



美国法精要中译本
Nutshell Series

Historical Introduction to Anglo-American Law



盎格鲁-美利坚法律史

[美] 腓特烈·坎平 著 屈文生 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海市人文社科基地建设项目
上海市教委高水平建设项目
上海市教委法律翻译学项目



美国法精要中译本
Nutshell Series

*Historical Introduction to
Anglo-American Law*

盎格鲁-美利坚法律史

[美] 腓特烈·坎平 著

屈文生 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

盎格鲁:美利坚法律史 / (美)坎平(Kempin, F.)
著;屈文生译. —北京:法律出版社, 2010. 3

书名原文: Historical Introduction to
Anglo-American Law

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0500 - 3

I. ①盎… II. ①坎…②屈 III. ①法制史—美国
IV. ①D971. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 033567 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾 菲

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/850 × 1168 毫米 1/32

印张/9.125 字数/215 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0500 - 3

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一部分 普通法的背景	(1)
第一章 法律史是什么	(3)
第一节 “法律史”的含义	(5)
第二节 诺曼征服前	(7)
第三节 诺曼人带来的变化	(9)
第四节 盎格鲁-撒克逊时代以及早期诺曼法	(11)
第五节 几个基本概念	(13)
第二章 法院组织	(20)
第一节 古代法院	(21)
第二节 王室法院	(25)
第三节 亨利二世改革与中央法院的起源	(27)
第四节 结论	(39)
第五节 现代英国法院	(39)
第六节 美国殖民地的法院	(40)
第三章 陪审团及其他认定事实的方式	(43)
第一节 宣誓断讼法	(43)
第二节 决斗断讼法	(45)
第三节 陪审制	(46)
第四节 陪审团的起源	(48)
第五节 19 世纪美国的陪审制	(62)
第六节 美国的陪审制现状	(65)
第七节 结论	(65)
第四章 法官和律师	(67)

第一节	律师的职能	(67)
第二节	律师费	(69)
第三节	法律职业的起源	(70)
第四节	美国的律师	(76)
第五节	法官	(79)
第二部分	法律渊源	(83)
第五章	习惯与判例	(85)
第一节	习惯与法律	(85)
第二节	作为法律渊源的判例	(87)
第六章	成文法与法典化	(95)
第一节	成文法的起源	(96)
第二节	法典化	(98)
第三节	法律解释	(102)
第七章	学说著作	(104)
第一节	从格兰威尔到利特尔顿	(104)
第二节	从利特尔顿到肯特和斯托里	(107)
第三节	从肯特和斯托里到今天	(109)
第三部分	传统领域的普通法	(113)
第八章	不动产法	(115)
第一节	盎格鲁-撒克逊背景	(115)
第二节	诺曼背景	(118)
第三节	土地的继承	(125)
第四节	保有权的主体——教役及自用地	(127)
第五节	可继承不动产的用益	(133)
第六节	遗孀地产权与鰥夫产权	(143)
第七节	租赁保有地产权	(145)
第八节	土地的遗嘱继承	(149)
第九节	用益及遗赠	(153)

第十节 《用益法》和《登记法》	(155)
第十一节 现代信托及遗嘱法	(157)
第九章 侵权行为法	(159)
第一节 古代法	(161)
第二节 侵害令状下的责任理论	(164)
第三节 过失	(168)
第四节 现代过失理论	(172)
第五节 结语	(173)
第十章 合同法	(183)
第一节 早期有合同性质的格式文件	(184)
第二节 因简式契约而引起的类案侵害之诉	(193)
第三节 事实上默示的合同及准合同	(209)
第四节 对价原则	(211)
第五节 经济力量	(216)
第四部分 法典中的普通法	(219)
第十一章 法律与商业——作用与反作用	(221)
第一节 早期的商法	(222)
第二节 贸易的发展	(224)
第十二章 可流通票据法	(226)
第一节 可流通票据的种类	(226)
第二节 汇票	(227)
第三节 本票	(232)
第四节 普通法的后续发展	(234)
第五节 法典化运动	(235)
第十三章 商业组织法	(238)
第一节 早期的法人概念	(239)
第二节 合股公司	(243)
第三节 有限责任	(244)

第四节 美国的公司 (246)
 第五节 公司地位的特权 (249)
 第六节 合伙 (250)
 案例索引表 (256)
 术语表 (258)
 后记 (285)

第一部分

普通法的背景

第一章 法律史是什么

正如过去所说,穷人们命由天定,法律也总是陪伴着我们。大约在基督纪元前 2000 年,汉谟拉比就为古巴比伦王国制定了著名的法典。^① 在《汉谟拉比法典》颁布约 800 年后,古以色列人制定出了《摩西法典》。^② 在这些古老法典得以颁布之前,原始人的实践与习惯虽不能称为现代意义的法,但几乎等同于法律。实际上,有些一直保存至今的原始部落仍然受这种未定形的法的调整。

每一条法律规则、理念、规范都有着各自的起源;它们都有各自的发源地,它们的存在亦有某种理由。有些规则的出现完全是因为机缘巧合,而有些规则是深思熟虑的产物。有些规则是因人

① 《汉谟拉比法典》(*Hammurabi Code*)有时亦被译为《汉默拉比法典》。公元前 18 世纪由古巴比伦王国第 6 代国王汉谟拉比(约公元前 1792 ~ 前 1750 在位)颁布的法律。是古代楔形文字法中最具代表性的一部法典,也是世界上迄今完整保存下来的最早的一部法典。法典原文刻在一座黑色玄武岩石柱上,故又称“石柱法”。1901 年为法国考古队在伊朗古城苏萨遗址发现。石柱上端是汉谟拉比王站在太阳神夏马西面前接受权杖的浮雕,下端刻满法典条文。其中有 35 条已经磨损,但根据在苏萨及其他地方发现的泥板文书上的法典抄本片断,大部分得以补上。石柱现存巴黎卢浮博物馆。参见《中国大百科全书》总编辑委员会编:《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 2006 年版,第 232 页。

② 《摩西法典》(*Mosaic Code*)是古希伯来法律制度的精华所在。关于希伯来法律产生情况的主要资料是依据《圣经》中的《旧约》部分。公元前 1320 年,埃及内乱,先知摩西率领希伯来部众逃生,路经西奈山时,为整顿部众纪律,以“十诫”相互约许,并订审判法,于是顺利地完成了远征。据记载,希伯来人最原始的法律渊源是“摩西五经”,即《圣经》中“创世纪”、“出埃及记”、“利未记”、“民数记”和“申命记”所记述的法律内容。参见由嵘主编:《外国法制史》,北京大学出版社 2000 年版,第 9 页。

的弱点发展而来,而有些是人类优点的成果。有些规则仍是对远古争斗的喧嚣的回应,而随着时间的消逝和习惯的变化,形成了一些其他规则。

今天,同历史上其他任何时刻一样,法律充斥在人们生活的各个方面。这是法的本性,因为法律指引人与人之间的关系。它告诉人们如何会因犯罪而受到惩罚;它要求人们须因其过错或无过错伤害他人的行为付出代价;它告诉人们要使许诺具有合同的强制力,应该做些什么;它督促人们纳税;它要求人们在从事商业活动、结婚,或甚至在做钓鱼这样的田园式消遣时必须获得许可。

每一种成熟的法律体系从其远古起源到它形成体系之前都会经历漫长的历史时期。在经历 800 多年的发展之后,盎格鲁-美利坚法体系(或称英美法体系)已经相对成熟,它也一直是许多法律人所研习的对象。盎格鲁-美利坚法的前身是古老的、已经几乎失传的盎格鲁-撒克逊法,我们可以在约公元 500 年时居住在英格兰的日耳曼人部落法中找到其更为古老的渊源。

现代英美法中的大多数法律概念是在过去 800 年之内形成的。只有少数法律概念可能源自盎格鲁-撒克逊时代。而若要从原始的日耳曼法制度中找到英美现代法的渊源,可能就需要花费大量的精力和想象力了。不过,英美法的发展从不是独立于西方世界其他法律制度而发展的。英美法从罗马法中获益良多;同时,教会法也为英美法的发展贡献出了一份思想。

所以,要对盎格鲁-美利坚法律史进行一番讨论,切合实际的时间起始点应是它发展成为普通法——即它首次成为独立法律职业群体所研究的对象之时;当然,考察这一时间点以前的历史事件或探讨其他制度也很有必要,它们必将有助于解释某些问题。综上,本书研究的时间起点是 13 世纪初期。

第一节 “法律史”的含义

通常意义上的“史”是什么？这是一个很模糊、很难回答的问题。“法律史”的意思同样棘手。一切历史里均有“什么时间、什么地点以及为什么特定事件会发生”这样一系列的问题。此外，还有与这些事件有关的思想的发展。

以战争史研究为例。我们要知道特定战争开始的时间、发生的地点以及发生的原因。例如，对“美国内战”的研究已有 100 多年的历史，有些人几乎弄清楚了内战期间每场主要战役和冲突，他们可以告诉大家是谁、何时以及怎样发生。这个研究过程肯定是一项痛苦的、需要付出极大努力的任务。除此之外，还有不少研习战术的学人，他们会得出为什么某一战役会失利的理论，他们还会得出哪些战略及策略是成功的，哪些是不成功的缘由。从事实中，他们得出无数理论。当然，还有一些人则会研究冲突的原因——社会的、政治的、经济的、哲学因素、物性因素及行为因素。

法律史研究是相似的。当然，我们研究的不是战争，而是判例以及立法，其本身是冲突的人或群体之间“斗争”的结果。对这些“斗争”进行的研究会得出事件前因后果的关系理论。

与“一般史”的研究者一样，法律史研究者首要关心的问题亦是，发生了什么。研究者其次的问题是，为什么会发生。第一类问题的结论常因新的发现而被推翻；第二类问题的结论也不怎么稳固，因为辅助解释的知识领域在不断扩大。第一类问题的准确性在某种程度上可通过历史学成果的客观标准来衡量。但是，因为我们使用的现代社会科学或是自然科学的方法或手段对于那些历史事件亲历者而言闻所未闻，所以猜度和主观臆测的因素难免会不断出现。有些学者经常是在资料并不充分的情况下就得出了研究结论，甚至于有时根本是在无中生有。这些总是屡有发生。

大多数法律思想是在法庭的审判程序和立法委员会制定法律的过程中形成的,是集体智慧的结晶,而非由某一个人发展起来。当然,个人思想有时也被采纳成为法律的一部分。政治学思想及近年来的经济学思想和社会学思想常常是由个人思想发展而成。我们现行宪法^①即是最初由个人发展而来,进而为制定者及司法解释机构所接受。我们的反托拉斯法接纳了经济学思想;在解决种族关系的问题上,则一定程度地反映了社会学思想以及一般行为科学思想。法哲学(legal philosophy),或应更精确地说法理学(jurisprudence),常常影响到司法及立法的决定。法理学本身并不是法律,它是个人关于法是或应该是什么的思想。

那么,说到“法律史”,我们最低程度是指一直用于维护我们社会秩序的法律概念、法律原则及法律规则的发展过程。因为这些概念、学说及规则是在特定环境和特定时期产生,因此研究者应在可能的限度内,尽量设身处地依据当时的环境和时期来对它们加以考察与解释。而最好的,法律史应该告诉我们事件为什么发生。至于这一问题的答案,我们有时能够得知,有时则需要靠猜测,而有时一无所知。

尽管变化的社会是法律发展的大背景,但是我们绝对不能说社会形势是造成法律变化的唯一原因。自从法律职业出现以来,法律人对法律的思考就一直是这种变化的主要原因之一。在某些历史时期,法律人对法律的思考看起来甚至完全与社会形势脱节。有时这种思考就像一场为思考而思考的游戏,这样设置的法律一般是由已被接受的法律观点的理论上合乎逻辑的推导发展起来的。

社会形势会影响制定法。制定法的出台一般旨在纠治某种明显的罪恶或提供某种救济。虽然法律人在立法过程中未必会占据

① 是指美国宪法。——译者注

主导地位,但是他们的思维在制定法的解释上毫无疑问发挥着作用。在司法解释过程中,法律可能会变得同立法者的本意相去甚远,从而,司法解释可能造成一部新法。无论是在私诉案件还是在公诉案件中,双方律师都可能根据需要竭力对制定法的范围作出扩张解释或缩小解释而由法官必须依据先例及基本法理做出选择。不管哪方获胜,法律都会发生改变。即便是在基于普通法所确立的原则而裁决的诉讼案件中,也会发生上述这一过程。用律师的话来形容这一程序,即“法律随着它的适用而变更”。

第二节 诺曼征服前

13 世纪早期的法学家们的努力在创造出一套新的法律体系,即普通法体系,时到达了顶峰;这是诺曼征服的产物。作为法兰西西部征服者的斯堪的纳维亚人的后裔,诺曼人担任着管理人(administrator)的角色。他们并未将成文法带到英格兰来,而是改造了当时的盎格鲁-撒克逊法。诺曼人的管理才能最终发展出了诺曼法院及立法机关,而上述机构中采用的程序则创造出了最早的英格兰法体系。

诺曼征服者于 1066 年踏上的土地并不是一片未开发的荒野,他们征服的民众也并非是一帮野蛮人。他们征服的是一个有着良好政制(包括法律与法院)的国家。征服者威廉(William the Conqueror)藉称为王位的占有人而进入英格兰。而他颁布的第一批法案中就有一条是承诺继续执行忏悔者爱德华国王(King Edward, The Confessor, 1043 ~ 1066)时期的法律。事实上,诺曼法同盎格鲁-撒克逊法在概念以及实践中并非截然不同。在管理上,诺曼人远远领先于他们的英格兰臣民;但在法律上,诺曼人并不存在这样明显的优势。

在诺曼征服前,英格兰社会的基本价值观与所有日耳曼国家

的一致。附庸封臣(vassal)与其领主(lord)的关系是主要关系。领主负有保护附庸生命安全的责任,如附庸非正常致死,还有替其复仇的义务。这种关系与人们在其家庭成员被杀后有责任进行复仇或获得赔偿极为相似。血亲复仇的规则受法律和习惯的严格规制,会明确规定复仇可以采用的方式、赔偿可以要求的数额、赔偿金应支付的地点以及不需支付赔偿的情形等。假如一名“被逐出法外者”(outlaw)遭杀害的,其亲属不可以实施复仇,同样的例外规定还适用于为保护领主或保卫女性近亲属而杀人之人。由于教会提倡赔偿而非粗野的身体复仇,这在缓和暴力方面发挥了重要影响;然而,血亲复仇在诺曼征服之后仍存在于英格兰各地,尽管程度不同。

在诺曼征服前,(英格兰)政府尚未集权。郡(县)在诺曼征服前一直是行政的基本单位,有些郡(县)早在日耳曼征服者统治时期就已存在,日耳曼征服比诺曼征服还早 500 年。一郡由郡长(sheriff)、方伯(ealdorman)还有主教(bishop)管制。王室政府很少对这些郡县给予扶持或干涉。当时的英格兰确有国王,但是国王通常协同贤人会议^①统治;优柔寡断的君主会经常召集此会议,而一些强势的君主可能根本不召集。但无论属于哪一种情形,国王的权力还称不上大,王位也非世袭,因为贤人有权选举王位继承人。以艾尔弗雷德(Alfred)国王为例,他在其兄死后成为国王,而将其兄之众子(尚未成年)排除出了王位继承人之列。

每一郡(县)又被细分为若干叫作“百户区”(Hundreds)的行政单位。百户区大体上相当于今天的镇(township)或地方自治区(parish),它们仅对郡(县)负责。最小的行政单位叫作“村”(vills),它们是老百姓生活居住的地方。

最后,还有大小不等的市镇(boroughs,一译自治市),在盎格

^① witan,意为精通法律之人。

鲁-撒克逊时代,它们曾是筑堡设防的地方。后来当贸易日渐发达,当新式的战争方式需要新的筑墙的城堡时,这些市镇遂成了举行集市的地点。

第三节 诺曼人带来的变化

诺曼征服者在管理国家方面做出了一些变革,他们意在获得显著的效果,但事实上并没有在多大程度上改变英格兰固有的习惯。诺曼人并没有采用盎格鲁-撒克逊时代由国王挑选的或国王被迫召集的、不确定的贤人会议。他们创设了“大谏议会”^①或称为“大库里亚”(Magna Curia)这样的议事机构。大谏议会以国王为首,成员主要包括大领主(国王授予大领主大片土地以作为效忠他的回报)和高级教士(持有教会土地,参加会议是他们部分义务)。库里亚最终发展成为了英格兰的贵族院(House of Lords),后来又在这一基础上增加了平民院(House of Commons)。这些都为后来的美国两院制立法机构提供了明确的模型。

诺曼国王仅通过任命郡(县)的郡长便取得了对各郡(县)的控制。郡长一职不再是世袭的,它受到国王以及财政署(the Exchequer)行政官员的紧密控制。北部、西部的特权县^②例外,因为它们处于对抗威尔士人与苏格兰人军事缓冲地带,所以,作为回报,国王给予它们以实质上的独立地位。为了获得教皇对于征服的认可,诺曼征服者同意主教不再负责郡县的管理工作,而专门为他们设立了单独的教会法院以处理教会事务。上述措施完成了两大目标:教会如愿以偿从世俗事务中抽身;教会事务不再受世俗人

① the Great Council,一译“大会议”。

② palatine counties,一译“巴拉丁郡县”;有时也拼为“county palatine”,多译为“特权领”。

的干涉,完全留给了教会自己处理。

盎格鲁-撒克逊社会中显赫一时的方伯(ealdorman)职位在诺曼征服后消失了。

在管理上,诺曼国王启用个人亲信,国王对这些人委以特定职责,有时是司法方面的职责、有时是使节性的工作、有时则完全是行政性职责。这些官员在他们的一生中有可能会完成多种不同类型的任务,他们或组成王廷小谘议会(the Lesser Council),^①或组成王室内府(Household),同大谘议会一起成为“国王法院”(King's Court)或称“御前会议”^②的组成人员。

盎格鲁-撒克逊时代就有松散的领主-附庸关系存在。拥有大片土地的领主请一批塞恩^③(thane)(他们原来是勇士)作为他的随从。每一位塞恩都会被委以一小片土地,该土地通常不可以继承。塞恩通过使用隶农^④在土地上的劳作来维持他们的生活。但是,诺曼人将这一关系改变成了欧洲大陆式的封建主义(Continental Feudalism)。封建主义是一种建立在个人关系基础之上的土地持有制度。作为宣誓效忠的回报,国王将大片的土地赐予享有特权的大领主,条件是他們要向国王永久服役(services)。本质上,国王是在购买领主的役务。国王向领主支付的不是金钱(在非货币化经济中,金钱支付几乎不发生),他向领主们支付的是土地的使用权,通过土地,领主可以维持他们的生活。然后,这些大领主们可以将他们得到的部分土地再赐予小领主;小领主要对大

① 王廷的会议有两种,一种称为“大谘议会”或“大会议”,由国王、大领主、高级教士参加,处理重大政务;一种称为“小谘议会”或“小会议”,由一小批国王比较亲信的官员组成,主持日常工作。The Lesser Council 与 Great Council 相对应,分别指小会议与大会议。

② Curia Regis,一译“王廷”。

③ 塞恩是指盎格鲁-撒克逊时代的大乡绅,是一种旧式荣誉称号,类似于男爵。

④ villein。