

李培锋 著

英美法要论

 上海人民出版社

李培锋 著

英美法要论

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

英美法要论/李培锋著. —上海: 上海人民出版社, 2013

ISBN 978-7-208-11859-1

I. ①英… II. ①李… III. ①英美法系—研究 IV.
①D904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 251914 号

责任编辑 解 颀

封面设计 王晓阳

英美法要论

李培锋 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 17 插页 4 字数 248,000

2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11859-1/D·2376

定价 38.00 元

前 言

英美法系是指以英国普通法为基础发展起来的世界性法律体系，因在英国与美国最具有代表性，所以通常称作英美法系。英美法系具有悠久的历史、鲜明的特色和广泛的世界影响，同大陆法系共同组成了当代世界最重要的两大法律体系。

英美法系为人类法律文明作出了一系列开创性贡献，“宪法”、“信托法”与“证据法”这三个部门法首先就是在英美发展起来的。近代宪法最早产生于英国，英国宪法被称为“近代宪法之母”。美国宪法是世界上第一部成文宪法，其颁布开了西方国家制定成文宪法的先河。英美宪法开创了近代宪法的一些基本原则，如分权原则、制衡原则、法治原则、议会主权原则，英美宪法还确立了近代宪法中的一些基本制度，如议会制、内阁制、首相制、两党制、总统制、联邦制、司法审查制度。信托法是英美法系衡平法的产物，是英国人对世界法律体系作出的重要贡献，信托的概念与信托制度都是从英国发展起来的。英国著名法学家梅特兰曾这样说过：“如果有人要问英国人在法学领域取得的最伟大、最独特的成就是什么，那就是历经数百年发展起来的信托观念，我相信再也没有比这更好的答案了。”^①证据法作为独立的部门法也最早产生于英美法系国家，证据法的一些基本规则主要从英国发展而来。虽然大陆法系国家也很早产生了关于证据的法，但只是诉讼法的一部分，没有整合为独立的部门法。对此，著名证据法学家撒耶说：“英语国家有一门我们所说的‘证据法’，而这是其他国家所没有的。”^②现在大陆法系有关宪法的基本原则与制度，有关信托方面的制度设计以及一

① F. W. Maitland, *Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. III, Cambridge: Cambridge University Press, 1911, p. 272.

② James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 2.

些证据规则受英美法系的影响都很大,都是借鉴、移植或发展了英美法系相关部门法的结果。

英美法系以司法见长,其法律文明有浓厚的司法文明色彩,带有明显的“司法法”特点,这跟以立法见长的大陆法系国家有很大区别。在普通法形成过程中王室法院的法官发挥了重大作用,所以从形成之初就是一种“法官法”,带有显著的“司法法”特点。英美法的“司法法”特点在法律渊源上表现为判例法并且长期居第一位。英美现在大多数有关合同、民事侵权行为和信托方面的法律,以及相当一部分现代行政管理方面的法律,都来自法院的判例。刑法以及大部分财产法尽管现在都已采用了制定法的形式,但相关的一些根本原则仍然保留在判例法中。英美法的“司法法”特点也体现在法律分类上,英美普通法与衡平法的法律分类不是法学家理论划分的结果,而是大法官在对普通法不足的弥补和完善的过程中历史形成的。英美法的“司法法”特点还体现在“诉讼法”主要表现为各种司法程序,如对抗制程序、陪审制和辩诉交易等。

英美法系的传统是关注救济手段,是一种“救济之法”,而非“权利之法”。^①首先,普通法中的合同法、侵权法、财产法等部门法一开始都是以令状诉讼形式为基础,作为一连串的救济手段发展起来的,这导致法律实务者在几个世纪以来只关注诉讼形式、诉讼程序及救济手段,而不注重实体权利及实体法的分类问题。诉讼形式的支配地位是如此之大,以至于梅因说“实体法首先是从程序的缝隙中逐渐渗透出来的”。“我们的不动产法确实如此,它就是一直被隐藏在诉讼形式的缝隙中的”。^②其次,衡平法也具有浓厚的救济本位倾向。衡平法最初就是在对那些在普通法上无法得到救济的人提供救济的过程中产生的,是一种对人的救济之法。衡平法创立了新的救济手段,如禁令、特定履行、校正、撤销、清算账目、转让、取得文书和披露文据等,这些救济手段是衡平法的重要组成部分,典型地反映了衡平法的救济本位特点。最后,

① [法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿、高鸿钧、贺卫方译,清华大学出版社2002年版,第5页。

② [英]梅特兰:《普通法的诉讼形式》,王云霞、马海峰、彭雷译,商务印书馆2009年版,第34页。

英美宪法也具有明显的救济本位的倾向。英国宪法对公民权利的保护主要不是体现在对权利的法律宣示上,而是体现在独立的司法、人身保护令状等方面。19世纪宪法学家戴雪认为:“英国的人身保护令状尽管既没有宣示任何权利原理,也没有界定任何权利概念,但从实践的目的来看,却有着等于100个保证个人自由的宪法条文的价值。”^①当然他也承认,像美国宪法一样,既拥有公开的宪法权利宣言同时又拥有有效的权利实施方法是可能的。

我国自清末以来继受的主要是大陆法系的法律体系、制度和概念。民国时期,随着1915年东吴大学法科的设立,英美法开始被纳入法律教育体系,在中国的影响不断扩大。但新中国成立后因英美法被作为旧法统取消了,英美法在中国陷入式微。直到改革开放以来,我国才基于现实需要重新吸取英美法的成果,不断借鉴英美法中的一些司法制度、司法程序,例如2012年新修订的《刑事诉讼法》就明显借鉴吸收了英美证据法与程序法的部分内容。而为了更好地借鉴与吸收英美法系的优秀成果,加强相应的基础研究是十分必要的。

对英美法系进行研究,有三种方法是必不可少的,其一是历史方法。作为英美法系基础的普通法是历史地发展起来的,具有很强的历史连续性,不从源头上研究就容易对它产生一些误解。可以说,在很多英美法问题上,“一页历史就抵得上一卷逻辑”。^②举例说来,在财产法领域,英美至今还保留着大量的封建土地法词汇,如“fee simple”、“real property”、“tenant”等,不了解历史,就无法准确把握这些术语的含义。在合同法领域,霍姆斯曾说,“如果我们考察一下合同法”,“我们会发现它充满了历史。所作的债务合同、专约合同(covenant),以及口头合同(assumpit)的区分都只不过是历史的产物。法律不考虑讨价还价的因素而将某些支付货币的责任强定为准合同,这只是历史的产物。对价原则也只是历史的产物。合同法中赋予印玺的效力也还是只能由历史来解释”。^③在侵权法领域,威格莫尔曾说:“任何一个概念都要通过

① [英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承睦、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第20页。

② [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第32页。

③ [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第33页。

历史才能得到理解,但相比于英美法中的其他概念,侵权行为责任概念尤其如此。”^①在诉讼法领域,梅特兰曾说:尽管我们已经埋葬了古老的诉讼形式,但是“他们依然从坟墓中统治着我们”。^②

除了历史方法外,案例分析法也是研究英美法系的一种重要方法。虽然,任何法系、任何国家的法律研究都离不开案例分析的方法,但相比于大陆法系,英美法系的研究尤其需要如此。因为英美法系的重要法渊就在具体的先例之中,所以研读英美法中的重要先例,在掌握案件的事实、争议点的基础上去了解先例判决理由,有助于对法律规则的认识与掌握。如美国司法审查制度的确立最初不是通过宪法条文,而是1803年的“马伯里诉麦迪逊”案确立起来的;再如侵权法领域的严格责任原则,其确立也不是通过立法渠道,而主要是通过1868年的“赖兰兹诉弗莱彻”案确立的;同样,保护犯罪嫌疑人权益的沉默权规则也不是通过立法,而是通过1963年的“米兰达诉亚里桑纳州”案确立的。所以,对英美法的研究仅仅通过法条是不够的,还必须借助大量的司法案例。

但要从整体上研究英美法系,全面反映英美法系的特色与精华,比较方法尤其显得重要和突出。中国由于受大陆法系的法律传统影响很深,对法律的认识视角与思维方式都不同于英美法系国家,对英美法的认识不可避免地会打上大陆法的框架。所以通过对大陆法系的比较分析,揭示出英美法系和大陆法系的各自特色,不仅能更好地理解 and 把握英美法,而且也会有助于更好地完善和改进中国法。用法学家康斯坦丁内斯库的话说:“比较法擦亮了法律学者的眼睛,使其能够发现本国法律机制的一些缺陷与弱点。比较法学者能够对他自己国家的法律制度作出一种判断,这一判断更为成熟,并更具有批判性。”^③例如,为何英美法被称作“判例法”,而大陆法系却被称作“法典法”?为什么大陆

① John Henry Wigmore, “Responsibility for Tortious Acts: Its History”, in *Selected Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. III, Boston: Little, Brown, And Company, 1909, p. 474.

② [英]梅特兰:《普通法的诉讼形式》,王云霞等译,商务印书馆2009年版,第1页。

③ [德]格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦等译,清华大学出版社2002年版,第19页。

法系最基本的法律分类是公法与私法,而英美法系最基本的法律分类则是普通法与衡平法?为什么英美法系的法官地位显赫,广为人知,如科克、曼斯菲尔德、丹宁、马歇尔、斯托里、霍姆斯、布兰代斯、卡多佐、波斯纳,而大陆法系的法官在法律职业中默默无闻?为什么大陆法系“民法”是重要的部门法,而英美法系却没有统领财产法、合同法与侵权法的“民法”呢?为什么大陆法系国家都有“债法”这个范畴,而英美国家连与“债”完全对应的术语都不好找呢?通过比较不仅可以见异同,而且可以充实“解决办法的仓库”,为本国的法律问题提供更多的解决方案。

本书就试图从比较视角对英美法系的整体与特色进行系统研究。本书全部内容都立足比较视角,以大陆法系为参照系,分十章对最能体现英美法系特色与精华的内容进行扼要探讨。第一章至第五章是总论,这五章是针对英美法系的整体展开的,除了第一章“历史传统”之外,后面分别围绕着法律渊源,法律分类,法院系统,法律教育与法官、律师进行论述。第六章至第十章是分论,这五章中有三章分别对英美法中最有特色和开创性的三个部门法即宪法、财产法与信托法、合同法与侵权法予以论述。其中,因为信托法的产生与英美财产法关系特别密切,且英美财产法也有一些独到特点,所以财产法就与信托法联系在一起写。第九章是关于证据法的,这虽然不是英美法中具有开创性的内容,但与大陆法系国家相比没有“债法”这个范畴,且其中合同法与侵权法中也有一些独到之处,所以这两个部门法也纳入本书内容之中。第十章是关于刑法与程序法的,重点论述了能充分反映英美法系特色的对抗制、陪审制与辩诉交易程序。

目 录

前言/1

上编 总论/1

第一章 历史传统/3

第一节 普通法的形成与发展/3

一、普通法的历史渊源/3

二、普通法的形成/5

三、普通法的僵化与衡平法的兴起/8

第二节 普通法在美国等海外地区的传播/10

一、殖民地早期:普通法的渗透期/11

二、18世纪:普通法逐渐占据主导地位/11

三、独立之初:普通法面临考验/12

四、独立后美国法的发展与创新/13

第三节 英美法系的形成与分布/17

第二章 法律渊源/18

第一节 法律渊源概述/18

第二节 判例法/22

一、遵循先例原则/22

二、判例汇编制度/27

三、类比推理/30

第三节 制定法/33

一、制定法的表现形式/33

二、制定法的解释/34

第三章 法律分类/37

第一节 普通法与衡平法/37

一、普通法与衡平法分类的历史/37

二、当代普通法与衡平法分类/44

三、普通法与衡平法分类的特点/47

第二节 公法与私法/48

第四章 法院系统/49

第一节 英国法院系统/49

一、中央法院系统/49

二、地方法院系统/56

第二节 美国法院系统/61

一、联邦法院系统/61

二、州法院系统/64

第五章 法律教育与法官、律师/65

第一节 法律教育/65

一、英国法律教育/65

二、美国法律教育/67

第二节 法官、律师/75

一、英美法官/75

二、英美律师/78

下编 分论/85

第六章 宪法/87

第一节 英国宪法/87

一、宪法的特点/87

二、宪法的构成/88

三、宪法的基本原则/94

四、宪法的制度创新/95

第二节 美国宪法/ 97	
一、宪法的制定/ 97	
二、宪法的内容与原则/ 102	
三、宪法的制度创新/ 104	
四、个人权利与自由的保护/ 110	
第七章 财产法与信托法/ 115	
第一节 英美财产法/ 115	
一、动产与不动产的分类/ 116	
二、不动产法/ 117	
三、动产法/ 128	
第二节 英美信托法/ 130	
一、信托财产权的双重性及其成因/ 131	
二、信托财产权与“债权”的交叉特性/ 135	
第八章 合同法与侵权法/ 138	
第一节 英美合同法/ 138	
一、合同法的起源与发展/ 138	
二、合同的定义与盖印、简式合同分类/ 139	
三、简式合同的构成要件/ 141	
四、对价/ 148	
第二节 英美侵权法/ 155	
一、侵权法的含义与历史/ 155	
二、过失侵权行为/ 167	
三、故意侵权行为/ 172	
第九章 证据法/ 176	
第一节 形成方式与历史/ 176	
第二节 证据排除规则/ 178	
一、传闻证据规则/ 179	
二、意见证据规则/ 180	

三、品格证据规则/181

四、相似事实证据规则/182

第三节 排除合理怀疑证明标准/183

第十章 刑法与(刑事)程序法/187

第一节 刑法/187

一、刑法的起源与发展/187

二、犯罪的分类/190

三、犯罪的成立要件/192

第二节 对抗制/195

一、对抗制的含义与确立/195

二、对抗制审判程序/197

三、对抗制中的律师/202

四、对抗制中的法官与陪审团/218

五、对抗制中被告人的权利/220

六、对抗制程序评析/228

第三节 陪审制/232

一、陪审制的历史演变/232

二、陪审程序/236

三、陪审程序评析/240

第四节 辩诉交易/246

一、辩诉交易的历史由来/246

二、辩诉交易程序/247

三、辩诉交易程序评析/248

参考文献/253

后记/262

上编 总 论

第一章 历史传统

大陆法系的历史渊源最早追溯到罗马法,其次是教会法和商法,“罗马私法、教会法和商法,是现代大陆法系各国大部分私法、程序法以及部分刑法中的概念、制度和程序的主要渊源”。^①但英美法系的历史渊源一般追溯到13世纪英国形成的普通法,是普通法奠定了现代英美法系各国财产法、合同法、侵权法的共同历史基础。如果说大陆法系属于罗马法传统,那么英美法系就属于普通法传统。

第一节 普通法的形成与发展

一、普通法的历史渊源

普通法的历史渊源最早追溯到盎格鲁—撒克逊时期的日耳曼习惯法。盎格鲁—撒克逊人并不是英国的最早居民,在英国的文明发展史上,凯尔特人、罗马人都曾先于他们人住过不列颠。但无论凯尔特人还是罗马人,都没有在英国的法制文明史上留下任何遗产,对后来英国法律的发展几乎未产生任何影响,因此,充当英国法制文明奠基人的既不是凯尔特人,也不是罗马人,而是晚于他们的盎格鲁—撒克逊人。

盎格鲁—撒克逊人原是欧洲大陆日耳曼人的两个分支,他们于公元5世纪开始征服不列颠,并在征服过程中将日耳曼习惯法带到英国。盎格鲁—撒克逊人入侵英国时,尚处在国家产生前的原始部落时期。他们在征服过程中,以部落为基础形成了很多小的王国。到7世纪初,原先众多的小王国逐渐聚合为相对稳定的七个王国。在8世纪以后联合抗击丹麦入侵者的斗争中,七个王国之间的联系逐步加强,最后在威

^① [美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第13页。

塞克斯王室的领导下,政治上融为一体,形成了统一的英吉利国家。与此同时,国家机器初具规模,一套由国王与贤人会议、郡长与郡法院、百户长与百户区法院组成的政治法律机构建立起来,英国开始向法制社会的门槛迈进。

盎格鲁—撒克逊时期英国的法律尚未走出原始的日耳曼习惯法阶段,呈现如下三个特点:第一,当时并未形成全国统一的法律,而只有某些地区或某些种族的法律。所谓的盎格鲁—撒克逊法律实际上是肯特人的法律、威塞克斯人的法律以及墨西亚等法律的总和,在不同的地区、不同的部群中,法律都会有所不同。现存的有关盎格鲁—撒克逊时期英国的法律记载大致可分为国王的法令、习惯誓言与土地契据三类。第二,盎格鲁—撒克逊时期的许多法律虽然冠以国王或统治者的名字,但它们都不是国王通过立法渠道制定的法律,而主要是习惯法的汇编,如公元 600 年的《埃塞尔伯特法典》、694 年的《伊尼法典》和 890 年的《阿尔弗雷德法典》虽然具有成文法的形式,但都只不过是原来某个地区固有习惯的汇集,习惯法的本质并未从根本上获得改变。这一点在《阿尔弗雷德法典》的序言中就有十分清楚的体现,序言写道:“我,阿尔弗雷德,现将(过去的撒克逊的法律)汇集到一起,并将先辈法律中一些我认为好的收录下来。我未敢擅自收录太多自己的法律,因为我不知道其中哪些会获得后人的赞同。”^①第三,盎格鲁—撒克逊时期的法律没有实体法与程序法、民法与刑法、公法与私法的分类,甚至连世俗法与教会法的分类都没有。

盎格鲁—撒克逊时期英国法律这种由习惯法主导的特征在诺曼征服后虽然发生了一些变化,但在相当长的一段时期内依然未获得根本改变。1066 年诺曼底公爵征服英国是英国法律史上的一个重大事件,征服后诺曼封建法取代了原有的土地法,诺曼法语也成为主要的上层法律语言,但是,诺曼征服者所带来的封建法并没有根本取代英国原有的习惯法,盎格鲁—撒克逊习惯法继续在英国社会生活中发挥着十分

① A. H. Knight, *The Life of the Law: The People and Cases That Have Shaped Our Society, from King Alfred to Rodney King*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 11.

重要的作用。征服者威廉一世自称他是爱德华国王的合法继承人,要求英国人都应尊重他们先前所尊重的爱德华国王时期的法律。^①诺曼王朝最后一位国王亨利一世在位时依然宣称,英国境内发生的所有谋杀案,均应依据爱德华国王的法律予以公正审判。可见,诺曼时期英国法的主要内容依然是盎格鲁—撒克逊时期的习惯法。

总之,在诺曼王朝之前,英国一直不存在全国共同适用的统一法律,传统的盎格鲁人、撒克逊人、朱特人、丹麦人的不同习惯法依旧同时并存。与这种法律的分散性、多样性相适应,当时的司法管辖权也是多元的,尚未形成全国统一的法院组织,国王的司法、封建的司法与公共司法在同时实施。

二、普通法的形成

进入 12—13 世纪以后,英国的历代国王通过多种途径,不断扩大大国王法院的司法权,逐步削弱、蚕食公共法院、封建法院的权力,最终把全国司法置于国王法院直接和间接的控制之下,进而形成一种通行全国的法律体系,即普通法。可见,普通法的形成是诺曼征服后英国王权不断扩大的结果,这正如英国著名法学家密尔松所说:“普通法是在英格兰被诺曼人征服后的几个世纪里,英格兰政府逐步走向中央集权和特殊化的进程中,行政权力全面胜利的一种副产品。”^②

英国国王的司法集权是通过如下措施实现的。

第一,扩大“国王诉讼”的追诉范围。“国王诉讼”是指破坏“国王安宁”的犯罪案件,“国王诉讼”只能由国王法院审理。在英国,“个人安宁”的法律概念早已有之,在盎格鲁—撒克逊时代,所有自由人均享有不受他人侵犯的“个人安宁”权利。国王作为最高领主和国君,其“个人安宁”权利的外延自然比普通人宽泛得多。不过,直到 11 世纪,“国王诉讼”的追诉范围还只限于特定时期(如三大宗教节日)、特定地点(如王宫或交通大道)和针对特殊个人(如王室成员、国王仆人等)的凶杀、

① Radcliffe and Cross, *The English Legal System*, London: Butterworths, 1977, p. 13.

② [英]密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬等译,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 3 页。