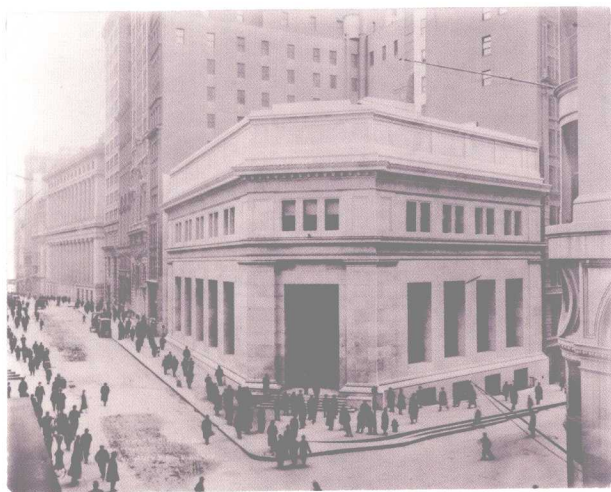


美国法的时代



^{The} **Ages of American Law**

格兰特·吉尔莫 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

美国法的时代

The Ages of American Law

格 兰 特 · 吉 尔 莫 著

董春华 翻译 潘汉典 校订

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国法的时代/(美)格兰特·吉尔莫著;董春华译. —北京:
法律出版社,2009.2

ISBN 978-7-5036-9246-8

I. 美… II. ①格…②董… III. 法律—研究—美国
IV. D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第014634号

美国法的时代

格兰特·吉尔莫 著 责任编辑 高山
董春华 译 装帧设计 乔智伟

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 6.25 字数 87千

印次 2009年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9246-8

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

1972年,耶鲁大学法学院院长及全体成员邀请我为“斯托尔(Storrs)基金会”的建立做一系列的讲座。讲座安排在1974年10月,正值法学院建立150周年纪念日那天。这个时间安排表明,我选择在耶鲁法学院与美国法律体系有时不稳定共存的150年里,回顾美国法律是一个合适的素材。

这本书是1974年斯托尔(Storrs)讲座的扩充。它不像最初的讲座那样是对学术著作的贡献。^{〔1〕}我对自从1800年以来美国法律发生了什么以及为什么会发生那些事情进行了假设和臆测。我认为我的假设命题和臆测是很有道理的。如果别人也认为它们很有道理,那我将非常高兴。然而,我并不试图通过堆积传统文献材料的方

〔1〕 这一系列讲座中的结论性讲座最后在《耶鲁法律期刊》上发表了,其实质上是以讲座的形式出版的,只加了几个注释,冠以“忧虑的时代”这样的题目(84 Yale L. J. 1022, 1975)。讲座中涵盖的材料现在作为本书第四章和第五章。

式去证明我的观点的完美性。那些注释将引导充满好奇的读者进入今天评论的一些论点的其他讨论。

我自己擅长的领域通常被称为商法(律师用的术语,包括契约的一般法律)。映现在我思想中的这些描述和推理都是从我熟悉的材料中挖掘出来的。如果我是一个刑法或者宪法专家,这些描述和推理可能就会出自宪法或刑法领域。如果是那样的话,这本书就是另外一个不同的品味;我甚至怀疑,在那些领域推论出的论点可能和今天的论点在本质上会有很大不同。

格兰特·吉尔莫
耶鲁法学院

致 谢

我非常感谢耶鲁法学院前任院长亚伯拉罕·戈尔茨坦(Abraham Goldstein)以及全体人员邀请我去做讲座,这些讲座构成了本书的基础。戈尔茨坦院长在三个讲座中一直很耐心地坐在那里,我认为这种尊敬超出他义务的范畴。

我非常感谢耶鲁法学院前几年的学生在研讨会论文和讨论中给我提出的有见地的建议和有用的批评。我要特别感谢戴维·罗(David Roe),他通读了讲座的原稿并作了大量有帮助的评论;还要感谢菲利浦·博比特(Philip Bobbitt),他对刊登在《耶鲁法律杂志》上的“忧虑的时代”(84 Yale L. J. 1022, 1975)进行了介绍和编辑监督;还有詹姆斯·D. 米勒(James D. Miller),他第一次提示我注意一篇对霍姆斯和皮尔斯的观点进行中和的文章,这篇文章是“霍姆斯,皮尔斯和法律的实用主义”(84 Yale L. J. 1123, 1975);还有查尔斯·雅博隆(Charles Yablon),他提供了一篇至今为止没有刊登的以霍姆斯的

《普通法》为哲学基础的论文。

弗蒙特法学院的安德鲁·科索沃 (Andrew Kossover) 在研究方面提供了有价值的协助,并且在搜寻法律资源和索引方面表现了极大的独创性和足智多谋。

我对耶鲁法学院的艾琳·奎因 (Eileen Quinn) 和秘书处人员,弗蒙特法学院的比·埃里克森 (Bea Ericson) 和秘书处人员,埃菲尔德的弗吉尼亚教堂和新汉普郡的秘书处表示由衷的感谢,他们打印了最后的撰写稿。

目 录

前言	1
致谢	1
第一章 简介	1
第二章 发现的时代	27
第三章 信仰的时代	63
第四章 忧虑的时代	105
第五章 回顾与前瞻	157
索引	175

自从人类组成社会生活在一起，
国家机关就开始担负起解决属
于社区(或任何时候都在社区)个人
之间的冲突和个人与国家之间的冲突的责任。

自从人类组成社会生活在一起,国家机关就开始担负起解决属于社区(或任何时候都在社区)个人之间的冲突和个人与国家之间的冲突的责任。人类社会初期,出现了一些类似于法院的机构,法律或类似于法律的东西据之产生并建立起来。除了原始社会,律师和法官的专业阶层在所有社会都已产生并维持下来。通常,在大多数社会的各个阶段,非法律职业的人发自内心的厌恶法律职业:社会改革家经常的梦想是应该用律师阶层处理问题的那种方式将法律(或者能够)简化、净化。而这个梦想从没经受住让人警醒的现实的考验。

因此,法律存活下来,律师也存活下来。如果要求我们思考任何一个社会阶段内法律的发展,我们会本能地认为,这个发展是循序渐进是进步的,从某种意义上讲,也是理性的。我们关于纵观人类历史记录的大部分社会的本能论断是错误的。如果我们仅仅考虑英格兰的普通法和它在北美殖民地(后来的美国)的适用,那么

这个论断仍然是错误的,除非我们以 18 世纪的英格兰和美国联邦共和的建立作为起点。

很久以来,我们对普通法的了解实际上比我们想象的要少得多。我们仅仅开始接触这个让人迷惑的、混乱的过程,这个过程最终促使普通法得以形成。一个英国学者很好地总结了这个过程非凡的发展:

假设法律体系和思想体系的原则是永恒不变的,它们如何适应不断变化的世界?它不是法学家和立法者认为的那样有秩序的发展,也不是法律是为自己谋利益那样的人认为的那样发展。它是实务家辩论中松散的计划,这些实务家除了当事人的直接利益,什么都不考虑。这个体系通常是反应迟钝且肆无忌惮,它的力量却很强大而不易被摧毁,其很多观点被用来当作武器……普通法的生命已存在于对它根本思想无休止的滥用中。^[1]

这个被米尔索姆(Milsom)教授描述为毫无意识的过程最后走向了英国法发展的繁荣——从实质上讲,它的法院判决的技术和方式并没有如此与众不同。我们

[1] S. F. C. Milsom,《普通法的历史基础》,第 11 页,1969 年。

并不知道它何以发生。很多社会也持续了很长甚至更长时间,甚至还要长,却没有产生可与之相媲美的制度。但是从地方和教会法院中夺得司法管辖权的英格兰皇家法院,从 16 世纪已经开始创作一些原始材料,以最终使得法律的一致体系得以形成并被整合在一起。

3

从 17 世纪开始,英格兰就开始收集、整理并消化各类案件,其主要是对日益堆积的混乱的判例法进行归类,使之有秩序。这些活动是渺小的或者是低级的智力劳动。就像别人认为的一样,律师将自己看做水管工或者修理工,法律书籍基本上是“水管工”的指南。

2.

普通法应该或者能够有一般性理论的观点可以追溯到 18 世纪后半半个世纪。布莱克斯通没有任何先辈可以借鉴。在那个世纪的末期,律师已经摆脱了水管工的形象,开始变为哲学家,这种社会地位的提高是法律思想所不可抵御的。实际上,我们不仅是法律的学生,更

是法学(一个古老的名词却被赋予新的含义)的学生。^[2]

18 世纪不仅创造了法律或者法学,还创造了历史学、经济学和社会学——它们共同组成了社会科学。^[3]毫无疑问,有效地对案例报告进行编码是将法律作为一门合适的学科进行理论研究从而建立法律学科的前提。但无论如何,历史学、经济学、社会学中的创造或者发现,都不会依赖如我们的案例报告一样的大量专业化材料。显然,这个为 18 世纪的思想所青睐的假设是,思想和技术(特别被成功应用于物理现象的调查之中)也可以被成功地应用于社会现象的调查之中。像 18 世纪理解的那样,科学调查这个概念以这样一个假设开始,即

[2] 《新牛津词典》中“jurisprudence”这一词条之下的条目表明,首先将这一词用作“法律的哲学”的意思可以追溯到 19 世纪。在早期英语的用法中,这个词大体上是指法律体系或者对法律体系的研究。

[3] 可能,人们会一致同意,经济学和社会学是 18 世纪的产物。乍一看,我的建议——历史是另外一种情况——是很令人惊讶的,因为在西方智识传统中的历史写作至少可以追溯到希腊和罗马。像接下来在正文中讨论的,与黑格尔和其他作家一样,在我的脑海中的是一种表明自己研究历史的一种非常不同的方法,它不仅强调对来源材料高度专业化的应用,还探寻根本“法律”的历史发展。对这些变化观点的迷人研究,参见 M. Mandelbaum,《历史,人类和理性——19 世纪思想的研究》(1971 年)。C. Becker,《18 世纪哲学家的神圣城邦》仍然是 18 世纪思想中最具有启蒙意义的讨论。

不管在哪个领域,都存在可以被鉴别、被描述、被分析、被理解的可以调查,引人瞩目的规律性的事件。一旦做到这些,就可预见事件的未来发展。我们一旦知道原因之后的结果,我们就可以像预见未来一样去控制它。我们在自然科学领域已经取得了非凡成就。人类社会发展中有可把握的规律性这一假设已经变得很有吸引力。同时,许多卓越的思想开始发现法律的历史,社会和经济行为的法律,或者我们可以说是,法律的法律。

18 世纪有理由获得很好的评价。它是一个启蒙的时代,一个充满热情的时代,也是信仰普遍蔓延而不可避免的时代,而且这个信仰贯穿于整个 19 世纪,一直到现在。这个普遍自信的思想 (intellectual) 环境能够保证,最有代表性的社会科学家可能发现的法律是值得我们自豪,并喜欢接受的法律,而不是在人类社会中使我们在毫无希望的绝望中崩溃的法律。

在 18 世纪之前,我们几乎没有有意识地发展任何关于法律的理论。那些自然发展的理论,在它们第一次产生的时代里留下了自己的印记。它们声称自己很科学,同时假设,在所有可能最好的世界里,一切都会并必将会是好的。在过去的 200 年里,这些观点已经在几

5

代人当中通过对法律的论述被歪曲、玷污或者扭曲。

布莱克斯通对英格兰普通法的赞扬使历史更具有魅力。他说,总体上我们没有很好地了解我们是什么,也不了解我们应该达到何种程度的理性完美。我们会保护我们幸而继承来的不动产,它们几乎不发生什么变化。我们尽量避免不管是任何立法还是司法改革,因为在一个很完美的系统中作任何微小的变化,都只能给现存方式带来损害,这些方式已经超出了即使是理解力最强、最有眼光的改革家的理解范围。^[4]

布莱克斯通写书的时候,正值英国法变化最快、最剧烈的时期。实际上,布莱克斯通式的解释是对一些基本变化的保守反应,这些基本变化很明显是英国法官已经在为英国法创造原则。通过利用 18 世纪的分析哲学,布莱克斯通建造了一个堤坝,这个堤坝可以阻止潮汐的侵蚀(利用革命手段达到一个保守的结果,在所有

[4] 威廉·布莱克斯通(1723—1780)是牛津的法律 Vinerian 教授的第一个获得者,1758 年他被任命为此职位。他的《英国法注释》首次在 1765 年至 1769 年公开出版。据估计,在美国 1771~1772 年首次出版之前(3 英镑),已经在英国卖掉 1000 本了(10 英镑)。整个 19 世纪,又出现了很多《注释》的版本。参见 Lockmiller,《威廉·布莱克斯通先生》,第 170~171 页,1938 年。D. Boorstin 的《法律的神秘科学》是研究布莱克斯通法律思想的杰出著作,很大程度上,20 世纪的思想很难理解布莱克斯通的思想。

社会的智识历史中是非常普通的)。并且,这些解释的重要之处不是因为它们是根据牛津大学令人晦涩的讲座写就的,而是 100 多年来,成千上万的律师和有影响的外行人在大西洋的两岸都阅读并且信仰它们。

要找到 18 世纪后半世纪英国法发生剧烈变化的原因并不太难。我们将它归因于工业革命。生产和分配的新方法要求每一个新的工业国家其大部分实质法重新改写——首先在英格兰。一夜之间,出现了一些像流通票据法(反映了日益增加的商业交易所产生的支付和信用展期)和货物买卖法(反映了买方和卖方不需要面对面交易的批量生产和市场分配的问题)这样独立法律领域的商业法律部门。当然,就像 1750 年之前有很多关于货物买卖的案例一样,出现了很多关于交易账目和期票的案例。但是,在诉讼中产生的不经常的、毫无规则的争点(结果只和诉讼当事人的利益有关)与按照周期发生的有规则的争点(对律师和当事人了解法律是重要,更重要的是让他们了解法律究竟发生了什么)是决然不同的。从那种意义上讲,只有 1750 年以后,谈及流通票据法和买卖货物法才成为可能。后来,工业革命留给我们法律领域的几乎都是保险法、交易安全法(基

6