

英国法和法国法

【法】莱尼·达维 著

潘华仿 高鸿君 贺卫方译

中国政法大学法制史教研室

一九八四年八月

英国法和法国法

【法】莱尼·达维 著

潘华仿 高鸿君 贺卫方译

中国政法大学法制史教研室

一九八四年八月

译者的话

自本世纪初年以来，比较法学作为一门新兴的学科在世界许多国家得到了迅速发展，比较法的研究组织和刊物不断出现，论著也愈来愈多。但是功底深厚的比较法学者为数还不是太多。本书作者，现任法国巴黎等大学名誉教授的莱尼·达维便是这样的学者之一。多年来，达维教授以其对各国法律的深刻理解和渊博学识，以其十余种著作对比较法的发展做出了杰出贡献。因此，他与德国的茨威格特（Zweigert, K）一起被誉为比较法学的当代权威。

本书是达维在比较法方面重要论著之一。作者用比较的方法对英国法和法国法的区别与联系进行了分析，材料充实具体，论述简明扼要，历史考察与现实评介并重，程序问题与实体内容兼顾，对法律教学、科研和我们了解当代比较法学的研究状况都有一定的参考价值，因此我们将它译出。不言而喻，作者是资产阶级学者，书中的许多观点是我们所不能同意的，对此读者是可以鉴别的。

翻译法律论著，首先应忠于原作，即把其内容用中文准确地表达出来。但由于国家间政治、法律以及语言等方面多有差异，致使许多概念、范畴难以找到与之相称的对应表述，个别术语，虽“旬月踟蹰”，也难立一名。在本书的翻译过程中，我们力图做到准确、通达。但我们深知水平有限，加之时间仓促，舛误之处自然难免，尚希读者指正。

译者

一九八四年三月二十九日

目 录

译者的话

导言	(1)
第一章 补救的法与权利的法	(4)
第二章 法典法与判例法	(18)
第三章 法律的结构与分类	(29)
第四章 法院与法律职业者	(42)
第五章 程序与证据	(55)
第六章 宪法性法律	(70)
第七章 行政法	(78)
第八章 契约法	(97)
第九章 商法	(131)
第十章 侵权行为法	(145)
第十一章 劳动法	(165)

导 言

英国与法国之间的距离不超过三十公里，几乎每一年报纸都要报道一些游泳健将在他或她的横渡英吉利海峡的尝试中获得了成功。几乎从有记载的时候起，英国与欧洲大陆之间便开始了交往。来自法国的诺曼王朝于1066年征服英伦，现在这个王朝依然统治着联合王国。英国的国王们从1314年到1802年一直自称为法兰西王，并且直到今天，他们仍然保留了“诺曼底（法国的一个省）公爵”这样的称号。在拉丁文之后，法语作为英格兰王国的官方语言达数世纪之久，直到十五世纪才为英语所取代。在文明的各个方面和知识发展的所有领域，英国和法国都有着密切的接触并且保持着同样的步伐，但是这种描绘和一般叙述中却有一个例外：在法律领域内英国是匹马单骑。“普通法”是由威斯敏斯特法院发展起来的，衡平法则是靠司法大臣依其特有的程序，在几乎没有与任何法律科学和欧洲大陆所设想的那种法律实践接触的情况下发展起来的。

英国法最初发展的历史原因已经是众所周知了，令人难以理解的问题是，创造出这样的法律制度的条件为什么能够长期存在，以及为什么已经扩展到知识的各个领域的交流几个世纪以来竟没有波及法律制度。况且还有这样的事实：直到最近的时期大陆的法律家们对英国法仍是一无所知，而英国对大陆法律的了解也同样浅薄，当考虑到英国和大陆之间各种联系（个人的和商业的）的重要意义时，这是一个令人

震惊的事实。

我们这个时代情况发生了一些变化。英国和法国的法律家们在许多场合见面，著述也撰写出来了，人们意识到了两种制度——普通法和大陆法——之间相互了解的价值，这不单单是指英国法和法国法，实际上，它为世界上所有的国家提供了范例。

关于英法两国沿不同路线发展出两种制度的原因问题主要是法律史学家的课题。但是确定两种制度存在于今天的差别的性质、范围等，也是实际工作者和从事学术研究的法律家所感兴趣的问题；它对于比较两种制度，并检验在现代社会条件下，哪一种（作为一个整体或某些分支）更有利于正义的取得也不无裨益。

在以前的一本书中^①，我努力追溯了大陆和英国法律的发展，并指出在今天，这两种制度由于其渊源、结构、方法以及法官心理等原因所产生的差异的范围。在另一本书^②中，我叙述了法国法的一些基本情况。本书最初是为塔哥尔法学讲座和随后为印度律师讲课的讲稿，其论述范围与上述有所不同。我的目的是考察法律的各个部门，这些部门在当今英国和法国法律中的状况，以及已经注意到的两种制度之间的差异；同时还要考察在国际关系比以往任何时候都更为密切的情况下，旧时代的某些对立的方面将会减弱或消灭的前景。

大陆法和普通法：我们以“法系”来表述这两种制度，

① 达维、伯莱尔利：《当代世界主要法系》，1978年第二版。

② 达维、坎得利德：《法国法》1972年版。

其中很容易注意到许多变种的存在。美国、加拿大、印度或尼日利亚的法律在许多方面不同于英国的法律，甚至在英国的传统和法律提供了模式的领域中也是如此。在大陆法系中情况也是这样，只要我们考察一下法国、德国、日本、巴西、伊朗、乌达加斯加的法律就可以看出来了。在塔哥尔法学讲座上演讲，如果主要考察法国法与印度法是最合适不过了。我必须为未能这样做而感到抱歉，因为在法国要想获得有关印度法的有用的资料是很困难的，在那里，关于印度法律的著作和报告实际上是不存在的。因而，这本书中所做的比较便照例仅限于英国和法国的法律。只是当其具有特殊意义时，或为了引起对象大陆法和英国法世界这样的分类中各个法律制度之间存在的重要区别注意时，我们才对其他法律制度进行一些观察。

第一章 补救的法与权利的法

大陆法与英国法的对立植根于十二世纪。这时候发生了一个复兴运动，这在社会关系领域是以宪章的公布和城市的解放，商业的复活，与大学的建立为标志的。生活已经不再象封建时代那样是在自给自足和封闭社会内部组织的；更大的单位变得重要起来，正在形成的社会需要有一个更好的法律制度，特别需要一种法律制度较之现存的习惯法适用于更加广泛的范围。从盎格鲁——撒克逊或理查大帝时代以来的司法制度和诉讼程序不再认为能够有效的实现正义了。感到需要一种新的程序法，判决应衡量证据作出并受理性支配，而不是非理性的计谋，如决斗审判神明裁判或宣誓断讼的产物。舆论呼唤现代法，这种法律在技术和适用的地区范围上都不同于古代法。

在欧洲大陆与在英国一样，这种新的法律主要不是国王或贵族赐与的。君主不宜于担负这种任务，也认为它不宜于完成这一任务。政府是一回事，法律是另一回事；对于印度人来说这是容易被理解的，他们对于“达摩（Dharma）和“阿塔”（Artha）的区别是熟悉的。因此一般的说这一任务留给了法院，要求法院为新社会的需要的塑造新的法律。但是如何完成这一任务？英国为一方面，法国与其他欧洲国家为另一方面，遵循着不同的道路。

英国与法国的分道扬镳，并不是出于有意。在大学里讲授的法律是同样的，并且认为这样的法律是为法院提供的模

式。这种法律就是罗马法，这是公元六世纪（罗马）的查士丁尼皇帝在著名的《民法大全》^①中合成一体的。大学的头一步工作是阐明其中所用词句的含义和法律规则的范围（十二和十三世纪的诠释学派）。其后，在十四和十五世纪的后诠释学派（或注释学派）中发展起来了另一种占统治地位的倾向：企图接受“民法大全”中的规则并通过“诠释”使之适应当时的需要，这在许多情况下等于是真正的曲解。在不同主题的论文中，它打算把其中的规则加以集中和整理使之更加系统化；因此就发现或者说提出了一般的原则，而这些原则是与具有判例法特征的原始的罗马法相反的，个别的规则是丰富的，但是缺乏基本原则（甚至可能是与原则相反）。

大学的目，不只是要完成一件学术工作，而更重要的在于实践。它们的雄心是要揭示法律，即正义^②要求一个正直的人所做的，它们希望各个国家的法院都接受其指导，在其教诲的促进下抛弃那些不适合于现代社会的古老习惯。每一地方都为了这一目的而讲授法律，如英国的剑桥和牛津以及欧洲大陆的波隆亚、巴黎、萨拉曼卡、布拉格或者乌普萨拉。

尽管有这种共同的学术上的探讨，在英国和欧洲大陆实践却沿着不同的道路发展。这种歧异是由于司法行政上的不同而产生的。英国从1066年起是一个被征服的国家。诺曼征

① 《民法大全》包括《法学阶梯》、《学说汇编》、《查士丁尼法典》和《新律》。

② 圣托马斯在十三世纪初给法律下的定义是：与正义相符合的就是法律。

服者，说法语的外国人，曾经允诺尊重古老的习惯法，因此，他们不干预现有的法院（郡或百户法院）所遵循和适用的程序和法律规则。仅仅对于那些重要的事情，他们才坚持自己的管辖权并在他们自己的法院，即威斯敏斯特皇家法院审判案件。于是古老的法律制度没有实行现代化，但逐渐地废除了，其间一种新的法律规则——王国的普通法——逐渐为皇家法院所精心制作出来。为了使传统的法院继续存在并维持古老的习惯法的效力，皇家法院从未要求对所有的案件的管辖权；有可能诉诸皇家法院的仅仅是例外的案件，即假如案件涉及国王的利益，或者非常重要，证明国王作为王国治安的维护者加以干预是正确的；普通法的有秩序的发展的障碍物是要从司法大臣那里获得令状并限制适用于案件的诉讼形式的结构之内。在这种条件之下，很难认为普通法构成了一个体系。皇家法院基于每个个别案件的具体情况而享有管辖权，因此，它必然成为判例法，因为这种法律仅仅适用于法院对那些特定性质有管辖权的案件。大学里所讲授的法律体系不能为缺乏一般管辖权的法院提供一个模式。对于在这种法院工作的法律职业者来说难得有什么兴趣；对他们来说更加重要的是有能力说服皇家法院对案件实行管辖，并且在程序的纷乱之处寻找途径，因为在各种诉讼形式中必须遵守最机械的形式。因此，英国法官不能指望得到大学的指导，而且取得大学的学位从未被认为是在英国操持法律职业的条件。“补救先于权利”是普通法的基本准则。有许多诉讼形式，根据这种形式才能向皇家法院提起诉讼。在判决作出以前，没有谁能够说出案件的结果如何，会适用什么法律规则（如果有规则的话），将确认什么权利；法院的法官的意识（陪审员的评决，这是无所不在的）比之任何恰当的“法

律”考虑对于目的来说都更加重要。

欧洲大陆的演变则是完全不同的。不需要从一个法院到另一个法院转移管辖权。案件继续提交传统的法院，仅仅简单的作了一些变革，它们并不象英国那样被废弃了。它们的组成改变了，此后最重要的职务给予国王所任命的官员。程序首先重新加以制定，采纳了新的证据法，是以教会所倡导并以合理的证据制度为基础的。

两种改革有密切的关系。对于以理性为基础的司法的新探索，需要求助于法学家，即在大学受过法律教育的人。据认为最为重要的是法官和律师们应该通过研究而知道什么样的实体法适合于有效的审判。法国的程序比英国的更要简单和合理，程序只不过被看作是法律的奴仆；在任何情况下，都不允许程序妨碍诉诸于合理精神的实体法的运用。法国没有英国类型的诉讼形式，勿需作出努力以便使案件为法院所承认；在法官左右，也没有一个无法律头脑的感情易于冲动的陪审团。

在欧洲大陆的实践是，由大学毕业的法官判决提交于法院的案件。关于高级法院的法官的这种改革，法国十三世纪就完成了，其他的法官改革在十六世纪就完成了，在早些时候，律师也为法律毕业生所担任，除了少数不重要的例外，欧洲大陆的其他国家或快或慢地同样认可了相似的规则。

以上所说的发展有着极大的重要性，因为这说明了欧洲大陆法系统一的支配地位。没有哪一个国家的法院将在大学里所讲授的法律规则作为整体加以适用，但大陆上每个地方都采纳了统一的法律概念，这与英国的概念是不相同的；首要的是法律科学（与法律实践不同）在整个欧洲大陆是统一的。让我们分点详加论述。

在欧洲大陆各国法院里所适用的法律，既不是公元六世纪的罗马法、也不是后诠释学派在大学里所讲授的罗马法。即使象德国或奥地利这样被认为是“采纳了”罗马法的国家，假如当事人能够证明存在着与罗马法相对立的习惯法或者有一些法规规定了其他的规则，罗马法的适用也经常受到排斥；如在一些地方习惯法有适当的记述（如为十三世纪“撒克逊明镜”所记述的），因为给城市授予了许多宪章，并且在以后因为君主在法律的各个领域颁布了立法（1532年的卡洛林纳刑法典，1756年的马克西米利恩民法典，1794年的普鲁士通用法典），所以上述两个例外具有极大的重要性。在其他一些国家如意大利或法国南部，西班牙的卡特罗尼亚和上阿拉贡也同样适用上述原则。在这些地方罗马法被认为是国内的一般习惯，假如一种地方习惯法或者大宪章授权一个城市或者君主颁布法令，罗马法就要让路了，在法国北部、荷兰、西班牙的卡斯蒂尔和下阿拉贡以及瑞士则盛行一种不同的情况。没有什么当局支持罗马法，法官可以完全自由地置罗马法于不顾，但罗马法都享有很高的声誉，当地方习惯法或制定法中找不到无可争辩的法律规则时，法院便倾向于把罗马法的规则作为理性的体现而加以运用。

不管在理论上罗马法的地位可能如何，在一些法律领域它的影响是相当大的——特别是契约法方面——在这方面习惯法没有提供适应于“开放”社会的法律规则。在其他方面则恰恰相反，习惯规定了适当的规则，习惯法仍然有效，并由法院加以充分发展。在法国尤其是这样。那里使用了适当的程序（贤人委员会的调查）以确定其存在，这里大多数习惯法在十五和十六世纪已根据国王的命令成文化了。另一个反对过分广泛采纳罗马法起作用的因素是法国存在着组织良

好和高度中央集权化的司法制度，高级法院（称为巴列门），特别是巴黎的巴列门，能够发展习惯法的规则，从而在许多方面抵制罗马法的进攻，德国则提供了不同的图景。那里没有中央权力，结果，那里的司法工作处于大学的控制之下。^①

罗马法就这样作为对习惯法的不足的补救手段而被运用，习惯法的不足是范围有限并且不适用于欧洲商业复兴和都市生活而产生的许多关系。但即使如此，习惯法在许多国家仍然被适用，特别是在法国，只有当法院认为罗马法能够提供的解决办法最合理并最适合案件的审判时，才适用它。因为这些理由而认为在欧洲大陆运用的法律与查士丁尼大帝的法律是同样的，或者认为与大学讲授的规则是严格相符的，那将是错误的。不过，在所有这些大学的讲授具有持久的重要性。它不仅在实践上，至少在一些领域产生了巨大的影响，而且导致欧洲大陆和英国对法律的看法完全不同。对于法国或德国的法官来说法律成了类似印度的“达摩”的东西；它代表一种独立于程序和法院判决的规则模式。一位大陆国家的法官通常就是一位大学毕业生。由于他在大学所受的教育，他将永远不会接受大法官霍姆斯所下的定义，对他来说，法律只不过是将来法官如何判决案件的合理的预言。他的这种定义从两点理由来说是不能令人满意的。首先，大陆国家的法官会不犹豫地说一些可能被法院所运用的法律规则，假如这种法律规则反对“真正的法”，即正义的观念，那些法律规则就是“恶法”，——因此所有善良的公民都有

① 德国法院发展起来了一种惯例：在运用法律原则发生疑问时向法律学院请教。

责任，特别是所有的法官都要进行斗争反对这种“恶法”，以便看到较好的法取得胜利。我们的法律概念本身一开始就承受了议会和法院所作出的持久批评。当我们在大陆上听到英国把法律两分为普通法与衡平法时感到深为震惊；法律的缺点必须用衡平法来补救是不可思议的，因为那些与衡平法相反的东西是不能恰当地称之为法律的。霍姆斯的意见，在大陆法官看来不能令人满意的第二个理由，是从已经确立的法律规则与法院的活动的联系来看。我们认为法律有着较为广泛的范围；它包含着所有的规则，其目的是为了有组织的社会，这些规则法院可以援引或者实施，在大陆国家法律与政治学甚至与道德并无明显的区别界限。^①

英国普通法是作为一连串的补救手段而产生的，其实践的的目的是为了使争执获得解决；大陆法的目的则与此相反，它是作为一种体系告诉人们，根据正义的观念社会应当承认什么样的权利和义务。不过，要提出这样的问题：历史所揭示的两种法律的起源的对立，是否贯穿于所有的时代而且在今天仍然具有重要性。罗马法本身作为一种法律上的补救办法和程序而发展起来，并且在公元前二世纪其古典时期仍然保持着这种特征，在其后的阶级，仅仅主要是通过后诠释学派的著作才变成为权利和义务的法律，普通法是否发生了同样的变化，或者是民法系朝着相反的方向发生了变化呢？

民法系法学家和普通法法学家在一般概念上的对立并未

① 在欧洲大陆有许多流派，本章中所表达的观点也是有争议的。但是，在我们看来他们所代表的是“古典的”观点，这种观点曾在历史上盛行一时，并且今天仍为大多数法学家所赞同。

消失，但毫无疑问它今天已经不像过去那样明显。这部分是由于普通法的演变，部分是由于民法系的演变。

普通法世界的演变是人们最了解的。“诉讼形式”，这在过去是英国法的一个重要特征，在1852年已经废除。从那时以来，英国法学家的兴趣已经愈来愈从程序的技术转移为对实体法的考虑。其证据就是有关各个部门法的新型书籍的出版：如契约法、侵权行为法、财产法、劳动法、家庭法、继承法。必须记住这类书籍在以前是不存在的：在英国第一本论契约法的著作是1867年出版的，在1871年，大法官霍姆斯在《美国法律评论》上发表的论文中还认为侵权行为法不宜作为教科书的对象。观察一下今天在英国发表的法律论文可以看出，现在所强调的是实体法而不是程序法；英国法学家正努力为英国公民规定更加明确的权利和义务，他们在这方面的法律主张已变得和欧洲大陆法学家的主张非常接近。

普通法采取了向民法系接近的步骤，但仍然保留着重要的区别，这是由于法律方面的传统不同，也是由于实施法律的体制结构的不同。梅特兰的著名格言是“我们埋葬了诉讼形式，但它们仍然从它的坟墓里统治着我们。”这一格言的真实性可以从许多观察中都得到证明。

最重要的事情或许是英国法的结构，它的划分和它的概念，如果没有历史的帮助，就不能加以说明和理解。这将在第三章中加以详细论述，不过，除此以外，还有两个方面的有关看法。

第一种看法如下。几个世纪以来，英国法学家的注意集中在诉讼程序问题上，诉讼形式上，从普通法法院和衡平法院可能请求到的补救手段上。在我们的时代发生了一个巨大的变化：废除了诉讼形式，更加严格信奉判例，以及陪审制

的逐步消失也鼓励了法律职业者，使他们有可能更加精确的决定权利和义务或者诉讼当事人的地位。实体法得到了他们首要的关注，因为在程序法中已经很少有什么形式需要注意了。然而，从过去继承下来的感情却仍然坚持诉讼法是法律的核心。在许多场合下给大陆国家的印象是，在英国法官心目中程序是最重要的：公正的审判，遵守正当法律程序在英国法官的心目中认为是比之法院最终适用的实体法的法律规则更为值得注意的因素。

如何用另外方式进行观察呢？我们的第二个看法要证明不同于大陆的思想转变的正确性，在法国和其他欧洲大陆的国家，所有的法官——除了少数微不足道的例外——都取得了法律学位，通常是由大学授予的。在英国则相反，相当数量的诉讼案件是向外行提出的：即向陪审员或者治安法官、仲裁人员、行政当局或劳资纠纷法庭的成员提出的，很明显，同样的司法工作，不能希望这类人去做。有关司法审查和上诉（广义的）的规则，使这一点更为清楚。在法国，法官判决的所有第一审的案件，假如法官错误地适用法律，都可以提出上诉，但在英国则不是这样：在许多情况下，只有当法官有错误行为或仲裁人没有给上诉人以公正的权益时，才允许提出上诉。在行政法方面也有类似的不同。在这里英国所强调的仍然是程序法：在行政机关作出裁决之前，必须采取一些步骤：必须询问、回答异议，提出理由。但是只要正当地采取了法律所要求的基本步骤，便不能对该项裁决提出申诉。在法国则正好相反，程序方面的这些事项一般地说是被忽视的；所强调的是裁决本身，是否给予了上诉人应得的权益，行政法的实体规则是否得到了尊重。传统并未失去对两国法学家的控制；在英国，公正审判被看作是司法的主

要目的，在许多情况下，这也是诉讼人的最大期望；在法国，一位法学家更多的注意于保障权利和法律的实体法规则。

从法律的根本概念来说，根据同样的原因，在英国仍然和程序的概念联系在一起或者和诉讼的概念联系在一起。在英国人的心目中，法律是一种技术，其主要目的在于解决争执；而不象在法国那样，是在有组织的社会中为更好地实现正义而服务的工具。

不过，在此期间，英国法已经向大陆法的观点靠拢了，因为前者比以前更加重视实体法，在民法系世界也发生了演变，这种演变使得我们关于法的概念更加接近于普通法法学家传统的法律概念。这种演变表现在两个方面。首先必须指出，在大学里讲授的法律已经不再是古代讲授的法律。在另一方面必须指出，过去的以主观权利的概念为基础的法律已经受到了冲击，在许多案件中今天给予了法官较之过去更为广泛的自由处理权，以便为更好的司法而解释法律。

在大陆，许多世纪以来在大学里讲授的法律是一种模式法律。模式法律是为法院和律师而不是为理论家和学者准备的。它是“实践法学，而不是“学究法学”。然而，因为它是学者精心创作的，总是存在着忽视实践中的偶然因素并有湮没在纯理论的迷雾之中的危险；历史证明，这是一种真正的危险。

当欧洲大陆的许多国家的法律制定成法典后，十九和二十世纪中情况又发生了变化。从那时以来，大学里讲授的法律已经不再是以理论为基础的观念体系，而是由国家的最高统治者认可的法院有义务加以适用的法律体系。在制定法典以后，在大学里讲授的法律与法院适用的法律的传统区别已经消失，我们已变得更加接近英国的概念，除了法院适用