



外国政治民主化进程  
研究丛书

主编 / 李剑鸣



# 美国宪政民主下的 司法与资本主义经济发展

韩 铁 / 著



上海三联书店



外国政治民主化进程研究丛书

主编 李剑鸣

# 美国宪政民主下的 司法与资本主义 经济发展

韩 铁 著



上海三联书店

## 图书在版编目(CIP)数据

美国宪政民主下的司法与资本主义经济发展/韩铁  
著. 上海:上海三联书店,2009.11

(外国政治民主化进程研究/李剑鸣主编)

ISBN 978-7-5426-3036-0

I. 美... II. 韩... III. 司法制度-关系-资本  
主义经济-研究-美国 IV. D971.26 F171.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 030763 号

外国政治民主化进程研究丛书

## 美国宪政民主下的司法与资本主义经济发展

---

---

著 者 / 韩 铁

责任编辑 / 王秦伟

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 任中伟

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2009 年 11 月第 1 版

印 次 / 2009 年 11 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 450 千字

印 张 / 32

---

---

ISBN 978-7-5426-3036-0/D·146

定价:50.00 元

## 出版说明

2004年,经教育部批准,南开大学设立的“世界近现代史研究中心”进入了全国高校一百个重点研究基地之列,并启动了每年一度的重大课题评审工作。我们申报的“世界近现代史上的政治民主化问题”成为第一批入选的课题。在批准立项以后,课题组成员分头行动,开始了具体的研究工作。经过近两年的努力,产生了一批阶段性成果。2006年5月,在南开大学哲学社会科学创新基地“世界现代化进程研究”的支持下,课题组在天津召开了“世界现代化进程中的政治民主化问题”研讨会,除课题组成员外,来自北京大学、复旦大学、武汉大学和中国社会科学院等单位的多位知名学者出席了会议,并提交了论文。这次会议既是对课题组工作的阶段性小结,也为下一步的研究提供了新的动力。会后,课题组成员再接再厉,又用了3年的时间,终于完成了预定的研究任务,最终的成果就是摆在读者面前的这几本小书。

政治民主化是世界近现代史上的一个重大问题。以往我们考察现代世界的形成和演变,比较注重经济的层面,重点讨论资本主义、工业革命、殖民扩张和世界市场的作用,通过阐释这些历史要素的作用,来展现地球上相对孤立隔绝的各个地区和人群,如何逐渐形成相互的联系,如何在交往、冲突和融合中塑造出一个愈益具有整体性的世界。除此之外,现代世界还有一个突出的现象,那就是在人口构成、文化传统和经济水平方面差异纷繁的众多民族国家,自18世纪末期以来纷纷采用了某种形式的“民主”,作为国家构建和社会治理的基本形式。因此,考察民主的理念和制度在世界近现代史上的传播、流变及其影响,考察不同国家和文化传统中

的政治民主化进程,可能有助于我们从另一个角度理解现代世界的形成及其特征。

对于这样一个大题目,我们显然难以面面俱到,而只是选取了某些点来加以探讨。丛书的作者以课题组成员为主,也包括不少相关领域的学者。我们采用历史学的视野和方法,力图对世界历史中的“民主之旅”做一个梗概性的梳理,并对欧洲、北美、拉美、亚洲和中东某些国家的政治民主化历程,做一点比较具体而深入的讨论。政治民主化所涉及国家和地区,无疑是相当广泛的,我们选取这些点来讨论,主要是依据作者的学术专长。至于许多没有涉及的地区和问题,只有留待今后的努力。同时我们也相信,国内史学同行一定会不断推出新的论著,逐步深化对相关问题的研究。

李剑鸣

2009年1月

# 目 录

## 出版说明 / 1

## 导言篇

- 一 美国的民主、司法与资本主义经济的发展 / 3

## 鸟瞰篇

- 二 走出黑盒子：美国法律史研究领域的“赫斯特革命” / 15
  - (一) 赫斯特之前的美国法律史：盒子内的乾坤 / 16
  - (二) 赫斯特革命：从释放能量说到历史社会学 / 21
  - (三) 赫斯特的学术影响和启示 / 28
- 三 市场经济的发展与英属北美殖民地法律的早期现代化 / 34
  - (一) 对殖民地经济资本主义性质的质疑 / 37
  - (二) 殖民地市场经济的扩展 / 40
  - (三) 殖民地法律的早期现代化与市场经济的发展 / 49
  - (四) 殖民地法律早期现代化的四大趋势 / 57
  - (五) 结论 / 77

- 四 法律在 19 世纪美国经济发展中所起的作用 / 81
  - (一) 19 世纪美国法律体制的主要特点 / 84
  - (二) 19 世纪美国法律在经济发展中的作用之一:释放能量 / 102
  - (三) 19 世纪美国法律在经济发展中的作用之二:控制环境 / 120
  - (四) 美国学者对 19 世纪美国法律的新思考 / 133
  - (五) 几点启示 / 150
- 五 20 世纪美国经济的司法裁决治理 / 153
  - (一) 司法裁决治理原则:从“公共目的”走向“优先类权利” / 154
  - (二) 司法裁决治理领域:从宪法领域进入行政法范围 / 190
  - (三) 司法裁决治理的形式:对抗制诉讼的加强及其后果 / 220

### 探索篇

- 六 美国资本主义经济发展中的契约自由与合同法 / 255
- 七 美国法律史研究中有关私人产权的几个问题 / 276
- 八 美国侵权法从过失侵权责任向严格侵权责任的转变 / 296
- 九 美国公司法向民主化和自由化方向的历史性演变 / 317
- 十 美国反托拉斯法目标多重性的历史缘由 / 350
- 十一 从美国独立到 1929 年股市大崩溃以前的华尔街风云与证券监管 / 377
- 十二 富兰克林·罗斯福时代的新政“宪法革命” / 403
- 十三 环境保护在美国法院所遭遇的挑战 / 424

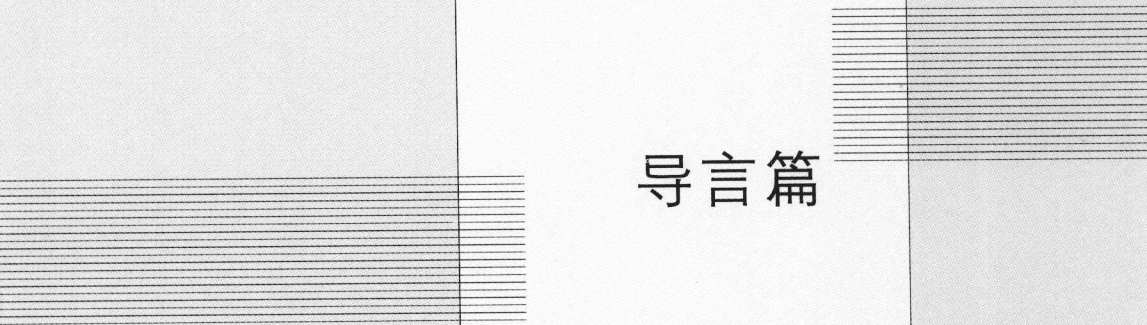
**回眸篇**

- 十四 走出历史认识的误区——关于美国资本主义经济发展阶段性的新思考 / 451

**参考文献**

- 一 案例 / 463  
二 英文著作 / 470  
三 英文论文 / 488





导言篇



## 一 美国的民主、司法与 资本主义经济的发展

亚历山大·汉密尔顿在美国建国之初曾断言，三权分立下的司法部门就其职能的本质而言是三大政府部门中“危险性最小的”，因为它既控制不了剑柄，又掌管不了钱袋。<sup>①</sup> 诚然，美国的法院并没有像当时和后来有些人担心的那样对这个国家民主制度的运作构成威胁，但是法院在美国的政治、经济和社会发展中所起的重要作用，却是不能因为其没有兵权和财权而被轻易低估的。众所周知，在2000年美国的总统大选中，处事素有牛仔作风的得克萨斯州州长乔治·W. 布什就是被最高法院的判决推上了总统宝座。将来人们回顾布什总统的八年任期时，首先想到的就是纽约世界贸易中心大楼在“9·11”恐怖主义袭击中的轰然坍塌、美国为发起伊拉克战争所付出的惨重代价、卡特里娜飓风后的一片混乱和自1929年以来最为严重的金融海啸。当然，布什总统不能为他执政时期美国所有的厄运负责，但是如果当年他的民主党竞选对手阿尔·戈尔入主白宫，那么美国政府应对厄运的方式和结果至少会有所不同，或许不至于像2008年诺贝尔经济学奖得主保罗·克鲁格曼所说的“迷失在新世纪”。<sup>②</sup> 从美国法院决定了2000年总统选举的结果来看，它的影响不可谓不大。不过，比起过去数百年来法院在美国社会各方面的发展中所起的作用来说，2000年布

---

① *The Federalist 78*, ed. Jacob E. Cooke (Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1961), 522.

② Paul R. Krugman, *The Great Unraveling: Losing Our Way in the New Century* (New York: W. W. Norton, 2003).

什诉戈尔案判决只不过是这个国家的法律史长卷中的一幅画面而已。

对于法院或者说司法部门在美国社会的历史发展中所起的重要作用,中国的法律学界和历史学界并不陌生。不过,法学界研究的重点往往是当今美国的法律,很少注意其历史渊源;史学界则往往专注于美国宪法史的探讨,而忽略了对包括财产法、合同法、侵权法、公司法、环境法、行政法等在内的各个不同法律门类的历史研究。更为重要的是,一般人在谈到美国法律时马上想到的大概就是O·J·辛普森的世纪谋杀案审判,稍有美国历史常识的则会提及废除南部学校种族隔离制度的布朗案判决,他们总是把法律和维持社会秩序紧密地联系在一起,却忘了经济秩序是最基本的社会秩序之一。因此,对于法律在美国资本主义经济发展中所起的不可忽略的历史作用,不仅我国的社会大众缺乏了解,学术界也很少有人作过全面和系统的研究。本书就是为了填补这一空白而进行的初次尝试,尽管离全面和系统的标准还相去甚远,但是希望能小有贡献。

对美国法律史的研究表明,美国的司法在推动和监管美国资本主义经济的发展上所起的作用是不可忽视的。可以说,美国法院所执掌的法律天平在一定程度上决定了这个国家经济发展的方向和财富分配的模式,而且关系到美国资本主义经济发展的成败。早在英属北美殖民地时代,当时的法律就在处理经济纠纷时逐渐不再以个别社区内人与人的具体关系(血缘、感情、信任)为转移,开始着眼于超出这些社区范围的更具一般性的市场关系,诉讼争端的重心则从土地所有权转向了债务和商业交易,而且大部分涉案债务的性质从账面债务转向了票证债务。殖民地法律出现的这种早期现代化的趋势在一定程度上为经济活动的确定性和可测性提供了法律保证,从而为殖民地市场经济的发展奠定了基础。美国建国以后,资本主义市场经济基本形成,但它未来的成功并不是自由放任的结果。如果说联邦政府当时对经济还少有干预的话,那么州和地方政府则在美国资本主义经济起飞的过程中扮演了不可缺少的角色。更为重要的是,美国的法律不仅为私人经济活动,

也为政府干预设定了规范,既提供了渠道,也施加了限制。总的说来,19 世纪的美国法律和司法实践的发展为释放个人的创造性能量作出了不可磨灭的贡献。这是美国在 19 世纪末和 20 世纪初能一跃而成为世界上头号经济强国的重要原因之一。进入 20 世纪以后,美国资本主义市场经济的充分发展、现代大企业的崛起和工业化、城市化带来的一系列社会问题,使得政府权力的集中化成为对此作出回应的一种选择,于是我们看到了国家干预经济的权力中心开始从州和地方政府向联邦政府转移,并导致了行政管理国家的出现。最高法院虽然在 20 世纪初和 30 年代新政改革期间曾一度反对州和联邦政府的监管立法,但是从长远和总体上来看,它还是顺应了美国社会经济发展的历史潮流,尤其是在新政后期和第二次世界大战之后更是对政府的经济立法一路护航,使丰裕社会在美国蔚然成形。当然,对于美国资本主义经济发展中存在的种种不公正,从南部的奴隶制、工人阶级的弱势地位和妇女所受到的歧视,直到丰裕社会中的贫困等等问题,美国的司法制度也要负上责任。不过,就资本主义经济的发展而言,尽管美国至今仍然面临着巨大的挑战,但它自殖民地时代和建国以来所走过的基本上是一条成功之路,美国的法律和司法实践对此所作出的贡献则应得到充分的肯定。

美国的法律和司法实践之所以在美国资本主义经济的发展中可以起如此重大的作用,主要是因为美国的宪政民主制度在很长的一个历史时期内具有不同于欧洲民主制度的三大特点。首先,美国宪政民主下法院的独立性和司法权力远远超过了崇尚立法至上的欧洲国家。这种差别直到第二次世界大战之后由于欧洲开始仿效美国的司法审查制度才有所缩小。早在 19 世纪上半叶,亚历克西斯·托克维尔就曾敏锐地注意到,理解美国民主的关键不在对其立法部门的认识,而在对其司法部门的了解。作为一个法国人,他一下子就捕捉到了美国和欧洲大陆在民主制度的发展上所存在的重大区别。事实上,直到第二次世界大战结束,欧洲人对民主的理解基本上都是共和主义的,而不是自由主义的。他们强调大众意志和公共利益甚于少数人的权利和利益,赞成的是多数民

主制。因此,由选举中以多数票取胜的民选代表组成的立法部门便成了公众利益的最佳代表和保护者,也是民主制度的根基所在。非经民主选举产生的司法部门的功能只是严格执行由民选代表制定的成文法——人民意志的法律表达形式。换言之,法官只是立法机构的代理人或者如孟德斯鸠所说的“法律喉舌”(the mouthpiece of law)。<sup>①</sup>他们在应用法律时不允许有任何自己的主见或创造性,否则便是对民主的冒犯。在这种多数民主制和成文法司法模式之下,法律(司法功能)和政治(立法功能)便成了两个性质截然不同的领域,也就是说欧洲的司法部门不允许介入立法部门的功能范围,而且要臣服于后者。

与欧洲大陆强调共和主义和一致性的民主传统相比,美国的民主传统更注重自由主义和个人主义,个人的基本权利在美国所享有的地位比在欧洲要高得多。因此,美国宪法和权利法案不仅要保护个人权利,而且要建立权力受到限制的政府。开国之父们对权力集中的担心甚至包括集中在大众多数手中的权力,因为这种权力对少数派或个人权利的侵犯同样也是对民主的亵渎。他们引入了孟德斯鸠的分权理念,但不是完全分权,而是要行政、立法和司法三部门在分权的同时部分参与其他部门的活动,形成了彼此之间的制衡。这样,美国的司法部门便在民主制度的发展过程中承担了欧洲大陆国家的司法部门在第二次世界大战前几乎从未承担的责任。以汉密尔顿和麦迪逊为代表的制宪会议的参加者们认为,法院有责任确保立法机构“在对它们权力所设的界限内”行使职权,而作为“人民和立法机构之间的调解者”,法院不仅要防止违宪,而且要限制那些不公正和偏袒性的法律的运作,以免它们侵害公民的私人权利。<sup>②</sup>这样,美国司法制度下的法官从一开始就不必完全听命于立法机构,而是要在审查立法时睁大批评者的眼

---

① Lisa Hilbrink, “Law and Politics in a Madisonian Republic: Opportunities and Challenges for Judges and Citizens in the New Europe” in Lars Tragarth, ed. *After National Democracy: Rights, Law and Power in America and the New Europe* (Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004), 123.

② Ibid. 125 - 126.

睛,不放过对宪法保护的個人基本权利的侵犯。其权力之大自不待言。

美国宪政民主不同于欧洲民主制度的第二个特点是它承袭了英国的普通法传统,使美国法官不仅成了司法者,而且成了造法者。这就是说法院的权力实际上超出了司法范围,进入了立法领域,结果自然使法院在美国资本主义经济发展中的作用不可小视。当英属北美殖民地于18世纪中叶逐渐成熟之时,其法律便出现了愈来愈强的英国化倾向,诉讼日增,普通律师的地位显著提高。这些律师在抵制宗主国的帝国政策的斗争中曾试图利用他们所熟知的普通法作为武器,并在缺乏英国案例法的支持时竭力创造自己的普通法先例。当这种使反英斗争合法化的努力失败后,他们走向了革命。美国革命胜利后,有人主张与源于英国的普通法一刀两断,但也有人视其为自由人民与生俱来的权利和自然法的基本形式。因此,第一届大陆会议在1776年通过的《权利宣言》中宣称殖民地“有权享有英国的普通法”。<sup>①</sup>事实上,美国宪法的合同条款就是源于13世纪英国法官布拉克顿时代建立的普通法传统。1791年通过生效的美国宪法前十条修正案,即著名的《权利法案》,也大量吸收了英国普通法的内容。例如,关于人民有权持有枪械的宪法第二条修正案就是来自1689年的英国《权利法案》;而禁止随意搜查和逮捕的第四条修正案则是本于1765年英国大法官卡姆顿爵士的判决。在当时就已存在的各州也先后通过立法宣布接受英国普通法,而《西北条例》则规定普通法可实施于尚未建州的边疆地区。更为重要的是,当普通法在英国的地位由于1832年改革法案而一落千丈之后,美国人则依然故我,继续倚重普通法。

这种源于英国的普通法不像以法国和德国为代表的欧洲大陆国家的法律是成文法(又称制定法),而是如同18世纪英国著名法官威廉·布莱克斯通所言是“非成文法”(又称案例法)。不过,正

<sup>①</sup> Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (New York: Simon & Schuster, 1985), 109.

如美国法律史学家劳伦斯·M. 弗里德曼所解释的一样,布莱克斯通的“非成文”并不是说未见诸文字,而是说法律的最高来源不是立法,而是反映在普通法法官判决中的“一般习惯”。由于普通法是来自法官判决的案例法,它自然在判决中会被法官加以检查、修正和改动,所以又被称为法官造的法。弗里德曼认为,从理论上讲,这些法官是根据已有的法律原则作出他们的判决,而这些原则反映了人民的价值观、态度和伦理理念,但事实上法官是根据他们过去的行动作出判决,并在时代变迁和诉讼模式易动的压力下会对他们过去的行动作出修改。普通法法官遵循先例的原则从未束缚住他们的手脚,他们在认为过去的案例错误时,总是能推翻它。<sup>①</sup> 19 世纪初的美国法官就推翻了很多有碍经济发展的普通法先例,为这个国家早期工业的兴起铺平了道路。所以在英国人于 1832 年改革后依靠立法而不是诉讼和司法审查来实行走向现代世界的变革时,托克维尔发现,美国人则不仅依靠立法,而且继续依靠法官及司法审查来进行必要的变革,他们在这两方面的努力至少是齐头并进。<sup>②</sup>

美国宪政民主不同于欧洲民主制度的第三个特点,就是美国的政府机制的发展在一个很长的历史时期内落后于欧洲国家。<sup>③</sup> 此种差距在一定程度上是由于不同的历史经历造成的。塞繆尔·亨廷顿认为,欧洲大陆国家之所以建立了比较强大的中央政府,不仅是因为统一的需要,也是因为进步的需要。当面对维护传统的宗教、贵族、地区和地方利益对现代化的抵制和反对时,欧洲国家需要强大的中央政府的力量来粉碎旧秩序,突破封建主义的特权和限制,为新的社会阶层和新的经济秩序的兴起铺平道路。相比

① Ibid. 21.

② Norman F. Cantor, *Imagining the Law: Common Law and the Foundations of the American Legal System* (New York: HarperCollins, 1997) 356.

③ 本段有关美国政府机制的发展落后于欧洲国家的三点原因的观点,源于美国政治学家马克·艾斯纳,参见 Marc Eisner, *From Warfare State to Welfare State: World War I, Compensatory State-Building, and the Limits of the Modern Order* (University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2000), 24 - 27。



之下,在今日美国这片北美大地上“没有封建主义社会机制的存在使得权力集中没有必要”。<sup>①</sup> 另外,美国的开国之父们在制定宪法时为分权和制衡而作的制度设计本身,就使政府权力的集中受到了许多限制。当然,所有这一切的发展都和美国的政治文化有关,即洛克自由主义在美国的巨大和深远的影响。受此影响,美国社会大众中存在着颇为强大的反对国家权力扩张和集中的倾向。于是,在19世纪的大部分时间里,美国的政府官僚机构没有多少专业性可言,行政部门缺乏进行有效管理的行政手段和这方面明确的宪法授权,国会则只是作为立法者的普通公民的集合体,而不是什么高度专业化的复杂的政府组织。不仅如此,政府权力的重心长期都在州和地方政府,托克维尔从他的观察中就发现,当时美国的“中央政府只管一点点事情”。<sup>②</sup> 到1901年,联邦政府雇员一共只有239476人,而其中136192人,即58.12%,都是邮政工作人员;为立法部门工作的只有5690人,占2.78%,为行政部门工作的只有50340人,占21%。<sup>③</sup> 正是因为立法、行政和联邦政府机制在发展上的这种严重滞后状态,使得美国的法院在这个国家经济发展的重要时期不得不承担起本来应由立法和行政部门承担的许多责任,所以美国政治学家斯蒂芬·斯考罗内克从其研究中得出的著名结论是:“法院和政党一起形成了早期美国国家机器的中流砥柱。”<sup>④</sup>

那么,权力远远超过欧洲国家法院的美国法院是如何对包括经济发展在内的国家事务施加了重大影响的呢? 根据美国法律史学界的一代宗师詹姆斯·威拉德·赫斯特的研究,美国法院在施加政策影响上主要采取了三种方式:(1)沿袭普通法的法官造法的

---

① Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies* (New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1968), 126.

② Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* trans. George Lawrence, ed. J. P. Mayer (New York: Harper and Row, 1969), 262.

③ Eisner, *From Warfare State to Welfare State*, 22 - 23.

④ Stephen Skowronek, *Building a New American State: The Expansion of the National Administrative Capacities, 1870 - 1920* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), 29.