

法制史复习指导：英美法的渊源 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/254/2021_2022__E6_B3_95_E5_88_B6_E5_8F_B2_E5_c67_254295.htm

1.普通法 人们把普通法陪审视为最古老的一种民主形式，就是在这样的一个过程，达成了最初的王权对地方司法权的这样的侵夺。这些巡回法官最初就是以征税的名义四处去走，顺便要解决地方上的争议，等到这些巡回法官由于前述的利害关系，他们受理的案件越来越多，所以他们的影响越来越大，根据这些不同的习惯受理了不同的案件，他们回到伦敦在一起交流，在个别的案件中归纳总结出一些共同的、普遍的共同原则和法律规则，最终再把这样的一套法律规则以国王的名义通行于全国。所以称为普通法。普通法最直接的意思，它强调的“是一套普遍的、通行的法律”。普通法的形成人们愿意用一个很形象的说法，称它为“判例法”。意思是：这一套法律规则，恰恰是在巡回法官到各地受理案件所形成的一个个案例中归纳总结出来的，以后形成了普通法中一些特有的制度。如遵循先例的制度。

2.衡平法 为了平衡王权和地方贵族的权力，在受理案件上，越来越注重国王的许可，这就是所谓的令状制度。令状制度的规则是无令状就无权利。将这样的制度抽象化，形成了程序先于权利规则。程序在普通法中越来越重要，随着社会关系的复杂，人们追求利益形式的复杂化，这样的一种利益纠纷的形态变得越来越多，越来越复杂，使得国王在做出令状的形式取舍上越来越难。既有的令状不能满足，所以没有办法按先例原则适用，新的纠纷不断增多，令状限制了人们及时的解决。这种矛盾越来越多，多到形成足

够的压力，国王就只好选择另外的变通办法。国王命令他的御前法官个别处理这样的案件，就让这些人以国王的名义来解决这些特别的纠纷，这就是大法官。大法官受理的这种事情越来越多，专门的机构出现了，“大法官的法庭”，形成了一种与普通法不一样的一套适用利益纠纷解决机制的规则，这就是后来所称的“衡平法”。所以，在英国的历史上，人们说到衡平法一定会提到大法官。大法官代表国王公平正义解决利益纷争。在西方法律历史文化中，仍然存在着比较复杂的形态。法律|教育网原创如英国，按照三权分立的架构，许多政治现实制度，都是很费思量的。美国可以说是一种典例的存在形式，但是全世界不能都像美国这样，也没有必要都像美国一样，所以，在古老的英国形成了自己这样一套特有的法律制度，形成了自己的一套特别的普通法的诉讼司法原则，在这样的司法中，除了前面说到的基本的原则，如程序先于权利的原则、遵循先例的原则、法官造法的原则，还有衡平法出现之后，人们对这样的一个法律系统形象的评价。衡平法如何理解呢？衡平法具有很大的伸缩性。其程序简便、灵活，法官判案有很大的自由裁量权。与普通法相比，它只是一种“补偿性”的制度，但当二者的规则发生冲突时，衡平法优先。衡平法的出现是建立在普通法基础之上的，解决普通法的不足，而形成的一套制度。随着各自的发展，它们之间难免形成矛盾。矛盾引起越来越多的争议。如一个具体的纠纷，可能按照古老的普通法也会给予一个调整和救济。但是按照后来的衡平法也能够给予救济，可是结果却彼此有出入，会面对困难，到底按照哪个算？也就是普通法和衡平法在现实的司法的适用当中，在利益解决的纠纷过

程中，出现了一种矛盾，也就是出现了普通法和衡平法。一旦一个利益纠纷的解决，普通法和衡平法做出的决定，不一致的情况下，以衡平法的决定优先。

3.制定法

普通法在形成的过程中，还有一个重要的法律渊源。也就是除了前面说的，判例形成的普通法和后来出现的衡平法还有一个就是制定法。提到一二一五年的大宪章，它最初的起源实际是一次国王和地方贵族之间战争的妥协。当时英国国王始终想在欧洲大陆上谋得一份利益。所以，更关心的是大陆上的王室之间的战争。英国的国王很热衷于欧洲的利益纷争，要去欧洲争夺要有本钱，争夺是不免于战争，战争需要花钱，于是搜刮英伦贵族，让他们出人、出兵、出钱，征收各种税赋，满足国王的欲望。在一二一五年制定的大宪章的背景下，因为英国国王与联合反抗的贵族之间发生了一次战争，贵族反对国王这样征索无度，而且这种需求是永无止境的，这些贵族联合起来打败了国王，之后要求国王与他们签订协议，形式上是为了征税的问题，日后国王再征税，首先争得贵族的同意，为了保证国王遵守这样的约定，宪章规定贵族派代表常住伦敦，也就是监视国王的一举一动，有人说这就是英国最早的国会。法律|教育网原创因此一二一五年宪章有了后来所说的宪法的意义，也就成了英国最早制定法的一个典型。一二一五的协议通常又称大宪章，英国普通法在这样的三大法律渊源之上，形成了一个全新的法律系统。

4.美国法

普通法又称为英美法。在今天的世界上美国是一个有着最大影响力的国家，所以，普通法在这样的一些现实条件下，在全球的法律交往中越来越居于一种主流的地位，而随着全球化的过程，原本代表着各个地域的不同法系，也在谋求着一种融合的

变化，美国法的形成与英国法有着最直接的渊源。在17、18世纪以来，在原来的北美殖民地的范围内，继受了英国的普通法。最早的北美殖民地在适用法律上更多采纳的是一些古老的原则，甚至《圣经》在很长的时间内成为北美各个殖民地的法律。以后出现了一部书《英国法律习惯》，后又有《英国法释义》，这样一部介绍英国法的书，在英国的发行，还不如后来在美国的发行。也就是为后来美国法的形成提供了一种理论基础的作用。美国随着国家的形成，在文化上，特别是在制度上最终接受了英国的普通法，但是由于美国自身历史形成的特点，它与英国的普通法不完全一致。所以一些法学家曾经特别强调。虽然英美都属于普通法，但是美国的普通法在形成过程中却有着自己的特点。美国宪法作为普通法系统中的制定法渊源，有着特别的地位。从宪法的角度讲，英美的差别是最明显的。如，以美国宪法为代表的刚性宪法，也就是一个成文的宪法、法典化的宪法，而英国普通法中相反，它是一种不成文的宪法，又称为柔性宪法，也就是它是一个非法典化的宪法。在英国普通法的系统中，与大陆法不同。在大陆法中特别强调，宪法叫做根本法，也就是它所处的地位是最高的，但是，在英国普通法这样的系统中，宪法不过是因为它调整的社会关系是特别的一类而已。它与其它的法律没有贵贱之分，在背后还有一个深层的价值观念问题。也就是怎么来看待国家？东西方，包括欧洲大陆和英国都有所不同。如欧洲人对国家的观念和中国人对国家的看法差别是非常大，欧洲大陆在观念上也有很大的差异。宪法能够体现观念上的不同，在中国传统文化中，国家是一个很神圣的名字，国家和个人比起来，很容易分辨清楚个人是

微不足道的。法律|教育|网原创但是在西方的文化背景之下，却有不同。欧洲大陆有一笑话：有一个德国人和一个法国人，据说法国人很看不起德国人，德国人有他的特点，善于制造一些机械，德国佬见到法国佬说，我们又发明了一种机器，机器很好。而法国佬说他们的机器早就不用了。德国人又有另一面，组织社团，如“说谎俱乐部”。既然是社团就要守法，因此要制定一些社会团规则，规则在主体的资格条款上规定的很明确，也就是没有任何限制性的条文不分年龄、性别、种族、信仰、文化程度，只要爱撒谎都可以入会。但是在章程最后注明，现任政府官员不得入会。隐含的意思就是“说谎俱乐部”，所有的人都是业余的，可是政府官员却是职业撒谎者，如果你在竞争规则不公平。在西方文化中，有着一种非国家的浓厚意识。美国法在自身国家形成的过程中，以制定法为代表的宪法，对后来整个普通法系统也产生着深远的影响，随着几大法系的不断交流，看到大陆法也越来越注重判例的做法，而这些判例法传统的普通法国家也制定了越来越多的成文法、制定法。这些法律的效力在普通法中从英国开始就认定这些法律的效力是最高的。在美国法形成的过程中，到1830年后，出现了一本书《美国法释义》。在理论上刻意强调虽然在继受的渊源上同属于普通法，与英国法有渊源，但是美国法有它的特点，所以，在法律渊源上讲，虽然都包括这三部分，普通法、衡平法、制定法，但是这三部分在各自的法律体系中的作用和地位是有差异。法律教/育网原创因此，从总的形式上讲，英美同属于一个法系。但是它们又各自形成了不同的特点。（特别关注）在英美法的讲授中，首先要强调的就是这些不同点。100Test 下载频

道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com