

# 前 言

现代交通与技术使世界变得比较小了。这些正在缩减世界文化的多样性。然而人们仍然操着不同的语言，穿着不同的服装，信奉不同的宗教，保持着极不同的价值观。他们也遵守十分不同的法律，如何不同，我们很难概括。很清楚，法律制度的不同，并不像语言的不同。这个新世界——城市、工业——就蕴含着某一种社会；这种社会依赖与欢迎某些种类的法律。例如，西方社会所得税具有共性。但是，税法采取的课征形式却赖于总体的法律文化。美国人自然地习惯于美国的法律。法律是他们文化的内在部分。他们适应真正的外侨法与程序法，大概就像适应烤炙蚂蚁的饮食或者公职服装那样容易。法官与陪审、熟悉的戏剧性刑事审判、选举州众议院或者从事立法工作的地方议会、遗嘱法和合同法、领取结婚证、饲养狗、打猎——这些是美国特有的共同经验与文化的全部。没有其他的法律文化同它十分相似，也可能没有其他的文化同美国制度如此吻合。

人们普遍地认为历史与传统在美国法律中十分强大。这种看法有些根据，法律的有些部分能够追溯到很久以前——陪审制度、抵押、信托、土地法的一些方面。但是，法律的其他部分则是新生的婴儿。在广泛的社会意义上，现实的法律所包括的税法、交通法以及社会福利法就是新增加的。当一位律师就来自华盛顿的一项判决向其当事人咨询如何反应时，就在判决下达的当

天，另一位律师可能正在告诉他的当事人，某些似乎合理的诉讼程序已为亨利八世时的律师所熟知的一项制定法所废除，或者已为名字、语言和习惯无论对律师还是对当事人都是深不可测的玄秘的一些比较古老的法官判决所否决。就口语论，美国英语是种令人难以置信的混合物。有些单词、语法结构、发音和短语是新的，有些是旧的，其他的是从拉丁语或法语中转借的；有些最基本的部分来自英语，或者可追溯至更古老的语系。法律方面也是如此。像地球形成层层累积，新的压在旧的上面，取代、变迁、改变但不需要消灭过去的东西。总的来说，法律是逐渐演化的，它是以零敲碎打的方式变化着。在基本结构上，革命几乎是很少见的。起码，这是英美的经验。有些旧的内容保留在众多新的之中。

但是旧的法律被保留下来是高度选择的结果。变迁的社会可能是缓慢的，而不是剧烈的。演变与革命都是无法感觉的。只要旧的法律规则与法律制度仍有其存在的目的——或者，起码未妨碍现实的社会需要，那么它们就会继续保持下来。信托、抵押、陪审都是古代的产物，但却有着旺盛的生命力。它们是从中世纪留传下来的，但是它们现在服从于 20 世纪的需要。它们被保留下来，因为它们在今天富有活力、好胜而领尽风头的社会中找到了位置——一个毫不犹豫地将老酒灌入新瓶、新酒装入旧瓶或者把酒与酒瓶全抛掉的社会。无论如何，这部著作的理论是法律与时代共进，并常新。有时，理论可能会脱离实际。但是，如果人们要问这些能保留下来的原因，那么与其说人们认为法律并不像社会生活的其他方面，是历史的偶然事件与木乃伊的博物馆，倒不如说有比较多的光芒能从法律史中闪现出来。

在某种意义上，法律总是现代的。法律制度总是“运作”着，发挥着功能，每一社会管理自身并解决纷争。因此，每一社会就有一种运作的法律制度。例如，如果法院迂腐、守旧、无

用，那么只能表明有些其他的机构接管了本应由法院所做的工作。法律制度的运作，像盲人，也像无意识的机器，由发布命令的那些人控制。中国的法律、美国的法律、纳粹德国的法律、法国的法律、南非的法律，都反映了向它们的社会发号施令的那些人的目的与政策。通常我们说法律过时了，这意味着法律实际上同它的社会政权制度相脱节了。因此政权制度改变了，法律也就相应地改变。尽管在任何特定的期间，都受美国法律构成的最强大的历史因素和独特性的巨大冲击，但是这部著作的基本前提仍表现为当下的思潮、现实的经济利益、具体的政治集团。对一部历史著作却首先贬低法律的历史因素似乎是奇怪的开端。不过这在实质上并不矛盾。除非我们认为在任何特定期间充满活力的部分是新的和变化的，是形式符合功能，而不是功能迁就形式，否则法律史就无意义。法律史不是——或者也不应该是探寻“化石”，而是通过时间展开的对社会发展的研究。

美国社会的发展与法律具有长期的复杂历史。同有些国家相比，美国是新国家——但是波士顿和纽约已有 300 多年的历史，而且美国的宪法是世界上生效时间最长的组织法之一。总之，已有足够的时间使美国的法律在本质上成为美国人的经验产物。

但是，美国法律同其他的法律文化一直有着密切关系。我们的上辈祖先很容易分辨出来。美国法律的根基，就像美国的语言源于英国一样。欧洲人到来前，这个国家属于土著人。欧洲人来得晚，却产生了影响。欧洲人开始沿大西洋海岸定居。西班牙人定居在佛罗里达，法国人建立了新奥尔良，瑞典人主要定居在特拉华，荷兰人赶走了瑞典人，接着英国人又赶走了荷兰人。哈得孙湾与特拉华的移民组成了小的殖民地链，所有讲英语的人沿大西洋海岸定居。大批英国人相继到来，人口增长。而且讲英语的人不论是英国人还是美国人最终赶走了土著民族以及法国人和西班牙人，建立了一个从大洋一端延伸到大洋另一端的帝国。

每一文化群体都带来了自己的法律。关于土著人的法律、瑞典人的法律，客观地讲，这不是寻找遗迹。<sup>[1]</sup>有些学者称，发现了到今天仍有影响的一两项荷兰法律。地方代表人机关可能起源于荷兰。法国的法律在路易斯安那已或多或少地获得了持续的巩固。而且，在路易斯安那（移植的法律）仍保留着。如果不是扎根较深，那么西班牙的法律就不会传播得较广。没有一个州说自己的法律是西班牙的，但是零星的西班牙的或者墨西哥的法律（例如，夫妻共有财产制）保留在加利福尼亚和西部的其他地方。如果不是严格的土著法律，那么其他的所有法律或者是英国的，或从英国传来的，或者是以英国为基础而制定的。

很难说英国法律中哪些部分是殖民地法律直接的祖先。首先，“殖民地法律”是个抽象的概念；没有“殖民地法律”，这如同在美国没有适用于 50 个州的共同的美利坚普通法一样。有多少殖民地就有多少殖民地制度。最初合众国由 13 个州所组成；这 13 个州，如果有什么不同的话，仅表明了它们是在专制时代的一个最大的属地。有些殖民地——朴茨茅斯和纽黑文被比较大的殖民地兼并掉了。新泽西州是由两个独立体合并的产物。每个独立体曾有其自己的法律制度。

而且，每个殖民地建立时间不同。当佐治亚产生时，马萨诸塞起码已存在了一个世纪。在此期间里，英国法律仍未确立下来。这说明各殖民地在其法律发展过程中起点极不相同。在殖民地时期，殖民地隶属于英国。从理论上讲母国的法律具有最高效力。可是，殖民地并不像城市与其辖区、州与其郡的关系。甚至，作为理论问题，议会的法令和法院的判决，对各殖民地的效力也不清楚。在整个殖民地时期，殖民主义者自愿或被迫采用了相当多的英国法律。殖民者的欲望是由当时诸要求、无知、对国外情况的知识以及一般抵制所决定的。要求如此遥远的殖民地法律符合英国的法律，这几乎是一项绝无希望的工作。因为在不同

的殖民地其法律文化便有差别。同南部各殖民地相比，新英格兰较多地脱离了正统的英国法。大西洋两岸间的联系总是密切的，但是，它们从未协调一致。各殖民地同其母国在法律上发生争吵，在政治与课税上也发生争吵。即使在独立战争后，联系也未中断。1776年以后，复杂的法律联系又保持了下来。而且根据需要随时引进一定数量的英国法律。乃至今天，引进随时都在一点一滴地进行着。

殖民地最早定居的时间，很可能大体上显示了移植英国法律部分的迹象。但是什么是英国法律？在独立战争前的20年里，威廉·布莱克斯通爵士整理、撰写了他熟悉的王室普通法的精髓东西，他的《英国法释义》印刷出版了，这是一部很厚但还可驾驭的著作。这部欠庄重、风格优雅的著作，在美国和英国成为销售量极大的畅销书。尽管讹误和败笔百出，但是布莱克斯通论述的简明条理，促进了英国法律的传播。如同一部词典，他在释词上存在着偏差和缺陷，省略了所有俚语、方言、口语和技术术语。在1750年以前，即使这种不完善的指南对殖民地来讲也极不容易得到。他们缺少一把英国法律入门的钥匙。然而却迫切需要一把钥匙。英国的普通法是最伟大的法律制度之一——但是它是令人痛苦和难于了解的一种法律。

英国法律过去和现在仍然不同于最大的欧洲大陆法系。一方面，英国法律抵制了对横扫欧洲大陆的罗马法法典化、现代化形式的接受。现代大陆法系最大的特征体现在法典上。“这种法律”在法国和德国就是成文法。另一方面，“普通法”是“不成文法”，正如布莱克斯通所说，“不成文法”并不是说没有文字；如果有什么不同就是英国和美国的法律极其不成文。但是就不成文而论，布莱克斯通意指法律最终与最高的渊源不是制定法，而是反映在普通法法官判决中的“共同习惯”。这些法官是“这种法律的宣示者——活着的智者，这些法官必须处理所有的疑难案

件，而且须按照领主的法律通过口头来判决”（布莱克斯通《释义》第1章，第69段）。普通法是法官造法——在判例的实际熔炉里浇铸、提炼、检验、改变，以判例报告的形式代代留传下来。在理论上，法官们是遵照先例原则作出判决的；最终这些原则反映了现实的价值、态度以及英国人的伦理观念。在实践中，法官们遵循自己过去的行为，并在变化的时代压力下及变化的诉讼模式下加以修改。总之，普通法奉行的是遵守先例的原则。

人们所公认的先例是普通法的基本概念。可是正如一些外行人（也包括律师）所具有的认识倾向一样，判例从来不是一种紧身衣。如果美国法官认为判例极其错误，那么，他们就总是运用权力改变先例。在过去，这种权力很少使用。尽管如此，“识别”令人头痛的先例，仍是比较重要的权力。无论如何，普通法过去和现在仍是法官遵循先例还是识别先例并且在创造和解释法律原则上起着至关重要作用的一种制度。在普通法初期，判例法是最基本的法律渊源之一。长期以来，自信的法官们以极大的怀疑来对待制定法。制定法是不受欢迎地闯进普通法的，也相应地遭此待遇。在大陆法中，所有的法律条文（从理论上）都被规定在法典中。在普通法中，许多基本法律规则只能在法官们的判例报告中发现，而不是在别的地方。

议会集中在一个月所做的工作，法院则需要多年——而且缺乏系统化，因为普通法不喜欢假设和未来的事例。它限定在实际争议中。如果没有提起诉讼，那么就不会裁决。它不会对将要进入争议的所有重要问题表态；“争议”不是诉讼，而且只有诉讼——基本上是上诉的诉讼——才制定新法律。对法官们来说，存贮大量的规则是不易的，或者需要强大的公众支持（在征税形式上）来实施这些规则，或者通过一帮新的公务员实施这些规则。法官们须以先例原则为根据作出判决。这几乎不能告诉法官审案的期限是什么，就像不能告诉法官冰淇淋的乳脂含量一样。英国

的法院（或美国的法院）不可能“逐渐形成”社会保障法。因此普通法不仅缓慢，而且实现某种重大的法律变化也是不可能的。

比较古老的英国法经常缓慢地（有时）以迂回的方式发生变化。废弃学说与习惯经常不是正式地废弃，而仅仅是通过替代和不予理睬。英国司法决斗，人们在电影里欣赏的中世纪骑士和服装直到 1819 年才被取消。经过了许多世纪，它才长眠在坟墓里；但是 1818 年由于法院疏忽，人们才想起了决斗成为法律职业仍具有法律上的可能性。尴尬的议会很快埋葬了这个“尸体”（《乔治三世法律汇编》第 59 卷，第 46 章，1819 年）。

有时改进行会通过所谓的法律拟制的快捷方法进行。典型的例子就是请求恢复不动产占有诉讼。假设两个人——我们权且分别称他们为亨利·布莱克和理查德·布朗——因对土地所有权发生了争议。布朗占有土地，可布莱克对土地提起请求权。人们都认为布莱克是土地合法的所有人。中世纪的普通法有一种常常用来解决这种争议的审判形式。一旦发生争议，这种诉讼形式是迟缓和苛刻的。请求恢复不动产占有的诉讼就是围绕它形成的一种形式。在请求恢复不动产诉讼中，起诉状——向法院提交的诉状——陈述一个古怪的事实。一个名叫约翰·多伊的人，可能是从亨利·布莱克那里租借了土地。另一个名叫威廉斯·斯泰尔的人从理查德·布朗手里取得了租契。斯泰尔（据说）有权排斥约翰·多伊的占有权。实际上，多伊、斯泰尔以及两个租契纯粹是法律想象所拟制的。只有布莱克和布朗是案件的实际当事人。这种表演（每个人包括法院，都知道是虚假的）用于在法院提起的土地所有权争执的诉讼。与此同时，因为它是一个租契案件，规避了古代土地诉讼（不能适用租契）。后来，请求恢复不动产的诉讼本身被认为太复杂，而且妨害权利。但是到 19 世纪中期英国才认为这种诉讼不合理。

请求恢复不动产诉讼的侵权事实不是一个高度技术性和拟制

的独有的式样。类似的情况还有，不法的思想拟制了一种把公司作为“法人”、将奴隶划归为不动产，允许原告说巴黎城位于英国，不允许被告与他相左的社会制度。这些当中之一，“法人拟制”，仍然是活的（而且是有用的）；其余的服务于各自的目的，然后就消失了。因此，尽管拟制具有功能，但是它们确实很难想象。

保留下来的非常高的技术性使得盎格鲁—美国法律成为很难掌握的制度。但是普通法的错综复杂、过度的形式化以及受拟制所支配，并不是因为它不变化。确切地讲是因为其频繁的变化。问题在于传统的理论紧紧地束缚着普通法。从理论上讲，普通法不是通常意义的人定法；法官们揭示普通法（或发现普通法）；法官不能造法；或者说普通法是被发现的，但不能加以篡改，在本质上，把普通法看做人定的或手段或工具的现代法律观念对古代的普通法是陌生的。改变则必然要掩饰假装。直接公开的改革（由法官们作出的）是不可能的。而且，发挥作用的法律先例学说，尽管看起来古怪，但仍然是某些经济或社会利益的重要工具。在一个粗暴和存在争议的权力掌握者的社会里，彼此处于纷争状态，法院只能缓慢地、细微地对权力关系产生影响，否则权力的微妙平衡则会被打破。

而且，只要传统没有危害性，那么荒谬的传统就可以被容忍。决斗裁判的废除就说明了这点。如果决斗裁判就是死亡而没有别的，那么这一制度就不可能继续存在到 19 世纪。强有力的变化发动机能够而且确实存在于法律制度内而不是在法院里。发生在法律中的主要变化是通过打开或关闭习以为常的价值的方法进行的。其内容是从法律机构到机构的转移。法院获得工作、失去工作直至再获得新的工作。议会的作用变得比较强大；国王的作用交替增强与减弱。在这些变化过程中，一些古代的、专业化的、实质上不重要的事务保留在法院里。因为它们是鲜明和古老



的，这些化石是能够吸引人们的注意力的。它们给人们留下了一个关于古代的印象，有时是错误的印象。

然而，大量的普通法不是直接适用于公众的。律师居于普通人与立法者中间。它是默认和掌握这一技巧的律师的事务。总之，技术困难成为由律师垄断的唯一社会理由，律师制约着法院工作，草拟法律文书，为当事人提供咨询。从我们的历史开始，英国律师对英国法律塑造有着重要的影响，律师的演进复杂并充满了费解。但是到1600年，英国的律师成为主要职业者——接受了法律教育的人。然而，他们没有在牛津或剑桥大学接受教育，律师由伦敦的律师会馆培养。律师会馆同大学没有关系，因此它同罗马法和欧洲一般的法律文化也无关系。在律师会馆的年青人，他们学习所有东西，学习英国法律，英国的辩护，英国的法律经验。法律教育基本上是实务的，而不是法学理论。英国法律教育的这种特殊倾向有助于普通法被保留下来。当大陆法沉迷在复兴罗马法时，在英国，也就是法官正从律师中吸收新的成员。律师与法官组成了一个法律共同体，拥有共同的经历与经验，正如他们今天所做的。他们完全从公众中分离出来成为具有凝聚力的共同体。

因此，由于种种不同的理由，普通法保持着同其过去的联系，流传了数个世纪，但是普通法像一张皮，从未十分成功地融合。这张皮打上了过去的封建烙印。中世纪的英国习惯在普通法语言和习惯上留有深深的印记。普通法完全被两个主要的问题所困扰：正式的法律程序以及与土地相联系的法律。可是，第二个思想说明，这两个问题并不是英国法的法律全部，也正如英国大庄园主的生活并不是每个人的生活一样，普通法，基本上是王室中央法院的法律。这种法律基本上是由英国大法官，包括布莱克斯通在内所描述的。但是，王室中央法院在很大程度上处理的是少部分人的法律问题。翻开编订于16世纪晚期和17世纪早期柯

克勋爵的判例报告集，人们在这里将看到一群有特色的诉讼当事人，所有的当事人都来自不列颠社会的最上层——贵族、绅士、显要的牧师、富有的商人。普通法是贵族法，是有关并保护地主和贵族的法律。这种制度几乎不涉及民众而仅将民众置于它的统治之下。庄园法是统治普通人并严格约束普通人的法律。在很大程度上这种隐蔽的法律对论著没有任何影响。大量法律著作的编订是在权力所在地：它们论述的是国王的那种法律。而那些效力低的法律规则几乎没有被记载下来。

事实上，王室法律的普通法，王国的法律并不适用于整个王国。权力并非如此连续和有影响力。没有单一的法律中心，没有单一的法律文化。英国法是多元的（至少大概粗略地）类似后来的殖民帝国的松散体，特别是非洲，官方的法律来源于母国，适用于首都的被流放人与商人。农村习惯法相当大部分被保留下来以适用其自身生活。在英国中世纪，许多地方习惯，像地方方言，与普通法并行存在着。例如，长子继承权——土地由长子继承——是普通法的规则，然而肯特郡的乡村却并不如此。肯特郡在相同的制度下最为著名的是均分制保有土地（1925年被废除），所有儿子平等享有土地继承权，而地方习惯法同美国早期的法律有很重要的关系，殖民地实践获自移民最了解的那部分法律即返回其故里的共同体的地方法律和地方习惯。

甚至对显要人物的重要事务，普通法的适用也不是毋庸置疑的；它必须与其对手法院、具体制度以及法律的分支作斗争。许多对手最终被迫服从。但是普通法取胜仅因其最大的让步。语言又是有用的比喻。盎格鲁—萨克逊语言支持了针对挪威语和法国语言、两种文化的口语、拉丁语与希腊语的猛攻。但是保留下的语言——英语——充满了外来语，并大量地夹杂着外来句法。现代普通法充满了罗马法的术语与观念，而且也大量地表现在衡平法、海事法以及商法中。

普通法的真正对手。最令人吃惊的是特有的制度即由大法官适用的著名的衡平法。中世纪初期，大法官就是皇家最重要的官员，大法官的御地即衡平法院是有权向普通法颁发令状的。经过漫长而又复杂的过程，大法官本身就成为一种法院，而且是与众不同的法院。大法官不需要遵守严格的普通法规则。掌握灵活的原则，即按照通行的“衡平”观念原则。大法官被称为“国王良心的守护人”。正是如此，大法官有权废除不公平规则。实际上，大法官即有文化的牧师，一群犹太法官迟早会操纵着这台发动机给予请求者以救济。<sup>[2]</sup>这种权力给予了大法官在王室司法制度中的战略性位置。在历史的发展过程中，作为国王代理人的大法官，在许多法律领域脱离了普通法的规则。“衡平”理论形成并解释了大法官的权力，而且使大法官的工作达到某种逻辑规则。衡平法的独特特征逐渐消失了。人们可能会谈到衡平法的规则、原则和学说就是“法律”。总之，衡平法几乎成了一个反法律的制度。

因此在英国，两种冲突的民事法律制度共存——而且并非总是和平相处。尽管在许多方面普通法与衡平法相互补充。普通法能够宣告义务和权利；但是，它不能强制履行，只能用金钱来支付。另一方面，衡平法有着一整套的其他救济方式。强制令是其中之一。强制令是命令，要求一个人去为某些特定的行为或禁止继续做或将要做的事情。它有强制力，因为，如果被告违反了它，大法官可以藐视法庭判他监禁。衡平法具有针对人身的权力，而无针对物的权力。例如，衡平法不能作出对土地权利限制的判决。它只能对当事人起作用。大法官能够判令 B 返还 A 的土地，如果 B 拒绝，大法官可判处他监禁；但大法官不能判土地给 A。从程序上讲，两种制度很不相同。大陆法和教会法对衡平法观念和程序有重大的影响。这说明引进了罗马法文化。陪审是普通法的一项制度；衡平法院无需陪审。另一方面许多类似的

学说，以及某些法律的分支，如信托法，源于衡平法。

最奇特或许独一无二的是在一个法律体系和一个国家内，有着两种彼此独立的普通法与衡平法。一方当事人提起的诉讼请求，如果普通法不予救济便可请求衡平法的救济，这种情形成为可能。反之亦然。例如普通法倾向于受理生效的土地契约，如果履行了正确的形式的话。而在衡平法中，除非受不当影响、欺诈或虚假，否则契约就有效。因契约之诉可能胜诉或败诉决定于原告踏进哪家法院大门。普通法法院对衡平原则不予适用，如果原告有普通法的“完全救济”，衡平法院对案件将不予受理。

当然，不同的时代，两种制度的关系是不同的。在斯图亚特时代，衡平法与普通法之间发生了公开的尖锐冲突。普通法法官在与其对手冲突中并未获胜，尽管他们已经习惯了。不久两种制度大致上可以和平共存。19世纪，衡平法与普通法最终“合并”。这基本上表明了单一法院适用两种法律。普通法与衡平法规则发生冲突时，衡平法优先。在美国，普通法与衡平法的区别有着令人惊奇的漫长时间。有些州——如马萨诸塞——从未有衡平法制度；新泽西不但有单独衡平法院，而且直到1947年才被废除；特拉华，直到今天仍有单独的衡平法院。历史上普通法和衡平法的区别在法律诉讼中仍然有着区别。它可以决定是否有权获得陪审。

衡平法院不是唯一不严格遵守普通法规范的法院。星宫法院是颇为胜任的王室权力的专制武器。都铎和斯图亚特王朝时代，星宫法院发展到了顶峰。星宫法院代表快速与权力；星宫法院不是普通法的竞争者，更多的是对普通法的限制——让人想到的是像英国法一样如此冒险把重大国家政策不谨慎地委托给一项制度。特殊商业法院——在普通法之外存在——比星宫法院持续的时间还长。专注于混乱的地产的王室中央法院几乎没有注意伦巴第商人，没有注意紧随他们之后本国与外国的银行家和手艺人。

然而，商人法院对商人的习惯与惯例反应敏感。

在商人法院中所适用的法律称为“商人自治法”，而不是英国的普通法。商人法是国际的；它的规则来自于一般的惯例和欧洲商人的法律意识。有各种类型的商人法院，这包括各式各样的行商法院，一种商人聚集的集市法院。爱德华·柯克勋爵称它是为了“贸易发展以及交易快捷的司法”法院，其裁决速度就“像从脚上落下的尘土”<sup>[3]</sup>。

通过集市法院和商人法院，英国法律与惯例最后承认了商业交易和金融交易的基本做法。从这些渊源中，英国法学会了运用很早就传下来的现代支票、票据、汇票和提单。专门商人法院随着普通法对商业事务的兴趣增大而衰落；商人法逐渐汇入普通法的血脉里。到17世纪，这一过程得到更快发展。一致认为这方面的发展主要得益于1793年死去的苏格兰人曼斯菲尔德勋爵，曼斯菲尔德在罗马法与大陆法上造诣颇深，对商业判例有详细的涉猎。他的判决很敏锐并适应了商人的需要与方式。

海事法院，远海和近海贸易的法律是普通法的另一个对手。海事法院长期适用国际惯例，完全独立于普通法。16世纪初期，英国海事法院同普通法院发生冲突。争夺海事法律管辖权的斗争许多年都未得到最终解决。它不是生死攸关的大海的浪漫，而是为了海军政策和国际运输的权力。

家庭法——婚姻和离婚——也是受普通法影响最小的。婚姻是圣事；教会法院，甚至在改革后，仍然享有管辖权。财产继承法（现代法律，遗嘱和动产）划分很明确；普通法院管辖土地继承；教会法院管辖动产的分配，两种法院适用不同的规则。如果一个人没有留下遗嘱就死了（没有遗嘱），他的长子继承他的土地。但是他的动产（金钱和物品）由他的子女平均分配。教会法院像衡平法院一样，不适用普通法程序：陪审，因此对判决也不起作用。

这个前言已特别强调了法院。但是读者不要认为所有的英国法都是法官造法。大量的法律直接或间接源于国王和议会。同今天相比，文艺复兴时期的英国制定法就像汨汨地不断流淌的溪流，而且国家没有留下太重要的主题作为法官关注的法律，一些制定法基本上改变了法律的结构与内容。有些法律是被带到了殖民地。

英国法从不是静止的，查理二世的法律不同于爱德华一世的法律；距阿尔弗雷德国王的法律已是遥远的年代。大约在移民时代多数已经叙述的法律是进化和立法的最后产物。英国在1600年就处于最深刻变化的转折时期，一个仍没结束的时期。从法律的观点上，现代时期唯一最重要的方面是对待法律的社会态度的革命性转变。在传统文化中，法律是在社会秩序中确定人民的地位的神圣的或历史悠久的法律体系。在现代，法律是一种工具；掌握权力的人们利用法律推动或促进某些既定的目标的实现。作为工具理性的法律的理念构成了所有现代制度的基础，不论资本主义、社会主义、法西斯主义，也不论是民主的还是极权的。在英国然后在美国法律都是一个主要的社会原动力，总的来说，本书涵括的时期是一个永无休止和无法满足的变动时期。

#### 注 释

[1] “当然，土著民族的法律，仍然同他们有或多或少自治的土著居民的共同体有关。这些民族的法律本身，过去和现在都是一个丰富的研究领域。”见 K. N. 卢埃林和 E. A. 霍贝尔：《沙伊安部落》（1941年）；约翰·P. 里德：《血腥法：彻罗基族的原始法律》（1970年）。

[2] 西奥多·F. T. 普拉真内特：《普通法简史》（1956年，第5版），第180页。

[3] 4 Co. Inst. 272. “piepowder” 术语据说是由两个不纯正的法语单词组成，意思是“泥足”。

# 第一部分

## 起源：殖民地时期美国的法律





## 导 论

对大多数律师和普通人来说，殖民地时期是美国法律的黑暗时期。美国的律师面对法律问题首先考虑到的两个法律渊源是制定法和最高法院的判例报告集。美国的律师可能从未见到、未讨论过甚至也未听说过殖民地的判例和制定法。到独立战争后，美国的判例报告集才方便和易得。甚至现在，也只有零散的殖民地判例选集出版。许多殖民地制定法仅残存在古代或保留在罕见的版本中；有些制定法已经散佚。《马萨诸塞法律和自由权汇编》（1648年，直到20世纪发现了一本，这才免于佚失）是最重要的殖民地法典之一。

这么多本土传统的消失并不真正地令人惊奇。法律经常变化，而旧的法律除了对学者外基本上没用。只有收藏家和历史学家较多关心1830年的马萨诸塞法律。1648年的法律甚至是死法；约翰·亚当斯活着时，这些法律就已经少见和失去了效力。移民时期和独立后的美国俨然两个世界。沿着充满风险的陌生大陆的海岸，由牧师统治的一小批移民对法律的需求根本有别于繁忙的商业国家的需求。比较强大的社会总趋势决定着法律发展的总趋势。例如，18世纪殖民地的法律似乎在英国模式上来回摇摆。甚至在独立战争后，美国法律在某些方面也变得有点儿英国化。实际上这不是一句似是而非的话，“英国的”是个误导的词语。经济的发展和社会的分工所需求的法律工具，对1650年清