

docsriver.com商家本本商家

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

docsriver.com
商家本本书店

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



docsriver.com商家本本商家
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 李传敏
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 zf5620@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。这本书更多地是在讨论法律与道德、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。

翻译说明 5

(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。

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（Lehuero）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) 谋杀罪和非预谋杀杀人罪
54	E. 非预谋杀杀人罪
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) 蓄意使本来无辜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)

- 216 G. 所有 (ownership)
- 218 第七讲 合同之一——历史
- 218 A. 合同的早期形式
- 218 (a) 允诺誓言 (promissory oath)
- 219 (b) 保证 (suretyship) 和保释人 (bail)
- 222 (c) 债务 (debt)
- 222 (d) 诉讼的起源
- 223 B. 对价 (consideration)
- 223 (a) 起源于债务
- 225 (b) 从程序开始我的研究。在其中提出“随同原告
作证者 (secta)”或证人证明 (witness proof)
的案件的性质
- 233 (c) 大宪章 (Magna Charta) 要求口头债务诉讼中
应有随同原告作证者 (secta), 因而除了那些
在传统上应使用随同原告作证者的以外, 就禁
止了此类债务诉讼中再采用证人 (suit)
- 235 (d) 相等的补偿或报酬 (quid pro quo), 人们发明
此原则以适应对口头债务的已有限制, 后逐渐
适用到其他口头合同以及衡平法中
- 240 C. 盖印合同 (covenants)
- 242 D. 承诺履行赔偿诉讼 (assumpsit)
- 242 (a) 随着被告介入其中 (intermeddle), 从侵权发展
适用到合同中
- 250 (b) 新对价原则

- 254 (c) 承诺履行赔偿诉讼在此后对实体法的影响
- 255 第八讲 合同——II. 要素
- 256 A. 对价
- 256 (a) 什么样的就够了?
- 259 (b) 对价和允诺之间必须是互惠的 (reciprocal)、约定的 (conventional)、互为彼此的诱因 (inducement for each other)
- 260 (c) 已履行的对价 (executed consideration), 被要求的
- 262 B. 允诺
- 262 (a) 保证某状态的事物将发生
- 264 (b) 因此, 合同是对不确定的事物状态承担风险, 损害赔偿的规则也依承担的风险来确定
- 267 (c) 承诺 (acceptance)
- 267 C. 双方合同
- 267 (a) 作为对价的允诺; 对过去事件的赌博
- 268 (b) 通过书信订立的合同
- 271 第九讲 合同——III. 无效 (void) 合同和可撤销 (voidable) 合同
- 271 无效合同 (void contracts)
- 271 A. 当合同无效时所缺乏的几个基本要素:
- 272 (a) 当事人
- 272 (b) 当事人所指的物不同
- 273 (c) 用语在实质上矛盾

- 276 B. 一般来说, 合同不因其自身基础以外的原因而无
效; 只要合同的要素都已具备, 合同就得到订立
- 277 可撤销合同 (voidable contract)
- 277 A. 合同废止 (avoidance) 基于合同中附的条件发生
的情况
- 277 (a) 如果合同的产生附 (attach) 条件, 就没有合同
产生
- 278 (b) 先决条件和后决条件 (conditions precedent and
subsequent)
- 280 (c) 区分条件与允诺范围的限制
- 283 B. 合同以外的陈述
- 283 (a) 不存在隐含的条件说它们是真的, 只是没有
欺诈
- 284 (b) 欺诈, 什么?
- 286 (c) 只是动机; 决定性 (materiality)
- 287 C. 使合同中的陈述或承诺有效的条件
- 287 (a) 关于现有的事实; 担保; 无效和可撤销
- 292 (b) 允诺
- 298 第十讲 承继——I. 死后——II. 生者之间的
- 300 I. 死后的承继 (successions after death)
- 300 A. 遗嘱执行人 (executor)
- 300 (a) 罗马法上的继承人
- 302 (b) 遗嘱执行人是一个概括继承人, “代替了立遗
嘱人本人” (represents Person of Testator)

- 305 B. 继承人
- 305 (a) 先为概括继承人, 后成为单一继承人, “代替了被继承人本人” (represents Person of Ancestor)
- 309 (b) 这种人格就是地产权 (this persona is the estate)
- 312 II. 生者之间的承继 (successions inter vivos)
- 312 A. 买方接替卖方的位置这一点并不是必然附随于让与的
- 314 B. 早期日耳曼和盎格鲁—萨克逊法; 通过类推承继而扩大了财产转让性
- 319 C. 罗马法; 将继承人视同为被继承人的后果被延用于买方和卖方, 以取得时效权利
- 325 D. 英国法。时效
- 327 E. 遗赠 (devise)
- 329 第十一讲 承继之二: 生者之间的 (INTER VIVOS)
- 329 A. 保证
- 330 (a) 通过将财产转让拟制为准继承, 保证的直接利益就延伸到财产转让中
- 335 (b) 类推保证, 将其延伸到现代产权盖印合同中
- 338 B. 地役权
- 339 (a) 罗马法
- 342 (b) 英国法
- 343 (c) 非通过承继, 而传给一个冲突的原则的权利

	种类
344	C. 地租
345	(a) 作为附着在领地上的一个固有权利时, 同地役权
346	(b) 作为一种合同权利时获得的合同性救济, 只能通过承继传递
348	D. 类同合同的时效性权利, 遵循地役权法
351	E. 受保证约束的土地
351	F. B、C、D、E 和 A (承继) 原则之间的一致和冲突, 通过案例说明
356	G. 现代法
356	(a) “盖印合同随土地而转移” 这一混淆是起于人们对冲突视野的丢失, 而试图同时适用这两个原则
360	(b) 结果
362	H. 承继的其他案例: 用益权和信托受益权
365	案例表
377	索引



第一讲

责任的早期形式

1

本书的目的

本书的目的在于概括性地介绍普通法。为了达到这一目的，除了逻辑以外，还需要其他工具。证明体系的逻辑一致性要求某些特定的结论是一回事，但这并不是全部。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，甚至是法官与其同胞们共有的偏见，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。在任何特定时代，法律的内容，就其本身而论，都完全可能与时人所以为便利的东西严丝合缝；但是它的形式和机理，以及它在多大程度上能够导致我们所希望达到的效果，则极大地依赖于过去。

今天，在马萨诸塞州，一方面，有很多规则可以其本身显著的

2

2 普通法

合理性 (good sense) 而对其存在给予解释; 但另一方面, 还有一些规则却必须参考日耳曼部落的那些程序之萌芽, 或者十人执政官 (Decemvirs, 他们曾制定出《十二表法》——译者注) 治理下的古罗马的社会条件才能理解。

在解释一个概念或者阐述一条规则时, 如果其本身需要诸于历史, 我就将涉及到历史, 但我对历史的寻求也仅限于此。在这一问题上, 作者和读者一样, 都要避免两个错误: 一是想当然的错误, 因为当我们对于一种观念非常熟悉、觉得非常自然时, 我们就认为它历来都是如此。事实上, 很多我们认为理所当然的事物, 都是在过去经过了人们艰苦卓绝的奋争或思考才得来的。另外一个错误则与此相反, 那就是过多地求助于历史。我们讨论的出发点是发育充分成熟的人类。可以假定: 我们要考虑其行为的那些早期野蛮人的许多感觉、激情, 都和我们相同。

法律程序起源于复仇补偿金

第一个要讨论的问题是民事和刑事责任的一般理论。从我们的系列判例汇编出现以来, 普通法已经改变了许多。对理论的追求现在可以说成了主流, 它在很大程度上是对发展趋势的一种研究。我相信, 回到早期的责任形态并从这里出发开始我们的讨论是有益的。

- 3 众所周知, 法律程序的早期形式建立在复仇的基础上。现代学者认为, 罗马法起源于血亲世仇, 所有的权威也都同意, 日耳曼法也源起于这一方式。世仇 (feud) 导致了补偿金 (compensation) 方式的出现。起初, 是否采取这一方式是可以选择的, 后来则变成强制性的, 由此使得世仇被买断而消失。其适用范围的逐步扩张可追溯到盎格鲁 - 萨克逊法中,^[1] 到征服者威廉时期, 世仇制度虽

[1] E. g. Ine, c. 74; Alfred, c. 42; Ethelred, IV. 4, Section 1.

然没有完全被消灭，但是已经消解得差不多了。早期的杀人和纵火烧房行为变成了重伤罪（mayhem）和纵火罪（arson）之诉。扰乱治安并造成伤害（de pace et plagis）之诉和重伤害之诉变成了——或者说本质上就是——律师们现在还熟悉的侵害（trespass）之诉。^[1]但是，由于通过诉讼获得补偿金是复仇的替代方式，我们可期望发现，其适用范围被局限在复仇（Vengeance）的范围之内。复仇意味着一种责难的情感，以及一种认为实施了某种不当行为（wrong）的意见，不论这种意见如何被激情所扭曲。这些诉讼的适用很难超出故意造成之伤害情形之外：即使是一条狗也会区分是被绊倒的还是被踢倒的。

无论是出于这个原因还是另有别的原因，早期英格兰法上有关人身暴力行为（personal violence）的诉讼，似乎都限定为故意的不当行为（intentional wrongs）。格兰威尔^[2]提到了群殴（melees），殴打（blows）和身体伤害（wounds），都是故意的暴力行为的形式。布拉克顿^[3]对这些诉讼进行的详细描述也清楚地表明了它们都建立在故意的攻击行为（intentional assaults）基础上。如扰乱治安并造成伤害之诉中所主张的就是有这样一个行为，并规定了所运用武力的性质以及伤口的长度和深度。控诉人同时还必须证明他立即发出了喊捉声（hue and cry）。因此，当布拉克顿提到那些轻微一些的不是通过上述诉讼格式起诉的违法行为（offences）时，他所列举的也仅仅是故意的不当行为，如拳击、鞭打、伤害、侮辱等。^[4]早期的《年鉴》和《高级法院判例集》所收录的侵害案例，其诉因都只是故意的不当行为。只是到后来，经过争论以后，

[1] Bract., fol. 144, 145; Fleta, l. c. 40, 41; Co. Lit. 126b; Hawkins, P. C., Bk. 2, ch. 23, Section 15.

[2] Lib. I. c. 2, ad fin.

[3] Bract., fol. 144a, "assulto praemeditato."

[4] Fol. 155; cf. 103b.

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



4 普通法

侵害之诉 (trespass) 的适用范围才被扩展到包括能够预见但不是被告行为所意想达到之后果的那类损害。^[1] 在那之后, 侵害之诉又逐渐扩大到了未能预见之伤害。^[2]

- 4 由此可见, 这一发展顺序并不完全合乎人们一向持有的一种意见, 也就是早期法的一个特征是法律并不超出外在的可见事实以外, 有形的损害即实际的补偿 (damnum corpore corpori datum)。人们一直以为, 对被告内在状况及他究竟是有责任的还是无辜的探究, 意味着司法概念之深化, 而在阿奎利亚法 (Lex Aquilia) 以前的罗马及侵害之诉成形之前的英格兰, 这些都同样是不存在的。但实际上, 我看不到有任何这样的证据能够令人信服地证明, 在罗马或者在英格兰,^[3] 一个人会因为即使是其自己行为的意外结果而被一般归责。不过, 无论早期法究竟怎样, 前文的描述已经展示了我们要讨论的法律体系的出发点。私人对自己行为的后果——即对其侵害承担责任——的法律体系, 始于关于实际意图和实际个人责任的概念。

本讲主题, 对雇员、动物等的间接责任

与规制侵害的责任原则相比, 迄今为止, 针对他人或物造成损害之最初责任原则, 没有被仔细地思考过。因此, 本讲的后面部分将讨论这一问题。我将努力证明, 这种责任也同样根植于复仇的激情中, 并指出它发展到现有形式所经历的变化。但我不打算严格地限制在这一主题内, 原因是, 从全部范围探寻责任形式的变迁才是最有趣的, 而且这段故事还会提供一个法律从野蛮到文明、没有一丝中断地生长的有启发意义的范例。此外, 对理解一些以后不可能

[1] Y. B. 6 Ed. IV. 7, pl. 18.

[2] Ibid., and 21 H. VII. 27, pl. 5.

[3] D. 47. 9. 9.

会再出现的重要和特殊的原则，它也可以给我们很多启发。

学历史的学者都非常熟悉这样一个常见现象：远古时代人的习俗、信仰和需求使一条规则或者准则得以建立起来，在随后的数个世纪中，这些习惯、信仰和需求逐渐湮灭，而规则却留存了下来。制定规则的原因早已被遗忘，而对规则本身，仍会有众多聪慧的头脑们不断探寻着，究竟如何给予解释。人们会思考政策的一些依据，它似乎解释了这些规则，并与目前的情景相调适；于是，这些规则就适应于人们为它寻找出的这些新理由，从而开始一段新的生涯。旧形式接受了新内容，然后为了与接受了的的意义相协调，甚至形式本身也及时地改变了自身。本讲考虑的主题就非常清楚地说明了这一过程。

我先随便举一些例子，这些例子中都包含很多明确的规则，而每一个规则都有似是而非的、看似很充分的政策依据来解释。

某人养了一只动物，大家都知道它性情凶猛，有一天它逃跑出去，给主人的邻居造成了损害。主人能够证明，对动物的逃逸他没有过错，但是他依然应当承担责任。为什么？分析法学家（the analytical jurist）的解释是，虽然在动物逃逸时他没有过错，但是他对拥有这样的动物有间接的疏忽、过错或过失。一个人对因为自己的过失所造成的损害应该予以赔偿。

一个面包店雇工开着雇主的送货车，在早上送热面包卷时撞倒了一个人，雇主必须为此赔偿。当雇主质问，为什么他必须为另一个独立的、有责任的人的不当行为进行赔偿时，从乌尔比安一直到奥斯丁时期，他都会得到这样的回答：因为他应当对雇佣了一个不合适的人而承担责任。如果他回答说，在选任司机时，他已经尽了最大可能的谨慎，他会被告知，这不是免责的理由。然后，理由就可能改变了，会说，因为那些能够支付赔偿金的人应当承担一定的救济，或者说，这种依据人类的正常规律容易发生于服务过程中的不当行为，可归咎于该服务。

6 普通法

接下来再举一个责任以前不受限制、后来却受到限制的例子。在1851年，国会通过了一部法律，这部法律至今还有效。据此，在所有的一般海事损害案件中，船主可以把涉案船舶和运费交给受损失的人。那部法案规定，由此，对船主的进一步诉讼就应当停止。我们应该感谢这部法律的立法者，他们认定了：如果一个商人把自己财产的一部分用于从事一项有风险的事业，那么，把他的责任限定于他投入该项风险中的财产是合理的——依靠与此类似的一个规则，过去50年里大量的公司在美国得以创立。

7 在英国，刑事诉讼程序中有一条规则一直到本世纪还适用，那就是，控诉杀人罪时必须阐明致人死亡的工具的价值，从而使国王或获其授权者（grantee）可以将其作为敬神之物（deodand）、^{〔1〕}或者用布莱克斯通的话说，“受诅咒之物”而予以罚没。

我还可以接着增加几个例子；但是上述例子已足以表明我在此要提出的观点的久远性——作为走向一般概括的第一步，有必要思考，在古代和独立的法律系统中，我们将找到什么。

A. 摩西律法

《出埃及记》中有一段著名的文字，^{〔2〕}这段文字我们以后必须记住：“牛若触死男人或是女人，总要用石头打死那牛，却不可吃它的肉，牛的主人可算无罪”（《出埃及记》21：28）。

B. 希腊法

当我们从犹太人转到希腊人时，会发现这段话中的原则上升为了一个体系。普鲁塔克在他的《梭伦传》中告诉我们，一条狗咬

〔1〕 在拉丁文中，是指献给上帝的物（to be given to God）。在英国法律中，这是指直接致人死亡的私人动产，国家应予没收，以用于宗教、慈善事业。1862年被废除——译者注。

〔2〕 xxi. 28.

了人以后，应被交出来绑在一根四腕尺长的圆木上。柏拉图则在他的《法律篇》中对许多这类情形做出了更为精细的规定。如果一个奴隶杀死了一个自由人，他应当被交让（surrender）给死者的亲属。如果他伤害了一个自由人，他应当被交出（surrender）给受伤方，由后者随意使用。^[1] 如果这个奴隶造成了某种损失，而受害方没有共同造成此损失，也应当如此处理。在上述任何一种情形中，如果奴隶的所有者没有把奴隶交让出来，他就应当赔偿损失。^[2] 如果一头野兽致人死亡，就会被杀死扔在边界之外。如果一个无生命的东西致人死亡，也以类似的方式处理，将其扔到边界之外，由此算做出了偿罪。^[3] 这些做法并不只是人们想像的法的观念创造，因为我们可以看到埃斯基涅斯（Aeschines 389 - 314? BC，雅典演说家和政治家，因于下文所说的德摩斯梯尼在针对马其顿的政策上有分歧，相互控告，败诉后离开雅典——译者注）在他的一个演讲中说道：“如果树干、石头和铁这些无声音也无意识的物偶然致人死亡，我们就把它们放逐到境外。如果一个人自杀了，我们就把那只造成打击的手远埋在身体之外。”他说这些完全就像是日常生活中的常事，明显地一点都没有想到它们有什么特别的，而只不过是指出一个加于德摩斯梯尼（Demosthenes）身上的荣誉的对立面。^[4] 甚至迟至公元后 2 世纪，旅行家 Pausanias 还惊奇地发现，在希腊的城市公共会堂中，人们依然在审理无生命的东西。^[5] 普鲁塔克认为，这一做法要归因于德拉古。^[6]

[1] ix. Jowett's Tr., Bk. IX. p. 437; Bohn's Tr., pp. 378, 379.

[2] [theta], xv., Jowett, 449; Bohn, 397.

[3] xii., Jowett, 443, 444; Bohn, 388.

[4]. [Greek words]. 244, 245. 德摩斯梯尼是古代希腊的雄辩家——译者注。

[5] l. 28 (11).

[6] Solon.

C. 罗马法

(a) 对造成损害物的放弃 (noxae deditio)

8 在罗马法中，我们也可发现类似的原则 *noxae deditio*，字面含义为对造成损害物的放弃，只是后来才逐渐导致进一步的推论。公元前451年的《十二表法》规定，如果动物造成了损害，所有者要么把动物交出来，要么赔偿损失。^[1]盖尤斯 (Gaius) 的著作告诉我们，这一规则也适用于家子和奴隶的侵权行为，^[2]同样，在无生命物造成损害的案件中，也可以看到这一规则的痕迹。

罗马的法律家，不可能看到他们的法律体系和他们的时代之外，但他们运用他们的智慧对此进行了解释，表明他们所发现的这一法律是合理的。盖尤斯说，让家父或者所有者对其自身身体以外的家子或者奴隶的过错 (fault) 承担损失，是不公平的。乌尔比安论证说，对于无生命物，这一点更是不容置疑，因为它们没有生命，所以不可能有过错 (fault)。^[3]

9 这样来思考这一问题，似乎是将“交出 (surrender)”这一权利视作对家父或所有者承担责任的一种限制，而这种责任一开始被当然地认为是无限的。但如果这样理解的话，就有点本末倒置了。

[1] “牲畜使他人受损害的，由其所有者负责赔偿，或者把牲畜交给被害人”。(Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur actio ex lege duodecim tabularum descendit; quae lex voluit, aut dari [id] quod nocuit, id ist, id animal, quod noxiam commisit; aut estimationem noxae offerre.) 参见 D. 9. 1. 1, pr.; Just. Inst. 4. 9; 《十二铜表法》第8表“私犯”，第6条。霍姆斯使用的是“children”一词，这里依据罗马法将其翻译为家子——译者注。

[2] Gaii Inst. IV. Sections 75, 76; D. 9. 4. 2, Section 1. “Si servus furtum faxit noxiam ve noxit.” XII Tab., XII. 2. Cf. Just. Inst. 4. 8, Section 7. 《十二铜表法》第12表第2规定：“家属或者奴隶因私犯而造成损害的，家长负赔偿之责，或者把他们交给被害人处理。”

[3] D. 39. 2. 7, Sections 1, 2; Gaii Inst. IV. Section 75.

在罗马和希腊的情况都是，并不是引入“交出”的权利作为责任的限制，而是引入金钱赔偿作为不能交出时的一种替代。

这种诉讼不像今天那样，建立在家父和所有者之过错的基础上。因为如果真是这样的话，它就会被总是用来起诉在被控告的损害发生时实际控制奴隶或动物的人，以及（如果存在的话）没有阻止伤害发生的人。但以后的诉讼却远没有遵循这一方针，被起诉的人就是在诉讼时的所有者。这一诉讼具有对物性，追及涉案物而无论它落入了何人之手。^[1] 而且，与后来为了满足现代公共政策观念而形成的相反的原则形成奇特对比的是，当时的原则是：如果伤人的动物是野性的，也即，在最凶猛的动物伤人案件中，从该动物逃逸时起，所有者不再承担责任，因为从那时起，他就不再是所有者了。^[2] 在古代法中，似乎并不存在其他的或更严厉的责任了，甚至当主人知道奴隶之犯罪时也是如此，除非该奴隶仅仅是主人手中的一个工具。^[3] 盖尤斯和乌尔比安都倾向于认为，对造成损害物的交出这一原则，仅适用于奴隶做错事而主人并不明知这样的情形；但是乌尔比安不得不承认，按照塞尔苏斯的想法，依据古代法，奴隶的犯罪主人即使仅属知情（*privity*），这种诉讼也是损害（*noxal*）之诉。^[4]

这些都清楚地表明，所有者承担的责任仅是追究那些违法行为之直接起因的奴隶或动物的一个途径。换句话说，希腊和早期罗马诉讼的目标是报复直接侵害人，而不是从主人或者所有者那里

10

[1] “*Noxa caput sequitur.*” D. 9. 1. 1, Section 12; Inst. 4. 8, Section 5.

[2] “*Quia desinit dominus esse ubi fera evasit.*” D. 9. 1. 1, Section 10; Inst. 4. 9, pr. Compare *May v. Burdett*, 9. Q. B. 101, 113.

[3] D. 19. 5. 14, Section 3; Plin. Nat. Hist., XVIII. 3.

[4] *lege antiqua si servus sciente domino furtum fecit, vel aliam noxiam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur.*” D. 9. 4. 2.

损害之诉在此是特指拉丁文上的 *noxal action*，即因奴隶或动物对他人身或财产造成损害而对其主人提出的诉讼——译者注。