

蒋为廉 著

普通法

和

公平法

原则概要

SOME PRINCIPLES OF

COMMON LAW & EQUITY

——澳大利亚著名判例选注

——*ANNOTATED AUSTRALIA CASES*

中国政法大学出版社

普通法和公平法原则概要

——澳大利亚著名判例选注

SOME PRINCIPLES OF COMMON LAW & EQUITY

—— *ANNOTATED AUSTRALIA CASES*

蒋为廉 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

普通法和公平法原则概要—澳大利亚著名判例选注/蒋为廉著. —北京:中国政法大学出版社,2002.7

ISBN 7-5620-2080-9

I. 澳... II. 蒋... III. 法律—案例—汇编—澳大利亚 IV. D961.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052882 号

书 名 普通法和公平法原则概要
——澳大利亚著名判例选注
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 26.5
字 数 480 千字
版 本 2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-2080-9/D·2040
定 价 40.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

序 言

1788年1月，第一批英国殖民者到达澳洲。当时，澳洲土著居民在澳洲大陆已有几千年的历史，而且有着一个发达的法律体制。他们的法律是不成文的，通过口头形式代代相传，但是并不为欧洲殖民者所承认。更严重的是，欧洲殖民者不承认土著居民和其他原住民占有他们传统土地的权利。这种不公正的现象只在近20年来才得以逐步纠正。

欧洲殖民者给澳洲带来了英国的普通法，澳洲因此成为普通法国家之一。对于那些习惯所有法律都是成文法规的人来说，普通法一定看起来有点“乱糟糟的”，同样，普通法国家的法律体制也都是模糊不清的。但是实践中，这种体制运作得相当不错。它具有以下几个优点：

- * 法律绝不会存在漏洞。如果一个案件没有相应的成文的或立法性的规则，法官被授权在以前判决（“判例”）的基础上，以类比论证发展出新的规则。
- * 法官被授予具有高度权威、地位和独立性的权力。他们任职一般直到70岁退休为止。他们只有被证明存在严重健康问题或不端行为、国会二院以不寻常一致表决通过的情况下，才能被罢免。澳洲立国101年以来，只有一名州法官被国会罢免，还从来没有一个联邦级的法官被罢免过。这个承自英国的任期和独立审判制度，是保证司法公正、法官免受压力和强大利益集团影响的一个重要保障。
- * 法官们廉洁奉公，他们的判决受到人民和政府的尊敬和遵守。他们一旦被任命，就完全退出政治。他们的职责是维护宪法和法律，制止个人、公司、各种行会和政治人物违反法律。

2 序 言

- * 普通法注重维护个人的权利。尽管澳洲宪法缺乏一个类似“人权法案”的规定，法官们创立了一个坚定不移的原则，即当宪法和成文法不明确时，必须作出有利于公认的个人权利的解释。

这并不是说澳洲的法律制度是完美无缺的。和任何一个国家的法律制度一样，澳洲法律制度存在着一系列弱点和缺陷，其中主要有：

- * 过去乃至现在，法律没有充分地规定和维护土著居民的权利。
- * 没有给予社会中的弱势群体足够的保护。
- * 聘请律师费用昂贵，结果在一个复杂的法律制度中，很多人只能自己出庭。绝大多数案件中，这些人处于相当不利的位置，因为他们不熟悉所有适用的法律，很难为自己主持公道。
- * 法律改革步履缓慢，很难保证联邦、各州和领地国会及时废止那些不公正的和影响普通人日常生活的法律。

然而可以说，在澳洲法律体制中，法院的决定一般都是可预见的和公正的，而且几乎毫无例外地不受政治影响和金钱腐蚀。法官们不但必须是胜任的、独立的和中立的，而且在一个合理的旁观者眼里，他们也必须是这样的。律师也应该以职业精神为当事人的利益仗义直言。

澳洲特别重视依法治国和恪守宪法。法院常常维护弱势群体的权利。因此，当1951年联邦国会立法限制澳洲共产党人的民权时，虽然那时澳洲共产党势单力薄，最高法院仍然宣布该法违宪无效。这项判决受到了政府和人民的尊重。事实上，澳洲人民后来在全民公决中断然拒绝了修改宪法推翻判决的企图。

担任执法任务的法院永远是向所有人敞开的。而且法院判决不是超然的，它们必须接受舆论的批评和监督；舆论行使合法的监督权力，本身受到宪法的保护。

澳中是友邦。虽然我们的历史存在着巨大差异，法律体制也不同，但我们都是人类大家庭中的一员，基因染色体上的差异微不足道。许多重要因素把我们连结在一起，这就是遵守普遍的人权原则、促进世界和平与安全、以及避免冲突增强合作。

真正的友谊建筑在知识和相互了解之上。所以，我们两国期望相互了解对方

是很自然的事情。然而，真正了解任何一个国家的法律，需要付出毕生的精力，即使对于一个国家最高法院的法官来说，也有对本国法律不熟悉的方面。所以，要通过一本书向一个国家的人解释另一个国家的法律，无疑是一项极其艰巨的工作。这是为什么应该祝贺蒋先生通过本书作出的努力和贡献。作为一个律师、法官和一个普通的澳洲人，我藉此机会向中国的读者偕同仁致以诚挚的问候。

柯比*

澳洲最高法院

坎培拉

2002年3月12日

* 柯比，1967年起在新南威尔士高级法院从事辩护律师工作。1975年任澳洲和解和仲裁委员会常务副主席。1975年至1984年任澳洲法律改革委员会第一任主席。1983年被任命为联邦法院法官。1984年起任新南威尔士高级法院上诉院院长，直至1996年2月被任命为最高法院法官至今。柯比还担任过无数国内和国际公职，其中包括联邦政府科学技术研究院董事、联合国驻柬埔寨特使和国际法学家委员会主席。

前 言

某人让其雇员去买杯咖啡，如果雇员谎称咖啡的实际价格从中渔利，而且如果没有法律对此作出规定，那么雇员的行为是否有任何法律后果呢？

“我的小随从一定要把所买东西和应有的零找带还给我，因为我和小随从是世界上二者之间最亲密和最信任的关系，在这个关系中，一方由于无限信任另一方，所以处于另一方的掌控之中。”

弗莱切-摩尔顿上诉院大法官在孔姆白告孔姆白案中如此回答道。^{〔1〕}法律根据我与小随从之间的关系性质，赋予小随从一个为“我”的利益而行为的忠诚义务。

这个例子不仅生动地说明了普通法上传统的“主仆关系”理论，而且使该案成为确定双方之间是否存在忠诚义务关系以及义务的内容是什么的著名判例，后来被广泛援引。因此，在判例即是法律的国家，并不需要对千变万化的主体、客体和他们之间的关系在成文法上逐一规定，任何二者能够被定性为类似“我”和小随从之间关系的，都将被“主仆关系”的法理尽罗网中，而且，随着法律关系的确定，二者之间的权利义务将是水到渠成的结论。

这种法官通过审判创造的法律就是判例法。判例法包括普通法判例和公平法判例。

因为普通法在整个判例法中占据了绝对的主导地位，公平法只是填补普通法没有涉及的孔隙和修正或缓和普通法由于僵硬造成的不公正，所以普通法一词常常用来指整个判例法，使用判例作为法律的法律体制也就叫普通法体制。类比案

〔1〕 Re Coomber; Coomber v Coomber [1911] 1 Ch 723, 见 Fletcher - Moulton LJ 第 728 - 729 页。详见本书第 11 章。

2 前言

件事实和具体情况相似的判例，然后根据判例中包含的法律原则或规则作出决定，就是普通法审判体制的基本运作方法。所以，判例法不单是法律的一种表现形式，更意味着一种独特的法律体制。

以判例法作为法律主要组成部分的国家俗称“普通法国家”，它们包括英国、美国、加拿大、澳洲、新西兰、新加坡、南非和香港等与英国有着历史渊源关系的国家和地区。

普通法体制与只有成文法才是法律的所谓罗马法系（Civil Law）或大陆法系，是当今世界上两大法律体制。然而对于罗马法系的人来说，普通法体制多少是个概念清楚但运作模糊的体制，用柯比法官大人在本书序言中的话来说，甚至有点“乱糟糟的”的感觉。究其原因，主要有三：其一，普通法体制中存在着一一些罗马法体制所没有的概念、理论和制度；其二，普通法体制的思维模式和论证方法与罗马法体制截然不同；其三，普通法体制溯本求源，所有在其约 800 年的历史中没有被推翻的判例，都是有效的法律。

虽然判例法的入门有些纷杂，但它一个非常大的好处是可以触类旁通。因为所有普通法国家的法律体制和判例法都源于英国，至今这些国家的法律体制、法律原则和规则都是基本相同或者相通的，如果说有区别的话，也基本上只限于枝节上的或对某个问题认识程度上的差异，所以学习一个国家的判例法基本等于学习了世界上另一半国家使用的类似法律。这另一半国家对中国的重要性是不言而喻的。

普通法体制不单是一种法律体制，它实际上体现了一种思想理念和价值观念。例如，国家认为法官和律师在社会中担当着特别重要的任务，国家就对他们提出高于“常人”的道德标准和职业操守。又如，任何品行良好的公民都可以申请成为所谓的“太平绅士”（Justice of Peace），代表国家接受宣誓和证明复印件的真实性，必要时甚至可应警方要求签发逮捕令和搜查令。所以普通法体制不但是普通法国家法律制度的基石，而且事关国家制度和社会制度的运作。如果了解这一点，就比较容易理解为什么法院对法律的解释实际上决定谁当选总统？为什么宣誓不仅仅是一种仪式、任何场合下宣誓都是犯罪行为？等等。

中国介绍普通法体制的历史悠久，但对其认识和研究长期不尽善人意，甚至

存在不少偏差。首先是对具有 800 多年完整历史的英国法律文化缺乏足够重视和系统研究。事实上,现代法律的很多概念、理论、结构、原则和规则及其它们在司法实践中的运用都起源于英国,其中相当部分随着时间的推移,已在国际上成为普遍接受的法律原则和规则。了解它们的历史和现状无疑是学习法律的一个重要组成部分。因为即使在使用成文法的中国,当成文法没有规定或含义不清时,也不完全排除对法律概念普遍接受的解释和普遍接受的法理、法律原则和规则在司法实践中的运用。更重要的是很多权利义务与概念和法律关系直接相连,例如公司董事对公司的一系列义务和雇员不得从事与职务有利益冲突的事情等等,这些法律概念和定义都有其所产生的特定历史和法理,除非成文法另有规定或明确排除,其原始含义和理论基础都是解决有关问题的重要法律依据,成文法没有规定不应该成为具体应用的障碍。反之,如果概念和定义没有系统的和互相和谐的法理基础,概念和定义就会成为无本之木和无源之水。

其次,所有普通法国家的法律体制都建筑在英国的法律理念和传统之上,所以英国判例对其他普通法国家具有特别重要的影响,其中相当部分英国判例通过继承或审判实践中的认可已经成为其他普通法国家法律的一个部分。相同的渊源和理念决定普通法国家在体制上、法理上和对具体问题的认识上具有相当的相通性和互动性。如果对这种一脉相承和相互影响的关系认识不足,往往会过分偏重某个国家例如美国或澳洲、甚至该国一个法院在某个实体问题上的结论,反而忽略了从体制上和理论体系上认识该结论的权威性、可预见性、必然性或偶然性,出现盲人摸象的现象;同时也很容易忽略该结论的起源和理论基础以及与该结论意见相左的学说和司法实践,事实上,有影响的学说和司法实践在普通法国家都是有说服力的法律依据。

第三,判例法与成文法的一个重要区别在于判例所表达的法律不是孤立的规定或结论;判例所表达的法律是与其所产生的具体事实和具体情况不可分割的。尤其重要的是在普通法体制中,成文法的确切含义和具体应用也往往体现在具体判例之中,换一种说法,判例往往是成文法确切含义和具体应用的标准。判例在普通法体制中的性质和中心地位决定了判例本身的不可取代性。所以,不但脱离判例介绍普通法犹如隔靴抓痒,随意省略判例的论证过程和判例中各位法官意见

的差别，都会影响不熟悉判例背景的人对判例的正确理解和运用。因此，阅读完整的判例而不是判例的所谓的“主要部分”、更不是介绍判例的二手材料才是学习判例法和普通法体制的正确方法。本书的目的正在于此。

随着中国经济上走向世界特别是加入国际贸易组织，涉外法律业务的走进来和走出去势在必行，其中相当部分涉及普通法国家。这就需要专门培养大量了解普通法体制的审判人员和诉讼人才。这是因为如果涉外诉讼的管辖地在普通法国家法院，即使在聘用当地律师的情况下，了解相关法律包括判例和普通法体制的运作亦是作出最符合自己利益的合理决策的前提。再有，国际法特别是国际私法和国际经济法中的很多概念和理论都来自普通法和公平法，各种国际仲裁法庭的诉讼制度和证据制度也都揉和了普通法体制的特点，加上中国法院涉外审判的工作日益增加以及与国际常规的接轨，都使得有必要对这种“世界上另一半国家使用的”法律体制予以足够的重视。

但是，所谓的“涉外法律”在此主要不是指实体法，因为实体法千变万化，熟悉外国的实体法既无必要也无可能。正如尊敬的柯比法官在本书前言中指出：“即使对于一个国家最高法院的法官来说，也有对本国法律不熟悉的方面。”那么更何况一个外国人呢？掌握方法论和运作规则才是学习法律的精髓。所以，“涉外法律”应该理解为外国的司法体制、诉讼规则和国际上普遍接受的法律原则和规则。显而易见，在“涉外”方法论和运作规则中，最主要和最重要的就是与成文法体制截然不同而又占据半壁江山的普通法体制。具体来说，大致有普通法体制的运作机制、思维模式和论证方法、常见概念和法理以及常见原则和规则四个方面。

同样重要的是“涉外”不应该简单地认为主要就是掌握外语。理由很简单，一个能够阅读中文的人并不一定能准确理解和运用一条中文法律，法律专业人员和思维方式是要经过专门系统培训的。可以想像，对于一个在中国设立分所的外国律师事务所来说，学习中文并不是主要的，了解中国法律制度和社会制度的运作才是必要的。况且各国律师制度不同，一个中国律师不可能在外国执业；同样，法庭使用的文字语言事关国家主权，中国法庭不可能直接接受外文证据和证言。因此，如果在教育体制上把掌握“涉外法律”的主要精力花费在学习外语

上,即使不是缘木求鱼,也是社会资源的无谓浪费。这根本不是说外语是无用的,而是说法律学院的专业课程设置和有目的的正规培训才是培养涉外法律人才的正确方法。本书正是为此服务的。

本书力图通过一系列较完整的澳大利亚经典判例,比较系统地介绍普通法体制的结构和运作、思维模式和论证方法以及带有普通法体制显著特点的一些概念、法理、原则和规则。所有这些判例都远不是法官们的即兴发挥。以最高法院来说,法官们首先初步审理上诉申请,如果一致认为有必要澄清法律在某个重大问题上的态度,才接受上诉。法官的决定是法官在庭审之后,在助理们的协助下进行大量搜索研究之后书面作出的。判例报告出版公司最后把法院正式公布的问答式的庭审记录整理成论文式的对法律的庄严声明。这些著名判例不但蕴盖了英国所有在相关领域的重要判例,而且当有关领域还存有一定争议时,特别注重其他普通法辖区例如美国、加拿大和新西兰法院的观点,特别是不同意见。所以这些判例的实际意义不局限于澳洲,而是遍及普通法辖区的法院对有关问题过去和目前的看法。

本书立足于通过一系列里程碑式的判例揭示普通法审判体制的性质、特点和对某个法律问题的详尽看法,而无意作面面俱到的泛泛介绍。因为即使就“澳大利亚判例法”来说,其体系之庞大也远非一本书甚至几本书的篇幅所能容纳的。

书中的介绍部分和评注是为阅读提供必要的帮助,其中的观点是普遍公认的,并非一家之说,以免影响读者自己的判断。判例的翻译以确切表达法官的原意为准,虽几经校阅和反复推敲,但由于作者才疏学浅加上有些概念在中文中未有相对应的名称,可供商榷乃至错误之处还望读者不吝指正。

本书能够面世,首先得益于中国政法大学出版社特别是本书责任编辑赵瑞红女士的热忱支持和帮助;其次,庞亚军女士在输入中文稿全文和进行其他文字处理工作的同时,还对一些措辞提出了宝贵的意见;第三,本书《联邦判例报告》和《联邦法院判例报告》判例版权由法律书籍资料出版公司(LBC Information Services)提供,《新南威尔士判例报告》和《澳洲判例报告》判例版权分别由新南威尔士州判例报告联合会(Incorporated Council of Law Reporting for NSW)和伯特沃思(Butterworths)出版公司(悉尼)提供;最后,APEC出版公司(APEC In-

6 前 言

formation Services) 鼎力赞助了全部版权费用, 特别是尊敬的柯比法官在百忙之中为本书撰写了热情洋溢的序言, 作者在此一并表示由衷的谢意。

蒋为廉*

澳洲悉尼

2002 年 8 月 5 日

* 文学士、法学士(悉尼), 法学硕士(新南威尔士), 澳大利亚最高法院律师, 新南威尔士高级法院律师。

FOREWORD

*The Hon Justice Michael Kirby AC CMG **

The first settlement of British colonists arrived in Australia in January 1788. The Aboriginal people who inhabited the Australian continent for thousands of years before the European settlers came, had a developed system of laws. However, they were not written down. They were passed from one generation to another orally. At first, the European settlers gave no recognition to these legal systems. Most importantly, they did not recognize the rights of the Aboriginal and other indigenous people to the possession of their traditional lands. Only in the past two decades have moves been taken to rectify the injustice involved in this approach.

The European settlers brought with them the common law of England. Australia is, in this sense, a member of the family of common law nations. The common law system must seem somewhat "messy" to those who are used to having all laws written down in general codified systems. Whilst the legal systems of such nations sometimes seem unclear to outsiders, in practice the system works reasonably well. It has several advantages:

- * There is never a gap in the law. If there is no written or legislative rule governing a case, it is left to the judges to develop a new rule by analogous reasoning,

* Justice of the High Court of Australia.

2 FOREWORD

based on previous case decisions ("precedents");

- * The judges who are entrusted with this power have a high measure of respect, status and independence. They hold office, generally, until a fixed retiring age (normally 70 years). They can only be removed from office by an exceptional vote of both Houses of Parliament for proved incapacity or misconduct in office. In a hundred years not a single federal judge has been removed from office in Australia. In the last century only one State judge was so removed. This tenure and independence, inherited from Britain, is an important protection to the integrity of judicial decisions and their freedom from the pressures and influences of powerful interests;
- * Furthermore, the judges are uncorrupted. Their decisions are respected and upheld by the people and the government. Once appointed, they withdraw completely from political association. Their job includes upholding the Constitution and the laws against politicians, companies, trade unions or individuals.
- * The common law which the judges administer also has a bias towards upholding the civil rights of individuals. Although Australia does not have, as such, a formal bill of rights in its Constitution, there is a firm principle, devised by the judges, that ambiguity in the Constitution and written legislation are construed in favour of established individual rights.

I would not, by these words, want it to be thought that the Australian legal system is without flaws. Like the legal system of every country, it has defects and weaknesses. Amongst the most significant of these are:

- * The past, and still some present, defects in the laws defining and upholding the rights of indigenous people;
- * Defects in the laws protecting minorities;
- * The expense of securing a private lawyer to provide representation in court and the consequent need of many people, in a complex legal system, to represent themselves in court. This has the inevitable disadvantage, in most cases, that they are

not familiar with all of the applicable laws and find it hard to do justice to their cases;

- * The slow pace of law reform and the difficulty of securing the attention of various Parliaments, Federal, State and Territory, to the removal of injustices that exist in the law and that affect the lives of ordinary people.

Nevertheless, it can be said that, in the courts, the Australian legal system normally reaches conclusions that are predictable and just. Virtually without exception, such decisions are unaffected by political influence or monetary corruption. Decision – makers, in all courts and tribunals, must not only be competent, independent and impartial. They must also appear to be so to the eyes of a reasonable observer. Lawyers are expected to fight courageously and with professionalism for their clients' interests.

The rule of law and of constitutionalism is extremely strong in Australia. Often the courts uphold the rights of minorities. Thus, when in 1951 the Australian Federal Parliament enacted a law to restrict the civil rights of communists, who were the most unpopular in Australia at that time, the High Court of Australia struck down the law as incompatible with the Constitution. The decision was accepted by the government and the people. Indeed, an attempt to change the Constitution to overcome the decision was rejected by the referendum process that is necessary in Australia to change the national Constitution.

Law is administered in courts that are virtually always open to all people. Judicial decisions are subject to criticism and commentary in the media. They are not immune from criticism. The media itself has a constitutionally protected right to discuss matters, including law, relevant to the proper operation of the representative democracy established by the Constitution.

Australia and China are friends. Our respective histories have been very different. Our legal systems are different. Yet we are one species. The differences in the human genome are infinitesimally small. A number of forces are drawing us together. These forces include: complying with the universal principles of human rights and human dignity that we all share, promoting peace and security and to avoid conflict; enhancing international cooperation.

4 FOREWORD

True friendship rests on knowledge. It is natural that our two countries should want to get to know more about each other. It takes a *lifetime* to really understand any country's legal system. Even then, there will be aspects of the law that are unknown to the judge in the country's highest court. To write a book explaining the legal system of any country to people in another country, is therefore a very brave endeavour. That is why Mr Jiang is to be congratulated for his *endeavour* and contributions with this book. As a lawyer and a judge I send greetings to those colleagues in China who may read this book and these words of mine. As an Australian, I send good wishes to the Chinese brothers and sisters who will read of the law of my country.

Michael

Canberra

18 March 2002

目 录

序言	(1)
前言	(1)
FOREWORD	(1)
第一章 普通法与英国审判体制	(1)
第一节 普通法的形成	(2)
第二节 英国司法审判体制	(5)
第三节 律师制度	(10)
第二章 判例	(13)
第一节 判例的组成部分	(13)
第二节 判例的适用	(16)
第三节 判例报告	(18)
第四节 判例法的特点	(21)
第三章 澳洲国家体制和司法审判体制	(25)
第一节 联邦政府体制	(25)
第二节 联邦司法机构	(29)
第三节 各州政府及其法院	(38)
第四节 法院审案的法律依据	(45)
第四章 宪法与公民权利：马宝和其他人告昆士兰州政府(第2号)案	(48)
第五章 行政复议	(67)
第一节 概述	(67)
第二节 行政性质的决定：工商业部部长告托伊思 有限公司案	(70)