

早期普通法中的司法治理与自发秩序

——以“新近侵占之诉”为例

于 明 *

目 次

- 一、问题的提出
- 二、如何保护“占有”？
- 三、在“刑事”与“民事”之间
- 四、管辖权竞争的胜利
- 五、结语

摘 要 在中世纪的西欧，出现了以英格兰普通法为代表的司法治理模式。以“新近侵占之诉”为例，本文试图具体展现早期普通法司法治理的运作轨迹及其演进秩序。尽管最初只是恢复“王之和平”的临时“刑事”措施，但在经历数次尝试后，新近侵占土地之诉逐渐发展成为常规治理手段和“民事化”的诉讼形式；并凭借诉讼效率与公正的优势，赢得与领主法庭管辖权竞争的胜利，确立了王室法庭对于“民事”案件的普遍管辖权。这一过程也生动展示了贯穿于普通法司法治理中的自生自发秩序。

关键词 普通法 司法治理 新近侵占土地之诉 自发秩序

自斯特雷耶以来，“现代国家”（*modern state*）的萌芽开始被追溯到西欧中世纪的后期。进入12世纪，英、法等较为早熟的政治体开始尝试将王权逐步渗透地方，以实现对于固定领土与人口的连续性治理。同时，与近代国家建构主要依靠立法的途径不同，这一时期的国家治理又

* 华东政法大学讲师，法学博士。本文得到上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院资助项目（SJ0709）和上海市教委晨光计划项目（12CG61）的支持，并曾得到国家留学基金委和美国康奈尔大学法学院比较法研究中心的资助。

主要沿着“司法”或法庭为中心的路径展开〔1〕，因而很大程度上被视为一种“司法治理”〔2〕。亨利二世以来英格兰普通法的形成，更是被视为“司法治理”模式的典型。

尽管国内的研究已开始触及这一主题，但对于早期英国普通法司法治理的形成、运作及其模式，却仍然缺少深入的研究。而在西方学者的研究中，对这一问题又存有许多争论和疑点。尤其是对于安茹时代王室诉讼程序变革的原因，及其与国家权力扩张之间的关联等问题，依然存在较大分歧。本文并不试图回答所有的问题，而尝试以新近侵占之诉（Assize of Novel Disseisin）这一诉讼形式作为切入点，以此考察中世纪后期英国司法变迁的背景与历程，并在此基础上揭示普通法司法治理的运作逻辑及其蕴含的“自生自发”的演进秩序。

一、问题的提出

一般观点认为，普通法的司法治理开始于安茹君主亨利二世的改革。在梅特兰等研究者的笔下，1166年开始的改革“构成了削弱封建领主权力的一次集中且成功的努力”〔3〕；而诸如“收回继承地之诉”（mort d'ancestor）等新的王室诉讼的出现，则被视为“专断国王对于封建主义的致命一击”〔4〕。在梅特兰看来，安茹改革的目标即在于实现中央权力的集中，以及王室对于领主的控制；而实现目标的途径正是王室法庭与领主法庭之间的管辖权竞争。正是凭借权威、高效与理性的诉讼程序，王室法庭最终赢得了竞争的胜利，建立了一个中央集权化的司法机构，并将许多案件的管辖从领主法庭转移到了王室法庭。

但这一观点也遭到了反对。在密尔松（S. F. Milson）等学者看来，亨利二世的改革并非出于抑制封建贵族的努力，而恰恰在于恢复既有的封建构造，以确保“贵族们承担他们所应负的授予封臣以土地的义务”〔5〕。而至于从领主法院到王室法院的权力转移，则并非亨利二世的有意为之，而只是改革者“无意插柳”的意外结果。此后，比安卡兰纳（J. Biancalana）也进一步指出，“那种认为改革削弱贵族和封建主义的观点并不具有说服力”〔6〕，认为梅特兰的失误在于对国王与封臣关系的简单化，未能充分认识到两者之间的相互依赖与支持。总之，在这些批评者看来，改革的初衷并不打算削弱贵族的权力，更不追求王权的一家独大，而只是试图将国王与领主的的关系调整到适当的位置；但在客观结果上，却使得王室法院突破传统的“正义缺失”（want of justice）原则〔7〕，发展出了普遍的“民事”管辖权。

〔1〕 依据斯特雷耶等人的研究，“现代国家”的因素早在中世纪西欧就已经出现；在12世纪最早的永久性机构中，“高等法院与财税部门远在外交和国防部门之前”；“欧洲国家建设的第一阶段，最早稳定的国家机关是高等法院”。Joseph Strayer, *On The Medieval Origins of The Modern State*, Princeton University Press, 1970, p. 27; [英] 迈克尔·曼：《社会权力的来源》（第一卷），刘北成译，上海人民出版社2002年版，第566页。

〔2〕 陈颐：《立法主权与近代国家的建构》，法律出版社2008年版，第4~8页；或参见邓云清、宫艳丽：“王之和平与英国司法治理模式的型塑”，《历史研究》2010年第5期。

〔3〕 F. Pollock & F. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 1, Cambridge University Press, 1923, p. 136.

〔4〕 *Ibid.*, vol. 2, p. 57.

〔5〕 S. F. C. Milson, *Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge University Press, 1976, p. 104.

〔6〕 J. Biancalana, For want of justice: Legal reforms of Henry II, *Columbia Law Review*, vol. 88, No. 3, 1988.

〔7〕 依据传统原则，“民事”案件属于领主法院的专属管辖；只有当领主法院拒绝或无力审理，即出现所谓“正义缺失”（want of justice）时，国王对于民事案件的管辖才是正当的。*Ibid.*, pp. 443~445.



从论争的结果来看,今天越来越多的学者接受了批评者的观点,不再将安茹改革简单视为王权压制领主的努力;在这个意义上,密尔松和比安卡兰纳的挑战是成功的。但这并不意味着梅特兰就彻底失败了。客观地说,在当时的语境中,梅特兰将司法改革与更大范围的“王室—领主”的权力斗争联系起来,的确极大拓展了法律史的理论视野,以至于今天的讨论依然不曾摆脱这一基本架构。即便是密尔松等人的挑战,也只是对于梅特兰观点中过于强调主观意图的局部修正而已。因此,这场论争的意义并不在于双方的对错,而更多地是将安茹改革的讨论引向了深入。论争不是问题的结束,而恰恰是提出问题的开始。

可能提出的问题有很多。如果说英格兰统治者的初衷并非剥夺领主权,那么真实的意图又是什么呢?最初并非针对领主权力的尝试,又是如何导致了王室法院管辖权扩张这一“非意图”的后果呢?如果说这里存在一种后果与意图的背离的话,在这种“背离”之下又隐藏着怎样一种治理逻辑呢?当然,问题的回答可能有很多,也很难在一篇论文中做出回应。因此,本文并不打算面面俱到,而试图通过对于“新近侵占之诉”这一具体诉讼形式的历史考察来展现司法变迁的基本逻辑,尝试在历史细节中发现制度演进的潜在轨迹。

之所以选择新近侵占之诉,是因为在安茹改革的诸多尝试中,这一诉讼形式最具典型性,影响也最为深远。作为安茹早期诉讼形式之一,新近侵占之诉最早引入了巡回法庭与陪审团的审判,构成了普通法审判方式与正当程序的基石^[8]。同时,作为安茹时期最便捷的诉讼,新近侵占之诉得以超越领主法庭的权利诉讼(proprietary action),甚至超越收回继承地之诉等其他占有之诉,成为中世纪后期土地诉讼中最为普遍的形式^[9],为王室法庭赢得了普遍的“民事”管辖权,构成了管辖权竞争中取胜的关键。因此,在西方学者的研究中,往往将新近侵占之诉视作理解早期普通法形成的关键线索之一^[10]。而本文也将在已有的基础上,进一步探索隐藏在

[8] 陪审制在新近侵占之诉中的最初引入,参见〔比〕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91~93页。

[9] See D. W. Sutherland, *The Assize of Novel Disseisin*, Oxford University Press, 1973, pp. 3~5.

[10] 自梅特兰时代以来,英国学界对于早期普通法的研究一直是沿着王室法院与领主法院的管辖权竞争而展开的;而在扩张管辖权的诸多诉讼令状中,“新近侵占之诉”无疑是最重要的一个。在《爱德华一世以前的英国法律史》一书中,梅特兰继承了布拉克顿以来的观点,以“占有”问题为线索,探讨了“占有之诉”对于“权利诉讼”的优先性,并将其视作在亨利二世改革中用以剥夺领主权力的关键措施。尽管这种将国王与领主权相对立的观点逐渐遭到挑战,但在密尔松等人的理论修正中,“新近侵占之诉”同样是一个核心的关键词,被用来论证这一时期改革的目标仅仅是对于领主滥用权力的限制,而非对于领主管辖权的剥夺。此后,哈德森、卡内冈和比安卡兰纳的论著都试图调和这些观点之间的冲突,但同样以“新近侵占之诉”作为关键性的切入点,以展现王室权力与领主权在管辖权竞争中的复杂关系。而萨瑟兰的著作更进一步比较了安茹时代的各种令状,细致描述了“新近侵占之诉”如何最终取代“收回继承地之诉”成为中世纪普通法最重要的诉讼形式的全过程。此外,在伯尔曼、夏皮罗等研究西方法律传统与司法制度的一般性著作中,也都将“新近侵占之诉”作为解读早期普通法形成的重要例证。以上的讨论,可参见前注〔3〕, F. Pollock & F. Maitland 书,第136~146页;前注〔5〕, S. F. C. Milson 书,第101~104页;〔英〕密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬、高翔等译,中国大百科全书出版社1999年版,第143~149页;〔英〕哈德森:《英国普通法的形成》,刘四新译,商务印书馆2006年,第206~212页;前注〔8〕,〔比〕卡内冈书,第54~60页;前注〔6〕, J. Biancalana 文;同上,第4~5页;〔美〕伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧等译,中国大百科全书出版社1993年版,第541~551页;〔美〕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114~119页。

具体制度变革之后的普通法司法治理的运作逻辑与演进秩序。

二、如何保护“占有”？

如果一个人不正当且未经审判 (unjustly and without a judgment) 侵占了另一个人所自由保有的地产, 那么后者, 即被侵占者, 如果迅速及时地将侵占者诉至王室法院, 就能借助王室法院的审判恢复占有。这一诉讼的过程是, 原告提起诉讼, 国王立即签发一个令状要求地产所在地的郡长从原告的邻居里召集 12 个善良守法的人在国王的法官面前, 在提起新近侵占土地之诉的时效内确认 B 是否在没有正当理由和法院判决的情况下侵占了 A 自由保有的财产。如果这个咨审人团体, 即咨审团对令状中载明的问题的回答是肯定的, 那么原告, 即被侵占者, 便能够恢复占有^[11]。

以上就是梅特兰所描述的新近侵占之诉。这一诉讼的特点在于保护“占有”(seisin) 而非“权利”(right)。诉讼过程中只需要确定“原告之前占有地产”和“地产被不正当侵占”这两个事实, 而不必提及权利的归属。即便“侵占者”才是真正的所有人, 他也必须首先将土地归还原告, 然后再提起权利诉讼以对抗胜诉方。在这一诉讼中, 国王与他的法官占据了主导地位; 不仅诉讼令状来自于国王, 并且由王室法官主持案件的审理。

但就是这样一种看似简单的诉讼形式, 在安茹时代之前的英格兰却是难以想象的。正如许多研究指出的, 在诺曼征服建立封建制度之后, 对于土地占用的保护成为了封建领主及其法庭的专属管辖权^[12]。只有当封建领主拒绝受理案件或未能提供足够保护时, 当事人才可能进一步向作为“正义源泉”与“最高法官”的国王求助。换言之, 在安茹改革之前, 土地占有的保护, 主要是领主法庭的职责, 而国王及其法官只享有特殊情况下(直属封臣土地或所谓“正义缺失”)的“例外”管辖权^[13]。因此, 作为一种常规的“民事”诉讼形式, 新近侵占之诉无疑构成了王室管辖权的一次“质”的飞跃。

这一切究竟是如何发生的? 自布拉克顿以来, 传统的解说往往将新近侵占之诉的诞生归因于亨利二世君臣的“天才智慧”^[14], 是在“经历了无数深思熟虑的不眠之夜后思想火光的迸发”^[15]。但有如前述, 晚近的研究开始质疑这样一种诉诸个人智慧的进路, 而更多地将其视为一种在缓慢历史中逐渐形成的制度, 是不同历史行动者“合力”的结果。因此, 在具体讨论新近侵占之诉的诞生之前, 有必要简要回顾一下安茹王朝之前的土地占有保护。有如前述, 在改革之前的诺曼时代, 土地占有的保护一般情况下是通过领主法庭的诉讼实现的, 只是在“例外”情况下才诉诸于国王。以下内容即围绕这两条进路展开:

[11] [英] 梅特兰:《普通法的诉讼形式》, 王云霞等译, 商务印书馆 2009 年版, 第 68 页。

[12] 比安卡兰纳指出, 依据封建原理, 国王只具有有限的机会受理民事诉讼; 即“除非是领主未能听审原告申诉, 否则国王不享有管辖权”。这一原则也被称作“正义缺失”(want of justice) 原则。参见前注 [6], J. Biancalana 文。

[13] 参见前注 [11], [英] 梅特兰书, 第 50 页; 参见 [法] 布洛赫:《封建社会》(下卷), 李增洪等译, 商务印书馆 2007 年版, 第 602 页。

[14] 前注 [8], [比] 卡内冈书, 第 58 页。

[15] Baracton, fo. 164b multis vigiliis excogitatum et inventam, 转引自前注 [9], D. W. Sutherland 书, 第 6 页。



(一) 领主法庭：权利诉讼

领主法庭在英格兰的出现，是1066年诺曼征服引入封建制的结果。依据封建治理原则，对于领主与封臣之间以及封臣与封臣之间的土地纠纷，领主法庭具有天然管辖权^[16]。领主法庭由领主自己或管家主持，全体或部分自由保有人出席并充当裁判者。领主法庭的诉讼形式是“权利诉讼”(proprietary action)^[17]。这是一种带有浓厚形式色彩的诉讼，原告的起诉要遵循严格的程式，说固定的套话，然后将权利追溯到久远的过去，并且不能间断；权利更为久远的一方将会获胜，而哪怕是最微小的错误也都可能导致诉讼的失败^[18]。

同时，权利诉讼又是拖沓和高风险的：一方面，诉讼的程序十分缓慢。由于法庭不容许缺席判决又缺乏强制被告的措施，拒不出庭或有意拖延成为一种常态^[19]。另一方面，由于以司法决斗作为疑难案件的主要裁判方式，也导致了诉讼结果的巨大“风险”。尽管决斗可以通过雇用有经验的决斗手(champions)代理，但在大多数时候，决斗的方式对于普通人来说依然充满了“风险”——不仅无法保证结果的确定，而且可能因此而受伤和丧命^[20]。

对于这些“缺陷”，梅特兰等学者曾给出“善意”的辩解，认为在中世纪的英格兰，“法律必须缓慢以确保公正”^[21]。在当时的条件下，组织辩护与旅途交通都十分困难，给予当事人时间的宽限无疑是必要的。此外，卡内冈还曾指出，这种迟缓的程序很大程度上来自于当时法庭诉讼的“调解”性质。因为在12世纪西欧，诉讼的价值在于妥协，诉诸法律的目的往往是通过法庭权威来促成双方和解。而一般说来，缓慢的程序也更有助于和解的达成^[22]。

尽管存在这些“同情的理解”，但不可否认，在当时的英格兰，权利诉讼的这些缺陷还是给诉讼人带来了极大不便。对于当事人来说，经年累月的诉讼依然可能构成一种难以承受的负担；尤其是当被剥夺的土地是当事人的全部财产时，受害人可能连基本的生活也无法维持，更无论旷日持久的诉讼。尤其是对于那些新近发生的暴力侵占来说，由于占有事实的明确，诉讼的解决并不需要太长时间的调查；加之暴力侵占者本身在武力上的优势，被侵占人在司法决斗中的不利地位也可想而知。

最后，领主法院也并非解决此类纠纷的最好选择。由于英国封建地产的分散性，封臣土地可能距离领主城堡有数十天路程，从而使得领主法庭的开庭、调查与判决执行都十分困难。此外，领主还往往对封臣受到的侵害漫不经心；有时即便作出了保护封臣的判决，领主也可能无力驱逐强大的侵占人^[23]。甚至在许多时候，领主本人就可能是侵占者或共谋^[24]，而在此类案

[16] See R. C. van Caenegem, *Royal writs in England from the Conquest to Glanvill: Studies in the early history of the common law*, W. S. Hein, 1997, pp. 19 ~ 20.

[17] 参见前注 [11], [英] 梅特兰书, 第 60 ~ 63 页。

[18] 参见李红海:“早期普通法中的权利诉讼”,《中外法学》1999 年第 3 期。

[19] 参见前注 [9], D. W. Sutherland 书, 第 35 ~ 36 页。

[20] 参见前注 [8], [比] 卡内冈书, 第 89 页。

[21] F. Pollock & F. Maitland, *History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 2, Cambridge University Press, 1968, p. 51.

[22] 参见前注 [16], R. C. van Caenegem 书, 第 45 ~ 46 页。

[23] 参见前注 [9], D. W. Sutherland 书, 第 31 页。

[24] 有研究表明,新近侵占之诉主要针对的领主对于封臣的侵夺。前注 [10], [英] 密尔松书, 第 145 ~ 146 页。

件中，封臣在领主法庭的不利地位可想而知；从当时的纪录来看，封臣胜诉的情况也十分罕见^[25]。因此，领主法庭的诉讼，不仅无法保证“效率”，甚至连基本的“公平”也难以维持。要真正实现占有的保护，还有必要在领主法庭之外寻求新的方式。

（二）王室令状及其司法化

当土地保有人无法从领主那获得正义（即所谓“正义缺失”）时，依据封建治理理论，可能的解决是求助于作为“正义源泉”的国王^[26]。在诺曼时期的英格兰，这种对于领主法庭的不满和对于王权的渴望始终都存在着。正如卡内冈指出的，“毋庸置疑的是，诺曼征服之后的头一个世纪里的司法制度经历了一场危机，而这场危机又一步步地为法律的不确定性和人们对它的疑虑所加重”^[27]。面对不断增多的诉求，作为“正义源泉”与“最高的法官”，诺曼君主们开始做出回应；但由于此时王室法庭的管辖权只限于直属封臣，国王们最初的选择是令状的签发与直接的“行政”干预。

令状（Writ）是盎格鲁—撒克逊时代创制的一种行政管理工具。它起初只是一种区别于特许状（charter）的非正式命令。诺曼征服后，这种灵活的工具受到诺曼君主的欢迎。当那些无法获得领主救济的保有人求助于国王时，令状开始被用于土地纠纷的解决。这一时期的令状是完全行政化的，往往直接命令郡长恢复土地的占有，而无需任何的调查和审判^[28]。显然，较之权利诉讼的拖沓与不确定，这种王室的行政化干预显得快捷而高效，并可以通过行政的强力保证命令的执行。

但这种“及时”也可能导致不公。较之权利诉讼，这些行政救济经常在没有诉讼程序的情况下预先下结论^[29]，从而导致“武断甚至不负责任的干预”^[30]。在许多时候，“国王可能被误导，有人会向国王撒谎，或对某些重要事项保持缄默”^[31]；而当事人也可能争相贿赂国王与官员以获得有利于自己的令状。总之，这一时期的占有令状，更多是一种随意的“治安措施”，“最终可能会导致比他所要处理的不公更大的不公”^[32]。因此，这就有必要在高效的行政命令（但可能导致不公）和稳健的司法程序（又可能过于拖沓）之间寻求某种平衡。

从历史上看，这种公正与效率的平衡是通过令状的“司法化”实现的；即在令状执行中遵循一定的司法程序，依据明确规则对案件事实进行审理。这种“司法化”在亨利一世时就已经开始；“司法或准司法的因素开始缓和王室命令的专断和严酷”^[33]。到了斯蒂芬和亨利二世早期，已经开始出现较成熟的审查方式。比如，亨利二世早期的阿宾顿诉图斯丁案（Abingdon v.

[25] 当然，这也可能是因为领主本人往往不愿意记录自己败诉的案件。参见〔英〕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53页。

[26] 参见前注〔13〕，〔法〕布洛赫书，第612~617页。

[27] 前注〔8〕，〔比〕卡内冈书，第21页。

[28] 比如威廉一世时期，巴克斯霍尔（Buxhall）的土地为他人所侵占，在寻求领主法院保护无果的情况下，他向征服者威廉申请令状，直接命令郡长重新恢复土地的占有。参见前注〔16〕，R. C. van Caenegem书，第271页。

[29] See J. E. A. Jolliffe, *Angevin Kingship*, Adam and Charles Black, 1955, p. 40.

[30] H. A. Cronne, *The Reign of Stephen: Anarchy in England*, Weidenfeld & Nicolson, 1970, p. 248.

[31] 前注〔8〕，〔比〕卡内冈书，第47页。

[32] 同上，第46页。

[33] 前注〔16〕，R. C. van Caenegem书，第272页。



Turstin)^[34]中,我们已经可以看到,王室令状在这一时期正处于不断的变化:较之斯蒂芬时期专断的命令,亨利二世的令状开始增添司法化因素:它或者要求郡法庭通过审判确定土地归属,或者要求王室法庭亲自展开调查,因而其结果也可能更为公正。

但总体上说,这一时期的令状“司法化”仍尚未形成统一、稳定的格式^[35];它们的出现带有很大的偶然,而纯粹行政性的令状仍然大行其道。与此同时,对于案件事实的调查和审判,也可能仍然适用权利诉讼的拖沓程序。总之,在安茹王朝之初,权利诉讼(审慎却拖沓)与行政令状(快捷且随意)之间的两难依然存在^[36]。虽然令状司法化一定程度上缓和了这种紧张,但两者的平衡却远未达到。面对土地占有纠纷中的诸多难题,要实现公正与效率的统一(假使存在这一目标),还需要更为高效、理性的司法程序的出现。

三、在“刑事”与“民事”之间

新近侵占土地之诉的诞生,很大程度上回应了这一难题。由于只关注于侵占事实而非权利谱系,这一形式较之权利诉讼更加便捷;而陪审团的引入,则较为有效地避免了行政化令状的武断,因而可能构成兼具效率与公正的诉讼形式。但这只是一种事后的建构。历史的行动者却很难像我们一样获得这种“后知之明”。要真正理解普通法司法治理的进路,还需要回到历史细节中,细致地观察这一制度在具体语境中的发生。

(一) 占有的“刑事”保护

新近侵占之诉被认为诞生于1166年亨利二世的改革,但具体时间却存在争议。这一时代的背景是“斯蒂芬乱世”的结束和安茹王朝的开始^[37]。为了恢复和平,亨利二世在1166年颁布了著名的《克拉灵顿法令》(Assize of Clarendon),并展开了一场针对重罪的调查与巡回审判。巡回法官每到一地即传唤地方的代表,要求他们缉拿“自己百户区或村庄里的犯罪嫌疑人”,并对这些嫌疑人“依职权”(ex officio)提起团体控告^[38]。从今天的眼光来看,1066年的调查显然是“刑事”性的;是为了维护“王之和平”^[39]而采取的刑事措施。

但令人疑惑的是,在1166年的财政署卷宗中,除犯罪处罚外,人们还发现了巡回法庭有关侵占土地的罚金。这也就意味着,对侵占的调查也可能被列入了巡回审的任务^[40]。尽管占有纠

[34] 依据 Bigelow 的记载,斯蒂芬时期,图斯丁控告阿宾顿修道院侵占土地。在接受贿赂后,斯蒂芬以行政令状指令郡长恢复了图斯丁的占有。斯蒂芬逝世后,亨利二世继位。阿宾顿修道院向新国王提起申诉,亨利二世指令伯克郡郡长审理案件,但图斯丁却以各种理由拒绝出庭。两年后,国王颁发令状指定首席政法官召集王室法官审理此案,图斯丁被强制出庭应诉,法庭最终判决恢复阿宾顿的土地占有。这一诉讼表明,亨利二世早期关于占有的令状中已经开始出现司法化的因素。参见 M. Bigelow, *Placita Anglo-Normannica: Law Cases From William I to Richard I*, Little, Brown, and Company, 1879, p. 167.

[35] See Geoffrey Hazard, The Early Evolution of the Common Law Writs: A Sketch, *American Journal of Legal History*, Vol. 6, No. 2, 1962.

[36] 参见前注[8], [比]卡内冈书,第49~50页。

[37] 参见孟广林:《英国封建王权论稿》,人民出版社2002年版,第145~158页。

[38] 参见前注[25], [英]哈德森书,第188~190页。

[39] 前注[11], [英]梅特兰书,第49页。

[40] 参见前注[16], R. C. van Caenegem 书,第284页。

纷并不属于破坏“王之和平”的重罪^[41]，但在1166年的巡回中，对于侵占之诉，似乎也同样由陪审团“依职权”提起指控。此外，与对于隐匿罪犯处以罚金的做法一样，卷宗中还出现了因为隐匿侵占而遭到处罚的纪录^[42]。那么，究竟是什么原因使得对侵占的调查进入到了这场打击犯罪的“刑事措施”之中呢？

最初的猜测来自梅特兰。依据梅特兰的考察，与刑事调查同时出现的侵占调查，可能源于一个已经丢失的法令，即所谓的 Assize。这个法令包含了一项打击非法侵占的举措：规定被侵占土地的保有人可以向国王申请令状，要求王室法官召集陪审团，以裁定是否被不公正地侵占。至于法令颁布的时间，依据前述卷宗的记载，梅特兰认为应不晚于1166年1月^[43]。而1166年派出的巡回法官，在执行《克拉灵顿诏令》的同时，也承担了执行侵占法令的任务，从而使后者的罚金也出现在当年的卷宗之中。

但也有学者质疑这种猜测。比如，乔利夫曾怀疑法令的真实性，认为现有证据并不足以证明在1066年之前存在这样一个有关侵占的法令^[44]。还有的学者虽然相信法令的存在，却并不赞同梅特兰对于法令内容的猜测。卡内冈与密尔松认为，这一令状仅仅提供了针对非法侵占的临时调查程序；准确地说，是一个陪审团“依职权”提起（*ex officio*）的公诉程序，而并非由当事人提起的“私人”诉讼^[45]。这一令状从属于亨利二世君臣通过巡回审判打击犯罪的整体行动，而与后来由当事人主动提起的新近侵占之诉相去甚远。

依据现有的纪录，这些侵占之诉的基本程序应当更倾向于后者。与重罪的巡回审一样，巡回法官每到一地，即在郡长协助下传唤咨审员并询问：“你们是否知道有人（在某日期后）非法且未经判决侵占了他人土地？如果有，侵占者是谁？”随后，咨审员应指出可能的疑犯，并提起“团体控告”。如果未能如实地称述，一旦事后被发现，咨审员将被处以罚金。此时的咨审员还同时充当证人与审判者，最后的判决也由咨审员做出^[46]。从今天的眼光来看，这一诉讼程序显然具有“刑事化”的特征。

回到12世纪的背景中，亨利二世将本应属于“民事”范畴的侵占之诉纳入“刑事”治理轨道也并非不可理解。斯蒂芬时代的动乱，带来的不仅是犯罪的增多，以暴力侵占土地的行为也同样层出不穷；尤其是大领主侵占弱小封臣的行为，已经成为严重的社会问题^[47]。而在一个几乎人人以土地为生的时代，侵占土地的危害却丝毫不逊于杀人等犯罪；对占有的保护与人的生存息息相关，也直接关系到社会秩序的稳固。正如哈丁（Alan Harding）指出的，“如果盗窃是普通民众的日常罪恶的话，那么强占他人土地则是上层阶级的犯罪，是一个持续数世纪之久的社会动荡根源”^[48]。因此，与对于重罪的惩罚一样，迅速有效地打击土地的强占，对于维持那

[41] 与“国王安宁”相关的是“国王诉讼”，但这些诉讼主要集中在直接损害国王利益与尊严的案件，和特定时间与地点发生的犯罪。W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, Methuen & Co. Ltd., 1924, p. 195.

[42] 参见前注 [16], R. C. van Caenegem 书, 第 285 页。

[43] 当然，也可能是法令此前已经颁布，只是到1166年的巡回审开始后才得以实施。参见前注 [3], F. Pollock & F. Maitland 书, 第 145 ~ 146 页。

[44] See J. E. A. Jolliffe, *Angevin Kingship*, Adam and Charles Black, 1955, pp. 46 ~ 47.

[45] See Milsom, Introduction, p. xxxix, in F. Pollock & F. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 1, Cambridge University Press, 1923.

[46] 参见前注 [9], D. W. Sutherland 书, 第 6 页。

[47] See W. L. Warren, *Henry II*, University of California Press, 1973, p. 258.

[48] A. Harding, *A Social History of English Law*, Penguin, 1966, p. 41.



个时代的社会治安与和平都将具有决定意义。

不仅是“刑事”意义。新近侵占之诉还可能具有扩张王权的“政治”意义。由于早期的侵占之诉主要针对的是领主没收土地的行为^[49]，因此在传统的领主法庭中，封臣显然相对作为被告的领主处于不利的地位；而王室令状与巡回法庭的出现，则可能给予小土地保有人以政治权威的支持。王室法官的介入与刑事化指控，都可能在一定程度上提高封臣的地位，形成对领主权力的限制；同时，这种国家权力的“锄强扶弱”，也构成了“在广大普通自由民中赢得声望的最佳方式”^[50]，有助于王权对于底层社会的渗透与治理^[51]。在这个意义上，作为刑事措施的侵占之诉，也同样构成了英格兰早期国家治理中的重大“政治策略”。

(二)“临时”与“常规”

当然，以上的解读仍然是事后的，只有在历史的长时段中才能看清。事实上，就当时情境来说，国王的目标只是为了消除动乱与恢复统治秩序的稳定。用亨利自己的话来说，是为了“回到祖父亨利一世时的样子”^[52]。因此，仅仅是在1066年的巡回审判中发现了侵占之诉，依然不足以视作常规的恢复侵占之诉的起点，而很可能只是一种用于应急的“临时”措施。正如卡内冈指出的，“亨利发起了这次对于非法侵占的大调查，但没有迹象表明，他试图建立一个常规的实践或是持续的新程序”^[53]。

事实也似乎证明了这一点。1166年开始的巡回审，在1167年因政法官曼德维尔逝世而短暂停歇后，在随后三年中持续进行，并在1170年几乎覆盖了全国。然而，就在这次全国巡回之后，侵占之诉的巡回却停止了^[54]。对此，一种解释认为，导致巡回审中止的原因在于“小国王亨利”（Henry the Young King）的叛乱（1173~1174年）^[55]。但如果考虑到在巡回审停止与叛乱之间仍存在两年的间隔，这一解释仍然存疑。事实上，这一时期的总巡回法庭并没有完全停止，而只是不再以重罪和侵占为目标，转向了行政与财税等其它治理任务^[56]。

因此，对于有关犯罪与侵占的巡回审判中止的原因，更为合理的解说应当是亨利二世君臣在1170年后感到预定目标已经基本实现，因而终结了这次以治安为目标的刑事调查。换言之，由于亨利的目标仅限于通过巡回审判来结束社会的动荡，而“并没有建立一个新的常规法律程序的打算”^[57]；因此，一旦行动覆盖全国并基本达到预期效果时，这次“临时”巡回也就结束了。在这个意义上，作为新近侵占之诉起源的1166年“法令”，在最初可能只是一项“临时措

[49] 参见前注〔10〕，〔英〕密尔松书，第145~146页。

[50] 当底层民众受到地方势力压迫时，往往形成对于统治者的“文化期待”；而这也构成了统治者以司法或“申冤”来获得民众效忠的最佳时机。参见 Martin Shapiro, *Appeal, Law & Society Review*, Vol. 14, No. 3, 1980; 或参见于明：“司法审级中的信息、组织与治理——从中国传统司法的‘上控’与‘审转’切入”，《法学家》2011年第2期。

[51] 夏皮罗的研究曾指出，司法机构之所以能够像医疗机构一样成为国家权力进入乡村的重要途径，很大程度上在于国家的司法为地方的居民提供了一个更“独立”的法官。参见前注〔10〕，〔美〕马丁·夏皮罗书，第34~35页。

[52] 前注〔47〕，W. L. Warren 书，第260页。

[53] 前注〔16〕，R. C. van Caenegem 书，第285页。

[54] 在1171年之后数年，因侵占而交纳罚金的记录在财政署卷宗中消失。同上，第286页。

[55] 参见前注〔47〕，W. L. Warren 书，第294~295页。

[56] 比如，1170年的郡长调查和1172年征缴免服兵役税的巡回法。*Ibid.*, p. 291.

[57] 参见前注〔16〕，R. C. van Caenegem 书，第285页。

施”；其初衷并不在于维护保有人占有的长期行动。

那么，在这看似偶然的临时行动之后，这一特殊的诉讼又是如何发展成为常规的诉讼形式的呢？这就需要目光转向1175年重新开始的总巡回审和《北安普顿法令》。这一次，对非法侵占的调查重新出现在财政署卷宗之中；学者们认为这可能源自1166年的第一次调查取得的成功。由于1166~1170年的巡回审的良好效果，当新的侵占发生时；“要求再次展开调查的声音出现了，因为它是如此深得人心”^[58]。也因此，在次年颁布的《北安普顿法令》中，国王再次重申了巡回法官审理侵占之诉的职责，规定“法官应当召集陪审团处理那些国王达成和平协议后第一次返回英格兰以来新近发生的侵占行为”^[59]。

这也是我们目前看到的最早的新近侵占诉讼的“直接”表达。同时，它首次明确界定了侵占起算的时间，将亨利二世平息小亨利叛乱重返英格兰的时间（1175年5月）作为新一轮调查的起点。也即是说，1176年开始的审判，仅仅处理1175年5月至1176年1月这八个月间“最新”的侵占。之所以这样规定的原因，一方面当然是避免陪审团对事实的记忆因时间流逝而模糊，但更重要的，还是因为这些调查的目标旨在追求现实秩序的稳定，而较少顾及久远的权利归属——毕竟后者还可以通过权利诉讼解决。总之，从《北安普顿法令》开始，新近侵占诉讼开始作为一种正式的诉讼形式登上历史舞台^[60]。

更重要的是，当此次巡回在1178年覆盖全国后，并没有像1166年那样宣告结束；相反，次年的1179年，新的调查紧接着又开始了，并在亨利二世的最后十年（1179~1189年）持续不断地进行。正如卡内冈指出的，“在第二次侵占调查横扫全国之后，历史上的一个新时代开始了：王室法官对于非法侵占的刑事调查开始由间断的临时措施逐渐演变成常规的例行治理技术”^[61]。从1176年开始，“我们第一次认识到试验已经结束了，整个国家开始进入到常规的司法巡回之中”^[62]。对于非法侵占的打击，不再是偶然的例外行动，而开始成为王室司法日常业务与正式制度的一部分。

在这个意义上，新近侵占之诉的出现，也就并非天才人物的天才创造，而实际上经历了一个从“临时”措施到常规诉讼的缓慢演进，是一种反复试错基础上的自然演化。这种尝试甚至远早于1166年。如果将目光延伸到之前诺曼君主对于占有的令状保护，新近侵占之诉的诞生实际上构成了“令状司法化”链条中关键的一环。尽管亨利二世早期就已经出现了适用陪审团调查的司法化令状^[63]，但这些令状仍只是一些临时的干预；而新近侵占之诉的出现，却将这种偶然的司法化令状固定下来，发展为常规的土地占有救济。这种司法化占有令状的出现，在很大程度上回应了前述占有保护的难题，在保证效率的同时也避免了行政化令状的武断，从而构成一种效率与公正的“双赢”。

（三）侵占之诉的“民事化”

但这并不意味着新近侵占之诉的最终定型。尽管1176年的尝试初步实现了诉讼的常规化，

[58] 同上，第287页。

[59] 前注〔9〕，D. W. Sutherland书，第9页。

[60] 依据财政署卷宗记载，仅在1177年，巡回法官处理的新近侵占之诉就到达95件。同上，第10页。

[61] 前注〔16〕，R. C. van Caenegem书，第288页。

[62] J. E. A. Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England: From the English Settlement to 1485*, Adam & Charles Black, 1954, p. 212.

[63] 前注〔35〕，Geoffrey Hazard文。



却依然与后来典型的新近侵占之诉有很大的差别。在本文之前引用的梅特兰版本的新近侵占之诉中，诉讼的提起以被侵占人向国王申请令状为开端，更多地类似于今天由私人提起的“民事”程序^[64]。而在《北安普顿诏令》中，新近侵占之诉却仍然是基于“王之和平”而采取的“刑事”措施，是一种由咨审团“依职权”提起的“公诉”。

这样一种“刑事化”团体诉讼向“民事化”私人之诉的转变，同样经历了一个缓慢的过程。从现有资料来看，这种变化的发生在“不经意”之间完成的。可以肯定的是，早在1166年侵占调查开始之初，被侵占人向巡回法官的主动申诉就已经出现了。至少在1168年的财政署卷宗中，我们已经看到当事人支付诉讼费以获得对于被侵占土地的巡回审判的记载^[65]。当巡回法官来到时，一些被侵占土地的自由民开始试图寻求将案件主动提交法官审判^[66]。当然，在这一时期，即便是基于被侵占人的请求，对侵占人的指控依然是由咨审团提起的，而与“民事化”诉讼中完全由被侵占人启动的程序仍有很大差别。

但随着巡回审判的日益常规化^[67]，在亨利二世最后十年（1179~1189），被侵占人对于巡回法官的诉讼请求也从“个别”发展为“常态”；越来越多的自由保有人试图通过诉诸王室权威维护自身权益。面对底层民众寻求王室司法救济的请求，英格兰的统治者也开始感到有必要在“刑事”程序之外提供一个常规的“民事”救济程序。而在当时的条件下，由常年派往地方的巡回法官来受理这些诉求，无疑成为了一种更好的选择。从经济学视角来看，将巡回法官“主动出击”的调查程序代之以当事人的主动起诉，实际上也构成了一种信息获取成本的转移，可能减轻王室的治理成本。因此，无论是出于对臣民权利的保护，还是治理成本的降低，以私人起诉的民事私人之诉代替刑事公诉程序，都可能构成一种双赢的选择。

因此，当亨利二世时代结束时，我们在《格兰威尔》中看到的新近侵占之诉，已近乎于典型的“民事”程序。此时的起诉人由团体控告转变为被侵占人本人，而咨审团的功能则转向了证明被告是否有罪^[68]。当然，即便在这典型的“民事”程序中，也并非毫无“刑事”程序的遗迹。比如，在新的诉讼形式中，侵占行为的“新近”条件仍被保留——即只有在新近较短时间内（一般为两年左右）的侵占行为才予以追究；而这种只关注“新近”侵占的倾向，很大程度上即来自于最初的“刑事”特征^[69]。此外，对于侵占人征收带有刑事惩罚性质的“罚金”，也同样可被视作这种刑事化遗迹的体现。

总之，以上的分析表明，从诺曼时代的“行政化”令状开始，英格兰王室对于土地占有的保护，经过从“刑事”到“民事”的缓慢演化，最终由一种单纯的临时刑事措施，发展成为常

[64] 参见前注〔11〕，〔英〕梅特兰书，第68~70页。

[65] 依据财政署卷宗的记载，当事人理查德·威廉支付了五马克获得令状，以新近侵占之诉恢复被罗格侵占的土地。参见前注〔9〕，D. W. Sutherland书，第14页。

[66] 卡内冈更多强调这一时期程序的“刑事性”。参见前注〔16〕，R. C. van Caenegem书，第284~288页。但萨瑟兰对此提出了反对意见，认为当事人的请求在同一时期就出现了。参见前注〔9〕，D. W. Sutherland书，第14~15页。

[67] 在亨利二世最后十年，巡回法官的派出十分频繁，以至于人们每年都可以看到法官的活动。R. V. Turner, *The English Judiciary In The Age of Glanvill and Bracton, 1176~1239*, Cambridge University Press, 1985, p. 24.

[68] 参见前注〔11〕，〔英〕梅特兰书，第68~70页。

[69] 有如前述，当制度的初衷旨在打击犯罪与稳定“当下”秩序，因此对于追诉时效做了较短的限定。相反，当诉讼演化为依当事人请求提起的民事诉讼时，这种严格的时间限定则不再必要。这也正是后来“新近”的时间限制最终在事实上被抛弃的原因。参见前注〔16〕，R. C. van Caenegem书，第291~292页。

规的“民事”诉讼程序。在这一过程中，英格兰统治者并不具有一个全局的或系统的战略，而更多是对于一些应急临时措施的尝试与认可。亨利二世君臣恢复“王之和平”的初衷与民众寻求自身权利保护的“意图”都参与到制度的型塑之中，最终的制度构造是各种因素反复试错与层层累积的结果。也因此，在这个意义上，我们可以将新近侵占之诉代表的早期普通法治理视作一种类似于哈耶克描述的“非目的性”的自生自发秩序，其整体的秩序来自于无数的“对特定情势的个别回应”^[70]，而始终不存在一个整体的计划。

四、管辖权竞争的胜利

尽管初衷并非旨在打击领主权，但从客观结果来看，这种“民事化”的新近侵占之诉的确构成了对于传统领主法庭管辖权的巨大挑战。有如前述，在封建理论中，对于土地等民事案件的管辖权天然属于领主及其法庭，而国王的干预仅限于所谓“正义缺失”（即领主拒绝审理或是未能提供足够救济）的情形。因此，由王室法官受理的新近侵占之诉，无疑突破了“民事”管辖权的例外限制，很大程度上侵蚀了原本专属于领主的管辖权。

但这仅仅是一种可能。在中世纪话语中，王室法庭发展出常规诉讼程序，却并不等同于领主法庭就当然丧失这部分管辖权。尽管国王在理论上是最高领主，但在封建治理的结构下，他却不能随意地（甚至也不打算）剥夺贵族的权力。新近侵占之诉诞生，也仅仅是多了一种选择的可能；传统领主法庭的管辖权并没有改变，权利诉讼也依然是土地诉讼的基本形式。换言之，在当时的条件下，王室法庭及其新近侵占之诉的胜出，并非依靠王权的强制，而更多地依靠与其他诉讼形式的竞争。

此后的历史也的确见证了新近侵占之诉的胜利。在新近侵占之诉诞生的数十年后，逐渐取代了领主法庭中的权利诉讼，成为了安茹时代解决土地占有问题最主要的诉讼形式。到13世纪末，又进一步取代收回继承地之诉等其他占有诉讼，成为中世纪后期的“自由保有人用来保护其土地权利的标准程序”。正如有学者指出的，“对于几个世纪以来的英国人来说，它几乎成为了法律之下的安全的同义语”^[71]。

成功首先来自自身的优势。用哈丁（Alan Harding）的话来说，“胜利并不源自对领主法庭的打击，而更多来自于王室法庭诉讼程序的高效”^[72]。如果说领主法庭中权利诉讼的缺陷首先在于程序的拖沓，那么新近侵占诉讼恰恰为当事人提供了高效的程序。同时，与之前的行政化令状不同，这种快速的程序又是“司法化”的，建立在一系列司法调查程序的基础之上。因此，在这个意义上说，新近侵占诉讼同时避免了权利诉讼（拖沓）与行政化令状（恣意）的弊端，在一定程度上实现了司法效率与公正的统一。

这种程序的便捷是多方面的。与权利诉讼须诉诸权利的久远不同，新近侵占之诉中所需证明的仅仅是先前占有地产的事实，而无须像权利诉讼中那样谨小慎微地追溯祖先的谱系。一旦

[70] Hayek, *The Results of Human Action but not of Human Design*, in *Studies in Philosophy: Politics and Economics*, Routledge and Kegan Paul, 1967, pp. 96 ~ 105.

[71] 前注〔9〕，D. W. Sutherland书，第1页。

[72] A. Harding, *A Social History of English Law*, Penguin, 1966, p. 36.



裁判争议土地之前为原告占有, 哪怕侵占人在权利上是真正的主人, 土地也仍将被归还原告^[73]。其次, 由于禁止任何理由的缺席, 新近侵占诉讼也避免了因被告人“缺席事由”导致的延迟^[74]。此外, 开庭前郡长对于被告的羁押也在很大程度上确保了诉讼的顺利进行。

当时的文档纪录也展现了这种高效。与领主法庭的权利诉讼动辄拖延数年不同, 新近侵占之诉的周期大多在一年以内, 甚至不过两三周:

1199年5月, 林肯郡的一位保有人购买了新近侵占令状, 案件在7月15日即开庭审理, 巡回法官的判决也在当天做出; 这较之漫长的权利诉讼, 无疑是惊人的速度。但这并非特例, 在此后的一个世纪, 效率还在不断提高。1253年9月, 一个自由保有人向布拉克顿提起侵占之诉, 恢复了他在上个月被侵占土地, 前后不过一个多月。甚至, 更为惊人的, 1281年拉姆齐修道院的侵占之诉, 从购买令状到恢复占有只用了12天^[75]。

总之, 在13世纪的法律人的眼中, 新近侵占之诉近乎就是“快速程序”的同义语。就像布拉克顿所说的, “新近侵占之诉从不等待任何人”, “只需通过简单的庭审而不必履行庄严的法定仪式, 整个诉讼就可以通过迅捷的方式得以解决”^[76]。

不仅是效率的优势。由于巡回法庭与陪审制的引入, 新近侵占之诉还可能较之行政化令状更为公正。与行政化令状只依据当事人的一面之词不同, 新近侵占之诉的调查由巡回法官和咨审人共同完成, 因而可能获得更为全面真实的信息。考虑到中世纪的农业社会性质, 以及由此带来的“小型社区”的紧密人际关系, 强占土地的行为往往为社区内的居民所知晓, 从而可能构成最可靠也是低成本的信息来源^[77]。与此同时, 较之权利诉讼中的司法决斗, 咨审团的裁决也无疑可能带来更为“理性”与“公正”的审判。因此, 在效率之外, 审判的公正也同样构成了新近侵占之诉的显著优势。

此外, 新近侵占之诉还可能为小土地保有人提供更为“中立”的司法。尽管此时的侵占之诉并非基于咨审人的团体指控, 但由于巡回法官的实际在场, 依然可能鼓励那些小土地保有人对于大领主的诉讼。较之领主法庭, 国王派出的巡回法官也无疑构成了土地案件中更为“中立”的裁判者^[78]; 尤其是在大领主侵占小土地保有人案件中, 巡回法官的“在场”, 显然有助于改变底层民众的不利地位, 并且可能鼓励作咨审人更加真实地表达自己的意志。正如有学者指出的, “由于破坏正义的机会更多地掌握在那些上层的手中, 巡回法官对于封臣的保护也往往是

[73] 尽管被告败诉之后仍可通过提起权利诉讼继续对抗, 但作为新近侵占诉讼的本身却避免了争讼的延迟。参见前注[11], [英]梅特兰书, 第68~69页。

[74] 参见前注[25], [英]哈德森书, 第209页。

[75] 前注[9], D. W. Sutherland书, 第127页。

[76] Bracton, 164b, 转引自前注[11], [英]梅特兰书, 第69页。

[77] 正如波斯纳指出的, 在缺乏文字与现代技术的初民社会, “为了减少信息费用, 每个人都了解其他人的每件事。初民社会之所以否认私隐, 其作用就是要征集所有的人来通风报信和充当保安”。参见[美]波斯纳:《正义/司法的经济学》, 苏力译, 中国政法大学出版社2002年版, 第150~151页。

[78] 有如前述, 夏皮罗的研究曾指出, 与地方的贵族与法庭相比, 国王的法庭更能超脱于在地方占支配地位的利​​益之外, 因而可能为地方的居民提供了一个更“独立”的法官。参见前注[10], [美]马丁·夏皮罗书, 第34~35页。

正义的，贫穷的自由民也将因此欢迎新近侵占之诉”〔79〕。

最后，新近侵占之诉在十三世纪后的一些新变化，也在很大程度上促进了它的普及。比如，1198年的改革引进了对于土地相关动产的损害赔偿，而不只限于返还原物的做法。赔偿的范围不仅包括已经损毁的动产，还包括土地耕种的损耗和诉讼花费，从而可能激励原告的诉讼。其次，新近侵占之诉对于“新近”的时间限定也逐步放宽。在1200年，往往只限于巡回审之前的一到三年；而到了1230年代，已大多延长至十年左右，直至最终在事实上被取消〔80〕。这些新变化的出现，无疑都将吸引更多诉讼进入到王室法庭之中。

总之，上述因素汇集在一起，最终促使新近侵占之诉赢得了这场管辖权竞争的胜利。到了13世纪初期，新近侵占之诉已经成为解决土地占有纠纷最频繁的诉讼形式，以至于最为小额的土地权益也进入到巡回法庭之中。现存最早的1200年代的记录表明，新近侵占之诉的标的中包含了大量小额诉讼，比如一英亩的土地、“两块土地之间的田埂”，甚至一块墓地大小的土地，都可能进入到巡回法庭的审判〔81〕。尽管从理论上说，原告选择在领主法庭起诉也未尝不可，但这就好比“情愿点火把、燃油灯的人现在不会被强迫用电来照明一样”〔82〕，当事人同样无法抗拒选择新近侵占之诉所带来的受益。当然，基于现有的资料，我们仍无法具体地测度这种管辖权的转移对于领主权力的直接影响，但正如许多研究指出的，“安茹王朝的改革一定程度上导致了领主法庭的衰落，这一点似乎无法否认”〔83〕。

但仅仅是领主法庭衰落的结果，却并不等于一定是国王的有为之。至少现有研究表明，改革最初的目标集中在所谓“正义缺失”的案件上，也不曾剥夺领主法庭的管辖权。在新近侵占之诉出现后，领主法庭依然继续受理相关案件；甚至依据王室令状提起的诉讼，也可能在领主法庭结案。同时，考虑到当时王室法庭的规模，过于快速的管辖权扩张也是王室自身所难以承受的〔84〕。事实上，在13世纪早期，王室法官已经明显感到了案件负担的压力，不得限制案件的受理。除了拒绝非自由民的诉讼之外，王室法官开始鼓励庭外和解，并限制代理人的出庭〔85〕。这些有意识地“减负”措施，也同样表明，王室法院管辖权的扩张或许并非王室刻意追求的结果，而更多是一场“不经意”的胜利。

五、结 语

尽管只是安茹时代创制的众多诉讼形式之一，但由于新近侵占之诉在早期普通法形成中的枢纽地位，借助以上的典型分析，我们仍然可能从中观察到英格兰普通法治理的一些基本特征与规律。有如前述，在12世纪开始的英格兰早期现代国家治理中，由于现代意义的立法和行政

〔79〕 前注〔9〕，D. W. Sutherland书，第50页。

〔80〕 See D. M. Stenton, *English Justice between the Normand Conquest and the Great Charter, 1066 ~ 1215*, American Philosophical Society, 1964, pp. 101 ~ 103.

〔81〕 参见前注〔9〕，D. W. Sutherland书，第48页。

〔82〕 参见前注〔8〕，〔比〕卡内冈书，第43页。

〔83〕 前注〔25〕，〔英〕哈德森书，第235页。

〔84〕 亨利二世末期已经感到了这种管辖权扩张带来的压力，参见W. L. Warren, *Henry II*, University of California Press, 1973, pp. 293 ~ 294.

〔85〕 参见前注〔25〕，〔英〕哈德森书，第234页。



资源的不足,以法庭与诉讼为代表的“司法”构成了国家治理的核心,即形成了所谓“司法治理”的模式。而本文对于新近侵占之诉的个案分析,则进一步揭示了早期普通法司法治理的运作逻辑及其经验启示:

首先,新近侵占之诉的历史生动展现了法庭与诉讼等“司法”因素在中世纪后期国家治理中的功能。有如前述,在安茹时代之前,对于普通“民事”案件,国王及其法庭只有在“正义缺失”的情况下才享有一定的特殊管辖权。正是新近侵占之诉的出现,最先使得王室法庭的管辖突破了封建原则的束缚,获得了对于“民事”案件的普遍管辖权。通过这样一种法庭和诉讼构筑的纽带,王权所代表的国家权力得以进入到地方社会的基层社区之中,直接作用于无数普通的底层民众。尤其是在那些领主强占封臣土地的案件中,新近侵占之诉提供了一种较之领主法庭更为“中立”的选择,也使得更多的自由民“真实”地感知王权的存在,从而构成了国家权威获取底层民众认同的重要途径与基础。

其次,在刻画司法治理图景的同时,对于新近侵占之诉的历史还为我们深刻揭示了贯穿于早期普通法司法治理之中的“自生自发”的演进秩序。延续密尔松、比安卡兰纳等学者对于梅特兰的批评,本文进一步以新近侵占之诉为例考察了安茹统治者的初衷与实际结果之间的复杂关联。深入分析表明,新近侵占之诉的诞生最初只是史蒂芬乱世之后恢复“王之和平”的“临时”刑事措施,却在数次成功的尝试后逐渐成长为常规的治理手段;并随着当事人主动申诉的增多,逐渐演变成为当事人维护自身权益的“民事”救济。在整个制度的演进中,始终不存在一个总体的目标。相反,王室与土地保有人的各种不同的需求与“意图”以公开或隐蔽的方式参与到制度的构建之中,一次次重新塑造着制度的目标与路径。

同时,这一制度最终促使土地诉讼从领主法庭转向王室法庭,也并非统治者的刻意追求,而更多是基于自身优势在制度竞争中的自然胜出,甚至是创制者意料之外的结果。在这个意义上,以新近侵占之诉为代表的普通法司法治理可能最为典型地展现了类似于“自发秩序”的经验主义模式;这一治理模式的形成,并非基于任何前在的计划,而来自于各种临时措施在反复试错基础上的自然演化。尽管它们同样包含了历史行动者的意图、思想与理性,但最终结果却并不由这些意志所决定,而来自于具体语境下的社会需求的自身选择;是一种“人之行为而非人之设计的自发秩序”^[86]。也正是由于这种秩序的内生性,使得制度的演进更多地表现为以后果为导向的“试错”过程,其最终结果也往往更为有效地回应本土的现实需求。

作为一项个案研究,本文对于早期普通法司法治理的讨论只能是局部的,但就本文的结论而言,这些研究却可能具有普遍的价值。尤其是对于尝试移植西方法制的当代中国,有关普通法治理的探讨,还可能具有现实的意义。只不过,与一般地讨论英美法的借鉴不同,本文的讨论更多是对于普通法早期发展道路的探寻,及其与时代历史背景的关联。这种对于普通法整体精神的探寻,或许无法对于具体制度的变革提供直接的指导,但却可能作为他山之石,从长远处丰富与深化我们对于法律发展道路的理解,并促使我们在国家治理的大背景中反思法律制度的创建与变革。而较之具体制度的借鉴,这种对于作为普通法本质的经验主义智慧的汲取,可能构成了另一种更深刻的“法律移植”。

[86] 关于“自发秩序”(spontaneous order),参见[英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第55~56页。有关自发秩序与英格兰普通法的内在关联,也可参见Johy Gray, *Hayek on Liberty*, Routledge, 1998, pp. 69~70。