

全国外国法制史研究会学术丛书

英美法系 及其对中国的 影响

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

英美法系
及其对中国的
影响



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

英美法系及其对中国的影响/何勤华主编. —北京:法律出版社, 2009. 6

(全国外国法制史研究会学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9541 - 4

I. 英… II. 何… III. 世界—法律体系—影响—中国—学术会议—文集 IV. D90 - 53 D920 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 070552 号

全国外国法制史
研究会学术丛书

英美法系及其对
中国的影响

何勤华 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 17.5 字数 478 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9541 - 4

定价:44.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

英美法系 (Anglo American Law System), 也称英吉利法系 (English Law System)、普通法法系 (Common Law System), 是以英国的普通法、衡平法和制定法为基础, 融入罗马法、教会法以及中世纪商法的若干原则而逐步形成的一个世界性的法律体系, 是在英国对外贸易、军事侵略、殖民统治和强制推行英国法的过程中形成的; 其成员除英美之外, 还包括爱尔兰、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、新加坡、冈比亚、尼日利亚、加纳、肯尼亚、乌干达、赞比亚及中国香港地区等。

第二次世界大战以后, 虽然英美法系的诞生国——英帝国日渐衰弱, 由英国建立的殖民地体系也分崩离析, 但随着美国称霸世界格局的形成, 英联邦其他成员国家如澳大利亚、加拿大、新加坡的日益强大, 英美法系的影响不仅没有缩小, 反而进一步在扩大。尤其是在宪政、行政程序、公司治理、社会保障、信托、知识产权法律保护、反垄断、反倾销、司法程序、人权保障、电子商务、侵权法等领域, 英美法系的影响涉及世界各个国家。就中国的法制建设现状而言, 20 世纪上半叶主要以吸收大陆法系的成果为主, 五六十年代以吸收苏联法为主, 而至 70 年代改革开放以后, 则在保留大陆法系框架的基础上, 大量地吸收了英美法系的成果。可以说, 就当代中国法制建设所借鉴的外国法和法学而言, 英美法系的影响是压倒性的。

鉴于上述情况, 全国外国法制史研究会第二十一届年会, 将会议的主题确定为“英美法系及其对中国的影响”。2008 年 9 月 22 日

至23日,由华中科技大学法学院、华东政法大学共同承办的这一次年会,在武汉华中科技大学隆重召开。来自全国各大高校、科研机构和出版单位的一百多位专家学者出席了本次会议。代表们对本次年会的主题表现出了浓厚的兴趣,向年会提交的论文多达六十余篇。会议期间共举行相关内容的研讨会6场,与会专家学者就各项专题展开了深入而广泛的交流,其内容大体涵盖了五个方面:一是英美法系的一般理论;二是英美法系对中国宪政的影响;三是英美法系对中国私法的影响;四是英美法系对中国司法的影响;五是英美法系的传播及域外影响。

对本书主题的详细诠释,在本书所收录的各篇论文以及论点精粹中都已经有了充分详细的展示,故笔者对此不再赘述。本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前八辑《法的移植与法的本土化》、《20世纪外国经济法的前沿》、《20世纪外国司法制度的变革》、《20世纪外国国民商法的变革》、《20世纪西方宪政的发展及其变革》、《20世纪外国刑事法律制度的变革》、《多元的法律文化》、《混合的法律文化》(均由法律出版社于2001年至2008年各年出版)的惯例,分主题论文、专题论文、论点精粹和附录等部分。本书的编辑,由本研究会秘书处承担,负责编辑工作的有副会长兼秘书长李秀清以及周伟文、陈颐、冷霞、王伟臣、者丽琼、肖崇俊、陈楠、陈佳吉、段征、舒曼、严佳斌、聂淮等华东政法大学的教师、博士生和硕士生。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者见谅。

本次年会的召开,得到了华中科技大学法学院的大力支持。尤其是华中科技大学法学院院长易继明教授,对本次会议的召开给予了全身心的帮助,法学院教授李红海、郭义贵的细心周到、不辞辛劳的组织工作,使会议能够得以顺利进行。本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法大学的学会活动经费的资助,并得到了法

律出版社社长黄闽先生的全力支持,本书的责任编辑田会文则为本书的编辑出版倾注了大量心血。在此,我们均表示一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法大学
外国法与比较法研究院

2009年2月1日

目 录

序

一、主题论文

程 波/“历史连贯性的神话”——论普通法发展变革中的传统性因素 /3

陈敬刚/福蒂斯丘宪政思想研究 /25

康 宁/英国法官制度及其启示——关于法官职业化问题的思考 /43

冷 霞/英格兰大法官法院衡平管辖权的确立：“机构分离论”与“诉讼增长论” /57

王峰升/法官职业化的英国经验 /76

张 浩/陪审制度在英国的建立 /88

屈文生/普通法令状研究综述：渊源、人物及文献 /107

于 霄/1832 年到 1952 年英国法理学的困境 /132

郑 智/英美法系法律人职业范式的轨迹——以英国与美国为例 /150

卢 鹏/拟制与法律的“异因生殖”——以英美法拟制为例 /165

杨垠红/英美法的作为义务及其对我国相关制度的影响与借鉴 /182

胡雪梅/英美法系的神经损害之诉及其启示 /206

杨积讯/美国《联邦宪法》与政党政治 /216

姜 峰/立宪设计的五个规范性原则——对《联邦党人文集》的解读 /223

蔡东丽/司法能动与司法自制之间——罗斯福新政与联邦最高法院司法理念的变迁 /240

余甬帆/美国“黄狗”合同的历史探析 /259

李培锋/法史视野中的英美证据法学及在中国的影响 /287

孟 红/英国刑法对中国香港地区刑法的影响 /296

徐静琳/普通法在香港的融合及发展 /316

二、专题论文

魏晓阳/美国对日本宪法的影响及对中国的借鉴 /331

赵立新/简论美国违宪审查对日本的影响——以违宪审查权行使的条件与界限为视角 /344

季金华/美国法制现代化的模式特征及其对当代中国的影响 /372

黄树卿/19 世纪印度遗孀法律地位的变革 /392

贺 鉴/普通法系与大陆法系对非洲国家适用国际法的影响之比较 /405

朱伟东/非洲商法统一组织述评 /424

姚秀兰/香港太平绅士：“源”与“流” /435

三、论点精粹

李红海/普通法的历史之维 /445

程汉大/司法与英国法治文明 /447

孟昭容/试谈对普通法的认识及英美法的现状 /449

张培田等/普通法形成的文化基因再认识——从梅因《古代法》析罗马法对普通法的文化影响 /451

徐国栋/边沁的法典编纂思想与实践——以其《民法典原理》为中心 /453

姚中秋/技艺理性视角下的司法职业化 /455

谢红星/论英国宪法的进化：一种宪法发展形态的研究 /457

陈永强/英美法上的所有权概念 /459

- 黄宇昕/制度移植——苏格兰的经验 /461
- 马海峰/罗马法和普通法上令状制度之比较研究 /463
- 魏建国/近代英、法、美三国宪政民主制成败原因再认识——一种基于社会结社视角所作的比较考察 /465
- 李明倩/英美法视野下环境公益诉讼的理论基础——兼谈对我国建立环境公益诉讼制度的思考 /467
- 张剑虹/法庭建制、令状、查证方式与英国普通法的诞生——读《英国普通法的诞生》 /469
- 李 栋/试论英格兰法律职业共同体中的“普通法心智”观念 /471
- 冯卓慧/殊途同归——从两大法系契约法理论的发展演进看契约法的发展 /473
- 夏秀渊/试论普通法中投邮主义的适用范围 /475
- 咸鸿昌/英国土地自由继承地产的沿革及其法律规范——兼论英国土地法上的所有权问题 /477
- 张锐智 丁 鹏/判例法传统对美国宪政进程的影响——以美国黑人权利宪法保障制度变迁为视角 /479
- 汪全胜/美国行政立法的成本与效益评估探讨 /481
- 沈 岚/美国监听立法史述论 /483
- 沈玮玮/言者无罪:美国法律实践中的象征性言论 /485
- 王铁雄/美国财产法的自然法基础 /487
- 刘道强/美国过失侵权责任原则的确立及其现实思考 /489
- 刘海鸥/美国环境侵权领域中的妨害法 /491
- 贺卫方/司法改革的困境与路径 /493
- 任 超/英国中世纪法律职业阶层的起源——兼及其对法治文明传承的作用 /495
- 丁 平/论英国司法权的优先发展 /497
- 夏 菲/英国早期警察立法活动研究 /499
- 顾荣欣/英美法系治安法官制度之比较 /501
- 李 瑞/美国陪审制度的嵌入性及现实启示 /503

- 陈绪纲/“朗道尔革命”——法律教育思考 /505
- 胡 桥/衡平法在中国的研究:现状、问题及展望 /507
- 李拥军/判例法在中国的“可行”与“缓行” /509
- 郑颖慧/英美法系及其对中国的影响——从近代中国的立法及司法谈起 /511
- 侯宇清/借鉴英美判例法,完善中国特色公报案例制度 /513
- 李求轶/英美法系公司法对中国公司法的影响 /515
- 赵玉意/论美国公司法对我国公司法的影响——兼评我国独立董事制度 /517
- 刘淑芬 方 砚/谁比谁亲? 权利谁属? ——从一起探望权判例说起 /519
- 陈秋云等/传播与阻隔——美国宪政思想在清末的输入 /521
- 王兰萍/近代中国著作权法源之一:《版权考》 /523
- 吕 江/晚清时期英美法对山西大学堂法学教育的影响 /525
- 李秀清/从结拜兄弟到法科同窗——吴经熊与徐志摩早期交谊之解读 /527
- 夏新华/寻访李宜琛 /529
- 张 宁/东印度公司贸易体制对清朝前期立法的冲击 /531
- 陈 强/社会变迁中的实体性正当法律程序 /533
- Henny Hansmann, Erinier Kraakman, 李飞译/财产、合同及证明:财产权法定问题与权利的可分性 /535

四、附 录

- 刘晓东 陈 楠/全国外国法制史研究会第二十一届年会综述 /539
- 全国外国法制史研究会 2007 年度优秀论文获奖名单 /549

一 主题论文

“历史连贯性的神话”

——论普通法发展变革中的传统性因素

程 波

1901年,梅特兰在著名的瑞德(Rede)演讲中提出这样一个问题:在所谓传统信条土崩瓦解、罗马法正将日耳曼法逐出德意志之时,为什么中世纪英格兰法律却得以存续下来?^①英国学术院院士贝克爵士认为,梅特兰这个演讲“名垂法史”,“将人们的注意力从普通法的内部变革转移开去”。^②在主张“法律既是社会史,也是思想史”的贝克爵士看来,所有的法律变革都可以用社会、经济因素,或政治事件来解释,尽管在法律本身的逻辑之外,寻求“外部”解释“困难重重”,但“近来的研究表明,在文艺复兴时期,虽然中世纪普通法在根本意义上得以存续,但却经历了实质性的变革”。^③

与贝克爵士的观点相映成趣的是,伯尔曼在他的力作《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》一书中同样指出,在17世纪后期和18世纪之前,英国法律体系在其方法上,即在其运行所使用的基本原则上经历了根本性的变革。这些变革的主题——先例学说、诉讼格式、法律拟制、陪审团审判、被告人的权利、对抗制度、证据和论著,“不仅是法律资料而且还是法律资料被理解的互相联结的方式——最

① F. W. Maitland, *English Law and Renaissance*, Cambridge University Press, 1901, p. 27.

② [英]约翰·汉密尔顿·贝克:“英国法与文艺复兴”,杜颖译,载《法史学刊》(第1卷·2006),社会科学文献出版社2007年版。

③ [英]约翰·汉密尔顿·贝克:“英国法与文艺复兴”,杜颖译,载《法史学刊》(第1卷·2006),社会科学文献出版社2007年版。对法律变革的原因,许多学者都作了一般性的论证,例如,泰格、利维认为,“法律变革乃是社会各阶级的产物”。参见[美]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第1页。

重要的一套关于法律的连贯知识的构成部分。”^①值得注意的是,伯尔曼还引用了卡恩·弗里恩德的观点,每种法律制度都需要一种统一因素,英国的这种统一因素是“历史连贯性的神话”,而在大陆欧洲则是“逻辑连贯性神话”。^②

在本文中,笔者感兴趣的,不是“接着说……”,英国法律,即“英格兰普通法”如何经历了“实质性的变革”或者说经历“根本性的”变革,而是想探究“为什么?”,在当时一如在今天,人们对英国普通法的“法律变革模式”有一种“新瓶贴上旧标签的偏爱”,或者说对普通法的“历史连贯性神话”表现出了一种坚定不移的崇奉。进一步的目标则是,讨论英国普通法的“历史连贯性的神话”中的“统一因素”,对现代中国法制变迁可能有的启示和影响。

一、什么是普通法的“历史连贯性的神话”

英国普通法的发展细水长流,一脉相承,映现出一种“历史连贯性”。^③普通法的发展过程,“没有出现昭然的断裂,没有对几个世纪以来所沉淀的法律智慧不加选择地扫地出门”,“没有出现像法国大革命时期所经历的那种骤然而来的大灾难而导致的法律发展的断层。”^④然而,这并不意味着普通法并不存在任何发生改变的时期。如果把英国法律的特色说成是自从《大宪章》以来,甚至自从1066年诺曼征服以来,无间断地逐渐和平发展而成,是很错误的;正相反,从1600年到

① [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第285页。

② [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第316页。

③ [比]R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第8页。

④ [比]R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第8页。

1800 年间有过许多革命性变迁。^①事实上,自英国普通法确立起,“有几个时期带来的新转变尤其令人瞩目”。^②

很多英国学者,从 12 世纪和 13 世纪的格兰维尔 (Glanvill) 和布拉克顿 (Bracton),到 15 世纪和 16 世纪早期的约翰·福蒂斯丘爵士 (Sir John Fortescue) 和圣日耳曼·克里斯多弗 (Christopher St. German),他们都为“英国王室适用的法律而感到自豪”。^③福蒂斯丘甚至“确实将英国法律追溯至无法追忆的古老习惯”。^④在 17 世纪英格兰宪制冲突中,以爱德华·柯克 (Sir Edward Coke, 1552 ~ 1634) 为代表的普通法专家运用了他们前辈的“遗产”,即司法的或议会的权力,坚定地限制国王特权和使他们服从于普通法和议会而战,以维持法律传统的完整性。柯克的著作从未承认有任何与普通法相悖的重大变化,甚至固执地否认征服者威廉于 1066 年在英国实施诺曼法,并认为此后不能承认英国法律的封建特性。与否认在英国历史上具有如此重要性的君主行动相联系,柯克坚持认为普通法的所有至关重要的部分都是通过习俗建立

① [美] 泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社 1996 年版,第 262 页。

② 比如说,在爱德华一世 (Edward) 统治时期,从 1275 年到 1290 年间,每一年都在颁布新的重要法律 (尽管这些法律中的界定多于创造)。都铎 (Tudor) 王朝的立法更是引人注目,并具有真正意义上的创造性;再有,17 世纪中期新教徒当道的时候,他们对这个国家设计了许多有趣的更为大刀阔斧的改革,尽管王政复辟后,他们的大部分成果尚未来得及实现的宏伟大略,就被清扫一空。参见 [比] R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社 2006 年版,第 9 页。

③ [美] 哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第 2 卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社 2008 年版,第 243 页。格兰维尔 (Glanvill)、布拉克顿 (Bracton) 和布莱克斯通 (Blackstone) 都认为:英国普通法是王室法院形成普通法的手段,从而取代地方惯例和地方司法权,并给我们提供了严格的法律。参见 [美] 庞德:《法理学》(第 3 卷),廖德宇译,法律出版社 2007 年版,第 297 页。

④ [美] 哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第 2 卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社 2008 年版,第 244 页。

起来的,而且从无法记忆起的时间就(似是而非地)已经存在。^①对此,卡内冈作了历史的解读,他说,爱德华·柯克的著作和判决,都是立足于难以数计的中世纪法律文献,它们中的许多还是手抄的卷轴,这一切成果,都是他怀着孜孜不倦的热情,详细考究得来的。然而,他这样做的目的,是为了查清该法律所代表的立场以及它是如何被应用的,在此过程中,有时他很明显是心怀希望,去寻找能够支持他在法律上和政治上信念的先例。^②

柯克对于普通法之古老和卓越的赞美,使人很难否认他的保守性,但是他本人却从来不厌恶变革,只要改革明显可以起到改进作用。法律史家说他在声称只追随先例的同时又改造法律。^③这种历史主义的态度意味着,柯克已经充分地理解普通法在过去几个世纪里发生的变化。然而,将柯克的历史主义向前推进的是约翰·塞尔登(John Selden, 1584 ~ 1654)和马修·黑尔(Sir Matthew Hale, 1609 ~ 1676)。塞尔登的整个重点都放在连续性上,甚至将这些变化视为这种连续性的偶然。塞尔登在普通法院和特权法院之间的革命前的斗争阶段进行写作,也强调限制王室特权的古老传统。在塞尔登看来,“所有的法律都历史地来自习惯法”,普通法“是一种演进中的习惯法”。^④黑尔是一位

① 伯尔曼认为,柯克相信英国普通法建立在“古老习俗”的基础上,这可以回溯至盎格鲁—撒克逊时期,这种相信并没有妨碍他注意到在过去的世纪里,其中已经发生了很多变化。参见[美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第258页。

② 正因为如此,柯克有时会曲解先例,以支持案件中之己见,就如他在“博纳姆医生案”(Dr Bonham's Case, 1610年)中作出的几个“先例”所展示的那样。这表明,把他称为一个拥有广泛而博学的历史知识的法律职业者,比之历史学家更为恰当,因为对他来说,法律是第一位的,而历史,只不过是法律服务的侍女。参见[比]R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第14页。

③ [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第35页。

④ [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第259 ~ 266页。

普通法的坚定支持者,他强调法律必须与时俱进,并认可议会独立学说。在柯克和塞尔登的基础上,黑尔把普通法的历史看做适应变化中的需要的过程。在长期的观点看来,他把这样的适应当做一种逐步提高的自我完善的过程。^①然而,黑尔真正的洞见在于,他正确地揭示出英国普通法发展变革的实质:“无论诺曼征服还是后来的巨变都没有在英国宪政史上表现出一种根本的突变。”^②这种宪政框架保持不变的法治变革的思想,是一种解决普遍事实问题的新方法。在《英国普通法史》中,黑尔运用船的比喻来说明法律的连续性和变革之间的平衡,“是总体的宪法——国家之舟——自身由联系的变化组成,它的每一个部分都经历了数个世纪”。^③黑尔还承认,在其“漫长的航行中,会有连续不断的修正案出现”。^④

回到什么是英国普通法“历史连贯性的神话”?综上所述,这种“历史连贯性”意味着——用柯克喜欢引用的谚语来说——“新谷必定长自熟地。”“熟地”就是普通法的审判记录,大概还有不是被视为贵族所争取到的让步,而是被视为自由特许状的“大宪章”。从“大宪章”可以推导出国王要受限制于“本土法律”,这一词在该文件中最有可能是指对贵族特权的保护,但也能够加以较宽泛的解释。这样,从旧有普通法审判记录中出现了法律体制的改造,它接受新原则,但仍基于旧有传统之上。这一让王室让步和司法决定权改编的历史,正如普拉克涅(T. F. T. Plucknett)所指出的:“对国王和议会都一样施加了限制。”^⑤英国人一向

① [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第269页。

② [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第270页。

③ [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》(第2卷),袁世瑜、苗文龙译,法律出版社2008年版,第271页。

④ [英]尼古拉斯·菲利普森、昆廷·斯金纳主编:《近代英国政治话语》,潘兴明、周保巍译,华东师范大学出版社2005年版,第37页。

⑤ [美]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第217~218页。