

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

莫顿·J·霍维茨 著

Morton J. Horwitz

美国法的变迁

1780 — 1860

The Transformation of American Law,
1780 — 1860

谢鸿飞 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

美国法的变迁： 1780—1860

The Transformation of American Law,
1780 - 1860

莫顿·J·霍维茨 著

Morton J. Horwitz

谢鸿飞 译

中国政法大学出版社

美国法的变迁：1780—1860

The Transformation of American Law ,
1780 - 1860

by Morton J. Horwitz

Copyright © 1997 by the President
and Fellows of Harvard College

All rights reserved

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2004 年
版权登记号：图字：01 - 2003 - 3183

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

凡 例

1. 本书根据 Harvard University Press 1977 年版翻译。原书名为 *The Transformation of American Law, 1780 - 1860*。作者为 Morton J. Horwitz。

2. 书中人名除约定俗成的外，依据新华通讯社译名资料组编的《英语姓名译名手册》（第二次修订本，商务印书馆，1997 年）译出。

3. 本书注释中的页码和索引中的页码为原书页码，即本书边码。原书注释为尾注，本书改为脚注。本书脚注也标注边码。

4. 对某些术语，译者加了注释。视注释的性质与长短，译注分文中夹注和脚注两种，脚注用 * 号标明，并标明“译注。”

致 谢

本书的第一章、第二章、第八章全部和第六章的一部分先前曾分别发表于《美国史观察》(*Perspective of American History*)、《芝加哥大学法律评论》(*University of Chicago Law Review*)、《美国法律史研究》(*American Journal of Legal History*)以及《哈佛大学法律评论》(*Harvard Law Review*)。

我衷心感谢以下机构允许我使用并引用其保存的手稿：哈佛大学法学院图书馆、纽约历史协会、威廉和玛丽大学的斯韦姆(Swem)图书馆、马萨诸塞州历史协会。艾里卡·查德伯恩(Erika Chadbourn)、伊迪丝·亨德森(Edith Henderson)和哈佛大学法学院图书馆的玛格丽特·穆迪(Margaret Moody)为我提供了多方面的帮助。查尔斯·卡伦(Charles Cullen)的《约翰·马歇尔文集》(*The Papers of John Marshall*)对我帮助也很大。

我的秘书玛丽·马隆(Mary Malone)、苏珊·莱文(Susan Levin)以及研究助理约翰·费希尔(John Fisher)、罗伯特·罗森(Robert Rosen)、斯蒂芬·耶泽勒(Stephen Yeazell)投入了大量的时间和精力。

我的一些同事慷慨地阅读了部分本书的手稿：约翰 P. 道森(John P. Dawson)、安德鲁·考夫曼(Andrew Kaufman)和罗伯特·基顿(Robert Keeton)。邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy)、阿尔弗雷德·科恩弗斯凯(Alfred Konefsky)和威廉·内尔森(William Nelson)。在本书写作的各个阶段，他们对本书提出了尖锐的

2 致 谢

批评意见。内尔森教授还惠赐我分享其对马萨诸塞州法院档案的研究成果。本套丛书的主编斯坦利 N. 卡茨 (Stanley N. Katz) 多年来一直给予我支持和帮助。

我也感谢以下机构对研究的慷慨支持：拉塞尔·塞奇 (Russell Sage) 基金、哈佛大学法学院的查尔斯·沃伦 (Charles Warren) 基金、美国哲学协会 (American Philosophical Society) 以及国家人文科学捐赠基金 (National Endowment for the Humanities)。就哈佛大学法学院主任艾伯特 M. 萨克斯 (Albert M. Sacks) 对我的学术的坚定支持，我也想表示谢意。

最后，我想感谢哈佛大学出版社的支持。感谢本书的编辑艾达·唐纳德 (Aida Donald) 和约翰·瑞安 (Joan Ryan)。感谢为本书编制索引的南希·多诺万 (Nancy Donovan)。

前 言

对于本书，我最大的愿望是，让专业史学家和其他未受过法学教育的学者易于理解专业的、晦涩的美国法律史。然而，每个撰写专门学科史的学者，都会对这一问题变得敏感：面对不同的听众解说，无论是对科学史、经济史或者法律史，史学家都要直面忠于该学科内在的技术结构这一问题，同时，他们又要提供一种可以衡量该学科重要性的更为一般性的视角。这样，他们就要不断面临这样的选择：如何在技术上达到这一目的。完全非专业的阐述，不仅不会给其他专家提供挑战或创作的必要材料，而且不会给非专业人员提供该学科内在的历史变化的基本内容和结构。排除这类（专业性）材料会误导读者相信，他可以忽略一个学科的内在技术生命力是如何产生决定该学科历史的自治性力量的。

每个专家都会渴望让他自己从事的“神秘的科学”不再那么神秘。这个目标往往要求他力图把专业词汇和概念转变成更一般性的、容易理解的范畴。

我一直热切期望能达到通史学家的水平。然而，我意识到，普通读者会发现，就他们的阅读目的而言，本书的许多地方过于专业。我只能说，我已经尽量将很多我认为可能会给非专业人员带来不必要困难的专业问题限于注释中了。但是，我仍然保留了我认为对希望认真理解法律史的人而言必不可少的东西。

xii

开始写这本书时，我的目的是要研究私法（侵权法、合同法、财产法、商法）与 19 世纪经济变革之间的关系。我觉得，有关宪

2 前 言

法对美国经济发展的影响，以及对宪法的代表性特征的研究都已经太多了。传统的宪法史不仅确实包括了大量非典型的“重大判例”（great cases），而且也包括那些无论是在智识史（intellectual history）方面，还是在作为社会控制的样板方面都不具有代表性的宪法判例。事实上，在美国，宪法（constitutional law）代表了修辞传统（rhetorical tradition）所支持的短暂法律干预；对于更缓慢的（通常是更无意识的）法律变革进程而言，这一传统的指导是不可靠的。

但另一个更为重要的曲解是因为将宪法与“法律”过分等同而造成的。由于司法审查特殊的知识背景和制度背景，史学家对宪法的研究都集中在法律的否定性功能上，更具体来说，集中在对制定法进行司法干预的这种相当特殊的情境上。然而，在整个 19 世纪的大部分时间里，法院颁布和实施普通法规则，是法律适用的一种更为典型的形式。因此，通过集中研究私法，我们可以研究法律、经济和社会互动更有规律性的例子。

然而，我并没有涉及私法的所有领域，甚至没有涉及本研究时期的全部明显相关领域。排除的标准取决于某一特定领域的文献是否充分。如果现有的研究不仅揭示了法律与社会之间的高度敏感性，而且还能解决专业难题（它们通常会阻碍对法律问题的真实理解），在这个范围内，我想依赖这些资料。比如对公司法和劳动法已经有了大量出色的研究，因此，本书就没有对它们作任何系统化的论述。

另一个标准也影响了我的选择。吸引我研究的领域是，史学家（事实上还包括大部分法律家）以经济发展、财富或政治权力分配的政策为标准，认为是中立的那些法律领域。在最一般性的历史研究中，诸如侵权和合同之类的法律领域，研究者似乎是以与其内容

和政策无关的方式来处理的。就连那些总是致力于研究镶嵌在当时法律规则中的政策的精明法律家，都倾向于用明显的、令人惊异的、沉闷的形式主义来研究法律史。 xiii

尽管如此，没有法律史家不会认识到，某个特定时期的法律意识不只是当时影响法律的社会力量的总和。至少在短期看来，在观念是自治的这一意义上，法律是自治的。而且，法律职业的利益和意识形态的内在需要，使法律职业可以在社会力量与法律之间起到缓冲或过滤作用。这一进程不应与法律家调和各种对立的社会力量的主张相混淆。这些主张是为了使法律在政治上中立，而且它还是自我证明的（self-justificatory）。相反，这一进程事实上承认，对创造一个中立的、非政治性的法律制度表象，法律家是有其自身利益的。

本研究试图挑战自第二次世界大战以来，一直在美国编史工作中占统治地位的某些“一致”论历史研究（“consensus” history）*的特征。依据该传统，以下几个重大假设或结论是近年来关于本研究关注的特定时期（1780年-1860年）的史学作品的标志性特征。首先，写于新政（New Deal）时期以及其后不久的这类作品，谴责新政的管制完全背离了美国政治传统中已经相当完善的不干预主义。这些作品试图含蓄地论证，事实上，管制性国家（regulatory state）只是对政府干预主义的早期形式的回归，而远远不是对以前一贯的自由放任的一个崭新背离。例如，汉德林斯（Handlins）与哈茨（Hartz）的研究成功地阐述了美国革命后政府对经济的系统

* 第二次世界大战后在美国兴起的史学学派。代表人物是丹尼尔·布尔斯特廷等。这一流派是在清理进步主义史学的基础上发展起来的，它强调美国社会的特点，认为美国社会是同质性较强的社会，美国的改革是在共同价值和法律框架中保守地进行的。美国历史的本质特征是其连续性和一致性。——译注

管制模式，以及相当晚（1850 年）后自由放任思想的发展，这一研究第一次从理论上反对政府行为。其他作者也揭示了，一种混合所有权形式——如新发展起来的运河系统——掩盖了早期所有对政府享有企业所有权的原则性反对意见。这一结论给我们的启发大概是，不存在自由放任的历史性准则，如果有的话，就是在界定政府与经济之间的合法关系时，自由放任思想本身代表的是这种关系中的偏差部分。这一过程为新政提供了自己的历史学谱系。

xiv

我自己对美国内战前的研究对推翻这些基本结论没有任何帮助，而且，这些结论事实上在每一点上都得到了确认。而我反对的观点集中在这些史学家提出的问题和他们因此打造的分析结构上。大体上，“新政”史学家更关心找出政府干预的证据，而不是质问这些管制是为了谁的利益。令人吃惊的是，他们把所有国家干预的例子都同样用来证明他们的观点，事实上它们往往也可以作为证据，如果考虑到他们想问的问题往往本质上没有区别的话。

这种研究方法最重要的后果之一是，上一代史学著作往往忽略了政府行为影响美国社会的财富和权力分配的所有问题。他们往往假设，实质上所有的管制都是为大众利益制定的，但是，他们却从来没有为这一结论提供任何真实的标准。而且，他们基本在表面上接受了政府行为的支持者提出所谓公共利益的修辞性理由。这一研究方法还经常产生惊人的矛盾，就像当伦纳德·利维（Leonard Levy）运用汉德林斯的共和国（Commonwealth）（实质上是促进公众利益的国家）概念，以解释首席法官莱缪尔·肖（Lemuel Shaw）（1830 年 - 1860 年）在这一时期的职权（Justiceship）一样，汉德林斯等试图证明这一时期共和国理想正在瓦解。但是，利维在搜集肖与他同时代的人的言论方面和汉德林斯一样成功，这些言论（不是出人意外地）表明肖同样相信他的行为是为了公众利益。

可以说明更早期时代人们的政治范畴如何决定了他们的历史性质的另一个例子与促进经济发展有关。如果我们对所有形式的政府干预同样感兴趣，那么，诸如建造运河是通过借债或者税收来融资的问题几乎就无关紧要了，因为这两种融资方式都同样表明了政府对经济发展的促进。但通过发行政府债券的方式融资被认为是避免税收的方式（随后通过征收通行费来清偿债务），就此而言，这种融资手段对实际上采纳的财富分配形式就可能具有重大意义。在超过一代人的时间内，马萨诸塞州的预算一直维持在 133000 美元，这一事实使政府采用不涉及现金支出的方式——如特许权和垄断，来促进企业的发展。这里，问题又出现了：虽然任何一种促进方式都可能表明政府的能动性（activism），但很明确的是，不同方式对财富和权力分配的影响却大相径庭。因此，举例来说，我们几乎不知道通过税收方式对财富分配的影响会是什么，因为这一系列问题似乎是毫不相干的。 xv

在本书中，我试图表明，在美国内战前，关键性的选择之一是通过法律，而不是税收制度来促进美国经济的发展；在美国社会中，这一选择在财富和权力分配方面产生了重大影响。

本研究与（历史学家所采取的方法的）另外一个主要区别涉及对自由放任理念的使用。自进步主义史学家（Progressive historians）* 开始，这一理念就常常被用来反对政府管制经济，而且政府管制通常意味着缺少立法（制定法）或对经济的行政干预。由

* 19 世纪末 20 世纪初出现的美国史学主要流派。代表人物是特纳、比尔德等。它完成了美国史学由描述性史学向分析性史学的转型。史学家治史回应社会变革的热潮，因此获得了“进步主义史学家”的称号。进步主义史学的理论核心是社会进化论和社会冲突论。它强调美国社会的各种社会斗争，这些斗争使美国不断文明化和民主化。——译注

于很少有史学家主要关心法官享有的普通法上的权力，他们也没有考虑在普通法的语境中使用自由放任这一观念。严格地说，除非法官拒绝执行所有的合同，拒绝对所有人身的和财产的伤害做出赔偿判决，否则，自由放任的体制（regime）就不可能存在。然而，威拉德·赫斯特（Willard Hurst）使用的著名短语“能量的释放”正确地表明，在某些情况下，法院的不作为甚至都可以是由发展目标推动的。在这个意义上，19世纪法官的合同观念（contractarian ideology）既是工具性的（在刺激经济发展的意义上），又是自由放任的（在对立法和行政管制怀有敌意的传统意义上）。简言之，在分析私法法官对侵权行为、合同和财产争议的判决行为时，自由放任范畴经常没有什么用，这主要是因为它没有区分发展目标和分配目标。它也忽略了把政府的管制任务主要交给法官的政治意义，而这常常是自由放任原则的拥护者的真正目标。

然而，自由放任这一术语的模糊性却涉及这一时期编史中的一个更深层的问题。“新政”史学家是否成功地将政府行为问题纳入到了一个一致的框架中？他们有什么证据证明他们自己的观点——未经区分地将大多数政府行为方式描述成是对公众利益的促进？

xvi 从我们这个时代的观点看，任何人都可能曾随意地把政府行为与促进某些抽象的公众利益等同，这似乎是不可思议的。但是，“一致论”史学家没有幼稚到这个地步。原则上，他们承认强有力的利益团体可以把他们自己的特殊利益转化成政府的政策。但是，他们对美国社会的看法使任何这样的可能性变得不可能。无论他们的研究是否以一个相对同质的、没有冲突的社会为出发点，或者相反，以对力量势均力敌的冲突群体之间同等仁慈的信仰为出发点，他们都从没有认真地怀疑过这种观点：法律和政策可以精确地反映社会总体的一致需求。

对美国内战前社会的研究，尤其是法律冲突的研究，会诱惑研究者把这些早期的历史描述成意识形态的。在美国独立战争后的8年内，法律制度发生了重大变迁，这是各种社会斗争的方方面面在法律上的体现。社会冲突进入了法律渠道（这似乎有些神秘），这不应隐藏这样的事实：这一过程已经出现了，而且还使新兴的企业和商业群体在美国社会中获得了超额的财富和权力。

由此，法律管制的特性已经改变了，它也成了这些新权贵手中的主要工具。在这些群体经常运用诸如促进公众利益这种辞藻时——有什么自利群体不这样做——人们应当对其主张持怀疑态度。

从某种意义上讲，他们的主张是合理的。如果公众利益的惟一标准是经济发展的最大化，我们就可以举出这样一个事实：在革命后，美国法律制度为了促进发展目标而成功地转型了。但是，如果我们关注随之而来的经济财富和权利的分配结果——关注被合法没收社会财富，或者关注在这一过程中因为经济发展而被强行征收补贴的受害人，那么，我们就很难将经济发展最大化描述为它体现了

某些对社会客观需求的共识。*

xvi

* 在过去10年中,受科斯(R. H. Coase)开创性的论文“社会成本问题”[“The Problem of Social Cost”, 3 *J. of Law & Econ.* 1 (1960)]的影响,对法律规范作经济学分析的文献已经相当多了。科斯证明,在当事人之间没有“交易成本”时——即当事人可以在没有成本的情况下进行交易——从效率角度看,由哪方当事人承担法律责任是无关紧要的。这样,科斯定理就提醒法律史家在解释法律变迁时应考虑经济效率。

xvii

另一方面,我们才开始意识到科斯定理建立在静态的模型上。既然法律规范确实决定了财富的分配,那么就存在与不同财富分配相关的各种配置结果,这些结果都是有效率的。例如,参见Barker, “The Ideology of the Economic Analysis of Law,” 5 *Philos. & Public Aff.* 3 (1975); E. J. Mishan, “Pareto Optimality and the Law,” 19 (N. S.) *Oxford Economic Papers* 225 (1967) 以及 *Cost - Benefit Analysis* 121 - 137 (1971)。

更具体的是,对19世纪的法官而言,非常清楚的是,经济增长的动态目标依据这样一个假定来理解的:不同的法律规则会对经济增长产生不同的影响,这取决于它们对财富再分配的作用以及它们鼓励投资的水平。参见A Hirschman, *The strategy of Economic Development* 55 - 61 (1961)。总之,尽管有科斯定理,但明显的是,法律史学家将他们常常提到的调整法律以促进经济增长的战略归功于19世纪法学家是正确的。

/ 目录 /

1	致谢
1	前言
1	第一章 工具性法律观念的兴起
5	18 世纪的普通法观念
13	普通法上的犯罪：18 世纪法律观念的解体
24	工具性法律理念的出现
43	第二章 财产观念的变迁
44	19 世纪的财产权：概述
47	用水权与经济发展
48	不减少水量，不阻碍水流
56	习惯和社会的需求
59	财产权与垄断权力
60	经常参与竞争的好处
63	时效取得：现代发展的死敌
72	作坊法案：作为工具的财产
82	改良问题
83	在英国，什么是对土地的毁损（waste）
86	土地遗产的毁损

2 目 录

90	买主当心：法律规则应当是衡平、正义和便利的规则
97	第三章 通过法律制度扶持经济发展
97	公正补偿原则的缓慢确立
103	损害赔偿判决负担
109	公正补偿原则的衰落
110	间接损害
113	妨害法
120	制定法的证成
122	损害赔偿理论的变化
126	陪审团对审判的侵蚀
128	过失（规则）的胜利
129	现代过失规则的起源
134	诉讼格式的影响
146	作为法律问题的过失
151	过失责任的全面胜利
154	法律扶持的效果
157	个人主义的影响
167	第四章 竞争与经济发展
170	公共企业和私人企业的分离
173	竞争理论
177	特许与美国的竞争
185	州创设垄断的权力
189	特许和默示垄断