

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

小奥利弗·温德尔·霍姆斯 著

Oliver Wendell Holmes, Jr.

普通法

The Common Law

冉昊 姚中秋 译

THE AMERICAN
LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库
THE AMERICAN LAW LIBRARY

普 通 法

The Common Law

小奥利弗·温德尔·霍姆斯 著
Oliver Wendell Holmes, Jr.

冉 昊 姚中秋 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

普通法/(美)霍姆斯著;冉昊,姚中秋译. —北京:
中国政法大学出版社, 2005. 7
(美国法律文库)
ISBN 7-5620-2793-5

I. 普... II. ①霍...②冉...③姚... III. 法律—
研究—美国 IV. D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第082762号

* * * * *

书 名 普通法
出 版 人 李传敦
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 13.125
字 数 335千字
版 本 2006年1月第1版 2006年1月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2793-5/D·2753
定 价 28.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

翻译说明

小奥利弗·温德尔·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes, Jr. 1841~1935), 是美国现代伟大的法律家。1866年毕业于哈佛大学法学院, 在波士顿从事一段时间的律师工作之后, 于1870年入哈佛大学法学院担任讲师、教授, 1882年12月担任马萨诸塞州最高法院大法官, 1899年起任首席大法官。1902年~1932年, 担任美国联邦最高法院大法官。在此期间, 他发表了许多与当时的保守派大法官意见相左的判决意见, 而他的意见后来成为法律, 从而赢得了“伟大的异议者”(The Great Dissenter)的称号。

霍姆斯的学说, 主要体现在他于1881年出版的著作《普通法》(The Common Law)中, 1897年发表的演讲《法律之路》(The Path of the Law), 他逝世后出版的判决意见集《霍姆斯法官的司法裁决意见》(The Judicial Opinions of Mr. Justice Holme, Shriver ed 1940), 他生前也发表了一系列论文。

本书是霍姆斯大法官最重要的著作, 最为清晰地展现了霍姆斯的法律思想。写作这部著作的诱因是, 1879年冬天, 他接到波士顿的罗威尔学社(Lowell Institute)的邀请, 请他在六周的课程中发表十二次讲座。当时他还只是Shattuck, Holmes and Munroe律师事务所的执业律师。最初有点犹豫, 但最后还是接受了这个邀请。

2 翻译说明

因为，在此之前，他已经写作过不少相关论文，他觉得，开设这次讲座，可以让他有机会将这些论述整合为一本著作。在次年夏天，他就开始写作，1880年11月23日发表第一讲。这些讲稿于1881年3月出版。

随后，霍姆斯就接到了哈佛大学法学院的教授聘书，但很快，他就成为麻州最高法院大法官。因此，本书可以认为是霍姆斯人生经历的一大转折点。

通常，人们把霍姆斯称为实用主义或者说现实主义法学的代表人物。这一点，从它在《普通法》第一讲第一段就可以清楚地看出来：

“法律的生命不是逻辑，而是经验。一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的，甚至是法官与其同仁共有的偏见，在决定赖以治理人们的规则方面的作用，都比三段论推理大得多。法律蕴涵着一个国家数个世纪发展的故事，我们不能像对待仅仅包含定理和推论的数学教科书一样对待它。要理解法律是什么，我们必须了解它以前是什么，以及它未来会成为什么样子。我们必须交替地参考历史和现有的立法理论。但最困难的工作是要理解，两者在每一个阶段如何结合在一起产生出新东西。”

在阅读《普通法》一书中，经常可以碰到类似的表述。

而霍姆斯的另一部主要著述——其实只是一篇演讲词——《法律之路》，则更为集中地阐述了这一思想。在这里，霍姆斯首先把法律与道德分离开来，他说，无论是对思考，还是对实务，把

法律与道德混淆都是危险的。然后，他又排除了逻辑。在他看来，以逻辑来解释法律发展的理念，以为法律能够“像数学那样从某些行为的一般公理中推导出来”，乃是一大“谬误”。〔1〕

这两点，都在《普通法》中有非常详尽的例证。我们注意到，在《普通法》一书中，经常出现 good sense 这个词，译者将其译为“解决实际问题的智慧”。《普通法》一书以丰富的历史细节向我们展示了，普通法历史上的法律家和判例汇编的编者运用这些智慧，寻找解决争议的恰当办法，从而推动普通法在保持稳定的同时，日益完全发达。

应当承认，《普通法》可能不是一本完美的法学学术著作，因为它名为《普通法》却没有涉及一些重要的法律部门，比如衡平法、商业票据法、合伙等。似乎可以说，在这本书里，霍姆斯关注的主要是法律哲学问题，而非具体的法律问题。在某种程度上，全书都是在论证他在开篇所说的那句话。这本书更多地讨论法律与道德、历史与现实、法律自身的逻辑与解决实际问题的智慧之间的复杂关系。

这本名著最初并未引起太多关注，但随着霍姆斯的法律生涯走向辉煌，他的实用主义思想广泛影响于美国法律界，此书也就被誉为“美国人写过的最好的法律书”。〔2〕自 1881 年出版以来，被多

〔1〕 斯蒂文·J·伯顿主编，张芝梅，陈绪刚译：《法律的道路及其影响》，北京大学出版社 2005 年版，第 424 页。

〔2〕 O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe (Boston: Little Brown, [1881], 1963), 5. 转引自斯蒂文·J·伯顿主编，张芝梅，陈绪刚译：《法律的道路及其影响》，北京大学出版社 2005 年版，第 1 页。

4 翻译说明

次再版。据我们所知，2004年，美国又出版了一个新版本。我们是根据1948年 Boston: Little, Brown and Company 的版本译出的。

霍姆斯的讨论可能对中国读者具有较大的启示。霍姆斯的这本书具有浓厚的历史色彩，透过对各个法律部门的历史辨析，本书展示了我们所不熟悉的法律体系的生长过程，它主要是由法官——经常借助于陪审团的帮助——通过个别案件的裁决积累而成的。霍姆斯举了大量案例及其中的法律，由此，我们可以较为清晰地了解普通法法律家的思考方式。

本书之译事几经波折，翻译人员往返更迭，好在最后终于有了明确的分工得以顺利译出，其中冉昊翻译了第一、五至十讲，（第一讲最初由谢鸿飞翻译，现为冉昊在其基础上改动而成），姚中秋翻译了第二至四、十一讲，（第三讲最初由谢鸿飞翻译，现为姚中秋改翻而成），姚中秋并负责统校全书，主要是统一术语，琢磨文字，在出版过程中应出版社要求，冉昊按照原书目录，给正文增加了相应标题，^{〔1〕}并对全文再次作了必要修订。

本书旁征博引，尤其是大量涉及古典罗马法、日耳曼法、中世纪英格兰之规定、案例和学说，——一位律师竟然能够写出如此渊博的著作，确实令人赞叹，但它实在是给译者带来了巨大的困难。仅为其中的术语定名，就令人望而生畏。如今勉强译出，其中舛错难免。译文中的术语，基本上依薛波主编之《元照英美法词典》

〔1〕 本书原为讲座内容，故正文中除各讲大标题外，并无任何小节区分，后作者出版时在文首增加了目录内容，但正文中未增加。考虑到中文读者阅读上的方便，译者按照文首目录列明的页码将其大小标题填入正文中。

(法律出版社 2003 年版) 厘定, 并参考了 Black's Law Dictionary (Bryan A . Garner 主编, 第七版, West Group, 1999 年)。读者在进行研究引用时, 可自下列网站参考英文原文: [http: //biotech.law. lsu. edu/Books/Holmes/claw_ c. htm](http://biotech.law.lsu.edu/Books/Holmes/claw_c.htm)。

译 者

2005 年 8 月

前 言

本书的写作是为了实现长期萦绕在我脑海中的一个计划，作为这个计划的第一步，我曾经在《美国法律评论》上发表了一系列论文，但要不是波士顿的洛厄尔研究所邀请我作一个讲座课程的话，我大概不会在现在努力写出与论文相关的这部专论。洛厄尔研究所的这个邀请鼓励我用自己的能力实现了自己的心愿，为讲座做准备的需要自然地将有关内容不断推进，并要求付诸文字；于是，我也就这样做了。本专论对我发表于《法律评论》上的那些论文进行了我认为合适的引用，但引用的大部分都已被重新安排、改写或扩大了，所以这部作品的绝大部分内容都是新的。我所作讲座的实际内容也已大量简化。原来的讲座共十二讲，但第十二讲是对前面第十一讲的总结，没必要呈现在本书的读者面前，所以也就略去了。

毫无疑问，如现在呈现在读者面前的这样一部作品，其中内容的取舍多少是有些武断的。不过我未涉及到的内容只是那些由于受到课程的限制，讲座中也就没有准备的部分，因此本书没有包括衡平法，甚至排除了如票证、本票、合伙等内容，因为这些内容自然地要求对其进行单独的研究，也没什么指望会对一般理论有所贡献。如果，在对做了如此限定后的这样一个界限中，还有人觉得要

2 前 言

责备我应该包括更多的细节的话，那我只能引用勒户（Lehuierou）的一句话，“我们做的是个理论而不是一篇随笔。”

奥利弗·温德尔·霍姆斯法官

波士顿，1881年2月8日

/ 目录 /

1	出版说明
1	翻译说明
1	前 言
1	第一讲 责任的早期形式
1	本书的目的
2	法律程序起源于复仇补偿金
4	本讲主题, 对雇员、动物等的间接责任
6	A. 摩西律法
6	B. 希腊法
8	C. 罗马法
8	(a) 对造成损害物的放弃 (noxae deditio)
14	(b) 个人责任 (personal liability)
15	D. 早期日耳曼法
16	E. 盎格鲁-萨克逊法
18	F. 普通法
18	(a) 主人和仆人
19	(b) 动物
22	(c) 无生命物——“敬神之物”; 船舶和海事法
31	G. 结论

35 | 第二讲 刑法

35 | A. 复仇

35 | (a) 作为刑法的渊源

36 | (b) 仍是目的之一

38 | B. 刑罚的理论

38 | (a) 改造

38 | (b) 报应

39 | (c) 预防

44 | C. 预防理论表明，刑事责任的确定不能仅通过实际
过错这一个标准，而是要基于普通人之错误认定
设定一个外在标准，不符合这一标准则责任成立

46 | D. 谋杀罪

46 | (a) 恶意 = 知道那些事实会导致行为的危险性

51 | (b) 要求人们自担风险的例外

52 | (c) 谋杀罪和非预谋杀入罪

54 | E. 非预谋杀入罪

54 | 激怒

55 | F. 蓄意损毁罪，为何必须有实际的恶意

56 | G. 纵火罪

58 | H. 犯罪未遂

58 | (a) 蓄意使本来无事的行为可能产生危害性的后果

60 | (b) 对此种蓄意的限制

62 | I. 偷窃罪是蓄意永久地使某人失去其财产

65 | J. 夜盗罪

65	K. 结论
68	第三讲 侵权——侵害和过失
68	A. 引言
70	问题
72	两种理论
72	(a) 责任又限于道德上的缺陷
72	(b) 行为人自担风险
73	B. 对后一种理论的考虑
73	(a) 赞同它的论证
73	α. 类推
74	β. 理论
74	γ. 诉讼程序中的规定
75	δ. 先例
78	(b) 反对它的论证
79	α. 类推
83	β. 原则和政策
85	γ. 侵入土地, 等等
88	δ. 诉讼程序中的规定
89	ε. 先例
93	C. 非由个人或道德标准确定的过失
94	D. 非故意伤害责任的确立取决于是否具有“普通人的可责性”; 也就是说, 由外在于个人的标准决定, 这个标准倾向于变得更精确, 并以具体“行为规则”的形式出现

4 目 录

98	(a) 精确化的过程
98	α. 制定法
99	β. 判决
100	γ. 过失以外的政策, Rylands 诉 Fletcher 案
101	δ. 牲畜
104	(b) 寄托
104	(c) “过失的证据”
106	(d) 陪审团的作用
112	第四讲 欺诈、恶意与蓄意: 侵权理论
112	开场白
114	A. 不当行为中的道德要素应该是“故意”
114	(a) 欺骗
119	(b) 诽谤
120	(c) 恶意控告
123	(d) 共谋
123	(e) 非法占用
124	B. 道德标准的采用只是为了能够提供一个机会避免 强加损害
124	(a) 有些损害是可以进行的; 对另一些损害则必须 承担其风险; 但大部分情况是处在这两种极端之间的
126	(b) 侵权责任的基础: 知道那些情况会导致行 为的危险性
127	(c) 这些情况是什么, 由经验决定
129	(d) 陪审团的作用

131	C. 人们已总结出的必须知道情况的例子
131	(a) 侵入土地
133	(b) 凶猛的动物
134	(c) 牲畜等
136	(d) 谤诽等
137	D. 与所诉损害最接近的选择
139	E. 侵权法总结
141	第五讲 普通法中的受寄人 (bailee)
141	有关寄托的法律是对占有理论的检验。
142	A. 早期德国法
144	B. 诺曼征服后的英国法与其非常相似
145	(a) 对被强占 (convert) 动产的救济是占有性的
146	(b) 受寄人 (bailee) 的转让对所有者 (owner) 有 约束力
147	(c) 对受寄人的诉讼权利的解释的颠倒
148	(d) 我们的法视其为占有人的正确解释
152	(e) 货物被偷后, 受寄人要对寄托人承担责任
157	C. 公共承运人 (common carrier)。古代法的残余
157	(a) 在伊丽莎白统治时代, 承运人和其他受寄人 一样
159	(b) 从请求返还动产之诉 (detinue) 到间接侵害之 诉 (case) 的变化, 引入了简约之诉 (assump- sit) 或公共职业 (common calling) 的主张, 虽然此时责任的基础仍然是寄托

163	(c) 王国的习惯法 (custom)
165	(d) 对从 Southcote 案 (公元 1601 年) 到 Coggs v. Bernard 案 (公元 1703 年) 以来的案例的检讨, [简约之诉 (assumpsit) 和公共职业的后果]
174	(e) 受寄托人的责任在一方面缩小, 在另一方面增大
176	(f) 公敌和天灾
177	(g) Holt 大法官关于公共职业的意见的含义
178	(h) 此后的变化
178	(i) 推论
181	第六讲 占有 (possession) 和所有 (ownership)
181	A. 为什么要保护占有?
187	B. 事实还是权利?
189	C. 分析
189	a. 对占有对象的权力
191	b. 意图
191	(a) 应予抛弃的罗马法标准
193	(b) 排除的意图
198	(c) 雇员。并离题谈几句代理人
207	c. 对第三人的权力
208	D. 占有性权利的持续
210	E. 对权利的占有
213	F. 占有的后果 (即占有权的性质)