

# **Cultural and Linguistic Differences between the English and Chinese Legal Traditions**

## **英漢法律傳統之語言與文化的差異**

香港公開大學

講者： 梁定邦 資深大律師

2015年10月10日

# 聲明

本次演講

內容純屬個人意見

與任何機構無關

如有錯誤者

本人一概負責

梁定邦

# 歐洲1100 - 1300AD

(三個權力核心：  
教皇，神性羅馬帝國，東羅馬帝國)



# 西方法律傳統軌跡

- 中世紀開始，歐洲與英格蘭分立。
- 歐洲民法（教廷法主導）。
- 文化復興奉行古羅馬法律與精髓，以拉丁文為本。
- 15 世紀新教 (Reformation) 興起，脫離拉丁文獻。
- 啓蒙 (Enlightenment) 時期。
- 17 — 18 世紀 英國政治與工業革命。
- 歐洲民族國家 (Nation State) 的興起。
- 19世紀形成現代法治思想與體制。



北大西洋

北海

苏格兰  
因弗内斯  
格

格拉斯哥  
Glasgow

爱丁堡  
Edinburgh

贝尔法斯特  
Belfast

北爱尔兰

都柏林

爱尔兰

圣乔治海峡

利物浦

威尔士

曼彻斯特  
Manchester

约克  
York

诺丁汉

剑桥  
Cambridge

伯明翰  
考文垂

牛津  
Oxford

伦敦  
London

布里斯托

巴斯  
Bath

多佛海峡

www.zglxw.com

英吉利海峡

法国

# 普通法与民法系

- 1066 诺曼第皇朝征服英格兰，有一百年建立以便利巩固统治能力，承认当时产权与产权转让习俗，建立统治与司法机制 包括：皇令制度 (Royal Writs)，Royal Assizes 皇家巡回法庭 Court of Exchequer 财政法庭，King' s Bench 皇帝法庭，Court of Common Pleas 百姓法庭。故此，偏离欧洲大陆正在形成的民法体制。
- 但英格蘭也有「教會法庭」Ecclesiastical Court 也從 14 世紀開始「平衡法法庭」Court of Chancery. 這些法庭用了「教廷法」與「民法」的審判程序。
- 法律书籍开始流传：
  - Dialogus De Scaccario (1181) 关于财政庭的对话 FitzNeal
  - Tractatus de Legibus Consuetinibus Angliae 关于英格兰的法律与习俗 Glanvil (1112-1190)
  - De Legibus et Consuetinibus Angliae 关于英格兰的习俗与法律 Bracton (1210 - 1268)

# 普通法实体法得形成

- 法官以皇帝的代表身份从习俗与皇帝颁布的法规，再判案时运用法律。
- Magna Carta 大约章 1215 [皇帝除了有「國會」的批准不能賦稅，需陪審團裁定罪行]
- Statute of Westminster 西敏子法案 1275, 1285。「国会」—「君主連同國會」立法概念 開始發展。
- 1220年开始有判决丛书 — Year Books 1290 - 1535 [1481 头本印刷本面世]，普通法的原始材料。
- 重要的书籍为：Coke's Institutes 「Coke 大法官得英国法大全4册 — 土地，历代法案，刑法，法院管辖权（1628-1644）」，Blackstone's Commentaries on the Laws of England 「英格兰法律概述（1765-1769）」。
- 14世纪后「衡平法庭」Court of Chancery 及众多法庭出现，一直到了19世纪末，20世纪初才改革，合理化，一个具有无限管辖权的英克兰高院（包括上诉法庭）Supreme Court of Judicature 再上诉到上议院 House of Lords 2009年开始变为 Supreme Court 最高法院。
- 形成普通法基础法理：普通法官挖掘与宣告法律而不是立法者（Declaratory Theory of Law）。

# 英國大革命後的發展

- 1688 Bill of Rights: 英格兰国会议员在国会的言论不能被起诉，沒有國會通過君主不能賦稅。
- 1700 Act of Settlement: 高院以上法官除非君主联通国会两院一起同意，不能被解雇。
- 君主憲政形成。
- 十八世紀的發展 — Ryder, Mansfield CJ, Lord Hardwicke, LC 形成普通法的基柱：
  - 审判独立。
  - 法官与陪审团的审判结合。
  - 法律的独立性，没有人和制度高于法律。

# 普通法至上思维

- Bonham' s Case 1610 (3:2 判决) :

“And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void.”

“群书本显示, 在众多案例中普通法将控制国会的法案并有时判决它们绝对无效; 故国会法案冲突了普通法和道理时, 或许被社会所厌恶或不能执行的, 则普通法将予以控制它并宣判它无效” ) (Coke, CJ)

- 从1688 英克兰大革命之年后, 该论点被搁置主流思想改为Parliamentary Sovereignty 国会最对权威理论。
- 但Coke 的思维还有残余 — 在阐释法案时法官不会轻易将公民权利放弃并。
- Coke的用语被认为给予后世法律司法审查的基础 — 例如 Marbury v. Madison (1803)
- 虽然英格兰宪制没有采取绝对 「三權分立」但 普通法法官从18世纪開始陸續建造以普通法制約立法與行政機關權力：
- 美國法官的憲法審查。
- 英格蘭法官的法規審查 — 越權原則 — doctrine of ultra vires - 及Rules of Natural Justice 自然公義原則 — (1) 無人能審理自己有利益或像有利益的案件 「公義不只要申張而要大眾視為已伸張的」 (2) 每個人應有充分答辯的機會。

# 审判是法院的专利

- The Case of Prohibitions 1607 (Coke, CJ)
- “And the Judges informed the King, that no King after the Conquest assumed to himself to give any judgment in any cause whatsoever, which concerned the administration of justice within this realm, but these were solely determined in the Courts of Justice” [法官们告诉皇帝，自“大征服”成功以来无一皇帝亲自审理关于国度内司法之案件，这些事情全属法官所里]
- “but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it: that the law was the golden metwand and measure to try the causes of the subjects” [但陛下没有饱读英格兰国度之法律，而关于老百姓的生命，继承，货物，和命运的争端不应以自然推理判决而应以法律的特殊推理与思维审判，如要对其法律有所认知必需具备长久积累的学问和经验]
- [1628 年 Coke CJ 提交给 国会 Petition of Right ,倡导 Writ of Habeus Corpus 「人身保护令」使法院可监督公职人员依法逮捕及禁锢，后国会立了「人身保护令法 1679」]

# 君主不能单独立法

- The Case of Proclamations 1610 Coke, CJ
- “The King cannot change any part of the common law, nor create any offence, by his proclamation, which was not an offence before, without parliament” (君主除非连同国会，不能以「皇家宣告」改变普通法的任何部分，也不能，定立新的罪行)
- “The King has no prerogative but that which the law of the land allows.” (「君主的特权」不能超越法律所赋予的)。

# 遵循先例

- 14世紀 形成
- 18世紀 鞏固。
- 上訴法庭約束原審法庭 「判決原則」。
- 上訴法庭被自己的前「判決原則」約束，除非明顯錯誤。
- 最高法院可推翻前 「判決原則」。

# 审判程序

- 维持「从案件开始至结案」的「公平审讯」原则，法律面前《人人平等》。
- 民事案從立案至审理 — 以书面明确诉因与争端，文件的交换，证词交换，专家证人报告交换，审理法官把关程序。20世紀開始一般沒有陪審團（除了三類民事案件：誹謗，非法禁錮，勾引「黃花閨女」）。
- 刑事案件 — 从逮捕逮捕开始，一切取证程序要确保公平审理（排除不合法取得的证据），起诉书需清楚到处罪行以及犯罪事实，公诉人预先告诉辩方所有证据与供词尤其是「招认供词」，在香港，案子從裁判司法庭轉介到地方或高等法院，只有高等法院才有陪審團。
- 行政訴訟案件 — 政府權力受到法律規範，法院有法律監督權，可宣判／責令執行或停止。
- 舉證受到嚴格證據法規範，已確保公平，公正，公開，有效審判。

# 普通法系 庭审



以英語教育及英語表述與實踐的普通法伸延至

《大英帝國》

“所有記載在所有梵文書籍的  
歷史信息都比不上最簡儀的  
英國中學預科書籍這個說法，  
我認為是一點都不誇張。”

Thomas Babington Macauley  
(1835)

"It is, I believe, no exaggeration to say that all the historical information which has been collected from all the books written in the Sanskrit language is less valuable than what may be found in the most paltry abridgement used at preparatory schools in England". Thomas Babington Macauley (1835)

## 内幕交易罚款案

Koon Wing Yee v. Insider Trading Tribunal

官永义 诉 内幕交易审裁处

在此情况下,本庭认可 Nicholls of Birkenhead 大法官在 *Re H & Others(Minors)*(性侵犯案件:举证准则)一案中关于民事诉讼举证准则的方式:大法官有以下说明:

“[概然性权衡](#)准则意指法庭根据证据,若认为一件事情发生的可能性比没发生更高,则法庭会判定该事件已发生。当法庭在评估可能性时,会谨记一点要素,即视乎个别案子的案情,越严重的指控,发生的可能性越低。因此,法庭在判定某一指控在[概然性权衡](#)下成立时,需要更多更有力的证据来支持其判定。”

# 毒奶饮案

## Nancy Ann Kissel v. HKSAR FACCC 2 of 2009

In this respect, we repeat what has been said before from time to time. The trial judge's function in instructing juries in his summing-up is:

就此,我们重申已多次被提及之准则。一审法官总结案情、指引陪审团时,应发挥以下作用:

- (1) to identify the issues for the jury's determination;  
确定争议点供陪审团决议
- (2) to explain to the jury how the law applies to the facts of the particular case; and  
向陪审团解释如何将法律准则应用于已确定之事实上
- (3) to put the contentions of the respective parties clearly and fairly to the jury – which will involve relating the contentions to the evidence in the case.  
将诉讼双方各自之论点清楚及公平地向陪审团解释 -- 这会将相关论点与证据串连起来.

维多利亚港案：

**Town Planning Board v. Protection of the Harbour Society**  
**FACV 14 of 2003: 条例**

*The Ordinance* (保护海港条例)

Section 3 provides:

(1) The harbour is to be protected and preserved as a special public asset and a natural heritage of Hong Kong people, and for that purpose there shall be a presumption against reclamation in the harbour.

海港须作为香港人的特别公有资产和天然财产而受到保护和保存，而为此目的，现设定一个不准许进行海港填海工程的推定。

(2) All public officers and public bodies shall have regard to the principle stated in subsection (1) for guidance in the exercise of any powers vested in them.

所有公职人员和公共机构在行使任何归属他们的权力时，须顾及第(1)款所述的原则以作为指引

# Town Planning Board v. Protection of the Harbour Society FACV 14 of 2003: 判决

- 解释法规仍是履行司法权能的重要一环, 其最终行使权在法院。法院的作用在于确定立法机关在制定法规时其背后的真正目的, 就此, 法院应采纳“目的解释法”。这是指法院应采纳与立法原意一致的司法解释, 从而达到立法的目的。
- 于解释法规时, 反对填海的法律假设只有在填海具有凌驾性公众需要时才可以被反驳。在没有采取上述解释方式的情况下, 城市规划委员会犯了法律层面上的错误, 因此, 本案的判决必须被推翻, 本案根据法律应移交城市规划委员会重审。

烧国旗案：

HKSAR v. Ng Kung Siu & Lee Kin Yun FACD 4 of 1999

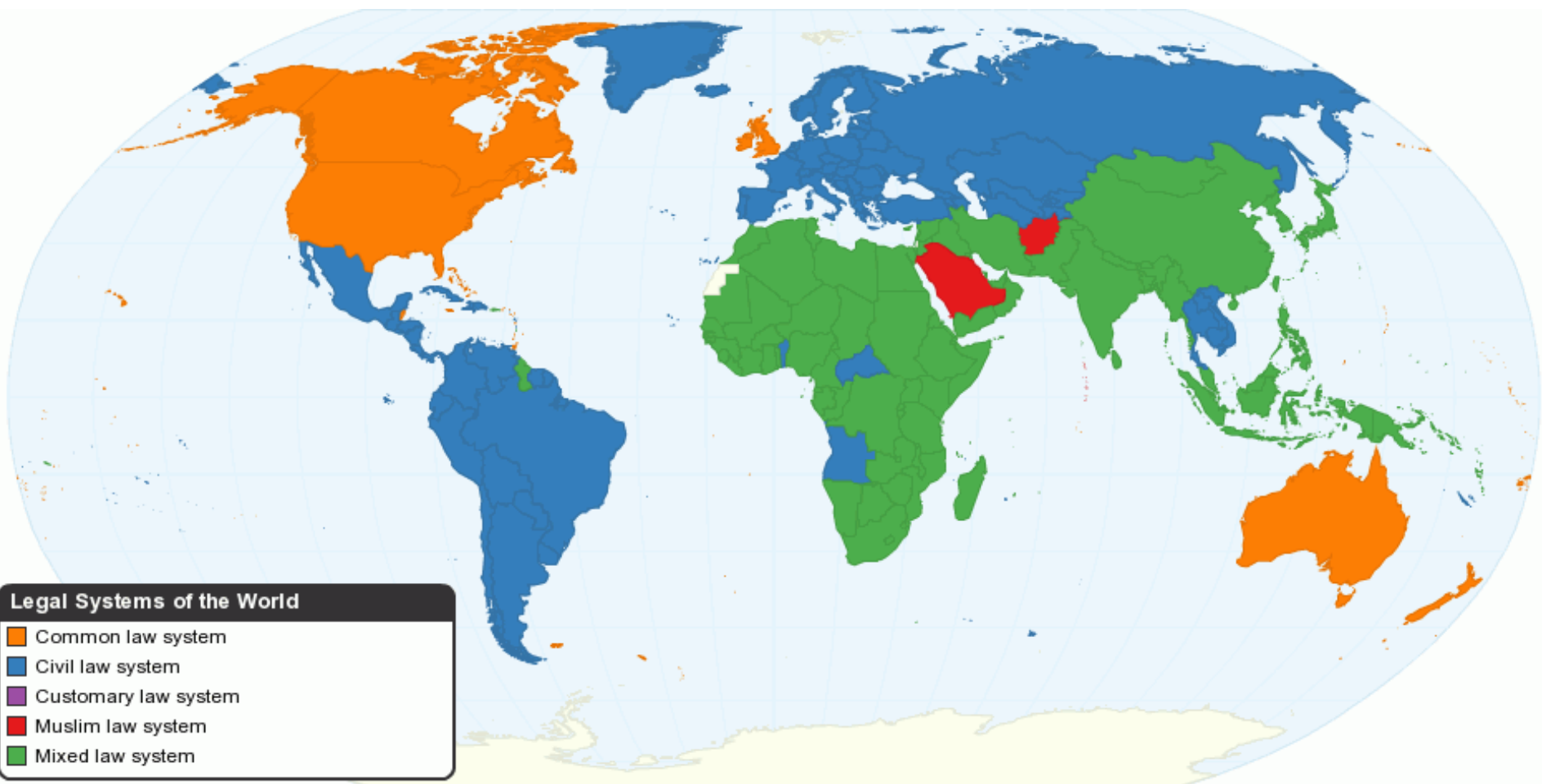
香港基本法 第二十七條

香港居民享有言論、新聞、出版的自由,結社、集會、遊行、示威的自由,組織和參加工會、罷工的權利和自由。

判決：

“自中国回收对香港的主权以来,香港正处于新秩序的初期。与加强国家统一及国土完整性一样,落实一国两制具有根本重要性。而保护国旗及区旗,使其免受亵渎,尊重其独特的代表性,仍是达到上述目的的重要一环。在此情况下,将亵渎国旗刑事化,以限制言论自由,具有强而有力的合法支持。”

# 世界法系分布



# 罗马法典 Corpus Juris Civilis (AD529-534) 在中世纪 复兴—成为教廷法与民法的基础



# 民法典

- Corpus Juris Civilis (AD 529 - 534) 罗马民法典
  - Codex 历来成文法
  - Pandects (Digesta, Pandectae) 法学家理论 (法理)
  - Constitutiones 法律教科书
  - Novella 新法令
- Code Civile Napoleon 拿破仑民法典(1804)
- German Civil Code 德国民法典(Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) (1900)

# 与民法体系审判制度偏离

- 废除「神裁」「戰裁」后采取 证人宣誓作供为庭审主要工具。
- 判案只用「呈堂证据」
- 建立陪審團制度。
- 法官把案情与法律引导陪審团以便陪審团作判决。
- 因陪審团不用道出判决理由，普通法系建了与民法不同得审判制度。
- 故此，形成了一套建立于「普通法至上」，「遵循先例」，「排除性证据法」的「审判程序」和「司法推理思维」。

# 漢朝奠定儒家治國理念

- 董仲舒（西元前 195 年 - 西元前 115 年）：  
《以禮制法，禮法合一》[ 天人三策 ]
- 董仲舒提倡“天人感應”、“天人合一”之說，  
強調德治，德主刑輔的理念。

# 法律文化的基礎？

導之以政 齊之以刑 民免而無恥

導之以德 齊之以禮 有恥且格

論語 〈為政篇〉

# 《天人合一》之制度化

- 從宋後《天人合一》之理念進化為格物致知，即朱熹（公元1130年 - 公元1200年）等人所提倡的儒家理學理念。以《大學》為首的四書成爲科舉的基本讀本。儒家理念成爲實用的司法理念，在斷案時法律所未有具體規定者即可《斷經決獄》（又稱之為《春秋決獄》）
- 審判也強調證據。自古以來的五聽（聽訟，決獄。五聽，辭聽，色聽，氣聽，耳聽，目聽）加上現場。宋慈洗冤集錄為中國第一本法醫著作。
- 審判官員也參考判例 -
- 宋《詹琰夫》的《名公書判清明集》。
- 清《祝慶祺》、《鮑書芸》的《刑案匯覽》

# 制度的特點

- 聽訟與決獄為官府之職責，審理案件放在地方官吏手上，上訴中央的案件送至大理寺，都察院，及刑部處理。
- 程序操縱于官府手上，訟紙有特定格式由官府指定文員填寫，官吏極之排斥任何中介，“律師”被稱之為訟棍。
- 法律制度有以下特點：
  - 道德比法律更重要。法律的地位次于道德。
  - 審判依賴官員品德，不講究程序。
  - 沒有形成司法獨立。
  - 沒有形成律師制度。

明鏡高懸



# 晚清法律改革

晚清（中學為体西學為用）：

1843 虎门条约确立领事裁判权

1864 成立上海租界合审法庭

1904 大清商律草案

1910 大清现行刑律和大清新刑律

1910 大清刑事诉讼律草案和大清民事诉讼律草案

1911 大清民律草案

1908 钦定宪法大纲

1910 预备立宪

# 民国法律建设

- 1912            临时约法
- 1914 -20        北大，東吳，朝陽，清華法學院陸續開辦。
- 1914            律師制度開始
- 1923            中华民国宪法
- 1927-29        六法全書（民法，民事訴訟法，刑法，刑事訴訟法，宪法，  
                  行政法）
- 1947            中华民国宪法 [五权互相制约：立法，行政，司法，考试，  
                  监擦。]

# 新中國的法律革命

- 1949 全國政治協商會議共同綱領（**第十七条** 废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。）
- 1954 憲法建立馬克思主義的法制。
- 1975 憲法文革時期新版。
- 1978 憲法修改。
- 1982 憲法新版（延伸：特別行政區，經濟法律，包括 1986年 《民法通則》）
- 1988 憲法修改（“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展”，“土地的使用权可以依照法律的规定转让”）
- 1993 憲法修改（将“社会主义初级阶段”和“建设有中国特色社会主义的理论”及“改革开放”正式写进宪法；以“社会主义市场经济”取代“计划经济”；规定“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”。）
- 1999 憲法修改（将“邓小平理论”写进宪法序言，与马克思列宁主义、毛泽东思想一起；明确中华人民共和国实行依法治国；确立了非公有制经济在社会主义市场经济中的地位）
- 2004 憲法修改（將“三個代表”寫入序言，鼓勵非公有經濟依法實行監管和管理，保護私有財產）。
- 2005 黨中央提倡《以人爲本，和諧社會，科學發展觀》的治國理念（延伸：18屆黨大會，進一步改革開放，依法治國）



请赐教

[tonyneoh@gmail.com](mailto:tonyneoh@gmail.com)