

美国法律史

Bernard Schwartz
[美] 伯纳德·施瓦茨 著

王军等 译

The Law in America,
a History



法学学术经典译丛

【培铸经典之范
翔集正义之术】

美国法律史

Bernard Schwartz

[美] 伯纳德·施瓦茨 著

王军 洪德 杨静辉 译

潘华仿 校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国法律史 / (美)施瓦茨著;王军译. —北京:法律出版社,2007.9

ISBN 978-7-5036-7704-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 140068 号

© 法律出版社·中国

法学学术经典译丛

美国法律史

[美]伯纳德·施瓦茨 著
王军 洪德 杨静辉 译

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年10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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.5 字数 237千

印次 2007年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7704-5

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学学术经典译丛

缘起

百年以降,在坚船利炮的震撼之下,千年大国民生维艰,但炮声也震醒人们:文化交流于个人自由之增长、思想之进步、生活之提高,终至于一国之繁荣强盛关系繁密。

遂译域外作品飨读者,是文化交流的主渠道之一,论及百年译事,晚清、民国的成就自不待言,20世纪80年代以来山河重整,译界再启鸿蒙,如今也可说花香满径、下自成蹊了。

法学于民国期间的显学地位在20世纪下半叶曾一度消失,直到20世纪90年代之后,才梅开二度、社会瞩目,但现状并不十分理想。以译作而论,诸种系列之翻译作品对丰富国内法学功勋不小,然而,若以译果与学界需求相比,与成为文化大国之宏愿相比,尚为远远不足。

本社为此加入有组织的大型译介域外法学著作行列，接续前贤，再增新知，便是这套译丛出版的初衷。

译丛的选材对象，从名称上即可获知：译介域外法学经典。至于何为经典，虽仁智各见，毕竟共识尚存，域外学界公认的经典自属本译丛篋中珍品，域外重要新作也在译介之列；甚至某些作品于国外未必经典，对国内学界若确有强肝明目之特效者，亦在不吝之列，这也算是法学作为“实践理性”之学的一个特征。

文化也好，制度也罢，真正的活力绝离不开异构融会的交流，不妨设想，如果没有希腊文明的复兴，希伯来文明一统江湖的西方世界必是人间地狱，今日之西方文明正是两希文明血火碰撞、互补共存的成果。

中国文明长期远高于周边文明，这当然万幸，但也是万不幸——缺少了交流的文明必然走向衰落甚至灭绝。

福兮？祸兮？

——一百多年来，中国被强行拖入一场文明碰撞的鏖战与再生中，这个当年的老大帝国惊惶失措、步履蹒跚了一个世纪。历史的辉煌固无可恋栈，而在数种文明的交叉火力下，一种新文明破壳诞生的迹象却也曙光初现，今日国人躬逢其盛，其间血泪与新生、悲愁与欣愉郁结纠缠，未可梳篦。

然而，新文明诞生之前，我们还在痛苦地转型甚至断裂之中。

1930年，融会中西的学术思想大师陈寅恪先生曾有一副对联，戏赠登门拜望他的新任清华大学校长罗家伦，联曰“科学玄学不通家法，中文西文语无伦次”（时逢科玄论战），百年中国学界，虽未盖棺，籍此对联，却可论定。

倘若本译丛能为学界挣脱陈氏咒语贡献绵薄，也算不枉本社长期倡导之“环保型学术”，不过到底合格与否，只能由译丛本身的质量来说话了。

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作出的杰出贡献;他探讨了支配着这些机构及其成员思想和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”之间的平衡的倾向;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 1/4 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的。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

这一特点是对我们十分有益的。

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。时间才过了二百年,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。从历史唯物论的观点看,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 / 1

序 / 1

引言 / 1

第一章 建国时期的法律 / 4

独立时期的法律 / 4

采纳普通法 / 11

美国对普通法的改造 / 18

法律的目标 / 22

第二章 形成时期的公法 / 26

第一部宪法 / 26

权利法案 / 32

马歇尔与司法审查 / 35

马歇尔与国家权力 / 39

塔尼与经济发展 / 42

新的州宪法 / 46

治安权与正当程序 / 50

对宪法的严峻考验 / 54

第三章 形成时期的私法和法律制度 / 58

美国法的黄金时代 / 58

侵权责任 / 61

契约法与财产法 / 66

公司法 / 69

立法权 / 73

法典化运动 / 78

法院和律师界 / 83

法律的目标 / 91

第四章 重建和镀金时期的公法 / 96

南北战争后的宪法修正案 / 96

第 14 条修正案和《权利法案》 / 99

有关公民权利的制定法 / 102

民权的空乏 / 106

对公司的保护 / 107

实质性正当程序 / 110

正当程序的统治 / 112

洛克纳案和放任主义 / 115

法律达尔文主义 / 117

第五章 镀金时代的私法和法律制度 / 123

契约自由 / 123

劳工和法律 / 128

侵权行为法 / 131

财产法 / 134

公司的时代 / 139

行政机构和立法机构 / 143

州际商业委员会 / 147

法院和律师界 / 151

法律的目标 / 159

第六章 福利国家的公法 / 164

对政府的司法监督 / 164

新政判例 / 168

有限的宪法革命 / 170

法律和福利国家 / 174

新联邦主义 / 176

战争与和平 / 179

从财产权利到人身权利 / 182

行政法 / 186

对理论的改造 / 190

第七章 福利国家的私法和法律制度 / 194

星星之火 / 194

从契约到身份吗 / 196

财产法 / 200

侵权行为法 / 203

公司法 / 207

立法机关、行政机关和行政官员 / 211

法典化和法律重述 / 216

法院和律师界 / 218

法律的目标 / 227

第八章 现代的公法 / 233

战争和宪法 / 233

任期四年的国王 / 237

沃伦和人身权 / 241

平等主义革命 / 246

民权法 / 250

人权机构 / 254

权利的爆炸 / 256

是法官还是司法督察员 / 261

社会福利与法院 / 265

不断变革的宪法 / 271

第九章 当代的私法和法律制度 / 278

法律死亡了 / 278

合同法 / 283
侵权行为法 / 285
财产法 / 289
公司法 / 291
立法者、执法者和行政官员 / 296
法院和律师界 / 301
法律教育 / 308
法律的目标 / 310