

ON THE CULTURAL AND
HISTORY BACKGROUNDS OF
**ANGLO-AMERICAN
CIVIL PROCEDURE**

论英美民事诉讼的
文化历史背景

杜闻 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

ON THE CULTURAL AND
HISTORY BACKGROUNDS OF
**ANGLO-AMERICAN
CIVIL PROCEDURE**



论英美民事诉讼的
文化历史背景

杜闻 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论英美民事诉讼的文化历史背景 / 杜闻著. —北京:
法律出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3201 - 6

I. ①论… II. ①杜… III. ①民事诉讼法—研究—英
国②民事诉讼法—研究—美国 IV. ①
D956. 151②D971. 251

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 033653 号

论英美民事诉讼的文化历史背景	杜 闻 著	责任编辑 潘洪兴 装帧设计 李 瞻
----------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
版本 2012 年 7 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 17.5 字数 400 千
印次 2012 年 7 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress. com. cn
网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779
咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010 - 63939781/9782
重庆公司/023 - 65382816/2908
北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843
上海公司/021 - 62071010/1636
深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3201 - 6
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

定价: 45.00 元



“生活是不规律的，不可预料的，永远变动而且新陈代谢的”。

——储安平¹

“法律即人生。法律在人生中被不断展开，并不断达至新的理解”。

——尹伊君²

“我们的法律是通过实验，然后修正来发展的”。

——卡尔·N·卢埃林 (Karl·N·Llewellyn)³

“法律的生命不是逻辑，而是经验”。

——小奥利佛·温德尔·霍姆斯 (O·W·Holmes, Jr.)⁴



1. 储安平：《英国采风录》，东方出版社2005年版，第289页。

2. 尹伊君：《社会变迁的法律解释》，商务印书馆2004年版，第26页。

3. [美]卡尔·N·卢埃林：《普通法传统》，陈绪纲、史大晓、仝宗锦译，中国政法大学出版社2002年版，第458页。

4. [美]小奥利佛·温德尔·霍姆斯：《普通法》，冉昊 姚中秋 译，中国政法大学出版社2006年版，第1页。



本书献给我亲爱的妻子黄杨和我可爱的儿子杜俊儒

**This book is dedicated to my beloved wife: Lily Huang and my lovely son:
David Du**





个人简历

杜闻，男，1972年生，北京市人。

中国政法大学民商经济法学院民事诉讼法研究所 副教授

电子邮箱：cococharlie6937@sina.com

1998年考取中国政法大学民事诉讼法学专业硕士研究生，2001年毕业。

2002年考取中国政法大学民事诉讼法学专业博士研究生，2005年6月获得法学博士学位。

2000年通过全国律师资格考试。

2001年硕士研究生毕业后，留校就职于民事诉讼法学研究所，从事法学教学工作。研究领域主要有：民事诉讼法学、证据法学、仲裁法学、外国民事诉讼法学等。

在各种法学期刊上发表《中国古代民诉证明标准初探》、《论民事诉讼上的自认》、《论ADR对重塑我国非诉讼纠纷解决体系的意义》、《简论确定除权判决的法律效力》、《IAPL2008年年会评述》、《环境侵权诉讼若干问题研究》、《简论传统“覆审”制对现代民事再审的消极影响》、《论西方古代民事诉讼证明标准》、《浅论法院民事调解的制度完善》等多篇专业论文。作为专栏作者，曾在《人民法院报》上连续发表英美民事诉讼和证据法案例评析近30篇。



引子 (Opening Words) :

保守的价值,无所不在,它催生真的创新。货真价实的创新,自在而稳健的保守,非常罕见、非常难。

——画家陈丹青^[1]

Innovation(创新)一词的拉丁文原型为 **innovatus**。作为动词 (as a verb), **innovatus** 的一个含义是: **restore; return to a thing**(使恢复原状,返回到某个事物)。

——JM Latin English Dictionary^[2]

[1] 陈丹青:“我从不相信‘创新’这个词”,载 <http://www.blogchina.com/20080331502090.html>, 2011年8月15日访问。

[2] <http://www.latin-dictionary.Org/innovatus>, 2011年8月15日访问。

导 论

法学的魅力在于:学者须对千差万别的法律现象作出个性化的解读和分析。而解读结果的多样性和相对合理性反过来又增强了这种学术研究的差异性魅力。由于历史文化背景与我国殊异,英美法系的民事诉讼程序法呈现出一系列不同的特点。此外,作为英美法系的代表国家,英国和美国在民事诉讼程序方面也存在明显的差异。此类具体制度的差异既是数量繁多的,也是令人备感困惑的。例如,为什么英美诉讼法学者很少关注诸如“诉权论”、“诉讼价值论”、“诉讼目的论”、“既判力论”等诉讼法理问题的研究?在英美的民事诉讼教科书中,“诉讼原因”(cause of action)为什么没有一个逻辑严密的定义?英美法系国家为什么要在诉讼规则之外单制定一部证据规则?英美法系的一个经典法律原则是“遵循先例”(stare decisis);然而,丹宁勋爵却说:“当违背以前的判例是正确的时候,就应抛弃以前的判例。”^{〔1〕}为什么会这样?这种“自相矛盾”的司法现象是否可用逻辑加以合理化?为什么英国法学家约翰·奥斯丁(John Austin)会主张:“与其说法律是确定的,倒不如说法律是神圣的?”^{〔2〕}为什么说“法律拟制(fictio)在事实上不是真实的,而在法律上是真实的”?仅仅通过解读具体的法条就能合理解释上述现象吗?笔者认为:在相当程度上,答案应当是否定的。实际上,具体的法律制度仅仅为民族特质和文化传统这一“大拼图”(jigsaw)中的一个有机组成部分。“今天,正如过往一样,法律渗透着我们的生活。”^{〔3〕}将法律从整个“拼图”的背景上取出,“孤立”地进行研究,则既不能了解本国法的实质,又容易误解外国法的实质。申言之,“任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的,只有充分了解产生某一法律的社会背景,才能了解这些法律的意义和作用。”^{〔4〕}因此,上述个性化的法律现象必定与英、美两国特定的法律文化、历史传统、生活背景具有或多或少的联系。

欲探讨“英美民事诉讼的文化历史背景”,必须解决两个无可回避的前提性问题:其一,什么是“文化”?其二,什么是“历史”?关于这两个抽象的理论问题,相关的文章和著述浩如烟海。各派学者对“文化”、“历史”及密切相关的“传统”等概念作出了迥然不同的定义,构建出了种类繁复的理论体系。然而,注重实践和行动的英美司法人士却认为,“纠缠于概

〔1〕 [英]丹宁勋爵:《法律的训诫》,杨白揆、刘庸安译,法律出版社2000年版,第336页。

〔2〕 [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第310页。

〔3〕 [美]腓特烈·G.坎平(Frederick G. Kempin):《盎格鲁——美利坚法律史/Historical Introduction to Anglo-American Law》(第三版/the Third Edition),法律出版社2001年版,第2页。

〔4〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,导论第1页。

念和名称没有什么意义”。^{〔1〕}其原因在于:“越是想通过把法律限制在一个狭小范围内弄清什么是法律的人,反倒可能会失去法律的真实性……法律是不能够被精确定义的。”^{〔2〕}虽然从经验主义者的视角看,就“文化”和“历史”作出“精确和本来面目上的定义”既无必要,也无可能,但为研究方便,还是得简单、相对地概括一下“文化”和“历史”的大致含义,以作为研究之起点。我国学者尹伊君认为,所谓“文化主要是指思想、道德、宗教、艺术、法律的价值体系,它是一种象征体系和意义模式”。^{〔3〕}笔者认为,所谓“历史”就是特定地域的居民千百年来特定思维方式、交往方式、行为模式等文化特征的演变积累过程及其结晶。需要注意的是:“历史”是“活的、有生命力的”,而非“僵死的过去完成时”。通过表现“特定文化”之精神实质的各种“传统”,“活的历史”对当代人的生活(包括法律生活)产生着重大影响。由于具体到个人长期“浸淫”在“特定的文化氛围”中,人们对这种影响的作用往往是“无意识”的。因此,“传统”作为“特定地域人群长期经验的结晶”,发挥着“活历史”干预现实生活的作用。可以毫不夸张地说:我们从历史中认识现实,也从现实中学习历史。

经过长期的阅读和思考,笔者认为,就民事诉讼比较法学而言,单纯法条比较和抽象学理的研究并不能达到理想的效果,反而可能“误入歧途”。“在我看来,一切功能主义的态度都是比较方法运用于学术研究中的大敌。用比较的方法消除差异性以及改革法律,乃是只管在法典中制定蓝图的法学家的天真想法。事实上,这些想法均事先假定了一个处于‘优位’或‘中心’的对象,所谓比较无非是为了证明那些‘好的’东西应该代替那些‘不好’的东西,或者处于支流、边缘的东西应该向中心靠拢。”^{〔4〕}任何法律条文和制度的背后总是多多少少包含特定的价值选择,总反映出特定地域人群普遍共有之行为方式。

如果要对诉讼制度(特别是外国的诉讼制度)进行剖析,那么我们应当从何处入手呢?笔者认为,我们应采取“法学相对主义”(Jurisprudential Relativism)观点作为研究的“进路”。“‘法学相对主义’认定若抛开法律运作的背景,法律现象就无法理解,法律研究也不应该如此进行。在某些学者看来,‘法学相对主义’可能就像是那种道德或伦理相对主义的表兄……法律无可避免地是一种具有巨大的现实重要性和普遍的实际表现形式的人为的社会现象。”^{〔5〕}就此问题,美国法官杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank)也持类似观点:“人们相信最有效的开端是研究文化因素……这种研究进路背后的理论预设是:一种区域性制度是处在文化氛围之中的,在诉讼场景中,这些文化因素与判决有着重要联系,而且将来的判决与过去的判决之间的因果联系,其表象所揭示的是它们两者与区域性法院中的相关制度这个第三变量的相互关系。可能的情况是,法院关于正义、合理性、公正的观念,以及顾客和银行办理业务的习惯方式,还有正义、合理性、公正,以及法院附丽于当事人行为方式的习惯后果等等,与地方文化场景中更为频繁而且也更为常规的行为是相互联系在一起的。尽管频繁的常规行为可能不是经常性地对法院产生影响,或者根本还没有对法院产生影响,然而在某种

〔1〕 [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第400页。

〔2〕 尹伊君:《社会变迁的法律解释》,商务印书馆2004年版,第27页。

〔3〕 尹伊君:《社会变迁的法律解释》,商务印书馆2004年版,第69页。

〔4〕 尹伊君:《社会变迁的法律解释》,商务印书馆2004年版,第22页。

〔5〕 [英]P. S. 阿蒂亚、[美]R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏等译,中国政法大学出版社2005年版,第351页。

程度上,法院的态度和观念是由某种文化综合体塑造的,这种文化综合体的模式镌刻着某种周期性的频率。”^[1]探究英美民事诉讼制度背后的这种“周期性的频率”并对其进行相对合理的解释正是本书论述的主题和重心所在。

本书研究的前提除了上述“文化”和“历史”因素之外,还涉及英国和美国在民事司法制度方面的个性差异问题。虽说美国的民事司法制度“导源于”英国,但两者之间毕竟表现出某种程度的差异性。例如,为什么美国会出现“司法能动主义”,而英国却没有出现类似的现象?为什么在美国,陪审团审理是宪法保证的国民之基本司法权力,而在英国则无此保障?为什么美国有涉及对人管辖权(peronal jurisdiction)的“长臂法”(long-arm statutes),而英国没有?审前案件管理制度(pretrial managements)为什么先由美国法官发明出来,而后“传播”到英国?为什么说“英国的出庭律师在一定意义上是法院的官员”?为什么英国法官对学术研究冷漠,而美国法官趋之若鹜?为什么美国法官常聘请“司法助理”(law clerks),而英国法官则无此需求?为什么英国法律禁止“胜诉酬金制”(contingency fee),而其为美国法律所允许……在这种情况下,我们能说:由于英、美两国民事司法制度的“个性”大于“共性”,因此无法对它们进行一种“同类性”的研究和探讨吗?笔者认为,答案“不应当是绝对的否定”。一方面,我们不能否认差异,因为两者之间有明显的不同。我们必须正视这些差异,并对其作出相对合理的解释。另一方面,我们也必须注意到英美两国的民事司法制度间具有一定的相似性和密切的联系。

任何司法过程都是具体的人活动的过程和活动关系的总和。在这些涉及民事诉讼的活动主体中,肩负司法审判权的法官总是处于核心地位。笔者认为,虽说“英美两国法官之间的一个颇为重要的区别在于前者远比后者更具同质性,”^[2]但需要注意的是:这种“差异”是一种“数量上的差异”(甚至可以说“是一种相当数量上的差异”),而绝非“质量上的差异”。因此,英国法官和美国法官(尤其是高级别法官)之间的“团体同质性”要明显大于“团体差异性”。例如,虽然美国社会呈现出一种“种族、人种、文化和价值观念的多元化”特点,但美国的法律界(特别是“核心圈子”)在相当程度上依然保留了类似英国法律界的那种“精英主义”特色。美国学者哈罗德·伯尔曼(Harold Berman)曾指出:“在最高法院终身任职的九位大法官则模仿贵族院——贵族院的贵族法官直到今日组成英格兰的最高司法机构。”^[3]法国学者托克维尔也认为:“美国的法律职业界构成了一个贵族阶层,他们在我们的社会中形成了‘一种抗衡民主势力的、即使不是唯一的也是最强有力的砝码’,而且,美国的法官们骨子里面有一种‘特权阶层的本能’。”^[4]

为此,本书作者特别提出一个“法律文化上的英国人”(English of Legal Culture)概念。其包含两类主体:一是“狭义的英国人”,其包含具有“文化同质性”的英格兰和威尔士的法官及英格兰和威尔士的大众”;二是异于美国大众的“美国法律界人士”,其主要指包含高级

[1] [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第372页。

[2] [英]P. S. 阿蒂亚、[美]R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏等译,中国政法大学出版社2005年版,第297页。

[3] [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》,袁瑜琤、苗文龙译,法律出版社2008年版,第16页。

[4] [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第280页。

法官在内的“法律界核心圈子”。本书中,如无特别指明,“英国人”一词指的就是这里所说的“法律文化上的英国人”。

本书的研究主要采取了以下几种法学方法:比较法人类学、比较民事程序法学、法历史学、法文化学、法哲学等。

目录

引子	1
----------	---

导论	1
----------	---

第一章 英美民事诉讼的背景因素：“英国人”的民族性格特征(上)

一、英国人(包括所有的日耳曼人/北欧人)的基本特点:感觉的迟钝和动作的笨重	1
二、英国人不善交际,但注重家庭生活和个人隐私的保护	2
三、英国人重行,世称英国人为“行动之人”	4
四、英国人注重自由	7
五、“法律至上”与“王在法下”	16
六、英国人崇尚法治,依规则处理问题	20
七、英国人崇尚“公平竞赛”原则	27
八、由于遵循“公平竞赛”原则,英国人之间容易合作,生发出团体主义精神和行为	32
九、英国人虽在雨中,亦不显出狼狈的样子,故英国人虽在血中,仍能不失为一个英雄	34

第二章 英美民事诉讼的背景因素：“英国人”的民族性格特征(下)

一、英国人多为保守主义者	37
二、英国人常以“历史连贯性的神话”来掩盖“历史演化的真相”	43
三、认知英美的政治、法律制度,必须从历史发展的角度加以考察	45
四、普通法规则不是建立在合理设计基础上,而是建立在历史的偶然性基础上	49
五、存在于诉讼程序背后的是一种“人性恶、怀疑论”的哲学观念	53
六、英国人大都实事求是,忽视抽象的理论	56
七、英国人注重做事的实效,忽视逻辑并反对逻辑的极端	63
八、英国人尊崇“中庸”,反对极端的思想和行为	68
九、英国的政治和法律制度具有早熟性	72
十、英国法更偏重形式化,而美国法则更偏重实质化	73

第三章 诺曼入侵及其对英国民事诉讼制度的影响

一、古日耳曼法和蛮族的入侵	77
二、诺曼人及其对英国的入侵	80
三、王室法院的建立和普通法的诞生	81

第四章 并存、竞争、融合——普通法诉讼程序和衡平法诉讼程序的历史演变

一、普通法诉讼的基本制度	99
二、衡平法诉讼程序:对普通法诉讼程序的必要补充	114
三、普通法诉讼程序与衡平法诉讼程序的关系解析	120
四、英国民事诉讼程序的近代改革	125
五、美国民事诉讼法的历史演变	130

第五章 英美民事诉讼的基本特征

一、既“遵循先例”,又“设法逃避先例”	134
二、强调“形式先于实体”的必然结果之一:重视保障诉讼当事人的程序参与权	149
三、强调“形式先于实体”的必然结果之二:程序法先于实体法	151
四、强调“形式先于实体”的必然结果之三:对“法律拟制”的运用	152
五、审理方式为“对抗制”	158
六、在传统上,英美法系以不成文的判例法为主,成文法为辅,但目前,形势已发生了 “倒置”	161
七、英美民事案件的审理采取“两分法”	165
八、英美民事诉讼裁判文书内容较多,较注重案情细节	167
九、英美法系的民事案件是一个含义很广的概念	169
十、英美判例法具有非逻辑性,学习困难	169

第六章 英美的民事法院系统

一、英国民事法院的历史溯源和历史演变	172
二、英国民事法院的传统分类	177
三、体系异常混乱的英格兰和威尔士民事司法系统	178
四、英国民事法院的具体组成	182
五、美国的民事法院系统	205

第七章 活跃于英美民事诉讼中的法律家

一、英美的律师制度	214
二、英美民事诉讼中的法官及其差异	233
三、英美民事诉讼中的检察官	240

结论 244

参考文献 249

后记 255

Content

OPENING WORDS 1

INTRODUCTION 1

**CHAPTER ONE: BACKGROUNDS OF ANGLO-AMERICAN CIVIL LITIGATION:
NATIONAL CHARACTER OF ENGLISH (I)**

The basic character of the English; the slowness of their reactions and clumsiness of their actions 1

The English are not good at social intercourse, but rather focus on the enjoyment of family life and the protection of individual privacy 2

The English emphasize practices, they are commonly known as “Men of Action” 4

The English cherish and safeguard their Freedom 7

‘Superiority of the law’ and ‘the King is under the law’ 16

The English believe in ‘Rule of Law’, and resolve problems in the light of the law 20

The English worship the doctrine of ‘Fair Play’ 27

Under ‘Fair Play’, the English can easily cooperate with each other, and evolve the spirit as well as the actions of team work 32

Even when the English sink into a disaster, they do not panic 34

**CHAPTER TWO: BACKGROUNDS OF ANGLO-AMERICAN CIVIL LITIGATION:
NATIONAL CHARACTER OF ENGLISH (II)**

The majority of the English are Conservative 37

English always use ‘the Myth of Uninterrupted History’ to conceal ‘the Truthe of Historical evolution’ 43

In order to understand Anglo-American political and legal institutions, one must examine them from the prospective of historical development 45

The rules of Common Law are not founded on the bases of logical designs, rather on the bases of historical occasionality 49

Underlying judicial procedures, there are two philosophical notions: the evil of human nature and scepticism	53
The English commonly are practical and realistic, and pay little attention to abstract theories	56
The English focus on the practical effects of a method, pay little attention to logic and against logical extremities	63
English worship the Doctrine of Mean, against radical ideas and actions	68
The prematurity of English political and legal institutions	72
English laws lay particular stress on formality, whereas American laws are inclined to substance	73
 CHAPTER THREE: NORMAN CONQUEST AND ITS INFLUENCE ON ENGLISH CIVIL PROCEDURE	
Ancient Germanic law and the invasion of the Barbarians	77
The Normen and their invasion of England	80
The establishment of Royal Courts and the birth of Common Law	81
 CHAPTER FOUR: CO-EXISTENCE, COMPETITION, EMERGENCE—THE HISTORICAL EVOLUTION OF COMMON LAW PROCEDURE AND EQUITY CIVIL PROCEDURE	
The basic institutions of traditional Common Law procedures	99
Equity procedure: a necessary supplement to Common Law procedure	114
The analysis of relationship between Common Law procedure and Equity procedure	120
The modern reforms of English civil procedure	125
The historical evolution of American civil procedure laws	130
 CHAPTER FIVE: THE GENERAL CHARACTERS OF ANGLO-AMERICAN CIVIL PROCEDURE	
To abide by ‘stare decisis’ on the one hand, to discover ways to circumvent precedents on the other hand	134
The first meritable result of ‘formality taking precedence over substance’ : attaching importance to litigators’ procedural participation rights	149
The second meritable result of ‘formality taking precedence over substance’ : procedural laws taking priority over the substantive laws	151
The third meritable result of ‘formality taking precedence over substance’ : the usage of fictio	152
The case-trying method: the Adversary System	158
Traditionally, the main proportion of Anglo-American laws was case law, statutes were minority, today, the situation is reversed	161

When trying civil cases, Anglo-American courts use the method of Dichotomy	165
Anglo-American civil judgments have more content and always pay attention to case details	167
Anglo-American civil litigation is a conception with broader meanings	169
Anglo-American case law is imbued with illogical characters, and are hard to study	169
 CHAPTER SIX THE ANGLO-AMERICAN CIVIL COURTS SYSTEM	
The historical sources and evolution of English civil courts	172
The traditional classifications of English civil courts	177
The chaotic English and Welsh civil judicial system	178
The composition of the English civil court system	182
The composition of the American civil court system	205
 CHAPTER SEVEN THE JURISTS IN ANGLO-AMERICAN CIVIL LITIGATIONS	
Anglo-American lawyers	214
Anglo-American judges in civil litigations; their similarities and differences	233
Public procurators in Anglo-American civil litigations	240
 CONCLUSION	
244	
 REFERENCE	
249	
 FINAL WORDS	
255	