

## 普通法令状与英国司法化国家治理路径的形成

汪 栋

**摘 要：**中世纪英格兰的王权统一以政治均势博弈为历史背景。王室法庭在与封建法庭、教会法庭、地方公共法庭的司法竞争中，通过司法化令状、巡回审实现和教俗贵族、普通民众的直接互动，司法程序逐渐成为英国社会各方政治力量共同接受的国家治理方式。王权以起始令状作为技术工具不断拓展司法管辖权，以令状启动案件审判程序，对围绕土地占有而产生的大量案件，以及范围不断扩大的“国王诉讼”案件，进行分门别类的理性化管理。起始令状以节制、迂回的程序技术策略，于 13 世纪初完成了对封建私人司法的公权化，以及对教会司法的世俗化，最终实现了普通法的统一。起始令状是英国司法化治理路径的开端，它不仅催生了土地法、侵权行为法与契约法等实体法，而且塑造了普通法“程序先于权利”的特殊品格。司法化令状通过“司法化治理”强化“直接统治与服从”的宪制关系，完成普通法的理性化，实现法治对实在法效力的直接性、明确性与普遍性的内在要求。

**关键词：**起始令状；均势政治；司法化治理；直接统治与服从

〔中图分类号〕D956.161 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180(2020)02-0001-15

### 引言

中世纪英格兰的政治均势博弈是王权统一与普通法理性化的历史背景。英国中世纪的社会政治结构以中小贵族为基础，11 世纪中叶诺曼征服后王权通过“索尔兹伯里誓约”获得他们避开中间领主的直接支持，国王与所有的教俗封建主之间建立起直接保护与效忠的关系<sup>〔1〕</sup>；同时，国王从经济与土地资源方面对大贵族的势力予以抑制。威廉一世以法国贵族势力失控致使王权孱弱为前车之鉴，一面将分封的土地化整为零，不使之连绵成片；一面有意使得封臣们的土地相互穿插，

〔作者简介〕汪栋，法学博士，山东农业大学公共管理学院法律系教授。

〔基金项目〕国家社科基金重点项目“依宪治国的中国道路研究”（项目批准号：14AZD132）。

〔1〕 英国诺曼征服之后的封建制度较为完备，这种完备性是指，在英国“我的附庸的附庸也是我的附庸”，而在法国，“我的附庸的附庸不是我的附庸”。英王直属封臣对其下属再作封授时，受封者既须宣誓服从领主，而首要的忠诚则须奉献给国王。这是威廉要求英格兰所有领主都必须接受的“索尔兹伯里誓约”，要求各级领主誓约效忠英王，由此而将具有离心倾向的或大或小的封建共同体联结成一个真正的政治实体。此后，征求各级领主宣誓效忠国王的工作成为英格兰地方法庭的常规业务。于是，英国所有的教俗封建主，像国王直属封臣一样，都与国王之间建立起直接的效忠与保护关系，都是国王的附庸，忠诚于英王成为最高的政治义务。参见阎照祥：《英国史》，人民出版社 2003 年版，第 42 页。

呈犬牙交错之状,因而大贵族无法聚集足够的力量威胁“王之和平”。<sup>(2)</sup>这种特殊的土地分封制度一方面有利于形成王权与教俗贵族力量之间的制衡关系,是形成稳定的均势政治的经济前提;另一方面,纵横交错的封地容易造成经常性的土地纠纷,刺激了社会对司法资源的需求,推动了普通法宪制与法治的形成发展。由于领主们的力量不足以威胁王权,而王权也不占压倒性的优势,因而双方往往选择理性的司法程序解决因特殊的分封制度而不断滋生的土地与权力冲突。国王的行政令状逐渐司法化,表明王权与贵族力量之间对抗的和缓特性。英国特殊的采邑分封制度直接催生了司法化令状,推进了诉讼形式与以陪审制为中心的司法程序的发展。<sup>(3)</sup>

诺曼征服以后的王权注重运用理性的司法程序实现中央集权与国家治理。“诉讼形式、原始令状是司法集中的主要方式,通过它们,王室法庭攫取了许多原属领主法庭的管辖权。”<sup>(4)</sup>令状制度是诺曼—安茹诸王实现司法统一过程中与教俗贵族进行权力博弈的重要方式,是普通法诉讼程序与形式的基础程序。王室法庭在与封建法庭、教会法庭、地方公共法庭的司法竞争中,主要通过司法化令状与巡回审实现和教俗贵族、普通民众的政治互动,王国逐渐形成司法化治理的路径。

王权以司法化令状拓展司法管辖权,启动审判程序,也以司法化令状对围绕土地占有而产生的案件,以及范围不断扩大的“国王诉讼”案件,进行分门别类的理性化管理。司法化令状以节制、迂回的程序技术策略,于13世纪初完成了对封建私人性司法的公权化,以及对教会司法的世俗化,最终实现了普通法的统一。司法化令状不仅催生了土地法、债务法、侵权行为法与契约法等实体法,而且塑造了普通法“程序先于权利”的宪制品格。亨利三世时期(1216—1272),“有多少诉讼理由,就有多少令状格式”,意味着权利先于救济;然而,一俟令状制度发展成熟,这句话就应该反过来说了,“有多少令状格式,就有多少诉讼理由”,也就是说,诉讼形式已经通过令状制度预设完毕,诉讼理由是从中推导出来的。<sup>(5)</sup>这样,原来的“有权利必有救济”就变成了“有救济才有权利”或者“程序先于权利”。由此可见,正是令状制度确立了英国普通法“程序先于权利”的原则。

## 一、行政令状的司法化

令状制度是中世纪英格兰普通法形成与发展的宪制基础。令状即以简短书面形式呈现的

---

(2) 程汉大:《英国政治制度史》,中国社会科学出版社1995年版,第40页。

(3) 土地制度对于中世纪封建制的英国具有特殊的意义,因为中世纪至关重要的领主权与土地所有权几乎是同一个概念。密尔松指出:“领主权就是财产权,它是来自上级的法律保护的客体;同时,领主权又是司法管辖权,是对下属的权利给以法律保护的渊源。”中世纪英国的土地所有权等于领主权,也等同于司法管辖权,因此,长期而复杂的土地权纠纷,实质上是国王与僧俗贵族的领主权之间,司法管辖权之间的博弈,王权与领主权之争的司法化令状大多与土地有关,也就容易理解了。随着土地案件种类的不断增多,用以拓展王室法庭管辖权的相应司法化令状逐渐类型化、格式化,最终形成发达的诉讼程序与诉讼形式。参见[英]S.F.C.密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬、高翔、刘智慧、马呈元译,中国大百科全书出版社1999年版,第101页。

(4) [英]梅特兰:《普通法的诉讼形式》,王云霞、马海峰、彭蕾译,姜栋、徐国栋校,商务印书馆2009年版,第45页。

(5) [英]梅特兰:《普通法的诉讼形式》,王云霞、马海峰、彭蕾译,姜栋、徐国栋校,商务印书馆2009年版,第40—41页。

行政命令与通知，一直是教会与世俗统治者用以下达指令的重要行政工具。<sup>〔6〕</sup>早在盎格鲁—撒克逊时期，王室令状就被作为常规的宪制方式，得到经常性的运用，是日渐发展成熟的行政治理工具。行政令状是国王直接发出的命令，要求教会、贵族与官吏制止某些不法行为或处理某项具体事务。作为国王治理英格兰的常规手段，行政令状反映了国王高于教俗封建领主公法权威。

王室的行政令状起初是随意性很强的治理技术，本质上是行政命令，相当于“警察措施”，作为一种对当事人权利进行救济的行政手段，它缺乏司法程序所具有的例行化与规范化特点，难免独断专行，仓促草率，尤其是不可能像法院庭审那样做到兼听则明，因而往往导致比它所要处理的不义更大的不义。<sup>〔7〕</sup>英格兰源远流长的“宪法性观念”是“正义源于王的特权”，“王之和平”意味着国王介入法律争议的正当性与必要性。国王的救济最初不是常规手段，而且一般必须付费申请，当事人只有在穷尽地方公共法庭或领主法院的司法救济，自己的请求仍然未得到满足时才会诉诸国王，而国王则往往运用行政令状予以回应。行政令状存在诸多弊端，不适合复杂案件的公正处理；而在英国特有的政治均势的背景下，体现国王意志的行政令状实际上受到多方面政治力量的制约，不可避免地走向司法化。

行政令状的司法化（judicialization）是国王、僧俗贵族与普通民众三方政治力量互动妥协的过程，三者之间的政治博弈推动了司法程序的形成与发展，“为维护权利而形成的诉讼格式，是在行政令状转变为启动诉讼的司法化令状的过程中发展起来的”。<sup>〔8〕</sup>王室行政令状作为一种具有单方强制性的行政命令，对当事人权利的救济或对非法行为的纠正都基于王室政府的简单调查与判断，具有直接、及时、灵活、便利的特点，因而只是适合于少数紧急情况与特殊情况的一种权宜措施。然而，大多数侵权或不法行为的权利救济涉及复杂的案情调查，必须听取当事人双方的对质，行政令状由于缺乏正规程序的保障而弊端甚多。<sup>〔9〕</sup>传统社会的规则主要是习惯法，立法创制活动并不经常。因此，国家治理的基本方式是行政治理与司法治理两种手段，行政手段高效、便捷，但是有可能导致严重不公和损害；司法手段遵循规范化的程序，不偏不倚，理性客观，但可能失之于繁琐和延宕。

王室行政令状是对命令对象利益的直接处分，一般不会引发诉讼程序；而司法化令状则必定会启动一场审判，因此司法化令状又称“起始令状”（Original Writs），即起始一个司法诉讼程序的行政命令，它是王室法庭诉讼的起始程序。司法化令状由文枢署签发，当事人付费申请，如果臣民青睐王室的司法救济，越热心申请购买令状，国王的财力就会越充足，因而经济动力成为令

〔6〕〔美〕伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，第538—539页。

〔7〕〔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46页。

〔8〕Florence Elizabeth Harmer, *ANGLO-SAXON WRITS* 54 (New York, Barnes & Noble 1952). 转引自孙德鹏：《源于“书写”的权利与技术：令状的司法化与普通法的形成》，《现代法学》2008年第3期，第185页。

〔9〕〔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43页。

状制度发展演化的重要原因。必须再次强调，民众积极购买令状，不是因为令状直接处分他们的权利，能够快速满足他们的利益需要，行政令状固然能够实现这一点，然而，它也隐藏着巨大的随意性与不公正，偶尔为之是可以的，经常这样做，反而会损害国王令状的宪法权威，就更不用说贵族领主们的抵制了。民众所欢迎的令状是司法化的令状，它将权利纠纷直接交付王室法庭审理，而王室法庭的司法服务质量要优于其他封建法庭。总体上，国王对民众权益纠纷的介入方式有一个演变过程，一开始是直接的行政命令，逐渐演变成为节制、迂回的司法化令状方式。因此，卡内冈教授说：“令状的司法化或起始令状的确立，是令状由直接分配权利义务的行政命令演变为启动诉讼的程序工具的结果。”<sup>〔10〕</sup>

司法化令状不同于行政令状的关键之处，是以对诉讼程序的启动取代对当事人利益的直接处分。行政令状是对相对人权利与义务的强制性决定，相对人须将其当作是国王的命令遵照执行。因此，在亨利二世的司法改革之前，行政令状一般都是“如何做”的命令式修辞，而司法化令状则仅强制利害当事人出席王室法庭的诉讼，通常的格式是“传唤到我的法官面前审问以决定争议的问题，那里有此令状”。<sup>〔11〕</sup>这一格式显然不具有普通行政命令的直接处分性质，尽管司法化令状仍然是一种直接命令，但是，司法化令状只是一种程序命令，是对当事人程序利益的直接处分，而不是对争议的实体利益径自作出决定。

申请国王救济者必然根据其所受损害的不同种类选择不同的令状格式，这是因为不同的起始令状对应着不同的诉讼程序，“有多少令状格式，就有多少诉讼类型”<sup>〔12〕</sup>，而不同的诉讼程序又对应着不同的损害种类。如果申请人所购买的令状与其所受损害类型不能对应，最终可能丧失胜诉的可能性。当然，在司法化令状发展之初，由于起始令状种类较少，申请人享有较大的选择自由。如果申请人请求救济的是既有令状不能有效回应的损害，也即受侵害的实体权利是新类型的损害，那么文秘署可能针对原告的这种特殊损害创制相应的新起始令状，此时，是先有损害而后才有起始令状。然而，随着起始令状种类的增加，到13世纪中叶，大量新的令状格式被创制出来，差不多完全覆盖了所有的损害类型，此时，则变成有起始令状然后才有对损害的救济。这个时候，令状已经完成了类型化、格式化与固定化，基本上发展成熟，因而，原告必须慎重选择与其所受损害类型相适应的起始令状，以启动与其实体权益相适应的司法救济程序。由此可见，令状制度“是对所有诉讼程序的分类，同时也是对当时实质性法律原则和普通法的分类”。<sup>〔13〕</sup>之所以说普通法的理性化起始于令状，恰是因为令状不仅对应诉讼程序规则，而且对应着实体权利规则，普通法通过令状制度实现了程序法与实体法的分化与再分化，逐渐实现了法律规则的理性化、规范化、

〔10〕〔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，译者序第6—7页。

〔11〕孙德鹏：《源于“书写”的权利与技术：令状的司法化与普通法的形成》，《现代法学》2008年第3期，第185页。

〔12〕Florence Elizabeth Harmer, *ANGLO-SAXON WRITS* 50 (New York, Barnes & Noble 1952). 转引自孙德鹏：《源于“书写”的权利与技术：令状的司法化与普通法的形成》，《现代法学》2008年第3期，第185页。

〔13〕Florence Elizabeth Harmer, *ANGLO-SAXON WRITS* 52 (New York, Barnes & Noble 1952). 转引自孙德鹏：《源于“书写”的权利与技术：令状的司法化与普通法的形成》，《现代法学》2008年第3期，第186页。

形式化。

新令状的增加通常意味着司法管辖权从领主法庭向王室法庭的转移。亨利二世时期(1154—1189),司法化令状有了新的发展,此时的指令令状已经不限于解决国王直属封臣的案件,而扩大适用于被告是中间封臣的诉讼,指令令状使得本应在地方封建法庭审理的案件转移到王室法庭审理,这显然是对贵族财产权与司法管辖权的双重干涉。后来,贵族们强迫约翰王在《大宪章》中承诺,往后签发的指令令状不得再剥夺领主的司法权,此可见于《大宪章》第34条规定,只有三种情形除外:发生争议的土地属于国王所直接封赐;发生争议地尚未设立领主法庭;领主主动放弃审判权。<sup>〔14〕</sup>

领主们对英王司法集权的抵制集中体现于《大宪章》第34条对国王令状的限制。此后,为进一步对抗国王借助令状制度进行司法扩张,1258年的《牛津条例》规定,未经国会的同意,文秘署不得签发新的令状。1285年的《威斯敏斯特法II》规定,类似情形给予类似救济,原告申请王室司法救济必须选择适用先前的令状格式;如果必须创制新的令状,须经谏议会批准后方可另行创制。<sup>〔15〕</sup>尽管贵族力量一再试图反制王室的司法扩张,实际效果却并不显著。主要原因是,王室与贵族在司法领域的竞争过程中,王室法庭的救济程序更为理性公正,封建领主法庭的颓势已经难以挽回。

## 二、起始令状的定义与类型

起始令状是典型的司法化令状,是指以国王的名义签发的一种权利令状,将案件指向合适的王室法庭,以启动诉讼程序。<sup>〔16〕</sup>起始令状是当事人向王室法庭寻求司法救济的通行证,即开启直通国王法庭的诉讼程序的准行政命令。起始令状的出现是行政令状司法化的标志。

通常认为,起始令状是“司法化”的行政令状。起始令状的功用在于启动司法程序,将案件的司法管辖权从教会法庭、领主法庭等转移到王室法庭。王室法庭最初只受理国王直属封臣之间的纠纷以及其他涉及“王之和平”的案件,诉讼种类与数量有限。国王对地方司法很少直接介入,只有在地方法院未能对案件公正裁决时,当事人才可将案件诉至王室法庭。

当行政令状被国王运用于将案件在王室法庭系统进行分配时,这些行政令状的行政性质就发生了微妙的变化,被称作“司法化的行政命令”,也即起始令状。“行政令状转化为起始令状是与向国王法庭解释不遵守行政令状之原因联系在一起的。”<sup>〔17〕</sup>也就是说,行政令状的司法化既有国王自我约束、自我节制的原因,也有相对人对令状进行抗辩的原因,而抗辩意味着诉讼。随着起

〔14〕 屈文生:《普通法令状制度研究》,商务印书馆2011年版,第115页。

〔15〕 屈文生:《普通法令状制度研究》,商务印书馆2011年版,第208页。

〔16〕 《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1012页。

〔17〕 Florence Elizabeth Harmer, *ANGLO-SAXON WRITS* 49 (New York, Barnes & Noble 1952). 转引自孙德鹏:《源于“书写”的权利与技术:令状的司法化与普通法的形成》,《现代法学》2008年第3期,第186页。

始令状的发展,王室司法管辖权渐渐扩张,诉讼向王室法庭集中,形成无令状即无诉讼的形势,起始令状实际成为“诉讼”的同义词。

从学理上划分,英国纷繁复杂的普通法令状包括权利令状与非常令状两大类型,其中,权利令状又包括起始令状与司法令状。必须注意的是,不能将司法化令状等同于司法令状。司法化令状起源于行政令状,由后者演化而来,是“司法化”之后的行政令状,是由国王文秘署签发的启动法院诉讼程序的起始令状。从根本上讲,司法化令状仍然是行政令状,体现行政意志,不过,它不是对当事人的直接命令,而是为当事人提供了一个司法诉讼的选择,因而异于典型的行政令状。司法令状则是指以法官名义签发的,根本上体现的是司法意志而不是行政意志,它的目的在于保证诉讼过程的每一程序得以无阻碍推进或判决能够得以执行。<sup>(18)</sup>

起始令状主要有指令令状(Praecipe Writs)、过错请求令状(Plaints of Wrong)、侵害令状(Trespass Writs)、类案侵害令状(Trespass on the Case)四个类型。<sup>(19)</sup>此处主要解读指令令状与侵害令状,类案侵害令状是侵害令状的拟制,不单独介绍,过错请求令状(主要指不动产权益占有令状)则在本文第三部分结合其历史背景与意义进行分析。

指令令状的范例是针对土地的权利令状,于12世纪中叶出现,恰是亨利二世当政期间。权利令状指示领主,要求他为自己的陪臣主持正义,恢复陪臣的土地权益。早期权利令状的一般格式是:“国王致K问候。我命令你对A主持公道,完全恢复他(在某地)对自己保有的土地及其上附属物的权利,……除非尔为之,郡长将代行此职,……”<sup>(20)</sup>“除非尔为之,郡长将代行此职”条款是起始令状的通行格式,在国王与贵族之间的司法竞争中具有不可忽视的深远影响,正是此条款为普通民众开放了通向王室司法的门径,即是说,诉讼当事人在穷尽地方司法救济之后,如果其权益仍未得到恢复,那么,他还可以最终诉诸王室法庭,也因为此条款,案件才能从领主法庭经郡法院而最终转移到王室法庭。<sup>(21)</sup>

指令令状是由早期的权利令状演进而成的新类型令状。指令令状设置了针对被告的新程序,即命令被告如果拒绝原告的请求,就必须到王室法庭为自己受到的指控进行答辩。因此,新的指令令状兼具起初权利令状的行政性质和新增的司法性质。“无须应诉”原则即源于权利令状。据此,倘若未获权利令状允许,则领主法庭不得启动不动产权益诉讼,当事人无须应对关于其土地权益的任何诉讼。<sup>(22)</sup>该原则的实质是国王对领主法庭的司法管辖权进行了严格控制,没有国王的允许,任何土地诉讼实际上都无法进行。

侵害令状对应“国王诉讼”案件,它针对的案件类型是暴力型犯罪,此类犯罪一般都是侵害

(18) 屈文生:《普通法令状制度研究》,商务印书馆2011年版,第168页。

(19) 屈文生:《普通法令状制度研究》,商务印书馆2011年版,第125页。

(20) F. W. Maitland, EQUITY ALSO THE FORMS OF ACTION AT COMMON LAW: TWO COURSES OF LECTURES 376-377 (Cambridge University Press 1929). 转引自屈文生:《普通法令状制度研究》,商务印书馆2011年版,第88页。

(21) 屈文生:《普通法令状制度研究》,商务印书馆2011年版,第89页。

(22) 李红海:《普通法的历史解读——从梅特兰开始》,清华大学出版社2003年版,第138-139页。

“王之和平”或侵害王室特权及欺骗王室法庭的行为。<sup>(23)</sup>侵害令状不是独立的诉讼格式，而是以指令令状为前提的一类令状。指令令状命令被告依法为某一行为或为自己的行为进行辩解，兼具行政与司法性质；侵害令状则传唤被告出席王室法庭，向法官解释其行为缘由，侵害令状差不多完全是司法性质的文书，因为它只处分被告的程序利益，这种令状着重于惩罚和对不法行为进行补偿。指令令状为当事人提供了一定的选择余地，而侵害令状则是绝对的和强制性的，被告只能出庭为自己申辩。

### 三、经由司法法令状的直接治理

12世纪中后期，安茹王朝改革确立了司法化的起始令状在英国法中的基础地位。经过对起始令状的创新运用，令状程序成为亨利二世时期及以后王室法庭审理民事案件的宪制前提，没有起始令状，就不能向王室法庭起诉。<sup>(24)</sup>起始令状实现了王权以弱化地方封建势力为基础的直接治理，实现了司法管辖权从地方向中央的集中，以及对案件的类型化、理性化的管理，从管辖权、诉讼程序及实体法等方面促进了普通法的形成，而这一切都是围绕着土地及其上的权益来进行的。

起始令状的发展完善与封建土地占有权保护存在紧密的关联。1135年开始的近二十年的斯蒂芬内战，使得封建土地保有关系受到极大的破坏，封建土地保有关系根本上是宪制权力关系，1154年亨利二世当政后重整朝纲，必须恢复与重建封建土地保有关系。土地占有秩序的恢复与调整，其实是一个复杂的政治博弈过程。在此过程之中，令状制度所体现的国王司法治理的策略性、迂回性得到充分的体现。另外，王室巡回法院所采用的陪审制与司法化令状程序技术相得益彰，非常适合解决斯蒂芬乱世之后土地占有权益的归属问题。亨利二世颁布的以四个小巡回审判令状为基础的普通法起始令状，间接地将大量的土地诉讼从封建领主法院转移到王室法庭，而这四个起始令状启动的王室司法程序均以陪审制方式裁决案件。这些起始令状包括新近侵占诉讼令状、收回继承地令状、地产性质诉讼令状、最终圣职推荐权令状，它们统称不动产权益占有令状，或称过错请求令状。

新近侵占诉讼令状的目的在于恢复封建土地占有关系。土地被他人非法剥夺者可申请此类令

(23) 侵害令状与侵害私诉相似，如企图伤害与殴击的侵害令状非常接近于“故意伤害私诉”。侵害令状从侵害私诉发展而来，13世纪时，侵害令状只针对“使用暴力和武器”“违反国王和平”“侵犯王室特权”的不法行为，王室法庭只受理这三类不法行为，而不受理其他类型的侵害行为。“使用暴力和武器”这个条件限制了很多非暴力不法行为受害者获取王室司法救济，如违约、欺诈、饲养危险动物致害、受托保管他人财物致损等诸如此类的侵害。到14世纪后半叶，“使用暴力和武器”这种限制才通过拟制而被最终取消，也就是说，类案侵害令状是侵害令状的拟制与延伸。侵害诉讼包括“使用暴力和武器侵害诉讼”和“特种案件侵害诉讼”或“非暴力侵害诉讼”两类，二者在令状格式上前者适用侵害令状，后者通过拟制而逐渐形成“类案侵害令状”。但是，直到1610年之后，根据“形式优于内容”的普通法原理，“直接侵害诉讼”与“类案侵害诉讼”才被严格区别开来，因为令状选择错误会导致败诉的后果，必须将二者纳入不同的令状类型，前者即侵害令状，后者则自成一类即类案侵害令状。两者的区别可举例说明，抛掷圆木砸中路上行人是“直接侵害行为”，适用侵害令状，而如果行为人为人将此根圆木弃之于道绊倒某人而使其受伤，是“类案侵害行为”，受害人应当选择“类案侵害令状”获得司法救济。屈文生：《普通法令状制度研究》，商务印书馆2011年版，第131-134页。

(24) 郑云瑞：《英国普通法的令状制度》，《中外法学》1992年第6期，第69页。

状以启动王室司法程序，由国王法庭以陪审这一理性的审判方式作出恢复权利人占有的裁决。新近侵占诉讼令状是国王为保护封建土地占有秩序而签发的，防范封建领主通过土地掠夺而扩张势力。也正是出于这种抑制领主势力的考虑，亨利二世还允许领主的陪臣申请令状将已在领主法庭审理的土地案件转移到王室法庭审理。新近侵占诉讼令状的设立表明已经形成“操于王室手中的体系化的司法形式和现在一切自由民均可轻易诉诸的事实”。<sup>(25)</sup>

早期新近侵占诉讼令状的基本格式为：“恢复原告对土地的占有，否则到我的法官面前出庭诉讼”，这依然保留着明显的行政命令因素。后来，新近侵占诉讼令状格式演变为“国王向某某问候。N向我诉称”，这几乎纯粹是司法性质的出庭命令，表明“行政令状司法化的过程达到其逻辑结果的最后阶段”<sup>(26)</sup>，也标志着中世纪英格兰王国的政治统治完成了向司法化治理的转变。新近侵占诉讼令状的重要意义还在于，它是英国民事司法程序的基础性程序，决定了普通法民事诉讼的历史走向。<sup>(27)</sup>

收回继承地令状及相应的诉讼程序，是为保障封建土地继承秩序而设。该令状规定：如果陪臣的土地继承权受到侵害，丧失了对土地的占有，那么，他可申请收回继承地令状，以获得王室司法救济。1176年《北安普顿法》确认了这一令状。<sup>(28)</sup>根据英格兰习惯法，封臣死后其土地的继承，必须经领主举行土地继承仪式，封臣的后裔作为继承人方能获得土地。领主往往利用这一习惯法趁机剥夺继承人的土地占有权，如果没有国王的介入，继承人在领主法庭或地方公共法庭很难恢复自己对土地的和平占有。在这种情形下，王室司法救济是被侵权人唯一能够指望的保护，实际上，对于这种土地权益纠纷，王室法庭居于超然地位，其裁决的公正性是毋庸置疑的。显然，如同新近侵占诉讼令状那样，收回继承地令状压缩了领主的司法权空间，它与新近侵占诉讼令状共同维护了封臣的土地权益。<sup>(29)</sup>

地产性质诉讼令状所开启的诉讼是作为一种预备诉讼而出现的。这种预备诉讼决定的是争议地产究竟是归教会所有，还是归世俗所有，依据该诉讼的结果再决定涉及该地产的纠纷是应该在世俗法庭还是教会法庭解决。历史上，某一地产保有的教俗争端曾经有过依国王命令而由陪审团认证的先例，亨利二世因而创制地产性质诉讼令状以重申此传统，凭借传统的力量钳制教会司法权，当然，这就相应地拓展了国王司法保护的范围。

最终圣职推荐权令状针对的是地产保有者向其土地上主教推荐教士的权利。圣职推荐权关涉

---

(25) [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 52 页。

(26) [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 57—60 页。

(27) P. J. Cooke, D. W. Oughton, *THE COMMON LAW OF OBLIGATIONS* 136—137 (London, Butterworths & Co. 1993).

(28) F. Pollock and F. W. Maitland, *THE HISTORY OF ENGLISH LAW BEFORE THE TIME OF EDWARD I* 136—137 (Cambridge, Cambridge University Press 1968).

(29) 密尔松是这样描述该令状的主要内容的：国王命令郡长召集十二个守法臣民并让其发誓证明是否甲的父亲去世时，占有着某块土地，是否他在我加冕之前已死亡。此外，证明是否甲是其下一个继承人；同时，传唤拥有该土地的乙来听取这种供述。参见 [英] S. F. C. 密尔松：《普通法的历史基础》，李显冬、高翔、刘智慧、马呈元译，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 130 页。



教俗两界，与之相关的纠纷发生后往往由教会裁决。教皇亚历山大三世规定，如果教士职位空缺三个月后，主教将自动获得推荐权。表面看，圣职推荐权似乎是纯粹的宗教事务，实际上却与土地保有存在着密切关系，也就是与俗界权力有关。为抑制教会权力，亨利二世针锋相对地设计了最终圣职推荐权令状，规定：圣职推荐权必须由王室法官主持的陪审团裁决其归属。此令状启动的诉讼只解决简单的实质问题，因而相当快捷，这个实质问题是，和平时期谁推荐了最后一位教士，而这位教士之死又导致了圣职的空缺？王室法官避免纠缠于前任教士的任职权利与资格，而是裁定推荐权之归属，一旦找到前次圣职的推荐者，则问题迎刃而解，因为推荐者有权在圣职空缺后再次推荐任职者。<sup>(30)</sup>

如前所述，指令令状、不动产权益占有令状（过错请求令状）、侵害令状以及类案侵害令状构成在王室法庭启动诉讼的四大类起始令状。侵害令状与类案侵害令状相比于前两者较为晚出，到13世纪中期才变得常见。<sup>(31)</sup>侵害令状以“说明理由”的格式开头，要求被告到王室法官面前解释其行为过程及理由，“说明理由”取代了指令令状的拟制行政命令格式。起始令状发展至此其实已经完全是一种传唤被告出庭的文书，虽有强制到庭的威慑力量，但与行政令状对当事人权益进行直接处分的行政性质已经大相径庭。从指令令状到侵害令状，“经过说明理由的格式，从纯粹的行政救济命令到纯粹的司法传讯令状的发展得以正式完成”。<sup>(32)</sup>

由上可见，起始令状或司法化令状的兴起与发展实质是普通自由民能够借此避开中间封建领主主诉诸国王权威，使其意愿直接“上达天听”，体现了诺曼征服后经由亨利二世司法改革而逐渐确立的迥异于欧陆的“直接统治与服从”的英国宪制模式，亨利二世创新发展的不动产权益占有令状（过错请求令状）集中地反映围绕土地保有关系的英国均势政治博弈。如后文所论，起始令状所催生的普通法，具有规则与效力的直接性、明确性与普遍性，这些属性直接源于司法化令状的内在逻辑，以及司法化令状所依托的英国“直接统治与服从”的宪法原理。司法化令状是英国宪法原理“索尔兹伯里誓约”在司法领域的具体运用，而从根本看，行政令状的司法化必须以“索尔兹伯里誓约”所塑造的英国特殊君臣关系即“直接统治与服从”关系作为宪制前提。

#### 四、司法化治理路径的形成

司法化令状或起始令状是英国普通法的基石。司法化令状、王室法庭以及陪审制共同推进了集中统一的普通法体系的形成与发展。司法化令状关乎法律诉讼的具体程序，也关乎相应的实体法规则，也就是说，司法化令状指向特定的诉讼程序，而特定的诉讼程序又指向特定的实体权利保护；司法化令状、诉讼程序、实体法规则这三者彼此对应关联，构成完整的英国普通法法制。在此意义上，我们可以说，普通法的程序规则与实体规则均源于令状制度，也即司法化的令状程

(30) [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61—63页。

(31) 屈文生：《普通法令状制度研究》，商务印书馆2011年版，第130页。

(32) [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70页。

序技术先于实体法。“令状的统治即法的统治”<sup>(33)</sup>，王室司法化令状支配着英格兰宪制的发展，塑造了普通法的形式主义特质。英国法的理性化、形式化应当归结为令状的司法化，归结为12世纪前后英国治理路径的司法化转向。

王室法庭通过令状制度实现了英格兰司法权的统一。起初，王室法庭与领主司法、教会司法多元并存，安茹王朝司法改革之前，王室司法管辖权在不甚严格的意义上一直是非正式的或非常规的司法管辖权。除了教会法庭和城市法院之外，普通案件的司法管辖权或归之于地方公共法庭，或归之于封建领主法庭，后两者亦非专门法院，而是地方民众或封臣的公众集会，司法的职业化与专门化则是中央集权化的伴生物。亨利二世通过司法化令状所做的，不是废除地方和封建的司法管辖权，而是创立了并行的王室司法管辖权与之竞争。原告可以自主选择管辖法院，“正如情愿像过去那样点火把，燃油灯的人现在同样不会被强迫用电来照明一样”<sup>(34)</sup>，王室司法通过令状制度在各类司法管辖权之间的竞争中争取到了主动，而通过自身司法程序技术的改进最终也赢得了优势。亨利二世对令状制度的改革确立了两个重大原则：第一，不经王室令状启动土地诉讼，任何人无须应诉。此即“无须应诉”原则。第二，如果自由保有地未经司法程序而被剥夺，被侵权者可申请起始令状获得王室法庭救济。这两条原则既保证了土地占有人不受所谓“不负责任的司法”的审判，也能够保障土地占有人不受“司法以外的力量”的侵害。<sup>(35)</sup>国王凭借令状制度的“无须应诉”原则“控制了案件通往贵族法庭的通道”<sup>(36)</sup>，逐渐实现了司法与法律的统一。

令状制度推动了普通法的形成与发展。亨利二世的司法改革确立了王权治理的司法化模式，实现了中央权威与所有自由民避开中间封建阻隔“面对面”的直接政治互动。随着国王公权救济的常规化、例行化，签发令状的工作很快由国王转交专门机构文秘署官员来完成。当事人以文秘署签发的起始令状，取得国王的司法保护。令状界定了原告提起诉讼的理由，确立了相应案件的审判程序。根据普通法的“遵守先例”原则，最先的令状无异于确立了此后类似案件的先例，因而，令状效力远超个案之外，以后审理类似案件均须预先申请相近或相似的令状，程序先于权利原则即起源于此。文秘署官员遵循先例并保存空白的令状格式，等待当事人从中自主选择。而且，当受害人向国王文秘署提出一种新的诉讼请求时，御前大臣不拘泥于既定格式的令状，根据“有损害必有救济”的原则创新令状格式，签发新令状，“增加既定令状实质上等于披着司法程序的外衣进行立法活动”。<sup>(37)</sup>这是因为每一类令状都意味着将某一领域的权益纳入司法保护的范畴，而

---

(33) *A Committee of the Association of American Law Schools*, II SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY 712, 1907. 转引自程汉大：《英国宪政传统的历史成因》，《法制与社会发展》2005年第1期，第35页。

(34) [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43页。

(35) Alison Reppy, *The Development of the Common-Law Forms of Action*, 23 BROOK.L.REV. 48 (1956). 转引自屈文生：《普通法令状制度研究》，商务印书馆2011年版，第113—114页。

(36) [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33页。

(37) [美] 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，第546页。

这个范围随着司法化令状种类的增加而不断扩大，英格兰的土地法、债务法、侵权行为法与契约法等实体法就是这样通过令状保护范围的不断拓展而逐渐形成。例如，13世纪时创设的各类侵害令状将王室司法救济扩大到各种暴力行为的受害者，诸如暴力侵入土地，用暴力侵犯动产，攻击和殴打侵犯人身等。从这种侵害令状中最终发展出近代英国侵权行为法和契约法的大部分内容。到14世纪时，令状种类已经发展至数以百计，每种令状“都既确认政策（保护某些权益避免受到侵害），又肯定王室司法管辖权。这种确认和肯定的原始基础即维护国王的安宁、反对使用暴力和武力，到此时已经让位于更复杂的考虑。业已开始的回应无政府状态和暴力行为的挑战，回应地方法院、封建法庭以及教会法庭竞争的挑战，已经成为整个政府构建的中心”。<sup>〔38〕</sup>令状的司法化治理缓和、迂回、渐进、理性而富有策略，这些特点虽然反映了中世纪英国司法竞争中王权的被动、无奈与力不从心，但是，却同样体现了王室司法不断优化自身品质的努力与耐心。英王也正是通过令状制度推动了王室司法与王室法律的理性化，使得王室法庭的审判更为公正、更为便捷，因而更受民众欢迎，案件纷至沓来，这反过来又加快推动了令状的司法化进程，形成王室政府与普通民众之间良性循环的理性互动。<sup>〔39〕</sup>

司法化令状所塑造的司法治理传统是一种个体自助型司法路径。个人主义是普通法传统，在很大程度上，普通法是在人们的权利博弈过程中形成的，事实上，英格兰的历史始终不存在一个有力量庇护万民的世俗的全能立法者。无论是普通法原始的决斗、弹劾式刑事私诉，还是陪审制的“同侪审判”原则，都贯穿着个人自主自治的顽强精神，要求人人自立，敢于竞争，几乎没有谁指望法律如父母般地给予关怀照料。令状制度也不例外，同样体现了强烈的个体自主精神。具体而言，起始令状之所以是司法化的，就因为它不像典型的行政令状那样单方面主动地处分相对人的权益，由不得命令对象自主选择；司法化的起始令状救济是被动的，原告可以自主决定是否诉诸令状救济，诉诸何种令状救济。原告的自主性体现在他必须自己选择最适合救济其损害的令状，他能够通过选择令状从而控制整个诉讼过程。自主选择合适的令状需要原告谨慎明智的判断与积极努力的作为。亨利二世改革使王国的司法治理更加程序化、正规化、理性化，如果原告未能选择适当的渠道，或者未能遵循正规的方式完成诉讼各个环节的严格要求，就须自行承担败诉的风险。令状制度的“有损害必有救济”原则，不是指原告可以消极地接受国王的恩赐，而是指王室司法等待当事人自由判断和积极作为，然后才对当事人这种实践权利的技术行动予以回应。就此而论，普通法不是一种庇护型法律，而是一种自助型法律，以普通法为核心的英国法治，始终主要是一种公民个体自助型的治理。<sup>〔40〕</sup>

〔38〕〔美〕伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，第546—547页。

〔39〕孙德鹏：《源于“书写”的权利与技术：令状的司法化与普通法的形成》，《现代法学》2008年第3期，第191页。

〔40〕李猛：《除魔的世界与禁欲者的守护神：韦伯社会理论中的“英国法问题”》，载李猛：《韦伯：法律与价值》，上海人民出版社2001年版，第191页。

## 五、余论：普通法法治的经验

11世纪中叶诺曼征服以后,英国王室司法相对于封建司法权、教会司法权、城市司法权和特许司法权,逐渐取得竞争的优势。12世纪中后期,安茹王朝亨利二世援引“王之和平”概念,创新或改革治理技术,推进王室司法的公权救济,在王室巡回法庭中广泛使用起始令状与陪审制。这两项公权救济方式不断司法化,诉讼程序与技术不断优化,王室司法质量高于教会法庭与领主法院,逐渐取得对地方上暴力威胁社会公共秩序案件以及土地占有等“类侵害案件”的完全管辖权或并行管辖权。于是,国王的公共人格获得社会的普遍认可,“王之和平”的概念由虚到实,由私到公,内涵日渐扩大与丰富。从根本上说,英国中世纪“王之和平”的概念与王室司法集权具有紧密的内在关联,“王之和平”的宪制原则是英国司法化治理的起点与旨归。

13世纪初英国以《大宪章》的颁布为标志最终确立司法化治理模式。形成这一模式的内在原因在于英国的均势政治特质。<sup>〔41〕</sup>英国政体的均衡特质表现在王权不是主导社会的唯一支配性力量,王权的公共人格所代表的国家大共同体,是众多地方封建小共同体以私法主体的身份,在长期竞争中联合而成的;在政治互动博弈的过程中,王权也是以私法身份参与竞争的一支力量,它虽然拥有公法上的优势,但是这一优势是渐进积累的,并且始终不能取得绝对支配的地位。在这种情况下,如果采用“命令—服从”式的行政强制高压手段,则必然会激化王权与贵族的对抗。失地王约翰与男爵们的冲突表明,在双方力量相持不下时,只能选择政治妥协。司法程序适宜于日常的政治竞争与妥协,司法权因其节制、消极、理性的程序品质,以及通过程序提供对话沟通,协调整合的宪制功能,比之于行政权的单方性、强制性、命令性,能够更好地协调与平衡宪法关系,从而为各方政治力量认可。

司法治理的宪制模式是中世纪英格兰政治妥协的结果。英国的司法治理方式是权力均势竞争的表现与产物,而不能将其仅仅归之于英王单方面的选择。“与后来欧陆民族国家主要通过行政长官进行治理相比,这种通过王室司法的治理,是一种连续性、低调的治理,是一种有节制的干预

---

〔41〕 英国司法治理模式的形成必定还有其他原因,值得注意的是,各民族早期治理模式,大都是行政与司法相混合的模式,两者比重大小视具体情况而论。至少就英国封建制早期而言,王室政府的行政事务与司法事务相比,占的比重更少一些,也就是以司法为主而兼理行政。毕竟,早期英格兰的国家日常治理中,或大或小的封建共同体与地方自治团体承担了很多公共职能,而它们的公共职能又以司法为主要履行方式,“justitia(司法)一词有时被加以扩大,用以描述领主的所有权力,这绝非偶然”。王室政府的作用有限,这种有限性表现在早期英格兰政治的游动性特征上,“在整个中世纪早期,王国重大决策主要是由随身带着玉玺、秘书处和财政官的国王,及其流动的集体在马鞍上而不是威斯敏斯特作出的,……英格兰政治的游动性特征直到14世纪才告结束”。当然,国王的封建私法身份也限制了其行政职能的范围,“国王靠自己生活”是当时欧洲普遍的现象,没有完备的财税制度,也没有必要设立近现代意义上的科层制官僚体系。和平时期封建制国家的治理,司法职能往往比行政职能更为重要,这形成英国后来选择司法治理的“路径依赖”。参见[法]马克·布洛赫:《封建社会(下)》,李增洪、侯树栋、张绪山译,张绪山校,商务印书馆2004年版,第584页。另见钱乘旦、许洁明:《英国通史》,上海社会科学院出版社2012年版,第52-53页。

政策”<sup>[42]</sup>，王权之所以低调、节制，不是其自我约束的结果，因为任何权力本性上都有扩张的倾向，英国王权的扩张亦然，非其不欲，而是其不能。安茹王朝重振王权的改革，“总是谨慎沉稳，行止有度，不少情况下尽量巧妙地、不露声色地改革某些惯例，清除积弊，扩充王权，小心翼翼地在尊重原有形式下进行改革”。<sup>[43]</sup>亨利二世之所以选择节制、谦和的司法治理方式，恰是因为吸取了威廉一世以后诸王过度伸张王权以至斯蒂芬时期遭遇教俗贵族力量反弹，王权受到重挫的教训。

国内外有不少学者注意到国家治理类型的多样化。当代德国公法学者施密特根据立法权、行政权与司法权在国家宪制框架中的地位与作用，提出“立法型国家”“政府型国家”“管理型国家”与“司法型国家”的分类。国内学者针对英国国家治理的特质提出过“行政司法化”与“普通法司法治理模式”的概念。<sup>[44]</sup>行政治理与司法治理各有其长短，必须结合各自国家的历史条件进行选择。就英国的历史而言，王室与社会各方力量之间长期理性竞争的政治均势与司法治理相得益彰，这一均势政治特质是其国家治理“行政司法化”，最终形成“普通法司法治理模式”的关键。

英国形成司法化治理宪制模式的外在推力是欧洲复兴的历史潮流。12世纪是欧洲历史的转折点，安茹王朝以令状制创新为缘起的司法改革适遇其时。自4、5世纪西罗马帝国衰亡后，经长期拓殖生息，古老的欧洲到11、12世纪开始全面复苏，农业生产、城市商贸、文化艺术等社会生活各领域重新焕发生机，政治、经济交往再度活跃起来。英格兰也不例外，诺曼征服本身及其对英国社会成功的重建与影响，其实也应该被置于欧洲复兴的历史背景中去进行考察，“威廉对英国的征服，发生在这样一个时期：当时整个西欧的经济和文化条件开始变化，有利于反对国家分裂的斗争”。<sup>[45]</sup>诺曼征服后，英格兰与西欧大陆的政治与商贸往来与联系更为频繁，更为紧密。欧洲复兴是巨大的动力，推动人们克服封建壁垒，改造与整合地方性、封闭性、狭隘性的习惯法，使之成为便利人们商贸、文化、社会交往的普遍性规则，适用于封闭的地方生活空间的习惯法不能适用于社会变迁带来的更大生活空间，而更大的生活与交往空间需要适用范围更广的法律制度。<sup>[46]</sup>亨利

[42] Sugarman, LAW, ECONOMY AND STATE IN ENGLAND, 1750~1914. 转引自李猛：《除魔的世界与禁欲者的守护神：韦伯社会理论中的“英国法问题”》，载李猛：《韦伯：法律与价值》，上海人民出版社2001年版，第201页。

[43] 李栋：《通过司法限制权力：英格兰司法的成长与宪政的生成》，北京大学出版社2011年版，第40页。

[44] [德]卡尔·施密特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社2004年版，第191页以下。英国学者戴雪在《英宪精义》一书里分析法国行政法时，也曾经提出“行政司法化”（judicialized/jurisdictionalisation/judicialization）的概念，这个概念恰好与“司法行政化”相对应。[英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第26、406页。国内学者程汉大、周威、李栋等对这个概念也有论述。参见程汉大、李培锋：《英国司法制度史》，清华大学出版社2007年版，第120-121页。关于“行政司法化”问题的详细论证，参见周威：《英格兰的早期治理——11~13世纪英格兰治理模式的竞争性选择》，北京大学出版社2008年版，第129页以下。另参见李栋：《通过司法限制权力：英格兰司法的成长与宪政的生成》，北京大学出版社2011年版，第101页以下。

[45] [法]马克·布洛赫：《封建社会》（下），李增洪、侯树栋、张绪山译，张绪山校，商务印书馆2004年版，第683页。

[46] 达维对此历史趋势及其对法律进化的影响曾作过精当的归纳：“当时发生了一场复兴运动，在社会关系领域，这场复兴以城市的形成和解放、商业的复活以及大学的建立为标志。生活已经不再像封建时代那样在自给自足和封闭社会内部进行了。更大的单位变得重要起来，正在形成的社会需要有一种更完善的法律制度，尤其需要一种比当时的习惯法适用范围更广的法律制度。……新法律应比地方习惯法具有更广泛的适用领域，并且以人的理性为基础。”参见[法]勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿等译，清华大学出版社2002年版，第5-6页。

二世的成就在于他敏于应对时势的变化，先于欧陆开启了英国法制统一的进程，司法化令状适应了这一历史进程，成为推进普通法理性化的宪制工具。

司法化令状完成塑造英国普通法的任务之后而逐渐式微，最终退出英国法的舞台。重温普通法令状制度的前因后果，其卓越的宪制功绩在于实现了普通法的世俗化与理性化，尽管其价值内核仍是中世纪的经院哲学，却在形式上先于欧陆国家几个世纪完成了法制统一；就法的功能言之，统一的普通法有利于打破英国中世纪的血缘与地域封建壁垒，构建民族国家共同体，建立和维持广泛的经济社会协作。如果我们将英国立宪的历史追溯到大宪章时代，那么，普通法令状制度的法治经验清晰可辨：随着人类交往与合作不断地突破血缘与地域限制，统一的普通法表征的是一种新的宪制模式，这一模式旨在确定权利界限，维护交易秩序与安全，扩大人类合作的基础和范围；源于司法化令状制度的普通法法治将人际互动纳入超越血缘与地域的非人格化的规则秩序，这是一种王权和普通自由民穿越层层封建地方壁垒而直接互动的、普遍而开放的实在法秩序，而非古老的伦理、习俗或自然法秩序。日益扩大、深化的社会、经济交往与协作不能依靠虽有实效却狭隘的伦理、习俗，也难以仰仗虽超越而无实效的自然法，而必须依赖既具备价值或利益协调功能，又具有直接性、明确性与普遍性的实在法。要之，司法化令状通过“司法化治理”建立和强化“直接统治与服从”的宪制关系，完成普通法的理性化，实现法治对实在法效力的直接性、明确性与普遍性的内在要求。这或许是英国法治经验对于后现代化国家推进法治、构建与优化实在法体系的可资借鉴之处。<sup>(47)</sup>

## The Writs of Common Law and Origin of Judicialized Administration in England

WANG Dong

**Abstract:** Political balance of power game was the historical background for the unity of the power of the crown in medieval England. In the judicial competition with manorial court, ecclesiastical court, hundred court and county court, the Royal Court of Justice achieved direct interaction with aristocrats and common people through judicialized writs and itinerant court, meanwhile, judicial procedure gradually become a generally accepted mode to administrate the country in England. For the English Monarch, Original Writs were often used as a kind of technical tool to expand the power of jurisdiction, to initiate judicial procedure and to realize the rational management of cases, including large number of cases about the possession of land and cases of

---

(47) 汪栋：《法治的英美经验与中国道路》，《理论月刊》2016年第12期，第182页。

lawsuit of the king. With a moderate and roundabout strategy in procedural techniques, Original Writs accomplished publishing private feudal jurisdiction and secularization of ecclesiastical jurisdiction and finally realized the unity of common law. Original Writs is the beginning of judicialized administration of England, not only did it create substantive law like land law, tort law and contract law, but also establish a special character of common law: procedures precede of rights. The judicial writ strengthens the constitutional relationship of “direct domination and obedience” through “judicial governance”, completes the rationalization of common law, and realizes the inherent requirements of the rule of law for the directness, clarity and universality of the actual effect of positive law.

**Keywords:** Original Writs; Political Equipollence; Judicialized Administration; Direct Domination and Obedience

(责任编辑: 王乐兵)