

法之力

英美法系经典案例详解

The Power of the Rule of Law
Navigating established common law cases

〔新西兰〕霍建强 (Raymond Huo) 著



中国政法大学出版社

法之力

英美法系经典案例详解

The Power of the Rule of Law

Navigating established common law cases

〔新西兰〕霍建强 (Raymond Huo) 著



中国政法大学出版社

2019 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

法之力: 英美法系经典案例详解/霍建强著. —北京: 中国政法大学出版社, 2019. 4
ISBN 978-7-5620-8935-3

I. ①法… II. ①霍…②赖… III. ①英美法系—案例 IV. ①D904.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第056581号

法之力

- 书 名 英美法系经典案例详解
FAZHILI YINGMEIFAXI JINGDIAN ANLI XIANGJIE
- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮 箱 fadapress@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908466(第七编辑部) 010-58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 23.25
- 字 数 350 千字
- 版 次 2019 年 4 月第 1 版
- 印 次 2019 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 68.00 元

作者简介



霍建强 (Raymond Huo) 是中国政法大学优秀校友、荣誉法学教授。20 世纪 90 年代初移民新西兰，第一份工作是在此间最大的英文日报《新西兰先驱报》(New Zealand Herald) 任记者。随后回归法律专业，获新西兰高等法院律师资格，曾任谢富安伦律师事务所 (Shieff Angland Lawyers) 合伙人。2008 年当选为新西兰国会议员，现任新西兰国会法制委员会主席。

霍建强先生于 2011 年着手创立“新西兰中文周”，确定每年 9 月的第二个星期为全国性的中文周。新华社称，在英语国家全国范围以语言周的方式推广中华语言和文化，在西方国家尚属第一次。中国驻新西兰大使和新西兰驻中国大使为新西兰中文周的联席顾问。

霍建强先生出版著作七种，包括《新编英汉多用词典》(合译，经济日报出版社 1991 年版)，《通俗美国习语集萃》(北京师范大学出版社 1994 年版)，《海外创出四重天——在新西兰做国会议员、律师、记者和诗人》(北京师范大学出版社 2011 年版)，《蓝天白云——诗、散文和法学笔记》(朝华出版社 2015 年版) 和《飞翔的奇异鸟——新西兰中文周中英对照文选》(合编，高等教育出版社 2017 年版)，等。

Raymond Huo (霍建强)

Member of Parliament

LLB (Auckland), MLitt (1st Class Hon, Auckland); LLB (CUPL), BA (Anhui); MInstD (NZ)

Since arriving in New Zealand from Beijing in 1990s, Raymond has traversed successful careers in journalism, as Asian affairs reporter for the New Zealand Herald and law, as a Partner at Shieff Angland Lawyers.

Before returning to Parliament in March 2017, Raymond had served two terms as a list MP (2008–2014), sitting on various select committees including Finance & Expenditure, Environment and Commerce. He now chairs the Justice Committee.

In April 2013 Raymond was appointed an Honorary Professor of Law at his alma mater, China University of Political Science and Law in Beijing. This appointment was matched by Victoria University in Wellington's Faculty of Law, where he once served as an Honorary Senior Associate.

In 2012 Raymond was presented with the “Green Angel Clean Tech Award” in Beijing recognising his contribution in promoting Auckland-based LanzaTech's renewable energy technologies and in general, NZ Inc. He is a founding trustee and co-chair of the New Zealand Chinese Language Week Charitable Trust, a cross-party initiative promoting New Zealand's understanding of China, its people and culture.

Raymond has published 7 books and is a regular Chinese media commentator on current affairs and legal issues.

序



安德鲁·利特尔 (Hon Andrew Little MP)
2011年起当选新西兰国会议员。曾任新西兰工
党主席及新西兰工党领袖。^[1]2017年起在总
理婕森达·阿德恩 (RT Hon Jacinda Ardern)
领导的政府中,担任内阁司法部长和法院事
务部长。

我们生活在一个日益相通的世界,像中国和新西兰这样不同的国家,亦在贸易和人文之间寻求更加密切的交流。对21世纪的决策者、司法专家、商人、学者而言,要了解不同的司法体系如何运作,无疑是个挑战。

霍建强先生的新作《法之力——英美法系经典案例详解》为中国读者量体裁衣,对西方法律体系进行实用解读式的分析,目的就是促进更好的交流。

霍本身的学识不可低估。奥克兰律师事务所合伙人,英文日报《新西兰先驱报》记者,中国政法大学名誉教授。2008~2014年当选新西兰国会

[1] 新西兰工党有三套领导班子:领袖 (Leader)、主席 (President)、总书记 (Secretary General)。领袖领导全党以及国会团队,如果大选成功,领袖则为总理 (Prime Minister)。另一大党国家党与其领导班子相仿:领袖、主席和总经理。——译者注



议员^[1]，2017年起又获连任。

《法之力——英美法系经典案例详解》通过对普通法系^[2]不同司法管辖体系经典案例的分析，极富逻辑地描述了普通法的司法体系，也使我重新审视了具有里程碑意义的英国经典案例之一：“唐纳秋梅诉斯蒂文森案”。我鼓励所有学习普通法系的人都好好研究一下这个案例，这则判例除了为“过失责任归责原则”和“法律谨慎责任”奠定了基础外，也为“法官造法”的实际效果提供了一个具体例证。尊崇先例与判例原则的连贯性，是判例法的基本准则。

法治是宪法框架下法律制度的核心，一方面保护商业契约的神圣性，一方面防止律法过度，而“法官造法”则为这一法律制度作出巨大贡献。它在中央政府的权威、民众的日常生活及各地方文化习俗之间架起一座桥梁。在丛林而群的社区中，大家都是公民，都有一种“山高皇帝远”的心态。

普通法系不是西方国家法律体系的唯一特征，但领会普通法系是理解西方法律的关键起点。在新西兰，关于国会是否应受更多的制衡这个话题，我们有过一些争辩，其中包括成文宪法的益处以及新西兰是否需要一部成文宪法典。^[3]

霍这本书，总览西方国家不同司法管辖体系中历史经典与现代最新的一

[1] 新西兰国会采用英国威斯敏斯特制，立法、行政、司法三权分立。在国会，行政与立法两权制衡但相互重叠，例如政府部长均由国会议员担任。新西兰又采用 mmp 选举制度，国会共 120 席，通过与其他党合作而获得 61 席位的政党获组阁权，成为政府。政府外其他政党则为反对党。国会议员为全职工作，任期 3 年，可连选连任。——译者注

[2] 普通法系，“普遍通行”的意思，又译作“英美法系”“共同法系”，主要代表国家是英、美、澳、新、加等国。与“大陆法系”并称当今世界最有影响力的两大法系。——译者注

[3] 新西兰最早的两部宪法是 1846 年宪法和 1852 年宪法。1852 年《新西兰宪法》是英国国会的宪法，赋予新西兰自治。之后这部宪法被 1986 年宪法取缔。1986 年《新西兰宪法》对立法、行政、司法三权分立进行了详细定义，同时取消了英国国会（在新西兰国会同意前提下）为新西兰制定法律的权力。1986 年《新西兰宪法》起源于新西兰政治历史上的 1984 年“宪法危机”。1984 年新西兰大选之后，工党当选执政党，国家党政府下野。但国家党看守内阁拒绝循惯例在过渡期间履行看守内阁职责——主要是由于其强硬领袖 Sir Robert Muldoon，直到他遭内部反弹，国家党也放狠话，如果他继续违制，国家党将更换领导人。1986 年《新西兰宪法》与英国宪法相仿，属典型的不成文宪法。其制定与修改相对容易，属柔性宪法。——译者注

些标志性判例，包括美国的代表性案例，而美国成文宪法对司法和立法决定起到核心作用——这也有力地反映了新西兰对这一问题的思考。

中国因儒家文化之悠久文明以及近几十年的改革开放而举世瞩目。中国的历史和现代成就，凸显出斯国斯民对自身文明的坚守与创新，也体现了中国在全球商贸中起到的领军作用。《法之力——英美法系经典案例详解》这本著作正好出现在这一重要历史时期：中国的法学建设与时俱进，而国际上的法学发展趋向普世标准，在商贸领域也趋向确定。书中所精选的案例为我们提供了一个很好的范例，说明普通法系是如何在不同文化背景中高扬这种法理原则，而不同文化的差异可以像新西兰和中国香港特别行政区那样的显著。

我要为我的朋友霍先生点赞！这本书的贡献在于加深了我们对不同司法体系如何运作的理解，也促进了中国与新西兰以及更广泛的西方国家对法理理念的共同认知和正向交流。

Hon Andrew Little MP

2019年3月



Andrew Little—foreword to *The Power of the Rule of Law*

The Honourable Andrew Little MP has served as an elected Member of the New Zealand Parliament since 2011. He was previously President of the New Zealand Labour Party and Parliamentary Leader of the New Zealand Labour Party. In the government of Prime Minister the Right Honourable Jacinda Ardern, Little has served as New Zealand's Minister of Justice and Minister for Courts since 2017.

We live in an increasingly interconnected world, where countries as diverse as China and New Zealand seek ever-closer trade, cultural and interpersonal linkages. It is the challenge of the twenty first century for businesspeople, scholars, policymakers and jurists alike to gain better understandings of how different legal systems function.

Power of the Rule of Law by Huo “Raymond” Jianqiang 霍建强 does precisely that, by providing accessible and practical analysis of Western law systems for Chinese scholars.

Huo's expertise cannot be underestimated. A former Partner of an Auckland-based law firm, former journalist for *The New Zealand Herald*, Honorary Professor of Law at China University of Political Science and Law 中国政法大学, Huo has been an elected Member of the New Zealand Parliament between 2008–2014 and again since 2017.

Power of the Rule of Law logically describes the common law by analysing key cases from multiple jurisdictions. It turned my mind to the landmark decision of *Donoghue v Stevenson*, being one of the central British cases which I would encourage any student of the common law to investigate. In addition to that case's precedent-setting role in the law of negligence and the principle of duty of care, it is a good demonstration of the practical effect of ‘judge-made law’ where precedent and consistency are the fundamental tenets.

Judge-made law can offer a valuable contribution to a constitutional framework which places the rule of law at its centre, safeguarding against excesses and over-reac-

hing while protecting the sanctity of commercial contracts. It is a bridge between the authority of central government and the reality of people's daily lives and local cultures—all are citizens, but the mountains are high and the emperor is far away.

The common law is not the only measure which characterises Western countries' justice systems, although appreciating the common law is a critical starting point for understanding. In New Zealand there is some debate about whether stronger checks and balances on Parliamentary power are needed, including the merits or otherwise of having a written constitution. This book, as it scans historic and recent leading common law cases across a number of jurisdictions, including the United States of America where a written constitution is central to judicial and legislative decision-making, offers a useful reflection for this debate in New Zealand.

China is known worldwide for its Confucian ancient régime, and now for its remarkable opening up and development in recent decades. China's history, as well as its modern achievements, are testament to the tenacity and innovation of its people and the nation's status as a leading global player in trade and business. *Power of the Rule of Law* comes at an important time during the continued development of Chinese jurisprudence with respect to accordance with internationally accepted standards for justice and the need for certainty in commerce. The cases contained in this text provide a good demonstration of the way that the common law works to uphold these principles in cultural contexts that can be as different as New Zealand and the Hong Kong Special Administrative Region of China.

I commend my friend Huo for the contribution this book makes to the deepening of our appreciation of how different legal systems work, and for ultimately enhancing the shared understanding and positive exchanges of ideas between China and New Zealand and the wider West.

Hon Andrew Little MP

March 2019

前言



一

以英国、美国、加拿大、澳大利亚和新西兰为主体的英美法系（亦称海洋法系、普通法系、判例法系），在对外关系和经贸互动中越来越受到重视。本书以实际判例入手，以四个经典案例附带四个与华人相关的实例，结合民、商、合同、公司、金融、投资、海外收购以及媒体、选举和监护权法，贯穿以上诸国百余年，上百个各类判例，将英美法系的来龙去脉和各国的司法体系做了一个大致介绍。

在西方社会，法律渗透社会和人们生活的方方面面。以英国以及沿袭了英国体系的澳、新为例，大到每年的中央政府财政预算，小到通过税率给超市香烟或加油站燃油定价，都是通过立法来实现的。

不少人有一种误解，以为找律师，和法律打交道，就意味着“出事了”。这好比去医院，不一定非要有病再去医院，体检，防患于未然，也是现在渐渐为大家所接受的一种保健措施。在涉外和商贸活动中，凡发一谋、举一事必先知己知彼。大家熟悉的“尽调”（due diligence）便是其中一项常规动作。当然，海外华人也常有一种体会，外国人是把律师费花在出事之前（尽职调查和风险规避），而华人往往花在出事之后。

笔者有一位学长，早年从牛津大学获得政治学博士学位。他的体会是，牛津的与众不同很大程度体现在其文化和学术氛围上，俗称“熏”。这本书的主要目的就是通过不厌其烦又信手拈来的详解，尽量将西方国家社会的方方面面、边边角角说透，读这些案例，“熏一熏”，可以知彼知己，不但了



解西方的体制，更了解西方人的思路。

二

英美法系起源于中世纪的英格兰，目前世界三分之一的人口生活在英美法系的司法管辖区域或混合民法法系的司法管辖区域中^{〔1〕}。该法系与大陆法系并称为当今世界最主要的两大法系。

英美法系在中文里也常被译作“普通法系”，取其“普遍通行”之意。的确，在英美法系的诸多国家^{〔2〕}，其国界和司法管辖权概念模糊。判例共享，法学院的教材和所学内容互通，律师可以比较方便地在这些法系的国家执业。

英美法系的最大特点是判例法（the doctrine of precedent），其核心是遵循判决先例（the stare decisis），例如采用三审制的司法管辖区，下级法院必须垂直地遵循上级的上诉法院和最高法院的判例。而以英、美、加、澳、新为代表的英美法系诸国又共享判例、互为参照，因此一通百通，了解一个判例，可以举一反三；了解一个国家，可以打通另外一些国家。

虽然，判例法的特点是“法官造法”（judge made laws），但并不代表英美法系没有成文法，实际上是判例法与成文法（法典、制定法、单行法）并存。

英美法系的另一特点是审判中采取抗辩制度（adversarial system）和陪审团制度，重视司法程序，即“救济先于权利”（remedies precede rights）。相比较而言，“大陆法是异中求同，偏演绎法；而普通法则是同中求异，偏归纳法^{〔3〕}”。

〔1〕 <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/188090/English-law>; British History: Middle Ages Common Law—Henry II and the Birth of a State. BBC. [2009-07-23].

〔2〕 除上述五大国，还包括南非、印度、马来西亚、新加坡、牙买加、肯尼亚等国家。

〔3〕 这段话是美国大法官本杰明·卡多佐说的，见 Benjamin Cardozo: *The Nature of the Judicial Process* (1921) 22-23.

三

本书分两大部分，第一部分不厌其烦，以四个经典判例为基础，以期说透判例法的“法官造法”过程和思辨方式，顺带介绍具有司法管辖权的相关国家的司法体制。

第二部分点到为止，以四个与华人相关或华人熟悉的题材，结合判决书原文，以身边的实例来解读判例法。

两部分前后呼应，读者可以各取所需，但出发点是通过渗透社会层面的实际判例，打通西方社会司法体系的脉络。

四

四大经典判例。

判例一，“唐纳秋梅诉斯蒂文森”，也就是著名的“啤酒蜗牛案”。这是英美法系国家法学院的必修课，也是一个被看作历史文化事件来纪念和研究的家喻户晓的经典案例。

事情发生在1928年的苏格兰，唐纳秋梅的闺蜜约唐纳秋梅到咖啡店小坐，并请她吃冰激凌加生姜啤酒。喝得差不多的时候，将剩下的姜啤从不透明的瓶子倒进她的玻璃杯，“咕咚”一声，一只已经腐烂的死蜗牛掉到杯子里，唐纳秋梅受不了眼前的景象，恶心想吐，稍一回味便肠胃绞痛。三天后不得不看医生，三周后不得不住院急诊。唐纳秋梅随后便向法院递交了诉状。但谁该成为被告呢？

咖啡店主认为自己是冤枉的，因为虽然是他批发的姜啤，但他哪知道不透明的瓶子里有个腐烂的死蜗牛？！唐纳秋梅状告姜啤生产厂家，厂家也说冤枉，因为他直接向咖啡店供货，况且这是原告的闺蜜请客，原告又没有向咖啡店主购买姜啤，因此原告和生产厂家之间不存在任何合同关系。而合同关系是消费者（受害者）能够诉诸法律的前提。同一时期从姜啤中喝出死



老鼠、死蟑螂的情形也时有发生，但诉讼结果都是被告和消费者之间因不具备合同关系而不用承担法律责任。

因此，无论在初审、二审的苏格兰民事法院还是在终审的英国上议院，法官们遇到的问题都是面对这样的案件，既无先例可循，又无法理可依。最终，上议院的法官们根据恕道中的“邻居”概念，创下了一个全新的归责原则——民事“过失原则”。而这个归责原则，在随后的（直到现在）合同法、金融法、公司法以及其他法律领域均起着指导作用。这宗判例所确立的“邻居原则”（The Neighbour Principle），也体现了由“恕道”演变成法律原则的一个思辩模式。

也有不少说法认为，因为这则判例，除听装啤酒外，所有啤酒都改用了透明的玻璃瓶。这一规避风险的做法也延伸到其他领域，如酒店的大堂或洗手间在清洁地面时，一定会竖一个“地滑，小心摔跤”之类的牌子。

有了这则经典案例，我们对判例法“法官造法”的方式和应用会有大致的了解。接下来要解决的便是当今“地球村”和自贸经济框架下的司法管辖权问题。

判例二，“美国雅虎案”，便是为这个问题提供答案的跨成文法和判例法两个不同法系的案例。雅虎总部及其互联网服务器设在美国加利福尼亚，而设在法国的雅虎“拍卖网站”提供平台，用来拍卖德国“二战”期间的纳粹宣传品和收藏品。此举违犯了《法国刑法典》，因为法国法律禁止宣扬和买卖纳粹物品。法国法院基于“损害地”原则，依其民事诉讼法典确定了司法管辖权。但雅虎在美国加利福尼亚上诉，美国第九上诉（巡回）法院综合考量三大因素判定美国法院对此案具备司法管辖权，又提出了“治外法权”和“第一修正案权利”。如果雅虎不在巴黎上诉而在加利福尼亚州起诉，个中“如非”（but for）要素以及美国的司法判例意味着什么？这则判例无疑为互联网时代相关国家就法律如何更新升级的问题，打开了一扇窗户。

解决司法管辖权的窗户一旦打开，往里稍加窥探便觉其妙无穷。于是便

有了判例三：“道琼斯《巴伦周刊》诽谤案”。本案被告是出版《华尔街日报》和《巴伦周刊》的道琼斯。《巴伦周刊》在美国出版，而其文章却通过互联网在澳大利亚维多利亚州被下载和阅读，那么原告能在澳大利亚起诉被告吗？英国 1849 年的判例（诽谤文章发表 17 年后诉讼成功）和健美影星施瓦辛格 2004 年判例（被告就原告，美女原告可以在英国告美国名人）以及加拿大 2005 年《纽约邮报》案（纽约的被告在加拿大受审）对这则案件有何影响？

这些案件本身已经让人眼花缭乱了，而这些国家的州、府、联邦等司法机构也颇令人费解，如纽约州的最高法院和维多利亚州（省）的最高法院，虽冠之以“Supreme”（最高）之名，却并不是全国法院系统中的“最高”（终审法院）。而高院（High Court）这个通常被认定为第三级的法院，在澳大利亚却是最高（终审）法院。

此案的奇妙之处，不单在于国际私法中的冲突法选择，更在于对传统诽谤法的新的界定。例如，依“重复发表”原则，你读了一篇涉嫌诽谤的文章，你转发一次便视同你发表（诽谤）了一次，每转发一次便构成一次新的诉因。但互联网呢？每刷新或点击一次便构成一个新的诉因吗？

读完本判例，以上问题即可逐一解决。

有了判例一、二、三的基础，便可以考量自媒体时代给传统法律带来的新问题。在华人圈广泛流行的自媒体是 QQ、微博和微信，在“洋文”圈则是脸书、推特等。

判例四之“英国‘洋微博’诽谤案”，恰好为这个自媒体时代面临的法律问题和诸多乱象，作了一个全面的注解。

五

以上是了解英美法系统不开的四大经典判例。当然，既然目标读者是华人，自然需要附加和华人有关的案例。“四大判例”之后，第二部分介绍了“四小案例”，分别是：



上海鹏欣新西兰农场收购案（公司法先例）、上市母公司为倒闭子公司偿债案、诗人顾城之子监护权案、关于彼得斯和华人候选人的一则选举法判例。本书第二部分涉及的案例，附有法院判决书的英文原文，既可供研究人员延伸阅读，也可以使大家对英美法系的法院判决书有一个直观了解。这是本书的另一个特别之处。

更为难得的是，成书之时，作者又以其新西兰国会议员的身份草拟了一份个人立法：《新西兰诽谤法（附条件特权抗辩限制）法案》。这无疑又为读者提供了一个了解普通法系国家判例法与制定法并存现状，以及立法种类和步骤的实际例证。

六

本书的一大特点是用简单通俗的语言，以生动鲜活的方式来解读复杂而玄奥的法律问题。因全书布局和词汇独特，法学研究者能体会到书中作者的学术用心；对机构、企业而言，本书则不失为一本对外交流、贸易法律问题的通俗指南。而对普通读者而言，因为书中涉及的千奇百怪的古今案例以及本书重介绍轻理论的特点，读之仿佛一本分类小说。

七

感谢母校中国政法大学，笔者早年学习法律专业和现在工作、从事学术研究，都离不开当年在学院路小月河边的法大校园所受的法学熏陶。“中国政法大学是中国法官的摇篮”这句话无疑是一种激励。新西兰国会议员的上班时间是早上 9:00 到晚上 10:00，每位国会议员每天平均工作 12 个小时以上，在这种高强度、满负荷运转的工作环境下，还能想到著书立说，这也是母校激励的效果。

本书脱稿之后，交谢富安伦律师事务所亚洲部主管刘云芳审阅。案件审理和法律适用须经其“测试”（testing），如果通过不了她的测试，我就必须

重新修改其中的章节或过于拗口的理论解读。法学和医学有相通的地方，本书所阐述的法学理论和原则，比较偏重于“临床实验”。重实际应用，是贯穿全书的一条主线。

Paul Grant、Darrel Mager、Jennifer Zhou、王丽和张颖睿先后参与了本书的文字整理。在此一并感谢！

霍建强 (Raymond Huo)

2019年3月31日于惠灵顿国会办公室