



私 法

Private
Law
Review

第9辑 · 第1卷
(总第17卷)

易继明/主编



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

武汉 2011

私 法

PRIVATE LAW REVIEW

Vol. 9 No. 1

第 9 辑 · 第 1 卷 / 总第 17 卷

华中科技大学出版社

武汉 · 2011

图书在版编目(CIP)数据

私法 第9辑·第1卷(总第17卷)/易继明 主编.—武汉:华中科技大学出版社,2011.6
ISBN 978-7-5609-7026-4

I. 私… II. 易… III. 私法-研究-丛刊 IV. D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 056188 号

私法 第9辑·第1卷(总第17卷)

易继明 主编

责任编辑:殷茵

封面设计:潘群

责任校对:祝菲

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

录排:华中科技大学惠友文印中心

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:24.5

字数:570千字

版次:2011年6月第1版第1次印刷

定价:48.00元



本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

主 编 易继明			
《私法》编辑委员会（按姓氏拼音顺序排列）			
邓建鹏	杜 颖	李红海	李 扬
林瑞珠	刘承慧	罗胜华	梅夏英
王 迁	易继明	尹 飞	
本卷编辑部成员（按姓氏拼音顺序排列）			
郅尔非	兰行行	李 慧	李 昱
刘 明	卢志刚	王凤岩	谢 蓓
余 林			
本卷责任编辑 刘 明 余 林			



《私法》学术顾问委员会 (按姓氏拼音顺序排列)

崔建远(清华大学教授)
方流芳(中国政法大学教授)
房绍坤(烟台大学教授)
黄 进(中国政法大学教授)
郭明瑞(烟台大学教授)
江 平(中国政法大学教授)
梁慧星(中国社会科学院研究员)
刘剑文(北京大学教授)
刘凯湘(北京大学教授)
罗玉中(华中科技大学教授)
马俊驹(清华大学教授)
钱明星(北京大学教授)
覃有土(华中科技大学教授)
孙宪忠(中国社会科学院研究员)
王保树(清华大学教授)
王利明(中国人民大学教授)
王卫国(中国政法大学教授)
魏振瀛(北京大学教授)
吴汉东(中南财经政法大学教授)
吴志攀(北京大学教授)
徐国栋(厦门大学教授)
杨立新(中国人民大学教授)
尹 田(北京大学教授)
张新宝(中国人民大学教授)
赵万一(西南政法大学教授)

谢怀栻教授序

中国自古以来没有“私法”。人民之间不存在“私法关系”。就连婚姻关系，也是受统治的（受家长、族长和父母官的管制）。新中国成立以后，仍旧不承认“私法”，把民法作为公法。婚姻方面，虽然提倡“婚姻自由”，但是婚姻登记还是被“组织”或“单位”所控制，所掌握。甚至对民事诉讼，也要讲“无限制干预”。这种情况极大地阻碍了我国经济的发展。

直到 20 世纪 80 年代，情况才大变，“私法”概念得到承认，“私人”之间的“私法关系”得到承认，企业之间的“私法关系”也得到承认。“私法”与“公法”（宪法、刑法、诉讼法）能够并肩而立了。

正因如此，在我国的法学中，对私法的研究仍较薄弱。私法方面的一些原理，一直没有得到充分彻底的阐述和研究。可是一个国家的法律文化中，私法文化如果得不到充分的发展，这样的法律文化必将是虚弱的。因此，要提高我国的法学理论水平，丰富我国的法律文化，就必须特别加强对我国私法的研究，特别是提倡私法精神，发扬私法文化。

北京大学的一些中青年法学者有鉴于此，特别办了《私法》这个出版物，聚集了一些对私法研究特别有认识、有兴趣的学者，致力于私法的研究，将他们的研究成果发表出来，为我国私法文化的建设贡献力量。这是一件非常值得称道的事。我相信他们的努力一定会成功，特书数语以表祝贺。

谢怀栻

2001 年 4 月

王利明教授序

《私法》的主编易继明博士请我为他的出版物作序,我感到非常高兴。

公法、私法之分肇始于罗马法时代。此后,在欧洲漫长的历史长河中,私法不仅吸收了教会法、各地习惯法等营养,而且借助于资本主义经济和思想文化的蓬勃发展,逐渐形成了一种内涵丰富、影响深远的私法传统以及私法文化。这种私法传统和私法文化,一方面为西方文明的产生、发展和繁荣提供了思想动力和制度保障,而另一方面,西方文明的兴盛也为私法制度和私法精神的完善、深化与发展提供了原动力和物质基础。因此,可以说,私法传统和私法文化是欧洲资本主义发展的重要元素之一。

众所周知,私法传统在我们国家一直未能形成与发达,其中的原因较为复杂,既有经济方面的原因(比如资本主义生产方式在我国迟迟不能发展),也有社会文化方面的原因(比如儒家的道德规范对整个中华文明的影响)。在我看来,私法传统对于一个民族来说非常重要。它不仅影响到法律制度及法律文化,而且对于一个民族的制度选择、思维习惯、行为方式等也产生着广泛而深远的影响。现阶段,我国正在致力于社会主义市场经济建设和民主法制建设,努力实现中华民族的伟大复兴,在这个过程中,加强民商立法、弘扬民法精神、培育私法文化,对于我们实现这一伟大目标将发挥举足轻重的作用。

加强民商立法,在当前主要是制定民法典。我国民法典的制定自20世纪50年代初期以来,曾为无数的学者所呼吁和企盼。迄今为止,我国几个重要的法律部门如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法都已制定了较为系统完备的法律。它们尽管在名称上未被称为法典,但实际上已具备了法典的特点和功能。然而,民法典至今仍未出台,许多学者曾呼吁,在刑法典的修改工作完成以后,民法典的起草工作应尽快地提上议事日程。我认为民法典的制定的必要性并不仅仅在于法律工作者的热烈企盼,而主要在于我国经济和社会发展的迫切需要。民法典的制定,正是实行依法治国战略,完善社会主义市场经济的法律体系的重要标志。通过制定民法典,全面地将公民法人的民事权利法定化、明确化,充分保护其合法权益,并使人民法院审理民事、经济案件有法可依、有章可循。通过制定民法典,可以为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则,使其明确自由行为的范围,逾越法定范围的后果和责任,从而对其行为后果有合理预期,这就能从制度上保障市场经济的



良性运转,从而有利于市场经济秩序的建立。通过制定民法典,还能够弘扬人格独立、人格平等、契约自由、责任自负等理性的精神,这些都是建立法制社会所必需的。

随着我国《合同法》的制定颁行,市场经济合同活动的规则由以前纷繁、复杂、冲突与落后的状态走向统一和谐与完善。作为民法典重要组成部分的《合同法》的出台,是我国民法典制定工作的一个重要步骤。在《合同法》制定以后,如何加快民法典其他部分的制定步伐呢?考虑到我国民法典不太可能采取“一步到位式”的法典编纂方法,而只能采用分段制定、最后通过汇编整理修订的方式来完成,因此,我们目前应该着重考虑民法典体系的总体设计。我认为,我国民法典总体上应采用大陆法系的民法典体系,同时应采用潘得克顿式(德国式)的模式,既要有总则,又要明确区分债权与物权。但传统的大陆法系民法典体系具有的几个缺陷应加以克服。首先,在传统民法典的体系中缺乏独立的人格权制度。而人格权制度既无法在总则的“民事主体制度”中作出规定,也不能在侵权法中规定,因此,人格权制度应该独立成编,并置于分则之首。其次,传统大陆法系的民法根据债的发生原因,将侵权行为法仅仅作为债法的组成部分,这种模式强调了侵权行为制度与债法其他制度的共性,却忽略了侵权制度所具有的更强的个性。而且由于债权总论中的许多规则无法适用于侵权制度,从而造成了债法体系的不和谐。同时,将侵权法放在债法之中也限制了极为复杂的侵权制度的发展。因此,我认为侵权法应该从债法中分离出来,作为民法分则中的一个独立制度。侵权法与债法的分离,并不意味着债法制度的消亡,债法的基本规则仍将与合同法及其他债法制度(如无因管理、不当得利)共同组成“债与合同法制度”,放在侵权制度之前。

在民法典体系确立之后,我们需要分阶段、分步骤,根据社会生活的实际需要程度展开民法典的制定工作。我认为,当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制定工作。作为调整人对生产资料、生活资料的支配与使用的重要法律制度,物权法是市场经济最基本的法律规则。如果缺了一个系统合理的物权法律制度,市场经济所需要的法律体系和规则便难以真正建立和完善。在制定物权法的同时,需要加紧修改《婚姻法》、《继承法》及知识产权法的工作。第二项工作就是,制定完善的侵权行为法与人格权法。目前对人格权和侵权责任加以规定的主要法律就是《民法通则》,但《民法通则》的规定过于简略,远远不能适应社会生活与司法实践的要求。因此,应当有一部完善的侵权行为法与人格权法。与此同时,应该加紧对民法总则的修订工作。鉴于《民法通则》主要是关于民法总则内容的规定,因此可以在《民法通则》的基础上完善民法总则内容的修订工作。

迈进新世纪的中国,需要一部民法典。由于我国市场经济体系的建立为民法典的制定奠定了经济基础,我国司法实践已为民法典的制定工作积累了丰富的实践经验,广大民法学者也做了大量的理论准备,因此颁行一部体系完整、内容充实、



符合中国国情的民法典,是完全可行的,并将为我国在 21 世纪经济的腾飞、文化的昌明、国家的长治久安提供强有力的保障。我们有充分的理由相信,一部有中国特色的、先进的、体系完整的民法典的问世在不远的将来,将成为现实。如果说 19 世纪初的法国民法典和 20 世纪初的德国民法典的问世成为世界民法发展史上的重要成果,则 21 世纪中国民法典的出台,必将在民法发展史上留下光辉的篇章。

由于历史及文化的原因,我国的私法传统过于薄弱,学界对其重视和研究尚不够。为此,我们需要大力弘扬民法精神、培育私法文化。这种精神和文化的培育和发扬,需要一大批人持久而踏实的努力。今天,一批青年学者能够通过出版严肃的学术出版物的形式,来弘扬和发展这种精神和文化,确实是难能可贵的。我想,他们应该得到所有法学界人士甚至是整个社会的支持和认同,因为这不仅是为我们法学界的学术研究作贡献,同时也是在为我们这个社会、为我们的民族作贡献。

祝愿《私法》系列出版物越办越好,也祝愿我国私法研究日益繁荣与昌明。

王利明

2002 年 6 月

梁慧星教授序

私法和公法的划分,是大陆法系区别于英美法系的重要特征之一。作为公法的对称,私法是市民社会的基本法,它调整市民社会中一切私人性质的人身关系和财产关系,在一国法律体系中居于重要的基础性地位。通过物权界定资源归属,通过契约实现资源流动,通过侵权责任救济受到损害的社会关系,通过亲属和继承给个人以家庭的温情与扶助,这些形成了大陆法国家对社会进行治理的基本模式。这种通过私法来实现社会治理的模式,可以有效地将国家权力排除在私人生活之外,实行私人生活的非政治化和非意识形态化,从而实现私人生活的自由、平等与博爱,这是对人的一种终极关怀。

私法在大陆法国家法律体系中具有核心地位,也决定了私法制度、私法理论与私法文化的研究在大陆法国家的法学研究中占有举足轻重的地位。众所周知,在我国,由于历史文化方面的原因,私法一直没有得到很好的发展。清末改制后引进欧陆民法,形成了大陆法传统。但其后民国法统被废除,转而实行高度集中的计划经济,根本谈不上有什么真正意义上的“私法”,甚至对“私人”性质的东西都畏如蛇蝎。《私法》的创办,弥补了中国没有以“私法”命名出版物的缺憾,倡导了一种“私的”精神和理念,也为国际民商法苑增添了一道中国的风景线。

近些年来,法学教育、法学研究逐渐呈现出欣欣向荣的景象,这是一件值得我们欢欣鼓舞的事情。然而,相对中国社会转型的发展方向而言,我们的法学研究和民事立法仍然有些不成熟的表现。早年《民法通则》的制定,就曾遭到一些经济法学学者们的反对,嗣后又有民法与经济法长达数年的论战,不仅民法、经济法学者悉数卷入,许多法理、宪法和行政法学者也被潮流所挟,所发表文章数量之巨,所耗费的人力、物力难以计数。实际上,以今天将私法作为市民社会基本法的观点来看,这些都是一些无谓的争论。私法本身包含了所有与建构市民社会有关的“私人性质”的法律,具有其自身的一般价值和完整体系,是可以作为一个整体的理论而存在的。而且,这种理论也并不排斥具有一些“社会性质”但以“私的”价值为追求目标的成分(如反垄断法和反不正当竞争法)。

《私法》倡导将私法作为一个整体的学问进行整合性研究,特别重视私法基本理论,是一个非常有创见、有理论品位的学术出版物。事实上,现在提交到全国人



大常委会审议的民法草案出现了一些立法随意性倾向,也是缺乏私法一般理论研究,特别是缺乏将私法作为一个整体进行研究的结果。没有对私法制度、私法理论与私法精神的统摄性研究,就很难保证民法典有一个完备的体系,民法也就会失去作为市民社会一般法所应当具有的包容性,也很容易使我们在制定中国民法典的过程中迷失方向。

在这个意义上,我欣喜地关注着《私法》的诞生与成长,希望《私法》能一如既往地奉行严格的学术标准和严谨的学术规范,为中国法学的发展留下一笔厚重的财富。

梁慧星

2003年4月



目录

〔序言〕

普通法之道..... 姚中秋(1)

〔论文〕

裁判与法律..... Timothy Endicott 著 冉昊 译(7)

普通法的历史之维..... 李红海(25)

普通法研究在中国:问题与思路..... 李红海(45)

试论现代中国的“普通法问题”..... 姚中秋(67)

英国陪审制与欧陆纠问制探源..... 程汉大(95)

试论美国宪法制定的法治渊源

——英国的法治传统及其在北美殖民地的保留..... 曾尔恕(113)

从邦联到联邦

——美国《邦联条例》与《联邦宪法》特点比较..... 曾尔恕(137)

法律规则的结构是如何影响司法推理的..... D. E. Fisher 著 李双丽 译(153)

〔书评〕

君民共治和君主独治

——读福蒂斯丘《论英格兰的法律与政制》..... 李红海(173)

王子的法律教育

——解读福蒂斯丘的《英格兰法礼赞》..... 李欢乐(181)

展示普通法历史的一面镜子

——《普通法的历史解读——从梅特兰开始》读书笔记..... 路 斐(213)

普通法:历史与宪政..... 毛国权(231)

他山之玉,可以攻石

——读《普通法的历史基础》..... 萧 翰(235)

《普通法的历史基础》书评..... M. T. Clancy 著 张传玺 译(249)

卢埃林法律现实主义解读..... 薛万宝(255)



《普通法传统》：传统还是理想

——对《普通法传统》的另一种解读…………… 何海锋(279)

重建司法审查的正当性：原则之治

——比克尔《最小危险的部门》读与思…………… 雷安军(295)

卢埃林与《美国统一商法典》…………… 叶 平(309)

多维的英格兰宪政史

——兼读梅特兰的《英格兰宪政史》…………… 李红海(319)

走出奴役与造反的恶性循环

——《弑君者》阅读札记…………… 贺卫方(331)

制度自发生成的典范

——评《英格兰律师职业阶层的兴起》…………… 李红海(339)

缘何关注国家与法人：一个英格兰法特色的问题

——读梅特兰《国家、信托与法人》…………… 李红海(343)

时间隧道里的英格兰宪政

——《英格兰宪政史》译者序…………… 李红海(347)

〔2009 普通法评述〕

当下中国英美法研究的评述…………… 李红海(349)

〔编后记〕

悠然见南山…………… 易继明(367)



Contents

Preface

Tao of Common Law by Yao Zhongqiu(1)

Articles

Adjudication and the Law by Timothy Endicott(7)

The Historical Dimension of Common Law by Li Honghai(25)

The Study of Common Law in China: Problem and Thread by Li Honghai(45)

On the Common Law Problems in Modern China by Yao Zhongqiu(67)

The Source of Jury System in Britain and the Inquisitorial Procedures in
Continental Europe by Cheng Handa(95)

Rule of Law in the Development of American Constitution
——Rule of Law in British and Its Influence in the North American Colonies
..... by Zeng ‘Ershu(113)

From Confederation to Federation
——The Features Comparison of *The Articles of Confederation*
and *The Federal Constitution* by Zeng ‘Ershu(137)

How Does the Structure of Legal Rules Impacts on Judicial Reasoning
..... by D. E. Fisher(153)

Reviews

“Political and Royal” and “Royal”
——*On the Laws and Governance of England* by Fortescue
..... by Li Honghai(173)

Legal Education for the Prince
——*In Praise of the Laws of England* by Fortescue by Li Huanle(181)

A Mirror Reflecting the History of Common Law
——*Historical Interpretation of English Common Law: Begin with*
Maitland by Lu Fei(213)



Common Law;History and Constitutional	by Mao Guoquan(231)
Carving Our Stones by Using Other Jades—Book Review of Milsom's <i>Historical Foundations of the Common Law</i>	by Xiao Han(235)
Book Review of <i>Historical Foundations of the Common Law</i>	by M. T. Clancy(249)
Realistic Interpretation to Llewellyn's Law	by Xue Wanbao(255)
The Common Law Tradition;Tradition or Ideals ——A New Interpretation to <i>The Common Law Tradition</i>	by He Haifeng(279)
Reestablish the Legitimacy of Judicial Review:The Rule of Principle ——Read and Think of Bickel's <i>The Least Dangerous Branch</i>	by Lei 'Anjun(295)
Llewellyn and <i>The Uniform Commercial Code of United States</i>	by Ye Ping(309)
Constitutional History of England with Diverse Latitudes ——After the Translation of Maitland's <i>Constitutional History of England</i>	by Li Honghai(319)
Walk Out the Vicious Circle of Rule and Rebellion ——Review of <i>The Tyrannicide Brief</i>	by He Weifang(331)
The Example of the Self-created System ——Comment to <i>The Rise of Attorney Professional in England</i>	by Li Honghai(339)
Why Focus on the State and Legal Person:A Question of England Characteristic? ——Review of <i>State, Trust and Corporation</i> by Maitland	by Li Honghai(343)
England Constitutionalism in the Time Tunnel ——Translator's Preface to <i>Constitutional History of England</i>	by Li Honghai(347)
Comment on the Common Law Study in 2009	
Commentary of the Recent Study of Common Law in China	by Li Honghai(349)
Afterwords	
While Picking Asters Neath the Eastern Fence,My Gaze upon the Southern Mountain Rests	by Yi Jiming(367)



收入本卷以及未来将会出版的专辑的作者,是一群对“普通法”(common law)感兴趣的学人。出版这个专辑,旨在聚集中国的“普通法学人”,共同探究“普通法之道”(Tao of Common Law)。补充这样一个普通法的维度,有助于中国法律与政治学界更为全面、准确地理解法律的性质,进而有助于法治在中国的建立和完善。

应当承认,在中国,不论是法学界还是关心法律的官员、民众,对普通法还是比较陌生的。有些略微了解普通法的法律人则可能对于在当下的法律和法学建制中谈论普通法,颇不以为然。

但其实,中国人最早接触的西方法律就包括普通法。洋务运动时期介绍的万国法律中,当不乏普通法。清末新政的重要组成部分是修定律例,为此,1902年,朝廷任命伍廷芳和沈家本为“修律大臣”。伍廷芳曾在伦敦林肯律师公会获得大律师资格,而有学者研究表明,伍廷芳对修律原则的确立,作用似在沈家本之上。^{〔1〕}伍廷芳当时也曾计划翻译研究“英美各国刑法”。不过,由于种种原因,朝廷上下最终确定了“以日为师”的现代法律构建原则,而放弃了学习英美法、普通法的选项。

从那个时候起,中国的立法者开始系统地学习、移植日本法,而日本明治维新以后的现代法律体系则基本上模仿自德国。民国建立,政权不断更迭,但立法者基本上延续了这一德国-日本法传统,并于20世纪30年代大体构建出一个完备的“六法”法典体系。同时,立法者也依据日本、德国模式构建了司法体制。

不过,当时中国与外部世界保持着密切的经济、贸易和政治联系,尤其是英美在中国有较大的经济、文化、政治影响,因而,英美法研究、实践在国内仍然占据相当重要的比例,其中最为著名的研究机构就是东吴大学法学院。后来主持起草“五五宪草”的吴经熊先生与普通法律家霍姆斯的交往,也令人神往。^{〔2〕}当然,当时国内研究者关注的主要是英美国家的实体法律规则,以为国际性商业活动提供法

* 姚中秋,华中科技大学普通法研究所研究员。

〔1〕 苏亦工:《明清律典与条例》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第346—355页。

〔2〕 关于这一点交往,参见吴经熊:《超越东西方》,周伟驰译,北京:社会科学文献出版社2002年版,第92—118页。



律支持。

特别值得一提的是,当时的英国殖民地香港,英美在中国内地的租界如上海租界、威海卫租界等,曾经实行过相当完整的普通法制度。

50年代之后,这一德国-日本法传统和英美法研究同时中断,中国全面引入苏联法体系,哪怕是对专业法律研究者,普通法也成为完全陌生的概念。

80年代之后,随着中国打开国门,英美法再度进入法律学术和实务界的视野。尽管此后的立法基本上接续了德国民法传统,重新起步的立法体系之基本架构接近于大陆法系,但英美法的影响似乎比三四十年代还要大。原因很简单,中国与美国之间的学术和经济、社会交流超过其他任何国家。大量法律学人到美国大学交流,企业、政府与美国对应机构的业务来往也最为频繁。这样,立法中又移植、模仿了众多英美法的实体性规则。

更为重要的是,90年代之后,英美世界的法治理念透过法律学术界的介绍,成为中国人理解“法律之治”(rule of law)的常识。或许可以说,当代中国人对于法治秩序的形象,大多数来自于美国的学术、现实乃至影视,而与德国、日本的法典甚至法律哲学没有多大关系。当然,大多数人未必清楚这些法治常识与普通法之间的内在关系。

不过,随着法学和政治学研究的深入,普通法开始从英美法中凸显、分离出来,被相对准确地理解的“普通法”,开始成为一个学术问题,成为法学界日益重视的一个研究对象。

华中科技大学普通法研究所的成立,就是中国学界“普通法问题意识”觉醒的重要标志。这个研究所的成员不只是把普通法当成一个没有利害关系的研究对象,而是在一定程度上献身于普通法。他们相信,普通法具有独特的法律哲学和法律制度,他们试图从普通法的视角来理解法律,进而依据“普通法之道”来构想法治,不仅是法治的一般性理论,还有中国的法治制度设计。

至此,似有必要讨论一下“普通法”一词的含义。

毫无疑问,普通法可以有多重含义。

第一,普通法可以指在英格兰、美国及其他普通法国家的司法和立法实践中发展出来的实体规则,“英美法”或许主要就指这样的实体规则体系——当然,“英美法”一词也必然包括非普通法的制成法规则体系。

第二,普通法可以指见于普通法司法实践中的独特的司法制度和司法程序,比如人们熟悉的口头辩论程序、交叉质询程序、陪审团制度,还有非常重要的判例法制度等。

第三,普通法可以指与大陆民法、苏联法相并列的三大法系中的一个“法律体系”。这个层面上的普通法对法律的性质认知是独具一格的,由此可以说,存在着一个“普通法法理学”或者法律哲学。比如,我们可以说,普通法在很大程度上延