



法治美国

毕竞悦 赵玮玮◎著

从来不乏法律的大地，
却少见法治的星空

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

We the People

法治美国

毕竞悦 赵玮玮◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治美国/毕竞悦, 赵玮玮著. —北京: 中国法制出版社, 2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7641 - 6

I. ①法… II. ①毕…②赵… III. 法治 - 研究 - 美国 IV. ①D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 152496 号

策划/责任编辑: 任乐乐 (lele_jurs@163. com)

封面设计: 李宁

法治美国

FAZHI MEIGUO

著者/毕竞悦 赵玮玮

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

开本/787 毫米×1092 毫米 32 开

版次/2016 年 7 月第 1 版

印张/9.75 字数/56 千

2016 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7641 - 6

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66071862

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序：法律之下的国度

19世纪，法国思想家托克维尔在考察美国之时感叹：“在美国，几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题。”一个外国人的观察凸显了法律在美国的重要性。美国是一个法律大国，美国不仅拥有世界上最多的律师，而且这些律师当中的很多人，都在美国社会的各个领域具有显赫的地位和重要的作用。美国人从出生开始，就开始了同法律的漫长纠葛。法律同政治、经济、社会生活乃至娱乐交织在一起，通过现代社会的发达舆论传达给社会公众。对于法律及相关问题的阐释、怀疑以及深入思考也成为各种形式的作品所讨论的重要内容。

对于美国人，特别是美国法律人来讲，美国的法律制度有着很多让他们引以为豪的地方。美国拥有世界上第一部现

代意义上的成文宪法。各州之间通过合作、协调、辩论以及妥协形成了美国政治法律制度的最初框架，而宪法则自称：“我们合众国人民，为建立一个更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，规划共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由之赐福，特为美利坚合众国制定和确立本宪法。”这是对社会契约思想的完美体现，它的制定过程中融入了各种天才人物的智慧和卓越贡献，这些人的思想共识、观点碰撞还有利益冲突，构成了宝贵而动人的历史财产和法律制度的源泉。宪法成为美国建国的政治法律基础，它规定了美国的基本政治法律框架，代表了美国法律体系最为独特和根本的特征因素。并且通过最高法院行使司法审查权的方式深入到生活的诸多方面。

根据美国宪法的规定，美国实行的是联邦制。美国的联邦制让其面对着独特的二元法律体制的问题：各州均有制定法律的权力，并且拥有自己的一套法院体系，因此，联邦法律与州法律之间的平衡和统一便成为美国法律体系所要解决的重要事项。这也就是 51 个法律系统的平衡问题。

联邦制建立之初其实是为了进一步集合州的权力，建立一个强大的联邦政府，以为“合众国人民”提供更多的福祉。然而，即使如此，联邦制首先意味着州主权的存在。事实上，关于州权力和联邦权力，早在宪法制定时就形成了两派观点，一派即以亚历山大·汉密尔顿为代表的联邦党人，支持扩大联邦权力；而另一派即以托马斯·杰弗逊为代表的反联邦党人，支持州权力。从某种意义上讲，美国宪法是这两种思想和两种利益团体妥协的产物。妥协是通过在宪法中加入一些含糊笼统的语言达成的，但这些相对抽象的语言却成为此后联邦党人和反联邦党人争论的焦点，他们各持己见，互相评论，在美国的政治法律制度发展的各个历史过程中进行较量。

在法律的实际运作过程中，联邦法律体系与州法律体系的紧张关系会不时地出现。这种紧张关系不仅表现为州立法机关与联邦立法机关的冲突，还包括州法院与联邦法院的冲突。把他们协调在一起的，是体现了“合众国人民”意志的美国联邦宪法。

然而宪法毕竟不会自己出来说话，联邦最高法院的作用由此体现了出来。它宣称自己是唯一有权力解释宪法的机关，并拥有司法审查的权力。具体来讲，它有权审查联邦立法和州法是否抵牾宪法，有权对下级法院和州法院的判决之合宪性进行上诉管辖，还有权对行政权力之合宪性进行审查。在这个意义上，虽然有着自我扩权的嫌疑，虽然受到了诸多批评，但是美国最高法院通过其一代代睿智的大法官们的捍卫，通过遵循先例制度，终于在很大程度上承担起了处理州同联邦政府之间棘手而微妙的关系的任务。

可见，美国最高法院在美国政治法律生活中扮演了非常重要的角色。最高法院的这种角色，使得美国的法律执业者，以及美国的法律教育和法律学术有了共同的核心。最高法院及上诉法院长篇大作式的法庭意见成为美国法学院职业化教育的核心内容。

这种职业教育方法体现为案例教学法，由时任哈佛大学法学院院长兰德尔在19世纪70年代首创。案例教学法的核心就是围绕着具体的案件，特别是围绕着上诉法院和最高法

院的判决意见，让学生们对相关的意见进行大量的阅读，并在课堂上展开热烈的讨论。教师和学生之间通过苏格拉底对话式询问，一步一步将问题引向深入。案例教学法训练了学生的思维和分析能力，学生们通过这种职业化训练变得思维开放、敏锐而又尽显理性。虽然因锋芒张扬而受到了很多批评，但案例教学法经过自身的一些修整，仍然是美国职业化法律教育的主要模式。

当然，美国的法律制度并非凭空独创。就其历史渊源而言，美国法属于普通法系，这是由英国人所发展出来的法律制度和传统。美国法律直接源出于英国移民在17、18世纪带到新大陆的英国法律，在美国革命后由联邦各州正式采纳，作为其本身法律的基础。

作为普通法系国家，美国的法律体系中有着很多英国法的影子。判例法以及遵循先例制度，审判中的对抗制和当事人主义，以及陪审团在审判中的作用等，这些都是英美所共同分享的制度。还有美国早期的法学教育，基本上也是英国法律教育的翻版，即学徒式教育。美国的开国元勋中有很多都是学法律

出身，他们的教育背景往往与英国的大学和律师会馆有密切的联系，早期美国法律界最为普及的法学论著就是英国法官布莱克斯通的《英国法释义》。甚至美国法的基本架构、理念和概念都是从英国法当中发展而来的。

美国的法律制度亦是西方法律传统的延续体，包括英国法在内的欧洲法律，其主要体制及理论基础都建立在11世纪末及12世纪西方基督教社会中的修道院、大学、王室和教会家庭内部。当时的法学家借助罗马法律、希腊哲学以及基督教义的启发从事改革日耳曼和法兰克民族的原始法律制度。最后，一些不同类型的法律制度建立在这些共同基础上。正如英国政治家埃德蒙·伯克所说，“欧洲每一个国家的法律都来自相同的渊源”。

由英国哲学家约翰·洛克所主张的自然权利哲学（natural rights philosophy）显然影响了美国建国者们，在1776年托马斯·杰弗逊起草的《独立宣言》中这么写道：“我们持有这些不言而喻的真理，即人人生而平等，造物主赋予他们若干不可剥夺的权利，包括生命、自由和追求幸福的权利……”根据自然

权利哲学家的看法，组织政府正是为了要保护个人的这些自然权利；换言之，政府的组建正是人民让渡一部分权利给它，因此，政府的正当权力来源于人民的授予。如果政府损害人民的利益的话，它就不再是合理的政府，并且应当被推翻。这些观点无疑论证了北美殖民地独立的正当性。而后来的联邦宪法以及权利法案均是这种思想的体现。比如联邦宪法规定宪法的制定者是“合众国人民”而不是各州，宪法第九修正案规定：“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。”第十四修正案指出，“……未经正当程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产……”

此外，罗马共和国的古典共和主义对建国者构建共和国产生了影响，文艺复兴和宗教改革所推动的个人权利理念和伦理推动了资本主义的发展。按照马克斯·韦伯的观点，新教伦理是推动西方社会资本主义发展的精神力量，美国这个由新教徒开创的国家深受影响。事实上，从整个文化传统和历史发展轨迹上讲，美利坚合众国是西方文化的延续体。

毋庸讳言，美国的法律制度和法律文化中也存在各种各

样的问题。

我们看到，1787年美国宪法当中所称的“我们合众国人民”并未包含黑人以及其他有色人种。在宪法制定后的半个多世纪，南部的黑人奴隶并没有改变他们的身份、获得自由。即使是在1868年美国宪法第十四修正案关于废除奴隶制及相关事项的规定颁布之后，美国国内仍然存在着广泛的种族隔离问题，虽然20世纪中期最高法院通过判例宣布种族隔离违宪，但直到今天，种族问题仍然是一个敏感的话题。

我们还看到，即使是让美国人所尊敬的联邦最高法院及其大法官们，也有一些很不光彩的历史。在1857年的一个案件中，大法官们通过行使司法审查的权力认定国会制定的“密苏里妥协案”违宪，因为它规定了可以蓄奴和禁止蓄奴的州的界限，这样黑奴到了禁止蓄奴的州就成为了自由人。联邦最高法院认为，这侵犯了合众国公民的财产权利，是违反正当程序的。根据大法官们对宪法的解释，黑奴只是财产而已。甚至有人认为，这一判例导致了南部和北方之间矛盾的激化，为美国内战的爆发埋下了伏笔。

美国法律制度在如今仍然有很多争议性的问题。比如堕胎问题，比如司法能动和司法自制问题，比如联邦权力与州权力的问题，比如个人自由和公共安全问题，比如垄断和自由竞争问题；等等。这么广泛的议题和争论，当然表明美国社会之多元化以及公民言论自由权之切实性；但同时也说明，这些问题都未成定论，至少没有完全确定无疑，因此绝不是一句话就能说清楚的。

也许很多人还听到过美国法律中些许啼笑皆非的故事。它有稀奇古怪的法律规定，让人看了莫名其妙，甚至连他们的法官都会目瞪口呆。比如肯塔基州的路易斯维尔的一项法律规定：严禁捕鱼；谁想吃，只能使用弓箭射鱼；违者坐牢。

还有形形色色的律师笑话，描述或嘲笑律师的贪婪和狡诈：

一个名叫“奇怪”的律师给自己买了一块墓碑，石匠问：“墓碑上刻什么呢？”

律师说：“一个诚实的人和一个律师长眠于此。”

石匠说：“对不起，本州法律禁止双人合墓，我们可以改

为‘一位诚实的律师长眠于此’。”

“但是，谁知道这是谁呢？”律师说。

“没关系，”石匠说，“当人们念到这句碑铭的时候，一定会异口同声地叫喊：‘奇怪！！’”

那么，到底美国法是怎样的呢？

美国法律制度有其自身的历史谱系和发展逻辑，各种因素的碰撞、互相作用、此消彼长，成就了美国法律制度的发展过程。它的发展，有着天才人物令人钦佩的智慧，也有着不同利益群体和持不同意见的人的互相对抗、论辩乃至斗争；有诚实、正直和远见卓识，也有卑鄙、龌龊和愚蠢无知；有很多偶然的创举，也有一些不得已的妥协。这才是制度的真正的历史轨道。

我们未必能抓住历史的真相；但我们何妨用这个视角来探寻一下法律在美国的足迹呢？

目 录

第一章 法学院

学徒制和早期的法学院 / 03

哈佛法学院与案例教学法 / 10

法律教育的百花齐放 / 17

律师协会对法律教育的促进 / 21

当代美国法律教育 / 25

如何申请美国法学院 / 27

教学方法 / 29

法律诊所教育 / 32

附录 法官助理制度面临改革 / 37

第二章 律 师

早期律师业的荣辱沉浮 / 43

法律黄金时代的律师 / 47

美国律师协会的建立 / 56

律师业的飞速发展 / 61

当代律师界 / 67

美国的司法考试 / 73

附录 美国律师统计数据 / 77

第三章 法 官

美国宪法与联邦法官 / 89

约翰·马歇尔时代 / 92

内战前后的蔡斯法院 / 100

洛克纳时代 / 104

罗斯福新政与洛克纳时代的终结 / 110

沃伦大法官的法律改革 / 115

今天的美国法官 / 119

最高法院的大法官们 / 124

第四章 法 院

双重法院制度 / 130

联邦法院体系 / 135

州法院体系 / 142

联邦最高法院 / 145

法院的人事组成 / 149

法院的行政管理 / 151

附录 美国的“法院之友”制度 / 153

最高法院的建筑 / 156

第五章 审 判

法庭 / 166

刑事案件和民事案件 / 169

回避诉讼：ADR 与辩诉交易 / 172

审判之前 / 175

对抗的诉讼 / 181

独特的陪审团制度 / 187

事实审与法律审 / 194

第六章 公民权利

权利法案 / 203

表达自由 / 207

选举权 / 215

公民自由和正当法律程序 / 218

财产权 / 224

隐私权 / 226

刑事被告人的权利 / 229

法律的平等保护 / 232