

美國法律二十講

夏樂德·伯曼編 陳若桓譯

TALKS ON AMERICAN LAW: VOA Forum Lectures
edited by Harold J. Berman



美國法律二十講

夏樂德·伯曼編 陳若桓譯

江苏工业学院图书馆
藏书章



今日世界出版社出版

美國法律二十講 (增訂本)

夏樂德·伯曼編 陳若桓譯

今日世界出版社出版

香港九龍尖沙咀郵箱5217號
(登記證內版僑台誌字0066號)

港澳總代理：張輝記書報社

香港利源東街四號二樓

台灣總代理：新亞圖書股份有限公司

台北市和平西路一段八四號

郵購劃撥帳戶110075號

定價：HK \$3.00 NT \$30.00

1977年12月第2版

封面設計：蔡浩泉

TALKS ON AMERICAN LAW (revised edition): A series of broadcasts to foreign audiences by members of the Harvard Law School faculty, edited by Harold J. Berman. Copyright © 1961, 1971 by Random House, Inc. Chinese edition published by World Today Press, Hong Kong.

1st printing

2nd printing

March 1975

December 1977

編者簡介

伯曼教授 (Harold Joseph Berman) 一九一八年生於康涅狄格州哈德福郡。先後就讀於德特茅斯學院 (Dartmouth College)、倫敦經濟學院 (London School of Economics)、耶魯大學法學院 (Yale Law School)。獲法學博士學位後，任教於史坦福大學法學院 (Stanford University) 爲副教授，一九四八年轉執教於哈佛大學法學院 (Harvard Law School) 現爲該學院教授。伯曼先生著作等身，並經常爲各報刊撰文。他的重要著作有法律之性質與功能 (The Nature and Functions of Law)、蘇聯的法律 (Justice in Russia)、蘇聯法律之運用 (Soviet Law in Action) 等。

初版前言

一九五九年本人應美國新聞總署之請，安排一系列有關美國法律的談話，假座「美國之音」電台用英語廣播給亞洲、歐洲及非洲的許多國家。此項廣播節目的宗旨是闡釋美國法律制度；內容務須莊重嚴肅並帶學術意味，然而講述者却須記住大部份聽衆非但不是法學家，且也不諳美國情形。

我曾提出兩點作為答應的條件，該兩項條件都蒙接納了。第一，不管講述者之中任何一個對美國制度提出任何批評，都不得有任何檢查刪改情形；第二，全部講述者我都可以從哈佛法學院的教授之中選出。第一項條件的理由是顯而易見的：學術和宣傳不能混爲一談。第二項條件的主要理由是，如果全部參加者集中一個地方，則這個講座的配合工作在處理上比較容易得多。（當然哈佛法學院本身對這講座並無任何關係；它的十六位教授是以私人資格參加講座，因此我們若有疏漏舛錯之處當然不能歸咎於哈佛法學院的其他三十位教授。）

再 版 序

本書初版於一九六一年問世。說明本書出版緣起與寫作經過的前言，對於此次再版，同樣適用，只有一點不同：這個增訂本添了「聯邦征稅制度」、「反托辣斯法」與「城市房屋法律」三個新的章節。

把兩個版本拿來比較，就可以發現，討論憲法問題的那三篇講稿——刑事案件中被告的權利、憲法中的言論自由權、和憲法中的少數民族權利——修改的地方最多。美國的法學教育一講，也須詳加校訂。可是大部分篇章，討論美國司法制度基本特色的那些篇章，和十年以前最初的講稿，並無重大出入，雖然在這十年以內美國的社會生活變化很大。有人說這種情況實在使人不安，但是也有人說，這適足以使我們感到安慰。無論如何，從這裏我們就可以看美國司法制度的性質和作用。

夏樂德·伯曼

一九七〇年四月二十日於麻省劍橋市

此項空中講座在一九六〇年舉辦，歷經數月，引起全世界許多國家的人民對它發生很濃厚的興趣。有許多人都索取個別演講的講義，可是在有人建議把這一系列的演講彙編成書時，講述者却感到有些內疚。這些演講本來是採取口述體材；內容十分簡單，說不上完整無缺，也說不上是井井有條。可是我們畢竟決定大胆的付印了；不過必須向讀者聲明一下，他所得到的不是「美國法律入門」，也不是「美國法律的批評」，而是一系列的談話，總共十七篇，每篇談話歷時約廿七分鐘，都是爲了向國外人士說明美國法律制度的各方面，並向他們表達它的宗旨、方法、觀念和精神。

如果認清本書內容的缺點，那末就可能不是它的缺點，而變成它的優點了。簡化、重複、「粗枝大葉」、並解釋許多人認爲無須解釋的問題，就一部以普通讀者爲對象的法律書籍而言，這些都不一定是瑕疵。甚而在企圖向其他國家人民描述本國的制度時所難免會採取的某種辯護態度，在此處也有若干價值，因爲大多數美國人對於本國的法律制度也好比「陌路人」，因而也有細心向他們解釋的必要。

不過假使這些談話本來就是爲了美國聽衆，那末這裏所沒有包括在內的許多東西當然都會被包括在內。對「勞工法」的演講就是一例；講述者要強調工會的性質和集體談判的原理，因而撇開了當今許多棘手的特別問題不談，其理由正因爲在其他大多數的國家裏，工會所扮演的角色截然不同，而集體談判的理論基礎亦顯然迥異。誠然，在所有這些受到時間上嚴格限制的演講，演講人的着重點的選擇有一部份是基於聽衆的質素。

最後，我應該對個別演講題目的選擇作一個解釋。我們努力對美國法律制度作一個相當廣泛的

申述。可是本書目錄似乎就透露了若干明顯的疏漏。聯邦制度到何處去了？課稅制度呢？貿易管制呢？這些課題在其他各章內曾予申述。其實，聯邦制度幾乎在每一篇演講中都會涉及，足見它在美國法律中具有普遍性的影響力。課稅及貿易管制曾於四篇演講內畧予申述。假如這個講座延長一些，這三個題目本可分別加以研討。此外還有美國法律的若干重要部份也完全未被包括在此一系列之內，例如有關家庭的法律和犯罪學，本來很可以包羅在內的。

雖然在評述方式上有內在的限制，我們仍希望這本書會鼓勵若干不諳法律的人士能對美國法律制度作一番深刻的思考，我們也希望若干已清楚本書一切內容的法律家，因為看了這本書而提高興趣，考慮到他們如何把美國法律的複雜現象，向無數在其他方面受過教育但認為法律是蠢事或絆腳石的人們描述，因為我們這一代的最重要教育工作之一必然是克服對法律的普遍性的無知及疑惑，此種無知及疑惑充塞於許多學術界之間，使整個社會秩序都蒙不良影響。

夏樂德·伯曼

目 錄

再版序

初版前言

第一講	美國法律的歷史背景	一
第二講	法官的任務	二
第三講	相對制度	三
第四講	陪審制度	三
第五講	刑事案件中被告的權利	四
第六講	最高法院	五
第七講	憲法中的言論自由權	六
第八講	憲法中的少數民族權利	七

第九講	行政法	八〇
第十講	聯邦徵稅制度	九〇
第十一講	美國的勞工法	一〇六
第十二講	企業與法律	一二六
第十三講	美國的反托辣斯法律	一二六
第十四講	美國法律中的商業交易	一四三
第十五講	財產法	一五三
第十六講	城市屋宇法律	一六三
第十七講	律師	一七七
第十八講	美國的法學教育	一八七
第十九講	國際法	一九八
第二十講	美國法律的哲學原理	二〇六

第一講

美國法律的歷史背景

夏樂德·伯曼

要在十七篇短短的談話中把握一個法律制度的神髓殊非易事。在本質上法律是複雜而專門性的，以至許多人往往投以不耐煩的眼光，甚至時常還投以譏諷的眼光。然而法律是任何文明社會的人們最深刻關切事物之一，因為它一方面可抵禦苛政，另一方面又可防止混亂；它是社會藉以維護自由及秩序的主要工具之一，以免受到個人、階級或政府本身專橫的干預。因此要描摹美國法律就必然反映美國人對自由、秩序及專橫行為的觀念；可是這樣的描摹又絕不能把包含這些觀念的錯綜複雜的一套規則及程序過份簡化。

這第一講的目的是提供一幅透視圖，藉以透視美國法律的全貌；這樣的透視圖可能有助於明白以後各種演講裏分別討論的各部份之間的相互關係。我選擇歷史資料來配成這幅透視圖，因為相信我們法律制度在時間上的延續以及在「機能」發展上的潛能力，可以窺現自身的基本質素。

自歷史角度視之，美國法律隸屬於西方各法律制度系統的一部份。它的主要架構及理論基礎建立於十一世紀末葉及十二世紀西方信奉基督的社會中之修院、大學、王室和教會家庭內。那時期的法學家藉着羅馬法律、希臘哲學、希伯來及基督教義的啓發從事改革日耳曼和法蘭克民族的原始法律制度。最後有不同典型的法律制度建立在這些共同的基礎上，但我們應該認清，正如英國政治家艾德門·卜克在二百年前所說，「歐洲每一個國家的法律都來自相同的淵源。」

美國法律直接源出於英國移民在十七及十八世紀帶到新大陸的英國法律，在美國革命後由聯邦各州正式「採納」作爲其本身法律的基礎。這樣的採納英國法律使美國法律與共同的西方法律傳統之間的延續關係得以保存。

由此，美國法律制度可說由十二世紀下半期統治英格蘭和諾曼地的國王亨利二世所創立。亨利二世在英格蘭建立了與當時存在的教會法律制度平行的第一座固定性的中央法院，設專任法官，在程序上規定合理的制度，雖然御任法官的判決和有關十二及十三世紀英國習慣法（Common Law）又稱不成文法）書籍並不能藉以闡釋現存的美國法律，可是它們却反映今日仍有活力的法律觀念和法律程序。

茲試舉一例。美國法律有一個重要部份稱爲「損害法」（Law of Torts）。「損害」Tort是諾曼地的法語，即「作惡」的意思。「損害法」是當一個人的身體或財產遭受到另一個人惡意損害而希圖獲得補償時所引用的法律。因此假如一個人故意毆打另一個人，受害者得對加害者提出起訴，要求對毆打所引起的損傷獲得賠償。這樣的起訴稱爲「毆打襲擊訴訟」（action for assault）

and battery)：這是民事起訴，必須與任何刑事訴訟分別審判。民事訴訟與刑事訴訟同樣以十二個「普通人」組成的陪審團在一個專任法官的領導下從事審判。

我剛才述及今日的美國法律的每一點都可以直接追溯到白勒敦（Bracton）約在一二五〇年所撰的英國法律論文，此外可追溯到國王法庭內的更早期的判決。

另一方面，白勒敦的論文對另一種損害，即對另一個人並非故意而是不謹慎所引起的損害提出補償的「過失訴訟」（Action for Negligence），却隻字不提。在一二五〇年英國的「習慣法」（亦即由中央法院司法，習用於全國的法律）尚未充份發展，對由於過失所引起的損害並無處理規定；實際上它對於蓄意的暴力行動所引起的損害提供一種明晰的民事補償辦法，在這方面早已有了長足的進步。可是假如我們把英國和美國法律的歷史追溯至以前的幾個世紀，我們便發現「過失訴訟」是法庭按照較古老的「毆打襲擊訴訟」用「以此類推」方式逐漸發展出來的。這兩種補償方式都是從中古時代英國的「侵害」（trespass）觀念產生出來（trespass是諾曼地的法文，相當於拉丁文的 Transgressio），同時也源出於中古時代英國的一種程序，即准許一個受到「侵害」的人，向國王的御任法官請求發出書面命令，飭傳被告至御前法院出庭答覆原告控告他所犯的特種「侵害」罪行。「侵害」的觀念和御任法官發出說明原告控告的「傳票」制度，都是英國從信奉基督的整個西方社會發展的基本法律觀念和程序裏變通過來的特殊方式。

英國對於中古時代西方法律思想和程序的另一種變通方式乃御任法官所發展的稱為「平衡法」（equity）的特別規則和程序。在十四和十五世紀國王的法庭在解釋其本身任務和規則時犯了僵化

和狹窄的弊病。於是，在國內其職位之重要性僅次於國王的御任法官，便設立了一個特別官廳，聽取國王的普通法庭所不能或不願充分處理的冤情。這個官廳後來稱爲「大法院」(Court of Chancery)，其管轄範圍據說是「良心」或「平衡」問題；假以時日，「平衡」一詞遂獲得了專門涵義，專指大法院所定的規則和程序，與「習慣法」法庭的規則和程序互相對照。平衡法程序較「習慣法」程序更富伸縮性。此外，平衡法案並無陪審人員陪同審判。再者，習慣法法庭普通僅以賠償方式；大法院則不同，得命令當事人進行或不進行某種行爲，如不服從並得以藐視法庭罪名懲罰之。大法院亦得按照案件的全部情形酌定其判決書。此外，大法院（或平衡法）執行習慣法法庭所不承認的若干種類的諾言及安排；其中最重的要算所謂「信託」(trust)，即一個人把財產轉移給另一個人請其替第三者「信託」保管。由此平衡法變成了補足式的司法制度。大法院並不對任何種類的糾紛都具一般性管轄權；當時它僅在習慣法的補償不足的情形下始採行動，而現在則由平衡法繼續此種任務。

此種平衡法和通用法法庭共存的制度繼續存在，並帶到了美國殖民地。十九世紀在英格蘭和美國採取了合併辦法，普遍的取消了大法院，以同樣的法官執行通用法和平衡法。然而在律師和法官的心目中，這兩種制度還是截然不同。某些補償方法（例如所謂「指令」injunction，命令一個人進行或不得進行某種行爲）稱爲「平衡補償」(equitable remedies)，採用「平衡法規」，亦即大法院在未被取消前所定的規則。同樣，「信託」亦須採用平衡法規。

以此，使今日的英國及美國法律異乎世界大多數其他法律制度的若干特點必須從歷史裏尋找解

釋。這特別可以歸因於一項事例，即英國法律乃中古時代各種世俗（非宗教）法律制度之中最進步的一種，雖經過了許多變更，却仍能在英格蘭和美國保存其延續性。

我所已經舉出的例證說明了英美慣例的中古來源，包括把一切民事及刑事案件分別審判的慣例（在大多數的法律制度裏，刑事罪行的受害者得提出起訴要求金錢賠償，作為國家建立的刑事訴訟程序的一部份）；就英美慣例而言，除平衡法案件之外民事案件也採取陪審方式（在大多數法律的制度裏陪審辦法普遍僅限於刑事案件）；又英美慣例把民事不法行為分屬於法院經過去數個世紀裏逐漸演成的若干種類，例如「毆打襲擊」及「過失」，還可加上「侵犯土地」、「欺詐」、「誹謗」和許多其他種類（在大多數的法律制度裏也有相似的不法行動的分類，但它們普通都是由立法機構在民法內予以規定，而不是由司法判決歷史裏演變出來的分類）；此外還有英美對於「信託」的觀念，這已經變成了我們不僅在死亡時財產轉移的最重要方法之一，而且也可藉之執行以一個人代替另一些人負起受託者義務的許多種企業安排，公司董事即其一例（大多數的法律制度雖然也包含各種擔當其中某些任務的觀念，但卻沒有相當於英美「信託」辦法的包羅萬象的原理。）

中古時代英國法律的進步，一部分得力於早期政治和法律權威都集中於國王的手上。另一方面亦得力於英國較早發展其世俗（非宗教）的法律界，有他們本身獨立的組織及本身的傳統。英國律師在十四世紀成立其中古的同業公會（Guild）；他們是稱為「法學協會」（Inns of Court）的聯誼式的協會會員，並在此種協會訓練「學徒」。此外在英國和美國，當時以至現在仍普遍的從成績卓越的執業律師中委任法官。

十六世紀強大的君主國在整個歐洲抬頭，於是在所有的西方國家裏都很迫切的要求恢復古典羅馬法。可是在英格蘭中古法律已變為夠穩固的全國法律，世俗法律界實力充足，世俗司法界的能力已夠水準，就一般而言，當時存在的法律制度相當合理和富有伸縮性，因而像日耳曼、法蘭西及其他「侯國」及「王國」裏所發生的法律制度的徹底改革並不需要，同時也沒有可能。

十六世紀及十七世紀初葉的英國君王能夠控制法院，尤其在牽涉政治問題的案件裏控制平衡法庭。同時他們還創設具有非常權力的特別法庭，這些法庭像平衡法庭一樣的與通用法法庭競爭。十七世紀議會爭取超越國王的優勢，其時司法和法律界的重要部份站於議會的一邊，而站於領導地位的法官們也公開的重申中古時代的原則，即國王處於法律之下，而非法律之上。議會獲得最後勝利，於是便解散國王的特別法庭，而前此職位任由國王擺佈的司法人員遂得獲享獨立地位和終身職守。

因此在十七世紀和十八世紀殖民於美洲的英國人帶來了孕育於英國歷史傳統裏的西方法律至上觀念。然而十七世紀的英國法律有很多不適合新大陸的情形，有身價的地主所享受的特權有許多都不合邊疆居住地的情況；況且在荒野地區家族緣份和財產關係的固定性，比不上機會均等來得重要。幸而英國的法律理論本身認為移民們僅從「母國」帶去適合他們新環境的法律。因此殖民地法院和立法機關得作若干調整：例如在繼承法裏，准許全部兒女繼承土地，而不像英國規定祇限於長子有承繼權；又例如在「損害法」裏英國的規定是家畜的主人有責任築柵把它們圍住，這樣的法規在美國廣闊而毫無阻攔的邊疆地區是毫無意義的，遂予更改。因此美國法律自始便富於司法和立法

的創新性的特色。

但「母國」拒絕把英國人的全部法律權利賦與殖民地人民。此點比較任何其他單獨事例都更為促使最後反對英國統治的因素。一七七六年的美國獨立宣言主要包括一連串的控告，指出國王喬治三世的暴虐罪行，都是國王在法律上不能加諸本國人民而濫施於殖民地人民的權利褫奪。例如殖民地人民指控國王停止殖民地立法機關通過的法律，使殖民地的法官之去留完全任憑他一己作主，使軍事當局的權力超過文官當局，拒絕讓殖民地有代表出席議會，並在許多案件裏剝奪殖民地人民使之不能享受陪審辦法的利益。美國革命一部份可以說是殖民地脫離英國，目的在求殖民地人民得以享受「自由英人」的權利。

然而美國革命的結果不僅在美洲建立了英國政府制度。反對英國制度裏的貴族和君主特色的民主思想主張有更大的政治平等，人民在州和全國立法機構內有更廣大的代表性，容許較大的地方自治，而且使個人比較更少受到政府的管制。法國啓蒙時代奉若神明的公衆輿論，在美洲成長，竟與較為保守的英國傳統得以分庭抗禮。最後美國獲致其本身獨特的政治制度，可以說是介乎英法思想之間的一種折衷方式。

該折衷方式的重要部份是採用英國不成文法（亦即在美國革命前英國法院所立下的法規），再加上英國的若干成文法規。就海岸原有十三州而言，那是它們殖民地法律體制和理論的延續；隨着美洲大陸向西推進而建立的新的州，普通都在它們的憲法內規定應以當時的英國不成文法作為司法程序的基礎。