

习惯法与法治的制度起源

唐士其

内容提要：欧洲封建社会时期日耳曼人的习惯法是一种没有立法者的法律体系。正是这种法律体系在欧洲的出现和长期实践使法治原则最终找到了其制度性的体现，也使政治和法律思想家最终从依靠某个圣贤的“立法者”奠定法治基础这样一种在逻辑上必然没有结果的尝试中走了出来。同时，日耳曼法通过具体的司法实践中对法律的解释使其逐步演化的方法，又为这种法律体系提供了独特的生命力，使其能够在稳定中走向发展。

关键词：习惯法 传统 法治

作者简介：唐士其，北京大学国际关系学院副教授、博士。（邮政编码：100871）

“有一种信仰，如同一道绵绵不断的细流，始终贯穿着英国宪政跌宕发展的历史，那就是，我们都是我们的宪法原则的守护者，它早在我们来到这个世界之前就存在，在我们离开这个世界之后也将依然存在。”^①

希腊人曾经苦苦追寻却又始终未能实现的法治的“结构性”保障，最终是由日耳曼人在无意识中建立起来的。^②正是在日耳曼法的基础上形成的习惯法体系，特别是英国的普通法体系，为法治的实现提供了可靠的制度保障。

在西方法律史上，日耳曼法指的是从5世纪到10世纪适用于日耳曼人所建立的西欧早期封建国家的法律。这种法律是日耳曼民族在征服罗马帝国之后，其各部落传统的习俗与惯例与罗马法的某些具体条文相结合的产物。但必须说明的是，虽然日耳曼人吸取了罗马法的诸多具体规定，但在法律理念与司法体系方面，罗马法对他们似乎并没有产生太多的影响。

日耳曼法是一种习惯法。用美国政治思想史学家萨拜因的话来说，在日耳曼人的观念中，法律并非日常生活之外的某种强制性约束，它们本身就构成了生活的一个有机组成部分，就“像是缭绕的大气，从天

^① P. Allot, "The Courts and Parliament: Who Whom?" *Cambridge Law Journal*, 1979, Vol. 38, p. 114.

^② 美国法学家伯尔曼认为：“至少不能把西方历史中的法律完全归结于产生它的社会物质条件或观念和价值体系；还必须把它部分地看作社会、政治、智识、道德和宗教发展中的一个独立因素，是其中的因素之一，而不仅仅是结果之一。”（〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，中国大百科全书出版社，1993年，第51页。）

上一直延伸到大地，深入人与人的关系的每一个角落。”^①从技术层面看，这种法律体系的一些基本特征往往使人们把它划归较为原始、较为低级的法律类别。英国著名法学家梅因就持这么一种看法，同时绝大多数人也相信，习惯法只有发展为成文法，才会上升到一个更高的阶段，即具备高级法律一般应该具有的公开性、普遍性与可预见性等基本特性。^②当然不可否认，日耳曼法具有诸多落后、不便、神秘化、甚至不公正不合理的因素。但是，梅因的上述论断也可能有失偏颇，因为在漫长的发展和演化过程中，日耳曼法已经远远超越了原始法律制度的范畴，并且成为一个复杂的、具有相当的完整性与系统性的法律体系，而这种法律制度中某些看似原始的特点则恰恰为法治在西方特别是在英国的制度化提供了非常重要的条件。可以说，日耳曼法在其长期的演化过程中，已经培育出一种活生生的、超越了这种法律本身的重要的政治与法律传统和制度积淀，并且成为塑造人们的精神品质、决定人们的价值观念的一种内在的价值因素。也可以说，习惯法的精神已经渗透到了日耳曼人灵魂的深处。^③

二

作为一种习惯法体系，日耳曼法传统中有几个重要因素对于法治的“结构性”表达即制度化发挥了重要的作用。

首先是立法者的缺失。在日耳曼法体系中，并非某个或者某些立法者制定的规则，而是从远古流传下来的各种习俗与惯例构成了法律规范的主体部分。与此同时，法律被认为是在这些法律管束之下的人民的共同财产，它们世代相传，并且在社会生活中不断地被发现和重新发现。也就是说，在日耳曼法体系中完全排除了立法者的概念，各种习俗被认为是由神为人们所制定，并且经过漫长的时间流传下来的。如伯尔曼所说：在日耳曼法的传统中，“法律不是由中央当局自觉地制定或重新制定的东西；虽然可能偶尔也有立法，但绝大多数法律是某种产生于社会共同体的行为模式和行为规范、产生于它的社会习俗和社会惯例的东西。另外，在这种类型的法律秩序中，习惯并不受法学家有意识的、系统的和持续不断的理性检查。习惯是那么地神圣，以致于它还可以不仅是神圣的；它简直受到了绝对的和不容置疑的尊重。”^④这样，从逻辑上说，人们便只能适用和解释各种具有法律效力的习惯，而没有立法与废除法律的可能。虽然从5世纪开始各日耳曼国家都不同程度地进行了一些法典的编撰工作，但日耳曼法作为习惯法的基本特征却没有出现任何根本性的变化。人们所做的，实际上只是对各种习俗、惯例与判例的收集、分类与整理，因此这种编撰工作并不是真正意义上的立法。另外，直到10世纪以后英国出现普通法体系为止，日耳曼法在实施过程中通过解释进行执法的特点与司法过程中的地域性特点也没有出现什么变化，而在欧洲大陆，一种具有普遍性的法律的出现还要更晚。

日耳曼法体系的这样一种特点使法律具备了超越权力的特性。欧洲中世纪时期人们的普遍观念是，“国家本身并不能创造或制定法律，当然也不能够废除法律或违反法律，因为这种行为意味着对正义本身的否定，而且这是一种荒谬之举，是一种罪恶，是对唯一能够创造法律的上帝的背叛。”^⑤英国13世纪的法学家布莱克顿的一句名言非常有代表性地反映了日耳曼民族中法律高于权力的传统：“国王不可能处于

① [美] 乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》，北京：商务印书馆1986年中文版，第246页。

② 参见[英]梅因：《古代法》，北京：商务印书馆1959年中文版，第8-12页。

③ 政治社会的产生意味着人类最终突破了家庭与血缘关系的约束，而最终到底是什么因素替代了血缘关系这一点，对于所形成的政治社会的特性具有重要的影响。列维-斯特劳斯曾经指出过一种在原始部落中存在但难以以为现代人所理解的现象：“每种家庭关系都确定了某一组权利和义务，而没有家庭关系则……确定了敌意。”cf., Claude Levi-Strauss, *The Elementary Structures of Kinship* (Boston: Beacon Press, 1969), p. 482.

④ 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第98页。

⑤ O. Vossler, “Studies zur Erklärung der Menschenrechte”, *Historische Zeitschrift*, CXLII (1930), s. 512.

任何人之下，但他必须处于上帝与法律之下，因为正是法律创造了国王。”^① 美国法学家埃尔曼则指出了问题的另一个方面：“在普通法逐渐构筑的过程中，法官必须遵守先例的原则使他们得以免受国王发布的专横命令的制约。在这个司法的盾牌之后，那些在事实上与土地拥有者利益有密切关联的法官不仅可以保持其本身的权力和利益，而且也似乎成了保护人民抵制行政权力的卫士。英国法官以此获得了极高的声望，……”^②

当然，日耳曼法的这种特点对于整个西欧地区的法律理论与实践都有影响，它通过比如说国王的加冕誓词、以及国王与贵族们达成的各种协议一再体现出来。对国王权力的限制包括：国王必须保证维护教会的利益，不征用、租用和出售教产，不干涉宗教生活和婚姻；保证革除弊政，恢复法统和秩序；减征贵族税赋；免征骑士地产；等等。孟德斯鸠甚至认为，法治传统在法国有更早的体现，比如说829年的巴黎和沃尔姆斯大会都表达了国王必须在自己的权力范围之内进行统治的原则。他进一步认为，这种传统可以一直追溯到塔西陀在《日耳曼尼亚志》中曾经加以描绘的古代日耳曼法。实际上，直到1586年，法国国王亨利四世仍然能够平心静气地接受巴黎法院的大法官阿希勒·德·哈雷（Achille de Harlay）对他的劝诫：“如果你希望被人们看作是一位公正合法的国王的话，你就必须遵守王国的法律。反之，如果你置它们于不顾，你的权力与地位将不可能不受影响。”^③ 甚至到专制主义时期，这种法律至上、国王在法律之下进行统治的观念也仍然具有正统的地位。卢梭《论人类不平等的起源和基础》中的一段引文就从一个特殊的侧面反映出专制主义时期的法律观念：“因此，我们决不应该说君主可以不受本国法律的支配，因为与此相反的命题乃是万民法上的一条真理，虽然这条真理有时为阿谀者所攻击，但贤明的国王总是向国家的保护神一样保护这一真理。我们如果也象明智的柏拉图那样地说：一个王国的完善无缺的幸福在于臣民服从国王，国王服从法律，而法律是公正的，并且永远面向公众的幸福，那是多么更为合理啊！”^④

其次是通过原有的法律与判例的解释产生新的法律。虽然日耳曼法传统中没有立法者的概念，但这并不等于说这套法律体系在历史中就处于一种僵化不变的状态。日耳曼法的演进过程是一个使旧法律适用于新情况的发展过程，布莱克斯通因此指出：“法院的判决就是普通法的体现。”^⑤ 在法律的执行过程中，法官们可以通过对传统和习俗进行新的解释而使之适用于以前未曾遇到过的情况，他们在决定选择什么样的习惯与判例、以及在需要的情况下对这些习惯如何解释方面具有一定的自主权。由于从原则上说任何一次新的司法解释都有可能成为以后的司法判决的先例而被援引，因此法官的这种司法解释就具有一种立法的性质。正是这一特点使日耳曼法能够在保持了一种很强的历史连续性的同时，又缓慢地随时间而发展。有人认为，一位好的法官，他的目标“不是解释性的；他的目标是作出他可能作的最好决定，他同时记住了：一个决定之所以好，因素之一——尽管不是惟一的并且经常不是最重要的一个——就是不要触动由前例建立起来的预期。”^⑥

需要指出的是，日耳曼法的法官们在司法判决过程中行使的这样一种类似立法的权力，与在此之前的希腊人以及此后的现代人习以为常的立法权存在着一个重大的区别，那就是在日耳曼法传统中，法官只能对具体案件“立法”。因此，这种立法的结果既不会自然地获得法律的普遍性，对于类似案件的处理也没

^① Bracton, *On the Laws and Customs of England*, S. Thorne, ed. (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1968), Vol. 2, p. 33.

^② [美] H. W. 埃尔曼：《比较法律文化》，北京：清华大学出版社，2002年，第34页。

^③ A. Tunc, "The Royal Will and the Rule of Law," in A. Sutherland, ed., *Government Under Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1956), p. 407.

^④ 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，北京：商务印书馆1962年中文版，第135页。这是一段于1667年以法国国王路易十四的“名义并根据他的命令刊行的一部名著”中的语句。

^⑤ William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 3rd. edition (Chicago: Callaghan, 1884), Vol. I, pp. 88-89.

^⑥ [美] 波斯纳：《法理学问题》，北京：中国政法大学出版社1991年中文版，第328页。

有任何强制性的约束力，而且甚至有可能在上诉过程中被推翻。因此，“那种认为通过立法的方式可以确立有效的行为规范的观点，乃为古希腊和古罗马历史晚期所特有。在西欧，这种观点直到罗马法的重新发现和君主专制国家的兴起才开始复苏。主张一切法律乃是主权者的命令的观点，是法国大革命的民主意识形态所产生的主张，这种意识形态声称，一切法律都必须由经正当选举产生的人民代表制定。然而，它却不是对现实的一种真实描述，更不是对盎格鲁-萨克逊普通法诸国的现实的真实描述。”^①

由于法官个体性的“立法”行为并不自然地具有普遍性，它从而也就不可能改变整个法律体系的总体状态。实际上，在习惯法体系中，法官的这种个体性立法面临的是一种类似自然淘汰的过程，因为他的立法是说服力而非强制性的。某项司法解释是否真的具有立法的效果即成为新的先例被后人援引，这要取决于它本身是否具有足够的“感召力”。如果法官的判决是不公正的、不合理的、或者他对原有法律进行了不适当的解释、抑或他的解释不具备可操作性，那么即使得不到相应的矫正，也几乎不可能对其他案件的判决产生什么影响。只有在这种解释为人们自愿接受的情况下，法官的个体性“立法”才可能成为具有社会意义的立法。

因此，这种自然淘汰机制最大的优点是它保证只有那些能够为人们所拥护和接受的判决才有可能成为真正的法律，从而大大降低了立法者的主观意志对于某个共同体的政治生活进行塑造的能力。另外，援引先例加上司法解释，使法官的“立法”过程能够照顾到实际生活中的每一处细节，并且能够针对具体情况对法律的适用进行灵活的调整。这种优势是由立法机关行使立法权所不具有的。因此，17世纪英国的首席大法官柯克把制定法称为“凶猛的野兽”，著名法学家朗·富勒甚至认为，“对于普通法来说，由于立法是以对一个又一个的案件的判决这种特殊形式作出的，因而它比起法典来说要更深入、也更密切地与人们的交互作用相联系。”^②“英国普通法是作为一连串的补救手段而产生的，其实践的的目的是为了使争议获得解决；大陆法的目的则与此相反，它是作为一种体系告诉人们，根据正义的观念社会应当确认哪些权利和义务。”^③

富勒并且对法官的立法权在形成法治传统的过程中所发挥的重要作用进行了高度评价。他认为，在实际的社会与政治生活中，的确有许多方面并不适合由法官立法，比如说那些具有“管理”性质的法律。但是，普通法体系中由法官“发现法”的传统仍然具有如下的优点，即“它自然而然地反映着人类经验的多样性，它提供了一种对生活本身的复杂性和多面性的忠实反映，而不是把它们简化为一种几何学似的抽象条文。”^④另一位法学家也认为，法官立法的传统保持了一种“对现实的敏锐的感受，以及对每一种不同情况的特殊环境的尊重……这样一种事实的优先性，这样一种对具体环境的关注，这样一种拒绝使用一般性概念与抽象的法律原则的态度，正是普通法的主要精神特质。”^⑤总的来说，“英国自中世纪以来法院的工作体现了一种伟大的立法成就，它反映了社会生活变动的事实，它是在具体的环境下对人类行为加以认识

^① Max Rheinstein 语，转引自 Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), p. 458, note 6. (参见《自由秩序原理》，北京：三联书店1997年中文版，第377页注6)。当然，这个说法不是太准确。法律乃是主权者的命令的观点产生于欧洲专制主义时期，比法国大革命要早得多。比如说布丹就曾经明确表示，所谓主权就是有权制定法律而又不受法律限制的权力。

^② Cited from Geoffrey de Q. Walker, *The Rule of Law* (Carlton: Melbourne University Press, 1988), pp. 365 - 366.

^③ [法] 勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，北京：清华大学出版社，2002年，第13页。

^④ Lon Fuller, *Anatomy of the Law* (New York: Frederick A. Praeger, 1968), pp. 89 - 99, 106, 108.

^⑤ H. K. Lücke, “The Common Law: Judicial Impartiality and Judge - Made Law”, *Law Quarterly Review*, 1982, Vol. 98, pp. 60 - 61.

的结果。”^①

日耳曼法体系中立法者的空缺以及由法官立法的传统为克服希腊法治理论中的一个悖论即如何使由人制定的法律对人具有真正的约束力提供了绝妙的解决方案。在这种法律体系下，法律当然还是由人制定的，但这里指的是所有人而不是某个具体的人；人制定了法律却不能随意地更改法律。同时，这种立法方式一方面保证了法律随着时间的推移而缓慢地发展演化，另一方面又不至于像古代希腊城邦的法律那样，在立法机构的影响下出现大规模的、急剧的和普遍性的变化，从而在根本上保证了法律的稳定性与持续性。哈耶克认为日耳曼法的这种特点恰恰体现了法治的本质：“正是由于立法者并不知道其制定的规则将适用于什么特定的条件，也正是由于适用这些规则的法官除了根据现行规则体系与受理案件的特定事实做出其判决以外，别无其他选择，所以我们可以说这是法律而非人在统治。”^② 美国法学家德沃金则提出了一种更为中和的观点。他认为，法治的特点可能在于，法律规范本身是抽象的、一般化的，但它并不如哈耶克所理解的那样是僵化的、凝固的，因为法官对法律的解释完全可能是具体的、个体化的，并且在这种解释过程中使整个法律体系逐步演化。由此可能达成某种平衡，同时也与立法机关的立法过程有所区别，它对社会的改变是缓慢的、渐进的。^③

第三，注重形式和程序。日耳曼法在其早期阶段具有强烈的仪式因素，正当程序是司法过程中的一个基本要求。也就是说，人们判断一件司法审判是否公正，不仅看它的结果如何，而且更重要地是要看它的程序是否符合既定的规范，因此在英国的司法实践中有“程序正义先于实质正义”这样的说法。丹宁曾就此指出：“有一件东西是这个国家里的每个人都有权得到的，这就是公平审理。”^④ 伯尔曼曾经因为日耳曼法特别强调司法中的程序和仪式因素而称之为一种“魔法”，他认为，“在所有社会中，法律与日常事务分离都是必要的。这种分离是通过仪式和典礼，通过反映在仪式和典礼中的信念，即相信一定的言语的力量，这种言语用一定的方式表达，以便产生所谓‘法律的’一定效果。如果法律要发挥作用，就需要这种魔法。然而，每一个时代都有它自己的魔法，具体就反映在它有关终极实在的特殊概念之中。日耳曼概念假定了处于生命中心地位的一种在本质上是不可捉摸的命运，日耳曼法律的魔法就反映了这种概念。”^⑤

虽然如上所述，习惯法中的司法程序起源于人类社会早期的某些神秘的仪式与典礼，从而不具备严格意义上的科学性，甚至毫无理性可言（比如法官头上戴的假发套），而且在很多时候显得保守、僵化乃至明显不公正，但是，对司法程序的尊重却为法治的确立提供了重要的保障，因为它能够有效地防止法律的实践过程中人为因素过于主动的作用，同时也有效地阻止了政治对法律的干预。另外，严格的司法程序对于法治状态的一个重要特点，即法律实践的稳定性与可预期性也提供了重要的保证，而这本身就是一种公平。休谟曾经就英国法治的历史指出，“在废除星座法院这一事件中，议会发现，严格遵循法律的原则虽会导致某些麻烦，但因捍卫此一原则所获裨益足以超过那些微小的不便；因此，英国人应当永远感激他们的先辈，牢记他们的成就，因为那至少是他们历经无数次的抗争才最终得以确立的一项崇高的原则。”^⑥ 伯尔曼因此强调，“对程序的强调具有重要意义，不仅因为它是对王室权力的体现，而且也是对王室权力的一种限制。”^⑦

① Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings* (Sydney: Maitland Publications, 1964), pp. 230 - 231.

② F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 153 (中文版第 191 页)。

③ 参见 [美] 罗纳德·德沃金：《自由之法》，上海：上海人民出版社，2001 年中文版，第 1-2 页。

④ [英] 丹宁：《法律的正当程序》（李克强等译），北京：法律出版社，1999 年，第 67 页。

⑤ 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第 70 页。

⑥ David Hume, *History of England*, V, London, 1762, p. 280. 星座法院 (The Court of Star Chamber) 产生于 15 世纪，主要职能是对治安行政司法官实施特权监督，于 1641 年被废除。

⑦ 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第 553—554 页。

日耳曼法当然有其自身的缺陷性，而且如梅因所说，其司法实践由于带有明显的个体性与地域性，从而包括着不公平的因素。但是，考虑到公平的概念只对在一个涉及到某些公共产品的分配与再分配的共同体中生活的成员才有真实的意义^①，加上欧洲中世纪前期社会结构的高度分散性，也不应当夸大这种不公正，“因为抛开法律求助于更高的‘自然理性’原则必将破坏法律秩序的统一。”^②另一方面，这种习惯法体系也不断地向着更具有公平性、普遍性的方向发展，这尤其体现在英国普通法体系的建立过程中。^③

英国的普通法体系是在1066年所谓的“诺曼底征服”之后，伴随着英国国王权力的扩展与集中化而建立起来的，是英国政治近代化的一个重要部分。但是一方面，这个过程是在保留了原有的习惯法基本原则的基础上进行的，因为新的统治者从一开始就承诺要尊重并保持这个国家古老的法律制度，而其中最重要的就是司法审判制度。只有那些涉及到王室本身或者被认为至关重要的事务才受到王室法院即威斯特敏斯特法院的审理，而王室法院的审理权又受到来自两个方面的约束，即必须从大法官那里获得“令状”并且符合相关的诉讼形式。因此，王室法院作为一种只能享有对个别案件的审理权的法院，它同样也只能以判例法的形式逐渐地对原有的法律制度进行点点滴滴的改进。从这个意义上说，普通法是一种被普遍化的习惯法。另一方面，普通法的形成基本上是一个国民自愿接受的过程。诺曼底征服之后，为了形成全国统一的司法体系，国王采取的最主要的方法是定期向全国各地派出巡回法院，为居民审理各种案件，并以此赢得一种普遍性的认同。在这个过程中，上诉者选择哪一种法院完全出于自愿，但一般来说，由于巡回法院的法官更专业，审判更公正、更合理，因而得到了越来越多的人们支持。

在英国普通法体系的建立和完善过程中，另外一种重要的法律类型出现了，这就是所谓的衡平法（Equity）。简单来讲，衡平法体现的是政治权力对法律的干预，其目的是克服、矫正或者说弥补普通法中某些不公正、不合理的因素。但在另一方面，正因为有了衡平法，普通法作为建立在习惯法基础上的法律体系能够在新的时代保持其生命力。

人们最初使用“衡平”这个概念时，指的是普通法的法官在适用法律或者由大法官所颁布的令状时所具有的自由裁量权，这也是科克的观点。^④就此而言，“衡平”乃是普通法实践中原本就有的现象，甚至在习惯法时代就已经存在。当时“衡平”的功能主要是由国王和“贤人会议”实现的，否则不能想象古老的习惯能够适用于日日常新的实践。因此，“衡平法和普通法产生的根源是共同的，并且在发展的后期以同样的诉讼程序长期并存”。^⑤“它们根源于王权，其踪迹可以从伟大的亨利二世奠定的普通法的司法制度中找到”。^⑥从实际情况看，衡平法与普通法都是由法官在对案件的审理过程中通过司法解释而形成的一种判例法，只不过在13世纪之后，衡平法这个概念被用来专指由衡平法院和大法官所制定的司法解释、形成的判例，以及在此基础上而形成的一整套理论、原则和救济制度。

当然，衡平法也具有其与普通法相区别的特性。这种区别主要在于，如果说普通法更多地与传统的习惯法相联系的话，衡平法更多地取决于法官对于公正原则的理解，也就是说，衡平法具有更强的法官立法

① 比如说人们一般不会在美国人与中国人之间谈论公正的问题。

② [美] 埃尔曼：《比较法律文化》，北京：清华大学出版社2002年中文版，第62页。

③ 欧洲从11世纪后半期开始到12世纪早期出现的这种在各个领域使法律系统化的运动被梅特兰称为“不可思议的突发”，参见伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第58页。

④ 埃尔曼认为：“至少从亚里斯多德开始，如何根据正义的考虑，减轻现行法律可能带来的严酷与不公正就已成为法律理论与实践所面临的一个问题了。”（埃尔曼：《比较法律文化》，第59页。）

⑤ William P. Walsh, *Treatise on Equity* (Chicago: Callaghan and Co., 1930), p. 5.

⑥ Adame, *The Origin of English Equity* (London, 1916), p. 87.

的性质，不过这种区别只在相对的意义上成立。首先是与普通法相比，衡平法具有某种重权利轻程序的倾向。其次，由于它可以与惯例保持相当的距离甚至置惯例于不顾，所以容易给人一种“难以捉摸”的感觉，英国人塞尔登（John Selden）就曾经表示：“衡平法是一个无赖，是一种不好把握的东西。对于普通法，我们有一个标准，知道应该相信什么。而衡平法与一个人的良心是一致的，这个人就是大法官：即使他们确定了衡量标准，也只有这么一种，我们称其为‘大法官的脚’。衡平法是随着大法官的脚变化不定的，它有多宽，衡平法就有多宽；它有多窄，衡平法就有多窄。”^①

另一方面，衡平法由于基于某种正义原则或者政治观念，作为一种具有一定普遍性特征的法，它又容易走向另一个极端，即陷入凝固不变的状况而失去普通法所具有的灵活性，英国法学家丹宁指出了这一点。他认为，在17世纪的时候，衡平法还是灵活的，“但二百年后，在1818年它们变得严格了，变成纯技术性的了。这很大程度上应归因于约翰·斯科特（John Scott），及后来的艾尔顿勋爵（Lord Eldon）……他说：‘本院之原则应是牢固确定的，在确立一些基本原则时应与普通法保持一致；但请注意，这些原则应适用于各种情况……（我希望），在我离开这个地方后，除了想起我曾做过许多事来证明关于本院的公平不同于大法官的脚的责难是有道理的以外，再没有什么曾对我造成更大的痛苦。’”^②应该说，衡平法的这些特点与普通法特别是习惯法稳定中带有灵活性的特点是有其矛盾之处的。因此对衡平法与普通法的关系，法学家们与法官们一直有着不同的观点。也可以说，自有了衡平法之后，它与普通法之间的斗争就从来没有停息过。^③

正如众多论者所指出的，衡平法与普遍性的关系，体现的是从某个特定的侧面反映出来的自然正义和自然法与社会习俗之间的关系。自然法的思想产生于古代希腊，它反映的是人们对现实社会中不公正、不合理的现象的一种批评与反叛。问题是，虽然这种思想表现为对某种超越于任何人世间的权力的自然的或者永恒的法则的信仰，但它在实践中却并不必然以法律的形式体现出来。在西方的政治和法律传统中，自然法往往与理性的政治思考联系在一起，它对现实社会生活的影响可能采取两种途径。首先，它可能以普遍的社会伦理道德的形式对统治者的政治行为施加影响或者压力，从而有助于对暴政的防范与矫正。但是，在这种形式下，自然法虽然被称为“法”，它发挥作用的机制与一般的道德规范并没有任何区别，而且类似的道德对政治的约束机制在任何一种文明中都可以找到，不独为西方所特有。其次，自然法的观念往往也通过某种理论上的政治设计、甚至统治者具体的政治行为反映出来，其具体的表现，可以是，也可以不是法律的形式。但在这种情况下，如果所谓的自然法指的仍然是那些普遍的社会道德观念的话，那么它们由于试图弥合政治与道德之间的距离从而在实践中几乎毫无例外地表现为某种乌托邦；而如果像柏拉图的设想那样，体现为对社会的全面改造，那么其最终的结果只会是重复古代希腊人对法治寻寻觅觅而不得其根本的历史。况且，除那些作为普遍社会道德观念的部分之外，对于“自然法”并不存在任何客观的标准，它往往体现为某些“天才”的思想家在理论上的演绎，因而带有极强的主观性。把这样的“自然法”强加于社会，甚至对社会政治生活进行整体性重塑，往往只会给后者带来动荡与灾难。这一点，在英国著名的保守主义者柏克对法国大革命的批判中有充分的说明。

（下转第150页）

^① William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (Boston: Little, Brown, 1922 - 1927), Vol. 2, p. 89.

^② [英] 丹宁：《法律的界碑》，北京：法律出版社，1999年，第95页。

^③ 19世纪英国进行了司法改革，使普通法院与衡平法院合而为一，同时确立了衡平法在总体上的优势地位。

更为严格的水平。

5. 结论

自 60 年代末期以来,国际直接投资理论成为一个活跃的研究领域,取得了许多重要的研究成果。垄断优势理论、内部化理论、产品周期理论等已成为该领域中经典的理论。80 年代以来,人们在尝试将国际直接投资理论同国际贸易理论、增长理论结合起来做了大量的尝试,但总的说来并未产生出令人满意的结果。同国际贸易理论相比,国际直接投资理论仍处于不完备、不发达的状态。不过,80 年代以来产业组织理论中博弈论应用的复兴及增长理论中内生技术进步理论的复兴,为国际直接投资理论的发展提供了新的、强大的分析框架和工具。可以预期,随着这些分析工具日渐深入的应用,并同国际直接投资在国际经济生活中发挥越来越大的作用相适应,国际直接投资理论也将能够实现和保持一个富有生气的发展。

(责任编辑:于铁军)

(上接第 142 页)

因此,在一些欧洲大陆的法学家看来,衡平法本身都是一种自相矛盾的概念,因为他们相信,需要“衡平”的法律本身就是某种“恶法”,或者说与衡平法对立的法律根本就不能被称为法律。^①这种认识是把“自然正义”置于首位的结果,同时也是衡平法的原则被发挥到极致而在逻辑上必然导致的结论。就此而言,衡平法对于普通法具有某种颠覆性,如果听任前者对法律体系的全面渗透,则可能导致普通法体系的彻底瓦解,并且最终有可能破坏普通法体系中的法治因素。上述塞尔登的观点就反映了这种担忧。

在英国法的历史上,衡平法的确对普通法造成了极大的冲击,两者之间也曾经一度产生过激烈的冲突。特别是在 17 世纪,担任普通高等法院首席法官的科克与大法官艾尔斯梅尔(Lord Ellesmere)就分别站在普通法与衡平法的立场上作出过一系列针锋相对的司法判决。科克甚至数次将因不服从衡平法院禁止令而被监禁的案例作为非法监押处理,并且根据国会的决定通过“人身保护令”释放被关押者。1615 年,科克就又进一步表示,衡平法院不得对普通法院裁决的讼案加以干涉。他们之间的冲突一发而不可收拾,最后只好由国王詹姆士一世出面调停。国王的裁决是:原则上衡平法须遵循、弥补普通法,如果两者发生冲突则衡平法优先。这一原则对于此后英国法律的历史具有重要的意义。它一方面确立了衡平法的地位,为特别是 18、19 世纪衡平法的发展创造了条件,另一方面又把衡平法纳入了普通法的轨道,特别是使前者在司法程序上向后者靠拢。

因此,从结果上看,在衡平法与普通法的关系中,由于英国人始终坚持的“补救先于权利”(remedies precedes rights)的原则最终还是发挥了支配性的地位,因此长远来看普通法还是以其强大的生命力吸纳了衡平法。宏观上衡平法基本还是作为一个广义的普通法体系内的平衡与矫正因素而发挥作用的。这是一个值得庆幸的结果,因为衡平法不仅没有能够瓦解普通法体系,反而为后者注入了新的活力。可以想象,如果没有衡平法的补充,传统的英国普通法体系反而可能会在社会剧烈变革的压力之下崩溃。两者之间的这种关系使英国的法律体系一方面能够在社会发展骤然加速的时代继续发挥其生命力,另一方面又保持了普通法的基本精神。可以说,在习惯法基础上发展起来的普通法体系加上衡平法的补充,使英国建立了一套完善的法治的制度保障体系。这样,英国的法律变革采取的仍然是一种对原有法律体系进行修补的办法,而这种办法,在通常情况下,也许正是与法治的要求最相符合的在社会生活中实现正义的途径。

(责任编辑:于铁军)

^① 达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,第 13 页。