

比较法律文化视域的英美法

高鸿钧*

摘要 英美法作为西方法律文明的重要分支之一,具有独特的历史传统、文化意蕴、发展路径、表现形式、价值取向以及运作机制。同大陆法传统比较,英美法的发展具有历史的连续性;法律、权利与自由之间存有内在关联,并维持互动;司法具有特殊的重要性;程序正义优于实体正义;在法律价值上,更重视个人、实用和经验。近代以来,英美法的一些概念、制度和原则被移植到中国,产生了不同程度的影响。深入、系统地研究英美法,从历史之维理解它的生命,从理念之维解读它的精神,从制度之维发掘它的机制,从理论之维分析它的义理,对于当代中国合理地借鉴英美法,具有重要的价值。

关键词 英美法 比较法 西方法律文明

在人类法律文明的演进中,西方法律文明不仅源远流长,而且在当今世界影响甚巨。英美法系是西方两大法系之一,其中许多理念和制度、精神和价值、学说和理论以及方法与技艺,不仅对西方法律文明做出了突出贡献,而且对人类法律文明的发展产生了重要影响。深入研究英美法系的历史传统、运作机理、典章制度以及文化意蕴,有助于拓展对英美法的认知和理解,有助于借鉴和移植其中某些合理要素,丰富中国法学理论,推动中国法治发展。

一、传统与现代:法律演进的连续性

英美法系源于英国法。英国法虽然在盎格鲁——撒克逊时代的习惯法有其源流,但主要诞生于诺曼征服之后。自12世纪,英国王室法院逐渐从御前会议中发展起来,并逐渐成为专业法院。王室法院以伦敦为中心,以令状为基础,以王权为后盾,通过遵循先例的方式发展出判例法,并借助于巡回审判的机制,吸收、统合和驯服了各地习惯法,并凌驾于封建法、庄园法

* 清华大学法学院教授、中国政法大学法律史研究中心学术委员。

和城市法等不同法律体制之上,成为通行于英格兰王国的普通法。狭义的普通法是指12世纪英国王室法院发展起来的判例法。^[1]相比之下,同时期欧陆各国的法律则处于高度分散状态,远没有达到英国那样的统一。

自14世纪,普通法显示出拘泥形式的趋向,因而陷入僵化,无法有效解决纠纷和及时回应社会发展的需要。一些民众开始向政府请愿,要求对其提供合理与有效的法律保护。这些请愿起初由议会等机构受理,后来国王委托大法官受理。大法官代表国王,以公平、正义和良心作为依据,对于得不到普通法救济或救济不力的案件进行干预。由此,衡平法应运而生,并发展成一个独特的法律体系,成为矫正和补救普通法的重要机制。

与此同时,自威廉征服之后,英格兰的王权不断加强,以王权为基础的制定法开始增多。议会产生之后,出现了一个推动制定法发展的新型立法权威,制定法进一步增加。

普通法、衡平法与制定法一道构成了英国法的基本渊源。广义普通法就包括上述三种法律形式。这种传统被英美法系其他国家所继承,因而英美法系也有“普通法法系”之称。历史上,这三种法律形式因不同时期而呈现出复杂的关系。后来,围绕着王室法院审理案件和法律的发展,律师制度也发展起来,并形成了高度职业化的自治组织,其中伦敦四大律师会馆最为著名。以行会形式组织起来的律师,通过学徒方式进行法律教育,培养法律人才。他们不仅受当事人委托出庭辩护,而且成为法官的后备力量。在中世纪后期,英国法官和律师就实现高度独立化和职业化,成为捍卫法治的坚强堡垒和国家治理的社会精英。^[2]在当时世界各国前现代的法律文明史中,英国律师的职业化和司法独立于政治,是独一无二的现象。后来,这种法律职业模式传播到英美法系的其他国家,其中美国在此基础上形成了独特法律职业模式。历史上,美国法律和法官在社会的发展中发挥了突出作用,在当代,他们面临种种新的挑战。^[3]

英国法的另一个独特现象是它的连续性。这种传统不仅适应了英国中世纪的社会发展,渡过了各种难关,而且经受住了社会现代化的冲击,在没有出现历史断裂的情形下,得以延续下来,并在当代保持了强健的生命力。究其主要原因,这不仅源于英国现代化过程中“光荣革命”的改良性质,而且得益于英国法适应现代变革的内在张力。在英国,法律体制的形成和发展以及法律的统一,主要得益于法院司法活动,而政治管理和统一则主要借助于法律的机制得以实现。

关于英国法是否具有现代适应性问题,学界存有不同的观点。按照韦伯对于现代法律性质的界定,英国法似乎缺乏现代形式理性,不具备现代法律的气质。但是,英国法在没有发生革命性转型的情况下,事实上成功地适应了英国现代经济、政治和社会的发展,并没有阻碍英

[1] 参见(比)R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版。

[2] 参见(英)保罗·布兰德:《英格兰律师职业的起源》,李红海译,北京大学出版社2009年版;程汉大、李培锋:《英国司法制度史》,清华大学出版社2007年版。

[3] 参见(美)理查德·L. 埃贝尔:《美国律师》,张元元、张国峰译,中国政法大学出版社2009年版; (美)玛丽·安·格伦顿:《法律人统治下的国度——法律职业危机如何改变美国社会》,沈国琴、胡鸿雁译,中国政法大学出版社2010年版。

国的现代化进程,这就引出了所谓韦伯的“英国法问题”〔4〕

根据韦伯的研究结论,现代社会在经历了“祛魅”的理性化之后,传统型权威和“克里斯玛”型权威走向衰落,惟一具有合法性的权威是法理型权威。为了适应效率导向的市场运行和科层制的标准化行政管理,形式理性的法律将成为现代法治的主导模式,因为这种法律有助于为个人行为提供准确的尺度,从而有效地稳定人们的行为期待。〔5〕韦伯认为形式理性的法律具有以下特征:①实在法明确和潜在地构成了“完整无缺”的规则体系;②具体案件的判决都是将抽象的法律规则适用于具体事实的过程;③法官借助法律逻辑推理能够从抽象的实在法规则出发做出前后一致的判决;④凡是未被纳入实在法体系的理论、规则或观念都不具有法律的效力;⑤每一种社会行为都受这种法律的调控,且行为者能够感受到自己在遵守、违反或适用法律规则。〔6〕在韦伯看来,这种“价值无涉”的形式理性法律具有稳定性、确定性、系统性和全面性,法官可以在法律中找到所有案件的标准答案。换言之,法官只要把案件事实在法律规则中“对号入座”,就可以解决一切纠纷。正是在这种意义上,他把这种形式理性的法治隐喻为“自动售货机”。〔7〕

然而,英国法并不具有典型的形式理性特征,例如判例法就缺乏明确性和系统性,陪审制诉诸大众情感,具有非理性气质。那么,英国法如何能够具有现代适应性?其一,韦伯关于现代法律形式理性特征的概括是从大陆法出发,且主要以《德国民法典》及其形式主义法学作为标准。实际上,“自动售货机”式法治只是一种理想模式,在大陆法最具有形式主义特征的时期,这种理想也很难实现。其二,至19世纪后期,法律形式主义在大陆国家遭遇了困境,因而这些国家做出了重要调整,社会法学的得势以及行政立法的涌现就是对法律形式主义的超越。〔8〕其三,英国高度职业化的司法和律师组织以及遵循先例原则的采用,在很大程度上确保了法律的稳定性和确定性。其四,19世纪后期,制定法在英国大量增加,司法组织和程序得到了简化,陪审制也趋于萎缩,在民事案件很少采用,这些改革无疑提高了英国法的理性化程度,使得英国法比美国更具有形式化的气质。〔9〕韦伯意识到了上述第二点和第三点,〔10〕但他

〔4〕 参见 F. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg Publishers Ltd., 1986, pp. 239 - 253. 中国关于“英国法问题”的讨论参见李猛:“除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的‘英国法问题’”,载李猛编:《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版,页111 - 241;李红海:《普通法的历史解读——从梅特兰开始》,清华大学出版社2003年版,页347 - 375。

〔5〕 关于韦伯的法学理论,参见 M. Weber, *Economy and Society: An Outline Interpretive Sociology*, transl. by E. Fischoff et al., University of California Press, 1978。

〔6〕 参见(德)韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,远流出版事业股份有限公司2003年版,页31。

〔7〕 同上注,页357。

〔8〕 参见(美)邓肯·肯尼迪:“法律与法律思想的三次全球化:1850—2000”,高鸿钧译,《清华法治论衡》第12辑,清华大学出版社2009年版,页47 - 117。

〔9〕 参见(英)P. S. 阿蒂亚、(美)R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,中国政法大学出版社2005年版。

〔10〕 参见(德)马克斯·韦伯:《韦伯政治著作选读》,(英)彼得·拉斯曼、罗纳德·斯佩尔编,阎克文译,东方出版社2009年版,页122 - 123。

对实质理性法律的出现始终心存疑虑和警惕,担心这种法律可能带来专断和独裁。韦伯对“英国法问题”的观察和分析至少存在以下不足。首先,韦伯没有意识到,西方现代法治有不同模式和路径,至少可分为大陆法模式和英国法模式。韦伯把现代大陆法模式中德国法发展中形式化阶段作为惟一标准,来衡量英国法是否具备现代性,自然会陷入偏颇。其次,韦伯对于现代法律确定性、稳定性、系统性以及全面性的断言也过于绝对,实际上,现代法律的稳定性和确定性也是相对的,法律的“自动售货机”只是一种不无善意的法治理想。恪守法律的稳定性和确定性可能会导致法律的僵化,无法回应社会发展的需要。同时,制定法无法做到无微不至和天衣无缝,因而法官通过法律解释填补制定法的空白,不仅难以避免,而且有其必要。最后,英国法自19世纪后期出现了理性化趋势,而韦伯对此没有给予足够的重视。总之,我们应对英国法的现代适应性进行具体研究,而不应生搬硬套某种理论教条或既定模式。

伴随着英国对外殖民扩张,英国法被移植到北美、大洋洲、非洲和亚洲的许多国家和地区,从而形成了具有世界影响的英美法系。近代以来,英美法系与大陆法系一道构成了世界主要法系。据估计,当今世界至少有1/3人口生活在其法律制度属于英美法系或深受英美法系影响的国家或地区。

在英美法系中,美国法的发展特别引人注目。在殖民地时期,英国法、殖民地议会的制定法以及《圣经》中的公平正义观念,成为移民的主要法律渊源。在独立之后,出于对英国殖民统治的旧愁新恨,美国曾欲废除具有英国“血统”的普通法,而采用大陆法模式。后来,移民的怀旧情绪开始出现,普通法在美国开始受到重视。到19世纪30年代,普通法在美国的支配地位得到确立。然而与此同时,普通法仍然受到批评,并受到“法典化运动”的冲击。这个运动虽然取得了成效,许多由律师起草的法典被一些州所接受,但最终没有从根本改变美国法的基本模式。内战之后,普通法在美国得到了迅速发展。随着遵循先例原则的确立,各州法律比以前更为统一;而判例教学法的采用,培养了大批具有普通法思维的律师和法官。由此,普通法在美国的地位更加牢固,并出现了法律形式主义的倾向。^[11]

在20世纪30年代的经济危机以及随后的“新政”期间,美国不得不放弃法律形式主义,而采取实质理性导向的法律。此后一段时间里,具有本土特色的法律现实主义开始在美国占据了主导地位。至20世纪60年代,民权运动风起云涌,其中既有“黑白平等”的吁求,也有“男女平权”的要求。作为对这些运动的回应,美国法强化了对公民权利的保护。尤其值得注意的是,“沃伦法院”通过司法过程,激活和确认了许多新型宪法性权利。

20世纪70年代之后,美国步入了新自由主义之路,法律的发展也发生了重大变化。根据肯尼迪的研究结论,这个时期美国法范式的主流,是权衡利益冲突的政策分析模式和公法新形式主义。^[12] 20世纪90年代以来,随着经济全球化和法律全球化的展开,美国法在全球范围得到了急剧扩展,压倒了英国法的影响,猎食了苏联东欧等转型国家的法律改革,侵夺了大陆

[11] 参见由嵘主编:《外国法制史》(第3版),北京大学出版社2007年版,页360-365。

[12] 邓肯·肯尼迪,见前注[8],页104-117。

法系的许多领地,并影响了欧盟及其成员国法律的发展。所有这一切不仅改变了英美法系内部的格局,而且改变了世界法律体系的格局。英国和美国从蕞尔岛国和分散的殖民地变成了世界强国,并相继成为世界体系的霸主。除了其他因素,这其中重要的一点是得益于它们的法治。因而英美的法治模式在当代受到了广泛的关注。

二、法律、权利与自由的互动

现代西方的政治体制体现了西方政治哲学。在现代西方的政治哲学中,自由主义和共和主义两大潮流影响最为深远。按照哈贝马斯的解读,前者强调个人的主观权利,认为个人人权优于人民主权,后者强调集体的人民主权,主张人民主权高于个人人权;为了防止政府侵犯个人自由,前者强调私人自主,重在运用法治的结构把政府“挡出去”,后者强调公共参与,重在以直接民主的参与把政府“圈进来”;前者强调个人、社会与政府彼此分离,三分天下,后者强调个人、社会与政府相互融合,三位一体。^[13] 哈贝马斯对于自由主义与共和主义的概括虽然有简化之嫌,但对于我们从总体上把握现代西方主要的政治哲学脉络,理解现代西方的主要政体形态,仍具有重要的启示。实际上,在现代西方各国的政治实践中,共和主义虽然产生了重要影响,但自由主义一直占据主导地位。与欧陆各国相比,英美的政体模式和运作机制更典型地反映了自由主义的价值和原则。这主要表现在英美的宪政模式中。

英美宪政模式的第一个突出特色是分权制衡。在英国,政府分为立法、行政和司法三种权力,并形成了相互制约的格局。当然,当时英国政府内部采取的是功能性分权模式,在结构上,分权并不明显,例如行政与立法以及立法与司法,在结构上都有交叠。但这并不妨碍它们各自独立地行使职能。自19世纪,议会作为民意代表具有至上权威,理论上没有制约议会的权威,^[14]但议会上、下两院之间具有明显的制约关系。自从英国加入了欧共体之后,议会至上原则受到来自欧共体(后来的欧盟)的制约。^[15]英国的分权尽管不够明确,例如下议院多数党组阁的体制就产生了行政与立法机构的交叠,但是责任内阁制使得行政机构的核心对议会集体负责,因而行政机构受到议会的强有力制约,而内阁也并非消极服从议会,它在与议会下院发生冲突时,可以请求国王解散议会下院,从而诉诸民众的判断和选择。在这种情况下就出现了一种不可思议的结局:“尽管内阁是立法机构的一个委员会”,但它却“是一个解散任命自己

[13] (德)哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律 and 民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,页106-127。

[14] 关于英国议会至上的论述参见(英)戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,页115-191。

[15] 参见(英)P. S. 阿蒂亚:《法律与现代社会》,范悦等译,辽宁大学出版社1998年版,页97-124。实际上,戴雪“议会主权”的提法引起了詹宁斯等人的批评,如议会须遵守法律,尊重国际法以及民意等,参见(英)W. I. 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,生活·读书·新知三联书店1997年版,页93-131。

的立法机构的委员会”，“它是一个被创造出来的机构，但是却有权破坏自己的创造者”。〔16〕这种看似悖论的制度安排，在实践中却发挥了有效的权力制约功能。此外，法院对行政机构的行为具有司法审查权，使得行政机构受到司法机构的有效制约。在英国，司法机构没有获得审查议会立法合宪性的权力，但是司法独立毕竟为防止议会干预法律适用设置了屏障。〔17〕理论上，议会立法在效力上高于判例法，但实践中，议会立法受到法官解释的强烈影响，由此司法权对立法权也构成了实际的制约。更为重要的是，在英国法律传统中，“普通法主要被理解为原则的集合，而制定法仅仅由规则构成”。〔18〕根据一般法理，原则属于价值的向度，具有不可随意改变和支配的基础性，而规则通常针对具体事务，具有权宜之计的性质。在两者冲突时，规则服从原则。特别值得关注的是，随着1998年通过《人权法案》以及2005年通过《宪法改革法》，英国最高法院从上议院中独立出来，地位显著提高。现在的英国最高法院虽然无权宣布议会制定法违宪无效，但有权宣告制定法与《人权法案》不一致，从而对议会施加压力，这种压力往往得到欧洲人权法院的支持。因而当今英国政府中，形成了最高法院与议会分庭抗礼的局势。〔19〕此外，英王虽然是虚君，但至少在象征意义上对立法、行政和司法机构构成了制约力量。

相比之下，美国的分权和制衡体现更为明确。首先，在联邦政府部门，立法、行政和司法三权分立，它们各司其职，同时相互制衡。其次，在国会内部，参议院与众议院形成了分权制衡关系。最后，联邦政府与各州政府之间形成了分权制衡的关系，宪法界定了各自的基本权限。与英国不同，美国没有确立议会至上原则，司法审查权的确立，赋予了司法机构监控立法机构的权力，由此，法院对国会构成了强有力制约。此外，在英美的选举、立法和施政中，多党制的竞争和监督也是权力制衡的重要机制。权力制衡背后的理念一方面是对政府的不信任，用权力制衡权力，以野心对抗野心；另一方面是对民主不信任，保护少数的权利与自由，遏制“多数暴政”。

英美宪政的第二个突出特色是公民的权利与自由具有突出地位。在英国，从严格意义上讲，并不存在一个独立的成文宪法文件，甚至不存在一个独立的宪法领域，公民权利和自由等宪法问题都属于普通法的范畴，只是从功能比较的视角才把某些法律内容称作“宪法”。因而，历史上的许多权利宪章也不过是一般法律的组成部分，并不具有美国《权利法案》那样的地位。同时，这些权利宪章不具有明确规定公民权利和自由实体内容的效力，因为在英国法律传统中，公民享有权利和自由是源于习惯和实践，而主要不是通过立法保护；是借助于司法救

〔16〕（英）沃尔特·白哲特著、保罗·史密斯编：《英国宪制》，李国庆译，北京大学出版社2005年版，页10。

〔17〕2009年前，英国最高法院设在上议院，司法虽然在功能上独立，但在结构上没有独立，此后从上议院独立出来，在功能和结构上都实现了独立。

〔18〕（英）T. R. S. 艾伦：《法律、自由与正义——英国宪政的法律基础》，成协中、江菁译，法律出版社2006年版，页124。

〔19〕参见V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, pp. 54-88;（英）A. W. 布拉德利·K. D. 尤因：《宪法与行政法》（下册），刘刚、江菁等译，商务印书馆2008年版，页34-57。

济,而主要不是基于法律文本上的实体规定。历史上,英国公民的权利和自由不断发展,主要得益于各种宪章运动,其中既包括平民与贵族联手抵制专制王权,迫使其做出妥协和让步,又包括工人阶级和中产阶级一道反抗金钱贵族,挣得更多权利与自由。在当代,公民权利和自由的吁求不断高涨,尤其是少数人权利日益受到重视;社会的价值趋于多元化,关于权利和自由的共识走向解体;一些公民请求欧洲人权法院给予保护和救济,英国政府遵守《欧洲人权公约》的压力越来越大。^[20] 凡此种种都表明,传统保护公民权利和自由的机制显得不相适应,^[21] 故而英国于1998年通过了《人权法案》,英国公民的权利和自由具有了实体化和明确化的特征,因而成为英国宪法史中重要的里程碑。实际上,这个宪法文件的通过和实施,已对英国公民权利和自由的保护带来了新变化。

在美国,公民权利和自由的重要性主要体现在作为宪法前十条修正案的《权利法案》中。关于公民享有的权利和自由,《权利法案》没有正具体列举,而是以否定的方式禁止立法机构剥夺公民的某些权利和自由。这种宪政模式意味着,公民生而享有某些权利和自由,任何机构和个人都不得改变或剥夺它们。公民权利和自由的禁区先是针对联邦立法机关,内战之后,通过宪法修正案及其司法判例,适用于各州立法机构。美国宪法同时规定,没有列举的权利和自由为人民享有,在美国宪法的后来发展中,公民权利和自由在内容和适用范围上得到了延伸和拓展,例如隐私权、知情同意权以及公民不服从权等概念,而美国最高法院在“发现”和确认这些新型权利方面,发挥了突出作用,其中“沃伦法院”是推动民权运动的坚强堡垒。^[22]

英美宪政的第三个突出特色是发达的公民社会。在英国,中世纪后期第三等级的兴起和参与政治,推动了代议制民主的发展;持续不断的宪章运动推动了公民权利和自由的发展,自18世纪起不断成长壮大的中产阶级阶层,为宪政体制提供了稳定的社会基础。在美国,随着中产阶级成为社会的中坚力量,民主具有了稳固的现实基础;反对种族歧视等各种社会运动,使得公民权利和自由的范围日益扩大,保护机制不断完善。此外,在美国,公民自我组织的社团特别发达,托克维尔在19世纪30年代访美时,就对美国发达的社团印象深刻,并予以赞扬。^[23] 后来,社团在美国得到了进一步发展。^[24] 由社团发起的各种社会运动,对于美国政治和法律的发展产生了巨大影响,这方面最典型的例子是20世纪下半叶的黑人运动、“公民不服从”运动以及女权主义运动。实践证明,发达的公民社会是法治和民主的牢固基础,是权利和自由的策源地和坚强堡垒。

与欧陆各国的宪政相比,英美宪政具有以下几个特点:第一,英美宪政具有自上而下发展的特征,其宪法主要是对宪政实践的确认。英国宪政的自发性自不待言,就是在美国,1787年

[20] 参见 V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, pp. 54 - 88。

[21] 同上注。

[22] 参见(美)莫顿·J. 霍维茨:《沃伦法院对正义的追求》,信春鹰、张志铭译,中国政法大学出版社2003年版,页53-87。

[23] 参见(法)托克维尔:《论美国的民主》,下卷,董果良译,商务印书馆1988年版,页841。

[24] 参见(美)弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,页100-101、148-150。

宪法虽然具有建构的表征,但它的内容和精神在整个殖民地都有深厚的实践基础。在欧陆各国,宪政通常是现代革命后理性建构的产物,宪法缺乏英美那样的历史、文化和社会基础。第二,与欧陆各国相比,英美宪政从“坏人视角”出发,对政府持有不信任的立场,因而在体制的安排和权力的配置上,采取各种措施制约和监控政府权力。美国宪政除了防止精英的少数暴政,还对民主也持谨慎立场,以宪法权利和司法审查等机制防止以民主名义出现的“多数暴政”。第三,与欧陆各国相比,英美宪政更重视司法的地位和作用,这一点在美国尤其明显。实践证明,与欧陆的宪政模式相比,在防止政治独裁和政府滥用权力方面,英美宪政模式显得更行之有效。在20世纪,欧陆一些国家为法西斯暴政和独裁统治付出了沉重的代价。相比之下,英美宪政模式则经受住了历史的考验,因而在当代产生了更为广泛的影响和更加旺盛的生命力。

三、法官造法:司法导向之法

在英美政治和法律生活中,司法体制具有举足轻重的地位和作用。首先,欧陆各国的法院系统虽然形式上具有独立性,但始终无法摆脱科层制的行政官僚气质。相比之下,英美的法官的职业化程度更高,更少行政官僚气质。其次,在法律发展中,制定法体制下的欧陆法院虽然也发挥创制法律的作用,但空间毕竟有限。相比之下,判例法体制下的英美法院则具有创制法律的广阔空间,例如,在司法能动主义时代,美国法的发展就主要得益于法院系统。在英美法中,法律的中心实际上是法院,“法院是法律帝国的首都,法官是帝国的王侯”。^[25]最后,在欧陆各国,直到20世纪后半叶,宪法性权利和自由才具有可诉性,而在英美,宪法性权利和自由一直具有可诉性。在美国,法院通过受理宪法性诉讼,不但使得美国宪法中的权利和自由具有了现实生命,而且确认和发展出许多新型公民权利和自由。实际上,美国进入“权利的时代”^[26]与美国法院在权利和自由领域的司法能动主义之间,存有内在关联。美国的司法能动主义虽然引起了一些争议,被认为对民主的基础构成了挑战,但美国的司法治理(juristocracy)模式引起了广泛的关注。

与欧陆各国相比,英美更善于把道德和政治问题转变为法律问题,把法律问题转为司法问题,把司法问题转为程序问题。在某种意义上,现代西方国家的整个治理过程大体可以分为三个阶段。在自由放任阶段,承担社会治理重任的主要是各国立法机构,它们通过反映民意的一般法律,致力于实现“同等情况同等对待”的形式理性治理。至19世纪末,市场失灵影响了经济发展,贫富两极分化使得阶级冲突激化。为了矫正自由放任经济和形式理性法律的弊端,西方(美国稍迟)进入了福利国家阶段,鉴于议会无法担负起繁重的立法任务,行政机构便成为了这个阶段社会治理的主角,通过行政立法和行使行政裁量权等形式,致力于实现“不同情况不同对待”的实质理性治理。后来,行政权的膨胀对民主构成了威胁,招来了广泛的批评,而

[25] (美)德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,页361。

[26] 参见(美)L.亨金:《权利的时代》,信春鹰等译,知识出版社1997年版,页138-163。

福利的负担也日益沉重,因而从20世纪60年代末开始,美国率先重新调整航向,司法机构主动承担起社会治理的重任,试图以程序理性治理来协调形式理性与实质理性之间的冲突,做到“不同情况不同对待”、“同等情况同等对待”。在司法治理之维,英美具有悠久的历史,并积累了丰富的经验。托克维尔在19世纪30年代访美时,就对美国司法机构在治理社会中所发挥的突出作用印象极深,并预言“在美国,几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题”。〔27〕美国曾经担任过国务卿的韦伯斯特也认为,“人类社会最好的结局就是司法审判”。〔28〕在司法主导的社会治理时期,美国司法系统成为了美国政治的风暴眼,社会冲突的协调者,权利与自由的监护人,以及法律发展的主导者。美国的司法治理模式与其根深蒂固的宪政文化密不可分。

与政治治理和行政管理相比,司法治理具有以下几个优点:一是司法借助于专业技术性,具有去政治化的效果,有助于减少和弱化政治冲突;二是司法机构的中立性和解决纠纷的程序性,有助于当时人和社会公众对于裁决结果的接受和认可,从而可防止纠纷扩大和冲突激化;三是司法机构通过具体诉讼可以把许多群体之间的冲突分解为不同的单个纠纷,而这有助于防止纠纷群体化和冲突组织化;四是司法机构在解决纠纷的过程中,借助时间的冷却效应,可以缓解当事人和公众的情绪;五是在推进社会和政治改革过程中,诉诸司法判决比通过立法和行政决策更隐蔽,从而有助于减少改革的阻力和对抗。有鉴于此,在无法实行直接民主制或民主参与不充分的现代多元社会,司法治理有助于缓解立法机构和行政机构的政治负担,并可逐渐扩展社会公众对争议问题的道德宽容度。〔29〕在这个方面,英美司法模式具有示范性效应,因而当代出现了司法治理和“司法权的全球扩张”趋势。〔30〕

四、法律与正义:程序的重要性

与大陆法相比,英美法更重视程序。在英国,正当法律程序的理念可以追溯到《大宪章》时代。实际上,英国普通法的最初发展与令状制诉讼形式密切相联,当事人的实体权利要得到确认和保护,必须首先从大法官手里获得令状。这种令状是启动救济程序的“官方证书”,救济先于权利,无救济则无权利,而无令状则无救济。简言之,在英国法早期发展中,实体法隐藏在程序的缝隙中。〔31〕直到晚近,英国才颁布了保护公民权利和自由的《人权法案》。在美国,宪法中有两个“正当程序”条款,即第五条和第十四条宪法修正案,它们分别指向联邦政府和州政府,禁止它们未经“正当程序”剥夺公民个人、法人和社会组织的生命、自由和财产权。这两个条款在美国宪法和其他法律的发展中扮演了非常重要的角色。正当程序的基本含义是程

〔27〕 (法)托克维尔:《论美国的民主》,上卷,董果良译,商务印书馆1988年版,页310。

〔28〕 转引自(美)罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏译,法律出版社2001年版,页76。

〔29〕 (葡)博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新的法律常识——法律、全球化和解放》,刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版,页423。

〔30〕 C. N. Tate & T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995.

〔31〕 参见(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,页34。

序公平、公开和公正,具体包括当事人不得在涉及自己的案件中作为法官;当事人有机会充分参与审判过程;审判中应兼听双方证词;以及陪审审判、律师辩护和公开审判等。在英美法中,法律的制定、执行和适用中,涉及程序的瑕疵往往会导致实体内容无效。实际上,通过美国最高法院的解释,许多实体价值得以确立,具体权利得以拓展。“正当程序”在美国曾被用于不同目的,在20世纪初期,联邦最高法院和各种法院曾经以它为武器,宣布许多保护劳工权益的立法无效;而在20世纪后半叶,联邦最高法院则运用它确立了隐私权等一些宪法性权利。^[32]

在英美法中,程序的重要性也体现在庭审中所采用的对抗制程序。在诉讼法领域,英美法国家采取对抗制,而大陆法国家实行纠问制,这种差异由来已久,在刑事诉讼中尤其显著。如果把这两种刑事诉讼模式进行比较,人们就会发现它们之间至少存有以下重要差异:首先,在英美,当事人在法官面前解决纠纷,被告及其律师与检察官处于平等的地位;在欧陆,检察官代表国家指控被告,具有优于被告的地位。其次,在英美诉讼中,法官处于消极地位,并不主动查明事实真相,而当事人处于积极的地位,控辩双方通过“交叉询问”来厘清案件事实,陪审团负责确定“事实真相”,法官只负责把相关的法律适用于该事实;在欧陆,法官处于积极地位,负责查明事实真相,被告的“供认”和当事人之间确认的事实对于法官只有参考价值,法官可以超越它们,继续调查事实,直到自己满意为止。最后,在英美,当事人之间的平等横向关系反映了个人主义的法律文化;在欧陆,控辩双方不平等的纵向关系反映了国家主义的法律文化。^[33]当然,当代大陆法的诉讼中开始引入对抗制的当事人主义因素,但与英美法相比,其诉讼程序仍然具有浓重的职权主义色彩。

在对抗制诉讼中,当事人通过举证和交叉询问,积极地引导法庭认定事实真相,各方都通过律师不遗余力地举证对自己有利的事实,而事实的确立要基于证据。为了使对抗制诉讼富有成效,确保法庭审判的纯洁性、认定事实的精确性以及裁判事实的可接受性,证据法得到了充分发展。相比之下,英美证据法更有助于保障被告的基本权利。对抗制在保护人权(上)的优点之一是避免了对被告的刑讯逼供,而在不实行对抗制的司法体制下,刑讯逼供则成为发现和确认“罪证”的法宝。

英美法的程序主义旨向不仅体现于诉讼程序领域,而且渗透到法律的各个领域,甚至越出了法律的界域,而遍布于政治、经济和社会领域。人们虽然对何为“正当”存有争议,但越来越多的人意识到,在大型复杂的当代多元社会,程序似乎成为摆脱形式-实质对立的有效途径。实际上,罗尔斯的《正义论》、富勒的法律道德论以及哈贝马斯的商谈论,都具有明显的程序主义气质。

五、法律价值:重视个人、实用和经验

英美法源于实践,但后来发展出系统的法学理论,并形成了具有世界影响的学派,其

[32] 参见(美)约翰·V. 奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成、陈霜玲译,商务印书馆2006年版。

[33] 关于刑事审判的对抗制参见(美)兰博约:《对抗制刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版。

中影响最大的是古典自然法学、新自然法学、实证主义法学、社会学法学、现实主义法学、经济分析法学以及批判法学。在这些思想和学说中,某些理论无疑具有来自欧陆的影响,但大多数理论都密切结合英美法实践中出现的问题,反思法律事实与规范的关系,探讨法律自治与他治的路径,揭示法律理想与现实的差距,进而致力于对法律、法学和法治进行批判性重构与创造性超越。它们各有千秋,也各有缺陷;有些显示出持久的生命力,有些只是昙花一现;在特定时段,它们各有自己的拥戴群体,都取得了部分成功。不同学派的多元互动,以及它们所内含的法学洞识和法律智慧,也许比它们的实际影响更重要。

英美法是一种多元价值综合体,其中四种基本价值取向最为突出,即自由、个人、实用以及经验。

自由在英美政治和法律中不仅是核心价值 and 主流话语,而且植根于深厚普通法的历史传统。^[34] 在思想史上,自然法学、实证主义法学以及经济分析法学虽然各自的许多主张存有差异,但都把自由奉为核心价值。自然法学理论认为自由是最基本的自然权利;实证主义法学(例如哈特)主张法律具有自治性和确定性,也在于保护个人自由;至于从理性人预设出发对法律的经济分析,其自由主义的意旨不言而喻。在宪政上,英美所实行的分权制衡体制和确保公民权利的机制,很大程度上在于防止政府侵害个人自由。在话语上,自由已经成为英美精英和大众的“口头禅”,诸如消极自由与积极自由,信仰自由与表达自由,结社自由与游行自由,免于匮乏的自由与免于恐惧的自由……一句话,“不自由,毋宁死”。在当代美国,自由意味着选择的权利。据此,人们有权选择姓名、食品、服装以及发式,有权选择朋友、爱人以及子女,有权选择爱好、情趣以及信仰,有权选择就业、失业以及流浪,有权选择自己的性偏好和性伙伴,乃至有权选择自己继续生存还是结束生命。国家已经成为了“选择的共和国”,而社会如同任由顾客选择的超市。^[35]

与欧陆法相比,英美法更重视个人。在英美法中,“单独的个人是它许多重要学说的核心”。^[36] 例如,政治上的有限政府模式,背后就隐含着个人主义哲学;经济领域自由市场模式下的财产法与合同法,也鼓励个人自我决定并自我承担风险;社会领域的公民社会,则体现了个人自愿结社和自主联合的旨向。此外,英美的对抗制诉讼程序把当事人作为诉讼的中心,法官仅仅扮演消极角色,也体现了个人主义。在美国,19世纪所奉行的是功利型个人主义,经济领域突出的是自由市场中的个人博弈,以求利益最大化;政治领域强调的是对政府的控权与限权,以求小政府、大社会的个人自治;道德领域彰显的是自我控制和纪律约束,以求沉湎工作,抑制欲望,克制癖好,成功发达。美国当代流行的是表现型个人主义,重在自我表现而不是自我控制,追求偏好的生活方式而不是经济领域的成功。生活的意义在于“自己成为自己”,生

[34] 参见(美)小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论——柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版。

[35] 参见(美)弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版。

[36] (美)罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏译,法律出版社2001年版,页9。

命的价值在于“自己创造自己”。^[37] 由此,权利变得更加主观化、个性化和外在化,法律变得更加宽容、宽松,开明和开放。

与大陆法相比,英美法更重视经验。首先,英美法的分类和结构不是源于某种逻辑,而是实践发展的自然结果。财产法、合同法和侵权法的大部分概念、范畴和类别都是从古老的初始令状中“生长”出来的,波洛克和梅特兰曾经用有机体的隐喻来描述这些令状制诉讼形式:“他们各自过着自己的生活,有着自己的奇遇,寿命或长或短……”。^[38] 今天的英美法中仍然存有这种诉讼形式的影响,正是在这种意义上,梅特兰才指出:“我们已经埋葬了诉讼形式,但它们依然从坟墓中统治着我们。”^[39] 其次,奉行遵循先例原则的判例法,运行和发展具有经验主义的典型特色,与大陆国家基于理性设计的法典法构成了鲜明对照。再次,如前所述,英美宪政的发展不是出于理性的设计,而是经验积累的产物,例如,英国王权的削弱、议会至上原则的确立以及内阁责任制的产生,无不源于经验;美国联邦与州政府权限的界定及其调整、司法审查权的确立以及公民权利的渐进发展,也明显带有经验主义的特色。此外,英美的学徒制法律教育、法律人的技艺气质、陪审制的大众直觉以及规定了众多排除规则的证据法等,也都体现了经验主义。正是在英美法特别重视经验的意义上,霍姆斯才精辟指出:法律的生命不在于逻辑,而在于经验。^[40] 应该指出的是,强调指出英美法重视经验,并非意味着无视逻辑和理性,而是意指,在经验与逻辑和理性冲突时,为了实现特定目标和取得预期效果,英美法可以突破逻辑和超越理性。简言之,英美法致力于从历史之维建构现实,从效用之维保持活力,从技艺之维寻求个案公正,从行动之维产生变革力量。

大陆法中包含更多理想主义的追求,如社会公道、永久和平以及世界主义的博爱等。相比之下,英美法不关注宏大理论和宏伟理想,缺乏终极关怀,而是注重解决现实中具体问题,因而凸显出实用主义的特征。英国法的实用主义主要表现在重视经验而非逻辑,救济而非权利,先例而非原理,实践而非学术。^[41] 相比之下,美国法的实用主义哲学基础更深厚。在法律领域,实用主义在霍姆斯的法学理论和司法判决中已经初露端倪,在法律现实主义理论中得到了明确的体现,在波斯纳的法理学中得到了系统阐发和拓展。此外,在当代美国法中流行的政策分析方法就是法律实用主义实践形态。在英国,自边沁之后,实用主义主要表现为功利主义。在美国,实用主义涵括的范围更广。法律实用主义的主要特征是反形式主义,反本质主义,质疑

[37] 弗里德曼,见前注[35]。

[38] F. Pollock & F. W. Maitland, *The History of English Law*, 2nd ed., reprint ed. Cambridge, II, p. 561.

[39] (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,页34。

[40] (美)小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,页1。

[41] 参见(英)P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义理论》,刘承晔、刘毅译,清华大学出版社2008年版,页1-119。

法律的自主性,把法律作为一种工具和手段,以及重视法律的功能和效果。^[42]在英美法中,从散乱的法律概念、杂乱的法律分类以及零乱的法律体系,到英国的君主立宪制和美国的总统制,从财产法、合同法、侵权法以及公司法,到司法体制、律师制度以及诉讼程序和证据,都具有明显的实用主义气质。在实用主义的视野中,不但公法与私法、民法与商法的区分无关宏旨,甚至民事行为与刑事行为的界限也没有必要严格划定。因而在美国,某些民事行为可能具有惩罚性赔偿的后果,而许多轻微的刑事犯罪则允许通过辩诉交易的方式予以解决。当然,在英美法的不同发展时期,实用主义的强弱程度颇为不同,例如在美国19世纪后期和20世纪初期法律形式主义盛行之时,实用主义对于法律的影响很弱,而在20世纪30年代新政之后和法律现实主义得势之时,实用主义几乎主宰了法律的发展方向。

英美法的上述价值取向,从一个角度看是优点,但从另外一个角度看可能就是缺点。例如,强调自由有助于促进竞争和张扬个人权利,但可能加剧人际关系的不平等;张扬个人有助于个人自立、自决和自主,但可能不利于国际合作和互助;重视经验有助于观照常情和常识,但可能会助长保守主义和反理智主义;注重实用有助于法律的灵活变通,但可能助长功利主义、机会主义和犬儒主义。我们也许会发现,上述价值取向之间彼此存有冲突,但这种冲突非但不妨碍英美法的存在和发展,反而为英美法适应不同情境提供了内在张力。

六、英美法治:与大陆法传统的异同

历史上,不同国家和民族为了生活有序,治理有方,曾经尝试过各种治道。其中有诉诸敬畏与超越的神治,追求和谐与崇高的德治,满足激情与归属的人治,达成庄严与一致的法治。各种治道均生发于世情和人心,彼此既无高下之别,又无优劣之分。然而自现代以来,知识科学化和思维理性化解构了神灵的魔力,关系陌生化和价值多元化颠覆了道德的威力,精神自由化和行动自主化,祛除了人主魅力。鉴于神治失据,德治失灵,人治失信,各国文化传统、政治体制和意识形态差异很大,都逐渐选择了法治之路。需要指出的是,各国选择法治,不在于它是完美之治,而在于它持之有据、行之有效和践之有信。法治并非万能,但无数经验和教训表明,在现代社会,舍法治而长治久安者,迄今并无先例。法治虽然在现代世界得到了广泛的认同和实行,但它并非起源于现代,而是具有悠久的历史传统。与其他社会相比,西方的法治历史更源远流长。早在古希腊,亚里士多德就提出了法治的概念:制定良法,人人遵守之。^[43]与此同时,古希腊和古罗马在共和时期的民主制基础上,探索了法治的最初模式,并为西方后世实行法治积累了经验。

纵观历史,与其他文明和社会相比,西方更注重运用法律的机制管理国家和治理社

[42] 参见张芝梅:《美国的法律实用主义》,法律出版社2008年版,页36-100;(美)罗伯特·D.萨默斯:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版。

[43] (古希腊)亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,页199。

会。换言之,在西方文明的演进中,法律的地位更高,作用更为突出。美国学者伯尔曼在《法律与革命——西方法律传统的形成》一书中,对西方法律传统进行了深入、具体的研究,并在此基础上指出了西方法律传统的十个特征:①法律制度明显区别于其他制度;②法律活动专职化;③法律职业者经过专业训练;④法学研究与法律制度保持互动;⑤法律被作为一个融贯体系和自治系统;⑥法律系统的存续得益于自身的发展,也得益于人们关于发展的信念;⑦法律有其历史,变化不是随机的,而是有其内在逻辑,法律经过重构过去而适应变化之需;⑧法律的权威高于政治,政治服从法律;⑨在同一个时期,多种法律体制共存,法律具有多元性;⑩法律的理想与现实、灵活与稳定以及超越与保守之间存有张力。^[44] 他的上述概括,反映了法律在西方文明演进过程中的突出地位,触及了西方法律文明的内在要素与核心特征。但是,他的概括夸大了“教皇革命”对于中世纪西方法律发展的影响,夸大了基督教对于西方法律传统的正面影响,夸大了法律在中世纪的地位和作用。更为重要的是,伯尔曼过分强调了西方法律文明的整体性,忽略了它内部的分化,尤其抹煞了英美法与大陆法之间的重要差异。

实质上,只有英国法基本符合上述十个特征。其一,自12世纪开始,随着王室法院审判权的发展,普通法得以形成并成为区别于政治、宗教和习惯的自治法律制度。在欧陆各国,中世纪的法律一直没有摆脱宗教和政治的控制;直到当代,法律的自治程度仍然低于英国和美国。其二,在王室法院,法官的审判活动最初是代表国王解决纠纷和惩治犯罪,是政治治理和行政管理的组成部分,但后来成为一种专职的司法活动,司法获得了很高程度的独立。在中世纪,欧陆各国的司法没有取得独立的地位,直到现在,其仍然带有行政官僚的一些气质。其三,围绕着独立的审判活动,专业的律师也得以发展起来,并形成了行会式职业自治。相比之下,欧陆各国则没有发展出行会式自治法律职业。其四,英国古代法学著作都出自法官或律师之手,他们在判例的基础上阐释法律学理,从而实现了法律研究与法律实践直接结合。在美国,许多法学家也都是法官和律师。在欧陆各国,法学研究主要是学者的纯粹学理性活动,而很少从司法实践出发并与实践密切结合,因而法学理论对法律实践的影响较为间接。其五,普通法在法官判例基础上发展起来,判例法联通了过去、当下和未来,由此形成前后衔接的法律体系和相对独立的系统。这使得英国法在传统的基础上成功实现了现代转换,相比之下,欧陆各国的传统法律,在内容、形式和价值上与现代法律之间存有明显的冲突,因而受到了现代化运动的强烈冲击和颠覆。其六,英国法呈现出发展的趋势,这不仅表现在早期诉讼形式在范围上的扩展,而且表现在一旦诉讼形式成为严重障碍,就被彻底废除;不仅表现在普通法自身的延展,而且表现在普通法出现僵化的困境时,衡平法及时出场补偏救弊。在欧陆各国,法律的发展不是源于自身,而主要借助政治等外力的推动。其七,英国法以普通法为主体,借助于高度职业化和独立的法官和律师,以及判例法的机制,形成了自身发展的历史,它通过重构过去而回应现实需要,通过调动法律系统的内在要素来回应外部压力,因而避免了历史的发展过程被打断,

[44] (美)哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第1卷,贺卫方等译,法律出版社2008年版,页7-10。

也避免了法律内在机理被外部压力所操控。在欧陆各国,传统法律的自身发展无法适应现代社会的需要,因而只有借助革命的机制实现变革,其结果是现代法与传统之间出现了断裂。其八,在英国,普通法最初源于王权,但后来发展成为独立的系统,14世纪,王室法院就在审判中抵制国王的命令,^[45]福蒂斯丘对法律的礼赞也包含了王权应服从法律的意蕴。^[46]到了柯克的时代,普通法竟能成为了限制王权的堡垒,并迫使在“万人之上”的国王居于“法律之下”。^[47]在英美,法治的精义在于法律至上,法上无权威,法外无特权,这种理念在戴雪的法治理论中得到了突出强调。^[48]因而,在英美的法治模式中,主权为万权之首,却在人权之后;善政为万政之尊,却在宪政之内。法治之下的政治核心特征在于政治法律化,即通过法律从事政治活动,一切政治行为均须于法有据,否则便会无效,甚至受到追究和惩罚。在欧陆各国,法律一直没有取得至上的地位,政治法律化的程度也远不及英国和美国。其九,在英国和美国,法律多元特别明显,普通法、衡平法和制定法同时并存,彼此维持多元互动,有助于实现社群之法与体制之法的互补,并可以在统一的基础上使法律尽可能照应不同情境的复杂性。在欧陆各国,中世纪的法律主要是习惯法,虽然具有多元性,但显得过于繁杂,无法明确区分法律与非法律的边界,缺乏可操作性;现代的法律主要是作为理性结晶的法典和法规,虽有判例法作为补充,但总体而言,欧陆各国的法律透出更强的“国家性”和建构理性的气质,对于来自社群的法律关注不足,因而法律的多元互动不够充分。其十,在英美法中,普通法、衡平法与制定法并存和互动,有机地推动了法律的现实与理想、稳定与灵活以及保守与超越之间互动。相比之下,普通法代表了现实、稳定和保守之维,而衡平法和制定法则代表了理想、灵活和超越之维。在法学理论领域,法律实证主义代表了现实、稳定和保守之维,而自然法理论则代表了理想、灵活和超越之维。此外,判例法的机制允许依循先例、重构先例、推翻先例和创制先例,由此兼顾了法律的现实和理想、稳定与灵活以及保守与超越。在欧陆各国法律中,虽然也存在稳定与灵活的张力,但其动态的韧性不足,往往趋于极端。例如在中世纪后期,法律过于稳定,以致成为社会变革的障碍。而在革命时期,法律又过于灵活,以致变化不定。

由此可见,伯尔曼所提出的西方法律传统的十个特征,在英美法中得到了典型反映。就此而言,英美法对西方法制文明做出了尤为突出的贡献。

七、英美法与中国:曲折的历程

中国与英美法接触,始于清末,主要是借助四种方式和途径。一是鸦片战争前英美传教士在华的活动,例如在他们所办介绍西方文化的书刊中,夹杂着一些关于英美法的话语和知识;

[45] 参见(美)罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏译,法律出版社2001年版,页46。

[46] (英)谢利·洛克伍德编,约翰·福蒂斯丘著:《论英格兰的法律与政制》,袁瑜译,北京大学出版社2008年版。

[47] J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, 1992, p. 233.

[48] 参见(英)戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,页231-245。

二是19世纪60年代,在翻译西方法律著作中,涉及一些英美法著作,典型是美国学者丁韪良《万国公法》的汉译;^[49]三是清末在移植西方法律中,涉及一些英美法,例如1903年《钦定大清商律》中的公司法移植了英美的制度,^[50]1904年的《商标注册试办章程》确认了英美的商标法,^[51]1906年的《刑事民事诉讼法草案》曾经“酌取英、美陪审制度”。^[52]清末移植英美法的尝试尽管没有获得成功,但英美法的许多概念、规则和制度毕竟在中国产生了重要影响。

在民国时期,民商法主要接受的是以德国法为核心的大陆法,但宪政和法学等领域仍然受到英美法的重要影响。首先,在宪政试验的实践过程中,如《中华民国临时约法》、《天坛宪法草案》、《中华民国约法》以及后来的《五五宪法》等宪法性文件,虽然采用了法国等宪政模式,但也明显借鉴和移植了美国宪政模式,如总统制与分权制。^[53]其次,英美法的教学在中国受到重视,突出的例子是由美国所创办的东吴大学法学院。在1915-1927期间,该院在师资、课程、教材和语言等领域,全方位推行美国法教育,此后,美国法教育也占据主导。^[54]最后,在1946年,美国著名法学家庞德受民国政府的正式邀请,作为法律顾问为中国法律改革提供建议。他在为期17个月的访问期间,进行了多次讲演,并撰写了数份建议。^[55]这段故事成为美国法在中国传播的重要历史片段。

1949年之后,新中国先是砸烂旧法统,把英美法等西方法律部分扫地出门,随后“以俄为师”,用苏式法律概念、原则和制度取代了旧法统。在后来的几十年里,英美法在中国完全销声匿迹。伴随着改革开放和法律改革的深入,中国法学研究和法律移植的范围不断扩大,英美法重新受到了关注。但中国对英美法研究的恢复,相对缓慢。直到20世纪90年代,这种局面才有实质性改变。此后,英美法在中国的影响迅速增强。无论是在立法领域还是在司法领域,无论是在法学理论之维还是在法律实务之维,无论是在法律教育中还是法律文化中,我们都可以感受到这种影响。这种影响呈现出以下几个特征。第一,商事法领域的影响大于民事法律;在民事法律中,知识产权法的影响大于其他领域。第二,司法程序领域的影响大于司法制度,民事程序的影响大于刑事程序,例如民事诉讼中引入了对抗制的因素。第三,行政法领域的影响大于宪法领域,后者的影响主要停留在理论层面。第四,法律教育领域的影响大于律师体

[49] 王健:《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》,中国政法大学出版社2001年版,页31-186。

[50] 参见(德)K. W. 诺尔:“法律移植与1930年前中国对德国法的接受”,李立强、李启欣译,《比较法研究》1988年第2期,页58。

[51] 参见博良:“美国商标、商标名称、版权和专利在中国”,载王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,页259-267。

[52] 参见《清史稿·刑法志》。

[53] 参见吴经熊、黄公觉:《中国制宪史》,商务印书馆,1937(上海书店1989年影印本);聂资鲁:《美国宪法对近代中国立宪的影响》,法律出版社2008年版;夏新华等整理:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版。

[54] 参见(美)康亚信:“中国比较法学院”,张岚译,载高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》(增订版),清华大学出版社2004年版,页579-655。

[55] 参见翟志勇主编:《罗斯科·庞德:法律与社会》,广西师范大学出版社2004年版,页309-352。

制,前者引入了美国式法律教育模式,中国的“法硕”便是美国 JD 的变种。^[56] 第五,在一般法学理论和宪政理论领域,英美学者的影响压倒了欧陆学者的影响。第六,就英美法而言,美国法的影响远远超过了英国法。

中国重新重视英美法,可能源于以下因素。其一,在这个时期,中国随着市场经济的发展和法治的深入,法律改革任务繁重,时间紧迫,因而需要借鉴和移植包括英美法在内的西方法律。其二,这个时期恰逢法律全球化,而法律全球化的进程深受美国法的影响,世界大多数国家的法律改革都受到美国法的影响,中国的法律改革也受到这种世界潮流的影响。其三,香港地区曾经长期适用英国法,在它回归中国之后,原来的许多法律体制仍然延续下来。为了协调香港法与内地法的冲突,需要深入了解英国法的历史传统、制度形态和运作机制,而这客观上推动了中国对英国法的研究。其四,在同欧陆法的竞争中,英美在宪政、商法、司法体制和诉讼程序等领域显示出明显的优势。

中国在 20 多年借鉴和移植英美法的过程,积累了很多经验,但也留下了不少教训。在立法领域,由于缺乏英美法的历史传统和制度环境,一些引进的英美法制度无法收到预期效果,中国公司法引进美国独立董事制度就是一个例子。^[57] 在知识产权领域,美国法的影响十分显著。^[58] 在司法领域,中国引入的英美对抗制因素和证据制度,同现存司法体制存有冲突,因而运作中遇到种种阻力。在法学理论领域,英美法的著作和文章层出不穷,令人眼花缭乱,学生常常感到无所适从。在法学教育领域,中国的“法硕”更多成为法学院创收的“品种”,而没有实现职业训练的目标。

凡此种种都表明,中国对英美法的研究虽然场面很大,表面繁荣,但大多研究都停留在简单介绍和复述格言隽语的层面。因此,中国法学界亟待深入、系统地研究英美法,从历史之维理解它的生命,从理念之维解读它的精神,从制度之维发掘它的机制,从理论之维分析它的义理,从实践之维判断它的效力,从西方和世界法律文明之维总结它的经验和教训,从中国需要之维吸取它的营养。

(责任编辑:章永乐)

[56] 参见何美欢:《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社 2005 年版。

[57] 参见徐红菊:“中国知识产权法的美国化?——美国模式的影响与走向”,载《清华法治论衡》第 14 辑,清华大学出版社 2011 年版,页 287-311。

[58] 参见储育明、朱庆:“公司法‘一体化’视野下的独立董事制度:定性、困惑与思路”,载清华大学商事法研究中心编:《经济全球化中的公司治理与公司一体化走向》,21 世纪商法论坛·第十一届国际研讨会论文集(待出版),页 467-474。