



美国法律讲话

哈罗德·伯曼编

陈若桓译





美国法律 讲话

哈罗德·伯曼编

陈若桓译

生活·读书·新知三联书店

TALKS ON AMERICAN LAW

(revised edition)

edited by Harold J. Berman

Random House, Inc. 1971

经香港“今日世界”出版社同意据该社中文版排印

美国法律讲话

MEIGUO FALÜ JIANGHUA

〔美〕哈罗德·伯曼编

陈若桓 译

生活·读书·新知三联书店出版发行

北京朝阳门内大街166号

新华书店经销

北京市双桥印刷厂印刷

787×1092毫米32开本 7,875印张 148,000字

1938年3月第1版 1988年3月北京第1次印刷

印数 0,001—5,100

书号3002·258 定价(精)6.00元 (平)1.50元

ISBN 7-108-00036-9/D·1

初 版 前 言

一九五九年本人应美国新闻总署之请，安排一系列有关美国法律的谈话，假座“美国之音”电台用英语广播给亚洲、欧洲及非洲的许多国家。这项广播节目的宗旨是阐释美国法律制度；内容务须庄重严肃并带学术意味，然而讲述者却须记住大部分听众非但不是法学家，且也不熟悉美国情形。

我曾提出两点作为答应的条件，这两项条件都蒙接纳了。第一，不管讲述者之中任何一个对美国制度提出任何批评，都不得有任何检查删改情形；第二，全部讲述者我都可以从哈佛法学院的教授之中选出。第一项条件的理由是显而易见的：学术和宣传不能混为一谈。第二项条件的主要理由是，如果全部参加者集中一个地方，则这个讲座的配合工作在处理上比较容易得多（当然哈佛法学院本身对这讲座并无任何关系；它的十六位教授是以私人资格参加讲座，因此我们若有疏漏舛错之处当然不能归咎于哈佛法学院的其它三十位教授）。

这一空中讲座在一九六〇年举办，历经数月，引起全世界许多国家的人民对它发生很浓厚的兴趣。有许多人都

索取个别演讲的讲义，可是在有人建议把这一系列的演讲汇编成书时，讲述者却感到有些内疚。这些演讲本来是采取口述体裁；内容十分简单，说不上完整无缺，也说不上是井井有条。可是我们毕竟决定大胆地付印了；不过必须向读者声明一下，他所得到的不是“美国法律入门”，也不是“美国法律的批评”，而是一系列的谈话，总共十七篇，每篇谈话历时约二十七分钟，都是为了向国外人士说明美国法律制度的各方面，并向他们表达它的宗旨、方法、观念和精神。

如果认清本书内容的缺点，那么就可能不是它的缺点，而变成它的优点了。简化、重复、“粗枝大叶”、解释许多人认为无须解释的问题，就一部以普通读者为对象的法律书籍而言，这些都不一定是瑕疵。甚而在企图向其他国家人民描述本国的制度时所难免会采取的某种辩护态度，在此处也有若干价值，因为大多数美国人对于本国的法律制度也好比“陌路人”，因而也有细心向他们解释的必要。

不过假使这些谈话本来就是为了美国听众，那么这里所没有包括在内的许多东西当然都会被包括在内。对“劳工法”的演讲就是一例；讲述者要强调工会的性质和集体谈判的原理，因而撇开了当今许多棘手的特别问题不谈，其理由正因为在其他大多数的国家里，工会所扮演的角色截然不同，而集体谈判的理论基础也显然迥异。诚然，在所有这些受到时间上严格限制的演讲，演讲人的着重点的选择有一部分是基于听众的素质。

最后，我应该对个别演讲题目的选择作一个解释。我们努力对美国法律制度作一个相当广泛的申述。可是本书目录似乎就透露了若干明显的疏漏。联邦制度到何处去了？课税制度呢？贸易管制呢？这些课题在其它各章内曾予申述。其实，联邦制度几乎在每一篇演讲中都曾涉及，足见它在美国法律中具有普遍性的影响力。课税及贸易管制曾于四篇演讲内略予申述。假如这个讲座延长一些，这三个题目本可分别加以研讨。此外还有美国法律的若干重要部分也完全未被包括在此一系列之内，例如有关家庭的法律和犯罪学，本来很可以包罗在内的。

虽然在评述方式上有内在的限制，我们仍希望这本书会鼓励若干不谙法律的人士能对美国法律制度作一番深刻的思考，我们也希望若干已清楚本书一切内容的法律家，因为看了这本书而提高兴趣，考虑到他们如何把美国法律的复杂现象，向无数在其它方面受过教育但认为法律是蠢事或绊脚石的人们描述，因为我们这一代最重要的教育工作之一必然是克服对法律的普遍性的无知及疑惑，此种无知及疑惑充塞于许多学术界之间，使整个社会秩序都蒙不良影响。

哈罗德·伯曼

再 版 序

本书初版于一九六一年问世。说明本书出版缘起与写作经过的前言，对于此次再版，同样适用，只有一点不同：这个增订本添了《联邦征税制度》、《反托拉斯法》与《城市房屋法律》三个新的章节。

把两个版本拿来比较，就可以发现，讨论宪法问题的那三篇讲稿——刑事案件中被告的权利、宪法中的言论自由权和宪法中的少数民族权利——修改的地方最多。美国的法学教育一讲，也须详加校订。可是大部分篇章，讨论美国司法制度基本特色的那些篇章，和十年以前最初的讲稿并无重大出入，虽然在这十年以内美国的社会生活变化很大。有人说这种情况实在使人不安，但是也有人说，这适足以使我们感到安慰。无论如何，从这里我们就可以看美国司法制度的性质和作用。

哈罗德·伯曼

一九七〇年四月二十日于麻省剑桥市

目 录

初版前言.....	3
再版序.....	6
第 一 讲 美国法律的历史背景.....	1
第 二 讲 法官的任务.....	12
第 三 讲 相对制度.....	24
第 四 讲 陪审制度.....	35
第 五 讲 刑事案件中被告的权利.....	44
第 六 讲 最高法院.....	57
第 七 讲 宪法中的言论自由权.....	68
第 八 讲 宪法中的少数民族权利.....	79
第 九 讲 行政法.....	89
第 十 讲 联邦征税制度.....	100
第十一讲 劳工法.....	119
第十二讲 企业与法律.....	130
第十三讲 反托辣斯法律.....	141
第十四讲 美国法律中的商业交易.....	160

第十五讲	财产法.....	171
第十六讲	城市屋宇法律.....	182
第十七讲	律师.....	198
第十八讲	法学教育.....	209
第十九讲	国际法.....	221
第二十讲	美国法律的哲学原理.....	231

第一讲

美国法律的历史背景

哈罗德·伯曼

要在十七篇短短的谈话中把握一种法律制度的精髓，并不是一件简单的事情。在本质上说，法律是复杂而专门性的，以致许多人往往投以不耐烦的眼光，甚至时常还投以讥诮的眼光。然而法律是任何文明社会的人们最深刻关切的事物之一，因为它一方面可抵御苛政，另一方面又可防止混乱；它是社会借以维护自由及秩序，以免受到个人、阶级或政府本身专横干预的主要工具之一。因此要描摹美国法律就必然反映美国人对自由、秩序及专横行为的观念；可是这样的描摹又绝不能把包含这些观念的错综复杂的一套规则及程序过份简化。

这第一讲的目的是提供一幅透视图，借以透视美国法律的全貌；这样的透视图可能有助于明白以后各种演讲里分别讨论的各部分之间的相互关系。我选择历史资料来配成这幅透视图，因为相信我们的法律制度在时间上的延续以及在“机能”发展上的潜力，足以揭示自身的基本质素。

从历史角度来看，美国法律属于西方各法律制度系统

的一部分。它的主要体制及理论基础建立于十一世纪末叶及十二世纪西方信奉基督的社会中之修院、大学、王室和教会家庭内部。那时的法学家借助罗马法律、希腊哲学、希伯莱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，但我们应该认清，正如英国政治家艾德门·卜克在二百年前所说，“欧洲每一个国家的法律都来自相同的渊源。”

美国法律直接源出于英国移民在十七及十八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。这样的采纳英国法律使美国法律与共同的西方法律传统之间的延续关系得以保存。

由此，美国法律制度可以说是十二世纪下半期统治英格兰和诺曼底的国王亨利二世所创立的。亨利二世在英格兰建立了与当时存在的教会法律制度平行的第一个固定性的中央法院，设专任法官，在程序上规定合理的制度，虽然御任法官的判决和有关十二及十三世纪英国习惯法（Common Law，又称《不成文法》）的书籍并不能用来阐释现存的美国法律，可是它们却反映今日仍有活力的法律观念和法律程序。

不妨举一个例子。美国法律有一个重要部分称为“损害法”（Law of Torts）。“损害”（Tort）是诺曼底的法语，即“作恶”的意思。“损害法”是当一个人的身体或财产遭受到另一个人恶意损害而希图获得补偿时所引用的法律。因此

假如一个人故意殴打另一个人，受害者就可以对加害者提出起诉，要求对殴打所引起的损伤获得赔偿。这样的起诉称为“殴打袭击诉讼”(action for assault and battery)；这是民事起诉，必须与任何刑事诉讼分别审判。民事诉讼与刑事诉讼同样以十二个“普通人”组成的陪审团在一个专任法官的领导下从事审判。

我刚才所说的今日美国法律的每一点都可以直接追溯到布雷克顿(Bracton)约在一二五〇年所撰的英国法律论文，此外可追溯到国王法庭内的更早期的判决。

另一方面，布雷克顿的论文对另一种损害，即对另一个人并非故意而是不谨慎所引起的损害提出补偿的“过失诉讼”(Action for Negligence)，却只字不提。一二五〇年英国的“习惯法”(亦即由中央法院司法，习用于全国的法律)还没有充分发展，对由于过失所引起的损害并无处理规定；实际上它对于蓄意的暴力行动所引致的损害提供一种明晰的民事补偿办法，在这方面早已有了长足的进步。可是假如我们把英国和美国法律的历史追溯到以前的几个世纪，我们便发现“过失诉讼”是法庭按照较古老的“殴打袭击诉讼”用“以此类推”方式逐渐发展出来的。这两种补偿方式都是从中古时代英国的“侵害”(trespass)观念产生出来(trespass 是诺曼底的法文，相当于拉丁文的 Transgressio)，同时也源出于中古时代英国的一种程序，即准许一个受到“侵害”的人，向国王的御任法官请求发出书面命令，飭传被告至御前法院出庭答复原告控诉他所犯的特殊

“侵害”罪行。“侵害”的观念和御任法官发出说明原告控诉的“传票”制度，都是英国从信奉基督的整个西方社会发展的基本法律观念和程序里变通过来的特殊方式。

英国对于中古时代西方法律思想和程序的另一种变通方式乃御任法官所发展的称为“平衡法”(equity)的特别规则和程序。在十四和十五世纪国王的法庭在解释其本身任务和规则时犯了僵化和狭窄的弊病。于是，在国内其职位之重要性仅次于国王的御任法官，便设立了一个特别官厅，听取国王的普通法庭所不能或不愿充分处理的冤情。这个官厅后来称为“大法院”(Court of Chancery)，其管辖范围据说是“良心”或“平衡”问题；假以时日，“平衡”一词就获得了专门涵义，专指大法庭所定的规则和程序，与“习惯法”法庭的规则和程序互相对照。平衡法程序较“习惯法”程序更富伸缩性。此外，平衡法案并无陪审人员陪同审判。再者，习惯法法庭普通仅取用钱赔偿的方式，大法庭则不同，可命令当事人进行或不进行某种行为，如不服从则可以藐视法庭罪名加以惩罚。大法院也可以按照案件的全部情形酌定其判决书。此外，大法院(或平衡法)执行习惯法法庭所不承认的若干种诺言及安排；其中最重的要算所谓“信托”(trust)，即一个人把财产转移给另一个人请其替第三者“信托”保管。由此平衡法变成了补足式的司法制度。大法庭并不对任何种类的纠纷具有一般性管辖权；当时它仅在习惯法的补偿不足的情形下才采取行动，而现在则由平衡法继续这种任务。

这种平衡法和习惯法法庭共存的制度继续存在，并带到了美国殖民地。十九世纪在英格兰和美国采取了合并办法，普遍取消了大法庭，以同样的法官执行通用法和平衡法。然而在律师和法官的心目中，这两种制度还是截然不同。某些补偿方法(例如所谓“指令”injunction，命令一个人进行或不得进行某种行为)称为“平衡补偿”(equitable remedies)，采用“平衡法规”，也就是大法庭在未被取消前所定的规则。同样，“信托”也须采用平衡法规。

这样，使今日的英国及美国法律异乎世界大多数其他法律制度的若干特点必须从历史里寻找解释。这特别可以归因于一项事例，即英国法律是中古时代各种世俗(非宗教)法律制度之中最进步的一种，虽然经过许多变更，仍能在英格兰和美国保存其延续性。

我所举出的例证说明了英美惯例包括把一切民事及刑事案件分别审判的惯例的中古来源(在大多数的法律制度里，刑事罪行的受害者可提出起诉要求金钱赔偿，作为国家建立的刑事诉讼程序的一部分)。就英美惯例而言，除平衡法案件之外民事案件也采取陪审方式(在大多数法律的制度里陪审办法普遍仅限于刑事案件)。又英美惯例把民事不法行为分属于法院在过去数个世纪里逐渐划成的若干种类，例如“殴打袭击”及“过失”，还可加上“侵犯土地”、“欺诈”、“诽谤”和许多其它种类(在大多数的法律制度里也有相似的不法行动的分类，但它们普通都是由立法机构在民法内予以规定，而不是由司法判决历史里演变出来的分

类);此外还有英美对于“信托”的观念,这已经变成了我们不仅在死亡时财产转移的最重要方法之一,而且也可借以执行以一个人代替另一些人负起受托者义务的许多种企业安排,公司董事即其一例(大多数的法律制度虽然也包含各种担当其中某些任务的观念,但却没有相当于英美“信托”办法的包罗万象的原理)。

中古时代英国法律的进步,一部分得力于早期政治和法律权威都集中于国王的手上。另一方面则得力于英国较早发展其世俗(非宗教)的法律界,有他们本身独立的组织及本身的传统。英国律师在十四世纪就成立了中古的同业公会(Guild);他们是称为“法学协会”(Inns of Court)的联谊式的协会会员,并在这种协会训练“学徒”。此外在英国和美国,当时以至现在仍普遍的从成绩卓越的执业律师中委任法官。

十六世纪强大的君主国在整个欧洲抬头,于是所有西方国家里都很迫切要求恢复古典罗马法。可是在英格兰中古法律已变为足够稳固的全国法律,世俗法律界实力充足,世俗司法界的能力已够水准,就一般而言,当时存在的法律制度相当合理和富有伸缩性,因而像日耳曼、法兰西及其他“侯国”及“王国”里所发生的法律制度的彻底改革并无需要,同时也没有可能。

十六世纪及十七世纪初叶的英国君王能够控制法院,尤其在牵涉政治问题的案件里控制平衡法法庭。同时他们还创设具有非常权力的特别法庭,这些法庭像平衡法法庭

一样与通用法法庭竞争。十七世纪议会争取超越国王的优势，其时司法和法律界的重要部分站于议会的一边，而站于领导地位的法官们也公开重申中古时代的原则，即国王处于法律之下，而非法律之上。议会获得最后胜利，于是便解散国王的特别法庭，而过去职位任由国王摆布的司法人员就能够获享独立地位和终身职守。

因此在十七世纪和十八世纪殖民于美洲的英国人带来了孕育于英国历史传统里的西方法律至上观念。然而十七世纪的英国法律有很多情形不适合新大陆，有身价的地主所享受的特权有许多不合边疆居住地的情况；况且在荒野地区家族缘份和财产关系的固定性，比不上机会均等来得重要。幸而英国的法律理论本身认为移民们仅从“母国”带去适合他们新环境的法律。因此殖民地法院和立法机关可以作若干调整：例如在继承法里，准许全部儿女继承土地，而不像英国规定只限于长子有承继权；又例如在“损害法”里英国的规定是家畜的主人有责任筑栅把它们围住，这样的法规在美国广阔而毫无阻拦的边疆地区是毫无意义的，这就需要更改。因此美国法律自始便富于司法和立法的创新性特色。

但“母国”拒绝把英国人的全部法律权利赋与殖民地人民。这一点比任何其它单独事例都更为促使最后反对英国统治的因素。一七七六年的美国《独立宣言》主要包括一连串的控告，指出国王乔治三世的暴虐罪行，都是国王在法律上不能加诸本国人民而滥施于殖民地人民的权利褫夺。

例如殖民地人民指控国王停止殖民地立法机关通过的法律，使殖民地的法官之去留完全任凭他一己作主，使军事当局的权力超过文官当局，拒绝让殖民地有代表出席议会，并在许多案件里剥夺殖民地人民使之不能享受陪审办法的利益。美国革命一部分可以说是殖民地脱离英国，目的在求殖民地人民得以享受“自由英人”的权利。

然而美国革命的结果不仅在美洲建立了英国政府制度。反对英国制度里的贵族和君主特色的民主思想主张有更大的政治平等，人民在州和全国立法机构内有更广大的代表性，容许较大的地方自治，而且使个人比较少受到政府的管制。法国启蒙时代奉若神明的公众舆论，在美洲成长，竟与较为保守的英国传统得以分庭抗礼。最后美国获致其本身独特的政治制度，可以说是介乎英法思想之间的一种折衷方式。

这一折衷方式的重要部分是采用英国不成文法(也就是在美国革命前英国法院所立下的法规)，再加上英国的若干成文法规。就海岸原有十三州而言，那是它们殖民地法律体制和理论的延续；随着美洲大陆向西推进而建立的新的州，普通都在它们的宪法内规定应以当时的英国不成文法作为司法程序的基础。

在美国立国的最初七十五年历史里，美国法官、法学家和立法者从他们所继承的英国法律中演变出一种美国法律，足以反映美国这个新国家的社会生活的一套法律体制和理论。现在略述这种新美国法律的某些主要特点，它们