



21世纪法学系列教材

法学基础理论系列

英美法概论

法律文化与法律传统

彭勃 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

法学基础理论系列

英美法概论

法律文化与法律传统

彭勃 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

英美法概论/彭勃著. —北京:北京大学出版社, 2011. 1

(21世纪法学系列教材·法学基础理论系列)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18137 - 9

I. ①英… II. ①彭… III. ①英美法系 - 高等学校 - 教材 IV. ①D904

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第234778号

书 名: 英美法概论:法律文化与法律传统

著作责任者: 彭 勃 著

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18137 - 9/D · 2747

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 25.75印张 368千字

2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷

定 价: 43.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

英美法的性格特征及其重要性

(代序言)

本书是一本展现英美法“性格”的作品。使用“性格”这一具有拟人化色彩的概念,并非笔者独创。在法哲学领域,曾有学者针对法律学的性格进行过深入探讨,并指出“实践性构成了法学的学问性格。法学是论题取向的,而不是公理取向的”。^①从这种意义上讲,作为身处不同政治、经济和文化环境中的学人,着手撰写英美法的法律传统与制度文化,犹如眺望天边的彩霞,那绚丽的流光溢彩,总是那么遥远,那么难以捉摸。然而,我们从这些美丽的光和影之间总是能够发现点什么的。在笔者看来,学习英美法,就应该了解英美法的本质特征和法系特点,唯有掌握了这一点,才能理解英美法上的许多看似不合理的制度其实恰恰具有很强的合理性。基于实用性和阅读的方便,本书并未过多地对法的本质特征加以概念化解读,而是试图通过勾勒英美法的发展轨迹,分析背后的文化因素,画龙点睛地指出法的本质特征对于一个法系的重要意义;相较于“本质特征”这一具有内恰性的概念,“性格特征”一词则具有一定的“显性”意味,因此笔者认为选择“性格”一词来对本书的内容加以描述更为贴切。

一、写作目的

撰写本书的初衷并非是打算对英美法的制度内容进行任何宏大意义上的建构亦或解构,只是希望从史学和比较法学的角度考察英美法发展的历程及其制度现状。换言之,本书的主旨是考察英美法是否具备、为什么具备以及在多大程度上具备一个法系的性格特征。再换言之,本书探讨的是英美法的历史、文化和制度上的特征以及这种特征对其他法系国家的影响程度。

(一) 从学术研究的角度看选题意义

改革开放之后,我国的英美法研究已经进入了一个相对繁荣和成熟的阶段,其中指标有二:一是研究的层次更高、涉及领域更广,且理论成果更具系统性;二是更具客观实践性。然而,我国当前的英美法基础理论研究还主要集中在英美法与欧陆法、伊斯兰法、社会主义法的关系问题上,并对应进行制度介绍、制度评价以及研究制度借鉴的可能性。从总体来讲,英美法研究在整体意义上仍然缺

^① 舒国滢:《寻访法学的问题立场,兼谈“论题法学”的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期。

乏一种价值层面的分析和反思。

从宏观视角对英美法体系进行考察、分析和评判,不能只关注英美法系国家的内部法,还应具有更高的知识维度和更加全面的分析手段。在法学研究的领域内,这样的—个维度和手段非比较法莫属。之所以选择以比较法学为进路,研究英美法的性格特征,理由在于比较法思想便于突出英美法的现实状况。作为一种发端于19世纪、勃兴于20世纪,被称为最能反映不同法学精神的“哲学方法”,比较法的研究方法直接派生出实用主义法学理论。虽然在国内法的研究领域,实用主义法学并不具有可以超越其他法学流派的话语优势,但是英美法对法律实用主义的反映却十分突出,很多制度集中地体现了实用主义法学思想的核心内容。

需要说明的是,本书仅仅是基于比较法的视角,站在当代中国的语境中来考察英美法的历史、现状和未来的走向,因而并不意味着是对其他理论视角的否定。毕竟,看问题的视角不同,观察者的立场不同,所得的结论必不尽相同。其实这也正是法律学者所应秉持的多元语境论和多视角主义的精髓所在。

(二) 从司法实践的角度看选题意义

哈贝马斯认为:“哲学的任务首先是批判,并在批判的同时,提供一种可供选择的理想方案,以克服现实存在的社会——政治弊病,以建立—种完善的社会形式。”^①同理,作为哲学的一个分支,法学研究也应具有相同的使命。因此,正确把握英美法的性格特征对构建我国现代化的社会制度和法律制度同样具有重要的意义。

改革开放以来,我国的法治建设在30年间,积极借鉴域外的法制文化和司法制度,除了在司法设施层面加大投入和建设外,在司法制度的不同侧面,都可以看见引进国外成功经验的范例。其中,当然也不乏英美法因素的影响。在这些制度改革中,以下几个方面的借鉴尤其引人关注:

首先,我国在诉讼程序上借鉴英美法的一些制度。1996年全国人大对1979年《刑事诉讼法》进行修改,强化了公诉方与辩护方的辩论、对抗,部分体现了当事人主义的色彩。具体表现为:侦查阶段的律师介入,犯罪嫌疑人的辩护权得到强化,规范强制措施,取消收容审查;在侦查起诉阶段,废除了免于起诉制度,将案卷“全卷移送”,改为部分移送,以避免法官在庭前产生预断;在审判阶段,实行控辩式审判方式,主要由控辩双方对案件进行调查、询问、举证和辩论,力图使法官从偏向控方转向居中裁判。

其次,我国现行《行政诉讼法》(1989年制定,1990年实施)第3条规定:“人

^① 章国锋:《关于一个公正世界的“乌托邦”构想——解读哈贝马斯〈交往行为理论〉》,山东人民出版社2001年版,第6页。

民法院依法对行政案件,独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民法院设行政审判庭,审理行政案件。”这一规定正式确认了行政诉讼采用英美式“单轨制”模式,即将行政诉讼案件纳入普通法院管辖范围而非专设行政法院。从而使得我国现在的行政审判体制在整体上接近英美法系国家的制度。

再次,受到英美法系传统的影响,我国的司法机关越来越重视判决的作用。面对成文立法的滞后和缺漏,判例制度的优点逐渐为国人所重视。在司法实践中,自1985年起,最高人民法院公开定期公布该院公报。在每期公报上载有典型案件的判决书。这些案例经最高人民法院选择和编辑,与司法解释等规范性文件同时发布在《公报》上,因而有一定的权威性。20世纪90年代后期,随着司法改革大张旗鼓的进行,强调对判例制度的借鉴,发挥典型判决的指导作用,成为法律实务界的主流意见。

最后,在法律职业者培养方式上,我国也引进了英美法系的一些成熟做法,其中法律硕士学位(juris master)的设置与法律诊所教育(legal clinic)的引入便是典型。

总体而言,上述这些制度的引进符合我国法制现代化的需求,符合我国依法治国的方向发展,取得了令人瞩目的制度效果。当然,这并不表示上述引进毫无问题,无需改进和调整。譬如我国刑事审判,已引进英美对抗制的一些因素,但法庭审判大多仍流于形式,证人出庭虽成法定义务,但现实是证人出庭率低。又如面对目前普通法院权威不足、行政审判效果不佳的现状,有学者提出仿照大陆法系建立行政法院。诸如此类的问题,更表明一个根本性的课题:是否满足制度需求,要看是否能适应本国的法制环境。

因此,通过对英美法律制度的性格特征的考察,有助于我们在与既存国际制度“接轨”与法律“移植”过程中,对先进制度的发展历程及其背后存在的法律文化背景保持清醒的认识,并在此基础上确立中国的“应然”和相应的战略选择。在全球化不可逆的时代,也许这种“制度层面的积极面对与价值层面的冷静思考”是最具现实意义的选择。

二、概念的梳理和限定

(一) 法系

作为本书的涵盖范围,笔者选择“大英美法系”作为研究对象。“大英美法系”既包括英国、美国等法系代表国家的国内制度,也包含其他法系对大陆法系制度的移植经验;既包括英、美等国国内法的主要内容,也包括跨国法律和国内涉外法律。因为对英美法系性格特征的分析需要建立在对英美法律秩序进行完整考察的宏观视角之上。从这种意义上讲,本书重点考察的不是规则层面本身,

而是规则背后的价值取向,这就必然更多涉及对各英美法系国家主体的历史沿革和治理目的进行分析和评价,而这种动机和目的在国内和国际之间、公法与私法之间是相互融通,相辅相成,难以分割。然而,正如国内大多数学者所做的,目前对英美法的公法部分和司法制度是研究的焦点,而且英美法的公法部分更加突出地体现了法律实用主义的进路。

(二) 进路

所谓的“进路”,其实就是一种思路、一种方法或者一种范式,其英文对应的词为“approach”。而该词本身具有多重含义和用法:可以是名词,这时汉译多为“方法”、“步骤”、“路径”等;也可以是动词,这时汉译多为“进路”、“接近”、“靠近”等。

本书选择“进路”一词,一方面意在回顾英美法沿着实用主义法学的性格特征发展演变的动态过程,另一方面表达一种实用主义的研究手段或方法。因此,兼具动词和名词的双重含义。而“进路”一词,虽是名词,但却有“动”的意境,恰好符合这一要求。

三、写作思路和文章结构

除去“序言”和“附录”、“用词用语表”,本书共分为四章:第一章“英美法概论”;第二章“英国法的形成与演变”;第三章“美国法的产生与发展”;第四章“英联邦与英美法”。另外,本书的姊妹篇也拟尽快出版,其将包括如下内容:第一章“英美法系的司法制度”;第二章“英美法上的法律渊源”;第三章“法律适用的方式”;第四章“美国法的多样性”;第五章“英美法研究的意义与方法”。

作为整部书的基础和铺垫,第一章主要通过英美法系的独特性的梳理和分析,找到作为一个法系的法律实用主义的特质,以作为考察英美法性格特征的起点。这一考察是通过对几个英美法的基本事实的描述而展开的,即英美法的历史继受性、判例法原则、个案考察的方法论、权利救济的重要性、个人在法律实践中的作用、法律职业一体化和陪审团制度等。在此基础上,本书选择对英国和美国的政治体制和社会现状作一个简明扼要的梳理,不仅因为两国是英美法系中最具代表性的国家,而且因为中国语境中的英美政治生态在很长时间内被误读。这一部分的讨论包括:(1)单一制国家与联邦制国家的体制之差异;(2)议会主权与违宪审查制度的内涵;(3)议会内阁制与总统制的制度特点;(4)美国式民主制度的评价;(5)英美法学教育之特色;(6)法律形成过程中的学说因素等。

第二章主要从历史角度考察英国法的发源及其发展的过程。本章以时间为轴,分别叙述中世纪的法、封建集权时代的法、混合政体时代的法、自由主义时代的法、英国法的繁盛时期和20世纪后半期的英国法。

第三章重点考察美国法的发展沿革。以时代为轴,分别阐述殖民地时代的

法、新国家诞生期的法、美国国家发展期的法、杰克逊式民主及其法律制度、南北战争前后的法、自由主义与改革主义的博弈、罗斯福新政到“冷战”结束期的法以及 20 世纪后半期的法。

第四章从历史的角度出发,考察了英联邦国家的法律发展史,包括:(1) 英联邦的形成;(2) 英联邦的组织架构;(3) 英联邦各国的法制。

四、研究方法

总体来讲,本书是一本以历史论与比较论为核心方法论的著作。本书的研究中心是考察英美法历史和现行体制中的法性格特征,或者说,是以历史和比较法学内核为基准来审视英美法,来证明现行的或在可预见的将来支撑英美法的不仅是自然法的理念,以及分析实证主义者所认为的完整而逻辑的法律体系和规范,同时还包括在实用主义理念下利益博弈所形成的规则理性。

此外,本书还运用了以下的研究方法:

其一,作为一本通过法学基础理论研究英美法性格特征的书,哲学研究中常用的批判的分析方法、阐释和思辨的分析方法也将是本书所不可或缺的。这一方法更多地出现于第一章“英美法概论”中,同时亦贯穿整个书的写作。

其二,历史分析的方法。当代是历史的延续,按照任何一种方法对英美法的现状进行研究都不可能离开历史分析的方法,更何况比较法学本身的特性之一便是语境论。这一方法将主要出现在第二章“英国法的产生与发展”以及第三章“美国法的产生与发展”中。

其三,比较分析的方法。这种方法主要将出现在第一章第三节“英国法与美国法”的比较研究中。同时在其他章节中的一些微观层面也会有所涉及。

其四,规范分析和案例分析。由于本书涉及英美法具体制度和规则的研究,规范分析和案例分析的方法将大量被运用,特别集中于本书的第二、三、四章和本书姊妹篇《英美法导论:法律制度与司法运作》中。

无论哪个学科领域,基础理论和制度研究都难以全面。加之本人的浅学非才,书中的缺点和错误在所难免。故笔者希望抛砖引玉,恳请读者不吝赐教,批评指正。

彭勃

2010年9月

于深圳大学法学院

目 录

第一章 英美法概论	(1)
第一节 英美法系	(1)
一、法系的概念	(1)
二、英美法系的国家和地域	(2)
三、法域	(3)
四、英国法的特征	(3)
五、普通法的含义	(5)
六、英国各地的法律情况	(5)
七、英国法的域外扩张	(7)
第二节 英美法的特征	(8)
一、历史继受性	(8)
二、历史渊源的多样性——从衡平法和判例法出发	(9)
三、判例法	(13)
四、个案分析的重要性	(14)
五、法的救济功能	(16)
六、容忍私力救济	(17)
七、法律职业一体化	(18)
八、陪审团制度	(20)
第三节 英国法与美国法	(23)
一、单一制与联邦制政体	(23)
二、议会主权与违宪立法审查制度	(27)
三、议会内阁制度与总统制	(31)
四、美国式的民主制度	(34)
五、法学教育	(37)
六、法律形成的过程与法学研究	(38)
第二章 英国法的形成与演变	(40)
第一节 中世纪英国的法	(40)
一、英格兰封建制度的建立	(40)
二、英格兰封建制度的巩固	(47)

三、兰开斯特王朝与约克王朝	(55)
四、中世纪英国法院概观	(57)
五、普通法	(58)
六、诉讼方法	(68)
七、衡平法	(82)
八、教会法	(86)
九、商人法(Law Merchant)	(88)
第二节 封建集权时期的法制史	(89)
一、都铎王朝	(89)
二、斯图亚特王朝前期	(97)
三、国王集权时期的法院和法	(104)
四、用益法和不动产法	(108)
五、法律职业与法学研究	(110)
第三节 混合政体时代	(114)
一、宪政体制的形成	(114)
二、共和政体的失败	(115)
三、复辟王朝至光荣革命时期	(118)
四、议会主权理论的形成	(123)
五、混合政体时期	(129)
六、国王统治方式的变化——内阁制的产生	(132)
七、衡平法	(136)
八、普通法	(137)
九、法律职业与法学教育	(141)
第四节 自由主义改革时代的法	(144)
一、边沁的法学思想	(144)
二、选举制的改革	(148)
三、责任内阁制与平民院优势地位的形成	(151)
四、平民院的优势地位	(151)
五、遵循先例原则	(153)
六、司法制度改革——普通法与衡平法的深度融合	(155)
七、实体法	(162)
八、法学教育与法律职业	(169)
第五节 英国法的繁荣期	(173)
一、维多利亚时代的法	(173)
二、平民院优势地位的确立	(176)

三、选举法改革·····	(177)
四、司法与立法的发展·····	(178)
五、法律职业与法学教育·····	(179)
第六节 20 世纪后期的英国法·····	(180)
一、概述·····	(180)
二、议会主权原则遭遇挑战·····	(182)
三、法院体制的改革·····	(183)
四、以立法手段促成司法改革·····	(183)
五、遵循先例原则的变更·····	(184)
六、法律职业与法学研究·····	(185)
第三章 美国法的产生与发展 ·····	(188)
第一节 殖民地时代的美国法·····	(188)
一、殖民制度的建立·····	(188)
二、殖民地的法律特征·····	(189)
三、殖民地的统治机构·····	(191)
四、殖民地与英国本土的关系·····	(193)
五、殖民地时代的法律职业人·····	(196)
六、殖民地时代的法律·····	(197)
第二节 诞生新国家·····	(201)
一、美国独立序说·····	(201)
二、殖民地与英国本土之间的法律争议·····	(201)
三、美国独立之路·····	(209)
四、美国联邦时期·····	(215)
五、制定美国宪法·····	(223)
第三节 美国国家体制的巩固与完善·····	(232)
一、统治机构的初建及完善·····	(232)
二、联邦司法体制的建立·····	(237)
三、违宪立法审查制度的确立·····	(241)
四、美国宪法的解释·····	(248)
五、法律职业·····	(253)
六、美国法的成型·····	(254)
第四节 确立政治平等思想的时期·····	(258)
一、人民“主政”体制·····	(258)
二、州政府组织的改革·····	(260)

三、联邦体系的政府架构·····	(262)
四、最高法院释宪立场的变化·····	(263)
五、法律职业与法学研究·····	(268)
六、立法与法典·····	(270)
第五节 南北战争前后的美国法·····	(274)
一、南北战争在美国宪法史上的意义·····	(274)
二、南北战争期间的宪法解释活动·····	(291)
第六节 自由主义与进步主义·····	(296)
一、概论·····	(296)
二、进步主义对州宪法的影响·····	(303)
三、美国宪法的修改·····	(304)
四、立法改革与联邦最高法院·····	(306)
五、言论自由与宪法·····	(316)
六、法律职业·····	(318)
七、法学研究·····	(321)
第七节 罗斯福新政时期至“冷战”时期·····	(327)
一、罗斯福新政时期的立法·····	(327)
二、罗斯福新政与法院·····	(332)
三、第二次世界大战·····	(337)
四、“冷战”期间·····	(339)
五、消除种族歧视·····	(343)
六、美国宪法修改·····	(347)
七、职能专门化与行政委员会·····	(349)
八、法学研究·····	(352)
第八节 20世纪后半期的美国法·····	(353)
一、传统法价值体系遭遇的挑战·····	(353)
二、司法积极主义的出现·····	(356)
第四章 英联邦与英美法·····	(361)
第一节 英联邦的形成·····	(361)
一、早期英联邦的历史·····	(361)
二、英联邦的改革·····	(364)
第二节 英联邦的组织结构·····	(365)
一、加入和脱离英联邦的程序·····	(365)
二、英联邦成员国之间的关系·····	(366)

第三节 英联邦各国的法律	(367)
一、序说	(367)
二、英国法的影响	(367)
三、澳大利亚的司法机关和法律制度	(369)
附录一 英国 1628 年权利请愿书	(374)
附录二 美国宪法修正案(权利法案)	(378)
用词用语表	(386)

第一章 英美法概论

第一节 英美法系

一、法系的概念

“法系”(legal systems)是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。根据法在结构上、形式上、历史传统上等外部特征以及法律实践的特点、法律意识和法在社会生活中的地位,可以把当今世界的法划分为三个主要的法系,即大陆法系、英美法系、以苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系。其他的法系还有伊斯兰法系、印度法系、中华法系、犹太法系、非洲法系等。^①

在上述法系中,资本主义国家的两大法系——“大陆法系”(Civil Law System)和“英美法系”(Common Law System),对当今世界其他地方有着广泛而深远的影响力。大陆法系又称罗马法系、民法法系、法典法系或罗马日耳曼法系,是承袭古罗马帝国(Roman Empire)的法律传统,参照《法国民法典》和《德国民法典》的样式而建立起来的各国法律制度的总称。欧洲大陆上的法、德、意、荷兰、西班牙、葡萄牙等国和拉丁美洲、亚洲许多国家的法律都属于大陆法系。英美法系又称英国法系、普通法系或判例法系,是承袭英国中世纪的法律传统而发展起来的各国法律制度的总称。由于英美法系的发展最初是通过英国(以及后来的美国)的殖民扩张传播的,因此当今英美法系的版图与18、19世纪英美殖民地的版图大致吻合。

^① 法系是比较法中用来对各种法律进行划分的概念,意指具有相同或相近的传统、原则、制度和特征等要素的一类法律制度的总和。一个法系通常涵盖了若干国家或地区,但有时一个国家的不同地方也会采用不同的法系,如英国、美国、加拿大是典型的英美法系国家,但英国的苏格兰、美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克则采用的是大陆法系的法律制度。由于法系是一个学术概念,因此并没有绝对的划分标准。例如德国通常被认为是典型的欧陆法国家,但在茨威格特和克茨(Konrad Zweigert & Hein Kötz)的《比较法总论》中,德国被单独列为“德意志法系”,与“罗马法系”并列。根据研究的需要,在同一法系下也可以划分不同的亚类型,例如英国法和美国法就是英美法系中两个不同的亚类型。同时,法系所指的法包括历史上曾经存在的法,其中有些已经消失了。例如以《唐律疏议》为典范的中华法系,曾经在东亚有着广泛的影响,但这种辉煌已经成为历史了。

二、英美法系的国家和地域

从字面上看,“英国法”^①和“美国法”是“英美法系”中两个主要代表。然而,其中的“美国法”并不像人们通常所说的“中国法”、“日本法”或“意大利法”那样是整齐划一的法律集成。由于采用了联邦制度,美国实际上被划分为 50 个独立的州法律系统。同时,在不同的法学专业领域,美国的法律呈现出复杂多元、立体交叉、不断变化的特点。因此,要全面了解和掌握美国法律并非易事,需要非常广博的知识和大量的时间。

英美法首先产生于英国,后来随着英国在 18 至 19 世纪的殖民扩张,推广到曾经是英国殖民地和附属国的许多国家和地区,其中包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉国、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家和地区,逐渐发展成为世界主要法系之一。目前世界上大约有 26 个国家法律属英美法系,除英美两国外,主要是英联邦国家及前英国殖民地。

但是,简单地通过地域来划分英美法系和大陆法系是不准确的。在英语国家和地区有一些地方,至今仍然采用大陆法系的法律制度。详言之:

第一,在英国过去的殖民地中,斯里兰卡和南非没有引进英美法,而是实行经改良的日耳曼荷兰法(Roman Dutch Law,即日耳曼民族在成为法典国家之前实行的罗马法),与大陆法系国家的法律制度比较接近。

第二,即使在英美法系的发源地,英国国内的法律制度也不尽相同。众所周知,英国(大不列颠联合王国)由英格兰、苏格兰、威尔士和北爱尔兰四个邦组成,其中英格兰与苏格兰的法律传统不同,尤其在法律形式和法律制度上存在着明显的差别。英格兰主要奉行判例法和普通法,而苏格兰则深受罗马法与大陆法的影响,因此在法制理念、法律制度上与英格兰差别甚大。北爱尔兰法、威尔士法则与英格兰法相近。^②

第三,美国的路易斯安那州和加拿大魁北克省从 18 世纪起属于欧洲国家的殖民地。虽然后来它们成为美国和加拿大的领土,深受英国法的影响,但就目前而论,如果非要将它们划入某个法系,一般仍认为它们属于大陆法系。值得注意的是,这些地区在政治、经济上隶属于主流为英美法的国家,因此它们不断受到

^① 本书所指的“英国法”指英格兰和威尔士地区实行的法律制度。在指包括苏格兰、北爱尔兰部分的法律制度时使用联合王国(United Kingdom)的概念。

^② 因此,英国国内的立法机关必须对各法域之间的司法活动进行协调,例如英国议会在制定《引渡法》等适用于四个法域和领地的成文法时,为了避免出现理解上的歧义,每部制定法都要特别注明各个法律概念在英格兰和苏格兰的确切含义及法律的适用规则。此外,英国 1982 年颁布《民事管辖与判决法》,具体规定了联合王国内英格兰、苏格兰和北爱尔兰三个法域之间的司法协助关系;据此,不同法域的法院判决都可以经其他法域高级法院按相应条件予以审查后进行登记并在该法域生效。见马进宝:《中国区际司法协助论纲》,载《甘肃政法学院学报》2003 年第 3 期。

所在国内其他地区的影响。目前在这些地区,已经出现了英美法和大陆法混合适用的情形。按照此趋势发展下去,这些地区的大陆法特征将进一步减弱,甚至消失。

可见,在划分法系时不能简单地根据人种来划定,例如同为盎格鲁—萨克逊人支配的地区,苏格兰就不属于英美法系。^①反之,以印度为首的一批亚洲和非洲国家在独立后仍然沿用殖民地时期的大部分法律,故仍属于英美法系。从法文化学的角度出发,这些国家中特有的文化和法律传统与外来的英美法文化之间如何发生作用,值得关注和研究。

三、法域

“法域”(jurisdiction),通常情况下是指一种法律体系和司法制度适用的地域范围。事实上,法域的概念不仅仅只具有地域上的意义,同时它还被用来强调某种法律制度对不同对象的有效管辖或适用范围。有国际法学者指出:“法域为特定的范围。这个特定的范围既可能是空间范围,又可能是成员范围,还可能是时间范围。正是基于此,法域有属地性法域、属人性法域和属时性法域之分。”^②在法域这一概念涉及的所有外延里,属地性法域与属时性法域与本书所论证的问题的联系最为密切。也就是说,从理论界目前的研究现状来看,我国对“法域”这个概念的应用基本上是从不同法律体系适用的地域范围和不同法律体系间存在明显区别的特质来进行界定的。

在语言学上,“jurisdiction”也有审判权、管辖权的含义。为与之区别,本书使用“法域”一语来定义司法权的行使区域,例如在叙述美国的法律政策时,本书表述为:“除 28 个州外,华盛顿特区、关岛等地区也表示支持,目前这 30 个法域采取共同行动……”

四、英国法的特征

如前所述,法系是对类似的法律传统和法律文化加以整合后形成的。在英美法系中,法律传统和文化共同的“根”在英国法。值得思考的问题是:为什么肇始于欧洲大陆,以日耳曼法为基础的英国法与同属欧洲国家的德国法、法国法、意大利法等大陆法有如此明显的差异?英国法又为什么会被其他国家和地区接受?它是如何输入到其他国家或地区的?同其他法系法律的传播相比,它在向域外传播时有哪些特点?回答这些问题,不仅有助于了解普通法系的形成

^① 李永君:《英国法的“一国两制”》,载《检察日报》2007年11月6日域外法制版。

^② 黄进:《区际冲突法研究》,学林出版社1996年版,第2页;另见沈娟:《中国区际冲突法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第4页。

和发展过程,而且还可以揭示英美法传播的某些规律。

首先,英国法与其他欧洲大陆国家法制的区别主要来源于继受法律的不同。大陆法系各国虽然有程度之差,但其法制的发展基本上都是对历史上的罗马法进行沿袭和改进。英国法的渊源是盎格鲁—萨克逊法,即日耳曼法。日耳曼建国以后,在适用法律方面遵循属人主义原则,即对日耳曼人适用日耳曼法,对被征服的罗马人适用罗马法,在日耳曼与罗马人发生关系时适用日耳曼法,也就是说,日耳曼法具有优先效力,且这两种法律并行不悖。这一做法在日耳曼人入侵英国后得到了延续。因此,尽管英国法多次受到罗马法的冲击,但仍然保持了传统日耳曼法的许多特点。

其次,中世纪的欧洲大陆国家普遍在一国之中允许多种法律区域并存。与之相对,英国当时就基本实现了以国王为中心的封建集权统治。虽然在英国境内的个别地区仍旧保留了独特的法律习惯和特殊的法律,但与土地制度等基本封建制度有关的法律在英格兰地区(稍后推广到威尔士地区)已经基本统一。入主英国后日耳曼统治者逐渐摸索出一系列解决民族和文化冲突的惯例或原则,同时统治阶级也逐渐认识到不同法源的法律林立存在的不利影响。因此,摆脱属人主义原则力求制定一部适用于全体国民的法——“单一的不成文法”(common law,也译为普通法)就成为当务之急。这种普通法的法律精神和原则吸收了罗马法和教会法的精神,使成文法与习惯法兼容并包。由于普通法的出现,在管理国家的过程中适用罗马法的必要性不复存在,英国法也开始摆脱罗马法的格局,走上了独自发展的道路。

再次,随着封建制度逐渐退出历史舞台,时代对法律制度的变革提出了新的要求。此时,英国的法律制度再一次体现出灵活和司法中心的制度特点。由于普通法与令状制度关系密切,受封建时代建立的令状制度的局限,普通法的保护范围和救济方法无法进一步发展。此时,英国法律制度中的另一重要组成部分——衡平法(equity)在普通法之外迅速发展起来。由于衡平法作为普通法的补充而发展起来的,没有形成自己完整的体系,也没有哪些部门法专属于衡平法。通过衡平法来主张个人的权利,实现权利救济的做法事实上推动了资本主义制度的建立和发展。

最后,在世界大多数国家,法律职业阶层都是伴随着近代司法独立制度的确立而产生的。与此不同,英国早在司法独立之前的中世纪时代,确切地说在12—13世纪,就产生了这一阶层。德国学者茨威格特和克茨指出:“在英国法的早期历史中,便形成一个法学家阶层,他们以行会的形式自己组织起来,并以这种方式施展他们的巨大影响,这一事实对英国法的性质和发展过程具有重要影