



AMERICAN LAW

IN A GLOBAL CONTEXT: THE BASICS

美国法律基础解读

[美] 乔治·P. 弗莱彻 著
[美] 史蒂夫·谢泼德

李燕译

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

AMERICAN LAW

IN A GLOBAL CONTEXT: THE BASICS

美国法律基础解读

[美] 乔治·P. 弗莱彻 著
[美] 史蒂夫·谢泼德

李 燕 译

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国法律基础解读/(美)乔治·P. 弗莱彻,(美)

史蒂夫·谢泼德 著;李燕译. —北京:法律出版社,

2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8948 - 2

I. 美… II. ①乔…②史…③李… III. 法律—研究—美

国 IV. D971. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 166664 号

© 法律出版社·中国

[美] 乔治·P. 弗莱彻 著
[美] 史蒂夫·谢泼德

李燕 译

美国法律基础解读

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 12 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 15.5 字数 373 千

印次 2008 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

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 - 8948 - 2

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

Copyright © 2005 by George P. Fletcher and Steve Sheppard
American Law in a Global Context: The Basics *was originally published in English in 2005. This translation is published by arrangement with Oxford University Press.*

本书原版于 2005 年以英文出版。
牛津大学出版社授权法律出版社翻译出版。
版权所有,翻印必究。

著作权合同登记号
图字:01-2009-0457

中文本序

“我不希望你们成为我的追随者，我希望你们在我的基础上成为冲创者。”

——尼采

这是尼采告诫他的学生的话，在此引用，借以表达一个法学教育者对法学学生们的期望，因为这是一本编写给你们的书。

(一)

人类社会文明成果的延展和积累本质，使人们得以继承这些成果，并不断保有和增加他们所继承的东西，于是创造了文明的“智慧”在贯穿于历史规律的同时具有了活灵灵的生命力。“思维”是开启社会文明的原始动力，是智慧的表象。正如 21 世纪德国伟哲恩斯特·卡西尔在《人论》里阐述他的符号哲学一样，人之所以区别于动物，是因为人具有运用符号（symbol）的功能，而动物只能对信号（single）作直观反应。毫无疑问，法律研究是当今时代的一项伟大智

力活动,但不可否认的是,有许多人在学习、研究法律的过程中,陷入了死记硬背的泥潭、纠缠于繁文缛条。中国目前有数以万计的法学学生,如果仅仅把法律教育当作进入法律职业领域的踏板,将一个国家的整套法律视为一个简单机械的集合,那么无论如何是无法体会法律本身所蕴涵的激情与智慧,这对于一个法律人而言是可悲的。但是如果一旦冲破上述阻碍,无疑如同获得了现代文化中的一种“特权”,进而可能成为现代国家中具有影响力的公民。

当代著名社会学家哈贝马斯(Habermas)将人类的学术理论划分为三种类型。即

1. 工具类型——其工作目标是控制自然和社会。例如自然科学、技术科学和心理学、实证社会学等。

2. 沟通类型——其工作目标是增进人际了解和沟通,如历史学、人类学和符号学等。

3. 自由类型——其工作目标是达到人类的自我认识,从而达到精神的自由和自我解放,如美学和艺术学等。

毫无疑问,“法学”是超越于这三大分类之外的一门社会科学。“法学”是一门工具科学,如同美国社会法学家罗斯柯·庞德在《通过法律的社会控制》和《法律的任务》书中谈到的,人类社会须应用法律作为社会文明的控制手段;“法学”又是一门沟通科学,法律促使人与人之间逐渐达成价值上的认同与共识,国际公约使国家与国家之间在和平稳定中寻求发展,正是法律这一沟通手段维系了社会的合理秩序;“法学”更是一门自由科学,它最终将引导人们走向民主与自由。韦伯在论述他

的“法理型权威”时言道：“被统治者只受法律条文的制约，而无须畏惧执法者个人。因为他具有与执法者平等的公民地位，而不是他属下的臣民；他也不必担心出现执法者滥用权力打击报复的情况，因为他了解法规的涵义，并可据以此保卫自己。”可以说法治理想的塑造，法律意识的孕育和普化，法律信仰的建立这一系列社会文化意识形态的培育，在法学从传统向现代的转型与更新中显得异常紧迫与重要。如果说当今法学一大任务乃是通过比较法学借鉴西方民主政治与法制成果的话，那么培育适应这一成果成长的法意识文化土壤则更是不容忽略与犹豫。我们认为学“法学”是现代公民之责任，而倡导和光扬“法学”则是我们法学学生们的进一步责任，历史和法治理想更需要我们这一代法学学生们投入毕生的精力与激情！

我在法学院校里学习和研究法律至今已经是第15个年头了，不算长的时间，可是也不短，从曾经的一名法学学生，到现在的法学教育者，我一直在反思中国法学教育与其他国家法学教育的差别。走出国门，在英国尤其是美国留学深造的经历，给了我许多宝贵的启示。美国的法律教育特别突出简单记忆法律和深入思考法律之间的差别。它认为记忆规则虽然很重要，因为一个律师必须知晓足够多的规则来回答客户和法官的问题，但是除此之外，法律学习者还必须了解在这些法律现象下所蕴含的法理基础，只有这样才能真正理解法律的深层次涵义，才能够准确地服务于社会法律实践。美国的法律教育主要以培养律师为目标，因为法官的晋升主要来自于律师队伍，因此它强调学习法律时要随时像律师一样思考问题。它不强调单纯记忆，因此它的很多课程考

试均为开卷;它也不去强调答案的正确性和唯一性,而是突出分析问题的论证过程,因此它要求站在对抗双方和法官的角度同时分析案件,得出不同结论;它鼓励站在社会学、经济学、伦理学、比较学等不同角度审视既有结论,强调学生逻辑思维、文书写作和口才表达等技能训练。通过这样的分析和比较,学生可以了解到现有法律的一些特性是如何演变而来的,从而更好地掌握处理不确定事件的方法。通过在法律实践、法律判决以及法律改良中的不断磨炼,从而成为一名优秀的法律人。

中国的法律教育现状中,法学院的教师一般都是课堂的主角,学生大都埋头于教材、法条、笔记的诵记。在整个法律教学的过程中,学生容易成为知识的被动接受者,欠缺主动的探索精神、质疑精神和批判精神。在美国法学院课堂上,经常可以看到学生自告奋勇的发言和提问,甚至自发的激烈辩论,但中国的法学院课堂常常是“这里的黎明静悄悄”,即使教师提问也少有学生愿意站起来回答,所以我们要鼓励学生对法律进行深层次的思考性学习,更要站在全球宏观视野下对法律进行比较法研究。另外从思维方式到能力上,中国法学院培养的学生都一定程度上存在着与法律实践脱节的现象,这不得不引起我们法学教育者和法学院学生的思考。

比较中西学术起源,西方学术起源于古希腊哲学,它肇端于好奇冷静地观察自然、思考自然的自由思维活动中。正如亚里士多德在《形而上学》中指出:“希腊人探索哲理只是想脱出愚蠢,他们为求知而从事学术,并无任何实用目的”;黑格尔在《历史哲学》中指出“希腊精神之一大特征就是追求真理,酷爱独立、自由的性格”;柏拉图在《希腊思想和科

学精神的起源》卷一中提到“希腊人关心的是求知本身”。而中国传统学术之始端是先秦哲学,它起源于上古流传下来的“六经”,即汉代人所谓的“六艺”——诗、书、礼、乐、易、春秋。先秦学术区别于古希腊学术的特点就是人伦主义、神秘主义、多元论、怀疑论,忽视形式逻辑的趋向,正如法国哲学史家列·卢宾所指出“东方科学从来没超出实用的目标,以达到纯粹的思辨和演绎普遍原理的阶段”;恩格斯在《自然辩证法》中敏锐地看到“在希腊哲学多种多样的形式中,差不多都可以找到以后各种科学观点的胚胎、萌芽”。中国人在生产方式上自古以来就是一个农业型的文明,面对的是色调单一、枯燥、严峻的自然环境,处在周期性循环的劳作中缺少变化,这使中国文化心态产生了一种区别于古希腊悲剧精神的现世感。这种现世感在生活观上容易使中国文化意识形态缺乏一种精神的动势与活力,缺乏一种理性的思辨和纯粹的推理逻辑。而西方资本主义商业文明从古希腊开始就是一种充满内在躁动性的不安宁的文化,西方文化具有追求未来征服他境的理想主义精神,在他们看来,过去不足道,现世不足道,唯一值得奋斗的就是明天,就是未来。这就是为什么19世纪末叶面对强大的欧洲文明,华夏文明不再像汉唐时期那样对异族文明具有无限的使之“众慕归化”(外部民族在价值观念上对华夏文化的自觉认同)的涵射能力了。听起来似乎有些残酷,但这并非结论,因为今天的我们也在为明天而奋斗。其实在我们选择学习法律时,我们已经不自觉地选择了承担,即对国家社会责任的承担。

(二)

在美国 19 世纪一些法学教授如 John Adams、James Kent、Joseph Story 等的作品中,我们可以看到早期的美国法律思维传统——对于法律教义要有深刻的对比式分析,要用历史分析方法来探索每一条法律的教义,并从比较法角度来对比不同法律系统在处理相似问题时各自的方式。如今随着美国与世界各国利益联系越来越紧密,美国的法律研究人士已经认识到“法律”这一词汇已经不仅仅是指一国自身的法律实践,而是将会演变成为一个全世界的共同准则,因此比较研究美国法律系统和世界上其他法律系统有着重要的意义。这提示了我们,对于学习中国法律的法学院校的学生,我们同样需要扩大视野,学习和了解美国法律,在全球化背景下思考和运用法律。鉴于此,本书就历史、比较、理论探讨等角度对美国法律院校所要求的全部课程逐一进行了简要介绍,不仅有一般的主流观点,而且也有对主流观点进行反驳的其他观点。希望读者们能怀着兼听则明的态度,带着质疑和提问的态度,并结合自身的经验和理解来了解美国的法律思维和法律方法,从而有益于深化我们对中国法律的学习。

这本书是对 George P. Fletcher 和 Steve Sheppard 教授所著的、牛津大学出版社出版的 *American Law in a Global Context the Basics* 的整理和翻译。希望本书能够对中国的法学院学生或者其他希望对美国法律有所了解的人有所裨益。

本书在编写体例上基本沿袭了原著的风格。与大陆法系不同,英

美法系以判例法为最重要的法源,因此对先例的分析和透彻把握是掌握判例法的关键。这本书尊重了原著对案例的重视,在每个章节都通过对经典判例的解读,展现美国的法律制度。初读时,读者也许会觉得这些案例比较冗长,条理也并不非常明朗,这是因为对这些案例是直接原汁原味翻译的,旨在使读者能真切体会美国判例的写作风格。美国法官从不忽视对细节问题的阐述,在分析案情时,他们注重历史的分析方法,强调论证和看待问题的思维方式,而这些都需要对案件进行非常详细的分析才能淋漓尽致地表现出来。此外,每章所附的“思考与评论”部分,旨在引导读者对本章的法律问题进行深入思考,对这部分所提出的问题并没有给出所谓的标准答案,是因为它们本身就没有唯一的标准答案,它们是留给读者们自己去独立思考的线索,这或许就是学习美国法律与中国法律在思维方式上的最大不同。这种启发式的编写模式,充分反映了美国人的法律思维方式,他们对案例的探讨过程展现的是一种方法论。如在探讨美国违宪审查制度的过程中,用长达一章的篇幅分析著名的马伯里诉麦迪逊案,读者在阅读中看到的不仅仅是个案或者判决本身,而是一种美国式的法律思维方式,这种方式精妙而充满思辨。

本书从美国法律人的视角出发写作,但并非只局限于对美国国内法的介绍,而是以更宽阔的视野从比较法的角度对英美法系和大陆法系的相关法律制度进行对比研究,并且结合历史、经济、政治、文化各个层面对法律制度进行分析,无疑有助于我们对法学学习的宏观思考和判断。判例法对先例的尊重最大限度地体现了对历史的尊重,而本书

正是注重从历史角度勾勒出美国法律线索。比如在介绍衡平法这一英美法系特有的法律制度时,从英国普通法院与大法官法庭的斗争,谈到衡平法制度的产生,再到当代美国衡平法体系的现状,使读者清晰了解衡平法制度的来龙去脉。

阅读本书,读者还能体会到美国法学教育的基本模式,鉴于判例在美国法律中的重要地位,美国法学院的教学是围绕案例展开的。这与大陆法系从概念特征到法条的教学模式大相径庭。面对本书呈现出的众多经典案例,也许读者会因为它的生动真实与丰富的情节而兴奋不已,而在接下来对案例的分析中,读者感受到的并非就事论事的讨论,而是一种严谨的思考过程,一种美国式的法律思维,在这个过程中,也许读者能更加深刻地理解霍姆斯的经典名言:“普通法的生命不在逻辑而在经验。”

当然,在阅读本书之前,读者也许已经对英美法系有了大概的了解,那么阅读本书会对美国法律有更多的具体的感性认识,比如美国法官对案情与判决理由的论说都十分充分细致,法院判决篇幅较长,美国法学院学生都需要通过编写案件摘要(brief)来学习判例,以期得其要领精髓。对于案件摘要的编写方法在本书中也有专门介绍,而这些内容在此前读者也许并没有接触过。特别值得一提的是,本书附录部分对学习和运用美国法过程中阅读案例、处理案例以及对成文法进行解释的方法进行了专门的阐述和介绍。这部分内容对于了解和学习美国法极具启发性且非常实用。

此外,阅读本书还能帮助中国读者厘清一些英美法的重要概念,从

而避免对某些术语的断章取义。比如“正当法律程序”这一概念是否只是简单的程序法上的技术性规则？比如“陪审团制度”仅仅就是美国法院审判中对案件事实进行审理的一项分工吗？又比如把“英美法”或“普通法”与“判例法”等概念习惯性地等同起来混用是妥当的吗？诸如此类的问题相信读者在阅读中能够找到答案。

在内容上,本书涵盖了美国法的各个方面,从公法到私法,从程序法到实体法,如此全面的内容,旨在充分地展现美国法律的图景,对深入学习美国法的不同领域提供引导性的思路。当然,对大部分中国法学院学生而言,并不需要深入透彻地了解美国法的某项具体制度,但他山之石可以攻玉,从比较研究的角度了解美国法,对于从事不同部门法研究的中国法学院学生而言无疑都是极具参考价值的。

最后祝愿各位能享受到学习美国法律的美妙历程,取得巨大收获。

李 燕

2008 年 10 月

美国宪政与司法制度——暨联邦最高法院 伏明三编

目 录

中文本序 001

导读 001

第一部分 普通法系和大陆法系

第一章 普通法系 011

第二章 大陆法系 022

第三章 普通法系与大陆法系中的法律语言 043

第四章 判例法的法律推理方式 061

第二部分 宪法的特征

第五章 美国联邦宪法及人权法案 089

第六章 司法审查 101

第七章 联邦制度 115

第八章 宪法修正案 132

第九章 公平正义的优先性 153

第十章 自由权的回归 168

第十一章 陪审团制度 183

第十二章 正当法律程序 194

第十三章 州际关系 206

第十四章 普通法的广泛适用性? 218

第三部分 普通法原理——自由主义及其相关理论

第十五章 大陆法中的封建制 231

第十六章 衡平法的胜利 240

第十七章 当代财产法 255

第十八章 财产权的界线 271

第十九章 合同法 282

第二十章 合同的正义性 295

第二十一章 合同违约之损害 302

第二十二章 侵权法基础 314

第二十三章 法律与经济 324

第二十四章 从共同过错到相对过错 342

第二十五章 争议的界限:惩罚性赔偿金 354

第二十六章 美国民事审判概况 366

第四部分 刑法——对抗制及其可替代制度

第二十七章 你愿意在哪里被审判 390

第二十八章 伯恩哈德·格茨(Bernhard Goetz)之命运 407

第二十九章 国内法与国际法的自卫权 422

总结 440

附录 456

附录 1 怎样阅读案例 456

附录 2 普通法规则(如何处理案例) 459

附录 3 成文法解释 473

后记 478

导 读

欢迎学习美国法律。

也许你是一个在美国学习的大学生或研究生,想要了解一下美国的法学院;也许你认为法律知识是学习经济、历史或哲学所必需的基础知识;也许你在欧洲、亚洲、非洲或者其他地方攻读法律学位;也许你早已经是在某些国家法律体系中培训出来的律师,但想要进一步了解美国法律;也许你已经来到美国法学院学习法律,攻读 LL. M. 学位;也许你是在网络提供的课程中学习和了解美国法的。

不论你的背景是什么,如果你正在寻找一种了解美国法的方法,这是一本适合你的书。

本书是对美国法律和多数美国法学院第一年所讲授的律师执业知识的总结,而且本书已尽量写成了对于没有接受过法律教育的读者也同样通俗易懂的教材。

通过本书,我们希望可以帮助读者了解到法律的基本观念,包括普通法系和大陆法系的介绍以及一些比较好的美国学校训练律师的方法。普通法系和大陆

法系是当今世界法系中两个最主要的家族。普通法在英语国家中被普遍适用,而大陆法系则适用于除了受部落法、伊斯兰法系和中华法系控制的其他任何地方。在大陆法系国家接受过法律教育的读者应当清楚,尽管有许多变化,但其实美国法律系统与众多国家的法律系统还是很相似的,成文法与判例法之间并没有那么多的实质差异,不同的语言、历史、法律方法、政体或者意识形态并不会造成无法逾越的障碍。对于大陆法系的读者来说,本书的任务就是转变其对美国法律中一些重要制度的看法。你可能对美国法律中的一些观点、理论产生好奇,其实它们同样也会让美国法学院的学生感到惊奇。而我们所要做的就是提醒你注意到这些观点、理论,在了解美国法律的过程中,以一种全球的视角来审视新观点和新问题,从而有助于你對自己国家法律的学习和研究。

本书会指出普通法系特别是其中的美国法与众多法律系统的不同之处,本书所关注的是一些为美国法学院的课程所要求,能够帮助读者理解普通法以及美国法律文化教育精髓的不同点。美国法不是世界上唯一的法律文化,通过与其他法律系统的对比,我们能更清楚地看到美国法律系统的优缺点,从而让我们能用一种全球化的视角来看待各自国家的法律。

在了解美国法律之初,我们首先要让读者了解十个要点,这十个要点是在接下来的章节中去学习美国法律的基础。当然,这些要点仅仅对于一般情况的表述,随着内容的不断深入,也许你会发现一些例外情况及限制条件。

(一) 美国成文法基本上是州一级的法律

在美国,侵权法、合同法和财产法、家庭法、商法、公司法、刑法等都建立在州法律和阐明的判例中。在所有的州和哥伦比亚特区中有 51