

# 香港傳真

中信泰富政治暨經濟研究部  
中國稅務雜誌社綜合研究組

No. 2007-35

2007年6月12日

\*\*\*\*\*

## “英美法系”和“大陸法系”

中國社會科學院 紀坡民<sup>1</sup>

關於世界各國的民法立法，我在前面幾篇文章裡介紹了法國、德國以及日本等國的立法情況，這都是“大陸法系”民法方面的情況。

屬於“大陸法系”的國家，其立法當然不限於民法。一個國家基本的法律制度，依大的分類，有“憲政”、“刑治”和“民商”三個大的類別；具體地說，包括“憲法”、“民法”、“商法”、“民事訴訟法”、“刑法”、“刑事訴訟法”六部法律。

“大陸法系”這六部法律，都採取成文法典的形式；政府和法學工作者為了人們查閱方便，把這六部法律合訂在一起，稱為《六法全書》。所以，一般也把“大陸法系”國家的立法，稱為“六

---

<sup>1</sup> 此文為《民法史話》一書中的一節，文字略有調整。

法體系”；因為所謂“六法”，大體上包括了一個國家近代以來的基本法律制度。

國家法律，依古代羅馬法延續至今的分類，又分為“公法”和“私法”：

一般把“民商”一類的“民法”和“商法”，列為“私法”，因為其所規範的，主要是作為公民的私人領域的事務；

而把“憲政”和“刑治”方面的“憲法”、“行政法”和“刑法”、“刑事訴訟法”列為“公法”；依現代的分類，“民事訴訟法”如今也列為“公法”。

我們在這裡介紹的，主要是“私法”即民事法律，民事法律包括“民法”和“商法”；早些時候，“大陸法系”的大部分國家，在立法上都實行“民商分立”的體例，即分別以《民法典》和《商法典》的形式立法。不過，現代民法進步的一個重要發展趨勢，是實行“民商合一”體例，因為從法學理論角度看，“商法”屬於一種“民事特別法”，完全可以歸併為“民法”的類別。

“大陸法系”又稱“羅馬法系”，因為它受羅馬法的影響很大，而且更直接；“大陸法系”源於歐洲的“大陸”，分為“法國支系”和“德國支系”兩個支系。近代以來，“大陸法系”由歐洲大陸傳播到全球的廣大地域，在世界上影響很大，實行“大陸法系”立法的國家數量很多，到如今，在世界一百多個國家裡，要佔半數以上。

當今世界各國的法律制度，同“大陸法系”一起在全球享有廣泛影響的，是“英美法系”。世界各國，在立法上屬於“英美法系”的，也有將近一半，幾乎與“大陸法系”平分秋色了。

這一章裡，我們主要介紹“英美法系”一些一般的情況。

## 邏輯的運用 —

### “英美法系”和“大陸法系”在方法上的差異

“大陸法系”的民法，作為一個科學的體系，最突出的特點，就是邏輯方法的運用，無論是概念體系，還是推理演繹，都遵循嚴格的邏輯方法，使整個民法學科構築成一個嚴謹的邏輯體系。

如前所述，邏輯，由古代希臘的亞里士多德所創立，至今已有兩千多年的歷史；在歐洲，邏輯是“顯學”，在古代和古世紀，所謂教育，主要就是學習邏輯；因此，歐洲文化和它的學術，有著深厚的邏輯傳統。近代以來，許多學者研究中西文化的對比，在我看來，中國文化和歐洲文化的最大區別，就是邏輯。我們這裡介紹的“英美法系”和“大陸法系”，若以立法體系和法學學術的方法而論，主要的區別，也在邏輯的運用；當然，它們之間的區別，不如中西文化的區別那麼大。

嚴格地說，邏輯並不是一門科學，而只是一種科學方法。在這裡，我們不可能全面介紹邏輯的全部體系，只能對邏輯作為一種方法的要點作點簡要的介紹。威廉·涅爾和瑪莎·涅爾在他們合寫的名著《邏輯學的發展》裡，向我們介紹了“邏輯考察”的四個要點：

如果在這裡我們開始作我們稱之邏輯考察的話，那麼我們應當期望找出哪些在最初解釋時要加以強調的已知的邏輯問題呢？

首先，我們應期望的是特別注意一般命題，即關於事物的種類的命題。

其次，在全稱命題（即關於某一種類的分子的一般命題）中，我們應期望的是特別注意那些必然真的命題。

第三，在必然是真的全稱命題中，我們應當期望定義能得到

特別的（但不是唯一的）注意。

第四，我們應當期望的是對於在一般規則中包含特殊的東西要有極大的興趣。

中國人其實很聰明，對自己的“文化”，古代文人早就有極為精煉的概括：“六經皆史”、“百史皆文”。所以，我們中國人似乎格外鍾愛文學性的語言，而對純粹邏輯的表述，則不太熟悉，也不大喜歡；尤其對這種邏輯學術名著，讀起來會覺得不大適應、不易理解。如果對這“四個要點”作點比較通俗的解釋，大概的意思是：

邏輯考察，首先是，在一類事物中要特別關注的，不是“特殊”、“具體”和“個別”的命題，而是“一般命題”；

其次，對“一般命題”，要特別注意“必然真”，也就是對一類事物進行概括所得出的“概念”和“判斷”，要具有可靠性；

第三，對“一般命題”即對一類事物的概括所得到的“概念”，要特別注意對“概念”所作的“定義”的準確性；

第四，有了關於“一般命題”的“定義”也就是“一般規則”，並不是將它束之高閣，僅僅當作供人賞玩的“古董”，而是對於聯繫實際處理具體問題也就是“特殊的東西”，還要有“極大的興趣”；用邏輯的語言說，就是有了關於“一般命題”的“大前提”，還要運用“三段論式”的方法進行推理演繹，通過對具體事物進行論證，得出必要的結論。

說起來，這些解釋也只是同義反復，希望有助於讀者理解。這種“邏輯考察”的方法，完全適合於我們對民法的考察，尤其是“大陸法系”的民法，其概念、判斷、推理和演繹，都十分嚴謹規範，在運用邏輯方法上相當典型。

下面我們介紹的“英美法系”的民法，邏輯方法不僅同樣很重要、而且也是基本的方法；不過，同“大陸法系”比較，其立法體例，從科學方法的角度考察，主要的區別就在邏輯方法運用的程度上稍差一點，或者說，其立法體系的邏輯化程度稍低一些。有興趣從“邏輯考察”的角度對“大陸法系”和“英美法系”進行比較研究的學者，由此入手，也許可以寫出許多很有興味的文章來。

### 結構奇特，規模龐大——“孿生兄弟”，卻面目迥異

“英美法系”又稱“普通法系”，不過，在歐洲各國漫長的法制史上，“普通法”這個詞用得很多，在“大陸法系”有的國家，歷史上也用過這個名稱，比如中世紀晚期的西班牙，就把羅馬法稱為“普通法”，而把當地的習慣法稱為“國法”。大概就像當今世界“民主黨”這個名稱一樣，用得太濫了，就容易搞混淆。因此，我們這裡只稱“英美法系”。不過，如果追溯“英美法系”的歷史，又必須講到英國歷史上的“普通法”。這一點，還請讀者注意。

前面我們已經介紹，“英美法系”也是“羅馬法復興運動”的產物。在“羅馬法復興運動”早期的波倫亞大學，就有英國的留學生前來學習羅馬法的典籍，後來，英國的法學家寫過許多研究羅馬法的法學著作；這些，對英國近代以來的法學思想和法律制度，都產生了深刻影響。

“英美法系”，實際上基本來自羅馬法，可是關於“英美法系”的淵源，在英國法學界卻是一個有爭議的問題，英國人在很長時間裡不願意承認“英美法系”的羅馬法淵源，而把它的淵源

歸於自己的獨創。英國著名法學家梅因在他的名著《古代法》中，經過嚴謹的學術研究，批駁了英國人出於民族虛榮的偏見，正確地論證了英美法系和羅馬法之間基本的淵源關係。

當然，“大陸法系”受羅馬法的影響更大、更直接，這從《法國民法典》和《德國民法典》被法學家稱為“現代法學階梯”和“現代學說彙纂”，就可以一目瞭然；而“英美法系”受羅馬法的影響比較小、也比較間接一些，主要是通過吸收羅馬法的概念、範疇和基本原理，將它們融入本國原來的法律中。

因此，我們完全可以說：“英美法系”和“大陸法系”，都是“羅馬法復興運動”的產物。從根本上說，近代以來通行世界的這兩大法系，都源於羅馬法，是“羅馬法復興運動”的一對“孿生兄弟”。

可是，當我們對“大陸法系”的內容、體例的基本情況有了一些瞭解，熟悉了“大陸法系”的模樣之後，再來觀察和審視“英美法系”時，很可能會感到十分詫異：這一對“一母同胞”的孿生兄弟，雖然同出於“羅馬法復興運動”，模樣兒卻長得很不一樣！尤其是“英美法系”的“案例法”體例，不僅同“大陸法系”的成文法典大相徑庭，而且在世界法制史上，讓生活在“中華法系”、“印度法系”和“伊斯蘭法系”以及其它法律體系下的人們看來，也感到非常陌生，而且覺得不易理解。

如果從法律文獻的數量看，“大陸法系”國家的基本法律制度，有一部《六法全書》，大體上就可以基本包括在內了，當然，幾百萬字的篇幅也不算小了。可是若同“英美法系”編制的“案例大全”一類法律文獻動輒就有幾百卷之多的規模和數量相比，簡直就是九牛一毛，連1%也不到，說是汗牛充棟，完全不是誇張。下面讓我們略作介紹，讓大家領略一下“英美法系”的“案例

法”在規模上的驚人龐大。

英國的“案例”彙編有幾百年的歷史了，有官方主持的，也有民間進行的：

官方最早的彙編，有 12~15 世紀《年鑒》；

16 世紀的私人彙編，有戴爾彙編的三卷本，有柯克彙編的更全面的版本；18 世紀，有布羅的私人彙編，更加權威。

19 世紀以後，“案例”彙編更加有系統性和權威性，如半官方的“英格蘭與威爾士判例彙編聯合委員會”主持編制的《法律彙編》和《法律彙編週刊》，還有私人編制的《全英格蘭法律彙編》和《全英格蘭法律彙編重印本》。

這些“案例”，積數百年時間，有的還按月出版，按季度裝訂成冊，可謂卷帙浩繁，總的規模，極為驚人。

美國的“案例”彙編，其規模比英國更加有過之而無不及，這裡試舉幾例：

《最高法院判例彙編》，官方主編，把 1790~1874 年的“案例”，編了 90 卷，1875 年以後的，從 91 卷起按序號排列。

《最高法院彙編》，私人彙編，1882~1972 年，共出版 92 卷。

《最高法院判例彙編法學版》，1901~1973 年，共 138 卷。

西方出版公司出版的《聯邦彙編》，第一輯，1880~1924 年，300 卷，第二輯，1925~1973 年，472 卷；該公司還出版了《聯邦判例增刊》，至 1973 年，共 348 卷。

進行“案例”彙編的私人和出版公司，還遠不止以上幾家，……到 1980 年，官方與非官方彙編的“案例”的數量，已有四百萬之多，每年還以四萬的速度增加著。

還應當指出的是，成為“英美法系”的“案例法”淵源的法院“判決書”，同“大陸法系”的法院“判決書”是很不一樣

的：“英美法系”這些成為“案例”淵源的“判決書”，不像“大陸法系”的“判決書”那樣只是宣佈一個“判決”的結論，而是每項“判決書”都要長篇大論地講一番道理，因而每個“判決書”都有點像是一篇“法學論文”。

因此，如果我們假定這些“判決”每篇“法學論文”只有中文一千字吧，這四百萬個“案例”，按中文的字數，就有40億之多，這就相當於四五部《四庫全書》的規模了；那樣的話，每個法律的從業者，法官或律師，就要蓋一座比“文淵閣”還要大四五倍的藏書樓，才能把全部“案例”都存放在裡面。而這種計算，還沒有包括這20、30年裡每年新增的四萬個“案例”。

看到這些，我們不禁要大起憐憫之心了：在那裡，一個人如果不幸當了法官或律師，看著那堆積如山的法律文獻，豈不是天天都要“望法興嘆”了。

幸虧現在有了電腦，並建立了專門的數據庫，美國的數據庫，主要有“萊克斯”和“西方法律”兩個系統。如今，計算機檢索技術在法官和律師行業已經得到廣泛應用，用起來才方便一些了。

## “普通法”和“衡平法”——“一國兩制”的英國法

看來，我們需要回到“英美法系”的故鄉，在它的出生地英國，瞭解它是怎麼長成這副模樣的。可是，當我們回到幾百年前的英國時，可能會十分驚異地發現，英國的法律，壓根兒就是一副奇怪的模樣：

別的国家，無論成文法還是習慣法，都是一套；可英國的法律卻是兩套，一套叫“普通法”，一套叫“衡平法”。而且，兩套法律還各有自己的司法系統：實施“普通法”的，叫“普通法



院”；實施“衡平法”的，是“衡平法院”。更有甚者，這兩套法律和司法系統，還遵循兩套不同的司法程序。

英國法律這種局面，儘管可以算是我們中國人如今“一國兩制”的老祖宗了，不過恐怕連中國人也還是很難理解。其實，說“一國兩制”還不止呢，中世紀的英國，還有“教會法”、“習慣法”等，人類社會的歷史文化如此頭緒繁雜，真叫人頭疼。這裡，僅僅為了敘述方便，對這些節外的“枝蔓”，我們還是割愛略去吧，儘管它們或許並非不重要。

讓我們從頭說起，試著對這種“一國兩制”理出個大致的頭緒。

12世紀時，“羅馬法復興運動”的影響尚未波及到英國，同歐洲大陸許多地方實行的“日爾曼法”情形一樣，英國也是由“習慣”統治著的國家。這種法學家稱為“習慣法”的法律形態，其實在人類社會早期是具有“共性”的現象，連羅馬人在創立羅馬法之前，也是如此。

依現代社會的觀念，通常我們都認為社會是進步的，從人的知識和智力方面說，會認為後代的人要比前人古人更聰明、更有知識。其實這種觀念卻大謬不然，比如在法律問題上，中世紀晚期的英國人，比一千多年前的古典時代的羅馬人，就未必高明。

例如這種“習慣法”，從認識論角度看，作為對事物的認識，它屬於“具體”、“個別”、“特殊”的感覺和印象，可歸於“感性認識”的階段；把這種“習慣法”作為一種認識，提高到“抽象”、“一般”、“普遍”的“理性認識”，成為“概念”、“範疇”，再組織成一個邏輯體系，就達到理論的形態了。我們知道，一千多年前的羅馬人，已經完成這個過程了。

可是，12世紀的英國人，卻沒有能力做到這一點。其原因在

於，他們既沒有那時羅馬高度商業繁榮的歷史條件，也未必比古典時代的羅馬法學家更聰明、更有知識。

結果，英國法律在“習慣”的基礎上，走向另一條獨特的發展道路。對所謂“習慣”，英國人又分為“一般習慣”和“特殊習慣”，前者，是各處通行、對所有人都有效的，後者，則只對特殊地區和特殊階層有效；而且，所謂“習慣”，也並不都有法律效力，只有具備“長久”、“持續”、“自發”、“合理”、“確定”、“強制”等特徵的“習慣”，才能成為具有拘束力的法律淵源。

在“習慣”的基礎上，英國人發展出一種“依循先例”的方法：一項判決，不僅對特定案件具有直接效力，而且作為以後相同或相似案件審理時應當遵循的先例，也具有法律效力。這就是所謂“案例法”。

自然，“案例”也不會永遠保持原來的數量，社會經濟生活不斷出現新的問題，“案例”在司法實踐中也不斷地有所創新，創造出新的“案例”。這樣，日積月累，法院判決的“案例”積累得越來越多，後來的判決，就從積累起來的“案例”中尋找依據。這樣，英國就形成一套獨具特色的法律體系，以“案例法”為標誌，主要用來審理民事範圍的案件。

這就是所謂“普通法”；根據“普通法”處理案件的司法系統是“普通法院”；

“普通法”和“普通法院”還有自己一套專門的司法程序。

這種“案例法”的法律體系，從認識論的角度看來，屬於一種“經驗主義”的方法，用我們習慣的語言，就是“摸著石頭過河”吧。歐洲國家的學術，哲學與法學的淵源極深，英國“案例法”的法律體系，同英國的“經驗主義哲學”，在方法論上是一

樣的，兩者之間，是誰影響了誰呢？這是一個哲學史上很有意思的問題。從時間順序上來看，應當是“案例法”影響了“經驗主義哲學”。

大千世界，紛紜繁雜；人類社會的經濟生活，也是頭緒萬千，而且變化多端。這種“案例法”的法律體系，“案例”積累得再多，也是一種“不完全歸納法”，而不是一種“全稱命題”。因此，面對現實的社會生活，這種“不完全歸納法”的“普通法”，總會有一些涵蓋不了的問題。那麼，這種“依循先例”的辦法，遇到“無先例可循”的案件時，如何判決呢？

“法網恢恢，疏而不漏。”這句人們常說的話，它告訴我們的道理是：國家法律應當涵蓋全部社會生活，不應當有化外之民，也不應當有法外之事。這就要求法律和法學必須有一些“抽象”、“一般”、“普遍”的規範和概念，也就是所謂“一般命題”或“全稱命題”。

如前所述，“羅馬法復興運動”傳到英國以後，由於英國人受羅馬法的影響比較小，對羅馬法的吸收比較間接；因此，他們對羅馬法的學習和吸收，沒有作為一個完整的邏輯體系來掌握，就是說，既沒有把羅馬法的立法體系全盤搬過來，也沒有把羅馬法的全部概念和範疇作為一個理論體系學到手；英國人從羅馬法那裡，只是吸收了一部分的概念、範疇和基本原理，因而沒有建立起完整的邏輯體系，只是把這些如同“大珠小珠落玉盤”的概念、範疇和原理，融入本國的法律之中。

具體說來，英國人從羅馬法學來的概念、原理，還有自己從“案例”中概括出來的概念、原理，他們的辦法是：把這些具有“抽象”、“一般”、“普遍”性質、能體現“公平”、“正義”、“平等”原則的道理，以所謂“衡平格言”的形式公佈，

並宣稱它們同樣具有法律效力。

“衡平格言”數量很多，我們無法盡數詳列。這裡我們可以列舉若干“衡平格言”，鑒於我們不是研究法學學術，所以也不再加以闡釋，只是讓大家領略一下“衡平格言”這種“大珠小珠落玉盤”的丰采：

“平等即衡平”；

“衡平法尋求完全公平而非部分公平”；

“衡平不允許有不法行為而無補救”；

“衡平重意思而輕形式”；

“衡平法尋究履行義務的原意”；

“請求衡平救濟者須為衡平行為”……。

這樣，在“案例法”這種“不完全歸納法”遇到“無先例可循”的情況下，就可以根據這種“衡平格言”來判決。“衡平格言”的法律效力，對“案例法”起到拾遺補缺的作用，增大了國家法律對社會生活的涵蓋力，法律就可以用更大的聲音宣佈：“法網恢恢，疏而不漏”。

這就是所謂“衡平法”；根據“衡平法”處理案件的司法系統是“衡平法院”；

“衡平法”和“衡平法院”還有一套有別於“普通法”的司法程序。

“法是國家意志”，我們都很熟悉這句話，英國自然也不例外。從中世紀進入近代，英國的經濟、社會、宗教、政治各方面經歷了廣泛而深刻的變革，王權與教權、中央政權與諸侯割據、資產階級與貴族、國王與議會之間的矛盾與衝突，錯綜複雜地交織在一起，時而爆發內戰與革命，更多的則是交易與妥協。英國的法律作為“國家意志”，自然難以置身事外，“一國兩制”

的“普通法”和“衡平法”，更是深深地捲進了英國政治的“是非窩”裡。

“雙軌運行”的這兩種法律制度，同英國的政治鬥爭攪和在一起，兩者之間的衝突、對抗、此消彼長，又互相滲透、吸收和融合，其漫長而複雜的過程，作為一個中國人，恐怕很難弄清楚其中的曲折與究竟，更不要說透徹理解裡面的作用機制了。大體上清楚的是，“普通法”因為主要處理民事方面的問題，因此同議會代表的資產階級與開明貴族的聯繫比較密切，而“衡平法”與英國王室直接聯繫在一起，在內戰期間曾得到國王的支持。

經過幾百年的複雜演變，到19世紀時，“普通法”與“衡平法”，逐漸走向融合，“雙軌運行”的局面也走向“併軌”，兩種司法系統合併了，兩種司法程序也一致起來了，不過，“衡平法”和“普通法”的區分並未完全取消。大概是因為“普通法”在與“衡平法”幾百年的爭鬥中佔了上風吧，如今人們一般把英國的法律稱之為“普通法”。

美國因為當初是“大英帝國”的殖民地，所以英國的法律也被帶到了美國，不過，“衡平法”雖然也被帶到了美國，因為它同英國王權直接相關，崇尚“自由”的美國人不喜歡它，獨立戰爭以後，更是如此；所以，“衡平法”在美國沒有得到全面系統的發展；“英美法系”作為從宗主國“大英帝國”擴散到美國的法律制度，主要是“普通法”。

美國的法律因為源於英國，又屬於同一類型，所以在法制史的學者那裡，合稱為“英美法系”；因為在英國和美國，後來都是“普通法”佔優勢，所以“英美法系”也稱“普通法系”。

## “英美法系”民法在結構上的六個主要部分

實行“英美法系”的國家，也並不都是“案例法”，實際上也有成文法典。美國不僅有《憲法》，成文法典的數量甚至還很龐大，大致上，“憲法”、“刑法”、“行政法”等“公法”，一般是成文法典；而適用“案例法”的範圍，基本是“民法”和“商法”的“私法”範圍。

不過在“私法”範圍，不僅也有成文法典，美國《統一商法典》還有很高的學術水平，而且具有法律效力。“英美法系”同“大陸法系”的區別是：在“大陸法系”國家，判案根據“成文法典”；在“英美法系”國家，雖然成文法典也有法律效力，但在實際的審判中，仍然主要根據“案例”。

“英美法系”作為法學學術在教學時，也有把法律進行“公法”與“私法”、以及“憲政”、“刑治”與“民商”的分類，主要是為了便於理解；但在法律制度上，卻沒有這樣的劃分。

民商法律是我們關注的重點，下面還是著重介紹一下“英美法系”關於民商領域的法律。同“大陸法系”的民法是一個嚴整的邏輯體系有所不同，“英美法系”的民商法律，分為相對獨立的六個部分：

（一），《財產法》。

近代以前，財產主要是土地。英國的土地制度，同歐洲大陸一樣，是一種封建關係，十分複雜：一種是“完全保有地產”，包括“教會地產”、“騎士領地”、“王室僕役地產”、“貢稅代軍役地產”；一種是“不完全保有地產”，主要是“農奴份地”。這種土地制度與羅馬法的明顯區別，是沒有絕對所有權的概念，並且為了保證履行對封建領主的義務，嚴格限制土地流轉，

並防止土地分割。

近代以來，英國的財產制度發生了深刻的變革，立法也有很多變化，財產不僅是土地，更重要的是資本的形態；尤其是 1925 年頒佈的一系列立法，取消對財產特別是土地流轉的限制，使財產制度適合商品與市場經濟的要求。

但是，英國的財產法，卻沿用封建時代的分類：

“物權財產”（即“不動產”）和“人權財產”（即“動產”）；

並且適用不同的訴訟形式，前者為“物權訴訟”，後者為“人權訴訟”；

判決結果也不一樣，前者可“恢復佔有”，後者是“損害賠償”。

我們看到，財產法這些名詞很怪，而且奇怪的是，租種的土地屬於“動產”。

美國的土地制度，同歐洲的重要區別，是沒有封建傳統；而且，美國土地資源極其豐厚，這同歐洲包括英國的情況也截然不同；可是由於同屬“英美法系”的關係，其法學思想和法律制度，卻繼承了英國財產權的一套概念和範疇。

我們還應當注意到：關於財產法的範疇，羅馬法是以“權利”為中心，稱為“財產權”；而英國法卻是以“物”即“財產”，也就是財產權的“標的”為中心，稱為“財產法”。從法學理念方面看，在概念內涵的深刻和準確程度上，“英美法系”遠不及“大陸法系”。

（二），《信託法》。

信託，是“英美法系”一種特有的制度。英國著名法律史專家海特蘭說：“如果有人問我英國人在法學領域最偉大和輝煌的

成果是什麼，我認為我的回答將是：數百年來信託思想的發展。”

關於信託的起源，還要追溯到英國的封建時代，法律規定：作為不動產的土地，流轉受到嚴格限制，只能依法繼承。可是，現實生活中許多問題沒有辦法解決，於是就有了“信託”：男子參加“十字軍東征”去了，土地就託人代管；貴族逃避因犯罪沒收財產，也把土地託人代管，等。由“信託”制度，產生了委託人和受託人的權利和義務，來解決各自的受益。

信託制度後來被廣泛應用，形成一套複雜的制度。近代以來，“信託”的財產由土地發展到各種形式的資本品。信託制度被英國殖民者帶到美國以後，在美國法律中得到確認，到19世紀的工業革命時代，更得到極大發展，現在我們熟悉的“信託投資公司”和“控股公司”，就源於此。

信託制度的產生，類似於我國農村改革遇到的土地問題，在羅馬法的法學體系中，相當於土地“用益物權”的一種，是一個小的屬概念。可“英美法系”卻把財產權利的這個小範疇作為起點，吸收許多實踐中的經驗以後，鋪陳演繹出一個很大的獨立體系來。從邏輯的角度看，並不科學。

（三），《契約法》。

封建時代的英國，人的財產權利，由等級制身份決定，不可能有出於自願協議的契約。在早期的“普通法院”，由於契約得不到保護，大部分契約只產生在商人之間，發生爭議時由他們自己設立的裁判機構解決。這種情況，同古世紀歐洲大陸的情況是一樣的。

隨著商品與市場經濟的發展，英國的自由契約制度，在“案例法”的基礎上發展起來。歐洲中世紀到近代的社會進步，有學者高度概括為“從身份到契約”。實際上，“契約”的意義不限



於法學，它既是“自由”，又是“平等”，在近代以來的思想潮流中，是一個極其重要的核心概念。

應當說，“英美法系”把“契約”作為一個獨立的範疇，比“大陸法系”把“合同”放在“債權”下面，稱之為“合同之債”，只作為“債權”下面一個從屬的範疇，在法學理論上是其高明之處。

（四），《侵權行為法》。

侵權行為法在英國，是在司法判決中形成和發展起來的，因而沒有明確的概念和理論系統。在“英美法系”中，侵權行為法自成一體，獨立發展，沒有一般原則。侵權行為法在民事領域，開始只適用於侵犯不動產，而後發展到侵犯動產和侵犯人身權利。

在中世紀，侵權行為和犯罪沒有區分，後來，它逐漸從刑法中分離出來。主要的侵權行為有：侵犯不動產、侵犯動產、威嚇、毆打、非法監禁、誹謗、欺騙、虐待、干涉家庭、干涉契約和商業關係、濫用法律程序等。

在民法範疇，“大陸法系”對“侵權行為”的處理，是把“侵權”引起的“損害賠償”作為“侵權之債”，列在“債權”的範疇內。在立法思想上，“大陸法系”的《民法典》，是把財產權利作為一個邏輯體系進行正面陳述，沒有單獨的“侵權行為法”——既然法律以“權利”為核心理念，法律的宗旨就是保護權利；那麼，所有違法，都是侵權，所有侵權，也都是違法。在邏輯上，“大陸法系”在“侵權”問題上的立法思想，顯然更高明些。

（五），《商法》與《公司法》。

這裡說的所謂“商法”，主要指美國的《統一商法典》，它規範的內容，實際上是商業交易的“合同”。美國由於實行“聯

邦”體制，各州的商業法規極不統一。商品與市場經濟的高度發展，對商業法規提出明確性和統一性的要求。1952年，美國法學會起草的《統一商法典》公佈了，於1972和1978年又作過修改。這部商法典採取“大陸法系”制訂成文法典的做法，具有很高的學術水準。不過，這種《統一商法典》在美國只有參考價值，在判案時，“案例”的權威性高於成文法典。需要指出的是，“英美法系”的“商法”，同“大陸法系”的《商法》，並不是一回事。

英國在17世紀開始出現“公司”的方式，在歐洲是最早的。如今，“公司”組織在英國和美國都已經十分普遍。關於《公司法》，“英美法系”和“大陸法系”的重要區別是：

“英美法系”只承認“有限責任公司”，包括“有限公司”和“股份有限公司”兩種方式。而“大陸法系”的《公司法》，則把“無限責任”的企業也包括在內，包括“無限公司”、“有限公司”、“兩合公司”、“股份有限公司”和“股份兩合公司”共五種方式。“大陸法系”的“無限公司”一類，在“英美法系”裡稱為“合夥”，另由《合夥法》進行規範。

（六），《家庭法》。

在中世紀，英國和歐洲大陸一樣，婚姻家庭關係主要由基督教的“教會法”調整，而“教會法”深受羅馬法的影響。近代以來，婚姻家庭關係由法律調整，在教堂結婚只是一種習慣，和我國請客吃飯的結婚典禮一樣，不具備法律效力。

“家庭法”規範的內容，包括結婚與離婚、夫妻財產關係、繼承制度等。

“英美法系”因為沒有統一的《民法典》，所以“婚姻”和“家庭”由單獨的立法來規範。“大陸法系”不同的是，國家

關於婚姻家庭的法律，一般列在《民法典》的“親屬篇”和“繼承篇”裡。

## “英美法系”和“大陸法系”優劣長短的簡要比較

我們看到：“英美法系”對民事法律所分的門類，各個門類和概念之間缺乏邏輯聯繫，也沒有系統的結構；這除了當年接受羅馬法影響同“大陸法系”相比就有“先天不足”，還由於“英美法系”的立法主要是法官們從事司法實踐的產物。而“大陸法系”的立法，除了繼承羅馬法的遺產更加直接與全面，還由於它是以法學學者的研究成果為基礎制定的，學者們講究的自然是在抽象的概括、系統的分類和合理的結構。總的來說，“英美法系”在理論和邏輯方面，遠不及“大陸法系”的學術水平。

在英國和美國，都曾經有法學專家主張，將立法體例由“案例法”改為“成文法典”，並起草了“民法典”的文本。從科學、合理的角度，還有經濟方面的法治成本講，這種主張雖然是好的；但是，傳統的力量是強大的，而且還有法官和律師既得利益的“壓力集團”，阻力太大，至今沒有改成。

如今，實行“大陸法系”的國家，也越來越重視“案例”的作用。這是因為，法學學術再精湛，法律制度再嚴謹，同商品與市場經濟的社會生活日新月異的發展變化相比，也永遠落在後面。正像有句名言說的，“生活之樹常青，理論永遠是灰色的。”能夠從司法實踐的“案例”中為民事立法不斷吸取新的創造，是“英美法系”的長處。

但是，說“案例法”體例有利於法律的創新，也不能一概而論。雖然都是實行“案例法”，但具體分析起來：英國的立法，

就相當僵硬和保守；而美國的立法，則比較靈活，更有創造的活力。

全面評價這兩大法系的優劣長短，不是一兩句話的事。一般說來，英大法系和大陸法系，都能為發達、成熟的市場經濟及社會生活提供系統、完善的法律規範，兩大法系在處理國際的貿易與投資的實際事務時，也是完全可以兼容的，比如，“英大法系”的美、英、加、澳等國，同“大陸法系”的法、德、日、意等國，在貿易、投資、服務各方面的經濟交流，就未受不同法系的阻隔。

不過，和大陸法系相比，英大法系不僅有體系龐雜、結構缺乏系統性、理論性差、各個部分之間邏輯聯繫不嚴謹等明顯缺陷；而且法律文獻卷帙浩繁、汗牛充棟、規模過於龐大，律師的職業分工過細過窄、高度專業化，普通百姓更是“望法興嘆”，不找律師，連離個婚都難。

實際上，案例法體例，即使對英大法系的國家如美國，也並非合乎科學先進與經濟合理的最佳選擇。為了維持市場經濟及社會生活的規範，社會耗費了過大的法學人材資源。美國人其實是在為維護自己的法律傳統而揩歷史包袱。

法國人也有這個問題。《拿破侖法典》再了不起，畢竟 200 年了，時代變遷，經濟和社會生活日新月異，早已今非昔比。法國這部民法典，有許多內容條款陳舊過時，概念邏輯有欠嚴謹，體例框架也不甚合理。法國不少法律專家提出制訂新的民法典，但法國政府卻只願修修補補，不肯推倒重來，固執地要維護《拿破侖法典》這份歷史光榮。這是為了顧面子而揩歷史包袱。

中國有句俗話，叫“死要面子活受罪”。看來這並非中國人獨有的毛病。大凡歷史傳統，人們習以為常了，便常常發生對傳統的珍愛壓倒科學合理要求的情況。傳統深厚的國家如此，即使

那些歷史不長、傳統不多的國家如美國，也要找點包袱揹上，而且還格外珍惜。

在近代，為了維護儒家學說倫理綱常的歷史傳統，排斥拒絕西方文明的外來影響，中國的士大夫們曾長期進行過頑強的抗爭，結果卻做了蠢事，使中國在近代付出了沉重的代價。這更是大家都知道的歷史。

不過，在民法方面，我們卻沒有歷史包袱可揹，——中國是個沒有民法傳統的民族。因此，在民法問題上，我們完全可以學習、採用世界上最好的法律，作出最符合科學、先進、經濟、合理要求的選擇。

像我們國家的情況，如果國家原來缺少民法傳統，法律體系基本不能適應商品與市場經濟的社會生活，進行立法改革，需要大規模地改弦更張，還是應當效法與採取“大陸法系”的體例，這是近代以來世界各國立法改革告訴我們的經驗。況且，從最實際的角度來講，“英美法系”的“案例”，已經有數百年的積累，在美國，如果遇到海事糾紛，有時法院竟然要從三四百年之前還是英國人的“案例”中尋找判案依據。對中國這樣正在進行“現代化急行軍”的國家，哪裡容得我們有積累“案例”需要的幾百年時間呢？我們國家的法院，遇到財產糾紛，總不能援引英國人幾百年前的“案例”吧？

### “英美法系”對世界各國民法的影響

“英美法系”在當今世界，也有很廣泛的影響。“英美法系”在全球的擴張，先是因為“大英帝國”的統治，而後則依靠美國力量的成長。

號稱“日不落帝國”的“大英帝國”，一度在全世界佔有四分之一的版圖，在英國這些殖民地，原來的法律制度被取代，改為實行“英美法系”的英國法律。不過，英國的具體做法和這些殖民地改行英國法律的情況也不盡相同，大致上有以下幾種情況：

一種情況，是北美大陸、澳大利亞和新西蘭。這些地區的土著居民，社會發育程度很低，國家尚未形成，基本沒有法律；在成為英國殖民地以後，很容易地便被英國移民帶來的英國法律取代了。

另一種情況，是非洲。原有社會發展水準相對較低、且參差不齊，已形成國家，基本實行習慣法，也有伊斯蘭法。19世紀70年代始，非洲大陸陸續被歐洲列強瓜分後，在英國的殖民地，開始，英國以保護國的名義實現“間接治理”，而後，英國的法律逐漸輸入這些殖民地，具體時間是：加納，1874年；塞拉利昂，1880年；岡比亞，1888年；索馬里，1900年；肯尼亞，1897年；烏干達，1902年；……等。不過，這些地區原來的習慣法和執法機構，仍然有影響，並沒有被完全取代。

第三種情況，是印度。這個國家已有悠久歷史，原有法律“印度法系”，是世界“五大法系”之一，立法相當發達，情況就比較複雜了。1600年，英國建立“東印度公司”，開始，英國法律只限於處理英國人內部的案件。1720年，隨著在印度滲透的地區擴大，在加爾各答、孟買等地設立英國式的法院，英國法律擴大到處理殖民區內英國人與印度人之間的案件。1858年，英國對印度進行直接統治，實行英國法律。

在實施英國法律過程中，遇到重重困難：這不僅由於印度有歷史悠久的宗教文化和“印度法系”以及“伊斯蘭法系”，而且

在印度人看來，莫名其妙的“案例法”，簡直不能理解。這時，香港總督建議英印當局在印度的殖民統治採用中國“科舉制”的信件，被英國當局採納。中國的“科舉制”走向世界，第一個付諸實踐的是印度，不過“科舉”官員學習的內容主要是法律。英印當局通過向印度派遣英國法官，後來又訓練印度法官，幫助貫徹英國法律，經過艱苦努力，終於將印度改造成為“英美法系”的成員。不過，印度的法律並不是“案例法”體例，而是英國專為他們編纂的成文法典。

還有一種情況，是加拿大和美國的路易斯安那地區。這些地區，原來是法國的殖民地，實行“大陸法系”的法律已有百年以上。1763年英法爭奪世界霸權的“七年戰爭”後，加拿大轉為英國殖民地。1804年，法國因為與“反法聯盟”作戰無力顧及，拿破侖將路易斯安那賣給美國。這些國家和地區，先後落在“英美法系”的地盤裡。此後，“大陸法系”向“英美法系”的轉變，經歷了長期的歷史過程。英國當局做法很靈活，開始，“刑法”用英國法，“民法”仍用法國法；後來，“上加拿大”用英國法，“下加拿大”用法國法；現在，加拿大用英國法了，但魁北克省仍用法國法。美國則到現在，《法國民法典》在路易斯安那地區仍有強大影響。

至於美國，19世紀，當歐洲列強在全球擴張並建立殖民帝國時，美國的精神集中在向西部擴張的進軍中，這些地方如今已經都是美國領土了，自然誰也不好說美國人搞“侵略”或者說美國是“殖民帝國”。19世紀和20世紀之交的時候，美國一度走向歐洲“殖民帝國”的老路，開始向世界擴張，美西戰爭後，美國從西班牙奪得菲律賓，有了自己的第一塊殖民地。

不過此前，菲律賓作為西班牙的殖民地，已有三百年的歷史；

因此，雖然美國在“公法”範圍、司法組織、訴訟程序、法學教育等方面對菲律賓法律有強大影響，在“私法”方面的“公司法”、“票據法”領域也有影響；但是，菲律賓成文法典形式的《民法典》卻沒有改變，因此，菲律賓不能列為“英美法系”的陣營，仍然屬於“大陸法系”的體例。

到“一次大戰”時，美國的威爾遜總統提出“民族自決”的原則，改弦易轍，沒有再走歐洲“殖民帝國”的老路，由此，美國在國際社會於道德方面得到一筆可資炫耀的資本。從法制史的角度看，美國法律對世界各國立法的影響並不大。

我們看到，“大陸法系”在世界的傳播，雖然也有通過“殖民帝國”強加的因素，但依賴法律制度的科學合理和法學學術的嚴謹精湛而被自願採納的因素更多一些，尤其是“德國民法”的傳播，基本沒有“殖民帝國”強加的因素。而“英美法系”在世界的傳播，因為它的“案例法”體例很難效仿，幾乎完全依靠“大英帝國”對殖民地的強權來推行。因此，在歐洲大陸各國，實行“英美法系”的國家，就一個也沒有。