第一章　美国法律的渊源和性质

一、历史状况

美国法律的历史始于 1607 年英国第一次在弗吉尼亚州詹姆斯敦的殖民。它的发展阶段包括以下历史：英国殖民地时期，当时十三个殖民地(仅有 300万居民)于 1776年提出《独立宣言》组成国家时期(1776—1788 年）以及随着联邦宪法的批准(1788年)和华盛顿总统任职（1789年)而开始的‘合众国’独立的国家地位时期。

在殖民地时期,英国法律,无论制定法或判例法,都生效,[1]它由适合地方条件和需要的殖民地立法加以补充。各殖民地的法律结构以及随之而来的、它们所拥有的立法权，都有所不同。其中有些是英王直辖的殖民地，服从皇家总督。其他的由私人公司或集团在皇家特许状基础上治理，第三种则是持有皇家特许状的、独立的、法律上的实体，从而对英王具有更大的独立性。

革命导致不利于适用英国法律的反作用。有些州立法禁止引用独立后所作出的英国判决，单就采用成文宪法这一情况而论，就是“和英国传统的一种决裂”[2]。1812 年被批准加入联邦的路易斯安那州，继续遵从法国法律传统，采用以法国为范例的法典编纂(其中有一部民法典),迄今仍依附这一传统,[3]在西部和西南部各州，例如家庭财产法领域中，至今仍有原先西班牙和法国法律概念的显著影响。然而，一般地说，在 19世纪见到了向英国法律传统的回复，肯特(James Kent)[4]和斯托里(Joseph Story)[5]的巨著对此起了决定性作用。布莱克斯东（William Blackstone）的《英国

需要全本请访问 www.ertongbook.com

法释义》于 1803 年开始在美国出现，促进了对英国法律的了解。

因而，现在美国的法律方法论、法律用语和私法的基本概念，仍是“英国的”。许多州法律明文规定采纳英国普通法。[6]大概在美国内战时(1861—1865 年),英美两国法律制度开始分开发展。美国立法日益修改和发展普通法的判例法，而司法判决则在被接受的普通法上加上了“美国注释”。现在美国法院很少引用英国判决。法学作品在本国法律结构中寻求解决新问题的办法，有时则从比较角度参考英国法律的发展。尽管有这种向精心创造本国式解决办法的自然发展，但与欧洲大陆法律制度的情况来比，英美两国法律构成了一个相互具有更密切关系的法系，[7]特别在私法领域中，更是如此。

二、制　定　法

美国法律开始主要由判例法构成。然而,从 19 世纪末以来,制定法越来越重要。经济和社会立法，例如 1890 年的谢尔曼反托拉斯法以及 20 世纪早期的工人补偿法就代替了这些领域中的普通法。专门的行政机构，如州际商务委员会和后来的联邦贸易委员会，承担了法院的一些调节职能。所以美国现在的法律制度既不是一个纯粹的判例法制度，也不是仅由法律或法典编纂构成的，倒不如说它是一种混合制度，因而和欧洲大陆的发展并没有实质区别，后者通过判例法意义的日益增进而向混合制度发展。但美国法律制度的重点仍在于通过司法判决对法律的解释和发展。制定法和判例法的关系将是下节的主题。

制定法存在于联邦一级和州一级。联邦宪法以明文列举规定联邦立法管辖范围[8],将所有其他立法权保留给各州[9],并在宪法第 6 条的所谓“最高条款”中规定,联邦法律高于州法律。根据最高条款规定,“联邦法律”首先是由宪法本身(以及最高法院的具有拘

束力的宪法判例法,参见以下)、联邦法律(包括联邦行政机构发布的执行规章)以及联邦条约[10]构成的。其他国际协议,如单独由总统缔结的“行政协定”[11],也属于最高条款,以及它们与其他联邦法律的关系是与条约一样的[12]。除行政协定的地位外,联邦法的效力要服从“lex posterior derogat priori”(“后法胜前法”)的准则,它特别是指联邦条约在其国内适用方面,不享有任何超过以后与它抵触的联邦立法的地位。[13]各州的制定法则是由州宪法、州法律和郡、城市的法律规章(通常称为“条例”)构成的。

三、判 例 法

美国法律制度,像英国一样,在方法论上主要是判例法制度。大部分私法领域主要是由判例法构成的,而大量和不断增加的制定法继续从属通过判例法的、具有拘束力的解释。因而判例法方法的知识以及运用判例法的技术,对了解美国法律和法律方法论是有头等重大意义的。

(一)定义:普通法、衡平和判例法

在历史上,普通法是由英国皇家法院巡回法官所发布的、普通的、一般的法律,高于地方法律。一个权利要求的执行须先有一种专门的诉讼形式,一个令状,结果是最初的普通法代表了类似古罗马法的“诉讼”制度。如果有一个令状,[14]一个权利要求才得以执行;没有一个令状,就无法提出权利要求,权利要求就不存在。当“牛津条例”(1258年)禁止创立新令状时,这一制度已成为硬性

的,除非‘类推令’*容许有灵活性，后者以后导致合同法和侵权行为法的发展。[15]

这些诉讼形式的狭隘性以及它们所提供的有限的求助手段，导致衡平法和衡平判例法的发展。“衡平”,就它实行‘衡平’(ex aequo et bono〔公正善良〕)判决这一总的意义来说,首先由英王授予,以后则由作为‘英王良心看守人’的大法官授予,以便在疑难案件中提供补救。可是,在 15 世纪，衡平法和衡平判例法发展成为一种独立的法律制度和司法机关（大法官法院），它和通常的普通法法院发生竞争。衡平法的规则和准则也变得固定起来，在一定程度上像任何法律制度一样硬性。衡平法的特征包括：特殊履行形式的补救(不同于普通法的损害赔偿费判决)禁令(一个从事或不从事特定行为的暂时或最终的命令）；所谓衡平法准则的发展，这种准则渗透整个法律制度，并在很多情况下说明了现代法律概念的起源。[16]可是，通常的衡平补救仅在普通法补救不适当时才成立。例如，对不动产购置的特殊履行之所以予以同意，就因为普通法的损害赔偿被认为是不适当的。由于不动产的独一无二性，这种赔偿费无法补偿购买人。

像普通法一样，衡平法通过司法认可或制定法明示规定[17]而成为美国法律的组成部分。现在，这两种制度在美国许多辖区都已合并(1848 年纽约州带头），结果是在这些辖区和联邦实践中，只有一种民事诉讼形式。仅有少数几州还继续保持单独的衡平法院。但提到这一历史发展还是重要的，因为一方面，它说明了许多现代法律概念(例如财产法中产权的划分)的来源和意义 另一方面,它仍然关系到这样一些问题的决定，如是否有权由陪审团加以审理

* 类推令原文是‘“Writ upon the case”。根据传统观点，英王爱德华一世于 1285 年所颁《威斯敏斯特第二条例》，授权大法官在相似案件中通过类推发出新的令状。
——译者

（仅在普通法诉讼案件中，在其他案件中则仅由法官审理）。[18]此外，这一区别将决定是否适用‘平常’的普通法损害赔偿补救，或是否可用‘非常’的特殊履行的衡平补救。

“判例法”说明了法官创造的整个法律，包括普通法先例和衡平先例。在不准确的和含混的用法中，“普通法”和‘判例法’两词往往是通用的。在这种用法中，“普通法”一词指与制定法相对比的、法官创造的一般的法律。“判例法”始终是指法官创造的法律，而“普通法”却不同——以所指意义而定：或者指普通法主题中法官创造的法律或者更广义地指法官创造的一切法律。

（二）判例法方法论

判例法制度的基本原则是：下级法院受它们的上级法院判决（先例）的拘束。这就是 stare decisis（遵从前例）的原则。在这一意义上，州下级法院在州法律问题上，受它们的州上诉法院（顶端是州最高法院）判决的拘束，而在联邦法律问题上，则受联邦法院，特别是联邦最高法院判决的拘束。联邦法院在联邦法案件中受它们的联邦上级法院判决的拘束；可是在州法律问题方面[19]，则受相应州法院有约束力的判决的拘束，只要这些判决并不违背联邦法律。有关最高法院，州的或联邦的，可以离开（撤销）它以前所建立的先例，从而创造新法律。这种法律方向上的改变，仅影响正在审理的和今后的案件，对以前根据旧先例判决的案件并无影响，这些先例当时已成为 res judicata（确定判决）。[20]一个下级法院将很少有意识地离开[21]现行的先例，它按例只是在预期并深信上诉法院将同意其意见，认为该先例已过时，因而将撤销它并维持下级法院判决时，才会这样做。[22]重复一遍，这是例外，下级法院更经常地是遵照先例，让上诉法院根据上诉而改变先例。

司法先例在美国法律中的首要意义提出了一个问题：在一个

需要全本请访问 www.ertongbook.com

具体案件中，拘束下级法院在该案中的先例是由什么构成的。为此，必须严格分清一个上级法院判决的 ratio decidendi（判决根据，即“ holding”〔判决中的法律原则〕）以及在判决中可能包含的 obiter dicta （附带说明）。在判决中可能表达的关于法律情况的一般法律原则或一般意见，并不是判决的组成部分，它们属于 obiter dicta 范畴。这些东西可能容许有关于这一判例法今后可能发展的结论，或对法律意见的形成具有影响。但它们并不构成“ 判决中法律原则 ”(即“ 先例 ”)的组成部分。有拘束力的先例只能是：对争讼案件在它据以产生的特殊事实范围内作出的判决来说，是必不可少的东西。

这就说明了美国法律思想中关于“ 案件事实 ”的成见，它对许多民法法系法学家来说，是很难理解的。不仅争讼案件的事实，而且还有一切可以设想的先例的事实，都是重要的。由于任何案件确实不会同前判案件一样(“ 完全一致”)，当事人的律师就不得不对各案事实加以比较，提出有利的先例作为和正在审理案件确实相似的先例，以及相反地主张一个不利的先例确实是完全不同的（应予“ 区分 ”),因而不应适用于正在审理案件中。这样,法律辩论大部分是比较事实的分析。显而易见，这种方法本身具有革新和发展法律的可能性：不一定明文撤销一个过时的判决，一个上诉法院可以鉴别新案件中事实情况，并通过对旧先例的最后不予适用，而将该先例限制得使它原先的权威性丧失殆尽。[23]同样，一个下级法院，如上所述，受它的上诉法院先例的拘束，难得打算推翻先例，但它可以用在先例事实和正在审理案件事实之间作出广泛鉴别（区分）的办法，在一种新形式下来解决问题。

美国法律制度中法律的发展是立法和司法创造法律二者相互作用的产物。以上说明了通过判例法的司法创造规则的方法。立法者将通过具体法律的制定来改变和调整这种发展。例如，在立法者通过《统一商法典》[24]的制定而编纂很大部分合同普通法时就

如此。可是对法律(例如对《统一商法典》)的解释,转过来又属于法院的领域。法院对一个具体的制定法规定的判例法，将作为先例拘束兹后发生案件中的下级法院。[25] 因而，可适用的法律并不是制定法规定本身,而是法院所解释的规定(即‘司法注释”)。如果司法判决过于离开立法机关所意图达到的目标，后者可能通过新的、改正的立法。为了实际运用美国法,因而要特别强调发现最新的、可适用的制定法规定，不应是考查和研究的目的。不如说，必须另外考查在每一案件中，这一特定的规定已如何由判例法加以解释。归根结底，只有这种法律才是决定性的。

（三）寻找可适用的判例法[26]

(1) 普通法主题

且让我们假定，要解决一个没有法定条款可以适用的案件时，就必须仅适用判例法。因而如何找寻可供适用的先例呢？

美国联邦各法院、各州最高法院的全部判决，以及州的中级上诉法院的许多判决，都是公开发表的。联邦判决登载在三个主要汇编中美国最高法院判例汇编,简写 U. S.)[27] 联邦上诉法院判例汇编,第 1、2 编(简写 F. 或 F，2d) 以及联邦地区法院判例补编(简写 F. Supp.)。每州都有各自的判例汇编。此外,州最高法院判决也发表在所谓《地区报告》中，引证一个州判决往往包括州和地区两种来源,例如 17N. Y. 2d，27；215N. E. 2d，159(1966),意即：该判决可参见《纽约州最高级法院判例汇编》第 2 编第 17 卷第 27 页以及《东北地区判例法报告》第 2 编第 215 卷第 159 页,该案于 1966 年判决。

寻找一个先例的第一步是用一种百科全书[28],例如 Corpus Juris Secundum(《美国法律原则大全》),一部多卷集丛书,其中包括按字母顺序排列的所有法律主题，并列出每州的主要先例。如下

第五方面所述电脑化的数据库大大促进了迅速而彻底的寻找。随后，主要任务是考查找来适用的先例。再后，对该先例必须探究到现在，以便确定它在当时继续有效或已被修正的程度。为此必须利用《谢泼德引证》（Shepard Citator ）或电脑系统。这一引证的版本是和每种判决，即州、地区以及联邦三种判决的汇编并行出版的。引证将这些汇编中发表的每个判决按所载特定汇编的卷、页加以列出，并提供本州或他州的所有以后判决中曾引过待查判决的引文。它也提供对有关该判决的考查和批判性评论的说明。以后判决的引文附有一个（文字的或数字的）符号，以分别表明这一后来的判决是遵照旧判决、还是背离以至可能废除旧判决。

以上可用一个实例来说明。本书附录所载纽约州在麦克弗森诉伯克汽车公司案（《纽约州最高级法院判例汇编》第 217 卷第 382 页；《东北地区判例法报告》第 111 卷第 1050 页，1916 年），涉及到一个汽车制造人对购车人的责任问题。该购车人从一个代销人（而不是直接从被告制造人）那里购到汽车。假定律师不了解该案件，他如何找到这一判决并使自己了解该判决自 1916 年以来的继续适用性呢？《美国法律原则大全》这一百科全书的第 100，100(2)和 100(3)节中就有纽约州关于一般过失，特别是关于制造人责任的判决的说明，一个注解(第 58)指明机动车卷，该卷第 165(1)节第 435 注解中讲到麦克弗森案是在这一问题上纽约州的主要判决。《谢泼德引证》则帮助查到以这样方式找到的判决在当前的继续适用性。同样地，它也帮助查明麦克弗森案判决在当时是否可能已扩展到对机动车配件制造人所设定的责任。考查结果将表明，关于以上实例，在戈德堡诉科尔斯曼工具公司案判决中（《纽约州最高级法判例汇编》第 2 编第 12 卷第 432 页；《东北地区判例法报告》第 2 编第 191 卷第 81 页，1963 年），迄至 1963 年并未扩展麦克弗森案判决（接着在《引证》中查戈德堡案判决）哈尔弗恩诉杰德建筑公司案（《纽约州最高级法院判例汇编》第 2 编第 15 卷第

823 页；《东北地区判例法报告》第 2 编第 205 卷第 863 页，1965 年）仍遵照戈德堡案判决，将问题搁起暂不解决。但一个中级上诉法院所作出的判决，克拉克诉本迪克斯公司案（《纽约州上诉庭判例汇编》第 42 卷第 727 页；《纽约州低级法院判例补编》第 2 编第 345 卷第 662 页，1973 年）却最后以这种方式扩展了责任。

（2）制定法

像对普通法领域中的判决一样，《谢泼德引证》关于法律的各卷和电脑系统也便于找出对一定制定法规定的有拘束力解释的判例法。引证将各种州和联邦法律按所载汇编的章或卷、节数加以列出，[29]并附有为此所下一切判决的引文目录。然后，这样找到并决定可适用于这一案件中的判决，可以在特定管辖范围的判决引证中最后查明。此外，许多州不仅发行官方法律汇编，而且发行就每一制定法规定的判例法提供报道的汇编（《法律注解》或《法典注解》）。这样找到的判决也可借助判例法引证最后查明。

每一引证的补编通常每月或每隔一月出版，法律注解补编往往较少。电脑系统往往在新判决发布一二天内传送。研究者一旦了解这些来源以及使用它们的方式后，就能找到任何判例，并追溯这一判决直到最近时期的发展。法律的引证当然包括了法律的修正，对它们也应单独加以探讨，并对影响它们的判例法情况进行考查。

四、辅助权威

另外两部著作也收集了判例法：《法律重述》和《美国法律报告注解》（简写 A.L.R，第 1、2、3 编）。后者汇集了所有法律领域中的主要判决，比较各州之间的发展，并提出批判性的评论。因此，对找寻一个或几个管辖范围的判例以及综观这一法律领域的发展二者来说，这一汇编都是有价值的。

对判例法的发展极为宝贵且经常有巨大影响的，是一个私人组织——美国法律研究所[30]的所谓《法律重述》。它包括几乎所有法律领域，一般已有第 2 版(例如《合同法重述》第 2 版或《法律冲突重述》第 2 版)，它们系统地编纂现行的判例法，并以欧洲法典的外形陈述“规则”。因而它们有助于迅速地综观对一个特定问题可适用的法律。它们当然并不是官方的，但许多《重述》在综合可适用的判例法方面极为可靠，以致法院和律师在其判决或辩护中经常引用它们，以代替判例法。然而，使用《重述》决不是代替对判例法本身的考查，因为在有些案件或某些法律领域中，《重述》中所包含的解决办法，可能已不再准确代表法律，或者实际上，这种办法从一开始就打算是一个改革建议，而不是对现行法的正确反映。一个例证是最初的《合同法重述》第 288 节，规定在合同挫败时的补救，虽然这一规则在判例法本身中很少或根本没有根据。[31]一个更注重改革，但可能很有影响的重述是《法律冲突重述》第 2 版(1971 年)，它在许多规定中采用了“最重要关系”的联系因素。这一因素是同这一领域的第 1 版《重述》背道而驰的，后者在它的地域方针上，在侵权行为法中讲到了 lex loci delicti，即损害地的法律[32]，一个仍为许多州所遵循的规则。因而，《重述》第 2 版主要反映了纽约州的较新发展，可能对美国所有各州的法律冲突的改革会有重大贡献，但还不代表现行法律冲突判例的系统的和不偏不倚的说明。[33]

法律刊物(其中特别是《法律评论》[34]中的法律本文、评论和文章，通常更多地用来提供关于法律新发展的报道和批评，而不是对它们发生影响。美国的判决往往引用或依靠权威作者，特别在涉及政策问题时更是如此。然而，在美国，法学家对判例法发展的影响不及欧洲的法学家。[35]美国法学期刊中的作品可通过每月出版的、系统编排的《法学期刊索引》很容易地了解到。现在该索引又补充了一份类似编排的《外国法学期刊索引》。两份索引收集了法学

期刊、汇编以及 Festschriften(纪念文集)中发表的文章。[36]

五、电脑化法律研究

美国现有两个主要资料库[37],即 Westlaw 和 Lexis,它们使法律研究电脑化和广为使用。在多数大学中法律图书馆和许多大法律事务所设置终端（通过电话与资料库联系）。资料库储存了联邦与州的判例法和制定法、选定的主要法律刊物上的新内容，并日益增多的外国法律（例如英国法和欧洲共同体法律）。研究者可以向电脑"询问"一系列问题,找到一个可适用的判例、法律或法律刊物评论，逐步缩小研究范围，直至获得所需要的材料，而且在已知道判例后，还可以探索该判例在本州以及其他州的适用。新判例往往一经发表就立即可用，因此研究者可以完全现代化。与终端联系的印刷者可以使研究者获得脱销的研究成果。

电脑化研究服务在预订和按时付费基础上向使用者供应。大学享受教育折扣，所以学习法律的学生可以用这些研究方法获得教导。

注　解*

[1] 在殖民地时期，英国法律的权威性有所不同：在建立殖民地以前实行的法律被认为是有拘束力的，以后英国的立法往往并不打算扩展到殖民地，虽然有这一方面的立法权。英国判例法之较难接近，最后也限制了它在殖民地的适用。参见纳尔逊著：《普通法的美国化》(1975年)。

[2] 布卢门威茨著：《英美法导论》(德文本 1990 年第 4 版)第 17 页上注[28]。

[3] 参见利特维诺夫：《论债篇》,载《路易斯安那州民法论丛》第 6 卷(1969 年)伊诺波洛斯编：《现代世界的民法》(1965 年)；《路易斯安那民法：

* 本书各章注解中所引原书英文版页码，检索时请查本书边码。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

一个失落的原因》,载《图蓝法律评论》第 54卷第 830 页(1980 年)。进一步参考,见斯莱辛格等著:《比较法》第 13—15 页,1987 年第 5版。

[4] 肯特著:《美国法评注》(1826—1830 年)。

[5] 斯托里:《法律评注》第 9卷(1832—1845 年)。

[6] 参见《伊利诺斯州修正法律》第 1 章第 801节(1983年)。关于"普通法"定义,参见本章下文。又参见纳尔逊著书,本章注[1]。

[7] 参见兹威格特和科茨合著:《比较法导论》第 1卷第 67、80页(德文本 1971 年)。又斯莱辛格,同上注[3]书第 310 页及其下各页。

[8] 参见本书第 2 章。

[9] 美国宪法第 10 条修正案。

[10] 条约由总统(在参议院三分之二多数提出咨询意见和同意下)批准生效,并不需要因它们在国内法中的生效和适用而有任何专门的补充立法。因而条约在国内法中具有同联邦法律一样的力量和效果。然而,由于联邦法律要有国会两院的赞同,现在的宪法既定政策是:将条约限定用于显然"国际事务"问题,以防止根据条约权共同行为的总统和参议院,可能创造更适合属于整个国会立法权的国内法。

[11] 关于条约(本章注[10])和其他国际协定,例如单独由总统缔结的"行政协定"参见哈伊:《超国家组织和美国宪法》,载《弗吉尼亚国际法杂志》第 6卷第 195、197—209 页(1966年),转载在哈伊著:《联邦主义和超国家组织》第 206—220 页(1966 年)。

[12] 《美国对外关系法重述》(第 3 版)第 111、303 页(1987 年)。

[13] 即使以后有抵触的联邦立法,由于其国内法效果而超过条约,美国在国际上将继续受条约约束。

[14] 参见本章注[2],布卢门威茨著书第 6 页上注[2],1227 年有 56个令状。

[15] 同上书第 7 页上注[5]。

[16] 同上书第 9—12 页。

[17] 参见本章注[16]。蒙大拿州立法提供了对衡平准则进行法典编纂的富有兴趣的例证。1989 年《蒙大拿法典注解》第 1 编第 3 章规定:

第 1—3—101 节 本章第 2 部分中规定的法律准则并不企图限定本法典任何其他规定,而在于有助于它们的正当适用。

第 1—3—201 节　当一个规则的理由不存在时，该规则本身也不存在。

第 1—3—202 节　凡理由相同，规则也应相同。

第 1—2—203 节　不准改变目的以损害他人。

第 1—3—204 节　任何人得放弃仅图对他有利的法律利益。但私人协议不能抵触为公共原因而设立的法律。

第 1—3—205 节　使用本人权利以不侵犯他人权利为限。

第 1—3—206 节　凡同意一项行为的人不受此行为之害。

第 1—3—207 节　默承错误即丧失反对这一错误的权利。

第 1—3—208 节　任何人不得利用本人的错误。

第 1—3—209 节　伪装本人未占有某物者可被认为他仍占有此物。

第 1—3—210 节　他能禁止而不禁止以其名义行为者，可被认为他已下令如此行为。

第 1—3—211 节　任何人不应为他人行为而蒙受损害。

第 1—3—212 节　得利者应承担义务。

第 1—3—213 节　赠物人可被假定也赠与为使用此物必不可少之物。

第 1—3—214 节　每一过错均有补救。

第 1—3—215 节　在同样正确或同样错误的人之间，法律不予过问。

第 1—3—216 节　在其他方面不相上下的权利之间，最早的权利居优先地位。

第 1—3—217 节　任何人都不为凡人力所不可控制事情负责。

第 1—3—218 节　在忽视自己权利的人的面前，法律帮助重视的人。

第 1—3—219 节　法律重实质而轻形式。

第 1—3—220 节　应予完成的事可被认为是有利于应由他履行的事和不利于应由他履行的事。

第 1—3—221 节　并未出现的事可被认为它仿佛并不存在。

第 1—3—222 节　法律决不要求无法实现的事。

第 1—3—223 节　法律并不从事也不要求无用的事。

第 1—3—224 节　法律漠视琐事。

第 1—3—225 节　特殊用语限定一般用语。

第 1—3—226 节　同时所作的说明一般是最好的。

第 1—3—227 节　大中有小。

第1—3—228 节　多余并不等于无效。

第1—3—229 节　能加以确定的事才是确定的。

第1—3—230 节　时间并不确认无效行为。

第1—3—231 节　附带事件服从原则，而非原则服从附带事件。

第1—3—232 节　使之有效的解释胜于使之无效的解释。

第1—3—233 节　解释必须是合理的。

第1—3—234 节　在两个无辜的人中一定要有一个遭受第三者行为的损害时，因其疏忽而发生损害之人应是遭受损害的人。

[18] 参见美国宪法第 7 条修正案。

[19] 参见英文原书第 40 页。

[20] “确定判决的原理……简单地说就是，一旦已由主管法庭在当事人之间根据是非曲直加以最终断案而无上诉的诉讼事实，兹后就不能再在同一或任何其他法庭前以新的程序提起诉讼。”布卢菲尔德·S.S. 公司诉联合水果公司案，《联邦上诉法院判例汇编》第 243 卷第 1 页、第 9 页(第 3 巡回庭 1917年)。

[21] 然而，一个下级法院可能无意地忽略一个可适用的先例，因为在美国的‘对抗制’诉讼(参见英文原书第 49 页)中，向法院引用可适用的判例法取决于通过其律师的当事人。

[22] 布卢门威茨著以上注[2]书第 28—29 页，在某些纽约判例选录的基础上阐明了这一问题。

[23] 参见本书附录（一）麦克弗森诉伯克汽车公司案。

[24] 参见英文原书第 74页。

[25] 在这方面，重要的是还须注意 最初的(目前已是次要的)司法解释准则之一认为，改变普通法的法律应予狭义地解释和适用。

[26] 雅克布斯坦和梅斯基合著：《法律研究解说》(1973 年)是一本精彩的短篇参考著作。《法律研究基础》1987 年第 4 版(有 1988、1989 和 1990年补编）是全面的标准作品。

[27] 最高法院判决也在《法学家版》(简写 L.Ed.)和《最高法院判例报告》(简写 S.Ct.)上发表。《引证》(参见本章下文)则发表所有三种汇编的平行引证。

[28] 其他来源包括：《汇编》，它汇集主要判决，根据主题和作出判决的

管辖编成包括约每十年为期的多卷集，以及《词和短语》，它在具体问题集中在一个法律概念（或属语）周围，而作为法律主题的分类又无把握时，或者在案件涉及定义和解释时，有助于查明其他来源。也见本章文中第五方面论述。

[29] 联邦法律载在《联邦法律汇编》（简写 Stas.），前面指卷数，后面指页数；《美国法典》（简写 U. S. C.）以及《美国法典注解》（简写 U. S. C. A.）。但在后两个文献中，往往在相当长时期后才登载。最新法律的提前出版物是《美国国会法典和行政新闻》（西方出版公司）。重要的施行规则和总统命令及公告则在《联邦规章典》（简写 C. F. R.）上发表。它们也在电脑系统中发表。

州法律登载在——仅定期——《修正法律》、《法典》、《法律注解》（或《法典注解》）。在中间（在法律或法典各卷发表之间时期）的州法律可参见每州的所谓《各届法律》。

[30] 美国法律研究所（ALI）是一个由法律教授、法官和律师组成的私人组织，于 1923 年成立，旨在通过澄清和统一以改进美国法律。该所主要活动是出版《法律重述》。

[31] 参见英文原书第 69 页。

[32] 关于美国法律中“损害地”的定义，参见英文原书第 134 页。

[33] 参见英文原书第 134 页。

[34] 美国几乎每所法律学校都发行法律期刊，通常称《法律评论》或《法律杂志》，并冠以大学名称（例如《哈佛法律评论》），由较高学术水平的高年级法律学生编辑。这些定期刊物发表学者、法官和律师的重要论文以及由学生编辑和工作人员撰写的较短的“按语”或“评论”。大多数《法律评论》中重要一栏是学生作者对最新司法判决的批判性分析。此外，还有许多专门的专业性刊物（如家庭法、保险法、专利和版权法等方面）。对外国读者来说，一份特别重要的出版物是《美国比较法杂志》。

[35] 当然有重要例外，如布兰代斯（以后是美国最高法院法官）和沃伦所写论文：《保守个人秘密的权利》，载《哈佛法律评论》第 4 卷第 193 页（1890 年），它对关于侵权行为法中侵犯个人保密的权利要求的发展具有创新意义

[36] 进一步研究美国历史可参见霍姆斯著：《普通法》（1881 年）；庞德著：《美国法律的形成时代》（1938 年）；赫斯特著：《美国法律的成长》（1950

年)赫斯特著:《19世纪美国的法律和自由的条件》(1956年)比克尔著:《最高法院和进步观念》(1970年)比克尔著:《改革和继承性》(1971年)弗里特曼著:《美国法律史》(1973年)纳尔逊著书,见以上注[1]。

[37] 此外,有许多专门数据库(例如专利法),大学或法律事务所均可预订。

第二章　宪法与宪法法*

尽管各州都有本州宪法,但‘宪法’一语一般指联邦宪法,即成文的联邦宪法以及次于它的判例法（主要是最高法院的判例法）。美国宪法在西方各国法律制度中具有特殊重要性，因为它的支配和发展作用渗入美国整个法律制度，特别是在程序上有可能在任何法律诉讼并在任何法院中提出宪法问题。关于后一问题在以下第三章联系美国法院管辖权再作更详细的讨论。

一、宪法：政府制度

（一）一般原则

美国是由以下各部分组成的联邦(联邦政府)、50个州(各自的州政府)、联邦首都华盛顿所在地的哥伦比亚特区(它一部分有自治政府,但在其他方面隶属联邦政府的管制)、类似州但并不具有州地位的领地(如波多黎各)以及像维尔京群岛、关岛等海外属地。

国家主权属于人民。就这一意义上讲的人民是指美国全国人民,并不是像原先邦联时代那样,指各个州的人民[1],尽管宪法序言中有广泛用语(‘我们……人民’),也尽管有‘美国国民’的概

* 本章标题原文是 Constitution and Constitutional Law ,直译为宪法和宪法法。前者指特定的成文法形式的宪法 后者指作为一个部门法的宪法。但在汉语中,二者往往通称为宪法。——译者

需要全本请访问 www.ertongbook.com