

Bernard Schwartz

伯纳德·施瓦茨

# 美国法律史

王军等译

★ 博观译丛

Bernard Schwartz

伯纳德·施瓦茨

# 美国法律史

王军 洪德 杨静辉 译

潘华仿 校

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

美国法律史 / (美)施瓦茨(Schwanz, B.)著;王军等译. —2版. —北京:法律出版社,2011.9

(博观译丛)

书名原文:The Law in America A History

ISBN 978-7-5118-2310-6

I. ①美… II. ①施…②王… III. ①法制史—美国  
IV. ①D971.29

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第145195号

美国法律史

[美]伯纳德·施瓦茨 著  
王军等译

责任编辑 易明群  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720×960毫米 1/16

版本 2011年8月第2版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 16.75 字数 237千

印次 2011年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

·全国各地中法图分、子公司电话:

·法律书店/010-63939781/9782

·公司/023-65382816/2908

·公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

·BN 978-7-5118-2310-6

定价:28.00元

·页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 中译本说明

《美国法律史》一书的作者伯纳德·施瓦茨(Bernard Schwartz)是当代美国法学界的著名学者,纽约大学埃德温·D. 韦布法学院最负声望的教授之一。他曾撰写过二十多部学术著作,其中堪称力作的是五卷本的《美国宪法论集》。他所著的《人类的伟大权利:美国国民权史》、《行政法》等著作亦颇具权威性。其近作《沃伦首席大法官和沃伦法院》在美国法学界受到普遍好评。

《美国法律史》是施瓦茨的一部主要著作。此书出版于1947年,是麦格劳-希尔出版公司出版的美国文化生活丛书中的一部。在同一年,美国文化遗产出版公司又将作者陆续写成的一些有关该书的介绍文章、在报刊上发表的专题论文和根据《美国法律史》改写的内容,汇编为《美国法律史遗产》出版。

《美国法律史》共分9章,内容包括了从独立战争时期到当代美国法律发展的整个历史。这本书的主要特点是:

一、在全书的布局上,作者以美国法律发展的主要时期为经,把美国法律史划分成“独立时期”、“形成时期”、“重建和镀金时期”、“福利国家”和“当代”五个阶段,又以主要部门法的演变为纬,描述了传统“公法”和

“私法”在各个时期的发展演变情况,范围涉及宪法、行政法、劳工法、契约法(合同法)、侵权行为法、财产法、公司法等各个领域。经过这样一横一纵的划分,全书脉络清晰、层次分明,构成一个完整严谨的体系。

在选材上,作者并没有把法律史的研究对象局限于各个部门法的具体制度。他叙述了创立和发展这些制度的主体——包括立法、司法机构和律师界在内的法律机构的历史,谈到了马歇尔、塔尼、霍姆斯、卡多佐、布兰代斯、杰克逊、沃伦等法律界的著名人物在法律史上做出的杰出贡献;他探讨了支配着这些机构及其成员的思想 and 行为的在各个时期占主导地位的法哲学思潮的演变过程;他还向我们介绍了各个时期开展的法律改革运动。结果,大大丰富了全书的内容。

二、全书有叙有议,叙议结合,务求提纲挈领地揭示美国法律史发展的基本规律,不求就事论事地详述美国法律史发展的具体过程。

同普通法系的其他法学家一样,作者在这部著作中引用了大量的判例。作者在叙述这些判例的情节时,力求简明扼要;在探讨判决的背景和意义时,则追根溯源,浓描重画。正是通过对美国的法院(特别是联邦最高法院)作出的一系列具有划时代意义的重大判决的分析和比较,作者向读者揭示了美国法在不同历史时期发展方向上的变化,使读者能够把握美国法律发展演变的基本脉络。例如,美国最高法院在1891年关于达特茅斯学院案的判决,表现了美国法在当时维护私有财产权和契约自由原则的基本倾向;在1837年关于查尔斯河桥梁公司诉沃伦桥梁公司案的判决,表现了美国法实现私有财产权与“社会利益”之间的平衡倾向;在1905年关于洛克纳诉纽约州案的判决,表现了19世纪末20世纪初美国法又在朝着贯彻极端的经济放任政策,为了保护私有财产权不惜牺牲“社会利益”的方向发展;在1937年关于西海岸旅店公司诉帕里斯案的判决则标志着“社会利益”在美国法中重新得到强调,私有财产权重新受到了限制。

作者注重揭示各个时期的法律思想对当时的法律制度的形成和发展的影响。他描述了19世纪末20世纪初,美国的立法者和法官在奉行极端的经济放任政策的时候如何深受斯宾塞的社会达尔文主义的影响。20世纪30年代以后,当极端的经济放任政策为国家干预政策取代的时候,

现实主义法学派如何成为占统治地位的法律思想流派。

作者长于论理,在书中提出了许多颇有见地的主张。例如,他认为,美国法律史的演变过程是联邦权与州权、人权与财产权相互斗争又相互妥协的过程。法律在其间起着平衡和调节作用。这种平衡和调节作用在很大程度上是通过最高法院的司法实践实现的。这对于我们把握美国法发展的规律,无疑具有借鉴价值。

三、与美国现行法律制度具有紧密联系和对美国现行法律制度具有重大影响的内容,在本书中占有重要地位。例如,作者先后叙述了美国历史上的历次法律改革运动,包括费尔德法典化运动、法律近代化运动、统一州法运动、普通法成文法和“法律重述”的编写。这些运动,对于今天美国法的整个体系的形成,具有重要的作用。此外,第二次世界大战结束以来的当代美国法的发展也是本书讨论的重点之一。这一部分内容虽然只有两章,却占了全书约四分之一的篇幅。这些内容对我们研究美国法的现行制度具有重要的参考价值。第二次世界大战结束以后,西方各资本主义国家的法律制度无论在形式上还是在内容上都经历了许多新的变化。对此,我们应当给予高度的重视。

四、与一般法学著作晦涩难懂、繁复冗长的特点形成鲜明对照的是,本书行文流畅、文笔优美、隐喻双关、妙趣横生,谈来趣味盎然、引人入胜,又葆有其深邃哲理,堪称一部文情并茂的佳作。

鉴于英美法律术语的复杂和译者水平有限,译文中欠妥乃至错误之处在所难免,欢迎读者批评指正。

需要强调指出的是,本书的作者作为一个西方学者,其著述的指导思想与我们的思想观点是不同的。他在书中表达的许多看法是我们不能同意的。希望读者加以鉴别。

校者和译者

## 序

《美国法律史》一书的译者要将之交付重印出版。我再次阅读了这本书,想写几句话,向读者介绍本书。

在我国,大学法律系里有分开的两门课,法制史和法律思想史。本书属于后一种,主要讲述美国自立国以来的法律思想的发展,而不是讲述具体的法律制度。例如,在公司法方面,它并没有讲美国的公司的种类,各类公司的发展情况,而只讲到美国公司是在什么样的思想支配下发展成今天这个样子的。

又如在侵权行为法方面,它讲的是,美国的侵权行为法怎样从严格的过失责任原则走向无过失责任,又如何与社会保险联系起来。了解美国法律思想的发展,对我们而言,可说是比了解一些具体的法制更为重要。因此我认为本书的这一特点对我们是十分有益的。

美国的法律是从英国继承来的。但因美国是从英国分立出来、在新大陆上新建立的一个国家,在许多地方与英国不同,因而在法律方面也必然有与英国不同的地方。举一个最显著的例子,美国的宪法制度、宪治思想与英国的决然不同。在私法方面,美国自始不存在封建土地制,有关土地的法律当然与英国的不同。这些都是有研究价值的。

近年来,我国有些学者曾兴起过一阵判例法的呼

声,主张在我国建立判例法制度。这本书正好可以告诉我们一些有关判例法的知识。美国最初有人不愿接受英国的判例法,但因民族传统关系,仍然走上了判例法的道路。可是后来又编制了“统一法”和“重述”。这些情况都可供人们研究参考。

更重要的当然是美国宪政的发展。美国建国时,制宪的人们(他们代表当时的美国人民)怀抱一种崇高的理想,想要在新大陆上建立一个美好的国家。在那里,人民可以享受到充分的自由和幸福。他们制定了美国的宪法,建立了三权分立制度和联邦制度。以后随着时代的发展,这些制度也经历了各种各样的变化和发展。今天美国宪法的精神和思想已经与当初制宪者的思想有很大的不同。这种变化可以从美国最高法院的一些判例中看出来。我们研究美国最高法院的判例,可以发现美国社会的发展。

美国经济是从自由资本主义发展起来的。美国的法律思想也是从完全的自由主义思想发展起来的。时间才过了200年,这种思想已有了根本的变化。这种变化是社会经济条件决定的。在这本书中,著者施瓦茨教授力图揭示这种变化的深层原因和规律,他把这种原因归结为私有财产权和社会公共利益之间的矛盾。从历史唯物主义的观点看,这种说明当然是不够的,但施瓦茨教授的理论仍可以给我们一些启示。所以这本书还是很值得一读的。

我国正在建立社会主义市场经济,完善适应于这种经济的法律——公法的和私法的——体系。在这个过程中,我国已有许多法学方面的学者和学生在学习美国的法律,我国在有些立法里也引进了某些美国法的成分(主要在证券法方面)。这时,如果我们也研究一下美国法律思想史,可能更有助于对美国法的理解。施瓦茨教授的这本书可以帮助我们。

这是我愿意向广大读者介绍这本书的一些想法。

谢怀栻

1997年于北京

# 目 录

中译本说明 / 001

序 / 001

引言 / 001

## 第一章 建国时期的法律 / 004

独立时期的法律 / 004

采纳普通法 / 010

美国对普通法的改造 / 015

法律的目标 / 018

## 第二章 形成时期的公法 / 022

第一部宪法 / 022

权利法案 / 026

马歇尔与司法审查 / 030

马歇尔与国家权力 / 033

塔尼与经济发展 / 035

新的州宪法 / 038

治安权与正当程序 / 041

对宪法的严峻考验 / 045

### 第三章 形成时期的私法和法律制度 / 048

美国法的黄金时代 / 048

侵权责任 / 051

契约法与财产法 / 054

公司法 / 057

立法权 / 060

法典化运动 / 064

法院和律师界 / 068

法律的目标 / 075

### 第四章 重建和镀金时代的公法 / 079

南北战争后的宪法修正案 / 079

第 14 条修正案和《权利法案》 / 082

有关公民权利的制定法 / 083

民权的空乏 / 087

对公司的保护 / 088

实质性正当程序 / 090

正当程序的统治 / 091

洛克纳案和放任主义 / 094

法律达尔文主义 / 096

### 第五章 镀金时代的私法和法律制度 / 101

契约自由 / 101

劳工和法律 / 105

侵权行为法 / 108

财产法 / 110

公司的时代 / 114

行政机构和立法机构 / 117

州际商业委员会 / 121

法院和律师界 / 123

法律的目标 / 130

## 第六章 福利国家的公法 / 135

对政府的司法监督 / 135

新政判例 / 138

有限的宪法革命 / 139

法律和福利国家 / 143

新联邦主义 / 145

战争与和平 / 147

从财产权利到人身权利 / 149

行政法 / 153

对理论的改造 / 155

## 第七章 福利国家的私法和法律制度 / 159

星星之火 / 159

从契约到身份吗 / 161

财产法 / 164

侵权行为法 / 166

公司法 / 170

立法机关、行政机关和行政官员 / 173

法典化和法律重述 / 176

法院和律师界 / 178

法律的目标 / 185

## 第八章 现代的公法 / 190

战争和宪法 / 190

任期四年的国王 / 193

沃伦和人身权 / 197  
平等主义革命 / 200  
民权法 / 203  
人权机构 / 207  
权利的爆炸 / 208  
是法官还是司法督察员 / 213  
社会福利与法院 / 216  
不断变革的宪法 / 220

## 第九章 现代的私法和法律制度 / 226

法律死亡了 / 226  
合同法 / 230  
侵权行为法 / 232  
财产法 / 234  
公司法 / 237  
立法者、执法者和行政官员 / 240  
法院和律师界 / 244  
法律教育 / 249  
法律的目标 / 251

## 引 言

天堂纵然无限美好,约兰思<sup>[1]</sup>还是下凡来到人间。法律并不是一切完美之物的真实体现。它总是带着缺陷和瑕疵。美国法与美国生活的其他方面一样,都不是尽善尽美的杰作。然而,尽善尽美并不一定是评价某种制度的恰当尺度。麦考利说:“米德尔塞克斯郡的一英亩土地比乌托邦的一个公国更好”。一种效力于社会的法律制度比柏拉图的大群捍卫者脱离社会需要的空洞概念更好。

美国法律史是努力按照意识到的这个国家在各个发展时期的需要塑造法律制度和法学理论的历史。每当法律与社会需要之间的差距过大时,这种努力便达不到预期的目的。可是当法官、律师和立法者们制定出新的更适合于那个时代变化了的条件的原则和理论时,这种差距最终总是被缩小了。本书叙述了使法律适合于时代变化的经过,包括在两个多世纪的时间里,美国法在这方面的发展演变。它叙述了英国法是怎样按照一个横贯大陆的新国家的需要得到改造的;怎样适应繁荣时期资本主义迅速发展要求而变化的;之后,又是怎

---

[1] 约兰思是吉尔伯特和沙利文创作的歌剧《约兰思》中的仙女。——译者注

样为适应这个诞生中的福利国家变化着的社会意识而进行调整的。叙述结束于我们这个时代。在这个时代,法律被今天整个社会所特有的制度上的危机所困扰。在这个国家诞生临近 200 周年之际,对我们这个制度的合理性普遍抱有的怀疑态度通过法律领域中出现的、我们几乎从未经历过的病态反映出来。

在从亚历克西斯·德·托克维尔到今天的所有的评论家看来,毫无疑问,法律在美国历史上发挥了至关重要的作用。美国对人类进步所作的真正贡献,不在于它在技术、经济或文化方面作出的成就,而在于发展了这样的思想:法律是对权力进行制约的手段。在历史上,就法律对社会支配的程度来说,任何其他国家都比不上美国;在其他国家,权力之争由武装部队来解决;在美国,权力之争由法学者组成的大军来解决。

美国法的历史就是过去的伟大法学者和法官的历史。我们叙述的重点不可避免地要放在这个制度中处于最高地位的人的身上,特别是那些在联邦最高法院工作过的人。然而,如果认为,那些在大理石宫殿里办公的人离我们甚为遥远,与我们的现实生活毫不相干,那就错了。情况完全相反。我们中的大多数人,除了到过交通法院外,可能都没有正式与法律打过交道。然而,在法律所及的范围内,我们都处于莫里哀笔下的布儒瓦·金泰尔霍姆的境地。此人朗诵了 40 年的散文却不知道他读的是什么。在一个由法律治理的社会里,我们常常谈到法律,但对法律并不了解。

每当我们购置一辆汽车或一幢房子,找到一份工作,乘坐汽车、火车或飞机旅行,打开电灯,甚至穿过马路的时候,我们都在从事一种能引起法律后果的行为。在所有这些情况下,我们的权利和义务都是由法律规定的,如果需要的话,将由法院甚至最终由州和国家的最高法院来规定。从这种意义上讲,我们都是法律的用户。我们享用的这种产品的质量,在我们生活的每一个环节上,都直接影响着我们。

据说,法国著名的历史学家富斯特尔·德·库兰格斯在演讲会上告诉听众:“你们不是在听我讲话,对你们讲话的是历史本身。”对于本书,采用同样的说法恐怕是不行的。它只是个人的看法,并不试图包罗一切。总之,它试图描绘美国法发展的壮丽图景,以及法律在自由的发展史上包

括的全部含义。当一个人按照这样神圣的主题构思的时候,他就会感到眼前闪烁着耀眼的光辉。假如作者能够把自己的这种情感转达给读者,哪怕只是其中的一部分,他的劳动就得到了充分的报偿。

# 第一章 建国时期的法律

## 独立时期的法律

霍姆斯法官说：法律是一面魔镜。从这面镜子里，我们不仅能看到我们自己的生活，而且能看到我们的前人的生活。因此，美国法的历史从各个方面反映了这个国家的历史。美国人生活中发生的每一场重要变革，从共和国建立到两个世纪后社会的内部冲突，都对法律发生了影响。

尽管如此，法律并不仅限于消极地反映国家其他方面的生活。法律既是一种描述，又是一种规范；它告诉了人们事物是怎样，同时也指出了事物应该是怎样。法律，作为控制社会的主要手段，对历史发展的影响绝不亚于历史发展对它的影响。霍姆斯法官告诉我们：“对法律的理性研究……在很大程度上，是对历史的研究。”反之亦然。如果忽略了美国法和法律制度的发展，美国的历史就不完整并会被歪曲。法律的历史可能不是整个社会的历史，但是，既然法律是每一个社会的基础，法律的历史和社会的历史之间的联系便一目了然了。

在美国，法律对各个方面的生活始终发挥着关键作

用,法律和社会之间存在一种异常紧密的联系。一个多世纪之前,托克维尔就法律和法律职业在我们社会生活中的基本地位评论说:“在美国,出现的政治问题,很少不是或迟或早作为一个司法问题解决的。”〔1〕美国的制度始终体现了法制主义,这表现为:突出律师和法官的作用;在人民中,依法办事成为普遍的风尚。用一位知情的英国评论家的话说:“合众国的人民,与现存的任何其他民族相比,更充分地受到了法律意识的熏陶。”〔2〕

在美国,即使在革命以前,法律举足轻重的作用已经表现出来。谈到法律在这块美洲殖民地影响的程度,埃德蒙·伯克说:“在这个世界上,恐怕没有一个国家使法律成为一门如此普通的学科。这种职业本身人数众多,又握有实权,在大多数殖民地居领导地位。大多数进入国会的代表都是律师。”

广义地说,为美国独立而进行的斗争是一种法律斗争;或者说,它至少是以解决法律问题的名义发动起来的。那场引起革命的冲突,主要是由于对英国宪法所决定的殖民地地位的解释不同而发生的。“在不列颠”,马萨诸塞州总督伯纳德在1765年写道,“美洲的政府被看成被授权制定法律细则的法人,只是在获得英国议会的恩准时才存在……在美洲,他们自称是完全意义上的国家,除了有同一个国王,对大不列颠没有其他的依赖”。

有关这场宪法争论的法律上的症结很难通过在英美截然对立的观点之间达成妥协来解决。尽管伦敦愿意通过放弃强行征税的做法,如取消印花税法,对这些殖民地作出让步,但它对于殖民地立法权,这一宪法性权利,却绝不放弃。至于美国人,也很难接受英国议会的解释。由于英国征收茶税,殖民地人面临着现实的遭受贫困的威胁,而约翰·汉普登在拒绝查理一世令其支付船税的要求时面临的这种危险可能更大。然而,汉普登和这些美国人都确信,他们在宪法上的权利正在受到侵害,他们如对此保持默认将会导致灾难性的后果。

〔1〕 托克维尔:《论美国的民主》第1卷,第290页(1954年)。

〔2〕 戴雪:《宪法法律》,第179页(1939年,第9版)。