



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

英美法原论 (上)

高鸿钧 等主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

英美法原论

(上)



高鸿钧 程汉大 主 编
李红海 副主编

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马剑银	刘承勰	孙维飞	百晓锋
何海波	汤 欣	吴一鸣	宋华琳
劳东燕	李红海	李 宇	李 栋
沈 明	陆宇峰	易延友	赵晓力
泮伟江	高鸿钧	聂 鑫	程汉大
鲁 楠			



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



主 编 简 介

高鸿钧 清华大学法学院教授。1977年考入吉林大学法律系，1981年进入中国政法大学攻读硕士研究生，1984年毕业留校，1991年调至中国社会科学院法学研究所，担任副研究员（1991年）、研究员（1996年），1998年至今在清华大学法学院任教。主要研究和教学领域为比较法学、法理学和外国法制史。中国法学会比较法学研究会副会长，全国外国法制史研究会副会长，清华大学法学院法律全球化研究中心主任。主要著作有《现代法治的出路》、《伊斯兰法：传统与现代化》、《商谈法哲学与民主法治国》（主编）、《哈贝马斯、现代性与法》（译著）；在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《世界宗教研究》等重要期刊发表论文数十篇；主编“比较法学丛书”、“法律与社会丛书”和《清华法治论衡》。



主 编 简 介

程汉大 山东师范大学法学院教授、中南财经政法大学法学院博士生导师。曾任山东省重点学科世界史负责人、山东师范大学学术委员会和学位委员会委员。先后主持国家和山东省社科项目5项，获山东省和山东省教育厅社科优秀成果奖6项。发表论文70余篇，出版著作（包括合著）11部，主要有：《英国政治制度史》、《英国法制史》、《英国司法制度史》、《12—13世纪英国法律制度的革命性变化》以及《英国宪政传统的历史成因》等。



副主编简介

李红海 法学博士，华中科技大学法学院教授、普通法研究所所长，2005—2006年曾访学于剑桥大学法律系，代表作包括专著：《普通法的历史解读》；译著：《英格兰宪政史》（梅特兰著）、《英国普通法的诞生》（卡内冈著）、《英国律师职业阶层的起源》（布兰德著）等。

013046370

《国家哲学社会科学成果文库》 出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用，促进我国哲学社会科学繁荣发展，全国哲学社会科学规划领导小组决定自 2010 年始，设立《国家哲学社会科学成果文库》，每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审，代表当前相关领域学术研究的前沿水平，体现我国哲学社会科学界的学术创造力，按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室
2011 年 3 月

本书出版得到教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“英
法系与西方法制文明研究”（项目批准号 06JJD820014）的资助，特
此感谢！

作者简介和分工

(以姓氏笔画为序)

- 马剑银 法学博士，北京师范大学法学院讲师（第26章）
- 刘承魁 法学博士，中国政法大学比较法学研究院副教授（第10章）
- 孙维飞 法学博士，华东政法大学法律学院副教授（第11章）
- 百晓锋 法学博士，西北政法大学民商法学院讲师（第17章）
- 何海波 法学博士，清华大学法学院教授（第6章）
- 汤 欣 法学博士，清华大学法学院副教授（第12章）
- 吴一鸣 法学博士，华东政法大学法律学院副教授（第9章）
- 宋华琳 法学博士，南开大学法学院副教授（第7章）
- 劳东燕 法学博士，清华大学法学院副教授（第8章）
- 李红海 法学博士，华中科技大学法学院教授（第1、2章、索引）
- 李 宇 中国社会科学院研究生院法学博士生（第13章）
- 李 栋 法学博士，中南财经政法大学法学院副教授（第4章）
- 沈 明 法学博士，上海财经大学法学院讲师（第22章）
- 陆宇峰 法学博士，华东政法大学科学研究院助理研究员，博士后研究人员（第21章）
- 易延友 法学博士，清华大学法学院教授（第15、16章）
- 赵晓力 法学博士，清华大学法学院副教授（第5章）
- 泮伟江 法学博士，北京航空航天大学法学院讲师（第20章）
- 高鸿钧 清华大学法学院教授（导论、第3、23、24、25章）
- 聂 鑫 法学博士，清华大学法学院副教授（第18章）
- 程汉大 山东师范大学法学院教授（第14章）
- 鲁 楠 法学博士，中国人民大学法学院博士后研究人员（第19章）

内 容 简 介

本书是“英美法系与西方法制文明研究”的课题结晶。该课题是“教育部人文社会科学重点研究基地重大项目”之一。

本书汇聚了国内在本领域的主要研究力量，从不同学科的视角对英美法进行了系统和深入研究，考察它的历史与现实，提炼它的义理和精神，阐释它的理念与制度，分析它的程序与运作，描述它的传播和影响。本书包括一篇导论和六编：英美法的历史、渊源与特征；英美公法：宪法、行政法和刑法；英美私法：财产法、契约法、侵权法、商法和信托法；英美司法组织、诉讼程序与法律教育；英美主要法学理论与法律思想；英美法律文化、移植与全球化。

本书适合法学本科生、研究生和青年教师，以及对英美法怀有兴趣的一般读者。

编者前言

历史上,不同国家和民族为了生活有序,治理有方,曾经尝试过各种治道。其中有诉诸敬畏与超越的神治,追求和谐与崇高的德治,满足激情与归属的人治,达成庄严与一致的法治。各种治道均生发于世情和人心,彼此既无高下之别,又无优劣之分。然而自现代以来,知识科学化和思维理性化解构了神灵的魔力,关系陌生化和价值多元化颠覆了道德的威力,精神自由化和行动自主化祛除了人主的权魅。鉴于神治失据,德治失灵,人治失信,各国逐渐选择了法治之路。不是法治选择了现代社会,而是现代社会选择了法治;各国选择法治,不在于它是完美之治,而在于它持之有据、行之有效和践之有信。法治并非万能,但在现代社会,舍法治而长治久安者,迄今并无先例。与其他社会相比,西方的法治更源远流长;与欧陆相比,英美法治显得别具一格,颇有生机。

在英美的法治中,法上无权威,法外无特权。国王在万人之上,却在法律之下;主权为万权之首,却在人权之后;善政为万政之尊,却在宪政之内。英美政治哲学认为,人非天使,需要政府治理;治不完人,需要体制制衡。于是,英美从性恶论和“坏人视角”出发,重在以有效制度,防范国王为非,总统作歹,官吏滥权。

英美法理认为,善德不转为法律,不过是慈善广告;正义不化作权利,则成政治口号;权利没有救济,等于空头支票。在英美,道德之争常常寓于法律论题,正义之理常常化为权利话语,政治问题法律化,法律问题司法化,司法问题程序化。于是,政治服从法律,司法型塑立法,程序优于实体,救济先于权利。在英美,司法具有独立性,法院是法律帝国的首都,法官是法律帝国的王侯;法律程序仪式化,法庭似剧场,诉讼如戏剧。实践表明,司

法程序化有助于化解纠纷，法律司法化有助于缓和冲突，政治法律化有助于防止动荡。

在英美法中，法律的生命不在于逻辑，而在于经验；法律的体系不在于系统，而在于实用；法律的运用不在于教义，而在于技艺；法律的功效不在于书本，而在于行动。然而，英美法并非无理性，而是呈现为经验理性、实用理性、技艺理性和行动理性。经验理性要求遵循先例，同案同判；实用理性要求摒弃教条，避免空想；技艺理性要求独具匠心，精雕细刻；行动理性要求敢于探索，善于创新。于是，英美法从历史之维建构现实，从效用之维保持活力，从技艺之维寻求个案公正，从行动之维产生变革力量。

与欧陆法相比，英美法更重视个人。在美国，19世纪所奉行的是功利型个人主义，经济领域突出的是自由市场中的个人博弈，以求利益最大化；政治领域强调的是对政府的控权与限权，以求小政府、大社会的个人自治；道德领域彰显的是自我控制和纪律约束，以求沉湎工作，抑制欲望，克制癖好，成功发达。当代流行的是表现型个人主义，重在自我表现而不是自我控制，追求偏好的生活方式而不是经济领域的成功。生活的意义在于“自己成为自己”，生命的价值在于“自己创造自己”。由此，权利变得更加主观化、个性化和外在化，法律变得更加宽容、宽松，开明和开放。

在英美法中，自由是核心话语：消极自由与积极自由、信仰自由与表达自由、结社自由与游行自由，一句话，“不自由，毋宁死”。在当代美国，自由意味着选择权利。人们有权选择姓名、食品、服装以及发式，有权选择朋友、爱人以及子女，有权选择爱好、情趣以及信仰，有权选择就业、失业以及流浪，有权选择自己的性偏好和性伙伴，乃至有权选择自己继续生存还是结束生命。国家已经成为了“选择的共和国”，而社会如同任由顾客选择的超市。

西方的法治大体经历了立法主导、行政主导和司法主导三个阶段，与之相应的理性范式则是形式理性、实质理性和程序理性。形式理性同中无异，同等情况同等对待；实质理性同中有异，不同情况不同对待；程序理性同异兼顾，同等情况同等对待，不同情况不同对待。前两个阶段的引领者是德国法与法国法，后一个阶段的引领者是美国法。英国法的广泛传播，得力于英

国的殖民主义扩张，美国法的全球化，也得益于20世纪以来美国在世界体系中的霸主地位。但必须承认，如果英美法如同某些初民社会的氏族法，既无现代适应性，又无超越情境的实用性，则很难想象会产生世界性影响。在同欧陆法的竞争中，英美的宪政、商法、司法体制和诉讼程序等领域，显示出明显的优势和生命力。

值得注意的是，法律全球化虽然不等于全球法律美国化，但美国法全球化确实成为了法律全球化的主旋律。美国法压倒了英国法的影响力，猎食了苏联东欧等转型国家的法律改革，侵夺了大陆法系的许多领地，并影响了欧盟及其成员国法律的发展。所有这一切都改变着世界法律体系的格局。

英国和美国分别从蕞尔岛国和弹丸殖民地变成世界强国，并相继成为世界体系的霸主。除了其他原因，这是否得益于其法律和法治？当然，英美法也有某些弱点和劣迹，仅就美国法而言，就有黄狗契约、黑人法典、禁酒宪令以及绝育恶法。凡此种种，我们自然应该予以批判和摒弃。

自近代以来，中国在探索现代法治之路的过程中，借鉴和移植了英美的法律理念和制度。近二十年来，英美法在中国备受关注，有关法典、法规、案例以及学术著作大量“进口”，而国内相应的研究之作也越来越多。但在这种繁荣的背后，读者又往往陷入了难于选择的迷惑。为此，我们联络国内同人，尝试形成这部“英美法原论”，从不同角度考察它的历史与现实，提炼它的义理和精神，阐释它的理念与制度，分析它的程序与运作，描述它的传播和影响。本书分为六编，各编的主要内容是：

第一编：英美法的历史、渊源与特征；

第二编：英美公法：宪法、行政法与刑法；

第三编：英美私法：财产法、契约法、侵权法、商法和信托法；

第四编：英美司法组织、诉讼程序和法律教育；

第五编：英美主要法学理论与法律思想；

第六编：英美法律文化、移植与全球化。

这里需要补充说明以下几点：第一，本书的“英美法”一词，并不如其字面所示仅限于英国法和美国法，而是在与大陆法相对的意义上使用，意指英美法系所有国家或地区法律的总体。本书以英国法和美国法作为英

美法的典型。我们虽然尽可能兼顾两国法律，但仍无法在所有问题上同时做到这一点。因此，根据内容的性质及其典型性，有些章的内容选取了英国法作为典型，有些章选取了美国法作为典型。第二，“公法”与“私法”原本是大陆法系的划分模式，鉴于当代英美法律理论和实践已经广泛采用了这种划分模式，本书也采用了这种划分模式。第三，本书并不全面论述英美法的各个领域，而是选择了其中的某些问题，从特定的维度和视角窥探该领域的“奥秘”，并力图反映英美法的重要特质。由于水平有限，不足之处在所难免，我们殷盼就正于方家，聆教于读者。

编 者

2013年1月8日

目 录

上 册

编者前言	(1)
导论 比较法律文化视域中的英美法	(1)
一、传统与现代：法律演进的连续性	(1)
二、法律、权利与自由的互动	(6)
三、法官造法：司法导向之法	(10)
四、法律与正义：程序的重要性	(12)
五、法律价值：重视个人、实用和经验	(14)
六、英美法治：与大陆法传统的异同	(18)
七、英美法与中国：曲折的历程	(21)

第一编 英美法的历史、渊源与特征

第一章 英美法的主要渊源

——以英国法为例	(29)
一、法律分类及其演变史	(31)
二、普通法：产生与发展	(35)
三、衡平法：缘起与机能	(74)
四、制定法：源泉与特点	(92)
五、自足的普通法与不自足的衡平法	(112)
六、普通法与制定法：“水和油”抑或“水与乳”？	(119)

第二章 英美判例法

- 机制、理念与功能 (138)
- 一、判例法的概念及要素 (138)
- 二、判例报告 (143)
- 三、遵循先例的原则 (159)
- 四、判例法中的司法技艺 (191)
- 五、判例法的相关理论问题 (195)

第三章 英国法的主要特征

- 与大陆法相比较 (214)
- 一、动因与方法 (215)
- 二、判例法：从个案到个案 (220)
- 三、法官法：两面神之喻 (239)
- 四、救济先于权利：程序中心主义 (254)
- 五、法律的生命：经验、实践与实用 (263)
- 六、匠心艺作：结构、行话与风格 (274)
- 七、常与变：“老田”与“阿尔戈之船” (288)
- 八、英国法——一个自创生系统？ (303)

第二编 英美公法：宪法、行政法与刑法

第四章 英国宪政的成功之道

- 经验理性的结晶 (326)
- 导言 (326)
- 一、一部乘坐“阿尔戈之船”的英国宪政史 (327)
- 二、议会主权与司法独立相结合的宪政体制 (358)
- 三、经验理性是英国宪政的立身之本和发展之源 (380)

第五章 美国宪政

- 起源与原理 (400)
- 一、联邦制与代表制 (400)
- 二、三权分立 (423)

三、言论自由与美国政体	(445)
第六章 英国法院对行政的规训	
——行政行为司法审查的标准	(460)
导言	(460)
一、程序正义的地位	(462)
二、越权无效的扩展	(488)
三、裁量审查的深化	(504)
结语	(514)
第七章 美国行政法中的独立规制机构	(516)
导言	(516)
一、美国独立规制机构的历史演进	(518)
二、独立规制机构的组织法规范	(526)
三、独立规制机构的运作程序	(535)
四、其他机关对独立规制机构的制衡	(541)
五、独立规制机构独立性及其争论	(547)
六、独立规制机构的设置与运作对中国的启示	(550)
第八章 英美刑法中的危害与犯意	
——从权利保障到风险控制	(554)
导言	(554)
一、危害性原则的崩溃：背景与转型	(561)
二、犯意原则的流变：内容与动因	(577)
三、危害与犯意的共同变奏：当代英美刑法的真实困境	(595)

第三编 英美私法：财产法、契约法、 侵权法、商法和信托法

第九章 财产法与物权法	
——名实之辨	(608)
一、“物”与“财产”	(608)

二、英美法系中的《财产法》	(636)
三、财产法与物权法：一个位阶问题	(645)
四、英美法的物权结构	(652)
结语	(682)
第十章 英美契约法的变迁	(684)
导言 英美契约法为何值得中国关注	(684)
一、英国契约法的形成与建构	(686)
二、美国契约法的形成与建构	(698)
三、传统契约法的构造与特质	(707)
四、新古典契约法：英美契约法的调整与改良	(715)
五、契约法社会化浪潮：挑战与机遇	(723)
六、现代和后现代契约法理论方案：以契约社会化为背景	(727)
七、英国契约法与美国契约法的殊同：历史与现实观察	(731)
八、中国契约法治现代化的思考	(735)
第十一章 英美侵权法	(745)
导言	(745)
一、现代英美侵权法的历史轨迹	(746)
二、作为独立侵权类型之过失的兴起与过失的一般化	(753)
三、原则与政策之争——事关英美侵权法的根基	(766)
四、比较法上的分析与借鉴	(784)

下 册

第十二章 美国证券法上的短线交易	
——制度、理念及其移植	(791)
一、美国证券法上的短线交易制度	(793)
二、短线交易制度与美国商法	(807)
三、中国证券法上的短线交易制度	(816)
四、商法的移植及其检验——以短线交易制度为例	(825)