判,未成制度,而且在随后的“斯提芬内战”时期一度中断。亨利二世在总结前人经验的基础上,于1166年颁布《克拉伦顿法令》(Assize of Clarendon),派遣两名王室法官巡回全国审案。此后又经多次巡回试验,于1176年颁布《北安普顿法令》(Assize of Northampton),将全国划分为6个巡回区,成立了6个巡回审判小组,每组3名法官,分赴各巡回区受理案件。从此,巡回审判成为一种正常制度。

进入13世纪以后,巡回审判制度臻于完善,这主要表现在两个方面:一是确立了综合巡回法院、民事巡回法院、刑事巡回法院3种基本类型,其中刑事巡回法院又分听审裁判巡回法院和清审监狱巡回法院两种不同形式。二是巡回审判定期化、规范化。综合巡回每7年1次;听审裁判巡回和清审监狱巡回每2年1次,14世纪后增加为每年2次;普通民事巡回最频繁,每年巡回3次。

综合巡回法官多由政府官员兼任,除受理案件外,还负有收集地方信息、监控地方政府官员、增加王室财政收入等职责。民事和刑事巡回法院的专业化程度比较高,法官全是精通法律的专业人员,其职责完全限于司法。民事巡回法院专门受理民事案件,其中主要是与自由土地保有权有关的地产纠纷案件。听审裁判巡回法院主要受理委任状中指定地区内发生

[16] G. O. Sayles, *Select Cases in the King's Bench*, Selden Society, Vol. 74, p. 31. 转引自 Radcliffe and Cross, *The English Legal System*, London: Butterworths, 1977, p. 56.

的刑事案件,或者专门审理某一类案件,有时甚至仅仅调查处理某一特定案件。清审监狱巡回法院负责提审地方监狱中在押的刑事嫌疑犯,目的是清空监狱,以便关押新的犯罪嫌疑人。^[17]“如果说中央王室法庭免除了民众追赶国王以求王室救助的辛劳,那么巡回法庭则将国王的恩惠送到了千家万户的门口。”^[18]

三大中央法院和巡回法院的建立,标志着一套疏离于行政系统、覆盖全国的专职法院组织建立起来。这套法院体系凭借自身的优势条件(如有国王做后盾,审判方法合理,判决较为公正,执行有保障等),逐步侵蚀公共法院、封建法院、城市法院的司法管辖权,最后把全国司法置于自己直接或间接控制之下,实现了现代法治所要求的司法中央集权化。

(四) 建立陪审团制度,把理性引入司法审判过程

陪审团调查法起源于欧洲大陆的法兰克王国,原是国王用以保护自身利益的一种特权方法,后因法兰克王国四分五裂而一度消失,但在法国西北角的诺曼底有幸保存下来,1066年诺曼人把它带进了英国。在此后100年内,陪审团调查法得到更经常、更广泛的运用,但作为一种常规审判制度而确定下来,是从亨利二世改革开始的,因为通过这次改革完成了两大改进,一是陪审团调查法不再为王室所专用,而向所有自由民的普通诉讼开放,从而成为一种普遍适用的审判制度;二是确立了统一的固定模式,更趋合理化。

首先建立的是民事审判陪审制。1164年,亨利二世颁布《克拉伦顿宪章》(*Constitution of Clarendon*),其中第9条规定,当某块土地是教会保有制还是世俗保有制出现争议时,应从当地居民中选出12名骑士或自由人组成陪审团,经宣誓后做出裁决。后在1166年、1176年及1179年的国王法令中,陪审制被推广应用于新近被夺地产业案、土地继承案和土地所有权争议案的审判,并对陪审员的产生规定了“二级遴选法”,即首先由郡长从与当事人双方均无任何关系的当地骑士中选出4人,再由这4人从当地土地保有者中另选出12人组成陪审团。1215年《大宪章》第18条规定,只要当事人双方同意,任何民事纠纷均可使用陪审制审理。从此,陪审制在整个民事审判领域中的主导地位得以确立。

在刑事诉讼领域,最先建立的是陪审团起诉制度。1166年的《克拉伦顿法令》规定,当巡回法院开庭时,郡长应从各百户区召集12名骑士或“合法自由人”,从各村镇召集4名“合法自由人”出席,经宣誓后检举亨利二世即位以后本地所发生的一切重大刑事犯罪,是为现代大陪审团即控诉陪审团的最初萌芽。在以后的一段时间内,受到大陪审团检举的犯罪嫌疑人仍沿用神判法进行审判。1215年第四次拉特兰宗教大会做出决议,禁止教士参与神判,这等于宣布废除了神判法。拉特兰大会的决议在英国得到彻底的落实,陪审团审判制迅速普及开来。

在刑事陪审制产生的初期,大陪审团既负责案件的起诉,又负责案件的审理。控审合一势必影响司法公正,因此不久后,控诉陪审团和审判陪审团相互分开。1352年的一项议会法规禁止大陪审团成员参与同一案件的审判,独立小陪审团即审判陪审团正式出现。从此,大陪审团仅仅负责审核案件的表面证据是否充分,以决定是否对嫌疑人提起控诉,审判权由另行组成的小陪审团和法官行使。小陪审团就案件事实认定和被告有罪无罪问题做出裁

[17] R. V. Turner, *The English Judiciary In The Age of Glanvill and Bracton*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, pp. 196 - 199.

[18] [英]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版,译前序第4页。

决,在此基础上,再由法官根据法律做出判决和处罚。大约在 14 世纪后期,大陪审团由 23 人组成,小陪审团由 12 人组成成为定制。

陪审制度的确立是司法审判方式上的一次革命,它以“人的推理判断”取代了“神的声音”,“这意味着一种理性的查证方式对于那些古老的、非理性的、诉诸上帝或其他神秘力量的方式的胜利”。^[19]

上述改革内容锁定了未来英国法律的发展方向,奠定了现代英国法治的框架基础,用英国首相丘吉尔的话说,后人所做的一切只不过是“在亨利二世搭建的法治基座上“添砖加瓦”而已。

三 改革后现代法治的稳步成长

改革后的英国沿着亨利二世开辟的道路稳步前进,现代法治茁壮成长。这些后续变化虽与亨利二世无直接联系,但毕竟是亨利二世改革的历史延伸和逻辑展开,因而必须把它们纳入本文的视野,才能全面深入地展示亨利二世司法改革的深远影响。这里,择其要者,只谈两点。

第一点也是最直接的后续变化是司法走向职业化、专业化。早期的专职法院皆由国王特别任命的 3-5 名王室法官组成,但在以后的近一个世纪内,王室法官仍由政府官员或高级教士兼任,还不是训练有素的法律专家,同时,法官也未完全脱离其他政府工作,法官出席御前会议、参与行政管理依然是家常便饭。真正意义上的职业法官是 13 世纪中叶以后产生的。1268 年出任王座法院法官的布鲁克,是第一个既非政府官员亦非高级教士而仅靠自己渊博的法律知识和丰富的办案经验而登上审判台的。到 13 世纪末,在法官席上已看不到行政官员的影子,“法律已明显地和政治相分离”。^[20]与此同时,教士也陆续退出法院。进入 14 世纪,法官必须从律师阶层中择优任命,从而确立了这一不成文的习惯法原则。英国法学家密尔松(S. F. C. Milsom)说:“当我们谈到专业法官的时候,我们所讲的是一个法律已经变得与一般政府职能有明显区别的时代。在某种意义上说,法律已经成为一种一个人可以将自己的一生贡献给它的事业。”^[21]

与职业法官同时崛起的是职业律师。随着专职法院的建立,诉讼审判的专业技术性的提高,特别是实行陪审制后,诉讼双方必须于公堂之上当面质疑,即席答辩,这对于缺乏法律知识和诉讼技能的普通当事人来说是很难独自完成的。于是,一个以协助或代表当事人进行诉讼为业的新兴群体——律师就应运而生了。在格兰威尔(12 世纪后期)时代,已出现职业律师的记载,有少数人的名字频繁出现于司法档案中,足见这些人已经以办理诉讼为职业。到布莱克顿(13 世纪中期)时代,职业律师已十分普遍,有人随时应当事人之请代理诉讼或代为辩护,有人则被王室、教会或大贵族聘为常年法律代表。无论采用何种形式,他们都是以提供法律服务换取的报酬为生。“各种迹象表明,到亨利三世时,律师已经成为一种新型职业。”^[22]

职业法官和律师的产生过程亦即法律自治的过程。由于英国法官都是从优秀律师中选

[19] [比]R. C. 范·卡内网:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 80 页。

[20] W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. II, London: Methuen & Co. Ltd., 1923, p. 226.

[21] [英]S. F. C. 密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬等译,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 22 页。

[22] T. F. T. Plucknett, *A Concise History of Common Law*, London: Butterworth & Co. Ltd., 1940, p. 194.

拔出来的,因此法官和律师关系密切,他们组成了一个封闭性的职业集团,控制着司法机器的运行,并自发建立了四大律师会馆,即内殿会馆、中殿会馆、格雷会馆、林肯会馆,自足自主地开展法律教育、授予律师资格和进行职业管理,不受政治当局的控制。这种自治型的法律职业集团是一切现代法治所必不可少的组成部分。

第二点也是最重要的后续变化是作为现代法治基石的司法独立的稳步成长。司法职业化、专业化必然促进司法独立。尽管法院是国王创设的,法官是国王任命的,从法理上讲,法官必须效忠国王,维护王室利益,服从王室监管。但是,擅长法律拟制技术的英国法官们创造了多种合乎逻辑的理由,可以巧妙地跳出国王股掌,独立地履行审判职责。

首先,他们把具体的国王和抽象的王权分割开来,曲解说,效忠国王并非意味着忠于国王这个“自然人”,而是忠于“王权”,^[23]即国王加冕时所承诺的“法律和正义”。后来,“国王”与“王权”二分说又借鉴教会有关“基督有两个身体”的说教,进一步发展为“国王二体论”。^[24]该理论宣称,国王有两个身体,一个是“自然身体”,另一个是“政治身体”。前者和普通人一样,也是肉体凡胎,也有七情六欲,也会犯错误,会死亡;后者无影无形,无私无欲,既不会犯错误,也不会死亡。国王的两个身体可能是统一的,也可能是分离的。由于英国的法官产生伊始就自命为“法律和正义”的代表者和守护者,因而一旦他们认定国王的“自然身体”分离于“政治身体”,做出有悖于“法律和正义”的行为时,就可以名正言顺地予以抵制。其次,法官们提出了国王司法权“枯竭论”,宣称国王虽是“司法权的源泉”,但是,建立专职法院后,国王已把它们全部“委托”给法官,国王本人已不能也不应参与司法,案件只能由法官按照正当法律程序审理。最后,法官们还提出了普通法“技艺理性论”,宣称普通法是由无数博学之士通过长期的实践探索和经验积累创造出来的,是技艺理性的结晶。因此,只有法律职业者才能真正理解和正确适用它,非专业人员没有资格和能力介入司法审判,包括“天纵聪明”、“智慧超凡”的国王也不例外。16世纪亨利六世的大法官福蒂斯丘(J. Fortescue)对该理论作过明确阐述,书中借虚构人物大法官之口对国王说:“我很清楚,您的理解力飞快如电,您的才华超群绝伦,但是,要在法律方面成为专家,一个法官需要花20年的时光来研究才能勉强胜任。”据此,这位大法官劝告国王不要插手司法,案件的审判应当“留给法官和在英国称之为御用状师的律师们,以及被普遍称之为法律学徒的其他法律专家们”。^[25]

凭借上述无可辩驳的理论依据,法官们可以理直气壮地以“正义圣坛的主人”自居,^[26]独立地行使司法审判权,即使与王命相左,也能够合理合法地自主裁判。因此,戈登(Scott Gordon)评论说:“自从古代雅典以来,还没有一个国家的法院被置于如此有力的位置,能够独立于国家的机构而运作,并能限制它们对权力的行使。”^[27]于是,在中世纪王权政治的体制框架下,英国形成了一种历史罕见的治理权与审判权相分离的二元化权力结构:在治理权

[23] 将“王权”和“国王”区别开来的思想在13世纪中叶已经形成,当时的著名法学家布赖克顿认为,临时王室领地属于“国王”本人的财产,而不属于“王权”,所以可以不受限制地转让。参见 F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1968, Vol. I, p. 514。

[24] 关于“国王二体”理论,参见 Ernst Kantorowite, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton University Press, 1957。

[25] [英]约翰·福蒂斯丘爵士:《论英国的法律和政制》(影印英文本),中国政法大学出版社2003年版,第16页。

[26] 布赖克顿曾说:英国法官视自己为“不断添加薪料让正义之火长燃不熄的圣坛的主人”。参见 The Committee of the Association of American Law Schools, *Select Essays In Anglo-American Legal History*, Vol. I, Boston: Little, Brown, and Company, 1907, p. 645。

[27] [美]斯科特·戈登:《控制国家——西方宪政的历史》,应奇等译,江苏人民出版社2001年版,第244页。

(亦即政治或行政领域)中,国王“高于所有人之上”,拥有不容置疑的绝对专断权力;但在审判权(亦即法律或司法领域)中,国王“低于上帝和法律”,在这里法律和法官享有至高无上的权威。^[28]正是在这种二权分离和法官独立审判的历史基础上,英国才能够在 17 世纪一举推翻斯图亚特专制王权,确立起真正意义的司法独立制度,率先进入了“法律主治”(戴雪语)的现代法治社会。

四 “不自觉的”法律革命

改革的具体内容和改革后英国法律制度的新变化、新面貌充分说明,亨利二世司法改革是英国告别原始法制、走向现代法治的历史转折点,亨利二世堪称是英国现代法治的开拓者、奠基人。

然而,必须指出的是,亨利二世司法改革并不是深思熟虑和精心策划的结果,更不是出自高瞻远瞩的先见之明。驱使亨利二世进行改革的原动力主要是现实政治需要,在某种程度上甚至可以说是出于君王之私的一己考虑,其中“王室因征战而产生的财政需要也是进行改革的相当重要的原因”。^[29]当时,长达 20 年的“斯蒂芬内战”刚刚结束,无政府主义余波未息,贵族领主在内战期间趁机攻伐劫掠,留下了大量暴力犯罪案件和错综复杂的土地财产争讼亟待解决,加之亨利作为安茹伯爵随身带来了 3 倍于法王的大陆领地,所以登基之初,当务之急是尽快重振王室权威,恢复国内社会秩序,治理好横跨海峡两岸的辽阔疆土。另外,亨利二世一向把号称“正义之狮”的亨利一世奉为治国理政的典范,所以——用他自己的话说——改革的初衷只是为了恢复亨利一世时期的旧体制,给英国“带回秩序与和平”。^[30]因此,倚重法律和司法,祛除非法抢夺他人土地的“社会瘟疫”,重建有效统治和公共秩序,就成为亨利二世施政纲领的重中之重。既然立足于实用主义,那就不可能预先设计一个长远而明确的目标,更不可能形成通盘计划和实施方案,改革的推行方式是零碎而散乱的,“各种机构的建立,最初都是为了应急之用。一个紧急问题出现了,自然就必须找到一个应急的处置办法。没有人知道那个解决办法以后将视为什么制度的渊源,或者这个事情会变成其他什么事情的有效结果。”^[31]等到一种新的趋势或做法固化为一种新的制度并被明确察觉到时,人们已经很少能够回想起这一切是如何开始的了。这意味着由此而引发的一系列制度性变革和深远影响,都是这位改革者所始料未及的。

但是,指出亨利二世司法改革在主观上的不自觉性,丝毫无意贬低这次改革的客观历史意义和亨利二世对于英国现代法治的奠基之功。无论如何,经过这位法律改革家之手,前人零碎的探索性尝试才得以提升、整合为一套粗具雏形的系统制度,才开始具备现代法治的品质内涵。伯尔曼(H. J. Berman)说:“亨利懂得他在维持过去的同时也是在从根本上改变过去。先前曾作为例外或偶然使用的许多法律手段变成了一般性的和正常的;他对先前存在

[28] [美]麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵州人民出版社 2004 年版,第 62-71 页。

[29] [英]约翰·哈德森:《英国普通法的形成——从诺曼征服到大宪章时期英格兰的法律与社会》,刘四新译,商务印书馆 2006 年版,第 157 页。

[30] 杨劲贤:《贝克福特之死——亨利二世的自白》,http://humanum.arts.cuhk.sdu.hk/~lha.his5532/tutorials/becket/YONG%20KING%20YIN%20KAREN.htm.

[31] [英]S. F. C. 密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬等译,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 18 页。

的法律制度进行重新估价和重新安排以便形成一个新的整体”,结果在不经意间“使英格兰的法律制度实现了革命”。^[32] 假如没有这次改革,英国现代法治的起步肯定要延迟若干年,甚至连普通法能否产生也值得怀疑,“而在今天的西方世界里或许罗马法也就没有对手了”。^[33] 这里借用马克思在分析英国对印度的殖民统治时所使用的“双重使命”理论来评价这次改革,可能是再恰当不过的了。马克思指出,尽管英国的殖民侵略是受卑鄙的利益追求所驱使,而且在印度犯下了令人发指的滔天罪行,但它毕竟引发了印度从传统社会向现代社会的革命性转变,“充当了历史的不自觉的工具”。^[34] 亨利二世所扮演的正是这样一个主、客观错位的历史角色,他从强化中央王权有效统治的眼前需要出发,却意外地启动了英国现代法治的历史车轮。在这里,动机与效果往往不统一的历史辩证法得到了生动体现,中国那句古语“无心插柳柳成荫”的逻辑内涵也获得了有力的印证。

[Abstract] In the history of the English legal system, the judicial reform of Henry II is considered as a historic transformation exerting significant and far-reaching influence. The reform had not only led the England to embark on a unique path of the common law, more importantly, it had also opened the door of the modernization of the rule of law in the English legal history. Due to the fact that the motive of the reform came mainly from the political needs at that time, thus lacking foresight and careful design, the reform was inevitably pragmatic-and-expedient-oriented. In this regard, Henry II can be regarded as an “unconscious” pioneer and founder of the English modern rule of law.

(责任编辑:支振锋)

[32] [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1996年版,第531、538页。

[33] [英]S. F. C. 密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬等译,中国大百科全书出版社1999年版,第12页。

[34] 马克思:《不列颠在印度的统治》,《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第68页。